

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

1

Art. 8 und 9 BV (SR 101). Ein Einbürgerungsgesuch darf ohne Rechtsverletzung wegen ungenügender Integration der Gesuchsteller in die lokalen Verhältnisse abgewiesen werden. Es verstösst nicht gegen das Willkürverbot und das Diskriminierungsverbot, wenn eine Gemeinde eine restriktive Einbürgerungspraxis einhält und strengere Voraussetzungen für die Einbürgerung verlangt als die bundesrechtlichen Minimalanforderungen.

Verwaltungsgericht, 27. Februar 2007

Die Eheleute X. und Y. sind Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina. Seit 1990 leben sie in A. Ihre Kinder wurden 1991 und 1994 geboren. Der Einbürgerungsrat beurteilte ihr Einbürgerungsgesuch positiv und stellte der Bürgerschaft von A. den Antrag, dem Gesuch zuzustimmen. An der Bürgerversammlung fand eine Diskussion zur Einbürgerungsvorlage statt, und es wurde ein Ablehnungsantrag gestellt. Die Bürgerschaft lehnte das Gesuch ab. X. und Y. erhoben Kassationsbeschwerde und beantragten, der Beschluss der Bürgerschaft sei wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben. Das Departement des Innern hiess die Kassationsbeschwerde gut. Es hielt fest, grundsätzlich bestehe kein Anspruch auf Einbürgerung. Die Bürgerschaft habe sich mit dem Beizug des Eignungskriteriums der Integration in die örtlichen Verhältnisse im Rahmen ihres Handlungsspielraums bewegt. Der Einbürgerungsrat habe den Sachverhalt aber nur auf die Erfüllung der gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen hin geprüft. Dem Kriterium der Eingliederung in die örtlichen Verhältnisse habe er keine besondere Bedeutung beigemessen. Damit seien die entscheidrelevanten Umstände nicht hinreichend abgeklärt bzw. offen gelegt worden, und es sei nicht möglich, die Beurteilung der Einbürgerungseignung durch die Stimmbürgerschaft auf die Rechtmässigkeit hin zu prüfen. Daher sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache an die Gemeinde zurückzuweisen.

Der Gemeinderat A. gelangte an das Verwaltungsgericht. Dieses hat die Beschwerde gutgeheissen und den Entscheid des Departements aufgehoben.

Aus den Erwägungen:

2. Einbürgerungsentscheide galten bisher als politische Entscheide bzw. als Souveränitätsakte, analog dem Erlass von Gesetzen oder von Begnadigungen (vgl. Yvo Hangartner, Neupositionierung des Einbürgerungsrechts, in: AJP 2004, S. 7; BGE 129 I 235 E. 3.1 und 3.3 mit Hinweisen auf die frühere Lehre und Rechtsprechung). Dementsprechend stand gegenüber ablehnenden Einbürgerungsentscheiden kein Rechtsmittel offen. Aufgrund der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Einbürgerungsentscheide aber als Verwaltungsakte bzw. als Verfügungen zu betrachten (BGE 129 I 238 E. 3.3). Das Bundesgericht erkannte Einbürgerungsgesuchstellern einen Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Begründung des Entscheids zu und hielt fest, Einbürgerungsentscheide unterlägen dem Willkürverbot und dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 und Art. 9 BV). Es qualifizierte Urnenabstimmungen über Einbürgerungen als unzulässig, da solche Entscheide systembedingt nicht begründet werden könnten (BGE 129 I 243 E. 3.7).

2.1. Nach der gesetzlichen Ordnung besteht, abgesehen von hier nicht interessierenden Sonderfällen, kein Rechtsanspruch auf Einbürgerung. Ein solcher wurde im Vorfeld der Abstimmung über die neue Kantonsverfassung diskutiert; er wurde aber nicht in die dem Stimmvolk unterbreitete Verfassungsvorlage aufgenommen (ABI 2001, S. 1111 f.). Nach Art. 104 Abs. 1 KV entscheiden die Stimmberechtigten der Politischen Gemeinde über die Erteilung des Gemeindebürgerrechts. Dies bedeutet, dass entweder das Gemeindeparlament, wo ein solches besteht, oder die Stimmberechtigten an der Bürgerversammlung über Einbürgerungsgesuche entscheiden.

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Kantonsrat ein neues Bürgerrechtsgesetz verabschiedet (vgl. ABI 2004, S. 2213 ff.). Dieses wurde aber in der Volksabstimmung vom 24. November 2004 abgelehnt. In der Folge hat die Regierung eine befristete Verordnung (sGS 121.12) erlassen, welche das bestehende kantonale Bürgerrechtsgesetz (sGS 121.1, abgekürzt BüG des Kantons St.Gallen) den Vorgaben der Kantonsverfassung und der Rechtsprechung des Bundesgerichts anpasst.

2.2. Einbürgerungsentscheide stehen in einem Spannungsverhältnis verschiedener sich zum Teil tangierender und widersprechender Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze. Einerseits ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wie erwähnt der Einbürgerungsentscheid als Verwaltungsakt bzw. als Verfügung zu qualifizieren, wobei in formeller Hinsicht das rechtliche Gehör und die Begründungspflicht und materiell das Diskriminierungs- und das Willkürverbot zur Anwendung kommen. Dem gegenüber stehen die verfassungsrechtlichen Grundsätze, dass der Entscheid über Einbürgerungen in einem direktdemokratischen Verfahren

getroffen wird, dass kein Anspruch auf Einbürgerung besteht und dass sich die Stimmenden auf die grundrechtlich gewährte Garantie der politischen Rechte und die freie Willensbildung berufen können (Art. 34 BV).

2.3. Es gibt keine feste Praxis, wie der Begründungspflicht bei Einbürgerungsbeschlüssen der Gemeindeversammlung nachzukommen ist (BGE 131 I 18 E.3.1 mit Hinweis auf BGE 130 I 140 ff.). Problematisch sind vor allem diejenigen Gemeindeversammlungsbeschlüsse, die von der Empfehlung des Gemeinderats oder einer vorberatenden Kommission abweichen (BGE 131 Ia 18 E.3.1). Werden an der Gemeindeversammlung selbst Gründe für die Ablehnung einer konkreten Einbürgerung genannt und wird darüber unmittelbar im Anschluss an die Diskussion abgestimmt, so kann angenommen werden, dass die ablehnenden Gründe von der Mehrheit der Abstimmenden mitgetragen werden. In der Regel wird damit ein ablehnender Gemeindeversammlungsbeschluss hinreichend begründet werden können, so dass der abgelehnte Bewerber weiss, weshalb sein Gesuch abgewiesen wurde, und der Entscheid gegebenenfalls in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden kann (BGE 132 I 167 ff. E.2; 130 I 154 mit Hinweis auf Thürer/Frei, Einbürgerungen im Spannungsfeld zwischen direkter Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: ZSR 2004 I S.225 f., und Hangartner, a.a.O., S.3 ff., insbesondere S.16 f.).

Im vorliegenden Fall wurde mit dem Beschluss der Bürgerversammlung die Einbürgerungsvorlage des Einbürgerungsrats abgelehnt. Die Diskussion anlässlich der Bürgerversammlung wurde protokolliert, und es wurden verschiedene Voten zur Einbürgerungsvorlage abgegeben. In einem Votum wurde festgehalten, die Beschwerdegegner nähmen nicht am gesellschaftlichen Leben in der Gemeinde teil. Sie seien nicht Mitglied in einem Verein und könnten auch keine andere gesellschaftliche Aktivität in der Gemeinde vorweisen. Das Departement hat unter den gegebenen Umständen zu Recht eine hinreichende Begründung des Ablehnungsbeschlusses angenommen.

2.4. Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Stellungnahme an die Vorinstanz fest, die gesetzlichen Mindestanforderungen für eine Einbürgerung seien erfüllt, ansonst der Einbürgerungsrat seine Aufgabe schlecht erfüllt hätte. Nach Art. 14 BÜG des Bundes werde geprüft, ob der Bewerber zur Einbürgerung geeignet sei bzw. die gesetzlichen Voraussetzungen erfülle. Mit der Begründung, dass die Beschwerdegegner am gesellschaftlichen Leben in der Gemeinde zu wenig teilnähmen, nicht Mitglied in einem Verein seien und keine gesellschaftlichen Aktivitäten in der Gemeinde vorweisen könnten, habe die Bürgerschaft festgestellt, dass eine besondere lokale Verwurzelung der Bewerber fehle. Die lokale Verwurzelung stelle ein zusätzliches Erfordernis dar, was legitim und zulässig sei.

Die Vorinstanz hielt dazu fest, der in Art. 14 lit. a BÜG des Bundes umschriebene Begriff der Integration beziehe sich lediglich auf die Eingliederung in die schweizerischen Verhältnisse. Die Gemeinde habe sinngemäss die Forderung nach einer örtlichen Integration aufgestellt. Die mit der bundesrechtlichen Integrationsvorausset-

zung verbundene Erwartung nach Kontakt mit der einheimischen Bevölkerung könne sich auf die örtliche Bevölkerung der einbürgernden Gemeinde beziehen, sie müsse es jedoch nicht (BGE 132 I 167 ff.). Die Voraussetzung der örtlichen Integration stelle dementsprechend eine Einengung und somit eine Verschärfung der bundesrechtlich vorgegebenen materiellen Eignungsvoraussetzungen dar (vgl. Botschaft zum Entwurf des Bürgerrechtsgesetzes, in: ABI 2003, S.1912f.). Die in Art. 14 lit. a bis d BÜG des Bundes aufgestellten Voraussetzungen stellten Mindestvoraussetzungen dar. Den Kantonen bleibe es unbenommen, darüber hinausgehende Voraussetzungen aufzustellen. Der Kanton St.Gallen habe dies bislang nicht getan. Ob den politischen Gemeinden trotz dieses Verweises des kantonalen Bürgerrechtsgesetzes auf Art. 14 BÜG des Bundes weiterhin ein eigener Handlungsspielraum zukomme, sei aus dem Gesetzestext selbst nicht ohne weiteres ersichtlich. Da für die Politische Gemeinde keine Verpflichtung zur Aufnahme ins Bürgerrecht bestehe, komme der Stimmbürgerschaft bei einer Einbürgerung ein erheblicher Handlungsspielraum zu. Sie könne diesen nutzen, indem sie anstelle der möglichen Ablehnung über die Mindestvoraussetzungen hinausgehende materielle Eignungskriterien aufstelle. Auf diese Weise könne sie eine selbständige Einbürgerungspraxis entwickeln.

Die Beschwerdegegner machen geltend, ein Zusatzkriterium müsste in einem Reglement der Gemeinde festgehalten werden. Das Verwaltungsgericht kann sich dieser Auffassung nicht anschliessen. Nach Art. 10ter Abs. 1 der Verordnung über das Einbürgerungsverfahren erlässt die politische Gemeinde ein Reglement, wenn sie die Einbürgerung von der Wohnsitzdauer in der Gemeinde abhängig macht. Dies bedeutet nicht, dass sie sämtliche weiteren Kriterien, welche sie beim Entscheid über eine Einbürgerung anwendet, ebenfalls in einem Reglement festhalten muss. Auch das Bundesgericht hat beispielsweise die sprachliche Integration eines Bewerbers als zulässiges Kriterium betrachtet, obwohl dieses in Art. 14 lit. a bis d BÜG des Bundes nicht explizit aufgeführt ist und auch nicht in einem Reglement der Gemeinde verankert war (BGE 131 Ia 18 E. 3.2). Wie erwähnt kommt der Bürgerversammlung beim Entscheid über die Einbürgerung ein weiter Ermessensspielraum zu. Das Rechtsgleichheitsgebot belässt der Behörde, die im Bereich des Einbürgerungsermessens entscheidet, einen gleichermassen grossen Spielraum wie dem Bürgerrechtsgesetzgeber (vgl. Hangartner, a. a. O., S. 12). Weil die Bürgerrechtsgesetzgebung die Richtung der Einbürgerungspolitik bei der Ermessenseinbürgerung im Bereich der ordentlichen Naturalisation von Ausländern nicht bestimmt, also Ermessen von Grund auf gewährt, steht es der zuständigen Behörde frei, eine freizügige oder eine zurückhaltende Einbürgerungspolitik zu entwickeln. Die Berufung auf das Rechtsgleichheitsgebot hilft also nur in einem inkonsistenten Einzelfall zulasten eines Gesuchstellers im Kontext einer sonst unveränderten Praxis (Hangartner, a. a. O., S. 12). Es ist geradezu kennzeichnend für den Bereich der Einbürgerung, dass im positiven Recht nur gewisse Mindestanforderungen gesetzlich verankert sind. Die Erfüllung dieser Mindestanforderungen verschafft aber wie

erwähnt keinen Rechtsanspruch auf Einbürgerung. Ein solcher ist dem Verfassungsrecht der Schweiz fremd. Da die Gemeindeversammlung in diesem Bereich über grundlegendes Ermessen verfügt und nicht auf eine bestimmte Zielsetzung des Bürgerrechtsgesetzes verpflichtet ist, steht ihr die Befugnis zu, in konkreten Einzelfällen die Voraussetzungen für die Erteilung des Bürgerrechts festzulegen und bei den einzelnen Gesuchstellern zu prüfen, ob diese weiteren Voraussetzungen erfüllt sind und ob gegebenenfalls bei der Erfüllung dieser weiteren Voraussetzungen das Bürgerrecht erteilt wird. Auch ist es gar nicht möglich, sämtliche über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinausgehenden Kriterien in einem Reglement festzuhalten. Dies würde den der Bürgerschaft zustehenden Ermessensspielraum in unzulässiger Weise beschränken und den Einbürgerungsakt auf eine blosse Prüfung reduzieren, ob die reglementarischen Voraussetzungen erfüllt sind. Auch würde mit der abschliessenden gesetzlichen Regelung von Zusatzkriterien ein verfassungswidriger Rechtsanspruch auf Einbürgerung begründet, indem es bei Erfüllung der reglementarisch verankerten Kriterien faktisch ausgeschlossen wäre, einen Einbürgerungsantrag abzulehnen. Der besondere Ermessensspielraum, der der Bürgerschaft in diesem Bereich zusteht, rechtfertigt eine Verpflichtung zur abschliessenden Normierung aller denkbaren Entscheidungskriterien nicht. Von einem willkürlichen oder im Widerspruch zum Grundsatz von Treu und Glauben stehenden Verfahren kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden.

2.5. Die Vorinstanz erwog, die Stimmbürgerschaft stütze ihren Vorhalt der fehlenden örtlichen Integration auf die Tatsache, dass die Beschwerdegegner nicht Mitglied in einem örtlichen Verein seien. Weitere Tatsachen würden in der Begründung nicht genannt. Diese Feststellung ist in dieser Form nicht zutreffend. An der Diskussion in der Bürgerversammlung wurde festgehalten, die Gesuchsteller könnten (abgesehen von der fehlenden Vereinsmitgliedschaft) auch keine andere gesellschaftliche Aktivität in der Gemeinde vorweisen. Diese Äusserung wurde als Element der Begründung in der schriftlichen Mitteilung des ablehnenden Entscheids offen gelegt. Somit kann der Bürgerschaft nicht vorgehalten werden, sie habe die örtliche Integration mit der Zugehörigkeit zu einem örtlichen Verein gleichgesetzt. Es ist deshalb auch nicht weiter zu prüfen, ob das Kriterium der Vereinszugehörigkeit einer erzwungenen Vereinsmitgliedschaft für jeden Einbürgerungskandidaten gleichkommt. Wenn die Beschwerdeführerin festhält, Einbürgerungswilligen könne durchaus eine Vereinsmitgliedschaft zugemutet werden, so kann dies nicht als Zwangsmitgliedschaft in einem Verein verstanden werden, wie die Beschwerdegegner geltend machen. Selbstredend kann niemand zur Zugehörigkeit in einem Verein verpflichtet werden (Art. 23 Abs. 3 BV), und alle Einbürgerungsgesuchsteller können sich auf die verfassungsmässigen Rechte berufen. Es lässt sich aber mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass namentlich in ländlichen Gemeinden mit der Mitgliedschaft in einem örtlichen Verein die Integration in die lokalen Verhältnisse besonders gut dokumentiert werden kann. Es obliegt aber allein dem Ein-

bürgerungsgesuchsteller, ob er sich mit einer freiwilligen Vereinsmitgliedschaft eine vorteilhafte Stellung in einem Einbürgerungsverfahren verschaffen will.

2.6. Die Vorinstanz erwog im weiteren, die Stimmbürgerschaft habe immerhin erkennen lassen, dass die Vereinszugehörigkeit zwar die einzige Tatsache sei, die sie zu nennen gewusst habe, dass sie jedoch auch bereit wäre, andere gesellschaftliche Aktivitäten in der Gemeinde als Hinweis auf die örtliche Integration zu akzeptieren. Welches diese seien und inwiefern sie bei den Beschwerdegegnern nicht gegeben seien, sei aus dem vorliegenden Sachverhalt jedoch nicht ersichtlich. Das Verwaltungsgericht kann sich auch dieser Auffassung nicht anschliessen. Die Bürgerversammlung hat ausdrücklich festgestellt, die Gesuchsteller könnten, abgesehen von der fehlenden Vereinsmitgliedschaft, auch keine andere gesellschaftliche Aktivität in der Gemeinde vorweisen. Sie hat somit zum Ausdruck gebracht, dass gesellschaftliche Aktivitäten in der Gemeinde als Merkmal der örtlichen Integration betrachtet bzw. akzeptiert würden. Sie war unter diesen Umständen nicht gehalten, im einzelnen darzulegen, worin solche gesellschaftlichen Aktivitäten bestehen könnten. Dies hätten die Gesuchsteller selber vorbringen müssen. In der mündlichen Befragung vor der Einbürgerungskommission wurden die Gesuchsteller nach Vereinstätigkeiten, Hobbies und allgemeinen Interessen gefragt. Auch wurde die Frage gestellt, was sie für die Allgemeinheit täten und an welchen Anlässen in A. oder in der näheren Umgebung sie teilnahmen und welches die persönlichen Kontakte im Dorf und in der Region seien. Die Gesuchsteller konnten somit davon ausgehen, dass Vereinstätigkeiten, Aktivitäten für die Allgemeinheit oder die Teilnahme an gesellschaftlichen Anlässen am Wohnort oder in der Region für die Beurteilung des Einbürgerungsgesuchs von Bedeutung sind. Es ist daher nicht zutreffend, dass den Gesuchstellern die Kriterien vorenthalten wurden, welche die Bürgerschaft allenfalls zur Anerkennung einer besonderen örtlichen Integration veranlasst hätten. Die Gesuchsteller konnten vielmehr aufgrund des Einbürgerungsgesprächs unschwer erkennen, auf welche Kriterien die Bürgerversammlung unter Umständen Gewicht legt. Jedenfalls steht fest, dass die Beschwerdegegner nicht Mitglied in einem Verein sind. In der Beschwerdevernehmung machen sie geltend, sie lebten seit 16 Jahren in A. und seit bald zwanzig Jahren in der Schweiz. Sie hätten an ihrem Wohnort verschiedenste Kontakte geknüpft. Die Ehefrau sei während acht Jahren in einem Restaurant tätig gewesen und habe dort und auch in der Freizeit Kontakte zur Bevölkerung geknüpft.

Im Protokoll des Gesprächs mit dem Einbürgerungsrat gaben die Beschwerdegegner an, keine Vereinstätigkeiten zu pflegen. Als Hobbies nannten sie die sportlichen Betätigungen der Kinder. Die Fragen nach allgemeinen Interessen und nach Tätigkeiten für die Allgemeinheit blieben unbeantwortet, ebenso die Frage, an welchen Anlässen in A. oder in der näheren Umgebung sie teilnahmen, sowie die Frage, wie sie die persönlichen Kontakte im Dorf und in der Region charakterisierten. Weder aus der Berufstätigkeit der Ehefrau noch aus der Mitwirkung des Ehemannes bei der Kinderbetreuung und -erziehung und der Unterstützung der Kinder bei

deren sportlichen Aktivitäten ergeben sich Anhaltspunkte für intensive Kontakte mit der einheimischen Bevölkerung bzw. für gesellschaftliche Aktivitäten im Wohnort oder der Region. Aufgrund der Akten handelt es sich bei den Beschwerdegegnern um Personen, die seit langem in der Gemeinde ansässig und unbescholten sind. Von Personen, die sich um das Schweizer Bürgerrecht bewerben, darf eine allmähliche Angleichung an die schweizerischen Gewohnheiten verlangt werden, die darin besteht, dass die Person tatsächlich in einen eigentlichen Kontakt mit der Bevölkerung des aufnehmenden Gemeinwesens tritt und hierfür einen entsprechenden Integrationswillen bezeugt (vgl. BGE 132 Ib 167 E. 4.3 in fine). Die fehlende Erwerbstätigkeit – die Ehefrau ist IV-Rentnerin, der Ehemann hat eine IV-Rente beantragt – stellt jedenfalls kein Hindernis dar, in einem gewissen Mass an Aktivitäten in der Gemeinde teilzunehmen und konkrete Merkmale anzuführen, welche eine solche Teilnahme am gesellschaftlichen Leben des Wohnortes oder der Wohnregion begründen. Es liegt auf der anderen Seite in der freien Entscheidung der Beschwerdegegner, sich am gesellschaftlichen Leben nicht bzw. nicht intensiv zu beteiligen. Wenn die Bürgerschaft dies als Grund für die Ablehnung eines Einbürgerungsgesuchs betrachtet, kann ihr allerdings kein willkürliches Handeln vorgeworfen werden. Im übrigen liegt im Umstand, dass an der Bürgerversammlung das Einbürgerungsgesuch einer vietnamesischen Staatsangehörigen gutgeheissen wurde, weder eine Verletzung der Rechtsgleichheit noch eine Diskriminierung. Die Beschwerdeführerin hielt fest, weshalb bei jener Person die lokale Integration als gegeben erachtet wurde. Somit ist die abweichende Beurteilung sachlich begründet. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern die fehlende Erwerbstätigkeit der Beschwerdegegner Grund für die Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs war bzw. hätte sein können.

Nachdem die Beschwerdegegner zwar die gesetzlichen Mindestvoraussetzungen für die Einbürgerung erfüllen, seit rund sechzehn Jahren in der Gemeinde A. wohnen und in persönlicher und beruflicher Hinsicht keine negativen Vorkommnisse festgestellt wurden, welche eine Einbürgerung gesetzlich ausschliessen, erachtete die Einbürgerungskommission die Voraussetzungen für die Einbürgerung als gegeben, doch durfte die Bürgerschaft in Wahrnehmung ihres weiten Ermessensspielraums prüfen, ob bei den Beschwerdegegnern eine besondere lokale Integration gegeben war und diese im vorliegenden Fall wegen Fehlens besonderer Beziehungen zur Gemeinde bzw. gesellschaftlicher Aktivitäten in der Gemeinde ohne Willkür verneinen. Im Ergebnis beruht somit der negative Einbürgerungsentcheid auf einer sachlich haltbaren Begründung. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen und der Entscheid des Departements des Innern aufzuheben.

2

Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101), Art. 15 Abs. 2 VRP (sGS 951.1). Die unterbliebene Orientierung über wesentliche, nicht in den Personalakten festgehaltene Tatsachen und die fehlende Protokollierung der mündlichen Eröffnung der beabsichtigten Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnisses verletzen den Anspruch auf rechtliches Gehör.

Verwaltungsgericht, 19. September 2007

X. war seit 1982 in der Staatsverwaltung tätig. Mit Verfügung vom 29. März 2007 wurde das Dienstverhältnis per 31. Juli 2007 aufgelöst und X. ab 1. April 2007 freigestellt. Zur Begründung wurde festgehalten, die Zusammenarbeit sei seit einigen Jahren stark beeinträchtigt. Die Mitarbeitenden beklagten sich über das schlechte Arbeitsklima in der Abteilung. Die dominante und uneinsichtige Art von X. werde als grösster Störfaktor bezeichnet. Eine weitere Zusammenarbeit sei den Mitarbeitenden nicht mehr zumutbar. X. erhob Beschwerde beim Verwaltungsgericht und machte geltend, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 15 Abs. 2 VRP sind erheblich belastende Verfügungen nur zulässig, wenn die Betroffenen den wesentlichen Sachverhalt kennen und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten. Auch in Art. 29 Abs. 2 BV ist der Anspruch auf rechtliches Gehör verankert.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet unter anderem das Recht der Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihrem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können (vgl. statt vieler R. Hotz, St.Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 23 ff.). Die Behörden haben alles, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann, in den Akten festzuhalten (BGE 130 II 477).

2.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Am 22. März 2007 sei mit Wirkung bis 28. März 2007 das rechtliche Gehör zur Kündigungsandrohung gewährt worden. Akteneinsicht habe er nicht nehmen können.

Am 22. März 2007 wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewährt und ihm eröffnet, es sei beabsichtigt, ihm zu kündigen. Der Beschwerdeführer nahm schriftlich mit Eingabe vom 27. März 2007 Stellung. Akteneinsicht verlangte er nicht.

2.1.1. Soweit der Beschwerdeführer in der Vernehmlassung vom 8. August 2007 die von der Vorinstanz angesetzte Frist als krass ungenügend rügt, ist nicht

weiter darauf einzugehen. Diese Rüge hätte er in der Beschwerdeergänzung vorbringen können. Zudem hatte er in seiner Stellungnahme vom 27. März 2007 nicht beanstandet, die Frist sei zu kurz angesetzt worden bzw. er habe aus zeitlichen Gründen keinen Rechtsvertreter aufsuchen können.

2.1.2. Zutreffend hält die Vorinstanz weiter fest, dass es primär Sache der am Verfahren beteiligten Parteien ist, Akteneinsicht zu verlangen. Wenn sie dies unterlassen, können sie sich nicht hinterher über eine Gehörsverletzung beklagen; insofern verwirken sie ihren Anspruch auf Akteneinsicht (vgl. M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 248). Der Beschwerdeführer hat keine Akteneinsicht verlangt. Es stellt sich daher die Frage, ob er damit seinen Anspruch auf Akteneinsicht bzw. die Rüge der Verletzung dieses Anspruchs verwirkt hat.

Der Beschwerdeführer durfte im vorliegenden Fall davon ausgehen, dass sich die Vorinstanz primär auf seine Personalakte stützte. Was darin festgehalten war, war ihm bekannt, und daher bestand für ihn kein Anlass, im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs Einsicht in die Personalakte zu verlangen.

2.1.3. Die Vorinstanz stützte sich jedoch nicht nur auf die dem Beschwerdeführer bekannten Akten. Wesentliche Grundlage ihres Entscheids waren der schriftliche Bericht von A., dem Vorgesetzten des Beschwerdeführers, vom 3. Januar 2007 sowie die Aktennotiz des Amtsleiters vom 21. März 2007. Letztere wurde gemäss Überschrift im Hinblick auf die Besprechung mit dem Beschwerdeführer vom 22. März 2007 verfasst. Da in diesen beiden Aktenstücken zahlreiche Tatsachen festgehalten waren, die in krassm Gegensatz zu den in den Personalakten befindlichen Unterlagen und den dort festgehaltenen Tatsachen standen, und diese beiden Aktennotizen für die Kündigung ausschlaggebend waren, hätte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer von Amtes wegen mitteilen müssen, dass sie sich auf neue, bisher nicht in den Personalakten befindliche Unterlagen stützte und ihm Gelegenheit geben müssen, darin Einsicht zu nehmen. Zumindest hätte sie den wesentlichen Inhalt jener beiden Aktenstücke anlässlich des Gesprächs vom 22. März 2007 dem Beschwerdeführer mitteilen und dies protokollieren müssen.

Ein Protokoll des Gesprächs vom 22. März 2007 findet sich nicht in den Akten. Dies steht im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche verlangt, dass wenigstens der wesentliche Inhalt eines Gesprächs, das die Verwaltung mit einem Verfahrensbeteiligten führt, in einem Protokoll festzuhalten ist (BGE 130 II 473 E. 4.2). Im vorliegenden Fall bestanden namentlich deshalb hohe Anforderungen an die Protokollführung, weil die Rechtsstellung des Beschwerdeführers in erheblichem Masse tangiert war (vgl. Albertini, a. a. O., S. 257).

2.1.4. Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt hat.

2.2. Der Beschwerdeführer beantragt, die einzelnen Sachverhalte in den Berichten des Vorgesetzten und des Amtsleiters seien durch Edition der Aktennotizen zu

den Gesprächen zwischen den Vorgesetzten und den Mitarbeitern in seinem Umfeld und zum Ergebnis des externen Coachings zu konkretisieren.

2.2.1. Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung fest, entsprechende Aktennotizen von den Mitarbeitergesprächen existierten nicht, da sie damals von den Mitarbeitern auch nicht verlangt worden seien. Geheime Aktennotizen über die Mitarbeitergespräche würden aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht gemacht. Durch Zeugenbefragung der Mitarbeiter könne die Richtigkeit der bei den Mitarbeitergesprächen vorgebrachten Beschwerden bestätigt werden. Gemäss dem Auftrag an den externen Coach sei Vertraulichkeit vereinbart worden. Um nicht den Vorwurf der Zeugenbeeinflussung zu gewärtigen, sei kein Versuch unternommen worden, Einverständniserklärungen der Beteiligten zu erlangen. Diese Erklärungen, einschliesslich derjenigen des Beschwerdeführers, könnten daher nur durch das Verwaltungsgericht selbst bei den Beteiligten eingeholt werden.

2.2.2. Das Verwaltungsgericht hat in einem kürzlich gefällten Urteil festgehalten, dass Personalgespräche, welche Verfehlungen eines Angestellten zum Gegenstand haben, nicht zuletzt auch im Hinblick auf ein mögliches Verfahren zu protokollieren sind (VerwGE B 2005/48 vom 16. August 2005 i. S. X. Y., publiziert in: www.gerichte.sg.ch). Im vorliegenden Fall stützt sich die Kündigung ausschliesslich auf den schriftlichen Bericht des Vorgesetzten vom 3. Januar 2007 sowie die Aktennotiz des Amtsleiters vom 21. März 2007. Die zuvor erstellten schriftlichen Unterlagen lauten für den Beschwerdeführer sowohl in fachlicher als auch in persönlicher Hinsicht positiv. In den Jahren 1997, 1999, 2002, 2005 und 2006 wurde seine Leistung als «gut» qualifiziert und festgehalten, der Leistungsauftrag sei insgesamt erfüllt worden. In den Jahren 1998, 2000, 2001, 2003 und 2004 wurde die Leistung als «besonders gut» beurteilt und festgehalten, die erbrachten Leistungen überträfen den Leistungsauftrag deutlich. Auch zur Teamarbeit finden sich keine nachteiligen Einträge und Bemerkungen. Ebenso wurden im Zwischenzeugnis vom 31. Mai 2001 keine negativen Vorkommnisse erwähnt; das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers gegenüber Vorgesetzten und Mitarbeitenden sowie Dienstleistenden wurde sogar als «vorbildlich» qualifiziert.

2.2.3. Die am 3. Januar 2007 und am 21. März 2007 erstellten schriftlichen Zusammenstellungen des Vorgesetzten und des Amtsleiters wurden aus der Erinnerung bis zum Jahr 2003 zurück niedergeschrieben. Dieses Vorgehen ist problematisch. Grundsätzlich sind sämtliche wichtigen Umstände und Vorkommnisse im Rahmen der Personalführung aktenmässig zu erfassen. Es ist im Hinblick auf den Nachweis konkreter Tatsachen fragwürdig, entscheidungswesentliche Umstände erst nach Jahr und Tag anhand der subjektiven Erinnerung des Vorgesetzten aktenmässig festzuhalten.

...

2.2.5. Aus der Vernehmlassung der Vorinstanz zur Beschwerde geht hervor, dass die Unstimmigkeiten offenbar bereits seit längerem bestanden. Die angeführten Tatsachen und die getroffenen Massnahmen fanden aber in der Personalakte

des Beschwerdeführers keinen Niederschlag. Gemäss Personalakte sind Leistung und Verhalten des Beschwerdeführers, insbesondere auch gegenüber den Mitarbeitern, nicht zu beanstanden. Der Personalakte lässt sich nicht im Entferntesten ein Grund für eine Kündigung und sofortige Freistellung finden.

Die Vorinstanz bietet nun die Befragung des Amtsleiters, des Vorgesetzten und der Mitarbeiter an, um die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Tatsachen zu belegen. Ein solches Vorgehen ist rechtsstaatlich unhaltbar. Aufgrund der Personalakten und eines Zwischenzeugnisses wurden Leistung und Verhalten des Beschwerdeführers seit Jahren als gut bis sehr gut qualifiziert, und es sind keinerlei Beanstandungen oder Massnahmen für eine Verbesserung von Defiziten ersichtlich. Die Personalakte erweckt den Anschein, es sei alles in bester Ordnung. Dennoch sollen nach Darstellung der Vorinstanz in Tat und Wahrheit jahrelang erhebliche Probleme mit dem besagten Mitarbeiter bestehen. In einem solchen Fall ist entweder die Personalakte wahrheitswidrig, oder aber die nachträglich erhobenen Behauptungen entbehren jeglicher Grundlage.

Es ist unzulässig, belastende Tatsachen in den Personalakten zu unterschlagen und erst im Zeitpunkt der Kündigung über Jahre zurück schriftlich niederzulegen. Das Bundesgericht hat in einem unlängst ergangenen Urteil festgehalten, formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche Auskünfte stellen nur insofern ein zulässiges und taugliches Beweismittel dar, als damit bloss Nebensätze, namentlich Indizien oder Hilfstatsachen, festgestellt würden. Wenn hingegen von Drittpersonen Auskünfte zu wesentlichen Punkten des rechtserheblichen Sachverhalts einzuholen seien, falle grundsätzlich nur die Form der schriftlichen Anfrage und Auskunft in Betracht. Würden Auskunftspersonen zu wichtigen tatbestandlichen Fragen dennoch mündlich befragt, sei eine Einvernahme durchzuführen und darüber ein Protokoll aufzunehmen. Es entspreche denn auch einem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten Verfahrensgrundsatz, dass entscheidungsrelevante Tatsachen und Ergebnisse schriftlich festzuhalten seien (BGE 130 II 473 E. 4.2). Gegen diese Grundsätze wurde im vorliegenden Fall klar verstossen. Nachdem in den Personalakten keine nachteiligen Tatsachen festgehalten waren, hätten vor der Kündigung der Amtsleiter sowie der Vorgesetzte und die Mitarbeitenden befragt werden müssen. Es ist auch zwecklos, den Mitarbeitenden bei Gesprächen Diskretion und Vertraulichkeit zuzusichern und mit dieser Begründung die notwendigen Beweiserhebungen zu unterlassen. Auch ist es unzulässig, bei einer derart widersprüchlichen Tatsachengrundlage weitere Abklärungen im erstinstanzlichen Verfahren zu unterlassen und erst im Beschwerdeverfahren die wesentlichen Beweise zu erheben.

2.3. Aus dem Gesagten folgt, dass bezüglich der belastenden Tatsachen das Akteneinsichtsrecht missachtet wurde und die nachträglichen schriftlichen Aufzeichnungen des Amtsleiters und des Vorgesetzten angesichts des eklatanten Widerspruchs zu den Personalakten nicht geeignet sind, den Nachweis der darin aufgeführten belastenden Tatsachen zu erbringen. Weicht die Personalakte von der

Wirklichkeit derart ab, wie dies aufgrund der Darstellung der Vorinstanz angenommen werden muss, so ist der wahre Sachverhalt von der verfügenden Behörde nach rechtsstaatlichen Grundsätzen lückenlos festzustellen, so dass namentlich auch die Widersprüche zu den in der Personalakte festgehaltenen Umständen nachvollziehbar werden. Der Sachverhalt wurde im Verfahren vor der Vorinstanz unvollständig festgestellt.

Diese formalen und materiellen Mängel der angefochtenen Verfügung können nicht im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Zwar wäre eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs noch denkbar. Die mangelhaften Tatsachenfeststellungen können jedoch nicht im Beschwerdeverfahren nachgeholt werden. Vorliegend sind umfassende Abklärungen, namentlich Einvernahmen, erforderlich, um den genauen Sachverhalt zu klären. Die Beweise sind daher von der Vorinstanz zu erheben und zu würdigen. Würde dies vom Verwaltungsgericht nachgeholt, ginge dem Beschwerdeführer die einzige Rechtsmittelinstanz verloren. Nur wenn geringfügige Ergänzungen des Sachverhalts erforderlich wären, nähme das Verwaltungsgericht diese selber vor. Dem Verwaltungsgericht obliegt grundsätzlich die Rechtskontrolle, während der erstinstanzliche Entscheid über die Auflösung eines Dienstverhältnisses ein ausgesprochener Ermessensentscheid ist.

3

Art. 29a BV (SR 101); Art. 76 lit. b und 79 Abs. 1 lit. a VRP (sGS 951.1). Rechtsweg bei der Anfechtung von Realakten. Mit der Möglichkeit der Klageerhebung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, in denen weder eine Verfügung ergehen noch Klage vor einer anderen Instanz erhoben werden kann, besteht im Kanton St. Gallen eine umfassende Rechtsschutzgarantie, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.

Verwaltungsgericht, 19. September 2007

Aus den Erwägungen:

4.1.1. Realakte sind Verwaltungsmassnahmen, die nicht auf einen rechtlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind. Sie dienen unmittelbar der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben und haben ihre Grundlage im öffentlichen Recht, begründen aber keine Rechte und Pflichten der Privaten (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 883; E. Riva, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte, Überlegungen zu Art. 25a VwVG, in: SJZ 103 (2007), S. 341; Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 28 Rz. 1; BGE 130 I 379).

...
4.1.3. ... Im öffentlichen Recht der Schweiz ist der Schutz des Individuums gegen Rechtsanwendungsakte des Staates grundsätzlich als nachträglicher Rechtsschutz ausgestaltet. Beginnend mit dem wegweisenden Urteil in der Angelegenheit des Sektenaufklärungsbuches «Das Paradies kann warten» hat das Bundesgericht Wege aufgezeigt, wie betroffene Private auch gegen das verfügungsfreie Handeln des Staates – also gegen Realakte – Rechtsschutz erlangen können. Anlass zu den entsprechenden Überlegungen gab dem Bundesgericht der Umstand, dass die EMRK mit Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 Rechtsschutzgarantien enthält, die allgemein gehalten sind und in ihrem Schutzbereich alle Arten staatlichen Handelns erfassen (BGE 121 I 87 ff.). Das Bundesgericht nennt vier Möglichkeiten des Rechtsschutzes: Aufsichtsbeschwerde, Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen, Gesuch um Feststellungsurteil, andere «Rechtswegmöglichkeiten» (BGE 121 I 90 ff., 128 I 174 ff.). Seit dem 1. Januar 2007 ist Art. 29a BV in Kraft. Die Rechtsweggarantie gibt den Privaten einen Anspruch darauf, Rechtsstreitigkeiten durch ein Gericht beurteilen zu lassen. Der Begriff der Rechtsstreitigkeit ist umfassend (Riva, a. a. O., S. 339; BBI 1997 S. 523). Berührt der Staat mit seinem Handeln Rechte oder Pflichten von Privaten und besteht über die Rechtmässigkeit dieses Handelns Uneinigkeit, haben die betroffenen Privaten Anspruch darauf, den Entscheid eines Gerichts zu verlangen. Der Anspruch besteht unabhängig davon, welcher Handlungsweise sich der Staat bedient hat (E. Tophinke, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, in: ZBI 2006 S. 94). Der Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz darf also nicht einfach davon abhängig gemacht werden, wie die einfache Gesetzgebung das Anfechtungsobjekt umschreibt. So können namentlich Realakte zu Rechtsstreitigkeiten Anlass geben, für welche im Sinn der Rechtsweggarantie Rechtsschutz gewährt werden muss (Tophinke, a. a. O., S. 94 f.; Riva, a. a. O., S. 339).

4.1.4. Das st.gallische Verwaltungsrechtspflegegesetz enthält mit Art. 76 lit. b VRP bzw. Art. 79 Abs. 1 lit. a VRP die Möglichkeit der Klageerhebung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, in denen weder eine Verfügung ergehen noch Klage vor einer anderen Instanz erhoben werden kann. Damit besteht im Kanton St. Gallen eine umfassende Rechtsschutzgarantie. Der Rechtsschutz gegenüber Realakten ist gewährleistet, wenn die Gesetzgebung eine Generalklausel zur Erhebung eines Rechtsmittels in allen Fällen einräumt, in denen nicht bereits gemäss besonderer gesetzlicher Anordnung Beschwerde oder Klage erhoben werden kann oder erhoben werden konnte (Y. Hangartner, Recht auf Rechtsschutz, in: AJP 2002 S. 147; vgl. P. Richli, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: AJP 1998, S. 1432). Vor diesem Hintergrund trifft der Einwand des Beschwerdeführers, wonach bezüglich der Anfechtung von Realakten im Kanton St. Gallen eine gesetzgeberische Lücke bestehe, die geschlossen werden müsse, nicht zu. Mit der Regierung ist festzuhalten, dass auch die Rechtsweggarantie weder ein konkretes Rechtsmittel zusichert, noch einen be-

stimmten Instanzenzug garantiert (Tophinke, a. a. O., S. 91). Es ist deshalb davon auszugehen, dass die im Kanton St.Gallen gegebene Möglichkeit der Klageerhebung den Anforderungen von Art. 29a BV genügt. Der Hinweis des Beschwerdeführers, wonach die öffentlich-rechtliche Klage «vorab historisch bedingt» und deshalb für die Verwirklichung des Rechtsschutzes gegenüber Realakten nicht sachgerecht sei, überzeugt nicht. So eröffnet beispielsweise auch das deutsche Recht mittels einer Art «Auffangklage» Rechtsschutzmöglichkeiten gegen verfügungsfreies Staatshandeln. Namentlich können mit der «allgemeinen Leistungsklage» beispielsweise auch Begehren auf Widerruf von ehrkränkenden oder rufschädigenden amtlichen Äusserungen durchgesetzt werden (Richli, a. a. O., S. 1433 f.). Am Gesagten vermag auch nichts zu ändern, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeit, zunächst von der handelnden Behörde selbst eine Feststellungsverfügung zu verlangen, favorisiert. Insbesondere liegt keine Verletzung von Art. 29a BV vor, wenn der st.gallische Gesetzgeber zur Überprüfung von Realakten – abgesehen vom beschränkten Rahmen der Rechtsverweigerungsbeschwerde – kein Verfahren vorsieht, bei dem die handelnde Behörde selbst ihr eigenes Verhalten beurteilt (nicht überzeugend in diesem Zusammenhang Hangartner, a. a. O., S. 147, der ohne nähere Begründung vorschlägt, dass auch unter Berücksichtigung des Klageverfahrens nach Art. 76 lit. b bzw. Art. 79 Abs. 1 lit. a VRP der Betroffene zunächst eine Feststellungsverfügung der handelnden Instanz verlangen können soll, wobei er dazu aber nicht gezwungen werden könne). Schliesslich vermag auch der Vorbehalt in Art. 76 lit. b VRP, wonach das Klageverfahren nur gegeben ist, wenn keine Verfügung ergehen kann, nichts am Gesagten zu ändern. Der Vorbehalt in Art. 76 lit. b VRP bezieht sich auf originäre Verfügungen; an die Möglichkeit, einen (nachträglichen) Feststellungsentscheid über die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Staatshandelns zu erlangen, hat der Gesetzgeber offensichtlich nicht gedacht.

2. Öffentliches Dienstrecht

4

Art. 83 StVG (sGS 140.1), Art. 42, 44 und 65 Abs. 1 VStD (sGS 143.20). Wenn im öffentlichen Dienstverhältnis eine Kündigung im Zeitpunkt des Krankheitsbeginns bereits ausgesprochen war, die Kündigungsfrist aber noch nicht abgelaufen ist, ist mangels einer kantonalen Regelung Art. 336c OR sachgemäss anwendbar. Der Lohnfortzahlungsanspruch beurteilt sich nach Art. 44 in Verbindung mit Art. 42 VStD.

Verwaltungsgericht, 11. April 2007

Aus den Erwägungen:

2.1. Art. 65 Abs. 1 VStD bestimmt, dass das Dienstverhältnis während Krankheit und Unfall erst nach Ablauf des Besoldungsanspruchs gekündigt werden kann. Gemäss Art. 42 wird die Besoldung für zwölf Monate innert drei Jahren voll ausgerichtet, wenn der Dienst wegen Krankheit ausgesetzt wird. Der Anspruch auf Besoldung während Krankheit beginnt mit dem Anfang des Dienstverhältnisses und endet bei dessen Ablauf (Art. 44 VStD).

2.1.1. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass Art. 65 Abs. 1 VStD auch auf den Fall anzuwenden sei, wo der Arbeitnehmer erst während laufender Kündigungsfrist erkrankt. Der Sinn einer Rechtsnorm ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist die grammatikalische Auslegung Ausgangspunkt jeder Auslegung. Vom klaren, d. h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderem dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 91 ff.; BGE 124 II 245 f. und 124 II 268).

2.1.2. Art. 65 Abs. 1 VStD regelt entsprechend dem klaren Wortlaut die Sperrfrist für die Aussprechung einer Kündigung während Krankheit oder Unfall. Der vorliegende Fall, wo die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers erst nach der Kündigung eingetreten ist, wird dagegen vom Wortlaut nicht erfasst, was auch der Kläger anerkennt. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen ist deshalb zu prüfen, ob triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Der Kläger macht in diesem Zusammenhang geltend, dass Sinn und Zweck von Art. 65 Abs. 1 VStD es gebieten würden, die Bestimmung auch auf Fälle anzuwenden, in denen der Arbeitnehmer erst nach der Kündigung krank geworden ist. Nicht nur ein im Zeitpunkt der Kündigung bereits kranker und arbeitsunfähiger Arbeitnehmer habe ein Schutzbedürfnis nach vollem Lohnfortzahlungsanspruch, sondern auch ein erst nach der Kündigung während der laufenden Kündigungsfrist noch vor Beendigung des Anstellungsverhältnisses infolge Krankheit arbeitsunfähig gewordener Arbeitnehmer.

2.1.3. Das Gericht stimmt mit dem Kläger überein, dass auch der Arbeitnehmer, der erst während laufender Kündigungsfrist krank wird, ein Schutzbedürfnis hat. Vor diesem Hintergrund hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass in Fällen, bei denen im Zeitpunkt des Krankheitsbeginns die Kündigung bereits ausgesprochen war, die Kündigungsfrist aber noch nicht abgelaufen ist, mangels einer kantonalen Regelung gestützt auf Art. 83 StVG die entsprechende privatrechtliche Regelung sachgemäss anwendbar ist (VerwGE K 2004/3 vom 14. September 2004 i. S. Ch.St.). Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 336c Abs. 2 OR wird bei Krankheit der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Bezüglich der Dauer der Sperrfrist stellt Art. 336c

Abs. 1 lit. b OR auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses ab. So beträgt die Sperrfrist im ersten Dienstjahr 30 Tage, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr 90 Tage und ab dem sechsten Dienstjahr 180 Tage (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Mit der sachgemässen Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b und Art. 336c Abs. 2 OR wird dem Schutzbedürfnis von Arbeitnehmern, die erst während der Kündigungsfrist erkranken, hinreichend Rechnung getragen, weshalb es keine Veranlassung gibt, um vom klaren Wortlaut von Art. 65 Abs. 1 VStD abzuweichen. Es ist sachlich ohne weiteres vertretbar, wenn erkrankte öffentlich-rechtliche Angestellte, die in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen, hinsichtlich der Sperrfristen anders behandelt werden als öffentlich-rechtliche Angestellte, denen bereits gekündigt worden ist und die erst während der Kündigungsfrist erkranken. Die unterschiedliche Behandlung ergibt sich aus dem Umstand, dass Art. 65 VStD während der Dauer von Krankheit ein Kündigungsverbot vorsieht, solange ein Besoldungsanspruch besteht. Der Besoldungsanspruch während Krankheit endet mit dem Ablauf des Dienstverhältnisses (Art. 44 VStD). In Fällen von Erkrankungen während der Kündigungsfrist werden dabei die Bestimmungen von Art. 336c OR analog angewendet, d. h. die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist gültig erfolgt, aber der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird unter Beachtung der Sperrfristen hinausgeschoben. Während sich im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis die Lohnfortzahlung während Krankheit nach Art. 324a und Art. 324b OR richtet, gelangt im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis bezüglich der Lohnfortzahlung auch im Fall der Erkrankung während der Kündigungsfrist Art. 44 in Verbindung mit Art. 42 VStD zur Anwendung. Dies hat – was im Streitfall allerdings nicht von Bedeutung ist – zur Folge, dass ein Arbeitnehmer, wenn er bereits in den drei Jahren vor der Kündigung längere Zeit krank war, unter Umständen während der Sperrfrist nur eine beschränkte Zeit entlöhnt wird oder im Extremfall gar keinen Lohn mehr erhält. Dies ist indes hinzunehmen, zumal auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen keineswegs zum vornherein feststeht, dass der Lohn während der gesamten Dauer des Kündigungsschutzes bezahlt werden muss (Rehbinder/Portmann, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel 2003, N 14 zu Art. 336c OR). Das Ende des Lohnfortzahlungsanspruchs richtet sich auch im Fall der Erkrankung während laufender Kündigungsfrist nach Art. 44 VStD, d. h. mit dem Ablauf der Kündigungsfrist endet auch der Besoldungsanspruch. Da der Kläger erst während der Kündigungsfrist erkrankt ist, finden bezüglich der Sperrfrist Art. 336c Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 336c Abs. 2 OR analog Anwendung, und der Lohnfortzahlungsanspruch beurteilt sich nach Art. 44 VStD.

Das Bundesgericht hat eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist (BGE 1C_139/2007 vom 23. Oktober 2007).

5

Art. 79bis VRP (sGS 951.1), Art. 145 Abs. 1 GG (sGS 151.2). Ob ein Angestelltenverhältnis in einer politischen Gemeinde öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, ist aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen.

Verwaltungsgericht, 18. Dezember 2007

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 79bis VRP beurteilt das Verwaltungsgericht vermögensrechtliche Ansprüche aus der Mitgliedschaft bei einer Behörde oder aus dem öffentlichen Beamten- oder Angestelltenverhältnis. Ausgenommen sind Ansprüche von Behördemitgliedern, Beamten und Angestellten aus öffentlich-rechtlichen Versicherungen.

1.2.1. Gemäss Art. 143 Abs. 1 GG bilden Beamte und Angestellte das Verwaltungspersonal. Das Gesetz hält fest, dass als Beamter gilt, wer als solcher auf eine Amtsdauer gewählt wird (Art. 144 Abs. 1 GG). Angestellte stehen demgegenüber entweder in einem öffentlich-rechtlichen oder in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis (Art. 145 Abs. 1 GG). Die Unterscheidung, ob ein Arbeitsverhältnis öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, gestaltet sich oft schwierig. Dabei spielen die Rechtsnatur der Parteien oder die Rechtsform, in die sie das Verhältnis gekleidet bzw. die Bezeichnung, welche sie dafür gewählt haben, keine entscheidende Rolle. Ausschlaggebend ist vielmehr der tatsächliche Inhalt des Rechtsverhältnisses. Als Abgrenzungsmethoden werden in der Praxis vor allem die Subordinations-, die Interessen- und die Funktionstheorie herbeigezogen. Dabei wird trotz einer etwas stärkeren Gewichtung der Subordinationstheorie keine Theorie der andern vorgezogen, sondern es wird diejenige angewandt, die den jeweiligen Gegebenheiten am besten entspricht (vgl. F. Hafner, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: Helbling/Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 201 f. mit Hinweis). Gemäss Funktionstheorie liegt ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis vor, wenn der Angestellte nach aussen öffentlich-rechtliche Funktionen ausübt und somit hoheitlich handelt. Nach Subordinationstheorie spricht für ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis die Unterstellung des Angestellten unter eine verstärkte Befehlsgewalt und Disziplinierungsbefugnis des staatlichen Arbeitgebers, verbunden mit einer erhöhten Gehorsams- und Treuepflicht seinerseits. Dabei wird regelmässig davon ausgegangen, dass eine verstärkte Gehorsams- und Treuepflicht – und damit die Anwendung des öffentlichen Rechts – für das Gemeinwesen umso wichtiger ist, je bedeutender die Aufgaben des Arbeitnehmers sind (GVP 1976 Nr. 2). Gewisse Funktionen sind jedoch nicht direkt mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe verbunden, und dennoch kann ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis vorliegen. In diesem Zusammenhang ist die Interessentheorie zu berücksichtigen, wonach zu unterschei-

den ist, ob das Dienstverhältnis einem öffentlichen Interesse entspricht oder ob private Interessen verfolgt werden. Als weitere Indizien für das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses wird darauf abgestellt, ob keine freie Vereinbarkeit des Lohnes resp. die Einstufung in eine bestimmte Lohnklasse/Stufe, die Zuteilung zur staatlichen Pensionskasse oder die Anstellung durch Wahl und auf eine feste Amtsdauer erfolgt (GVP 1996 Nr. 63). Bei staatlichen Dienstverhältnissen ist eine Unterstellung unter das öffentliche Recht zu vermuten (GVP 2001 Nr. 85 mit Hinweisen).

1.2.2.1. Die Anstellungsbedingungen wurden grundsätzlich durch den Anstellungsvertrag vom 22. Januar 1992 geregelt. Gemäss Ziff. 10 des Anstellungsvertrags galten im übrigen die Allgemeinen Anstellungsbedingungen für das Alters- und Pflegeheim X., die Hausordnung sowie die Stellenbeschreibung. Unter dem Titel «Beilagen» wird festgehalten, dass sich die «Allgemeinen Anstellungsbedingungen» für das Alters- und Pflegeheim X. sowie die Stellenbeschreibung in Überarbeitung befinden würden. Dabei muss es sich um die von der Beklagten eingereichten Allgemeinen Anstellungsbedingungen für das Alters- und Pflegeheim X. vom 1. Juni 1992 (abgekürzt AAB) handeln. Art. 1.2 der AAB definiert, dass die Mitarbeiterinnen in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehen würden und auf unbestimmte Zeit angestellt seien. Ferner würden besondere Abmachungen, sofern sie im Anstellungsvertrag schriftlich festgehalten seien, den AAB vorgehen. Die AAB seien integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages (Art. 8.2 AAB). Auch die rückwirkend per 1. Januar 1998 in Kraft gesetzten Ergänzenden Anstellungsbedingungen vom 16. April 1998 (abgekürzt EAB), durch welche die AAB aufgehoben wurden und welche im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses galten, halten in Art. 2 fest, dass die Mitarbeiterinnen in einem zivilrechtlichen Dienstverhältnis stehen. Nur sofern «diese Anstellungsbedingungen nichts anderes bestimmen», gelte das Personalreglement der Gemeinde. Dieses lässt schliesslich die Möglichkeit einer Anstellung nach Zivilrecht durch Vereinbarung explizit zu (Art. 7 des Personalreglements der Gemeinde vom 24. November 1997).

1.2.2.2. An dieser Festlegung eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses vermag auch die Einstufung der Klägerin in eine Besoldungsklasse (ursprünglich nach der Dienst- und Besoldungsordnung für das st.gallische Staatspersonal [nGS 40–65; vgl. Anstellungsvertrag] und später nach der BesV [vgl. Art. 20 des Personalreglements der Gemeinde vom 24. November 1997] sowie die Versicherung der beruflichen Vorsorge bei der Pensionskasse des Personals st.gallischer Gemeinden nichts zu ändern (vgl. Art. 7.1 AAB bzw. ab 1. Januar 1998: Art. 2 Satz 2 EAB i.V. m. Art. 40 des Personalreglements der Gemeinde vom 24. November 1997). Eine Entlohnung nach der staatlichen Besoldungsordnung sollte den Mitarbeitern v. a. eine konkurrenzfähige und branchenspezifische Lohneinstufung sichern. Sie dient der Gleichbehandlung von Mitarbeitern mit gleichen Voraussetzungen und vereinfacht die Lohnfestsetzung und deren Rechtfertigung gegenüber dem Arbeitnehmer.

Auch die Versicherung in der Pensionskasse für das Personal st.gallischer Gemeinden ist vorliegend einzig an den Status des Arbeitgebers geknüpft, welcher seine Angestellten jedoch unabhängig davon privatrechtlich unter Vertrag nehmen darf (vgl. Art. 145 Abs. 1 GG).

Hinzu kommt, dass die Klägerin als Oberschwester nach aussen nicht hoheitlich handelte. Ihre Tätigkeit war vergleichbar mit jener von Krankenschwestern in einem privaten Alters- und Pflegeheim, weshalb sie auch keiner erhöhten Gehorsams- und Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber unterlag. Ausserdem erfolgte die Anstellung der Klägerin auf unbestimmte Zeit und nicht durch ein Wahlverfahren sowie den Erlass einer Verfügung, sondern lediglich mittels Vertrag, welchen die Betriebskommission gegenzeichnete (vgl. Art. 4 EAG).

1.2.3. Aus dem Gesagten folgt, dass sich zusätzlich zur Definition in den EAB auch bei einer Beurteilung des streitigen Anstellungsverhältnisses aufgrund der dargelegten Kriterien und Abgrenzungsmerkmale die Indizien für das Vorliegen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses überwiegen. Folglich liegt kein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis vor. Damit ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung der Streitsache nicht gegeben. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.

3. Gemeinden

6

Art. 204 ff. GG (sGS 151.2), Art. 2 EGöB (sGS 841.1). Gemeinden, die sich durch vertragliche Vereinbarung zur gemeinsamen Entsorgung von Kehricht und Altpapier zusammengeschlossen haben, ohne eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder einen Zweckverband bzw. einen Gemeindeverband zu bilden, sind nicht zum Erlass von Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens befugt. Eine von einer solchen Gemeindevereinigung als Verfügung eröffnete Anordnung ist nichtig. Im übrigen unterliegt der Verkauf von Altpapier durch Gemeinden an private Entsorger bzw. Abnehmer nicht der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen.

Verwaltungsgericht, 23. Januar 2007

In der Abfallregion St.Gallen-Rorschach-Appenzell (kurz A-Region) haben sich verschiedene Gemeinwesen, namentlich politische Gemeinden, Einwohnergemein-

den und Bezirke der Kantone St.Gallen, Appenzell-Innerrhoden und Appenzell-Ausserrhoden sowie Thurgau für die Organisation der Kehrrichtentsorgung zusammengeschlossen. Die A-Region schrieb im ersten Halbjahr 2006 die Altpapierentsorgung der Gemeinden des Kehrrechtskreises E (Andwil, Berg SG, Gaiserwald, Häggenschwil, Horn TG, Mörschwil, Muolen, Steinach, Waldkirch und Wittenbach) neu aus. Sie lud zehn Entsorgungsunternehmen zur Einreichung einer Offerte für die Entsorgung des Altpapiers ein. Dabei war ein Festpreis pro Tonne Altpapier für die Zeit vom 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2009 zu offerieren. In der Einladung wurde darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung im freihändigen Verfahren gemäss Art. 16 VöB erfolge. Darauf reichten mehrere Unternehmen Angebote ein, wobei Entschädigungen zwischen Fr. 30.– und Fr. 83.– pro Tonne Altpapier offeriert wurden. Mit Verfügung vom 21. September 2006 vergab die Betriebskommission der A-Region den Zuschlag für die Altpapierentsorgung der X. GmbH, welche ein Entgelt von Fr. 72.– pro Tonne Altpapier bei Abholung bzw. kostenlosem Zurverfügungstellen von Mulden bzw. Fr. 83.– bei Anlieferung bot. Die Zuschlagsverfügung war mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, wonach innert zehn Tagen Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden kann. Die Y. AG erhob dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde gutgeheissen und festgestellt, dass die angefochtene Verfügung nichtig ist.

Aus den Erwägungen:

1. Die Sachurteilsvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 VRP).

1.1. Die Vorinstanz hat die Vergabe der Altpapierentsorgung als Verfügung erlassen. Als Verfügung gilt eine hoheitliche, verbindliche und vollstreckbare, auf öffentlichem Recht beruhende behördliche Anordnung im Einzelfall, welche ein Rechtsverhältnis regelt (vgl. statt vieler Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 35; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 854 ff.; F. Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 120 ff.; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 536 ff. mit Hinweisen).

Verfügungen können nicht nur von Behörden im engeren Sinn, also Teilen der Gemeinde- oder Staatsverwaltung angeordnet werden, sondern auch von anderen Instanzen und Organisationen, insbesondere von Privaten, denen Verwaltungsaufgaben übertragen sind (vgl. Art. 1 Abs. 2 VRP; P. Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 42; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 537). Das EGöB sieht vor, dass nicht nur Gemeinden und andere Träger von Gemeindeaufgaben (Art. 2 Abs. 1 lit. b), sondern auch Unternehmen und Organisationen, die in der Versorgung und der Telekommunikation tätig sind (Art. 2 Abs. 1 lit. c), sowie andere Personen, Körperschaften und Organisationen, denen Beiträge ausgerichtet werden (Art. 2 Abs. 2), dem Gesetz unterstellt sind. Die Unterstellung unter diese Ge-

setzgebung bedeutet, dass die besagten Körperschaften, Organisationen oder Privatpersonen zum Erlass von Verfügungen befugt sind.

Die Vorinstanz tritt nach aussen in der Form einer Körperschaft auf. Ihre Grundlage hat sie aber in einer Vereinbarung zwischen verschiedenen Einwohnergemeinden des Kantons Appenzell-Ausserrhoden, den Bezirken des Kantons Appenzell-Innerrhoden, der thurgauischen Gemeinde Horn und verschiedenen politischen Gemeinden des Kantons St.Gallen. Diese Gemeinwesen schlossen eine Vereinbarung, wonach sie sich in der Form einer einfachen Gesellschaft zur «Organisation für die gemeinsame Kehrrichtentsorgung» zusammenschliessen (Art. 2 der Vereinbarung). Es handelt sich somit nicht um einen Zweckverband oder Gemeindeverband im Sinn von Art. 210 ff. GG. Solche Verbände wären grundsätzlich nur zwischen st.gallischen Gemeinden zulässig; bei Beteiligung ausserkantonaler Gemeinwesen wäre nach Art. 223 GG eine Vereinbarung der Regierung erforderlich. Die vorliegende Vereinbarung beruht somit auf einem vertraglichen Zusammenschluss.

Art. 204 GG ermächtigt die Gemeinden, untereinander privatrechtliche Verträge zu schliessen. Solche eignen sich für die nicht hoheitliche Tätigkeit des Gemeinwesens (vgl. Hans-Rudolf Arta, Die Zuständigkeitsordnung nach dem st.gallischen Gemeindegesetz in der politischen Gemeinde mit Bürgerversammlung, Diss. St.Gallen 1990, S. 304). Privatrechtliche Verträge stehen nicht zur Verfügung, wo die interkommunale Zusammenarbeit rechtsetzenden Charakter hat (Arta, a. a. O., S. 305). Art. 204 GG verbietet, mittels privatrechtlichen Verträgen Rechte und Pflichten allgemeinverbindlich zu ordnen. Daneben können Gemeinden auch öffentlich-rechtliche Verträge abschliessen, wobei auch rechtsetzende Vereinbarungen zulässig sind. Soweit aber ein neues Rechtssubjekt zur Erfüllung bestimmter gemeinsamer Gemeindeaufgaben geschaffen werden soll, so stehen nur der Zweckverband und der Gemeindeverband zur Verfügung (Arta, a. a. O., S. 314 f.).

Die Beteiligung ausserkantonaler Gemeinwesen an vertraglichen Vereinbarungen ist zulässig. Die st.gallischen Gemeinden können daher grundsätzlich auch mit ausserkantonalen Gemeinwesen öffentlich-rechtliche Verträge schliessen. Soweit diese rechtsetzenden Charakter haben, sind die Gemeinden beim Vertragschluss nicht frei. Zum Schutz der Betroffenen bedürfen rechtsetzende Vereinbarungen mit ausserkantonalen Gemeinwesen einer Rechtsgrundlage auf überkommunaler Ebene. Entweder muss eine besondere gesetzliche Vorschrift die Gemeinde zum Vertragschluss ermächtigen, oder die Regierung muss mit dem betreffenden Kanton eine Vereinbarung abschliessen, in der die st.gallischen Gemeinden zum Eingehen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ermächtigt werden (Arta, a. a. O., S. 318 mit Hinweis auf Art. 203 Abs. 2 und 223 GG). Die Vorinstanz hält in ihrer Stellungnahme selber fest, sie bestehe in der Form einer einfachen Gesellschaft, weshalb in der Vereinbarung keine Rechte und Pflichten allgemeinverbindlich festgelegt seien. Bei nicht rechtsetzenden öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen st.gallischen Gemeinden und ausserkantonalen Gemeinwesen ist weder eine gesetzliche Ermächtigung noch eine Vereinbarung der Regierung erforderlich (Arta, a. a. O., S. 319).

Erfolgt die interkommunale Zusammenarbeit im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft, einer Interessengemeinschaft oder eines Konsortiums, sind diese Formen unter das Institut der einfachen Gesellschaft zu subsumieren. Als solche besitzen sie keine Rechtspersönlichkeit und können daher im Verkehr mit Dritten weder selbständig auftreten noch Träger eigener Rechte und Pflichten sein (vgl. Marcel Schenker, Das Recht der Gemeindeverbände, Diss. St.Gallen, Wil 1985, S. 34). Der privatrechtlich gestalteten Zusammenarbeit von Gemeinden fehlt es weitgehend an demokratischer Kontrolle, an Rechtsschutz und an staatlicher Aufsicht. Zulässig ist diese Zusammenarbeit nur im nichthoheitlichen Bereich und für die hoheitliche Verwaltungstätigkeit nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung. Wo hoheitliches Handeln erforderlich ist, bedarf der Verband einer öffentlich-rechtlichen Struktur (vgl. Schenker, a. a. O., S. 36).

Wie erwähnt, wird das EGöB neben Gemeinden auch auf andere Träger von Gemeindeaufgaben angewendet. Die gesonderte Nennung von anderen Trägern von Gemeindeaufgaben ist aufgrund von Art. 5 des BGBM notwendig. Dieses stellt für eine Unterstellung einzig darauf ab, ob kommunale Aufgaben erfüllt werden. Nach st.gallischem Recht gehören zu den Trägern von kommunalen Aufgaben nebst den Gemeinden nach Art. 1 GG vorab die Unternehmen nach Art. 192 ff. GG und die Zweckverbände sowie die Gemeindeverbände nach Art. 210 ff. und 224 ff. GG. Träger von kommunalen Aufgaben können aber wie erwähnt auch Private sein (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. d StVG), etwa ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB (GVP 2001 Nr. 17). In diesem Fall hatten sich verschiedene Gemeinden für die Kehrichtentsorgung zu einem Verein zusammengeschlossen. Einem solchen kommt eigene Rechtspersönlichkeit zu. Bei der Vorinstanz als einfacher Gesellschaft ist dies aber nicht der Fall. Die Vorinstanz kann nach der «Vergabe» des Zuschlags mit dem ausgewählten Entsorgungsunternehmen keinen Vertrag über die Modalitäten der Altpapierentsorgung abschliessen. Dies könnte sie nur als Trägerin von Rechten und Pflichten. Vielmehr müssten alle beteiligten Gemeinwesen als Vertragspartei auftreten. Wie die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zutreffend festhält, wären auch als Vergabebehörden die einzelnen Gemeinderäte zu betrachten. Als einfache Gesellschaft hat die Vorinstanz hingegen nicht die Befugnis, Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts zu erlassen und Verträge abzuschliessen. Fehlt der Vorinstanz aber die Befugnis zum Erlass von Verfügungen, erweist sich die als Zuschlagsverfügung erlassene Anordnung als nichtig. Der Zuschlag erfolgte zudem unter dem Vorbehalt der Zustimmung der betroffenen Gemeinden. Damit lag kein Zuschlag vor, sondern lediglich eine Absichtserklärung, die rechtlich nicht bindend ist.

1.2. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen haben die Gemeinden autonom über die Vergabe der Altpapierentsorgung zu entscheiden. Die A-Region kann dabei als koordinierende Stelle handeln, zum Erlass von Verfügungen ist sie aber nicht befugt, und die Entscheidung liegt bei den beteiligten Gemeinwesen. Zu prüfen bleibt, ob diese die Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen anzu-

wenden haben. Die Vorinstanz bestreitet dies und macht geltend, das Submissionsrecht befasse sich inhaltlich nur mit Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Eine öffentliche Beschaffung liege nur dann vor, wenn die öffentliche Hand als Abnehmerin für Sachen oder Dienstleistungen auftrete und nicht auch dann, wenn sie selber gewerbliche Leistungen erbringe. Bei öffentlichen Aufträgen handle es sich stets um Rechtsgeschäfte, mit denen sich die öffentliche Hand gegen entsprechende Bezahlung die für ihre Tätigkeit nötigen Sachmittel und Leistungen beschaffe, d. h. um Einkäufe des Staates. Vorliegend würden Leistung und Gegenleistung in umgekehrter Richtung fließen. Die Gemeinden träten nicht als Käufer auf, sondern als Verkäufer einer Leistung. Die öffentlichen Mittel würden dadurch nicht beansprucht, sondern die Gemeinden realisierten einen Verkaufspreis. Es handle sich um den Verkauf einer Leistung der öffentlichen Hand, womit das öffentliche Beschaffungsrecht nicht anwendbar sei.

Nach Art. 1 VöB und Art. 6 Abs. 1 IVöB finden die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens auf Bauaufträge, Lieferaufträge über die Beschaffung beweglicher Güter sowie auf Dienstleistungsaufträge Anwendung. Eine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn das Gemeinwesen als Nachfrager einer Sache oder Dienstleistung auftritt und eine private Unternehmung als Produzent oder Leistungserbringer handelt (vgl. statt vieler BGE 125 I 213 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 96).

Die Entsorgung von Kehrriecht ist eine typische Aufgabe des Gemeinwesens, welche im öffentlichen Interesse durchgeführt wird und durch gesetzliche Vorschrift (vgl. Art. 21 Abs. 1 EG zum eidg. Gewässerschutzgesetz, sGS 752.1) den Gemeinden übertragen ist. Aufgrund der derzeitigen Preise bezahlen Verwerter den Gemeinden für das Altpapier ein Entgelt. Dieses deckt aber gesamthaft betrachtet die Sammelkosten in der Regel nicht (vgl. Umwelt, Publikation des Bundesamts für Umwelt 4/2006, S. 47 ff.). Da die Sammlungen in der Regel durch Schulen oder Vereine durchgeführt werden, werden die Sammelkosten durch die Gemeinden nicht separat ausgewiesen. Da die Kosten nicht im Rahmen von Dienstleistungen aufgewendet werden, die von Privaten entgeltlich geleistet werden, unterstehen sie nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht.

Die Vorinstanz nahm in der Mitteilung ihres Entscheids nicht unmittelbar auf die Bestimmungen der VöB Bezug, bezeichnete aber in der Einladung zur Offertstellung das Verfahren als Submission bzw. als freihändiges Verfahren gemäss Art. 16 VöB und verwies damit auf die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts. Ausserdem bestimmte sie den Abnehmer des Altpapiers durch Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Das Verwaltungsgericht behandelte in einem Urteil aus dem Jahr 2001 einen Entscheid über die Vergabe der Alteisenentsorgung, wobei die Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht unbestritten war (GVP 2002 Nr. 34). Muss für die Entsorgung als Dienstleistung ein Entgelt bezahlt werden bzw. wird im Rahmen der Entsorgung eine solche Dienstleistung beansprucht, so fällt sie unter die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts. Handelt es

sich aber wie im vorliegenden Fall um einen Verkauf eines Wertstoffes, so liegt keine Beanspruchung einer Dienstleistung vor, und die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen gelangen nicht zur Anwendung.

Es könnte zwar argumentiert werden, dass die Gemeinden im Rahmen der Entsorgung von Altpapier eine Dienstleistung beanspruchen, indem die Entsorger Mulden zur Verfügung stellen, Transporte durchführen oder das gesammelte Papier einem Abnehmer liefern. Das Entgelt für das Papier ist deshalb geringer, wenn es die Entsorger selbst abholen. Ein Anteil des Entgelts entfällt somit auf die Transportdienstleistung. In der Regel übernehmen die Entsorger das Papier auf eigene Rechnung, was in der vorliegenden Ausschreibung auch verlangt wurde. Somit beträgt die Entschädigung für die Transportleistung nur einen geringen Anteil des gesamten Entgelts. Im Vordergrund steht der Austausch von Altpapier gegen Erstattung eines Entgelts, was das Geschäft als Kauf kennzeichnet, wobei die Dienstleistung im Zusammenhang mit dem Transport eine untergeordnete Rolle spielt und dem Geschäft nicht die Eigenschaft einer Dienstleistung gibt.

1.3. Die Vorinstanz hat vor ihrem Entscheid dem ausgewählten Unternehmen die Möglichkeit gegeben, sein Angebot anlässlich eines «Firmengesprächs» zu erläutern. Mit anderen Unternehmen wurden offenbar keine solchen Gespräche geführt, womit das Vorgehen der Vorinstanz gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 8 BV und die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts verstiess (GVP 2002 Nr. 32).

1.4. Aus dem Gesagten folgt, dass die Gemeinden selber Vereinbarungen mit Unternehmen über die Altpapierentsorgung abschliessen müssen und dies nicht der A-Region übertragen können. Wie ausgeführt, ist das öffentliche Beschaffungsrecht insoweit nicht anwendbar, als die Gemeinden für bestimmte Kehrrichtarten ein Entgelt erzielen und der Verkauf des Wertstoffs und nicht die Erbringung einer Dienstleistung im Vordergrund steht. An die rechtsstaatlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und des willkürfreien Handelns im Sinne von Art. 8 und 9 BV haben sich die Gemeinden aber gleichwohl zu halten.

1.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verfügung der Vorinstanz nichtig ist. Dem Antrag in der Beschwerde, die Vergabe der Altpapierentsorgung sei zu überprüfen, wird damit entsprochen, da die Gemeinden autonom über den Altpapierverkauf zu entscheiden haben. Der Ausgang des Verfahrens stellt somit eine Gutheissung der Beschwerde dar.

4. Gesundheit und Soziales

7

Art. 7 und 8 ATSG (SR 830.1). Somatoforme Schmerzstörung: Es besteht eine Vermutung, dass die somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind. Bestimmte Umstände können jedoch die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern und den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen [Erw. 2b]. Lässt sich der Beginn einer Arbeitsunfähigkeit nicht mit Sicherheit zurückdatieren, so ist es zulässig, das Datum der IV-Anmeldung als massgeblich anzusehen [Erw. 2e]. Ein sog. «Leidensabzug» vom Invalideneinkommen gemäss Tabellenlöhnen der LSE ist grundsätzlich auch dann möglich, wenn eine versicherte Person nebst leichten auch hin und wieder mittelschwere Tätigkeiten ausüben kann [Erw. 3c].

Versicherungsgericht, 5. Februar 2007 (IV 2006/59); vollständiger Entscheid-Text s. www.gerichte.sg.ch.

8

Art. 49 Abs. 4 ATSG (SR 830.1); Art. 66 Abs. 2 ATSG. Weder die Unfallversicherung noch die Invalidenversicherung ist an die Invaliditätsbemessung des jeweils anderen Versicherungsträgers gebunden. Ist ein Sozialversicherungsträger von der Verfügung eines anderen koordinationsrechtlich berührt, insbesondere in seinen finanziellen Interessen, so ist er zur Anfechtung legitimiert. Die IV als im Rentenbereich primär leistungspflichtiger Zweig ist von einer für die Rente massgebenden Invaliditätsbemessung der nach ihr leistungspflichtigen (und allenfalls kürzungsberechtigten) UV nicht berührt. I.c. durfte die IV aufgrund einer unterschiedlichen, aber vertretbaren Ermessensausübung von der (höheren) Invaliditätsbemessung der UV abweichen.

Versicherungsgericht, 20. November 2007 (IV 2006/68); vollständiger Entscheid-Text s. www.gerichte.sg.ch.

9

Art. 52 ATSG (SR 830.1). Der Streitgegenstand ist auch im Einspracheverfahren auf den Anfechtungsgegenstand der Verfügung beschränkt. Eine Ausdehnung des Verfahrens über den Anfechtungsgegenstand der Verfügung hinaus ist nur ausnahmsweise und – zu Ungunsten der Einsprache führenden Person – nur unter Einhaltung der in Art. 12 Abs. 2 ATSV festgelegten Hinweispflicht zulässig.

Art. 53 ATSG. Ein Zurückkommen auf faktisch verfügte und in Rechtskraft erwachsene Leistungszusprachen ist nur nach Massgabe der in Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG verankerten Rückkommenstitel möglich.

Art. 6 Abs. 1 UVG, Art. 11 UVV. Prüfung des Vorliegens eines Rückfalls.

Versicherungsgericht, 27. Februar 2007 (UV 2006/42); vollständiger Entscheid-Text s. www.gerichte.sg.ch.

10

Art. 52 und Art. 73 Abs. 1 lit.c und Abs. 3 BVG (SR 831.40). Örtliche Zuständigkeit bei Streitigkeiten aus Verantwortlichkeitsansprüchen gemäss Art. 52 BVG.

Versicherungsgericht, 19. Oktober 2007

Sachverhalt:

Die Pensionskasse A. mit Sitz in St.Gallen erhob beim Versicherungsgericht des Kantons St.Gallen gegen die für sie als anerkannte Expertin für berufliche Vorsorge tätige B. AG mit Sitz in Basel Klage aus Verantwortlichkeit gemäss Art. 52 BVG. Da die örtliche Zuständigkeit des st.gallischen Versicherungsgerichts aufgrund der Gerichtsstandsregelung von Art. 73 Abs. 2 BVG unklar war, beschränkte das Gericht das Klageverfahren aus prozessökonomischen Gründen vorerst auf diese Frage.

Aus den Erwägungen:

1. Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil vom 28. Juni 2007 (B 8/07) u. a. die Frage zu beantworten, welches kantonale Versicherungsgericht örtlich zuständig sei zur Beurteilung der von einer Personalvorsorgeeinrichtung gegen frühere Stiftungsräte und gegen die frühere Revisionsstelle erhobenen Verantwortlichkeitsklagen. Es führte aus, gemäss Art. 73 Abs. 1 BVG seien die kantonalen Versicherungs-

gerichte zuständig zur Beurteilung von Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 52 BVG. Für die beklagten Stiftungsräte, die im entsprechenden Kanton Wohnsitz hätten, sei das konkret angerufene Versicherungsgericht auf jeden Fall örtlich zuständig. Für die übrigen Beklagten, die in anderen Kantonen wohnten bzw. ihren Sitz hätten, ergebe sich die Zuständigkeit des konkret angerufenen Versicherungsgerichts nicht ausdrücklich aus Art. 73 Abs. 3 BVG. Gemäss Art. 7 des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272; Gerichtsstandsgesetz, GestG) sei das für eine Klage gegen eine bestimmte Person zuständige Gericht für alle Klagen zuständig, wenn sich diese gegen mehrere Streitgenossen richteten. Diese Klagenhäufung gelte nach dem Willen des Gerichtsstandsgesetzes auch für eine einfache passive Streitgenossenschaft. Grundsätzlich würde dies auch für die gegen mehrere Personen gerichteten Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 52 BVG gelten, falls das Gerichtsstandsgesetz auf derartige Verantwortlichkeitsklagen anwendbar sei. Das Gerichtsstandsgesetz regle gemäss seinem Art. 1 Abs. 1 die örtliche Zuständigkeit in Zivilsachen. Das Klageverfahren der Personalvorsorge sei zwar grundsätzlich ein sozialversicherungsrechtliches, aber die Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 52 BVG nähmen eine Sonderstellung ein. Die Stiftungsräte hafteten nämlich nach wie vor privatrechtlich, da mit Art. 52 BVG nur eine gestützt auf das Obligationenrecht entwickelte Rechtslage habe kodifiziert werden sollen. Bis 1996 seien Verantwortlichkeitsansprüche auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht worden. Erst am 1. Januar 1997 sei die Zuständigkeit der BVG-Gerichte auf die Verantwortlichkeitsansprüche ausgedehnt worden. Diese neue Zuständigkeit ändere aber nichts daran, dass die Verantwortlichkeitsansprüche nach wie vor als zivilrechtlich zu qualifizieren seien, so dass das Gerichtsstandsgesetz anwendbar sei. Art. 73 BVG habe zum Zweck, eine Aufteilung des Rechtswegs möglichst zu vermeiden, insbesondere die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen prozessual zu vereinfachen. Damit habe die Rechtsnatur dieser Ansprüche aber nicht geändert werden sollen. Der aktuelle Wortlaut von Art. 73 Abs. 3 BVG beziehe sich auf die frühere Fassung von Art. 73 Abs. 1 BVG, welche die Verantwortlichkeitsansprüche noch nicht enthalten habe. Die Nichtanpassung des Wortlauts von Art. 73 Abs. 3 BVG an die neue, auch die Verantwortlichkeitsansprüche beinhalten- de Fassung von Art. 73 Abs. 1 BVG sei ein offensichtliches gesetzgeberisches Versehen, das lückenfüllend zu beheben sei. Die Lücke sei zu füllen, indem die Klagenhäufung gemäss Art. 7 des Gerichtsstandsgesetzes zuzulassen sei. Die in der Lehre vertretene Meinung, eine Anwendung des Art. 7 des Gerichtsstandsgesetzes sei nicht zulässig, weil Art. 73 Abs. 3 BVG vorgehe, sei nicht korrekt, weil bereits die Auslegung von Art. 73 BVG die Zulässigkeit der Klagenhäufung ergebe. Deshalb könne offen bleiben, ob die Bestimmungen des Gerichtsstandsgesetzes integral anwendbar seien.

2. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob Art. 73 Abs. 3 BVG neben dem Sitz oder Wohnsitz eines Beklagten und dem Ort des Betriebs, an dem ein Versicherter angestellt wurde, auch noch eine dritte Anknüpfungsmöglichkeit zur Verfü-

gung stellt, nämlich den Sitz der gestützt auf Art. 52 BVG klagenden Vorsorgeeinrichtung. Im oben zusammengefassten Bundesgerichtsurteil stellte sich diese Frage nicht, denn es lag bereits eine Klage am Wohnort eines Beklagten vor, weil das Versicherungsgericht am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung die Klage dem Versicherungsgericht am Wohnsitz eines Beklagten überwiesen hatte. Die allfällige dritte Anknüpfungsmöglichkeit, nämlich diejenige am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung, stand aufgrund des rechtskräftigen Nichteintretens- und Überweisungsentscheides nicht mehr zur Verfügung. Das Bundesgericht konnte also nur noch prüfen, ob nicht zur Vermeidung sich widersprechender Urteile verschiedener Versicherungsgerichte eine Klagenhäufung beim Versicherungsgericht am Wohnsitz eines Beklagten nötig war. Dass das Bundesgericht die Möglichkeit einer solchen Klagenhäufung bejaht hat, scheint auf den ersten Blick für die vorliegend zu beantwortende Frage nach einer allfälligen dritten Anknüpfungsmöglichkeit am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung nicht relevant zu sein, da es sich ja auf eine der beiden in Art. 73 Abs. 3 BVG ausdrücklich genannten Anknüpfungsmöglichkeiten, nämlich den Wohnsitz eines Beklagten, bezogen hat. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich aber, dass sich die vom Bundesgericht beantwortete Frage nach der Möglichkeit einer Klagenhäufung am Wohnsitz eines Beklagten gar nicht gestellt hätte, wenn das Versicherungsgericht des Kantons, in dem die klagende Vorsorgeeinrichtung ihren Sitz hatte, auf die Klagen eingetreten wäre, wenn es also – lückenfüllend – angenommen hätte, dass Art. 73 Abs. 3 BVG eine dritte Anknüpfungsmöglichkeit, eben diejenige am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung, biete. Durch die Zulassung einer vom Wortlaut des Art. 73 Abs. 3 BVG nicht gedeckten Klagenhäufung am Wohnsitz eines Beklagten hat das Bundesgericht – genauso wie mit der dritten Anknüpfungsmöglichkeit am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung – erreicht, dass die Gefahr sich widersprechender Urteile verschiedener Versicherungsgerichte gebannt war. Ginge es nur um die Verhinderung dieser Gefahr, wäre angesichts dieser Lösung eine allfällige dritte Anknüpfungsmöglichkeit am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung überflüssig. Tatsächlich geht es aber um weit mehr als um die Verhinderung sich widersprechender Urteile. Die Möglichkeit eines Geschädigten, am eigenen Wohnsitz zu klagen, entspricht nämlich einem allgemeinen Grundsatz des Zivilprozessrechts (vgl. Art. 25; GestG: alternative Zuständigkeit für Klagen aus unerlaubter Handlung am Sitz/Wohnsitz der geschädigten Partei, Art. 29 GestG: alternative Zuständigkeit am Sitz der Gesellschaft für Klagen aus gesellschaftlicher Verantwortlichkeit). Begründet wird diese zusätzliche Anknüpfungsmöglichkeit u. a. damit, dass das Gericht am Sitz der geschädigten Gesellschaft aufgrund seiner räumlichen Nähe am besten geeignet sei, den Verantwortlichkeitsfall zu beurteilen (vgl. den Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen [GestG], herausgegeben von K. Spühler, L. Tenchio und D. Infanger, N. 5 zu Art. 29 GestG). Unter diesen Umständen kann dem oben zusammengefassten Bundesgerichtsurteil keine allgemeingültige Regel entnommen werden. Es handelte sich dabei vielmehr

um eine Lösung für einen Fall, in dem die besonderen Verfahrensumstände die Anwendung der allgemeinen Zuständigkeitsregel, zu der möglicherweise auch die dritte Anknüpfungsmöglichkeit am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung gehört, zum vornherein nicht mehr zulassen. Derartige besondere Verfahrensumstände fehlen im vorliegenden Fall, weshalb die Anwendbarkeit von Art. 73 Abs. 3 BVG ohne Berücksichtigung des im genannten Bundesgerichtsurteil erarbeiteten Auslegungsergebnisses zu prüfen ist.

3. Den Ausführungen des Bundesgerichts im Urteil vom 28. Juni 2007 lässt sich entnehmen, dass der Wortlaut des Art. 73 Abs. 3 BVG auf die ursprüngliche Fassung von Art. 73 BVG, also auf eine Bestimmung, die nur die Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten betraf, zugeschnitten war. Als neu auch die Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 52 BVG in Art. 73 BVG aufgenommen wurden, unterblieb eine Anpassung des Wortlauts von Art. 73 Abs. 3 BVG. Das ist als offensichtliches gesetzgeberisches Versehen zu qualifizieren, denn die alternative Anknüpfung an den Ort des Betriebs, bei dem ein Versicherter angestellt wurde, ist für Verantwortlichkeitsklagen offensichtlich nicht sinnvoll (vgl. die Erw. 4.4.6. des Bundesgerichtsurteils vom 28. Juni 2007) und die Beschränkung auf die Anknüpfung an den Sitz/Wohnsitz des Beklagten trägt den Bedürfnissen bei Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 52 BVG nicht ausreichend Rechnung. Die Regelung in den Art. 25 und 29 GestG zeigt, dass der Wortlaut des Art. 73 Abs. 3 BVG nicht nur für den Spezialfall des Bedarfs nach einer subjektiven Klagenhäufung am Sitz/Wohnsitz eines von mehreren Beklagten, sondern auch für den «Normalfall» des Bedarfs nach einer alternativen Anknüpfung am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung eine Lücke aufweist. Da ein ausgewiesener Bedarf nach einer Anknüpfung am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung besteht (insbesondere weil dadurch die Gefahr widersprüchlicher Urteile zum vornherein vermieden werden kann und weil das Versicherungsgericht am Sitz der Vorsorgeeinrichtung am besten geeignet ist, Verantwortlichkeitsfälle zu klären), muss auch diese Lücke in Art. 73 Abs. 3 BVG als ausfüllungsbedürftig betrachtet werden. Da es sich bei den Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 52 BVG um zivilrechtliche Ansprüche handelt (vgl. die Erw. 4.4.4. des Bundesgerichtsurteils vom 28. Juni 2007), stellt sich die Frage, ob die Lücke in Art. 73 Abs. 3 BVG durch die direkte Anwendung von Art. 29 GestG zu füllen ist, d. h. ob der – richterlich ergänzte – Art. 73 Abs. 3 BVG für Verantwortlichkeitsklagen auf Art. 29 GestG verweist, oder ob eine eigenständige, BVG-spezifische Ausfüllung der Lücke in Art. 73 Abs. 3 BVG notwendig ist. Diese Frage kann offen bleiben, denn nach beiden Varianten der Lückenfüllung besteht in Fällen wie dem vorliegenden eine alternative Anknüpfung am Sitz der klagenden Vorsorgeeinrichtung. Da die A.____ im Kanton St. Gallen ihren Sitz hat, ist das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen örtlich zuständig zur Behandlung der gegen die B.____ erhobenen Verantwortlichkeitsklage. Auf die Klage vom 5. Juli 2006 ist deshalb einzutreten.

11

Art. 16e Abs. 2 EOG (SR 834.1), Art. 31 EOV (SR 834.11), Art. 5 EOV. Ermittlung des vorgeburtlichen Einkommens. Das Einkommen der Versicherten vor der Niederkunft wird nach dem klaren Willen des Gesetzgebers ermittelt, indem das unmittelbar vor der Niederkunft erzielte Einkommen zur Bemessungsgrundlage der Mutterschaftsentschädigung herangezogen wird. Eine freiwillige Reduktion des Arbeitspensums in den letzten Schwangerschaftsmonaten ohne Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit wirkt sich daher auf die Höhe der auszurichtenden Mutterschaftsentschädigung aus.

Versicherungsgericht, 4. Oktober 2007

Aus den Erwägungen:

1. a) Seit dem 1. Juli 2005 haben Frauen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung, die während der neun Monate unmittelbar vor der Niederkunft im Sinn des AHVG obligatorisch versichert waren, in dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und im Zeitpunkt der Niederkunft Arbeitnehmerinnen im Sinn von Art. 10 ATSG oder selbstständig Erwerbende im Sinn von Art. 12 ATSG waren oder im Betrieb des Ehemannes mitgearbeitet und einen Barlohn bezogen haben (Art. 16b Abs. 1 EOG). Der Entschädigungsanspruch entsteht grundsätzlich am Tag der Niederkunft und endet am 98. Tag nach seinem Beginn (Art. 16c und 16d EOG).

b) Die Mutterschaftsentschädigung wird als Taggeld ausgerichtet (Art. 16e Abs. 1 EOG). Das Taggeld beträgt 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches vor Beginn des Entschädigungsanspruches erzielt wurde (Art. 16e Abs. 2 Satz 1 EOG). Für die Ermittlung dieses Einkommens bildet das AHV-abgabepflichtige Einkommen die Grundlage (Art. 16e Abs. 2 Satz 2 i.V. m. Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EOG). Dem Bundesrat wird die Kompetenz übertragen, Vorschriften über die Bemessung der Entschädigung aufzustellen (Art. 16e Abs. 2 Satz 2 i.V. m. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EOG).

c) Gemäss Art. 31 Abs. 1 der Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (EOV, SR 834.11) wird die Entschädigung auf Grund des letzten, vor der Geburt erzielten und auf den Tag umgerechneten massgebenden Lohns berechnet, wobei Tage nicht berücksichtigt werden, an denen die Mutter aufgrund Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Dienst im Sinne von Art. 1a EOG oder anderer, nicht selbst verschuldeter Gründe, kein oder nur ein vermindertes Einkommen erzielt hat. Für die Ermittlung des vorgeburtlichen Durchschnittseinkommens sind die Bestimmungen des Erwerbsersatzes für Dienstleistende sinngemäss anwendbar (Art. 31 Abs. 2 EOV). Für Arbeitnehmerinnen mit regelmässigem Einkommen im Monatslohn wird der im letzten Kalendermonat vor Entstehen des Anspruchs erzielte Monatslohn durch 30 geteilt (Art. 5 Abs. 2 lit. b i.V. m. Art. 31 Abs. 2 EOV).

2. a) Im vorliegenden Fall hat die Versicherte ihr Arbeitspensum im 8. und 9. Schwangerschaftsmonat um mehr als die Hälfte verkleinert. Nach Darstellung der Beschwerdeführerin handelte es sich dabei um eine freiwillige Pensumsreduktion aufgrund der Schwangerschaft, ohne dass jedoch eine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen hätte.

b) Festzustellen ist vorerst, dass die vom Bundesrat in Art. 31 EOV getroffene sowie kraft Verweis geltende Regelung von Art. 5 und Art. 6 EOV gesetzmässig ist. Zwar könnte nach dem Wortlaut von Art. 16e Abs. 2 EOG das durchschnittliche Erwerbseinkommen auch berechnet werden, indem ein grösserer Zeitraum vor der Niederkunft als Berechnungsgrundlage genommen und daraus das durchschnittliche Erwerbseinkommen gebildet würde, wie dies die Beschwerdeführerin vorschlägt. Es ergibt sich jedoch aus den Materialien, dass der Gesetzgeber das unmittelbar vor der Niederkunft erzielte Einkommen zum Berechnungsmassstab der Mutterschaftsentschädigung heranziehen wollte (vgl. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3. Oktober 2002 zur parlamentarischen Initiative zur Revision des Erwerbsersatzgesetzes [Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter], BBl. 2002, S. 7547; vgl. auch Olivier Subilia, *La nouvelle loi sur les allocations pour perte de gain et maternité*, AJP 2005 S. 1474 sowie Dieter Widmer, *Die Sozialversicherung in der Schweiz*, 5. Aufl., S. 261 f.). Die vom Verordnungsgeber getroffene Regelung ist daher massgebend, zumal sie sich an den vom Gesetzgeber eingeräumten Rahmen hält und nicht gegen die Rechtsgleichheit, das Willkürverbot oder andere verfassungsrechtliche Schranken verstösst. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die getroffene Regelung nicht gegen den Gesetzeszweck verstösst, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht. Indem das unmittelbar vor der Geburt erzielte Einkommen zu einer Mutterschaftsentschädigung führt, ist der bisherige Lebensunterhalt abgesichert. Ein freiwilliger Einkommensverzicht ist nach dem klaren Willen des Gesetzgebers nicht abgesichert.

c) Die Versicherte stand im Zeitpunkt der Niederkunft unbestrittenermassen in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis. Ihr Einkommen betrug bis Ende Juli 2006 Fr. 7712.30. Nach der Pensumsreduktion erzielte sie ab dem August 2006 ein Einkommen von Fr. 3599.05. Die Versicherte erzielte damit ein regelmässiges Einkommen im Monatslohn. Die Einbusse im Einkommen ab dem August 2006 stellt keine Schwankung des Einkommens dar, da es sich dabei um eine Folge der Pensumsänderung handelt. Das Einkommen blieb relativ zum Beschäftigungsgrad genau gleich hoch, womit eine Einkommensschwankung schon definitionsgemäss nicht gegeben sein kann. Die Beschwerdegegnerin hat damit richtigerweise die Bemessungsregeln von Art. 5 EOV für Arbeitnehmende mit regelmässigem Einkommen angewendet und nach Massgabe von Art. 5 Abs. 2 lit. b EOV ein vorgeburtliches Einkommen von (gerundet) Fr. 120.– pro Tag ermittelt, womit der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung Fr. 96.– beträgt, wie die Beschwerdegegnerin ebenfalls zutreffend berechnet hat.

d) Es ist nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung von Art. 31 EOv auch nicht zulässig, auf das zuletzt im Juli 2006 erzielte volle Einkommen abzustellen und das verminderte Einkommen vom August und September 2006 nicht zu berücksichtigen. Die Einkommensverminderung ab dem August 2006 ist Folge einer freiwilligen Pensumsreduktion. Damit ist keiner der in Art. 31 Abs. 1 lit. a-e EOv genannten Gründe gegeben, die eine Nichtberücksichtigung des verminderten Einkommens zuliessen.

3. a) Was die Beschwerdeführerin gegen die Berechnung der Mutterschaftsentschädigung einwendet, vermag zu keinem anderen Ergebnis zu führen. So unterliegt das Einkommen der Versicherten wie dargelegt keinen Schwankungen, sondern ist als regelmässiges Einkommen zu betrachten. Auch wenn es in Zukunft zu Pensumsänderungen kommen wird, ist das Einkommen nicht als schwankend zu bezeichnen, da die Höhe des Einkommens nicht von besonderen Umständen wie Wetter, Jahreszeit oder Leistungsfähigkeit, sondern vom Beschäftigungsgrad abhängt (vgl. hierzu Kreisschreiben über die Mutterschaftsentschädigung (KS MSE), gültig ab 1. Juli 2005, Rz 1088 sowie Wegleitung zur Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende und Mutterschaft (WEO), gültig ab 1. Juli 2005 Rz 5029). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass Änderungen im Anstellungsgrad jedoch grundsätzlich nur mittels Änderungskündigung durchgesetzt werden können, wenn sie nicht in gegenseitigem Einvernehmen erfolgen. Eine unfreiwillige Pensumsreduktion führt zu Teilarbeitslosigkeit, die Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenversicherung auslösen kann. Teilarbeitslosigkeit ist bei der Bemessung der Mutterschaftsentschädigung zu berücksichtigen. Unter diesen Voraussetzungen sind auch Arbeitnehmerinnen im Schuldienst mit einem Geburtstermin anfangs Schuljahr nicht schlechter behandelt als andere Arbeitnehmerinnen, da bei allen Arbeitnehmerinnen einer unfreiwilligen Pensumsreduktion Rechnung getragen wird. Dass sich eine freiwillige Pensumsreduktion bei fortgeschrittener Schwangerschaft massgeblich auf die Höhe der Mutterschaftsentschädigung auswirken kann, wie die Beschwerdeführerin bemängelt, trifft zweifellos zu. Jedoch entspricht dies den gesetzlichen Bestimmungen, die vom Versicherungsgericht zu respektieren sind. Eine Änderung der geltenden Rechtslage, die in Fällen wie dem vorliegenden nicht zu befriedigen vermag, liegt im Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers. Ebenso ist nach der geltenden Rechtslage hinzunehmen, dass eine Versicherte eine höhere Mutterschaftsentschädigung erhält, wenn sie ihr Arbeitspensum in den letzten Schwangerschaftsmonaten erhöht, um eine höhere Versicherungsleistung zu erwirken.

b) Es kann sodann offen bleiben, ob die Beschwerdegegnerin die Mutterschaftsentschädigung bislang ermittelte, indem sie das durchschnittliche Einkommen der Schwangerschaftsmonate als vorgeburtliches Einkommen ermittelte. Wenn sie dies so gemacht hätte, so wäre dieses Vorgehen nicht gesetzmässig gewesen. Die Beschwerdeführerin könnte in diesem Fall nicht beanspruchen, dass ihr vorgeburtliches Einkommen ebenfalls gesetzeswidrig ermittelt würde, da die

Beschwerdegegnerin die gesetzeswidrige Praxis – so weit sie sie jemals hatte – mittlerweile unzweifelhaft aufgegeben hat, womit keine Konstellation vorliegt, wo ausnahmsweise ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht vorliegt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Rz 518).

12

Art. 8 Abs. 1 lit. e und 13 Abs. 1 AVIG (SR 837.0). Art. 21 EFTA-Abkommen (SR 0.632.31). Art. 1 Ziffer 5 Abkommen ALV FL (SR 0.837.951.4). Art. 13 Abs. 2 lit. a, 67 Abs. 3 und 71 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71. Erfüllung der Beitragszeit. Anrechnung von liechtensteinischen Beitragszeiten eines EU-Staatsangehörigen mit Wohnsitz in der Schweiz
Versicherungsgericht, 21. Juni 2007

Aus den Erwägungen:

1. a) Zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung gehört unter anderem, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG; SR 837.0). Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 AVIG).

b) Es ist unbestritten und durch die Akten belegt, dass der Beschwerdeführer die zwölfmonatige Beitragszeit innerhalb der Rahmenfrist vom 27. September 2004 bis 26. September 2006 aufgrund von Erwerbstätigkeiten in der Schweiz allein nicht erfüllt, dass er jedoch in der Zeit vom 23. Januar bis 12. Februar sowie vom 1. März bis 13. Mai 2006 für Arbeitgeber im Fürstentum Liechtenstein erwerbstätig war (act. G 4.12, 4.5, 4.6). Unmittelbar vor Eintritt der Arbeitslosigkeit war er bei der A.____ beschäftigt (mit Einsatzort in Liechtenstein; act. G 4.3). Streitig ist, ob die bei den liechtensteinischen Arbeitgebern erworbenen Beitragszeiten berücksichtigt werden können.

2. a) Am 1. Juni 2002 trat das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (APF; SR 0.142.112.681) in Kraft. Im Verhältnis Schweiz / Fürstentum Liechtenstein sind die auf den gleichen Zeitpunkt in

Kraft getretenen Anpassungen des Abkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelszone (EFTA-Abkommen; SR 0.632.31) anwendbar, welche inhaltlich mit dem APF übereinstimmen (vgl. Kreisschreiben des seco vom Dezember 2004 über die Auswirkungen des Abkommens über den freien Personenverkehr auf die Arbeitslosenversicherung [KS-ALE-FPV] Rz A4; Ueli Kieser, Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die Arbeitslosenversicherung, in: AJP 2003, S. 283). Zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein besteht sodann seit 1979 ein bilaterales Abkommen über die Arbeitslosenversicherung (Abkommen ALV FL; SR 0.837.951.4), welches insbesondere für die soziale Absicherung von Grenzgängern geschaffen worden ist (vgl. Patricia Usinger-Egger, Die soziale Sicherheit der Arbeitslosen in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und in den bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und ihren Nachbarstaaten, Zürich 2000, S. 118). Dieses bilaterale Abkommen ist nur noch insoweit anwendbar, als das geänderte EFTA-Abkommen den Sachbereich nicht selbst regelt (vgl. Kieser, a. a. O., S. 284 mit Hinweisen).

b) Nach Art. 21 des EFTA-Abkommens regeln die Mitgliedstaaten die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gemäss Anlage 2 zu Anhang K und durch das Protokoll zu Anhang K über die Freizügigkeit zwischen Liechtenstein und der Schweiz, um unter anderem zu garantieren: die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften (lit. b) und die Zahlung der Leistungen an Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten haben (lit. d). Gemäss Art. 1 zu Anlage 2 zu Anhang K des EFTA-Abkommens sind die Mitgliedstaaten übereingekommen, untereinander das APF anzuwenden. Anwendbar ist damit insbesondere auch im Verhältnis Schweiz/Liechtenstein die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (vgl. Art. 3 zu Anlage 2 zu Anhang K). Zielsetzung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist es insbesondere zu verhindern, dass Wandererwerbstätige durch die grenzüberschreitende Aktivität sozialversicherungsrechtliche Nachteile erleiden (Edgar Imhof, Eine Anleitung zum Gebrauch des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: Aktuelles im Sozialversicherungsrecht, Hrsg. Hans-Jakob Mosimann, Zürich 2001, S. 28). Damit soll das Recht auf Freizügigkeit gewährleistet werden (IMHOF, a. a. O., S. 27).

c) Zuständig für die Gewährung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit ist in der Regel der letzte Beschäftigungsstaat (vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a bzw. Art. 67 Abs. 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71; KS-ALE-FPV Rz B21). Eine besondere Regelung besteht für den Fall, dass der Beschäftigungsstaat nicht dem Wohnstaat entspricht, insbesondere für Grenzgänger. Nach Art. 71 Abs. 1 lit. a) i) der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erhalten Grenzgänger bei Kurzarbeit oder sonstigem vorübergehendem Arbeitsausfall in dem Unternehmen, das sie beschäftigt, Leistungen des Beschäftigungsstaates, als ob sie im Gebiet dieses Staates wohnten. Bei Vollarbeitslosigkeit erhalten demgegenüber Grenzgänger Leistungen des Wohnsitzstaates, als ob während der letzten Beschäftigung die Rechtsvorschriften dieses Staates gegolten hätten [Art. 71 Abs. 1 lit. a) ii)]. Ist die Gewährung von Arbeitslosenentschädigung nach

den nationalen Rechtsvorschriften eines EG-Mitgliedstaates davon abhängig, dass die arbeitslose Person eine bestimmte Zeit versichert war bzw. während einer bestimmten Zeit eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat, so muss der für die Leistungsgewährung zuständige Staat auch diejenigen Versicherungszeiten berücksichtigen, welche die arbeitslose Person in einem anderen EG-Staat zurückgelegt hat (Art. 67 VO 1408/71).

3. a) Der Beschwerdeführer reiste am 15. Juli 2005 in die Schweiz ein. Er verfügt über eine bis zum 12. Juli 2007 gültige Kurzaufenthaltsbewilligung EG/EFTA für eine unselbständige Erwerbstätigkeit (act. G 4.11). Im Bereich der Arbeitslosenversicherung handelte die Schweiz eine Übergangsfrist von sieben Jahren aus, während der sie Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von weniger als einem Jahr (Kurzaufenthaltsbewilligung EG/EFTA) das Prinzip der Zusammenrechnung von Versicherungs- und Beschäftigungszeiten nicht anwendet. Die Schweiz retrozediert im Gegenzug die Beiträge der Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligung an ihre Heimatstaaten (Protokoll zu Anhang II des Abkommens über die Freizügigkeit sowie Protokoll 1 zu Anhang K Anlage 2 des geänderten EFTA-Abkommens; KS-ALE-FPV Rz B92f; vgl. auch Entscheid des Versicherungsgerichts vom 23. März 2007 i/S S. G.; AVI 2006/145). Dies hat zur Folge, dass Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligung, welche weniger als ein Jahr gültig ist, bis zum 31. Mai 2009 nur dann in der Schweiz Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben, wenn sie allein aufgrund einer oder mehrerer unterjähriger Beschäftigungen (in der Schweiz) die nach den schweizerischen Rechtsvorschriften (AVIG) vorgesehene Mindestbeitragszeit erfüllen (vgl. KS-ALE-FPV Rz B95, B96, wo allerdings Kurzaufenthaltsbewilligungen wohl zu Unrecht generell, ohne zeitliche Beschränkung der Gültigkeitsdauer, unter die erwähnte Regelung subsumiert werden). Der Beschwerdeführer fällt nicht unter die dargelegte Einschränkung, wenn er über eine überjährige bzw. zwei Jahre gültige Kurzaufenthaltsbewilligung verfügt. Der Gültigkeitszeitraum ergibt sich aus der Bewilligung nicht, da lediglich das Einreisedatum (15. Juli 2005) und die Gültigkeitsdauer (bis 12. Juli 2007) vermerkt ist. Jedoch kann die Frage, ob sie zwischenzeitlich bereits einmal oder mehrfach verlängert wurde und welche Schlussfolgerungen daraus zu ziehen wären, aus den nachstehend darzulegenden Gründen offenbleiben. Immerhin ist festzuhalten, dass auch im Fall einer zwischenzeitlichen Verlängerung der Bewilligung nicht in Abrede gestellt werden könnte, dass die bewilligte Aufenthaltsdauer insgesamt weit über ein Jahr betragen hat und der Beschwerdeführer (bei Nachweis eines Arbeitsverhältnisses) wohl auch mit einer Verlängerung rechnen konnte.

b) Ausser der Schweiz sind alle EFTA-Staaten – und damit auch das Fürstentum Liechtenstein – dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) beigetreten. Für die Staatsangehörigen dieser Staaten, die innerhalb des EWR von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, sind die Verordnungen 1408/71 und 574/72 im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten bereits anwendbar. Dagegen betreffen die Änderungen des EFTA-Abkommens vom 21. Juni 2001 nur das Verhältnis der

EFTA-Staaten untereinander und sind unabhängig vom Personenverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU. Solange keine Vereinbarung zwischen der EU und der EFTA besteht, welche das Abkommen Schweiz-EG mit dem EFTA-Abkommen (sowie dem EWR-Vertrag) verbindet, müssen diese Abkommen getrennt voneinander angewendet werden. Die zur Zeit noch fehlende Verbindung zwischen den Abkommen hat zur Folge, dass die Schweiz EU-Staatsangehörigen die in einem anderen EFTA-Mitgliedstaat zurückgelegten Versicherungszeiten nicht anrechnen muss. Umgekehrt muss auch ein EU-Mitgliedstaat bei einem Schweizer Staatsangehörigen die in einem EFTA-Staat (Norwegen, Island, Liechtenstein) zurückgelegten Versicherungszeiten nicht anrechnen. Ebenso wenig berücksichtigt die Schweiz bei einem Staatsangehörigen von Norwegen, Island oder Liechtenstein die in einem EU-Staat zurückgelegten Versicherungszeiten und umgekehrt (KS-ALE FPV Rz B77, B78).

c) Ausnahmen bilden jedoch die EU-/EFTA-Grenzgänger, für welche die zweiseitigen Abkommen, welche die Schweiz mit ihren Nachbarstaaten abgeschlossen hat, weiterhin Geltung haben (KS-ALE-FPV Rz B80). Seit dem Inkrafttreten des Personenverkehrsabkommens werden diese zweiseitigen Abkommen – unter anderem dasjenige zwischen der Schweiz und Liechtenstein (Abkommen ALV FL) – zwar in Bereichen, die durch das Gemeinschaftsrecht abgedeckt sind, wie erwähnt nicht mehr angewendet (vgl. auch KS-ALE-FPV Rz B225). Da jedoch EU-Staatsangehörige wie dargelegt nicht durch das Freizügigkeitsabkommen bzw. das EFTA-Abkommen abgedeckt sind, kommen die zweiseitigen Abkommen, welche für Grenzgänger unabhängig von ihrer Nationalität einen Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit im Wohnsitzstaat vorsehen, zur Anwendung. Dementsprechend haben die erwähnten Grenzgänger, sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, Anspruch auf Leistungen der schweizerischen Arbeitslosenversicherung (KS-ALE-FPV B226, B227).

d) Der Beschwerdeführer war nach seiner Einreise in die Schweiz vom 23. Januar bis 12. Februar sowie vom 1. März bis 13. Mai 2006 für liechtensteinische Arbeitgeber tätig (act. G 4.12, 4.5, 4.6). Er liess in der Beschwerde geltend machen, er sei als Grenzgänger in Liechtenstein tätig gewesen; die Beschwerdegegnerin äusserte sich hiezu nicht. Beim Grenzgänger handelt es sich um einen Arbeitnehmer, der sowohl in der Grenzzone eines der zwei Vertragsländer wohnt, als auch regel- und ordnungsgemäss in der Grenzzone des anderen Vertragsstaates arbeitet (Usinger-Egger, a. a. O., 120, mit Hinweis auf Art. 1 Ziffer 5 Abkommen ALV FL). Unter «Wohnen» wird der gewöhnliche, tatsächliche und rechtmässige Aufenthalt in der Schweiz und der Wille, diesen während einer gewissen Dauer beizubehalten, verstanden. Zusätzlich muss sich der Schwerpunkt der Lebensverhältnisse in der Schweiz befinden. Bei Ausländern ohne Niederlassungsbewilligung ist überdies erforderlich, dass sie über eine Aufenthaltsbewilligung oder eine Saisonbewilligung verfügen, die sie zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt (Usinger-Egger, a. a. O., 118 f., mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang wird festgehalten, Kurz-

aufenthalter würden ihrer kurzen Aufenthaltsdauer wegen das Erfordernis des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinn der Begründung eines schweizerischen Lebensmittelpunktes im allgemeinen nicht erfüllen und würden somit keinen Leistungsanspruch begründen (Usinger-Egger, a. a. O., 119).

e) Beim Beschwerdeführer als EU-Staatsangehörigem mit Kurzaufenthaltsbewilligung in der Schweiz ist davon auszugehen, dass er die Voraussetzung des «Wohnens» in der Schweiz im erwähnten Sinn erfüllt, nachdem Anhaltspunkte, welche diesbezügliche Zweifel zu begründen vermöchten, nicht ersichtlich sind. Seinen Wohnsitz hatte er seit dem 15. Juli 2005 (Datum der Einreise) in B.____ (Bestätigung des Einwohneramtes vom 12. Oktober 2006 in den RAV-Akten), womit auch nicht von einer lediglich kurzen Aufenthaltsdauer gesprochen werden kann. Hinsichtlich des Erfordernisses der Ordnungsmässigkeit der Tätigkeit in Liechtenstein (Art. 1 Ziffer 5 Abkommen ALV FL) ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer gemäss Art. 14 in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 lit. g und 36 lit. a der liechtensteinischen Personenverkehrsverordnung vom 30. November 2004 (PVO) für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit eine Grenzgängermeldebestätigung benötigte. Nachdem das liechtensteinische Amt für Volkswirtschaft am 20. November 2006 Beschäftigungs- und Versicherungszeiten des Beschwerdeführers im Jahr 2006 bescheinigte (act. G 4.12), darf ohne weiteres angenommen werden, dass die bescheinigte Erwerbstätigkeit ordnungsgemäss im erwähnten Sinn war. Bei diesem Sachverhalt ist die Grenzgänger-Eigenschaft des Beschwerdeführers zu bejahen und seine in der Rahmenfrist für die Beitragszeit in Liechtenstein erworbenen Versicherungszeiten anzurechnen. Damit erfüllt er die Anspruchsvoraussetzung der zwölfmonatigen Beitragszeit. Der angefochtene Entscheid lässt sich somit nicht aufrecht erhalten.

4. Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 4. Dezember 2006 gutzuheissen und die Angelegenheit zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

13

Art. 14 Abs. 2 V zum EG zum KVG (sGS 331.111); Art. 11 KZG (sGS 371). Minderabzug. In der ab 1. Januar 2003 geltenden Fassung gemäss II. Nachtrag vom 7. November 2002, nGS 37–89: Für Kinder, die in Brasilien leben und dort eine Ausbildung absolvieren, kann kein Kinderabzug gewährt werden.

Versicherungsgericht, 19. Februar 2007

Aus den Erwägungen:

1. Das massgebende Einkommen für die Berechnung der Prämienverbilligung für Personen mit zivilrechtlichem Wohnsitz im Kanton entspricht gemäss Art. 12 Abs. 2 der Verordnung zum Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Krankenversicherung (sGS 331.111; zum EG zum KVG) in der ab 1. Januar 2006 geltenden Fassung gemäss XII. Nachtrag vom 13. Dezember 2005, nGS 41–9, dem Reineinkommen, zuzüglich eines Zehntels des steuerbaren Vermögens (Ziff. 1), der Beiträge an die gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a; Ziff. 2) und des Liegenschaftsaufwands, soweit dieser den Pauschalabzug von 20 Prozent der Mieteinnahmen übersteigt (Ziff. 3), sowie abzüglich des Kinderabzugs nach Art. 14 zum EG zum KVG (Ziff. 4).

2. Der Rekurrent beanstandet die von der Vorinstanz durchgeführte Berechnung des die Prämienverbilligung auslösenden Einkommens gemäss Art. 12 Abs. 2 zum EG zum KVG des XII. Nachtrags insofern, als dabei keine Kinderabzüge für die zwei Kinder seiner Ehefrau gemäss Art. 14 zum EG zum KVG berücksichtigt worden seien.

3. Für jedes in der Schweiz wohnhafte Kind, für das ein Abzug nach Art. 49 des Steuergesetzes (sGS 811.1; StG) gewährt wird, vermindert sich das massgebende Einkommen gemäss Art. 14 Abs. 1 zum EG zum KVG um Fr. 10 000.–. Der Abzug wird auch Eltern eines in Ausbildung stehenden Kindes bis zum vollendeten 25. Altersjahr gewährt, wenn ein Anspruch auf Ausbildungszulage besteht (Art. 14 Abs. 2 zum EG zum KVG). Nach Art. 11 Abs. 1 des Kinderzulagengesetzes (sGS 371.1; KZG) in der ab 1. Januar 2003 geltenden Fassung gemäss II. Nachtrag vom 7. November 2002, nGS 37–89, können Erwerbstätige eine Ausbildungszulage beanspruchen, wenn die Kinder in der Schweiz wohnen (lit. a), in einem Staat wohnen, der Mitglied der Europäischen Freihandelsassoziation ist (lit. b) oder in einem Staat wohnen, für den das Abkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten anderseits über die Freizügigkeit gilt (lit. c).

4. Laut Angaben des Rekurrenten und seiner Ehefrau in der Steuererklärung 2005 wohnen die am 16. Mai 1983 und 18. März 1986 geborenen Kinder der Ehefrau des Rekurrenten in Brasilien, wo sie bis voraussichtlich im Jahr 2009 eine Ausbildung absolvieren (vgl. act. G 6.1.3). Brasilien gehört nicht zu den in Art. 11 Abs. 1 lit. b und c KZG des II. Nachtrags aufgeführten Staaten, woraus die Vorinstanz richtig folgerte, dass der Rekurrent keinen Anspruch auf Ausbildungszulagen für die Kinder seiner Ehefrau habe. Offensichtlich bezieht er auch keine solchen. Dementsprechend sind bei der Berechnung des die Prämienverbilligung auslösenden Einkommens keine Kinderabzüge im Sinn von Art. 14 zum EG zum KVG zu berücksichtigen.

14

Art. 11 Abs. 1 SHG (sGS 381.1). Ein Sozialhilfebezüger hat keinen Anspruch, dass Wohnkosten übernommen werden, welche über den von der Gemeinde festgelegten Ansätzen liegen. Ein Sozialhilfebezüger handelt missbräuchlich, wenn er im Wissen um die geltenden Ansätze eine teure Wohnung mietet und die Kosten bei der Sozialhilfe geltend macht.

Verwaltungsgericht, 5. November 2007

P. lebt mit seiner Ehefrau und zwei Kindern in N. Nachdem die Familie per 14. Februar 2007 aus der Wohnung ausgewiesen worden war, stellte P. am 7. Februar 2007 ein Gesuch um Sozialhilfe. Das Sozialamt übernahm aber nicht die gesamten Kosten der neuen Wohnung von Fr. 1290.–, sondern gemäss den Richtlinien der Gemeinde lediglich Fr. 1150.– als notwendige Wohnkosten für einen Vierpersonenhaushalt. Damit wurde die monatliche Unterstützung ab 1. März 2007 auf Fr. 3887.80 festgesetzt. P. rekurrierte beim Departement des Innern. Dieses wies das Sozialamt an, P. bis 31. Mai 2007 den Differenzbetrag für die Mietkosten zu vergüten. Es erwog, die Obergrenze von Fr. 1150.– für einen Vierpersonenhaushalt sei zwar angemessen, und der effektive Mietzins von Fr. 1290.– übersteige den notwendigen Lebensbedarf. Die Wohnung sei aber erstmals per Ende Mai 2007 kündbar. Dies bedeute, dass bis 31. Mai 2007 der volle Mietzins von Fr. 1290.– zu berücksichtigen sei. Der Gemeinderat erhob Beschwerde beim Verwaltungsgericht und machte geltend, P. sei zum voraus über die Mietzinsrichtlinien informiert gewesen. Indem er dennoch eine zu teure Wohnung gemietet habe, habe er sich missbräuchlich verhalten. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

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

3.1. In der Praxis richtet sich die Bemessung der finanziellen Sozialhilfe nach den Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien). Diese sind allerdings für die Gemeinden nicht verbindlich. Insbesondere sind die Gemeinden nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts befugt, die Ansätze der SKOS-Richtlinien bezüglich einzelner Leistungsansätze zu modifizieren und gewisse Pauschalen zu unterschreiten (GVP 2001 Nr. 5). Die Richtlinien sehen für den Grundbedarf eine Pauschale nach Massgabe der Haushaltsgrösse vor. Hinzu kommen die Aufwendungen für Miete, Krankenkassenprämien und Krankheitskosten sowie weitere situationsbedingte Leistungen.

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

3.2. Nach den Richtlinien der Gemeinde werden als Wohnkosten für einen Vierpersonenhaushalt Leistungen von maximal Fr. 1150.– ausgerichtet, was den Aufwendungen für eine Viereinhalb- oder Fünfstückerwohnung entspricht. Im Beschwerdeverfahren blieb unbestritten, dass dieser Betrag die notwendigen Wohnkosten zu decken vermag. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Unangefochten blieb im weiteren die Feststellung der Vorinstanz, dass höhere Wohnkosten aus gesundheitlichen Gründen nicht gerechtfertigt sind.

3.3. Unbestritten ist sodann, dass P. über die Höchstbeträge für die Sozialhilfeleistungen für Wohnkosten orientiert wurde. Ob P. rechtsmissbräuchlich handelte, als er dennoch eine teurere Wohnung mietete, ist im folgenden zu prüfen.

Die Vorinstanz begründete im angefochtenen Entscheid das Fehlen eines missbräuchlichen Verhaltens unter Hinweis auf die Motive von P. Dieser habe sich aus gesundheitlichen Gründen für eine teurere Wohnung entschieden und eine Wohnung nahe der Schule mieten wollen. In ihrer Vernehmlassung hält die Vorinstanz fest, der Wohnungswechsel sei nicht darauf ausgerichtet gewesen, in den Genuss einer teureren Wohnung zu kommen. Er sei Folge des Gerichtsentscheids gewesen, wonach die Familie die bisherige Wohnung aufgrund hoher Mietzinsrückstände per 14. Februar 2007 habe verlassen müssen. Dass P. im Bewusstsein um die geltenden Höchstansätze per 15. Februar 2007 eine teurere Wohnung gemietet habe, könne nicht zuletzt in Anbetracht der kurzen Zeitspanne zwischen Ausweisungsentscheid vom 26. Januar 2007 und Ausweisungstermin vom 14. Februar 2007 nicht als klarer und erheblicher Missbrauch gewertet werden.

Fest steht, dass P. im Wissen um die geltenden Richtlinien über die Höchstansätze für Wohnungsmieten eine Wohnung mietete, deren Kosten über dem Höchstansatz der Richtlinien lagen. Die im Rekurs vorgebrachten Gründe für die Wahl der gemieteten Wohnung sind nicht stichhaltig. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, sind den Arztzeugnissen keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass P. aus gesundheitlichen Gründen auf eine Parterrewohnung angewiesen ist, wie er im Rekurs ohne Angabe von näheren Gründen behauptete. Nicht überzeugend ist auch der im Rekurs erhobene Einwand von P., er habe wegen der Kinder, die die Schule und den Kindergarten besuchten, in der Nähe der Schule bleiben müssen. Ein möglichst kurzer Schulweg für die Kinder begründet keinen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen, welche die für den notwendigen Lebensunterhalt erforderlichen Leistungen übersteigen. Unter diesen Umständen hat es der Gemeinderat zutreffend

als rechtsmissbräuchlich qualifiziert, dass P. im Wissen darum, dass der Mietzins die zulässige Höchstgrenze übersteigt, ohne Zustimmung des Sozialamts eine Wohnung zum Preis von Fr. 1290.– mietete. Somit können auch die während der Kündigungsfrist angefallenen effektiven Kosten für die Wohnung nicht als notwendige Auslagen qualifiziert werden. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen.

15

Art. 20 SHG (sGS 381.1). Schlagen die Nachkommen die Erbschaft aus, so können sie nicht zur Rückerstattung finanzieller Sozialhilfe, die der Erblasser erhielt, verpflichtet werden. Das gilt auch dann, wenn sie Leistungen aus dem BVG-Freizügigkeitskonto des Erblassers erhalten, welche unabtretbar sind und nicht in den Nachlass fallen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung III, 13. Dezember 2007

A, geboren am 22. März 1953, wohnte in der Gemeinde X und war Vater von B und C. Im Januar 2004 wurde die Ehe von A getrennt. Ab diesem Zeitpunkt bezog er vom Sozialamt X Sozialhilfeleistungen von insgesamt Fr. 50 365.25. Er bezahlte keine Unterhaltsbeiträge an seine beiden Kinder. Da er seit dem 30. März 2003 arbeitslos war, hatte er eine Freizügigkeitspolice bei der Swisscanto Freizügigkeitsstiftung, Basel. Am 6. Dezember 2006 unterzeichnete er eine Abtretungserklärung für seine Forderung gegenüber der Swisscanto Freizügigkeitsstiftung zugunsten des Sozialamtes X. Am 2. März 2007 verstarb A. Die Erbschaft wurde von allen Erben ausgeschlagen.

Aufgrund des Todesfalles ihres Vaters wurde B und C als Begünstigte aus der Freizügigkeitspolice des Vaters bei der Swisscanto Freizügigkeitsstiftung am 29. Juni 2007 je ein Betrag von Fr. 19 561.85 (total also Fr. 39 123.65) ausbezahlt.

Mit Verfügung des Sozialamtes X vom 12. Juni 2007 wurden B und C verpflichtet, die finanzielle Sozialhilfe in der Höhe des ausbezahlten Vorsorgeguthabens an das Sozialamt X zurückzuerstatten. Mit Entscheid vom 9. Juli 2007 wies der Gemeinderat X die Einsprache von B und C ab.

Aus den Erwägungen:

2. Gegenstand des Rekurses ist der Entscheid des Gemeinderates X vom 9. Juli 2007 betreffend die Verpflichtung der Rekurrenten zur Rückerstattung der finanziellen Sozialhilfe, welche A (Vater der Rekurrenten) ausgerichtet wurde, in der Höhe des ausbezahlten Vorsorgeguthabens der Swisscanto, Basel von Fr. 39 123.65.

a) Gemäss Art. 20 SHG erstatten Erben die vom Erblasser bezogene Sozialhilfe zurück, soweit sie aus dem Nachlass bereichert sind. Gemäss Art. 21 Abs. 1 SHG verfügt die politische Gemeinde, die finanzielle Sozialhilfe geleistet hat, die Rückerstattung.

b) Das Sozialamt X hat dem Vater der Rekurrenten vom Januar 2004 bis zu seinem Tod am 2. März 2007 Sozialhilfe in der Höhe von insgesamt Fr. 50 365.25 ausgerichtet. Davon haben die Rekurrenten gemäss Entscheid der Vorinstanz vom 9. Juli 2007 Fr. 39 123.65 (Höhe der Leistungen aus der Freizügigkeitspolice) zurückzuerstatten.

3. Es bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 20 SHG (aus dem Nachlass bereicherte Erben) gegeben sind, welche die Rückerstattung der finanziellen Sozialhilfe in der Höhe von Fr. 39 123.65 rechtfertigen.

...
c) Mit dem Tod der ehemals unterstützten Person wird die Sozialhilfe-Schuld zu einer gewöhnlichen öffentlich-rechtlichen Schuld der Erbschaft. Bei der Rückerstattungspflicht sind die Erben der unterstützten Person rückerstattungspflichtig (J. Widmer, Verhältnis der Verwandtenunterstützungspflicht zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis, Zürich 2001, S. 104 und 108). Voraussetzung der Rückerstattungspflicht von Sozialhilfegeldern durch Erben der unterstützten Person ist zunächst die Erbenstellung. Gemäss Art. 457 Abs. 1 ZGB sind die nächsten Erben eines Erblassers seine Nachkommen. Mit der Möglichkeit der Ausschlagung gemäss Art. 566 ff. ZGB wird den Erben die Gelegenheit geboten, eine nichtgewollte Erbenstellung abzulehnen (J. N. Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage 2002, § 15 N 2 f.). Mit der Ausschlagung entfällt die Erbenstellung des Ausschlagenden, er ist dann nicht mehr Erbe. Nicht betroffen sind die anderen Zuwendungen des Erblassers (Vorempfänge, Legate, Versicherungsansprüche). Der ausschlagende Erbe kann also trotzdem z. B. ein Legat erhalten (Druey, a. a. O. § 15 N 42; I. Schwander in: Basler Kommentar, ZGB II, 3. Auflage 2007, Art. 566 N 1).

Nachlass ist die Vermögensmasse, die an die Rechtsnachfolger, d. h. an die Erben des Verstorbenen geht (Druey, a. a. O., § 13 N 8). Ein Recht, das durch den Tod einer Person ausgelöst wird, gehört seinem Wesen nach nicht in deren Nachlass. Dies gilt für die obligatorische berufliche Vorsorge (Säule 2a) und wohl auch für den überobligatorischen Teil der betrieblichen Vorsorge (Säule 2b). Nicht ohne weiteres gilt dies aber für die erbrechtliche Behandlung der Lebens-Versicherung des Erblassers, spezifisch der von ihm auf sein eigenes Leben abgeschlossenen Versicherung, einschliesslich der auf den Tod gestellten Leistungen aus eigenen Vorkehrungen des Arbeitnehmers im Rahmen der betrieblichen Vorsorge (Säule 3). Die Praxis und ein grösserer Teil der Lehre gehen jedoch davon aus, dass diese Ansprüche nicht beim Erblasser selber, sondern erst bei seinem Tod entstehen, d. h. bei den gesetzlich oder durch Erklärung gegenüber dem Versicherer begünstigten Personen (vgl. Druey, a. a. O., § 13 N 27 ff.). Die versicherungsrechtliche Begünstigung ist eine Zuwendung unter Lebenden (Forni/Piatti, in: Basler Kommentar, a. a. O.,

Art. 626 N 13). Grundsätzlich fallen also Versicherungsansprüche, welche Erben oder Dritte durch den Tod des Erblassers erwerben, nicht in seinen Nachlass. Die Begünstigten erwerben mit dem Tod des Erblassers ein eigenes Forderungsrecht gegen den Versicherer, und zwar unabhängig davon, ob sie auch Erben sind. Da der Anspruch gegen die Versicherung nicht in den Nachlass fällt, bleibt er den Gläubigern des Erblassers entzogen. Dies gilt insbesondere für die Hinterlassenenansprüche aus der obligatorischen zweiten Säule sowie für die Ansprüche der Begünstigten aus einem Vorsorgevertrag der überobligatorischen, freiwilligen beruflichen Vorsorge im Bereich der zweiten Säule (D. Staehelin, in: Basler Kommentar, a. a. O., Art. 476 N 4; BGE 129 III 305 E. 2).

Versicherte, welche die Vorsorgeeinrichtung verlassen, bevor ein Vorsorgefall eingetreten ist, haben Anspruch auf eine Austrittsleistung. Kann diese nicht an eine neue Vorsorgeeinrichtung überwiesen werden (weil keine neue Arbeitsstelle vorliegt) und ist auch kein Barzahlungstatbestand gegeben, muss der Vorsorgeschutz in anderer Form erhalten werden, sei es mit einer Freizügigkeitspolice, sei es mit einem Freizügigkeitskonto. Freizügigkeitseinrichtungen gehören auch zur beruflichen Vorsorge im weiteren Sinn. Freizügigkeitspolices bzw. -konti haben in der Regel eine blosse Überbrückungsfunktion, indem sie primär für die Finanzierung der Eintrittsleistung in die neue Vorsorgeeinrichtung bestimmt sind. Das Vorsorgekapital soll in der Zeit, während der der Versicherte keiner Vorsorgeeinrichtung angehört, nicht anders behandelt werden, als wenn ein Vorsorgeverhältnis bestünde. Allerdings ist zu beachten, dass sich das ausbezahlte Kapital bei den Freizügigkeitskonti – im Unterschied zu den Renten bei der beruflichen Vorsorge – nicht nach der effektiven Versorgungsbedürftigkeit der Anspruchsberechtigten richtet. Massgebend für die erbrechtliche Behandlung von Freizügigkeitsleistungen ist aber, dass Art. 15 FZV die Begünstigtenfrage abschliessend regelt. Freizügigkeitsleistungen fallen somit nicht in den Nachlass (vgl. zum Ganzen BGE 129 III 305, E. 3).

Der Leistungsanspruch aus der beruflichen Vorsorge kann gemäss Art. 39 Abs. 1 BVG vor Fälligkeit weder verpfändet noch abgetreten werden. Dasselbe gilt gemäss Art. 17 FZV für Vorsorgekapital oder den nicht fälligen Leistungsanspruch aus Freizügigkeitspolices und Freizügigkeitskonten.

d) Unbestritten ist, dass die Rekurrenten einen Gesamtbetrag von Fr. 39 123.65 aus der Freizügigkeitspolice ihres verstorbenen Vaters erhalten haben. Von der Vorinstanz wird darauf hingewiesen, das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen habe in einem entsprechenden Fall eine Beschwerde des Rückerstattungspflichtigen abgewiesen (VerwGE vom 16. August 2005, B 2005/18). Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch grundlegend von diesem von der Vorinstanz angeführten Urteil. Zunächst wurde dort die Rückerstattungspflicht nicht gestützt auf Art. 20, sondern auf Art. 18 SHG festgestellt. Zudem ging es um die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Übertragung der von der Freizügigkeitsstiftung des verstorbenen Ehegatten ausbezahlten Kapitalleistung von der Ehefrau an ihre Tochter im

Zusammenhang mit der Beurteilung der Zumutbarkeit der Rückerstattung. Der Entscheid des Verwaltungsgerichtes vom 16. August 2005 ist daher für die Beurteilung der Streitsache nicht einschlägig.

e) Somit ist zunächst zu prüfen, ob die Rekurrenten überhaupt Erben des verstorbenen A sind. Sie haben die Erbschaft nach Art. 566 ZGB ausgeschlagen und sind damit rückwirkend keine Erben mehr. Damit fehlt es bereits an der in Art. 20 SHG vorausgesetzten Erbenstellung.

Weiter gehört die Leistung aus der Freizügigkeitspolice Swisscanto nicht in den Nachlass. Da A arbeitslos war, befand sich sein Pensionskassenguthaben auf einem Freizügigkeitskonto der Swisscanto, Basel. Gemäss Freizügigkeitsausweis vom 1.1.2006 handelt es sich dabei vollständig um BVG-Gelder. Wie oben ausgeführt, fallen Guthaben aus Freizügigkeitspolicen oder -konti nicht in den Nachlass. Somit ist auch die gemäss Art. 20 SHG notwendige Voraussetzung einer «Bereicherung aus dem Nachlass» nicht gegeben.

Hinzu kommt, dass eine Abtretung des Freizügigkeitsanspruchs vor seiner Fälligkeit nicht möglich und eine dahingehende Vereinbarung nichtig ist (vgl. Art. 39 Abs. 3 BVG, 17 FZV und Ziff. 11 des Reglements der Swisscanto Freizügigkeitsstiftung). Die Fälligkeit des Leistungsanspruchs tritt mit Erreichen des ordentlichen AHV-Rentenalters oder mit dem Todesfall ein. Die Freizügigkeitsleistung von A war somit am 6. Dezember 2006, als er die Abtretungserklärung zugunsten des Sozialamtes X unterzeichnet hat, noch nicht fällig, eine Abtretung somit nicht möglich und die getroffene Vereinbarung nichtig.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rekurrenten weder Erbenstellung haben noch aus dem Nachlass von A bereichert sind. Damit sind sie nicht verpflichtet, die von ihm bezogene finanzielle Sozialhilfe gestützt auf Art. 20 SHG zurückzuerstatten. Der Rekurs ist dementsprechend gutzuheissen und der Entscheid des Gemeinderates X vom 9. Juli 2007 sowie die diesem zugrunde liegende Verfügung des Sozialamtes X vom 12. Juni 2007 sind aufzuheben.

16

Art. 4 Abs. 1 GIVU (sGS 911.51), Art. 4bis Abs. 2 lit. c GIVU, Art. 4ter Abs. 2 GIVU, Art. 4quinquies GIVU. Alimentenbevorschussung. Frage offen gelassen, ob es die Bestimmungen des GIVU grundsätzlich zulassen, Verzichtseinkommen dem anrechenbaren Einkommen als hypothetische Einkommen hinzuzurechnen.

Hat die Mutter das Sorgerecht und die rechtliche Obhut über das Kind und verständigen sich die Eltern einvernehmlich auf eine Aufteilung der tatsächlichen Obhut und auf die gemeinsame Tragung der Unterhaltskosten, so liegt kein Verzicht der Mutter auf den vertraglich vereinbarten Unterhaltsbeitrag vor, da der Vater den Unterhalt des Kindes im Einvernehmen mit der Mutter in natura leistet. Jedoch ist in diesem Fall das Mindesteinkommen der Mutter gemäss Art. 4ter Abs. 2 GIVU nur zur Hälfte zu erhöhen, da das Kind nur zur Hälfte mit dem obhutsberechtigten Elternteil im gleichen Haushalt lebt.

Bei der teilweisen Bevorschussung ist der vertraglich vereinbarte oder durch Scheidungsurteil festgelegte Unterhaltsbeitrag gemäss Art. 4quinquies Abs. 2 GIVU zu kürzen und erst dann auf den Betrag der höchsten AHV-Waisenrente zu begrenzen.

Versicherungsgericht, 17. Juli 2007 (ABV 2007/1); vollständiger Entscheid-Text s. www.gerichte.sg.ch.

5. Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern

17

Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG (SR 142.20). Lässt sich das Verhalten eines niedergelassenen Ausländers seinen Kindern und seiner Ehefrau gegenüber mit den in der Schweiz geltenden freiheitlichen Grundwerten, namentlich dem Recht auf Gleichstellung von Mann und Frau, dem Anspruch auf freie Meinungsäusserung sowie dem Recht auf Selbstbestimmung des Individuums, nicht vereinbaren, und sind auch die schlechten Sprachkenntnisse und die langjährige Arbeitslosigkeit ein Indiz für die mangelnde Integration, erweist sich die Ausweisung als rechtmässig, obwohl sich der Ausländer während rund 26 Jahren in der Schweiz aufgehalten hat.

Verwaltungsgericht, 29. August 2007

Aus den Erwägungen:

3.1. Ein Ausländer kann gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG unter anderem dann aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sein Verhalten im allgemeinen und seine Handlungen darauf schliessen lassen, dass er nicht gewillt oder fähig ist, sich in die im Gaststaat geltende Ordnung einzufügen. Mit Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG wollte der Gesetzgeber auch die Ausweisung von Ausländern ermöglichen, welche die Grenze des strafbaren Verhaltens (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG) noch nicht überschritten haben, aber aufgrund ihrer fehlenden Integrationsbereitschaft oder -fähigkeit in der Schweiz unerwünscht sind (vgl. M. Spescha, Handbuch zum Ausländerrecht, Bern 1999, S. 131). Indes stellt Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG keine Grundlage dafür dar, jeden missliebigen Ausländer aus der Schweiz auszuweisen (Spescha, a. a. O., S. 131). Der Tatbestand von Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG ist nur erfüllt, wenn objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Ausländer wiederholt Verhaltensweisen an den Tag gelegt hat, die für eine fehlende Integration sprechen. Gemäss dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG sind dabei das «Verhalten im allgemeinen» und die «Handlungen» des Ausländers zu würdigen. Seine Gesinnung vermag demnach für sich allein die Ausweisung nicht zu rechtfertigen; sie kann bei der Anwendung dieser Bestimmung nur insoweit berücksichtigt werden, als sie in seinem äusseren Verhalten zum Ausdruck kommt (BGE 96 I 272). Art. 16 Abs. 2 ANAV verdeutlicht, unter welchen Voraussetzungen eine Ausweisung gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG begründet sein kann. Demnach ist eine Ausweisung insbesondere bei schweren oder wiederholten Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen, grober Verletzung allgemeiner Gebote der Sittlichkeit, fortgesetzter böswilliger oder liederlicher Nichterfüllung der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Verpflichtungen und sonstiger fortgesetzter Liederlichkeit oder Arbeitsscheu in Betracht zu ziehen. Allerdings können auch andere Verhaltensweisen den Schluss rechtfertigen, der Ausländer sei nicht gewillt oder nicht fähig, sich in die im Gaststaat geltende Ordnung einzufügen. Ob der Tatbestand von Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG erfüllt ist, stellt keine Ermessensfrage, sondern eine Rechtsfrage dar (BGE 96 I 271), die vom Verwaltungsgericht mit voller Kognition geprüft wird (vgl. Art. 61 Abs. 1 VRP).

3.2. Neben Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG und Art. 16 Abs. 2 ANAV knüpft auch die Konzeption im Bürgerrecht an die faktische oder vermutete Integration. So wird die Einbürgerungsbewilligung davon abhängig gemacht, dass der Bewerber «in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert» (Art. 14 lit. a BÜG) und «mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vertraut ist» (Art. 14 lit. b BÜG). Auch Art. 4 Abs. 4 des künftig geltenden Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (abgekürzt AuG) verlangt, dass sich Ausländer mit den gesellschaftlichen Verhältnissen und Lebensbedingungen in der Schweiz auseinandersetzen und insbesondere eine Landessprache erlernen. Im weiteren hat die Integration von Ausländern auch als Ziel und Aufgabe der staatlichen Ordnung in verschiedener Hinsicht Eingang in die schwei-

zerische Rechtsordnung gefunden. So ist mit der von der Bundesversammlung am 26. Juni 1998 beschlossenen Teilrevision des ANAG erstmals ein Integrationsartikel in das Bundesrecht aufgenommen worden. Gemäss Art. 25a ANAG kann der Bund für die soziale Integration von Ausländern finanzielle Beiträge ausrichten, sofern sich Kantone, Gemeinden oder Dritte angemessen daran beteiligen. In Art. 53 ff. AuG wird die Umsetzung der Integrationspolitik näher definiert. Am 1. Oktober 2000 ist sodann die Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (SR 142.205, abgekürzt VIntA) in Kraft getreten. Die Verordnung geht vom Grundsatz aus, dass Integration sowohl Bereitschaft der Ausländer zur Eingliederung in die Gesellschaft als auch Offenheit der schweizerischen Bevölkerung verlangt (vgl. Art. 3 Abs. 3 VIntA). Auch Art. 4 Abs. 1 AuG definiert als Ziel der Integration das Zusammenleben der einheimischen und ausländischen Wohnbevölkerung auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung und gegenseitiger Achtung und Toleranz. Während die Bundesverfassung keine Bestimmung enthält, die sich zur Integration von Ausländern äussert (vgl. immerhin die Ausführungen von Pahud de Mortanges/Tanner, *Muslime und schweizerische Rechtsordnung*, Freiburg 2002, S. 102 ff. zur Bedeutung der Präambel als Ausdruck der Nichtdiskriminierung und Auftrag zur Integration), setzt Art. 14 KV die soziale Integration – die sich im wesentlichen auch auf ausländische Staatsangehörige erstrecken muss – zum Ziel.

Diese Ausführungen zeigen, dass die Konzeption der Integration der Ausländer einen wesentlichen Aspekt des Ausländerrechts bildet und namentlich auch in der neueren Gesetzgebung ihre Verankerung gefunden hat. Gerade vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die Bedeutung des Integrationsgrundsatzes ist es angezeigt, den offen formulierten Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG, wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, insbesondere auch auf Fälle anzuwenden, wo es objektivermassen an der Integrationswilligkeit oder -fähigkeit des Ausländers fehlt.

3.3. Integration, verstanden als friedliche Koexistenz unterschiedlicher Lebensauffassungen, setzt – wie in Art. 3 Abs. 3 VIntA ausdrücklich festgeschrieben – die Anerkennung und Respektierung der Andersartigkeit voraus (vgl. M. Caroni, *Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration*, Diss. Bern 1998, S. 439 f.; vgl. Pahud de Mortanges / Tanner, a. a. O., Freiburg 2002, S. 99 f.). Diese Integrationskonzeption wird allerdings dann zum Kern einer Rechtsfrage, wenn zu entscheiden ist, ob und in welchem Masse diese Andersartigkeit von der Rechtsordnung zu respektieren und zu schützen ist (M. Ph. Wyss, in: *Übersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht*, Basel 2002, Rz. 23.33). Besonders komplex ist die Frage nach den Grenzen der Toleranz bei Unterdrückung im familiären Innenverhältnis. Die klassisch-liberale Antwort, dass der Staat sich nur in rein private Verhältnisse einmischen soll, um strafrechtliche Delikte zu ahnden oder privatrechtliche Streitigkeiten beizulegen, greift angesichts der Gefahr verfestigter Machtstrukturen und Diskriminierungen im Innenverhältnis zu kurz. Insbesondere dient dieses Konzept mit seiner strengen Trennung von öffentlichem und privatem Bereich

letztlich der Erhaltung traditioneller Privilegien und Machtstrukturen, welche regelmässig die Frauen benachteiligen. In der europäischen Grundrechtsdiskussion ist denn auch seit längerem anerkannt, dass Grundrechte auch im privaten Raum für die Beziehungen zwischen Individuen relevant sind (W. Kälin, Grundrechte im Kulturkonflikt, Zürich 2000, S. 182 ff.). Dies bedeutet, dass Toleranz gegenüber anderen kulturellen Praktiken ihre Grenze auch im familiären Umfeld dort finden muss, wo im Innenverhältnis Zwang ausgeübt wird und für die betroffene Person keine Möglichkeit besteht, ihre Gruppe ohne Nachteile zu verlassen (Kälin, a. a. O., S. 203; D. Bianchi: Die Integration der ausländischen Bevölkerung, Diss. Zürich 2003, S. 113). Auch in einer pluralistischen Gesellschaft müssen als gemeinsame Basis gewisse Grundwerte – namentlich das staatliche Gewaltmonopol, die Gleichberechtigung von Mann und Frau, die demokratische Ordnung, die Unantastbarkeit des Lebens, die Religions- und Meinungsfreiheit sowie die Selbstbestimmung des Individuums – respektiert werden (Caroni, a. a. O., S. 440; Bianchi, a. a. O., S. 122; vgl. künftig auch Art. 4 Abs. 1 AuG, der die Grundlage der Werte der Bundesverfassung als verbindlich erklärt). Personen, die nicht fähig oder willens sind, das eigene Verhaltensmuster und ihre Sitten und Gebräuche an diese Grundwerte anzupassen, sind nicht integriert im vorstehend umschriebenen Sinn und fügen sich nicht in die in der Schweiz geltende Ordnung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG ein.

3.3.1. Dem Bericht der Staatsanwaltschaft, den der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zu den Akten gereicht hat, kann entnommen werden, dass die Familie E. unter Führung des Beschwerdeführers ca. 1995 anfang, nach muslimischen Regeln zu leben. Das habe sich unter anderem darin geäussert, dass die Töchter statt der früheren weltlichen Vornamen neue muslimische Vornamen bekommen hätten und jeweils an Wochenenden in einer Moschee in Hohenems den Religionsunterricht hätten besuchen müssen. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers führte sodann in seinem Schreiben an das Untersuchungsrichteramt St. Gallen aus, dass die Familie E. die muslimische Religion in sehr strikter Art und Weise lebe und D. E. dem Beschwerdeführer zu vollständigem Gehorsam verpflichtet sei. Der alte Grundsatz, dass der Ehemann das Haupt der Familie darstelle, gelte in dieser Familie noch ungebrochen. Die Familienstruktur führe dazu, dass sich D. E. dem Entscheid des Beschwerdeführers unterzuordnen habe. D. E. selbst äusserte sich anlässlich der untersuchungsrichterlichen Befragung im Strafverfahren betreffend die Nichtteilnahme der Tochter B. am Sportlager dahingehend, dass der Beschwerdeführer allein entscheide in der Familie und sie bezüglich der Teilnahme von B. am Lager absolut keinen Einfluss gehabt habe und unter Druck des Ehemannes gestanden sei. Sie habe auch nicht versucht, sich gegen den Entscheid ihres Ehemannes zu stellen, da dieser letztendlich bestimme, was in der Familie zu geschehen habe. Auch in andern Sachen habe sie kein Mitspracherecht, der Beschwerdeführer entscheide allein in der Familie. K. E. bestätigte gegenüber der Kantonspolizei St. Gallen anlässlich einer Einvernahme, dass sich ihre Eltern

trotz des langjährigen Aufenthalts in der Schweiz nicht anpassen wollten und ausschliesslich die türkische Mentalität pflegten.

3.3.2. K. E. sagte verschiedentlich aus, dass ihre Erziehung sehr streng und von der strikten religiösen Einstellung ihrer Eltern geprägt gewesen sei. Als Kind sei sie jahrelang von ihrem Vater geschlagen worden und einmal habe er sie gewürgt. Sie sei gezwungen worden, in die Moschee zu gehen. Ausserdem habe sie gegen ihren Willen bestätigen müssen, dass sie nicht in die Schullager wolle, obwohl dies nicht der Fall gewesen sei. Sie sei von ihrem Vater ständig kontrolliert und psychisch unter Druck gesetzt worden.

Gemäss dem staatsanwaltlichen Bericht konnten zwar die von K. E. geltend gemachten tätlichen Übergriffe des Beschwerdeführers nicht präzisiert werden. In- des bestätigte der Primarlehrer, dass K. E. sehr streng erzogen worden ist und ihr viele Aktivitäten mit Kolleginnen verboten worden sind. Der Reallehrer bezeichnete den Beschwerdeführer als engstirnig und streng religiös und beobachtete, dass sich K. E. in der Schule wohler gefühlt habe als zu Hause. Aktenkundig ist sodann, dass sich der Beschwerdeführer aus religiösen Gründen der Teilnahme seiner Töchter K. und B. an obligatorischen Schullagern widersetze. Er verwehrte B. die Teilnahme selbst dann noch, als die Schulverwaltung eine Dispensation ausdrücklich abgelehnt hatte. Die Schulverwaltung der Stadt St.Gallen belegte den Beschwerdeführer und seine Ehegattin daraufhin mit einer Busse von Fr. 1000.–. Der Beschwerdeführer zeigte sich in der Folge als uneinsichtig, setzte sich nur ein Jahr später über die Ablehnung eines weiteren Dispensationsgesuchs hinweg und untersagte B. abermals die Teilnahme an einem obligatorischen Klassenlager. Der Beschwerdeführer wurde in der Folge von der Schulverwaltung verzeigt und von den Strafbehörden gebüsst. In der Eingabe vom 27. Juni 2007 wird in diesem Zusammenhang geltend gemacht, dass die jüngste Tochter F. an allen Schulanlässen habe teilnehmen können. Der Vorwurf, der Beschwerdeführer habe sich gegenüber den Schulbehörden als renitent gezeigt, entfalle daher. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass der Beschwerdeführer und seine Ehegattin gemäss Schreiben an das Untersuchungsrichteramt St.Gallen enorm bedauert haben, dass das Dispensationsgesuch nicht bewilligt wurde. Sie sähen sich dann bereit, F. an den Lagern teilnehmen zu lassen, wenn sie durch ihre ältere Schwester im Sinne einer familiären Aufsicht begleitet werden könne. Dies zeigt, dass es nicht Einsicht war, die den Beschwerdeführer dazu bewogen hat, seine jüngste Tochter an Schulanlässen teilnehmen zu lassen, sondern lediglich der Druck der strafrechtlichen Sanktionen. Positive Rückschlüsse auf die Integration des Beschwerdeführers lassen sich daraus jedenfalls nicht ziehen.

3.3.3. Im weiteren ist aktenkundig, dass die ehemaligen Vorgesetzten von K. E. dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau Hausverbot erteilt haben, nachdem K. von ihrer Familie an ihrer Arbeitsstelle häufig aufgesucht und bedrängt worden ist. Die damaligen Vorgesetzten von K. E. gaben gegenüber der Kantonspolizei St.Gallen zur Auskunft, K. habe im Lauf der Zeit eine negative Veränderung durchge-

macht. Sie habe eingeschüchtert gewirkt, sei immer verstörter geworden und habe gesundheitliche Probleme bekommen. Man habe sogar Bedenken gehabt, dass sie die Lehrabschlussprüfung nicht bestehe. K. habe sich auch immer wieder dahingehend geäußert, dass sie von ihrem Vater unter Druck gesetzt werde, weil sie nicht nach seinen Wertvorstellungen lebe. Nachdem sie volljährig geworden sei, habe man ihr in der Geschäftsliegenschaft eine Wohnung zu einem reduzierten Mietzins zur Verfügung gestellt und ihr auch etwas mehr Lohn bezahlt. K. E. sei daheim sofort ausgezogen. Nach der Erteilung des Hausverbotes hätten der Beschwerdeführer und seine Ehegattin häufig vor dem Geschäft auf K. gewartet.

3.3.4. Dass K. wie auch ihre jüngere Schwester F. von ihrem Vater stark unter Druck gesetzt wurden, wurde auch vom Jugendsekretariat der Stadt St.Gallen gegenüber der Kantonspolizei St.Gallen bestätigt. Im Juli 2003 habe sich K. beim Jugendsekretariat erkundigt, wie sie ihre Zusatzlehre zur kaufmännischen Angestellten finanzieren könne, da sie von ihren Eltern keine Unterstützung erhalten werde. K. sei bei ihrer ersten Vorsprache in einer sehr schlechten Verfassung gewesen. Während der ganzen Betreuungszeit, die bis Oktober 2004 gedauert habe, sei von der Familie E. grosser Druck auf K. ausgeübt worden. Es sei sogar soweit gekommen, dass die Türen verschlossen worden seien, wenn K. anwesend gewesen sei. F. E. habe sich sehr aufdringlich und energisch erkundigt, ob K. im Jugendsekretariat verkehre.

3.3.5. Schliesslich bestätigt auch Z. A., mit der K. E. von Dezember 2003 bis im Sommer 2004 zusammengelebt hat, dass die Eltern auf K. einen grossen Druck ausgeübt, sie beobachtet und verfolgt hätten. Die Eltern von K. hätten regelrechten Telefonterror gemacht und die beiden jungen Frauen hätten deshalb auch schon die Polizei rufen müssen. Der Beschwerdeführer sei bis zu 24 Stunden vor der Wohnung gestanden und die Eltern hätten K. oft vor der Berufsschule abgefangen. Auch H. A., der Vater von Z. A., bestätigte gegenüber der Kantonspolizei St.Gallen, dass K. sehr streng und religiös erzogen worden sei und häufig traurig gewesen sei ob dem Druck, den die Eltern auf sie ausübten. Die Eltern hätten vor dem Geschäft auf K. gewartet und sie beobachtet. Sie sei stark eingeschüchtert gewesen, und die Eltern hätten ihr immer vorgehalten, wo sie gewesen sei und was sie gemacht habe.

3.3.6. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Aussagen von K. E. nicht mit den tatsächlichen und objektiv überprüfbaren Gegebenheiten in Übereinstimmung gebracht werden könnten. Insbesondere lasse sich der Vorwurf der Zwangsverheiratung nicht aufrechterhalten.

Dem Bericht des Staatsanwalts kann entnommen werden, dass die vorhandene Beweislage den Schluss nicht zulässt, dass die Eltern sowie D. T. in subjektiver Hinsicht davon ausgehen mussten, dass der Eheabschluss gegen den Willen von K. E. erfolgte. Es sei diesbezüglich eine Aufhebung angezeigt, auch wenn ein gewisser gesellschaftlicher Druck bei der Heirat wohl eine Rolle gespielt habe. Der Staatsanwalt führt aus, gegen K. E. ein Strafverfahren wegen Irreführung der

Rechtspflege bzw. falscher Anschuldigung in bezug auf die Behauptung, sie habe nicht gewusst, dass sie im März 2005 verlobt und im Juli 2005 verheiratet werde, eröffnen zu müssen. Hingegen sei vorläufig davon auszugehen, dass A. E. in der Zeit vom August 2005 bis April 2006 Druck auf K. E. ausgeübt habe, dass sie den Familiennachzug für D. T. beantrage. Er fasse in diesem Zusammenhang einen Schuldspruch wegen Nötigung ins Auge. Ein Schuldspruch gegen D. und A. E. wegen versuchter Nötigung stehe sodann in bezug auf den Vorfall vom 21. April 2006 zur Diskussion. Die Eltern hätten zusammen mit D. T. am 21. April 2006 versucht, K. E. am Arbeitsplatz und später am Bahnhof abzufangen, um sie zur Rede zu stellen, obwohl sie gewusst hätten, dass sie nicht mit ihnen sprechen wollte.

Vor diesem Hintergrund teilt das Verwaltungsgericht die Auffassung des Beschwerdeführers nicht, wonach «aufgrund der signifikanten Wendung in der Strafuntersuchung» «die wesentlichen Punkte des Klagefundaments zusammengefallen» seien. Insbesondere ist für das Gericht die Frage der Zwangsverheiratung bezüglich der Beurteilung, ob der Tatbestand von Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG erfüllt ist, nicht alleine ausschlaggebend. Wesentlich ist im Lichte von Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG vielmehr, dass der Beschwerdeführer entsprechend der Aktenlage und auch nach Einschätzung der Staatsanwaltschaft seit seinem Entschluss, streng nach den islamischen Glaubensregeln zu leben, erheblichen Druck auf K. E., seine beiden anderen Töchter sowie seine Ehefrau ausgeübt hat. Die strikte Haltung des Beschwerdeführers und seine Verschlossenheit gegenüber der andersartigen Lebensweise in einem westeuropäischen Land führten zu schwerwiegenden Konflikten und zu familieninternen Freiheitsbeschränkungen, die in einer freiheitlichen Rechtsordnung nicht hingenommen werden können. Auch wenn traditionellen Vorstellungen der Familie nicht generell die Berücksichtigung versagt werden darf, ist die Grenze jedenfalls dort zu ziehen, wo Familienmitglieder einem Spannungsverhältnis ausgesetzt sind, dem sie nicht gewachsen sind. Letzteres trifft namentlich auf K. E. zu, bei der die elterlichen Erwartungen, Rechts- und Moralvorstellungen einerseits und die eigenen Wünsche und Bedürfnisse andererseits eine innere Zerrissenheit bewirkt haben. Es ist glaubhaft, wenn in den Akten von verschiedener Seite bestätigt wird, dass dieser schwerwiegende und jahrelange Konflikt eine ernsthafte Gefährdung für das körperliche und seelische Wohl von K. E. dargestellt haben. Das Verhalten des Beschwerdeführers ist mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau, dem Anspruch auf freie Meinungsäusserung sowie dem Recht auf Selbstbestimmung des Individuums nicht zu vereinbaren. Diese Aspekte stellen indes, wie dargestellt, Grundwerte dar, die auch von Migranten vorbehaltlos zu respektieren sind (Caroni, a. a. O., S. 440).

3.4. Es ist aktenkundig und unwidersprochen, dass der Beschwerdeführer trotz über 25-jährigem Aufenthalt in der Schweiz schlecht Deutsch spricht und bei den Einvernahmen jeweils einen Dolmetscher benötigte. Die Vorinstanz erblickte auch in diesem Umstand einen Hinweis für den mangelnden Integrationswillen bzw. die fehlende Integrationsfähigkeit des Beschwerdeführers.

Es ist nicht zu bestreiten, dass das Beherrschen bzw. die Kenntnis einer Landessprache – neben anderen Faktoren – eine Voraussetzung für die Integration ist und somit als Indiz für die Beurteilung taugt, ob jemand gesellschaftlich eingegliedert ist. Kontakt, Austausch und Teilhabe am gesellschaftlichen Leben erfolgen in der Regel über die Sprache, die in diesem Zusammenhang als eigentliche Schlüsselkompetenz zu betrachten ist (VPB 69 [2005], S. 1244 im Zusammenhang mit den Anforderungen an die erleichterte Einbürgerung). Art. 3 Abs. 1 lit. a VIntA sieht denn auch vor, das Ausländer namentlich auch durch das Erlernen einer Landessprache zu ihrer Integration beitragen (vgl. künftig auch Art. 4 Abs. 4 AuG).

Das Verwaltungsgericht schliesst sich der Auffassung der Vorinstanz an, wonach die schlechten Sprachkenntnisse des Beschwerdeführers ebenfalls als Zeichen seiner mangelnden Integration zu werten sind. Insbesondere der Umstand, dass der Beschwerdeführer auch nach langjähriger Anwesenheit nicht in der Lage ist, sich in genügendem Mass zu verständigen, stellt seine Integration in Frage (a.M.: Bianchi, a. a. O., S. 17, wo unter Bezugnahme auf BGE 119 Ib 10 geltend gemacht wird, dass eine über 20-jährige Aufenthaltsdauer trotz mangelnder Sprachkenntnisse auf eine Integration schliessen lasse). Hinweise, dass der Beschwerdeführer auf eine andere Art am sozialen oder kulturellen Leben in der Schweiz teilnimmt, fehlen. Entsprechend den unbestrittenen Angaben der Staatsanwaltschaft ist er Vizepräsident des Islamischen Kulturzentrums Stiftung St.Galler Moschee. Nach eigenen Angaben war der Beschwerdeführer im Zeitpunkt seiner Ausweisung arbeitslos und von der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert. Die Familie lebt von der IV-Rente der Ehefrau. Gemäss Art. 3a Abs. 1 lit. c VIntA tragen Ausländer namentlich auch durch den Willen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben zu ihrer Integration bei. Auch dieser Wille ist beim Beschwerdeführer nicht manifest.

3.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verhalten des Beschwerdeführers gegenüber seiner Tochter K., aber auch gegenüber seinen anderen beiden Töchtern und seiner Ehefrau mit den in der Schweiz geltenden freiheitsrechtlichen Grundwerten nicht zu vereinbaren ist. Namentlich der aktenkundige ständige Druck, den der Beschwerdeführer auf K. E. während ihrer Kindheit, aber auch nach Erreichen des Erwachsenenalters ausgeübt hat, zeigt seinen mangelnden Respekt und seine fehlende Toleranz gegenüber anderen Wertvorstellungen und erhellt, dass die in einer offenen und säkularisierten Gesellschaft üblichen Werte für ihn bedeutungslos sind. Auch der Staatsanwalt wertet die Konflikte und Probleme, die das Verhalten des Beschwerdeführers hervorgerufen hat, als schwerwiegend und zieht in verschiedener Hinsicht gar einen Schuldspruch wegen Nötigung in Betracht. Hinzu kommen die mangelnden Sprachkenntnisse des Beschwerdeführers und seine langjährige Arbeitslosigkeit, welche für sich allein zwar nicht genügen würden, den Tatbestand von Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG zu erfüllen, aber doch ein Indiz für eine mangelnde Integration darstellen. Auch die lange Anwesenheitsdauer in der Schweiz vermag dem Beschwerdeführer im vorliegenden Zusammenhang nicht zum Vorteil zu gereichen. Zum einen zeugt das Verhalten des Beschwerde-

führers gerade trotz der langen Anwesenheit in der Schweiz von seiner mangelnden Integrationswilligkeit bzw. -fähigkeit. Zum andern lehnt es das Bundesgericht ab, allein auf der Grundlage langer Anwesenheit und der damit verbundenen üblichen privaten Kontakte einen Anspruch auf Gewährleistung eines Anwesenheitsrechts anzuerkennen (BGE 126 II 385). Es bestehen mithin unabhängig davon, dass sich der strafrechtliche Vorwurf, der Beschwerdeführer habe seine Tochter K. zur Ehe gezwungen, nicht aufrecht erhalten lässt, hinreichend objektive Anhaltspunkte dafür, dass er wiederholt Verhaltensweisen an den Tag gelegt hat, die mit den in der Schweiz geltenden Grundwerten nicht zu vereinbaren und Beweis für eine fehlende Integration sind. Hinweise dafür, dass der Beschwerdeführer seine Gesinnung und sein Verhalten künftig ändern könnte, sind nicht ersichtlich. Vielmehr stellt er sich in sämtlichen Eingaben auf den Standpunkt, der Vorwurf der mangelnden Integration erweise sich als unbegründet. Die vorstehenden Erwägungen zeigen indes, dass dem keineswegs so ist. Vor diesem Hintergrund kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die Ausweisung des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG erfüllt sind.

3.6. Zu prüfen bleibt, ob sich die für zehn Jahre verfügte Ausweisung des Beschwerdeführers als verhältnismässig erweist.

3.6.1. Die Ausweisung soll nur angeordnet werden, wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG). Für die Beurteilung der Angemessenheit der Ausweisung im Sinn von Art. 11 Abs. 3 ANAG bzw. der Verhältnismässigkeit sind namentlich die Schwere des Verschuldens, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 ANAV). In der Prüfung der Angemessenheit im Sinn von Art. 11 Abs. 3 ANAG, d. h. der Verhältnismässigkeit, geht auch diejenige auf, ob die Massnahme im Sinn von Art. 8 Ziff. 2 EMRK verhältnismässig bzw. als in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erscheint (BGE 120 Ib 130 f.).

3.6.2. Der Beschwerdeführer hat sich vor seiner Ausweisung über 25 Jahre und damit lange in der Schweiz aufgehalten. Immerhin verbrachte er aber seine gesamte Kindheit und Jugend in der Türkei. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen ist sodann ohne weiteres davon auszugehen, dass er mit der heimatlichen Kultur nach wie vor eng verbunden und vertraut ist. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer in der Türkei seit Jahren ein Haus besitzt, wo er mit seiner Familie regelmässig die Ferien verbracht hat. Zudem lebt ein Teil seiner Verwandtschaft in der Türkei, weshalb er auch dort über ein soziales Netz verfügt. Ansonsten fällt bezüglich der familiären Situation des Beschwerdeführers in Betracht, dass seine Ehefrau 1983 im Alter von 18 Jahren in die Schweiz einreiste. Auch wenn sie die gesamte Kindheit und Jugendzeit in der Türkei verbracht hat und dort hin in die Ferien reiste, ist es ihr angesichts ihrer langen Aufenthaltsdauer in der Schweiz nicht ohne weiteres zumutbar, ihrem Ehemann in die Türkei zu folgen. Sie verfügt über eine Niederlassungsbewilligung und hat daher ein von ihrem Ehemann

unabhängiges Bleiberecht in der Schweiz. Indes führt allein der Umstand, dass die Ausreise für hier lebende Angehörige nicht zumutbar ist, nicht zur Unzulässigkeit der Bewilligungsverweigerung. Auch wenn die Trennung vom Beschwerdeführer für D. E. zweifellos hart wäre, ist immerhin zu berücksichtigen, dass sie in wirtschaftlicher Hinsicht selbständig ist. Die Familie bestritt schon vor der Ausweisung des Beschwerdeführers ihr wirtschaftliches Auskommen durch die IV-Rente von D. E. Hinzu kommt, dass D. E. zumindest – wie bis anhin – ihre Ferien in der Türkei bei ihrem Ehemann verbringen könnte. Bezüglich der Kinder ist zu berücksichtigen, dass K. E. nach wie vor jeden Kontakt mit dem Vater ablehnt. B. K. ist in Deutschland verheiratet und somit auch nicht mehr vom Vater abhängig. Die jüngste Tochter F. ist mittlerweile gut 15 Jahre alt; sie wurde hier geboren und verfügt über die Niederlassungsbewilligung. Eine Ausreise wäre auch ihr kaum zumutbar. Indes lebt sie mit ihrer Mutter zusammen, und die Betreuung ist gewährleistet. Den Kontakt zum Vater kann sie über Telefonate oder Ferienbesuche aufrechterhalten.

3.6.3. Bei dieser Ausgangslage kann der Vorinstanz keine Ermessensverletzung vorgeworfen werden, wenn sie die öffentlichen Interessen an der Ausweisung des Beschwerdeführers höher gewichtet hat als dessen privates Interesse an einem Verbleib in der Schweiz. Dies gilt auch mit Blick darauf, dass die Ausweisung auf die Dauer von zehn Jahren beschränkt ist.

3.7. Die Beschwerde gegen die Ausweisung ist als unbegründet abzuweisen.

Das Bundesgericht hat die von A. E. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde gutgeheissen (BGE 2C_536/2007 vom 25. Februar 2008)

6. Strassenverkehr

18

Art. 3 und Art. 32 SVG (SR 741.01), Art. 108 SSV (SR 741.21). Begegnungszonen im Strassenverkehr mit einer Geschwindigkeitsbeschränkung auf 20 km/h sind rechtswidrig, wenn die in der Signalisationsverordnung abschliessend festgelegten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Verwaltungsgericht, 23. Januar 2007

Aus den Erwägungen:

2. Grundlage für die Beurteilung der streitigen Verkehrsanordnung sind Art. 3 und Art. 32 SVG. Art. 3 SVG regelt die Befugnisse der Kantone und Gemeinden im Bereich

des Strassenverkehrs. Diese Befugnisse bilden Ausnahmen vom Grundsatz, wonach die Regelung des Strassenverkehrs Sache des Bundes ist (Art. 82 Abs. 1 BV).

2.1. Nach Art. 3 Abs. 2 SVG sind die Kantone befugt, für bestimmte Strassen Fahrverbote, Verkehrsbeschränkungen und Anordnungen zur Regelung des Verkehrs zu erlassen. Nach Art. 3 Abs. 3 SVG kann der Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr auf Strassen, die nicht dem allgemeinen Durchgangsverkehr geöffnet sind, vollständig untersagt oder zeitlich beschränkt werden; Fahrten im Dienste des Bundes bleiben jedoch gestattet. Andere Verkehrsbeschränkungen oder Anordnungen zur Regelung des Verkehrs können erlassen werden, soweit der Schutz der Bewohner oder gleichermassen Betroffener vor Lärm und Luftverschmutzung, die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern. Aus solchen Gründen können insbesondere in Wohnquartieren der Verkehr beschränkt und das Parkieren besonders geregelt werden (Art. 3 Abs. 4 SVG).

Abs. 3 regelt die sog. Totalfahrverbote, während die Anordnungen nach Abs. 4 als funktionelle Verkehrsanordnungen bzw. -beschränkungen gelten (vgl. BBl 1999, S. 4481; R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band I, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 35 ff.).

2.2. Für Geschwindigkeitsbeschränkungen gelten ausserdem die besonderen Bestimmungen in Art. 32 SVG. Nach Art. 32 Abs. 2 SVG beschränkt der Bundesrat die Geschwindigkeit der Motorfahrzeuge auf allen Strassen. Nach Art. 32 Abs. 3 SVG kann die vom Bundesrat festgesetzte Höchstgeschwindigkeit für bestimmte Strassenstrecken von der zuständigen Behörde nur aufgrund eines Gutachtens herab- oder heraufgesetzt werden. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen.

2.3. Der Bundesrat hat von der Kompetenz zum Erlass näherer Bestimmungen in Art. 108 SSV Gebrauch gemacht. Dies erfolgte im Bestreben, dass abweichende Geschwindigkeiten im schweizerischen Verkehrsraum nach einheitlichen Kriterien erfolgen sollten (Schaffhauser, a. a. O., Rz. 61). Die Gründe für eine Herabsetzung der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit bzw. die Zwecke, die damit verfolgt werden, sind in Art. 108 Abs. 1 SSV in allgemeiner Weise und in Art. 108 Abs. 2 SSV detailliert und abschliessend aufgeführt (Schaffhauser, a. a. O., Rz. 62).

Zur Vermeidung oder Verminderung besonderer Gefahren im Strassenverkehr, zur Reduktion einer übermässigen Umweltbelastung oder zur Verbesserung des Verkehrsablaufs kann die Behörde oder das Bundesamt für bestimmte Strassenstrecken Abweichungen von den allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten anordnen (Art. 108 Abs. 1 SSV).

Die allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten können nach Art. 108 Abs. 2 SSV herabgesetzt werden, wenn eine Gefahr nur schwer oder nicht rechtzeitig erkennbar und anders nicht zu beheben ist (lit. a), bestimmte Strassenbenützer eines besonderen, nicht anders zu erreichenden Schutzes bedürfen (lit. b), auf Strecken mit grosser Verkehrsbelastung der Verkehrsablauf verbessert werden kann (lit. c), da-

durch eine im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung übermässige Umweltbelastung (Lärm, Schadstoffe) vermindert werden kann, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren ist (lit. d). Die Anordnung tieferer als der vom Bundesrat festgelegten Höchstgeschwindigkeiten ist nur zulässig, wenn sie aus einem der in Art. 108 Abs. 2 SSV aufgezählten Gründe erforderlich ist (vgl. Schaffhauser, a. a. O., Rz. 64).

Vor der Festlegung von abweichenden Höchstgeschwindigkeiten wird durch ein Gutachten abgeklärt, ob die Massnahme nötig sowie zweckmässig und verhältnismässig ist oder ob andere Massnahmen vorzuziehen sind. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Massnahme auf die Hauptverkehrszeiten beschränkt werden kann (Art. 108 Abs. 4 SSV).

Art. 108 Abs. 5 SSV regelt die abweichenden Höchstgeschwindigkeiten auf den verschiedenen Strassenkategorien; u. a. ist als abweichende Höchstgeschwindigkeit innerorts mit Zonensignalisationen 30 km/h nach Art. 22a SSV und 20 km/h nach Art. 22b SSV zulässig (Art. 108 Abs. 5 lit. e SSV).

Diese Höchstgeschwindigkeit ist besonders zu signalisieren: das Signal «Begegnungszone» (2.59.5) kennzeichnet nach Art. 22b SSV Strassen in Wohn- oder Geschäftsbereichen, auf denen die Fussgänger und Benützer fahrzeugähnlicher Geräte die ganze Verkehrsfläche benützen dürfen. Sie sind gegenüber den Fahrzeugführern vortrittsberechtigt, dürfen jedoch die Fahrzeuge nicht unnötig behindern. Die Höchstgeschwindigkeit beträgt 20 km/h.

2.4. Das Bundesgericht hat in einem kürzlich gefällten Urteil (BGE 2A.38/2006 vom 13. Juli 2006) eine Beschwerde gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts zu einer Zonensignalisation als Tempo-30-Zone in einem Quartier in St. Gallen abgewiesen. Das Bundesgericht hielt fest, die Gründe, welche eine Herabsetzung der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit erforderlich machen könnten, seien in Art. 108 Abs. 2 SSV abschliessend aufgezählt (E. 2.3). Den Kantonen und Gemeinden bleibe daher keine Befugnis, tiefere Geschwindigkeitslimiten unmittelbar gestützt auf Art. 3 Abs. 4 SVG anzuordnen (E. 3.3). Es sei nicht zu beanstanden, dass Tempo-30-Zonen den abweichenden Höchstgeschwindigkeiten zugeordnet und nicht als eigenes «Verkehrsregime» betrachtet würden, welches den Rahmen einer blossen (abweichenden) Geschwindigkeitsbeschränkung im Sinne von Art. 108 SSV sprengen würde (E. 3.4.1). Nicht anders verhält es sich bei den Begegnungszonen, welche ebenfalls als Zonen mit reduzierter Höchstgeschwindigkeit ausgestaltet sind.

2.5. Die Vorinstanz erwog, im Zusammenhang mit dem Umbau des Bahnhofs X. sei auch der Bereich des Bahnhofplatzes neu gestaltet und eine Mischverkehrsfläche geschaffen worden. Der Vorplatz vor dem Bahnhofgebäude sowie die Fahrbahn der Bahnhofstrasse befänden sich neu auf gleichem Niveau und würden mit Gitternetzlinien als optischem Gestaltungselement versehen. Insbesondere führe die weisse linienförmige Bodenmarkierung auf der Fahrbahn bei vielen Verkehrsteilnehmern zu Verwirrung, indem sie falsche Fahrspuren bzw. Fahrtrichtungen vortäusche. Ebenso sei die heutige Vortrittsregelung nicht klar. Darüber hinaus werde

immer wieder auf dem den Fussgängern vorbehaltenen Bahnhofvorplatz ordnungswidrig parkiert, was unter anderem eben auf die irreführende Markierung zurückzuführen sei. Mit der Begegnungszone solle ganz allgemein die heutige, verkehrstechnisch unbefriedigende Situation geklärt und eine verbindliche Verkehrsregelung eingeführt werden. Die Einführung der Begegnungszone bezwecke einerseits, die Verkehrssicherheit zu erhöhen, klare Vortrittsverhältnisse zu schaffen und die Fahrgeschwindigkeiten auf tieferem Niveau anzupassen. Andererseits solle das «wilde» Parkieren vor dem Bahnhof unterbunden werden. Diese Zielsetzungen lägen im öffentlichen Interesse (Art. 5 Abs. 2 BV) und seien grundsätzlich durch Art. 108 Abs. 1 und 2 SSV gedeckt.

2.6. Das Verwaltungsgericht kann sich dem Standpunkt der Vorinstanz nicht anschliessen. Diese hat offenbar weder das Urteil des Verwaltungsgerichts noch das bestätigende Urteil des Bundesgerichts zu den Tempo-30-Zonen zur Kenntnis genommen, obwohl die dort festgelegten Grundsätze auch für die Begegnungszonen gelten. Aufgrund des angefochtenen Entscheids und der vorliegenden Akten ist nicht ersichtlich, inwiefern im Bereich der Bahnhofstrasse X. eine nur schwer oder nicht rechtzeitig erkennbare Gefahr besteht, die nicht anders behoben werden kann. Im Gutachten wird festgehalten, dass namentlich die weisse linienförmige Bodenmarkierung für Verwirrung Sorge, weil sie teilweise falsche Fahrtrichtungen vortäusche. Dies bestätigt die Stellungnahme der Kantonspolizei im Rekursverfahren, wonach sich diese von Anfang an gegen die weisse, mit der Signalfarbe verwechselbare Markierung der Fahrbahn gewendet und eine Gestaltung mit anderen Farben verlangt habe und dass die auf der Fahrbahn angebrachten Markierungslinien die Fahrzeuglenker verwirrten und zu Fehlverhalten führten. Dass die unklare und irreführende Markierung aber eine nur schwer oder nicht rechtzeitig erkennbare Gefahr darstellt, die nicht anders als durch eine Geschwindigkeitsbeschränkung behoben werden kann, wird weder von der Vorinstanz und von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht, noch lassen sich entsprechende Anhaltspunkte aus den Akten entnehmen. Vielmehr wäre zu prüfen, ob nicht die Markierung selbst geändert und den Vorgaben der Kantonspolizei entsprechend angebracht werden müsste.

Aus dem Gutachten geht weiter hervor, dass sich gemäss Unfallstatistik der Kantonspolizei vom 1. Januar 2000 bis 1. Juli 2005 ein Fussgängerunfall mit einem Verletzten, zwei Kollisionen zwischen Fahrzeugen sowie zehn Kollisionen beim Parkieren bzw. Manövrieren und ein weiterer, nicht typisierter Unfall ereigneten. Auch diese relativ geringe Zahl von Unfällen bildet keinen Hinweis für eine schwere, nicht rechtzeitig erkennbare und nicht anders zu behobende Gefahr. Eine solche lege auch die Vorinstanz ihrem Entscheid nicht zugrunde.

Im weiteren ist auch nicht ersichtlich, inwiefern bestimmte Strassenbenützer eines besonderen, nicht anders zu erreichenden Schutzes bedürfen. Aufgrund des Gutachtens findet im Zusammenhang mit der Bahnhofnutzung insbesondere in der Morgen- und Abendspitze ein reger Fussgänger- und Veloverkehr auf dem Bahnhofplatz statt, wobei die aus der L-strasse kommenden Fussgänger dazu neigen,

die Bahnhofstrasse direkt auf der Höhe L-strasse, also noch vor dem eigentlichen Bahnhofplatz, zu überqueren, während die zwischen Park + Ride-Parkplatz und Kioskgebäude befindliche Veloabstellanlage von den Velofahrern aus allen Himmelsrichtungen und vor allem am Morgen im Eiltempo angefahren wird. Eine besondere Gefährdung von Fussgängern oder Radfahrern ist aber aufgrund des Gutachtens nicht ersichtlich; eine solche wird auch im angefochtenen Entscheid nicht näher begründet.

Die gefahrenen Geschwindigkeiten im Bereich der Bahnhofstrasse lagen bei den im Rahmen des Gutachtens vorgenommenen Messungen bei 85 Prozent aller Motorfahrzeuge im Bereich bis 38 km/h und bei 50 Prozent aller Motorfahrzeuge im Bereich bis 28 km/h. Aufgrund der Messresultate im Anhang überschritt kein Fahrzeug die Limite von 50 km/h. Daraus wurde im Gutachten die Schlussfolgerung gezogen, es sei ein «recht tiefes Geschwindigkeitsniveau» erreicht worden. Somit besteht auch aufgrund der gefahrenen Geschwindigkeiten keine schwere Gefährdung bzw. keine Notwendigkeit zum Schutz besonderer Kategorien von Verkehrsteilnehmern.

Zu prüfen ist weiter, ob es sich beim fraglichen Strassenabschnitt um eine Strecke mit grosser Verkehrsbelastung handelt, auf der der Verkehrsablauf verbessert werden kann. Im Gutachten sind keine näheren Angaben über die gesamte Verkehrsbelastung enthalten. In den Spitzenzeiten zwischen 17.00 und 18.00 Uhr wurden in beiden Fahrtrichtungen 163 bzw. 267 Fahrzeuge pro Stunde gemessen, wobei der Anteil Lastwagen 5 bzw. 6 Prozent betrug. Zwischen 7.00 und 8.00 Uhr passierten 150 bzw. 164 Fahrzeuge und zwischen 11.30 und 12.30 Uhr 159 bzw. 167 Fahrzeuge die Messstelle. Von einer grossen Verkehrsbelastung kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden, was im übrigen auch von der Vorinstanz nicht geltend gemacht wird.

Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, inwiefern eine im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung übermässige Umweltbelastung vorliegt, welche mit einer Herabsetzung der Höchstgeschwindigkeit reduziert werden könnte.

2.7. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die in Art. 108 Abs. 2 SSV abschliessend aufgezählten Voraussetzungen für die Anordnung einer Begegnungszone offensichtlich nicht erfüllt sind. Die bestehende, zum Teil unbefriedigende Situation ist offenbar auf Fahrbahnmarkierungen und Gestaltungen zurückzuführen, die entgegen der Vorgaben der Kantonspolizei angebracht wurden. Es ist zu prüfen, ob die Mängel der bestehenden Situation dadurch verringert werden können, dass diese Markierungen geändert werden. Da die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung einer Begegnungszone nicht erfüllt sind, ist die Beschwerde gutzuheissen, und der Rekursentscheid sowie die Verfügung des Polizeikommandos sind aufzuheben.

19

Art. 16c Abs. 1 lit. f. SVG (SR 741.01). Die Mindestentzugsdauer im Fall der Missachtung einer polizeilichen Abnahme des Führerausweises beträgt drei Monate (Art. 16c Abs. 2 lit. a SVG), weshalb die Rückfallbestimmungen von Art. 16c Abs. 2 lit. b und c SVG nicht zur Anwendung gelangen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 10. Dezember 2007

Am 22. März 2007 lenkte A seinen Personenwagen in angetrunkenem Zustand mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 0,83 Gew.-%. Der Führerausweis wurde ihm auf der Stelle abgenommen. Am 19. April 2007 eröffnete das Strassenverkehrsamt ein Administrativmassnahmeverfahren und gab A Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Mit Verfügung vom 16. Mai 2007 entzog ihm das Strassenverkehrsamt den Führerausweis wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand für die Dauer von drei Monaten. Am 19. Mai 2007 erhielt das Strassenverkehrsamt Kenntnis davon, dass A am 9. Mai 2007 seinen Personenwagen trotz polizeilicher Abnahme des Führerausweises gelenkt hatte. Das Strassenverkehrsamt entzog ihm daraufhin mit Verfügung vom 18. Juli 2007 den Führerausweis wegen Fahrens trotz Ausweisentzug für die Dauer von zwölf Monaten. Mit dem Antrag, der Führerausweisentzug sei auf sechs Monate zu reduzieren, erhob der Betroffene Rekurs. Die Verwaltungsrekurskommission hat den Rekurs gutgeheissen und die Entzugsdauer auf vier Monate festgesetzt.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 16c Abs. 1 lit. f. in Verbindung mit Art. 16c Abs. 2 lit. a SVG wird der Führerausweis beim Fahren trotz Ausweisentzug mindestens für drei Monate entzogen. Eine Sonderbestimmung zur Dauer des Ausweisentzugs bei Führen eines Motorfahrzeugs trotz Entzug enthält Art. 16c Abs. 3 SVG. Danach tritt die Dauer des für diese Widerhandlung ausgesprochenen Ausweisentzugs an die Stelle der noch verbleibenden Dauer des laufenden Entzugs. Entsprechend den Materialien ist daraus in Verbindung mit den Bestimmungen betreffend die Bemessung im Rückfall gemäss Art. 16c Abs. 2 lit. b und c SVG abzuleiten, dass die Mindestentzugsdauer sechs oder zwölf Monate beträgt, je nach dem, ob der Führerausweisentzug, gegen den der Betroffene verstossen hat, wegen einer mittelschweren oder wegen einer schweren Widerhandlung ausgesprochen wurde (vgl. Botschaft, in: BBl 1999 S. 4491; BGE vom 30. April 2007, 6A.113/2006, E. 3). Dementsprechend sind Art. 16c Abs. 2 lit. b und c SVG im Zusammenhang mit der Bemessung der Entzugsdauer beim Fahren trotz Entzug nicht nur als Rückfallbestimmungen zu verstehen. Insbesondere ist für die Verschärfung der Entzugsdauer nicht erforderlich, dass bereits ein entsprechender Warnungsentzug vollzogen wurde.

Der Rekurrent hat mit seiner Fahrt vom 9. Mai 2007 gegen die polizeiliche Abnahme des Führerausweises verstossen. Die zuständige Administrativbehörde hatte in diesem Zeitpunkt noch keine Entzugsverfügung erlassen. Welche Mindestentzugsdauer im Fall der Missachtung einer polizeilichen Abnahme des Führerausweises gelten soll, regelt das Gesetz nicht ausdrücklich. Selbst die von den Materialien nahegelegte Verschärfung der dreimonatigen Mindestentzugsdauer je nach dem, ob der Betroffene einen Entzug wegen einer mittelschweren oder wegen einer schweren Widerhandlung missachtet, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern erst aufgrund einer systematischen Auslegung dieser Bestimmungen mit Blick auf Art. 16c Abs. 3 SVG. Eine weitere Ausdehnung der verschärften Mindestentzugsdauer über den Gesetzeswortlaut hinaus ist deshalb nicht gerechtfertigt. Im Übrigen wurde auch im vom Rekurrenten unterzeichneten Abnahmeprotokoll unter Erwähnung von Art. 16c Abs. 2 lit. a SVG darauf hingewiesen, dass das Führen eines Motorfahrzeuges trotz der polizeilichen Abnahme die ursprüngliche Dauer des Entzugs erhöhe. Den gleichen Hinweis auf einen zusätzlichen Entzug für mindestens weitere drei Monate entsprechend Art. 16c Abs. 2 lit. a SVG beim Fahren trotz der polizeilichen Abnahme enthielt auch das Schreiben der Vorinstanz vom 26. März 2007, mit welchem der Rekurrent über den weiteren Verfahrensablauf orientiert wurde.

Schliesslich kann die Verschärfung der Entzugsdauer auch nicht mit einem Rückfall im eigentlichen Sinn von Art. 16c Abs. 2 lit. c SVG begründet werden. Bei den Rückfallkonstellationen fragt sich, ob sich mit dem am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Recht eine Änderung bezüglich des Ausgangspunktes der zeitlichen Berechnung ergibt. Altrechtlich wurde die Rückfallfrist jeweils ab dem Ablauf eines früheren Entzugs berechnet. Der Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen (Art. 17 Abs. 1 lit. c und d in der bis 31. Dezember 2004 gültigen Fassung des SVG) knüpfte am «Ablauf des letzten Entzugs» an. Neurechtlich setzen die Bestimmungen betreffend die Bemessung der Entzugsdauer bei Rückfällen voraus, dass der Ausweis in den «vorangegangenen Jahren» bereits «entzogen war». Angesichts des unveränderten Zwecks der Verschärfung der Entzugsdauer bei Rückfällen ergibt sich trotz des geänderten Wortlauts keine Änderung gegenüber dem bisherigen Recht. Die neuen Wortlaute lassen nicht darauf schliessen, dass auf den Entzugszeitpunkt oder gar auf den Deliktszeitpunkt abzustellen ist. Für die Beibehaltung der bisherigen Berechnungsweise sprechen auch die Wortlaute von Art. 16b Abs. 2 lit. e und Art. 16c Abs. 2 lit. d SVG, wonach «auf diese Massnahme verzichtet wird, wenn die betroffene Person während mindestens fünf Jahren nach Ablauf eines Ausweisentzugs keine Widerhandlung ... begangen hat» (vgl. R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St.Gallen, 2003, S. 206/207).

Der Rekurrent besitzt den Führerausweis der Kategorie B seit dem 4. Oktober 2005. Er wurde am 5. April 2006 wegen Überschreitens der signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h um 17 km/h, begangen am 3. Dezember 2005, ver-

warnt. Bis zum Zeitpunkt des Fahrens trotz Entzug am 9. Mai 2007 war – wie dargestellt – gegenüber dem Rekurrenten jedoch noch keine Entzugsverfügung wegen einer schweren Widerhandlung ergangen. Die am 16. Mai 2007 verfügte Massnahme war in diesem Zeitpunkt auch noch nicht vollzogen. Entsprechend der Verfügung der Vorinstanz dauerte der Vollzug des dreimonatigen Entzugs bis zum 21. Juni 2007 und war dementsprechend im Zeitpunkt der neuerlichen Widerhandlung des Rekurrenten am 9. Mai 2007 noch nicht abgelaufen.

Dementsprechend durfte die Vorinstanz nicht den am 16. Mai 2007 gestützt auf Art. 16c Abs. 1 lit. b SVG verfügten Entzug des Führerausweises wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand, begangen am 22. März 2007, berücksichtigen und in Anwendung von Art. 16c Abs. 2 lit. c SVG von einer Mindestentzugsdauer von zwölf Monaten ausgehen. Insoweit verletzt die angefochtene Verfügung Bundesrecht. Vielmehr ist der Führerausweis dem Rekurrenten in Anwendung von Art. 16c Abs. 2 lit. a SVG zu entziehen.

20

Art. 16c Abs. 1 lit. f und Abs. 2 lit. a-d SVG (SR 741.01). Beim Führen eines Motorfahrzeugs trotz Ausweisentzug kann die gesetzliche Mindestentzugsdauer auch nach neuem Recht unterschritten werden, wenn ein besonders leichter Fall (geringes Verschulden) vorliegt.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 19. April 2007

Mit Verfügung des Strassenverkehrsamtes vom 13. Dezember 2005 wurde A der Führerausweis wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung für die Dauer von drei Monaten entzogen. Der Führerausweisentzug erfolgte vom 4. Januar 2006 bis und mit 3. April 2006. Am 3. April 2006 geriet A als Fahrzeuglenker in eine Verkehrskontrolle. Er konnte den Führerausweis nicht vorzeigen, doch gab er an, dass er an diesem Tag nach einem 3-monatigen Ausweisentzug wieder Auto fahren dürfe, obwohl er den Führerausweis noch nicht zurückerhalten habe. Nachdem ihm auf der Polizeistation X die Vollzugsansetzung des Strassenverkehrsamtes vorgehalten worden war, teilte A den Polizeibeamten mit, dass er der Meinung gewesen sei, ab dem 3. April 2006 wieder fahren zu dürfen. Das Untersuchungsamt Z verurteilte A mit (rechtskräftigem) Strafbescheid vom 23. August 2006 wegen Fahrens trotz Führerausweisentzug und wegen einer weiteren Verkehrsregelverletzung, begangen am 29. Juni 2006, zu einer Busse von insgesamt Fr. 700.–. Mit Verfügung vom 6. November 2006 entzog das Strassenverkehrsamt A den Führerausweis

wegen Lenkens eines Motorfahrzeugs trotz Entzug des Führerausweises für die Dauer von zwölf Monaten. Mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und auf jedwede Sanktion zu verzichten, eventuell eine Verwarnung auszusprechen, erhob der Betroffene Rekurs. Die Verwaltungsrekurskommission hat den Rekurs teilweise gutgeheissen und die Entzugsdauer auf zwei Monate festgesetzt.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 16c Abs. 1 lit. f in Verbindung mit Art. 16c Abs. 2 SVG ist einem Fahrzeugführer, der während der Dauer eines rechtmässigen Ausweisentzugs ein Motorfahrzeug führt, der Führerausweis zwingend zu entziehen. Die Mindestentzugsdauer beträgt nach Art. 16c Abs. 2 lit. c SVG zwölf Monate, wenn in den vergangenen fünf Jahren der Ausweis einmal wegen einer schweren Widerhandlung oder zweimal wegen mittelschweren Widerhandlungen entzogen war. Nach Art. 16 Abs. 3 SVG richtet sich die Dauer des Ausweisentzugs vor allem nach der Gefährdung der Verkehrssicherheit, dem Verschulden, dem Leumund als Motorfahrzeugführer sowie der beruflichen Notwendigkeit, ein Motorfahrzeug zu führen. Die Mindestentzugsdauer darf jedoch nicht unterschritten werden.

a) In tatsächlicher Hinsicht steht vorliegend fest und wird im Rekursverfahren auch nicht bestritten, dass der Rekurrent während der Dauer des rechtmässigen Führerausweisentzugs am 3. April 2006 einen Personenwagen trotz Ausweisentzug gelenkt hat. Diese Sachverhaltsfeststellung wird bestätigt durch die für das vorliegende Verfahren verbindliche Tatsachenfeststellung des Untersuchungsamtes Z. Damit sind die objektiven Voraussetzungen von Art. 16c Abs. 1 lit. f SVG erfüllt. Der Führerausweis des Rekurrenten ist damit zwingend zu entziehen.

b) Gemäss Art. 16c Abs. 1 lit. f in Verbindung mit Art. 16c Abs. 2 lit. a SVG beträgt die Mindestentzugsdauer beim Fahren trotz Ausweisentzug drei Monate. Wenn der Ausweis in den vorangegangenen fünf Jahren einmal wegen einer schweren Widerhandlung – wie vorliegend – oder zweimal wegen mittelschweren Widerhandlungen entzogen war, beträgt sie zwölf Monate (Art. 16c Abs. 2 lit. c SVG). Der mit Verfügung vom 6. November 2006 angeordnete Führerausweisentzug entspricht damit bereits der gesetzlichen Mindestdauer, welche nach dem in Art. 16 Abs. 3 SVG klar geäusserten Willen des Gesetzgebers nicht mehr unterschritten werden darf (vgl. BBl 1999 S. 4486; BGE 6A.65/2006 vom 1. Februar 2007, E. 2). Eine Unterschreitung der Mindestentzugsdauer oder gar einen Verzicht auf die Massnahme lässt das Gesetz somit nicht zu. Es stellt sich deshalb allein die Frage, ob die gesetzlich vorgeschriebene Mindestdauer in Anlehnung an Rechtsprechung und Lehre zu Art. 17 Abs. 1 lit. c aSVG (in der Fassung bis 31. Dezember 2004) in Fällen, wo das Verschulden des Lenkers derart gering ist, dass ein Festhalten an der gesetzlichen Mindestentzugsdauer unverhältnismässig erschiene, durch richterliche Lückenfüllung auch nach neuem Recht unterschritten werden kann, weil der untypische Fall des fahrlässigen Fahrens trotz Ausweisentzug im zweiten Titel des SVG nicht geregelt ist.

aa) Rechtsprechung und Lehre zu Art. 17 Abs. 1 lit. c aSVG haben die Herabsetzung der Mindestentzugsdauer bei «besonders leichten Fällen» des Fahrens trotz Ausweisentzug von sechs Monaten auf einen Monat für zulässig befunden (BGE 117 IV 302 E. 3b/dd; 123 II 225 E. 2b/bb; BGE vom 5. Februar 2003, E. 3.2 in: Pra 8/2003, Nr. 148; R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. III, N 2494 ff.). Die gesetzliche Mindestentzugsdauer von sechs Monaten erscheine bei bloss einfacher Fahrlässigkeit als stossend, weshalb in solchen Fällen auf einen Entzug von mindestens einem Monat zu erkennen sei. Art. 17 Abs. 1 lit. c aSVG sei auf die typischen Fälle des Führens eines Motorfahrzeugs trotz Führerausweisentzug zugeschnitten, d. h. auf Fälle, in denen sich der Betroffene schlechterdings über die Massnahme hinwegsetze – also vorsätzlich handle – in der Hoffnung, er werde dabei nicht erwischt. Der Warnungsentzug des Führerausweises sei zwar der Form nach eine Administrativmassnahme, habe aber materiell überwiegend Strafcharakter, weshalb in Analogie zu Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG in besonders leichten Fällen die sechsmonatige Mindestentzugsdauer unterschritten werden könne. Unter einem besonders leichten Fall sei insbesondere die Begehungsform der einfachen Fahrlässigkeit zu verstehen. Ab grobfahrlässiger Begehungsweise sei hingegen der qualifizierte Tatbestand von Art. 17 Abs. 1 lit. c aSVG erfüllt und damit eine Mindestentzugsdauer von sechs Monaten zur Anwendung zu bringen (vgl. zum Ganzen: BGE 124 II 103 E. 2a mit Hinweisen).

bb) Der Tatbestand des Fahrens trotz Ausweisentzug erfuhr durch die Änderung vom 14. Dezember 2001, in Kraft seit 1. Januar 2005, keine inhaltliche Veränderung (vgl. BBl 1999 S. 4490). Neu wird der Tatbestand in Art. 16c Abs. 1 lit. f SVG ausdrücklich erwähnt, während im alten Recht eine echte Gesetzeslücke bestanden hat, die vom Bundesrat auf dem Verordnungsweg durch Art. 32 Abs. 1 aVZV gefüllt wurde (vgl. BGE 112 Ia 310; BGE vom 30. April 1997, in: AJP 7/1997, S. 890). Die Sanktionen bei Fahren trotz Führerausweisentzug wurden durch die Gesetzesänderung hingegen deutlich verschärft. Gegenüber der altrechtlichen Bestimmung von Art. 17 Abs. 1 lit. c aSVG, die eine Mindestentzugsdauer von generell sechs Monaten vorsah, erfolgt die Bemessung der Mindestentzugsdauer nach der Änderung des Administrativmassnahmenrechts nach Abstufungen. Gemäss Art. 16c Abs. 2 lit. b SVG beträgt die Mindestentzugsdauer weiterhin sechs Monate. Diese Minimalfrist erhöht sich aber gemäss Art. 16c Abs. 2 lit. c und d SVG zwingend auf die Dauer von zwölf bzw. 24 Monaten, wenn der Führerausweis in den vorangegangenen Jahren wegen qualifizierten Widerhandlungen gegen das SVG einmal oder mehrere Male entzogen war.

Auch in strafrechtlicher Hinsicht wurde die Bestimmung betreffend Fahren trotz Ausweisentzug in Art. 95 Ziff. 2 SVG durch die Änderung vom 14. Dezember 2001 verschärft, indem sie nicht mehr als Übertretung, sondern als Vergehen (Gefängnis oder Busse) ausgestaltet war. Die Verschärfung der administrativen wie strafrechtlichen Sanktionen des Fahrens trotz Ausweisentzug im Vergleich zur altrechtlichen Regelung lässt darauf schliessen, dass dem Tatbestand von Gesetzes wegen eine

Schwere zukommen soll, die bei nur geringem Verschulden unangebracht ist. Hinzu kommt, dass der Wortlaut von Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG durch die Gesetzesänderung nicht verändert wurde.

Für die Annahme, dass der Gesetzgeber bei der Änderung vom 14. Dezember 2001 bei der Regelung des Tatbestandes des Fahrens trotz Ausweisentzug weiterhin von den typischen Fällen ausging, in denen sich der Betroffene vorsätzlich – oder zumindest grobfahrlässig – über die verfügte Massnahme hinwegsetzt, sprechen neben der Verschärfung der Sanktionen auch die systematische Stellung des Art. 16c Abs. 1 lit. f SVG als letzte in einer Reihe von qualifizierten Verkehrsregelverletzungen. Eine Besonderheit des Fahrens trotz Ausweisentzug innerhalb der in Art. 16c Abs. 1 SVG aufgeführten schweren Widerhandlungen gegen das SVG kann darin gesehen werden, dass dadurch die Verkehrssicherheit nicht unmittelbar gefährdet wird. Art. 16c Abs. 1 lit. f SVG bezweckt, einer früher erlassenen Entzugsverfügung Nachachtung zu verschaffen, indem derjenige, der sich über das vorübergehende Verbot, ein Motorfahrzeug zu lenken, hinwegsetzt, mit einer repräsentativen Massnahme dazu angehalten werden kann, künftig solche Verfügungen zu beachten (Schaffhauser, a. a. O., N 2497). Die Norm sanktioniert also nicht die Gefährdung der Verkehrssicherheit, sondern primär den Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung. Ungehorsam setzt aber in aller Regel Vorsatz voraus. Der Unrechtsgehalt des fahrlässigen Fahrens trotz Ausweisentzug (z. B. aufgrund eines Verbots- oder Sachverhaltsirrtums) ist offensichtlich ungleich geringer als in Fällen, wo der Lenker um die ihm durch Verfügung rechtmässig auferlegte Verpflichtung weiss und diese nicht erfüllen will. Die undifferenzierte Anwendbarkeit derselben Minimaldauer des Ausweisentzugs für vorsätzlichen oder fahrlässigen Ungehorsam kann aus diesem Grund sachlich nicht gerechtfertigt sein und widerspricht der ratio legis von Art. 16c Abs. 1 lit. f SVG.

cc) Es ergibt sich somit, dass der Gesetzgeber den Tatbestand des fahrlässigen Fahrens trotz Ausweisentzug bei der Änderung vom 14. Dezember 2001 nicht geregelt hat. Es liegt deshalb eine gesetzliche Ausnahmelücke vor, die durch richterliche Lückenfüllung zu schliessen ist. Obschon bei der Festsetzung der Entzugsdauer gemäss Art. 16 Abs. 3 SVG ein Unterschreiten der gesetzlichen Mindestentzugsdauer ausdrücklich ausgeschlossen wird, muss, um nicht Gefahr zu laufen, das im Administrativmassnahmerecht geltende Verschuldensprinzip auszuhöhlen, weiterhin die Möglichkeit bestehen, in besonders gelagerten Fällen des Art. 16c Abs. 1 lit. f SVG dem Grad des Verschuldens im Einzelfall Rechnung zu tragen und in Analogie zu Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG die für den Tatbestand des Fahrens trotz Entzug des Führerausweises in Art. 16c Abs. 2 lit. a-d SVG jeweils festgelegte Mindestentzugsdauer bei einfacher Fahrlässigkeit herabzusetzen. Die differenzierende Praxis des Bundesgerichts zur altrechtlichen Regelung des Fahrens trotz Ausweisentzug kann aus diesem Grund für die Beurteilung von ähnlich gelagerten Sachverhalten nach neuem Recht grundsätzlich weiterhin herangezogen werden. Dies gilt aber mit der Einschränkung, dass durch die allgemeine Verschärfung des Administrativmassnahmerechts

infolge der Änderung vom 14. Dezember 2001 das Vorliegen eines «besonders leichten Falls» künftig nur sehr zurückhaltend angenommen werden dürfte.

c) Zu prüfen ist im Folgenden, ob im vorliegenden Fall das Verschulden des Rekurrenten als so gering eingestuft werden kann, dass eine Unterschreitung der gesetzlichen Mindestentzugsdauer geboten erscheint.

aa) Der Rekurrent macht geltend, dass er in dieser Sache einen Fehler begangen habe, indem er die ihm zugestellte Verfügung nicht richtig gelesen habe und dadurch mit allerleichtester Fahrlässigkeit einen Tag zu früh auf der Strasse ein Motorfahrzeug geführt habe. Dazu verweist er auf den Strafbescheid. Hinzu kämen verschiedene weitere Elemente, etwa die vom Rekurrenten freiwillig angefangene Therapie, welche ihm unter anderem zu einem besseren Verkehrsverhalten verhelfen solle, und die besondere Sanktionsempfindlichkeit. Er werde durch einen 12-monatigen Entzug wirtschaftlich vernichtet. Ausserdem stelle der Führerausweisentzug eine verwaltungsrechtliche Eingriffsmassnahme gegenüber dem Rechtsunterworfenen dar. Diese müsse verhältnismässig und, da die Massnahme Sanktionscharakter habe, dem Verschulden angemessen sein. Beides sei vorliegend bei einem Führerausweisentzug von zwölf Monaten nicht der Fall.

bb) Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der Tatbestand objektiv erfüllt sei, auch wenn vorliegend subjektiv die Umstände etwas speziell erschienen. Die seinerzeitige Vollzugsansetzung sei unmissverständlich gewesen. Die Feststellungen im Strafbescheid seien sehr widersprüchlich. Einerseits spreche der Strafrichter von einer Bagatelle und bezeichne die ganze Angelegenheit als leichten Fall im Sinn von Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG, andererseits verurteile er ihn unter anderem wegen Verletzung von Art. 95 Ziff. 2 SVG zu einer Busse von Fr. 700.–. Es bestünden keine Gründe, vom rechtskräftigen Strafurteil abzuweichen. Es liege eine schwere Widerhandlung vor. Eine andere Qualifizierung würde (wegen Fehlens geeigneter Bestimmungen) eine objektive Verletzung von Bundesrecht bedeuten. ...

cc) Das Untersuchungsamt Z hat im Strafbescheid vom 23. August 2006, der sich unter anderem auf die persönliche Einvernahme des Rekurrenten stützt, festgehalten, dass das unberechtigte Fahren am 3. April 2006 nicht bewusst widerrechtlich geschehen, sondern auf einen Flüchtigkeitsfehler beim Lesen der entsprechenden Verfügung zurückzuführen sei. Der Rekurrent sei der Meinung und Überzeugung gewesen, bereits an diesem Tag wieder Motorfahrzeuge lenken zu dürfen. Es handle sich demzufolge nur um ein minimales Verschulden seinerseits und somit um eine Bagatelle, weshalb die ganze Angelegenheit als leichter Fall im Sinn von Art. 100 Ziff. 1 Abs. 2 SVG erachtet werde. Aus den Strafakten geht ausserdem hervor, dass die Busse für das Fahren trotz Führerausweisentzug alleine lediglich Fr. 200.– betrug. Die zusätzliche Busse in der Höhe von Fr. 500.– wurde wegen einfacher Verletzung der Verkehrsregeln ausgesprochen, indem dem Rekurrenten beim Überholen am 29. Juni 2006 ein Überfahren der Sicherheitslinie und ein Befahren der Sperrfläche angelastet wurde.

In Bezug auf die Rechtsanwendung ist die Verwaltungsbehörde grundsätzlich nicht an die rechtliche Qualifikation des Sachverhaltes durch das Strafurteil gebunden. Anders kann es sich verhalten, wenn die rechtliche Würdigung sehr stark von der Würdigung von Tatsachen abhängt, die der Strafrichter besser kennt als die Verwaltungsbehörde, was etwa der Fall sein kann, wenn der Strafrichter den Betroffenen persönlich einvernommen hat (BGE 124 II 103 E. 1c/bb, 119 Ib 158 E. 3c/bb, 104 Ib 358 E. 3). Vorliegend fand eine persönliche Einvernahme des Rekurrenten durch den Strafrichter statt, bei welcher insbesondere die Verschuldensfrage geklärt wurde. Die Verwaltungsbehörde und damit auch die urteilende Instanz sind daher an den Strafbescheid nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht gebunden (vgl. GVP 1996 Nr. 10). Daraus folgt, dass dem Rekurrenten keinesfalls ein grobfahrlässiges Verhalten in Bezug auf die Fahrt am 3. April 2006 angelastet werden kann. Es liegt vielmehr ein leichtes bzw. geringes Verschulden vor. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus der vorerwähnten Busse von lediglich Fr. 200.– (vgl. dazu BGE 117 IV 302 E. 3b/cc). ...

dd) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Fahrt des Rekurrenten vom 3. April 2006 trotz Führerausweisentzug weder auf Vorsatz noch auf Grobfahrlässigkeit beruht. Es ist vielmehr in Übereinstimmung mit dem Strafrichter von einer einfachen Fahrlässigkeit, also einem geringen Verschulden, auszugehen. Damit sind die Voraussetzungen zur Unterschreitung der Mindestentzugsdauer – von im vorliegenden Fall zwölf Monaten – gerechtfertigt.

21

Art. 91 Abs. 1 Satz 2 SVG (SR 741.01), Art. 34 Abs. 1, Art. 34 Abs. 2, Art. 42 Abs. 1, Art. 42 Abs. 4, Art. 44 Abs. 1, Art. 44 Abs. 2, Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB (SR 311.0). Fahren in fahrunfähigem Zustand; Strafzumessung nach neuem Recht bei einem Dritt- und Mehrfachwiederholungstäter.

Kantonsgericht, Strafkammer, 9. Januar 2007

Zum Sachverhalt:

X lenkte am 21. Dezember 2005, 01.58 Uhr, mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 1,78 Gewichtspromillen einen Personenwagen. X wurde erstinstanzlich wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand schuldig gesprochen und zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von sechs Monaten verurteilt. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist einzig die Strafzumessung.

Aus den Erwägungen:

4. b) Unter dem bisher geltenden Recht hat die Strafkammer im Sinne einer Richtlinie beim Delikt des Fahrens in angetrunkenem Zustand folgende Strafzumessungspraxis verfolgt: Gegenüber Ersttätern mit einer festgestellten Blutalkoholkonzentration von 0,8 bis 1,2 Gew.-% wurden Strafen von Busse (bei nur geringfügiger Überschreitung der Untergrenze) bis zu wenigen Wochen Gefängnis (bei Erreichen der Obergrenze) als angemessen erachtet. Weist ein Täter einen Blutalkoholgehalt über 1,2 Gew.-% auf, so muss sein Verschulden in jedem Fall als erheblich bis schwer bezeichnet werden, da er Alkohol in einem solchen Ausmass getrunken haben muss, dass für ihn keine Zweifel mehr über seine Angetrunkenheit und die daraus resultierende Fahruntauglichkeit bestehen können. In der Vergangenheit wurden gegen solche Täter auch bei der ersten Verfehlung Freiheitsstrafen von wenigen Wochen bis mehreren Monaten als angemessen erachtet. Die gegenüber Ersttätern grundsätzlich bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafen wurden regelmässig mit Bussen verknüpft. Bei Wiederholungstätern ist von einer erheblich erhöhten, bei Mehrfachwiederholungstätern von einer sehr stark erhöhten Tatschuld auszugehen, weshalb die für Ersttäter angemessenen Strafen verdoppelt oder (bei Mehrfachwiederholung) noch weiter angehoben wurden (vgl. dazu GVP 2005 Nr. 22). Bei Mehrfachwiederholungstätern stellt sich regelmässig auch die Frage nach Massnahmen für Alkoholranke.

Es erscheint angemessen, in das neue Recht, das in der Regel die Geldstrafe bis zu einem Jahr vorsieht und Freiheitsstrafen unter sechs Monaten (abgesehen von der Umwandlungsstrafe) nur noch als absolute Ausnahme kennt, die bisherige Praxis etwa folgendermassen zu übernehmen: Gegenüber Tätern mit einer Blutalkoholkonzentration unter 1,2 Gew.-% sind Geldstrafen auszufällen, wobei die gegenüber Ersttätern in aller Regel bedingte Geldstrafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder einer Busse (Art. 42 Abs. 4 StGB) verbunden werden kann. Die Verbindung von bedingter und unbedingter Geldstrafe dürfte im untersten Bereich der Delikte eher selten sein, da einerseits nur ganz wenige Tagessätze unbedingt ausgesprochen werden könnten, andererseits aber der Täter immer mit einem Führerausweisentzug von mindestens drei Monaten (oder mehr) «bestraft» wird, was gemäss der gefestigten Bundesgerichtspraxis (vgl. z. B. BGE 129 II 173) bei der Strafzumessung mitberücksichtigt werden muss. Die für die zusätzliche Busse zu bestimmende Ersatzfreiheitsstrafe dürfte in der Regel drei bis fünf Tage nicht übersteigen. Gegenüber Tätern, deren Blutalkoholkonzentration einen Wert von 1,2 Gew.-% übersteigt, und die nach bisheriger Praxis mit Gefängnisstrafen von wenigen Wochen bis mehreren Monaten zu rechnen hatten, sind nach neuem Recht in der Regel Geldstrafen ab 30 bis maximal 360 Tagessätzen auszusprechen, wobei, dem Verschulden angemessen, der Vollzug der Geldstrafen auch nur teilweise aufgeschoben werden kann. Nur in Ausnahmefällen werden bedingt zu vollziehende Freiheitsstrafen, verbunden mit unbedingten Geldstrafen, zu verhängen sein. Diesen Tätern wird ausserdem der Führerausweis für deutlich mehr als drei

Monate entzogen, was ebenfalls wieder zu berücksichtigen ist. Die (erstmaligen) Wiederholungstäter sind in aller Regel mit unbedingten, allenfalls auch teilbedingten, Geldstrafen von erheblichem Ausmass zu bestrafen. In schweren Fällen dürfen bereits gegen erstmalige Wiederholungstäter unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafen von mehr als sechs Monaten angemessen sein. Solchen Tätern wird der Führerausweis für mindestens sechs Monate (wenn die erste Tat eine Übertretung war) oder mindestens zwölf Monate (wenn die erste Tat ein Vergehen war) entzogen. Bei Mehrfachwiederholungstätern dürften in aller Regel Freiheitsstrafen angebracht sein, die – sofern nicht besondere Umstände vorliegen – nicht mit bedingtem Vollzug ausgesprochen werden können. In den wenigen Ausnahmefällen sind Weisungen nach Art. 94 i.V. m. Art. 44 und 42 StGB zu prüfen.

Unverändert bleibt auch unter dem neuen Recht die Umschreibung des Regelfalles und der Hinweis, dass solchen Straftaten nur Richtlinienfunktion zukommt und die Tat- und Täterkomponenten im Einzelfall ermittelt werden müssen.

5. a) In der vorliegend zu beurteilenden Strafsache fällt zunächst die hohe Blutalkoholkonzentration von mindestens 1,78 Gewichtspromillen ins Gewicht. Das Gefährdungsausmass ist trotz der kurzen Fahrtstrecke und dem eher geringen Verkehrsaufkommen nicht zu unterschätzen (innerorts; Nachtfahrt mit den daraus resultierenden Einschränkungen). Zu berücksichtigen ist weiter, dass X nur kurze Zeit nach Wiedererteilung seines unter anderem wegen Trunkenheit am Steuer entzogenen Führerausweises erneut angetrunken ein Auto lenkte. Schliesslich ist festzustellen, dass dies nun bereits die dritte Alkoholfahrt von X mit erneut relativ hohem Blutalkoholwert ist. Er ist somit Dritt- und damit Mehrfachwiederholungstäter. Dieser Umstand wirkt stark strafe erhöhend (Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB). Dagegen kann der Umstand, dass für X bei Trinkbeginn noch nicht feststand, dass er mit dem Auto heimfahren wird, strafmindernd berücksichtigt werden. In subjektiver Hinsicht sind X zudem seine Einsicht, sein korrektes Verhalten im Strafverfahren und das freiwillige Aufsuchen der Bewährungshilfe sowie von Dr. med. Y zwecks kontrollierter Alkoholabstinenz zugute zu halten (Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB). Das Nachtatverhalten zeugt von der Bereitschaft des X, sich seinem Alkoholproblem zu stellen. Er lebt nun seit einem halben Jahr (unter ärztlicher Kontrolle) abstinent. Hinzu kommt, dass X im Zusammenhang mit dem Fahren in angetrunkenem Zustand das erste Mal in ein eigentliches Gerichtsverfahren verwickelt ist. Der erste Vorfall aus dem Jahre 2001 wurde mit einem Strafbescheid erledigt, während sich der zweite Vorfall im Jahre 2004 im Ausland ereignete, wo Fahren in angetrunkenem Zustand – zumindest damals – wesentlich milder beurteilt wird als in der Schweiz. Eine richtige Warnstrafe hat X demnach noch nie erhalten, auch wenn ihm im Jahre 2001 ausdrücklich mitgeteilt wurde, dass er mit dem Vollzug der bedingten Freiheitsstrafe zu rechnen habe, sollte er innert der Probezeit erneut straffällig werden. Wie vorne dargelegt, erscheint die Ausfällung einer Freiheitsstrafe unumgänglich. Die besonderen Umstände des Falles lassen es jedoch ausnahmsweise als gerechtfertigt erscheinen, den Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben. X lebt in gefestigten

beruflichen und persönlichen Strukturen, er besitzt mit Ausnahme der Taten wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand einen tadellosen Leumund und der sehr lange dauernde Führerausweisenzug erschwert die Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit nachhaltig. Ein Strafvollzug würde X, der im Bereich Sicherheitstechnik tätig ist und dessen Kunden vornehmlich aus dem Rechtsanwalts- und Bankensektor kommen, besonders hart treffen. Die Gewissheit, bei einer erneuten Tatwiederholung zwingend eine längere Freiheitsstrafe vollziehen zu müssen, ist eine zusätzliche und nicht zu vernachlässigende Motivation für Wohlverhalten. Eine unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe erscheint daher nicht notwendig (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die Probezeit ist auf drei Jahre anzusetzen (Art. 44 Abs. 1 StGB). Sechs Monate Freiheitsstrafe, wie sie die Vorinstanz ausgesprochen hat, erscheint für einen Mehrfachwiederholungstäter mit jeweils hoher Blutalkoholkonzentration und derart kurzen Zeitintervallen zwischen den einzelnen Rückfallstaten jedoch nicht mehr praxis- und schuldangemessen. Die Verbindung mit einer unbedingten Geldstrafe drängt sich auf (Art. 42 Abs. 4 StGB), wobei 50 Tagessätze angemessen erscheinen (Art. 34 Abs. 1 StGB). Hinsichtlich der Tagessatzhöhe ist bei einem Nettolohn von Fr. 7617.30, einem zu gewährenden Pauschalabzug von 30 Prozent (Krankenkasse, Steuern etc.), einem weiteren Abzug von 15 Prozent für das Kleinkind sowie abzüglich Fr. 500.– (durchschnittliche monatliche Unterstützung der drei volljährigen Kinder durch X auf freiwilliger Basis) von einem Grundtagessatz von Fr. 120.– (Fr. 3689.50 / 30) auszugehen (Art. 34 Abs. 2 StGB).

b) Bei X besteht trotz Abstinenz seit einem halben Jahr (noch) keine Sicherheit für eine gefestigte Umkehr. Eine ambulante Massnahme, wie sie die Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 63 StGB beantragt, ist ohne sachverständige Begutachtung nicht möglich (Art. 56 Abs. 3 StGB). Dagegen ist X für die Dauer der Probezeit von drei Jahren die Weisung zu erteilen, die kontrollierte Alkoholabstinenz bei Dr. Y fortzusetzen (Art. 44 Abs. 2 StGB, Art. 94 StGB). Zudem ist eine Bewährungshilfe anzuordnen (Art. 44 Abs. 2 StGB, Art. 93 Abs. 1 StGB). Sollte X der Weisung zuwiderhandeln, müsste er mit empfindlichen Konsequenzen, insbesondere der nachträglichen Anordnung des Vollzugs der Freiheitsstrafe, rechnen (Art. 95 Abs. 4 und 5 StGB).

22

Art. 11b Abs. 1 lit. a VZV (SR 741.51). Eine amtsärztliche Untersuchung ist unzulässig, wenn die Alkoholisierung des Betroffenen in keinem Zusammenhang mit seinem Verhalten im Strassenverkehr steht und er Fahren und Trinken trennen kann.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung IV, 4. Juli 2007

A besitzt den Führerausweis der Kategorie B seit 1985. Wegen Fahrens in ange-trunkenem Zustand in den Jahren 1995 und 2000 musste ihr der Führerausweis für die Dauer von fünf bzw. zwölf Monaten entzogen werden. Von August 2000 bis Dezember 2003 hatte sie als Auflage eine Alkoholabstinenz einzuhalten. Anlässlich einer polizeilichen Intervention im häuslichen Bereich am frühen Neujahrmorgen 2007 ergab ein Atemlufttest bei A umgerechnet eine Blutalkoholkonzentration von 2,46 Gew.-%. Daraufhin eröffnete das Strassenverkehrsamt ein Verfahren zur Ab-klärung der Fahreignung. Am 13. April 2007 ordnete es eine amtsärztliche Untersu-chung an. Gegen diese Zwischenverfügung erhob die Betroffene Rekurs mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und festzustellen, es sei kein amtsärztliches Zeugnis erstellen zu lassen bzw. die Voraussetzungen für ein sol-ches Zeugnis seien nicht gegeben. Die Verwaltungsrekurskommission hat den Re-kurs gutgeheissen und die angefochtene Zwischenverfügung aufgehoben.

Aus den Erwägungen:

2. Im Rekurs ist umstritten, ob die Vorinstanz zu Recht an der Fahreignung der Rekurrentin zweifelte und mit der angefochtenen Zwischenverfügung eine amts-ärztliche Untersuchung anordnete.

b) Führerausweise dürfen nicht erteilt werden, wenn der Bewerber an einer die Fahreignung ausschliessenden Sucht leidet (Art. 14 Abs. 2 lit. c SVG). Sie sind zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Er-teilung nicht oder nicht mehr bestehen (Art. 16 Abs. 1 SVG). Wegen fehlender Fahr-eignung wird einer Person der Führerausweis auf unbestimmte Zeit entzogen, wenn sie an einer Sucht leidet, welche die Fahreignung ausschliesst (Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG), wie beispielsweise Alkohol-, Betäubungs- und Arzneimittelabhän-gigkeit (vgl. Botschaft zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes vom 31. März 1999, in: BBl 1999 S. 4462 ff., S. 4491). Der auf unbestimmte Zeit entzogene Füh-rrerausweis kann bedingt und unter Auflagen wiedererteilt werden, wenn eine all-fällige gesetzliche oder verfügte Sperrfrist abgelaufen ist und die betroffene Person die Behebung des Mangels nachweist, der die Fahreignung ausgeschlossen hat (vgl. Art. 17 Abs. 3 SVG).

Die Rechtsprechung bejaht eine Trunksucht, wenn die betroffene Person regel-mässig so viel Alkohol konsumiert, dass ihre Fahrfähigkeit vermindert wird und sie diese Neigung zum übermässigen Alkoholgenuss durch den eigenen Willen nicht zu überwinden oder zu kontrollieren vermag. Auf eine fehlende Fahreignung darf geschlossen werden, wenn die Person nicht mehr in der Lage ist, Alkoholkonsum und Strassenverkehr ausreichend zu trennen, oder wenn die nahe liegende Gefahr besteht, dass sie im akuten Rauschzustand am motorisierten Strassenverkehr teil-nimmt. Somit können auch suchtgefährdete Personen, bei denen aber jedenfalls ein Alkoholmissbrauch vorliegt, vom Führen eines Motorfahrzeugs ferngehalten werden (vgl. BGE 129 II 82 E. 4.1). Für den Nachweis der Heilung wird in der Regel eine mindestens einjährige kontrollierte Abstinenz verlangt. Wegen dieses tiefen

Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte ist eine genaue Abklärung vorzunehmen. Der Umfang der Nachforschungen richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und liegt im pflichtgemässen Ermessen der Entzugsbehörde (vgl. BGE 129 II 82 E. 2.2).

c) Eine verkehrsmedizinische Abklärung der Fahreignung ist nach der Praxis des Bundesgerichtes namentlich dann anzuordnen, wenn die Blutalkoholkonzentration 2,5 Gew.-% und mehr beträgt; dies gilt selbst dann, wenn während der letzten fünf Jahre vor der aktuellen Trunkenheitsfahrt keine einschlägige Widerhandlung erfolgte. Das Bundesgericht nimmt an, wer eine derart hohe Blutalkoholkonzentration aufweise, verfüge über eine so grosse Alkoholtoleranz, dass in aller Regel auf eine Alkoholabhängigkeit geschlossen werden müsse. Zum selben Ergebnis gelangte das Bundesgericht bei einem Lenker, der ein erstes Mal mit mindestens 1,74 Gew.-% fuhr und sich ca. ein Jahr später wiederum des Fahrens in angetrunkenem Zustand (mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 1,78 Gew.-%) schuldig machte. Die blosse Anordnung einer verkehrsmedizinischen Abklärung der Fahreignung (im Hinblick auf die Prüfung eines allfälligen Sicherungsentzuges) setzt konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass der fragliche Inhaber des Führerausweises mehr als jede andere Person der Gefahr ausgesetzt ist, sich in einem Zustand ans Steuer eines Fahrzeuges zu setzen, der das sichere Führen nicht mehr gewährleistet (vgl. Art. 11b Abs. 1 lit. a VZV sowie BGE vom 27. November 2002, 6A.65/2002, E. 5.2).

d) aa) Die Rekurrentin wurde nach zwei Trunkenheitsfahrten am 24. Juni 1995 und am 4. Mai 2000 mit einer Blutalkoholkonzentration von jeweils mindestens 1,39 Gew.-% am 21. Juni 2000 bezirksärztlich untersucht. Laut seinem Bericht vom 5. Juli 2000 fand der Gutachter beim klinisch-physikalischen Untersuch keine somatischen Erscheinungen, wie sie bei chronischem Äthylismus vorkommen. Hingegen wiesen die Ergebnisse der Laboruntersuchungen auf einen übermässigen Alkoholgenuss hin, so dass er Auflagen als notwendig erachtete. Die Vorinstanz ist entsprechend dem Befund des Gutachters ebenfalls davon ausgegangen, die Rekurrentin sei nicht alkoholabhängig im Sinn des Strassenverkehrsrechts, und hat den Führerausweis am 30. August 2000 mit der Auflage einer mindestens zwölfmonatigen vollständigen, strikt kontrollierten Alkoholabstinenz unter fachlicher Betreuung verbunden. Laut der Verfügung vom 9. Dezember 2003 wurde die Auflage aufgehoben, nachdem «der Bericht» für die Rekurrentin «günstig ausgefallen» ist.

Der Bezirksarzt hat im Jahr 2000 keine Alkoholabhängigkeit der Rekurrentin diagnostiziert. Sodann sind die Umstände der beiden rund fünf Jahre auseinander liegenden Fahrten in angetrunkenem Zustand ebensowenig aktenmässig dokumentiert wie die Einhaltung der auferlegten Abstinenz und der fachlichen Betreuung. Insbesondere fehlen Verlaufsberichte und der in der Verfügung vom 9. Dezember 2003 erwähnte Bericht, der zur Aufhebung der Abstinenzauflage geführt hat, in den Vorakten, weil sie von der Vorinstanz im Zuge der elektronischen Archivierung vernichtet worden sind. Da keinerlei Berichte über den Therapieverlauf vorliegen, ist nicht ersichtlich, wie lange die Rekurrentin in den rund drei Jahren zwischen der Anordnung und der Aufhebung der Auflagen alkoholabstinent lebte. Ebensowenig

kann beurteilt werden, inwieweit die Einhaltung der Abstinenz für die Rekurrentin mit Schwierigkeiten verbunden war und in welchen Situationen mit einem Rückfall gerechnet werden müsste. Unter diesen Umständen ist einerseits davon auszugehen, dass die Rekurrentin nicht nur im Jahr 2000 nicht alkoholabhängig war, sondern Ende 2003 auch den bezirksärztlich festgestellten übermässigen Alkoholgenuss vollständig überwunden hatte.

Dieser Schluss wird bestätigt durch den seit dem Jahr 2000 ungetrübten automobilistische Leumund der Rekurrentin. Sie verhielt sich im Strassenverkehr unauffällig. Insbesondere waren auch keine Fahrten in alkoholisiertem Zustand zu verzeichnen.

bb) Die angefochtene Zwischenverfügung stützt sich auf einen Polizeirapport vom 25. Februar 2007, der im Anschluss an eine Intervention im häuslichen Bereich erstellt wurde. Anlass für die Intervention waren eskalierende Spannungen zwischen der Rekurrentin und einem ihrer Söhne am frühen Neujahrmorgen nach einer zuhause im familiären Rahmen gefeierten Silvesternacht. Aus welchen Gründen und gestützt auf welche Rechtsnormen von der Polizei bei sämtlichen anwesenden Personen Atemlufttests durchgeführt wurden, ist dem Polizeirapport nicht zu entnehmen. Ebenso wenig ist dem Rapport zu entnehmen und wird von der Vorinstanz auch nicht geltend gemacht, dass die Rekurrentin in der fraglichen Nacht ein Motorfahrzeug lenkte oder beabsichtigte, am Neujahrstag Auto zu fahren. Die Alkoholisierung der Rekurrentin steht damit in keinem Zusammenhang mit ihrem Verhalten im Strassenverkehr. Vielmehr ist angesichts der Aufhebung der im Jahr 2000 verfügten Auflagen Ende 2003 und ihrer Unauffälligkeit im Strassenverkehr seit der letzten Trunkenheitsfahrt im Jahr 2000 davon auszugehen, dass sie Fahren und Trinken trennt. Damit fehlt es an dem für die Abklärung der Fahreignung entscheidenden Hinweis darauf, dass die betroffene Person nicht in der Lage ist, den Konsum von Alkohol und das Lenken von Motorfahrzeugen zu trennen.

Bezüglich der Höhe der Blutalkoholkonzentration ist zudem zum einen anzumerken, dass nach dem Leitfaden für die Administrativ-, Justiz- und Polizeibehörden betreffend Verdachtsgründe fehlender Fahreignung vom 26. April 2000 (nachfolgend: Leitfaden) und der damit übereinstimmenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Abklärung der Fahreignung bei erstmaligem Fahren in angetrunkenem Zustand gerechtfertigt ist, wenn eine Blutalkoholkonzentration von 2,5 Gew.-% oder mehr festgestellt wird. Tiefere Blutalkoholkonzentrationen sind geeignet, eine Abklärung der Fahreignung auszulösen, wenn während der vorangegangenen fünf Jahre bereits eine oder mehrere Trunkenheitsfahrten zu verzeichnen waren (vgl. Leitfaden Ziff. 1, BGE 129 II 82 E. 4.2 mit Hinweisen). Abgesehen davon, dass die Messung vorliegend nicht im Zusammenhang mit dem Lenken eines Motorfahrzeuges stand und die von der Rekurrentin zu verantwortenden Trunkenheitsfahrten über sechs bzw. elf Jahre zurück lagen, blieb das gemäss Polizeirapport festgestellte Ergebnis von 2,46 Gew.-% unter dem eine Abklärung auslösenden Wert von 2,5 Gew.-%.

Zum Ergebnis des Atemlufttests ist zum andern anzumerken, dass aus dem Polizeirapport auch nicht ersichtlich wird, ob dabei die Regel gemäss Art. 139 Abs. 1 VZV, wonach die Atem-Alkoholprobe frühestens zwanzig Minuten nach dem Trinkende oder der Vornahme einer Mundspülung durchgeführt werden darf, eingehalten worden ist (vgl. zu den weiteren Voraussetzungen für die Anerkennung der Messergebnisse auch die Weisungen des Bundesamtes für Strassen vom 1. September 2004 betreffend die Feststellung der Fahrunfähigkeit im Strassenverkehr).

Dementsprechend rechtfertigt allein die Höhe der bei der Rekurrentin festgestellten Blutalkoholkonzentration von 2,46 Gew.-% kein Verfahren betreffend die Abklärung ihrer Fahreignung.

cc) Gemäss Ziff. II. 1 des Leitfadens ist die Fahreignung abzuklären, wenn eine Mitteilung eines Arztes oder der Polizei vorliegt, dass eine die Fahreignung in Frage stellende Alkoholproblematik besteht. Die Richtlinien des Leitfadens sind für die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden nicht verbindlich, geben aber Hinweise auf auffällige Verhaltensweisen im Verkehr, die im Hinblick auf die Fahreignungsprüfung dienlich sein können (vgl. BGE vom 16. August 2001, 6A.57/2001, E. 4a). Massgebend bleibt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, nach der für die Abklärung der Fahreignung konkrete Anhaltspunkte dafür vorausgesetzt sind, dass der fragliche Inhaber des Führerausweises mehr als jede andere Person der Gefahr ausgesetzt ist, sich in einem Zustand ans Steuer eines Fahrzeuges zu setzen, der das sichere Führen nicht mehr gewährleistet (vgl. BGE vom 27. November 2002, 6A.65/2002, E. 5.2).

Im Polizeirapport wird von Angehörigen auf ein Alkoholproblem der Rekurrentin hingewiesen. Diese Einschätzungen wurden in einer emotional sehr aufgeladenen Situation von Konfliktparteien geäussert. Im Polizeirapport werden lediglich die Aussagen der Beteiligten wiedergegeben. Er enthält aber keine eigene Stellungnahme der Polizei, indem bestätigt würde, es seien Alkoholprobleme beispielsweise aufgrund früherer polizeilicher Interventionen bekannt. Es wird lediglich auf die beiden über sechs bzw. elf Jahre zurückliegenden Trunkenheitsfahrten hingewiesen. ...

Die Aussagen der Beteiligten enthalten auch keine Anhaltspunkte für einen Zusammenhang des Alkoholkonsums der Rekurrentin mit ihrem Verhalten im Strassenverkehr. Insbesondere wurden keine konkreten Angaben zum Trinkverhalten der Rekurrentin gemacht, aufgrund derer anzunehmen ist, dass die Rekurrentin regelmässig Alkohol in einer Menge konsumiert, dass es ihr nicht mehr möglich ist, Fahren und Trinken zu trennen. Mangels Vorakten kann auch nicht beurteilt werden, inwieweit das Trinkverhalten der Rekurrentin in der Silvesternacht Parallelen aufwies zu den Umständen des Alkoholkonsums, welche 1995 und 2000 zu Fahrten in alkoholisiertem Zustand führten. Erst daraus könnten konkrete Hinweise dafür gewonnen werden, dass das aktuelle Trinkverhalten der Rekurrentin mit jenem, das im Jahr 2000 zur Auflage der Alkoholabstinenz geführt hat, vergleichbar ist.

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass keine ausreichend konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Alkoholkonsum der Rekurrentin strassenverkehrsrechtlich in dem Sinn von Belang ist, dass sie Fahren und Trinken nicht trennen könnte. Auch wenn aus dem Polizeirapport ersichtlich wird, dass die Familiensituation, in welcher die Rekurrentin lebt, spannungsgeladen ist und möglicherweise der Alkohol – wie es eine beteiligte Person äusserte – «das Hauptproblem im Haus» ist, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass das Strassenverkehrsrecht nicht als Grundlage für eine möglicherweise wünschbare Aufarbeitung familiärer allenfalls auch alkoholbedingter Spannungen herangezogen werden darf. Entscheidend ist vielmehr, ob konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass der Alkoholkonsum strassenverkehrsrechtlich relevant ist.

7. Raumplanung und Baurecht

23

Art. 15 lit. a und b RPG (SR 700). Das Baudepartement darf die Zustimmung zu einem kommunalen Teilzonenplan für die Einzonung in die Bauzone verweigern, wenn die Grundstücke nicht in überwiegend überbautem Gebiet liegen und ein Bedarf an Bauland nicht gegeben ist.

Verwaltungsgericht, 27. November 2007

Die R. AG ist Eigentümerin zweier Grundstücke in A. (Politische Gemeinde G.). Darauf stehen u. a. fünf Tanks für Erdölprodukte und eine ehemalige Abfüllstation für Lastwagen sowie eine offene Grube mit Betonwanne. Darin standen früher zwei Heizöltanks. Das Areal liegt im übrigen Gemeindegebiet. Die umliegenden Parzellen befinden sich in der Landwirtschaftszone und umfassen teilweise Wald. Die Gemeinde erliess für die beiden Grundstücke den Überbauungs- und Teilzonenplan «M.». Mit dem Teilzonenplan sollen die beiden Parzellen der Gewerbe-Industrie-Zone zugewiesen werden, wobei sie mit einer Nutzungsbeschränkung nach Art. 28octies BauG versehen würden. Das Baudepartement verweigerte die Genehmigung des Plans, da die Voraussetzungen von Art. 15 lit. a und b RPG nicht gegeben seien. Sodann sei ein Bedarf an zusätzlichem Bauland nicht ausgewiesen und die Erschliessungsverhältnisse im Plangebiet seien nicht optimal. Dagegen erhoben die R. AG und die Politische Gemeinde G. Rekurs, der von der Regierung abgewiesen wurde. Auch ihre Beschwerde an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

2. Streitgegenstand ist die Nichtgenehmigung des Teilzonen- und Überbauungsplans «M.» durch das Baudepartement.

2.1. Das Verwaltungsgericht ist nach Verfassung und Gesetz zur Rechtskontrolle befugt (Art. 61 Abs. 1 VRP). Dies bedeutet, dass es den der Regierung und dem Baudepartement zustehenden Ermessensspielraum zu respektieren hat. Im Bereich der Genehmigung von Raumplänen hat das Baudepartement die kommunalen Pläne auch auf deren Angemessenheit zu prüfen (Art. 3 Abs. 2 BauG; vgl. E. David, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, St.Gallen 1983, S. 106). Auch der Regierung steht im Rekursverfahren die Befugnis zur Ermessensprüfung zu. Anders verhält es sich im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht. Im Gebiet der Raumplanung darf das Verwaltungsgericht in einen Genehmigungsentcheid der Regierung nur eingreifen, wenn Rechtsnormen und allgemeine Rechtsgrundsätze des Raumplanungsgesetzes verletzt sind. Soweit es um die Ausübung des pflichtgemässen Ermessens geht, ist dem Verwaltungsgericht eine Korrektur eines Entscheides verwehrt. Ein grosser Ermessensspielraum steht der Verwaltung namentlich dort zu, wo es um die Abwägung und Gewichtung der einzelnen Interessen geht. Die Interessenabwägung als solche gilt jedoch als Rechtsfrage. Namentlich die Frage des vollständigen Einbezugs der massgeblichen Einzelaspekte in die Abwägung und Wertung unterliegt daher der Rechtskontrolle (GVP 1996 Nr. 12; VerwGE vom 17. November 1997 i. S. P.N. und andere, VerwGE vom 16. März 2000 i. S. M.W., VerwGE vom 25. Oktober 2004 i. S. F. S. und andere). Ob im Streitfall die Nichtgenehmigung des Teilzonen- und Überbauungsplans «M.» einer Rechtsverletzung gleichkommt, ist im folgenden zu prüfen.

2.2. Bauzonen umfassen nach Art. 15 RPG Land, das sich für die Überbauung eignet und weitgehend überbaut ist (lit. a) oder voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (lit. b). Aufgrund dieser gesetzlichen Grundlage gehört Land, das den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht, grundsätzlich in eine Bauzone, sofern es nicht als Folge der Abwägung aller für die Raumplanung massgebenden Zielsetzungen, insbesondere aus ortsplanerischen Erwägungen, ganz oder teilweise einer Nichtbauzone zugewiesen wird (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 83 mit weiteren Hinweisen). Die Grundanliegen der Raumplanung ergeben sich namentlich aus Art. 75 BV sowie aus Art. 1, 3 und 14 ff. RPG. Nach der genannten Verfassungsbestimmung stellt der Bund Grundsätze für eine der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes dienende Raumplanung auf. Dieser Verfassungsauftrag ist der Gewährleistung des Eigentums grundsätzlich gleichgestellt (vgl. BGE 105 Ia 330). Zu den Planungsgrundsätzen gehören namentlich der Landschaftsschutz sowie die Siedlungsgestaltung und -begrenzung. Art. 3 Abs. 2 RPG gebietet, die Landschaft zu schonen. Insbesondere sollen der Landwirtschaft genügende Flächen geeigneten Kulturlandes erhalten bleiben. Siedlungen und Bauten haben sich in die Landschaft einzuordnen (Art. 3 Abs. 2 lit. b RPG). Siedlungen sind

nach den Bedürfnissen der Bevölkerung zu gestalten und in ihrer Ausdehnung zu begrenzen (Art. 3 Abs. 3 RPG). Im Rahmen des raumplanerischen Auftrags kommt der Begrenzung der Bautätigkeit auf dafür vorgesehene Gebiete unter Verhinderung der Zersiedelung des Landes sowie unter Wahrung schützenswerter Orts- und Landschaftsbilder eine vorrangige Bedeutung zu (BGE 119 Ia 416). Als Raumplanungsgrundsatz gilt aber auch die Schaffung der räumlichen Voraussetzungen für die Entwicklung der Wirtschaft, mithin deren Förderung und Schutz (Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl., Zürich 1999, Rz. 174 f.). Allerdings verlangen die Grundsätze der Raumplanung, dass das Gemeinwesen eine Ordnung der Besiedlung schafft, die auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtet ist. Daraus folgt, dass die private Nachfrage allein keine Erweiterung einer Bauzone rechtfertigt (BGE 117 Ia 432).

2.3. Nachdem die Eignung der beiden streitbetroffenen Grundstücke zur Überbauung unbestritten ist, ist zunächst zu prüfen, ob die Parzellen «weitgehend überbaut» im Sinne von Art. 15 lit. a RPG sind, auch wenn die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass diese Frage für die Zuweisung in die Bauzone nicht ausschlaggebend war.

2.3.1. Sowohl der Begriff des weitgehend überbauten Landes im Sinn von Art. 15 lit. a RPG als auch derjenige des weitgehend überbauten Gebiets nach Art. 36 Abs. 3 RPG sind eng zu verstehen. Erfasst werden im wesentlichen nur der geschlossene Siedlungsbereich und eigentliche Baulücken, d. h. an die Bauten angrenzende unüberbaute Flächen von untergeordneter Bedeutung, die zum Siedlungsbereich gehören. Die weitgehende Überbauung bestimmt sich anhand der typischerweise zur Bauzone gehörenden, bereits vorhandenen und genutzten Wohn-, Industrie- und Gewerbebauten sowie den dazugehörigen Infrastrukturanlagen. Die Bauten müssen effektiv bewohnt und benutzt werden. Erforderlich ist, dass die bestehende Überbauung die Qualität einer Siedlung besitzt oder zu einer solchen zu zählen ist. Ausschlaggebend für den Siedlungscharakter sind das Ausmass, in dem sich Art und Nutzung der Bauten von der Bewirtschaftung des Umlandes gelöst haben, ferner die örtliche Nähe der Häuser sowie die vorhandene Infrastruktur (BGE 116 Ia 201, 113 Ia 451; Heer, a. a. O., Rz. 86 mit weiteren Hinweisen; Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, Bern 2006 N 23 zu Art. 15 mit weiteren Hinweisen; F. Jost, Grösse und Lage von Bauzonen, Diss. Zürich 2000, S. 103 f.). Sodann ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Schaffung einer Bauzone für ein konkretes Projekt zulässig, wenn die Planungsmassnahme den Zielen und Grundsätzen der Nutzungsplanung gemäss RPG entspricht. Ist dies der Fall, liegt keine Umgehung von Art. 24 RPG vor, auch wenn eine Ausnahmegewilligung für das Bauvorhaben ausgeschlossen wäre. Eine Umgehung von Art. 24 RPG ist nur anzunehmen, wenn mit der fraglichen Planungsmassnahme eine unzulässige Kleinstbauzone geschaffen wird oder wenn sie sonst auf einer sachlich nicht vertretbaren Interessenabwägung beruht. Kleinstbauzonen sind im allgemeinen unzulässig, wenn sie gegen das raumplanerische Ziel verstossen, die Siedlungstätigkeit in Bau-

zonen zusammenzufassen und die Streubauweise für nicht freilandgebundene Bauten zu verhindern. Ermöglicht eine Kleinstbauzone jedoch keine zusätzliche Streubauweise, sondern einzig eine geringfügige Erweiterung bereits bebauten Gebiets oder die massvolle Erweiterung bestehender Bauten, ist sie zulässig, sofern sie auch sonst auf einer sachlich vertretbaren Interessenabwägung beruht (ZBI 2007 S. 31 und ZBI 2004 S. 164 f.; BGE 124 II 395, 119 Ia 303, 116 Ia 343).

2.3.2. Mit dem Teilzonenplan sollen die Grundstücke mit einer Fläche von knapp 1,3 ha vom übrigen Gemeindegebiet in die Gewerbe-Industrie-Zone umgezont werden. Das westliche Grundstück ist mit fünf Heizöl-Tanks überbaut, während auf dem östlich angrenzenden Grundstück die beiden Tanks abgebrochen wurden. Ausserdem befindet sich auf dem Areal noch eine Mobilfunkbasisstation, ein kleines Bürogebäude sowie eine ehemalige Abfüllstation für Lastwagen. Das Areal ist rund 100 m vom Siedlungsrand von A. (Wohnbausiedlung «R.») entfernt. Die angrenzenden Grundstücke sind der Landwirtschaftszone zugewiesen. Im Süden grenzen die beiden Plangrundstücke an Waldareal.

2.3.3. Anlässlich des Augenscheins konnte sich das Verwaltungsgericht davon überzeugen, dass die Planparzellen weder zum geschlossenen Siedlungsbereich gehören noch eine Baulücke darstellen. Zwischen den Planparzellen und der 100 m entfernten Wohnsiedlung besteht weder optisch noch nutzungsbedingt ein Zusammenhang. Wie im angefochtenen Entscheid zutreffend ausgeführt wird, wird das Plangebiet durch einen kleinen Hügel topographisch vom Baugebiet abgegrenzt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten peripher gelegene Gebiete, selbst wenn dort eine gewisse Bautätigkeit eingesetzt hat, nicht als weitgehend überbaut (vgl. BGE 121 II 424). Sodann fällt in Betracht, dass nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung namentlich Gewerbe-Industrie-Zonen aufgrund der Immissionen und des Verkehrsaufkommens zusammenhängend und grossräumig auszuscheiden sind (GVP 1996 Nr. 12). Auch dies spricht gegen eine Einzonung der Planparzellen, unabhängig davon, dass die beiden Grundstücke bereits überbaut sind. Allein der Umstand, dass bereits eine Überbauung besteht, gewährt keinen Anspruch auf Einzonung, sondern es ist nach der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch in diesen Fällen eine Interessenabwägung vorzunehmen. Gründe, welche eine Einzonung eines überbauten Gebiets rechtfertigten können, liegen namentlich dann vor, wenn auf eine traditionelle Siedlungsstruktur Rücksicht genommen werden soll oder wenn es darum geht, wertvolle Kleinsiedlungen ausserhalb der Bauzone durch Schaffung einer besonderen Zone zu erhalten (vgl. Bemerkungen von A. Marti zum BGE 1P.465/2002 und 1P.467/2002 vom 23. Dezember 2002, in: ZBI 2004 S. 164 mit weiterem Hinweis). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Hinzu kommt, dass vorliegend auch eine bauliche Erweiterung der bestehenden Bausubstanz gestützt auf Art. 24c in Verbindung mit Art. 37a RPG, wie schon das Amt für Raumentwicklung in der Verfügung vom 11. Juni 2006 festgehalten hat, grundsätzlich möglich ist. Vor diesem Hintergrund kann der Genehmigungsbehörde und der Vorinstanz keine

Rechtsverletzung vorgeworfen werden, wenn sie das Ziel, die Siedlungstätigkeit in Bauzonen zusammenzufassen und die Streubauweise für nicht freilandgebundene Bauten zu verhindern, höher gewichtet hat als das private Interesse der R. AG an der Einzonung. Der Hinweis der Beschwerdeführerinnen auf andere Gewerbeareale ausserhalb der Bauzone ist nicht stichhaltig, da, wie im folgenden unter Erw. 2.5. ausgeführt, dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung vorliegend keine entscheidende Bedeutung zukommt. Am Gesagten vermag auch nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerinnen an sich zu Recht einwenden, dass für die Qualifikation einer Siedlung nicht allein massgebend sein kann, ob Wohnbauten bestehen. Wesentlich ist vorliegend, dass die Planparzellen weder zum geschlossenen Siedlungsbereich gehören noch eine Baulücke darstellen und auch die Voraussetzungen für die Einzonung der überbauten Parzellen im Sinne einer Ausnahme vom Verbot von Kleinbauzonen im Rahmen einer sachlichen Interessenabwägung verneint werden konnten, ohne dass eine Rechtsverletzung vorliegt. Mit der Vorinstanz ist deshalb davon auszugehen, dass eine Einzonung gestützt auf Art. 15 lit. a RPG nicht in Frage kommt.

2.4. Im folgenden ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen nach Art. 15 lit. b RPG erfüllt sind.

2.4.1. Geeignetes, nicht weitgehend überbautes Land darf nach Art. 15 lit. b RPG nur eingezont werden, wenn es voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt wird. Dabei entspricht es auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten anerkannter Praxis, dass der Bedarf an Bauland nach dieser Bestimmung nicht einfach einer im Einzelfall möglicherweise bestehenden subjektiven Nachfrage gleichgesetzt und auf persönliche Baubedürfnisse oder finanzielle Überlegungen abgestützt werden darf (vgl. BGE 117 Ia 438 f., 116 Ia 332 f. je mit Hinweisen). Wäre dies der Fall, wäre jede Raumplanung verunmöglicht. Es ist vielmehr gerechtfertigt, diesen Bedarf nach den als Grundlage der Ortsplanung bestimmten Planungszielen zu bemessen. Massgebend sind demnach objektive, übergeordnete, nicht nur auf einzelne Parzellen bezogene Anforderungen, mit der Folge, dass den individuellen Interessen eines jeden einzelnen der betroffenen Grundeigentümer nur in beschränktem Umfang Rechnung getragen werden kann (vgl. BGE 113 Ia 449 f. mit Hinweisen). Ausdehnung und Einteilung der Bauzone sind entsprechend festzulegen. Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an Vorkehren, welche die Entstehung überdimensionierter Bauzonen verhindern oder solche verkleinern (BGE 116 Ia 331 mit Hinweisen).

2.4.2. Die Beschwerdeführerinnen berufen sich im Zusammenhang mit der Frage nach dem Landbedarf in der Gewerbe-Industrie-Zone auf den im Beschwerdeverfahren eingereichten Zwischenbericht «Programm zur Bereitstellung GI/I-Flächen» vom 1. März 2007 samt Plan «Reserven der Gewerbe/Industriegebiete» des Hochbauamtes G. Sie rügen, dass die Argumente, mit denen die Vorinstanz den Bedarf an Gewerbe-Industrie-Zone verneint habe, jeglicher Fakten und ortsplaneri-

scher Grundlagen entbehrten. Dem Zwischenbericht könne entnommen werden, dass der kurzfristige Bedarf an Land in der Gewerbe-Industrie-Zone nicht abgedeckt werden könne und das vorhandene Angebot nicht flexibel genug sei, um den verschiedenen betrieblichen Ansprüchen gerecht zu werden. Auch auf mittelfristige Sicht zeige sich, dass der Bedarf nicht ohne Lücken gedeckt werden könne und insbesondere die Realisierbarkeit teilweise fraglich sei. Betrachte man den langfristigen Zeitraum, sei festzustellen, dass erhebliche Flächenreserven für den erwarteten Bedarf vorhanden seien, deren Realisierbarkeit und Verfügbarkeit indes fraglich seien. Zudem sei zu beachten, dass ein wesentlicher Grundsatz der Ortsplanung von G. darin bestehe, die Fraktion A. einerseits im Gesamtkontext der Ortsplanung und andererseits als einen eigenständigen Ortsteil zu behandeln und zu stärken. Gerade auch bezogen auf die Fraktion A. seien die vorhandenen Reserven in der Gewerbe-Industrie-Zone indes als knapp zu bezeichnen.

2.4.3. Zunächst ist festzuhalten, dass der Zwischenbericht vom 1. März 2007 samt dazugehörigem Plan erst im Beschwerdeverfahren eingereicht wurde. Soweit die Beschwerdeführerinnen monieren, die Ablehnungsgründe der Vorinstanz entbehrten jeglicher Fakten und die Sachverhaltsabklärungen seien völlig ungenügend, fällt in Betracht, dass es auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime grundsätzlich Sache der Planungsbehörde ist, den behaupteten Baulandbedarf zu belegen und die entsprechenden ortsplanerischen Grundlagen bekannt zu geben (vgl. allgemein zur Frage der Beweislast Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 629). Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Entscheid mit der Frage des Baulandbedarfs auseinandergesetzt, und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen nicht angemessen gewürdigt worden wären. Dagegen kann es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht Aufgabe der Regierung sein, die ortsplanerischen Grundlagen zu erarbeiten und Kapazitätserhebungen und -prognosen sowie Bedarfsanalysen zu beschaffen. Vor diesem Hintergrund erweist sich der – implizite – Vorwurf der mangelnden Begründung als nicht stichhaltig.

2.4.4. Im Kurzbericht vom 1. März 2007 wird ausgeführt, dass das kurzfristige Gesamtangebot von 7,31 ha den kurzfristigen Gesamtbedarf (3 Jahre) von 12 ha nicht decken könne. Gleiches gelte für den mittelfristigen Bedarf (10 Jahre) von 29 ha und das mittelfristige Angebot von 22,23 ha. Bezüglich des langfristigen Bedarfs (15 Jahre) von 46 ha und des langfristigen Angebots von 72,34 ha wird ausgeführt, dass das mögliche Flächenangebot für den zu erwartenden Bedarf mehr als ausreichend sei. In der Konsequenz bedeute dies, dass Überlegungen zur strategischen Priorisierung angestellt werden sollten. Gleichzeitig sollte eine Verlagerung der effektiven Verfügbarkeiten hin zu den kürzeren Zeiträumen stattfinden.

2.4.5. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass sich die Bedarfsprognose entsprechend dem Wortlaut von Art. 15 lit. b RPG auf einen Zeitraum von 15 Jahren zu beziehen hat (Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, Bern 2006, N 31 zu Art. 15). Mit der Dimensionierung der Bauzonenfläche auf 15 Jahre wurde ein Massstab ge-

schaffen, der sich nach der privaten Baulandentwicklung richtet und diese gleichzeitig mit Rücksicht auf den Gesamtzusammenhang begrenzt. Eine weitere Funktion von Art. 15 lit. b RPG liegt darin, andere Planungen, die mit der Bauzonenabgrenzung verbunden sind (z.B. Erschliessungsplanung, öffentliche Infrastruktur, Finanzplanung), mit der Zonenplanung zeitlich abzustimmen (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 27 zu Art. 15). Dagegen bezweckt Art. 15 lit. b RPG nicht, Verhältnisse zu schaffen, bei denen die Nachfrage nach Bauland jederzeit gedeckt werden kann. Darauf läuft indes die Argumentationsweise der Beschwerdeführerinnen hinaus, wenn sie monieren, dass der Baulandbedarf kurz- und mittelfristig, d.h. in einem Zeitrahmen von 3 bis 10 Jahren, nicht gedeckt sei. Eine derartig kurzfristige Betrachtungsweise würde bedeuten, dass auch auf kurzfristige und erfahrungsgemäss häufig nicht nachhaltige Marktschwankungen reagiert werden müsste; dies verträgt sich mit dem Gebot nach einer geordneten Besiedelung des Landes nicht und würde den Sinn und Zweck von Art. 15 lit. b RPG unterlaufen. Wie dargelegt wurde der Planungshorizont vom Gesetzgeber mit guten Gründen auf 15 Jahre festgelegt. Diese Überlegungen führen dazu, dass sich die Beschwerde nicht als stichhaltig erweist, soweit das Begehren um Einzonung mit dem geltend gemachten kurz- und mittelfristigen Baulandbedarf in G. begründet wird. Auf die entsprechenden Ausführungen ist deshalb nicht weiter einzugehen. Anzufügen bleibt, dass im Sinne einer vorausschauenden Baulandetappierung auch im Zwischenbericht vom 1. März 2007 bezüglich der verbesserten Deckung der kurz- und mittelfristigen Baulandnachfrage nicht eine vermehrte Einzonung empfohlen wird, sondern eine strategische Priorisierung und eine Verlagerung der Verfügbarkeiten zu den kürzeren Zeiträumen hin.

2.4.6. Für die Frage der Einzonung ist nach dem Gesagten der Zeithorizont von 15 Jahren massgeblich. Für diesen Zeitraum wird im Zwischenbericht vom 1. März 2007 das Flächenangebot im Vergleich mit dem zu erwartenden Bedarf ausdrücklich als mehr als ausreichend beurteilt. Soweit die Beschwerdeführerinnen die Erhältlichkeit und die Realisierbarkeit des langfristigen Flächenangebots in Frage stellen, ist festzuhalten, dass vorhandene Baulandreserven auch dann in die Berechnung miteinbezogen werden dürfen, wenn sie nicht auf den Markt kommen; würde nämlich für die Ermittlung der für die Überbauung benötigten Flächen das verbreitete Phänomen der Baulandhortung berücksichtigt, hiesse dies, die Baudimensionierung allein nach den jeweiligen Privatinteressen auszurichten, was gerade nicht dem Sinn und Zweck von Art. 15 RPG entspricht (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 33 zu Art. 15). Sodann spricht auch der Umstand, dass Teile der Reserven der Fruchtfolgefläche zugewiesen sind, nicht grundsätzlich gegen eine Einzonung. Voraussetzung hierfür ist eine qualifizierte Interessenabwägung (vgl. GVP 2005 Nr. 24). Unter diesen Umständen sind keine Gründe ersichtlich, die es rechtfertigen würden, die klare Aussage im Kurzbericht vom 1. März 2007, wonach der Bedarf an Bauland für die nächsten 15 Jahre mehr als gedeckt ist, in Frage zu stellen. Damit steht gleichzeitig fest, dass die Voraussetzungen für eine Einzonung gestützt auf Art. 15 lit. b RPG nicht gegeben sind.

2.5. Die Beschwerdeführerinnen machen im weiteren geltend, in der näheren Nachbarschaft und den umliegenden Gemeinden seien zahlreiche vergleichbare Gewerbeareale eingezont worden, die sich ebenfalls ausserhalb der Hauptbauzone im peripheren Siedlungsbereich befänden und teilweise sogar kleiner seien als das Tanklagerareal.

Dem Grundsatz der Gleichbehandlung kommt bei Planungsmassnahmen der Natur der Sache nach nur eine beschränkte Bedeutung zu. Es liegt im Wesen der Planung, dass eine gewisse Auswahl getroffen werden muss. Verfassungsrechtlich genügt es, dass die Abgrenzung sachlich vertretbar, d. h. nicht willkürlich ist. Das Gebot der Rechtsgleichheit fällt hier insoweit mit dem Willkürverbot zusammen. Insbesondere lässt sich aus der Rechtsgleichheit grundsätzlich kein Anspruch auf bundesrechtswidrige Planung ableiten. Dieses verfassungsmässige Recht kann nur innerhalb einer bundesrechtskonformen Bauzonierung Wirkung entfalten (Art. 190 BV), wobei es vor allem in ausgesprochenen Zweifelsfällen zum mitentscheidenden Gesichtspunkt werden kann, denn wenn die Voraussetzungen von Art. 15 RPG klarerweise erfüllt sind, besteht bereits gestützt auf diese Bestimmung ein Recht auf Zuteilung des Landes in eine Bauzone; weiterer Anspruchsgrundlagen bedarf es dazu nicht (ZBI 2007 S. 30 ff.; BGE 113 Ia 456, 107 Ib 339, 103 Ia 257). Vorliegend handelt es sich um keinen Grenzfall, so dass auch dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung keine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Weitere Ausführungen zu den diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erübrigen sich.

24

Art. 16a und Art. 24 RPG (SR 700). Abgrenzung von Berufs- und Freizeitlandwirtschaft. Da der Betrieb des Gesuchstellers als Freizeitlandwirtschaft zu qualifizieren ist, erweist sich das Bauvorhaben für den Umbau eines Weidstalls und die Errichtung eines Holzunterstands in der Landwirtschaftszone als nicht zonenkonform. Da auch die Standortgebundenheit fehlt, wurde die Baubewilligung zu Recht verweigert.

Verwaltungsgericht, 27. Februar 2007

A. ist Eigentümer verschiedener landwirtschaftlich genutzter Grundstücke in H. Er reichte ein Gesuch für den Umbau eines Weidstalls ein. Es soll ein Fahrzeugunterstand eingebaut und ein befestigter Rinderauslauf erstellt werden. Zudem reichte A. ein Baugesuch für die Erstellung eines Holzunterstandes auf einem unüberbauten Grundstück ein, um dort Brennholz zu verarbeiten und zu lagern. Das Amt für

Raumentwicklung (abgekürzt ARE) verweigerte die Zustimmung zu beiden Vorhaben, da diese der Freizeitlandwirtschaft dienten und daher nicht zonenkonform seien; Ausnahmegewilligungen könnten wegen Fehlens der Standortgebundenheit nicht erteilt werden. Der Gemeinderat H. wies die Baugesuche mangels Zustimmung des ARE ab. A. erhob erfolglos Rekurs bei der Regierung. Auch seine Beschwerde an das Verwaltungsgericht wurde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

3. Beide Bauvorhaben des Beschwerdeführers sind in der Landwirtschaftszone vorgesehen. Die Landwirtschaftszone dient der langfristigen Sicherung der Ernährungsbasis des Landes, der Erhaltung der Landschaft und des Erholungsraumes oder dem ökologischen Ausgleich; sie soll ihren verschiedenen Funktionen entsprechend von Überbauungen weitgehend frei gehalten werden (Art. 16 Abs. 1 RPG).

3.1. Die Erteilung einer ordentlichen Baubewilligung setzt unter anderem voraus, dass der geplante Bau dem Zweck der jeweiligen Nutzungszone entspricht (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG); d. h. die geplante Baute muss zonenkonform sein. In der Landwirtschaftszone gelten Bauten als zonenkonform, wenn sie zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a Abs. 1 RPG, vgl. auch Art. 20 Abs. 2 BauG). Die Voraussetzungen der Zonenkonformität nach Art. 16a Abs. 1 RPG sind streng auszulegen und auf Verordnungsstufe näher zu umschreiben (Botschaft des Bundesrates zu einer Teilrevision des RPG, BBl 1996 III, S. 513 ff., S. 532). Allfällige Neubauten in der Landwirtschaftszone sind auf das für die landwirtschaftliche Tätigkeit Nötigste zu beschränken (Botschaft des Bundesrates zu einer Teilrevision des RPG, BBl 1996 III, S. 531).

3.2. Nach Art. 34 Abs. 4 RPV darf eine ordentliche Baubewilligung in der Landwirtschaftszone nur erteilt werden, wenn die Baute für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (lit. a), der Baute am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b) und der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (lit. c). Als nicht zonenkonform gelten Bauten der Freizeitlandwirtschaft (Art. 34 Abs. 5 RPV). Diese Bestimmung bezweckt, der Landwirtschaft ausreichende Flächen geeigneten Kulturlandes zu sichern. Die Unterscheidung zwischen Berufs- und Freizeitlandwirtschaft dient dem an Bedeutung gewinnenden Interesse, die Berufslandwirtschaft vor der Konkurrenzierung durch andere Formen der Bodennutzung zu schützen, die nicht auf eine ertragsorientierte oder wenigstens kostendeckende Ausübung angewiesen sind. Sie hält sowohl vor der Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) als auch vor der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) stand (BGE 1A.64/2006 E. 2.2 vom 7. November 2006 mit Hinweis auf ZBl 2005 S. 158 ff.).

3.3. Freizeitlandwirtschaft ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Die nähere Bestimmung eines unbestimmten Rechtsbegriffs wird als Rechtsfrage angesehen. Das in der Kognition grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht ist somit befugt und gehalten, die Bestimmung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch die Vorinstanz frei zu überprüfen. Nach der Praxis des Verwal-

tungsgerichts darf einer vertretbaren Auslegung eines unbestimmten Begriffs durch die Vorinstanz die Anerkennung indessen nicht versagt werden (Cavelti/Vögel, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 724 und 725 mit Hinweisen).

3.3.1. Die Frage, ob Bauten und Anlagen nicht Haupt- oder Nebenerwerbsbetrieben dienen, sondern der Freizeitlandwirtschaft, lässt sich nach den Richtlinien des Bundesamtes für Raumentwicklung zur RPV (S. 32) im Einzelfall auf Grund verschiedener Indizien feststellen. Solche Indizien für das Vorliegen eines Freizeitlandwirtschaftsbetriebs sind etwa die fehlende Ertragsorientierung, das Nichterreichen einer gewissen Mindestgrösse oder der Arbeitszeitbedarf. Auf die Setzung starrer Grenzwerte wurde bewusst verzichtet. Die landwirtschaftliche Bewirtschaftung im Sinn von Art. 16a RPG unterscheidet sich von der Freizeitlandwirtschaft insbesondere durch einen dauernden, auf Wirtschaftlichkeit ausgerichteten und organisierten Einsatz von Kapital und Arbeitskraft in einem wirtschaftlich bedeutsamen Umfang (BGE 1A.64/2006 E. 2.3 vom 7. November 2006 mit weiteren Hinweisen).

Das Bundesgericht hat in einem Urteil festgestellt, dass ein durchschnittlicher Zuchtbestand von 20 Kaninchen, 18 Geflügel, 18 Tauben und 6 Landschildkröten, der um drei bis fünf Schweine und drei bis fünf Ziegen vergrössert werden sollte, als Freizeitlandwirtschaft gelte. Es hat festgehalten, die Art und die Anzahl der dauernd gehaltenen und gezüchteten Tiere sprächen eher für einen Kleinstbetrieb. Auch hat es festgestellt, dass ein geplantes monatliches Einkommen von Fr. 800.– (d. h. von Fr. 9600.– jährlich) bestenfalls ein kleines Nebeneinkommen darstelle. Zudem hat es darauf hingewiesen, dass nicht eine zukünftige mögliche Entwicklung massgebend sei, sondern der Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligung. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass auch ein Jahreszeitaufwand von 2400 Stunden die Beurteilung, dass es sich um Freizeitlandwirtschaft handle, nicht umzustossen vermöge. Der zeitliche Aufwand für Freizeitlandwirtschaft könne beträchtlich sein, ohne dass deswegen Berufslandwirtschaft vorläge (ZBI 2003 S. 160 f.).

Das Bundesgericht hat in einem weiteren Urteil das Bewirtschaften von Obstbäumen, Beeren, Gemüse und Kräutern und das Halten von Kaninchen auf einem 7200 m² grossen Grundstück ebenfalls als Freizeitlandwirtschaft qualifiziert, wobei der Beschwerdeführer plante, ein Einkommen von bis zu Fr. 7000.– jährlich zu erwirtschaften. Es wies darauf hin, dass es weder erwiesen sei, ob ein Einkommen in dieser Höhe sich wirklich erzielen lasse, noch sei dieses Einkommen annähernd existenzsichernd. Auch hielt es fest, dass die Beurteilung, ob Bauten für die Bewirtschaftung unentbehrlich und nicht überdimensioniert seien, nach objektiven Kriterien vorzunehmen sei; subjektive Kriterien, wie Wünsche, Vorstellungen oder Bequemlichkeit des Beschwerdeführers seien nicht von Belang (BGE 1A.266/1999 vom 28. Juni 2000 E. 3. und 4.).

Das Bundesgericht hat sodann unlängst in einem Urteil, das den Kanton St.Gallen betraf, erwogen, dass ein jährliches Einkommen von Fr. 16317.– kaum als existenzsichernd bezeichnet werden könne. Selbst wenn aber zu Gunsten des Gesuch-

stellers davon auszugehen wäre, dass sein Betrieb momentan ein Einkommen generiere, das als gewinnorientiert zu bezeichnen wäre, sei damit noch nicht belegt, dass der Betrieb im Sinn von Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV voraussichtlich längerfristig bestehen könne (BGE 1A.64/2006 vom 7. November 2006, E. 4. 2 und 4.3).

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die gesetzlichen Grenzwerte bezüglich des Zeitaufwandes uneinheitlich sind, so genügen 0,25 Standardarbeitskraft (abgekürzt SAK) für den Erhalt von Direktzahlungen (Art. 18 Abs. 1 der Direktzahlungsverordnung, SR 910.13), währenddem ein landwirtschaftliches Gewerbe gemäss bürgerlichem Bodenrecht 0,75 SAK erfordert (Art. 7 Abs. 1 BGBB).

3.3.2. Aus den Eingaben des Beschwerdeführers geht nicht hervor, mit welchem Einkommen aus der geplanten Mutterkuhhaltung (ca. fünf Tiere) er rechnet, obwohl es an ihm liegt, nachvollziehbare Betriebsdaten zu liefern, wenn er die Bewilligungsfähigkeit seines Bauvorhabens belegen will (BGE 1A.64/2006 vom 7. November 2006 E. 5.4). Entsprechend dem Betriebsvorschlag der landwirtschaftlichen Beratung, Flawil, vom 1. März 2005 wird der geplante Betrieb einen Gesamtverlust von Fr. 2602.– erwirtschaften. Der Beschwerdeführer behauptet, dass er einen Ertrag von Fr. 9500.– aus dem Betriebsteil Wald erwirtschaften werde. Unabhängig davon, ob die Betriebsteile Wald und (geplante) Viehhaltung als ein Betrieb mit einem Ertrag von Fr. 6900.– betrachtet werden oder ob der Betriebsteil Wald als eigenständiger Betrieb betrachtet wird, stellt das erwirtschaftete Einkommen von maximal Fr. 9600.– jährlich nach der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestenfalls ein kleines Nebeneinkommen dar, welches nicht existenzsichernd ist. Das Bundesamt für Raumentwicklung hat im erwähnten Fall, der den Kanton St.Gallen betraf, im bundesgerichtlichen Verfahren vorgeschlagen, dass ein Betrieb im Berg- und Hüggebiet als längerfristig existenzfähig gilt, wenn mindestens 35 Prozent der Ausgaben durch Einkünfte aus der Landwirtschaft gedeckt sind. Der durchschnittliche Privatverbrauch beläuft sich gemäss den Angaben des Bundesamtes für Raumentwicklung auf ca. Fr. 60 000.– und die durchschnittliche Eigenkapitalbildung auf durchschnittlich ca. Fr. 12 000.– (BGE 1A.64/2006 vom 7. November 2006 E. 5.3); diese Zahlen zeigen auf, dass der maximale Ertrag, den der hauptberuflich als Rechtsanwalt tätige Beschwerdeführer erwirtschaften könnte, auch bei dieser Betrachtungsweise viel zu tief liegt. Aus diesen Gründen ist der Betrieb des Beschwerdeführers als nicht ertragsorientiert und als längerfristig nicht existenzfähig zu beurteilen.

3.3.3. Die Vorinstanz stellte im angefochtenen Entscheid fest, dass die Betriebsgrösse (3,91 ha Wiese) mit Blick auf die heutigen landwirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu klein sei, um von einem Landwirtschaftsbetrieb im Sinne des Raumplanungsrechts zu sprechen, insbesondere wenn berücksichtigt werde, dass die Wiesen zum Teil über drei Kilometer auseinander lägen.

Der Beschwerdeführer rügt, dass die Vorinstanz die Betriebsgrösse falsch bestimmt habe. Der geplante landwirtschaftliche Betrieb umfasse 4,01 ha Wiese plus 1,249 ha Wald und Gewässer plus weitere 3,94 ha Wald.

Der Beschwerdeführer übersieht, dass der Grössenunterschied von 0,1 ha in bezug auf das Wiesland die zutreffende Beurteilung der Vorinstanz nicht umzustossen vermag. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass sein Betrieb über eine genügend grosse Fläche verfügt, um als Berufslandwirtschaftsbetrieb zu gelten, würde dies an der Beurteilung, dass es sich bei seinem Betrieb um einen Freizeitlandwirtschaftsbetrieb handelt, nichts ändern, da es, wie vorstehend aufgezeigt wurde, an der Ertragsorientierung fehlt. Zudem ging das Bundesgericht im erwähnten Urteil, das den Kanton St.Gallen betraf, davon aus, dass ein Landwirtschaftsbetrieb mit einer Grösse von 4,5 ha Wies- und Weidland einen Freizeitlandwirtschaftsbetrieb darstellt (BGE 1A.64/2006 vom 7. November 2006 E. 3.1).

3.3.4. Der Arbeitsaufwand des Beschwerdeführers beträgt nach eigenen Angaben 0,267 SAK. Abgesehen davon, dass der Arbeitsaufwand durch nichts belegt ist, überschreitet er den tiefstmöglichen Grenzwert von 0,25 SAK gemäss Art. 18 Abs. 1 der Direktzahlungsverordnung nur knapp. Im übrigen aber kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der zeitliche Aufwand für Freizeitlandwirtschaft beträchtlich sein, ohne dass deswegen Berufslandwirtschaft vorliegt (ZBI 2005 S. 161). Auch der Einwand des Beschwerdeführers, dass er Direktzahlungen erhalte, ist unbehelflich; nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nicht allein entscheidend, ob Direktzahlungen geleistet werden, da die raumplanungsrechtliche Unterscheidung zwischen Berufs- und Freizeitlandwirtschaft auf andere Kriterien abstellt als die Landwirtschaftsgesetzgebung. Der Erhalt von Direktzahlungen lässt weder darauf schliessen, dass der Betrieb längerfristig bestehen kann, noch dass der Betrieb eine Ertragsorientierung aufweist (BGE 1A.64/2006 vom 7. November 2006 E. 3. 3).

...

3.4. Zusammengefasst ergibt sich, dass der geplante Betrieb des Beschwerdeführers als Freizeitlandwirtschaft zu qualifizieren ist, und zwar unabhängig davon, ob die Betriebsteile Wald und Viehhaltung als einzelne Betriebe oder als Teile eines Betriebes betrachtet werden. Die geplanten Bauten erweisen sich folglich als nicht zonenkonform und können nicht ordentlich nach Art. 22 RPG bewilligt werden. Dies gilt auch bezüglich der Bauvorhaben gemäss den Eventualanträgen. Auch sie erfüllen die Voraussetzungen von Art. 16a RPG nicht.

4. Da dem Beschwerdeführer keine ordentliche Baubewilligung nach Art. 22 RPG erteilt werden kann, ist im folgenden zu prüfen, ob ihm eine ausserordentliche Bewilligung nach Art. 24 ff. RPG erteilt werden kann.

4.1. Art. 24 RPG erfasst sowohl die Neuerstellung standortgebundener Bauten als auch Änderungen an bestehenden Bauten (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 425). Nach Art. 24 RPG können nicht zonenkonforme Bauten ausserhalb der Bauzonen ausnahmsweise bewilligt werden, wenn der Zweck einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordert (sog. Standortgebundenheit; lit. a), und wenn keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 125 II 281, BGE 1A. 186/1999 vom 4. Mai 2000) stimmt der Begriff der Zonenkonformität im Sinne von

Art. 16a Abs. 1 RPG im wesentlichen mit demjenigen der Standortgebundenheit nach Art. 24 lit. a RPG überein. Folglich ist, wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, im vorliegenden Fall auch die Standortgebundenheit zu verneinen. Lediglich der Vollständigkeit halber sei deshalb angemerkt, dass der Beschwerdeführer seine Kühe auch in einem Pensionsstall unterbringen kann, wie die Vorinstanz zutreffend angemerkt hat (vgl. Bundesamt für Raumentwicklung, Wegleitung «Pferd und Raumplanung», Bern 2003, S. 16). Bezüglich des geplanten Holzunterstandes fällt in Betracht, dass die Holzschnitzel problemlos in der Bauzone gelagert werden können, insbesondere da sie ohnehin früher oder später zum Haus des Beschwerdeführers transportiert werden müssen. Zudem steht es dem Beschwerdeführer frei, sein Holz in Waldnähe (zum Beispiel auf dem Vorplatz seines Weidstalles) zu häckseln. Wie das ARE bereits im Rekursverfahren zutreffend ausführte, ist nichts dagegen einzuwenden, wenn der Beschwerdeführer sein Holz in Waldnähe häckseln, indes bedeutet dies nicht, dass er die Holzschnitzel auch dort zu lagern braucht. Zudem gehört dem Beschwerdeführer ein Stall in unmittelbarer Nähe des Weidstalls, welcher zur Lagerung der Holzschnitzel verwendet werden könnte. Die Frage, ob den Bauvorhaben des Beschwerdeführers keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 lit. b RPG), braucht nicht mehr beantwortet zu werden, da die Bauvorhaben bereits an der fehlenden Standortgebundenheit scheitern.

25

Art. 16a Abs. 1, Art. 22 Abs. 2 lit. a, Art. 24 Abs. 1 RPG (SR 700), Art. 34 RPV (SR 700.1). Der Anbau von vier Pferdeboxen, einer Abfohlboxe und weiterer Räumlichkeiten an ein Mehrzweckgebäude ausserhalb der Bauzone dient der hobbymässigen Pferdehaltung und ist weder zonenkonform noch standortgebunden.

Verwaltungsgericht, 9. Mai 2007

Aus den Erwägungen:

3. Streitig ist, ob das Bauvorhaben dem Zweck der Landwirtschaftszone entspricht und deshalb ordentlich bewilligt werden kann.

3.1. Nach Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG setzt die Erteilung einer Bewilligung voraus, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der jeweiligen Nutzungszone entsprechen. In der Landwirtschaftszone zonenkonform sind nach Art. 16a Abs. 1 RPG Bauten und Anlagen, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (vgl. auch Art. 20 Abs. 2 BauG).

3.1.1. In der Landwirtschaftszone zonenkonform sind nach Art. 34 Abs. 1 erster Satzteil RPV Bauten und Anlagen und somit auch Ökonomiegebäude, wenn sie der bodenabhängigen Bewirtschaftung dienen. Für die Beurteilung der Zonenkonformität nach dieser Vorschrift ist somit nicht das «Produktmodell» massgebend, sondern das «Produktionsmodell». Zonenkonform sind Bauten und Anlagen für die Produktion verwertbarer Erzeugnisse aus Pflanzenbau und Nutztierhaltung. Ist die betriebliche Notwendigkeit für ein Ökonomiegebäude gegeben, so ist eine gewisse Betriebsreserve zonenkonform, wenn ein erhöhter Bedarf absehbar ist (vgl. B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz.404 mit Hinweis).

3.1.2. Nach Art. 34 Abs. 4 RPV darf die Bewilligung nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (lit. a). Ökonomiegebäude sind zonenkonform, wenn sie nach den Massstäben vernünftiger bäuerlicher Betriebsführung und örtlich herrschender Betriebsformen zur landwirtschaftlichen (bodenabhängigen) Produktion in der gewählten Sparte unmittelbar benötigt werden (vgl. P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 174 mit Hinweis auf BGE 117 Ib 279). Bauten und Anlagen für die Tierhaltung können nur als zonenkonform bewilligt werden, wenn der Landwirtschaftsbetrieb über eine ausreichende eigene Futterbasis verfügt und die Tiere nicht überwiegend mit zugekauften Futtermitteln ernährt werden. Je nach Art der Nutzung muss ein angemessener, jedenfalls überwiegender Anteil betriebseigener Futtermittel verfügbar sein (vgl. BGE 117 Ib 279). Sodann dürfen der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 34 Abs. 4 lit. b RPV). Lenkender Massstab der in Art. 34 Abs. 4 lit. b RPV verankerten Interessenabwägung bilden namentlich die Ziele und Grundsätze der Raumplanung gemäss Art. 1 und 3 RPG. Mit raumplanerischen Massnahmen sollen unter anderem die natürlichen Lebensgrundlagen geschützt, das soziale, wirtschaftliche und kulturelle Leben in den einzelnen Landesteilen gefördert und die ausreichende Versorgungsbasis des Landes gesichert werden. Dabei ist darauf zu achten, dass die Landschaft geschont, die Landwirtschaft über genügend Flächen geeigneten Kulturlandes verfügt und naturnahe Landschaften und Erholungsräume erhalten bleiben. Diesen Zielsetzungen dient auch die Sicherung der Existenzfähigkeit landwirtschaftlicher Betriebe (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 2003, 1A.154/2002, in: ZBI 105/2004 S. 110 mit Hinweis auf BGE 117 Ib 270 E. 4b/bb). Sodann muss der Betrieb gemäss Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV voraussichtlich länger bestehen können. Mit dieser Vorgabe soll sichergestellt werden, dass in der Landwirtschaftszone keine unnötigen neuen Bauten und Anlagen bewilligt werden, die bereits nach kurzer Zeit wieder leer stehen (vgl. Hänni, a. a. O., S. 175 mit Hinweis).

3.1.3. Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft sind nach Art. 34 Abs. 5 RPV ausdrücklich nicht zonenkonform.

Freizeitlandwirtschaft ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind dadurch gekennzeichnet, dass die Umschreibung des Tatbestands un-

bestimmt ist. Die betreffende Norm bedient sich Worten, die – aus sich heraus – keinen genügenden Aufschluss darüber geben, ob ein bestimmter Sachverhalt noch unter den Normtatbestand fällt oder nicht. Die nähere Bestimmung eines unbestimmten Rechtsbegriffs wird als Rechtsfrage angesehen. Das in der Kognition grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht ist somit befugt, die Konkretisierung durch die Vorinstanz frei zu überprüfen. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts darf einer vertretbaren Auslegung eines unbestimmten Begriffs durch die Verwaltung bzw. durch die Vorinstanz die Anerkennung indessen nicht versagt werden (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 724 und 725 mit Hinweisen).

Die Frage, ob Bauten und Anlagen nicht Haupt- oder Nebenerwerbsbetrieben dienen, sondern der Freizeitlandwirtschaft, lässt sich nach den Richtlinien des Bundesamtes für Raumentwicklung zur RPV (S. 32) im Einzelfall auf Grund verschiedener Indikatoren feststellen. Danach fehlt es im Fall einer Freizeitlandwirtschaft beispielsweise an der Gewinn- bzw. Ertragsorientierung. Ein Indiz dafür, dass Hobby-Landwirtschaft betrieben wird, kann auch im Umstand gesehen werden, dass gewisse Mindestgrössen, etwa jene, die zum Bezug von Direktzahlungen berechtigt, nicht erreicht werden. Für die Beantwortung der Frage, ob im konkreten Fall Freizeitlandwirtschaft vorliege, kann unter Umständen auch auf den auf dem Betrieb bestehenden Arbeitsbedarf – bemessen in Standard-Arbeitskräften oder Standard-Arbeitstagen – abgestellt werden. Auf die Setzung starrer Grenzwerte ist jedoch bewusst verzichtet worden, damit einzelfallgerechte Lösungen möglich bleiben.

Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei der Beurteilung, ob es sich um einen Betrieb von zonenwidriger Freizeitlandwirtschaft oder einen zonenkonformen landwirtschaftlichen Haupt- oder Nebenerwerbsbetrieb handelt, auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen. Die landwirtschaftliche Bewirtschaftung im Sinn von Art. 16a RPG unterscheidet sich von der Freizeitlandwirtschaft insbesondere durch einen dauernden, auf Wirtschaftlichkeit ausgerichteten oder organisierten Einsatz von Kapital und Arbeitskraft in einem wirtschaftlich bedeutenden Umfang (vgl. Urteil 1A.64/2006 vom 7. November 2006, das ein Projekt im Kanton St.Gallen betrifft, mit Hinweis auf Urteil 1A.256/2005 vom 20. März 2006 und auf die Wegleitung «Pferd und Raumplanung» des Bundesamtes für Raumentwicklung, Bern 2003, S. 9).

Sodann hat das Bundesgericht im erwähnten Urteil vom 7. November 2006 unter Hinweis auf das Urteil 1A.134/2002 vom 17. Juli 2003, publiziert in ZBI 106/2005 S. 158 ff., und das Urteil 1A.256/2005 vom 10. März 2006 erwogen, für die Bejahung eines landwirtschaftlichen Betriebs sei der Arbeits- und Zeitaufwand nicht allein ausschlaggebend. Der zeitliche Aufwand für Freizeitbeschäftigungen könne beträchtlich sein, ohne dass bereits eine berufliche Tätigkeit vorliege. Auch die Tatsache, dass der Betrieb die Anforderungen für Direktzahlungen erfülle, lasse weder darauf schliessen, dass der Betrieb längerfristig bestehen könne, noch darauf, dass ein dauernder, auf Wirtschaftlichkeit gerichteter und organisierter Einsatz

von Kapital und Arbeit in einem wirtschaftlich bedeutenden Umfang geleistet werde. Sodann könne ein jährliches Einkommen von Fr. 16 317.– (inkl. Direktzahlungen) aus Tierhaltung kaum als existenzsichernd bezeichnet werden. Selbst wenn davon ausgegangen werde, dass der Betrieb momentan ein Einkommen generiere, das als gewinnorientiert zu bezeichnen wäre, sei damit nicht belegt, dass der Betrieb im Sinn von Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV voraussichtlich länger bestehen könne. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht weiter ausgeführt, eine Absichtserklärung, wonach die 19-jährige Tochter des Gesuchstellers bestrebt sei, den Generationenwechsel sicherzustellen, und wonach ein Landwirt andernfalls bereit sei, das Anwesen in Pacht zu nehmen, genüge nicht, um den Nachweis einer längerfristigen Existenzfähigkeit zu erbringen. Zu berücksichtigen sei ferner, dass der Gesuchsteller mit Erreichen des 65. Altersjahrs gemäss Art. 19 der Verordnung über die Direktzahlungen (SR 910.13, abgekürzt DZV) keine Direktzahlungen mehr erhalte.

In der Botschaft zu einer Teilrevision des RPG vom 2. Dezember 2005, die auch Erleichterungen für die hobbymässige Tierhaltung in der Landwirtschaftszone beinhaltet, wird festgehalten, als hobbymässig seien Tierhaltungen anzusehen, welche nicht auf die Erzielung eines Erwerbseinkommens ausgerichtet seien, sondern durch die Eigentümerinnen und Eigentümer der Tiere aus Liebhaberei ausgeübt würden und der Freizeitgestaltung dienen (vgl. BBl 2005 S. 7114).

3.1.4. Der Beschwerdeführer vertritt den Standpunkt, im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz könne nicht von Hobby-Landwirtschaft gesprochen werden, weil die Investitionen, mit denen er ein zweites Mehrzweckgebäude erstellen wolle, darauf ausgerichtet seien, einen grösseren Betriebsgewinn zu erwirtschaften. Die Preissenkungen für landwirtschaftliche Produkte zwingen die Bauernfamilien zur Nischenproduktion. Zudem verlange die Landwirtschaftsgesetzgebung, dass auf eigenes Risiko produziert werde. Aus diesem Grund seien Durststrecken unvermeidbar und Gewinn müsse sofort wieder in den Betrieb investiert werden, damit noch effizienter gearbeitet werden könne. Somit könne zur Zeit kein steuerbarer Gewinn erzielt werden. In Zukunft, wenn die Landwirtschaft etwas weniger reguliert sei, werde dies indessen möglich sein. Es gehe nicht an, unternehmerisch denkende Landwirte auszumerzen.

Der Beschwerdeführer plant, im erweiterten Mehrzweckgebäude in vier Boxen und einer Abfohlboxe etwas mehr Pferde als heute zu halten und zu züchten. Den bestehenden Gebäudeteil will er offenbar gemäss den Vorgaben des Entscheids des Planungsamtes vom 2. Dezember 1997 nutzen, indem der dort Schafe züchtet (40 Mutterschafe) und Hühner und andere Kleintiere hält. Die Vorinstanz hat erwogen, damit lasse sich trotz Direktzahlungen im Betrag von rund Fr. 12 000.– kein ins Gewicht fallendes Erwerbseinkommen erzielen. Der Beschwerdeführer macht zwar geltend, im Jahr 2006 hätten die Einnahmen mit dem Eigenverbrauch rund Fr. 19 000.– betragen und die Investitionen, die er tätigen wolle, seien zukunftsgerichtet und gewinnorientiert. Er verzichtet indessen darauf, nachvollziehbare Betriebsdaten und andere Unterlagen einzureichen, um die Bewilligungsfähigkeit sei-

nes Projekts bzw. die längerfristige Existenzfähigkeit des Betriebs zu belegen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 2006 i. S. A. B., 1A.64/2006). Die nicht näher begründete Behauptung, die etwas erweiterte Zucht von Freibergpferden werde es in Zukunft ermöglichen, ein ins Gewicht fallendes Erwerbseinkommen zu erzielen, lässt für sich allein nicht darauf schliessen, der Betrieb könne in der vom Beschwerdeführer geplanten Art voraussichtlich längerfristig bestehen; auch die Wegleitung «Pferd und Raumplanung» des Bundesamtes für Raumentwicklung verlangt unter dem Titel «Merkmale landwirtschaftlicher Pferdezucht» u. a., dass in einem Betriebskonzept darzulegen ist, wie der Betriebszweig «Pferdezucht» in den bestehenden Landwirtschaftsbetrieb integriert wird. Unbestritten geblieben ist sodann, dass die Bewirtschafterin in acht Jahren das 65. Altersjahr erreichen und damit den Anspruch auf Direktzahlungen verlieren wird (vgl. Art. 19 Abs. 1 DZV). Ohne diese Beiträge werden längerfristig somit noch weit weniger Einnahmen erzielt, als dies heute der Fall ist. Der Beschwerdeführer behauptet zwar, Direktzahlungen würden auch nach diesem Zeitpunkt entrichtet, weil seine im Jahr 1974 geborene Tochter, die nach eigenen Angaben gelernte Hauswirtschafterin ist, die erforderliche landwirtschaftliche Aus- bzw. Weiterbildung nachholen und den Betrieb übernehmen werde (vgl. dazu Art. 2 DZV), vorausgesetzt die erforderliche Infrastruktur stehe zur Verfügung. Abgesehen davon, dass mit der Betriebsübernahme durch die Tochter des Beschwerdeführers nicht auf die längerfristige wirtschaftliche Rentabilität des Betriebs geschlossen werden könnte, ist eine solche Absichtserklärung, wie dargelegt, nicht geeignet, den Nachweis zu erbringen, es werde ein Generationenwechsel stattfinden.

3.2. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Baubewilligung sei zu erteilen, weil es andernfalls nicht möglich sei, die Tiere entsprechend den Vorgaben der Tierschutzgesetzgebung zu halten. Seit dem Jahr 1998 würden die Schafe im Sinn einer Notlösung auf dem Mistlagerplatz untergebracht und es sei ihm ein Anliegen, den Tieren bessere Haltungsbedingungen zu bieten. Die prekären Platzverhältnisse hätten zudem dazu geführt, dass der Schafbestand erheblich habe reduziert werden müssen, was zu finanziellen Einbussen geführt habe. Deshalb habe man sich für ein zweites Nischenprodukt, die Pferdezucht, entschieden.

Zutreffend ist, dass Nutztiere, so auch Pferde und Schafe, entsprechend den Vorgaben der eidgenössischen Tierschutzgesetzgebung zu halten sind. Dazu gehören die Vorschriften, die der Bundesrat über das Halten von Tieren, namentlich über Mindestabmessungen, Beschaffenheit, Belichtung und Belüftung der Unterkünfte, Belegungsdichte bei Gruppenhaltung sowie Anbindevorrichtungen erlassen hat (vgl. die Vorschriften der Tierschutzverordnung, SR 455.1). Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die räumlichen Verhältnisse, wie sie heute bestehen, bei weitem nicht ausreichen, um gleichzeitig Schafe und Pferde zu züchten. Dies bedeutet indessen nicht, dass er selber bestimmen kann, wie viele Schafe und Pferde er (tierschutzkonform) in der Landwirtschaftszone halten und züchten will bzw.

dass die dazu erforderlichen Bauten und Anlagen als zonenkonform zu bewilligen sind. Vielmehr hat der Beschwerdeführer den tierschutzrechtlichen Vorgaben dadurch Rechnung zu tragen, dass er das bestehende Mehrzweckgebäude dem verbindlich erklärten Projektplan «Grundrisse/Schnitt A-A» vom 22. April 1997 entsprechend für die Haltung von 40 Mutterschafen mit ihren Lämmern sowie für Hühner und andere Kleintiere nutzt und auf die Pferdezucht verzichtet.

3.3. Der Beschwerdeführer beruft sich weiter darauf, es treffe nicht zu, dass das Futterpotenzial seines Betriebs nicht ausreiche, um mehr und andere Tiere zu halten, als dem Entscheid des Planungsamtes vom 2. Dezember 1997 zu Grunde liegen. Die Vorinstanz hat die Frage offen gelassen, ob der Betrieb auch dann als bodenabhängig bezeichnet werden kann, wenn neben der Schafzucht (40 Mutterschafe mit Lämmern) auch Pferdezucht (zwei Zuchtstuten mit mindestens zwei Fohlen und Jungpferden) betrieben wird. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang immerhin, dass der Betrieb nach der Darstellung des ARE über ein Trockensubstanzpotential (TS-Potential) von rund 300 q verfügt, dass 40 Mutterschafe und 35 Lämmer bereits einen Bedarf von rund 400 q TS haben und dass sich dieser Bedarf mit der Pferdehaltung erhöht (vgl. die TS-Bedarfswerte in der Vollzugshilfe «Deckungsbeitrags- und Trockensubstanzkriterium nach Art. 36 RPV» des Bundesamtes für Raumentwicklung). Somit ist zu bezweifeln, ob die vom Beschwerdeführer geplante Tierhaltung als bodenabhängig im Sinn von Art. 34 Abs. 4 lit. a RPV bezeichnet werden könnte.

4. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass das Projekt des Beschwerdeführers dem Zweck der Landwirtschaftszone nicht entspricht und dass eine ordentliche Baubewilligung nach Art. 22 Abs. 2 RPG zu Recht nicht erteilt worden ist. Insofern erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Zu prüfen ist weiter, ob eine Ausnahmbewilligung hätte erteilt werden müssen.

Nach Art. 24 Abs. 1 RPG können abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder ihren Zweck zu ändern, wenn: der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (lit. a); keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (lit. b). Nicht zonenkonforme Bauten sind erlaubt, wenn sie standortgebunden sind. Positive Standortgebundenheit bedeutet Angewiesensein auf eine bestimmte Lage. Standortgebundenheit kann technischer oder betriebswirtschaftlicher Natur sein; sie kann sich auch aus der Bodenbeschaffenheit ergeben (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 426 mit Hinweisen). An die Standortgebundenheit sind strenge Anforderungen zu stellen, um der Zersiedelung der Landschaft entgegenzuwirken. Sie muss einem aktuellen und tatsächlichen Bedarf entsprechen und fehlt, wenn sie im Hinblick auf eine künftige, sich nur möglicherweise realisierende Situation behauptet wird (vgl. Hänni, a. a. O., S. 208 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stimmt der Begriff der Zonenkonformität im Wesentlichen mit demjenigen der Standortgebundenheit im Sinn

von Art. 24 Abs. 1 RPG überein (vgl. BGE 125 II 281, 121 II 310). Eine Baute, die der hobbymässigen Landwirtschaft und damit auch der hobbymässigen Pferdezucht dient, ist ausserhalb der Bauzone nicht standortgebunden (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 1994, 1A.90/1993, publiziert in ZBI 96/1995 S. 178 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Demgegenüber hat das Bundesgericht im erwähnten Urteil den Pferdestall für die hobbymässige Pferdehaltung im Rahmen eines Landwirtschaftsbetriebs als standortgebunden im Sinn von Art. 24 Abs. 1 RPG bzw. als in der Landwirtschaftszone zonenkonform betrachtet. Im vorliegenden Fall liegt indessen, wie ausgeführt, Hobby-Landwirtschaft vor und die geplante Erweiterung des Mehrzweckgebäudes soll der hobbymässigen Pferdezucht dienen. Die Vorinstanz hat die Standortgebundenheit des Projekts in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung deshalb zu Recht verneint. Eine Ausnahmewilligung nach Art. 24 RPG fällt ausser Betracht.

26

Art. 22 Abs. 1 und Art. 16a Abs. 1 RPG (SR 700), Art. 34 Abs. 3 und 4 RPV (SR 700.1). Die in eine Scheune in der Landwirtschaftszone eingebaute Wohnung ist nicht zonenkonform, wenn sie weder betriebsnotwendig ist noch als Wohnraum für die abtretende Generation bewilligt werden kann.

Verwaltungsgericht, 27. Februar 2007

Aus den Erwägungen:

4. Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung für eine Bewilligung ist nach Art. 22 Abs. 2 RPG, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (lit. a) und dass das Land erschlossen ist (lit. b). In der Landwirtschaftszone zonenkonform sind nach Art. 16a Abs. 1 RPG Bauten und Anlagen, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung nötig sind (vgl. auch Art. 20 Abs. 2 BauG). Nach Art. 34 Abs. 4 RPV darf die Bewilligung nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (lit. a), der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b) und der Betrieb voraussichtlich länger bestehen kann (lit. c).

4.1. Mit Art. 16a RPG sollte an den strengen Kriterien, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die Zonenkonformität aufgestellt hatte, festgehalten werden (vgl. ZBI 2002 S. 585 mit Hinweis u. a. auf Botschaft des Bundesrates zu einer Teilrevision des RPG vom 22. Mai 1996, BBl 1996 III 533). Davon ging auch der Verordnungsgeber beim Erlass der konkretisierenden Norm von Art. 34 Abs. 3

RPV aus. Danach sind Bauten für den Wohnbedarf zonenkonform, wenn der Wohnbedarf für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich ist, einschliesslich des Wohnbedarfs der abtretenden Generation (vgl. B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 405 mit Hinweis auf ZBI 2002 S. 585 und Pra 2001 Nr. 143, S. 585).

Die Unentbehrlichkeit richtet sich weder nach den subjektiven Vorstellungen und Wünschen des Gesuchstellers noch nach der persönlichen Zweckmässigkeit und Bequemlichkeit. Vielmehr ist in jedem einzelnen Fall anhand objektiver Kriterien zu prüfen, ob eine betriebliche Notwendigkeit besteht, ausserhalb der Bauzonen Wohnsitz zu nehmen. Dabei ist zu unterscheiden, in welchem Umfang eine ständige Anwesenheit des Bewirtschafters und der betrieblich benötigten Arbeitskräfte notwendig ist. Diese Beurteilung hängt insbesondere von Art und Umfang der betriebsnotwendigen Überwachungsaufgaben, von der Distanz zur nächsten Wohnzone sowie von der Frage ab, ob das Gewerbe hauptberuflich ausgeübt wird. Ist die Betriebsführung auch von der Wohnzone aus möglich oder verlangen die betrieblichen Verhältnisse keine dauernde Anwesenheit, fehlt es am erforderlichen sachlichen Bezug des Bauvorhabens zur landwirtschaftlichen Produktion (vgl. Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 16a N 14). In der Landwirtschaftszone sind somit nur solche Wohngebäude zonenkonform, die in ihrer konkreten Ausgestaltung für eine zweckmässige Bewirtschaftung des Bodens am vorgesehenen Standort notwendig und nicht überdimensioniert sind. Der landwirtschaftliche Zweck darf nicht bloss Vorwand sein, um ein Bauvorhaben zu verwirklichen, das für die Bewirtschaftung des Bodens nicht erforderlich ist. Das Vorrecht, ausserhalb der Bauzone zu wohnen, bleibt daher einem relativ engen Personenkreis vorbehalten. Dazu zählen nur Leute, die als Betriebsinhaber oder Hilfskraft unmittelbar in der Landwirtschaft tätig sind, ihre Familienangehörigen sowie die abtretende Generation, welche ein Leben lang in der Landwirtschaft tätig war (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 405 mit Hinweis auf BGE 121 II 310 Erw. 3b; ZBI 1995 S. 378 f. Erw. 3a und BGE 121 II 68 f. Erw. 3a mit Hinweisen; vgl. auch P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 175 mit Hinweisen).

Allein aus dem Bestand des Gebäudes lässt sich kein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung ableiten (vgl. ZBI 1995 S. 378 mit Hinweis auf BGE 112 Ib 277 Erw. 6b). Was das Personal anbetrifft, ist ferner zu berücksichtigen, wie weit das zu bewirtschaftende Land von der nächsten Bauzone entfernt liegt. Soweit betrieblich eine ständige Anwesenheit des Personals nicht erforderlich ist, gilt dessen Wohnraum nur dann als zonenkonform, wenn die nächste Wohnzone weit entfernt und schwer erreichbar ist. Letzteres ist nicht anzunehmen, wenn ein Fussmarsch von 20–30 Minuten erforderlich ist, um an den Betriebsort zu gelangen (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 405 mit Hinweis auf BGE 116 Ib 230 Erw. 3a, 113 Ib 142 Erw. 5a, 121 II 69 Erw. 3a und 117 Ib 268 Erw. 2b; vgl. auch ZBI 1995 S. 378 mit Hinweisen).

4.2. Unbestritten geblieben ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach zum Betrieb des Beschwerdeführers ein Wohnhaus mit sechs Zimmern und mit einer

Wohnfläche von schätzungsweise 180 m² gehört. Nicht in Frage gestellt wird weiter, dass sich im Untergeschoss dieses Hauses, welches allerdings nur als Kellergeschoss bewilligt worden ist, drei weitere Zimmer befinden, dass es mit einer neuen Küchenkombination sowie mit Dusche/WC ausgestattet ist und dass es über einen eigenen Hauseingang verfügt.

4.3. Beschwerdeführer und Vorinstanz gehen davon aus, dass sich der Landwirtschaftsbetrieb im Aufbau befindet und dass ein Betriebsleiter erforderlich ist, der dort Wohnsitz nimmt. Nicht in Frage gestellt wird weiter, dass die Bewirtschaftung der Obstkulturen inkl. der bodenunabhängigen Erdbeerkulturen mit Folientunnels 19 157 Stunden Arbeitskraft beansprucht und dass für die Betriebsleitung zusätzlich mit rund 5 000 Stunden Arbeitskraft zu rechnen ist. Auch nach Auffassung der Vorinstanz ist für die Bewirtschaftung des Betriebs nach Abschluss der Aufbauphase deshalb eine zweite Arbeitskraft mit Fachausbildung erforderlich, wobei diese nicht auf dem Hof leben muss.

4.3.1. Der Beschwerdeführer vertritt den Standpunkt, die gegenseitige Stellvertretung bei der Überwachung der Düngungsanlagen, der Folientunnels und anderer Einrichtungen bedinge, dass nicht nur der Betriebsleiter auf dem Hof lebe, sondern auch der künftige Betriebsleiter-Stellvertreter. Er verzichtet indessen darauf, näher zu begründen, warum Kontrollarbeiten die dauernde Anwesenheit einer zweiten Person unabdingbar machen. Hinzu kommt, dass der Betrieb des Beschwerdeführers nur rund 1,3 km von der nächstgelegenen Wohnzone entfernt liegt und dass er deshalb selbst zu Fuss innert nützlicher Frist ohne weiteres erreichbar ist. Somit besteht kein Grund zur Annahme, der künftige Angestellte des Beschwerdeführers müsse der-einst aus betrieblichen Gründen am Arbeitsort leben. Selbst wenn dies der Fall wäre, würde dessen Unterbringung überdies keinen zusätzlichen Wohnraum erfordern, weil im Wohnhaus des Beschwerdeführers, der keine Familie hat, unbestrittenermassen genügend Raum vorhanden ist. Dieser beabsichtigt selber, das Wohnhaus zusammen mit seinem künftigen Angestellten und Praktikanten zu bewohnen.

4.3.2. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz erfordere sein Betrieb mehr als zwei qualifizierte Arbeitskräfte, insbesondere auch, weil die Erzeugnisse vermarktet werden müssten. Seine Mutter übernehme bereits heute bei Bedarf (Arbeitsspitzen, Abwesenheiten, personelle Engpässe) verschiedene Führungsaufgaben und unterstütze ihn mit Rat und Tat. Sodann sei sie für das leibliche Wohl der Personen besorgt, die auf dem Betrieb arbeiteten. Sie müsse deshalb dauernd anwesend sein und für ihre Unterbringung sei zusätzlicher Wohnraum unabdingbar. Es sei beabsichtigt, dass seine Mutter in der 2 1/2-Zimmer-Wohnung in der Scheune Wohnsitz nehme. Zum Beweis legt er die Mitteilung der Kündigung der Mietwohnung seiner Mutter in R. ins Recht, sowie einen Mietvertrag, wonach er ihr ab 1. Oktober 2006 ein «Stöckli über Degustationsraum» vermietet.

Es ist nicht ersichtlich, warum es für die ordnungsgemässe Bewirtschaftung des Betriebs des Beschwerdeführers unabdingbar sein soll, dass seine Mutter, die bei

Bedarf mithilft, dort Wohnsitz nimmt. Hinzu kommt, dass die Feststellung der Vorinstanz unbestritten geblieben ist, dass sie im Umfang eines Arbeitspensums von 80 Prozent als Kindergärtnerin tätig ist. Ihre gelegentliche Mitarbeit auf dem Betrieb rechtfertigt es deshalb nicht, zusätzlichen Wohnraum zu bewilligen.

4.3.3. Auch für den Fall, dass der Beschwerdeführer jeweils einen Lehrling ausbilden oder zwei Praktikanten beschäftigen sollte, besteht kein Bedarf nach zusätzlichem Wohnraum auf dem Betrieb. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er mangels Qualifikation zum heutigen Zeitpunkt keine Lehrlinge ausbilden darf und dass auf dem Betrieb keine Praktikanten arbeiten. Auch wenn er zu einem späteren Zeitpunkt auszubildende Personen beschäftigen sollte, wäre ihre dauernde Anwesenheit aus betrieblichen Gründen nicht erforderlich. Zudem könnten sie im Wohnhaus des Beschwerdeführers untergebracht werden, zumal Lehrlinge und Praktikanten lediglich je ein Einzelzimmer benötigen und Praktikanten gemäss seinen eigenen Angaben zudem nicht das ganze Jahr über, sondern nur saisonal auf dem Betrieb beschäftigt würden. Dementsprechend führt der Beschwerdeführer selber aus, er beabsichtige, zusammen mit den Praktikanten im Wohnhaus zu wohnen. Auch Erntehelfer werden wie Praktikanten jeweils nur für eine zeitlich begrenzte Dauer und zudem für die Verrichtung bestimmter Arbeiten eingesetzt, weshalb sie ebenfalls nicht dauernd auf dem Betrieb anwesend sein müssen. Diese Hilfskräfte können ebenfalls in der nahe gelegenen Wohnzone untergebracht werden oder aber in Wohncontainern, die gemäss Angaben der Vorinstanz während der Erntezeit jeweils aufgestellt werden dürfen. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass es der Beschwerdeführer aus ökonomischen und ästhetischen Gründen vorziehen würde, die Erntehelfer jeweils im Wohnhaus zu beherbergen.

4.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Vorwurf des Beschwerdeführers, der angefochtene Entscheid sei willkürlich, weil die Vorinstanz weiteren Wohnraum unter dem Gesichtspunkt des Raumplanungsrechts als nicht betriebsnotwendig erachte, unbegründet ist. Deshalb ist die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

5. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, weil der Scheunenumbau zu Wohnzwecken als Altenteil für seine Mutter hätte bewilligt werden müssen.

5.1. Wohnraum für die abtretende Generation gilt nach Art. 34 Abs. 3 RPV nur als zonenkonform, wenn es sich um Personen handelt, die den betreffenden Betrieb geführt haben und ein Leben lang in der Landwirtschaft tätig waren (vgl. Heer, a. a. O., Rz. 406 mit Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 22. August 2001, 1A.19/2001, publiziert in ZBl 2002 S. 586 f.). Die Voraussetzung, dass die abtretende Generation vor dem Rückzug aus dem Berufsleben den Hof selber bewirtschaftet und dort gelebt haben muss, folgt aus dem Zweck des Altenteilsrechts. Dieses soll dem Bewirtschafter sein Vorrecht, ausserhalb der Bauzonen zu wohnen, auch im Ruhestand sichern. Es wäre aus sozialen Gründen unbillig, den Bauern, der ein Leben lang den Hof geführt hat, nach der Übergabe des Betriebs zum Verlassen seiner vertrauten Umgebung zu zwingen. Sein Verbleiben auf dem Hof erleichtert zudem die landwirt-

schaftliche Generationenfolge. Der bisherige Betriebsinhaber kann den Nachfolger mit Rat und Tat unterstützen und bei Bedarf gelegentlich einspringen. Das Altenteilsrecht trägt auch dazu bei, dass die Leitung von Landwirtschaftsbetrieben rechtzeitig in jüngere Hände gelegt wird. Diese Zielsetzungen schliessen es aus, das Altenteilsrecht auch auf ehemalige Landwirte auszudehnen, die den Betrieb bisher nicht geführt und nicht auf ihm gelebt haben. Ihnen fehlt die soziale und betriebliche Verwurzelung, welche die Aufrechterhaltung des Vorrechts, in der Landwirtschaftszone wohnen zu dürfen, rechtfertigen würde. Das Altenteilsrecht ist daher aufgrund seines Zwecks dem Landwirt vorbehalten, der bisher den Betrieb geführt und auf dem Hof gelebt hat (vgl. ZBI 2002 S. 586 f.). Ausserdem muss der Bedarf aktuell sein. Daran fehlt es, wenn eine Hofübergabe an die nächste Generation ungewiss ist. Im übrigen muss der für die abtretende Generation benötigte Wohnraum vorab innerhalb bestehender Gebäudevolumen befriedigt werden (vgl. Waldmann/Hänni, a. a. O., Art. 16a RPG N 14 mit Hinweisen).

5.2. Unbestritten geblieben sind die Feststellungen der Vorinstanz, wonach die Mutter des Beschwerdeführers den Betrieb im Jahr 1996 aus familiären Gründen (Trennung vom Ehemann) verlassen hat, nachdem sie ihn bis dahin zusammen mit ihrem damaligen Ehemann bewirtschaftet hatte. Der Vater des Beschwerdeführers blieb zwecks Einarbeitung des Sohnes weiterhin dort wohnen. Im Jahr 2000 erfolgte die Hofübergabe, und der Vater zog weg. Der Generationenwechsel hat somit bereits vor rund sechs Jahren stattgefunden, und die Mutter des Beschwerdeführers hat während rund 10 Jahren nicht auf dem Betrieb gelebt, bis sie sich im Herbst 2006 entschloss, wieder dorthin zurückzukehren. Aktenkundig ist, dass sie bis zum 30. September 2006 Mieterin einer Wohnung im nahen R. war. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer nicht behauptet, seine Mutter wolle sich aus dem Berufsleben zurückziehen und nicht mehr als Kindergärtnerin tätig sein. Bei dieser Sachlage ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, die Voraussetzungen für die Einräumung eines Altenteilsrechts seien nicht erfüllt. Der Beschwerdeführer wendet zwar ein, es wäre seiner Mutter zufolge der familiären Probleme, die zur Scheidung geführt hätten, nicht zumutbar gewesen, zwecks Erhaltung ihres Altenteilsrechts weiterhin auf dem Hof zu verbleiben. Sie sei dort indessen nach wie vor sozial und betrieblich verwurzelt. Auch wenn die Mutter des Beschwerdeführers ihr früheres Zuhause im Jahr 1996 nicht freiwillig verlassen haben sollte, steht fest, dass ihr geschiedener Ehemann im Jahr 2000, nach der Hofübergabe an den Sohn, von dort weggezogen ist. Dennoch hat die Mutter des Beschwerdeführers mit der Rückkehr auf den Betrieb ihres Sohnes bis zum Herbst 2006 zugewartet. Die Behauptung, sie sei mit ihrem früheren Zuhause nach wie vor derart verwurzelt, dass ihr eine Wohnung zugebilligt werden müsse, erscheint deshalb nicht glaubwürdig. Hätte sie eine vertiefte soziale und betriebliche Bindung zum Betrieb ihres Sohnes bewahrt, hätte sie eine Rückkehr wesentlich früher angestrebt, zumal das Wohnhaus des Beschwerdeführers genügend Raum bietet, um zwei Personen dauerhaft zu beherbergen.

5.3. Es ergibt sich somit, dass die in der Scheune erstellte Wohnung auch als Altenteil für die Mutter des Beschwerdeführers nicht bewilligt werden kann und dass der Beschwerde deshalb auch in dieser Hinsicht keine Folge zu geben ist.

27

Art. 105 ff. BauG (sGS 731.1). Eine allenfalls mangelhafte Eröffnung einer Planungszone gegenüber anderen betroffenen Grundeigentümern zieht keine Nichtigkeit gegenüber denjenigen Grundeigentümern nach sich, denen sie korrekt eröffnet wurde. Zwischen materieller und formeller Nichtigkeit ist zu unterscheiden. Die Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn stellt bei Planungszone keinen tauglichen Massstab für die Zulässigkeitsprüfung dar. Im konkreten Fall wurde ein überwiegendes öffentliches Interesse am Erlass der Planungszone bejaht, da ohne Planungszone private Grundstücksnutzungen die Durchführung der beabsichtigten Planungsmassnahme in Frage stellen oder erschweren könnten. Die Zulässigkeit der Planungszone präjudiziert die Rechtmässigkeit der geplanten Baureglementsänderung nicht. Auch wenn das Plangebiet ein grosses Gebiet bzw. sogar das gesamte Gemeindegebiet umfasst, müssen alle betroffenen Grundeigentümer individuell angeschrieben werden. Ob die mangelhafte Eröffnung gegenüber den betroffenen Grundeigentümern zu Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit führt, wurde offen gelassen.

Verwaltungsgericht, 15. März 2007

Aufgrund eines an der Parlamentssitzung vom 3. Juni 2004 für erheblich erklärten Postulats gab der Stadtrat Wil ein Gutachten in Auftrag, um die rechtlichen Möglichkeiten abzuklären, im kommunalen Recht Einschränkungen für die Erstellung von Mobilfunkanlagen vorzusehen. Gestützt auf das Gutachten wurde der Nachtrag III zum Baureglement der Stadt Wil (abgekürzt BauR) ausgearbeitet. Dieser enthält eine Ergänzung des bestehenden Art. 47 BauR mit einem vierten Absatz, welcher wie folgt lautet:

«Dachaufbauten dürfen die zulässige Firsthöhe nicht überschreiten. Davon ausgenommen sind technisch notwendige Bauteile.»

Zudem wurde im 5. Teil des Baureglements unter dem Kapitel «Anlagen, Umgebung» mit der Marginalie «Höhe, Grenzabstand» ein neuer Art. 59a BauR mit folgendem Wortlaut eingefügt:

«In Bauzonen gilt die Firsthöhe als maximal zulässige Höhe für Anlagen.

Anlagen, welche die für Kleinbauten zugelassene Firsthöhe überschreiten, haben in Bauzonen den für Bauten geltenden kleinen Grenzabstand ohne allfälligen Mehrhöhenzuschlag einzuhalten.»

An der Sitzung vom 15. Juni 2005 fällte der Stadtrat Wil folgenden Beschluss:

1. Der Nachtrag III zum Baureglement wird genehmigt und dem Baudepartement des Kantons St.Gallen zur Vorprüfung unterbreitet.
2. Das Bausekretariat wird beauftragt, den Nachtrag III zum Baureglement gemäss Art. 29 ff. BauG öffentlich aufzulegen und dem Stadtrat Bericht und Antrag an das Stadtparlament zur Genehmigung zu unterbreiten.
3. Für das ganze Gemeindegebiet wird eine Planungszone mit folgendem Inhalt erlassen:
 - Die Baukommission der Stadt Wil wird dahingehend angewiesen, dass während der Dauer der Planungszone Baubewilligungen für die Erstellung von Anlagen innerhalb der Planungszone nur erteilt werden dürfen, soweit sie der vom Stadtrat vorgeschlagenen bzw. vom Stadtparlament zu beschliessenden Neuregelung bezüglich der Regelbauweise für Anlagen entsprechen. Die Behandlung anderer Baugesuche ist zurückzustellen.
 - Die Planungszone gilt bis zum Inkrafttreten der Änderung des Baureglements, längstens für drei Jahre ab dem vorliegenden Beschluss unter Vorbehalt der Verlängerung gemäss Art. 107 Abs. 2 BauG.
4. Das Bausekretariat wird beauftragt, den Erlass der Planungszone im Sinn von Art. 108 Abs. 1 BauG öffentlich bekanntzumachen.
5. Das Departement Bau, Umwelt und Verkehr wird in Zusammenarbeit mit der Staatskanzlei beauftragt, die Information der Öffentlichkeit mit den Planauflagen zu koordinieren.

Der Nachtrag III zum Baureglement sowie die Planungszone lagen vom 27. Juni bis 26. Juli 2005 öffentlich auf. Die Planungszone wurde zudem den Mobilfunkbetreiberinnen per eingeschriebenem Brief angezeigt. Mit Eingaben vom 20. bzw. 25. Juli 2005 erhoben die TDC Switzerland AG (sunrise), die Orange Communications SA sowie die Swisscom Mobile AG Einsprache gegen den Beschluss des Stadtrates vom 15. Juni 2005 und beantragten die Aufhebung der Planungszone sowie des Nachtrages III zum Baureglement. In der Folge ergänzte der Stadtrat in seinem Bericht und Antrag an das Stadtparlament vom 14. September 2005 den neuen Art. 59a Abs. 2 BauR mit einer Sonderregelung für Anlagen in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen. Die Bestimmung lautet wie folgt:

«Anlagen, welche die für Kleinbauten zugelassene Firsthöhe überschreiten, haben in Bauzonen den für Bauten geltenden kleinen Grenzabstand ohne allfälligen Mehrhöhenzuschlag, in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen einen Grenzabstand von 6 m einzuhalten.»

Auf eine nochmalige öffentliche Auflage wurde verzichtet.

Mit Beschluss vom 2. November 2005 wies der Stadtrat die Einsprachen gegen den Nachtrag III des Baureglements (Ziff. 1) sowie gegen die Planungszone (Ziff. 2) ab. Gegen diesen Beschluss erhoben die TDC Switzerland AG (sunrise), die Orange Communications SA sowie die Swisscom Mobile AG gemeinsam Rekurs beim

Baudepartement des Kantons St.Gallen. Das Baudepartement hiess den Rekurs mit Entscheid vom 7. Juli 2006 gut und stellte fest, die vom Stadtrat Wil am 15. Juni 2005 erlassene Planungszone sei nichtig, da sie mangelhaft eröffnet worden sei. Art. 108 Abs. 1 BauG verlange, dass eine Planungszone unter Eröffnung einer Einsprachefrist von dreissig Tagen öffentlich bekannt gemacht und allen betroffenen Grundeigentümern mit eingeschriebenem Brief angezeigt werde. Vorliegend sei auf die individuelle Anzeige an alle betroffenen Grundeigentümer verzichtet und damit eine Vorschrift über die Eröffnung der Planungszone verletzt worden. Da von einer grundlegenden Verfahrensvorschrift auszugehen sei, deren offenkundige Verletzung schwer wiege, müsse von der Nichtigkeit der Planungszone ausgegangen werden. Selbst wenn aber nicht von einer nichtigen Anordnung auszugehen wäre, würde die materielle Beurteilung zum Schluss führen, dass die Planungszone nicht verhältnismässig sei. Der Rekurs wäre folglich auch aus diesem Grund gutzuheissen. Der Stadtrat Wil erhob Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Bestätigung der am 15. Juni 2005 erlassenen Planungszone. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde gut, soweit es darauf eintrat.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen die festgestellte Nichtigkeit der erlassenen Planungszone. Sie macht geltend, dass eine individuelle Anzeige an alle Grundeigentümer unpraktikabel sei und ein Unikum im gesamten st.gallischen Verwaltungsrecht darstellen würde. Das Gesetz sehe auch für den Erlass und die Änderung eines Baureglements keine individuelle Benachrichtigung vor. In einer grösseren Gemeinde würde eine Planungszone über das ganze Gemeindegebiet, wie dies namentlich im Hinblick auf bestimmte Änderungen des Baureglements sachlich angezeigt sein könne, durch das Erfordernis einer individuellen Anzeige faktisch verunmöglicht. Da das Gesetz aber das Instrument der Planungszone auch zur Sicherung von Änderungen des Baureglements zur Verfügung stelle, müsse es auch ein praktikables Vorgehen geben. Dementsprechend sollten in bezug auf Planungszonen, welche das ganze Gemeindegebiet beschlagen, nur diejenigen Grundeigentümer mit hängigem Baugesuch als «betroffen» betrachtet werden. Die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang auch die Bedeutung des III. Nachtragsgesetzes zum BauG vom 1. Dezember 1996 für die Frage der Eröffnung des Erlasses einer Planungszone unrichtig dargestellt. Namentlich seien die von der Regierung in der Botschaft erwähnten praktischen Schwierigkeiten der individuellen Anzeige bei Planungszonen, welche sich über ein grösseres Gebiet oder eine ganze Gemeinde erstreckten, in der grossrätlichen Kommission nicht erörtert worden. Diese habe sich nur zu punktuellen Änderungen des Zonenplans und räumlich begrenzten Sondernutzungsplänen geäussert. Dementsprechend greife der Schluss zu kurz, wonach der Gesetzgeber auch bei Planungszonen im Zusammenhang mit Änderungen des Baureglements, welche sich auf das ganze Ge-

meindegebiet erstrecken, eine individuelle Anzeige an alle Grundeigentümer verlange. Vielmehr sei bei einer Planungszone, die das ganze Gemeindegebiet umfasse, in bezug auf die Eröffnung nach Art. 26 VRP vorzugehen. Folglich sei auch die Beschränkung der individuellen Anzeige auf die Grundeigentümer mit hängigem Baugesuch gesetzeskonform und es liege keine mangelhafte Eröffnung des Erlasses der angefochtenen Planungszone vor. Selbst wenn aber von einer mangelhaften Eröffnung auszugehen wäre, würde sich die Planungszone entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht als nichtig erweisen. Namentlich könne nicht von einem besonders schwerwiegenden Fall die Rede sein, welcher Voraussetzung für die Annahme der Nichtigkeit wäre. Die Bekanntmachung in den amtlichen Publikationsorganen der Stadt sowie im kantonalen Amtsblatt sei gemäss Art. 26 VRP eine gesetzlich zulässige Art der Eröffnung von Verfügungen, die sich an eine grössere Zahl von Personen richteten. Der angebliche Mangel beziehe sich demnach nur auf die Art und Weise der Eröffnung, was nicht zur Nichtigkeit führen könne. Es liege auch keine Verletzung einer grundlegenden Verfahrensvorschrift vor, da nur ein Teil der Vorschriften nicht eingehalten worden sei. Im übrigen führe beispielsweise auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs lediglich zur Anfechtbarkeit, obwohl der Mangel schwerer wiege als der angebliche Eröffnungsfehler. Gegen die Annahme der Nichtigkeit spreche sodann, dass die Planungszone auch gegenüber jenen Grundeigentümern keine Wirkung entfalten könnte, denen der Erlass individuell angezeigt worden sei. Bestehe der Mangel der Eröffnung nur gegenüber einzelnen von mehreren Adressaten, so könne eine Verfügung nicht deswegen gegenüber allen Adressaten für nichtig erklärt werden. Auch die Rechtssicherheit stelle für sich keinen Grund dar, der die Nichtigkeit zur Folge haben könne, sondern führe vielmehr dazu, dass selbst ein schwerwiegender Mangel nicht die Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit zur Folge habe. Unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsprinzips wäre die Vorinstanz schliesslich gehalten gewesen, die Beschwerdeführerin gegebenenfalls anzuweisen, die individuelle Anzeige nachzuholen.

2.1. Gemäss Art. 108 Abs. 1 BauG werden der Erlass und die Verlängerung der Frist einer Planungszone unter Eröffnung einer Einsprachefrist von dreissig Tagen öffentlich bekannt gemacht und allen betroffenen Grundeigentümern mit eingeschriebenem Brief angezeigt. Die amtliche Bekanntmachung erfolgt auch im kantonalen Amtsblatt.

Der Stadtrat Wil beauftragte in Ziff. 4 des Beschlusses vom 15. Juni 2005 das Bausekretariat, den Erlass der Planungszone im Sinn von Art. 108 Abs. 1 BauG öffentlich bekanntzumachen. In der Folge wurde die Planungszone öffentlich aufgelegt und in den amtlichen Publikationsorganen der Stadt sowie im Amtsblatt des Kantons St. Gallen publiziert. Den Beschwerdegegnerinnen sowie den Grundeigentümern mit hängigem Baugesuch wurde die Planungszone mit eingeschriebenem Brief angezeigt. Dagegen unterblieb eine individuelle Anzeige an die übrigen Grundeigentümer im Gemeindegebiet. Die Vorinstanz gelangte im angefochtenen Ent-

scheid zur Auffassung, dass die Planungszone als Folge der mangelhaften Eröffnung als nichtig zu qualifizieren ist.

Ein Rechtsakt gilt nach Lehre und Rechtsprechung als nichtig, wenn ihm ein besonders schwerer und zugleich offenkundiger oder zumindest leicht erkennbarer Mangel anhaftet. Im weiteren darf die Rechtssicherheit durch die Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet und das berechtigte Vertrauen in die Gültigkeit des Rechtsaktes nicht getäuscht werden (sog. Evidenztheorie; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2006, Rz. 956; Imboden/Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl. bzw. Ergänzungsband, Basel 1996/1990, Nr. 40b IV; P. Saladin, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989, S. 544; BGE 132 II 27, 129 I 363).

Die Praxis nimmt Nichtigkeit beim Vorliegen gewichtiger Verfahrensmängel an. Unter anderem können auch schwerwiegende Eröffnungsfehler eines Rechtsaktes die Nichtigkeit nach sich ziehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 972 ff.; Saladin, a. a. O., S. 545 f.; J. Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, Diss. St. Gallen 1994, S. 149 ff.; VerwGE vom 5. März 1998 i. S. G. F.-R. und vom 18. April 2000 i. S. S.). Ob die Voraussetzungen der Nichtigkeit oder lediglich der Anfechtbarkeit gegeben sind, ist jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Betroffenen aus der mangelhaften Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 973; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 897). Daraus leitet die Rechtsprechung ab, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz schon dann Genüge getan wird, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht (BGE H.51/05 vom 18. April 2006 E. 3.2). Nichtigkeit ist im Gegensatz zur Anfechtbarkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 955; Cavelti/Vögeli, a. a. O., Rz. 556).

Es ist unbestritten, dass der Erlass der Planungszone den Beschwerdegegnerinnen gesetzeskonform eröffnet worden ist. Es stellt sich deshalb die Frage, ob eine allenfalls mangelhafte Eröffnung gegenüber anderen betroffenen Grundeigentümern auch für die Beschwerdegegnerinnen die Nichtigkeit der Planungszone zur Folge haben kann. Die Vorinstanz stellt sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt, dass es keine Rolle spiele, dass die Planungszone den Beschwerdegegnerinnen individuell angezeigt worden sei, da die Nichtigkeit von Amtes wegen festzustellen und mithin unerheblich sei, dass das Erfordernis der schriftlichen Anzeige den Beschwerdegegnerinnen gegenüber eingehalten worden sei. Diese Betrachtungsweise greift, wie im folgenden zu zeigen ist, zu kurz.

Zwar trifft es zu, dass die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten ist, indes bedeutet dies noch nicht, dass sich eine allfällige fehlerhafte Eröffnung der Planungszone, die gegenüber den betroffenen Grundeigentümern die Nichtigkeit zur Folge hat, auch gegenüber den Beschwerdegegnerinnen auswirkt. Zunächst fällt in Betracht, dass die Vorinstanz im Rekursverfahren die Rekurse der Beschwerdegeg-

nerinnen zu überprüfen hatte. Die Rechtsposition der betroffenen Grundeigentümer, die nicht individuell angeschrieben wurden, war somit nicht Gegenstand des Rekursverfahrens. Indem die Vorinstanz ihnen gegenüber gleichwohl die Nichtigkeit der Planungszone festgestellt hat, ist sie über den Gegenstand des Rekursverfahrens hinausgegangen. Ohne entsprechende Anfechtung hätte die Feststellung der Nichtigkeit nur aufsichtsrechtlich erfolgen können.

Im weiteren hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zutreffend auf die Uneinigkeit der Lehre und Rechtsprechung in bezug auf die Rechtsnatur einer Planungszone hingewiesen. Während das Bundesgericht und ein Teil der Lehre Planungszone tendenziell als Nutzungspläne behandeln, werden sie von einem anderen Teil der Lehre unter Hinweis auf die unmittelbare Wirkung auf die Betroffenen als Verfügungen betrachtet (Waldmann/Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 9 ff. zu Art. 27; A. Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, N 22 f. zu Art. 27 RPG). In Art. 108 BauG ist, wie dargelegt, die individuelle Anzeige an die Grundeigentümer vorgesehen. Die Vorschrift bezweckt den Rechtsschutz derjenigen Grundeigentümer, die von der Planungszone wie von einer Verfügung individuell und konkret in ihren privaten Interessen betroffen sind. In diesem Zusammenhang wurde bereits im angefochtenen Entscheid darauf hingewiesen, dass die Regierung in der Botschaft zum III. Nachtragsgesetz zum BauG ausgeführt hat, dass auf die im bisherigen Recht vorgesehene individuelle Anzeige an die betroffenen Grundeigentümer verzichtet werden solle. Zur Begründung wurde ausgeführt, im Vernehmlassungsverfahren sei zu Recht darauf hingewiesen worden, dass eine individuelle Benachrichtigung bei Planungszone, die sich über ein grösseres Gebiet oder die ganze Gemeinde erstrecken, eine individuelle Benachrichtigung mit vernünftigem Aufwand kaum mehr möglich sei. Ausserdem sehe das Gesetz beim Erlass oder der Änderung von Baureglement und Zonenplan auch keine individuelle Benachrichtigung der betroffenen Grundeigentümer vor. Die Beibehaltung der Anzeigepflicht bei Planungszone, die sich nur auf ein beschränktes Gebiet beziehen, würde zu verfahrensrechtlich heiklen Abgrenzungsfragen führen (Amtsblatt 1994, S. 2285). In der Folge wurde indes im Rahmen der Beratung des Gesetzesentwurfes durch die grossrätliche Kommission ein besserer Rechtsschutz der betroffenen Grundeigentümer verlangt, und es wurde in verfahrensrechtlicher Hinsicht am Erfordernis der individuellen Anzeige an alle betroffenen Grundeigentümer mit eingeschriebenem Brief festgehalten. Zur Begründung wurde angeführt, dass die Anordnung einer Planungszone einen erheblichen Eingriff in die Rechte der betroffenen Grundeigentümer darstelle und eine Planungszone nicht in erster Linie bei einer Gesamtrevision, sondern eher bei Erlass oder Änderung untergeordneter Planungsmittel angeordnet werde (Bericht der vorberatenden Kommission vom 21. August 1995 zum III. Nachtragsgesetz zum BauG Ziff. 3.18.; Protokoll der grossrätlichen Kommission betreffend III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz (22.94.10), S. 107). Vor diesem Hintergrund ist es angebracht, wie auch die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid erwogen hat

(Erw. 4. f.), in bezug auf die Frage der Eröffnung der Planungszone auf die für Verfügungen massgebenden Grundsätze abzustellen. Dabei fällt in Betracht, dass eine Verfügung, die gegenüber einem Teil der Adressaten korrekt eröffnet wurde, grundsätzlich Rechtswirkung entfaltet, unabhängig davon, ob sie allenfalls gegenüber anderen Adressaten mangelhaft eröffnet worden ist. Dies hat entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin selbst dann zu gelten, wenn sich die Verfügung als Folge der fehlerhaften Eröffnung als nichtig erweisen sollte. Fehlt beispielsweise bei einer Verfügung die erlassende Behörde, führt dies zur Nichtigkeit (Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., Rz. 975). Wurde die inhaltlich gleiche Verfügung korrekt und unter Angabe der erlassenden Behörde einem anderen Adressaten zugestellt, entfaltet diese Verfügung Rechtswirkung, und es liegt keine Nichtigkeit vor. Dies kann zwar nur für Fälle gelten, bei denen Nichtigkeit aufgrund von formellen Fehlern festgestellt wird, nicht aber, wenn die angefochtene Verfügung materiell nichtig ist. Ob in Einzelfällen bei formeller Nichtigkeit namentlich unter Berücksichtigung der Rechtssicherheit allenfalls etwas anderes zu gelten hat, kann vorliegend offenbleiben (vgl. Saladin, a. a. O., S. 553, wonach im Einzelfall abzuwägen ist, ob Nichtigkeit gegenüber allen oder nur gegenüber einzelnen Beteiligten wirken soll). Im zu beurteilenden Fall gebietet jedenfalls die Rechtssicherheit in bezug auf die Gültigkeit der Planungszone nicht die Nichtigkeit gegenüber allen betroffenen Grundeigentümern, selbst wenn sich die Planungszone gegenüber denjenigen Grundeigentümern, die nicht individuell angeschrieben wurden, als nichtig erweisen sollte. Bezüglich der Rechtssicherheit weist die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zu Recht darauf hin, dass während der Geltungsdauer der Planungszone nur mit wenigen Baugesuchen zu rechnen sein wird, die im Widerspruch zur Planungsabsicht stehen (Erw. 5. b ff.). Ausserdem wird dem Ziel, dass die Planungszone ihrem Sicherungszweck möglichst gerecht werden soll (vgl. Waldmann/Hänni, a. a. O., N 9 letzter Satz zu Art. 27 RPG), besser entsprochen, wenn bezüglich der Beschwerdegegnerinnen von der gültigen Eröffnung der Planungszone ausgegangen wird. Der Aspekt der Rechtssicherheit gebietet es folglich nicht, dass sich eine allfällige Nichtigkeit der Planungszone gegenüber anderen Grundeigentümern auch gegenüber den Beschwerdegegnerinnen auswirkt.

Aus dem Gesagten folgt, dass sich die am 15. Juni 2005 erlassene Planungszone gegenüber den Beschwerdegegnerinnen formell nicht als nichtig erweist. Soweit die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die Nichtigkeit auch gegenüber den betroffenen Grundeigentümern, die nicht individuell angeschrieben wurden, festgestellt hat, ist sie über den Gegenstand des Rekursverfahrens hinausgegangen.

2.2. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid im Sinne einer Alternativbegründung erwogen, dass sich die Planungszone bei einer materiellen Würdigung als unverhältnismässig erweise, weshalb der Rekurs auch aus diesem Grund gutzuheissen sei. Das Department kam zum Schluss, die Planungszone sei für die Betroffenen nicht zumutbar, da der Eingriffszweck nicht in einem vernünftigen Ver-

hältnis zum Eingriffsmittel stehe. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass mit der Erfüllung der Voraussetzungen der Eignung und der Notwendigkeit auch die Verhältnismässigkeit der Planungszone gewahrt sei. Die Frage der Zumutbarkeit habe der Gesetzgeber bereits beantwortet und die öffentlichen Interessen höher gewichtet als die privaten Interessen von allenfalls bauwilligen Grundeigentümern.

Da es sich bei der Frage der materiellen Rechtmässigkeit der Planungszone um eine Rechtsfrage handelt, nimmt das Verwaltungsgericht im folgenden dazu Stellung. Sollte sich die Planungszone als rechtswidrig erweisen, wäre sie aufzuheben.

Es ist unbestritten, dass Planungszonen als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen den Vorgaben von Art. 36 BV genügen müssen (Ruch, a. a. O., N 24 ff. zu Art. 27 RPG; Waldmann/Hänni, a. a. O., N 11 ff. zu Art. 27 RPG; B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, St.Gallen 2003, Rz. 270 mit Hinweis auf ABl 1994 S. 2285). Bezüglich der Frage der Zumutbarkeit, d. h. des angemessenen Verhältnisses zwischen angestrebtem Ziel und Beschränkung der Freiheit des Einzelnen, vertritt Ruch die Auffassung, dass sich diese nur aufgrund der Planungszone, nicht aber der beabsichtigten Massnahme beurteile. Die Planungszone sei eine inhaltlich unstrukturierte Massnahme, so dass die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn keinen tauglichen Massstab der Zulässigkeitsprüfung darstelle (Ruch, a. a. O., N 34 zu Art. 27 RPG). Demgegenüber beurteilen Waldmann/Hänni die Auffassung von Ruch unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung als zu absolut. Das öffentliche Interesse an der Planungszone und der damit bewirkten vorsorglichen Bau- und Veränderungssperre müsse mit den privaten Interessen der davon Betroffenen abgewogen werden. In der Regel spiele das Kriterium der Zumutbarkeit aber nur eine untergeordnete Rolle (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 17 zu Art. 27 RPG). Die von Waldmann/Hänni angerufene bundesgerichtliche Rechtsprechung bezieht sich auf den Fall, wo aus einer Planungszone hervorgehende Nutzungsbeschränkungen erst im Verlauf eines Rechtsmittelverfahrens über ein abgelehntes Baugesuch in Kraft treten (vgl. § 234 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich, LS 700.1, abgekürzt PBG; BGE 118 Ia 514 und BGE 1P.539/2003 vom 22. April 2004). Allerdings hat das Bundesgericht in einem weiteren Urteil unter Bezugnahme auf BGE 118 Ia 510 ff. festgehalten, dass die Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts, in den Fällen von § 234 PBG eine konkrete Interessenabwägung vorzunehmen, nicht geprüft worden sei, da dies im Verfahren vor Bundesgericht nicht beanstandet worden sei (BGE 1P.602/1999 E. 3 e ee vom 11. Juli 2000; in BGE 1P.539/2003 E. 2.2 vom 22. April 2004 wurde die Frage der Zulässigkeit der Interessenabwägung ebenfalls nicht aufgeworfen). § 234 PBG verlange an sich zwingend die Berücksichtigung der beantragten planungsrechtlichen Festlegungen, ohne dass den Behörden dabei ein Ermessensspielraum zukomme (BGE 1P.602/1999 E. 4 a vom 11. Juli 2000 mit Hinweis auf BGE 116 Ia 454 und 110 Ia 165). Vor diesem Hintergrund sind die Hinweise von Waldmann/Hänni auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Zumutbarkeit von Planungszo-

nen zu relativieren. Im übrigen unterscheidet sich der vorliegende Fall aber ohnehin von der vom Bundesgericht beurteilten intertemporalrechtlichen Problematik, weshalb den Präjudizien auch unter diesem Aspekt keine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Mit Blick auf den Umstand, dass es sich bei der Planungszone insofern um eine «unstrukturierte Massnahme» handelt, als bei Erlass der Planungszone in der Regel nicht feststeht, inwieweit die geänderten Verhältnisse eine Anpassung der Nutzungsordnung bedingen (Heer, a. a. O., Rz. 267 mit Hinweis), folgt das Verwaltungsgericht der Auffassung von Ruch, wonach die Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn keinen tauglichen Massstab für die Zulässigkeitsprüfung darstellt und es mit der Prüfung der Eignung und der Notwendigkeit sein Bewenden haben muss (Ruch, a. a. O., N 34 zu Art. 27 RPG). Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 2. Oktober 2006 zutreffend ausführt, stellen die Voraussetzungen der Eignung und der Erforderlichkeit in der Regel kein allzu grosses Hindernis dar bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Planungszone. Gerade in Fällen, wo sich wie vorliegend die beabsichtigte Planung über ein grösseres Gebiet erstreckt, kann die Sicherung der Entscheidungsfreiheit in der Regel nur über das Instrument der Planungszone erreicht werden (vgl. Ruch, a. a. O., N 30 f. zu Art. 27 RPG). Die umstrittene Planungszone erweist sich mithin als geeignet und erforderlich und damit als verhältnismässig.

Der Ausschluss einer Zumutbarkeitsprüfung bedeutet nicht, dass die privaten Interessen überhaupt keine Berücksichtigung finden würden. Auch für eine Planungszone muss verlangt werden, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegt. Dabei ist ein doppelter Nachweis nötig. Zum einen muss geprüft werden, ob überhaupt ein öffentliches Interesse an einer Änderung der geltenden Nutzungsplanung besteht. In einem zweiten Schritt geht es um die Frage, ob an der Errichtung einer Planungszone zur Sicherung des Revisionsvorhabens ein öffentliches Interesse besteht. Dabei ist massgeblich, ob die befristete Bau- und Veränderungssperre, welche die Planungszone nach sich zieht, zur Wahrung der Entscheidungsfreiheit der Behörden begründet erscheint (Waldmann/Hänni, a. a. O., N 12 zu Art. 27; Ruch, a. a. O., N 25 f. zu Art. 27). Nach der st.gallischen Praxis ist eine Änderung von Planungserlassen angezeigt, wenn eine summarische Überprüfung der Verhältnisse ergibt, dass die Gründe an sich geeignet erscheinen, die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für eine Änderung zu erfüllen (Heer, a. a. O., Rz. 267). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Auch Anlagen unterstehen grundsätzlich der Bewilligungspflicht und ihre Bewilligungsfähigkeit ist nur soweit eingeschränkt, als sich dies aus dem öffentlichen Recht ergibt (Art. 78 Abs. 1 und Art. 87 Abs. 1 BauG). Dementsprechend sind die Gemeinden befugt, die Bewilligungsfähigkeit von Anlagen in Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht eingehender zu regeln und auch einzuschränken (Art. 6 und 8 BauG; vgl. Heer, a. a. O., Rz. 75 ff.). Der Hinweis der Beschwerdegegnerinnen in der Vernehmlassung vom 17. November 2006 auf das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. März 2003 i. S. E. St. geht an der Sache vorbei, da im fraglichen Fall gerade kei-

ne besonderen Höhenvorschriften für Anlagen bestanden (vgl. Erw. 6). Sodann fällt in Betracht, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ortsplanerische Bestimmungen, die anderen als umweltschutzrechtlichen Interessen dienen, wie z. B. der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers, grundsätzlich möglich sind, wenn die Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung eingehalten sind (BGE 1A.129/2006 vom 10. Januar 2007 E. 5.3). Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, dass die Planungsabsicht der Beschwerdeführerin «offensichtlich rechtswidrig oder sinnlos» wäre, was dem Erlass der Planungszone entgegenstehen würde (vgl. BGE 113 Ia 365f.). Die Frage, welche konkreten Massnahmen mit dem übergeordnetem Recht vereinbar sind, kann erst in der Nutzungsplanung endgültig beantwortet werden (Ruch, a. a. O., N 25 zu Art. 27; BGE 117 Ib 247). Bezüglich des zweiten Erfordernisses fällt in Betracht, dass nach der Rechtsprechung regelmässig dann ein überwiegendes öffentliches Interesse gegeben ist, wenn ohne Planungszone private Grundstücksnutzungen die Durchführung der beabsichtigten Massnahmen in Frage stellen oder erschweren können (BGE 105 Ia 228f.). Dies ist vorliegend der Fall, wie auch die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid einräumt (Erw. 5 b ff.). Der Einwand der Vorinstanz, dass es lediglich um Fragen des äusseren Erscheinungsbildes gehe und nur wenige Baugesuche von der Planungszone betroffen sein werden, weshalb die öffentlichen Interessen gleichwohl geringer als die privaten Interessen zu werten seien, überzeugt nicht. Wesentlich ist, dass der Erlass der Planungszone zur Wahrung der Entscheidungsfreiheit bei der Nutzungsplanung begründet erscheint (Ruch, a. a. O., Rz. 26 zu Art. 27 RPG). Der Umstand, dass die Planungszone voraussichtlich nur der Verwirklichung von wenigen Baugesuchen entgegenstehen wird, kann nicht ausschlaggebend sein (vgl. BGE 116 Ia 454).

Aus dem Gesagten folgt, dass am Erlass der umstrittenen Planungszone ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht und das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt ist. Dementsprechend ist die Planungszone entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Indes ist mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass die Zulässigkeit der Planungszone die Rechtmässigkeit der geplanten Baureglementsänderung in keiner Art und Weise präjudiziert. Die Frage, welche Massnahmen mit dem übergeordneten Recht vereinbar sind, kann, wie dargelegt, erst in der Nutzungsplanung endgültig beantwortet werden.

2.3. Die Frage, ob die Planungszone denjenigen Grundeigentümern, die nicht individuell angeschrieben worden sind, gesetzeskonform eröffnet worden ist, kann im vorliegenden Verfahren nicht verbindlich entschieden werden, da die fraglichen Personen nicht Beteiligte sind. Gleiches gilt für die Frage, ob ein allfälliger Eröffnungsfehler gegenüber den betroffenen Grundeigentümern zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit führt. Indes besteht an der Beantwortung der Frage, ob die Eröffnung gesetzeskonform erfolgt ist, im Hinblick auf vergleichbare Fälle ein öffentli-

ches Interesse, weshalb im folgenden gleichwohl in allgemeiner Weise dazu Stellung genommen wird.

Die Planungszone ist ein planungsrechtliches Sicherungsmittel und kann über das ganze Plangebiet oder ein Teilgebiet davon verhängt werden. Sie ist ab Erlass sowohl im Rahmen hängiger Baubewilligungsverfahren als auch bei der Behandlung künftiger, während der Geltungsdauer eingereichter Baugesuche zu beachten (Art. 106 Abs. 1 BauG; Heer, a. a. O., Rz. 268 und 272). Folglich ist jeder Eigentümer eines Grundstücks, das innerhalb des von der Planungszone erfassten Plangebiets liegt, als «betroffen» im Sinne von Art. 108 Abs. 1 BauG zu betrachten. Dies gilt unabhängig davon, ob im Zeitpunkt des Erlasses der Planungszone ein Baugesuch hängig war oder nicht.

In den geltenden Bestimmungen über die Planungszone wird bezüglich des Verfahrens (Art. 108 Abs. 1 BauG) nicht nach Art des Erlasses oder der Änderung, zu deren Sicherung die Planungszone dienen soll, unterschieden (vgl. Art. 105 BauG). Sodann wurde bereits vorstehend (Erw. 2.1.) ausgeführt, dass der Gesetzgeber im Rahmen des III. Nachtragsgesetzes zum BauG in Abweichung von der Regierung an der individuellen Anzeige des Planungszonenerlasses festgehalten hat. Zwar trifft es zu, dass in der Kommission die von der Regierung in der Botschaft geäusserten Bedenken nicht näher diskutiert wurden. Indes wurde auch nicht in Betracht gezogen, für Planungszonen, welche sich über grössere Gebiete bzw. das gesamte Gemeindegebiet erstrecken, eine differenzierte Eröffnungsregelung vorzusehen. Unter diesen Umständen muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den von der Regierung in der Botschaft geäusserten Bedenken nicht Rechnung getragen hat und die Beibehaltung der individuellen Anzeige auch bei Planungszonen wollte, die sich auf ein grösseres Gebiet oder gar das ganze Gemeindegebiet beziehen. Es ist unbestritten, dass es einen grossen zeitlichen und finanziellen Aufwand bedeutet, wenn der Grossteil der Grundeigentümer im Gemeindegebiet angeschrieben werden muss. Indes ist dieser Aufwand im Hinblick auf den klaren Wortlaut von Art. 108 Abs. 1 BauG und den gesetzgeberischen Willen hinzunehmen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass, wie die Beschwerdeführerin zutreffend feststellt, der Erlass und die Änderung eines Baureglements keine individuelle Benachrichtigung der Grundeigentümer vorschreibt (vgl. Art. 29 Abs. 1 BauG). Es steht dem Gesetzgeber frei, die Eröffnung von Änderungen des Baureglements anders zu regeln als die Eröffnung von Planungszonen, die der Sicherung einer beabsichtigten Baureglementsänderung dienen. Dies gilt umso mehr, als den Rechtsmitteln gegen den Erlass einer Planungszone die aufschiebende Wirkung grundsätzlich entzogen ist (Art. 108 Abs. 3 BauG), während Baureglementsänderungen nach allfälligen Einspracheverfahren zusätzlich dem fakultativen Referendum unterstehen (Art. 29bis f. BauG).

Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang sodann die Berufung auf Art. 26 VRP. Art. 26 Abs. 2 VRP sieht unter anderem für Verfügungen, welche an eine grössere Anzahl von Personen gerichtet sind, die Eröffnung durch öffentliche Bekanntma-

chung vor. Art. 108 Abs. 1 BauG verlangt indes im Sinne einer *lex specialis* beim Erlass von Planungszonen nebst der öffentlichen Bekanntmachung zusätzlich die individuelle Anzeige mit eingeschriebenem Brief. Für eine analoge Anwendung von Art. 26 Abs. 2 VRP verbleibt damit kein Raum.

Aus dem Gesagten folgt, dass auch in Fällen, wo das Plangebiet ein grosses Gebiet bzw. sogar das gesamte Gemeindegebiet umfasst, alle betroffenen Grundeigentümer gemäss Art. 108 Abs. 1 BauG individuell angeschrieben werden müssen. Die Veröffentlichung im Amtsblatt und den Publikationsorganen der Gemeinde sowie das selektive Anschreiben einzelner Grundeigentümer genügt diesfalls nicht. Welche Folgen – Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit – ein derartiger Eröffnungsfehler hat, muss jeweils aufgrund der konkreten Umstände untersucht werden. Im vorliegenden Fall erübrigen sich weitere Aussagen dazu, zumal es der Vorinstanz nach wie vor freisteht, gegebenenfalls aufsichtsrechtlich einzuschreiten. Immerhin sei aber angemerkt, dass der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsprinzips die Anweisung, die individuelle Anzeige nachzuholen, ausreichend gewesen wäre, aus Sicht des Verwaltungsgerichts nicht von der Hand zu weisen ist. So räumt auch die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 2. Oktober 2006 ein, dass ein derartiges Vorgehen hätte in Betracht gezogen werden können, wenn nur wenige Grundeigentümer von der mangelhaften Eröffnung betroffen wären. Indes fragt sich, ob eine quantitative Betrachtungsweise der Sach- und Rechtslage gerecht wird, nachdem, wie vorstehend in Bestätigung der vorinstanzlichen Erwägungen ausgeführt wurde, in bezug auf die Frage der Eröffnung auf die individuellen und privaten Interessen der betroffenen Grundeigentümer abzustellen ist.

Das Bundesgericht ist auf eine von den Mobilfunkbetreibern erhobene Beschwerde gegen dieses Urteil nicht eingetreten (BGE 1C_94/2007 vom 3. September 2007).

28

Art. 78 Abs. 1 StrG (sGS 732.1). In einen Unterhaltsperimeter sind alle Grundstücke einzubeziehen, für welche eine Strasse eine hinreichende Erschliessung bewirkt oder für welche sie dazu einen wesentlichen Beitrag leistet. Ein Grundstück ist in der Regel nicht für zwei Erschliessungsstrassen beitragspflichtig.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung II/3, 4. März 2007

Die Anggetlinstrasse, eine Gemeindestrasse dritter Klasse, liegt in den Flumserbergen auf einer Höhe von 1200 bis 1300 Metern. Sie erschliesst in mehreren Kehren und mit Verzweigungen ein Gebiet mit vielen Ferienhäusern. Vom oberen Teil der Strasse kann man über einen Gemeindeweg zweiter Klasse und einen schmalen Holzsteg, der den Ruslabach überquert, zum oberen Teil der Gafridastrasse gelangen. Im Rahmen eines Unterhaltsperimeters für die Anggetlin- und Pasandelstrasse wurde auch das mit einem Ferienhaus überbaute Grundstück von A, das am oberen Ende der Gafridastrasse gelegen ist, in den Beitragsplan einbezogen. Die Anggetlinstrasse wird im Winter offen gehalten. Für den oberen Teil der Gafridastrasse, die ab dem Hotel Cafrida als Gemeindestrasse dritter Klasse eingeteilt ist und von einer Skipiste überquert wird, besteht kein Winterdienst.

Aus den Erwägungen:

3. ...

c) aa) In den Unterhaltsperimeter sind alle Grundstücke einzubeziehen, für welche eine Strasse eine hinreichende Erschliessung bewirkt oder für welche sie dazu einen wesentlichen Beitrag leistet. Aus diesem Grundsatz ergibt sich die weitere Überlegung, dass der Umfang des Perimetergebietes von der Funktion, welche der Strasse zugedacht ist, abhängig gemacht werden muss. Handelt es sich um eine Sammelstrasse, ist der Perimeter weiter zu ziehen als bei einer Erschliessungsstrasse. Eine hinreichende Erschliessung genügt, damit ein Grundstück als Bauland genutzt werden kann. Aus einer zweiten Erschliessung resultiert für ein in einem Wohngebiet gelegenes Grundstück normalerweise keine weitere Wertzunahme. Der Perimeter ist in der Regel so zu ziehen, dass ein Grundstück nur für eine Erschliessung belastet wird, d. h., ein Grundstück darf im allgemeinen nicht für zwei Strassen gleicher Funktion (z. B. zwei Erschliessungsstrassen) erfasst werden. Die Perimetergrenze muss demnach grundsätzlich dort verlaufen, wo die Einzugsgebiete zweier Strassen gleicher Funktion aneinanderstossen (vgl. G. Germann [Hrsg.], Kurzkomentar zum st.gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, St.Gallen 1989, N 4 und 5 zu Art. 78 StrG; GVP 1979 Nr. 10).

Strassen stehen nach Art. 17 Abs. 1 StrG im Rahmen ihrer Zweckbestimmung dem Gemeingebrauch offen. Die Zweckbestimmung einer Strasse erfolgt durch die Widmung, also die im Strassengesetz vorgesehene Einteilung in eine Strassenklasse gemäss Art. 5, 8 und 9 StrG. Mit der Widmung entscheidet der Träger der Strassenhoheit grundsätzlich über die Nutzung einer Strasse. Mit der Kompetenz zur Nutzungsbestimmung von Strassen verfügt der Träger der Strassenhoheit auch über die Kompetenz, eine Strasse vollständig oder teilweise zu entwidmen. Ist eine (Teil-)Entwidmung nicht lediglich vorübergehender Natur, ist durch Änderung des Strassenplans eine Umklassierung vorzunehmen. Eine Nutzung im Rahmen der Zweckbestimmung der Strasse darf dementsprechend nicht untersagt werden, andernfalls sich die Frage der Kongruenz von Funktion und Widmungszweck stellt. Die Beschränkung des Gemeingebrauchs kann eine (teilweise) Entwidmung dar-

stellen und verlangt die neue Klassierung der Strasse entsprechend ihrer geänderten Funktion (vgl. Germann, a. a. O., N 1 und 4 zu Art. 20 StrG).

Der Gemeindegebrauch kann allgemeinverbindlichen Einschränkungen unterworfen oder sogar ausdrücklich aufgehoben werden. Die Einschränkungen setzen voraus, dass sie sich angesichts der besonderen Verhältnisse auf bestimmten Strassenstrecken als notwendig erweisen, verhältnismässig sind und durch das öffentliche Interesse gefordert werden (vgl. Germann, a. a. O., N 2 zu Art. 20 StrG). Gemeindestrassen dritter Klasse umfassen die untergeordneten Erschliessungsstrassen, d. h. alle übrigen Erschliessungsstrassen sowie die Strassen der Land- und Forstwirtschaft. Die dritte Klasse ist eine Auffangklasse. Sie sind beschränkt öffentliche Strassen, an denen der Gemeindegebrauch auf die ihrem Zweck und ihrer Beschaffenheit entsprechenden Benutzungsarten beschränkt ist. Sie stehen dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr nicht offen. Das Verbot bedeutet allerdings nicht, dass die Strasse nicht befahren werden darf. Der Zubringerdienst ist grundsätzlich gestattet (vgl. Germann, a. a. O., N 16–18 zu Art. 9 StrG).

bb) Eine erschwerte Zufahrt schliesst nicht aus, dass ein Grundstück strassenmässig trotzdem hinreichend erschlossen ist. Eine Zufahrt im Sinn von Art. 49 Abs. 2 lit. a BauG ist dann als hinreichend zu betrachten, wenn sie tatsächlich so beschaffen ist, dass sie bau- und verkehrstechnisch der bestehenden und der geplanten Überbauung genügt, den zu erwartenden Fahrzeugen und Fussgängern sicheren Weg bietet und von den öffentlichen Diensten (namentlich Feuerwehr, Sanität, Kehrriechtabfuhr und Schneeräumung) ungehindert benützt werden kann, und – wenn sie über fremdes Grundeigentum führt – rechtlich gesichert ist (vgl. B. Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, S. 152/153 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, insbesondere GVP 1976 Nr. 9; vgl. auch GVP 1988 Nr. 97). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehört zu einer hinreichenden Zufahrt im Sinn von Art. 19 Abs. 1 RPG auch das Verbindungsstück von der öffentlich zugänglichen Strasse zum Baugrundstück (vgl. BGE 121 I 65 E. 3c mit Hinweis auf BGE 116 Ib 159 E. 6b). Die Zufahrt muss den Anschluss der Baute an das öffentliche Strassennetz gewährleisten (vgl. E. Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl. 1985, N 8a zu § 156). Zufahrten sollen verkehrssicher sein. Sie haben sich nach den zonengeordneten Baumöglichkeiten jener Fläche zu richten, die sie erschliessen sollen (vgl. P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl. 2002, S. 255). Die Anforderungen an die Erschliessung sind deshalb je nach der beanspruchten Nutzung und nach den massgeblichen Umständen im Einzelfall verschieden (vgl. BGE 116 Ib 159 E. 6b). So sind beispielsweise die Anforderungen an eine Erschliessung in einer Wohnzone anders als in einer Industriezone. Ebenso leuchtet ein, dass sich die Anforderungen an die Erschliessungsanlagen in Berggebieten von jenen in den Städten und ihren Agglomerationen unterscheiden (vgl. Waldmann/Hänni, Stämpfli Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 14 zu Art. 19 RPG mit Hinweisen).

Das Gemeinwesen muss nicht die maximale Erschliessung aufrecht erhalten. Insbesondere besteht kein Anspruch auf eine direkte Zufahrt zu jeder Liegenschaft (vgl. T. Jaag, Verkehrsberuhigung im Rechtsstaat, in: ZBl 87/1986, S. 309). Mitunter mögen Eisenbahn- und Seilbahnhaltestellen genügen. In jedem Fall sind die öffentlichen Rettungsdienste (Sanität, Feuerwehr) zu gewährleisten. Dabei wurde als ausreichend erachtet, wenn eine Luftseilbahn zur Erfüllung dieser Aufgaben ausserhalb der üblichen Betriebszeiten im Notfall innert einer halben Stunde in Betrieb gesetzt werden und bei ausreichend Schnee ein Pistenfahrzeug sofort nach Eingang einer Notfallmeldung starten kann. Für die Feriengäste wurde es als zumutbar angesehen, sich auf die Bahnbetriebszeiten einzustellen. Für die (ständigen) Anwohner waren zudem Ausnahmegewilligungen zum Befahren der eine Skipiste kreuzenden Strasse vorgesehen, da es sich um einen überschaubaren, mit den örtlichen Verhältnissen und den Gefahren vertrauten Personenkreis handelt, von dem verantwortungsbewusstes Verhalten bei der Wahl des Verkehrsmittels erwartet werden darf (vgl. Entscheid des Regierungsrates Nr. 1861 vom 20. Dezember 1994, nicht veröffentlicht).

cc) In tatsächlicher Hinsicht ist festzustellen, dass das Grundstück von A nicht an die Anggetlinstrasse angrenzt, sondern mit ihr nur über einen Gemeindeweg zweiter Klasse mit einem schmalen Holzsteg über den Ruslabach verbunden ist und damit strassenmässig grundsätzlich durch die Gafridastrasse erschlossen wird. Für den als Gemeindestrasse dritter Klasse eingeteilten Abschnitt dieser Strasse ist A als anstossender Grundeigentümer grundsätzlich zum Unterhalt verpflichtet (vgl. Art. 55 Abs. 1 StrG) und hat entsprechend Art. 73 Abs. 1 StrG die Kosten des Unterhalts zu tragen. Der Einbezug des Grundstücks in das Perimetergebiet Anggetlin-Pasandel widerspricht dem Grundsatz, wonach ein Grundstück in der Regel nicht für zwei Erschliessungsstrassen beitragspflichtig ist. Da die Anggetlinstrasse im Gegensatz zur Gafridastrasse weder im Winter noch im Sommer eine Zufahrt zum Grundstück von A bietet, stellt sie für das Grundstück keine hinreichende Erschliessung dar, so dass grundsätzlich kein Anlass besteht, es in den Unterhaltssperimeter der Anggetlin- und Pasandelstrasse aufzunehmen.

Zu prüfen bleibt damit, ob die Anggetlinstrasse einen wesentlichen Beitrag zur Erschliessung des Grundstücks leistet. Dies hängt einerseits von den Erschwernissen, die mit dem Zugang über die Gafridastrasse bei winterlichen Verhältnissen verbunden sind, und anderseits von den Erleichterungen, die ein Zugang über die Anggetlinstrasse bietet, ab.

8. Gewässernutzung und Gewässerschutz

29

Art. 7 ff. GSchVG (sGS 752.2), Art. 11 Abs. 2 GSchG (SR 814.20). Die Verpflichtung eines Grundeigentümers zum Unterhalt einer durch ein fremdes Grundstück verlaufenden Kanalisationsleitung erfordert eine rechtliche Grundlage. Die Abgrenzung von privaten und öffentlichen Abwasseranlagen ist nach öffentlich-rechtlichen Normen zu beurteilen.

Verwaltungsgericht, 19. September 2007

In der Politischen Gemeinde G. verbindet der knapp 100 Meter lange Tannenweg zwei Quartierstrassen. Der Weg ist als Gemeindestrasse 2. Klasse eingeteilt und steht sachenrechtlich im Eigentum der Gemeinde. Im Strassengrundstück verläuft eine Kanalisationsleitung. Diese sammelt die Abwässer von fünf angrenzenden Liegenschaften. Der Gemeinderat verfügte gegenüber deren Eigentümern, sie hätten Mängel der Kanalisationsleitung im Tannenweg zu beheben. Die Grundeigentümer erhoben Rekurs. Das Baudepartement hiess die Rekurse gut und hob die Verfügungen des Gemeinderates auf. Dagegen erhob der Gemeinderat Beschwerde. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Der Sachverhalt ist unbestritten. Die Liegenschaften der Beschwerdegegner sind direkt an die im Tannenweg verlaufende Kanalisationsleitung angeschlossen. Einzig die Anschlussleitung des Grundstücks Nr. xxx verläuft zunächst durch das Grundstück Nr. yyy, bevor sie in die Leitung im Tannenweg mündet. Dieser ist eine Gemeindestrasse 2. Klasse und als separates Grundstück ausgeschieden, das seit 1997 der Beschwerdeführerin gehört. Streitig ist im Beschwerdeverfahren einzig, ob das Baudepartement die von der Beschwerdeführerin verfügte Verpflichtung der Beschwerdegegner zur Sanierung der im Tannenweg verlaufenden Kanalisationsleitung zu Recht aufgehoben hat.

2.1. In der vorliegenden Streitsache fallen sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Vorschriften in Betracht.

2.1.1. Art. 676 ZGB enthält Regeln über Leitungen in fremden Grundstücken. Nach Art. 676 Abs. 1 ZGB werden Leitungen für Wasser, Gas, elektrische Kraft und dergleichen, die sich ausserhalb des Grundstücks befinden, dem sie dienen, als Zugehör des Werkes, von dem sie ausgehen, und als Eigentum des Werkeigentümers betrachtet, wo es nicht anders geordnet ist. Soweit nicht das Nachbarrecht Anwendung findet, erfolgt die dingliche Belastung der fremden Grundstücke mit solchen Leitungen durch die Errichtung einer Dienstbarkeit (Art. 676 Abs. 2 ZGB). Die Dienstbarkeit entsteht, wenn die Leitung nicht äusserlich wahrnehmbar ist, mit

der Eintragung in das Grundbuch und in den anderen Fällen mit der Erstellung der Leitung (Art. 676 Abs. 3 ZGB).

Nach Art. 691 Abs. 1 ZGB ist jeder Grundeigentümer gehalten, die Durchleitung von Brunnen, Drainierrohren, Gasrohren und dergleichen sowie von elektrischen Leitungen gegen vorgängigen vollen Ersatz des dadurch verursachten Schadens zu gestatten, insofern sich die Leitung ohne Inanspruchnahme seines Grundstücks gar nicht oder nur mit unverhältnismässigen Kosten durchführen lässt. Solche Durchleitungen werden, wenn es der Berechtigte verlangt, auf seine Kosten in das Grundbuch eingetragen (Art. 691 Abs. 3 ZGB). Diese Bestimmung kann auf Kanalisationsanlagen sachgemäss angewendet werden (H. Rey, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Basel 1998, N 29 zu Art. 691).

2.1.2. Art. 4 Abs. 1 lit. a des Abwasserreglements der Politischen Gemeinde G. (abgekürzt AR) bestimmt, dass der Gemeinderat für die Erstellung und den Betrieb der öffentlichen Kanalisation und zentraler Abwasserreinigungsanlagen sorgt. Weiter wird in Art. 5 AR geregelt, welche Objekte als private Abwasseranlagen gelten. Darunter fallen namentlich Kanalisationen für die Entwässerung von Grundstücken bis zum Anschluss an die öffentlichen Abwasseranlagen (lit. a). Art. 14 Abs. 1 AR bestimmt, dass öffentliche und private Abwasseranlagen stets in gutem, betriebsbereitem Zustand zu erhalten sind. Nach Art. 14 Abs. 2 AR hat die Sanierung privater Abwasseranlagen spätestens zum gleichen Zeitpunkt wie die Sanierung der öffentlichen Kanalisation, in welche die Anschlussleitung mündet, zu erfolgen.

2.1.3. Das GSchVG hält in Art. 14 lit. a fest, dass die Erstellung und der Betrieb öffentlicher Kanalisationen und zentraler Abwasserreinigungsanlagen von der politischen Gemeinde durch Reglement geregelt wird. Das GSchVG verwendet ebenfalls die Begriffe öffentliche und private Abwasseranlage (Art. 7, 9 und 15 GSchVG), enthält aber keine Definition dieser Begriffe und keine Kriterien für die Abgrenzung öffentlicher und privater Abwasseranlagen. Nach Art. 11 Abs. 2 GSchG umfasst der Bereich öffentlicher Kanalisationen die Bauzonen (lit. a), weitere Gebiete, sobald für sie eine Kanalisation erstellt worden ist (lit. b), und weitere Gebiete, in welchen der Anschluss an die Kanalisation zweckmässig und zumutbar ist (lit. c). Diese Bestimmung regelt den Grundsatz, dass Bauzonen durch öffentliche Kanalisationen zu erschliessen sind. Die vorliegend streitige Frage, wie die Hausanschlussleitungen von den Anlagen der öffentlichen Kanalisation abzugrenzen sind, lässt sich anhand der genannten Bestimmung allerdings nicht beantworten.

2.2. Obwohl nicht explizit festgehalten, ist aufgrund der Bestimmungen des AR davon auszugehen, dass die Gemeinde für den Unterhalt der öffentlichen Kanalisation zuständig ist, während die privaten Abwasseranlagen von Privatpersonen zu unterhalten sind. Die Verpflichtung der Gemeinde zum Betrieb der öffentlichen Kanalisation gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a AR umfasst auch den Unterhalt. Wären Private zum Unterhalt der öffentlichen Kanalisation verpflichtet, hätte dies jedenfalls in einer klaren gesetzlichen Vorschrift verankert werden müssen. Das AR und auch die entsprechenden Erlasse des Bundes und des Kantons enthalten aber keine sol-

chen Bestimmungen. Auch finden sich in diesen wie erwähnt keine Vorschriften, welche sich unmittelbar auf die Abgrenzung von öffentlichen und privaten Teilen der Kanalisation beziehen. Art. 5 lit. a AR bestimmt lediglich, dass sich die privaten Anlagen bis zum Anschluss an die öffentlichen Anlagen erstrecken. Der Gemeinderat hat am 29. März 2004 einen Beschluss gefasst, in dem u. a. die Abgrenzung der öffentlichen und der privaten Kanalisationsleitungen geregelt wird.

2.3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, in zivilrechtlicher Hinsicht sei die Leitung im Bereich des Tannenwegs Eigentum der politischen Gemeinde. Beim Bau der Leitungen seien die Durchleitungsrechte nicht als Dienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen worden; auch sei dies bei der Übernahme des Grundstücks durch die politische Gemeinde nicht geschehen. Daher sei die Leitung unter dem Tannenweg nicht als Zugehör (der Abwasserreinigungsanlage) zu qualifizieren. Vielmehr werde die Leitung aufgrund des Akzessionsprinzips Teil des Grundstücks, in dem sie sich befinde. Diese Beurteilung ist grundsätzlich zutreffend. Ein Dienstbarkeitsvertrag fehlt, weshalb die Leitung im Tannenweg nicht als Zugehör eines Werks betrachtet werden kann. Zudem ist sie bereits erstellt, weshalb auch die Entstehung einer Durchleitungsdienstbarkeit im Sinn von Art. 691 ZGB ausser Betracht fällt (vgl. Rey, a. a. O., N 22 zu Art. 691).

Die Klärung der Eigentumsverhältnisse beantwortet jedoch die Frage nach der Pflicht zum Unterhalt nicht. In privatrechtlicher Hinsicht kann eine Pflicht zum Unterhalt fremden Grundeigentums nur beim Bestand einer Dienstbarkeit (Art. 741 ZGB) angenommen werden. Eine solche besteht aber wie erwähnt nicht, und es liegt auch keine entsprechende obligatorische Verpflichtung vor.

2.4. Die Abgrenzung von privater Kanalisation und öffentlicher Kanalisation hat weitreichende Folgen, namentlich in bezug auf die hier streitige Pflicht für den Unterhalt von Kanalisationsanlagen. Diese Abgrenzung kann daher nicht durch einen Beschluss des Gemeinderates für die privaten Grundeigentümer verbindlich geregelt werden, zumal dem Gemeinderat in dieser Angelegenheit Parteistellung zukommt. Die Abgrenzung ist aufgrund der Bestimmungen des AR vorzunehmen, allenfalls unter Berücksichtigung der Normen des kantonalen Rechts und des Bundesrechts. Belanglos ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Beschwerdegegner im Rekursverfahren nicht explizit bestritten haben, die Leitung im Tannenweg sei eine private Leitung. Ob eine Leitung Teil der öffentlichen Kanalisation oder Teil der Hausanschlussleitung ist, die nach Art. 5 lit. a AR als private Abwasseranlage gilt, ist eine Rechtsfrage, die von Amtes wegen zu prüfen ist.

2.5. Art. 12 Abs. 2 AR bestimmt, dass der Anschluss eines Grundstücks an die öffentliche Kanalisation in der Regel durch eine eigene Anschlussleitung ohne Benützung fremder Grundstücke erfolgt. Andernfalls werden die Rechte und Pflichten der beteiligten Grundeigentümer vor Baubeginn privatrechtlich geregelt.

2.5.1. Diese Bestimmung deutet darauf hin, dass die Leitung, welche verschiedene Hausanschlüsse aufnimmt, als Teil der öffentlichen Kanalisation zu qualifizieren ist. Das Reglement sieht jedenfalls vor, dass im Regelfall ein Grundstück mit einer

eigenen Anschlussleitung ohne Benützung eines fremden Grundstückes an die öffentliche Kanalisation angeschlossen ist. Erfolgt aber der Anschluss eines Grundstückes an die öffentliche Kanalisation durch eine eigene Leitung und ohne Benützung anderer Grundstücke, so ist der Sammelkanal, in den sich die von einem einzelnen Grundstück kommende Leitung ergiesst, grundsätzlich Teil der öffentlichen Kanalisation. Dies ist umso mehr gerechtfertigt, wenn wie im vorliegenden Fall der Sammelkanal in öffentlichem Grund verläuft. Einerseits ist die Politische Gemeinde Eigentümerin der Strassenparzelle, und auch aufgrund der Klassierung als Gemeindestrasse 2. Klasse steht das Grundstück unter der Hoheit des Gemeinwesens.

2.5.2. Diese Abgrenzung ist auch im Hinblick auf die Interessenlage der Beteiligten sowie Sinn und Zweck der Gewässerschutzvorschriften gerechtfertigt. Wohl haben in erster Linie die Beschwerdegegner ein Interesse am Bestand der Leitung im Tannenweg, da ohne diese Leitung ihre Liegenschaften gar nicht erschlossen wären. Die Erschliessung von Baugebiet ist aber grundsätzlich Aufgabe des Gemeinwesens, nicht Aufgabe der privaten Grundeigentümer (Art. 50 Abs. 1 BauG). Diese können im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen allenfalls zu Beiträgen herangezogen werden. Grundsätzlich sind alle angeschlossenen Grundeigentümer bzw. Bewohner angeschlossener Gebiete am Bestand der Kanalisation interessiert. Dies darf aber nicht dazu führen, möglichst grosse Teile des Leitungsnetzes als private Kanalisation einzustufen. Der Gewässerschutz ist eine öffentliche Aufgabe, was dafür spricht, möglichst grosse Teile des Kanalisationssystems im Verantwortungsbereich des Gemeinwesens zu belassen. Die Beschwerdeführerin hielt in ihrem Beschluss vom 29. März 2004 denn auch zutreffend fest, aus der Sicht des Gewässerschutzes müssten möglichst viele Leitungen öffentlich sein, da Unterhalt und Sanierung so besser gewährleistet seien. Hinzu kommt, dass der Eigentümer eines angeschlossenen Grundstückes ohne besondere Rechtsgrundlage keine Unterhaltsarbeiten an Leitungen in Grundstücken vornehmen kann, die ihm nicht gehören. Wie oben erwähnt, besteht vorliegend keine Dienstbarkeit, welche den Beschwerdegegnern in sachenrechtlicher Hinsicht die Befugnis gäbe, die Leitungen im Grundstück der Beschwerdeführerin zu unterhalten. Daran ändert der Umstand nichts, dass sie berechtigt wären, eine solche Dienstbarkeit zu beanspruchen, und die Beschwerdeführerin solche Arbeiten dulden würde. Nachdem die Gemeinde das fragliche Grundstück übernommen hat, besteht für die Beschwerdegegner kein Anlass, den faktischen Anschluss auch noch sachenrechtlich mittels einer Dienstbarkeit zu regeln. Auch ist nicht nur die Duldung von Arbeiten in Grundstücken der Gemeinde von Belang; die Pflicht zur Sanierung kann sich auch auf Leitungen in Grundstücken von privaten Dritten erstrecken. Für solche Arbeiten ist eine Rechtsgrundlage erforderlich. Im übrigen ist auch nicht ausschlaggebend, dass die Leitung im Tannenweg nicht im generellen Kanalisationsprojekt (GEP) aufgenommen ist. Die Aufnahme in das GEP kann die im AR verankerten Grundlagen für die Trennung von privaten und öffentlichen Anlagen nicht zulasten der Grundeigentümer ändern.

2.5.3 Kanalisationsanlagen sind Teil der Erschliessung von Bauland bzw. von überbauten Grundstücken. Der Begriff der Erschliessung wird nicht nur im Raumplanungs- und im Umweltrecht, sondern auch im Bereich WEG einheitlich verwendet (vgl. P. Hänni; Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, S. 257; BGE 117 Ib 314). Die Bestimmungen des WEG sind daher bei der Beurteilung der Frage, ob Teile einer Kanalisation den öffentlichen Erschliessungsanlagen oder der privaten grundstücksisernen Erschliessung angehören, ebenfalls heranzuziehen (vgl. VerwGE vom 19. März 2001 i. S. B. H.). Art. 4 WEG definiert die Begriffe der Groberschliessung und der Feinerschliessung. Nach Art. 4 Abs. 1 WEG umfasst die Groberschliessung die Versorgung mit den Hauptsträngen der Erschliessungsanlagen, namentlich Wasser-, Energieversorgungs- und Abwasserleitungen sowie Strassen und Wege, die unmittelbar dem zu erschliessenden Gebiet dienen. Die Feinerschliessung umfasst den Anschluss der einzelnen Grundstücke an die Hauptstränge der Erschliessungsanlagen mit Einschluss von öffentlich zugänglichen Quartierstrassen und öffentlichen Leitungen. Art. 5 WEG regelt die Erschliessungspflicht und bestimmt in Abs. 1, dass die Grob- und Feinerschliessung bedarfsgerecht in angemessenen Etappen durchzuführen ist. Nach Art. 5 Abs. 2 WEG bezeichnet das kantonale Recht die für die Erschliessung verantwortlichen öffentlichrechtlichen Körperschaften. Es kann die Feinerschliessung den Eigentümern überbinden und hat in diesem Fall die Ersatzvornahme durch die öffentlichrechtlichen Körperschaften vorzusehen. Aus diesen Bestimmungen folgt, dass auch die sog. Feinerschliessung grundsätzlich Sache des Gemeinwesens ist bzw. von der Erschliessungspflicht des Gemeinwesens umfasst wird. Daran ändert der Umstand nichts, dass das Gemeinwesen die entsprechenden Kosten den Grundeigentümern überbinden kann (Art. 6 Abs. 2 WEG; Art. 15 ff. GSchVG). Dies lässt es sachgerecht erscheinen, auch die Feinerschliessung mit den Anschlussleitungen an die Hauptstränge der Abwasseranlagen der öffentlichen Kanalisation zuzuordnen. Eine Sammelleitung, welche das Abwasser von mehreren Hausanschlussleitungen aufnimmt und durch ein zivil- und strassenrechtlich dem Gemeinwesen gehörendes Grundstück verläuft, ist deshalb nicht Teil einer privaten Abwasseranlage nach Art. 5 AR.

2.5.4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, nach der Rechtsauffassung der Vorinstanz müssten z. B. die Kosten für den Unterhalt der Schmutzwasserleitung des Grundstücks Nr. xxx zur Hauptsache vom Eigentümer des vorderliegenden Grundstücks Nr. yyy getragen werden. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Zum einen geht es vorliegend nicht um die Unterhaltungspflicht an der Leitung durch das Grundstück Nr. xxx, sondern an jener Leitung, die im Tannenweg verläuft. Falls die Anschlussleitung durch ein fremdes Grundstück in die öffentliche Kanalisation führt, bestimmt Art. 12 Abs. 2 AR, dass die Rechte und Pflichten der beteiligten Grundeigentümer vor Baubeginn privatrechtlich geregelt werden. Im vorliegenden Fall hätte dies zwischen den beiden Beschwerdegegnern nachträglich zu geschehen, falls dies noch nicht geschehen ist oder sie sich nicht einigen können. Aus

den Akten geht nicht hervor, wie jene Verhältnisse geregelt sind. Diese sind aber vorliegend auch nicht massgebend. Wenn der Eigentümer eines vorderliegenden Grundstücks nicht freiwillig den Unterhalt der Leitung duldet, wäre der Eigentümer eines hinterliegenden Grundstücks gehalten, für den Unterhalt der ihm dienenden Anschlussleitung eine Dienstbarkeit zu beanspruchen, die ihn zum Betreten des Grundstücks und zur Kontrolle und Reparatur der Leitung berechtigt (vgl. Rey, a. a. O., N 30 zu Art. 691).

Die vorinstanzliche Rechtsauffassung führt jedenfalls nicht dazu, dass der Eigentümer eines hinterliegenden Grundstücks seine Verantwortung, Kosten- und Kontrollpflicht sowie Haftung für sein Abwasser an der Grenze seinem Nachbarn abgibt. Auch ist der Einwand unbegründet, Sanierungsverfügungen könnten nicht mehr an die angeschlossenen Grundeigentümer ergehen, sondern müssten den Eigentümern jener Grundstücke zugestellt werden, in denen sich die jeweiligen Leitungsabschnitte befinden. Die Beschwerdeführerin verfügt, wie sich aus den Akten ergibt, über Pläne der einzelnen Leitungen und kann daher in der Regel problemlos feststellen, ob es sich bei einer Leitung um eine Hausanschlussleitung oder eine Transitleitung handelt. Wenn sie eine Sanierungsverfügung dem Eigentümer des angeschlossenen Grundstücks zustellt, so hat sich dieser für den Unterhalt der Transitleitung gegebenenfalls mit dem Eigentümer des Nachbargrundstücks ins Einvernehmen zu setzen, falls noch keine Dienstbarkeit besteht. Damit stösst auch der Einwand ins Leere, die Eigentümer von Grundstücken mit Transitleitung würden sich zu Recht gegen Sanierungsverfügungen zugunsten ihrer Nachbarn zur Wehr setzen. Die Sanierungsverfügung ist grundsätzlich dem Eigentümer des angeschlossenen Grundstücks zuzustellen. Die Beschwerdeführerin legt grossen Wert auf die Situation, in der eine Leitung durch mehrere Grundstücke verläuft. Dabei handelt es sich aber um eine Ausnahme, wie Art. 12 Abs. 2 AR zeigt, die zudem bei einem Neubau vorgängig zivilrechtlich zu regeln ist. Aber auch für den Unterhalt bestehender Leitungen ist das zivilrechtliche Instrumentarium vorhanden.

2.5.5. Das Argument der Beschwerdeführerin, jeder Grundeigentümer sei für «seine» Abwasserleitung verantwortlich, ist grundsätzlich richtig. Das Problem liegt aber darin zu bestimmen, wem die Leitung «gehört». Solange die Leitung im angeschlossenen Grundstück verläuft, ist die Pflicht des Eigentümers zum Unterhalt auch von der Vorinstanz bestätigt worden. Diese hatte aber in erster Linie zu entscheiden, wer für den Unterhalt der Leitung im Tannenweg zuständig ist. Da das Grundstück zivilrechtlich im Eigentum der Beschwerdeführerin und strassenrechtlich unter deren Hoheit steht, ist faktisch nur die Beschwerdeführerin imstande, die Leitung im Tannenweg zu sanieren. Der Gemeinderat empfahl den Beschwerdegegnern denn auch gleich eine bestimmte Unternehmung für die entsprechenden Arbeiten.

2.5.6. Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Beschwerdeführerin sei als Eigentümerin auch Inhaberin der Leitung im Sinn von Art. 15 GSchG bzw. Art. 13 lit. a GSchV und damit unterhaltspflichtig. Wenn davon ausgegangen wird, Art. 15

GSchG sei vorliegend anwendbar, so ist diese Folgerung nicht zu beanstanden. Sowohl das Eigentum als auch die strassenrechtliche Hoheit sowie die Zugehörigkeit zur öffentlichen Kanalisation und die faktische Verfügungsmacht lassen die Beschwerdeführerin als Inhaberin der Leitung erscheinen. Da die Leitung im Tannenweg aber Teil der öffentlichen Kanalisation ist, erweist sich die Frage nach dem Inhaber gemäss Art. 15 GSchG als irrelevant. Ohnehin fragt sich, ob diese Bestimmung nur auf Inhaber landwirtschaftlicher Anlagen Anwendung findet (vgl. BBl 1987 II S. 1120 und 2005 S. 943), was aber offen bleiben kann.

Der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 15. März 2005 (BVR 2004 S. 464 ff.), auf den sich Vorinstanz und Beschwerdeführerin ausführlich berufen, ist für den vorliegenden Fall, wenn überhaupt, nur von beschränkter Tragweite. In jenem Entscheid ging es um Leitungen, die durch herrenlose Grundstücke führten. Dies ist vorliegend nicht der Fall, und zudem ist in erster Linie darauf abzustellen, ob es sich um öffentliche oder private Anlagen handelt. Dies ist nicht nach den spezifischen Vorschriften des Kantons Bern oder der betroffenen Gemeinde zu entscheiden, sondern nach den hier massgebenden Bestimmungen.

2.6. Die Beschwerdeführerin beruft sich in zivilrechtlicher Hinsicht auf Art. 691 ZGB. Danach sei sie als Eigentümerin des Tannenwegs verpflichtet, die Durchleitung von privaten Anschlussleitungen zu gestatten. Es handle sich dabei um ein Legalservitut. Vorliegend seien die Durchleitungsrechte bei der Erstellung der Anschlussleitung nicht im Grundbuch eingetragen worden. Wäre dies der Fall gewesen, wären die Beschwerdegegner nach Art. 741 ZGB unterhaltspflichtig. Diese übten ihr Durchleitungsrecht seit Jahren aus und profitierten davon. Wenn sie sich heute darauf berufen, das Durchleitungsrecht sei nicht im Grundbuch eingetragen, verstosse dies gegen das Vertrauensprinzip und sei zudem rechtsmissbräuchlich.

Diese Vorbringen gehen an der Sache vorbei, da die Beschwerdeführerin kraft öffentlichen Rechts zum Unterhalt der Kanalisation im Tannenweg verpflichtet ist. Da die Leitung Teil der öffentlichen Kanalisation ist, kann nicht mit zivilrechtlichen Argumenten eine Unterhaltspflicht der Beschwerdegegner begründet werden.

2.7. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen hat die Vorinstanz zu Recht eine Verpflichtung der Beschwerdegegner für die Sanierung der Abwasserleitung durch den Tannenweg verneint und die Beschwerdeführerin als unterhaltspflichtig erklärt. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen.

9. Abgaben

30

Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG (SR 642.11). Wird die Unterhaltspflicht gegenüber der geschiedenen Ehefrau teilweise durch Überlassen einer Liegenschaft und Zahlungen für den Liegenschaftsunterhalt geleistet, so darf für die Bemessung der steuerlich abzugsfähigen Unterhaltszahlungen vom Scheidungsurteil abgewichen und können die steuerrechtlich massgebenden Bewertungsgrundsätze angewendet werden.

Verwaltungsgericht, 23. Januar 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 11

31

Art. 108 DBG (SR 642.11). Bindung der Ausgleichskassen an die Qualifikation von Liegenschaften als Geschäftsvermögen oder Privatvermögen. Im vorliegenden Fall hat die Qualifizierung der Liegenschaften als Geschäftsvermögen keinen Einfluss auf die Höhe des geschuldeten Steuerbetrages. Dementsprechend fehlt es im Steuerverfahren an einem relevanten Streitwert, und die Ausgleichskassen und die Sozialversicherungsrichter sind in bezug auf die Qualifikation der Liegenschaften nicht an die Steuerveranlagung gebunden. Dies bedeutet, dass auch der Hinweis der Beschwerdeführer auf die Auswirkungen der umstrittenen Abgrenzung auf die Erhebung von AHV-Beiträgen und Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit kein schützenswertes Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung zu begründen vermag.

Verwaltungsgericht, 9. Mai 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 8

32

Art. 31 Abs. 1 StG, (sGS 811.1). Ein Steuerpflichtiger, der hauptberuflich als dipl. Baumeister tätig und mit seiner Arbeitgeberin eng verflochten ist, mehrere Grundstücke, wovon auch gewerblich genutzte, besitzt und an verschiedenen Baukonsortien beteiligt ist, ist als gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler zu betrachten.

Verwaltungsgericht, 27. Februar 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 12

33

Art. 33 Abs. 1 lit.c StG (sGS 811.1). Erhält ein Steuerpflichtiger von der von ihm beherrschten Aktiengesellschaft ein Darlehen und wird er in der Folge von einem Teil dieser Schuldverpflichtung ohne Gegenleistung befreit, ist darin eine geldwerte Leistung zu erblicken, die als Einkommen zu besteuern ist.

Verwaltungsgericht, 4. Juli 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 15

34

Art. 36 lit.b und Art. 37 StG (sGS 811.1). Entschädigungszahlungen aus einem US-amerikanischen Fonds zugunsten der Angehörigen von Todesopfern der Terroranschläge vom 11. September 2001 sind bei den Begünstigten in der Schweiz als Schadenersatzleistungen aus ausservertraglichem Haftpflichtanspruch zu besteuern. Gemäss dem Bundesstaatsrecht von Massachusetts («Wrongful Death Laws») stehen die Leistungen den Angehörigen direkt zu, weshalb sie nicht als steuerfreier Nachlass zu qualifizieren sind.

Verwaltungsgericht, 29. August 2007

Die Eheleute X. und Y. sind in St.Gallen wohnhaft. Sie befinden sich beide im Ruhestand. Ihr in Boston (USA) lebender Sohn Z. sowie dessen Ehefrau und deren ungeborenes Kind kamen bei den Attentaten in New York (USA) vom 11. September 2001 ums Leben. Daraufhin erhielten X. und Y. im Jahr 2002 Entschädigungszahlungen von US \$ 350 000.– und 600 000.–. Im Jahr 2004 wurden ihnen nochmals je US \$ 2 094 910.– aus dem vom amerikanischen Staat errichteten «September 11th Victim Compensation Fund of 2001» (Entschädigungsfonds für die Opfer des 11. September 2001, abgekürzt VCF) ausbezahlt. Das kantonale Steueramt besteuerte bei X. und Y. eine Kapitaleistung von je Fr. 3 352 000.– mit einer separaten Jahressteuer. Eine Genugtuungsleistung von je Fr. 25 000.– wurde dabei als steuerfrei akzeptiert. X. und Y. erhoben Rekurs mit dem Begehren um ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Die Verwaltungsrekurskommission hiess die Rekurse teilweise gut und wies die Streitsache zur weiteren Abklärung im Sinne ihrer Erwägungen und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Sie erwog im wesentlichen, dass sich die Entschädigungen des VCF im Todesfall einer Person aus einem materiellen («economic loss») und einem immateriellen Schaden («non economic loss») bzw. einer Genugtuungszahlung zusammensetzten. Diese Genugtuungszahlung betrage für den verstorbenen Sohn US \$ 250 000.– sowie für Ehegatten und jede unterhaltsberechtigten Person des Verstorbenen US \$ 100 000.–. Anspruchsberechtigt seien die Verstorbenen selber sowie Ehegatten und Unterhaltsberechtigten derselben. Die Summe von US \$ 350 000.– falle daher in den Nachlass von Z., weshalb seine Eltern je die Hälfte davon kraft Erbschaft erworben hätten. Da der verstorbene Sohn in Boston (USA) wohnhaft gewesen sei und sich die Erbschaft somit in den USA befunden habe, besitze der Kanton St.Gallen diesbezüglich keine Steuerhoheit. Selbst wenn aber die Genugtuungszahlung direkt den Eltern des Verstorbenen zugestanden hätte, wäre diese gemäss Art. 37 lit. h StG vollumfänglich steuerfrei gewesen. Bezüglich der Verteilung der Entschädigung für materiellen Schaden aus dem VCF fänden die Bestimmungen der «Wrongful Death Laws» des Bundesstaates Massachusetts, wo der Verstorbene wohnhaft gewesen sei, Anwendung. Danach sei die Entschädigung auf sämtliche gemäss den «Wrongful Death Laws» Berechtigten aufzuteilen, weshalb dieses Geld den Eltern direkt zugeflossen sei. Indem es sich um eine einmalige Zahlung aus Tod handle, sei die Unterstellung unter Art. 36 lit. b StG gerechtfertigt. Allerdings seien sowohl die Höhe der Entschädigungen aus dem VCF in bezug auf den Tod des Sohnes und des ungeborenen Enkels, die Art der Entschädigungen, welche vom Anspruch aus dem VCF in Abzug gebracht worden seien, sowie der Zahlungsgrund und damit die steuerliche Qualifizierung der im Jahre 2002 an das Ehepaar X. und Y. geflossenen Leistungen nicht klar. In Anbetracht dieser verschiedenen Unklarheiten seien weitere Abklärungen zu tätigen, weshalb die Streitsache zum neuen Entscheid in das Veranlagungsverfahren zurückgewiesen werde. X. und Y. erhoben Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Zur Begründung wurde vorgebracht, dass ihnen die gesamte Entschädigung aus dem VCF nicht direkt, sondern

aus dem Nachlass ihres Sohnes und damit erbrechtlich zugegangen sei. Somit handle es sich um steuerfreie Einkünfte gemäss Art. 37 lit. a StG. Eventualiter stelle die Entschädigung eine Genugtuung dar, welche gemäss Art. 37 lit. h StG steuerfrei sei. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Im Beschwerdeverfahren streitig ist die Besteuerung der Entschädigungsleistungen, welche die Beschwerdeführer aufgrund des Todes ihres Sohnes Z. und des ungeborenen Enkels infolge der Attentate vom 11. September 2001 in New York erhalten haben.

2.1. Soweit die Beschwerdeführer davon ausgehen, dass die von der Vorinstanz festgestellte Steuerbefreiung für die Genugtuungsleistung («non economic loss») in Höhe von Fr. 350 000.– bereits rechtskräftig geworden sei, ist festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht nicht an die Anträge der Beschwerdeführer gebunden ist und somit die Streitsache auch zum Nachteil der Rechtsuchenden neu entscheiden kann (*reformatio in peius*; vgl. Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st.gallische Steuerrecht, 6. Aufl., Muri-Bern 1999, S. 395).

2.2. Natürliche Personen sind aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sie ihren steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt im Kanton haben (Art. 13 Abs. 1 StG).

Nach dem im Kanton St.Gallen geltenden Prinzip der Gesamtreineinkommens- theorie, wie es auch der direkten Bundessteuer und den Steuergesetzen anderer Kantone zu Grunde liegt, werden grundsätzlich alle Vermögenswerte, die einer steuerpflichtigen Person während eines bestimmten Zeitabschnittes zufließen, gesamthaft als Einkommen besteuert. Es ist daher bei jedem einzelnen Vermögenszufluss zu prüfen, ob dieser einen Vermögenszugang bewirkt oder nicht (BGE 2P.303/2001 vom 6. September 2002 E. 4.6 mit weiteren Hinweisen). Nach der gesetzlichen Umschreibung gilt grundsätzlich jeder Wertzufluss als steuerbares Einkommen (Art. 29 StG), sofern das Steuergesetz nicht selber eine Ausnahme von der Steuerpflicht vorsieht. Die Ausnahmen werden in Art. 37 StG abschliessend aufgezählt (Weidmann/Grossmann/Zigerlig, a. a. O., S. 30). Danach unterliegen u. a. Vermögensanfälle infolge Erbschaft, Vermächtnis oder Schenkung nicht der Einkommens-, sondern der Erbschafts- und Schenkungssteuer (Art. 37 lit. a und Art. 142 ff. StG). Keiner Steuerpflicht unterliegt sodann die Auszahlung von Genugtuungssummen (Art. 37 lit. h StG).

Unter dem Titel «übrige Einkünfte» führt Art. 36 StG verschiedene Einkünfte auf, die neben den Einkünften aus Erwerbstätigkeit, Vermögen und Vorsorge steuerbar sind. Diese Auflistung ist jedoch nicht vollständig, da sich die einzelnen Einkünfte nicht abschliessend aufzählen lassen (Weidmann/Grossmann/Zigerlig, a. a. O., S. 144). Eine Steuerpflicht «übriger Einkünfte» ergibt sich deshalb nicht nur aus dieser Norm, sondern lässt sich auch aus der Generalklausel von Art. 29 Abs. 1 StG ableiten, soweit in Art. 37 StG keine ausdrückliche Ausnahme von der Steuerpflicht

vorgesehen ist. Gemäss Art. 36 lit. b StG sind unter dem Begriff der «übrigen Einkommen» einmalige oder wiederkehrende Zahlungen bei Tod sowie für bleibende körperliche oder gesundheitliche Nachteile steuerbar. Hiervon auszuscheiden und Art. 35 StG zuzuordnen sind Vorsorgeleistungen. Soweit sie jedoch in Form von Kapitalleistungen ausgerichtet werden, werden einmalige Zahlungen bei Tod – in gleicher Weise wie Kapitalleistungen aus Vorsorge (Art. 52 StG) – mit einer getrennt vom übrigen Einkommen und nach dem entsprechenden Rentensatz berechneten Jahressteuer erfasst. Die Abgrenzung zwischen Vorsorgeleistungen und Leistungen nach Art. 36 lit. b StG ist somit lediglich rechtstheoretischer, begrifflicher Natur (Weidmann/Grossmann/Zigerlig, a. a. O., S. 147).

Eine besondere steuerliche Behandlung erfahren Zuwendungen von Versicherungsleistungen: Versicherungsansprüche, die zufolge Todes übergehen oder zu Lebzeiten des Schenkers fällig werden, sind nach Art. 144 StG steuerbar, soweit sie nicht beim Empfänger der Einkommens- oder der Gewinnsteuer unterliegen. Bei fälligen Versicherungsleistungen ist beim Tod einer Person die Versicherung mit versicherungsvertraglicher Begünstigung bestimmter Drittpersonen von der Versicherung ohne eine solche Begünstigung zu unterscheiden. Sofern der Versicherungsnehmer (auf seinen Todesfall) eine bestimmte Drittperson begünstigt hat, so steht dieser ein vom Erblasser unabhängiges und auch bei Erbausschlagung bestehendes Recht auf die ihr zugewendete Versicherungsleistung zu, d. h. der Erwerb der Versicherungssumme (bzw. des Kapitalwertes einer Rente) erfolgt kraft der versicherungsvertraglichen Begünstigungsklausel und nicht kraft Erbrecht. Daher fällt die Versicherungssumme nicht in den Nachlass. Gleichwohl unterliegt sie als Schenkung auf den Todesfall bei der begünstigten Person der Erbschaftssteuer (Art. 142 Abs. 2 StG). Hat der Versicherungsnehmer niemanden im Versicherungsvertrag ausdrücklich begünstigt, fällt die ganze Versicherungsleistung bei seinem Tod in den Nachlass und unterliegt – nach Ausscheidung von güter- und erbrechtlichen Ansprüchen des Ehegatten (eingeschlossen seinen Anteil am allfälligen Rückkaufswert) – der Erbschaftssteuer, sofern die Empfänger überhaupt steuerpflichtig sind. Nicht Gegenstand der Erbschaftssteuer, sondern der Einkommenssteuer sind Leistungen aus reinen Risikolebensversicherungen, namentlich Todesfallkapitalsummen aus temporärer Todesfallversicherung (Art. 36 lit. b StG; Weidmann/Grossmann/Zigerlig, a. a. O., S. 366).

Die Steuerpflichten werden auch bei internationalen wirtschaftlichen Beziehungen regelmässig durch nationales Steuerrecht begründet. Es sind die autonomen Steuerrechtsordnungen des Staates der Ansässigkeit und des Staates der wirtschaftlichen Betätigung, welche die Steuerpflichten anordnen, die sich bei wirtschaftlicher Beziehung zu einem andern Staat als jenem der Ansässigkeit ergeben (E. Höhn, Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz, 2. Aufl., Bern 1993, S. 47). Dieses Vorgehen kann eine Doppelbesteuerung auslösen. Nach herkömmlicher Umschreibung liegt eine Doppelbesteuerung dann vor, wenn die gleiche Person von zwei Staaten für das gleiche Steuerobjekt und für die gleiche Zeit

mit der gleichen oder einer ähnlichen Steuer belastet wird (E. Höhn, Doppelbesteuerungsrecht, Bern 1973, N 16 zu § 1). Zur Vermeidung solcher Doppelbesteuerungen grenzen internationale Doppelbesteuerungsabkommen (abgekürzt DBA) die Besteuerungsbefugnisse der Vertragsstaaten gegenseitig voneinander ab (ASA 43 S.323). Bei methodischem Vorgehen muss daher zuerst die Steuerpflicht nach internem Recht und danach die Vereinbarkeit einer allfälligen Besteuerung mit dem geltenden Doppelbesteuerungsabkommen geprüft werden. Erst wenn feststeht, dass überhaupt ein staatlicher Steueranspruch besteht, muss man sich noch fragen, ob dieser durch das Doppelbesteuerungsabkommen allenfalls eingeschränkt ist (P. Locher, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2005, S.95).

2.3. Grundlage für die in Frage stehenden Zahlungen bildet der am 22. September 2001 vom Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika in Kraft gesetzte «Air Transportation Safety and System Stabilization Act» (Public Law 107-42, abgekürzt ATSSSA). Dieser beinhaltet im vierten Titel die Schaffung des «September 11th Victim Compensation Fund of 2001» (VCF). Nach Publikation einer vorläufigen Durchführungsrichtlinie («interim final rule») vom 21. Dezember 2001 veröffentlichte der Generalstaatsanwalt («Attorney General») am 13. März 2002 als letzten Schritt der Ausführungsrichtlinie von Art. 407 ATSSSA die endgültige Fassung («final rule»). Diese behandelt Hintergründe sowie Berechnungsgrundlagen der Entschädigungen des VCF.

Gemäss Art. 403 ATSSSA war es der Zweck dieses Titels (VCF), jedem Individuum (oder den Angehörigen eines verstorbenen Individuums), welches als Resultat der terroristisch verursachten Flugzeugabstürze des 11. September 2001 körperlich verletzt oder getötet worden ist, eine Entschädigung zukommen zu lassen. Damit sollte den Opfern der Attentate und ihren Angehörigen v. a. schnelle und unbürokratische Hilfe zukommen. Ausserdem sollte ihnen ein oft langwieriger und mühsamer Weg zur Erlangung von Schadenersatzleistungen durch Zivilklagen erspart werden, da das amerikanische Recht den Hinterbliebenen bei Tötung durch die sogenannten «Wrongful Death Statutes» der Bundesstaaten einen eigenen gesetzlichen Anspruch auf Schadenersatz gewährt (P. Hay, US-Amerikanisches Recht, 3. Aufl., München 2005, Rz. 425). Dieser Schadenersatz berechnet sich u. a. aus zukünftig entgangenem Verdienst (M. Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, München 1997, S. 96). Mit dem Antrag auf Entschädigung durch den VCF verzichtete der Ansprecher gleichzeitig auf das Anhängigmachen einer Zivilklage gestützt auf die «Wrongful Death Statutes» (Art. 405(c)(3)(B)(i) ATSSSA).

Gemäss den Durchführungsbestimmungen wurde der Sonderbeauftragte des Entschädigungsfonds («special master») ermächtigt, zum Zwecke der Abwicklung des Entschädigungsverfahrens nach eigenem Ermessen für die Opfer einen persönlichen Vertreter («personal representative») zu bestimmen, sofern nicht bereits eine gerichtliche Ernennung infolge Bestimmung durch letztwillige Verfügung des Verstorbenen vorlag (B. Gleissner, Der Entschädigungsfonds für die Opfer des

11. September, Ziff. II. 2b). Diesem persönlichen Vertreter allein stand das Recht auf Beantragung einer Entschädigung im Namen des Verstorbenen zu (Art. 405 ATSSSA). Dadurch sollte sichergestellt werden, dass pro Opfer nur ein Entschädigungsanspruch gestellt wird (Art. 405(d)(3)(A)). Sodann hatte der persönliche Vertreter einen Verteilungsplan auszufüllen, wobei er die Entschädigung gemäss Bundesstaatsrecht zu verteilen hatte. Zur Prüfung musste er dem Sonderbeauftragten einen Entwurf dieses Verteilungsplans einreichen.

Zum Verständnis muss angefügt werden, dass dieses Vorgehen weitestgehend dem Verfahren nach amerikanischem Erbrecht folgt. Im Gegensatz zum schweizerischen Recht kennt das amerikanische nämlich keine Universalsukzession. Der Nachlass muss nicht zwangsläufig eine Einheit bilden. Vielmehr können die einzelnen Nachlassteile unterschiedlichen Regeln unterworfen sein (Hay, a. a. O., Rz. 532). Zu Beginn eines Nachlassverfahrens wird, sofern ein Testament vorhanden ist, dessen Zulässigkeit geprüft und der darin benannte persönliche Vertreter bestätigt oder bei Fehlen eines Testaments ein solcher bestellt. Diesem schliesslich obliegt die Abwicklung des Nachlasses (Hay, a. a. O., Rz. 549 f.).

2.4. Die Entschädigungen des VCF setzen sich einerseits aus einem Teil für «non economic loss» (immateriellen Schaden) und einem Teil für «economic loss» (materiellen Schaden) zusammen.

2.4.1. Der Begriff des «non economic loss» (immateriellen Schadens) wird gemäss Art. 402(7) ATSSSA definiert als Schaden wegen physischem oder emotionalem Schmerz, wegen Leiden, Unannehmlichkeiten, physischer Beeinträchtigung, seelischer Qual, Entstellung, Verlust an Lebensfreude, Verlust von Gesellschaft und Freundschaft, Verlust von Mitarbeitern (nicht jedoch den Verlust von Hausangestellten), Vergnügungsschäden, Schädigung des Rufes sowie allen anderen nicht materiellen Verlusten jeder Art. Zur Entschädigung dieses Schadens legte der amerikanische Kongress einen einheitlichen Betrag zu Gunsten jedes verstorbenen Opfers in Höhe von US \$ 250 000.– sowie von US \$ 100 000.– für deren unterhaltsberechtigten Personen fest.

Die Zuteilung dieser Entschädigungen war folgendermassen geregelt: Sofern die verstorbene Person eine letztwillige Verfügung hinterlassen hatte, folgte der Verteilungsplan hinsichtlich des «Nachlass- oder Genugtuungsanteils» von US \$ 250 000.– diesem Willen. Existierte keine letztwillige Verfügung, wurde der Betrag gemäss dem Bundesstaatsgesetz betreffend Nichtvorhandensein einer letztwilligen Verfügung («State Intestacy Law») verteilt. Demgegenüber sollte der Betrag von US \$ 100 000.– den unterhaltsberechtigten Personen direkt ausbezahlt werden. In Anbetracht, dass ungeborene Kinder nicht unter die unterhaltsberechtigten Personen im Sinne der Anspruchsvoraussetzungen fielen (§ 104.3(b) final rule) und die Ehefrau von Z. bei den Attentaten ebenfalls ums Leben gekommen war, handelte es sich beim Entschädigungsbetrag von US \$ 100 000.– um eine Genugtuungszahlung an den Verstorbenen als Ehemann seiner ebenfalls getöteten Ehefrau.

2.4.2. Unter dem Begriff des «economic loss» (materieller Schaden) ist jeglicher finanzieller Verlust zu verstehen, der aus der Schädigung resultiert (inklusive dem Verlust der Einkünfte oder anderweitiger Leistungen im Zusammenhang mit der Anstellung, Verlust durch ärztliche Ausgaben, Verlust von Ersatzeinkünften, Verlust im Zusammenhang mit dem Tod, Beerdigungskosten sowie Verlust von Geschäfts- oder Anstellungsmöglichkeiten), allerdings nur soweit, als für diesen Verlust eine Deckung nach dem anwendbaren Bundesstaatsrecht zulässig ist (Art. 402(5) ATSS-SA). Der erlittene Vermögensschaden orientierte sich somit nach dem zu erwartenden künftigen Erwerbseinkommen des Opfers, wobei der VCF bei besonders hohen Einkünften Höchstbeträge vorsah (§ 104.43(a) interim final rule). Die Entschädigung wurde gemäss § 104.47(a) final rule in der Regel um Leistungen aus Lebens- und Sozialversicherungen, sowie sonstigen staatlichen Leistungen, die anlässlich der terroristischen Anschläge gewährt wurden, gekürzt, sofern diese Leistungen nicht durch eigene Beiträge des Opfers finanziert worden waren. Demgegenüber nicht angerechnet wurden Geldbeträge, welche die Opfer von Wohltätigkeitsorganisationen erhalten hatten sowie Steuervergünstigungen, die auf der Grundlage des «Victim of Terrorism Tax Relief Act» gewährt worden waren (§ 104.47(b) final rule).

Der Schadenersatz für den materiellen Schaden wurde nach den Gesetzesbestimmungen betreffend den widerrechtlichen Tod («Wrongful Death Law») desjenigen Bundesstaates verteilt, in dem das Opfer seinen letzten Wohnsitz hatte. Da sich der Wohnsitz des verstorbenen Sohnes der Beschwerdeführer in Boston befand, unterlag die Aufteilung der Entschädigungssumme den Gesetzen von Massachusetts. Gemäss Kapitel 229 Abs. 2 i.V. m. Abs. 1(4) des Allgemeinen Rechts von Massachusetts («The General Laws of Massachusetts», abgekürzt GLM) haben bei schuldhaft verursachtem Tod bei Fehlen eines überlebenden Ehegatten und von Nachkommen die nächsten Angehörigen Anspruch auf den Schadenersatz. Indem den Beschwerdeführern als nächsten Angehörigen (vgl. betreffend die «nächsten Angehörigen»: Kapitel 190 Abs. 2 und 3 GLM) der Anspruch je zur Hälfte gestützt auf das «Wrongful Death Law» und nicht auf die erbrechtlichen Bestimmungen zugesprochen wurde, zeigt sich, dass dieser Schadenersatz nicht zum Nachlassvermögen gehört (siehe auch H. R. Künzle, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, Zürich 2000, S. 205, mit Hinweis auf die Rechtsprechung des California Supreme Court: *In re Estate of Riccomi*, 185 Cal. 458, 197 P. 97, 14 A. L. R. 509 (1921)).

Diese Beurteilung wird zusätzlich durch die Regelung untermauert, wonach sämtliche Versicherungsleistungen sowie Leistungen aus betrieblicher Altersversorgung, welche den Familien der Opfer zugeflossen sind und ebenfalls nicht zum Nachlass des Verstorbenen zählen, die Entschädigungsansprüche des VCF als gleichartige Leistungen reduzieren. Würden diese Entschädigungen demgegenüber als Nachlass qualifiziert, wäre ihre Kürzung mit Leistungen Dritter systemwidrig.

Am Gesagten nichts zu ändern vermag entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer der Umstand, dass bei einem unlösbaren Streit das zuständige Nachlassgericht zu entscheiden hätte. Die Aufgaben der Nachlassgerichte in den USA überschneiden sich teilweise mit denjenigen der ordentlichen Gerichte. So beurteilen erstere neben allgemeinen Streitigkeiten zur Erbfolge beispielsweise auch Haftungsfragen des Nachlassverwalters oder können als zuständig gelten für die Zuspreehung oder Abweisung von Schadenersatzansprüchen bei Streitigkeiten zwischen dem Nachlass und Dritten (Künzle, a. a. O., S. 340 und 392 f.). Aber schon aus der Systematik des GLM zeigt sich, dass Schadenersatzansprüche bei schuldhaft verursachtem Tod nicht in den Nachlass fallen, obgleich für deren Geltendmachung der Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter des Verstorbenen zuständig ist (Kapitel 229 Abs. 2 GLM). Die Bestimmungen unter der Überschrift «wrongful death; damages» befinden sich in Teil III («Gerichte, Justizbeamte und Zivilprozessrecht»), Titel II, Kapitel 229 GLM. Demgegenüber ist das Erbrecht in Teil II («Gesetzliche Erbfolge, Testamente, Vermögen Verstorbener und Verschollener Personen, ...»), Titel II, Kapitel 190 ff. GLM geregelt. Verweise auf die jeweilig anderen Bestimmungen fehlen.

2.5. Wie die Vorinstanz somit richtig erwogen hat, handelt es sich bei dem vom VCF gemäss Schreiben des Sonderbeauftragten zugesprochenen Betrag für immateriellen Schaden von insgesamt US \$ 350 000.– um eine Genugtuungszahlung. Diese stand Z. selbst zu und fiel infolge seines Todes in den Nachlass. Die Beschwerdeführer erwarben sie schliesslich kraft Erbschaft. Erbschaften sind grundsätzlich am Ort der Herkunft steuerbar, wobei der letzte zivilrechtliche Wohnsitz des Erblassers massgebend ist. Da der Verstorbene seinen letzten Wohnsitz in Boston (USA) hatte und sich die Erbschaft somit in den USA befand, besitzt der Kanton St. Gallen diesbezüglich keine Steuerhoheit (vgl. Art. 147 StG). Im übrigen handelt es sich bei den Entschädigungen von US \$ 350 000.– auch gemäss Art. 37 lit. a StG um steuerfreie Einkünfte.

Gemäss Art. 92 IPRG bestimmt das auf den Nachlass anwendbare Recht, was zum Nachlass gehört, wer in welchem Umfang daran berechtigt ist, wer die Schulden des Nachlasses trägt, welche Rechtsbehelfe und Massnahmen zulässig sind und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden können. Der Beschwerdegegner sieht in der Anwendung dieser Bestimmung durch die Vorinstanz und in ihrer Feststellung, dass die Entschädigungszahlungen für immateriellen Schaden («non economic loss») gemäss dem US-amerikanischen Recht auch nach Eintritt des Todes dem Nachlass zugefallen sind, eine Verletzung des schweizerischen Ordre public.

Nach Art. 17 IPRG ist die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ist. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Vorbehaltsklausel des Ordre public eine Ausnahmeklausel ist. Sie ist eng auszulegen. Nur bei krassen Verstössen gegen das generelle, in der Schweiz existieren-

de Rechtsempfinden (BGE 87 I 194), ist die Vorbehaltsklausel anzuwenden. Das Gericht hat bei der Frage, ob die Anwendung des zuständigen ausländischen Rechts gegen die Grundlagen der inneren Rechtsordnung verstossen würde, darauf abzustellen, welche Bedeutung die entsprechende inländische Bestimmung in unserem Rechtssystem besitzt. Entscheidend ist, ob sie von der Doktrin als Ausdruck eines fundamentalen Gedankens oder als zwar mögliche, keineswegs aber allein gültige Regelung betrachtet wird, und welche Bedeutung sie im Rechtsbewusstsein des schweizerischen Volkes besitzt (F. Vischer, Schweizerisches Privatrecht, Band I, Basel 1969, S. 533).

Vorliegend ist es nicht die Aufgabe der Steuerbehörden ausländisches Recht anzuwenden. Sie haben nur vorfrageweise im Rahmen der Anwendung des Steuerrechts zu prüfen, inwiefern der massgebende Sachverhalt unter die zivilrechtlichen Vorschriften des US-amerikanischen Rechts zu subsumieren ist. Obgleich im schweizerischen Recht grundsätzlich darauf abgestellt wird, dass ein Erblasser nach dem Tod bzw. die Erbengemeinschaft als Rechtsnachfolgerin keine neuen Ansprüche mehr erwerben, kann diesem Grundsatz kein Ordre public-Charakter zuerkannt werden (vgl. auch die Ausführungen in E. 2.2, wonach bei fälligen Versicherungen bei fehlender Begünstigung einer Person die Leistung in den Nachlass fällt und der Anspruch darauf somit auch erst mit dem Tod entsteht). Eine Verletzung des schweizerischen Ordre public ist somit nicht gegeben.

Unter diesen Umständen kann offen gelassen werden, in welchem Umfang Genugtuungszahlungen aufgrund ausländischer Rechtsverhältnisse unter die steuerfreien Einkünfte im Sinne von Art. 37 lit. h StG subsumiert werden können.

2.6. Die übrigen Entschädigungen des VCF, welche für jedes Opfer individuell berechnet wurden, stellen Ersatz für den materiellen Schaden («economic loss») in bezug auf den Tod von Z. und dessen ungeborenes Kind dar. Anders als die Zahlungen für immateriellen Schaden («non economic loss») fallen diese nicht in den Nachlass der Verstorbenen.

Auch handelt es sich hierbei entgegen der Eventualbegründung der Beschwerdeführer nicht um steuerfreie Genugtuungssummen nach Art. 37 lit. h StG. Unter einer Genugtuungszahlung wird auch im schweizerischen Steuerrecht ein Entgelt für die Verletzung der persönlichen körperlichen und/oder seelischen Integrität infolge grosser Schmerzen, psychischer Belastung, Beeinträchtigung der Lebensfreude usw. verstanden (M. Meili, Schadenersatz und Steuern, StR 1981, S. 512). Sie bezweckt den Ausgleich für erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder die Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird. Bemessungskriterien sind vor allem die Art und Schwere der Verletzung, die Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit der betroffenen Person, der Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen, ein allfälliges Selbstverschulden der geschädigten Person sowie die Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Zahlung eines Geldbetrags. Nach geltender Rechtsprechung lässt sich die Höhe der Summe, die als Abgeltung erlittener Unbill in Frage kommt, naturgemäss nicht er-

rechnen, sondern nur schätzen (BGE 132 II 119 mit Hinweisen). Die Festsetzung der Genugtuungshöhe ist eine Entscheidung nach Billigkeit. Die Genugtuungssumme darf nicht nach festen Tarifen festgesetzt, sondern muss dem Einzelfall angepasst werden (BGE vom 17. Januar 2007, 4C.263/2006 E. 7.3).

Wie bereits ausführlich in E. 2.4.2 ausgeführt wurde, soll die Schadenersatzleistung für den «economic loss» (materiellen Schaden) gerade nicht einer Genugtuung in diesem Sinne gleichkommen. Vielmehr soll sie den Begünstigten u. a. dasjenige Einkommen ersetzen, welches die verstorbene Person voraussichtlich ohne die Attentate zukünftig hätte erzielen können.

Einer Unterstellung dieser Schadenersatzleistung unter Art. 36 lit. b StG, wonach einmalige und wiederkehrende Zahlungen bei Tod steuerbar sind, steht folglich nichts entgegen. Einkünfte nach Art. 36 lit. b StG beschränken sich im wesentlichen auf solche aus Unfall- und Haftpflichtversicherungen. Haftpflichtleistungen zugunsten eines Steuerpflichtigen werden bei Vorliegen eines vertraglichen oder ausservertraglichen Haftpflichtanspruchs des Steuerpflichtigen gegenüber einem Dritten bezahlt (StB 36 Nr. 5). Wird jemand getötet, so verlieren diejenigen Personen ihren Versorger, für deren Lebensunterhalt der Getötete ganz oder teilweise regelmässig aufgekommen ist bzw. in Zukunft ohne den Tod aufgekommen wäre. Ein Anspruch für diese Versorgten ergibt sich aus Art. 45 Abs. 3 OR. Auch nach schweizerischem Schadenersatzrecht ist der Ersatz des Versorgerschadens unabhängig vom Erbrecht. Ob der Ansprecher Erbe ist oder nicht und ob er die Erbschaft ausgeschlagen hat, ist belanglos (Oftringer/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995, S. 334 ff., Rz. 260 ff.). Zwar erfolgt die Berechnung des Versorgerschadens teilweise nach anderen Kriterien als im amerikanischen Recht und stünde den Beschwerdeführern gemäss schweizerischer Praxis wohl auch kein Anspruch auf Schadenersatz zu; dennoch handelt es sich bei den ausländischen Schadenersatzleistungen um einen ausservertraglichen Haftpflichtanspruch, der unter Art. 36 lit. b StG fällt. Da die Leistungen nach diesen Ausführungen nicht unter die abschliessend aufgeführten Tatbestände steuerfreier Einkünfte zu subsumieren sind, könnten sie aber auch unter die Generalklausel von Art. 29 StG subsumiert werden.

2.7. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass eine Besteuerung der Entschädigungsleistungen aus dem VCF in der Schweiz den Tatbestand einer unzulässigen Doppelbesteuerung erfüllen würde. Gemäss Art. 21 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen (SR 0.672.933.61, abgekürzt DBA-USA) können Einkünfte einer in einem Vertragsstaat ansässigen Person, die in den vorstehenden Artikeln nicht behandelt wurden, ohne Rücksicht auf ihre Herkunft nur in diesem Staat besteuert werden. Da die Entschädigungen aus dem VCF den Beschwerdeführern mit Wohnsitz in der Schweiz ausbezahlt wurden, unterliegen die Leistungen auch einer allfälligen schweizerischen Steuerpflicht. Unbeachtlich für die schweizerische Steuerpflicht ist jedoch,

wenn solche Entschädigungen nach amerikanischem Recht (für Empfänger in den USA) von der Steuerpflicht ausgenommen wurden (vgl. § 104.47(b)(3)).

Ebenfalls unhaltbar ist das Argument der Beschwerdeführer, dass sich eine Besteuerung der Entschädigung bereits insofern aufgrund ihrer Berechnung verbiete, als die Entschädigungen auf der Basis von zukünftig wegfallenden Nettolöhnen, d.h. von hypothetischem Einkommen nach Abzug der amerikanischen Einkommenssteuer, berechnet worden seien. Da die Leistungen an die Beschwerdeführer in den USA jedoch nicht bereits einer ähnlichen Steuer unterzogen wurden, spricht nichts gegen eine Besteuerung dieser Nettoentschädigungen in der Schweiz. Hinzu kommt, dass bei einer Qualifikation der Entschädigung als Nachlass, wie dies die Beschwerdeführer anstreben, die Zahlungen nach amerikanischem Recht als Nachlass grundsätzlich ebenfalls zu versteuern wären; einzig die speziell auf die tragischen Ereignisse vom 11. September 2001 hin erlassene Steuerbefreiung («Victim of Terrorism Tax Relief Act») verhindert dies. Zudem zeigt sich am Beispiel des Rechts von Massachusetts (Kapitel 229 Abs. 2: «... including but not limited to compensation for the loss of the reasonably expected net income, ...»), dass bei Schadenersatzberechnungen nach dem «Wrongful Death Law» grundsätzlich vom Nettoeinkommen ausgegangen wird. Im Übrigen wird auch im Schweizerischen Haftpflichtrecht zur Schadensberechnung nach Art. 36 lit. b StG steuerbaren Leistungen das Nettoeinkommen des Versorgers beigezogen (Oftinger/Stark, a. a. O., S. 343, Rz. 283). Von einer unrechtmässigen Doppelbesteuerung kann daher nicht ausgegangen werden.

2.8. Schliesslich beantragen die Beschwerdeführer, zur Klärung der Frage des anwendbaren Erbstatuts ein Rechtsgutachten bei einer Bostoner oder einer anderen amerikanischen Universität einzuholen.

Der Beizug eines Sachverständigen bzw. die Anordnung eines Gutachtensauftrags liegt im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes im Ermessen der entscheidenden Instanz. Ein Gutachten ist vor allem dann angezeigt, wenn der Behörde die zum Entscheid erforderliche Sachkunde über umstrittene Tatsachen fehlt (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 976). Vorliegend ist primär entscheidend, aus welchem Rechtsgrund die Entschädigungen den Beschwerdeführern zugefallen sind und wie diese Zahlungen unter die st. gallische Steuergesetzgebung zu subsumieren sind. Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an. Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass auf den Beizug eines amerikanischen Rechtsgutachtens verzichtet werden kann. Gleiches gilt für das Rekursverfahren. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörsanspruchs liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht vor.

Das Bundesgericht ist auf die von den Steuerpflichtigen erhobenen Beschwerden nicht eingetreten (BGE 2C_538/2007 vom 21. Februar 2008)

35

Art. 39, Art. 45 Abs. 1 lit. e, Art. 46 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 4 StG (sGS 811.1), Art. 18 StV (sGS 811.11). Die abzugsfähigen Berufskosten sind nicht auf die Höhe der Erwerbseinkünfte beschränkt. Ist der Steuerpflichtige aus gesundheitlichen Gründen nur beschränkt erwerbstätig, können ausnahmsweise Berufskosten zum Abzug zugelassen werden, welche die Erwerbseinkünfte übersteigen. Ein Abzug für Wochenaufenthalt wird nicht zugelassen, wenn der Wochenaufenthaltort in erheblicher Entfernung vom Arbeitsort liegt. Als Fahrkosten werden die Kosten für die öffentlichen Verkehrsmittel zum Abzug zugelassen, wenn die Unzumutbarkeit von deren Benützung nicht nachgewiesen ist. Beiträge an die Säule 3a können nicht auf die durch die Berufskosten reduzierten Einkünfte beschränkt werden. Behinderungsbedingte Fahrkosten für Arztbesuche und Therapien werden nach der Praxis zum Abzug zugelassen. Alleinstehende mit Kindern werden beim Einkommen nicht zum Verheiratetentarif besteuert, wenn sie nicht mit den Kindern zusammenleben.

Verwaltungsgericht, 4. Juli 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 14

36

Art. 39 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Die Weisung des kantonalen Steueramtes über die Abzugsmöglichkeit von Aufwendungen für neben- und ehrenamtliche Behördentätigkeit ist aus Gründen der Rechtsgleichheit anzuwenden, selbst wenn sie im Einzelfall zu einem höheren Abzug führt, als Gesetz und Verordnung dies vorsehen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 18. Oktober 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 19

37

Art. 39 Abs. 1 lit. d StG (sGS 811.1). Absolviert ein bei einer Versicherungsgesellschaft als Schadenspezialist tätiger kaufmännischer Angestellter ein juristisches Studium, so handelt es sich nicht um eine Weiterbildung oder Umschulung, sondern um eine Ausbildung.

Verwaltungsgericht, 18. Dezember 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 23

38

Art. 44 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Sind in den Aufwendungen für einen Willensvollstrecker Vermögensverwaltungskosten enthalten, so ist deren Höhe, wenn die genaue zahlenmässige Ausscheidung nicht möglich ist, nach pflichtgemäsem Ermessen zu schätzen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 22. August 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 20

39

Art. 49 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Ob ein Steuerpflichtiger für den Unterhalt des Kindes zur Hauptsache aufkommt, ist nach den konkreten Umständen zu beurteilen. Für die Bemessung der Unterhaltsleistungen an Kinder darf auf Pauschalen abgestellt werden. Soweit diese für Betreuung und Erziehung unmündiger Kinder Kostenansätze enthalten, sind sie bei der Bemessung des Unterhalts für volljährige Kinder anzupassen, da bei solchen in der Regel keine besonderen Aufwendungen für Betreuung und Erziehung notwendig sind.

Verwaltungsgericht, 9. Mai 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 9

40

Art. 53 und Art. 70 Abs. 3 StG (sGS 811.1). Einer liechtensteinischen Stiftung, die nach ihrem Zweck eine nach Schweizer Recht unzulässige Unterhalts- oder Genussstiftung ist, kann nicht allein unter Berufung auf die in der Schweiz geltenden Bestimmungen oder den *ordre public* die steuerliche Anerkennung versagt werden. Weist die Stiftung auch nach dem Ableben der Stifterin Merkmale auf, dass sie von der begünstigten Person beherrscht wird, so liegt eine kontrollierte Stiftung vor, der die steuerliche Anerkennung versagt werden darf.

Verwaltungsgericht, 29. August 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 16

41

Art. 183 Abs. 1 und 2 StG (sGS 811.1). Der Eintritt der Verjährung ist im Steuerrecht von Amtes wegen zu berücksichtigen. Eine Einsprache gegen eine frühere Veranlagung oder ein Veranlagungsverfahren Dritter beeinflusst den Lauf der Verjährung nicht.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 18. Oktober 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 24

42

Art. 243 Abs. 1 und Art. 199 Abs. 1 StG (sGS 811.1). Muss das Grundbuchamt bei der Anmeldung eines unüberbauten Grundstücks zur Eigentumsübertragung davon ausgehen, dass aufgrund des Kaufvertrags neben der Übertragung des Grundstücks weitere Leistungen getätigt werden (Bau eines Hauses), so kann nach Eintritt der Rechtskraft der Handänderungssteuer für das unüberbaute Grundstück mangels neuer Tatsachen nachträglich keine Handänderungssteuer für das Gebäude veranlagt werden.

Verwaltungsgericht, 15. März 2007

Sachverhalt und Auszug aus den Erwägungen in SGE (St.Galler Steuerentscheide) 2007 Nr. 5

10. Öffentliches Beschaffungswesen

43

Art. 5bis und Art. 41 VöB (sGS 841.11). Grundsatz von Treu und Glauben. Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung. Die Rüge der unzulässigen Vorbefassung ist im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung zu erheben, wenn aus dieser die Gründe für die Rüge hinreichend ersichtlich sind.

Verwaltungsgericht, 11. April 2007

Die Politische Gemeinde A. und die Wasserversorgungskorporation A. beabsichtigten die Sanierung der Wasserversorgung. Im Rahmen der Vorabklärungen verfasste das Ingenieurbüro G. AG im Auftrag der Wasserversorgungskorporation verschiedene Berichte. In der Ausschreibung war vermerkt, dass diese Berichte den Submissionsunterlagen beiliegen. Der Zuschlag wurde in der Folge der G. AG vergeben. Dagegen erhob die U. AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht und machte geltend, die G. AG habe an der Vorbereitung der Ausschreibung bzw. an den Ausschreibungsunterlagen erheblich mitgewirkt. Dies habe ihr umfassende Vorkenntnisse eingetragen. Weiter sei der Zuschlag ungenügend begründet. Das Verwaltungsgericht hat den Zuschlag als ungenügend begründet qualifiziert, ist aber auf die Rüge der Vorbefassung nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 41 Abs. 1 VöB sind Verfügungen des Auftraggebers kurz zu begründen. Nach Art. 41 Abs. 3 VöB wird in der Zuschlagsverfügung kurz begründet, weshalb das berücksichtigte Angebot mit Bezug auf die Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. Die Begründung enthält insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote.

2.1. Das Verwaltungsgericht hat die Anforderungen an die Begründung einer Zuschlagsverfügung in zahlreichen Urteilen umschrieben und seine Praxis publiziert (vgl. statt vieler GVP 2000 Nr. 24; VerwGE B 2006/25 vom 12. April 2006 i. S. S. AG, publ. in: www.gerichte.sg.ch). Eine Begründung ist ungenügend, wenn sie lediglich die Aussage umfasst, ein bestimmtes Angebot sei das wirtschaftlich günstigste. Die Auftraggeberin muss in der Begründung einer Verfügung – zwar kurz, aber immerhin – darlegen, weshalb sie das Angebot einer bestimmten Unternehmung als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert. Die Anbieter müssen aufgrund der Verfügung bzw. deren Begründung darüber in Kenntnis gesetzt werden, aus welchen Motiven die Vergabebehörde ein Angebot als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert.

2.2. In den Zuschlagsverfügungen führten die Vorinstanzen die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien auf und hielten fest, mit einer gesamten Punktzahl von 88,7 von maximal 100 sei das Angebot der Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste. Das Angebot der Beschwerdegegnerin übertreffe die andern Angebote namentlich in der Beschreibung des technischen Vorgehens. Was die Qualität und die Erfahrung des Personals betreffe, seien zwei andere Angebote als gleichwertig zu beurteilen. Bezüglich Erfahrung der Firma und Preis liege das Angebot der G. AG an zweiter Stelle, mit Bezug auf die Leistungsfähigkeit im Mittelfeld. In der Gesamtbeurteilung setze sich das Angebot der Beschwerdegegnerin damit als das wirtschaftlich günstigste gegen die anderen Angebote durch. Der Beschwerdeführerin wurde mit der Eröffnung des Zuschlags mitgeteilt, ihr Angebot sei mit 84,5 Punkten bewertet worden.

In der Begründung der Zuschlagsverfügung wird zwar dargelegt, weshalb das Angebot der Beschwerdegegnerin als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert wurde. Insoweit enthält die Verfügung zumindest in formaler Hinsicht eine Begründung. Die Begründung erschöpft sich aber in der Mitteilung der Bewertungsergebnisse, wobei überdies keine genauen Angaben gemacht werden, wie die übrigen Angebote bewertet wurden. Die Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien ist nicht nachvollziehbar offen gelegt worden. Insbesondere war aus der Zuschlagsverfügung nicht ersichtlich, auf welche Tatsachen sich die unterschiedlichen Gewichtungen stützen.

Die Bewertungsmatrix und die Begründung des Vergabeantrags wurden der Beschwerdeführerin mit den angefochtenen Verfügungen nicht zugestellt. Somit konnte die Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren von den Einzelheiten der Bewertung und den Gründen der Zuschlagsverfügung Kenntnis nehmen. Die Zuschlagsverfügung ist somit mangels genügender Begründung formell fehlerhaft. Im Rahmen des zweifachen Schriftenwechsels vor Verwaltungsgericht ist dieser Mangel indes geheilt worden. Von einer Aufhebung der Zuschlagsverfügung und einer Rückweisung an die Vorinstanzen ist folglich abzusehen; dessen ungeachtet ist aber die Mangelhaftigkeit der Zuschlagsverfügung bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen (Art. 95 Abs. 2 VRP).

3. Art. 5bis VöB bestimmt, dass sich Personen und Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen so mitgewirkt haben, dass sie den Zuschlag zu ihren Gunsten beeinflussen können, am Vergabeverfahren nicht beteiligen dürfen.

3.1. Das Verwaltungsgericht hat sich in einem unlängst ergangenen Urteil zu den Fragen der Vorbefassung einer Anbieterin und der rechtzeitigen Geltendmachung der Vorbefassung geäußert. Es hielt fest, ein wesentliches Ziel des Vergaberechts bestehe in der Gewährleistung eines echten, fairen und offenen Wettbewerbs. Ein solcher Wettbewerb sei nur möglich, wenn für alle Bewerber die gleichen Wettbewerbsbedingungen gälten. Neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot (Art. 5 VöB) stehe deswegen auch der Grundsatz

der Vorbefassung im Zentrum des öffentlichen Beschaffungsrechts. Kriterium zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Vorbefassung sei, inwieweit der vorbefasste Anbieter den Zuschlag zu seinen Gunsten habe beeinflussen können. Die Vorbefassung eines Anbieters setze voraus, dass er sich bereits vor der Teilnahme am Submissionsverfahren, also vor der Eröffnung des Verfahrens, mit der konkret in Frage stehenden Beschaffung befasst habe. Dabei sei unbedeutend, auf welche Art der Anbieter mitgewirkt habe, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (vgl. Nyffenegger/Kobel, Vorbefassung im Submissionsverfahren, in: BVR 2004 S. 55 f. mit weiteren Hinweisen). Eine Verfahrensbeteiligung werde dabei als zulässig erachtet, wenn der durch die Vorbefassung bewirkte Wissensvorsprung nur zu einem geringfügigen Vorteil gegenüber den anderen Anbietern führe, wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur sei und die Mitwirkung sowie der Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern offen gelegt werde (vgl. Nyffenegger/Kobel, a. a. O., S. 64 f. mit weiteren Hinweisen). Ebenfalls nicht zu beanstanden sei ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringe; so könne einem Anbieter nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Auftraggeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben habe (vgl. VerwGE ZH vom 8. Dezember 2004, in: RB/ZH 2004, Nr. 39). Die Gefahr der Vorbefassung resp. die Art der Beeinflussung könne auch darin bestehen, dass der vorbefasste Anbieter versuche, die Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt bzw. die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten, um seine Chancen auf den Zuschlag zu erhöhen, oder dass er die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetze oder durch vorgängigen Behördenkontakt persönliche Bekanntschaft mit den Behördemitgliedern schliessen und auf diese Weise Sympathien gewinnen könne (Nyffenegger/Kobel, a. a. O., S. 56 mit weiteren Hinweisen). Des weiteren liege eine bloss untergeordnete Mitwirkung dann nicht vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden sei, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet habe (vgl. BGE 2P.164/2004, E. 3.3). Eine solche Vorbefassung erweise sich als unzulässig und habe im Grundsatz den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge (BGE a. a. O., E. 3.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reiche zwar ein lediglich objektiv begründeter Anschein einer Vorbefassung noch nicht zum Ausschluss, da sich ein Unternehmer einen Ausschluss so lange nicht gefallen lassen müsse, als das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen sei; die Beweislast hiefür obliege mangels gegenteiliger Regelung dem Konkurren-

ten, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten für den Zuschlag verspreche (BGE a. a. O., E. 5.7.3). Nach Art. 5bis VöB sei in diesem Zusammenhang aber nicht entscheidend, ob die vorbefasste Unternehmung den Entscheid über den Zuschlag tatsächlich zu ihren Gunsten beeinflusst habe, sondern ob sie die Möglichkeit gehabt habe, dies zu tun (vgl. GVP 2005 Nr. 36).

3.2. Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die Beschwerdeführerin verhalte sich treuwidrig, wenn sie sich erst nach dem Zuschlag gegen die angebliche Vorbefassung wehre, nachdem sie ihr Angebot vorbehaltlos eingereicht und die Ausschreibungsunterlagen akzeptiert habe. In diesen sei darauf hingewiesen worden, dass die Verfasser des Vorprojekts zur Submission zugelassen seien.

3.3. In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Anbieter orientiert, dass die Verfasserin des Vorprojekts zum Submissionsverfahren zugelassen werde. Es fragt sich daher, ob die Rüge der Vorbefassung der Beschwerdegegnerin verwirkt ist. Dabei ist zu beachten, dass eine Ausschreibung Anordnungen enthalten kann, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar sind und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben, wobei die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung, erhalten bleibt (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 610 mit Hinweis). Wie oben ausgeführt wurde, ist nicht jeder vorbefasste Anbieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen; massgeblich ist vielmehr die Intensität seiner Beeinflussung resp. die Art seiner vorgängigen Mitwirkung (vgl. VerwGE B 2005/149 vom 20. Dezember 2005, publ. in: www.gerichte.sg.ch).

Die Beschwerdegegnerin arbeitete für die Vorinstanzen insgesamt drei Berichte aus, welche den Anbietern als Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen abgegeben wurden. Einer der Berichte hat das Volumen und den Standort des Reservoirs M. zum Gegenstand. Darin werden die bestehenden Verhältnisse aufgenommen, insbesondere die Standorte und Volumina der einzelnen Anlageteile, die verschiedenen Zuflüsse und Verbindungen der einzelnen Objekte sowie die Zufahrtsverhältnisse. Weiter enthält der Bericht Angaben zu den bestehenden und den voraussichtlichen Wasserverbrauchsmengen und zum notwendigen Reservoirvolumen. Die Angaben zu den vorgesehenen Dimensionierungen stützen sich im wesentlichen auf die künftigen Verbrauchswerte in den einzelnen Versorgungsgebieten. Auch werden Vergleiche mit anderen Wasserversorgungsanlagen angestellt. Sodann werden Ausführungen zu den möglichen Standorten der Aufbereitungsanlage gemacht, ebenso zum Standort des neuen Reservoirs. Die Beschwerdegegnerin schlägt vor, aufgrund ihrer Feststellungen am heutigen Standort ein neues Reservoir mit integrierter Aufbereitungsanlage zu realisieren. Der Variantenentscheid wird mit technischen, betrieblichen und finanziellen Überlegungen begründet. Weiter enthält der Bericht Angaben zur Konstruktion und Dimensionierung der Bauten sowie eine Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von +/- 25 Prozent mit

Angaben zur Änderung einzelner Kostenfaktoren bei veränderten Dimensionen der Bauten.

Der Bericht zur Evaluation der Aufbereitungsanlage enthält wiederum eine Darlegung der bestehenden betrieblichen und technischen Verhältnisse. Weiter werden die Untersuchungsergebnisse und Analysenresultate der Quellwasserprüfungen und der verschiedenen Rahmenbedingungen festgehalten. Sodann werden verschiedene Arten von Aufbereitungsverfahren erläutert und deren Vor- und Nachteile dargelegt. Auch dieser Bericht enthält eine Kostenschätzung mit einer Genauigkeit von ± 25 Prozent. Abschliessend wird im Bericht festgehalten, dass sich der Verwaltungsrat der Wasserversorgung für eine Ultrafiltrationsanlage entschieden habe, und es werden die bei der Erstellung einer solchen Anlage relevanten Rahmenbedingungen dargelegt.

Der dritte Bericht enthält die Grundlagen für eine energetische Nutzung der Quellen. Aufgrund der örtlichen Situation und der voraussichtlichen Wassermengen wurden die möglichen Turbinenleistungen und die voraussichtlich mögliche Stromproduktion ermittelt. Weiter wurden die erforderlichen Investitionen für drei verschiedene Etappten mit einer Kostengenauigkeit von ± 25 Prozent und eine Wirtschaftlichkeitsrechnung mit den voraussichtlichen Stromgestehungskosten aufgeführt. Zusammenfassend wird festgehalten, eine energetische Nutzung sei möglich und es könne eine wirtschaftliche Stromproduktion betrieben werden.

Schliesslich wurde eine Kostenschätzung für den Neubau des Reservoirs und der Aufbereitungsanlage mit einer Genauigkeit von ± 10 Prozent und voraussichtlichen Investitionen von 3,23 Mio. Franken erstellt.

In den Ausschreibungsunterlagen war festgehalten, dass die konzeptionellen Arbeiten einen wichtigen Bestandteil der gesamten Ingenieurarbeiten darstellten. Insbesondere seien die Aussagen in den Studien zu überprüfen und allenfalls zu optimieren. Innerhalb des Vorprojekts sei genügend Zeit für die Überprüfung der bestehenden Studien einzurechnen. Festgehalten wurde weiter, dass neben dem eigentlichen Reservoirneubau auch der Abbruch des bestehenden Reservoirs, sämtliche Zu- und Ableitungen sowie die Zufahrt mit Brückenbauwerk Gegenstand der Ingenieurarbeiten seien. In bezug auf die Aufbereitungsanlage umfasse der Auftrag eine komplette Anlage mit Einschluss sämtlicher notwendiger Komponenten und der Werksteuerung. Die einzelnen Leistungen wurden in den Ausschreibungsunterlagen detailliert ausgeführt. Als Vorprojekt wurde namentlich die Überprüfung und Optimierung der Studien sowie das Einbringen neuer Vorschläge, die Festlegung des genauen Reservoir-Standortes, Abklärungen im Zusammenhang mit der bestehenden Brücke sowie die Festlegung des möglichen Bauablaufs, das Ausarbeiten eines definitiven Bauablaufs und die Prüfung der hydraulischen (hydrologischen?) Verhältnisse angeführt. Weiter wurden das Bauprojekt sowie das Bewilligungsverfahren und das Auflageprojekt, die Ausschreibung mit Offertvergleich und der Vergabeantrag sowie das Ausführungsprojekt, die Ausführung und die Inbetriebnahme als Leistungen umschrieben.

3.4. Die Vorstudien waren Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen. In diesen war offen gelegt, dass sie von der Beschwerdegegnerin verfasst wurden. Die Rüge, die Beschwerdegegnerin habe sich bereits vor der Eröffnung des Verfahrens vertieft mit den noch nicht im Detail festgelegten Fragestellungen auseinandersetzen können, hätte daher bereits im Rahmen der Anfechtung der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen vorgebracht werden können. Gleich verhält es sich mit dem Einwand, es seien der Beschwerdegegnerin zusätzliche Unterlagen zur Verfügung gestanden, die den übrigen Anbietern nicht offen gelegt worden seien. Sodann fand die Korporationsversammlung am 6. April 2006 statt, während die Ausschreibung am 10. Juli 2006 erfolgte. Soweit sich die Beschwerdeführerin zur Begründung der Vorbefassung der Beschwerdegegnerin auf Vorgänge und Äusserungen anlässlich der Korporationsversammlung beruft, hätte sie somit ihre Rügen ebenfalls bereits im Rahmen der Anfechtung der Ausschreibung vorbringen können. An dieser Versammlung hätte der Vertreter der Beschwerdeführerin teilnehmen können. Die von dieser geltend gemachten Umstände ergaben sich mit hinreichender Deutlichkeit aus den Ausschreibungsunterlagen. Es liegt, anders als im Urteil des Verwaltungsgerichts B 2005/149 vom 20. Dezember 2005, kein Fall vor, bei dem erst im Rahmen der Ausarbeitung des konkreten Angebots die Intensität und Tragweite der Vorbefassung erkennbar geworden sind. Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin die Rüge der Vorbefassung bereits in einer Beschwerde gegen die Ausschreibung, welche gemäss Art. 15 Abs. 2 lit. a IVöB eine selbständig anfechtbare Verfügung ist, hätte vorbringen müssen (vgl. Galli/Moser/Lang, a. a. O., Rz. 613 mit Hinweis auf BGE 125 I 206). Folglich kann im Rahmen der Beschwerde gegen den Zuschlag nicht mehr darauf eingetreten werden.

44

Art. 38 Abs. 1 VöB (sGS 841.11). Übersteigen die Angebote für einen Totalunternehmerauftrag für ein grösseres Bauvorhaben den bewilligten Kostenvoranschlag um über zehn Prozent und in einzelnen Kostenpositionen um rund 23 bzw. 68 Prozent, so liegt ein wichtiger Grund für den Abbruch des Verfahrens vor.

Verwaltungsgericht, 18. Dezember 2007

Das Baudepartement schrieb ein Totalunternehmermandat für die Erstellung einer Anbaute am Haus 24 des Kantonsspitals St. Gallen (Zentralsterilisation und Kantonsapothek) aus. Der Kantonsrat hatte für dieses Vorhaben einen Kredit von Fr. 15 253 000.– bewilligt. Drei Unternehmungen reichten ein Angebot ein, die

A. AG eines von Fr. 19 100 000.–, die B. AG eines von Fr. 18 004 952.– und die C. AG eines von Fr. 17 420 440.– (inkl. MWSt). Mit Verfügung vom 6. August 2007 brach das Baudepartement das Submissionsverfahren ab. Es hielt fest, alle Angebote führten zu nominalen Mehrkosten von rund 3 bis 4,5 Mio. Franken gegenüber dem Kostenvoranschlag. Selbst unter Abzug der theoretischen Teuerung würden die Mehrkosten über 2 Mio. Franken betragen. Dies stelle einen wichtigen Grund für den Abbruch des Verfahrens dar. Die drei Anbieter erhoben Beschwerde, welche vom Verwaltungsgericht abgewiesen wurde.

Aus den Erwägungen:

2.1. Gemäss Art. 13 lit. i IVöB dürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen zulassen. Diese Regelung steht im Einklang mit Art. XIII Abs. 4 lit. b des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422), wonach eine Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschliessen kann, einen Auftrag nicht zu vergeben (vgl. ferner Art. 30 der Verordnung des Bundes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11). Dementsprechend sieht Art. 38 Abs. 1 VöB die Möglichkeit eines Verfahrensabbruchs nur aus wichtigen Gründen vor. Diese Beschränkung dient einerseits dem Schutz des Wettbewerbs, indem ein Verfahren nicht abgebrochen werden darf, nur weil sich aufgrund der eingegangenen Angebote abzeichnet, dass die Vergabe an einen unerwünschten Anbieter erfolgen müsste (vgl. H. Lang, *Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen*, in: ZBl 2000, S. 248). Andererseits kann eine Vergabestelle mit dem Abbruch des Verfahrens auch das Ziel verfolgen, die Beschaffung günstiger oder unter veränderten Voraussetzungen zu realisieren. Ein derart motivierter Verfahrensabbruch läuft der Verwirklichung der Zielsetzungen des Vergaberechts, der wettbewerbsorientierten Vergabe öffentlicher Aufträge und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. Art. 1 IVöB), nicht zuwider, sondern dient im Gegenteil deren Verwirklichung. Allerdings ist auch in diesem Fall dem Schutz des Vertrauens der Anbieter Rechnung zu tragen, die gestützt auf die Ausschreibung des Beschaffungsvorhabens Aufwendungen getätigt haben und sich infolge des Abbruchs um die Chance, den Auftrag zu erhalten, geprellt sehen. Der Private, der sich in guten Treuen auf das Verhalten der staatlichen Behörden verlassen und gestützt darauf Dispositionen getätigt hat, darf zufolge seines Vertrauens keinen Nachteil erleiden. Durch die Eröffnung eines Vergabeverfahrens stellt die beschaffende Behörde den Abschluss eines Vertrages – wenn auch nicht einem bestimmten Anbieter, so doch im Grundsatz – in Aussicht. Verzichtet sie in der Folge auf die Vergabe, nachdem die Anbieter im Vertrauen auf die Ausschreibung einen unter Umständen erheblichen Aufwand zur Ausarbeitung der Offerte getätigt und allenfalls noch weitere Dispositionen (z. B. Verzicht auf andere Aufträge) getroffen haben, wird dieses Vertrauen enttäuscht. Dies ist nur zulässig, wenn ein überwiegendes öffentliches

Interesse den Abbruch rechtfertigt. Ferner gebietet der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben auch, dass das einen Abbruch des Vergabeverfahrens rechtfertigende öffentliche Interesse für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar war. Bei dieser Rechtslage kann offenbleiben, ob beim Abbruch eines Vergabeverfahrens auch die aus Art. 2 ZGB abgeleiteten vorvertraglichen Treuepflichten des Privatrechts zu beachten sind, zumal allfällige Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo ohnehin nicht im vorliegenden Verfahren zu beurteilen wären (GVP 2003 Nr. 39 mit Hinweisen auf Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 454 ff.; Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 382; VPB 2002 66/II Nr. 39 E. 2e; Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton St. Gallen 2002, N 1 zu Art. 38 VöB; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB 2000.00403 vom 31. Januar 2001).

2.2. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der im Auftrag der Vorinstanz erstellte Kostenvoranschlag für das gesamte Bauvorhaben Kosten von Fr. 20 803 000.– vorsah. Dieser Betrag umfasste auch Kosten für medizinische Einrichtungen und die Ausstattung von Fr. 5 550 000.–. Für Neubau und Sanierung der Gebäude wurden die Baukosten somit auf Fr. 15 253 000.– veranschlagt. Auf wertvermehrende Aufwendungen entfallen davon Fr. 13 592 000.–. Dies entspricht der Höhe des vom Kantonsrat bewilligten Kredits. Vom gesamten Kredit von Fr. 15 253 000.– ist der bereits aufgebrauchte Projektierungskredit von Fr. 850 000.– abzurechnen, was noch einen Betrag von Fr. 14 403 000.– ergibt.

Diesem Betrag sind die bereinigten Angebote der Beschwerdeführerinnen gegenüberzustellen. Bereinigt wurden die Angebote dahingehend, dass die Kosten für die Ausstattung (BKP 9) ebenfalls abgerechnet wurden. Unter Berücksichtigung dieses Abzugs beträgt das günstigste Angebot Fr. 16 900 635.– und damit rund 16 Prozent mehr als der Kostenvoranschlag. Nach unbestrittener Darstellung der Vorinstanz übersteigt auch unter Berücksichtigung der bis 1. April 2007 aufgelaufenen Teuerung bzw. der bis Bauabschluss voraussichtlich auflaufenden Teuerung das günstigste Angebot den Kostenvoranschlag noch um rund 11 bzw. 10 Prozent.

2.3. In den gesetzlichen Vorschriften werden die Kriterien für das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinn von Art. 38 Abs. 1 VöB nicht näher festgelegt.

In der Rechtsprechung wurde das Vorliegen eines wichtigen Grundes verneint, als eine Gemeinde vom Abbruch des Verfahrens und der neuen Ausschreibung erhoffte, die Arbeiten zu günstigeren Preisen vergeben zu können. Die Aussicht auf ein günstigeres Angebot stelle für sich allein keinen Grund dar, welcher den Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens rechtfertigen würde (Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 14. Juli 1999, in: BR 2/2001, S. 71). Demgegenüber wird das Vorliegen eines wichtigen Grundes bejaht, wenn der Kreis der Anbieter keinen Wettbewerb gewährleistet und es dadurch der Vergabebehörde verunmöglicht wird, gute Arbeit zu einem möglichst günstigen Preis zu erhalten (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 19. November 1998, in: BR 2/2000, S. 59). Sodann wur-

de in der Rechtsprechung auch der Umstand, dass das günstigste Angebot um mehr als 25 bzw. um ca. 30 Prozent über der Kostenschätzung der Vergabebehörde lag, als wichtiger Grund für den Abbruch eines Verfahrens qualifiziert (vgl. Galli/Moser/Lang, a. a. O., Rz. 391 f. mit Hinweisen; K. Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Aufl., Zürich 2004, S. 450 mit Hinweisen). Die erwähnten Kostenüberschreitungen wurden aber nicht als fixe Limiten qualifiziert, bei deren Unterschreitung ein wichtiger Grund nicht gegeben sei.

2.4. Zu prüfen ist im folgenden, ob die Vorinstanz zu Recht einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 38 Abs. 1 VöB angenommen hat.

2.4.1. Im vorliegenden Fall erfolgte die Ausschreibung unbestrittenermassen nicht mit dem Ziel einer Marktsondierung. Die Vorinstanz entschied sich für ein Totalunternehmermandat, weil sie sich dadurch nach eigenen Angaben einen Zeitgewinn erhoffte. Den Verfahrensabbruch begründete sie damit, dass die eingereichten Angebote den bewilligten Kostenvoranschlag deutlich überstiegen und davon ausgegangen werden könne, dass mittels Einzelaufträgen das Vorhaben preisgünstiger realisiert werden könne.

2.4.2. Der genehmigte Kostenvoranschlag ist für die Vergabebehörde von zentraler Bedeutung. Der vom Kantonsrat beschlossene Kredit bildet die von der politischen Behörde bewilligte Obergrenze für die Investitionskosten. Hätte die Vorinstanz den Zuschlag auf der Grundlage der eingereichten Angebote erteilt, hätte sie bereits vor der Inangriffnahme des Projekts einen Nachtragskredit einholen müssen. Der Kantonsrat wäre in seiner Entscheidung, diesen zu bewilligen, frei gewesen. Ob ein Begehren um Bewilligung eines Nachtragskredits bei der vorliegenden Sachlage überhaupt irgendwelche Erfolgsaussichten gehabt hätte, erscheint fraglich, kann aber dahingestellt bleiben.

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der Kostenvoranschlag sei nicht marktkonform und nicht prospektiv gewesen. Ihnen war die Einsicht in den detaillierten Kostenvoranschlag verweigert worden. In der verfahrensleitenden Verfügung vom 29. August 2007 wurde dies damit begründet, dass nach der ständigen Praxis die Einsicht in detaillierte Preisvergleiche von Kostenvoranschlag und Angeboten zu verweigern sei, da das schützenswerte Interesse derjenigen Unternehmen überwiege, die für den Kostenvoranschlag Offerten machen würden. Den Beschwerdeführerinnen sei aber Einsicht in die Aufstellung über den Kostenvoranschlag und den Vergleich der Angebote zu gewähren, da die Zusammenstellung des Kostenvoranschlags auch in der Botschaft der Regierung aufgeführt gewesen sei. In der zur Einsicht zugestellten Vergleichsübersicht der einzelnen Baukostenplan-Positionen wurden die Hauptabweichungen zwischen dem Kostenvoranschlag und dem günstigsten Anbieter einzeln aufgeführt. Aus dieser Zusammenstellung ist ersichtlich, bei welchen Kostenarten die hauptsächlichen Abweichungen bestanden. Insbesondere wurde auf die erhebliche Abweichung von Fr. 1 217 665.– bei den Honoraren und von Fr. 737 846.– beim Bereich Heizung, Lüftung, Kälte, Dampf, MSR hingewiesen.

Die Vorinstanz war nicht gehalten, Einsicht in den detaillierten Kostenvoranschlag zu gewähren. Die Beschwerdeführerinnen legen im übrigen nicht näher dar, welches besonders wettbewerbsarme Positionen und Lieferbereiche wären, welche eine Akteneinsicht mit teilweiser Abdeckung der übrigen Teile des Kostenvoranschlags gerechtfertigt hätten.

2.4.3. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, es hätte angesichts der über dem Kostenvoranschlag liegenden Offerten entweder ein Zusatzkredit eingeholt werden, das Vorhaben massiv reduziert und mit den gleichen Anbietern neu ausgeschrieben oder ganz darauf verzichtet werden müssen. Diese Rüge greift zu kurz. Sie verkennt die rechtliche und politische Bedeutung des Kantonsratsbeschlusses. Dieser beruhte auf einem detaillierten Vorprojekt mit Kostenvoranschlag, das sich auf Richtofferten und Kostenschätzungen für die einzelnen Arbeitsgattungen stützt. Diese Unterlagen wurden von der Vorinstanz unter Beizug eines aussenstehenden Architekturunternehmens erstellt. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Kostenvoranschlag fehlerhaft ist oder im Hinblick auf das Unterschreiten der Limite für das obligatorische Finanzreferendum (vgl. Art. 6 RIG) unvollständig ist. Die Verwaltung hatte aufgrund der vorliegenden Sachlage sämtliche Möglichkeiten in Betracht zu ziehen, das Bauvorhaben unverändert auszuführen und gleichzeitig innerhalb des bewilligten Kostenvoranschlags zu bleiben. Sie hatte daher auch zu prüfen, ob ein Abbruch des Verfahrens vorgenommen werden kann. Es ist der ausführenden Behörde nicht zuzumuten, vor der Prüfung sämtlicher entsprechender Optionen einen Zusatzkredit oder eine Redimensionierung des Vorhabens in die Wege zu leiten.

2.4.4. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Realisierung des Projekts mittels Einzelleistungsaufträgen kostengünstiger ausfallen wird als die Ausführung mittels eines Totalunternehmerauftrags. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies und machen geltend, die summarische Begründung der Vorinstanz sei für sie geradezu geschäftsschädigend. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Die Vorinstanz hielt fest, dass die über dem Kostenvoranschlag liegenden Angebotspreise nicht zuletzt auch auf die derzeitige Wirtschaftslage zurückzuführen seien. Die Analyse der Angebote und der Vergleich mit dem Kostenvoranschlag zeigten, dass bei einer Ausführung über Einzelleistungsaufträge und bei Übernahme des «GU-Risikos» durch den Auftraggeber wesentliche Einsparungen erwartet werden könnten. Bei Einzelaufträgen könnten Einsparmöglichkeiten effektiver und in finanziell wirkungsvoller Weise realisiert werden. Teuerungsbedingte Mehrkosten würden transparent; sie könnten durch beschaffungsmässige Konkurrenz unter den einzelnen Marktteilnehmern besser im Griff gehalten werden. Es ist nicht einzusehen, was an dieser Begründung fehlerhaft oder geschäftsschädigend sein sollte. Da die Vorinstanz den Kostenvoranschlag aufgrund von Kostenschätzungen und Richtofferten für Einzelleistungsaufträge erstellte, durfte sie davon ausgehen, dass sie mittels konventioneller Ausführung des Projekts eher Gewähr hat, den Kostenvoranschlag einzuhalten.

Die Vorinstanz führt im einzelnen aus, bei welchen Arbeitsgattungen die wesentlichen Abweichungen zwischen Kostenvoranschlag und den Angeboten der Beschwerdeführerinnen bestehen. Es sind dies die Arbeitsgattungen Baumeisterarbeiten (Abweichung zwischen Kostenvoranschlag und preisgünstigstem Anbieter Fr. 272 197.–), Elektroanlagen (Abweichung Fr. 149 577.–), Heizung, Lüftung, Kälte, Dampf, MSR (Abweichung Fr. 737 846.–) sowie Honorare (Abweichung Fr. 1 217 665.–). Die Vorinstanz kann aufgrund ihrer Erfahrung gute Gründe anführen, dass die Realisierung des Vorhabens mittels Einzelleistungsaufträgen kostengünstiger realisiert werden kann bzw. entsprechende Aussichten bestehen. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen einwenden, erscheint nicht stichhaltig. Insbesondere ist es nicht zwingend, dass die Preise sämtlicher Arbeitsgattungen auch in Zukunft weiter ansteigen werden. Die Beschwerdeführerinnen halten selber fest, dass die Wirtschaftslage im Bausektor zurzeit «markant höhere Preise mit sich bringt». Eine weitere Steigerung ist jedenfalls nicht zwingend.

Die Abweichung des günstigsten Anbieters gegenüber dem Kostenvoranschlag beim Bereich Heizung, Lüftung, Kälte, Dampf, MSR beträgt rund 23 Prozent, bei den Honoraren sogar rund 68 Prozent (Kostenvoranschlag Fr. 1 779 700.–, Abweichung Fr. 1 217 665.–). Diese Umstände werden von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten. Solche Abweichungen liegen im Bereich der von der Praxis als wichtigen Fall für einen Abbruch anerkannten Preisdifferenzen. Bei den Honoraren liegt die Abweichung sogar markant höher. Weichen einzelne Kostenarten derart stark von einem Kostenvoranschlag ab, so ist die Annahme eines wichtiger Falles als Grund für den Abbruch eines Verfahrens selbst dann gerechtfertigt, wenn die Abweichung bezüglich des gesamten Kostenvoranschlags geringer ist.

Im weiteren trifft es zwar zu, dass Generalunternehmer und Totalunternehmer mit Anbietern Preisverhandlungen führen und Abgebotsrunden durchführen können, was der Vorinstanz aufgrund der Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts untersagt ist. Dies bedeutet allerdings nicht zwingend, dass das Ausschreiben von einzelnen Leistungen zu höheren Preisen führt. Die Vorinstanz kann mit guten Gründen davon ausgehen, dass Anbieter im Wissen um das Verbot von Abgebotsrunden und Verhandlungen bei ihren Angeboten knapper kalkulieren als bei Ausschreibungen Privater, bei denen sie damit rechnen, dass Abgebotsrunden durchgeführt werden. Auch ist es nicht zwingend, dass bei der Vergabe von Einzelaufträgen massive Verzögerungen eintreten. Zwar entfällt eine gewisse Kostensicherheit, die dem Totalunternehmerangebot innewohnt. Für diese ist allerdings ein entsprechender Aufwand zu veranschlagen, welcher bei der Vergabe von Einzelaufträgen nicht anfällt. Unter anderem gründet darauf die Erwartung der Vorinstanz, das Vorhaben mittels Einzelaufträgen kostengünstiger realisieren zu können.

Die Tatsache, dass die Koordinations- und Planungsleistungen nicht durch den Totalunternehmer, sondern durch die Vergabebehörde selber erfolgen, führt ebenfalls zu einer gewichtigen Reduktion der entsprechenden Kosten. Die Vorinstanz entschied sich für eine Ausschreibung eines Totalunternehmermandats, weil sie

sich dadurch einen Zeitgewinn erhoffte. Aufgrund dieses Zeitgewinns wurden höhere Angebote bis zu einem gewissen Grad in Kauf genommen. Nachdem die Angebote den Kostenvoranschlag massiv überschreiten, war es zulässig, den Zeitgewinn geringer zu gewichten, um den bewilligten Kostenrahmen einhalten zu können.

Die Behauptung in der Beschwerde, aus den Ausschreibungsunterlagen sei ersichtlich, dass von einem Totalunternehmermandat ein Preisvorteil gegenüber Einzelaufträgen erhofft worden sei, ist nicht nachvollziehbar. Unbestrittenermassen fallen bei einem Totalunternehmerauftrag gegenüber einer Realisierung mittels Einzelaufträgen zusätzliche Kosten für Planung und Ausführung an, welche zulasten des bewilligten Kredits gehen. Damit wurde für den erhofften Zeitgewinn ein Mehraufwand in Kauf genommen.

2.4.5. Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, es sei angesichts des von der Vorinstanz selbst gewählten Vorgehens mit offener Abrechnung und festem Kostendach eine ins Leere zielende Behauptung, dass Einzelleistungsvergaben transparenter seien. Eine solche Behauptung machte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aber nicht. Sie hielt lediglich fest, teuerungsbedingte Mehrkosten würden transparenter; sie könnten durch beschaffungsmässige Konkurrenz unter den einzelnen Marktteilnehmern besser im Griff gehalten werden. Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hätte zwar bei einem Totalunternehmermandat auch volle Transparenz über die Einzelleistungen erhalten. Sie hätte aber keine Möglichkeit gehabt, die Konkurrenz unter den Anbietern auszunutzen.

2.4.6. Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, die Vergabe an einen Totalunternehmer erfolge nicht nur aus reinen Preisüberlegungen, sondern auch, um Risiken und Koordinationsaufgaben auf den Totalunternehmer zu übertragen, die dieser dem Bauherrn abnehme. Würden diese Aufgaben durch die Bauherrschaft oder einen Bauherrenvertreter selbst wahrgenommen, so führe dies zwar zu einer Kostenumlagerung, nicht aber dazu, dass die Kosten entfallen. Diese Ausführungen sind grundsätzlich zutreffend. Wenn solche Aufgaben aber von der Vorinstanz selber wahrgenommen werden, welche über die entsprechenden personellen und betrieblichen Ressourcen verfügt, so sind die entsprechenden Aufwendungen nicht zu Marktpreisen auszuweisen.

2.4.7. Unzutreffend ist der Einwand der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz halte in ihrer Stellungnahme fest, das Projekt solle in geänderter Form realisiert werden. Dies könne nur so verstanden werden, dass der Leistungsumfang gegenüber der ursprünglichen Ausschreibung reduziert werden solle. Die Vorinstanz hält lediglich fest, auch in Fällen, in denen die Vergabebehörde zwar nicht definitiv auf das Projekt verzichte, sondern dieses in einer geänderten Form realisieren wolle, erweise sich die Verpflichtung der Vergabebehörde zur Weiterführung des abgebrochenen Vergabeverfahrens regelmässig als nicht sachgerecht. Jene Ausführungen beziehen sich auf den Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Be-

schwerde und nehmen Bezug auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, wonach eine Vergabebehörde in der Regel nicht gezwungen wird, ein Projekt umzusetzen, an dem sie nicht mehr festhalten will. Hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen Grundes für den Abbruch des Verfahrens sind die entsprechenden Ausführungen in der vorinstanzlichen Vernehmlassung aber irrelevant. Dasselbe gilt für den Hinweis auf die unternehmerische Freiheit der Vorinstanz. Auch diese Ausführungen beziehen sich lediglich auf die Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

2.4.8. Fehl geht schliesslich auch der Einwand, die Vorinstanz habe gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Die Beschwerdeführerinnen wussten um die Bedeutung eines Kostenvoranschlags und um die Höhe eines vom Kantonsrat bewilligten Kredits. Bei grossen Bauvorhaben der öffentlichen Hand führen erhebliche Kreditüberschreitungen häufig zu politischen Auseinandersetzungen. Die Verwaltungen sind daher auch unter diesem Aspekt, nicht nur aufgrund der rechtlichen Verpflichtung, bestrebt, Kostenvoranschläge einzuhalten. Wenn Anbieter unter solchen Umständen Offerten einreichen, welche über 10 Prozent höher liegen als der bewilligte Kredit, so müssen sie damit rechnen, dass die zuständige Behörde ein Verfahren abbricht.

2.4.9. Aus der Entrichtung einer freiwilligen Entschädigung von Fr. 4000.– durch die Vorinstanz für das eingereichte Angebot können die Beschwerdeführerinnen nichts zugunsten ihres Rechtsstandpunkts ableiten. Diese Zahlung wurde ausdrücklich ohne Rechtspflicht und ohne präjudizielle Bedeutung vorgesehen. Eine rechtliche Grundlage für die Zahlung besteht allerdings nicht. Nach Art. 4 Abs. 1 EGöB haftet der Auftraggeber dem Anbieter für Schaden, den er durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat. Die Haftung ist auf die Aufwendungen beschränkt, die dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind. Für Zahlungen im Zusammenhang mit rechtmässigen Verfügungen besteht keine Rechtsgrundlage. Die Zahlung ist aber nicht angefochten, weshalb darauf nicht näher einzutreten ist.

2.4.10. Die geringe Zahl der eingegangenen Offerten und die erhebliche Überschreitung des Kostenvoranschlags um über 10 Prozent bzw. über 1 Mio. Franken bildeten vorliegend einen wichtigen Grund, das Verfahren in der ausgeschriebenen Form nicht weiterzuführen. Die Vorinstanz durfte davon ausgehen, dass die Realisierung des Projekts mittels Einzelleistungsaufträgen kostengünstiger zu stehen kommt, zumal bei einem solchen Verfahren erhebliche Honoraraufwendungen wegfallen. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, sie seien unfair behandelt worden und fühlten sich ausgenützt, ja geradezu verunglimpft, ist unbegründet. Die Beschwerdeführerinnen wussten um die erhebliche Überschreitung des bewilligten Kredits, weshalb nicht von einem Verstoss gegen Treu und Glauben gesprochen werden kann. Zusammenfassend gelangt daher das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Recht einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 38 Abs. 1 VöB angenommen hat und der Abbruch des Verfahrens rechtmässig ist.

II. Zivilrecht

1. Personen- und Familienrecht

45

Art. 126 Abs. 2 ZGB (SR 210). Unter welchen Voraussetzungen kann nachehelicher Unterhalt in Form eines Kapitals zugesprochen werden und wie ist diese Abfindung zu berechnen?

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 13. August 2007

Aus den Erwägungen:

Zu prüfen bleibt, ob die Ehefrau verlangen kann, dass der Ehemann seine Unterhaltspflicht mit einer einmaligen Kapitalabfindung erfüllt. Als hinreichende Gründe dafür werden etwa ein Wegzug des Schuldners ins Ausland oder ein Kapitalbedarf der Gläubigerin für die Schliessung einer Vorsorgelücke beziehungsweise den Aufbau eines Geschäfts betrachtet (Gloor/Vetterli, Kapitalisierung im Familienrecht, FamPra.ch 2006, 641; I. Schwenzer, FamKommentar Scheidung, N 5 zu Art. 126 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, N 21 f. zu Art. 126 ZGB). Das Bundesgericht hat sogar einmal erwogen, ob die Berechtigte frei zwischen Rente und Kapital wählen könne, wenn der Pflichtige genügend Mittel besitze (FamPra.ch 2006, 940 ff.). Besondere Umstände sind jedenfalls bei einer schlechten Zahlungsmoral oder einer völlig zerrütteten Beziehung gegeben. Hier musste die Ehefrau den Familienunterhalt wiederholt auf dem Betreibungsweg eintreiben. Der Ehemann erklärte zudem ausdrücklich, dass er nur noch den im Scheidungsurteil festgelegten Unterhalt bezahlen werde, obwohl der vorsorgliche Unterhalt während der Dauer des Berufungsverfahrens unverändert weiter geschuldet ist. Schliesslich scheint das Verhältnis zwischen den Parteien schwer gestört, wovon namentlich das seit Jahren erbittert geführte Scheidungsverfahren, die gegenseitigen Strafklagen und die Auseinandersetzungen vor der Vormundschaftsbehörde zeugen.

Die Rente kann in ein Kapital umgewandelt werden. Dabei sollen Barwert und Rente rechnerisch gleichwertig sein. Die unterschiedliche Zahlungsweise wird durch Diskontierung berücksichtigt, wobei im Familienrecht gewöhnlich ein realer Abzinsungssatz von 2.5 Prozent angewandt wird (Schaetzle/Weber, Kapitalisieren – Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, Rz. 2.654). Die Rente aus nachehelichem Unterhalt und die daraus abgeleitete Kapitalabfindung lösen mit dem Datum dieses Urteils den vorsorglichen Unterhalt ab. Das gilt selbst für den Fall eines Weiterzugs, nachdem eine Beschwerde an das Bundesgericht in der Regel keine aufschiebende Wirkung hat. Kapitalisiert werden kann für die kurze Laufzeit eine Zeitrente, weil der Unterschied zur Kapitalisierung einer temporären Ver-

bindungsrente praktisch belanglos ist (Schaetzle/Weber, a. a. O., Rz. 2.673 f.). Für den ersten Monat wird der volle Betrag von Fr. 3200.– eingesetzt. Dann ist mit einer sofort beginnenden Rente von Fr. 3200.– monatlich für die Dauer eines Jahres und hernach mit einer aufgeschobenen Rente von Fr. 2500.– monatlich für drei Jahre zu rechnen. Daraus ergibt sich ein Barwert von rund Fr. 125 000.–.

Eine Kapitalzahlung ist im Gegensatz zur Unterhaltsrente steuerneutral, also beim leistenden Ehegatten nicht abzugsfähig und beim empfangenden nicht steuerbar. Dieser Umstand ist bereits berücksichtigt, nachdem die Steuern bei der Rentenbemessung ausgeklammert wurden. Ein Abzug für andere Vorteile der Kapitalisierung, insbesondere für die Unabänderbarkeit bei Wiederverheiratung der Rentenberechtigten oder Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Rentenverpflichteten ist grundsätzlich umstritten (Rumo-Jungo/Hürlimann-Kaup/Krapf, Kapitalisieren im Zivilrecht, ZBJV 2004, 554 f.). So können insbesondere die statistischen Angaben über Wiederverheiratungschancen nicht einfach übernommen werden (Gloor/Vetterli, FamPra.ch 2006, 651). Im Hinblick auf die kurze Rentendauer scheint es angebracht, die Kapitalabfindung unter allen Titeln nur noch geringfügig um rund Fr. 5000.– auf Fr. 120 000.– zu reduzieren. Der Ehemann ist ohne Weiteres in der Lage, diesen Einmalbetrag zu leisten: In der letzten Steuererklärung erklärte er ein Reinvermögen von gut Fr. 270 000.–.

Die Lösung mit einer Kapitalabfindung überzeugt vor allem deshalb, weil die Parteien nach unaufhörlichem Streit endgültig auseinandergesetzt sind, womit der Gedanke des «Clean Break» auf bestmögliche Weise verwirklicht wird (I. Schwenzer, Das Clean-Break-Prinzip im nahehelichen Vermögensrecht, FamPra.ch 2000, 612).

46

Art. 144 ZGB (SR 210). Kinder, die bisher im Streit der Eltern keine Stellung nehmen wollten, brauchen nicht allein deshalb nochmals angehört zu werden, weil ein Elternteil behauptet, sie hätten sich nun für ihn entschieden.

Kantonsgericht St.Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 26. Oktober 2007

Der Eheschutzrichter gab zwei Kinder – einen achtjährigen Bub und ein zehnjähriges Mädchen – in die Obhut des Vaters, weil dieser sie persönlich und in der bisherigen Umgebung betreuen könne. Die Mutter verlangt mit Rekurs, dass die Kinder ihr zugeteilt werden, und begründet das so: Sohn und Töchter hätten ihr klar zu verstehen gegeben, sie wollten lieber bei ihr wohnen, und hätten dieses Anliegen bisher nur deshalb nicht zu äussern gewagt, weil sie sich vor dem Vater ängstigten.

Aus den Erwägungen:

Ein Kind ist anzuhören, damit es sich als Person wahr- und ernstgenommen fühlt. Seine Meinung soll dann je nach Alter und Reife angemessen berücksichtigt werden (Art. 12 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention; Art. 133 Abs. 2 ZGB). Nach Ansicht der Mutter wäre der Wille der Kinder leicht zu erfahren. Man müsste sie bloss noch einmal fragen, wo sie lieber wohnen möchten. Dagegen sprechen aber mehrere Gründe: Erstens hat ein Kind im Grundschulalter gewöhnlich gar nicht den Wunsch, beim einen oder anderen Elternteil zu leben; es möchte vielmehr, dass die Eltern zusammenbleiben. Zweitens kann es sich oft überhaupt nicht entscheiden, weil es noch immer gleichermassen an ihnen hängt. Und drittens wäre es mit einem solchen Entschluss überfordert, weil es sich nicht genau vorzustellen vermag, wie es sein wird, sich in Zukunft ganz bei Vater oder Mutter aufzuhalten (H. Figdor, *Scheidungskinder – Wege der Hilfe*, 2. Aufl., Giessen 1998, S. 204 ff.; R. Lempp, *Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie*, Bern 1983, S. 107 ff.; Staub/Felder, *Scheidung und Kindeswohl*, Bern 2004, S. 63 ff.). Die wiederholte Frage nach dem künftigen Verbleiben kann ein Kind in einen schweren Loyalitätskonflikt stürzen oder den bereits bestehenden Zwiespalt noch verschärfen, weil ja der Zwang, sich für einen Elternteil zu entscheiden, zugleich heisst, sich gegen den anderen aussprechen zu müssen.

Hier versuchte zunächst eine Mitarbeiterin der Vormundschaftsbehörde, sich den Kindern behutsam anzunähern, wobei der Sohn aber auf Fragen zur Familie gar nicht einging, sondern sogleich das Gesicht mit beiden Händen verdeckte, und die Tochter nur äusserte, sie wisse nicht, bei wem sie wohnen möchte, und könne nichts weiter dazu sagen. Danach gelang es dem Richter nicht mehr, den Bub in ein Gespräch einzubeziehen; beim Mädchen erreichte er nur so viel, dass es die frühere Aussage in aller Kürze wiederholte. Auch eine solche ebenso anschauliche wie eindrückliche Haltung, mit der sich die Kinder gewissermassen der Stimme enthielten und die Verantwortung ganz den Erwachsenen zuschoben, ist eine Stellungnahme, die es zu respektieren gilt und die nicht immer wieder hinterfragt werden darf (Büchler/Vetterli, *Ehe Partnerschaft Kinder – Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz*, Basel 2007, S. 256; Staub/Felder, a.a.O., 64). Die Mutter behauptet nun freilich, die Kinder seien in ihrem inneren Entscheidungsprozess weitergekommen und könnten die überwiegende Neigung zu ihr inzwischen offen ausdrücken. Verändert hat sich damit aber nicht die Haltung der Kinder, verstärkt hat sich nur ihr Treuekonflikt. Je mehr sie hin- und hergerissen werden, desto grösser wird nämlich ihre Angst, Mutter oder Vater ganz zu verlieren. Sie strengen sich deshalb umso intensiver an, es beiden Eltern recht zu machen, und heben – je nachdem, wo sie gerade sind – die positiven Seiten des Anwesenden und die negativen des Abwesenden hervor (Goldstein/Solnit, *Wenn Eltern sich trennen – Was wird aus den Kindern*, Stuttgart 1989, S. 28 ff.). Ein Elternteil, der das nicht als Zeichen der Zuneigung nimmt, sondern als Beweis für die Ablehnung des anderen und es alsdann gegen diesen ausspielt, zeigt damit, dass er sich nicht in die

Lage der Kinder einfühlen kann. Das Gericht hat keinen Anlass, diese Einstellung zu unterstützen und die Kinder nochmals anzuhören, um den Druck auf sie zu erhöhen.

47

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (SR 210). Ist die Einkommenssituation extrem günstig, so soll der Ehegattenunterhalt den gesamten noch irgendwie billigenwerten Lebensaufwand decken, kann aber keine Vermögensbildung umfassen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 14. Juni 2007

Aus den Erwägungen:

Der gut siebzigjährige Ehemann ist Alleinaktionär und Verwaltungsratspräsident einer Holdinggesellschaft, zu der namentlich eine Maschinenfabrik gehört. Er bezieht weder Dividenden noch Honorare, sondern lässt den ganzen Gewinn im Unternehmen stehen. Sein im Wesentlichen aus Liegenschafts- und Wertschriften-erträgen bestehendes Reineinkommen belief sich im Jahr 2003 auf Fr. 450 000.–, im folgenden Jahr auf Fr. 1 700 000.– und im Jahr 2005 auf Fr. 900 000.–. Sein Reinvermögen stieg von rund 35 Millionen Franken Ende 2003 auf 47 Millionen Franken am nächsten Jahresende und danach auf 57 Millionen Franken Ende 2005. Im Familienrecht gilt ein weiterer Einkommensbegriff. Als Einkommen ist jeder Vermögenszuwachs während einer bestimmten Periode aufzufassen (V.Bräm, Zürcher Kommentar, N 67 f. zu Art. 163 ZGB; S. Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens, Diss. St.Gallen 1995, S. 125 f. je mit Verweis auf Blumenstein/Locher, System des Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 141 f.). Auch steuerfreier Kapitalgewinn auf Privatvermögen ist ein Indikator für die wirtschaftliche Leistungskraft. Es darf deshalb durchaus angenommen werden, dass der Ehemann fast unbegrenzt leistungsfähig ist.

Im Allgemeinen wird der gebührende Unterhalt nach der Trennung so bestimmt, dass das gesamte Einkommen dem beiderseitigen Grundbedarf gegenübergestellt und ein Überschuss hälftig auf die Ehegatten verteilt wird. Dieser Halbteilungsgrundsatz ist Ausdruck der Gleichbehandlung im gesetzlichen Modell der Partnerschaftsehe (BGE 111 II 103, 106 f.). Er gilt in sehr guten finanziellen Verhältnissen aber nicht mehr uneingeschränkt. Dann soll der Unterhalt in einem Haushaltbudget so festgelegt werden, dass der bisherige Lebensstandard ohne Abstriche fortgeführt werden kann (BGE 115 II 424; BGer, FamPra.ch 2002, 331; Bräm, Zürcher

Kommentar, N 112 zu Art. 163 ZGB; R. Vetterli, FamKommentar Scheidung, N 29 zu Art. 176 ZGB).

Die Darstellungen der Ehegatten, welche Lebensweise sie in ihrer Gemeinschaft pflegten, gehen weit auseinander: Nach Meinung der Ehefrau wirtschaftete man im grossen Stil, wohnte in einem geräumigen Haus mit beträchtlichem Umschwung, hielt vier Autos, stellte eine Haushälterin an und beschäftigte einen Gärtner, besass eine Ferienwohnung im Engadin und ein unlängst verkaufte Ferienhaus im Tessin, pachtete ein Jagdrevier, lud häufig Gäste zum Essen ein und unternahm zahlreiche Reisen. Nach Auffassung des Ehemanns lebte man hingegen verhältnismässig bescheiden und betrieb Luxus für Einladungen und Reisen oder die Jagdpacht nur, soweit das geschäftlich bedingt war. Die Unterhaltsberechtigte braucht sich allerdings keine unnötige Sparsamkeit entgegenhalten zu lassen und der Unterhaltspflichtige keinen übersetzten Aufwand. Zu beurteilen ist vielmehr in einer objektivierten Betrachtungsweise, was noch als angemessen und irgendwie sinnvoll erscheint. Es ist deshalb nicht erforderlich, den gegensätzlichen und durch keine Aufschriebe belegten Behauptungen nachzugehen, welche Konsumausgaben in der letzten Zeit des ehelichen Zusammenlebens regelmässig getätigt wurden. Die Ehefrau soll sich in einer extrem günstigen Einkommenssituation leisten können, was sie bei hohen Ansprüchen für einen billigen Lebensaufwand vernünftigerweise ausgeben kann (vgl. dazu G. Brudermüller: in Palandt [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl., N 39 zu § 1578 BGB; Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., München 2004, S. 331 f.). Das darf aber doch nicht so weit gehen, dass der ungehemmte Konsum zum «einzigen Daseinszweck» erhoben und eine «Ausschöpfung aller finanzierbaren Genüsse» ermöglicht wird (D. Schwab, Die Sättigungsgrenze beim Unterhalt, FamRZ 1982, 458).

Es wäre nun in erster Linie Sache der Ehefrau gewesen, ihren konkreten Lebensbedarf mit Angabe aller Einzelbedürfnisse – für Wohnung, Haushalt, Garderobe, Gesundheitspflege, Kommunikation, Mobilität, soziale Kontakte, kulturelle und sportliche Aktivitäten, Reisen usw. – darzutun (vgl. dazu Maurer, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., N 52 zu § 1578 BGB; Eschenbruch/Loy, Sättigungsgrenze beim Ehegattenunterhalt, FamRZ 1994, 665 ff.; H. Hausheer, Nachehelicher Unterhalt – Streitobjekt von Experten, ZBJV 1993, 658; R. Vetterli, Über den praktischen Umgang mit Scheidungsrenten, AJP 1994, 933 f.). Sie hat sich allerdings damit begnügt, wenige Bedarfspositionen zu benennen und zu beziffern, nämlich die allgemeinen Lebenshaltungskosten mit Fr. 6000.– im Monat, die Wohnkosten mit Fr. 3500.–, die Versicherungsprämien mit Fr. 700.–, die Autokosten mit Fr. 1500.–, die Ferienaufgaben mit Fr. 5000.– und den Weiterbildungsaufwand mit Fr. 3000.–, insgesamt knapp Fr. 20 000.– ohne die Steuerbelastung. Freilich bleibt die Erforschung des individuellen Lebensaufwands immer ein fragwürdiges Unterfangen, das nur zu einer «grobe Annäherung an die Wirklichkeit» führen kann (OGer ZH, ZR 1992/93 Nr. 22) und das Gericht vor die schwierige Wahl stellt, aus der Summe der frei gewählten Bedürfnisse jene auszusondern, die

schlicht nicht mehr einfühlbar sind (R. Vetterli, Scheidungshandbuch, St.Gallen/Lachen 1998, S. 103). Es ist deshalb nichts dagegen einzuwenden, wenn die Grundkosten nach dem Vorbild des Betreibungsrechts in einem Gesamtbetrag zusammengefasst werden. Das bedeutet aber, dass auch das Gericht sich an einer solchen pauschalen Annahme orientieren muss. Eine knappe Verdoppelung des betreibungsrechtlichen Grundbetrags auf Fr. 2000.–, wie sie der Ehemann vorschlägt, reicht gewiss nicht aus, wenn man sich vergegenwärtigt, dass ungefähr so viel schon in einem durchschnittlichen Einpersonenhaushalt ausgegeben wird (Bundesamt für Statistik, Einkommens- und Verbrauchserhebung 2005), und an die möglichen Mehrkosten für Kleidung und Kosmetik, Haushalthilfe, Freizeit und Kultur, Geschenke und Spenden etc. denkt. Angezeigt ist etwa das Fünffache, also ein Betrag von Fr. 5500.–, aber doch nicht viel mehr, weil eine beliebige Ausweitung der Haushaltsausgaben schwer vorstellbar wäre und jedenfalls nur noch einen geringen Zusatznutzen bringen würde. Der Mietzins für eine Stadtwohnung mit sechs Zimmern beträgt rund Fr. 3000.– und das ist im Vergleich zum Wohnkomfort des Ehemanns in einem Zwölfzimmerhaus noch eher genügsam. Die Prämien für eine überobligatorische Krankenversicherung von Fr. 500.– und jene für eine übliche Risikoabdeckung von Fr. 200.– sind ausgewiesen. Mobilitätskosten von insgesamt Fr. 1500.– erscheinen für ein Fahrzeug der oberen Preisklasse und eine Fahrleistung von 10 000 km im Jahr als glaubhaft (vgl. TCS, Ratgeber Autokosten 2006). Die Ehefrau soll sich im selben Masse Urlaub leisten können wie der Ehemann, der unwidersprochen jährlich bis zu sechs Wochen Ferien im Ausland verbringt. Eine Durchsicht von Spitzenangeboten zeigt, dass für eine Ferienwoche problemlos Fr. 6000.– ausgelegt werden können, was im monatlichen Durchschnitt mögliche Urlaubsausgaben von Fr. 3000.– ergibt. Damit ist aber wohl doch eine Grenze erreicht, von der an Annehmlichkeit in eigentliche Verschwendung umschlagen würde. Die Ehefrau hat gewiss auch ein Bedürfnis nach Weiterbildung, welche ihr Anregung und Abwechslung vermittelt. Ihre Idee, als ausgebildete Konferenz-Dolmetscherin im Alter von über sechzig Jahren ein Nachdiplomstudium zum Executive MBA an einer Universität aufzunehmen, welches auf anspruchsvolle Führungsaufgaben in Wirtschaft und Verwaltung vorbereitet und zusammen mit ergänzenden Kursen Fr. 3000.– im Monat kosten soll, lässt sich nun allerdings schlechthin nicht mehr nachvollziehen. Eine solche Kaderschulung wäre weder beruflich nützlich, noch privat irgendwie sinnstiftend. Es scheint zudem höchst zweifelhaft, ob die Ehefrau sie wirklich ernsthaft anstrebt, zumal weder Anmeldung noch Aufnahmebestätigung vorliegen, und weit plausibler, dass sie auf diese Weise ihr Budget künstlich aufbläht. Die vom Ehemann zugestandenen Fr. 250.– wirken hingegen recht kleinlich, ein monatlicher Betrag von Fr. 500.– für individuelle Weiterbildung ist angemessen.

Die Ehefrau möchte zudem Ersparnisse von gut Fr. 10 000.– im Monat äufnen, insbesondere im Hinblick auf ihre Altersvorsorge. Die Gerichtspraxis hat allerdings stets hervorgehoben, dass eine auf die besondere Ehe zugeschnittene Lebenshal-

tung die obere Schranke des Unterhalts darstelle. Die Unterhaltsregelung bezwecke keine Umverteilung des Vermögens (BGE 114 II 26, 31 f.; 118 II 376, 378; 119 II 314, 317; 128 III 65, 67; BGer, FamPra.ch 2001, 764 ff. und 2004, 665 ff.). Dagegen wird mitunter vorgebracht, der Grundsatz der Gleichberechtigung der Ehegatten und der Gleichwertigkeit ihrer Beiträge an die Familie sei verletzt, wenn die nicht oder nur nebenbei erwerbstätige Partnerin, welche mit ihrer Hintergrundarbeit dem gut verdienenden Partner die berufliche Karriere erst ermöglicht habe, nach der Trennung derart benachteiligt werde. Es sei unverständlich, weshalb sie fortan auf jegliche Ersparnisse verzichten müsse, während er nun die ganze verbleibende Sparquote für sich behalten könne, obwohl die Chance zur Vermögensbildung durch beiderseitige Anstrengungen geschaffen worden sei (M. Bigler-Eggenberger, Ehetrennung und Getrenntleben, AJP 1996, 6 f.; dieselbe, Überschuss und Manko bei Ehetrennung und Ehescheidung, in: Festschrift Hausheer, Bern 2002, S. 196 f.; E. Freivogel, FamKommentar Scheidung, N 82 zu Anhang UB; Freivogel/Gloor/Stieger-Gmür, Nachehelicher Unterhalt bei komfortablen bis sehr guten finanziellen Verhältnissen, FamPra.ch 2004, 823 ff.). Damit wird freilich der Sinn des Unterhalts verkannt: Es geht nicht um eine Teilhabe an allen während der Ehe erlangten materiellen Gütern, sondern um den Schutz des in einer langen Ehe geschaffenen Vertrauens auf Beibehaltung eines Lebensplans, und das ist garantiert, wenn ein Ehegatte sich in keiner Weise einschränken muss. Unterhalt dient der Deckung des künftigen der Ehe angemessenen Bedarfs und weder der Anhäufung eines freien Vermögens noch dem Aufbau einer Altersvorsorge. Das eine würde eine Vorwegnahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder bei vereinbarter Gütertrennung einen Eingriff in den Ehevertrag bewirken. Das andere würde auf Vorrat geschehen, weil die Ehe als Rechtsbeziehung noch gar nicht aufgelöst ist, womit der weniger vermögliche Ehegatte durch seine Erbansprüche gegenüber dem anderen einstweilen gesichert bleibt. Die Frage, ob die Ehefrau allenfalls Anspruch auf eine Kapitalabfindung habe, damit sie im Alter ein unabhängiges Leben führen könne, stellt sich erst bei der Scheidung (Art. 126 Abs. 2 ZGB).

Von der Vermögensbildung zu unterscheiden ist die Anlage einer Reserve für unvorhergesehene Zwischenfälle des Lebens, insbesondere für den Krankheitsfall und für gelegentliche Neu- oder Ersatzanschaffungen. Eine solche Rückstellung gehört zu einem verantwortungsbewussten Verhalten und bildet Bestandteil jedes gewöhnlichen Haushaltbudgets (Art. 164 Abs. 2 ZGB; vgl. dazu Bräm, Zürcher Kommentar, N 31 ff. zu Art. 164 ZGB). Ein bescheidener Notgroschen wird einem Ehegatten unter Umständen schon in einer Situation der Knappheit zugebilligt (BGer, 5C.107/2005; KGer SG, FamPra.ch 2001, 369). In durchschnittlichen Verhältnissen ist er gewöhnlich im hälftigen Anteil am Überschuss inbegriffen. Bei Überfluss muss er nun wiederum zusätzlich beachtet und einigermaßen grosszügig bemessen werden. Ein Sonderbedarf besteht namentlich nach Aufnahme des Getrenntlebens, wenn der weggezogene Ehegatte sich neu einrichten muss (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, N 33 zu Art. 176 ZGB). Normalerweise umfasst der

Unterhalt zwar nur monatliche Raten zum Kauf von unentbehrlichem Hausrat (BGE 114 II 18, 24). Bei offenkundigem Luxus gehört aber auch der sukzessive Erwerb einer standesgemässen Ausstattung noch zu den laufenden Bedürfnissen. Die Ehefrau soll folglich für Anschaffungen und Notfälle eine Reserve von Fr. 2500.– im Monat bilden können.

Zu diesen reinen Lebenskosten sind nun die Einkommenssteuern hinzuzuschlagen, die von der Ehefrau allerdings beträchtlich überschätzt werden. Sie lassen sich hier recht zuverlässig bestimmen, weil die nicht erwerbstätige Ehefrau praktisch keine Abzüge vornehmen kann. Die gesamte Steuerlast beträgt etwa Fr. 8000.– im Monat. Zählt man alle Positionen zusammen und rundet das Ergebnis, um nicht den Eindruck einer Scheingenauigkeit zu erwecken, so hat die Ehefrau einen konkreten Bedarf von Fr. 25 000.– im Monat, und diesen kann sie als Unterhalt beanspruchen, soweit sie nicht selbst dafür aufzukommen vermag.

Die Ehefrau verlor ihre Stelle im Betrieb des Ehemanns durch Kündigung und musste ihr politisches Amt beim Wegzug aufgeben. Es ist offensichtlich, dass ihr die Aufnahme einer anderen Erwerbstätigkeit im vorgerückten Alter kaum mehr möglich und ein damit verbundener sozialer Abstieg jedenfalls nicht mehr zumutbar ist. Der Ehemann anerkennt das zwar, nimmt jedoch an, dass die Ehefrau einen namhaften Vermögensertrag erzielen könnte, weil sie aus dem Nachlass ihrer Eltern einen Erbteil von über zwei Millionen Franken zu erwarten habe und ein ihm gewährtes Darlehen von ungefähr einer Million Franken jederzeit zurückfordern könne. Zu berücksichtigen sind aber nur effektive und keine hypothetischen Erträge. Die Erbschaft ist bis heute nicht geteilt und das Darlehen nicht zurückbezahlt. Hingegen erhält die Ehefrau in naher Zukunft Altersrenten aus der ersten und der zweiten Säule, die betragsmässig noch nicht genau bekannt sind, aber voraussichtlich rund Fr. 3000.– im Monat ausmachen werden. Das sind keine Bagatellbeträge mehr, welche einfach vernachlässigt werden können, wie die Ehefrau meint. Es ist auch nicht vertretbar, die Altersrenten nur zur Hälfte abzuziehen, wie die Vorinstanz entschieden hat. Mit dem Rentenbezug sind ja keine Eigenleistungen und keine Auslagen verknüpft. Die sogenannte Differenzmethode (vgl. dazu Vetterli, AJP 1994, 934), nach der beide Ehegatten an einem Zusatzeinkommen partizipieren sollen, ist hier grundsätzlich fehl am Platz. Anzuwenden ist vielmehr die Anrechnungsmethode, weil die Ehefrau kein Recht darauf hat, mehr als ihren vollen Lebensbedarf decken zu können.

48

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (SR 210). Eine Vereinbarung, die den Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen den Ehegatten krass verletzt und die Garantie des Existenzminimums nicht beachtet, ist offensichtlich unangemessen und darf nicht genehmigt werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 2. Oktober 2007

Die Ehefrau hat eine vor der Eheschutzrichterin geschlossene Vereinbarung über den ehelichen Unterhalt angefochten. Der Ehemann wendet dagegen ein, das sei nur zulässig, wenn der Vergleich an einem Willensmangel leide, und ein solcher sei nicht ersichtlich.

Aus den Erwägungen:

Eine Vereinbarung über die Ordnung des Getrenntlebens muss ähnlich wie eine solche über vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens vom Gericht genehmigt werden (GVP 2005 Nr. 44 und 2006 Nr. 63; KGer FR, FamPra.ch 2003, 637; offen gelassen in BGer, Nr. 5A_159/2007; vgl. auch Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000, Rz. 21.23; Sutter/Freiburgshaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 7 zu Art. 140 ZGB). Dabei ist mit einer Mängel- und Inhaltskontrolle im Sinne von Art. 140 Abs. 2 ZGB namentlich zu prüfen, ob die Vereinbarung aus freiem Willen geschlossen wurde und nicht offensichtlich unangemessen ist (R. Vetterli, FamKommentar Scheidung, N 15 zu Art. 175 ZGB). Der Entscheid kann mit der Begründung angefochten werden, die Genehmigung hätte nicht erteilt werden dürfen (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 202 zu aArt. 158 ZGB).

Die Ehefrau bringt zunächst vor, die Grundlagen der Unterhaltsberechnung seien ihr nicht vollständig bekannt gewesen, und macht damit einen Irrtum geltend. Ein Vergleich wird aber gerade geschlossen, um Ungewissheiten zu beseitigen. Die Parteien verzichten also darauf, eine Situation näher abzuklären, und können deshalb später nicht ohne weiteres vorbringen, sie hätten sich darüber falsche Vorstellungen gemacht (A. Meier-Hayoz, Vergleich, SJK Nr. 463, S. 6). Die Ehefrau erklärt sodann sinngemäss, sie sei in der Vereinbarung stark benachteiligt worden. Offensichtliche Unangemessenheit liegt vor, wenn ein Vergleich in nicht mehr nachvollziehbarer Weise vom gesetzlichen Lösungsmodell abweicht (Bühler/Spühler, N 186 zu aArt. 158 ZGB; U. Gloor, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 140 ZGB). Das Gericht soll die Vereinbarung mit dem Entscheid vergleichen, den es sonst getroffen hätte, und Unbilligkeit annehmen, wenn der Unterschied krass und auf den ersten Blick erkennbar ist (Sutter/Freiburgshaus, a. a. O., N 71 zu Art. 140 ZGB).

Der eheliche Unterhalt ist vor allem von zwei Grundsätzen geprägt: Erstens hat jeder Ehegatte Anspruch auf den gleichen Lebensstandard, den sich der andere

leisten kann. Zweitens soll beiden nach der Trennung wenigstens das Lebensnotwendige erhalten bleiben; die Tragung eines Mankos ist erst zumutbar, wenn zuvor alle Einsparungsmöglichkeiten ausgeschöpft wurden. Hier wohnt der Ehemann im früheren ehelichen Einfamilienhaus und beansprucht für sich hohe Wohnkosten von Fr. 2460.– monatlich, während die Ehefrau sich mit einer Dreizimmerwohnung zum Preis von Fr. 1150.– begnügt. Schon damit wird das Prinzip der Gleichbehandlung tangiert. Zudem kündigte der Ehemann sein bisheriges Arbeitsverhältnis und trat eine neue Stelle an, die wesentlich schlechter bezahlt ist und von seinem Wohnort überdies weit entfernt liegt. Er verlangt nun, dass ihm zusätzlich Kosten des Wochenaufenthalts von Fr. 660.– sowie Autokosten von Fr. 700.– anzurechnen seien, und erwartet demzufolge, dass er für die selbst gewählte Wohnsituation rund die Hälfte seines gesamten Einkommens ausgeben dürfe. Damit wäre das Gleichgewicht zwischen den Ehegatten erst recht in unerträglicher Weise gestört. Für die invalide Ehefrau bliebe dann so wenig übrig, dass sie zusammen mit ihrem Ersatzeinkommen nicht einmal ihren familienrechtlichen Grundbedarf mehr decken könnte. Damit wird auch die Garantie des Existenzminimums leichthin aufgegeben. Der Vergleich ist derart einseitig zu Gunsten des Ehemanns und zum Nachteil der Ehefrau ausgefallen, dass man im Sinne von Art. 21 OR von einem offenbaren, jedermann in die Augen springenden Missverhältnis sprechen muss (vgl. dazu etwa BGE 53 II 488), wobei offen bleiben kann, ob zugleich eine Notlage oder Unerfahrenheit der Ehefrau ausgenützt worden sei.

49

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (SR 210). Eine Mangellage nach der Trennung darf nicht ohne Weiteres hingenommen werden. Es muss zuerst geprüft werden, ob Einkünfte vermehrt oder Kosten eingespart werden könnten.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 23. November 2007

Aus den Erwägungen:

Der Ehemann weist nach, dass sein Lohn gesunken ist. Das hat zur Folge, dass der zuvor errechnete bescheidene Einkommensüberschuss wegfällt und in ein Defizit umzuschlagen droht, welches die Ehefrau mit den Kindern nach ständiger, wenn auch nicht unumstrittener Gerichtspraxis allein zu tragen hätte (BGE 121 I 97; 126 III 353, 356). Eine solche Mangelsituation darf jedoch nicht leichtfertig hingenommen werden. Vielmehr ist dann danach zu fragen, ob zusätzliche Einkünfte erzielt oder Kosten eingespart werden können (Dolder/Diethelm, Eheschutz – ein

aktueller Überblick, AJP 2003, 660; R. Vetterli, FamKommentar Scheidung, N 33 zu Art. 176 ZGB).

Die Ehefrau half früher gelegentlich im Geschäft des Ehemanns aus und erwirtschaftete damit einen kleinen Nebenverdienst. Nun hat sie diesen unsicheren und unwirtschaftlichen Job aufgegeben und sich stattdessen bei der Arbeitslosenkasse gemeldet. Aus Sicht des Familiengerichts ist ihr ein Erwerb neben der Betreuung von zwei Kleinkindern aber gar nicht zumutbar (BGE 115 II 6, 10; 114 II 301, 303) und aus Sicht der Arbeitslosenversicherung ist sie wohl nicht oder nur sehr beschränkt vermittelbar (Art. 15 AVIG).

Nachdem eine Vermehrung der Einkünfte ausgeschlossen scheint, ist der Bedarf der Familie umso genauer zu prüfen. Das Gericht muss nicht auf die Behauptungen der Parteien abstellen, sondern kann nach einer sozialen Untersuchungsmaxime selbst klären, was unentbehrlich ist (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 2 zu Art. 210 ZPO). Dabei geben einzelne Bedarfspositionen zu folgenden Bemerkungen Anlass:

Krankenversicherung: Anerkannt werden in der Regel nur die Auslagen für die obligatorische Krankenversicherung. Hier ist aber die ganze Familie in bescheidenem Umfang zusätzlich versichert. Die Prämien werden ungekürzt übernommen, weil sich eine Kündigung kaum lohnt.

Fahrtkosten: Aufgenommen werden grundsätzlich nur Berufsauslagen und keine Ausgaben zur Befriedigung eines privaten Bedürfnisses nach Mobilität. Der Ehemann braucht für die Fahrt zum Arbeitsort ein Busabonnement, die Ehefrau ist darauf im Alltag nicht unbedingt angewiesen.

Schulden: Raten zur Abzahlung eines Kredits können erst berücksichtigt werden, wenn der Notbedarf aller Familienmitglieder gedeckt ist und auch dann nur, wenn die Schulden für gemeinsame Zwecke aufgenommen wurden (BGE 127 III 289; 292; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 02.43).

Auslagen für Kinderbesuche: Der Vater betreut die beiden Kinder im Alter von drei und fünf Jahren während insgesamt fünf Tagen im Monat. Er soll sie verpflegen und mit ihnen auch einmal etwas unternehmen können. Ihm kann deshalb ein proportionaler Anteil am betriebsrechtlichen Kinderzuschlag von einem Sechstel oder Fr. 100.– angerechnet werden (BGer, FamPra.ch 2006, 198 ff.).

Erwerbsbonus: Erwerbsarbeit und Familienarbeit sind als gleichwertig zu betrachten. In einer Situation, in der die vereinbarte eheliche Aufgabenteilung auch nach der Trennung unverändert weitergeführt wird, ist daher ein Bonus als Erwerbsanreiz grundsätzlich nicht angezeigt (KGer SG, ZBJV 2001, 86 ff.). Das liefe auf eine Privilegierung des berufstätigen Ehemanns und eine Benachteiligung der kinderbetreuenden Ehefrau hinaus, was dem Prinzip der Gleichbehandlung im Modell der Partnerschaftsehe (Art. 163 ZGB) klar widerspricht.

50

Art. 397a Abs. 1 ZGB (SR 210). Das Massnahmenzentrum Bitzi in Mosnang ist eine für den Vollzug der fürsorgerischen Freiheitsentziehung grundsätzlich geeignete Anstalt. Massgebend ist im Einzelfall, dass eine Betreuung durch die Anstaltspsychiatrie im engeren Sinn nicht (mehr) erforderlich ist und das MZB die notwendigen Betreuungsbedürfnisse erfüllt.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 19. Juli 2007

A (Jahrgang 1972) leidet seit seiner Jugend unter einer paranoiden Schizophrenie und war aus diesem Grund bis im Februar 2007 bereits 31-mal in der Kantonalen Psychiatrischen Klinik (KPK) Wil hospitalisiert. Dazu kommen mehrere Aufenthalte in der KPK St.Pirminsberg in Pfäfers. Er ist IV-Rentner und steht seit dem 9. Juli 1993 unter Vormundschaft. Zurzeit hat er keine Unterkunft.

Am 4. Mai 2007 wurde A vom Amtsarzt des Kantons St.Gallen in die KPK Wil eingewiesen und am 3. Juli 2007 mit Präsidialbeschluss der Vormundschaftsbehörde X von der KPK Wil in das Massnahmenzentrum Bitzi (MZB) in Mosnang verlegt. Weil er das MZB ohne Erlaubnis verlassen hatte, wurde er im Sinne einer Disziplinarmassnahme während fünf Tagen in seinem Zimmer eingesperrt. Dabei hatte er ein Radio, einen täglichen Spaziergang, fünf Rauchpausen und regelmässigen Kontakt mit den Betreuern.

Aus den Erwägungen:

3. c) Art. 397a Abs. 1 ZGB setzt schliesslich voraus, dass die Unterbringung in einer «geeigneten» Anstalt zu erfolgen hat. Was unter einer geeigneten Anstalt zu verstehen ist, umschreibt das Bundesrecht nicht näher (BGE 112 II 486 E. 3). Aus dem Zweck der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, der eingewiesenen Person die nötige persönliche Fürsorge zu erbringen, ergibt sich aber, dass es sich um eine Institution handeln muss, die mit den ihr normalerweise zur Verfügung stehenden organisatorischen und personellen Mitteln in der Lage ist, die wesentlichen Bedürfnisse der eingewiesenen Person bezüglich Fürsorge und Betreuung zu befriedigen (BGE 114 II 213 E. 7; BGE 112 II 486 E. 4c). Mithin muss im Einzelfall das Betreuungs- und Therapieangebot der Anstalt den vorrangigen Bedürfnissen der betroffenen Person entsprechen (BGE 112 II 486 E. 5 und 6). Verlangt wird allerdings nicht, dass die gewählte Anstalt geradezu ideal für die Unterbringung des Betroffenen ist (BGE 5C.213/2003 vom 3. November 2003 E. 3.1). In Ausnahmefällen hat das Bundesgericht sogar eine Strafanstalt als geeignete Anstalt betrachtet (BGE 112 II 486 E. 4).

Der Kläger wurde am 3. Juli 2007 von der KPK Wil in das MZB Mosnang verlegt. Der ärztliche Fachrichter erachtet das Massnahmenzentrum Bitzi als geeignet für die Betreuung des Klägers, währenddem der Vertreter des Klägers geltend macht,

dass das MZB für den Kläger nicht geeignet sei, da die Unterbringung auf eine Verwahrung hinauslaufe.

Nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten (sGS 962.14) dient das Massnahmenzentrum Bitzi der Unterbringung von erwachsenen Personen zum Vollzug von strafrechtlichen und vormundschaftlichen Massnahmen (lit. a), zum Vollzug von unbedingten Freiheitsstrafen mit vollzugsbegleitender ambulanter Behandlung (lit. b), zur Krisenintervention (lit. c) sowie zur Abklärung der Massnahmebedürftigkeit und -fähigkeit (lit. d). Gemäss der Botschaft der Regierung des Kantons St. Gallen vom 13. August 2002 zum Grossratsbeschluss über die Umgestaltung der Anstalt Bitzi in eine Massnahmenanstalt (sGS 962.95) ist das MZB neben dem Vollzug von strafrechtlichen Massnahmen ausdrücklich auch auf den Vollzug von fürsorgerischen Freiheitsentziehungen ausgerichtet (<https://www.ratsinfo.sg.ch>).

Das MZB Mosnang ist seit April 2006 keine Strafanstalt für den Normalvollzug mehr, sondern das «Massnahmenzentrum des Ostschweizerischen Strafvollzugskonkordats». Es dient unter anderem dem Vollzug von strafrechtlichen Massnahmen bei geistig abnormen Tätern, womit der Kläger nicht der einzige Insasse ist, der psychiatrische Betreuung braucht. Das MZB dient auch dem Vollzug von fürsorgerischen Freiheitsentziehungen, wenn die Person nicht in eine psychiatrische Klinik aufgenommen werden kann (vgl. dazu und für mehr Informationen www.bitzi.sg.ch/home). Das Personal ist folglich geschult für die Betreuung von Personen, welche sich im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung im MZB aufhalten, wie das beim Kläger neben anderen Insassen der Fall ist. Auf der offenen Wohngruppe des Klägers, die auf die Betreuung und Unterbringung von zwölf Personen ausgerichtet ist, arbeiten zwei Psychiatriepfleger sowie zwei Sozialpädagogen. Des Weiteren arbeitet das MZB eng mit der KPK Wil zusammen; die Kompetenz und die Fachlichkeit im Umgang mit psychisch Kranken sind folglich gegeben. Ein Arzt der KPK Wil erscheint mindestens alle zwei Wochen im MZB. Auch die hausärztliche Betreuung wird durch den Anstaltsarzt gewährleistet. Das MZB erscheint damit für die medizinische Betreuung des Klägers geeignet. Es ist auf die Betreuung von unterschiedlichen Kategorien von Insassen (strafrechtliche und zivilrechtliche Massnahmen) ausgerichtet und stellt keine Anstalt für den normalen Strafvollzug dar (vgl. VRKE V-2006/95 vom 6. September 2006 in Sachen Y. T., S. 13).

Die vielen gescheiterten Versuche, dem Kläger in der KPK Wil zu helfen, legen den Schluss nahe, dass sich seine Krankheit chronifizieren wird, womit er ausserhalb einer Anstalt nicht mehr überlebensfähig sein wird. Mit dem MZB soll ein neuer Ansatz versucht werden, der dem Kläger Strukturen und einen Tagesablauf vermittelt. Dies ist durchaus im Sinn von Art. 397a Abs. 3 ZGB, woraus zu schliessen ist, dass der Aufenthalt in der Anstalt auf den Betroffenen eine erzieherische Wirkung ausüben soll, so dass dieser nach Wiedererlangung der Freiheit in der Lage ist, sein Leben aus eigener Kraft in die Hand zu nehmen (vgl. BGE 112 II 486 E. 3). Im heutigen Zeitpunkt steht nicht mehr die medizinische Therapie (medikamentöser oder anderer Art) im Vordergrund, sondern die Förderung der Kompetenzen des

Klägers im Alltags- und Beschäftigungsbereich. Die Verlegung in das MZB ermöglicht eine langfristige Verbesserung seiner Alltagskompetenzen und eine Schulung seiner sozialen Verträglichkeit. Damit soll auch der vom Rechtsvertreter des Klägers beanstandeten «Drehtür-Psychiatrie» entgegengewirkt werden. Der Kläger lebt hier auf der offenen Wohngruppe und geht einer Beschäftigung nach, welche ihm nach seinen eigenen Worten gefällt. Es ist davon auszugehen, dass er damit Fortschritte erzielen kann und einen Schritt in Richtung Erlangung von Selbständigkeit und Eigenverantwortung macht. Vom Konzept her geht das MZB davon aus, dass eine soziale Integration erreichbar bzw. der Übertritt in eine offenere Institution realistisch ist. Von einer Verwahrung kann also nicht gesprochen werden. Zudem ist er mit gleichaltrigen Personen zusammen. Der Kläger benötigt aufgrund seiner krankheitsbedingten Unfähigkeit einen gewissen Druck und einen engen Rahmen, der ihm vom MZB Mosnang – besser als in der KPK Wil – gewährt werden kann. Die Disziplinar massnahmen (vgl. Art. 48 Abs. 1 der Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten) sind daher auch in diesem Zusammenhang als pädagogisches Mittel und nicht als Strafe zu sehen. Gemäss den Ausführungen des ärztlichen Fachrichters sei der fünftägige Einschluss des Klägers in seinem Zimmer medizinisch kein Problem gewesen. In Zukunft wäre es aber zu begrüssen, wenn solche disziplinarischen Massnahmen unter Beizug einer psychiatrischen Fachperson der KPK Wil ausgesprochen würden. Schliesslich ist davon auszugehen, dass im MZB auch ein Dossier über den Kläger geführt wird. Da der Rechtsvertreter nie Einsicht in die Akten der MZB verlangt hat, ist auf seine Rüge betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht einzugehen, zumal der Verlauf des bisher erst zwei Wochen dauernden Aufenthaltes des Klägers in der Bitzi an der mündlichen Verhandlung eingehend erörtert wurde.

Unter diesen Umständen ist heute davon auszugehen, dass das MZB Mosnang dem Kläger die für ihn angemessene persönliche und medizinische Betreuung bietet und für ihn eine geeignete Anstalt darstellt.

Zusammenfassend steht damit fest, dass dem Kläger im MZB die für ihn konkret notwendige persönliche Fürsorge und Betreuung gewährt werden kann und die von der Vorinstanz angeordnete fürsorgerische Freiheitsentziehung tatsächlich geeignet ist, ihm zu helfen. Eine Rückversetzung in die KPK Wil oder gar eine ersatzlose Entlassung ist unter diesen Umständen nicht zu verantworten.

Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 10. Oktober 2007 eine Beschwerde in Zivilsachen gegen diesen Entscheid abgewiesen, soweit es darauf eintrat (5A_519/2007).

2. Sachenrecht und Grundbuch

51

Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (SR 210). Ein Grundstück, welches aufgrund seiner Nutzungsart, des Erstellungszwecks der Liegenschaft und der Eigentumsverhältnisse dem Verwaltungsvermögen der Schweizerischen Post zuzuordnen ist, darf nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 22. November 2007

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Voraussetzung ist, dass der Schuldner entweder Eigentümer dieses Grundstücks oder ein Unternehmer ist. Das Pfandrecht muss bis spätestens drei Monate nach der Vollendung der Arbeit eingetragen werden (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB entscheidet der Richter in schnellem Verfahren, sofern der Ansprecher seine Berechtigung glaubhaft macht (Art. 961 Abs. 3 ZGB).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet weder Bestand noch Höhe der Forderung der Gesuchstellerin gegenüber der konkursiten X AG. Zu prüfen ist im vorliegenden Verfahren einzig, ob zulasten des Grundstücks der Gesuchsgegnerin in Y überhaupt ein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden kann. Die Gesuchsgegnerin und mit ihr die Vorinstanz verneinen dies, weil das fragliche Grundstück zum Verwaltungsvermögen gehöre, deshalb nicht verwertet werden könne und somit auch die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht in Frage komme. Demgegenüber hält die Gesuchstellerin zusammenfassend dafür, dass die Gesuchsgegnerin nicht mehr im öffentlichen Bereich, sondern rein marktwirtschaftlich tätig sei wie eine Kantonalbank; zudem sei die Liegenschaft weitgehend dem Finanzvermögen, und nicht dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen. Zumindest auf dem zum Finanzvermögen gehörenden Teil müsse die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts möglich sein.

3. Vermögenswerte eines Gemeinwesens, welche unmittelbar der Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben dienen, stellen unpfändbares Verwaltungsvermögen dar. Entsprechend dürfen Grundstücke des Verwaltungsvermögens nicht gepfändet und verpfändet – also auch nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet – werden (BGE 120 II 321 E. 2b). Demgegenüber gehören Grundstücke, die nur mittelbar, d. h. mit ihrem Anlagewert und ihren Erträgen, zur Erfüllung öffentlicher

Aufgaben beitragen, zum Finanzvermögen und können mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl., Zürich 1982, N 545 f.).

Im Unterschied zu den Gemeinden und anderen Körperschaften des kantonalen Rechts (vgl. das Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen diese Körperschaften, SR 282.11) gibt es zur Frage der Verpfändbarkeit oder der Pfändbarkeit der Betriebsmittel der Schweizerischen Post, welche eine selbständige Anstalt des öffentlichen (Bundes-)Rechts mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern ist (Art. 2 Abs. 1 des Postorganisationsgesetzes [POG], SR 783.1), keine besonderen Vorschriften; namentlich fehlen entsprechende Bestimmungen im Postgesetz (PG, SR 783.0), in der Postverordnung (VPG, SR 783.01) oder im Postorganisationsgesetz (POG, SR 783.1). Ob am fraglichen Grundstück ein Pfandrecht bestellt werden kann, ist folglich allgemein unter dem Gesichtspunkt der Zweckgebundenheit dieses Grundstücks zu prüfen. Auszugehen ist dabei vom Grundsatz, dass durch die Begründung eines dinglichen Rechts die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, der das Grundstück dient, in keiner Weise behindert oder in Frage gestellt werden darf (BGE 103 II 235 mit weiteren Hinweisen).

4. Entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin hat die Post einen verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag. Trotz Liberalisierungstendenzen im Post- und Fernmeldewesen muss der Bund gemäss Art. 92 Abs. 2 BV (wie bereits unter der Geltung von Art. 36 aBV) eine ausreichende Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden gewährleisten. Dieser Verpflichtung ist er mit der Einsetzung der Gesuchsgegnerin als Leistungserbringerin (Art. 2 POG) nachgekommen. Der öffentliche Leistungsauftrag ist in Art. 2 PG und Art. 5 bis 9 VPG konkretisiert. Danach hat die Post nicht nur einen ausreichenden Universaldienst zu gleichen Grundsätzen in allen Landesteilen zu erbringen (Art. 2 Abs. 1 und 2 PG), sondern auch ein flächendeckendes Poststellennetz zu unterhalten (Art. 2 Abs. 3 PG; Art. 6 VPG). Die Gesuchsgegnerin unterscheidet sich dadurch wesentlich von privatwirtschaftlichen Konkurrenzunternehmen im Postwesen, welche nicht nur Preise frei festsetzen, sondern etwa auch unrentable (Grund-)Leistungen einstellen oder einzelne Regionen von der Dienstleistungserbringung ausschliessen können. Folglich ist die Gesuchsgegnerin aufgrund der Wahrnehmung von öffentlichen, zumindest teilweise monopolisierten Aufgaben (sog. reservierte Dienste, Art. 3 PG) von vornherein nicht mit einem in allen Geschäftssparten privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen vergleichbar. Aus diesem Grund kann die Gesuchstellerin aus BGE 120 II 321 nichts zu ihren Gunsten ableiten. In jenem Entscheid wurde erwogen, dass die Aargauische Kantonbank – vom Status her eine öffentlich-rechtliche Anstalt unter staatlicher Aufsicht mit einer öffentlichen Aufgabe – ihrer Funktion nach ein Privatbanken vergleichbares Wirtschaftsunternehmen mit freier unternehmerischer Initiative und starker Orientierung am Wettbewerb sei. Mache der Staat insoweit privatwirtschaftliche Tätigkeit gesetzlich zur öffentlichen Aufgabe und biete Leistungen an, wie sie von privater Seite zu gleichen Bedingun-

gen erbracht werden, könne an jenen Liegenschaften, welche durch ihren Gebrauchswert der Erfüllung dieser Aufgabe unmittelbar dienen, ein Bauhandwerkerpfandrecht gültig bestellt werden.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Zulässigkeit der Bestellung eines Pfandrechts an einem öffentlichen Grundstück davon abhängig ist, ob ein solches Grundstück zwangsverwertet werden kann (BGE 103 II 235 f.). Eine Zwangsverwertung hätte im vorliegenden Fall zur Folge, dass die Poststelle an diesem Standort aufgehoben würde. Das bundesrechtlich vorgeschriebene Verfahren bei Verlegung oder Schliessung einer Poststelle (Art. 7 VPG) würde damit aus den Angeln gehoben. Dies ist ein weiterer, besonderer Grund für den Ausschluss der Anwendbarkeit des Zivilrechts im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 120 II 321).

5. Die Gesuchstellerin bringt schliesslich vor, die Liegenschaft der Gesuchsgegnerin sei zur Hälfte bis zu zwei Dritteln dem Finanzvermögen zuzuordnen. Im Erdgeschoss befänden sich ein mietbarer Geschäftsraum und im Obergeschoss verschiedene Wohnungen. Zumindest auf diesem Teil des Grundstücks sei die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulässig. Zum Beweis wurden im Rekursverfahren die provisorischen Pläne für den Neubau eingereicht. Die Gesuchsgegnerin reichte demgegenüber eine Bescheinigung ein, wonach sämtliche Liegenschaften, Stockwerkeinheiten und Miteigentumsanteile an Liegenschaften, welche in ihrem Eigentum stehen, ausschliesslich Bestandteil des Verwaltungsvermögens seien.

Hat nur ein Bestandteil einer Liegenschaft den Charakter von Finanzvermögen – das Vermieten von Wohn- und Geschäftsräumen fällt ohne weiteres darunter – entscheidet der Gesamtcharakter der Liegenschaft darüber, ob sie dem Verwaltungs- oder dem Finanzvermögen zuzuordnen ist (Schumacher, a.a.o., N 547). Nicht massgebend ist die Bescheinigung der Gesuchsgegnerin, wonach alle ihre Liegenschaften ausschliesslich zum Verwaltungsvermögen gehören. Im vorliegenden Fall ist das Grundstück aufgrund seiner Nutzungsart, des Erstellungszwecks der Liegenschaft und der Eigentumsverhältnisse ohne weiteres dem Verwaltungsvermögen der Gesuchsgegnerin zuzuordnen – mithin liegt kein Grenzfall vor (vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht] vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5320). Namentlich befand sich in der von der Gesuchstellerin abgebrochenen Liegenschaft die Hauptpoststelle Y, welche im Erdgeschoss des Neubaus wieder eingerichtet werden soll. Im Übrigen handelt es sich bei der Gesuchsgegnerin nicht um eine private Trägerin, welche an Stelle des Gemeinwesens eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen hat (vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, a. a. O.).

Hinzu kommt, dass die Eintragung eines Pfandrechts im Grundbuch nur auf einem bestimmten Teil einer im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Liegenschaft, bei welcher – zumindest zum heutigen Zeitpunkt – weder Stockwerkeigentumseinheiten noch Miteigentumsanteile ausgeschieden worden sind, nicht durchführbar erscheint. Besteht im Grundbuch nur ein Eintrag für das ganze

Grundstück, ist eine Bezeichnung der pfandrechtsbelasteten Anteile von vornherein unmöglich. Die Verwertung nur eines Anteils an einem Ganzen lässt sich in der Praxis nicht durchführen. Würde die Eintragung unter diesen Voraussetzungen als zulässig erachtet, würde sich die Pfandverwertung zwangsläufig auch auf die Teile, welche sich unbestrittenermassen im Verwaltungsvermögen der Gesuchsgegnerin befinden, erstrecken. Dies wiederum würde die Erfüllung des öffentlichen Leistungsauftrags gefährden bzw. verunmöglichen (vgl. dazu vorne E. 4).

3. Obligationenrecht

52

Art. 124 Abs. 1, 257d Abs. 2 und 260a Abs. 3 OR (SR 220). Während der Dauer des Mietverhältnisses können ausstehende Mietzinse nicht durch Verrechnung mit Entschädigungsforderungen für Mehrwerte getilgt werden, die der Mieter mit Zustimmung des Vermieters durch Investitionen in die Mietsache geschaffen hat.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht, 13. Juni 2007

Ein Mieter widersetzt sich der Ausweisungsklage des Vermieters mit der Begründung, die Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsrückstandes sei ungültig.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beklagte macht geltend, die ausstehende Mietzinsforderung durch Verrechnung getilgt zu haben, womit er sinngemäss geltend macht, die Voraussetzungen für eine Kündigung nach Art. 257d Abs. 2 OR seien nicht erfüllt gewesen.

a) Damit die Verrechnungslage eintritt, müssen nach Gesetz und Lehre (vgl. statt vieler Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 8. Auflage, Zürich 2003, N 3394 ff.) folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Es müssen zwei Forderungen existieren, diese müssen gegenseitig und gleichartig sein, die Verrechnungsforderung muss fällig und klagbar sein und die Verrechnung darf weder durch Gesetz noch Vertrag ausgeschlossen sein. Die Verrechnung tritt gemäss Art. 124 Abs. 1 OR nur ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Verrechnungsrecht Gebrauch machen will. Der Schuldner muss m. a. W. eine Gestaltungserklärung hinsichtlich der Verrechnung abgeben. Zwei sich gegenüberstehende Forderungen werden also nicht von Gesetzes wegen miteinander verrechnet. Die Verrechnungserklärung kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein (Gauch/Schlupe/Schmid/

Rey, a. a. O., N 3436; Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 78.02). Im Zusammenhang mit der ausserordentlichen Kündigung wegen Zahlungsrückstands des Mieters muss die Verrechnungserklärung ferner innert der vom Vermieter angesetzten Zahlungsfrist nach Art. 257d Abs. 1 OR erfolgen (BGE 119 II 241 E. 6b/bb f. S. 248 m. w. H.; Urteil 4C.157/2000 des Bundesgerichtes vom 22. August 2000 E. 2c/aa).

b) Im vorliegenden Fall ist zwischen den Parteien strittig, ob und inwiefern der Beklagte rechtzeitig gültig Verrechnung erklärt und die gemahnte Mietzinsforderung dadurch beglichen hat. Der Beklagte macht geltend, der Mietzinsausstand sei infolge Verrechnung mit von ihm getätigten Investitionen in der Höhe von über Fr. 45 000.– getilgt worden. Der Kläger bestreitet, dass die Investitionen tatsächlich erfolgt seien, andererseits führt er aus, der Beklagte hätte höchstens Anspruch auf Ersatz nach Art. 260a Abs. 3 OR, also auf den Mehrwert und nicht auf den Neuwert. Ferner habe der Beklagte innert der angesetzten Frist nach Art. 257d Abs. 1 OR gar nie Verrechnung erklärt.

c) Es ist nachfolgend zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine rechtzeitige und gültige Verrechnung im vorliegenden Fall erfüllt sind.

aa) ... (Ausführungen darüber, dass und weshalb die behaupteten Investitionen nicht bewiesen sind)...

bb) Die geltend gemachten «Investitionsforderungen» würden ferner dem Erfordernis der Fälligkeit und Klagbarkeit nicht genügen. Wie der Kläger richtig feststellt, würden die Investitionen des Mieters allenfalls eine Entschädigungspflicht im Sinne von Art. 260a Abs. 3 OR in Bezug auf den Mehrwert (und nicht auf die Investitionskosten) auslösen. Dieser Anspruch des Mieters entsteht freilich erst mit Beendigung des Mietverhältnisses und wird auch erst dann fällig (Weber, Basler Kommentar OR I, 3. Aufl., Basel 2003, N 5 zu Art. 260a; Higi, Zürcher Kommentar zu Art. 253–265 OR, Zürich 1994, N 73 zu Art. 260a; SVIT-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1998, N 84 zu Art. 260–260a). Eine Verrechnung fälliger Mietzinse mit der Entschädigungsforderung durch den Mieter vor der Beendigung des Mietverhältnisses ist ausgeschlossen (Higi, a. a. O., N 73 zu Art. 260a; SVIT-Kommentar, N 85 zu Art. 260–260a). Da der Mietvertrag im vorliegend zu beurteilenden Fall mit Ansetzung der Zahlungsfrist und der Androhung der Kündigung noch nicht beendet worden ist, wurden allfällige Entschädigungsforderungen des Beklagten noch nicht fällig und waren der Verrechnung zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht zugänglich. Ein möglicher Anspruch wäre erst mit der Kündigung entstanden, zu einem Zeitpunkt also, in dem der Beklagte mit einer Verrechnung die fristlose Kündigung nicht mehr hätte abwenden können (vgl. nachfolgend cc).

cc) Weiter ist der Beklagte daran zu erinnern, dass nach schweizerischem Privatrecht ohne (rechtzeitige) Verrechnungserklärung keine Verrechnungswirkung eintreten kann (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, a. a. O., N 3435; Schwenzer, a. a. O., N 77.01). Die Verrechnungswirkung tritt also bei zwei sich gegenüberstehenden Forderungen nicht – wie dies der Beklagte zu glauben scheint (vgl. Rekurs, 3 Ziff. 3:

«... in das Mietobjekt investiert, weshalb zufolge Verrechnung ...» – von Gesetzes wegen ein. Die Verrechnungserklärung hätte somit bis spätestens am Ende der vom Kläger in seinem Schreiben vom 30. Oktober 2006 angesetzten Zahlungsfrist beim Kläger eintreffen müssen (BGE 119 II 241 E. 6b/bb f. S. 248 m. w. H.; Urteil 4C.157/2000 des Bundesgerichtes vom 22. August 2000 E. 2c/aa), was der Beklagte weder behauptet noch beweist. Vielmehr ist er vor der Vorinstanz selber davon ausgegangen, dass weiterhin offene Forderungen bestanden. In seinem Rekurs macht er nun eine angebliche Verrechnung «im Januar oder Februar 2007» geltend. Diese Verrechnungserklärung wäre – sofern sie denn tatsächlich erfolgt ist, was offen bleiben kann und worüber deshalb kein Beweis abzunehmen ist – jedenfalls nicht in der vom Kläger in seinem Schreiben vom 30. Oktober 2006 angesetzten Zahlungsfrist und jedenfalls nicht bevor dem Beklagten das Kündigungsschreiben des Klägers vom 14. Dezember 2006 zuzuging, erfolgt. Diese behauptete Verrechnung «im Januar oder Februar 2007» ist m. a. W. nicht geeignet, die am 14. Dezember 2006 ausgesprochene fristlose Kündigung nach Art. 257d Abs. 2 OR unwirksam werden zu lassen.

53

Art. 321c OR (SR 220); Art. 21 Abs. 2 und 3 L-GAV. Gemäss Art. 21 Abs. 3 L-GAV, Ausgabe 1998, führt die unterlassene Buchführungspflicht des Arbeitgebers dazu, dass «eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen» wird. Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass grundsätzlich auf die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers abzustellen ist. Es obliegt alsdann dem Arbeitgeber, Zweifel an der Richtigkeit der vom Arbeitnehmer vorgelegten Arbeitszeitkontrolle zu wecken.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 8. Mai 2007

Aus den Erwägungen:

2. a) (...) Auf das vorliegende Arbeitsverhältnis ist der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes 98 anwendbar (abgek.: L-GAV). Art. 21 Abs. 2 L-GAV verpflichtet den Arbeitgeber, über die effektiven Arbeitszeiten Buch zu führen. Gestützt auf diese Vorschrift dürfen die Arbeitnehmer davon ausgehen, die Arbeitszeitkontrolle erfolge durch den Arbeitgeber (vgl. Manfred Rehbindler, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 321c OR; JAR 1981 S. 230). In den Fällen, in denen der Landesgesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe zur Anwendung kommt, erscheint es daher fraglich, ob die dargelegte Meldepflicht des Arbeitnehmers für geleistete Überstunden besteht. Diese Frage kann jedoch offen bleiben.

b) Gemäss unangefochtener Lehre und Rechtsprechung hat ein Arbeitnehmer, der Überstundenforderungen geltend macht, zu beweisen, dass diese Stunden tatsächlich von ihm geleistet wurden. Er trägt ferner die Beweislast dafür, dass die Mehrarbeit zur Erledigung der anfallenden Arbeit im Interesse des Arbeitgebers notwendig war (BGE 129 III 176). Diese Beweislastverteilung entspricht der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Zu prüfen ist jedoch, ob eine Umkehr der Beweislast zu erfolgen habe, wenn der Arbeitgeber eine vorgeschriebene Arbeitszeitkontrolle nicht führt. Es ist unbestritten, dass der Beklagte seiner Pflicht, eine Arbeitszeitkontrolle zu führen, nicht nachgekommen ist. In Art. 82 Ziffer 5 L-GAV, Ausgabe 1992, war eine solche Beweislastumkehr ausdrücklich vorgesehen (vgl. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., N 10 zu Art. 321c OR mit Hinweisen). Dies ist beim L-GAV 98 jedoch nicht mehr der Fall (vgl. BGE 4C.74/2003 E. 1 und 2.4; BGE 4P.80/2005 E. 3). Die unterlassene Buchführungspflicht des Arbeitgebers führt nur noch dazu, dass «eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen» wird (Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass grundsätzlich auf die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers abzustellen ist. Es obliegt alsdann dem Arbeitgeber, Zweifel an der Richtigkeit der vom Arbeitnehmer vorgelegten Arbeitszeitkontrolle zu wecken (vgl. BGE 4P.80/2005 E. 3). Die Verletzung der Pflicht, eine Arbeitszeitkontrolle zu führen, kann ferner bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (Streiff/von Kaenel, a. a. O., N 10 zu Art. 321c OR). Durch seine Pflichtverletzung erschwert der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Beweis. Es rechtfertigt sich daher, dem Arbeitnehmer eine Beweiserleichterung zuzugestehen, indem das Regelbeweismass gesenkt und allenfalls die Anzahl der geleisteten Überstunden aufgrund der vom Arbeitnehmer dargelegten Umstände geschätzt wird, sofern nachgewiesen ist, dass tatsächlich Überstunden geleistet worden sind (BGE 4P.35/2004 E. 3 und 4C.74/2003 E. 2.4; vgl. auch Streiff/von Kaenel, a. a. O., N 10 zu Art. 321c OR).

III. Strafrecht einschliesslich Opferhilfe

54

Art. 59 und 64 StGB (SR 311). Hat der Täter eine in Art. 64 Abs. 1 StGB aufgezählte Anlasstat begangen und besteht aufgrund einer anhaltenden oder langandauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere eine ernsthafte Rückfallsgefahr, so ist der Täter zu verwahren, wenn die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB keinen Erfolg verspricht.

Kantonsgericht, Strafkammer, 25. April 2007

Zum Sachverhalt: Der Angeklagte war am 20. Mai 2005, kurz vor Mitternacht, zuerst zwei jungen Frauen mit entblösstem Penis, den er mit einer Hand hielt, gefolgt und hat wenige Minuten später eine andere junge Frau zu Boden gestossen, sie mit einem geöffneten Taschenmesser bedroht, sich auf sie gesetzt und ihr den Mund zugehalten sowie über der Kleidung an der Brust, am Gesäss und der Scheide angefasst. Als zwei Anwohner riefen, er solle von der jungen Frau ablassen, die Polizei sei bereits verständigt, entfernte er sich. Der Angeklagte wurde noch in der gleichen Nacht verhaftet und hat die Taten zugegeben. Die Schuldsprüche betreffend sexuelle Nötigung und Exhibitionismus sind nicht angefochten.

Aus den Erwägungen:

1. Am 1. Januar 2007 ist der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Die neuen Bestimmungen sind im vorliegenden Fall anwendbar, sofern sie für den Angeklagten das mildere Recht darstellen (Art. 2 Abs. 2 StGB), da die Berufungsinstanz mit voller Kognition neu urteilt. Ob eine neue gesetzliche Regelung milder ist als die bisherige, ist nach der Praxis nicht durch einen abstrakten Vergleich der Normen zu entscheiden, sondern danach, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wegkommt, unter Berücksichtigung nicht nur der verwirkten Strafe, sondern auch etwa der Möglichkeiten des bedingten Strafvollzuges (vgl. Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, N 3 zu Art. 2 StGB). Obwohl nicht unbestritten, ging die Praxis bisher in Bezug auf Massnahmen von der unbedingten Geltung des neuen Gesetzes auch in Bezug auf altrechtliche Taten aus, und zwar auch dann, wenn das neue Recht nicht milder war. Das neue Recht scheint *prima vista* die Kritiker der bisherigen Praxis zu bestätigen, denn Art. 1 des revidierten StGB hält fest, dass nicht nur eine Strafe, sondern auch eine Massnahme nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt. Die bundesrätliche Botschaft leitet daraus ab, dass das Rückwirkungsverbot auch für alle freiheitsentziehenden und -beschränkenden Massnahmen bestimm-

mend sei, da diese schwere Eingriffe in die Persönlichkeit des Täters zur Folge haben können. Allerdings bleibt eine Hintertür offen, weil auf den Gesetzgeber verwiesen wird, der bei neuen Massnahmen die notwendigen Übergangsbestimmungen selber vorsehe. Davon hat der Gesetzgeber bei der vorliegenden Revision bereits ein erstes Mal Gebrauch gemacht, indem gemäss den Schlussbestimmungen Ziff. 2 Abs. 1 die Bestimmungen des neuen Rechts über die Massnahmen (Art. 56 – 65 StGB) auch auf die Täter anwendbar sind, die vor deren Inkrafttreten eine Tat begangen haben oder beurteilt worden sind. Gerechtfertigt wird die neue Regelung mit dem Hinweis, dass das neue Massnahmerecht in den meisten Fällen gleichwertig oder milder sei, was namentlich bei therapeutischen Massnahmen (Art. 59 StGB) regelmässig der Fall sein wird. Aber selbst im Bereich der Verwahrung wird dies zutreffen, da neu die Untherapierbarkeit Verwahrungsvoraussetzung ist, während nach bisherigem Recht auch therapierbare Straftäter, so sie denn gemeingefährlich waren und nicht sofort auf die Therapie ansprachen, nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB verwahrt werden konnten. Im neuen Recht muss für diese Tätergruppe eine Erfolg versprechende Therapie fehlen, damit die Verwahrung in Betracht gezogen werden kann (Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB). Günstiger für den Betroffenen sind aber auch die Bestimmungen von Art. 64 Abs. 3 und 65 Abs. 1 StGB, und die gesicherte therapeutische Behandlung geht der Verwahrung auch dann vor, wenn der Täter ein besonders schweres Delikt im Sinne einer Anlasstat des Verwahrungstatbestandes (Art. 64 Abs. 1 StGB) begangen hat. «Nach Inkrafttreten des neuen Rechts dürfte deshalb ein Täter, der die Voraussetzungen für die Verhängung einer Massnahme an geistig Abnormen nach bisherigem Recht erfüllt, jedoch infolge seines Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise gefährdet, nicht mehr verwahrt werden, sondern es wäre auf ihn die stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 anwendbar» (vgl. Franz Riklin, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches: Fragen des Übergangsrechts, in: AJP 12/2006 S. 1471 ff., insb. S. 1476/77).

2. Nach dem Gutachten besteht beim Angeklagten eine erhebliche narzisstische Persönlichkeitsstörung mit kombinierter Paraphilie (= sexuelle Deviation), nach Auffassung der Fachpersonen des Psychiatrisch-Psychologischen Dienstes der Stadt Zürich (PPD) eine dissoziale Persönlichkeitsstörung sowie eine multiple Störung der Sexualpräferenz. Der von der Verteidigung konsultierte Privatgutachter diagnostiziert zudem noch Hirnfunktionsstörungen, denen aber bisher für den therapeutischen Prozess keine relevante Bedeutung zukommt. Übereinstimmend kommen alle mit dem Angeklagten befassten Fachpersonen zum Ergebnis, dass die festgestellten Störungen mit den verübten Delikten in einem ursächlichen Zusammenhang stehen und grundsätzlich eine therapeutische Behandlung erforderten. Die Gutachterinnen weisen darauf hin, dass narzisstische Persönlichkeitsstörungen grundsätzlich schwer therapierbar sind, was sich in gleichem Masse auch von dissozialen Persönlichkeitsstörungen sagen lässt. Denn gemeinsam ist allen Persönlichkeitsstörungen, dass die therapeutische Arbeit oft Jahre dauert (was

auch aus dem Bericht des PPD hervorgeht) und häufig nicht erfolgreich ist. Von daher ist es nicht weiter entscheidend, ob die beim Angeklagten diagnostizierte Störung den dissozialen Persönlichkeitsstörungen nach ICD-10 Gruppe F60.2 oder den sonstigen spezifischen Persönlichkeitsstörungen (zu denen die narzisstische gehört) nach ICD-10 Gruppe F60.8 zugeordnet wird. Nach dem Gutachten war so dann aus damaliger Sicht (das Gutachten wurde im Herbst 2005 erstellt) von einer hohen Rückfallswahrscheinlichkeit für Sexualdelikte, insbesondere exhibitionistische Handlungen und sexuelle Gewalttaten, auch während der Behandlungszeit, und damit von einer hohen Gefährlichkeit für Dritte, auszugehen. An dieser Einschätzung hat sich auch heute, 1½ Jahre später, im Grundsatz nur wenig geändert. Nach dem Bericht des PPD «repräsentiert das ‹strukturelle Rückfallrisiko› eine langfristig bestehende, basale Grunddisposition des Täters, erneut mit dem Zieldelikt (versuchte sexuelle Nötigung) in Erscheinung zu treten ... und besteht bei Herrn X eine deutliche ‹strukturelle Rückfallgefahr›, ... weshalb ohne Therapie oder andere risikolenkende Massnahmen ... langfristige Rückfallfreiheit eher unwahrscheinlich, Rückfälligkeit dagegen wahrscheinlicher» sei. Die Durchführung der langfristig erforderlichen Therapie in Freiheit sei dabei «therapeutisch nicht angezeigt und legal-prognostisch noch nicht zu verantworten».

Bei dieser Ausgangslage – Straftaten des Angeklagten, die mit seiner beeinträchtigten geistigen Gesundheit (Persönlichkeitsstörung/multiple Störung der Sexualpräferenz) in Zusammenhang stehen; Erfordernis einer psychotherapeutischen Behandlung; Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, die allein durch eine Strafe nicht ausgeschlossen werden kann – ist eine Massnahme anzuordnen (Art. 56 StGB), was im Berufungsverfahren auch von der Verteidigung nicht mehr in Frage gestellt wird. In Betracht kommen dabei stationäre therapeutische Massnahmen (Art. 59 StGB) oder die Verwahrung (Art. 64 StGB). Keine Alternative ist eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB, da die Freiheitsstrafe von zwei Jahren – selbst unter Einbezug der Einschliessungsstrafe von 15 Wochen – nicht verhindern könnte, dass der Angeklagte sehr rasch aus dem Strafvollzug, in dem er sich seit dem 11. August 2005 befindet, entlassen werden müsste, was aber angesichts der derzeit bestehenden Gefährlichkeit für Dritte nicht in Frage kommen kann.

3. Eine stationäre therapeutische Behandlung kann das Gericht anordnen, wenn der Täter psychisch schwer gestört ist und ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen (Art. 59 Abs. 1 StGB). Hat der Täter eine in Art. 64 Abs. 1 StGB aufgezählte Anlasstat begangen und besteht aufgrund einer anhaltenden oder langandauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere eine ernsthafte Rückfallsgefahr, so ist der Täter zu verwahren, wenn die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB keinen Erfolg verspricht.

Dass der Angeklagte psychisch schwer gestört ist, dass seine Taten mit seiner psychischen Störung in direktem und ursächlichem Zusammenhang stehen und

dass er auch erheblich rückfallgefährdet ist, steht ausser Frage und wird von keiner Seite angezweifelt. Unbestritten ist grundsätzlich auch, dass der Angeklagte therapiebedürftig ist. Die Staatsanwaltschaft hegt jedoch Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Behandlungsaussichten und wirft die grundsätzliche Frage auf, ob angesichts der gesamten in den Akten vorliegenden Äusserungen der Fachleute davon ausgegangen werden könne, eine therapeutische Massnahme verspreche Erfolg (vgl. den Wortlaut in Art. 64 Abs. 2 lit. b StGB). Schon unter dem bisherigen Recht war bei der Anordnung von Massnahmen dem Grundsatz der Subsidiarität Rechnung zu tragen: Stehen mehrere geeignete Massnahmen zur Wahl, hat jene den Vorrang, die am wenigsten in die Rechte des Betroffenen eingreift. Dabei ist eine bessernde einer bloss sichernden Massnahme im Allgemeinen vorzuziehen (vgl. dazu BGE 125 IV 123 mit weiteren Verweisen). Das neue Recht hat diesen Grundsatz ins Gesetz aufgenommen (Art. 56 Abs. 2 StGB). Diesen Grundsatz der Subsidiarität gilt es vor Augen zu halten, wenn auf so unsicheren Grundlagen wie einer Prognose über die Behandelbarkeit eines Betroffenen der weitreichende und einschneidende Entscheid getroffen werden muss, ob ein Täter verwahrt werden soll. Vordringliches Anliegen der Strafgesetzgebung ist es, ein möglichst straffreies Verhalten und die Resozialisierung des Betroffenen zu erreichen; weder Aufgabe noch Ziel des Strafgesetzes ist es demgegenüber, die geistige Gesundheit der Straftäter zu fördern (BGE 124 IV 250 ff.). Die ärztliche Behandlung oder die Therapie stellt somit lediglich ein Mittel dar, mit welchem das Ziel, die Verminderung oder Verhinderung künftiger Straftaten erreicht werden soll (BGE 124 IV 251). Vom Sachverständigen kann daher weder die verbindliche und sichere Prognose über den konkreten Verlauf der Therapie und schon gar nicht über einen konkreten künftigen Behandlungserfolg abverlangt werden. Es geht im Zeitpunkt der Entscheidung über die Alternative stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB oder Verwahrung nach Art. 64 StGB daher um die Beurteilung der (1) allgemeinen Therapiemöglichkeiten, d. h. der Frage, ob es für die vorliegende Störung überhaupt eine wirksame Therapie gibt, sodann der (2) tatsächlichen Therapiemöglichkeit, mithin der Vollzugssituation, und schliesslich der (3) Motivation des Betroffenen für eine Therapie (vgl. dazu M. Heer, Einige Schwerpunkte des neuen Massnahmerechts, in: ZStrR, Bd. 121 S. 376 ff., insb. S. 402–405). Wenn die Staatsanwaltschaft in ihrer Stellungnahme vom 26. Februar 2007 die Begriffe «Aussicht» und «Erfolg versprechen» so sehr in den Vordergrund rückt und bemängelt, dass die Therapeuten nur von «berechtigten Chancen» und von «der Möglichkeit einer massgeblichen Reduzierung des Rückfallrisikos» sprächen, so scheint sie damit die Anforderungen zu hoch anzusetzen und insbesondere den Gedanken der Subsidiarität ausser Acht zu lassen. Denn Erfolg versprechen heisst eben gerade nicht Erfolg garantieren und eine «Aussicht» im Rechtssinne ist immer etwas Ungewisses, wobei eine Aussicht zutreffender Weise mehr oder weniger begründet sein kann. Den von der Staatsanwaltschaft zu Recht ins Feld geführten Bedenken angesichts des (gegenwärtig) recht hohen Rückfallrisikos ist nicht bei der Beurteilung der Be-

handlungsaussichten und der Frage nach dem möglichen Erfolg einer Massnahme, sondern bei der Prüfung der Durchführbarkeit, also der Vollzugssituation, Rechnung zu tragen.

Die Gutachterinnen haben sich ganz klar für die Durchführung einer Therapie ausgesprochen («...erfordern eine psychotherapeutische Behandlung»; «...ist eine hochfrequente ambulante psychotherapeutische Behandlung indiziert»; «...die primär psychotherapeutisch zu behandeln sind»), aber ebenso klar grosse Fragezeichen hinter die Erfolgsaussichten einer solchen Behandlung gesetzt («...ist die Wahrscheinlichkeit, dass es ... zu einer Verbesserung der Legalprognose kommt, als gering einzuschätzen»; «...Die Beeinflussbarkeit muss ... als gering eingeschätzt werden»; «...ist die Wahrscheinlichkeit, dass ... zu einer Verbesserung der Legalprognose beiträgt, als sehr gering zu beurteilen»). Andererseits haben sie aber auch die Möglichkeit einer relevanten Verbesserung der Situation offen gelassen bzw. als reale Möglichkeit vorausgesehen, dann nämlich, wenn es «dem Exploranden gelingen sollte, eine tragfähige therapeutische Beziehung aufzubauen». Genau diese Voraussetzung scheint eingetroffen zu sein, wie aus dem Bericht des PPD hervorgeht: «Dadurch, dass Herr X einen vertrauensvollen therapeutischen Kontakt zur Referentin aufbauen konnte, war es ihm relativ schnell möglich, deliktspezifische Zusammenhänge ansatzweise zu erkennen. Im Rahmen der Bearbeitung des «Deliktkeises» konnte er tatauflösende Bedingungen in der Vorde-
liktsphase benennen, ...». Kann also bereits aufgrund des Gutachtens die Therapiemöglichkeit nicht mit so hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, dass nur die Verwahrung nach Art. 64 StGB in Frage käme (anders noch nach altem Recht, wonach bei den vorliegenden Voraussetzungen die Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB zwingend anzuordnen gewesen wäre), so ist die Situation durch den bisherigen Verlauf des Aufenthalts in der Strafanstalt Pöschwies für den Angeklagten nochmals wesentlich günstiger geworden. Was zunächst die Therapiemöglichkeit betrifft, so scheint diese Voraussetzung erfüllt: Der Angeklagte ist seit dem 30. November 2005 in der Strafanstalt Pöschwies und wird dort seit April 2006 vom PPD betreut. Nach einer prolongierten Therapieabklärung befindet er sich seit Juli 2006 in einer deliktorientiert ausgerichteten gesprächspsychotherapeutischen Behandlung. Ab Februar 2007 nimmt er an einem zeitlich begrenzten Gruppenprogramm teil, das sich als Vorbereitung für nachfolgende deliktorientierte psychotherapeutische Gruppenbehandlungs-Programme versteht. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die Strafanstalt Pöschwies und insbesondere der PPD über grundsätzlich taugliche Therapieangebote für Täter mit den psychischen Störungen, wie sie der Angeklagte aufweist (Persönlichkeitsstörungen, multiple Störungen der Sexualpräferenz), verfügt. Der Angeklagte hat während seines bisherigen Aufenthaltes in der Pöschwies und seines Einbezugs in das deliktspezifische Therapieprogramm auch erste – wenn auch möglicherweise zaghafte – Erfolge aufzuweisen. Er ist heute immerhin in der Lage, deliktspezifische Zusammenhänge ansatzweise zu erkennen sowie tatauflösende Bedingungen in der Vorde-

liktsphase zu benennen und in einen direkten Zusammenhang mit seinen Delikten zu stellen. Sodann ist ihm – was sehr wichtig erscheint – seine deutliche Rückfallgefahr präsenter geworden und hat er die Notwendigkeit erkannt und gleichzeitig die Bereitschaft gezeigt, sich einer langfristigen psychotherapeutischen Behandlung im geschützten Rahmen zu unterziehen. Dass bis zum angestrebten Ziel noch ein weiter Weg ist und nicht mit Bestimmtheit gesagt werden kann, dass das Ziel letztlich auch erreicht wird, kann die Anordnung einer Massnahme nicht ausschliessen. Die mit der Therapie beim PPD befassten Fachpersonen bescheinigen «Herrn X. eine erfolversprechende therapeutische Startphase und sehen berechnigte Chancen, mit der aus unserer Sicht notwendigen therapeutischen Behandlung zu einer massgeblichen Reduzierung des Rückfallrisikos beitragen zu können». Sie bescheinigen sodann dem Angeklagten eine hohe Therapiemotivation und sehen in seiner persönlichen Konstitution (der Privatgutachter spricht von einer Hirnfunktionsstörung) keine Faktoren, die eine Behandlung verunmöglichen oder gravierend einschränken würden. Dass sich die Fachpersonen in ihrem Bericht vorsichtig äussern und die Erfolgsaussichten mit der bei jeder Prognosestellung gebotenen Zurückhaltung einschätzen, kann nicht damit kommentiert werden, das sei «angesichts des vom Verurteilten ausgehenden hohen Risikos für gewichtige Rechtsgüter doch eher vage». Vorliegend geht es nicht um die Frage einer vollzugsbegleitenden ambulanten Massnahme in einer offenen Vollzugsanstalt, sondern um die Anordnung einer stationär durchzuführenden Psychotherapie in einem speziellen, deliktorientierten Therapieprogramm in der Strafanstalt Pöschwies, wo der Angeklagte auch bei Anordnung einer Verwahrung gemäss Art. 64 StGB (was der Staatsanwaltschaft offenbar sachgerechter erschiene) verbleiben würde. Die deutliche strukturelle Rückfallsgefahr wie auch der lange Zeithorizont der Massnahme – beides ist im Bericht des PPD klar ausgesprochen – bilden daher kein Hindernis für die Anordnung einer stationären Massnahme. Im Übrigen bietet das Gesetz (Art. 62–62d StGB) wirksame Möglichkeiten, auf Veränderungen in der Person des Angeklagten zu reagieren und die Massnahme anzupassen, abubrechen oder im äussersten Fall gar nachträglich eine Verwahrung anzuordnen (Art. 62c Abs. 4 StGB). Im heutigen Zeitpunkt besteht jedoch keine begründete Veranlassung, vom Subsidiaritätsprinzip abweichend eine Verwahrung anstelle einer stationären therapeutischen Massnahme anzuordnen. Mit Stratenwerth/Wolfers (a. a. O., N 6 zu Art. 64 StGB) ist festzustellen, dass die zusätzliche Bestimmung, wonach eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB keinen Erfolg verspricht und daher eine Verwahrung anzuordnen ist, in der Regel nur dann als erfüllt gelten kann, wenn ein seriöser Behandlungsversuch zuvor schon unternommen worden und gescheitert ist.

Zusammenfassend wird entsprechend diesen Erwägungen eine stationäre therapeutische Behandlung gemäss Art. 59 StGB angeordnet.

55

Art. 59 Abs. 1, Art. 65 Abs. 1 StGB (SR 311.0). Die nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme (Behandlung von psychischen Störungen) ist während dem laufenden Strafvollzug auch dann möglich, wenn die ursprünglich ausgesprochene Freiheitsstrafe mit einer vollzugsbegleitenden ambulanten Behandlung verbunden wurde. Daran ändert nichts, dass der damit verbundene Freiheitsentzug länger dauern kann als die ausgesprochene Freiheitsstrafe. Das Massnahmenzentrum Bitzi ist eine geeignete Anstalt für die Behandlung von Sexualstraftätern.

Kantonsgericht, Strafkammer, 17. September 2007

Aus den Erwägungen:

1. X wurde mit Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts St.Gallen vom 29. September 2006 der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern schuldig erklärt und zu einer Zuchthausstrafe von vier Jahren verurteilt, unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 978 Tagen. Das Kreisgericht Y hatte im erstinstanzlichen Verfahren eine ambulante Behandlung während des Strafvollzugs angeordnet; dies wurde im Berufungsverfahren nicht angefochten. Gleichwohl zog er das kantonsgerichtliche Urteil ans Bundesgericht weiter und beantragte die Aufhebung der Anordnung einer vollzugsbegleitenden ambulanten Therapie und stattdessen die Entlassung aus der Haft mit der Verpflichtung, so schnell wie möglich eine geeignete ambulante Therapie zu beginnen. Das Bundesgericht wies die Nichtigkeitsbeschwerde mit Urteil vom 19. Dezember 2006 (6S. 515/2006) ab, soweit es darauf eingetreten war.

2. X befand sich ab 26. November 2003 in Untersuchungshaft und – mit seinem Einverständnis – ab 17. März 2006 im vorzeitigen Strafvollzug im Regionalgefängnis L. Am 17. Mai 2006 widerrief er die Zustimmung zum vorzeitigen Strafantritt, weshalb er erneut in Untersuchungshaft versetzt wurde und die geplante Verlegung in die Strafanstalt S, wo er das ärztlich empfohlene ambulante Intensivprogramm hätte absolvieren sollen, nicht zustande kam. Nach dem Urteil der Strafkammer vom 29. September 2006 wurde X am 18. Dezember 2006 ins Massnahmenzentrum Bitzi (im Folgenden «Massnahmenzentrum») eingewiesen. Gestützt auf den Bericht vom 23. April 2007 liess er sich dort auf die verschiedenen Hilfsangebote nicht ein und störte den Betrieb der Wohngruppen. Am 4. Mai 2007 wurde er ins Gefängnis nach C verlegt, wo er sich seither aufhält.

3. Am 6. Juni 2007 beantragte das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St.Gallen der Strafkammer, für X eine stationäre therapeutische Massnahme anzuordnen. Die Staatsanwaltschaft unterstützt diesen Antrag. Der Verteidiger beantragt demgegenüber die Abweisung des Gesuchs. Auf die einzelnen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten, die Stellungnahme des Massnahmenzentrums sowie den

Arztbericht zur Frage einer geeigneten Anstalt für die Durchführung einer stationären therapeutischen Massnahme wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

4. Auf den 1. Januar 2007 sind der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs und damit auch das neue Massnahmerecht in Kraft getreten. Gemäss Ziff. 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002 sind die Bestimmungen des neuen Rechts über die Massnahmen (Art. 56 bis 65 StGB) und über den Massnahmevollzug (Art. 90 StGB) auch auf diejenigen Täter anwendbar, welche – wie der Verurteilte – vor deren Inkrafttreten eine Tat begangen haben oder beurteilt worden sind. Im vorliegenden Fall ist demnach das neue Massnahmerecht anwendbar.

5. Sind bei einem Verurteilten vor oder während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe die Voraussetzungen einer stationären therapeutischen Massnahme nach den Artikeln 59 bis 61 StGB gegeben, so kann diese Massnahme nachträglich angeordnet werden (Art. 65 Abs. 1 StGB). Zuständig ist das Gericht, das die Strafe ausgesprochen hat. Der Vollzug einer Reststrafe wird in einem solchen Fall aufgeschoben.

Ein Wechsel von einer Freiheitsstrafe in eine stationäre therapeutische Massnahme bleibt während dem Strafvollzug immer möglich, selbst wenn die Freiheitsstrafe mit einer vollzugsbegleitenden ambulanten Behandlung verbunden ist (vgl. Felix Bänziger, Das neue Massnahmenrecht in Kürze, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger [Hrsg.], Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006, S. 183). Die entsprechende bundesrechtliche Regelung gemäss Art. 65 Abs. 1 StGB, woran die rechtsanwendenden Behörden gebunden sind, kann demnach dazu führen, dass der damit verbundene Freiheitsentzug länger dauert als die ausgesprochene Freiheitsstrafe (dazu kritisch Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, Art. 65 N 1). Dies trifft indessen nicht allein auf den Fall der nachträglichen Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 65 Abs. 1 StGB zu. Wird im Strafurteil für einen psychisch gestörten Täter eine stationäre Behandlung angeordnet und der Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben (vgl. Art. 57 Abs. 2 StGB), kann der mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug aufgrund ihrer Verlängerungsmöglichkeiten (vgl. Art. 59 Abs. 4 StGB) die ausgesprochene Freiheitsstrafe ohne weiteres überdauern. Entgegen der Auffassung des Verurteilten ist damit die nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme möglich, obwohl die ausgesprochene Freiheitsstrafe von vier Jahren am 18. November 2007 verbüsst wäre. Die Ausführungen des Verteidigers, wonach der Gesetzgeber die Umwandlung der ambulanten in eine stationäre Massnahme während des ablaufenden Strafvollzugs nicht als Grund für eine Aufhebung der ambulanten Behandlung vorsehe, gehen an der Sache vorbei. Es bleibt damit zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme erfüllt sind.

6. Ist der Täter psychisch schwer gestört, so kann das Gericht gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB eine stationäre Behandlung anordnen, wenn er ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht (lit. a), und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer, mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen (lit. b). Grundsätzlich gilt, dass eine Massnahme anzuordnen ist, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen (Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB) und ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert (lit. b).

a) Nach eingehender Untersuchung stellte der Gutachter beim Verurteilten eine kombinierte Persönlichkeitsstörung, eine kompensatorische Pädosexualität, eine depressive Störung sowie ein Alkoholabhängigkeitssyndrom fest. Hinsichtlich der begangenen Straftaten erkannte er lediglich einen Zusammenhang mit der kompensatorischen Pädosexualität. Hierbei würden die Kinder vom Verurteilten als Ersatz für erwachsene Partnerinnen herangezogen. Im Gutachten wurde von einem langjährigen Behandlungsverlauf ausgegangen. Ohne geeignete (problem- und deliktorientierte) therapeutische Intervention wurde die Rückfallgefahr als hoch erachtet. Es liegt demnach eine schwere psychische Störung im Sinne von Art. 59 Abs. 1 lit. a StGB vor, welche zudem ursächlich für die begangenen Straftaten (sexuelle Handlungen mit Kindern) ist.

Der Gutachter hält längerfristig eine Verminderung der Rückfallgefahr für möglich, wenn es gelingt, den Verurteilten in ein «adäquates therapeutisches Setting» zu integrieren. Damit liegen hinsichtlich der Verhinderung weiterer, mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehender Straftaten zumindest geringfügige Erfolgsaussichten vor, was ebenfalls für die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme spricht. Dass er nicht therapiefähig sei, kann im jetzigen Zeitpunkt nicht gesagt werden.

b) Nach Auffassung der Verteidigung kann auf das Gutachten im Wesentlichen aus zwei Gründen nicht abgestellt werden: Einerseits sei es vor mehr als drei Jahren erstellt worden und berücksichtige daher die seitherige Entwicklung nicht. Andererseits habe sich der Gutachter ausdrücklich gegen eine stationäre Therapie ausgesprochen und stattdessen eine ambulante Massnahme als geeignet bezeichnet.

aa) Das psychiatrische Gutachten wurde am 1. September 2004 erstellt. Damals befand sich der Verurteilte seit knapp einem Jahr in Untersuchungshaft, welche mit Ausnahme einer kurzen Zeitspanne, während der er sich bis zum Widerruf seines Einverständnisses im vorzeitigen Strafvollzug befand (17. März bis 23. Mai 2006), bis zur zweitinstanzlichen Gerichtsverhandlung vom 29. September 2006 dauerte. Während der Untersuchungshaft gilt die Unschuldsvermutung, weshalb damals nicht resozialisierend auf den Angeklagten eingewirkt werden durfte. Folglich konnte erst nach dem zweitinstanzlichen Gerichtsverfahren und der Einweisung des Verurteilten ins Massnahmezentrum Bitzi am 18. Dezember 2006 mit der vollzugsbegleitenden ambulanten Therapie begonnen werden. Dort gelang der Ein-

stieg in eine milieutherapeutische Deliktbearbeitung gemäss Zwischenbericht des Massnahmenzentrums vom 23. April 2007 jedoch nicht. Am 5. Mai 2007 wurde er ins Bezirksgefängnis C versetzt, wobei die therapeutischen Gespräche in der Psychiatrischen Klinik fortgesetzt wurden.

Bis zum heutigen Zeitpunkt wurde mit einer deliktorientierten Therapie nicht begonnen. Gestützt auf den ärztlichen Bericht vom 12. Mai 2007 ist zudem davon auszugehen, dass bis zum Vollzugsende vom 18. November 2007 keine Verminderung der Rückfallgefahr erreicht werden kann. Die behandelnden Ärzte führen dies darauf zurück, dass dem Verurteilten die Einsicht in die eigene Verantwortung bzw. in die Notwendigkeit der Bearbeitung der Delinquenz fehle. Er projiziere die Verantwortung auf sein Umfeld und bringe ständig zum Ausdruck, sich seit Jahren ungerecht behandelt zu fühlen. Andere Hinweise auf eine günstige Veränderung der Legalprognose sind zudem nicht ersichtlich, weshalb auf das Gutachten vom 1. September 2004 weiterhin abgestützt werden kann, auch wenn es rund drei Jahre alt ist.

bb) Im Gutachten vom 1. September 2004 wurde von einer stationären Therapie abgeraten, weil es «an den infrastrukturellen Möglichkeiten zur stationären Behandlung von Sexualstraftätern in der Schweiz fehlt.» Der Gutachter riet von einer stationären Behandlung demnach nicht grundsätzlich ab, sondern wegen Fehlens einer geeigneten Anstalt. An dieser Einschätzung kann deshalb nicht mehr festgehalten werden, weil am 1. Mai 2006 das Massnahmenzentrum Bitzi eröffnet wurde und damit – auch aus ärztlicher Sicht – eine geeignete Institution für die Durchführung einer stationären therapeutischen Massnahme zur Verfügung steht. Daran ändert auch nichts, dass ein erster Therapieversuch abgebrochen wurde. Das Massnahmenzentrum sieht darin jedenfalls keinen Hinderungsgrund für die Durchführung einer stationären Behandlung. Es erachtet indessen eine längere Motivierungsphase als notwendig, um dann mit dem Verurteilten «hartnäckig und zielgerichtet an der Rückfallverhinderung zu arbeiten».

c) Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für eine Änderung der Sanktion erfüllt. Entsprechend ist eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinn von Art. 59 StGB anzuordnen. Am 18. November 2007 wäre die vierjährige Freiheitsstrafe gemäss Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen vom 29. September 2006 verbüsst. Die Reststrafe beträgt demnach 62 Tage; sie ist aufzuschieben (Art. 65 Abs. 1 StGB). Sind die Voraussetzungen für die bedingte Entlassung nach fünf Jahren noch nicht gegeben und ist zu erwarten, durch die Fortführung der Massnahme lasse sich der Gefahr weiterer mit der psychischen Störung des Täters in Zusammenhang stehender Verbrechen und Vergehen begegnen, so kann das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde die Verlängerung der Massnahme um jeweils höchstens fünf Jahre anordnen (Art. 59 Abs. 4 StGB). Sollte sich der Verurteilte weiterhin weigern, sich auf die Therapieangebote einzulassen, wäre seine Therapiefähigkeit fraglich und es müsste – insbesondere aufgrund der Schwere seiner Delinquenz – auch die Anordnung einer Verwahrung geprüft werden (Art. 65 Abs. 2 StGB).

56

Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 i.V. m. Ziff. 2 lit. a und c, 19 Ziff. 1 Abs. 3 BetrG (SR 812.121). Trotz Aufgabe der Rechtsfigur der verjährungsrechtlichen Einheit sind mehrere tatsächliche Handlungen in gewissen Fällen der tatbestandlichen oder natürlichen Handlungseinheit rechtlich als Einheit zu qualifizieren. Verneinung der Handlungseinheit im vorliegenden Betäubungsmittel-fall.

Kantonsgericht, Strafkammer, 23. Oktober 2007

Aus den Erwägungen:

3. In BGE 131 IV 83 hat das Bundesgericht die Rechtsfigur der verjährungsrechtlichen Einheit aufgegeben. Dies führt jedoch nicht zu einem gänzlichen Verzicht, mehrere tatsächliche Handlungen in gewissen Fällen rechtlich als Einheit zu qualifizieren. Zunächst ist an Fälle der tatbestandlichen Handlungseinheit zu denken. Eine solche liegt vor, wenn das tatbestandsmässige Verhalten schon begrifflich, faktisch oder typischerweise mehrere Einzelhandlungen voraussetzt, namentlich bei mehraktigen Delikten (z. B. Raub) oder typischerweise längerdauerndem Verhalten (z. B. Misswirtschaft). Sodann ist an die Fälle der natürlichen Handlungseinheit zu denken. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass mehrere Einzelhandlungen rechtlich als Einheit anzusehen sind, weil sie auf einem einheitlichen Willensakt beruhen und wegen des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs bei objektiver Betrachtung noch als ein einheitliches Geschehen erscheinen (z. B. eine «Tracht Prügel»). Die natürliche Handlungseinheit kann jedoch nur mit Zurückhaltung angenommen werden, will man nicht das fortgesetzte Delikt oder die verjährungsrechtliche Einheit unter anderer Bezeichnung wieder einführen. Abgesehen von diesen Konstellationen der Tateinheit ist der Lauf der Verjährung für jede Tathandlung gesondert zu beurteilen (vgl. zum Ganzen BGE 131 IV 83 ff., insbesondere E. 2.4.5; BGE 6S. 158/2005 [9. Juni 2006], E. 1.2; BGE 6S. 101/2007 [15. August 2007], E. 4.5.3). Bereits in einer früheren Entscheidung hatte das Bundesgericht festgehalten, die Verjährung beginne nur dann mit der letzten Tat zu laufen, wenn eine Mehrheit selbständiger strafbarer Handlungen unter dem Gesichtspunkt des Verjährungsbeginns als Einheit erschienen, d. h. wenn sie gleichartig und gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet seien und – ohne dass bereits ein Dauerdelikt gegeben wäre – ein andauerndes pflichtwidriges Verhalten bildeten (BGE 126 IV 266).

In der Praxis hat das Bundesgericht die Handlungseinheit bislang bejaht bei einer über lange Zeit hinweg regelmässig begangenen Veruntreuung anvertrauter Geldbeträge (BGE 124 IV 5; 127 IV 57), bei mehrfachen Akten ungetreuer Geschäftsbesorgung (BGE 118 IV 138), bei stetiger Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (BGE 118 IV 318, 329), bei fortwährenden sexuellen Handlungen eines Lehrers mit denselben Schülern (BGE 120 IV 9) und bei mehrjähriger Drogenhan-

delstätigkeit im Rahmen einer kriminellen Organisation (BGE 126 IV 266), für möglich erklärt bei mehrfachen Bestechungshandlungen (BGE 126 IV 143), hingegen verneint bei mehrfachen Ehrverletzungen gegenüber derselben Person (BGE 119 IV 201), bei gewerbsmässigem Betrug (BGE 124 IV 60), bei wiederholter Annahme von Geschenken durch einen Beamten (BGE 118 IV 318) und bei einem über Jahre andauernden sexuellen Missbrauch eines Kindes durch seinen (Stief-)Vater (BGE 6S. 397/2005 [13. Nov. 2005] und 6S. 158/2005 [9. Juni 2006]; in beiden Fällen wurde das Fehlen eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs der Taten angeführt). «Ausschlaggebend ist danach offenbar nicht, dass der Täter «dauernd» dieselbe Pflicht verletzt, wie dies auch für den korrupten Beamten und in gewissem Sinne für den hartnäckigen Ehrverletzer gilt, sondern dass die verletzte Pflicht selbst fort dauert. So wird beim Treupflichtigen betont, dass er die andauernde Pflicht gehabt habe, die pekuniären Interessen des Treugebers zu wahren, dass er sich auch um den Ersatz des von ihm bewirkten Schadens hätte kümmern müssen, und beim Unterhaltspflichtigen, dass er weiterhin verpflichtet bleibe, die unterlassene Zahlung nachzuholen. Zugleich wird deutlich, dass diese Art der Begründung nur bei bestimmten Tatbeständen taugt: Bei dem seine Schüler missbrauchenden Lehrer tritt der Hinweis auf die Einbettung der einzelnen Akte in dasselbe «Beziehungsgeflecht» an ihre Stelle» (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Auflage, Bern 2005, § 19 N 20). Bei Tatsachenzweifeln über die Verbindung mehrerer Handlungen zu einer Bewertungseinheit gilt der Grundsatz in dubio pro reo (BSK StGB I-Ackermann, Art. 68 N 11).

Die mehreren tatsächlichen Handlungen des Angeklagten bilden klarerweise keine tatbestandliche Einheit. Verneint werden muss aber letztlich auch eine natürliche Handlungseinheit. Die Einzelakte sind nicht derart eng miteinander verbunden, dass von einem «einheitsstiftenden Moment» (vgl. dazu Stratenwerth, a. a. O., § 19 N 20 a.E) gesprochen werden könnte. Es fehlt sowohl an einer (fort-)dauernden Pflicht, an einem Beziehungsgeflecht oder auch der Einbettung in eine kriminelle Organisation. Der Angeklagte hat gegenteils über einen längeren Zeitraum hinweg alleine (und gerade nicht im Rahmen einer kriminellen Organisation) an verschiedene Personen, zu denen er auch nicht durch seine Funktion in einer besonders engen oder sonst wie speziell gelagerten Beziehung stand (wie dies im Verhältnis von Lehrer/Schüler angenommen werden kann), Betäubungsmittel in kleinen Mengen verkauft. Er hat so zwar dauernd – im Sinne von immer wieder – gegen das Gesetz verstossen, es liegt jedoch kein andauerndes pflichtwidriges Verhalten oder ein Fortdauern einer verletzten Pflicht vor. Allein der Umstand, dass die Grosszahl der Verkäufe im Ladengeschäft des Angeklagten stattgefunden haben, der Angeklagte wohl einen Grossteil seiner Kunden kannte und der Handel räumlich begrenzt war, rechtfertigt es nicht, von der Einbettung der einzelnen Akte in dasselbe «Beziehungsgeflecht» auszugehen und das «einheitsstiftende Moment» zu bejahen. Demgegenüber entspricht die Argumentation der Vorinstanz, die auf einen einheitlichen Willensentschluss, auf Verstösse gegen das

gleiche Rechtsgut, den gleichen Zeitraum und das begrenzte geographisches Gebiet verweist, der Rechtsfigur des fortgesetzten Deliktes, welche jedoch mit BGE 117 IV 412 aufgegeben wurde.

IV. Rechtspflege

1. Gerichtsorganisation und -verfahren allgemein

57

Art. 38 GerG (sGS 941.1). Zulässigkeit der Aktenherausgabe an einen Haftpflichtversicherer. Umfang der Ermächtigung zur Einholung sachdienlicher Unterlagen in einem Versicherungsantrag.

Kantonsgerichtspräsidentin, 9. März 2007

Über die Herausgabe von Strafakten (als Ausnahme vom Amtsgeheimnis) in einem laufenden Prozess entscheidet nach st.gallischem Recht die Kantonsgerichtspräsidentin (Art. 38 GerG). Das Kreisgericht leitete die Sache daher mit Schreiben vom 28. Februar 2007 weiter.

Der Unfallrapport der Stadtpolizei, um dessen Herausgabe ersucht wird, datiert vom 13. Dezember 2006 und betrifft das «Verursachen eines Selbstunfalls mit anschliessendem Anprall gegen einen Holzzaun». Dem Haftpflichtversicherer ohne weiteres herausgegeben werden können Unterlagen, soweit sie zur Abklärung von Ansprüchen von Bedeutung sein können, die sich gegen den Angeschuldigten richten und sich aus der strafbaren Handlung ableiten (vgl. in diesem Sinn auch Art. 3 lit. c der Weisung der Anklagekammer des Kantons St.Gallen [Stand Januar 2005] über die Akteneinsicht, die Herausgabe von Strafakten und die Erteilung von Auskünften über ein Strafverfahren, welche die Aktenherausgabe ausserhalb eines Gerichtsverfahrens betrifft). Beim Unfallrapport befindet sich eine Unfallskizze mit kurzer Unfallbeschreibung. Diese kann der Abklärung der Ansprüche des durch den Selbstunfall geschädigten Eigentümers des Holzzauns dienen und daher herausgegeben werden.

Die weiteren Unterlagen können aber auch das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmerin betreffen. Sie können herausgegeben werden, wenn die Betroffenen den Versicherer zur Akteneinsicht ermächtigen. Dem Gesuch liegt der von der Versicherungsnehmerin am 24. November 2005 unterzeichnete Versi-

cherungsantrag betreffend eine Motorfahrzeughaftpflichtversicherung bei. Darin ermächtigte diese die Versicherungsgesellschaft, bei Amtsstellen und Dritten sachdienliche Auskünfte einzuholen. Auf diese Ermächtigung lässt sich die hier beantragte Aktenherausgabe indessen aus zwei Gründen nicht abstützen. Die Ermächtigung befindet sich im vorgedruckten Text des Versicherungsantrags. Sie bezieht sich nach ihrem Sinn und Zweck auf Abklärungen, welche der Beurteilung des Antrags durch den Versicherer dienen (vgl. auch Michael Iten, *Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis*, Diss. Freiburg 1999, Rz. 741 f.). Darum geht es hier aber nicht. Zudem kann sich die von der Versicherungsnehmerin im Antrag unterzeichnete Ermächtigung zum vorneherein nur auf Unterlagen beziehen, welche diese selber betreffen. Der Polizeirapport bezieht sich aber wesentlich auch auf den Lenker (Sohn der Versicherungsnehmerin). Erforderlich wäre somit auch seine Ermächtigung, die ihn betreffenden Unterlagen des Strafverfahrens herauszugeben.

Ohne entsprechende Ermächtigungen können gemäss Art. 38 GerG allgemein Akten herausgegeben werden, wenn ein sachliches Interesse an der Einsichtnahme glaubhaft gemacht wird und nicht überwiegende öffentliche Interessen oder private Interessen der Einsichtnahme entgegenstehen. Die Behandlung eines Gesuchs setzt damit voraus, dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden kann (August Holenstein, *Kommentar zum Gerichtsgesetz*, Flawil 1987, N 4 zu Art. 38 GerG). Das ist gestützt auf das vorliegende Gesuch nicht möglich.

58

Art. 50 Abs. 2 GerG (sGS 941.1); Art. 164 ZPO (sGS 961.2). Weist das Kantonsgericht eine Streitsache zu weiteren Erhebungen und neuer Entscheidung an das Kreisgericht zurück, ist es bei erneuter Befassung und unveränderten Urteilsgrundlagen an seine im Rückweisungsentscheid vertretene Rechtsauffassung gebunden. Zu Streitfragen, die das Kantonsgericht im Rückweisungsentscheid bereits abschliessend behandelt hat, sind im zweiten Berufungsverfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweisansprüche unzulässig; vorbehalten bleibt Art. 164 ZPO.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 23. Februar 2007

Aus den Erwägungen:

1. Weist das Kantonsgericht eine Streitsache zu weiteren Erhebungen und neuer Entscheidung an das Kreisgericht zurück, ist es bei erneuter Befassung mit dem Fall in einem weiteren Berufungsverfahren an seine im Rückweisungs-

scheid vertretene Rechtsauffassung gebunden (BZ.1999.72-K3, 12 ff.; vgl. auch BGE 111 II 95 mit Hinweisen auf weitere Entscheide [für das Bundesgericht] sowie Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, N 4 zu § 280 [für das Obergericht des Kantons Aargau]). Zwar regelt das Gerichtsgesetz nur, dass die untere Instanz an die Rechtsauffassung in einem Rückweisungsentscheid gebunden ist (vgl. Art. 50 Abs. 2 GerG). Auch trifft zu, dass ein Rückweisungsentscheid prozessleitender – und nicht prozessabschliessender – Natur ist und ihm keine materielle Rechtskraft zukommt (vgl. Oscar Vogel, Die Bindung an den Rückweisungsentscheid, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, 135). Indessen würde es der Entscheidungslogik widersprechen, die untere Instanz, an welche die Streitsache zurückgewiesen wird, an die Rechtsauffassung der Rückweisungsinstanz zu binden, diese selbst aber – falls sie sich wieder mit dem Fall befasst – davon auszunehmen; liesse man dies zu, könnte dies theoretisch zu endlosen Rückweisungen führen (vgl. Vogel, a. a. O., 137 f. und 139). Zudem kommt einem Rückweisungsentscheid – wenn er auch prozessleitender Natur ist – immerhin urteilsähnliche Bedeutung zu: Indem er rechtliche und tatsächliche (Vor-) Fragen klärt und dies für die Vorinstanz verbindlich ist, legt er den neuen Entscheid bereits weitgehend fest; dieser kann grundsätzlich nur noch durch das Ergebnis der weiteren Erhebungen beeinflusst werden (vgl. Vogel, a. a. O., 139). Erfolgt die Rückweisung – wie hier – «im Sinne der Erwägungen» (was im allgemeinen der Fall ist), fällt überdies in Betracht, dass die geäusserte Rechtsauffassung mit dieser Formulierung auch Eingang in das Dispositiv des Rückweisungsentescheides gefunden hat, was einem späteren Abweichen ebenfalls entgegensteht. Und schliesslich gebieten auch die verfassungsmässigen Verfahrensgarantien des Handelns nach Treu und Glauben sowie des Beschleunigungsgebotes, dass die rückweisende Instanz an ihre einmal festgelegte Rechtsauffassung gebunden ist (Vogel, a. a. O., 140). Immerhin besteht aber die Selbstbindung des Kantonsgerichts nur unter dem Vorbehalt, dass die Urteilsgrundlagen dieselben geblieben sind; liegt – etwa aufgrund der durch den Rückweisungsentscheid geforderten Erhebungen oder weil gestützt auf Art. 164 ZPO neue Tatsachen zulässigerweise in den Prozess eingebracht wurden (vgl. dazu unten Erw. 2) – ein veränderter Sachverhalt vor, oder erfolgte in der Zwischenzeit eine Rechts- oder Praxisänderung, kann dies zu einer abweichenden Beurteilung führen (vgl. Vogel, a. a. O., 137, 143 f.; Bühler/Edelmann/Killer, a. a. O., N 4 zu § 280).

2. Aus der grundsätzlichen Selbstbindung des Kantonsgerichts an die im Rückweisungsentscheid geäusserte Rechtsauffassung folgt, dass dieses im Falle einer erneuten Berufung sein zweites Urteil nicht auf rechtliche Gesichtspunkte stützen darf, die im Rückweisungsentscheid abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen wurden (so für das Bundesgericht: BGE 90 II 308 f., 101 II 145, 111 II 95). Daraus wiederum folgt, dass in einem zweiten Berufungsverfahren – soweit nicht die Voraussetzungen für eine nachträgliche Eingabe gemäss Art. 164 ZPO erfüllt sind – neue Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge zu Streitfragen, die das Kantonsgericht im

Rückweisungsentscheid bereits abschliessend behandelt hat, nicht beachtet werden dürfen und demgemäss auch unzulässig sind. Dies muss im Übrigen auch deshalb gelten, weil andernfalls die im betroffenen Punkt unterliegende Partei Versäumnisse im ersten Berufungsverfahren – insbesondere auch, soweit diese die Auffassung des Kantonsgerichts massgebend beeinflusst haben – im zweiten Berufungsverfahren nachholen und sich mittels neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel mit der Begründung des Kantonsgerichts auseinandersetzen könnte, womit ihr faktisch ein doppeltes Berufungsverfahren sowie ein Recht auf Wiedererwägung eingeräumt würde, was gesetzlich nicht vorgesehen ist und auf eine stossende Ungleichbehandlung der Parteien hinauslaufen würde.

59

Art. 55 Abs. 1 lit. c GerG (sGS 941.1); Art. 30 Abs. 1 BV (SR 101); Art. 6 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101). Einer Partei wurde vorgeworfen, in einem Eheschutzverfahren Prozessbetrug begangen zu haben. Das anschliessende Strafverfahren wurde der gleichen Richterin als Einzelrichterin zugewiesen, die bereits den Eheschutz beurteilt hatte. Die versuchsweise getäuschte Richterin kann im Strafverfahren nicht als unbefangen gelten. Die blosse Benennung eines Richters als Zeugen genügt indessen nicht, um einen Ausstandsgrund zu bejahen.

Kantonsgerichtspräsidentin, 21. Februar 2007

Erwägungen

1. Mit Anklageschrift vom 16. Januar 2007 erhob das Untersuchungsamt Anklage gegen X.Y. betreffend mehrfachen versuchten Betrug. Das Verfahren wurde eingeschrieben und der Kreisgerichtspräsidentin als Einzelrichterin in Strafsachen zugewiesen. Mit Schreiben vom 23. Januar 2007 reichte der Verteidiger ein Ausstandsbegehren gegen die Kreisgerichtspräsidentin ein. Diese leitete das Gesuch an die für die Beurteilung zuständige Kantonsgerichtspräsidentin (Art. 56 Abs. 1 lit. b GerG) weiter; auf eine Stellungnahme dazu verzichtete sie. Mit Schreiben vom 26. Januar 2007 erhielten das Untersuchungsamt und die Strafklägerin, vertreten durch Rechtsanwältin A. B., Gelegenheit zur Stellungnahme.

2. Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht beurteilt wird. Es genügt als Ausstandsgrund der blosse Anschein einer Voreingenommenheit. Es kommt jedoch nicht auf das blosse subjektive Empfinden einer Partei

an, das Misstrauen muss vielmehr objektiv nachvollziehbar sein (BGE 126 I 168 = Pra 2001 Nr. 40).

a) Der Gesuchsteller macht geltend, es gehe in diesem Strafverfahren um versuchten Prozessbetrug in zwei Eheschutzverfahren. Einerseits werde ihm Prozessbetrug im Abänderungsverfahren vor der Kreisgerichtspräsidentin als Eheschutzrichterin vorgeworfen. Die vorgeworfene Täuschung beziehe sich somit auf die nun als Strafrichterin amtierende Richterin. Der versuchsweise getäuschte Richter könne per se nicht unabhängig sein.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Vorbefassung – das heisst die Befassung mit der gleichen oder einer damit zusammenhängenden Streitsache – nicht ohne weiteres Befangenheit begründet (betreffend ein Strafverfahren, bei dem Richter zuvor am Scheidungsverfahren des Opfers beteiligt waren, vgl. VPB 62 [1998] Nr. 101). Massgeblich ist, ob aufgrund der konkreten Umstände der Eindruck entstehen kann, die Richterin könne sich nicht mehr frei entscheiden. Das Bundesgericht hatte in BGE 126 I 168 (Pra 2001 Nr. 40) die Befangenheit in einem Fall zu beurteilen, wo ein Strafrichter zuvor im Scheidungsverfahren mitgewirkt hatte. Der Angeklagten im Strafverfahren wurde vorgeworfen, sie habe im Scheidungsprozess ihrer Eltern falsch ausgesagt. Der Präsident des Kantonsgerichts W. hatte zuvor einen Ausstandsgrund verneint; das Bundesgericht bejahte ihn. Der Scheidungsrichter könne nicht mit einem neutralen Zuhörer verglichen werden, da er die Zeugenaussage nicht nur aufnehme, sondern im Rahmen der Beweismwürdigung über ihren Wahrheitsgehalt entscheide. Da es sich bei der falschen Zeugenaussage um ein Vergehen gegen die Rechtspflege handle, befinde sich der Richter, zu dessen Nachteil die falsche Zeugenaussage begangen worden sei, in einer ähnlichen Stellung wie das Opfer. Es sei daher berechtigt, wenn die Beschwerdeführerin Zweifel an der Fähigkeit des beschwerdebeklagten Richters habe, ihr Verschulden auf unabhängige und unparteiische Weise zu beurteilen. Der Ausstand sei umso mehr geboten, als der Richter als Einzelrichter und nicht als Mitglied eines Richterkollegiums urteile (E.4.a). Diese Begründung trifft offensichtlich auch auf den vorliegenden Fall zu.

b) Ausserdem macht der Gesuchsteller geltend, der zweite Sachverhalt betreffe einen vorgeworfenen Prozessbetrug erst im Rekursverfahren. Diesbezüglich sei möglich, dass das Wissen der Kreisgerichtspräsidentin aus der erstinstanzlichen Eheschutzverhandlung für seine Entlastung relevant sein könne. Sei die Kreisgerichtspräsidentin aber gleichzeitig Einzelrichterin im Strafverfahren, stehe sie ihm nicht mehr als Zeugin zur Verfügung. Nachdem bereits der unter lit. a behandelte Zusammenhang den Ausstand begründet, kann offen bleiben, ob diese Begründung stichhaltig wäre. Immerhin sei angemerkt, dass die blossе Möglichkeit, einen Richter als Zeugen benennen zu können, nicht genügen kann, um einen Ausstandsgrund anzunehmen, denn sonst hätte es eine Partei in der Hand, über eine Zeugenbenennung ihr unliebsame Richter auszuschalten. Vielmehr muss entweder bereits ein Beschluss des Gerichts vorliegen, einen Richter als Zeugen einzuver-

nehmen (August Holenstein, Kommentar zum Gerichtsgesetz, Flawil 1987, N 7 zu Art. 55 GerG), oder es muss zumindest im Rahmen des Ausstandsverfahrens vorfrageweise geprüft werden, ob die Einvernahme als notwendig erscheint.

3. Das Ausstandsgesuch ist somit zu schützen. Das Strafverfahren ist von einem andern Richter am Kreisgericht zu beurteilen.

60

Art. 55 Abs. 1 lit. c GerG (sGS 941.1). Die Mitwirkung eines Richters an einem früheren Entscheid in einer Streitsache eines Steuerpflichtigen mit dem Kantonalen Steueramt stellt keinen Ausstandsgrund in einem späteren Verfahren derselben Beteiligten dar.

Präsident des Verwaltungsgerichts, 26. Februar 2007

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit begründen, so ist diese Garantie verletzt (BGE 131 I 26 und 127 I 198 mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

2.1. Gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. c GerG haben Richter in den Ausstand zu treten, wenn sie befangen erscheinen. Persönliche Befangenheit im Sinne dieser Bestimmung ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit einer Gerichtsperson zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten persönlichen Verhalten des Richters begründet sein. Dabei ist dieser nicht erst dann von der Mitwirkung ausgeschlossen, wenn er deswegen tatsächlich befangen ist. Es genügt das Vorliegen von Umständen, die den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen. Dabei kann nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden; das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 11 zu § 5a mit Hinweisen).

2.2. Neben einem bestimmten persönlichen Verhalten können Befangenheitsgründe auch dann gegeben sein, wenn ein Richter in derselben Angelegenheit in einer anderen Funktion Entscheidungen getroffen oder wenn er sich in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst hat (vgl. BGE 131 I 24 ff., 126 I 73).

Das Bundesgericht hat sich in zahlreichen Urteilen zur Frage der Voreingenommenheit aufgrund einer früheren Mitwirkung des Richters an einer Streitsache geäußert (vgl. die Zusammenfassung der Praxis in BGE 131 I 24 ff.). Das Bundesgericht hat dabei namentlich auf seine Rechtsprechung hingewiesen, wonach im Falle einer Rückweisung einer Streitsache die Mitwirkung eines am aufgehobenen Entscheid beteiligten Richters bei der Neuurteilung der Streitsache ohne weiteres zulässig ist. Es hielt fest, vom Richter dürfe erwartet werden, dass er die Streitsache auch nach Aufhebung des Entscheids objektiv und unparteiisch behandelt (BGE 131 I 113 ff. E. 3.6 in fine mit Hinweisen).

2.3. Im vorliegenden Fall wirkte ein Abteilungspräsident der Verwaltungsrekurskommission an einem Entscheid mit, der die Schlussrechnung für die Staats- und Gemeindesteuern 1993 bis 1998 zum Gegenstand hatte. Eine von den Gesuchstellern gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht abgewiesen (VerwGE B 2005/103 vom 15. November 2005). Das Bundesgericht wies eine staatsrechtliche Beschwerde der Gesuchsteller ab, soweit es darauf eintrat (BGE 2P.5/2006 vom 20. Februar 2006).

Die Gesuchsteller begründen ihr Ausstandsbegehren lediglich damit, die Mitglieder der Verwaltungsrekurskommission seien wegen Vorbefassung beim Entscheid über die Jahre 1993 bis 1998, also bei dem vom Verwaltungsgericht bestätigten Entscheid, befangen. Durch die völlig unkritische Übernahme der Konstruktion des kantonalen Steueramts bestehe der Anschein der Befangenheit. Diese Ausführungen vermögen keine Voreingenommenheit zu begründen. Der Entscheid der Verwaltungsrekurskommission wurde im Rechtsmittelverfahren bestätigt. Es ist daher verfehlt, der Rekursinstanz oder deren Präsidenten eine unkritische Übernahme des Standpunktes des Steueramtes und damit eine unsachliche oder fehlerhafte Beurteilung vorzuhalten. Das Verwaltungsgericht hat im Beschwerdeverfahren den Rekursentscheid weder formal noch materiell beanstandet. Selbst wenn die Verwaltungsrekurskommission im besagten Verfahren von den oberen Instanzen ins Unrecht versetzt worden wäre, würde dies nach der dargelegten Praxis des Bundesgerichts für den Abteilungspräsidenten keinen Hinderungsgrund darstellen, erneut darüber zu entscheiden. Umso weniger kann von einer Voreingenommenheit gesprochen werden, nachdem die Beschwerde gegen den Entscheid der Verwaltungsrekurskommission abgewiesen wurde. Ein Anschein der Voreingenommenheit oder Parteilichkeit liegt unter diesen Umständen nicht vor. Dasselbe gilt in Bezug auf den Rekurs gegen die Schlussrechnungen und den Ausgleichszins 2001 bis 2003. Diese Streitgegenstände waren von der Verwaltungsrekurskommission noch nie zu beurteilen. Folglich ist das Ausstandsbegehren abzuweisen.

61

Art. 55 Abs. 1 lit. c GerG (sGS 941.1). Ausstand. Anschein der Befangenheit durch das Verlassen des Verhandlungsraumes anlässlich von Vergleichsgesprächen und durch den nachfolgenden Umgang mit Fristen und Terminen.

Kantonsgerichtspräsident, 9. Oktober 2007

In Folge einer in einer Erbstreitigkeit durchgeführten Vergleichsverhandlung stellte der klägerische Rechtsanwalt R. ein Ausstandsbegehren gegen die Kreisgerichtspräsidentin.

Aus den Erwägungen:

5. Richterliche Verfahrens- oder Verhandlungsfehler sind grundsätzlich nicht Ausdruck einer Voreingenommenheit. Sofern sich jedoch in solchen Fehlern eine Haltung zeigt, welche eine Unabhängigkeit als fraglich erscheinen lässt bzw. eine Parteilichkeit objektiv zu begründen vermag, so kann dies ein Grund für ein Ausstandsbegehren sein. Werden vor, während oder kurz nach Abschluss eines Verfahrens Äusserungen in einer Art und Weise über eine Partei gemacht, welche persönliche Geringschätzung oder Abneigung zum Ausdruck bringt, führt dies zum Ausstand (Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 100/105 f.; Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 133 f./137 f. m.w.H.).

6. Die Äusserungen seitens der Kreisgerichtspräsidentin wie auch seitens des Gesuchstellers anlässlich der Vergleichsverhandlung sind umstritten. Unbestritten ist jedoch, dass die Kreisgerichtspräsidentin die Vergleichsverhandlung vorzeitig verliess und der Gerichtsschreiber die wesentlichen Punkte anschliessend alleine mit den Parteien zu Protokoll nahm. Die Kreisgerichtspräsidentin legte anlässlich ihrer Stellungnahme dar, der Grund habe im wiederholten, ungebührlichen und inakzeptablen Verhalten des Gesuchstellers bestanden. Sollte ein solches Verhalten vorgelegen haben, so wäre nach dem Gerichtsgesetz (Art. 69) die Aussprechung eines Verweises oder die Auferlegung einer Ordnungsbusse als rechtlich vorgesehene Sanktionsmöglichkeit offen gestanden. Ebenso wäre ein ordentlicher Abbruch der Vergleichsverhandlung mit gleichzeitiger Entlassung beider Parteivertreter möglich gewesen. Ein einseitiges Verlassen der Vergleichsgespräche durch die die Verhandlungen leitende Kreisgerichtspräsidentin erscheint jedoch ungewöhnlich, insbesondere nachdem der Gerichtsschreiber mit den Parteien zurückblieb und damit die Vergleichsverhandlung bzw. abschliessende Protokollierung ihm allein überlassen blieb. Die Verhandlungsleitung wie auch die Kontrolle der Aufnahme von Vergleichspunkten in das Protokoll obläge der Kreisgerichtspräsidentin, insbesondere solange die Parteien anwesend sind.

Auch wenn in Verhandlungsfehlern nicht ohne weiteres eine Voreingenommenheit erblickt werden kann (vgl. oben E. 5.), so ist zu berücksichtigen, dass mit dem

Verhalten der Kreisgerichtspräsidentin eine Haltung offenbart wurde, welche eine persönliche Betroffenheit bzw. Verärgerung gegenüber der Person des Gesuchstellers und allenfalls auch der von ihm – auf welche Weise auch immer – verfochtenen Interessen nahe legt. Gleichzeitig wurde damit eine Einstellung offenbart, die auf fehlende Distanz zu einer (allenfalls in unberechtigter oder unsachlicher Art vorgebrachten) Kritik seitens eines Parteivertreters schliessen lässt, insbesondere nachdem die gesetzlich vorgesehenen Massregeln nicht ergriffen und ein ordentlicher Abbruch der Vergleichsverhandlung nicht angeordnet wurde. Mit der als offener Protest gegen die Person bzw. die Interessenvertretung des Gesuchstellers zu wertenden Reaktion hat die Kreisgerichtspräsidentin ein Zeichen gesetzt, das in objektiver Weise den Anschein einer Befangenheit nicht mehr zweifelsfrei auszuschliessen vermag.

Die Annahme eines Anscheins der Befangenheit wird zusätzlich noch durch den anschliessenden Umgang mit den Fristen und der Terminvereinbarung verstärkt. So wurde einerseits die vom Gerichtsschreiber (zufolge Abwesenheit der Kreisgerichtspräsidentin) mit den Parteien vereinbarte Frist zur Stellungnahme zum Vergleichsgerüst ohne ersichtlichen Grund und ohne entsprechendes Begehren seitens der Gegenpartei massgebend verkürzt, so dass der Vergleich durch den Kläger abgelehnt wurde, da gemäss den Ausführungen des Gesuchstellers u. a. zu wenig Zeit für notwendige Abklärungen bestanden habe. Die Ferienabwesenheit des Gesuchstellers, die demzufolge eingeschränkten Terminmöglichkeiten und das Ersuchen um Verschiebung der Hauptverhandlung in den Monat Z. wurden nicht weiter beachtet, obwohl noch im Schriftenwechsel beiden Parteien ohne weiteres mehrmalige Fristerstreckungen eingeräumt wurden. Ebenso war die Vereinbarung eines neuen Termins nur deshalb notwendig, weil die (seit mehr als drei Monaten festgesetzte) Hauptverhandlung – welche damit an sich noch vor der Ferienabwesenheit des Gesuchstellers erfolgt wäre – kurzfristig abziert und stattdessen eine Vergleichsverhandlung durchgeführt wurde.

7. Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass das Verlassen des Verhandlungsraumes anstelle der Ergreifung der gesetzlich vorgesehen Massregelungen und der nachfolgende Umgang mit den Fristen und Terminen geeignet ist, den Anschein einer Befangenheit objektiv zu begründen. Kreisgerichtspräsidentin X. hat daher im Verfahren [...] in den Ausstand zu treten.

62

Art. 82 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 91 Abs. 1 GerG (sGS 941.1). Wird ein bei einem Gericht anfechtbarer Entscheid während der Gerichtsferien eröffnet, so beginnt die Rechtsmittelfrist am ersten Tag nach den Gerichtsferien zu laufen.

Verwaltungsrekurskommission, gemeinsamer Entscheid nach Art. 54 GerG, 10. Januar 2007

A wurde mit Verfügung vom 8. September 2005 für die Staats- und Gemeindesteuern 2001 und 2002 mit einer Nachsteuer von Fr. 10 299.10 veranlagt. Mit Schreiben vom 30. Mai 2006 stellte er ein Begehren um Wiederherstellung der Einsprachefrist. Am 13. Juli 2006 erliess das kantonale Steueramt einen Nichteintretensentscheid bezüglich des Wiederherstellungsbegehrens. Gemäss Information der Post wurde der Entscheid am 17. Juli 2006 zugestellt.

Aus den Erwägungen:

2. Gestützt auf Art. 54 GerG wird die Streitfrage auf Antrag des Abteilungspräsidenten (Abteilung I – 1. Kammer) den betroffenen Abteilungen und Kammern (Abteilung I – 1. und 2. Kammer, Abteilungen III und IV) zum gemeinsamen Entscheid unterbreitet, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zum Beginn des Fristenlaufes nach den Gerichtsferien zu gewährleisten, wenn der angefochtene Entscheid während den Gerichtsferien zugestellt wurde.

3. Der Entscheid über die Wiederherstellung wurde während der Gerichtsferien, die vom 15. Juli bis 15. August 2006 dauerten, am 17. Juli 2006 eröffnet. Wird der erste Tag nach den Gerichtsferien – Mittwoch, der 16. August 2006 – bei der Frist nicht mitgezählt, so ist der Rekurs rechtzeitig eingereicht worden. Beginnt jedoch die Frist von 30 Tagen am ersten Tag nach den Gerichtsferien zu laufen, so ist der Rekurs verspätet.

a) Der Rekurrent macht geltend, dass er über Google mit den Stichworten «Gerichtsferien, Frist, Berechnung» auf einen Entscheid (VPB 63.44 vom 21. Januar 1999) gestossen sei, wonach im Verfahren laut VwVG analog Art. 32 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 34 OG die Frist erst am zweiten Tag nach den Gerichtsferien zu laufen beginne, wenn eine Verfügung während den Gerichtsferien zugestellt werde. Daraus schliesse er, dass auch im kantonalen Verfahren als Zustelldatum des steueramtlichen Entscheids der 16. August 2006 gelte und die 30-tägige Rechtsmittelfrist vom 17. August 2006 an gerechnet und ohne weiteres gewahrt worden sei. Überdies sei der Vertreter des Rekurrenten während den ganzen Gerichtsferien und auch am 16. August 2006 noch hundertprozentig arbeitsunfähig gewesen.

b) Die Vorinstanz verweist zur Frage der Rechtzeitigkeit der Rekurerhebung darauf, dass die Praxis des Kantons St.Gallen in Cavelti/Vögeli (Verwaltungsge-

richtbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Auflage, St.Gallen 2003, § 35, N 905 ff.) wiedergegeben sei.

4. Während der Gerichtsferien, welche im Sommer vom 15. Juli bis 15. August dauern, stehen gesetzliche und richterliche Fristen still (Art. 90 lit. a und 91 Abs. 1 GerG). Die Gerichtsferien werden gemäss ständiger Praxis auch bei den Rechtsmittelfristen für die Anfechtung von Entscheiden der Verwaltung bei der Verwaltungsrekurskommission berücksichtigt, obwohl sie im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden nicht gelten (vgl. Art. 30 VRP) und ein gerichtliches Verfahren streng genommen erst mit der Anhängigmachung des Rekurses am Gericht zu laufen beginnt (vgl. Cavelti/Vögeli, a. a. O., N 905).

a) Der Nichteintretensentscheid des kantonalen Steueramtes vom 13. Juli 2006 wurde dem Rekurrenten am 17. Juli 2006 zugestellt. Die Zustellung fiel somit in die Gerichtsferien, weshalb die Rechtsmittelfrist für die Dauer der Gerichtsferien still stand. Im Folgenden ist nun zu klären, wann die Rechtsmittelfrist zu laufen begann.

b) Nach Art. 82 Abs. 1 GerG beginnt die Frist am Tag, der ihrer schriftlichen Eröffnung folgt. Der Fristbeginn knüpft damit an die Mitteilung an. Entscheidend ist dabei, ob sich das fristauslösende Ereignis – die Eröffnung – während des Fristenstillstandes rechtsgültig verwirklichen kann oder ob dieses nach Ablauf des Fristenlaufs fingiert wird. Art. 91 Abs. 1 Satz 1 GerG bestimmt, dass gesetzliche und richterliche Fristen während den Gerichtsferien stillstehen. Eine Regelung, wonach es nicht erlaubt wäre, während der Gerichtsferien Rechtshandlungen vorzunehmen, ist darin nicht enthalten. Der Fristenstillstand bewirkt eine Hemmung der Frist. Damit ist aber die Möglichkeit des Eintritts des fristenauslösenden Ereignisses nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr vorausgesetzt (vgl. BGE 131 V 305 E. 4.2.1 mit Hinweis auf Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl. 1998, Rz. 344). Da das fristauslösende Ereignis innerhalb des Fristenstillstandes eintreten kann, führt dies dazu, dass die Rechtsmittelfrist am ersten Tag nach Ablauf des Fristenstillstandes zu laufen beginnt (BGE 131 V 305 E. 4.4). Das Bundesgericht hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen (BGE 132 II 153 E. 4.1).

c) In der Streitsache ergibt sich somit, dass die Rechtsmittelfrist von 30 Tagen am 16. August 2006 zu laufen begann und am Donnerstag, den 14. September 2006 endete. Der am 15. September 2006 der Post übergebene Rekurs ist damit verspätet eingereicht worden.

d) Rechtsfolge der Verspätung ist, dass auf den Rekurs nicht eingetreten werden kann. Es bleibt zu prüfen, ob rechtlich relevante Umstände vorliegen, die es erlauben würden, trotz Verspätung auf den Rekurs einzutreten.

aa) Der Rekurrent stützt sich in seiner Eingabe auf einen Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 21. Januar 1999. Darin ist ausgeführt, dass die Beschwerdefrist im Verfahren nach VwVG erst am zweiten Tag nach den Gerichtsferien zu laufen beginnt, wenn eine Verfügung während der Gerichtsferien zugestellt wird.

Nun hat das Bundesgericht aber im Entscheid vom 13. Januar 2006 (BGE 132 II 153: Heft 3 vom 10. Mai 2006) bezüglich Art. 20 Abs. 1 VwVG entschieden, dass für die Beschwerdefrist bereits der erste Tag nach Ablauf des Fristenstillstands zähle, wenn die Verfügung während des Stillstands zugestellt werde. Der Rekurrent kann sich daher nicht auf die veraltete Rechtsprechung berufen, die einer veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesgerichts entgegensteht. Auch sein genereller Hinweis, er habe damit gerechnet, dass im kantonalen Verfahren als «Zustelldatum» des steueramtlichen Entscheides der 16. August 2006 gelte, vermag nicht zu überzeugen. Dass die Verfahrensordnungen in den verschiedenen Kantonen unterschiedlich sind, gehört zum Allgemeinwissen seines Rechtsvertreters. Dem Rechtsvertreter, der zur Hauptsache im Kanton Zürich tätig ist, sollte zumindest die Zürcher Praxis vertraut sein. Danach beginnt eine Rechtsmittelfrist am Tage nach dem Fristenstillstand zu laufen (VerwGer ZH in: StE 1992 B 92.8 Nr. 3).

bb) Zu prüfen bleibt, ob eine eingelebte st.gallische Praxis dem Nichteintreten entgegensteht. Zu Art. 82 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 91 Abs. 1 GerG besteht keine veröffentlichte Rechtsprechung. In der Literatur (Cavelti/Vögeli, a. a. O., N 905, A. Holenstein, Gerichtsgesetz des Kantons St.Gallen vom 2. April 1987, Flawil 1987, N 4 zu Art. 91) wird jedoch kommentarlos auf einen Entscheid des Kantonsgerichtes zum alten Zivilprozessgesetz verwiesen, wonach bei Ansetzung einer Frist innerhalb der Gerichtsferien der erste Tag nach den Gerichtsferien bei der Berechnung der Frist nicht mitgezählt wird (GVP 1986 Nr. 48). Dieser Entscheid kann für das Verwaltungsprozessverfahren nicht massgebend sein. Erstens handelt es sich um eine richterliche Frist und nicht um eine gesetzliche Frist. Zum anderen ist das Gerichtsgesetz nach diesem Entscheid in Kraft getreten. Gestützt auf die zwanzigjährige singuläre Rechtsprechung, die sich auf eine andere Rechtsgrundlage stützt, kann daher nicht von einer eingelebten Praxis ausgegangen werden, die es im Hinblick auf den Vertrauensschutz rechtfertigen könnte, vom Nichteintreten abzusehen.

e) Aus dem Dargelegten folgt, dass auf den Rekurs vom 15. September 2006 wegen Verspätung nicht einzutreten ist.

63

Art. 82 Abs. 1 und 91 Abs. 1 GerG (sGS 941.1). Findet das fristauslösende Ereignis innerhalb der Gerichtsferien statt, beginnt die Frist am ersten Tag nach Ablauf der Gerichtsferien zu laufen (Praxisänderung).

Kantonsgericht, Gemeinsamer Entscheid nach Art. 54 GerG, 17. Dezember 2007

Aus den Erwägungen:

II.3.a) Von Amtes wegen zu prüfen ist sodann, ob die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde. Massgeblich ist nicht das Datum auf der Eingabe (14. September 2007), sondern das Datum der Postaufgabe (15. September 2007). Der Entscheid wurde während den Gerichtsferien, die bis zum 15. August 2007 dauerten, zugestellt. Ob die dreissigtägige Rechtsmittelfrist eingehalten wurde, hängt somit davon ab, ob bei der Zustellung eines Entscheids innerhalb der Gerichtsferien der erste Tag nach denselben bei der Berechnung der Frist mitzählt oder nicht. Das Kantonsgericht hat in seinem Entscheid GVP 1986 Nr. 48 bei einer richterlichen Frist gestützt auf die alte ZP (Art. 134 Abs. 1 i. V. m. Art. 127 ZP) entschieden, dass dieser Tag nicht mitgezählt wird. Es lehnte sich dabei massgeblich an die damalige Praxis des Bundesgerichts zu Art. 32 Abs. 1 und Art. 34 OG an. Das Bundesgericht hat nun im Hinblick auf den neuen Art. 44 Abs. 1 BGG, mit welchem der Wortlaut von Art. 32 Abs. 1 OG nicht beibehalten wurde, seine Praxis geändert. Nach dem neuen Art. 44 Abs. 1 BGG beginnen Fristen, die durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, am folgenden Tag zu laufen. Das Bundesgericht geht nun davon aus, dass damit die alte Praxis hinfällig ist und der erste Tag nach den Gerichtsferien bei der Fristberechnung mitgezählt wird (BGE 132 II 153 E. 4.2 S. 158 f.). Art. 82 Abs. 1 GerG bestimmt, dass eine Frist am Tag, der ihrer schriftlichen Eröffnung folgt, zu laufen beginnt. Der Wortlaut dieser Bestimmung liegt viel näher bei der Formulierung von Art. 44 Abs. 1 BGG als bei derjenigen von Art. 32 Abs. 1 OG. Die in GVP 1986 Nr. 48 veröffentlichte Begründung ist damit nicht mehr weiter zu führen. Die Zustellung eines Entscheides in den Gerichtsferien ist gemäss st.gallischem Prozessrecht zulässig (Art. 91 GerG). Das Frist auslösende Ereignis findet somit innerhalb des durch die Gerichtsferien bewirkten Fristenstillstands statt und führt dazu, dass die Frist am ersten Tag nach Ablauf der Gerichtsferien zu laufen beginnt. Entsprechend hat auch bereits die Verwaltungskurskommission gestützt auf Art. 82 Abs. 1 GerG in einem Entscheid vom 10. Januar 2007 (I/1–2006/192) entschieden.

64

Art. 93 GerG (sGS 941.1). Hat das Kreisgericht eine Scheidungskonvention erläutert, so kann mit Berufung geltend gemacht werden, das Ergebnis gebe den Parteiwillen nicht richtig wieder.

Kantonsgericht St.Gallen, II. Zivilkammer, 14. August 2007

Aus den Erwägungen:

Es ist allgemein anerkannt, dass eine Scheidungskonvention mit der Genehmigung Bestandteil des Urteils wird und damit einer Erläuterung zugänglich ist (Spühler/Frei-Maurer, Berner Kommentar, Ergänzungsband, N 206 zu aArt. 158 ZGB; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, N 14 zu § 162 GVG; A. Holenstein, Gerichtsgesetz des Kantons St.Gallen, N 6 zu Art. 93 GerG). Hier sind sich die Parteien einig, dass der Konventionstext unklar ist. Das Kreisgericht trat zu Recht auf das insofern gemeinsame Erläuterungsbegehren ein.

Grundsätzlich ist die Erläuterung eine authentische Interpretation dessen, was der Richter in seinem eigenen Entscheid angeordnet hat (Hauser/Schweri, N 1 zu § 162 GVG; Holenstein, N 3 zu Art. 93 GerG). Lehnt das Kreisgericht eine Erläuterung ab, betrachtet das Kantonsgericht das Urteil aber für erläuterungsbedürftig, nimmt es daher die Erläuterung nicht selbst vor, sondern weist die Sache zu diesem Zweck an die Vorinstanz zurück. Wenn die erste Instanz auf das Begehren eingetreten ist und ihr eigenes Urteil erläutert hat, ist die Rechtsmittelinstanz in der Regel daran gebunden (ZR 1980 Nr. 6; Hauser/Schweri, N 4 zu § 162 GVG; Holenstein, N 3 zu Art. 93 GerG). Ein Sonderfall liegt allerdings dann vor, wenn das Erläuterungsverfahren eine genehmigte Scheidungskonvention betrifft. Hier können die Parteien geltend machen, sie hätten mit ihrer Vereinbarung eine ganz bestimmte Ordnung angestrebt und der Entscheid gebe diese von ihnen klar gedachte und gewollte Lösung nicht richtig wieder – sei es, weil bereits die Konvention unklar abgefasst war oder weil aus dem Zusammenspiel von Konvention und Urteil Unklarheiten oder Widersprüche resultieren (Hauser/Schweri, N 14 zu § 162 GVG; M. Dörig, Nachverfahren im zürcherischen Ehescheidungsprozess, Diss. Zürich 1987, S. 76; anders W. Hagger, Die Erläuterung im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1982, S. 12). Dann muss es der Berufungsinstanz offen stehen zu prüfen, ob der Konventionsinhalt so, wie er aufgrund der erstinstanzlichen Erläuterung zu verstehen ist, nach den bundesrechtlichen Auslegungsregeln dem Parteiwillen entspricht (ZR 1973 Nr. 28).

65

Art. 56 und 57 GO (sGS 941.21). Gerichtsberichterstattung. Verletzung der Pflicht zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Beteiligten (E.7). Missbrauch der erlangten Aktenkenntnisse für sachfremde Zwecke (E.8). Art der möglichen Sanktion (E.10).

Kantonsgericht, Verwaltungskommission, 17. August 2007

Sachverhalt:

Am [...] erschien in der Zeitung Z. ein Artikel mit der Überschrift «Sohn von [Parteiname]-Politiker brach einem [Parteiname]-Mann die Nase». Der Angeschuldigte stehe deswegen und wegen Raubes vor Gericht; verteidigt werde er vom eigenen Vater, einem [Parteiname]-Politiker bzw. St.Galler [Parteiname]-Kantonsrat. Dargelegt wurden im Bericht schliesslich auch die Vorstrafen des Angeschuldigten. Rund zwei Wochen später erschien in der Zeitung Z. ein weiterer Artikel mit der Überschrift «Sohn von [Parteiname]-Politiker delinquierte weiter».

Aus den Erwägungen:

II./7. Unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Beteiligten (vgl. Art. 56 lit. a GO) stellt sich allgemein die Frage, inwieweit bei Berichten in Strafsachen die Presse den Angeklagten bzw. die Beteiligten für die Öffentlichkeit kenntlich machen darf. Die Nennung oder Kenntlichmachung des Angeklagten ist nur unter besonderen Umständen und bei Vorhandensein eines schutzwürdigen allgemeinen Interesses gestattet (BGE 64 I 173, 180; 129 III 529, 533). Der Gerichtsberichterstatte, der in seiner Berichterstattung über einen Strafprozess die Person des Angeklagten ohne überwiegendes Interesse für die Öffentlichkeit kenntlich macht, verletzt dessen Persönlichkeitsrechte (GVP 1996 Nr. 57; vgl. auch die Richtlinien zur Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalisten (Punkt 7.6), wonach grundsätzlich weder Name noch andere Angaben, die eine Identifikation ermöglichen, veröffentlicht werden, es sei denn, dies sei durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt). Auch gemäss dem Reglement des Bundesstrafgerichts über die Grundsätze der Information und die Akkreditierung für die Gerichtsberichterstattung (SR 173.711.33) dürfen Namen nur genannt werden, wenn sie vom Bundesstrafgericht freigegeben werden oder die Betroffenen damit einverstanden sind (vgl. Art. 12 Abs. 2).

Steht etwa ein polizeiliches Fahndungsinteresse im Vordergrund, ist es zulässig, den Namen und allenfalls weitere ergänzende Hinweise zur Person des Verdächtigen bekannt zu geben. Dient die Meldung aber allein der Orientierung über ein hängiges Strafverfahren oder über einen laufenden Prozess, besteht in aller Regel kein schützenswertes Interesse der Öffentlichkeit an seiner Namensnennung; der Schutz der Persönlichkeit des Betroffenen geht in aller Regel vor.

Im Bericht vom [...] wird X. als Vater und zugleich Anwalt seines [...]jährigen Sohnes nicht nur namentlich erwähnt; vielmehr ist der Text auch mit seinem Porträtfoto versehen. Zusätzlich wird auf seine politischen Funktionen wie auch seine Tätigkeit als Anwalt für den angeklagten Sohn hingewiesen. Selbst wenn einzelne Informationen durch eigene Recherchen aufgedeckt wurden, beruhen verschiedene Kenntnisse auf der vorgängigen Einsicht in die Anklageschrift, wie beispielsweise der Hinweis auf die Vorstrafen des angeklagten Sohnes, die Auflistung der einzelnen Anklagepunkte oder die Erwähnung der unbedingt zu erwartenden Freiheitsstrafe.

Allein der Umstand, dass der Vater politisch tätig ist, rechtfertigt keine – auch keine indirekte – Namensnennung des Angeklagten. Der angeklagte Sohn hat einen eigenen Anspruch darauf, im Rahmen der Gerichtsberichterstattung nicht unnötig blossgestellt zu werden (vgl. BGE 129 III 532; 117 Ia 390 f.). Er hat grundsätzlich Anspruch auf Wahrung seiner Anonymität, soweit die Namensnennung oder die Erwähnung anderer identifizierender Hinweise nicht aufgrund besonderer Umstände durch ein höherwertiges Interesse gerechtfertigt sind (GVP 1996 Nr. 57). Diesem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes des Sohnes von X. hat Gerichtsberichterstatte B. bei seiner Berichterstattung in keiner Weise Rechnung getragen.

Besonders gravierend erweist sich dabei die explizite Darlegung des Bestandes von Vorstrafen des Sohnes von X. [...]. Sogar im Erwachsenenstrafverfahren rechtfertigt sich eine Preisgabe der Vorstrafen an eine weitere Öffentlichkeit selbst dann nicht, wenn diese anlässlich der Verhandlung zur Sprache gekommen sind (vgl. BGE 64 I 183). Dies muss umso mehr gelten, wenn die Sanktionen – wie im vorliegenden Fall – gegenüber einem Jugendlichen ausgesprochen worden sind. In der Jugendstrafrechtspflege ist die Öffentlichkeit generell ausgeschlossen (Art. 60 Abs. 2 lit. d GerG; Art. 39 JStG) und werden Verurteilungen nur beschränkt in das Strafregister aufgenommen (Art. 366 Abs. 3 StGB). Dementsprechend gewichtig müssten deshalb die Gründe sein, damit ein Hinweis auf derartige Vorstrafen gerechtfertigt scheinen könnte.

8. Hinzu kommt, dass [mit den Berichten] wohl kaum eine Vorschau im Hinblick auf den im [...] gegen den Sohn anstehenden Prozess gemacht werden wollte. Im Zentrum der Berichterstattung stand nicht die Information der Öffentlichkeit über die von der Staatsanwaltschaft erhobene Anklage gegen den Sohn und die vom Gericht zu beurteilenden Anklagesachverhalte. Vielmehr zielten die beiden Artikel offensichtlich auf die Person von X., indem ein Zusammenhang zwischen seinen politischen Einstellungen und den mutmasslichen Straftaten seines Sohnes hergestellt wurde. Eine derartige Berichterstattung mag unter politischen Gesichtspunkten ohne weiteres zulässig und legitim sein. Sie hat aber mit einer Gerichtsberichterstattung im Sinne einer «transparenten Justiztätigkeit und Rechtsfindung» (BGE 129 III 532) nichts mehr zu tun.

Die in der Gerichtsordnung vorgesehenen Einsichtsrechte sollen es den akkreditierten Journalisten ermöglichen, sich auf die gerichtliche Hauptverhandlung vorzubereiten, die Ergebnisse des Prozesses in Kenntnis der Fakten zu würdigen und damit ihre Aufgabe im Dienste der Öffentlichkeit (vgl. dazu BGE 129 III 532; 124 IV 238) sachgerecht zu erfüllen. Die eingeräumten Privilegien dienen aber nicht dazu, die zusätzlich erlangten Aktenkenntnisse ausserhalb der Gerichtsberichterstattung zu irgendwelchen Zwecken, insbesondere zu politisch motivierten Kontroversen um die Person des Vaters und Anwalts des Angeklagten, zu verwenden. Damit ist zugleich gesagt, dass B. die ihm im Hinblick auf die Ausübung der Gerichtsberichterstattung eingeräumten Einsichtsrechte für sachfremde Zwecke missbraucht hat.

Festzuhalten bleibt, dass das Institut der Akkreditierung nicht dazu dienen kann, Einfluss auf die journalistische Berichterstattung zu nehmen. Der einzelne Journalist, die einzelne Journalistin ist in seiner bzw. ihrer Berichterstattung weitgehend frei (Art. 56 Abs. 2 GO); es bleibt ihm oder ihr unbenommen, sich zu Gerichtsverfahren zu äussern, Verfahrensabläufe und Urteile zu kommentieren oder auch auf persönliche Haltungen der Beteiligten hinzuweisen. Soweit aber ein Journalist, eine Journalistin die Privilegien der Akkreditierung in Anspruch nimmt, hat er oder sie auch die damit verbundenen Pflichten zu beachten. Dazu zählt nicht nur die Verpflichtung zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Beteiligten, sondern auch das Verbot, die dank den zusätzlichen Rechten erlangten Aktenkenntnisse für sachfremde Zwecke zu missbrauchen.

9. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass B. mit seiner Berichterstattung im Zusammenhang mit dem Strafverfahren gegen den Sohn von X. gegen die Pflichten eines Gerichtsberichterstatters nach Art. 56 GO verstossen hat, indem er eine Identifizierung des Angeklagten ermöglichte, dessen Vorstrafen einer breiten Öffentlichkeit preisgab und Kenntnisse aus dem Strafverfahren, die er aufgrund seiner privilegierten Stellung als akkreditierter Gerichtsberichterstatter erlangt hatte, für eine politische Debatte gegen den Vater und Verteidiger des Angeklagten zweckentfremdete.

10. Art. 57 GO sieht bei grober oder wiederholter Pflichtverletzung des Gerichtsberichterstatters den Entzug der Zulassung vor. Im Hinblick auf die Tatsache, dass der Entzug der Akkreditierung eine harte Massnahme darstellt und die berufliche Existenz unter Umständen bedrohen kann, muss bei leichteren und erstmaligen Pflichtverletzungen, obwohl nicht (mehr) ausdrücklich genannt, auch eine Verwarnung genügen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von verwaltungsrechtlichen Massnahmen mit disziplinarischem und disziplinarähnlichem Charakter (Meili, Die Akkreditierung von Journalisten im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Bern 1990, S. 168 f.; RBOG (TG) 1999 S. 192) und wurde denn auch in Art. 72 aGO (vom 10. September 1982) ausdrücklich noch so vorgesehen (vgl. Holenstein, Gerichtsgesetz des Kantons St. Gallen vom 2. April 1987, Flawil 1987, S. 236; für das Verfahren vor Bundesgericht vgl. Art. 14 Richtlinien betreffend die Gerichtsberichterstattung am Bundesgericht, SR 173.110.133 bzw. vor Bundesstrafgericht vgl. Art. 12 Abs. 2 Reglement über die Grundsätze der Information und die Akkreditierung für die Gerichtsberichterstattung am Bundesstrafgericht, SR 173.711.33).

Gegen B. wird damit aufgrund seiner Gerichtsberichterstattung im Zusammenhang mit dem Strafverfahren gegen den Sohn von X. eine Verwarnung ausgesprochen. Zudem wird er darauf aufmerksam gemacht, dass er im Wiederholungsfalle mit einem Entzug der Zulassung als Gerichtsberichterstatter rechnen müsste.

66

Art. 56 GO (sGS 941.21). Gerichtsberichterstattung. Zulässigkeit einer Prozessvorschau (E.4). Ausnahmsweise Zulässigkeit der namentlichen Nennung des Angeklagten (E.5). Form und Inhalt der Berichterstattung (E.6).

Kantonsgericht, Verwaltungskommission, 30. Oktober 2007

Sachverhalt:

Am [...] erschien in der Regionalzeitung Z. ein Artikel mit der Überschrift «Acht Anklagen gegen A., A. vor Gericht – das Fass läuft über!». Gegenstand der Berichterstattung bildete die gleichentags vor dem Kreisgericht K. stattfindende Hauptverhandlung im Strafverfahren gegen A.

Aus den Erwägungen:

II./4. Die Gerichtsberichterstattung dient einer verlängerten bzw. mittelbaren Gerichtsöffentlichkeit, denn die mit der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen verbundenen Funktionen werden nicht so sehr durch den einzelnen, im Gerichtssaal anwesenden Bürger, sondern vielmehr durch die Berichterstattung über die Gerichtsverhandlungen, insbesondere in der Presse, wahrgenommen. Da nicht jedermann jederzeit an beliebigen Gerichtsverhandlungen teilnehmen kann, übernehmen die Medien mit ihrer Gerichtsberichterstattung insofern eine wichtige Brückenfunktion, als sie die richterliche Tätigkeit einem grösseren Publikum zugänglich machen (BGE 129 III 532; 113 Ia 309, 313 f.). Eine allgemeine Berichterstattung vor Beginn eines Gerichtsverfahrens ist grundsätzlich zulässig und kann im Hinblick auf das Interesse der Öffentlichkeit allenfalls gar als geboten erscheinen. Diese Möglichkeit einer allgemeinen Prozessvorschau steht denn auch nicht in Widerspruch mit Art. 56 lit. b GO, welcher vorschreibt, dass die Aktenkenntnis nicht vor Beginn der Parteiverhandlung verwertet wird. Mit dieser Bestimmung soll vielmehr bezweckt werden, dass nicht Aktenkenntnisse in einer Art verwertet werden, die den ordnungsgemässen Prozessverlauf beeinträchtigen könnte.

Damit ist eine allgemeine Berichterstattung im Sinne einer Prozessvorschau im Vorfeld bzw. am Tage der Hauptverhandlung vom [...] grundsätzlich zulässig gewesen. [...].

5.a) Unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Beteiligten (vgl. Art. 56 lit. a GO) stellt sich allgemein die Frage, inwieweit bei Berichten in Strafsachen die Presse den Angeklagten bzw. die Beteiligten für die Öffentlichkeit kenntlich machen darf. Besondere, die Presse bindenden Vorschriften hierüber bestehen nicht. In Beachtung allgemeiner Leitsätze ist daher der zulässige Inhalt der Berichterstattung in jedem einzelnen Fall in Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen zu bestimmen. Personen, die wegen ihrer beruflichen Tätigkeit in besonderem Mass dem Licht der Öffentlichkeit ausgesetzt sind und an deren Ver-

halten die Öffentlichkeit besonders interessiert ist (Personen der Zeitgeschichte), müssen sich eine Namensnennung eher gefallen lassen (GVP 1996 Nr. 57; Hausser/Schweri, GVG, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 136 N 10; BGE 129 III 533 f.).

Leitlinien für die Interessenabwägung können im Regelwerk «Journalistenkodex» (Richtlinien zur Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalisten) erblickt werden, nach welchem eine Namensnennung zulässig ist, wenn dies durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist oder wenn eine Person in der Öffentlichkeit allgemein bekannt ist und die vorgeworfenen Handlungen im Zusammenhang mit der Bekanntheit stehen (vgl. Richtlinie 7.6.).

b) A. ist im Zusammenhang mit dem [...]betrieb wiederholt in den Medien erwähnt worden und öffentlich bekannt geworden. Der Gegenstand der Berichterstattung steht damit in einem engen Zusammenhang mit dem vom Kreisgericht zu beurteilenden Sachverhalt und dem Grund für seine Bekanntheit. Sein Name war in diversen Zeitungsartikeln mehrfach im Zusammenhang mit dem [...]betrieb erwähnt worden, so dass er aufgrund der Publikation in der Tagespresse zumindest regional auch als «Person der Zeitgeschichte» zu qualifizieren ist. Überdies bestand auch für allfällige Gläubiger [...] ein ausgewiesenes Interesse an einer Information und damit an einer namentlichen Publikation in der vorliegenden Prozessvorschau. Schliesslich fand gleichentags die Hauptverhandlung statt, welche ebenfalls einer breiten Öffentlichkeit zugänglich war und an welcher die Identität von A. ohnehin zu Tage trat.

Unter diesen Umständen ist die Namensnennung anlässlich der Prozessvorschau am Tage der Hauptverhandlung nicht zu beanstanden.

6. a) Eine kritische, parteinehmende Berichterstattung ist zulässig; indessen muss Kritik und Kommentar unterscheidbar vom eigentlichen Prozessbericht abgehoben werden. Übertreibungen sind nicht von vornherein verboten; die Fakten müssen indessen stets stimmen (vgl. Rekurskommission TG, RBOG 1999 Nr. 30, S. 183 f.; vgl. auch Richtlinie 2.3. des Presserats).

b) Anhaltspunkte für eine wahrheitswidrige Berichterstattung sind nicht ersichtlich, solche Rügen werden denn auch nicht erhoben. Kritik und Kommentar sind von den Anklagepunkten und Prozessthemen ohne weiteres unterscheidbar. Ebenso ist der Teil der Prozessvorschau deutlich von der übrigen, unternehmerischen Berichterstattung differenzierbar. Eine Verletzung der Unschuldsvermutung liegt nicht vor. Im Übrigen sind Stilfragen und Formulierungen im Rahmen der Aufsichtsbeschwerde nicht zu überprüfen.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Gerichtsberichterstatte G. mit seinem Artikel vom [...] in der Regionalzeitung Z. nicht gegen seine Pflichten als Gerichtsberichterstatte verstossen hat.

2. Verwaltungsrechtspflege

67

Art. 27 VRP (sGS 951.1). Das Ausländeramt handelt rechtmässig, wenn es ein Gesuch um Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung (Familiennachzug) als Wiedererwägungsgesuch behandelt und nicht darauf eintritt, nachdem es kurz zuvor ein mit derselben Begründung gestelltes Gesuch abgewiesen hat und diese Verfügung unanfechtbar in formelle Rechtskraft erwachsen ist.

Verwaltungsgericht, 5. November 2007

Die türkische Staatsangehörige Z. verfügt über eine Niederlassungsbewilligung. Am 3. Februar 2006 heiratete sie in der Türkei und stellte darauf ein Gesuch um Familiennachzug für ihren Ehemann. Das Ausländeramt nahm Abklärungen vor, gewährte Z. am 15. September 2006 das rechtliche Gehör und teilte ihr mit, es beabsichtige die Abweisung des Gesuchs. Z. liess sich nicht vernehmen. Mit Verfügung vom 13. Oktober 2006 wies das Ausländeramt das Gesuch wegen Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit ab. Die Verfügung erwuchs unanfechtbar in Rechtskraft. Am 29. Januar 2007 stellte Z. erneut ein Familiennachzugsbegehren für ihren Ehemann. Das Ausländeramt behandelte dieses Begehren als Wiedererwägungsgesuch und trat nicht darauf ein. Zur Begründung führte es an, gegenüber der Verfügung vom 13. Oktober 2006 liege kein veränderter Sachverhalt vor und es würden keine neuen Tatsachen geltend gemacht, die berücksichtigt werden müssten. Das Justiz- und Polizeidepartement bestätigte die Nichteintretensverfügung. Auch die Beschwerde von Z. an das Verwaltungsgericht blieb erfolglos.

Aus den Erwägungen:

1.1. Streitgegenstand ist ausschliesslich die Frage, ob das Ausländeramt auf das Gesuch um Familiennachzug vom 29. Januar 2007 zu Recht nicht eingetreten ist bzw. ob die Vorinstanz zu Recht den Rekurs gegen diese Nichteintretensverfügung abgewiesen hat. Materiell hat die Vorinstanz das Gesuch um Familiennachzug nicht geprüft. Soweit die Beschwerdeführerin beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, ihrem Ehemann die Einreise in die Schweiz und den Aufenthalt im Kanton St. Gallen zu bewilligen, und soweit sie in diesem Zusammenhang vorbringt, der finanzielle Bedarf der Eheleute sei gedeckt, kann mangels Anfechtungsobjekts nicht darauf eingetreten werden.

...

2. Fest steht, dass die Verfügung des Ausländeramts vom 13. Oktober 2006, mit welcher das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 21./24. März 2006 um Fami-

liennachzug abgewiesen wurde, unangefochten blieb. Die Verfügung erwuchs somit in formelle Rechtskraft. Dies bedeutet, dass sie mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden kann.

2.1. Die Vorinstanz verwies auf ein kürzlich gefälltes Urteil des Verwaltungsgerichts (VerwGE B 2006/207 vom 23. Januar 2007, in: www.gerichte.sg.ch). Darin hielt dieses fest, im Gegensatz zu Urteilen der Zivilgerichte würden Verwaltungsakte nicht materiell rechtskräftig, d. h. unabänderlich und zur Einrede der abgeurteilten Sache ermächtigend. Zu unterscheiden sei zwischen formeller und materieller Rechtskraft. Verfügungen und Entscheide von Verwaltungsbehörden, die nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden, erwachsen in formelle Rechtskraft. Diese habe zur Folge, dass die Verfügung nur noch mit einem ausserordentlichen Rechtsmittel anfechtbar und damit grundsätzlich vollstreckbar sei (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 1077 ff.). Die materielle Rechtskraft betreffe die Frage, ob eine Verfügung inhaltlich nochmals in einem neuen Verfahren aufgerollt werden könne. Das VRP regle die Möglichkeit der Wiedererwägung, des Widerrufs und der Wiederaufnahme in den Art. 27, 28 und 81 ff. VRP. Daraus ergebe sich, dass Verwaltungsakte nicht beliebig geändert oder aufgehoben werden könnten. Es komme ihnen vielmehr eine Rechtsbeständigkeit bzw. eine Verbindlichkeit zu, die der materiellen Rechtskraft von Urteilen wenn nicht gleichkomme, so doch nahe stehe. Formell rechtskräftige Verfügungen seien zwar einer Wiedererwägung zugunsten des Adressaten grundsätzlich zugänglich. Weil aber auf Wiedererwägung kein Anspruch bestehe, bilde die formelle Rechtskraft, bei deren Eintritt ein ordentliches Rechtsmittel nicht zur Verfügung stehe, zumindest aus der Sicht des Betroffenen ein erhebliches Hindernis für eine zu seinen Gunsten erfolgende Aufhebung der Verfügung, welches nur unter besonderen Voraussetzungen beseitigt werden könne (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Vorbemerkungen zu § 86a-86d, N 6).

Rechtsbeständigkeit komme auch negativen Verfügungen zu, indem die Behörde, welche die Bewilligung für ein Vorhaben verweigert habe, nicht verpflichtet sei, auf ein neues Bewilligungsgesuch für das gleiche Projekt einzutreten, sofern sich die Sach- und Rechtslage seither nicht verändert habe (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a. a. O., Vorbem. zu §§ 86a-86d, N 14). Bei Verfügungen über Rechtsverhältnisse mit Dauerwirkung beziehe sich die Verbindlichkeit der Regelung des Rechtsverhältnisses auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung (F. Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 305). Negative Verfügungen bezögen sich meist auf Dauerrechtsverhältnisse und könnten daher aufgrund veränderter Sachumstände oder Rechtsgrundlagen ersetzt werden (Kölz/Bosshart/Röhl, a. a. O., Vorbem. zu §§ 86a-86d, N 14).

Die Ablehnung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung entspreche einer Verfügung mit Dauerwirkung. Dies bedeute, dass auf eine ablehnende Verfügung nicht ohne weiteres zurückgekommen werden könne. Ein genereller Anspruch auf

Wiedererwägung nach Art. 27 VRP bestehe nicht. Dagegen sei ein Anspruch auf Wiedererwägung bzw. auf Erlass einer neuen materiellen Verfügung gegeben, wenn sich die Sach- und Rechtslage gegenüber den der formell rechtskräftigen Verfügung zugrundeliegenden Umständen wesentlich geändert hätten (vgl. BGE 120 Ib 46, Kölz/Bosshart/Röhl, a. a. O., Vorbem. zu §§ 86a-86d, N 14; Gygi, a. a. O., S. 311). In Bezug auf ein fremdenpolizeiliches Bewilligungsverfahren bedeute dies, dass auf erneute Gesuche oder Anträge in der Regel nicht eingetreten werden müsse, sofern ein identisches Gesuch formell rechtskräftig abgewiesen worden sei. Es bestehe in solchen Fällen kein Anlass, vom ersten Entscheid abzuweichen, sondern es könne auf diesen verwiesen werden (vgl. Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt a.M. 1990, Nr. 42, B I a). Die ursprüngliche Verfügung sei hingegen auf ein gleiches Gesuch hin in Wiedererwägung zu ziehen, wenn sich seit dem Erlass der früheren Verfügung eine anspruchsbegründende neue Sach- oder Rechtslage ergeben habe. Wer jedoch die formgerechte Anfechtung eines fremdenpolizeilichen Bewilligungsentscheids unterlasse, habe keinen Anspruch darauf, dass die zuständige Behörde über die gleiche Angelegenheit ohne Vorliegen qualifizierter Gründe nochmals materiell befinde und den Rechtsmittelweg damit erneut öffne. Das Institut der Wiedererwägung diene nicht dazu, prozessuale Versäumnisse zu korrigieren (Urteile des Bundesgerichts 2A.383/2001 vom 23. November 2001, E. 2e, und 2A.318/2002 vom 15. Juli 2002, E. 2.2).

2.2. Im vorliegenden Fall wurde das erneute Gesuch um Familiennachzug lediglich drei Monate nach Eintritt der formellen Rechtskraft der Verfügung vom 13. Oktober 2006 gestellt. In diesem Zeitraum trat keine Änderung der anwendbaren Rechtsnormen ein. Zu prüfen ist daher im folgenden, ob die Beschwerdeführerin in ihrem Wiedererwägungsgesuch neue Tatsachen vorbrachte, die vom Ausländeramt hätten berücksichtigt werden müssen.

2.2.1. Das Ausländeramt hat in seiner Verfügung vom 13. Oktober 2006 das Gesuch um Familiennachzug des Ehemannes der Beschwerdeführerin abgewiesen mit der Begründung, es bestehe die konkrete Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit. Es wies insbesondere darauf hin, dass das monatliche Einkommen der Gesuchstellerin unter dem Mindestbedarf gemäss den Richtlinien der Ostschweizer Fremdenpolizeichefs liege und aufgrund von Abklärungen bei der Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen und beim Migrationsamt Thurgau davon ausgegangen werden müsse, dass die Ergänzungsleistungen reduziert würden, wenn der Ehemann in die Schweiz einreisen würde, und dass diesem keine Bewilligung für den beabsichtigten Stellenantritt im Kanton Thurgau erteilt würde.

2.2.2. Die Beschwerdeführerin machte in Ziff. 1.3 ihres Gesuchs Ausführungen zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen sowie zu jenen ihres Ehemannes. Diese Tatsachen hätten bereits im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs bzw. in der Stellungnahme zu der am 15. September 2006 in Aussicht gestellten Ablehnung des Gesuchs vorgebracht werden können. Der Bezug von Sozialversiche-

rungsleistungen der Beschwerdeführerin, aber auch die Behauptungen, dass ihr Ehemann wohlhabend sei und seinen Lebensunterhalt sowie jenen der Ehefrau selbständig gewährleisten könne, dass er in der Türkei verschiedene Firmen betrieben habe und über erhebliche Vermögenswerte verfüge, hätten nicht erst mit dem Wiedererwägungsgesuch vorgebracht werden können, sondern bereits im Rahmen des ersten Gesuchs und spätestens in einem Rekurs gegen die Verfügung vom 13. Oktober 2006.

In den Unterlagen zum ersten Gesuch vom 21./24. März 2006 war lediglich festgehalten worden, der Ehemann habe eine Stelle als Kochgehilfe bei der X. GmbH in A. (Thurgau) in Aussicht. Das Migrationsamt Thurgau war aber nicht bereit, diese Erwerbstätigkeit zu bewilligen. Obwohl das Ausländeramt die beabsichtigte Ablehnung des Gesuchs vom 21. März 2006 mit ungenügenden finanziellen Mitteln begründete, wurden keine Einwendungen vorgebracht, wonach dies unzutreffend sei und der Ehemann über Vermögenswerte verfüge bzw. wohlhabend sei. Im übrigen wurden für die Behauptung, der Ehemann habe seiner Ehefrau Zahlungen geleistet, um sie finanziell abzusichern, keine Beweismittel eingereicht oder angeboten.

2.2.3. Die Beschwerdeführerin hat mit dem neuen Gesuch vom 29. Januar 2007 Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen des Ehemannes eingereicht. Diese mit dem Wiedererwägungsgesuch eingereichten Unterlagen vermögen aber keine neuen Tatsachen zu belegen, die das Ausländeramt verpflichtet hätten, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten und das Familiennachzugsbegehren erneut materiell zu prüfen. Die Bescheinigung von O. H. zur Erwerbstätigkeit des Ehemannes ist nicht datiert. Zudem war bereits im ersten Gesuch die Erwerbstätigkeit bei O. H. geltend gemacht worden. Diese Bescheinigung betraf also keine neue Tatsache. Das Ausländeramt hat zudem begründet, weshalb es auf die beabsichtigte Erwerbstätigkeit im Kanton Thurgau nicht abstellen konnte. Sodann datieren die als Handelsregistrauszüge bezeichneten Dokumente vom 25. Juli 2006 bzw. 2. Juni 2003. Sie wurden somit bereits längere Zeit vor dem Erlass der Verfügung vom 13. Oktober 2006 ausgestellt. Auch aus den als Nachweis über Vermögen eingereichten Kontoauszügen und Grundbucheinträgen geht nicht hervor, dass die entsprechenden Tatsachen nicht bereits im Oktober 2006 hätten vorgebracht werden können. Insbesondere wird nicht behauptet, der ausgewiesene Grundbesitz habe zuvor nicht bestanden. Auch dem Auszug aus dem Bankkonto sowie den im Beschwerdeverfahren neu eingereichten Unterlagen lässt sich nicht zuverlässig entnehmen, dass dem Ehemann die behaupteten Vermögenswerte erst nach Oktober 2006 zugeflossen sind. Einerseits kann dem Bankauszug entnommen werden, dass bereits am 29. November 2006 eine Zahlung von rund 96 000.– YTL einging, während aus der Gewinn- und Verlustrechnung einer Unternehmung des Ehemannes ein solcher Gewinn erst per Ende 2006 resultierte. Allfällige Vermögenszugänge in der Zeit von Oktober 2006 bis Januar 2007 sind denn auch nicht von entscheidender Bedeutung. Im Gesuch vom 29. Januar 2007 wurde jedenfalls nicht

vorgebracht, die finanziellen Verhältnisse des Ehemannes hätten sich erst seit der am 13. Oktober 2006 verfügten Ablehnung des ersten Gesuchs erheblich verbessert, und auch die in der Beschwerde gemachten Vorbringen und die eingereichten Beweismittel vermögen eine solche kurzfristige und tiefgreifende Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht glaubhaft zu machen. Insbesondere ist auch nicht massgebend, ob die fraglichen Tatsachen bereits im Zeitpunkt des Gesuchs vom 21. März 2006 bestanden. Entscheidend ist, dass sie während des laufenden Verfahrens hätten vorgebracht werden können (vgl. Art. 19 VRP).

2.2.4. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt, indem sie die im Rekursverfahren eingereichten Beweismittel nicht gewürdigt und dies zudem lediglich damit begründet habe, dass die Beweismittel nicht in der Amtssprache verfasst seien.

Die Vorinstanz hat die Vorbringen der Beschwerdeführerin gewürdigt und ist zum Schluss gekommen, diese würden sich auf einen Sachverhalt beziehen, der am 13. Oktober 2006 bereits bestand und demzufolge nicht neu war, weshalb die Einwendungen bereits im ersten Verfahren hätten geltend gemacht werden können. Zudem war die Vorinstanz nicht verpflichtet, von Amtes wegen Übersetzungen der in türkischer Sprache verfassten Dokumente zu erstellen (vgl. Art. 12 Abs. 2 VRP). Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs kann daher nicht gesprochen werden.

2.2.5. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Abweisung des Rekurses gegen den Nichteintretensentscheid des Ausländeramts auf das Wiedererwägungsgesuch rechtmässig ist. Folglich ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

68

Art. 28 VRP (sGS 951.1). Zulässigkeit des Widerrufs einer rechtskräftigen Baubewilligung wegen überwiegender entgegenstehender Interessen.

Verwaltungsgericht, 18. Dezember 2007

Der Gemeinderat G. erteilte dem Verein A. 1978 die Baubewilligung für eine Bocciaanlage mit Clubhaus auf dem Grundstück Parz. Nr. xxx in G. als Provisorium befristet auf zehn Jahre. Seither wird das Clubhaus jeweils zwischen 1. Mai und 30. September als Vereinswirtschaft geführt, wofür nach altem Gastwirtschaftsgesetz ein Patent bestand. Die Patentpflicht entfiel mit dem neuen GWG. Ab 1988 wurden am Clubhaus ohne Bewilligung Erweiterungen vorgenommen. Nach Aufforderung der Bauverwaltung reichten der Betreiber des Clubhauses und der Ver-

ein A. am 16. Juli 2004 ein Baugesuch für die nachträgliche Bewilligung des Clubhauses, der Bocciaanlage und des WC-Containers ein. Gegen das Baugesuch erhoben Nachbarn Einsprache. Der Gemeinderat erteilte mit Verfügung vom 22. November 2005 die Baubewilligung für das nachgesuchte Vorhaben als Nebenbaute unter Bedingungen und Auflagen. Die Nutzung im bisherigen Umfang wurde aber verboten. Gegen diesen Punkt erhoben der Betreiber sowie der Verein Rekurs. Die Baubewilligung fochten sie hingegen nicht an. Am 15. August 2006 widerrief der Gemeinderat die Baubewilligung. Dagegen erhoben der Betreiber und der Verein ebenfalls Rekurs. Zur Begründung machten sie geltend, dass der Widerruf einer rechtskräftigen Verfügung nur zulässig sei, wenn die Betroffenen dadurch nicht belastet würden oder wenn er aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten sei, was vorliegend nicht zutreffe. Zudem sei nicht geprüft worden, ob die Nutzung der Baute als Vereinslokal unter die Bestandesgarantie falle oder eine Ausnahmewilligung hätte erteilt werden können. Das Baudepartement wies die Rekurse ab. Der Betreiber und der Verein erhoben gegen den Rekursentscheid erfolglos Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer rügen, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf der Verfügung vom 22. November 2005 nach Art. 28 VRP nicht erfüllt seien.

3.1. Zwischen den Parteien unbestritten ist, dass Ziff. 1 der Verfügung vom 22. November 2005 in Rechtskraft erwachsen ist und das Gebäude als Nebenbaute bewilligt ist. Dies wurde auch in der Verfügung vom 18. August 2006 nochmals ausdrücklich festgehalten.

...

3.2. Wird eine Verfügung nur teilweise angefochten, sind die unangefochten gebliebenen Dispositivpunkte des vorinstanzlichen Entscheids formell rechtskräftig erledigt (F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 322). Sofern ein Sachentscheid in materieller Hinsicht nur zum Teil angefochten wird, erwächst der übrige Teil dann in Rechtskraft, wenn sich nach der Natur der Streitsache die einzelnen Punkte voneinander trennen lassen, also wenn z. B. ein Entscheid mehrere Veranlagungen oder Bewilligungen zum Gegenstand hat. Im Baubewilligungsverfahren gilt grundsätzlich, dass die Bewilligung als Gesamtentscheid ergehen muss (U. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Kommentar, 2. Aufl., Aarau 1985, N 1a zu § 152). Dagegen wird es in anderen Gebieten des öffentlichen Rechts als zulässig erachtet, eine Teilverfügung über einen Grundsatz- oder Teilaspekt zu erlassen. Eine Teilrechtskraft ist somit zu bejahen, wenn der nicht angefochtene Teil Gegenstand einer Teilverfügung oder eines Teilentscheids bilden könnte (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 1089 mit Hinweisen).

3.2.1. In Ziff. 1 der Verfügung vom 22. November 2005 hat die Beschwerdebeteiligte den Beschwerdeführern die Baubewilligung für das Bauvorhaben als Ne-

benbaute unter Bedingungen und Auflagen gemäss «separater Verfügung (Bestandteil dieses Entscheides)» erteilt. Die Nutzung des Gebäudes wurde dahingehend eingeschränkt, dass das Lokal nicht gewerblich genutzt werden darf (Ziff. 2) und die Erschliessung sowie mindestens fünf Parkplätze rechtlich gesichert werden (Ziff. 3). Gleichzeitig hielt die Beschwerdebeteiligte im Sinne eines Nutzungsverbots in Ziff. 4 der Verfügung fest, dass der Betrieb, so wie er durch den Beschwerdeführer I für den Beschwerdeführer II geführt werde, gewerblicher Natur sei und daher «im bisherigen Umfang amtlich verboten» werde.

3.2.2. Ziff. 2 und 3 der Verfügung vom 22. November 2005 beziehen sich direkt auf das eigentliche Baugesuch. Sie enthalten die Bedingungen und Auflagen einer zulässigen Nutzung der Baute und bilden dadurch, wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, einen Bestandteil der Baubewilligung. Denn diese wird explizit nur unter «Bedingungen und Auflagen» erteilt. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, wäre die Verfügung vollständig und abschliessend erteilt worden, wenn die Verfügung nur aus diesen drei Ziffern und der Kostenregelung bestehen würde.

3.2.3. Demgegenüber regelt Ziff. 4 nicht mehr die Baubewilligung als solche, sondern verbietet die Nutzung der zuvor bewilligten Baute im bisherigen Umfang. Zur Begründung wird angeführt, dass die Beschwerdeführer den Restaurationsbetrieb nicht im Sinne eines Vereinslokals nach Art. 2 lit. b GWG ausgeübt hätten, sondern dieser Betrieb weitgehend gewerblichen Charakter habe, was in einer Nebenbaute nicht zulässig sei. Damit wird deutlich, dass die Verfügung zwei verschiedene Rechtsverhältnisse regelt: Einerseits wird damit baurechtlich angeordnet, dass das Gebäude als Nebenbaute und zur Nutzung als Vereinslokal bewilligt werde, und andererseits wird die bisherige Nutzung, welche nicht mit der Baubewilligung übereinstimmt, verboten. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, müssen diese beiden Regelungsbereiche vorliegend voneinander getrennt werden, weil sich die Bewilligungsfähigkeit einer Baute nach den baurechtlichen Vorschriften beurteilt. Unter einer Baubewilligung wird die behördliche Erklärung verstanden, dass dem projektierten Bau, für den ein Baugesuch eingereicht wurde, keine Hindernisse aus dem öffentlichen Recht, insbesondere dem Baurecht, entgegenstehen. In materieller Hinsicht ist die Baubewilligung überwiegend feststellender Natur. Formellrechtlich handelt es sich um einen gestaltenden Verwaltungsakt, indem die Baubewilligung die Schranke des Bauverbots beseitigt und dem Bewilligungsinhaber die Erlaubnis zur Realisierung des Projekts verschafft (Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl., Zürich 1999, N 506). Sofern keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vorliegen, ist die Baubewilligung zu erteilen (Art. 87 Abs. 1 BauG). Wird eine bewilligte Baute schliesslich nicht bestimmungsgemäss genutzt, muss dieser Zustand mittels baurechtlichen Nutzungsverbots beseitigt werden. Davon unberührt bleibt eine vorgängig erteilte Baubewilligung bestehen.

3.2.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass Ziff. 1 bis 3 der Verfügung vom 22. November 2005, mit welcher die Baubewilligung als solche erteilt wurde, unan-

gefochten geblieben und damit in (Teil-)Rechtskraft erwachsen sind. Durch Rekurs I angefochten wurden lediglich die Ziff. 4 (Nutzungsverbot) und 6 (Kosten). Damit wurde die rechtskräftig erteilte Baubewilligung durch die Verfügung vom 18. August 2006 teilweise widerrufen, weshalb nachfolgend die Rechtmässigkeit des Widerrufs zu prüfen ist.

3.3. Die Beschwerdebeteiligte erteilte gemäss Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 22. November 2005 für das Clubhaus mit WC-Anlagen die nachträgliche Baubewilligung, indem sie das Gebäude als Nebenbaute qualifizierte. Daran hielt sie auch in ihrer Verfügung vom 18. August 2006 fest. In Ziff. 2 der ersten Verfügung beurteilt sie zudem eine Nutzung der Baute als Vereinswirtschaft gemäss Art. 2 lit. b GWG als zulässig und untersagte gleichzeitig eine gewerbliche Nutzung.

3.3.1. Nach Art. 15 Abs. 2 BauG werden Nebenbauten als ein Vollgeschoss umfassende Baukörper ohne anrechenbare Geschossfläche mit höchstens 3,5 m Gebäude- bzw. 5 m Firsthöhe und 50 m² Grundfläche, die mit dem Hauptgebäude nicht verbunden sind, definiert. Zur anrechenbaren Geschossfläche zählen gemäss Art. 61 Abs. 2 BauG, unter Vernachlässigung von vorliegend nicht relevanten Ausnahmen, die nutzbaren Geschossflächen einschliesslich Gänge, Treppenhäuser und Mauerquerschnitte. Gänge und Treppenhäuser sind bei der Berechnung der Ausnutzungsziffer nur einzubeziehen, soweit sie als Zugang zu anrechenbaren Geschossflächen dienen. Offene Eingangsnischen sind in der Regel nicht anrechenbar (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 665). Bei der Beurteilung der Nutzbarkeit kommt es entscheidend auf die nach objektiven Gesichtspunkten beurteilten Verwendungsmöglichkeiten eines Raumes bzw. einer Geschossfläche an. Es muss die Frage beantwortet werden, welche Nutzung ein Raum in seiner baulichen Gestaltung zulässt. Kann er ohne eigentliche bauliche Massnahmen als Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsraum verwendet werden, ist er unabhängig von einer allfällig anders lautenden Nutzungsangabe anzurechnen (GVP 1978 Nr. 3; VerwGE vom 10. März 1976 i. S. E. und andere).

3.3.2. Aus dem Gesagten folgt, dass die Nutzung einer Nebenbaute im Sinne von Art. 15 Abs. 2 BauG als Vereinslokal zum vornherein nicht bewilligungsfähig sein kann, da ein derartiger Restaurationsbetrieb entsprechend seiner Bestimmung unabhängig von privater oder gewerblicher Nutzung über anrechenbare Geschossflächen verfügen muss. Obgleich Ziff. 1 der Verfügung vom 22. November 2005 weder widerrufen noch angefochten wurde, ist deshalb festzuhalten, dass es sich bei der umstrittenen Baute bereits aufgrund ihrer Ausgestaltung mit Küche und WC-Anlage nicht um eine Nebenbaute im Sinne von Art. 15 Abs. 2 BauG handeln kann. Vielmehr könnten die betreffenden Räume im heutigen Zustand auch ohne bauliche Massnahmen als Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsraum genutzt werden, was eine Qualifikation als Nebenbaute wie gesagt ausschliesst. Da vorliegend aber lediglich der Widerruf der Nutzung als Vereinslokal angefochten wurde, ist nur zu prüfen, ob sich dieser vor dem Hintergrund einer bereits rechtskräftig erteilten Baubewilligung als rechtmässig erweist.

3.3.3. Das Gesetz bestimmt in Art. 28 Abs. 1 VRP, unter welchen Voraussetzungen ein formell rechtskräftiger Verwaltungsakt geändert oder aufgehoben werden kann. Danach können Verfügungen durch die erlassende Behörde geändert oder aufgehoben werden, wenn der Widerruf die Betroffenen nicht belastet oder wenn er aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung kann namentlich ein Widerruf, der eine Belastung zur Folge hat, nur rechtmässig verfügt werden, wenn er aus wichtigen öffentlichen Interessen geboten ist. Mit dem Erfordernis des öffentlichen Interesses verlangt das Gesetz eine Wertabwägung. Abzuwägen ist das öffentliche Interesse am Widerruf einerseits gegen das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an der Aufrechterhaltung der ergangenen Verfügung anderseits. Dass das Gesetz nur wichtige öffentliche Interessen als ausreichend erachtet, um einen Widerruf zu rechtfertigen, macht deutlich, dass das öffentliche Interesse klar überwiegen muss. Bei der Beurteilung fällt vor allem ins Gewicht, dass ein belastender Widerruf stets eine Hintanstellung des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie des Erfordernisses der Rechtssicherheit mit sich bringt (VerwGE vom 30. April 1986 i. S. B. E.). Der Widerruf kommt sowohl gegenüber ursprünglich fehlerhaften Verfügungen als auch gegenüber solchen, bei denen der Mangel erst im Nachhinein eintritt, in Betracht (Ch. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Diss. Zürich 1991, Rz. 422; A. Guckelberger, Der Widerruf von Verfügungen im schweizerischen Verwaltungsrecht, in: ZBI 2007, S. 296; Haller/Karlen, a. a. O., Rz. 821).

3.3.4. Vorliegend stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit des Widerrufs einer ursprünglich fehlerhaften Baubewilligung. Grundsätzlich belastet der Widerruf einer formell rechtskräftigen Baubewilligung den Bewilligungsinhaber. Zwar begründet die Baubewilligung als Polizeierlaubnis nach vorherrschender Meinung beim Adressaten keine subjektiven Rechte (BGE 100 Ib 303, 91 I 96, 90 I 13; Guckelberger, a. a. O., S. 300 f.), da sie einzig die Erklärung der zuständigen Baupolizeibehörde beinhaltet, dass einem Bauvorhaben keine im öffentlichen Interesse begründeten Hindernisse entgegenstehen (vgl. Art. 87 Abs. 1 BauG). Jedoch kann nicht übersehen werden, dass die formell rechtskräftige Baubewilligung dem Bewilligungsinhaber eine öffentlich-rechtliche, faktisch in der Regel vermögenswerte Rechtsposition verschafft. Wird ihm diese durch Widerruf entzogen, erleidet er als Betroffener eine tatsächliche Belastung. Eine solche tatsächliche Belastung ist aber hinreichend, um den Widerruf nach Art. 28 Abs. 1 VRP nur dann zulässig erscheinen zu lassen, wenn wichtige öffentliche Interessen ihn verlangen. Dabei sind im Einzelfall die Interessen an der richtigen Durchsetzung der Rechtsordnung, der Schutz allfälliger Drittbetroffener und das Interesse des Bauherrn zu gewichten und gegeneinander abzuwägen (Mäder, a. a. O., Rz. 422).

3.3.5. Nebenbauten sind gemäss allgemeinem Verständnis freistehende, mit dem Hauptgebäude nicht verbundene untergeordnete Bauten (Heer, a. a. O., Rz. 689). Mit Blick auf die Beschränkungen hinsichtlich ihres räumlichen Ausmasses und der Nutzung (vgl. Art. 15 Abs. 2 BauG) sind sie gegenüber Hauptbauten namentlich in bezug

auf die Abstandsvorschriften privilegiert (vgl. Art. 15 Abs. 3 BauG). Aus gesundheits- und feuerpolizeilichen Gründen sowie aus Gründen des Immissionsschutzes ist eine Wohn- und Arbeitsnutzung in einer Nebenbaute nicht zulässig (vgl. Erw. 3.3.2.). Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Rechtsordnung ist vorliegend gross. Daran vermag auch der Hinweis der Beschwerdeführer nichts zu ändern, dass die Baute während Jahren als Vereinslokal benutzt worden ist. Zwar trifft es zu, dass jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, ob ein an sich gewichtiges öffentliches Interesse auch unter den konkreten Umständen einen Widerruf rechtfertigen kann (Guckelberger, a. a. O., S. 303). Diese Voraussetzung ist indes vorliegend gegeben. So haben namentlich die Lärmimmissionen im Zusammenhang mit dem Betrieb des Vereinslokals verschiedentlich zu Klagen Anlass gegeben, wie nachfolgend (Erw. 3.3.7.) ausgeführt wird.

3.3.6. Der Zweck des Beschwerdeführers II, die Förderung des sozio-kulturellen Austauschs zwischen verschiedenen Kulturen, soll durch geselliges Beisammen-sein, Anlässe, gemeinsame sportliche Betätigung und Erholung erreicht werden. Wie aus dem «Aktivitätenplan 2005» hervorgeht, umfasst der Verein die Sektionen Boccia, Jassen, Tischfussball und Radfahren. Das private Interesse der Beschwerdeführer an der Führung eines Vereinslokals ist an sich ausgewiesen und nachvollziehbar, auch wenn die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 11. Mai 2007 zutreffend darauf hinweist, dass der gesellige Teil des Vereinslebens auch in ein anderes Lokal verlegt werden könnte. Indes fällt bezüglich des Vertrauensschutzes in Betracht, dass die Baute seit 1988 formell baurechtswidrig war und die Beschwerdeführer damit rechnen mussten, dass die Nutzung als Vereinslokal durch die Behörden untersagt wird. Sie konnten, wie die Vorinstanz zutreffend darauf hinweist, nicht einmal mit dem Weiterbestand des Gebäudes rechnen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer geniesst die Nebenbaute auch nicht den Schutz der Bestandesgarantie nach Art. 77bis BauG, nachdem sie im Jahr 1978 lediglich provisorisch für eine Dauer von zehn Jahren bewilligt worden ist. Unter den Schutz der Bestandesgarantie fallen nur Bauten, die formell rechtmässig erstellt wurden (Heer, a. a. O., Rz. 744 mit weiteren Hinweisen). Dies trifft auf die Nebenbaute seit Ablauf der befristeten Baubewilligung im Jahr 1988 nicht mehr zu. Dementsprechend konnte die Vorinstanz auf die Abnahme der gestellten Beweisanträge (Beizug von Akten, Einvernahme von Zeugen) verzichten, und auch im Beschwerdeverfahren ist davon abzusehen, da der Sachverhalt hinreichend ermittelt ist. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht vor.

3.3.7. Für die Nachbarn bedeutet die Nutzung der strittigen Baute als Vereinslokal in den Sommermonaten eine erhebliche Lärmbelastung. Dies haben die Beschwerdegegner bereits in den Jahren 1995, 1996 und 1998 gegenüber den Beschwerdeführern bzw. der Beschwerdebeteiligten zum Ausdruck gebracht. Aber auch eine (ehemals) an der S-Strasse wohnhafte Nachbarin bat die Gemeindeverwaltung mit Brief vom 15. September 2005 um Kenntnissnahme, dass sie sich wäh-

rend der Sommermonate oftmals noch um 23.00 Uhr durch den Lärm vom Boccia-club gestört fühle. Die Klagen sind mit Blick auf die Aktivitäten der Vereinsmitglieder, die zumindest teilweise draussen stattfinden, und den Umstand, dass der Betrieb über ca. 30 Sitzplätze im Garten verfügt, glaubwürdig und nachvollziehbar. Eine weitergehende Prüfung der Aussagen ist nicht notwendig, und es ist auch nicht massgeblich, dass sich die nördlichen Nachbarn entsprechend den Angaben der Beschwerdeführer in der Vergangenheit nicht beklagt haben.

3.4. Vor diesem Hintergrund kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass der Vorinstanz keine Ermessensverletzung vorgeworfen werden kann, wenn sie die öffentlichen Interessen am Widerruf höher gewichtet hat als die privaten Interessen der Beschwerdeführer. Dabei fällt insbesondere in Betracht, dass den Beschwerdeführern bewusst sein musste, dass das Gebäude seit 1988 widerrechtlich genutzt wurde. War dem Bauherr der Mangel bekannt oder verkannte er ihn grobfahrlässig, ist ein schutzwürdiges Interesse grundsätzlich zu verneinen (Mäder, a. a. O., Rz. 423).

4. Abschliessend ist zu prüfen, ob der Widerruf der Verfügung vom 22. November 2005 dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht. Die Beschwerdeführer machen in diesem Zusammenhang geltend, dass die Bewilligungsbehörde unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit hätte prüfen müssen, ob ihrem Begehren zur Führung des Vereinslokals im streitigen Clubgebäude wenigstens mit Auflagen hätte entsprochen werden können. Ausserdem habe es die Vorinstanz versäumt, die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 77 Abs. 1 BauG zu prüfen.

4.1. In bezug auf die Beschränkung der Lärmimmissionen käme als mögliche Auflage nur eine Einschränkung der Öffnungszeiten, vor allem während der Nachtruhe, in Frage. Da sich der Beschwerdeführer I jedoch in den Einigungsversuchen im Rekursverfahren vehement gegen eine Einschränkung der Öffnungszeiten gewehrt hat, wäre der Erfolg einer entsprechenden Auflage mehr als fraglich. Es liegt unter diesen Umständen keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips vor, wenn die Vorinstanz auf die zwangsweise Anordnung entsprechender Auflagen verzichtet hat.

4.2. Bezüglich der Erteilung einer Ausnahmegewilligung fällt in Betracht, dass die Vorinstanz diese Möglichkeit zwar anlässlich der Vergleichsgespräche in Betracht gezogen hat, im angefochtenen Entscheid indes das Vorliegen einer Ausnahmesituation, welche die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigen würde, verneint hat. Die rechtliche Beurteilung im Entscheid ist zutreffend. Namentlich sind die Voraussetzungen für die Annahme eines Härtefalls im Sinne von Art. 77 Abs. 1 lit. a BauG nicht gegeben. Der Baudispens verlangt eine Ausnahmesituation, bei der die Handhabung der Bauvorschriften in Würdigung der Gegebenheiten des Einzelfalls den Bauherrn in besonderem Mass hart treffen würde. Die Härte muss in einem objektiven Nachteil bestehen, den der Baugesuchsteller im Verhältnis zu Mitbürgern in gleicher oder ähnlicher Situation durch die strikte Anwendung der

Baunormen erleiden würde (Heer, a.a.O., Rz.736). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

4.3. Aus dem Gesagten folgt, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip durch den vorinstanzlichen Entscheid gewahrt wird.

69

Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP (sGS 951.1). Die Frage der Qualifizierung des Verhältnisses zwischen den Verfahrensbeteiligten als öffentlich- oder privatrechtlich ist keine solche der formellen Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz, sondern der materiellen Begründetheit des von der Vorinstanz behaupteten Anspruchs auf eine Abgabe. Die politische Gemeinde hat eine privatrechtliche Geldforderung gegenüber einem Privaten auf dem Zivilweg geltend zu machen.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 13. Dezember 2007

A ist Eigentümer einer Liegenschaft in X. Wegen einer verstopften Abwasserleitung wandte er sich an einen Sanitärunternehmer, der das Bauamt der politischen Gemeinde X mit einer Leitungsspülung beauftragte. In der Folge führte ein Mitarbeiter des Bauamts mit dem Spülgerät Reform 970 AL die Leitungsspülung an der Liegenschaft von A durch. Dabei gelangte Schmutzwasser durch die Dusche und die Toilette in eine vermietete Wohnung. Der dadurch entstandene Sachschaden wurde von der Haftpflichtversicherung des Bauamtmitarbeiters übernommen. Der behauptete Mietzinsausfall wurde von der Versicherung jedoch nicht gedeckt.

Die Finanzverwaltung der politischen Gemeinde X stellte A für das Spülen der Schmutzwasserleitung den Betrag von Fr. 210.– in Rechnung. Der Gemeinderat wies eine Einsprache von A gegen diese Rechnung ab.

Aus den Erwägungen:

2. Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen.

a) Nach Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP können bei der Verwaltungsrekurskommission selbständige Verfügungen und Entscheide der obersten Verwaltungsbehörde einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt über Gebühren, Taxen, Beiträge und andere öffentlich-rechtliche Geldleistungen Privater sowie über öffentlich-rechtliche Sicherheitsleistungen und Rückstattungen Privater mit Rekurs angefochten werden.

Anfechtungsgegenstand bildet in der Streitsache der Beschluss des Gemeinderates der politischen Gemeinde X vom 8./11. Mai 2007, mit dem die Einsprache

des Rekurrenten gegen die Rechnung über Fr. 210.– vom 5. September 2006 betreffend Leitungsspülung abgewiesen wurde. Die Vorinstanz geht davon aus, dass es sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Abgabe handelt, zumal sie ein Einspracheverfahren durchführte und in der Rechtsmittelbelehrung die Verwaltungsrekurskommission als zuständige Rechtsmittelinstanz angab. Der Rekurrent behauptet dagegen, es liege ein privatrechtliches Verhältnis vor, womit es sich beim Anfechtungsobjekt gar nicht um eine Verfügung im Sinn von Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP handeln könne.

Dieser Umstand kann die Verwaltungsrekurskommission nicht davon abhalten, auf den Rekurs einzutreten, da die vom Rekurrenten aufgeworfene Frage der rechtlichen Qualifizierung des Verhältnisses zwischen den Verfahrensbeteiligten keine solche der formellen Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz, sondern der materiellen Begründetheit des von der Vorinstanz behaupteten Anspruchs auf eine öffentlich-rechtliche Geldleistung ist. Behauptet nämlich die verfügende Behörde zur Begründung ihrer Verfügung einen Tatbestand, der sich, so wie behauptet, als solcher des öffentlichen Rechts darbietet, dann liegt eine öffentlich-rechtliche Streitsache vor, selbst wenn es sich herausstellen sollte, dass der Tatbestand anders liegt und ein in das Privatrecht fallender ist. Die nach dem öffentlich-rechtlichen Instanzenzug zuständige Rechtsmittelbehörde hat sich diesfalls nicht als unzuständig zu erklären, sondern die angefochtene Verfügung aufzuheben, weil sich diese mangels öffentlich-rechtlichen Tatbestands als unbegründet erweist (GVP 1988 Nr. 60). Da die Vorinstanz wie erwähnt davon ausgeht, dass es sich um einen abgaberechtlichen Tatbestand handle, stellt der angefochtene Beschluss eine mit Rekurs bei der Verwaltungsrekurskommission anfechtbare Verfügung nach Art. 41 lit. h Ziff. 5 VRP dar.

...

3. Zu klären ist zunächst, ob es sich bei der von der Vorinstanz geltend gemachten Geldforderung gegenüber dem Rekurrenten um eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche handelt.

a) Das Bundesgericht stützt sich für die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht auf verschiedene Theorien, wobei keiner a priori ein Vorrang zukommt. Vielmehr prüft es in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird (BGE 109 Ib 146 E. 1b). Für die Abgrenzung sind insbesondere die Subordinationstheorie, die Interessentheorie und die Funktionstheorie von Bedeutung (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2006, Rz. 253 ff.). Vorliegend bietet sich die vom Bundesgericht oft verwendete Subordinationstheorie an, der nach herrschender Auffassung diesbezüglich vorrangige Bedeutung zukommt. Das Bundesgericht hat im Sinne dieser Theorie bei der Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Recht wiederholt festgestellt, dass das Privatrecht die Rechtsbeziehungen zwischen gleichartigen, gleichwertigen, gleichberechtigten Rechtssubjekten ordnet, während das öffentliche Recht das Verhältnis des Individuums zur Staatsgewalt, d. h. seine diesbezügliche Unterordnung regelt (BGE 109 Ib 146 E. 3).

b) In der Streitsache nahm ein Gemeindeangestellter eine Leitungsspülung auf der Liegenschaft des Rekurrenten vor. Dieser wurde von einem Sanitärunternehmer, der die Spülung nicht selbst vornehmen konnte, hinzugezogen. Indem der Gemeindeangestellte die Leitungsspülung vornahm, handelte die politische Gemeinde nicht hoheitlich, das heisst nicht einseitig und verpflichtend, sondern wie ein privater Unternehmer (vgl. B. Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 4. Aufl. 1992, Rz. 72). Der Angestellte der politischen Gemeinde wurde im Auftrag des Rekurrenten bzw. seines Sanitärinstallateurs tätig. Der Rekurrent hätte diesen Auftrag aber ohne Weiteres auch einem anderen Sanitärinstallateur, der entsprechend ausgerüstet ist, erteilen können. Dies ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass es sich um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis handelt, und die Vertragspartner als gleichgeordnete Rechtssubjekte ihre Beziehungen geregelt haben. Allein die Anwendung des Gebührentarifs für Dienstleistungen an Dritte durch Bauamtsmitarbeiter und Maschinen begründet noch kein Unterordnungsverhältnis des Bürgers gegenüber dem Staat (vgl. dazu auch VRKE I/2 vom 31. März 1982 in Sachen D. W., S. 4).

Da der Sachverhalt der Leitungsspülung nicht im Abwasserreglement vom 19. Juli 1978 geregelt ist, wurde ein Rechtsverhältnis begründet, das dem Privatrecht untersteht. Damit trat die politische Gemeinde gegenüber dem Rekurrenten nicht hoheitlich, sondern in Konkurrenz zum privatwirtschaftlichen Gewerbe auf. Soweit die Vorinstanz aus der vorgenommenen Leitungsspülung Ansprüche gegenüber dem Rekurrenten geltend machen will, hat sie dies auf dem Zivilweg zu tun.

Zudem weist auch die Abwicklung des Schadenfalls auf das Vorliegen eines privatrechtlichen Verhältnisses hin. So wurde der entstandene Sachschaden in der Wohnung des Rekurrenten nach übereinstimmender Darstellung der Beteiligten von der privaten Haftpflichtversicherung des Bauamtsmitarbeiters gedeckt. Wäre der Schaden hingegen durch eine (hoheitliche) Amtshandlung widerrechtlich verursacht worden, wäre die Schadenersatzfrage über das Verantwortlichkeitsgesetz zu klären gewesen. Soweit aber gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten in Frage stehen, finden die haftpflichtrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts Anwendung (Art. 61 Abs. 2 OR), was hier offenbar der Fall war. Als gewerbliche Verrichtung gelten dabei die so genannten nichthoheitlichen Verrichtungen (BGE 113 II 424).

Auch die Anwendung der Interessen- oder Funktionstheorie führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar weist Art. 19 Abs. 2 Satz 1 RPG die Aufgabe der Erschliessung dem «Gemeinwesen» zu, wobei im Kanton St. Gallen die Planung und Durchführung der Erschliessung den politischen Gemeinden obliegt (Art. 50 Abs. 1 BauG). Zur hinreichenden Erschliessung gehören gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG insbesondere die Versorgung mit Wasser-, Energie- und Abwasserleitungen (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 lit. b BauG). Eine gesetzliche Verpflichtung zum Unterhalt von Hausanschlussleitungen ergibt sich jedoch weder aus dem kantonalen Recht noch aus

dem kommunalen Abwasserreglement vom 19. Juli 1978. Dies ist vielmehr Aufgabe des Grundeigentümers (vgl. Art. 7 Abs. 2 des Abwasserreglements), zumal es sich bei den Hausanschlüssen in der Regel um private Anlagen handelt, denen bloss eine untergeordnete Erschliessungsfunktion zukommt (vgl. AVGE 1984 Nr. 29).

c) Insgesamt ergibt sich, dass zwischen der politischen Gemeinde und dem Rekurrenten hinsichtlich des Einsatzes des Bauamtmitarbeiters kein öffentlich-rechtliches Verhältnis besteht, aufgrund dessen gegenüber dem Rekurrenten in hoheitlicher Funktion eine öffentlich-rechtliche Abgabe veranlagt werden könnte. Fehlt es damit generell an der Verfügungskompetenz der politischen Gemeinde, so sind deren Organe auch nicht befugt, eine Abgabeveranlagung betreffend Leitungsspülung zu erlassen (VRKE I/2-1987/19 vom 4. Mai 1988 in Sachen W. S. gegen Wasserkorporation O., S. 17). Der angefochtene Beschluss der Vorinstanz erweist sich daher mangels öffentlich-rechtlichen Tatbestandes als ungültig und ist deshalb aufzuheben. Die Rechnung der Finanzverwaltung vom 5. September 2006 ist auf dem Zivilweg geltend zu machen. Folglich ist der Rekurs gutzuheissen.

70

Art. 71d in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Die Mutter ist zur Anfechtung der Verfügung zur Errichtung der Vormundschaft auf eigenes Begehren für ihren mündigen Sohn legitimiert.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung V, 20. Juli 2007

Aus den Erwägungen:

1. In der Hauptsache ist die mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde X vom 26. März 2007 angeordnete Entmündigung von A auf eigenes Begehren angefochten. Gemäss Antrag der Vorinstanz wird das Verfahren vorfrageweise auf die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin beschränkt. Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet somit ausschliesslich die Eintretensfrage.

2. Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen.

a) Verfügungen der Vormundschaftsbehörde betreffend Bevormundung, Verbeiraturung und Verbeiständung von Erwachsenen können innert 10 Tagen mit öffentlich-rechtlicher Klage bei der Verwaltungsrekurskommission angefochten werden (Art. 397 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 373 Abs. 1 ZGB; Art. 64 Abs. 2 EG zum ZGB, Art. 71a lit. b VRP). Die Zuständigkeit der Verwaltungsrekurskommission zur Beurteilung der Streitsache ist gegeben.

b) Umstritten ist, ob die Klägerin als Mutter des von der Entmündigung betroffenen volljährigen A zur Klage legitimiert ist.

Die Vorinstanz macht im Wesentlichen geltend, dass die Klägerin von der Anordnung der Vormundschaft nicht in ihrer Rechtsstellung betroffen sei. Zudem sei sie im Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde nicht beteiligt gewesen. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass die Klägerin massgebende Interessen ihres Sohnes vorbringe, zumal dieser seine Interessen selber wahren könne und selbst das Gesuch um Entmündigung gestellt habe. In ihren eigenen Rechten sei die Mutter nicht verletzt. Sie sei seit sechs Jahren nicht mehr Inhaberin der elterlichen Sorge. Der Sohn habe den Kontakt zu ihr fast gänzlich eingestellt und sei seit dem 29. Oktober 2006 volljährig.

Dem hält die Klägerin entgegen, A sei ihr Kind, um das sie sich als Mutter Sorgen mache. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass er volljährig sei. Es gehe ihr mit der Klage ausschliesslich um das Wohl ihres Sohnes. Unter den gegebenen Umständen könne nur sie sich für ihn wehren, da er selber dazu nicht in der Lage sei.

Das Rechtsmittelverfahren betreffend die Entmündigung richtet sich – unter Vorbehalt der von Bundesrechts wegen geltenden Verfahrensgrundsätze – nach kantonalem Recht (Art. 373 Abs. 1 ZGB; BGE 112 II 479 E. 4; Schnyder/Murer, Berner Kommentar, Band II/3/1, Bern 1984, N 163 ff. zu Art. 373 ZGB; Deschenaux/Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, 3. Aufl., Bern 1995, Rz. 1125 und 1127). Die Kantone sind im Rahmen des Bundesrechts frei zu bestimmen, wem sie die Aktivlegitimation geben wollen bzw. wem nicht und auf was sich diese Legitimation beziehen soll bzw. auf was nicht. Von Bundesrechts wegen sind der Interzident sowie die antragsberechtigten Behörden und Privaten, soweit sie am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt waren, zur Anfechtung legitimiert (Schnyder/Murer, a. a. O., N 168 ff. zu Art. 373 ZGB). Dritte, die aufgrund ihres Antragsrechts als Partei am Verfahren teilnehmen, sind indes nicht legitimiert, sich beim Bundesgericht der Anordnung der Vormundschaft zu widersetzen (BGE 5C.155/2006 vom 1. September 2006 E. 4; Schnyder/Murer, a. a. O., N 218 zu Art. 373 ZGB).

Da die Klägerin weder direkt von der angefochtenen vormundschaftlichen Massnahme betroffen ist, noch als Antragstellerin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, ergibt sich ihre Klagelegitimation nicht aus Bundesrecht und ist daher nach kantonalem Recht zu prüfen (vgl. GVP 1978 Nr. 70).

Nach kantonalem Recht ist zur Erhebung der öffentlich-rechtlichen Klage berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheides ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut (Art. 71d in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Das schutzwürdige Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein und braucht mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Es genügt, wenn der Kläger ein sich selbst betreffendes schutzwürdiges Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts hat; auf die objektive Schutzrichtung der angeblich verletzten Norm kommt

es dabei nicht an. Schutzwürdig ist das Interesse dann, wenn der Kläger stärker als irgendein Dritter in seinem eigenen Interesse unmittelbar betroffen wird und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht. Dies ist nicht der Fall, wenn der Kläger lediglich Drittinteressen oder das öffentliche Interesse wahrnimmt (GVP 1993 Nr. 49). Jemand kann in seiner Rechtsstellung auch durch eine Verfügung beeinträchtigt werden, die nicht unmittelbar gegen ihn gerichtet ist (vgl. BGE 97 I 262 E. 6).

Die Verwaltungsrekurskommission hat bereits verschiedentlich die Klagelegitimation von nahen Verwandten der von einer vormundschaftlichen Massname betroffenen Person bejaht, soweit diese in einer besonderen Nähe zur Streitsache standen (VRKE V-2005/127 vom 6. Juli 2006 in Sachen B. P., S. 5 [Tochter]; VRKE V-1998/37 vom 22. Oktober 1998 in Sachen P. L., S. 4 [Bruder]; VRKE V-1996/44 vom 22. August 1996 in Sachen R. und K. T., S. 5 [Sohn]). Die Rechtsmittellegitimation eines Krankenheimleiters, der als Anzeiger auftrat, wurde hingegen verneint (GVP 2005 Nr. 52). Insgesamt ist die Frage nach der Rechtsmittelberechtigung nicht allzu streng auszulegen (vgl. dazu auch die Praxisbeispiele bei W. Hagmann, Die st.gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Diss. Zürich 1979, S. 147 f.). Dies gilt im Vormundschaftsrecht umso mehr hinsichtlich der einschneidenden Konsequenzen für die Betroffenen und angesichts der weiten Rechtsmittelbefugnis gegen Handlungen des Vormunds nach Art. 420 Abs. 1 ZGB, wo neben dem Bevormundeten auch Dritten ein Beschwerde-recht eingeräumt wird, die sich auf die Interessen der schutzbedürftigen Person berufen oder die Verletzung eigener Rechte oder Interessen geltend machen (vgl. BGE 121 III 1 E. 2a), sowie der ebenso weit gefassten Legitimation Dritter, nach Art. 433 Abs. 3 ZGB die Aufhebung der Vormundschaft zu beantragen.

Der von der Entmündigung betroffene A ist bereits volljährig. Die Frage nach der elterlichen Sorge der Klägerin stellt sich daher nicht, da ihr die elterlichen Vertretungsbefugnisse (Art. 304 ZGB) ohnehin nicht mehr zustehen. Ihr Sohn ist jedoch erst am 29. Oktober 2006 18 Jahre alt geworden und befindet sich also trotz seiner Volljährigkeit durchaus noch in einem Alter, in dem die Beziehung und Bindung zwischen einem Kind und seiner Mutter noch eine gewisse Intensität haben kann, was im Rahmen des Rechtsschutzinteresses ebenfalls berücksichtigt werden kann. So leben Gleichaltrige noch regelmässig bei ihren Eltern. Zudem ist es denkbar, dass durch die Errichtung einer Vormundschaft der Kontakt zwischen der Klägerin und ihrem Sohn beeinflusst wird, zumal der eingesetzte Vormund, dem umfassende Betreuungs- und Vertretungsaufgaben zukommen (Art. 367 Abs. 1 ZGB), die Beziehung zwischen Mutter und Sohn gemäss seinem Bericht vom 29. Januar 2007 als problematisch betrachtet. Als Mutter des von der Entmündigung direkt Betroffenen steht die Klägerin damit in einer besonderen Nähe zur Streitsache und ist mehr als irgendein Dritter betroffen. An dieser Beurteilung ändert auch nichts, dass Gegenstand der Klage die Anordnung einer Entmündigung auf eigenes Begehren nach Art. 372 ZGB ist und folglich der Sohn der Klägerin das Entmündigungsverfahren selbst in Gang gesetzt hat. Vordergründig

widersprechen sich zwar die Interessen von Mutter und Sohn. Sollte das Begehren auf Entmündigung jedoch tatsächlich nicht dem freien Willen ihres Sohnes entsprechen, so wie sie das geltend macht, würde die angeordnete Massnahme auch den Interessen des Sohnes zuwiderlaufen. Diese Frage muss an dieser Stelle aber noch nicht geprüft werden.

Aus kantonalem Recht ergibt sich damit insgesamt, dass die Klägerin ein schutzwürdiges und aktuelles Interesse an der Änderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheides hat. Ihre Klagelegitimation ist daher zu bejahen.

71

Art. 98 Abs. 2 VRP (sGS 951.1). Rekurrenten, die das Streitverfahren selber führen, werden für ihre Umtriebe in der Regel nicht entschädigt.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 18. Oktober 2007

A führte das Rekursverfahren selber. Sie beantragte, es seien bei der Veranlagung höhere Weiterbildungskosten zu berücksichtigen. Sie obsiegte, weil im Rekurs festgestellt wurde, dass das Recht, eine Steuer zu veranlagern, verjährt war.

Aus den Erwägungen:

3. ...

b) Die Rekurrentin hat ein Begehren um ausseramtliche Entschädigung gestellt. Nach Art. 98 Abs. 2 VRP werden im Rekursverfahren ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie aufgrund der Sach- oder Rechtslage als notwendig und angemessen erscheinen. Die Vorschriften des Zivilprozessgesetzes über die Parteikosten finden sachgemäss Anwendung (Art. 98ter VRP). Nach Rechtsprechung der Verwaltungsrekurskommission wird der Zeitaufwand im schriftlichen Verwaltungsstreitverfahren in der Regel nicht entschädigt (vgl. GVP 1993 Nr. 52). Auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für persönlichen Arbeitsaufwand und Umtriebe einer unvertretenen Partei grundsätzlich keine Parteientschädigung zu gewähren, ausser wenn besondere Verhältnisse vorliegen (BGE 110 V 82 und 133 ff. sowie 113 Ib 356 f.; vgl. auch 133 III 439 E. 4). Dem Bürger dürfen zur Verteidigung seiner Rechte nämlich gewisse zeitliche Opfer zugemutet werden (M. Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1986, S. 153). Im vorliegenden Fall kann nicht gesagt werden, dass die Interessenwahrung einen Arbeitsaufwand der Rekurrentin erforderte, welcher deren normale (z. B. erwerbliche) Betätigung während einiger Zeit erheblich beeinträchtigt hat. Es ist daher keine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen.

3. Zivilrechtspflege

72

Art. 1 Abs. 2 lit. c und Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG (SR 272). Nachdem die Lufttransportverordnung keine Gerichtsstandsbestimmungen enthält, ist die Zuständigkeit für eine Schadenersatzklage gegen den ausführenden Luftfrachtführer nach dem GestG zu beurteilen. Da eine Zuständigkeit am Erfüllungsort («Bestimmungsort») für Verträge fehlt, ist das Gericht am Sitz der Beklagten im Kanton Bern zuständig.

Handelsgericht, 3. März 2007

Aus den Erwägungen:

Unbestrittenermassen schloss die Klägerin mit der A. AG einen Vertrag ab über die Beförderung von Bäumen mit einem Helikopter auf dem Gemeindegebiet von X. (Kanton St.Gallen). Die A. AG beauftragte die Beklagte mit der Durchführung des Transportes, gegenüber welcher nunmehr die Klägerin den Schaden, welcher dieser durch die Beschädigung der zwei Sumpfeichen entstanden ist, geltend macht. Sie geht davon aus, dass die Beförderung der Bäume dem Lufttransportreglement unterstehe, das in Bezug auf den Gerichtsstand auf ein internationales Abkommen verweise.

a) Am 5. September 2005 sind die Verordnung vom 17. August 2005 über den Lufttransport (LTrV; SR 748.411) und das Übereinkommen vom 28. Mai 1999 zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Abkommen, SR 0.748.411) in Kraft getreten. Die Klägerin macht nun geltend, nachdem das der vorliegenden Forderung zugrunde liegende Schadensereignis am 7. April 2004 stattgefunden habe, seien die altrechtlichen Regelungen anwendbar, insbesondere das Abkommen vom 12. Oktober 1929 zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Warschauer Abkommen, WA; SR 0.748.410) und das mit Inkrafttreten der LTrV aufgehobene (vgl. LTrV Anhang I) Lufttransportreglement vom 3. Oktober 1952 (LTrR; aSR 748.411). Nachdem es sich bei der Beklagten weder um einen vertraglichen Luftfrachtführer im Sinne des WA noch um einen nachfolgenden Luftfrachtführer im Sinne von Art. 30 WA, sondern um einen ausführenden Luftfrachtführer handle, sei neben dem WA auch das Zusatzabkommen vom 18. September 1961 zum Warschauer Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die von einem anderen als dem vertraglichen Luftfrachtführer ausgeführte Beförderung im internationalen Luftverkehr (Guadalajara Abkommen, GA; SR 0.748.410.2) anwendbar.

b) Im Lufttransportreglement von 1952 (AS 1952 1060, 1963 679, 1994 3028 Ziff. II 2, 1997 2779 Ziff. II 54) verzichtete der Bundesrat darauf, für die Inlandbeförderung (vgl. Art. 2 Abs. 1 LTrR) eine eigene materielle Regelung zu schaffen und übernahm in Art. 3 LTrR die Vorschriften des von der Schweiz ratifizierten War-

schauer Abkommens auch für Inlandflüge. Art. 12 LTrR wiederholt die Geltung des Warschauer Abkommens auch für die Gerichtsstände und verweist darauf, dass sich diese für Schadenersatzklagen nach dem Warschauer Abkommen richten. Art. 12 Abs. 1 LTrR lautet wie folgt:

«Art. 12 Der Gerichtsstand für Schadenersatzklagen richtet sich nach den Bestimmungen des Warschauer Abkommens.»

Beide Parteien gehen, nachdem die LTrV am 5. September 2005 in Kraft getreten und sich der Schaden am 7. April 2004 ereignet hat, davon aus, dass für die Haftung der Beklagten wie auch für den Gerichtsstand grundsätzlich das mit Inkrafttreten der LTrV aufgehobene LTrR massgebend ist. Das Gericht prüft die örtliche Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 34 Abs. 1 GestG; vgl. Art. 79 lit. b ZPO), nachdem die Unzuständigkeitseinrede erhoben worden ist. Wenn kein internationales Verhältnis vorliegt, regelt das Gerichtsstandsgesetz die örtliche Zuständigkeit in Zivilsachen (Art. 1 Abs. 1 GestG). Vorbehalten bleiben insbesondere die Bestimmungen über die Zuständigkeit auf dem Gebiet der Luftfahrt (Art. 1 Abs. 2 lit. c GestG; vgl. BSK GestG-Meyer, Basler Kommentar 2001, Art. 1 N 17; Gasser, GestG-Kommentar, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 1 N 41; Dasser, GestG-Kommentar, Zürich 2001, Art. 1 N 72). Das GestG ist auf alle Verfahren anwendbar, welche nach dem Inkrafttreten am 1. Januar 2001 eingeleitet werden; es besteht somit das Prinzip der sofortigen Anwendbarkeit des neuen Verfahrensrechts (Dasser, GestKomm. ZH, Art. 38 N 7; von Werdt, GestKomm. BE, Art. 38 N 1 und N 7; vgl. BGE 115 II 101, 122 III 324 in Bezug auf die Anwendbarkeit neuen Prozessrechts auf bereits hängige Verfahren). Entgegen der Auffassung der Parteien ist damit, auch wenn sich die Forderung der Klägerin materiellrechtlich nach dem LTrR (inkl. Verweise auf internationale Abkommen) beurteilt, auf die Frage der Zuständigkeit das GestG anwendbar, soweit nicht Zuständigkeitsbestimmungen auf dem Gebiet der Luftfahrt bestehen. Die seit 5. September 2005 geltende LTrV hält in Art. 2 fest, welche Bestimmungen des Montrealer Abkommens im Geltungsbereich dieser Verordnung anwendbar sind. Nicht in Art. 2 LTrV erwähnt sind aber insbesondere Art. 33 (Gerichtsstand betreffend Haftung des vertraglichen Luftfrachtführers) und Art. 46 (Gerichtsstand betreffend Haftung des ausführenden Luftfrachtführers) des Montrealer Abkommens. Nachdem die LTrV keine Gerichtsstandsbestimmungen enthält, ist die Zuständigkeit nach GestG zu beurteilen.

c) Vorliegend geht die Klägerin nicht von einer Haftung der Klägerin aus unerlaubter Handlung aus, womit kein Gerichtsstand am Handlungs- oder Erfolgsort (Art. 25 GestG) besteht. Sie hielt fest, dass es sich bei der Beklagten nicht um einen vertraglichen, sondern um einen ausführenden Luftfrachtführer handle, weshalb zusätzlich das Guadalajara Abkommen anwendbar sei. Ferner führte sie aus, dass als eine der Voraussetzungen für die Haftung des ausführenden Luftfrachtführers insbesondere das Vorliegen eines Luftfrachtvertrages erfüllt sei, wobei der Schaden auf einer Nicht- oder Schlechterfüllung des Beförderungsvertrages beruhe. Art. II GA erweitere den

Kreis derjenigen, die nach dem Warschauer Abkommen hafteten. Art. II GA mache den ausführenden Luftfrachtführer deshalb im Rahmen des Haftungssystems der Art. 17 ff. WA zum «Quasi-Vertragspartner». Die entsprechenden Ausführungen gelten auch für Art. 39 ff. des Montrealer Abkommens, welche den Grundsätzen des Guadalajara Abkommens entsprechen (BBI 2004, 2902). Nachdem eine Quasi-Vertragshaftung des ausführenden Luftfrachtführers besteht, sind die Bestimmungen des GestG über die Vertragshaftung entsprechend anzuwenden. Bei einer Vertragshaftung ist der «Bestimmungsort» als der Erfüllungsort zu betrachten. Eine Zuständigkeit am Erfüllungsort für Binnensachverhalte fehlt nun aber (abgesehen von hier nicht anwendbaren Ausnahmen), nachdem der im Entwurf des GestG vorgesehene Gerichtsstand des Erfüllungsortes für Verträge in der parlamentarischen Beratung gestrichen worden ist (Dasser, GestG-Komm. ZH, Art. 1 N 44; Walther, GestG-Komm. BE, Vorbem. zum 5. Abschnitt N 2; BSK GestG-Spühler, Einl. N 3, 8). Die Beklagte hat ihren Sitz im Kanton Bern, wogegen entsprechend dem Luftfrachtvertrag der Transport in X. (Kanton St.Gallen) auszuführen war. Nachdem ausschliesslich der Erfüllungsort im Kanton St.Gallen liegt, ist auf die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit des Handelsgerichts St.Gallen nicht einzutreten. Zuständig ist das Gericht am Sitz der Beklagten im Kanton Bern (Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG).

73

Art. 15 GestG (SR 272). Eine güterrechtliche Saldoklausel im Scheidungsurteil schliesst eine spätere Darlehensforderung nicht aus. Der Wahlgerichtsstand in Ehesachen steht dafür aber nicht mehr zur Verfügung.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 2. Mai 2007

Die in Gütertrennung lebenden Eheleute wurden von einem thurgauischen Gericht geschieden. Dieses stellte fest, dass die Ehegatten güterrechtlich per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt seien. Wenig später erhob der geschiedene Ehemann an seinem neuen st.gallischen Wohnsitz Klage gegen die weiterhin im Thurgau wohnhafte ehemalige Ehefrau und machte eine «Forderung aus Güterrecht» geltend, die er damit begründete, dass er ihr die Mittel für Kauf und Ausstattung einer Farm in ihrer südamerikanischen Heimat überlassen habe. Das Kreisgericht trat auf die Klage nicht ein, weil die güterrechtliche Saldoerklärung klar und umfassend sei, weshalb es sich um eine bereits abgeteilte Sache handle.

Aus den Erwägungen:

Für die Eintretensfrage kommt es einerseits auf die Tragweite der Saldoklausel im Scheidungsurteil und andererseits auf die Rechtsnatur des geltend gemachten

Anspruchs an. Abzustellen ist dabei auf die Begründung des Klägers und nicht auf die materiellen Einwände der Beklagten, weil es in diesem Verfahrensstadium nur darum geht, ob der behauptete Anspruch nicht schon rechtskräftig beurteilt ist und in die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts fällt. Es braucht hingegen noch nicht geprüft zu werden, ob der Anspruch – so wie ihn der Kläger vorträgt – zu schützen wäre (BGE 131 III 157; 122 III 252; vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 11 zu § 17). Der Kläger nimmt an, die eingeklagte Forderung sei nicht von der Saldoklausel im Scheidungsurteil erfasst. Die Parteien hätten den Farmkauf bewusst nicht im Scheidungsverfahren abhandeln, sondern später erledigen wollen. Für die Beurteilung einer güterrechtlichen Angelegenheit, die stillschweigend in ein separates Verfahren verwiesen worden sei, gelte der Wahlgerichtsstand in Ehesachen und damit sei die örtliche Zuständigkeit des Gerichts an seinem Wohnsitz zu bejahen. Die Beklagte geht davon aus, dass ein vollständiges Scheidungsurteil ergangen sei. Es sei gar kein güterrechtlicher Anspruch *ad separatum* verwiesen worden, und selbst wenn das zutreffen würde, wäre dieser nicht in einem Ergänzungsverfahren, sondern in einem Nachverfahren vor dem früheren Scheidungsgericht zu beurteilen.

Die Parteien hatten eine Gütertrennung vereinbart. Das ist genau genommen ein Nicht-Güterstand, der sich in der Negation aller güterrechtlichen Bindungen erschöpft. Die Vermögensmassen von Frau und Mann bleiben voneinander getrennt und damit entstehen gar keine gegenseitigen güterrechtlichen Ansprüche (vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar N 12 ff. vor Art. 247 ff. ZGB). Muss gleichwohl eine Entflechtung stattfinden, weil sich Vermögenswerte der Ehegatten irgendwie vermischten, so gelten dafür dieselben sachen- oder obligationenrechtlichen Regeln wie zwischen unverheirateten Personen (Hausheer/Reusser/Geiser, N 14 vor Art. 247 ff. ZGB). Damit sagt die Saldoklausel im Scheidungsurteil nur etwas an sich Selbstverständliches aus, nämlich dass die Parteien zufolge der in ihrer Ehe von Anfang an geltenden Gütertrennung keine Ansprüche aus Güterrecht hatten. Es bestand mithin kein Anlass, eine güterrechtliche Forderung *ad separatum* zu verweisen.

Aus der Feststellung im Scheidungsurteil, die Parteien seien güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt, lässt sich aber noch nicht ableiten, dass auch über die hier erhobene Forderung bereits rechtskräftig entschieden sei. Die nach Treu und Glauben ausgelegte güterrechtliche Saldoerklärung kann nicht bedeuten, dass die Parteien unter anderen Rechtstiteln in keiner Weise mehr etwas voneinander fordern dürften. Im Fall der Gütertrennung können Geld- und Sachleistungen zwischen Ehegatten zwar auf eherechtlichen Beziehungen beruhen (Art. 163 ff. ZGB), sich aber insbesondere auch aus schuldrechtlichen Abmachungen ergeben (vgl. E. Kobel, Eherechtliche und schuldrechtliche Leistungen unter Ehegatten, Diss. Bern 2001, S. 80). Der Kläger spricht von einer Forderung aus Güterrecht, begründet das jedoch einzig mit der Finanzierung von Grund- und Fahrniseigentum der Beklagten. Er kann sich nicht auf eine eherechtliche Grundlage stützen, son-

dern nur auf einen allfälligen Darlehensvertrag. Zwar mag es als zweckmässig erscheinen, wenn die Ehegatten alle ihre vermögensrechtlichen Differenzen im Zuge der Scheidung bereinigen (BGE 109 Ia 53). Geschah das aber nicht, so liegt deswegen noch kein Fall der notwendigen Ergänzung eines lückenhaften Scheidungsurteils vor. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Parteien aus Irrtum oder Unkenntnis eine Regelung unterlassen hätten, die zwingend im Scheidungsverfahren zu treffen gewesen wäre (vgl. BGE 104 II 291). Die Forderung hängt nicht untrennbar mit dem bei der Scheidung zu liquidierenden ehelichen Verhältnis zusammen, sondern mit einem gewöhnlichen Rechtsgeschäft.

Damit steht der Klage zwar keine Einrede der abgeurteilten Sache entgegen. Die örtliche Zuständigkeit ist jedoch weder nach Art. 15 Abs. 1 lit. c GestG (güterrechtliche Auseinandersetzung) noch nach Art. 15 Abs. 1 lit. d GestG (Ergänzung des Scheidungsurteils) gegeben. Für die Beurteilung einer Forderung aus Darlehen ist das angerufene Gericht hingegen nicht zuständig. Der Kläger hätte seine Klage am Wohnsitz der Beklagten als ordentlichem Gerichtsstand anbringen müssen.

74

Art. 178 Abs. 1 IPRG (SR 291) und Art. II NYÜ (SR 0.277.12). Die Klägerin unterwarf sich als Rechtsnachfolgerin eines Gründeraktionärs der in den Statuten einer Aktiengesellschaft enthaltenen Schiedsabrede, auch wenn sie nicht ihrerseits bei der Übertragung der Aktien die Statuten unterzeichnet hatte.

Handelsgericht, 16. Januar 2007

Die Klägerin, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutschen Rechts, ist Aktionärin der Beklagten, die ihren Sitz in der Schweiz hat. In Art. 28 der Statuten der Beklagten wird neben dem Gerichtsstand folgende Schiedsklausel vorgesehen:

«Streitigkeiten zwischen Aktionären und der Gesellschaft werden unter Ausschluss der ordentlichen Rechtswege durch ein dreiköpfiges Schiedsgericht entschieden».

Ferner werden in Art. 28 der Statuten Einzelheiten über die Konstituierung und den Sitz des Schiedsgerichts sowie über das anwendbare Verfahren geregelt.

Aus den Erwägungen:

1. Vorliegend besteht ein internationaler Sachverhalt, indem die Klägerin ihren Sitz in Deutschland und die Beklagte in der Schweiz hat. Haben die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine Schiedsvereinbarung getroffen, so lehnt das angerufene schweizerische Gericht gemäss Art. 7 lit. b IPRG seine Zuständigkeit ab, es sei

denn, das Gericht stelle fest, die Schiedsvereinbarung sei hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar. Gemäss Art. 176 ff. IPRG können die Parteien vereinbaren, ihren Rechtsstreit ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit auszutragen, wobei einer entsprechenden Parteivereinbarung bindende Kraft zukommt (Art. 178 IPRG). Sowohl die Schweiz als auch Deutschland sind Vertragsstaaten des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ). Dieses geht grundsätzlich dem IPRG vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG; Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 7 N 47 f.). Nach Art. II NYÜ wird eine in einer schriftlichen Vereinbarung getroffene Schiedsklausel anerkannt, «sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben» (Art. II Ziff. 2 NYÜ). Das Bundesgericht hat in BGE 121 III 38 E. 2c (= Pra 1995 Nr. 205) die Anforderungen an die Schriftlichkeit gemäss Art. II Ziff. 2 NYÜ denjenigen des Art. 178 IPRG grundsätzlich gleichgesetzt, womit für die Frage der Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung auch die Literatur und Rechtsprechung zu Art. 178 IPRG herangezogen werden kann (vgl. auch Volken, N 33 ff. zu Art. 178 IPRG).

a) Die Klägerin verlangt als Aktionärin der Beklagten mit der vorliegenden Klage Auskunft über verschiedene Geschäftsvorfälle und Einsicht in einen Darlehensvertrag der Beklagten mit den Gründeraktionären X. und Y. Sie stützt ihren Anspruch auf Aktienrecht und auf die Statuten der Gesellschaft. Unbestrittenermassen handelt es sich somit um eine Auseinandersetzung zwischen der Klägerin als Aktionärin und der Beklagten, mithin um eine Streitigkeit zwischen «Aktionären und der Gesellschaft» im Sinne von Art. 28 der Statuten. Bestritten ist, dass sich die Klägerin der Schiedsklausel unterworfen hat.

b) Unbestritten ist, dass sich die Gründeraktionäre, d. h. insbesondere U., der Schiedsabrede in Art. 28 der Statuten der Beklagten unterworfen haben, indem sie diese unmittelbar nach der Schiedsklausel unterzeichnet haben. U. war und ist unbestrittenermassen Geschäftsführer der Klägerin. Er übertrug die 35 von ihm gezeichneten Aktien am Gründungstag der Beklagten vom 24. Mai 1993 vollumfänglich auf die Klägerin. Auf der Rückseite des Aktienzertifikats über 35 Namenaktien der Beklagten vom 24. Mai 1993, auf welcher die Zession der Aktien von U. an die Klägerin festgehalten wird, findet sich keine zusätzliche Vereinbarung betreffend die Abtretung der Aktien; eine solche ist auch nicht von der Klägerin behauptet worden.

2. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass sie keine Rechtswahl getroffen haben (Art. 178 Abs. 2 IPRG), womit – soweit nichts Abweichendes im New Yorker Übereinkommen geregelt ist – in Bezug auf die Gültigkeit der vorliegenden Schiedsklausel schweizerisches Recht anzuwenden ist. Nach Art. 178 Abs. 1 IPRG hat die Schiedsvereinbarung schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht. Ob eine Schiedsvereinbarung gültig abgetreten worden ist, bestimmt sich ebenfalls nach dem gemäss Art. 178 Abs. 2 i. V. m.

Art. 176 Abs. 1 IPRG zu bestimmenden Recht (BGE 117 II 94 E. 5b; Lalive/Poudret/Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, S. 325 N 21 zu Art. 178 IPRG), mithin vorliegend nach schweizerischem Recht.

Art. 178 Abs. 1 IPRG stellt eine materielle IPR-Norm dar, in welcher die Minimalanforderungen der für eine gültige Schiedsvereinbarung zulässigen Form unmittelbar festgelegt werden (Volken, N 19 zu Art. 178 IPRG). Dem Formerfordernis von Art. 178 Abs. 1 IPRG liegen ein Schutzgedanke und ein Klarstellungszweck zugrunde. Zum einen soll mit dem Element der Klarstellung die nötige Sicherheit mit Bezug auf Annahme der Schiedsvereinbarung erreicht werden. Zum andern sollen die Parteien eines internationalen Handelsvertrages durch das Formerfordernis darauf hingewiesen werden, dass sie ihre Schiedsklauseln bewusst schliessen (Volken, N 21 f. zu Art. 178 IPRG; Wenger, *Basler Kommentar*, N 7 zu Art. 178 IPRG). Wie bereits ausgeführt, genügt es bei internationalen Verhältnissen, wenn die Schiedsvereinbarung «schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung» erfolgt, «die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht» (Art. 178 Abs. 1 IPRG). In Bezug auf die Willenserklärungen sind somit die Unterzeichnung durch den Erklärenden und die Kenntnissgabe der Unterzeichnung an den Erklärungsempfänger nicht mehr erforderlich. Für das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung bedarf es beidseitig der Formwahrung, wobei jedoch ein Erklärungsaustausch nicht erforderlich ist. Es genügt, wenn aus der Gesamtheit der in Textform nachgewiesenen Äusserungen die Zustimmung aller Beteiligten zur Schiedsvereinbarung hervorgeht (Volken, N 29, 31 zu Art. 178 IPRG; BSK IPRG-Wenger, Art. 178 N 13, 14 und 16). In BGE 121 III 45 unterschied das Bundesgericht – entsprechend der zum NYÜ entwickelten Lehre und Rechtsprechung – zwischen den in einem Dokument festgehaltenen Schiedsabreden und denjenigen, die sich aus dem Tausch von schriftlichen Erklärungen ergeben, und hielt fest, im letzteren Fall bestehe kein Unterschriftserfordernis, und unter gewissen Umständen könne zudem ein bestimmtes Verhalten aufgrund von Treu und Glauben die Schriftform überflüssig machen. Vorliegend wurde diesem Formerfordernis grundsätzlich Genüge getan, indem die Schiedsklausel in einer schriftlichen Erklärung, nämlich den Statuten der Beklagten, enthalten ist, welche von den Gründeraktionären, d. h. insbesondere auch von U., unterzeichnet worden ist. Damit bestand für die Gründeraktionäre eine gültig abgeschlossene Schiedsklausel. Nachdem die Aktie ein kausales Wertpapier ist, d. h. die verkörperten Rechte sind insbesondere den Statuten und allenfalls GV-Beschlüssen zu entnehmen (BSK OR II-Baudenbacher, Art. 622 N 7), gingen – bei Anwendung schweizerischen Rechts, wovon die Parteien ausgehen – grundsätzlich sämtliche Rechte und Pflichten mit der Abtretung der 35 Aktien durch U. an die Klägerin über. Insbesondere gehen nach Art. 170 OR auch Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsklauseln, sofern sie nicht mit besonderer Rücksicht auf die Person des Zedenten abgeschlossen wurden oder ihre Abtretung von den ursprünglichen Parteien ausgeschlossen wur-

de, auf den Zessionar über (BSK OR I-Girsberger, Art. 170 N 8). Die Klägerin wandte ein, sie habe beim Gesellschaftsbeitritt, d. h. beim Erwerb der 35 Namenaktien der Beklagten, keine andere Vereinbarung mit U. getroffen, was aus dem Aktienzertifikat mit rückseitiger Zession ersichtlich sei. Auf die Statuten der Beklagten und insbesondere auf die diesbezügliche Schiedsklausel sei in keiner Weise Bezug genommen worden, und diese seien auch nicht mit der Aktienübertragung auf die Klägerin als Erwerberin der Aktien übertragen oder übergeben worden.

a) Die Frage, ob in Bezug auf die Form eine Schiedsvereinbarung gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG gültig abgeschlossen worden ist, stellt sich nur beim Abschluss der Schiedsvereinbarung. Mithin betrifft die Frage, ob einer Schiedsklausel auch indirekt zugestimmt werden kann, z. B. durch die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft, deren Statuten eine Schiedsvereinbarung enthalten, nicht die Form, sondern den Inhalt des Gesellschaftsbeitritts (BSK IPRG-Wenger, Art. 178 N 8; Volken, N 23 f. zu Art. 178 IPRG). «Ist die Schiedsvereinbarung aber einmal gültig zustande gekommen, so kann sie zusammen mit dem Rechtsverhältnis, auf welches sie sich bezieht, durch Rechtsnachfolge auf einen Dritten übergehen, ohne dass es auf dessen Zustimmung ankäme und deshalb ohne dass dieser die für den Abschluss vorgeschriebene Form nach Abs. 1 erneut wahren müsste» (BSK IPRG-Wenger, Art. 178 N 8; vgl. Art. 178 N 67 zur rechtsgeschäftlichen Zession). Damit kann ohne Zustimmung des Betroffenen und deshalb formlos eine Schiedsklausel kraft Körperschaftsrechts für das Mitglied einer entsprechend organisierten juristischen Person verbindlich werden. Dies trifft insbesondere auf einen Dritten zu, welcher einer juristischen Person beitrifft, indem er eine Aktie der Gesellschaft erwirbt, deren Statuten eine Schiedsklausel enthalten (BSK IPRG-Wenger, Art. 178 N 8 und N 63 m.w.H.). Werden also – anders ausgedrückt – Beteiligungsrechte an einer Kapitalgesellschaft übertragen, ist in gleicher Weise wie bei einer Forderungsabtretung an einen Dritten davon auszugehen, dass die in den Statuten enthaltene Schiedsklausel auch für den Erwerber verbindlich wird (Berger/Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 448). Art. 178 Abs. 1 IPRG ist somit auf Schiedsklauseln, die in Gesellschaftsstatuten enthalten sind, entsprechend anwendbar, wobei deren Anwendung nur abgeschlossen ist, wenn einer Partei auf missbräuchliche Weise der Zugang zum ordentlichen Richter entzogen würde (Volken, N 38 zu Art. 178 IPRG; vgl. ferner Walter/Bosch/Brönnimann, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991, 83; Lalive/Poudret/Reymond, N 10 und 13 zu Art. 178 IPRG; Werner Wenger, Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, BJM 1989, 343 f.). Zu Unrecht beruft sich die Klägerin auf die von Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004, § 10 N 63, geäusserte Auffassung, wonach bei einer Übertragung von Aktien die Form Erfordernisse an eine Schiedsabrede kaum je erfüllt sein dürften, da ein Rechtsnachfolger eines Aktionärs, der eine Schiedsabrede schriftlich in den Gesellschaftsstatuten geschlossen hat, bei der Rechtsnachfolge ebenfalls schriftlich, d. h. mit

einer Unterschrift versehen, sich ausdrücklich auf die Schiedsabrede beziehen müsste, damit diese ihm gegenüber ebenfalls Gültigkeit beanspruchen würde, da sich diese Ausführungen ausschliesslich auf Art. 6 des schweizerischen Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit beziehen, welche Regel eben gerade von derjenigen von Art. 178 Abs. 1 IPRG abweicht (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 10 N 54, wo die erwähnte Passage der 9. Auflage nicht mehr enthalten ist).

b) Nichts zu ihren Gunsten kann die Klägerin ableiten aus dem Entscheid BGE 117 II 98 ff., bei welchem eine Auffanggesellschaft in ein Werkvertragsverhältnis mit Schiedsvereinbarung eingetreten ist. Das Bundesgericht (wie auch das angerufene Schiedsgericht) verneinte dabei die Massgeblichkeit der Schiedsklausel gegenüber der Nachfolgesellschaft, nicht weil Schiedsvereinbarungen nicht übertragbar wären, sondern weil die Zession des Grundgeschäftes nicht rechtsgültig zustande gekommen war, da die ursprünglichen Vertragsparteien ein Abtretungsverbot vereinbart hatten. Die Klägerin beruft sich vorliegend auch zu Unrecht auf den Grundsatz, wonach der Verzichtswille nicht leichthin angenommen werden kann, nachdem dieser nur gilt, wenn zweifelhaft ist, ob eine Schiedsabrede gültig zustande gekommen ist, nicht aber, wenn sie durch Rechtsnachfolge auf einen Dritten übergeht. In BGE 129 III 681 wird in Bezug auf das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung auf das Gebot einer restriktiven Auslegung hingewiesen, jedoch festgehalten, dass, wenn das Vorliegen einer Schiedsabrede feststehe, kein Anlass zu einer restriktiven Auslegung mehr bestehe. Wie bereits ausgeführt, steht vorliegend die Vereinbarung einer Schiedsklausel durch die Gründeraktionäre in Art. 28 der Statuten der Beklagten fest, und es stellt sich nur die Frage, ob die Schiedsklausel mit dem Erwerb von 35 durch U. gezeichneten Aktien der Beklagten auf die Klägerin übergegangen ist.

Im Entscheid BGE 128 III 54 E. 2b/aa (= Pra 2002 Nr. 90) hielt das Bundesgericht fest, es bestehe kein Zweifel, dass eine Schiedsvereinbarung selbst Personen verpflichten könne, welche die Vereinbarung nicht unterzeichnet haben. Diese Ausführungen stellen zumindest einen gewissen Hinweis dafür dar, dass das Bundesgericht von der Verbindlichkeit von Statutenbestimmungen für später hinzutretende Mitglieder juristischer Personen, ohne dass diese die Statuten unterzeichnet haben, ausgeht, auch wenn es in jenem Fall um die Klage eines Zessionars ging, der sich die Forderung aus einem Vertrag mit Schiedsabrede hatte abtreten lassen. Auch in BGE 129 III 735 E. 5.3.1 (= Pra 2004 Nr. 178) bestätigte das Bundesgericht die Anwendbarkeit einer Schiedsabrede gegenüber einem Dritten. Es hielt fest, dass es unter gewissen Voraussetzungen, wie etwa der Forderungsabtretung, der Schuldübernahme oder der Übertragung eines Vertragsverhältnisses, in konstanter Praxis anerkenne, dass eine Schiedsvereinbarung selbst Personen verpflichten könne, die sie nicht unterzeichnet haben und die darin nicht aufgeführt sind. Der in der bundesgerichtlichen Praxis angewendete Liberalismus betreffend die Form der Schiedsvereinbarung auf dem Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

zeige sich auch in der Flexibilität, mit welcher das Problem der Schiedsklausel durch Verweis behandelt werde. So könne eine Partei durch einen blossen Verfahrensschritt einer Schiedsklausel zustimmen, oder bei Vorliegen entsprechender Umstände könne eine bestimmte Verhaltensweise nach Treu und Glauben die Einhaltung einer Formvorschrift ersetzen. Insgesamt bestehe kein Anlass, zu strenge Anforderungen hinsichtlich der formellen Gültigkeit der Ausdehnung einer Schiedsklausel auf einen Dritten zu stellen (BGE 129 III 735 E. 5.3.1 m.w.H.). Entgegen den Ausführungen der Klägerin vertritt das Bundesgericht im soeben erwähnten Entscheid nicht die Auffassung, dass ein entscheidendes Element für die Ausdehnung einer Schiedsabrede auf einen Dritten darstelle, ob der Dritte beim Abschluss oder der Durchführung des Vertrages mitgewirkt habe (BGE 129 III 730 E. 5.1.1, wo auf die französische Rechtsprechung hingewiesen wird, welche die gegenwärtige Tendenz der internationalen Schiedspraxis gut veranschauliche).

Insgesamt ist festzuhalten, dass auf Grund der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts an die formelle Gültigkeit der Ausdehnung einer Schiedsgerichtsklausel auf einen Dritten nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden dürfen. Dies steht in Übereinstimmung mit der Praxis des Bundesgerichts, die im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vom «Utilitätsgedanken» geprägt ist, mithin ist möglichst ein Vertragsverständnis zu suchen, das die Schiedsvereinbarung bestehen lässt (BGE 130 III 71 f. E. 3.2; 129 III 681 E. 2.3).

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Klägerin als Rechtsnachfolgerin des Gründeraktionärs U. der in Art. 28 der Statuten enthaltenen Schiedsabrede, welche von den Gründeraktionären unterzeichnet und damit für diese gültig geworden ist, unterworfen hat, auch wenn sie nicht ihrerseits bei der Übertragung der Aktien am 24. Mai 1993 die Statuten unterzeichnet hatte. Im Übrigen wäre aber im Hinblick auf die Gültigkeit der Schiedsklausel auch gegenüber der Klägerin der Umstand zu berücksichtigen, dass die Statuten der Beklagten mit der Schiedsabrede bei deren Gründung vom alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Klägerin, U., unterzeichnet und die von ihm gezeichneten Aktien noch am gleichen Tag auf die Klägerin übertragen worden waren. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts kann unter gewissen Umständen auch ein bestimmtes Verhalten auf Grund von Treu und Glauben die Schriftform überflüssig machen (BGE 121 III 45 E. 3). U., welcher bei Unterzeichnung der Statuten sowohl alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Klägerin als auch Verwaltungsrat der Beklagten war und als natürliche Person die Statuten der Beklagten unterzeichnet hatte, kannte deren Inhalt und insbesondere die darin enthaltene Schiedsabrede. Die Klägerin muss sich angesichts dieser Umstände nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr das Wissen und Verhalten ihres alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers anrechnen lassen, womit auch aus diesem Grund eine Unterzeichnung der Statuten durch die Klägerin nicht notwendig war. Dabei ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass unbestrittenermassen zwischen der Klägerin und der Beklagten eine langjährige enge geschäftliche Beziehung bestand, indem die Beklagte während mehreren

Jahren die Alleinvertreterin der Klägerin in der Schweiz war. Entgegen den Ausführungen der Klägerin liegt dabei, nachdem es sich um eine Wissensanrechnung und nicht um eine Haftung handelt, kein Durchgriff, welcher nur unter den Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB zulässig wäre, vor. Auf Grund dieser Überlegungen ist auf die Klage nicht einzutreten.

75

Art. 21 Abs. 2 und 154 ZPO (sGS 961.2). Sachliche Zuständigkeit. Art. 21 Abs. 2 und 154 ZPO

Kassationsgericht, 18. Januar 2008

Mit Klage vom 16. August 2007 stellte der Kläger beim Kreisgericht ein Hauptbegehren (Feststellungsbegehren) und zwei Eventualbegehren (Leistungsbegehren). Hinzu kamen zwei weitere Begehren (Verbotsbegehren und Zahlungsbegehren) sowie ein Kosten- und Entschädigungsbegehren. Nach dem Hauptbegehren sollte festgestellt werden, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 25. August 2003 des zwischen den Parteien geschlossenen Software-Wartungsvertrags nichtig sei. Nach dem ersten Eventualbegehren sollte die Beklagte, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfall, verpflichtet werden, zu üblichen Konditionen mit dem Kläger einen neuen Wartungsvertrag abzuschliessen. Nach dem zweiten Eventualbegehren sollte die Beklagte unter erwähnter Androhung verpflichtet werden, dem Kläger sämtliche Updates zur Software, die vom 1. Dezember 2003 bis zum Abschluss des neuen Wartungsvertrags den Kunden ausgeliefert wurden und über die der Kläger noch nicht verfügt, kostenfrei und nach den üblichen Bestimmungen des Wartungsvertrags zu liefern. Nach einem dritten Begehren sollte der Beklagten, wiederum unter erwähnter Androhung, verboten werden, den Wartungsvertrag ohne Vorliegen wichtiger und durch den Kläger zu vertretender Gründe zu kündigen. Nach einem vierten Begehren sollte die Beklagte verpflichtet werden, dem Kläger den Betrag von Fr. 6865.00 zu bezahlen.

Im Folgenden war zu klären, ob wegen der kartellrechtlichen Aspekte des Streites das Kreisgericht oder das Handelsgericht für die Entscheidung sachlich zuständig sei. Das Kassationsgericht hat dazu erwo-gen:

Mit den in Art. 15 Abs. 1 ZPO erwähnten ausschliesslichen sachlichen Zuständigkeiten des Handelsgerichts wird durchwegs konkludent auf Streitigkeiten nach den entsprechenden Gesetzen verwiesen: mit der ausschliesslichen sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts für Streitigkeiten über Kartelle somit auf Streitigkeiten

nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz [KG] SR 251). Streitigkeiten über Kartelle sind deshalb Streitigkeiten nach dem Kartellgesetz (Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen [Bern 1999] N. 7 zu Art. 15 ZPO; entsprechend auch die in der sGS angebrachten Fussnoten zu Art. 15 Abs. 1 ZPO, auch wenn diesen keine Gesetzeskraft zukommt). Denn das Handelsgericht ist jene einzige kantonale Instanz, wie sie die Kantone nach Art. 14 (1. Satz) KG für alle Klagen aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinn des Kartellgesetzes bezeichnen müssen (Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht [2. A. Bern 2005] S. 430 [C, Rz. 894]). Für Differenzierungen, wie sie der Kläger annimmt (vorstehende Ziff. 6.1.2), bleibt kein Raum. In diesem Punkt gilt sinngemäss Gleiches wie nach § 61 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich (ZH GVG; Robert Hauser/Erhard Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz [Zürich 2002] N. 18 ff. zu § 61 ZH GVG).

Nach Art. 15 Abs. 2 ZPO kann das Handelsgericht eine Streitigkeit mitbeurteilen, die mit der zu beurteilenden Streitigkeit eng zusammenhängt. Gleiches gilt nach Art. 14 KG mit Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche in Verbindung mit Klagen aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung. Die von den Kantonen zu bezeichnende einzige kantonale Instanz (vorstehende Ziff. 10) beurteilt auch andere (als kartellrechtliche) Ansprüche, wenn sie gleichzeitig mit der Klage geltend gemacht werden und mit ihr sachlich zusammenhängen. Nach Art. 66 ZPO können, ganz allgemein, Nebenbegehren, die mit dem Hauptbegehren eng zusammenhängen, in die Klage einbezogen werden, wenn sie als selbständige Klagen nicht in die Zuständigkeit des gleichen Richters fallen würden. Art. 15 Abs. 2 ZPO wie auch Art. 14 KG gehen über diesen allgemeinen Prozessgrundsatz hinaus: Nicht nur Nebenbegehren, sondern auch eng zusammenhängende Hauptbegehren und Widerklagen sind gemeint. Mitzubeurteilen sind solche Streitigkeiten aber immerhin nur dann, wenn das Schwergewicht bei der handelsgerichtlichen Zuständigkeit liegt (zum Ganzen: Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 8a zu Art. 15 ZPO, mit Hinweisen).

Um die sachliche Zuständigkeit zu bestimmen, ist nach allgemeinem prozessrechtlichen Grundsatz auf den vom Kläger geltend gemachten Anspruch und auf dessen Begründung abzustellen (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht [3. A. Zürich 1979] S. 106 [IV]; H. Sträuli/G. Messmer/R. Frank, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung [3. A. Zürich 1997] N. 11 zu § 17 ZH ZPO; Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts [8. A. Bern 2006] S. 130 [4. Kapitel, § 24, 1, Rz. 103a]; Hans Ulrich Walder-Richli, Zivilprozessrecht [4. A. Zürich 1996] S. 118 [§ 7, V, 1, Rz. 64]; BGE 119 II 66 Erw. 2a S. 68, mit Hinweisen). Die Problematik der in diesem Zusammenhang thematisierten Lehre von der doppelt relevanten Tatsache – relevant sowohl für die (formelle) Zulässigkeit einer Klage als auch für deren (materielle) Begründetheit (Vogel/Spühler, S. 130 f. [4. Kapitel, § 24, 1, Rz. 103a und Rz. 103b, mit Hinweisen]) – braucht hier nicht vertieft zu werden. Denn das Kassationsgericht bestimmt aufgrund der zu Beginn eines Prozesses vor-

liegenden Akten (Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 1 zu Art. 155 ZPO) einzig die sachliche Zuständigkeit und insofern die Zulässigkeit einer Klage vor dem angerufenen Gericht, jedoch ohne jede präjudizierende Wirkung für den materiellen Entscheid darüber, ob sich die Klage als begründet erweise (GVP 2003 Nr. 69 [S. 212, 2. Abschnitt]). Soweit das Kassationsgericht in diesem Zusammenhang (ausserhalb seiner eigenen funktionalen Zuständigkeit) Bundesrecht anwendet, geschieht dies vorfrageweise und nur soweit der Zuständigkeitsentscheid es gebietet. Solche Anwendung von Bundesrecht bindet die betroffenen Gerichte nur insofern, als mit dem Entscheid des Kassationsgerichts die sachliche Zuständigkeit bestimmt wird. Dagegen ist das sachlich zuständige Gericht bei seiner materiellen Beurteilung an die (nur vorfrageweise erfolgte) Anwendung von Bundesrecht, wie sie dem Zuständigkeitsentscheid zugrunde liegt, nicht gebunden (GVP 2005 Nr. 61 [S. 256, 2. Abschnitt am Ende]).

Mit den beiden Eventualbegehren begehrt der Kläger, die Beklagte in näher bestimmtem Sinn zu verpflichten, mit ihm einen neuen Wartungsvertrag abzuschliessen; ferner, ihm sämtliche näher bestimmten Updates kostenfrei zu den üblichen Wartungsvertragsbestimmungen zu liefern. In rechtlicher Hinsicht stützen sich beide Eventualbegehren ausdrücklich auf Art. 7 KG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 Bst. a und Art. 13 Bst. b KG. Ergänzend brachte der Kläger hierzu vor: Das System könne nur von der Beklagten selbst gewartet werden, womit dieser diesbezüglich eine Monopolstellung zukomme. Indem der Kläger ohne einen solchen Wartungsvertrag die erforderlichen Wartungsleistungen bei der Beklagten nur zu übersetzten Preisen beziehen könne, werde er übervorteilt und diskriminiert. Art. 7 KG bezeichnet unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (ergänzend hierzu: Zäch, S. 256 ff. [C]). Im Vordergrund stehen hier:

- a) die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b) die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c) die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen.

Mit Bezug auf die beiden Eventualbegehren liegt eine Streitigkeit nach dem Kartellgesetz vor. Hätte der Kläger nur die beiden Eventualbegehren gestellt, wäre das Handelsgericht ausschliesslich zuständig, sie zu beurteilen. Gleiches gilt sinngemäss für das dritte und das vierte Begehren.

Mit dem Hauptbegehren begehrt der Kläger, festzustellen, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 25. August 2003 des zwischen den Parteien geschlossenen Wartungsvertrags vom 10./24. Juli 2003 nichtig sei. In rechtlicher Hinsicht stützt sich das Hauptbegehren auf Art. 2 ZGB. Weil die Parteien kurz vor der Kündigung einen Vergleich und einen neuen Wartungsvertrag abgeschlossen hätten, erweise sich die Kündigung der Beklagten als rechtsmissbräuchlich. Beanstandet wurde namentlich die «Weigerung der Beklagten, sich entsprechend

ihren vertraglichen Pflichten zu verhalten und die Wartung zur vertraglichen Jahrespauschale anzubieten. Beim Rechtsbegehren, das auf Feststellung der Nichtigkeit der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung des Wartungsvertrags zielt, handelt es sich um eine Prozesshandlung des Klägers. Soweit Prozesshandlungen der Parteien aus Erklärungen bestehen, sind diese gleich privatrechtlichen Willenserklärungen dem erkennbaren Sinn gemäss auszulegen. Dabei sind nicht nur der Wortlaut, sondern alle Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Erklärung abgegeben wurde (Guldener, S. 262 [VI]).

Alle Begehren, auch das Hauptbegehren, beruhen nach dem Vorbringen des Klägers auf einem, wenn auch Jahre währenden einheitlichen Geschehen: Die Beklagte biete eine der führenden Berufs-Software in der Deutschschweiz an. Hinsichtlich dieser Software habe sie eine Monopolstellung inne. Aufgrund dieser Monopolstellung könne sie sich, vereinfacht ausgedrückt, offenbar leisten, Beanstandungen zögerlich oder gar nicht zu behandeln, Wartungsverträge zu kündigen, von Kunden ohne Wartungsverträge höhere Wartungskosten in Rechnung zu stellen, um zugleich erneut für neue Wartungsverträge zu werben.

In dieses kartellrechtlich wesentliche Geschehen fügt sich das Hauptbegehren ohne Weiteres ein. Denn die geltend gemachte rechtsmissbräuchliche Kündigung des Wartungsvertrags durch die Beklagte weist nach eigenem Vorbringen des Klägers auffällige Züge einer unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens auf. Für den Kläger kam sie einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Liefersperre) gleich, indem der kurz zuvor abgeschlossene Wartungsvertrag nicht fortgesetzt werden sollte: einer Diskriminierung insofern, als er dadurch im Vergleich zu Kunden mit einem Wartungsvertrag höhere Wartungskosten zu bezahlen hatte. Der Kläger selber wertete die Kündigung als Druckmittel und wies in seinem hiergegen gerichteten Protest ausdrücklich auf die Monopolstellung der Beklagten hin.

Nach der Rechtsprechung des Kassationsgerichts bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit in Zweifelsfällen nach dem tatsächlichen Schwergewicht der Streitigkeit (GVP 1993 Nr. 56, 1996 Nr. 64, 2001 Nr. 60 oder 2003 Nr. 69). Den beiden Eventualbegehren, die inhaltlich untrennbar mit dem Hauptbegehren verknüpft sind, liegt anerkanntermassen eine Streitigkeit nach dem Kartellgesetz zugrunde. Gleiches gilt sinngemäss für das dritte und das vierte Begehren. Aber auch das Hauptbegehren fügt sich bei näherem Zusehen zwanglos in das kartellrechtlich wesentliche Gesamtgeschehen ein (vorstehende Ziff. 15). Aufgrund dessen liegt das Schwergewicht der Klage auf einer Streitigkeit nach dem Kartellgesetz. Für solche Streitigkeiten ist nach Art. 15 Abs. 1 Bst. e ZPO ausschliesslich das Handelsgericht zuständig.

76

Art. 40 Abs. 1 und Art. 141 ZPO (sGS 961.2). Beim Vermittlungsvorstand kann der Rechtsvertreter einer Partei nicht mit der Begründung zugelassen werden, dass es sich bei der Gegenpartei um einen in eigener Sache prozessierenden Rechtsanwalt handelt.

Kantonsgericht, Vizepräsident der III. Zivilkammer, 31. Juli 2007

Aus den Erwägungen:

1. a) Der Beschwerdeführer rügt, die Vermittlerin habe am Vermittlungsvorstand unzulässigerweise die Anwesenheit des Rechtsvertreters des Klägers als dessen Beistand zugelassen. Er verweist auf Art. 141 ZPO, wonach von den dort vorgesehenen Ausnahmen abgesehen die Partei verpflichtet sei, die Sache selber zu führen. Das Vorgehen der Vermittlerin verstösst seiner Auffassung nach klar gegen einen Grundgedanken des Schlichtungsverfahrens. Danach solle Gelegenheit geboten werden, die Streitsache vor der gerichtlichen Auseinandersetzung noch persönlich bereinigen zu können.

Der Beschwerdeführer rügt insofern die Verletzung kantonalen Prozessrechts und macht damit eine formelle Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 254 Abs. 1 lit. a ZPO geltend (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 3a zu Art. 254 ZPO).

(...)

2. a) In den Art. 141 ff. ZPO sind die für die Abhaltung des Vermittlungsvorstands geltenden Vorschriften niedergelegt. Unter der Marginalie «persönliche Anwesenheit der Parteien» ordnet Art. 141 Abs. 1 ZPO an, dass die Partei die Sache selber führt. Nach Art. 141 Abs. 2 ZPO kann ein Vertreter abgeordnet werden, wenn eine der in diesem Absatz 2 unter lit. a-d aufgezählten Konstellationen vorliegt.

Art. 141 Abs. 1 ZPO ist eine Ausnahme von der Regel des Art. 40 Abs. 1 ZPO, wonach sich die prozessfähige Partei vertreten lassen kann. Im Zusammenhang mit Art. 40 Abs. 1 ZPO ergibt sich auch eindeutig die Tragweite der Bestimmung. Die Bestimmungen der Zivilprozessordnung über die Vertretung (Art. 40 ff. ZPO) unterscheiden nicht zwischen eigentlicher Vertretung (Handeln des Vertreters im Namen des Vertretenen in dessen Abwesenheit) und Verbeiständung (Unterstützung der anwesenden Partei durch einen Vertreter) (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, Art. 40 B 193; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 1a zu Art. 40 ZPO). Persönlich anwesend zu sein und die Sache selber zu führen heisst demnach, dass die Partei unter Ausschluss eines Vertreters am Vermittlungsvorstand teilzunehmen hat. Ein Vertreter kann somit nur unter den Voraussetzungen des Art. 141 Abs. 2 ZPO am Vermittlungsvorstand teilnehmen, sei dies in Begleitung oder anstelle der Partei (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, Art. 141 B 362 und Art. 40 GR 1; Leuen-

berger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 1c zu Art. 141 ZPO; GVP 2003 Nr. 73 E. 1). Aus Gründen der Parteiherrschaft soll in der Praxis darüber hinaus eine Begleitung durch eine Drittperson zulässig sein, wenn beide Parteien zustimmen (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 1c zu Art. 141 ZPO). Zweck der weitgehenden Beschränkung der im vorstehenden Sinn verstandenen Vertretung ist es, den Parteien vor der gerichtlichen Auseinandersetzung Gelegenheit zu geben, die Streitsache persönlich zu bereinigen und die Versöhnungsaufgabe des Vermittlers zu erleichtern (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, Art. 141 B 362; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 1a zu Art. 141 ZPO).

Die Voraussetzungen, unter welchen ein Rechtsvertreter am Vermittlungsvorstand teilnehmen kann, sind somit klar umrissen und belassen grundsätzlich keinen Beurteilungsspielraum. Vorliegend wurde weiter nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich, dass die Teilnahme des Rechtsvertreters des Beschwerdegegners am Vermittlungsvorstand aus einem der in Art. 141 Abs. 2 ZPO genannten Gründe zulässig war. Die Begleitung des Beschwerdegegners durch seinen Rechtsvertreter wurde vom Beschwerdeführer sodann unbestrittenermassen abgelehnt. Schliesslich fällt in Betracht, dass auch der in eigener Sache prozessierende Anwalt den Zweck der gesetzlichen Regelung für sich in Anspruch nehmen und unter der Anleitung des Vermittlers mit der Gegenseite im direkten Austausch eine Bereinigung der Angelegenheit suchen darf. Indem die Vermittlerin den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners zuliess, hat sie gegen diese klare Regelung verstossen.

77

Art. 41 Abs. 2, Art. 141 Abs. 2 und Art. 142 ZPO (sGS 961.2). Die Vertretung einer Partei durch einen Familienangehörigen ist nicht von den Voraussetzungen gemäss Art. 141 Abs. 2 ZPO abhängig. Eine solche Vertretung berechtigt die Gegenpartei im Vermittlungsverfahren auch nicht, sich ebenfalls vertreten zu lassen. Ferner entfällt die Pflicht zur vorgängigen Mitteilung.

Kantonsgericht, Präsidentin der III. Zivilkammer, 17. Dezember 2007

Aus den Erwägungen:

III. 2. c) Grundsätzlich gilt Art. 41 Abs. 2 ZPO, wonach eine zum persönlichen Erscheinen verpflichtete Partei einen Familienangehörigen als Vertreter abordnen kann, wenn es die Umstände rechtfertigen, auch im Schlichtungsverfahren. Das gilt insbesondere, wenn die Vertretung bestens informiert ist über die Streitsache (Leuenber-

ger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 2 zu Art. 41 und N 7a zu Art. 141). Nachdem die Klägerin im Schreiben, mit welchem sie die Vermittlung anbegehrte, selber darauf hingewiesen hatte, dass der dem Streit zugrunde liegende Vertrag von Sohn A als Vertreter des Beklagten abgeschlossen worden war, durfte der Vermittler zweifellos von dessen Vertrautheit mit der Streitsache ausgehen. Bei dieser Art von Vertretung bleibt der Charakter des Vermittlungsverfahrens mit dem persönlichen Gespräch zwischen den Parteien im Grunde gewahrt. Diese Vertretung ist daher nicht von der Voraussetzung von Art. 141 Abs. 2 ZPO abhängig gemacht. Sie gibt der Gegenpartei aber auch nicht das Recht, selber nach Art. 141 Abs. 2 lit. d ZPO einen Vertreter «abzuordnen» (Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., N 7b zu Art. 141 ZPO). Konnte daher die Klägerin wegen der Tatsache, dass nicht der Beklagte, sondern sein Sohn an der Vermittlung teilnahm, nicht ihrerseits einen Vertreter bestellen, entfiel auch die Pflicht zur vorgängigen Mitteilung gemäss Art. 142 ZPO (zu streng GVP 2001 Nr. 63 a. E.).

78

Art. 72, 134 Abs. 2 und 157 Abs. 1 ZPO (sGS 961.2). Wird ein Versöhnungsversuch durchgeführt, muss die Widerklage vor dem Vermittler erhoben werden. Eine spätere Einreichung ist, auch bei Nachholung des Vermittlungsverfahrens, nicht zulässig.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 8. März 2007

Aus den Erwägungen:

2. b) Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist die Widerklage gemäss Art. 134 Abs. 2 ZPO vor dem Vermittler zu erheben, wenn ein (obligatorischer oder freiwilliger) Versöhnungsversuch stattfindet (vgl. auch Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 2 zu Art. 134 ZPO). Dies war bereits nach altem Recht verlangt (vgl. Art. 96 Abs. 4 aZPO; H.-M. Diener, Die versäumte Parteihandlung und ihre Nachholung nach St.Gallischem Zivilprozessrecht, Diss. Winterthur 1976, 51; vgl. auch GVP 1973 Nr. 20, S. 39 ff., 40) und wurde – trotz gegenteiligen Antrags des Regierungsrates (vgl. Handbuch zum Zivilprozessgesetz, St.Gallen 1991, N GR 1 zu Art. 134 ZPO) – auch in der revidierten Fassung der ZPO beibehalten. Vergleichbare Regelungen kennen u. a. die Kantone Luzern, Thurgau sowie Appenzell Ausserrhoden.

Vorliegend wurde die Widerklage von der Beklagten erstmals in der Klageantwort erhoben. Dies muss im Sinne der obigen Ausführungen grundsätzlich als verspätet gelten.

c) Die Beklagte führt indessen an, dass sie – im Wissen darum – einen neuen Leitschein eingeholt und dem Kreisgericht nachgereicht habe. Vergesse nämlich ein Kläger vor der Einreichung der Klage, eine Vermittlung anzubegehren, könne der Leitschein gestützt auf Art. 157 Abs. 1 ZPO innert der von der Gerichtskanzlei angesetzten Nachfrist nachträglich eingereicht werden. Ein Kläger könne zudem jederzeit einen neuen Vermittlungsvorstand für ein geändertes Rechtsbegehren verlangen. So habe er insbesondere vorzugehen, wenn er mit der Klageschrift ein gegenüber dem ersten Leitschein erhöhtes Rechtsbegehren anhängig machen wolle. Darin liege keine Klageänderung nach Art. 72 ZPO. Dies müsse in analoger Weise auch für den Widerkläger gelten: Sei die Widerklage nicht vor dem Vermittler angehoben worden, müsse demnach auch der Widerkläger die Möglichkeit haben, den Leitschein nachträglich einzuholen bzw. ergänzen zu lassen. Insgesamt sei das Kreisgericht somit zu Unrecht auf die Widerklage nicht eingetreten.

Der Beklagten ist zuzubilligen, dass sich aus dem Wortlaut von Art. 134 Abs. 2 ZPO, wonach die Widerklage vor dem Vermittler zu erheben ist, wenn ein Versöhnungsversuch stattfindet, nicht ohne weiteres ergibt, dass ein Nachholen der Vermittlung ausgeschlossen wäre. Solches folgt jedoch aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung:

Bereits in GVP 1973 Nr. 20, S. 39 ff., 40, wurde – noch unter altem Recht – ausgeführt, dass die Vorschrift von Art. 96 Abs. 4 aZPO verlange, dass das Widerklagebegehren schon beim Vermittlungsvorstand formuliert werde und so schon in jenem Stadium dem Kläger zur Kenntnis gelange, was möglicherweise seinen Entschluss, die Klage anhängig zu machen oder hievon abzusehen, beeinflussen könne. Weiter wurde festgehalten, dass die Widerklage den Streitwert bestimme, wenn ihr Wert höher sei als jener der Hauptklage. Davon hänge die sachliche Zuständigkeit ab (vgl. GVP 1973 Nr. 20, S. 39 ff., 41).

Anlässlich der Revision der ZPO sprach sich die vorberatende Kommission für eine Beibehaltung der geltenden Regelung aus; dies, weil die bestehende Rechtslage zu keinen Unzulänglichkeiten geführt habe. Ausserdem vertrat die Kommission die Auffassung, dass das Privileg, welches dem Widerkläger im Hinblick auf die ihm gewährte – vom verfassungsmässigen Gerichtsstand abweichende – besondere örtliche Zuständigkeit eingeräumt werde, nicht zu sehr ausgeweitet und erleichtert werden dürfe. Im Vordergrund stehe der Grundsatz, dass die Parteien ihre Karten vor dem Vermittler offen auf den Tisch legen sollen. Nur wenn dies der Fall sei, könne der Vermittler überhaupt seine Funktion wahrnehmen. Über die Klage zu verhandeln, während sich der Beklagte mit dem Gedanken trage, später eine Widerklage zu erheben, dies aber vor dem Vermittler nicht äussere, sei sinnlos. Im Übrigen sei es auch ein Gebot der Fairness zwischen den Parteien, dass der Kläger seine Rechtsbegehren voll bekannt gebe, was im gleichen Masse auch vom Beklagten erwartet werden dürfe (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, a. a. O., GR 1 zu Art. 134 ZPO; vgl. auch GVP 1999 Nr. 65, S. 161 ff., 162).

Der Grosse Rat (heute: Kantonsrat) zog den Antrag der vorberatenden Kommission dem Antrag des Regierungsrates, der auf Änderung der bestehenden Regelung und Zulassung der Widerklage gleichzeitig mit Erstattung der Klageantwort gelautet hatte, vor (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, a. a. O., GR 1 zu Art. 134 ZPO). Den vom Regierungsrat geäußerten Bedenken, dass es für den Beklagten unter Umständen zu schwierig sein könne, sich bereits anlässlich des Vermittlungsvorstandes klar zu werden, ob er eine Widerklage erheben wolle, und er deshalb möglicherweise verpflichtet wäre, bereits vor der Vermittlung einen Anwalt beizuziehen, wurde von Seiten des Grossen Rates entgegengehalten, dass sich der Beklagte ohnehin klar werden müsse, ob er einen Anwalt hinzuziehen wolle. Er müsse sich ja auch entscheiden, in welchem Umfang er sich beispielsweise einem klägerischen Begehren widersetzen wolle (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, a. a. O., GR 1 zu Art. 134 ZPO).

Daran ist auch vorliegend festzuhalten. Dient Art. 134 Abs. 2 ZPO aber vornehmlich dazu, eine faire Ausgangslage zwischen den Parteien herzustellen, indem dem Kläger im Hinblick auf die Abschätzung seiner Prozessrisiken und -chancen bereits im Vermittlungsstadium Kenntnis von allfälligen Gegenangriffen des Beklagten gegeben werden soll, erscheint es als mit dem Sinn und Zweck der Bestimmung nicht vereinbar, wenn eine Widerklage unter Nachholung der Vermittlung auch nach Klageeinreichung noch erhoben werden könnte (vgl. aber Art. 185 Abs. 2 ZPO). Dies muss jedenfalls für Fälle wie den Vorliegenden gelten, wo es an Anhaltspunkten dafür fehlt, dass sich ein Rechtsschutzinteresse der Beklagten zur Erhebung einer Widerklage wegen des Verhaltens der Klägerin erst später manifestiert hätte (vgl. GVP 1999 Nr. 65, S. 161 ff., 162).

Hieran vermag auch der Hinweis der Beklagten auf Art. 157 Abs. 1 ZPO nichts zu ändern: Nach dieser Bestimmung ist der Leitschein mit der Klage oder innert der von der Gerichtskanzlei angesetzten Frist einzureichen. Der Klägerin ist darin zuzustimmen, dass sich Art. 157 Abs. 1 ZPO vornehmlich auf Fälle beziehen dürfte, in denen die Zustellung des Leitscheins trotz durchgeführter Vermittlung versehentlich unterlassen worden ist. Dass in grundsätzlicher Weise zuerst eine (Wider-)Klage eingereicht und erst innert der vom Gericht angesetzten Nachfrist ein Vermittlungsvorstand durchgeführt werden darf, kann aus dieser Bestimmung hingegen nicht geschlossen werden. Mit Bezug auf die Widerklage widerspricht ein solches Vorgehen jedenfalls dem – oben umschriebenen – Sinn und Zweck von Art. 134 Abs. 2 ZPO und muss daher als unzulässig gelten.

Auch aus der gemäss Art. 72 ZPO bestehenden Möglichkeit der Klageänderung vermag die Beklagte sodann nichts zu ihren Gunsten abzuleiten: Geändert werden kann nur ein bereits rechtshängiges Begehren. Vorliegend steht indessen die prozessuale Zulässigkeit einer gemäss Art. 134 Abs. 2 ZPO verspätet erhobenen Widerklage und damit deren – die Rechtshängigkeit erst bewirkende (vgl. Art. 156 Abs. 3 ZPO) – Einreichung in Frage (vgl. auch Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 9 zu Art. 166 BE-ZPO).

Ein anderer Schluss drängt sich schliesslich auch vom Ergebnis her nicht auf: Der Beklagten bleibt es unbenommen, den von ihr geltend gemachten Anspruch gegen die Klägerin klageweise selbst durchzusetzen (vgl. auch GVP 1999 Nr. 66, S. 161 ff., 163; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a. a. O., N 9 zu Art. 166 BE-ZPO). Dass sie, wenn sie die verfahrensmässigen Voraussetzungen für die Erhebung einer Widerklage nicht beachtet, auch nicht von den damit verbundenen Vorteilen profitieren kann, ist dabei nur sachgerecht.

79

Art. 84, Art. 91 Abs. 1, Art. 120, Art. 123 ZPO (sGS 961.2) und Art. 604 Abs. 1, Art. 607 Abs. 3, Art. 610 Abs. 2 ZGB (SR 210). Unterschied zwischen Edition zu Informationszwecken und Edition zu Beweis Zwecken. Materiell-rechtlicher Informationsanspruch der Erben gegenüber Miterben bei der Nachlassteilung. Im konkreten Fall Rechtsschutzinteresse bejaht, diesen Anspruch im Sinne einer Stufenklage vorweg beurteilen zu lassen. Freie Wahl der Erben, bei wem sie ihre Informationsrechte wahrnehmen. Rückweisung zur Neuurteilung an die Vorinstanz (ohne Parteiantrag) infolge Verletzung eines materiell-rechtlichen Anspruchs. Bedeutung der Untersuchungsmaxime im Erteilungsprozess.

Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 5. November 2007

Aus den Erwägungen:

II.

1. Im erstinstanzlichen Verfahren wurde von den Klägern formell der Antrag gestellt, sämtliche erforderlichen Unterlagen und Beweismittel beim Beklagten bzw. den involvierten Banken zu edieren. Dieser Antrag wurde von der Vorinstanz lediglich als prozessuales Editionsbegehren gegenüber der Bank ausgelegt. Aus dem klägerischen Antrag geht indessen ohne Weiteres hervor, dass die Kläger zum einen nicht nur die Edition von Bankauszügen, sondern sämtliche erforderlichen Unterlagen und Beweismittel verlangten, und zum anderen ihren Informations- bzw. Editionsanspruch gegenüber dem Beklagten und/oder den involvierten Banken geltend machten. Beides hat die Vorinstanz in ihrer Entscheidungsbegründung nicht berücksichtigt. Inhaltlich zielt der klägerische Antrag namentlich auch auf Auskünfte, die von Banken allenfalls nicht erhältlich sind, sondern nur vom Beklagten. Im Berufungsverfahren beantragen die Kläger zwar nicht mehr ausdrücklich eine Edition, jedoch sei der Beklagte als Zeuge zu befragen, und es seien die erforderlichen Beweisbeschlüsse zu erlassen, um den Beklagten zu zwingen, endlich auch über

jene Vermögenswerte Auskunft zu erteilen, die er bisher noch verschwiegen und verheimlicht habe. Es ist somit zu prüfen, ob den Klägern ein Informations- bzw. Editionsanspruch gegenüber dem Beklagten zusteht.

2. Die Teilungsklage ist eine Gestaltungsklage; sie ist unverjährbar. Die Teilung der Erbschaft bzw. des ungeteilten Rests der Erbschaft kann nach Art. 604 Abs. 1 ZGB jederzeit verlangt werden. Dies gilt auch dann, wenn die Steuerbehörde die Nachlassangelegenheit steuerrechtlich abgewickelt hat. Ein Rechtsbegehren auf Feststellung des Nachlasses gilt in der Praxis als genügend spezifiziert, wenn Bestand, Wert und Umfang aufgrund entsprechender Behauptungen und Beweisangebote ausreichend dargetan werden (vgl. BGE 116 II 267; BSK ZGB II-Schaukelberger, Art. 604 N 2–4).

Wie das Bundesgericht festgestellt hat, kommt dem Erfordernis der Durchsetzbarkeit des materiellen Bundesrechts der Vorrang vor einschränkendem kantonalem Prozessrecht zu. Ein Begehren ist daher nicht nur dann in unbezifferter bzw. unbestimmter Form zuzulassen, wenn das Bundesrecht es ausdrücklich vorschreibt, sondern allgemein dann, wenn der Kläger nicht in der Lage oder es ihm nicht zumutbar ist, die Höhe oder den Inhalt seines Anspruches genau anzugeben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Kläger bei einer Forderungsklage auf die Erfüllung beklagtischer Vorleistungspflichten, wie auf diejenigen der Rechnungslegung oder Auskunftserteilung, angewiesen ist. Die sog. Stufenklage ermöglicht hierbei ein vereinfachtes Vorgehen: Statt in einem ersten Prozess auf Auskunftserteilung klagen zu müssen und sich dadurch Klarheit über die Bezifferung des Hauptanspruchs zu verschaffen, um dann erst eine zweite (Forderungs-) Klage anheben zu können, kann der Kläger mit der Stufenklage prozessökonomisch sinnvoller direkt die unbestimmte Forderungsklage als Hauptanspruch anhängig machen und mit einem für die Bezifferung desselben nötigen Hilfsanspruch auf Auskunft oder Edition verbinden (BGE 131 III 245 E. 5.1; 121 III 251 E. 2b; 116 II 219 f. E. 4a; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechtes, 8. A., Bern 2006, S. 188 f. Rz. 5b, 6). Zu unterscheiden ist die Edition zu Informationszwecken von der Edition zu Beweiszwecken. Mit der ersteren will der Kläger selbst Informationen gewinnen, und sei es auch nur für eine allfällige Anhebung eines späteren Folgeprozesses. Sie ist eine Frage des materiellen Rechts, bedarf also einer Grundlage im Bundesrecht. Bei der beweisrechtlich begründeten Edition hat der Kläger die Urkunde demgegenüber als Beweismittel angerufen und will sie nun dem Richter zugänglich machen, um ihn dadurch von einer Behauptung zu überzeugen. Sie ist prozessrechtlicher Natur und setzt einen Streit, das heisst sich widersprechende Behauptungen der Parteien über einen mittels der Urkunde allenfalls zu führenden Beweisgegenstand voraus (ZR 91 [1992] Nr. 65 S. 250; vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, vor § 183 ZPO N 4 f.).

Die von den Klägern vor der Vorinstanz aufgestellten und im Berufungsverfahren präzisierten sowie teilweise durch Bankbelege gestützten Behauptungen bezüglich

der Feststellung des Nachlass von X. sel. sind vom Beklagten unbestritten geblieben, da er sich im gesamten Verfahren nicht beteiligt hat und damit auch nicht vernennen liess. Es fehlt diesbezüglich daher an sich widersprechenden Parteibehauptungen. Auch eine Zeugenbefragung, wie sie die Kläger im Berufungsverfahren beantragen, wird nur zum Beweis streitiger Tatsachen angeordnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO), wobei der Beklagte allerdings nicht als Zeuge, sondern als Partei zu befragen wäre (Art. 120 ZPO). Im Übrigen können die Kläger nichts Konkretes behaupten und auch keine konkrete Edition verlangen, sondern nur vermuten, dass weitere Nachlasswerte bis anhin nicht offen gelegt wurden. Erst wenn sie über das Auskunftsrecht die entsprechenden Informationen kennen, können sie ihre Behauptungen vervollständigen, was wiederum erst eine substantiierte Bestreitung des Beklagten zulässt. Dieses Ziel kann nicht in gleicher Weise über ein Beweisverfahren erreicht werden (vgl. GVP 1996 Nr. 71). Um zu den für die Substantiierung und Bezifferung nötigen Informationen zu kommen, können sich die Kläger somit auf materielles Recht stützen. Der klägerische «formelle» Antrag ist deshalb sinngemäss als entsprechender Hilfsanspruch auf Auskunft zu verstehen. Im Gegensatz zu prozessualen Editionsanträgen zu Beweiszwecken brauchen bei materiell-rechtlichen Auskunfts- und Editionsbegehren die herauszugebenden Informationen nicht genau umschrieben zu werden (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, Art. 123 N 2h).

3. Für die Erbteilung schreibt Art. 607 Abs. 3 ZGB vor, dass Miterben, die sich im Besitze von Erbschaftssachen befinden oder Schuldner des Erblassers sind, hierüber bei der Teilung genauen Aufschluss zu geben haben. Art. 610 Abs. 2 ZGB bestimmt ferner, dass die Erben einander über ihr Verhältnis zum Erblasser alles mitzuteilen haben, was für die gleichmässige und gerechte Verteilung der Erbschaft in Berücksichtigung fällt.

Nach ständiger Rechtsprechung 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 geeignet erscheint, die Teilung in irgendeiner Weise zu beeinflussen, wozu insbesondere auch zu Lebzeiten des Erblassers getätigte Zuwendungen zu rechnen sind (BGE 127 III 402 E. 3 m.w.H.; 99 III 45 E. 3). In gleichem Masse besteht eine Pflicht zur Gewährung von Akteneinsicht, wo dies zur richtigen Orientierung angezeigt ist; denn die Vorlegung von Aktenstücken ist nichts anderes als eine besondere Art der Auskunftserteilung. Ein Miterbe kann sich ihr auch nicht mit dem Hinweis entziehen, das Auskunftsgesuch sei an die Bank zu richten (5P.347/2004 vom 11. Januar 2005 E. 6.2; BGE 90 II 372 E. 3a). In diesem Sinn haben sich die Erben beispielsweise über Schenkungen des Erblassers zu Lebzeiten, Vorbezüge auf ihren Erbanteil, Darlehen, sonstige Vereinbarungen mit dem Erblasser gegenseitig Auskunft zu geben, und es sind auch die entsprechenden Unterlagen offen zu legen, z. B. Steuerunterlagen (wie Schenkungssteuerverfügungen, Steuererklärungen oder Bankbelege) und schriftliche Vereinbarungen (BSK ZGB II-Schaukelberger, Art. 610 N 18). Die

Kläger haben mit Blick auf die Erbteilung ein Rechtsschutzinteresse an der Auskunftserteilung, wobei ihnen die freie Wahl zukommt, bei wem sie ihre Informationsrechte wahrnehmen (vgl. 5C.247/2003 vom 21. April 2004 E. 3.2). Sie konnten daher sämtliche Unterlagen beim Beklagten anfordern, was auch Bankbelege und Steuererklärungen einschliesst, und waren nicht verpflichtet, sich an die Banken bzw. Behörden zu wenden, wie dies die Vorinstanz annahm.

4. Zusammenfassend besitzen die Kläger gestützt auf Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB gegenüber dem Beklagten einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Auskunftserteilung und haben ein Rechtsschutzinteresse daran, diesen Anspruch im Sinne einer Stufenklage vorweg beurteilen zu lassen. Dieser Anspruch kann im Rahmen eines Teilurteils beurteilt werden; hierzu bedarf es keines Parteiantrages (Art. 84 ZPO; vgl. GVP 1996 Nr. 71; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., Art. 65 N 4a und b). Der Beklagte hat sämtliche Informationen zu erteilen und die entsprechenden Urkunden offen zu legen, die sein Verhältnis zum Erblasser betreffen und für die Teilung des Nachlasses massgeblich sein könnten, wie insbesondere von diesem erhaltene Schenkungen, Vorbezüge, Darlehen sowie sonstige Vereinbarungen mit dem Erblasser. Nach erfolgter Auskunftserteilung ist den Klägern Gelegenheit zu geben, ihre Klage auf Feststellung des Nachlasses betreffend Bestand, Wert und Umfang aufgrund entsprechender Behauptungen und Beweisansprüche zu spezifizieren und eine erbrechtliche Abrechnung bzw. einen Teilungsvorschlag aus ihrer Sicht vorzulegen.

Indem die Vorinstanz die Klage abwies, hat sie den materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch der Kläger nach Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB verletzt. Das Urteil des Kreisgerichtes wird daher aufgehoben und die Streitsache (auch ohne Parteiantrag) infolge Verletzung eines materiell-rechtlichen Anspruchs zur Neubeurteilung im ausgeführten Sinn an die Vorinstanz zurückgewiesen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Erbteilungsprozess die Untersuchungsmaxime zulasten der Verhandlungsmaxime an Bedeutung gewinnt, um die Durchsetzung des Bundesprivatrechts zu garantieren. Da den Erben oft der nötige Überblick über den Nachlass fehlt, hat der Erbteilungsrichter zur Feststellung des Nachlasses nebst Parteibefragungen gegebenenfalls eigene Nachforschungen zur Klärung des Sachverhaltes und zur Erhebung von Beweisen anzustellen. Das Rechtsbegehren auf Feststellung des Nachlasses genügt hierzu. Weil das Prozessrecht der Durchsetzung des materiellen Teilungsanspruchs nicht entgegenstehen darf, sind die Bestimmungen der Zivilprozessordnung im Bedarfsfall in modifizierter Form anzuwenden (vgl. Seeberger, Die richterliche Erbteilung, Freiburg 1992, 62, 80 f., 89).

Unter Berücksichtigung des bisherigen Verhaltens des Beklagten im vorliegenden Verfahren ist festzuhalten, dass der materiell-rechtliche Informationsanspruch – im Gegensatz zur beweisrechtlichen Editionsspflicht einer Partei, wo die Verweigerung der Mitwirkung nur zu einer entsprechenden Beweiswürdigung nach Art. 123 Abs. 2 ZPO führt – vollstreckt werden kann, nötigenfalls durch indirekten Zwang, z. B. unter Androhung von Bestrafung im Widerhandlungsfall, oder auch di-

rekten Zwang, beispielsweise mit polizeilicher Hilfe. Auch dieser Gesichtspunkt belegt, dass der materiell-rechtliche Anspruch weiter geht als derjenige aus prozessualen Beweisbestimmungen und -grundsätzen (vgl. GVP 1996 Nr. 71; Leuenberger/Uffer-Tobler, a. a. O., Art. 65 N 4b).

80

Art. 92. Abs. 1, 205 ZPO (sGS 961.2). Beweiserhebung im Summarverfahren; Eignung der Beweismittel.

Kassationsgericht, 24. Oktober 2007

Wie die Beschwerdeführerin darlegt, zielt ihre Rüge darauf ab, dass der Zeuge G. nicht einvernommen wurde. Dieser Zeuge hätte den Kauf des Programms durch die Beschwerdeführerin von der K. AG bestätigen können. Die Beweisofferte sei schlicht unerwähnt geblieben. Die Nichtabnahme der Beweisofferte wird nicht nur als Verletzung von Art. 8 ZGB gerügt, sondern zusätzlich auch als Verstoss gegen Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) sowie als Verletzung von Art. 205 in Verbindung mit Art. 92 Abs. 1 ZPO.

Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz ihren tauglichen und formgültig beantragten Zeugenbeweis zu einer rechtserheblichen Tatsache nicht abgenommen habe. Im Rahmen dieses Vorwurfes kommt der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs keine selbständige Bedeutung zu, wird doch der verfassungsmässige Anspruch auf den Beweis durch Art. 8 ZGB konkretisiert. Soweit die Rüge der Verletzung des Rechts auf Beweis auf kantonale Bestimmungen abgestützt wird, ist sie unbeachtlich, da Bundesrecht den kantonalen Bestimmungen vorgeht (GVP 1992, Nr. 52; 2006, Nr. 85). Die Vorinstanz hat sich, entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin, mit dem Antrag auf Einvernahme des Zeugen G. durchaus auseinandergesetzt und damit ihrer von der Beschwerdeführerin aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Begründungspflicht entsprochen. Auch wenn sie den Zeugenantrag nicht namentlich erwähnte, kann sie doch mit ihrer Darlegung, es wäre der Beschwerdeführerin zumutbar gewesen, den von ihr behaupteten Kauf des fraglichen Programms mit dem Zweck des Summarverfahrens eher entsprechenden (rascher abnehmbaren) Beweismitteln (Urkunde bzw. Quittung) glaubhaft zu machen, nur den aus ihrer Sicht zweite Wahl bildenden und weniger tauglichen Zeugenantrag gemeint haben, da der Editionsantrag nicht den Kauf des Programms durch die Beschwerdeführerin bei der K. AG zu beweisen in der Lage gewesen wäre, sondern lediglich dessen Verkauf von der Beschwerdebeklagten an Dritte.

Die Vorinstanz hat mit ihrer Argumentation des Weiteren nicht den Grundsatz in Frage gestellt, dass im vorsorglichen Massnahmeverfahren keine Beschränkung der Beweismittel, etwa auf Urkunden, stattfindet. Sie hat lediglich aus Art. 205 ZPO gefolgert, dass die Beweiserhebung mit dem Verfahrenszweck in Einklang stehen müsse. Steht in einem vorsorglichen Massnahmeverfahren die einstweilige Rechtswahrung zur Verhinderung nicht leicht wiedergutzumachender Nachteile zur Diskussion, leuchtet es ein, im Interesse der Verschaffung eines raschen Rechtsschutzes jenen Beweismitteln den Vorrang zu geben, die schneller und einfacher greifbar sind bzw. aus deren Nichtvorlage zu folgern, es fehle an der erforderlichen Glaubhaftmachung für den vorsorglichen und daher nicht endgültigen Entscheid (siehe dazu auch GVP 2000 Nr. 53). Zu beachten ist, dass die Beschwerdeführerin weder im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt hat noch im Verfahren vor Kassationsgericht begründet, weshalb sie auf die Vorlage einer Urkunde (z. B. Kaufvertrag) oder einer Quittung über die erfolgte Zahlung verzichtet und stattdessen sich auf einen Zeugen berufen hat. Sie macht weder geltend, dass keine Urkunde und keine Quittung existieren, noch behauptet sie, dass diese Unterlagen verschwunden und daher von ihr nicht mehr beigebracht werden konnten. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz ohne Willkür davon ausgehen, es sei trotz des angebotenen Zeugen G. der Kauf des Programms durch die Beschwerdeführerin bei der K. AG zumindest nicht glaubhaft gemacht.

Bestätigt durch das Bundesgericht (BGE 4D_71/2007 vom 7. Februar 2008)

81

Art. 111 ZPO (sGS 961.2). Zeugnisurkunde und Recht auf Überprüfung.

Kassationsgericht, 26. Januar 2007

Eine Verletzung von Art. 111 ZPO erblickt der Beschwerdeführer darin, dass die Vorinstanz aus der von der Erstinstanz bei der X. AG eingeholten schriftlichen Auskunft den Schluss ziehe, es seien keine Umstände ersichtlich, aufgrund welcher die Glaubwürdigkeit der Aussagen der Verantwortlichen der X. AG in Zweifel gezogen werden müssten. Der Beschwerdeführer macht dazu sinngemäss geltend, dass Art. 111 Abs. 2 ZPO den Anspruch vermittele, dass eine blossе Zeugnisurkunde auf Antrag durch eine Zeugenbefragung des Zeugnisurkundenausstellers überprüft werden müsse.

Art. 8 ZGB regelt für den ganzen Bereich des Bundeszivilrechts die Beweislastverteilung, die Folgen der Beweislosigkeit und gibt als Korrelat zur Beweislast der beweispflichtigen Partei Anspruch auf Zulassung zum Beweis. Art. 8 ZGB schreibt

dem Richter jedoch nicht vor, mit welchen Mitteln und nach welchen Beweisregeln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis davon zu würdigen ist (BGE 112 II 179). Die eigentliche Beweisführung oder Beweisabnahme wird vom kantonalen Recht geregelt (Basler Kommentar zum ZGB, Hans Schmid, Art. 8 N 74).

Ob bzw. inwiefern vorliegend die eingeholte private Auskunft inhaltlich durch Behauptungen der Parteien fundiert ist, hat das Kassationsgericht nicht zu prüfen. Denn die Vorinstanzen haben diesen Beweis erhoben und gewürdigt, während beide Parteien den inhaltlichen Gegenstand und Umfang dieser Beweiserhebung nicht beanstandet haben und nicht beanstanden.

Art. 111 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass schriftliche, zu Prozesszwecken erteilte Auskünfte von Personen, die als Zeugen befragt werden können, nicht berücksichtigt werden. Gemäss Art. 111 Abs. 2 ZPO kann der Richter von Amtsstellen und «ausnahmsweise von Privaten» schriftliche Auskünfte einholen. Vorbehalten bleibt die nachträgliche Zeugenbefragung. Art. 111 Abs. 1 ZPO bestimmt zunächst als Grundsatz, dass sogenannte Zeugnisurkunden, wenn sie von Parteien eingereicht werden, unbeachtlich sind. Der Beweiswert einer späteren Zeugenaussage wird durch eine vorgängige schriftliche Bestätigung zudem beeinträchtigt (Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 1 zu Art. 111 ZPO). Art. 111 Abs. 2 ZPO sieht jedoch vor, dass der Richter ausnahmsweise von Privaten schriftliche Auskünfte einholen kann. Art. 111 Abs. 2 ZPO ist eine Kann-Vorschrift, doch wird das damit gewährte Ermessen insofern eingeschränkt, als eine schriftliche Auskunft von Privaten nur «ausnahmsweise» erfolgen soll. Dies rechtfertigt sich in der Regel nur bei einfachen Tatsachenfeststellungen, die voraussichtlich von keiner Seite bestritten werden, zum Beispiel Arztberichte, Bestätigungen von Banken über Guthaben und Schulden oder Lohnausweise (Leuenberger/Uffer-Tobler, N. 3a zu Art. 111 ZPO). Der Gesetzgeber sieht also die Möglichkeit von schriftlichen Auskünften insbesondere für Fach-Auskünfte vor oder für Auskünfte über Tatsachen, die derart klar sind, dass sie auch anders nachweisbar wären. So kann eine schriftliche Auskunft über einen Kontostand auch mit Kontoauszügen, das heisst durch eine Urkunde im prozessrechtlichen Sinn, nachvollzogen werden. Einfache Tatsachen-Auskünfte bedürfen zu ihrer Feststellung keiner wertenden Überprüfung und keiner besonderen Begründung.

Art. 111 Abs. 1 ZPO verneint den Beweiswert von parteiseitigen Zeugnisurkunden seitens von Personen, die als Zeugen befragt werden können, gerade weil die gerichtliche Einvernahme von Personen, die als Zeugen befragt werden können, ermöglicht, dass die Aussagen und das Aussageverhalten überprüft werden können und dass die Zeugen bei der Aussage durch den Richter auf die strafrechtlichen Folgen einer allfälligen Falschaussage hingewiesen werden. Diese Möglichkeiten fehlen bei einer formlosen Auskunftseinholung durch das Gericht, weshalb der Beweiswert solcher Auskünfte beschränkt ist. Art. 111 Abs. 2 ZPO behält daher auch die Zeugenbefragung des Ausstellers von Zeugnisurkunden ausdrücklich vor.

Im vorliegenden Fall hat die X. AG mit Fax auf richterliche Anfrage hin mitgeteilt, dass sie dem Beschwerdebeklagten im Zeitraum von 1994 bis 2000 einen Kredit

gewährt habe, welcher von 1994 bis 1999 insbesondere mit einer Position Y.-Aktien, von 1999 bis 2000 mit einer Position Z.-Aktien sowie mit einem Sparkonto sichergestellt worden sei. Auf die Frage, ob sie bereits im Besitz des ihr vorgelegten Vertragspakets gewesen sei, antwortete der Mitarbeiter der X. AG, dass die entsprechenden Verträge weder in den Kreditakten erwähnt, noch Kopien davon zu finden seien. Weiter führte er aus, dass, selbst wenn der X. AG die fraglichen Verträge vom Beschwerdebeklagten vorgewiesen worden wären, diese nicht zu einer verbesserten Kreditfähigkeit geführt hätten. Es erweist sich, dass im vorliegenden Fall nicht die blossе Auskunft einer sofort nachvollziehbaren Tatsache, sondern Angaben über ein Geschäftsverhältnis, über die Kreditfähigkeit und Gepflogenheiten des Geschäfts Gegenstand der Auskunft waren. Die X. AG hat als Privatperson und Geschäftspartnerin des Beschwerdebeklagten diese Auskunft erteilt. Der Beschwerdebeklagte ist im Voraus vom Gericht über die angefragte Auskunfterteilung informiert worden, und hat seine Zustimmung für die Erteilung der Auskunft gegeben. Es wurde sodann nicht bloss eine schriftliche Auskunft auf eine schriftliche Frage erteilt, sondern es fand zuvor eine telefonische Befragung statt, über die eine Aktennotiz existiert. Die Vorinstanz hat erwogen, dass vorliegend keine Umstände ersichtlich seien, aufgrund welcher die Glaubwürdigkeit der Aussagen der Verantwortlichen der X. AG in Zweifel gezogen werden müssten. Der Beschwerdeführer habe auch keine solchen Umstände dargelegt.

Diese Begründung überzeugt nicht. Zum einen hat die Beschwerdeführerin die Glaubwürdigkeit der auskunfterteilenden Personen gar nicht selber beurteilen können, weil sie bei deren telefonischer Befragung nicht anwesend war. Entsprechend hat sie dazu auch nichts vorbringen können. Zum anderen gibt es keine gesetzliche Vermutung einer generellen Glaubwürdigkeit von gerichtlich formlos befragten Privatpersonen, derart dass die Parteien, die sich gar kein Bild von der auskunfterteilenden Person machen können, gehalten wären, die Unglaubwürdigkeit dieser Person bzw. ihrer Aussage zu begründen. Die Konzeption von Art. 111 ZPO lässt auf das Gegenteil schliessen. Das Gesetz misstraut grundsätzlich Zeugnisurkunden von Privaten, und es sieht eine richterliche Einholung von schriftlichen Auskünften bei Privaten ebenfalls nur «ausnahmsweise» vor. Wenn der Richter im letzten Fall von dieser Befugnis Gebrauch macht, steht den Parteien der Anspruch auf eine Überprüfung der Glaubwürdigkeit des Auskunftgebers durch Zeugenbefragung zu, wenn sie dies beantragen. Entsprechend ausdrücklich behält Art. 111 Abs. 2 ZPO die Zeugenbefragung für den Fall richterlicher Auskunftseinholung vor. Ob davon ausnahmsweise durch antizipierte Beweiswürdigung abgesehen werden kann, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Denkbar wäre dies, wenn eine einfache schriftliche Auskunft inhaltlich durch Urkunden bestätigt werden kann (z. B. durch einen Kontoauszug, der den genauen Inhalt einer zuvor erteilten einfachen Auskunft zum Kontostand bestätigt).

Das Beweismittel der Zeugnisurkunde ist, auch wenn es vom Gericht erhoben wird, ein nur ausnahmsweise zulässiges Beweismittel. Es steht auch von Gesetzes

wegen unter dem Vorbehalt der Zeugenbefragung (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Prozessparteien haben deshalb nach kantonalem Recht Anspruch auf eine Überprüfung der Glaubwürdigkeit der Auskunftsperson durch Zeugeneinvernahme, wenn sie diese korrekt beantragen.

Die auskunfterteilende X. AG und der Beschwerdebeklagte haben bereits vor der Auskunftserteilung von der beabsichtigten gerichtlichen Auskunftseinholung durch die Aufforderung des Gerichts zur Einverständniserklärung Kenntnis erhalten (ob darüber im Voraus auch der Beschwerdeführer informiert worden ist, ergibt sich aus den kreisgerichtlichen Unterlagen nicht). Ungeachtet, ob konkret in irgendeiner Weise auf die Auskunfterteilung vom Beschwerdebeklagten Einfluss genommen wurde, bestand zumindest die Möglichkeit einer solchen Einflussnahme. Unter diesen Umständen gebietet auch der Anspruch auf rechtliches Gehör, dass bei einer zu Beweis Zwecken erfolgten richterlichen Auskunftseinholung die andere Partei zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit der eingeholten Auskunft eine formelle Zeugenbefragung der auskunfterteilenden Person(en) beanspruchen kann (vgl. GVP 2001 Nr. 64 m.H. zur einseitigen Kontaktnahme eines Experten zu einer Prozesspartei).

82

Art. 199 Abs. 1 lit. a ZPO (sGS 961.2). Bei einer vorsorglichen Beweiserhebung sind die einzelnen Beweismittel genau zu bezeichnen, ansonsten ein unzulässiger Ausforschungsbeweis vorliegt.

Handelsgerichtspräsident, 12. Dezember 2007

Aus den Erwägungen:

a) Gemäss Art. 199 Abs. 1 lit. a ZPO ordnet der Richter eine vorsorgliche Beweiserhebung an, wenn glaubhaft gemacht wird, dass eine spätere Beweiserhebung wesentlich erschwert oder unmöglich wäre. Die vorsorgliche Beweissicherung soll der antragstellenden Partei ermöglichen, in einem (allfälligen) Prozess ihrer Beweispflicht nachzukommen. Sie kann vor Einleitung eines Prozesses eingeleitet werden, ist aber auch im Rahmen eines bereits rechtshängigen Prozesses möglich. Sie ist nach kantonalem Prozessrecht zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 199 Abs. 1 lit. a ZPO erfüllt sind (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, Bern 1999, N 1a zu Art. 199 ZPO). Grundsätzlich können sämtliche Beweismittel, welche in einem Prozess beantragt werden können, auch Gegenstand eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens sein, so etwa eine vorsorgliche Expertise, eine Zeugeneinvernahme (z.B. wenn der Zeuge für

längere Zeit verreist oder ernsthaft erkrankt ist), eine Urkundenedition oder ein Augenschein (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 2 zu Art. 199 ZPO). Die einzelnen Beweismittel sind genau zu bezeichnen, so z. B. Art und Inhalt einer Urkunde, und von wem sie ediert werden soll (GVP 1995 Nr. 58; Leuenberger/Uffer-Tobler, N 7b zu Art. 161, N 2c zu Art. 123 ZPO). Hingegen genügen Hinweise auf den zugrunde liegenden Sachverhalt, nachdem dieser in einem nachfolgenden Hauptverfahren eingehend darzulegen ist. Der Beweisantrag kann auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinauslaufen, wenn Beweismittel nur global, d. h. losgelöst von einem bestimmten Sachverhalt, genannt werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 7a zu Art. 161 ZPO). Bei einer vorsorglichen Beweiserhebung nach kantonalem Recht hat der Gesuchsteller eine Beweisgefährdung glaubhaft zu machen (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 4 zu Art. 199, N 6 zu Art. 198 ZPO).

Die Gesuchstellerin hat vorliegend nicht klar dargelegt, ob es sich bei den Gesuchsgegnern um Parteien oder Dritte eines später einzuleitenden Prozesses handelt.

Bei der Pflicht einer Partei, eine Urkunde herauszugeben (Art. 123 Abs. 1 ZPO), handelt es sich – auch im Rahmen des vorsorglichen Beweisverfahrens – um eine prozessuale Last, da die Mitwirkung der Partei nicht erzwungen werden kann. Entsprechend kann eine Person, die voraussichtlich im nachfolgenden Prozess Partei ist, nicht in einer Verfügung unter Strafandrohung zur Herausgabe von Urkunden verpflichtet werden. Deren Verweigerung kann aber für die Partei gemäss Art. 123 Abs. 2 ZPO Nachteile zur Folge haben (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 1 zu Art. 123 ZPO).

Gemäss Art. 125 Abs. 1 ZPO können am Prozess nicht beteiligte Dritte vom Richter verpflichtet werden, Urkunden herauszugeben und als Zeugen mitzuwirken. Dabei handelt es sich – auch im Rahmen des vorsorglichen Beweisverfahrens – um eine eigentliche prozessuale Pflicht, da bei einer Verweigerung der Mitwirkung gemäss Art. 130 ZPO Zwangsmittel angewandt werden können (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 1 zu Art. 125 ZPO). Entsprechend können Personen, die voraussichtlich im nachfolgenden Prozess Dritte sind, in einer richterlichen Verfügung unter Strafandrohung zur Herausgabe von Urkunden verpflichtet werden.

b) aa) (...)

bb) Vorliegend verlangt die Gesuchstellerin in Ziff. 1 des Rechtsbegehrens in vollkommen unspezifischer Weise, es seien sämtliche Akten, die im Zusammenhang mit der Gesuchsgegnerin 2 stehen, namentlich Akten, die der Gesuchsgegner 1 im Besitz hat oder darauf zugreifen kann oder die sich bei der Gesuchsgegnerin 2 befinden, beim Gericht zu hinterlegen. Damit hätte der Richter von der Gesuchstellerin nicht bezeichnete Beweismittel zu suchen, welche dieser als Begründung des Klagefundaments dienen könnten. Dabei liess die Gesuchstellerin offen, ob sie eine Rückerstattungs- oder eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesuchsgegner einleiten werde. Es handelt sich damit offensichtlich um einen nicht zulässigen Ausforschungsbeweis, weshalb Ziff. 1 des Rechtsbegehrens abzuweisen ist. Aus dem gleichen Grund kann auch Ziff. 2 des Rechtsbegehrens nicht ge-

schützt werden, da die Gesuchstellerin in keiner Weise umschrieben hat, in Bezug auf welche Unterlagen es den Gesuchsgegnern zu verbieten sei, diese ganz oder teilweise abzuändern, zu vernichten oder anderweitig für ein Beweisverfahren unzugänglich zu machen. Da die Unterlagen nicht im Einzelnen bezeichnet sind, könnte im Nachhinein auch nicht festgestellt werden, ob der Gesuchsgegner 1 dem richterlichen Verbot zuwider gehandelt hätte.

83

Art. 237 ZPO (sGS 961.2). Anfechtbarkeit von Erkenntnissen eines selbständig eröffneten Zwischenentscheides erst mit dem Endentscheid vor Kassationsgericht?

Kassationsgericht, 26. Januar 2007

Die Klägerin führte Klage mit dem Begehren, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 100 000.– zu bezahlen. Sie bezeichnete ihre Klage ausdrücklich als Teilklage und begründete den Klagebetrag mit Forderungen von insgesamt rund Fr. 620 000.–. Der angeführte Gesamtbetrag setzte sich aus einer Teilrückforderung des Architektenhonorars sowie einer Vielzahl von verschiedenen Schadenersatzpositionen zufolge angeblich nicht richtiger Erfüllung des Architekturvertrags zusammen. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, wobei er Gegenforderungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 76 000.– vorsorglicherweise zur Verrechnung stellte. Das Bezirksgericht Sargans wies die Klage mit Entscheid vom 1. Februar 2000 unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin vollumfänglich ab; es war zum Schluss gekommen, die Klägerin habe weder den Inhalt des Architekturvertrags noch dessen mangelhafte Erfüllung nachgewiesen.

Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin Berufung mit dem Begehren, die Klage sei vollumfänglich gutzuheissen, evtl. sei die Streitsache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Klägerin führte für ihre Teilklage von Fr. 100 000.– nunmehr Forderungspositionen von insgesamt knapp Fr. 900 000.– an. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Berufung und stellte mit Anschlussberufung das Begehren, die vom Bezirksgericht Sargans festgesetzte Parteientschädigung sei zu erhöhen. Das Kantonsgericht St. Gallen hob den erstinstanzlichen Entscheid auf und wies die Streitsache im Sinn der Erwägungen zur Beweiserhebung und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück (im Folgenden: Rückweisungsentscheid). Die Verlegung der zweitinstanzlichen Entscheidunggebühr und Parteikosten wurde dem Endentscheid vorbehalten. In den Erwägungen lehnte das Kantonsgericht verschiedene Forderungspositionen, darunter

insbesondere den wegen des Baustopps im Dachgeschoss angebehrten Schadenersatz, als unbegründet ab. Bezüglich der Rückforderung des Architektenhonorars sowie der verbleibenden Schadenersatzforderungen wegen Mietzinsausfall und wegen Kaufpreisminderung Wohnung Nr. x sowie wegen Planungsfehlern betreffend bestimmte Positionen wies es die Streitsache zur Durchführung eines Beweisverfahrens, insbesondere zur Einholung einer Expertise, sowie zur neuen Entscheidung an die Erstinstanz zurück. Die Prüfung der beklagtschen Verrechnungsforderungen wurde vom Kantonsgericht aufgrund der Rückweisung als entbehrlich betrachtet, die Anschlussberufung als gegenstandslos. Das Kreisgericht Sargans-Werdenberg hiess nach Durchführung eines Beweisverfahrens die Klage im Umfang von rund Fr. 42 000.– gut. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin neuerdings Berufung an das Kantonsgericht St.Gallen (u. a.) mit dem Antrag, der erstinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich gutzuheissen. Der Beklagte erhob Anschlussberufung und beantragte die Reduktion des Forderungsbetrages.

Das Kantonsgericht änderte das kreisgerichtliche Urteil in teilweiser Guttheissung der Anschlussberufung dahingehend ab, dass es die Klage nur im reduzierten Umfang von Fr. 33 000.– guthiess. Das Kantonsgericht betrachtete sich in seinem Urteil (Endentscheid) an seinen Rückweisungsentscheid gebunden. Ein veränderter Sachverhalt oder eine Rechts- oder Praxisänderung, die zu einer abweichenden Beurteilung führen könnten, lägen nicht vor. Weil es bereits im Rückweisungsentscheid sämtliche Schadenersatzforderungen, welche die Klägerin im Zusammenhang mit dem Baustopp im Dachgeschoss gestellt hatte, als unbegründet abgelehnt hätte, habe es daher bei den Erwägungen im Rückweisungsentscheid und den dortigen Schlussfolgerungen sein Bewenden, was in materieller Hinsicht zur Abweisung der Berufung führen müsse.

Die Nichtigkeitsbeschwerde zielt auf Forderungspositionen, welche die Vorinstanz im Rückweisungsentscheid als unbegründet erkannt hat und bezüglich welcher sie im nunmehr angefochtenen Endentscheid eine Selbstbindung an die früheren Urteilsgrundlagen, soweit diese unverändert geblieben sind, angenommen hat. Die Vorinstanz referiert im Endentscheid zwar nochmals die Gründe, welche sie im Rückweisungsentscheid zur Abweisung bewogen hat, stellt aber fest, es habe «bei den Erwägungen im Rückweisungsentscheid und der dortigen Schlussfolgerungen sein Bewenden» (Endentscheid, S. 12), weil weder ein veränderter Sachverhalt noch eine Rechts- oder Praxisänderung vorliegen würden. Dies, so die Vorinstanz, führe «in materieller Hinsicht zur Abweisung der Berufung» (Endentscheid, S. 12).

Seitens der Beschwerdeführerin wird in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht gerügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht keine neue Beurteilung vorgenommen. Die Beschwerdeführerin unterstellt im Gegenteil als gegeben, dass sie gegen den Endentscheid der Vorinstanz auch insoweit Nichtigkeitsbeschwerde führen könne, als ihm bereits im Rückweisungsentscheid getroffene, zufolge der von der Vorins-

tanz angenommenen Selbstbindung nicht nochmals überprüfte Erwägungen zu Grunde liegen. Anscheinend nimmt die Beschwerdeführerin an, nach der st.gallischen Zivilprozessordnung gelte bezüglich der Anfechtung von Zwischenentscheiden die gleiche Regelung wie im Bundesrecht. Bekanntlich erlaubt Letzteres ausdrücklich, mit dem Endentscheid auch frühere Zwischenentscheide mittels der Beschwerde in Zivilsachen anzufechten (so ausdrücklich Art. 93 Abs. 3 BGG; ebenso früher Art. 48 Abs. 3 aOG), wenn die Beschwerde gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide nicht zulässig war oder «von ihr kein Gebrauch gemacht» wurde.

Die st.gallische Zivilprozessordnung enthält keine klare Aussage zur Frage, ob Erwägungen aus einem als solchen nicht angefochtenen, selbständig eröffneten Zwischenentscheid, wie ihn ein Rückweisungsentscheid darstellt, noch mit dem Endentscheid anfechtbar sind. Vielmehr begnügt sie sich in Art. 237 ZPO mit der Aussage, dass die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht gegen «Urteile, Erledigungsbeschlüsse und Teilentscheide des Kantonsgerichtes und des Handelsgerichtes» zulässig ist. Leuenberger/Uffer-Tobler (N. 3 zu Art. 237 ZPO m.H. auf Frank/Sträuli/Messmer, N 7a zu § 270 ZPOZH) halten Rückweisungsentscheide «als Teilentscheide» für beschwerdefähig. Dies, abgesehen vom Literaturverweis, aber ohne (inhaltliche) Begründung. Im Kanton Zürich ist die Rechtslage zudem insofern differenzierter als § 282 ZPO ZH die Nichtigkeitsbeschwerde gegen prozessleitende Entscheide zulässt, während eine Unterlassung der selbständigen Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides die Anfechtung des darauf beruhenden Endentscheides aber ausdrücklich nicht ausschliesst (§ 282 Abs. 2 ZPO ZH). Es stellt sich somit die Frage, ob im Kanton St.Gallen als Teilentscheid nach Art. 237 ZPO auch der Rückweisungsentscheid gilt, der kein Sachurteil (mit-)umfasst, sondern die gesamte Streitsache, wenn auch mit verbindlichen Vorgaben, an die erste Instanz zurückweist, ohne aber einen Teil der Klage bereits selber materiell im Dispositiv entschieden zu haben. Bejaht man diese Frage, stellt sich die weitere Frage, ob der Verzicht auf das Ergreifen der Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen solchen Zwischenentscheid die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Endentscheid ausschliesst oder inhaltlich beschränkt.

Der kantonale Gesetzgeber hat diese Konstellation, soweit ersichtlich, nicht eigens bedacht. Mit der auf den Wortlaut abstellenden Auslegung ist für die hier interessierende Frage nichts gewonnen. Gewicht kommt demgegenüber zwei teleologischen Überlegungen zu, welche die kassationsgerichtliche Nichtigkeitsbeschwerde gegen Endentscheide in vollem Umfang offen halten, unbeschadet darum, ob der selbständig eröffnete reine Rückweisungsentscheid hätte angefochten werden können oder nicht. Im Vordergrund steht die Überlegung, dass der Rechtssuchende den Entscheid über ein Rechtsmittel in voller Kenntnis aller einschlägigen Gesichtspunkte fällen kann. Bei einem Rückweisungsentscheid (ohne teilweisen Sachentscheid) liegt diese Konstellation gerade nicht vor; vielmehr erfolgt die Rückweisung, um die Sache neu zu beurteilen. Erst wenn der Rechtssuchende weiss,

wie die Sache insgesamt materiell für ihn ausgegangen ist, soll er daher über die Einlegung eines Rechtsmittels entscheiden müssen. Ein zweiter Gesichtspunkt ist die Prozessökonomie. Es liegt im Interesse der Gerichte und der Streitparteien, nicht gleichsam auf Vorrat hin ein Rechtsmittelverfahren durchführen zu müssen. Das vorliegende Verfahren ist hiefür exemplarisch: Die im Rückweisungsentscheid als unbegründet bezeichneten Forderungen machten, wie sich die Vorinstanz ausdrückte, «mit ungefähr 80 Prozent den grösseren Teil» der zur Beurteilung gestellten Forderungspositionen aus. Die Beschwerdeführerin konnte aus ihrer Warte somit davon ausgehen, dass ihr im Zuge der angeordneten Neubeurteilung der im Streit liegende Teilklagebetrag von Fr. 100 000.– zugesprochen würde. Unter diesem Gesichtspunkt hatte sie keine Veranlassung, gleichsam auf Vorrat eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht gegen die als unbegründet beurteilten Forderungspositionen zu erheben. Wäre sie mit ihren noch verbliebenen Forderungspositionen bei der Erst- oder gegebenenfalls Zweitinstanz durchgedrungen, hätte die Klage so oder so geschützt werden müssen.

Schliesslich wurde mit dem Rückweisungsentscheid gemäss Dispositiv vorliegend aber auch allein der erstinstanzliche Entscheid aufgehoben und die Sache integral zur neuen Beurteilung im Sinn der Erwägungen zurückgewiesen, ohne dass bereits ein Teil der Berufung formell für abgewiesen erkannt worden wäre. Vielmehr wurde die Abweisung der Berufung erst im Dispositiv des angefochtenen Endentscheids erkannt (soweit kein Schutz der Klage erfolgte) und in den Erwägungen auch ausdrücklich «in materieller Hinsicht (als) Abweisung der Berufung» unter Hinweis auf die Gründe im Rückweisungsentscheid begründet. Die Beschwerdeführerin wäre mithin für eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Rückweisungsentscheid gar nicht beschwert gewesen, hat sie doch die Rückweisung mit der Berufung beantragt. Es rechtfertigt sich somit, die Rügen der Beschwerdeführerin auch insoweit zu prüfen, als ihnen Erwägungen der Vorinstanz aus dem unangefochtenen Rückweisungsentscheid zugrunde liegen.

84

Art. 273 ZPO (sGS 961.2). Die Voraussetzungen für den Erlass der Gerichtskosten entsprechen nicht denjenigen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Diese beiden Institute verfolgen insbesondere einen anderen Zweck. Notwendige Voraussetzung für den Erlass ist die dauernde Mittellosigkeit. Als Ermessensentscheid setzt er zudem eine Abwägung der schutzwürdigen Interessen des Pflichtigen gegenüber den öffentlichen Interessen an einer Durchsetzung der staatlichen Ansprüche voraus.

Kantonsgericht, Präsidentin der III. Zivilkammer, 21. August 2007

Aus den Erwägungen:

2. (...) Nach Art. 273 ZPO kann der Gerichtspräsident Kosten erlassen, wenn besondere Umstände vorliegen. «Kann» bedeutet, dass kein gesetzlicher Anspruch besteht. Vielmehr liegt der Erlass im Ermessen des Gerichtspräsidenten. Die Ausübung des Ermessens hat jedoch pflichtgemäss, das heisst insbesondere unter Beachtung des Rechtsgleichheitsgebots zu erfolgen. (...)

a) «Besondere Umstände» nach Art. 273 ZPO ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff. Besondere Umstände liegen nicht im Regelfall vor. Die grammatikalische Auslegung weist damit einzig auf den Ausnahmecharakter des Kostenerlasses hin. Aus den Materialien ergeben sich sodann keine genaueren Anhaltspunkte.

Die systematische Stellung von Art. 273 ZPO innerhalb von Kapitel IX. der ZPO verdeutlicht, dass der Erlass ein selbständiges Instrument zur Schuldnerentlastung bildet und nicht einen Teilgehalt der unentgeltlichen Prozessführung darstellt. Den Erlass von Gerichtskosten oder allgemeiner von staatlichen Forderungen gegenüber Privaten kennen auch andere kantonale Erlasse. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Staat in allen Bereichen – soweit sich aus dem konkreten Anwendungsbereich keine Besonderheiten ergeben – nach den gleichen Kriterien Forderungen erlässt. Ein Erlass ist im Verwaltungsverfahren (Art. 97 VRP [sGS 951.1]) beim Vorliegen besonderer Umstände und in der Strafrechtspflege beim Vorliegen einer Notlage (Ziff. 4 Gerichtskostentarif [sGS 941.12]) vorgesehen. Gemäss Art. 224 Steuergesetz (sGS 811.1) kann einem Steuerpflichtigen, der in Not geraten ist oder für den die Bezahlung der Steuern, der Zinsen, der Bussen oder der Kosten eine grosse Härte bedeutet, der geschuldete Betrag erlassen werden.

Art. 110 des Entwurfes einer schweizerischen Zivilprozessordnung sieht den Erlass ebenfalls vor (BBI 2006 7221 ff., Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 7299). Voraussetzung ist die dauernde Mittellosigkeit. Im bundesrechtlichen Verwaltungsverfahren ermöglicht Art. 63 Abs. 4 VwVG (SR 172.021) i.V. m. Art. 4a Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) den Erlass der Verfahrenskosten, wenn eine Beschwerde ohne erheblichen Aufwand für die Beschwerdeinstanz durch Rückzug oder Vergleich erledigt wird oder andere Gründe in der Sache oder in der Person der Partei die Auferlegung von Verfahrenskosten als unverhältnismässig erscheinen lassen (zur Praxis der Bundesbehörden vgl. Kneubühler, Die Kostenverlegung im Beschwerdeverfahren des Bundes, in: ZBI 2005, 464 f.).

Der Zweck des Kostenerlasses ist ein anderer als bei der unentgeltlichen Prozessführung. Soll diese für alle Bürger den Zugang zum Gericht ermöglichen und ist sie daher als verfassungsmässiger Anspruch des Einzelnen gewährleistet (Art. 29 insb. Abs. 3 BV), geht es hier um die Umsetzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV sowie Art. 8 Abs. 2 KVSG) bei der staatlichen Interessendurchsetzung. Diese soll insbesondere dann unterbleiben können, wenn die verfolgten fiskalischen Interessen sowie das Interesse an einer rechtsgleichen Durchsetzung der Kos-

tenfolgen in keiner Art und Weise die Opfer und Belastungen des Pflichtigen zu rechtfertigen vermögen. Der Erlass der Gerichtskosten – und allenfalls bereits der Verzicht auf Erhebung von Gerichtskosten im Entscheid – ist zudem dann angezeigt, wenn der Aufwand und die Kosten für eine Durchsetzung in einem Missverhältnis zur Höhe der geltend gemachten Ansprüche stehen. Der (Teil-)Erlass der Gerichtskosten soll schliesslich dem Staat ermöglichen, sich an einer privaten Schuldenbereinigung (Art. 333 SchKG) zu beteiligen. Unter der Voraussetzung, dass auch die anderen Gläubiger der Schuldenbereinigung zustimmen, ist in der Regel auf diesem Weg eine höhere Deckungsrate für die offenen Forderungen zu erwarten. Dem unterschiedlichen Zweck entspricht, dass die unentgeltliche Prozessführung in aller Regel ausschliesslich für die Zukunft gewährt und zudem eine Nachforderung der Kosten explizit vorbehalten wird (Art. 288 ZPO). Es geht im eigentlichen Sinn um «Prozesshilfe». Demgegenüber ist ein Erlassgesuch erst nach Ende eines Verfahrens zu stellen, seine Gutheissung wirkt auf den Beginn des Verfahrens zurück und lässt die staatlichen Ansprüche gegenüber dem Pflichtigen gänzlich untergehen.

b) Aufgrund dieser Auslegung, insbesondere des unterschiedlichen Zwecks von unentgeltlicher Prozessführung und Gerichtskostenerlass ergibt sich grundsätzlich, dass die Voraussetzungen für einen Erlass der Gerichtskosten nicht ohne weiteres den Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung nachgebildet werden können (ebenso: Urteil des Obergerichts Schaffhausen vom 29. Dezember 2000, in: ABSH 2000, 93 ff.). Im Einzelnen:

aa) In Bezug auf das Kriterium der Aussichtslosigkeit des geführten Prozesses stellt sich einzig die Frage, ob ein Erlass bewilligt werden kann, obwohl in einem früheren Entscheid betreffend unentgeltliche Prozessführung die Aussichtslosigkeit bejaht wurde und der Gesuchsteller den Prozess trotzdem weiterführte. Dies ist in der Regel zu verneinen. Ganz ausgeschlossen ist ein Erlass aber auch in einem solchen Fall nicht, wenn aufgrund klar verschlechterter finanzieller Verhältnisse von einem wirklichen Härtefall ausgegangen werden muss. Das Gleiche gilt grundsätzlich, wenn während des Prozesses kein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gestellt wurde, eine Beurteilung im Erlassverfahren aber ergibt, dass von ursprünglicher Aussichtslosigkeit hätte ausgegangen werden müssen. Andernfalls wäre es möglich, dass eine Partei in einem aussichtslosen Prozess nur deshalb kein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung stellt, um in einem späteren Zeitpunkt ihre Chancen auf Kostenerlass nicht zu schmälern.

bb) Zentrales Kriterium für den Erlass ist die Mittellosigkeit. Wurde im Prozess ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wegen fehlender Mittellosigkeit abgelehnt, kommt ein späterer Erlass der Gerichtskosten nur bei nachgewiesener seitheriger Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse der pflichtigen Person in Betracht. Angesichts des unterschiedlichen Zwecks von unentgeltlicher Prozessführung und Kostenerlass sind sodann beim Erlass sowohl in zeitlicher als auch in quantitativer Hinsicht strengere Massstäbe an die Mittellosigkeit anzulegen als bei der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung:

Weil nach einem Erlass der Kosten eine Nachforderung nicht weiter möglich ist, muss die Mittellosigkeit bei der Gewährung eines Erlasses andauernd sein (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 2a zu Art. 273 ZPO). Massgeblich ist, ob man davon ausgehen kann, dass die Gerichtskosten auch noch während der Verjährungsfrist von zehn Jahren (analog Art. 127 OR) nicht beglichen werden können. Es sind somit auch Einkünfte und Vermögenswerte zu berücksichtigen, die erst innerhalb der nächsten zehn Jahre verfügbar werden oder kapitalisiert werden können. Wenn die Mittellosigkeit durch eigene Anstrengungen (Erwerbstätigkeit, Veräusserung von Vermögenswerten, wegfallende Kosten) oder einen absehbaren Vermögenszufluss (Erbteilung, güterrechtliche Auseinandersetzung, Versicherungsleistungen wie z. B. bei einem hängigen IV-Gesuch) voraussichtlich beseitigt werden kann, kommt kein Erlass in Betracht (analog Steuerbuch zu Art. 224 StG). Angesichts der gesetzlichen Möglichkeit, die Kosten auch nur zu stunden, ist im Zweifel nur zu stunden und die Entwicklung abzuwarten, insbesondere bei höheren Beträgen.

Auch in quantitativer Hinsicht ist ein strengerer Massstab anzulegen als bei der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, wo ein Zuschlag von 30 Prozent zum Grundbetrag berücksichtigt wird. Wird nicht erlassen, kann grundsätzlich bis zum betriebsrechtlichen Existenzminimum vollstreckt werden. Die Frage, in welchem Umfang auf den Schuldner zugegriffen wird, stellt sich vor allem bei Teilerlassen in Kombination mit Abzahlungsvereinbarungen. Können auf diese Weise aufwändige und allenfalls auch unsichere Vollstreckungsbemühungen erspart werden, können sich ausnahmsweise Zuschläge rechtfertigen.

cc) Die Mittellosigkeit der Gesuch stellenden Person ist eine notwendige, nicht aber immer hinreichende Bedingung für einen Kostenerlass. Insbesondere begründet die dauernde Mittellosigkeit wie erwähnt, noch keinen Anspruch auf den Erlass der Gerichtskosten. Als Ermessensentscheid ist der Erlass der Gerichtskosten von einer Interessenabwägung abhängig. Abzuwägen sind die schutzwürdigen Interessen des Pflichtigen, die durch ein Weiterbestehen der Forderung betroffen werden, gegenüber den öffentlichen Interessen an einer gleichmässigen, konsequenten aber auch kostendeckenden Durchsetzung staatlicher Ansprüche.

Für einen Kostenerlass spricht insbesondere: Wenn die Mittellosigkeit zufolge längerer Arbeitslosigkeit oder Aussteuerung, drückender Familienlasten, Unterhaltspflichten oder hoher Krankheits- und Pflegekosten, welche nicht von Dritten getragen werden, eingetreten ist. Wenn die Mittellosigkeit als Folge von ausserordentlichen Aufwendungen eingetreten ist, die in den persönlichen Verhältnissen begründet sind und für die der Pflichtige nicht einzustehen hat (analog Steuerbuch zu Art. 224 StG). Wenn der Prozess aufgrund einer Veränderung der Verhältnisse am Ende des Verfahrens, einer Praxisänderung oder einer Entscheidung über eine bisher offene Rechtsfrage verloren gegangen ist. Wenn durch den Kostenerlass verhindert wird, dass durch die Geltendmachung und administrative Bearbeitung der Forderung zusätzliche Kosten entstehen, die voraussichtlich abgeschrieben

werden müssen. Wenn durch einen Teilerlass der Kosten im Rahmen einer privaten Schuldenbereinigung erwartet werden kann, dass eine höhere Deckungsquote resultiert. Gegen einen Kostenerlass spricht insbesondere: Wenn die Gesuch stellende Partei den Prozess wider besseren Wissens über die kaum bestehenden Gewinnchancen angehoben und weitergeführt hat. Wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Mittellosigkeit im Hinblick auf den Prozess oder den Prozessausgang durch den Pflichtigen herbeigeführt worden ist. Wenn die Mittellosigkeit durch Handlungen herbeigeführt worden ist, für die sich der Pflichtige strafrechtlich verantworten musste.

4. Strafrechtspflege

85

Art. 3 und 11 Abs. 1 lit. a DNA-Profil-Gesetz (SR 363). Für die Aufnahme eines DNA-Profiles in das Informationssystem genügt ein blosser Tatverdacht. Ein allfälliger späterer Freispruch oder eine spätere Verfahrenseinstellung führt nicht zu einer nachträglichen Widerrechtlichkeit des rechtmässig erstellten DNA-Profiles, sondern verleiht lediglich einen Anspruch auf spätere Löschung im Informationssystem.

Kantonsgericht, Strafkammer, 25. April 2007

Aus den Erwägungen:

III. 2. b) Die Abnahme von DNA-Proben und die Verwendung von DNA-Profilen ist im Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren (DNA-Profil-Gesetz; SR 363) und in der dazugehörigen Verordnung (DNA-Profil-Verordnung; SR 363.1) geregelt. Die beiden Erlasse sind auf den 1. Januar 2005 in Kraft getreten. Zuvor richtete sich die Rechtslage nach der Verordnung über das DNA-Profil-Informationssystem (EDNA-Verordnung; AS 2000, 1715).

Die Entnahme der DNA-Probe durch die Kantonspolizei Aargau (19. Februar 2004) ist sowohl auf der Grundlage der damals geltenden EDNA-Verordnung wie auch nach dem heute in Kraft stehenden DNA-Profil-Gesetz nicht zu beanstanden. Gegenüber dem Angeschuldigten bestand zum damaligen Zeitpunkt ein konkreter Tatverdacht auf Diebstahl (Druckerpatronen) und damit auf eine Katalogtat (Art. 5 Abs. 1 lit. b EDNA-VO) bzw. auf ein Verbrechen oder Vergehen (Art. 3 Abs. 1 lit. a DNA-Profil-G). Der nachträgliche Wegfall des ursprünglichen Tatverdachts – und die

darauf folgende Einstellung des Verfahrens – lässt die ursprünglich rechtmässig erhobene DNA-Probe nicht nachträglich widerrechtlich erscheinen.

Ebenso dürfte die Probenahme durch die Kantonspolizei St.Gallen vom 7. Juli 2005 rechtmässig gewesen sein. Der Angeschuldigte war im Ripol u. a. zur Wegweisung ausgeschrieben. Nachdem somit ein Verdacht auf illegalen Aufenthalt in der Schweiz bestand, und es sich bei Art. 23 Abs. 1 ANAG um ein Vergehen handelt, waren die Voraussetzungen für eine Probenahme nach Art. 3 DNA-Profil-G grundsätzlich erfüllt.

Die grundsätzliche Zulässigkeit der zweiten DNA-Probenahme führt indessen nicht ohne Weiteres zum Ausschluss des geltend gemachten Beweisverwertungsverbots. Der Tatverdacht hinsichtlich des Raubes vom 16. Juli 2004 beruhte nicht auf Erkenntnissen, die aus der zweiten DNA-Probenahme stammten. Vielmehr konnte die am Tatort sichergestellte DNA-Spur bereits am 3. August 2004 dem Angeschuldigten zugeordnet werden. Damit steht fest, dass die erste Probenahme durch die Kantonspolizei Aargau kausal für die Begründung des Tatverdachts war. Der Angeschuldigte wurde denn auch in der Folge am 5. August 2004 im Ripol zur Verhaftung wegen Raubes ausgeschrieben. Die zweite Probenahme durch die Kantonspolizei St.Gallen erfolgte erst im Anschluss an die gestützt auf den Haftbefehl vom 5. August 2004 erfolgte Festnahme am 7. Juli 2005 und war für die Begründung des Tatverdachts und die Beweisführung hinsichtlich des Raubes unerheblich.

c) Nachdem die Rechtmässigkeit der Aufnahme des DNA-Profiles in das zentrale Informationssystem bejaht wird, bleibt zu prüfen, ob allenfalls die Voraussetzungen für eine nachträgliche Löschung gegeben waren. In das Informationssystem werden u. a. die DNA-Profile von Personen, die als Täter oder Teilnehmer eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt werden, aufgenommen (Art. 11 Abs. 1 lit. a DNA-Profil-G). Erfolgt keine Verurteilung, sind nach Art. 16 Abs. 1 lit. d DNA-Profil-G die Profile u. a. dann von Amtes wegen zu löschen, wenn ein Jahr nach der definitiven Einstellung des Verfahrens verstrichen ist. Die bis Ende 2004 befristete EDNA-VO erweist sich im Unterschied zum geltenden Recht hinsichtlich der Löschung als noch restriktiver. Sie verlangte für die Löschung einerseits ein ausdrückliches Gesuch der betroffenen Person und andererseits den Ablauf von fünf Jahren seit Einstellung des Verfahrens (Art. 16 Abs. 1 lit. b EDNA-VO).

Der Angeschuldigte war zwar vom Bezirksamt Aarau mit Strafbefehl vom 7. September 2004 des geringfügigen Vermögensdelikts und der mehrfachen Widerhandlung gegen das Transportgesetz schuldig erklärt worden. Bei beiden Straftatbeständen handelte es sich jedoch um Übertretungen, welche die Entnahme einer DNA-Probe nicht gerechtfertigt hätten. Auf diesen Schuldspruch kann deshalb unter dem Gesichtspunkt der weiteren Aufbewahrung bzw. der Löschung des DNA-Profiles im Informationssystem nicht abgestellt werden.

Im Verfahren wegen Diebstahls (Druckerpatronen), welches seinerzeit Grundlage der Aufnahme des DNA-Profiles im Informationssystem gebildet hatte, erliess die Staatsanwaltschaft Aargau bereits am 18. Mai 2004 eine Einstellungsverfü-

gung. Gemäss Zustellvermerk war die Einstellungsverfügung aber erst am 9. September 2004 dem Angeschuldigten und den Geschädigten jenes Verfahrens zugestellt und damit das Verfahren zum Abschluss gebracht worden. Nach aargauischem Recht ist gegen die Einstellungsverfügung die Beschwerde an das Obergericht zulässig (§ 141 StPO AG). Der Beschwerde kommt keine aufschiebende Wirkung zu (§ 215 StPO AG).

d) Der Verteidiger scheint in diesem Zusammenhang drei Punkte zu verkennen. Erstens genügt für die Aufnahme eines DNA-Profiles in das Informationssystem ein blosser Tatverdacht. Ein allfälliger späterer Freispruch oder eine allfällige spätere Verfahrenseinstellung führt nicht zu einer nachträglichen Widerrechtlichkeit des rechtmässig erstellten DNA-Profiles, sondern verleiht lediglich einen Anspruch auf spätere Löschung im Informationssystem. Zweitens unterscheiden sowohl EDNA-Verordnung wie auch DNA-Profil-Gesetz (Art. 16 Abs. 1) im Hinblick auf eine allfällige Löschung zwischen erwiesener Unschuld (sofortige Löschung), Freispruch (Löschung nach Eintritt der Rechtskraft) und definitiver Verfahrenseinstellung (Löschung nach einer Wartefrist von einem Jahr). Drittens wurde die im Kanton Aargau gegen den Angeschuldigten wegen des Verdachts auf Diebstahl geführte Strafuntersuchung nicht bereits mit Erlass der Einstellungsverfügung am 18. Mai 2004, sondern erst mit deren Eröffnung am 9. September 2004 abgeschlossen.

Zum Zeitpunkt des Abgleichs der am Tatort sichergestellten DNA-Spur mit dem im Informationssystem gespeicherten DNA-Profil des Angeschuldigten waren die Voraussetzungen für eine Löschung (noch) nicht gegeben. Vielmehr war das DNA-Profil des Angeschuldigten zum entscheidenden Zeitpunkt (3. August 2004) rechtmässig im Informationssystem gespeichert und stand somit für eine Abgleichung mit allfälligen Tatortspuren zur Verfügung. Die erhobenen Einwände gegen die Verwertung des im Informationssystem gespeicherten DNA-Profiles des Angeschuldigten zur Eruiierung der Täterschaft des Raubüberfalls vom 16. Juli 2004 erweisen sich als unbegründet.

86

Art. 52 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Ausschluss des (anwaltlichen) Verteidigers vom Strafverfahren.

Anklagekammer, 14. Februar 2007

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 52 Abs. 1 StP können (anwaltliche) Verteidiger aus wichtigen Gründen in der Ausübung ihrer Rechte eingeschränkt oder vom Verfahren ausgeschlos-

sen werden, wenn feststeht oder begründeter Verdacht besteht, dass sie unter anderem ihre Rechte missbrauchen, insbesondere Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständige unerlaubt beeinflussen oder zu beeinflussen versuchen (lit. a StP) oder das Recht zum freien Verkehr mit dem inhaftierten Angeschuldigten missbrauchen (lit. b).

a) Der unbeaufsichtigte freie und mündliche Verkehr des inhaftierten Angeschuldigten mit seinem anwaltlichen Verteidiger gilt in der Regel uneingeschränkt (vgl. Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 EMRK, Art. 121 StP).

b) Die Aufklärung einer Straftat ist grundsätzlich Sache der Strafuntersuchungsbehörden. Eigene Ermittlungen des Angeschuldigten oder seines Verteidigers sind im Gegensatz zur angloamerikanischen Rechtsordnung nicht gerne gesehen. Sie sind aber zulässig, soweit sie sich darauf beschränken, Entlastungsmaterial beizubringen und Entlastungsbeweise zu offerieren. Gemäss Strafprozessrecht ist es dem Angeschuldigten nicht untersagt, eigene Ermittlungen zu seiner Entlastung zu tätigen und zu diesem Zweck auch Beweismittel zu beschaffen. Beschränkungen der eigenen Ermittlungstätigkeit ergeben sich für den berufsmässigen Rechtsvertreter aus dem anwaltlichen Standesrecht. Strafuntersuchungsbehörden und Justiz haben ein berechtigtes Interesse daran, Beweise möglichst unverfälscht zu erlangen. Unter standesrechtlichen Gesichtspunkten ist es deshalb dem Anwalt verwehrt, Handlungen vorzunehmen, die darauf ausgerichtet sind oder zumindest geeignet erscheinen, Zeugen oder Auskunftspersonen zu beeinflussen oder in anderer Weise zur Verfälschung von Beweisen beizutragen. Gemäss den Standesregeln hat sich der Anwalt jeder unerlaubten Beeinträchtigung der Beweiserhebung im Prozess zu enthalten. Er nimmt nur ausnahmsweise Kontakt zu Personen auf, welche als Zeugen oder auch als Auskunftspersonen in Betracht kommen (vgl. GVP 1994 Nr. 74). Verlangt wird namentlich, dass bei einer direkten Kontaktaufnahme die Auskünfte nicht anderweitig zu erhalten sind und die Abklärungen mit der erforderlichen Zurückhaltung und ohne jegliche Druckausübung erfolgen (ZR 1996, 132). Es ist schon jeglicher Anschein einer Beeinflussung zu vermeiden.

c) Kassiber sind schriftliche geheime Verständigungen zwischen Gefangenen unter sich oder zwischen Gefangenen und aussenstehenden Komplizen oder Angehörigen. Mit seinem Verteidiger kann ein Angeschuldigter in der Regel schriftlich und mündlich unbeaufsichtigt verkehren, so dass es für Mitteilungen, die er ihm machen will, keiner Kassiber bedarf. Ein Verteidiger darf bei ordnungsgemässer Ausübung seines Amtes Kassiber nicht entgegennehmen (vgl. BGE 122 IV 215).

d) Zur grundsätzlich uneingeschränkten mündlichen und schriftlichen Kontaktaufnahme zwischen Verteidiger und dem auf freiem Fuss befindlichen Angeschuldigten gehört, dass die zwischen ihnen gewechselte Korrespondenz nicht beschlagnahmt und ihr Post- und Fernmeldeverkehr nicht überwacht werden darf. Auch der Untersuchungsgefangene besitzt ein Recht auf freien und unkontrollierten schriftlichen Verkehr mit seinem Verteidiger. Dieses Recht beinhaltet aber nicht auch das Recht, über den Verteidiger Briefe an Dritte zu senden oder von Dritten

zu empfangen. Der Anwalt begeht in der Regel eine Pflichtverletzung, wenn er ein Schreiben eines Untersuchungshäftlings an Dritte weiterleitet. Eine Ausnahme von dieser Regel wird nur als zulässig erachtet, wenn der Anwalt eine Streiterklärung des inhaftierten Angeschuldigten an die Presse oder eine Rechtsmittelerklärung an die zuständige Instanz weiterleitet. Das Weiterleitungsverbot gilt auch, wenn der Anwalt keine Kenntnis vom Haftgrund der Kollusionsgefahr hat (Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 40 N 36+37). Es ist Sache der Strafverfolgungsbehörden und nicht des anwaltlichen Verteidigers zu beurteilen, welche (schriftlichen) Mitteilungen der Inhaftierte seinen Angehörigen oder sonstigen Drittpersonen machen darf. Solche Weiterleitungen von Korrespondenz untersagen die Berufsregeln dem Anwalt, und zwar grundsätzlich unabhängig von deren Inhalt. Denn der freie Verkehr zwischen dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger dient grundsätzlich nur dem Zweck, eine wirksame Verteidigung im Strafverfahren zu ermöglichen, und darf auf keinen Fall zur Umgehung der üblichen Kontrollen des Briefverkehrs des Inhaftierten benutzt werden. Jede Übergabe, die ein solches Ergebnis zur Folge hat, kann daher in der Regel als Missbrauch dieser Freiheit betrachtet werden (vgl. Pra 88 (1999) Nr. 148).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es nicht im Ermessen des Verteidigers liegt, Korrespondenz des inhaftierten Angeschuldigten unter Umgehung der Strafverfolgungsbehörden entgegenzunehmen und weiterzuleiten. Daran vermögen auch die geltend gemachten Umstände – namentlich strafprozessuale Sperre sämtlicher persönlicher und geschäftlicher Konti und Liegenschaften des Angeschuldigten – nichts zu ändern. Er kann sich dagegen auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg zur Wehr setzen. Dies trifft sodann auch auf die Aufrechterhaltung der laufenden Geschäfte und die Finanzierung der anwaltlichen Verteidigung zu.

Indem Rechtsanwalt X.Y. zugegebenermassen vom inhaftierten A.B. ein in türkischer Sprache an dessen Ehefrau gerichtetes Schreiben sowie weitere an Geschäftspartner adressierte Korrespondenz entgegennahm und unter Umgehung der Kontrolle durch die Strafverfolgungsbehörden (vgl. Art. 39 StP) an die Adressaten weiterleitete, hat er das anwaltliche Privileg auf freien und unkontrollierten Verkehr mit einem inhaftierten Klienten ausgenützt, die gesetzlich vorgesehene Kontrolle des Postverkehrs vereitelt und insoweit das Vertrauen missbraucht. Mit dem Vorgehen von Rechtsanwalt X.Y. wird im Übrigen zumindest der Anschein erweckt, dass dadurch eine unerlaubte Beeinflussung der Strafuntersuchung oder ein Versuch hierzu verbunden sein könnte. Ein Anwalt hat aber mit seinem Verhalten grundsätzlich schon jeglichen Anschein von (möglicherweise unlässiger) Beeinflussung zu vermeiden.

Das Gesagte gilt unbeschadet des Inhalts der streitigen Schriftstücke. Dies ist für den hier vorzunehmenden Entscheid bezüglich des Ausschlusses von Rechtsanwalt X.Y. als Verteidiger im Strafverfahren gegen A.B. nicht entscheidungsrelevant. Der erwähnte Anwalt hat die besondere Vertrauensstellung als anwaltlicher Verteidiger

des inhaftierten A. B. durch die Weiterleitung von Korrespondenz unter Umgehung der ordentlichen Kontrolle durch die Strafverfolgungsbehörden missbraucht. Im Übrigen ist es – wie bereits erwähnt – Sache der Strafverfolgungsbehörden und nicht des anwaltlichen Verteidigers zu beurteilen, welche (schriftlichen) Mitteilungen der Inhaftierte seinen Angehörigen oder sonstigen Drittpersonen machen darf. Dies umso mehr, als der Verteidiger nicht in der Lage ist, zu beurteilen, ob die Mitteilungen für die Strafuntersuchung relevant sind oder das Strafverfahren allenfalls beeinflussen können, da – zumindest zu Beginn bzw. im Anfangsstadium des Verfahrens – im Regelfall der Verteidiger nicht sämtliche den Strafverfolgungsbehörden vorliegenden Akten kennt. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass das an die Ehefrau von A. B. adressierte Schreiben in türkischer Sprache abgefasst ist. Rechtsanwalt X. Y. behauptet selber nicht, dass er diese Sprache versteht.

e) Die Berufspflichten des Anwalts sind in Art. 12 BGFA grundsätzlich abschliessend geregelt (BGE 131 I 228 E. 3.4). Nach Art. 12 lit. a BGFA üben die Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus. Diese Pflicht gilt nicht nur im Verhältnis zum Klienten, sondern auch im Verhältnis zu den staatlichen Behörden (BGE 131 IV 157 f. E. 1.3.2). Sie gilt allgemein für die gesamte Berufstätigkeit (BGE 130 II 276 E 3.2).

Mit der Untersuchung sind von Amtes wegen alle sachlichen und persönlichen Umstände abzuklären, die für das richterliche Urteil oder die Aufhebung des Strafverfahrens von Bedeutung sein können (Art. 172 StP). Es steht im öffentlichen Interesse, dass dieser Untersuchungsgrundsatz nicht durch unerlaubte Handlungen des anwaltlichen Verteidigers beeinträchtigt bzw. gestört wird. Ein Verteidiger darf nicht Korrespondenz des inhaftierten Angeschuldigten unter Umgehung der Strafverfolgungsbehörden als Kassiber entgegennehmen und an die Adressaten weiterleiten. Dabei ist grundsätzlich unerheblich, ob der Inhalt dieser Schriftstücke im konkreten Fall geeignet ist, die Strafuntersuchung zu beeinträchtigen. Rechtsanwalt X. Y. hat mit seinem Vorgehen zumindest den Anschein von (unzulässiger) Beeinflussung (bzw. Versuchs hierzu) erweckt. Er hat damit den ordnungsgemässen Gang der Strafuntersuchung gestört. Mit dem Herausschmuggeln von Korrespondenz des inhaftierten A. B. und dem Weiterleiten der Schriftstücke an die Adressaten verletzte Rechtsanwalt X. Y. die ihm obliegenden Pflichten gegenüber Staat und Behörden.

f) Insgesamt sind wichtige Gründe für den Ausschluss vom Strafverfahren gegeben: Rechtsanwalt X. Y. hat mit der Entgegennahme und Weiterleitung von Kassibern das anwaltliche Privileg auf freien und unkontrollierten Verkehr mit dem inhaftierten Klienten ausgenützt, die gesetzlich vorgeschriebene Kontrolle des Postverkehrs des Inhaftierten vereitelt und insoweit das Vertrauen missbraucht. Er erweckte zudem mit seinem Vorgehen einen begründeten Anschein, dass damit eine unerlaubte Beeinflussung der Strafuntersuchung verbunden sein könnte. Zumindest behinderte er den geordneten Gang des Strafverfahrens.

Ein Ausschluss vom Strafverfahren gegen A. B. ist auch unter dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz und dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit gerechtfertigt. Die gel-

tend gemachten Umstände, insbesondere langjähriges Vertretungsverhältnis mit einem hohen Vertrauensverhältnis sowie Stresssituation aus beruflichen Gründen, vermögen das unzulässige Verhalten von Rechtsanwalt X. Y. nicht zu rechtfertigen bzw. zu entschuldigen. Er ist (nur) von einem Straffall ausgeschlossen, in welchem er nicht mehr als Verteidiger tätig sein kann. Das öffentliche Interesse an einer gut und nicht unzulässigerweise beeinträchtigten Strafrechtspflege ist höher zu gewichten als das wirtschaftliche Interesse des Anwalts an der Weiterführung des Mandats im Strafverfahren gegen A. B. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass sich A. B. nicht mehr durch seinen gewünschten Anwalt verteidigen lassen kann. Sodann wird das Recht des inhaftierten A. B. auf eine wirksame Verteidigung durch den Ausschluss nicht beeinträchtigt, da dies auch durch einen anderen (amtlichen) anwaltlichen Verteidiger sichergestellt werden kann (vgl. hierzu auch nachfolgende lit. g).

Schliesslich erweist sich das anwaltliche Fehlverhalten von Rechtsanwalt X. Y. als zu schwerwiegend, als dass anstelle eines Ausschlusses vom Strafverfahren die anwaltliche Vertretung unter Auflagen bzw. Bedingungen (wieder) zugelassen werden könnte. Insgesamt erscheinen die Pflichtverletzung und der Missbrauch der besonderen Vertrauensstellung als anwaltlicher Verteidiger als erheblich.

g) Nachdem A. B. trotz des Ausschlusses von Rechtsanwalt X. Y. als Verteidiger – soweit aktenkundig – praktisch ununterbrochen durch eine andere Person anwaltlich verteidigt war und immer noch ist, erübrigen sich Vorkehren gemäss Art. 52 Abs. 3 StP.

87

Art. 59 Abs. 1, Art. 42 und 43 Abs. 1 StP (sGS 962.1). Unentgeltliche Prozessführung und Parteirechte des Klägers im Strafverfahren. Erscheint die Zivilklage von vornherein als aussichtslos, ist der Kläger gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben darauf hinzuweisen und ihm Gelegenheit zu geben, allein an der Verhandlung teilzunehmen und die gestellte Zivilforderung selbst zu begründen oder seinen Vertreter auf eigenes Risiko damit zu beauftragen.

Kantonsgericht, Präsident der Strafkammer, 19. Oktober 2007

Aus den Erwägungen:

1. In einem beim Kreisgericht C anhängigen Verfahren gegen den Polizeibeamten Y wegen Amtsmissbrauchs, Nötigung und Verletzung von Verkehrsregeln, hatte X als Straf- und Zivilkläger teilgenommen und eine Zivilklage (Schadenersatzforderung über Fr. 270.–, Genugtuungsforderung von Fr. 1500.–) gestellt. Als Zivilklä-

ger wurde X durch Rechtsanwalt Z vertreten, der am 15. Juni 2007 ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung für X stellte. Im Gesuch wurde geltend gemacht, dass die Bedürftigkeit von X gerichtsnotorisch und seine gestellten Zivilforderungen (Schadenersatz- und Genugtuungsforderung) allein schon aufgrund der Tatsache der Anklageerhebung gegen den Polizeibeamten Y wegen Amtsmissbrauchs und Nötigung nicht als von vornherein aussichtslos erscheinen würden.

2. Am 20. Juni 2007 sprach die Einzelrichterin in Strafsachen Y vom Vorwurf der Nötigung frei; hingegen sprach sie ihn des Amtsmissbrauchs und der Verkehrsregelverletzungen schuldig. Die Zivilforderungen von X wies sie ab. Mit separatem Entscheid vom gleichen Tag wies sie als Abteilungspräsidentin das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung ab. Zur Begründung führte sie an, dass es dem Angeklagten hinsichtlich der Zivilklage an der Passivlegitimation fehle, da für die Beamten nach dem Verantwortlichkeitsgesetz primär der Staat resp. die Gemeinden haften würden. Das von X angestrebte Adhäsionsverfahren sei daher von vornherein aussichtslos gewesen. Für die Strafklage sei der Beizug eines Rechtsanwalts nicht notwendig gewesen und besondere Gründe im Sinne von Art. 271 Abs. 2 StP seien nicht gegeben. Insbesondere könne der Gesuchsteller nicht als Opfer nach dem OHG betrachtet werden.

...

4. Wer durch eine strafbare Handlung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen erscheint, kann Strafklage erheben und im Strafverfahren Parteirechte ausüben (Art. 42 StP). Dass X durch das strafbare Verhalten von Polizeimann Y in seinen rechtlich geschützten Interessen unmittelbar betroffen erscheint und damit zu Recht als Strafkläger anerkannt wurde, ist unbestritten. Opferstellung im Sinne des Opferhilfegesetzes kommt ihm jedoch nicht zu. Nach Art. 2 Abs. 1 OHG ist Opfer, wer durch eine Straftat in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist. Dabei muss die Beeinträchtigung von einem gewissen Gewicht sein. Nur unerhebliche Beeinträchtigungen begründen keine Opferstellung (BGE 131 I 459/60). Der Opferbegriff ist restriktiv auszulegen und die Beeinträchtigung muss in jedem Fall eine unmittelbare, d. h. eine direkt auf die Straftat zurückzuführende sein (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., § 38 N 4a). Der dem Polizeibeamten Y vorgeworfene Missbrauch seiner Amtsbefugnisse (unzulässiges Ausstellen eines Bussenzettels mit Bedenkfrist) und die unverhältnismässige und unzulässige Art der Zustellung und Anhaltung (Nachfahren mit eingeschalteter Matrix «Stop Polizei», Einschalten der Frontscheinwerfer, Betätigen der Hupe und Einsatz des Blaulichts), die eine (durch die Verurteilung wegen Amtsmissbrauchs abgeglichene) Nötigung darstellt, weisen weder die erforderliche Schwere auf noch beeinträchtigen sie in einem Mass die psychische Integrität des Klägers, dass das legitime Bedürfnis begründet würde, die Hilfsangebote und die Schutzrechte des Opferhilfegesetzes ganz oder zumindest teilweise in Anspruch zu nehmen (BGE 131 I 460). Zur Anwendung kommen damit die Bestimmungen von Art. 42–46 StP.

5. Nach Art. 43 StP können im Strafverfahren Zivilansprüche geltend gemacht werden, die sich gegen den Angeschuldigten richten und sich aus der strafbaren Handlung ableiten.

Der Kläger hat im Strafverfahren gegen Y eine Genugtuungsforderung von Fr. 1500.– zuzüglich Zins zu 5 Prozent seit 14. Oktober 2005 geltend gemacht. Die Einzelrichterin des Kreisgerichts hat die Forderungen mangels Passivlegitimation des angesprochenen Polizeibeamten Y abgewiesen. Mit der fehlenden Passivlegitimation hat sie die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung für die adhäsionsweise geltend gemachte Zivilklage begründet, da das Begehren, den Polizeibeamten Y zur Bezahlung von Schadenersatz und Genugtuung zu verpflichten, von vornherein aussichtslos gewesen sei. Korrekterweise hätte der Kläger sein Begehren nach Verantwortlichkeitsgesetz gegenüber dem Gemeinwesen direkt geltend machen müssen. Eine unentgeltliche Prozessführung für das Strafverfahren vor Gericht (im Untersuchungsverfahren entscheidet darüber das zuständige Departement; vgl. Art. 59 Abs. 2 StP) hat die Präsidentin unter Hinweis auf Art. 271 Abs. 2 StP abgewiesen, wonach dem Kläger nur bei Vorliegen besonderer Umstände seine Vertretungskosten ersetzt würden und solche im konkreten Fall nicht auszumachen seien. Angesichts dieser Regelung könne der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung nicht weiter gehen als ein Anspruch auf Ersatz der Vertreterkosten. Der Vertreter des Klägers wendet dagegen im Rekursverfahren ein, der Ausdruck «in Ausübung dienstlicher Verrichtung» nach Art. 1 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes (sGS 161.1) sei gleich auszulegen wie Art. 61 Abs. 1 OR, wo der Ausdruck «in Ausübung amtlicher Verrichtung» verwendet werde. Unter Bezugnahme auf Brehm (Berner Kommentar, N 26 f. zu Art. 61 OR) hält er dafür, dass ein Beamter dann persönlich haftpflichtig sei, wenn sein Handeln beispielsweise einen Racheakt darstelle.

a) Zutreffend sind die Ausführungen des Vertreters des Rekurrenten, wenn er ausführt, «der Rekurrent habe vor dem Urteil der Kreisgerichtspräsidentin vom 20. Juni 2007 davon ausgehen dürfen, dass Y das Amt missbraucht, ihn genötigt sowie Verkehrsregeln verletzt hatte». Nicht richtig erscheint aber die daraus gezogene Schlussfolgerung, «diese Handlungen stünden keineswegs ohne weiteres in einem funktionellen Zusammenhang mit dem Amt. Der Kern des strafbaren Amtsmissbrauchs und die Motivation zum Handeln lägen im ausserdienstlichen Bereich».

Y war am 14. Oktober 2005, als er dem Rekurrenten die Ordnungsbussenverfügung wegen angeblich unerlaubter Entsorgung von Abfällen nach einer Nachfahrt vom Marktplatz bis zur Teufenerstrasse ins Auto schob, auf Patrouillenfahrt, also dienstlich unterwegs. Als Polizeibeamter war er grundsätzlich auch berechtigt, Ordnungsbussenverfügungen auszustellen. Im konkreten Fall waren dafür jedoch die gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben und das Vorgehen – Nachfahren, Einschalten der Matrix, der Scheinwerfer und schliesslich des Blaulichts und Betätigen der Hupe – nicht nur unbegründet und völlig unverständlich, sondern auch strafbar (Amtsmissbrauch und Verletzung von Verkehrsregeln). Er handelte aber amtlich, da ein funktioneller Zusammenhang zwischen der (wie der Rekurrent behauptet,

einen Schaden verursachenden) Handlung und der Beamtentätigkeit bestand (Pirmin Bischof, Amtshaftung an der Grenze zwischen öffentlichem Recht und Obligationenrecht [Art. 61 OR], ZSR NF 104, 1. Halbband, S. 67 ff., 78 und Brehm, Berner Kommentar, N 27 zu Art. 61 OR). Der Amtsmissbrauch machte die Handlung nicht zu einer «privaten» Handlung, denn «ein Amtsmissbrauch kann per definitionem nicht in der Amtspflicht des Beamten liegen, wird aber anderseits erst durch die Amtsgewalt ermöglicht, so dass sich die amtliche Qualifizierung rechtfertigt» (Bischof, a. a. O., S. 80). Nichts anderes ergibt sich aus dem von Brehm zitierten Entscheid des Bundesgerichts, der die Möglichkeit andeutet, eine Handlung eines Beamten dann als «nicht dienstlich» zu betrachten, wenn sich der Beamte «gänzlich ungeeigneter oder verbotener Mittel zur Ausführung einer angeblich dienstlichen Massnahme bedient», sodass angenommen werden könne, er habe in Wirklichkeit nicht dienstliche, sondern private Zwecke verfolgt (BGE 47 II 176 ff., 181). Vorliegend deutet nichts darauf hin, dass Y mit seinem strafbaren Verhalten «eigene» und damit «ausserdienstliche» Interessen verfolgte. Daran ändert sich auch nichts, wenn man mit dem Vertreter annehmen wollte, Y habe «aus Rache» gehandelt. Denn auch ein Racheakt eines Beamten ist nur dann als eine «nicht amtliche Verrichtung» zu betrachten, wenn mit ihr private (und damit nicht dienstliche) Zwecke verfolgt werden. Damit aber steht im konkreten Fall dem Rekurrenten allenfalls und ausschliesslich eine öffentlichrechtliche Forderung gegen die Gemeinde zu (Art. 1 Abs. 1 VG). Er kann keine Zivilforderung gegen den fehlbaren Beamten Y geltend machen (vgl. dazu BGE 131 I 455 ff., Erw. 1.2.4; es geht dabei um einen Fall aus dem Kt. St. Gallen, in dem ein Kläger geltend machte, von Polizeibeamten geschlagen und verletzt worden zu sein). Soweit sich die Zivilklage gegen Y auf Bezahlung einer Genugtuung von Fr. 1500.– bezog, durfte sie mangels Passivlegitimation des Angesprochenen als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden.

b) Der Rekurrent machte auch eine Umtriebsentschädigung von Fr. 270.– für das Strafverfahren geltend. Zur Höhe und zur grundsätzlichen Begründetheit dieser Forderung ist im vorliegenden Verfahren, in dem es ausschliesslich um die Frage der Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung geht, nicht Stellung zu nehmen. In seiner Eingabe vom 15. Januar 2007 an den Untersuchungsrichter begründete der Vertreter des Rekurrenten die Forderung von Fr. 270.– (für Fotokopien, Porti, Telefon, Autospesen etc.) mit den Bemühungen des Rekurrenten «bei der Polizei, die Busse betreffend Abfallbeseitigung zurückzunehmen. Bis zum Einspracheentscheid, mit welchem die Busse dann aufgehoben wurde, sind ihm (gemeint dem Rekurrenten) also glaubhaft Kosten (in der geltend gemachten Höhe) entstanden». Diese Forderung, die damit offenbar im Zusammenhang mit der Bussenverfügung gegen den Rekurrenten selbst stand, hätte damit in jenem Verfahren eingegeben werden müssen, und zwar gegen den Staat und nicht gegen den die Verfügung ausstellenden Beamten. Auch das Begehren um Zusprache einer Entschädigung für Aufwendungen in einem andern Verfahren war damit zum vornherein aussichtslos und konnte keinen Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters begründen.

c) Die Parteirechte des Rekurrenten als Kläger nach Art. 42 StP im Gerichtsverfahren beschränken sich schliesslich auf Äusserungen zur Schuldfrage (Art. 42 Abs. 2 i.V. m. Art. 212 Abs. 2 StP) sowie die Geltendmachung von Zivilansprüchen (Art. 212 Abs. 1 StP). Letztere konnten im Verfahren gegen den Angeklagten – wie unter lit. a und b vorstehend ausgeführt – gerade nicht adhäsionsweise geltend gemacht werden. Die Bemühungen im Zusammenhang mit der Schuldfrage andererseits rechtfertigen die Annahme besonderer Umstände, die ausnahmsweise eine Entschädigung des Klägers begründen können, nicht. Richtig ist, dass der Kläger bei der Anklagekammer die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen den Polizeibeamten Y beantragt hat. Dies ist aber sowenig ein besonderer Umstand im Sinne von Art. 271 Abs. 2 StP wie eine Anzeige bei der Polizei oder bei der Staatsanwaltschaft, die im Falle einer Anzeige gegen einen Beamten von Amtes wegen der Anklagekammer zum Entscheid über die Eröffnung vorzulegen ist. In der Folge sind die Untersuchung und Anklageerhebung gegen Y erfolgt, ohne dass sich der Kläger beispielsweise gegen eine Aufhebung des Verfahrens hätte zur Wehr setzen müssen. Seine Bemühungen konzentrierten sich denn auch auf die Rücknahme der gegen ihn ausgestellten Ordnungsbussenverfügung und im anschliessenden Gerichtsverfahren auf die Geltendmachung einer Zivilforderung gegenüber Y. Eine über seine Eigenschaft als Zivilkläger hinausgehende Funktion kam dem Rekurrenten als Anzeiger verschiedener Officialdelikte nicht zu. Insbesondere waren weder schwierige noch komplizierte Fragen in tatsächlicher Hinsicht zu klären. Mangels einer Grundlage für eine Entschädigung im Gerichtsverfahren ist damit auch kein Raum für eine unentgeltliche Prozessführung.

6. a) Soweit der Vertreter des Rekurrenten in der Rekurschrift immer wieder auf die Bemühungen seines Klienten im Untersuchungsverfahren resp. der Eröffnung des Strafverfahrens hinweist und damit einen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung geltend macht, ist daran zu erinnern, dass während des Untersuchungsverfahrens das zuständige Departement über die unentgeltliche Prozessführung entscheidet (Art. 59 Abs. 2 StP). Ohne Bedeutung ist deshalb auch die vom Rekurrenten selbst vorgebrachte Behauptung, das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung sei bereits in der Eingabe an die Anklagekammer gestellt worden, weshalb die Kreisgerichtspräsidentin nach der Überweisung der Anklageschrift und der Akten vom 16. Februar 2007 für die Behandlung des Gesuchs «Monate Zeit» gehabt hätte. Das Kreisgericht ist grundsätzlich nicht befugt, über Anträge im Untersuchungsverfahren zu entscheiden.

b) Der Vertreter des Rekurrenten macht einen Verstoss gegen Treu und Glauben geltend, indem er vorbringt, die Kreisgerichtspräsidentin habe weder ihm noch dem Rekurrenten selbst mitgeteilt, dass die Forderung gegen Y wegen der Vorschrift von Art. 1 Abs. 1 VG zum vornherein nicht gerechtfertigt sei und ihm deshalb die unentgeltliche Prozessführung nicht gewährt werden könne. Da zudem noch Unterlagen zur Frage der Bedürftigkeit des Rekurrenten angefordert worden seien, hätten weder der Rekurrent noch dessen Vertreter davon ausgehen müssen, dass der eingenommene Standpunkt als aussichtslos angesehen würde.

Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung im Gerichtsverfahren wurde vom Vertreter des Rekurrenten am 18. Juni 2007 (Eingang beim Gericht) gestellt. Die Gerichtsverhandlung war auf den 20. Juni 2007, 1330 Uhr, angesetzt. Das Gesuch enthielt keine Angaben zur aktuellen finanziellen Situation des Rekurrenten, sondern nur die Bemerkung, dessen Bedürftigkeit dürfe als gerichtsnotorisch vorausgesetzt werden. Per Fax wurde der Vertreter des Rekurrenten darüber orientiert, dass auf die Angaben zu den finanziellen Verhältnissen nicht verzichtet werde und die Eingabe bis spätestens Dienstag, 17. Juni 2007, 1700 Uhr (Eingang beim Gericht) eintreffen müsse, damit allenfalls noch rechtzeitig über das Gesuch entschieden werden könne. Die geforderte Ergänzung ging erst am 20. Juni 2007 beim Gericht ein. Der Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde dann zusammen mit dem Entscheid in der Hauptsache gefällt. Eine Fristerstreckung für die Einreichung der geforderten Unterlagen lehnte die Kreisgerichtspräsidentin am Nachmittag des 18. Juni 2007 ab mit der Begründung, dass sie den Entscheid über die unentgeltliche Prozessführung zusammen mit dem Entscheid in der Hauptsache fällen und «davor die Akten seriös studieren können müsse». Bei diesem Aktenstudium kam die Gerichtspräsidentin dann offenbar zum Schluss, dass das Gesuch abzuweisen sei, da «das Verfahren betreffend die Zivilforderung von vornherein (als) aussichtslos» bezeichnet werden müsse.

Aus dem Umstand, dass die Kreisgerichtspräsidentin unverzüglich nach Eingang des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung am 18. Juni 2007 aktuelle Angaben zu den finanziellen Verhältnissen des Klägers verlangte, kann keinesfalls abgeleitet werden, der Kläger habe deswegen nicht damit rechnen müssen, dass sein Gesuch als zum vornherein aussichtslos bezeichnet würde. Die Bedürftigkeit eines Gesuchstellers ist vielmehr eine Grundvoraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und vom Gesuchsteller zusammen mit dem Gesuch darzutun (vgl. Art. 285 ZPO). Sie wird nicht vermutet. Fehlen Angaben zu den finanziellen Verhältnissen, so kann für deren nachträgliche Beibringung eine (kurze) Nachfrist gesetzt werden. Vor der Stellung eines ordnungsgemässen Gesuchs, das auch die notwendigen Angaben zur Bedürftigkeit enthält, besteht kein Anspruch auf Prüfung der Aussichtslosigkeit der Prozesslage. Dass das Gesuch erst am 18. Juni 2007 beim Kreisgericht eingereicht wurde und damit für eine Prüfung vor der auf 20. Juni 2007 angesetzten Verhandlung kaum mehr Zeit blieb, hat allein der Kläger bzw. dessen Vertreter zu verantworten. Am 26. Februar 2007 wurde dem Vertreter des Klägers durch das Kreisgericht Mitteilung von der Gerichtshängigkeit des Strafverfahrens gegen Y gemacht und ihm Akteneinsichtnahme offeriert. Am 7. Mai 2007 wurden die Parteien zur Gerichtsverhandlung auf den 20. Juni 2007 vorgeladen. Der Kläger hätte damit fast vier Monate Zeit gehabt, ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung für seine bereits im Untersuchungsverfahren angemeldete Zivilforderung zu stellen. Dass ihm die Anklageschrift erst am 15. Juni 2007 zugestellt worden war, ändert daran nichts. Für die bis am Vormittag des 20. Juni 2007 aufgelaufenen Kosten (insbesondere die Vorbereitung der Gerichts-

verhandlung) kann der Kläger resp. sein Vertreter daher auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben keinen Ersatz fordern. Das Gesuch wirkt nur in die Zukunft (vgl. Art. 286 ZPO). Im Zeitpunkt der Eröffnung der Gerichtsverhandlung war nun allerdings der Kreisgerichtspräsidentin nach dem «zuvor erfolgten seriösen Aktenstudium» klar geworden, dass das Gesuch abgelehnt werden würde, da das «Verfahren betreffend die Zivilforderung von vornherein aussichtslos» war. Unter diesem Gesichtspunkt hätte es das Fairnessgebot, zu dem auch der Grundsatz von Treu und Glauben zählt, erfordert, den Kläger resp. dessen Vertreter über die bereits beschlossene Ablehnung des Gesuchs aufzuklären und dem Kläger damit die Gelegenheit zu geben, allein an der Verhandlung teilzunehmen und die gestellte Zivilforderung selbst zu begründen oder seinen Vertreter auf eigenes Risiko damit zu beauftragen. Dass die Kreisgerichtsgerichtspräsidentin dies getan hätte, lässt sich ihrem Entscheid nicht entnehmen. Damit ist von der Sachdarstellung des Vertreters des Rekurrenten auszugehen, wonach er und sein Klient über die bereits beschlossene Ablehnung des Gesuchs im Ungewissen gelassen worden seien. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet es in dieser Situation, den Vertreter des Klägers für die Teilnahme an der Gerichtsverhandlung zu entschädigen.

88

Art. 59 Abs. 1 StP (sGS 962.1) in Verbindung mit Art. 281 Abs. 1 ZPG (sGS 961.2). Bei der Prüfung der Bedürftigkeit eines Unmündigen sind auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils zu berücksichtigen.

Präsident des Verwaltungsgerichts, 25. Oktober 2007

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 59 Abs. 1 StP wird dem Strafkläger die unentgeltliche Prozessführung nach dem ZPG gewährt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Strafkläger nach Art. 271 Abs. 2 StP die Vertretungskosten nur beim Vorliegen besonderer Umstände ersetzt werden. Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung ist ausserdem die Bedürftigkeit des Gesuchstellers (Art. 59 Abs. 1 StP in Verbindung mit Art. 281 Abs. 1 ZPG).

2.1. Eine Partei gilt als bedürftig, wenn ihr die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und die Familie die Prozesskosten aufzubringen. Damit wird die Bedürftigkeit in gleicher Weise umschrieben wie in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 127 I 205). Zur Prüfung der Bedürftigkeit ist auf die gesamte wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen; massgeblich ist dabei, welche Mittel er innert welcher Frist auf-

zubringen vermag. Neben den Einkommens- sind auch die Vermögensverhältnisse miteinzubeziehen und die finanziellen Mittel Dritter zu berücksichtigen, die gegenüber dem Gesuchsteller unterhaltspflichtig sind (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St.Gallen 2004, S. 232 f. mit Hinweisen).

Kindesschutzmassnahmen gehören gemäss ausdrücklicher Regelung von Art. 276 Abs. 1 ZGB zum Unterhalt, nicht aber blossе Verfahrenskosten; diese sind nach Prozessausgang zu verlegen und müssen gegebenenfalls vom Kind getragen werden. Da aber auch der Rechtsschutz Teil des Unterhalts bildet, greift insofern die elterliche Unterhaltspflicht ein, die dem Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung vorgeht (vgl. P. Breitschmid, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2006, N 22 zu Art. 276 ZGB mit Hinweisen). Steht ein Minderjähriger in einem Verfahren, so folgt grundsätzlich aus der allgemeinen Fürsorgepflicht seiner Eltern (Art. 272, 274, 276 und 285 ZGB), dass diese ihrem Kind im Rahmen ihrer eigenen finanziellen Mittel Beistand zu leisten haben (BGE 119 Ia 135). Die Eltern sind daher gehalten, für die Prozesskosten des minderjährigen Kindes aufzukommen. Bei der Prüfung der Frage, ob ein minderjähriges Kind bedürftig ist, sind daher auch die finanziellen Verhältnisse der Eltern zu berücksichtigen (BGE 127 I 206).

2.2. Unterhaltspflichtig ist insbesondere die Mutter des Beschwerdeführers (Art. 276 ZGB). Dieser hat indessen gegenüber seinem Stiefvater keinen direkten Unterhaltsanspruch (vgl. Breitschmid, a. a. O., N 4 zu Art. 278). Zu Recht verweist aber die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung auf die Beistandspflicht gemäss Art. 278 ZGB des Stiefvaters gegenüber der leiblichen Mutter des Beschwerdeführers. Dieser macht geltend, sein Stiefvater habe mit den Ursachen des Strafverfahrens nichts zu tun, weshalb es nicht richtig sei, ihn indirekt zur Tragung der dadurch entstehenden Kosten zu verpflichten. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Die Beistandspflicht des Stiefvaters gegenüber seiner Ehefrau bzw. der Mutter des Beschwerdeführers ist nicht davon abhängig, ob der Stiefvater die Verfahrenskosten verursacht hat oder ob ihm diese anderweitig angerechnet werden können. Unbegründet ist sodann der Einwand des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe die Unterhaltspflicht seines leiblichen Vaters in keiner Weise erwähnt bzw. geprüft. Die Vorinstanz hat die Unterhaltszahlungen des leiblichen Vaters bei der Ermittlung der Einkünfte der Mutter berücksichtigt. Zudem ist nicht ersichtlich, und es wird vom Beschwerdeführer auch nicht konkret begründet, weshalb der Beistand des Stiefvaters an seinen Unterhalt unangemessen im Sinn von Art. 278 Abs. 2 ZGB sein sollte.

2.3. Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz zu Recht das Einkommen und Vermögen sowohl der Mutter des Beschwerdeführers als auch von dessen Stiefvater berücksichtigt hat. Die Ermittlung der Einkünfte und des zivilprozessualen Lebensbedarfs blieb unangefochten. Somit ist davon auszugehen, dass der Mutter und dem Stiefvater freie Mittel von über Fr. 4700.– pro Monat zur Verfügung stehen, weshalb die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers zu Recht verneint wurde. Folglich hat das Justiz- und Polizeidepartement die unentgeltliche Rechtspflege

und Rechtsverbeiständung des Beschwerdeführers als Strafkläger zu Recht verweigert, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist.

89

Art. 152 StP (sGS 962.1). Keine Genehmigungspflicht für eine Notsuche (Standortermittlung).

Präsident der Anklagekammer, 8. Juni 2007

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 3a BÜPF kann ausserhalb von Strafverfahren eine auf Teilnehmeridentifikation und Verkehrsdaten beschränkte Überwachung des Fernmeldeverkehrs angeordnet werden, um eine vermisste Person zu finden. Art. 8 Abs. 5 BÜPF sieht vor, dass die im Rahmen einer derartigen Überwachung erlangten Erkenntnisse ausschliesslich zur Rettung der vermissten Person verwendet werden dürfen und anschliessend zu vernichten sind. Sie dürfen insbesondere nicht zur Verfolgung von Straftaten eingesetzt werden.

Das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs stellt den Strafuntersuchungsbehörden einerseits das notwendige Instrumentarium zur Überwachung verschiedenartigster Kommunikationsvorgänge zur Verfügung und stellt andererseits den Schutz der Betroffenen vor unzulässiger Auskundschaftung des Geheim- und Privatbereichs sicher. Eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs ist nur unter qualifizierten Voraussetzungen möglich, und dem Schutz der Betroffenen wird ein hoher Stellenwert beigemessen. Dieser Schutz wird mit vielfältigen Kautelen, insbesondere mit dem Erfordernis richterlicher Genehmigung (Art. 7 BÜPF) sichergestellt.

Nach Art. 7 Abs. 3 BÜPF prüft die Genehmigungsbehörde im Genehmigungsverfahren, «ob der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte gerechtfertigt ist». Thomas Hansjakob (Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Auflage, St.Gallen 2006, N. 8 zu Art. 6 BÜPF) geht davon aus, dass der Wortlaut von Art. 7 BÜPF offensichtlich alle Überwachungsanordnungen, und damit auch die Notsuche, umfasst.

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Notsuche, mit welcher der letzte verfügbare Standort eines Mobiltelefons erfasst werden soll, überhaupt einen Eingriff in den verfassungsrechtlich geschützten Fernmeldeverkehr (Art. 13 Abs. 1 BV) darstellt. Mit der vom Untersuchungsamt angeordneten Massnahme werden weder Gespräche abgehört noch Erhebungen über den Fernmeldeverkehr getätigt, sondern lediglich technische Abklärungen in Bezug auf den letzten verfügbaren Standort eines

Mobiltelefons getätigt. Damit erfolgt noch kein Eingriff in das Fernmeldegesetz, so dass auch keine Überwachung des Fernmeldeverkehrs im Sinn von Art. 1 Abs. 1 BÜPF vorliegt.

Hinzu kommt, dass im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu prüfen ist, ob der mit der Überwachungsmassnahme verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen gerechtfertigt ist oder nicht. Nachdem die Anordnung einer Notsuche ausserhalb eines Strafverfahrens erfolgt und bereits von Gesetzes wegen sichergestellt ist, dass die im Rahmen der Notsuche erlangten Erkenntnisse ausschliesslich zur Rettung der vermissten Person verwendet werden dürfen und anschliessend zu vernichten sind, ist ein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen nicht ersichtlich. Soweit sich die Erkenntnisse – was im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben ist – auf einen Zufallsfund richten, stellt Art. 9 Abs. 1^{bis} BÜPF den Rechtsschutz des Betroffenen hinreichend sicher.

Schliesslich bleibt zu berücksichtigen, dass das richterliche Genehmigungsverfahren nicht einen administrativen Formalismus darstellt, sondern seinen Zweck nur erfüllen kann, wenn tatsächlich eine Rechtmässigkeits- und Verhältnismässigkeitskontrolle stattfinden kann. Im Unterschied zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs im Rahmen eines Strafverfahrens (Art. 3 BÜPF) verlangt Art. 3a BÜPF für die Notsuche weder bestimmte Voraussetzungen noch eine Interessenabwägung. Es ist deshalb nicht ersichtlich, welche Elemente im Rahmen einer richterlichen Genehmigung überhaupt geprüft werden könnten. Damit erweist sich aber auch das Erfordernis richterlicher Genehmigung einer Notsuche als administrativer – und letztlich sinnloser – Leerlauf, sodass es bei den auf Art. 3a BÜPF gestützten Überwachungsanordnungen einer zusätzlichen richterlichen Genehmigung in aller Regel nicht bedarf.

3. Festzuhalten bleibt aber, dass auch bei auf Art. 3a BÜPF gestützten Überwachungsmassnahmen die untersuchungsrichterliche Anordnungsverfügung der richterlichen Genehmigungsinstanz zu unterbreiten ist. Auch wenn es keiner richterlichen Genehmigung bedarf, ist jedenfalls sicherzustellen, dass der Entscheid über das Erfordernis einer richterlichen Genehmigung der Genehmigungsbehörde vorbehalten bleibt.

90

Art. 168 StP (sGS 962.1). Bei Ereignissen mit schwerwiegenden Folgen ist grundsätzlich eine Strafuntersuchung zu eröffnen, wenn nach ersten Abklärungen strafbare Handlungen nicht ausgeschlossen werden können (Ergänzung der Rechtsprechung gemäss GVP 1988 Nr. 74).

Anklagekammer, 23. August 2007

Ein junger Mann wurde schwer verletzt an einer Bahnlinie gefunden. Die Fundstelle liegt im Bereich einer gegen das Bahntrasseesee steil abfallenden rund 20 Meter hohen Böschung. Der Verletzte wurde vorerst in ein Regionalspital und später in ein Paraplegikerzentrum überführt. Die Staatsanwaltschaft trat auf eine Strafanzeige gegen Unbekannt gestützt auf Art. 168 StP nicht ein, weil keine konkreten Hinweise auf ein Verschulden einer Drittperson am Absturz des jungen Mannes vorlägen, weshalb von einem Unfall und nicht von einer strafbaren Handlung auszugehen sei. Auf seine Beschwerde hin hob die Anklagekammer die Nichteintretensverfügung auf.

Aus den Erwägungen:

4. Bei möglichen Delikten mit schwerwiegendem Ausgang ist grundsätzlich die Eröffnung einer Untersuchung angezeigt. Bei gravierenden Folgen besteht ein erhöhter und umfassender Abklärungsbedarf, welcher die Führung von eingehenden Ermittlungen bedingt und nicht mit einem Nichteintretensentscheid erledigt werden kann. So kann insbesondere nicht einfach passiv zugewartet werden, bis sich allfällige weitere Hinweise für ein strafbares Verhalten ergeben, vielmehr sind die erforderlichen und möglichen Untersuchungshandlungen aktiv vorzunehmen.

91

Art. 220 Abs. 1, Art. 237 Abs. 1, Art. 254 Abs. 1 lit. a StP (sGS 962.1). Eine Begründungsverzichtserklärung kann nur zurückgenommen werden, wenn sie irrtümlich abgegeben worden ist. Ob ein Willensmangel vorliegt, ist von der ersten Instanz zu prüfen, sofern das (Kurz-)Urteil noch nicht zugestellt worden ist; andernfalls ist die Rechtsmittelinstanz zuständig, und zwar auf Rechtsverweigerungsbeschwerde hin.

Kantonsgericht, Strafkammer, 4. September 2007

Aus den Erwägungen:

I/1. Mit Urteil des Kreisgerichts Z vom 27. März 2007 wurde der nigerianische Staatsangehörige X der schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen und unter Einbezug der Strafe gemäss Strafbescheid des Untersuchungsamtes Y vom 24. März 2006 sowie unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 261 Tagen zu einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten verurteilt.

Der schriftliche Rechtsspruch wurde X am 27. März 2007 durch die Leitung des Regionalgefängnisses zugestellt. Am 28. März 2007 unterzeichnete er ein Formular und verzichtete damit auf eine ausführliche Begründung und einen Weiterzug des

Urteils. Am 4. April 2007 teilte der in der Zwischenzeit beigezogene Verteidiger mit, der Angeklagte habe den Inhalt des abgegebenen Begründungsverzichts nicht verstanden. Er habe sich in einem wesentlichen Irrtum befunden, weshalb die Verzichtserklärung unbeachtlich sei.

Das Kreisgericht verwies den Angeklagten für die Frage der Gültigkeit der Anfechtung des Begründungsverzichts ins Rechtsmittelverfahren, stellte ihm das Urteil unbegründet zu und betrachtete Letzteres als rechtskräftig.

2. Gegen dieses Urteil erhob der Angeklagte am 9. Mai 2007 Rechtsverweigerungsbeschwerde und Berufung. Das Berufungsverfahren wurde am 8. Juni 2007 formlos abgeschlossen, nachdem die Einschreibgebühr innert Frist nicht bezahlt worden war und der Verteidiger den Rückzug der Berufung erklärt hatte. ...

II./1. In Art. 220 Abs. 1 StP ist vorgesehen, dass der Angeschuldigte und die von einer Massnahme oder einem Kostenspruch Betroffenen innert 14 Tagen seit Eröffnung des Rechtsspruchs auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichten können. Dies ist verfassungsmässig zulässig, denn der Anspruch des Betroffenen auf einen begründeten Entscheid ist nicht unverzichtbar (Urteil des Bundesgerichts 1P.213/2003 vom 7. Juli 2003, E. 2.3). Erklärt der Angeklagte, auf eine Begründung des Urteils zu verzichten, und verlangen weder die Staatsanwaltschaft noch der Kläger, welcher darüber hinaus ein schützenswertes Interesse nachweisen müsste, eine Begründung, wird das Urteil formell rechtskräftig und ist sofort vollstreckbar (Art. 283 Abs. 1 lit. c StP).

Im vorliegenden Fall hat der Angeklagte am Tag nach der schriftlichen Mitteilung des Rechtsspruchs auf eine Begründung des Urteils und das Ergreifen von Rechtsmitteln verzichtet; die entsprechende Erklärung gab er mit seiner Unterschrift auf einem praxismässig häufig benutzten, vorgedruckten Formular ab. Der Begründungsverzicht ist eine Prozessklärung, welche die prozessuale Lage unmittelbar und ohne Zutun des Gerichts gestaltet. Er ist grundsätzlich endgültig und unwiderrufbar. Parteihandlungen und damit auch Begründungsverzichtserklärungen können nur dann zurückgenommen werden, wenn sie irrtümlich vorgenommen worden sind (GVP 2003 Nr. 84 mit Hinweisen). Auf einen solchen Willensmangel beruft sich die Verteidigung, weshalb vorab zu prüfen ist, mit welchem Rechtsmittel die entsprechende Rüge geltend zu machen ist.

2. Das Rechtsmittel der Berufung richtet sich gegen Urteile und Einstellungsbeschlüsse des Einzelrichters und des Kreisgerichts (Art. 237 Abs. 1 StP); ausgeschlossen ist sie in Bagatelldelicten (Abs. 2). Sie ist ein vollkommenes Rechtsmittel und hemmt im Umfang der Anfechtung die Rechtskraft und den Vollzug des angefochtenen Entscheids (Art. 241 StP). Verzichtet der Angeklagte auf eine Begründung des Urteils und das Ergreifen von Rechtsmitteln und verlangen weder die Staatsanwaltschaft noch allfällige Kläger, welche darüber hinaus ein schützenswertes Interesse nachweisen müssten, eine Begründung, tritt an die Stelle der tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen eine Zusammenfassung der Urteilsgründe mit den wesentlichen Strafzumessungsgründen (Art. 221 Abs. 2 StP). Ein solches

Kurzurteil dient lediglich dazu, bei späteren Entscheidungen (neue Verurteilung, nachträgliche richterliche Anordnung, Begnadigung) die wesentlichen Entscheidungsgründe des Gerichts nachvollziehen zu können (vgl. Botschaft zum V. Nachtragsgesetz zum Gesetz über die Strafrechtspflege vom 25. Oktober 1994, in: *ABI 1994*, 2657). Es hat nur deklaratorischen Charakter und lässt eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils durch die Rechtsmittelinstanz mangels detaillierter Begründung nicht zu. Der Entscheid des Kreisgerichts Z vom 27. März/23. April 2007 ist somit nicht mit Berufung anfechtbar. Mangels eines anderen Rechtsmittels bleibt die Rechtsverweigerungsbeschwerde (Art. 254 Abs. 2 StP). Dies erscheint durchaus sachgerecht, denn der Angeklagte rügt, die Vorinstanz habe sich zu Unrecht gewei-gert, das Urteil in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu begründen – mithin eine vom Gesetz vorgeschriebene Amtshandlung vorzunehmen (Art. 254 Abs. 1 lit. a StP).

3. Macht der Angeklagte hinsichtlich der Erklärung des Begründungsverzichts einen Willensmangel geltend, so ist er nach Auffassung des Kreisgerichts «auf jeden Fall ins Rechtsmittelverfahren zu verweisen». Im Unterschied dazu wird im Zivilprozess bei der Anfechtung eines Vergleichs, eines Klagerückzugs oder einer Klageanerkennung auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Willensmangels abge-stützt; darauf hat das Kreisgericht ebenfalls hingewiesen. Wird die Anfechtung noch vor der Ausfertigung des Erledigungsbeschlusses erklärt, hat die das Verfahren mit Erledigungsbeschluss abschliessende Instanz zu prüfen, ob ein Willens-mangel vorliegt. Spätere Anfechtungen sind demgegenüber im Rechtsmittelverfah-ren zu beurteilen (vgl. Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, N 4d zu Art. 83 ZPO/SG; Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur Zürcheri-schen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 19a zu § 188 ZPO). Die Straf-kammer hat sich dieser zivilprozessualen Auffassung in einem nicht veröffentlichen Urteil vom 16. September 1999 – nicht zuletzt aus prozessökonomischen Grün-den – angeschlossen und geprüft, ob eine noch vor der Ausfertigung des Kurzur-teils widerrufenen Begründungsverzichtsklärung mit einem Willensmangel behaftet ist. Eine unterschiedliche Regelung drängt sich im Strafprozess nicht auf. Daran ändert auch nichts, dass damit je nach Zeitpunkt der Geltendmachung in einem zwei-stufigen Verfahren oder nur im Rechtsmittelverfahren über das Vorliegen eines Wil-lensmangels entschieden wird. Im vorliegenden Fall ist demnach das Kreisgericht zuständig, den Begründungsverzicht auf einen allfälligen Willensmangel hin zu überprüfen. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde ist das Kreisgericht dieser Pflicht in einer Eventualbegründung nachgekommen. Es erwog im Wesent-lichen, dass es Treu und Glauben widerspreche, wenn sich der Angeklagte nach-träglich darauf berufe, er habe gemeint, am 28. März 2007 nur den Empfang des Rechtsspruchs zu quittieren. Der Antrag auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz ist deshalb abzuweisen.

4. Von Gesetzes wegen ist der Begründungsverzicht an keine Formvorschrift gebunden. Im vorliegenden Fall vertrat der Angeklagte seine Interessen vor Gericht

selbst. Gestützt auf das kantonale Recht bedeutet dies nicht, dass die Verzichtserklärung zum vornherein ungültig ist. Ein Begründungsverzicht ist indessen nur dann gültig, wenn sich der auf eine Urteilsbegründung verzichtende Angeklagte der Tragweite einer solchen Erklärung bewusst ist (vgl. BGE 125 II 369 E. 2c). Davon wird bei einem anwaltlich vertretenen Angeklagten regelmässig auszugehen sein. Wenn der Angeklagte mit dem Recht nicht vertraut ist, kann er gültig auf eine Begründung hingegen nur verzichten, wenn er durch einen qualifizierten Vertreter verbeiständet ist (BGE, a. a. O.).

Der Angeklagte ist der deutschen Sprache unbestrittenermassen nicht mächtig. Für die erstinstanzliche Gerichtsverhandlung und die mündliche Urteilseröffnung wurde eine Dolmetscherin beigezogen, welche unter anderem den Urteilsspruch und die Kurzbegründung übersetzte. Gestützt auf den angefochtenen Entscheid wurde er auch über die Möglichkeit eines Begründungsverzichts orientiert. Da er vor Gericht keine entsprechende Erklärung abgab, wurde er darauf hingewiesen, dass er ein Schreiben erhalten werde; darin stehe, was er machen könne bzw. müsse. Ob der Angeklagte, welcher vor Kreisgericht einen Freispruch beantragt hatte, diese Angaben und vor allem die Tragweite eines Begründungsverzichts begriffen hat, ist zweifelhaft. Denn am 28. März 2007 verzichtete er nicht nur auf eine Begründung des Urteils, sondern schrieb auch seinem Anwalt und teilte diesem mit, dass er mit dem Urteil nicht einverstanden sei und er ihm doch helfen möge. Es ist deshalb nahe liegend, dass er die Verzichtserklärung irrtümlich abgegeben hat. Daran würde auch die Abnahme der beantragten Beweise (Befragung der Leitung des Untersuchungsgefängnisses zur Unterzeichnung des Begründungsverzichts, Beizug der Protokollnotizen der Gerichtsschreiberin) nichts ändern.

5. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die Verzichtserklärung des Angeklagten vom 28. März 2007 an einem Willensmangel leidet; entsprechend ist die Rechtsverweigerungsbeschwerde zu schützen. Das Kreisgericht ist anzuweisen, das Urteil vom 27. März 2007 zu begründen und dem Angeklagten samt Rechtsmittelbelehrung zuzustellen.

92

Art. 239 Abs. 2 StP, Art. 242 Abs. 2 StP (sGS 962.1). Umfang der Berufungsbegründung. Die Berufungsbegründung dient nur der Ergänzung oder Abänderung der angefochtenen Punkte innerhalb des mit der Berufungserklärung der Neuurteilung unterworfenen Sachzusammenhangs. Wird nur das Strafmass angefochten, so ist eine Überprüfung des Sachverhalts grundsätzlich nicht zulässig.

Kantonsgericht, Strafkammer, 2. Juli 2007

Sachverhalt:

Der Angeklagte wurde u. a. der schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig erklärt. Die Berufung bezieht sich gemäss dem Rechtsbegehren in der Berufungserklärung einzig auf die Strafzumessung und die Einziehung des beschlagnahmten Geldbetrags sowie einzelner beschlagnahmter Gegenstände. Anlässlich der Berufungsbegründung bestreitet der Angeklagte den ihm zur Last gelegten Sachverhalt, insbesondere die Betäubungsmittelmenge, wie auch die Ersatzforderung.

Aus den Erwägungen:

II./1.a) Gemäss Art. 239 Abs. 2 StP kann sich die Berufungserklärung auf den Schuldspruch, die Sanktion, den Kostenspruch oder die Zivilklage beschränken. Die Berufungsbegründung beschränkt sich auf die in der Berufungserklärung angefochtenen Punkte (Art. 242 Abs. 2 StP). Die Berufungsbegründung dient nur der Ergänzung oder Abänderung der angefochtenen Punkte innerhalb des mit der Berufungserklärung der Neuurteilung unterworfenen Sachzusammenhangs, nicht aber der Ausdehnung des Berufungsbegehrens auf andere, damit nicht notwendigerweise im Zusammenhang stehende Bereiche des erstinstanzlichen Entscheids (GVP 1957 Nr. 41). Der Überprüfung im Berufungsverfahren unterliegt grundsätzlich nur, was ausdrücklich angefochten und in der Berufungserklärung genannt ist. Begnügt sich der Angeschuldigte damit, lediglich das Strafmass weiterzuziehen, so soll der Berufungsrichter zu seinen Gunsten nur dann beim Schuldspruch korrigierend eingreifen, wenn die Mängel des erstinstanzlichen Entscheids offenkundig sind oder wenn Schuld- und Strafrage im besonderen Fall derart eng zusammenhängen, dass sie nicht losgelöst voneinander betrachtet werden können (GVP 1987 Nr. 61 und Nr. 62; Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. A., Bern 2005, Rz. 1668; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, Rz. 1030/1030a).

b) Wird nur das Strafmass angefochten, so ist eine Überprüfung des Sachverhalts grundsätzlich nicht zulässig. Eine Überprüfung wäre nur statthaft, soweit ein enger innerer Konnex zwischen Schuldspruch und Strafe bestehen würde, wie dies beispielsweise im Falle einer – vorliegend aber nicht gegebenen – offensichtlich falschen Einstufung in die Händlerkategorie der Fall wäre. Die Beweiswürdigung an sich ist jedoch einer weiteren Überprüfung nicht zugänglich, wenn der Schuldspruch nicht explizit in der Berufungserklärung angefochten wurde. Ein offenkundiger Mangel, welcher ebenfalls eine Überprüfung des Sachverhaltes zuliesse, ist nicht ersichtlich, vielmehr durfte die Vorinstanz auf das Geständnis des Angeklagten abstellen.

c) Mangels ausdrücklicher Anfechtung in der Berufungserklärung hat es damit beim Schuldspruch und dem diesem zugrunde liegenden Sachverhalt gemäss dem Urteil der Vorinstanz sein Bewenden. Aus den gleichen Gründen ist auch nicht mehr auf die Ersatzforderung einzugehen.

93

Art. 249 StP (sGS 962.1). Opfer oder ihnen gleichgestellte Personen im Sinne von Art. 2 OHG sind legitimiert, die Wiederaufnahme eines rechtskräftig erledigten Strafverfahrens zu beantragen.

Anklagekammer, 15. November 2007

Aus den Erwägungen:

Der Angeschuldigte und der Staatsanwalt können die Wiederaufnahme eines durch Aufhebungsverfügung rechtskräftig beendeten Strafverfahrens beantragen (Art. 248 i.V. m. Art. 249 StP). Nach Art. 249 StP ist der Strafkläger nicht legitimiert, die Wiederaufnahme zu verlangen (vgl. auch GVP 1989 Nr. 65). Hingegen sind die gesuchstellenden Eltern als Hinterbliebene des mutmasslichen Opfers gestützt auf das Opferhilfegesetz zur Einreichung des ausserordentlichen Rechtsmittels der Wiederaufnahme des rechtskräftig aufgehobenen Strafverfahrens legitimiert (Art. 2 Abs. 2 lit. b i.V. m. Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG; Steiger-Sackmann, OHG-Kommentar, 2005, Art. 8 OHG N 111).

5. Rechtsanwälte und Rechtsagenten

94

Art. 12 lit. a BGFA (SR 935.61). Standesrechtliche Grenzen der Zulässigkeit privater Zeugenbefragungen; Anwendung der entsprechenden Grundsätze bei Einflussnahme des Anwalts auf die Korrespondenz eines Zeugen mit der Untersuchungsbehörde im Strafverfahren.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 14. Dezember 2006

Ein Rechtsanwalt vertrat einen in Untersuchungshaft genommenen Angeschuldigten. Diesem wurde vorgeworfen, den Freund seiner Tochter mit dem Tod bedroht zu haben. Im Anschluss an ein Gespräch mit der Tochter verfasste der Rechtsanwalt zuhanden der fallführenden Untersuchungsrichterin einen Briefentwurf, der die Tochter als Absenderin auswies und den sie auch unterzeichnen sollte. Darin enthalten war entgegen dem Besprochenen unter anderem ein Hinweis auf die angeschlagene Gesundheit des Vaters sowie die Bitte um baldige Entlassung des Vaters aus der Untersuchungshaft. Der Rechtsanwalt liess den Entwurf des Schrei-

bens der Tochter über deren Mutter zukommen. Sie unterzeichnete den Brief und retournierte ihn wieder über ihre Mutter an den Rechtsanwalt. Der Rechtsanwalt seinerseits liess das Schreiben der Untersuchungsrichterin zukommen. Aufgrund dessen Gestaltung bestand aber der Eindruck, die Tochter sei dessen alleinige Urheberin. Die effektiven Hintergründe entdeckte die Untersuchungsrichterin aufgrund eines Zufalls. Die Angelegenheit wurde in der Folge zum Gegenstand eines anwaltsrechtlichen Disziplinarverfahrens. Die Anwaltskammer warf dem Rechtsanwalt vor, mit seinem Verhalten eine Beweisverfälschung zumindest in Kauf genommen und damit gegen die Berufspflichten verstossen zu haben.

Aus den Erwägungen:

2. Die Berufsregeln des Art. 12 BGFA sprechen die Frage der Einflussnahme des Rechtsanwalts auf die Beweiserhebung und spezifisch jene des Umgangs mit möglichen Zeugen im Verfahren nicht konkret an. Es ist aber anerkannt, dass gewisse standesrechtliche Regeln bestehen, die vor allem im Hinblick auf den Zeugenkontakt formuliert sind und das allgemeine Bedürfnis der staatlichen Organe zum Ausdruck bringen, dass der Anwalt keine Handlungen vornimmt, die zu einer Verfälschung von Beweisen beitragen (N. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005, Rz.406). Abgeleitet werden diese Regeln teils direkt aus der Generalklausel des Art. 12 lit. a BGFA, wonach der Rechtsanwalt seinen Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben hat, teils indirekt unter Rückgriff auf Art. 7 der Richtlinien des Schweizerischen Anwaltsverbands für die Berufs- und Standesregeln vom 1. Oktober 2002 (H. Nater, Zur Zulässigkeit anwaltlicher Zeugenkontakte im Zivilprozess, SJZ 2006, 256 f.; vgl. weiter W. Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 14 i.V. m. N 22 f. zu Art. 12 BGFA; für eine direkte Bezugnahme BJM 2006, 47 ff., ZR 2006 Nr. 15 und ZR 2005 Nr. 62). Allgemein wird davon ausgegangen, dass direkte Kontakte zu Zeugen nur ausnahmsweise zulässig sind, falls im Einzelfall ein sachlicher Grund dafür besteht und wenn keine Beeinflussung des Zeugen erfolgt (so zusammenfassend Fellmann, a.a.O., N 23 zu Art. 12 BGFA; Nater, a.a.O., 257; D. Schramm, Entwicklungen bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren, AJP 2006, 496, je mit Hinweisen auf Lehre und Praxis). Ein sachlicher Grund für einen Kontakt mit einem Zeugen ist dabei regelmässig zu verneinen, wenn sich der Rechtsanwalt die Information auf andere Weise als durch Privatbefragung eines Zeugen beschaffen kann (ZR 1996 Nr. 43 S.132). Weiter bedeutet das Verbot der Zeugenbeeinflussung, dass der Rechtsanwalt in der Situation einer grundsätzlich zulässigen Kontaktnahme mit dem Zeugen nach Möglichkeit sicherstellen muss, dass sein Vorgehen nicht bereits die blossе Gefahr einer Verfälschung des Beweisergebnisses beinhaltet (Vermeidung einer konkreten Gefährdung). Pflichtwidrig handelt auch der Rechtsanwalt, der eine objektiv bestehende Gefahr der Zeugenbeeinflussung nicht erkennt, obwohl er dies nach den konkreten Umständen müsste, und insofern

grob fahrlässig handelt (BJM 2006, 49 f.; zum Verschuldensmassstab Fellmann, a. a. O., N 26 zu Art. 12 BGFA). Auf die Strafbarkeit des Verhaltens des Rechtsanwalts kommt es nicht an (BJM 2006, 50; anders offenbar ZR 2005 Nr. 62; Nater, a. a. O., 257). Es bleibt schliesslich festzuhalten, dass ohne tragfähige sachliche Begründung eine Kontaktaufnahme auch dann nicht zulässig sein kann, wenn der Rechtsanwalt keine spezifische Gefahr der Beeinflussung sieht. Dazu führt die Überlegung, dass eine gewisse Beeinflussung des Zeugen nie ganz vermieden werden kann und Glaubwürdigkeit sowie Beweiskraft der Aussage bei vorgängiger Befragung regelmässig in Mitleidenschaft gezogen werden (ZR 1996 Nr. 43 S. 132) (Vermeidung einer abstrakten Gefährdung).

3. a) Die Anwaltskammer ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass im Zusammenhang mit der Redaktion des Briefentwurfs und der Unterschrift durch die Tochter standesrechtlich die für eine eigentliche private Zeugenbefragung geltenden Grundsätze sachgemäss anzuwenden sind. Dieses Vorgehen wird auch vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt. Die Sichtweisen divergieren dann aber in der Würdigung der tatsächlichen Situation. (...)

aa) (...) Das Vorgehen des Beschwerdeführers verletzt objektiv die angeführten Grundsätze zur Informationsbeschaffung bei Auskunftspersonen/Zeugen. Indem er zunächst mit der Bitte um Entlassung schriftlich weitergehende Aussagen festhielt als mündlich besprochen und er den Briefentwurf der Tochter unter Zwischenschaltung ihrer Mutter zur Unterschrift vorlegte, schuf er die konkrete Gefahr der Verfälschung des Beweisergebnisses bzw. der Beeinflussung der Auskunftsperson.

(...)

b) Die Anwaltskammer hat angesichts der für private Zeugeneinvernahmen geltenden Grundsätze auch richtigerweise die Vorgänge um die Zustellung des Briefes an die Untersuchungsbehörden unter dem Gesichtspunkt der standesrechtlich verpönten Beweisverfälschung überprüft.

aa) Tatsache ist, dass die Initiative zum Verfassen des Schreibens vom Beschwerdeführer ausging und er dieses auch redigierte. Das Schreiben erweckt daher aufgrund seiner Machart (Adresse, Zustellvermerk «Kopie an Rechtsanwalt X., Z», neutraler Briefumschlag, Schriftart) den objektiv falschen Eindruck, die Tochter habe von sich aus, aus eigenem Antrieb und ohne Fremdbeteiligung an die Untersuchungsbehörden geschrieben. (...) Angesichts dieser Umstände bestand objektiv eine erhebliche Gefahr, dass die Untersuchungsbehörden den Inhalt dieses Schreibens nicht richtig gewichten würden. Es liegt auf der Hand, dass diese möglicherweise andere Schlüsse ziehen und ein anderes Vorgehen wählen, je nachdem ob das Schreiben unter Vermittlung des Rechtsanwalts des inhaftierten Vaters zustande kommt oder effektiv alleine von der in die Sache involvierten Tochter stammt. Der Anwaltskammer ist daher zuzustimmen, wenn sie ausführt, es habe insbesondere auch die Gefahr falscher Annahmen in Bezug auf familiäre Hintergründe bestanden. Insgesamt lässt sich der Schluss ziehen, dass das Vorgehen

des Beschwerdeführers die bereits mit der Redaktion des Schreibens verbundene Gefahr der Beweisverfälschung noch akzentuierte.

95

Art. 12 lit. a BGFA (SR 935.61). Berufsregelverletzung. Mandatsniederlegung zur Unzeit.

Anwaltskammer, 25. April 2007

Rechtsanwalt A. reichte nach Empfang des Urteildispositivs die Appellationsanmeldung ein. Nach Zustellung des begründeten Urteils leitete er dieses an den ausländischen Rechtsanwalt R. weiter und teilte ihm gleichzeitig und damit während der laufenden vierzehntägigen Rechtsmittelfrist die Mandatsniederlegung mit. Nach Empfang des Urteils standen dem ausländischen Rechtsanwalt R. bzw. dessen Mandantin M. zwölf Tage zur Verfügung, um die Appellationserklärung zu verfassen bzw. einen Vertreter zu beauftragen, eine solche Eingabe auszuarbeiten. Daraufhin erstattete M. eine disziplinarrechtliche Anzeige gegen Rechtsanwalt A.

Aus den Erwägungen:

II./1. Gemäss Art. 12 lit. a BGFA haben Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Diese Bestimmung erhebt die sorgfältige und gewissenhafte Ausübung des Anwaltsberufes über die vertragliche (und damit privatrechtliche) Pflicht hinaus zur (öffentlich-rechtlichen) Berufspflicht, die so nicht nur unter dem Aspekt der Nicht- bzw. der nicht gehörigen Erfüllung, sondern auch disziplinarrechtlich geschützt ist (vgl. Walter Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 9 zu Art. 12 BGFA). Diese Berufspflicht gebietet, bei der Kündigung des Auftragsverhältnisses auf die Interessen des Klienten Rücksicht zu nehmen (Fellmann, a. a. O., N 32 zu Art. 12 BGFA; Giovanni Andrea Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, 253; Fellmann, Berner Kommentar, N 59 zu Art. 404 OR). Insbesondere die Niederlegung eines Prozessmandats zur Unzeit ohne triftige Gründe stellt einen Verstoss gegen Art. 12 lit. a BGFA dar (Fellmann, a. a. O., N 32 zu Art. 12 BGFA; Testa, a. a. O., 254). Die Mandatsauflösung durch den Anwalt erfolgt dann zur Unzeit, wenn die Kündigung in zeitlicher Hinsicht besonders ungünstig ist, d. h. für den Klienten besondere Nachteile bringt. Als unzulässig wird die Mandatsniederlegung durch den Anwalt kurz vor dem Verhandlungstermin oder kurz vor dem Ablauf von Fristen zur Einreichung von Rechtsschriften erachtet, sofern praktisch keine Möglichkeit mehr besteht, einen anderen Rechtsanwalt recht-

zeitig zu instruieren (Paul Wegmann, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, 126; Testa, a. a. O., 254). Ob eine Mandatsniederlegung zur Unzeit erfolgte, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Massgebliche Beurteilungskriterien bilden einerseits die Möglichkeiten des Mandaten und andererseits das Zeitmoment. Es sollte dem Klienten unter zumutbaren Anstrengungen möglich sein, die Angelegenheit selbst oder mit Hilfe eines Ersatzanwalts oder auf andere Weise auszuführen (Fellmann, Berner Kommentar, N 63 zu Art. 404 OR; Seiler, Münchener Kommentar, N 12 zu § 671 BGB).

2. Es ist zu prüfen, ob es M. möglich war, in der zur Verfügung stehenden Zeit die Interessen rechtzeitig selbst zu wahren oder den Beistand eines anderen Anwalts in Anspruch zu nehmen. [...] Von Bedeutung ist [...], dass der zu beurteilende Sachverhalt nicht als kompliziert bezeichnet werden kann. [...] In der Appellationserklärung wären demnach im Wesentlichen zur Frage der Passivlegitimation der H. GmbH Ausführungen zu machen und Beweismittel zu nennen gewesen. Der zeitliche Aufwand für die Einreichung dieses Rechtsmittels wäre daher eher klein gewesen. Ferner fällt in Betracht, dass sowohl die Sprache der M. bzw. deren Rechtsvertreter, Rechtsanwalt R., als auch die Amtssprache des Prozessgerichts deutsch ist. Schliesslich ist hervorzuheben, dass Rechtsanwalt R., wie aus seinen Schreiben vom [...] und [...] hervorgeht, über das Verfahren gut informiert war. Es wäre daher denkbar gewesen, dass er die Berufungserklärung selbst verfasst hätte. Zwölf Tage waren hierfür ausreichend.

Auch für den Fall, dass es M. bzw. deren Rechtsvertreter R. vorgezogen hätte, die Sache einem Anwalt in der Schweiz zu übertragen, stand für die Instruktion eines Nachfolgers genügend Zeit zur Verfügung: In seinem Schreiben vom [...] führt Rechtsanwalt R. nämlich aus, er sei von seiner Mandantin beauftragt worden, aufgrund der klar nachweisbaren Fehler, die passiert seien, die Angelegenheit dem schweizerischen Konzernanwalt der Muttergesellschaft seiner Mandantin zur Überprüfung zu übergeben. M. verfügte damit über Beziehungen zu einem schweizerischen Rechtsanwalt. Sie hätte somit die Sache dem schweizerischen Konzernanwalt übermitteln können, sei es, dass dieser die Appellationserklärung selbst verfasst, sei es, dass dieser M. bei der Suche nach einem Rechtsvertreter in der Schweiz unterstützt hätte. Die M. zur Verfügung stehende Zeitspanne von zwölf Tagen war denn ausreichend, um gegebenenfalls die Appellationserklärung beim Obergericht einzureichen. Im Übrigen unterlässt es M. darzutun, dass sie sich (erfolglos) um einen Nachfolger von Rechtsanwalt A. bemüht hat.

Im Lichte dieser Erwägungen erfolgte die Niederlegung des Mandats nicht zur Unzeit. Die Frage, ob triftige Gründe für eine Kündigung bestanden haben, kann daher offen bleiben. [...]

3. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Anzeige mangels Vorliegens von Berufsregelverletzungen keine Folge zu leisten ist.

96

Art. 12 lit. c BGFA (SR 935.61). Berufsregelverletzung. Interessenkollision. Anwaltskammer, 22. August 2007

Rechtsanwältin A. vertrat anlässlich eines Scheidungsverfahrens die Ehefrau. In der Folge war sie als Erziehungsbeiständin der Kinder, welche unter die Obhut der Mutter gestellt wurden, tätig. Nun vertrat sie erneut die Mutter in einem von der Tochter K. angestrebten Verfahren betreffend Mündigenunterhalt.

Aus den Erwägungen:

II./1. Anwälte haben jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und Personen zu vermeiden, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen (Art. 12 lit. c BGFA). Dies verbietet es dem Anwalt, Mandate anzunehmen, in denen eine Interessenkollision besteht.

Ein Anwalt darf aufgrund der das Mandatsverhältnis überdauernden Treue- und Schweigepflicht einen Auftrag, der sich direkt oder indirekt gegen einen früheren Klienten richtet, nur annehmen, wenn nicht Kenntnisse zu verwerten oder zu erörtern sind, die er in einem früheren Verfahren als Berufsgeheimnis erfahren hat. Der Anwalt hat daher bei der Übernahme eines Mandats unter Berücksichtigung der speziellen Verhältnisse des Einzelfalls gewissenhaft und sorgfältig zu prüfen, ob eine Gefahr einer Interessenkollision besteht. Um seinen Treuepflichten zu genügen, muss der Anwalt daher auch bei gering erscheinendem Kollisionsrisiko das neue Mandat ablehnen. Das Vorgehen gegen einen früheren Klienten ist schon dann untersagt, wenn auch nur die Möglichkeit besteht, dass Kenntnisse aus dem ehemaligen Mandatsverhältnis bewusst oder unbewusst verwendet werden können. Je enger der Zusammenhang des neuen Mandats mit dem abgeschlossenen Auftrag ist, desto eher muss der Anwalt mit der Möglichkeit der Verwertung von Kenntnissen aus dem abgeschlossenen Mandat rechnen. Diese Gefahr ist umso grösser, je weiter die Tätigkeit des Anwalts für den früheren Klienten ging und je enger das Vertrauensverhältnis zu diesem war. Die Inkaufnahme einer möglichen Interessenkollision stellt bereits eine Verletzung der das Auftragsverhältnis überdauernden Treuepflicht dar (Walter Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 N 87/108/110; Verein Zürcherischer Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich, Zürich 1988, 135 ff.; Giovanni Andrea Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, 116).

Die Beistandschaft nach Art. 308 ZGB stellt eine Kindesschutzmassnahme dar. Der Beistand ist dabei dem Kindeswohl verpflichtet. Als Hüter des Kindeswohls nimmt der Beistand Funktionen wahr, die an und für sich den Eltern des Kindes obliegen würden. Er hat die erzieherischen Verhältnisse zu überwachen und bei

Schwierigkeiten zu helfen. Zu den eigentlichen Aufgaben des Erziehungsbeistandes gehört die persönliche Fürsorge, wobei der Beistand ganz allgemein fürsorglich und menschlich seinen Rat und seine Hilfe zur Verfügung stellt. Als besondere Befugnisse können einem Beistand die Wahrung und Besorgung des Lebensunterhalts wie auch die Überwachung des persönlichen Verkehrs im Rahmen des Besuchsrechtes zukommen; ferner ist auch eine Unterstützung in Bildungs- und Berufsfragen möglich (vgl. ausführlich dazu Yvo Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Freiburg 1996, 254–261, 284 ff., 348 ff.). Einem Erziehungsbeistand kommt damit eine umfassende Aufgabe in Bezug auf die Betreuung und Hilfestellung zu (vgl. Biderbost, a. a. O., 449 ff.).

Dass bei K. die Notwendigkeit einer Unterstützung in Erziehungsfragen, eine Begleitung in der Lebenssituation wie auch eine Besorgung des Lebensunterhaltes notwendig war, geht aus dem Beschluss der Vormundschaftsbehörde [...] vom [...] bezüglich der Übernahme der Beistandschaft zur Weiterführung hervor. Zudem war die Lebenssituation von K. geprägt von einem langwierigen Scheidungsverfahren der Eltern, einem äusserst schlechten Verhältnis zur Mutter und daraus folgenden mehrfachen Fremdplatzierungen mit zwischenzeitlichem Wohnsitz beim Vater. [...]. Rechtsanwältin A. hatte anlässlich ihrer rund vierjährigen Tätigkeit als Erziehungsbeiständin von K. damit einen umfassenden Einblick in deren persönliche Angelegenheiten und insbesondere deren Schwierigkeiten im Verhältnis zur Mutter. Zusätzlich kommt einem Erziehungsbeistand in solch schwierigen familiären Verhältnissen eine bedeutende Rolle als Vertrauensperson zu. Knapp 2,5 Jahre nach Übergabe des Mandates als Erziehungsbeiständin und damit Interessenwahrerin der Tochter K. vertrat Rechtsanwältin A. deren Mutter im Verfahren betreffend Mündigenunterhalt, welches von K. eingeleitet worden war. Die Identität der Parteien bzw. ein Parteiwechsel ist damit offensichtlich gegeben.

Als Erziehungsbeiständin und Vertrauensperson für K. erwarb Rechtsanwältin A. breite Kenntnisse über persönliche Angelegenheiten von K., insbesondere über die tiefe Zerrüttung des Verhältnisses zur Mutter und den diesbezüglich vorhandenen Problemen, aber auch über das allgemeine Verhalten, die Ausbildung und finanzielle Lage. Im Verfahren betreffend Mündigenunterhalt stellt insbesondere die Frage des Verhältnisses und damit auch der Kontakt des mündigen Kindes zum unterhaltspflichtigen Elternteil ein wesentliches Beurteilungskriterium der Zumutbarkeit eines Unterhaltsbeitrages dar (vgl. Art. 277 Abs. 2 ZGB; BSK ZGB I – Breitschmid, Art. 277 N 14 ff., insb. N 18 f.). Auch die übrigen Faktoren aus dem Leben von K. – wie die Ausbildung und finanzielle Situation, aber auch das allgemeine Verhalten (z. B. im Rahmen von schulischen Anforderungen) – fliessen in die Beurteilung mit ein (vgl. BSK ZGB I – Breitschmid, Art. 277 N 14 ff.), so dass die anlässlich des Mandats als Erziehungsbeiständin erworbenen Kenntnisse über die Tochter und insbesondere deren Verhältnis bzw. Einstellung zur Mutter von ausschlaggebender Bedeutung sein konnten. So spricht denn auch Rechtsanwältin A. selbst davon, dass es anlässlich ihres Amtes als Erziehungsbeiständin um

den Kontakt der Kinder zur Mutter bzw. der Betreuung der Kinder durch die Mutter gegangen sei. Insgesamt besteht zwischen dem Amt als Erziehungsbeiständin und dem Mandat betreffend Mündigenunterhalt ein enger sachlicher Zusammenhang. Zudem bestand zwischen den Mandaten ein nur relativ kurzer zeitlicher Unterbruch. Dass bei dieser Sachlage und insbesondere engen Verknüpfung von Problembereichen zumindest eine grundsätzliche Gefahr wie auch Möglichkeit der unbewussten oder gar bewussten Verwertung von Kenntnissen aus dem Amt als Erziehungsbeiständin bestand, ist offenkundig. Damit war ein Kollisionsrisiko vorhanden, welches bereits die Übernahme der Interessenvertretung der Mutter nicht zuliess.

Zusammenfassend ist Rechtsanwältin A. der Vorwurf zu machen, die Berufsregel von Art. 12 lit. c BGFA (Verbot der Interessenkollision) verletzt zu haben. [...]. Damit kann offen bleiben, ob bereits durch die Übernahme der Erziehungsbeistandschaft für die Kinder nach Vertretung der Mutter im Scheidungsverfahren eine Situation geschaffen wurde, welche eine Vertretung widerstreitender Interessen förderte.

97

Art. 13 BGFA (SR 935.61). Entbindung vom Berufsgeheimnis. Begriff des Geheimnisses.

Präsident der Anwaltskammer, 9. Februar 2007

Rechtsanwalt A. ersuchte um Entbindung vom Berufsgeheimnis, nachdem er einen Brief seines Mandanten M. erhalten habe, in welchem dieser Drohungen gegen den Gegenanwalt G. im Scheidungsverfahren äussere. In jenem Schreiben führt M. unter anderem aus, dass eine «grosse Katastrophe» geschehe, falls ihm nicht bis [...] die Kinder gebracht würden. Er würde jemanden zum Büro von Rechtsanwalt G. schicken und diesen «kaput» machen, so dass er das ganze Leben im Rollstuhl verbringen könne.

Aus den Erwägungen:

1./3. Im Verfahren betreffend Entbindung vom Berufsgeheimnis wird in aller Regel der Geheimnisherr vorgängig angehört. In Berücksichtigung der konkreten Umstände – Deeskalation und Verhinderung einer möglichen Gewalttat – erweist sich dies als unmöglich. Auf eine vorgängige Anhörung von M. wird deshalb verzichtet.

4. Artikel 321 StGB stellt die Verletzung des Berufsgeheimnisses unter Strafe. Als Geheimnis gilt dabei jede Tatsache, die nur einem beschränkten Personenkreis

bekannt ist und an deren Geheimhaltung für den Geheimnisherrn ein berechtigtes Interesse besteht. Erforderlich ist zusätzlich, dass das Geheimnis dem Geheimnisherrn infolge seines Berufes anvertraut worden ist, oder er es in dessen Ausübung wahrgenommen hat.

Die an den eigenen Rechtsanwalt gerichtete Ankündigung einer Gewalttat gegenüber einer Drittperson fällt nicht unter den Geheimnisbegriff des Art. 321 StGB. Die Drohung wurde zwar im Rahmen des Mandatsverhältnisses geäußert; sie steht aber in keinem Zusammenhang mit der Mandatsführung. Es geht nicht darum, dass der Mandant mit seiner Drohung dem Rechtsanwalt Einblick in alle erheblichen Verhältnisse gewähren will, um diesem die Möglichkeit zu geben, ihn richtig zu beraten und im Prozess wirksam zu vertreten. Vielmehr geht es ihm offenbar darum, mit rechtswidrigen Mitteln Druck auf die Gegenpartei auszuüben. Ein rechtlich geschütztes, berechtigtes Interesse des Mandanten an der Geheimhaltung seiner Drohung kann – jedenfalls soweit diese Drohung nicht von vornherein als absolut ungefährlich erscheint – nicht bestehen. Eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis ist deshalb nicht erforderlich, um den bedrohten Dritten über die Drohung zu informieren und diesem damit zu ermöglichen, allfällige Vorkehrungen gegen die angekündigte Gewalttat zu treffen.

Hinzu kommt, dass die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands bzw. der rechtfertigenden Notstandshilfe (Art. 17 StGB) ohne weiteres erfüllt sind. Eine allfällige Verletzung des Berufsgeheimnisses würde zum Schutz höherwertiger Interessen erfolgen, und eine andere Abwehrhandlung wäre nicht ersichtlich.

5. Dies bedeutet indessen nur, dass Rechtsanwalt A. berechtigt ist, den Gegenanwalt im Scheidungsprozess und allenfalls weitere involvierte Personen (wie etwa die Instruktionsrichterin) über die bei ihm eingegangene Drohung seines Mandanten in angemessener Weise zu informieren, damit diese gegebenenfalls die ihnen gut scheinenden Vorkehrungen treffen können. Hingegen hat Rechtsanwalt A. auch bei einer Information des oder der Betroffenen dafür besorgt zu sein, dass seinem Mandanten daraus keine weitergehenden Nachteile erwachsen. In diesem Sinn wird insbesondere darauf zu achten sein, dass das bei Rechtsanwalt A. eingegangene Drohschreiben nicht zum Anlass für eine Ausdehnung des gegen den Mandanten offensichtlich bereits geführten Strafverfahrens genommen wird.

98

Art. 13 BGFA (SR 935.61). Entbindung vom Berufsgeheimnis. Wahrnehmung berechtigter Interessen.

Präsident der Anwaltskammer, 22. Juni 2007

Rechtsanwalt A. vertrat M. im Verfahren betreffend Eheschutz bzw. Ehescheidung vor Kreisgericht. Nachdem M. ihm mitgeteilt hatte, dass sie und ihr Ehemann sich wieder angenähert hätten, für [...] 2007 zusammen mit den drei gemeinsamen Kindern einen Aufenthalt in [...] planen würden und sie eine gelockerte Regelung des Besuchsrechts wünsche, ersuchte Rechtsanwalt A. um Entbindung vom Berufsgeheimnis, um eine entsprechende Mitteilung an das Vormundschaftsamt, die Erziehungsbeiständin sowie an das Kreisgericht vornehmen zu können. Nach seiner Überzeugung sei M. einerseits nicht in der Lage, sich gegen ihren Ehemann O. durchzusetzen; andererseits würde zudem die Gefahr bestehen, dass O. die Reise mit den Kindern in sein Heimatland dazu benützen werde, die Kinder der Mutter zu entziehen.

Aus den Erwägungen:

I./4. Nach Art. 13 BGFA unterstehen Anwältinnen und Anwälte zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist. Eine allfällige Entbindung von der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem. Art. 321 StGB stellt die Verletzung des Berufsgeheimnisses unter Strafe. Als Geheimnis gilt dabei jede Tatsache, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung für den Geheimnisherrn ein berechtigtes Interesse besteht. Erforderlich ist zusätzlich, dass das Geheimnis dem Geheimnisträger infolge seines Berufs anvertraut worden ist, oder er es in dessen Ausübung wahrgenommen hat.

Willigt der Geheimnisherr nicht in eine Offenbarung ein, hat sich der Anwalt oder die Anwältin von der Aufsichtsbehörde von seiner Geheimhaltungspflicht entbinden zu lassen, wenn er gegenüber Dritten oder Behörden Auskunft über dem Anwaltsgeheimnis unterliegende Tatsachen machen will. Die Entbindung durch die Aufsichtsbehörde stellt einen Rechtfertigungsgrund dar und führt zur Straflosigkeit des Geheimnisträgers (Art. 321 Ziff. 2 StGB; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. A., Bern 2000, § 59 N 21).

5. Über die Entbindung von der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses ist aufgrund einer Güterabwägung zu entscheiden (Michael Pfeifer, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N. 65 zu Art. 13 BGFA). Nur ein deutlich höheres öffentliches oder privates Interesse rechtfertigt die Befreiung. Während die Wahrheitsermittlung in einem prozessualen Verfahren im allgemeinen kein höheres Interesse begründet (ZR 1971 Nr. 96), wird ein höherwertiges Interesse bejaht, wenn durch die Entbindung von der Schweigepflicht ein Verbrechen oder Vergehen verhindert werden kann (Lorenz Erni, Anwaltsgeheimnis und Strafverfahren, in: Das Anwaltsgeheimnis, Zürich 1997, 19f.; Verein Zürcherischer Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988, 112).

Rechtsanwalt A. befürchtet, dass O., der Ehemann seiner ehemaligen Mandantin, die geplante Ferienreise nach [...] dazu benützen könnte, die drei gemeinsamen Kin-

der in seinem Heimatland der Mutter zu entziehen, und allenfalls gar bereit sein könnte, zu diesem Zweck auch Gewalt auszuüben. Während er die Auffassung vertritt, der Mutter müsste untersagt werden, mit den Kindern nach [...] zu reisen, liess sich seine ehemalige Mandantin von ihrem Vorhaben offenbar nicht abbringen.

Blosse Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Anwalt und seiner Mandantin über deren Lebensgestaltung rechtfertigen es in aller Regel nicht, den Anwalt von seiner Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses zu entbinden. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um unterschiedliche Meinungen über die private Lebensgestaltung, sondern um die Befürchtung des Gesuchstellers, seine ehemalige Mandantin könnte sich zusammen mit ihren drei Kindern in eine erhebliche Gefahr begeben, die sie nicht erkennen kann oder nicht erkennen will und der sie nicht gewachsen ist.

Die Befürchtungen von Rechtsanwalt A. erscheinen nicht ganz unbegründet zu sein. So steht fest, dass O. wegen einer psychischen Erkrankung [...] hospitalisiert werden musste. Dem Entscheid der Eheschutzrichterin [...] lässt sich entnehmen, dass O. die bei der Vormundschaftsbehörde eingeholten Abklärungsberichte «in keiner Weise» akzeptierte und «massive Vorwürfe gegenüber seiner Ehefrau» erhoben hatte. Im Zusammenhang mit der Regelung des Besuchsrechts wurde im erwähnten Entscheid ausgeführt, aufgrund der eingeholten Berichte sei zumindest eine latente Gefahr vorhanden, O. könnte die Kinder entführen. Aus diesem Grund wurde er denn auch verpflichtet, vor Ausübung des Besuchsrechts seinen Pass bei der Vormundschaftsbehörde zu deponieren. Schliesslich weist aber auch die Tatsache, dass den Kindern im Eheschutzverfahren ein Beistand beigegeben worden ist, auf ein besonderes Betreuungsbedürfnis der Mutter und auf eine besondere Schutzbedürftigkeit der Kinder hin.

Wie weit die von Rechtsanwalt A. geäusserten Befürchtungen real sind, lässt sich im Rahmen des Verfahrens betreffend Entbindung vom Anwaltsgeheimnis nicht abschliessend beurteilen. Mit Ausnahme seiner Ausführungen und der dem Gesuch beigelegten Akten sind keine weiteren Erkenntnisse vorhanden. Eine umfassende Interessenabwägung kann deshalb nicht vorgenommen werden. Vielmehr muss es genügen, dass der Gesuchsteller, der seine ehemalige Mandantin und deren persönliche Situation aus eigener Erfahrung kennt, offenbar ernsthafte Befürchtungen im Hinblick auf das Wohl seiner ehemaligen Mandantin und deren Kinder hegt, welche einerseits nachvollziehbar erscheinen und andererseits auch im Entscheid der Eheschutzrichterin [...] ihre Stütze finden.

Zu berücksichtigen ist schliesslich aber auch, dass die Entbindung von der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses in erster Linie im Interesse der ehemaligen Mandantin liegt. Mit der vorgesehenen Offenbarung der bevorstehenden Ferienreise nach [...] gegenüber der Beiständin der Kinder, dem Vormundschaftsamt und dem Kreisgericht wird den für die Wahrung des Kindeswohls zuständigen Behörden überhaupt erst die Möglichkeit eingeräumt, eine Gefährdungsanalyse vorzunehmen und im Rahmen der ihnen obliegenden Interessensabwägung die zur Abwendung der befürchteten Gefahren erforderlichen Massnahmen in die Wege

zu leiten. Rechtsanwalt A. wird deshalb von der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses gegenüber seiner ehemaligen Mandantin M. entbunden und als berechtigt erklärt, gegenüber der Beiständin der Kinder seiner ehemaligen Mandantin, gegenüber der Vormundschaftsbehörde [...] und gegenüber dem Kreisgericht [...] die erforderlichen Informationen zu erteilen, um allenfalls die geeigneten Massnahmen gegen eine mögliche Entführung der Kinder zu treffen.

99

Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung der kantonalen Rechtspraktikantenbewilligungen der Kantone Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden und St.Gallen

Die Anwaltsaufsichtskommission des Kantons Appenzell Ausserrhoden, die Anwaltskammer des Kantons Appenzell Innerrhoden und die Anwaltskammer des Kantons St.Gallen haben in Bezug auf die kantonalen Rechtspraktikantenbewilligungen und deren gegenseitige Anerkennung folgende Vereinbarung getroffen:

1. Die Voraussetzungen zur Erteilung einer Rechtspraktikantenbewilligung richten sich nach dem jeweils massgebenden kantonalen Recht.
2. Die in einem Kanton erteilte Rechtspraktikantenbewilligung wird von den an dieser Vereinbarung beteiligten Kantonen ohne zusätzliche Bewilligung auch für ihren Zuständigkeitsbereich anerkannt.
3. Wer in einem der an dieser Vereinbarung beteiligten Kantone als Rechtspraktikantin oder als Rechtpraktikant zur Vertretung von Parteien vor Gericht zugelassen ist, ist befugt, ohne weitere Bewilligung auch in den anderen Kantonen Parteien vor Gericht zu vertreten.
4. Diese Vereinbarung ersetzt alle bisherigen Regelungen über die gegenseitige Zulassung von Rechtspraktikanten.
5. Die Vereinbarung kann jederzeit in gegenseitigem Einvernehmen aufgehoben, abgeändert, ergänzt oder einseitig gekündigt werden.
Im Falle einer solchen Aufhebung etc. behalten die bereits ausgestellten Rechtspraktikantenbewilligungen ihre Gültigkeit und werden in den an dieser Vereinbarung beteiligten Kantonen weiterhin anerkannt.
6. Die Vereinbarung tritt am 1. Januar 2008 in Kraft und wird von den einzelnen Aufsichtsbehörden in geeigneter Form bekannt gemacht.

Für die Anwaltsaufsichtskommission des Kantons Appenzell Ausserrhoden

Der Präsident

Ernst Zingg

Die Gerichtsschreiberin

Barbara Widmer Etter

Trogen, 1. November 2007

Für die Anwaltskammer des Kantons Appenzell Innerrhoden

Der Präsident Der Gerichtsschreiber

Dr. Ivo Bischofberger Peter Eggenberger Appenzell, 5. November 2007

Für die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen

Der Präsident Die Gerichtsschreiberin

Dr. Niklaus Oberholzer Angela Geisselhardt St. Gallen, 29. Oktober 2007

6. Schuldbetreibung und Konkurs

100

Art. 191 Abs. 2 SchKG (SR 281.1). Der Antrag auf Insolvenzerklärung ist rechtsmissbräuchlich, wenn eine Sanierungsaussicht besteht und der Schuldner keinen Sanierungsantrag stellt. Anforderungen an die Aussicht auf eine Schuldenbereinigung.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse SchKG, 5. Dezember 2007

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 191 SchKG kann der Schuldner die Konkursöffnung selber beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt (Abs. 1); der Richter eröffnet den Konkurs, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach den Art. 333 ff. SchKG besteht (Abs. 2).

c/bb) Damit bleibt die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit bzw. die Abweisung des Antrags auf Konkursöffnung unter dem Aspekt der Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG im Raum. Ausgangspunkt bildet dabei, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, ein Vergleich zwischen den dem Gesuchsteller zur Verfügung stehenden Mitteln und seinen Verpflichtungen, und es ist zu prüfen, ob der Gesuchsteller in der Lage ist, allen Gläubigern aufgrund seiner «freien» Mittel eine Regelung anzubieten, welche ihm ermöglicht, seine Verpflichtungen innerhalb nützlicher Frist zu tilgen.

Als «freie» Mittel ist hier das vom Gesuchsteller und von seiner Frau erzielte Einkommen zu bezeichnen, das ihnen über das zum Leben Notwendige hinaus für die Schuldentilgung bleibt. Dabei darf angesichts der mutmasslich längerfristigen Sanierungsmassnahmen nicht einfach vom betreibungsrechtlichen Existenzminimum ausgegangen werden. Es muss vielmehr auf ein erweitertes Existenzminimum abgestellt werden, weil die Berücksichtigung des blossen betreibungsrecht-

lichen Existenzminimums erfahrungsgemäss zu einer weiteren Verschuldung (Steuern, Privatversicherungen, Unvorhergesehenes) führt (in diesem Sinn auch die Praxis im Kanton Luzern, welche auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum zuzüglich 20 Prozent des Grundbetrages und der laufenden Steuern abstellt; vgl. Adrian Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, Basel/Genf/München 2005, ad N 19 zu Art. 191 SchKG, unter Hinweis auf BLSchK 2001, 144 f.).

Prüft man diese Voraussetzung hier, ist gemäss den Akten bei einem Gesamteinkommen der Ehegatten von ca. Fr. 6700.00 (Ehemann Fr. 3900.00, Ehefrau Fr. 2800.00; je inkl. Anteil 13. Monatslohn) von einem betreibungsrechtlichen Existenzminimum von Fr. 3863.00 auszugehen. Zu diesem Betrag kommen die vom Betreibungsamt nicht berücksichtigten Krankenkassenprämien von Fr. 482.00 sowie – nach dem hiervor Ausgeführten – wenigstens die Prämien für eine Hausrat-/Haftplichtversicherung von angenommenen Fr. 100.00 und laufende Steuern von ebenfalls angenommenen Fr. 700.00 hinzu, was zur Annahme eines erweiterten Bedarfs von ca. Fr. 5150.00 und damit einer verfügbaren Quote von ca. Fr. 1550.00 führt. Diesem Betrag stehen in Verlustscheinen verurkundete bzw. in Betreibung gesetzte Forderungen von ca. Fr. 85 000.00 zuzüglich des Kredits bei der Sparkasse X und vom Gesuchsteller erst im Rekursverfahren geltend gemachte offene Krankenkassen-Rechnungen und Mietzinse gegenüber. Während die Krankenkassen-Rechnungen und die Mietzinse unberücksichtigt bleiben müssen, weil sie nicht belegt sind, kann in Bezug auf den Kredit angenommen werden, dass er sich nach Abzug der seit der Erhöhung geschuldeten Raten auf € 17 300.00 (= Fr. 28 500.00) beläuft.

Der Gesuchsteller sieht sich demnach mit Forderungen von rund Fr. 110 000.00 konfrontiert, und es stellt sich die Frage, ob die Aussicht besteht, dass er seine Schulden mit den verfügbaren Mitteln von Fr. 1550.00/Monat innerhalb vernünftiger Frist sanieren kann und sich seine Insolvenzerklärung unter diesem Aspekt als rechtsmissbräuchlich erweist bzw. das Begehren um Konkurseröffnung abzuweisen ist. Diese Frage wiederum hängt davon ab, welche Anforderungen an die Aussicht auf eine Schuldenbereinigung gestellt werden. Die Vorinstanz beruft sich in diesem Zusammenhang auf die Auffassung des Kantonsgerichtes Basel-Landschaft (SJZ 103, 2007, 444 f.). Danach darf die Konkurseröffnung nur erfolgen, wenn der Gesuchsteller nachweist, dass ein Bereinigungsvorschlag als aussichtslos erscheint oder gescheitert ist. Diese Auffassung geht zu weit. Zum einen enthält Art. 191 Abs. 2 SchKG keine Grundlage für den geforderten Nachweis. Zum andern erweckt die erwähnte Praxis den Anschein, bloss vage Aussichten auf eine Schuldenbereinigung würden genügen, um die Konkurseröffnung zu verweigern. Dies ist nicht der Fall. Allein schon aus dem Wortlaut des Art. 191 SchKG ist entgegen der vom Kantonsgericht Basel-Landschaft zitierten Lehrmeinung von Kurt Amonn/Fridolin Walther (Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 38 N 26) zu schliessen, dass die Konkurseröffnung als

Grundsatz und nicht als ultima ratio zu betrachten ist (vgl. Brunner, a. a. O., N 19 zu Art. 191 SchKG). Ebenfalls zu weit geht allerdings auch die Auffassung von Brunner (a. a. O., N 21 zu Art. 191 SchKG), der eine «offensichtliche Sanierungsaussicht» verlangt; auch eine solche Voraussetzung findet im Gesetz keine Stütze. Verlangt werden muss vielmehr ein Verhältnis von verfügbaren Mitteln und Schulden, das begründeten Anlass zur Annahme gibt, ein Schuldenbereinigungsversuch könnte erfolgreich verlaufen. Dabei dürfen neben dem blossen Zahlenvergleich durchaus auch die Art der Schulden, die bisherigen Bemühungen des Gesuchstellers und sein Verhalten sowie die zur Diskussion stehende Zeitspanne berücksichtigt werden.

Vor diesem Hintergrund ist die Erwägung der Vorinstanz, der Beurteilung der Sanierungsaussicht sei ein Prozentvergleich auf der Basis von 50 Prozent zu Grunde zu legen, nicht zu beanstanden. Ein solches Angebot kann in der Praxis durchaus Erfolg versprechend sein (vgl. Staehelin, a. a. O., ad N 19 zu Art. 191 SchKG, unter Hinweis auf die Praxis im Kanton Luzern). Im vorliegenden Fall hätte ein derartiges Angebot zur Folge, dass von Schulden von ca. Fr. 55 000.00 ausgegangen werden müsste. Diese Schulden sind, worauf der Gesuchsteller zu Recht hinweist, zu verzinsen. Die Höhe der Zinsbelastung wiederum hängt von der Dauer ab, während welcher die Sanierung erfolgen muss. Praxisgemäss wird dabei auf eine Zeitdauer von drei Jahren abgestellt (vgl. dazu nochmals Staehelin, a. a. O., ad N 19 zu Art. 191 SchKG, unter Hinweis auf die Praxis im Kanton Luzern), was hier unter Berücksichtigung des mittleren Verfalls zu einem Zins von ca. Fr. 5000.00 führen würde. Insgesamt hätte der Gesuchsteller damit rund Fr. 60 000.00 zu tilgen. Dies wäre ihm bei der hiervor berechneten Quote von Fr. 1550.00 innerhalb von 38 Monaten und damit nur knapp ausserhalb der erwähnten Dreijahresfrist möglich. Zu berücksichtigen ist nach dem Ausgeführten sodann, dass der Gesuchsteller bislang keine, zumindest keine aktenkundigen Bemühungen um eine Sanierung unternommen hat. Im Gegenteil, er hat sich trotz zunehmender Verschuldung darauf beschränkt, die existentiellen Forderungen (teilweise) zu tilgen, gleichzeitig aber regelmässig zusätzliche Verpflichtungen zu begründen und sogar einen Kredit um über Fr. 30 000.00 zu erhöhen. Es erscheint daher durchaus vertretbar, ihn vor der Konkurseröffnung dazu anzuhalten, mit Hilfe des von der Vorinstanz skizzierten Vorgehens eine private Schuldenbereinigung zu versuchen, zumal vom Gesuchsteller auch nicht etwa dargetan ist, dass die Gläubiger sich von vornherein gegen eine solche Sanierung stellen würden. Ganz abgesehen davon wird sich aufgrund der gesetzlichen Regelung der Schuldenbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG (vgl. insbesondere Art. 334 Abs. 2 SchKG) sehr rasch zeigen, ob die Sanierung erfolgreich durchgeführt werden kann oder nicht, sodass auch unter dem Aspekt der Gläubigerinteressen der Bereinigung nichts entgegensteht.

101

Art. 265 Abs. 2, 265a Abs. 3 und 4 SchKG (SR 281.1); Art. 63 ZPO (sGS 961.2). Einmalige Einkünfte können ungeachtet des genauen Zeitpunkts ihres Zuflusses hypothetisches Vermögen darstellen, wenn sie vom Schuldner ausgegeben worden sind, ohne dass dies zur standesgemässen Lebensführung erforderlich gewesen wäre und ohne dass er sich hierfür auf schlüssige Gründe berufen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass der Gläubiger seinerseits nicht treuwidrig handelt und die Betreibung zeitlich nicht hinauszögert.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 26. April 2007

Aus den Erwägungen:

3. a) Ob ein Schuldner neues Vermögen besitzt – in Betracht fällt einzig neues Nettovermögen, also ein Überschuss der nach Konkurs erworbenen Aktiven über die neuen Schulden (vgl. BGE 129 III 385 ff., 388; 109 III 93 ff., 94; 99 Ia 19; U. Huber, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 3, Basel 1998, N 14 zu Art. 265 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 48 N 33; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. 2, Zürich 1993, § 53 N 14; N. Jeandin, in: Dallèves/Foëx/ders. [Hrsg.], Poursuite et faillite, Basel/Genf/München 2005, N 23 zu Art. 265 SchKG; P.-R. Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. 3, Lausanne 2001, N 53 zu Art. 265 SchKG; B. Fürstenberger, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Diss. Basel 2000, 21) –, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, in welchem die neue Betreibung angehoben wird, genau genommen dem Datum des Zahlungsbefehls (Fürstenberger, a. a. O., 33; Gut/Rajower/Sonnenmoser, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, AJP 51/1998, 529 ff., 545; H. Wüst, Die Geltendmachung der Konkursverlustforderung, Diss. Zürich 1981, 101). Vorliegend verfügte die Beklagte am 18. April 2005 – vorbehältlich des ihr unbestritten zurechenbaren und zugerechneten hypothetischen Vermögens aus akkumulierbarem Einkommen von Fr. 16 222.20 – effektiv über kein neues (Netto-)Vermögen. Gegenteiliges weist auch die (beweisbelastete) Klägerin nicht nach. Dies wäre aber Voraussetzung dafür, dass die Beklagte ihrerseits allfällige Vermögensminderungen (gemeint: über die Schuldentilgung im Betrag von Fr. 45 289.50 hinausgehende) zu beweisen hätte.

Zu prüfen bleibt, ob der Beklagten der – inzwischen aufgebrauchte – Vermögenszufluss aus Lebensversicherung als so genanntes hypothetisches Vermögen angerechnet werden kann.

b) Die Berücksichtigung hypothetischen Vermögens wird in Lehre und Rechtsprechung vor allem im Zusammenhang mit den periodischen/regelmässigen Ein-

künften (z.B. Arbeitseinkommen) eines Schuldners thematisiert, die mehr betragen, als zur – ihm im Rahmen von Art. 265 Abs. 2 SchKG zugestandenem und grundsätzlich über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum anzusiedelnden (vgl. Amonn/Walther, a.a.O., § 48 N 33; Huber, a.a.O., N 15 f. zu Art. 265 SchKG; Fürstenberger, a.a.O., 52 ff.) – standesgemässen Lebensführung erforderlich ist. Legt ein Schuldner solche Einkünfte nicht beiseite, sondern gibt sie aus, wird ihm dieser Teil seines Einkommens fiktiv als neues Vermögen angerechnet. Grundlage hierfür bildet das in Art. 2 Abs. 2 ZGB statuierte Rechtsmissbrauchsverbot (vgl. Fürstenberger, a.a.O., 24; Gut/Rajower/Sonnenmoser, a.a.O., 539; Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 = BBl 1991 III 1 ff. [nachfolgend: Botschaft], 157) bzw. die teleologische Auslegung von Art. 265 Abs. 2 SchKG (SJZ 1987 344 ff., 346).

c) Zu berücksichtigen ist jedoch, dass ein massgeblicher Teil der Lehre und Rechtsprechung – wiederum vornehmlich bezogen auf die Thematik eines Schuldners, der mehr verdient, als es die Bestreitung der ihm zugebilligten standesgemässen Lebensführung erfordert – diese Vermögensfiktion insofern beschränkt, als sie nur Einkünfte, welche in den letzten zwölf Monaten vor Anhebung der Betreibung erzielt worden sind und hätten angespart werden können, einbeziehen (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 53 N 16; Fürstenberger, a.a.O., 23 und 32; Gut/Rajower/Sonnenmoser, a.a.O., 545; Wüst, a.a.O., 90 und 111; R. Baumgartner, Die Bildung neuen Vermögens gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG, Diss. Zürich 1988, 60; BJM 2001 117 ff., 119 = BISchK 2001 Nr. 25, S. 181 ff., 181; ARGVP 1997 107 ff., 109; RVJ 1996 299 ff., 300; SJZ 1985 293; ZR 1985 Nr. 58, S. 144 ff., 145; ZR 1955 Nr. 164, S. 317 ff., 319 = BISchK 1957 Nr. 48, S. 114 ff., 117; vgl. auch BGE 99 Ia 19 ff., 20, wo diese Praxis nicht als willkürlich erachtet wurde). Dies hauptsächlich weil die Berücksichtigung weiter zurückliegender Einkünfte als für den Schuldner unbillig erachtet wird sowie aufgrund befürchteter praktischer Schwierigkeiten (vgl. auch SJZ 1987 344 ff., 346; GVP 2002 Nr. 110, S. 278 ff., 279). Teilweise wird die Jahresfrist aber auch auf eine Analogie zur Frist bei der Lohnpfändung (Art. 93 Abs. 2 SchKG) zurückgeführt (vgl. Fürstenberger, a.a.O., 23 und 32; ZR 1955 Nr. 164, S. 317 ff., 319 = BISchK 1957 Nr. 48, S. 114 ff., 117; SJZ 1985 293).

Vereinzelt stösst diese Praxis auf Kritik: Hauptargument bildet dabei, dass der korrekte Schuldner, der Rücklagen bildet, nicht schlechter gestellt werden dürfe als derjenige, der seinen Lohn so rasch als möglich ausgibt. Der Richter habe daher festzustellen, was der Schuldner seit Abschluss des Konkurses hätte zurücklegen können. Ob diese Periode mehr oder weniger als ein Jahr dauere, sei nicht relevant (vgl. Huber, a.a.O., N 17 f. zu Art. 265 SchKG; Jeandin, a.a.O., N 27 zu Art. 265 SchKG).

In GVP 2002 Nr. 110 hat sich das Kantonsgericht für eine auf die Verhältnisse im Jahr vor Anhebung der neuerlichen Betreibung beschränkte Zurechnung von für die standesgemässe Lebensführung nicht benötigtem Arbeitsverdienst als hypothetisches Vermögen ausgesprochen (vgl. GVP 2002 Nr. 110, S. 278 ff., 279). Für eine Überprüfung dieser Praxis besteht vorliegend keine Veranlassung.

d) Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von den Fallkonstellationen, welche zum oben beschriebenen Lösungsansatz geführt haben, dadurch, dass es sich bei der strittigen Einkunft um eine solche ausserordentlicher bzw. einmaliger Natur handelt. Eine gefestigte Praxis, unter welchen Voraussetzungen einmalige Einkünfte als hypothetisches Vermögen zu berücksichtigen sind, besteht nicht. In Lehre und Rechtsprechung wird lediglich ausgeführt, dass einem Schuldner gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB Aktiven anzurechnen sind, welche er nach durchgeführtem Konkurs erworben hat und über deren Verbleib er keine einleuchtende und rechtlich begründete Erklärung liefern kann (vgl. Fürstenberger, a. a. O., 24 f.; Wüst, a. a. O., 122; ZR 1975 Nr. 3, S. 6 ff.). Die Anwendung einer lediglich auf die zwölf Monate vor Anhebung der neuen Betreibung beschränkten Betrachtungsweise wird in diesem Zusammenhang nicht (ausdrücklich) erwähnt und erscheint auch nicht als angezeigt. So ist es dem Gläubiger bei einmaligen Einkünften, über deren Zufluss er in der Regel durch Zufall erfährt, nicht zuzumuten, den Schuldner jährlich – und unter Eingehung eines Kostenrisikos – zu betreiben.

Eine einmalige Einkunft kann daher ungeachtet des genauen Zeitpunkts ihres Zuflusses hypothetisches Vermögen darstellen, wenn sie vom Schuldner ausgegeben worden ist, ohne dass dies zur standesgemässen Lebensführung erforderlich gewesen wäre und ohne dass er sich hierfür auf schlüssige Gründe berufen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass der Gläubiger seinerseits nicht treuwidrig handelt und die Betreibung zeitlich hinauszögert, sondern den Schuldner sofort nach Kenntnis oder Vermutung neuen Vermögens betreibt.

e) Vorliegend hat die Klägerin die neue Betreibung gegen die Beklagte am 14. April 2005 angehoben, nachdem sie am 15. Dezember 2004 aufgrund einer eine andere Person betreffenden Steuerauskunft erfahren hatte, dass die Beklagte (vermeintlich) über ein steuerbares Vermögen per Ende 2004 im Betrag von Fr. 70 000.– verfügte. Anhaltspunkte, wonach die Klägerin die Betreibung treuwidrig hinausgezögert hätte, bestehen nicht. Damit müsste sich die Beklagte eine Zurechnung der ausbezahlten – und nicht nachweislich durch Schuldentilgung reduzierten – Versicherungssumme vorliegend gefallen lassen, soweit sie diese über das zur standesgemässen Lebensführung Erforderliche hinaus verwendete, ohne hierfür schlüssige Gründe vorbringen zu können.

102

Art. 278 Abs. 1 SchKG (SR 281.1). Die Frist für die Einsprache beginnt mit der formellen Zustellung der Arresturkunde. Die Anwesenheit des Arrestschuldners beim Arrestvollzug ist nicht fristauslösend.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Rekurse SchKG, 6. August 2007

Aus den Erwägungen:

2. Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann innert 10 Tagen, nachdem er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Arrestrichter Einsprache erheben (Art. 278 Abs. 1 SchKG).

b/bb) Die Vorinstanz hielt zu Recht fest, dass Lehre und Rechtsprechung die Frage der fristauslösenden Kenntnis im Sinn von Art. 278 Abs. 1 SchKG unterschiedlich beantworten. Der Meinung, massgeblich sei auf jeden Fall das Datum der formellen Zustellung des Arrestbefehls (vgl. Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Zürich 1997/99, N 11 zu Art. 278 SchKG), steht die Auffassung gegenüber, fristauslösend sei auch jede andere sichere Kenntnisnahme wie z. B. die Anwesenheit beim Arrestvollzug (vgl. Hans Reiser, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, N 30 zu Art. 278 SchKG, oder Dominik Gasser, Das Abwehrrdispositiv der Arrestbetroffenen nach revidiertem SchKG, in: ZBJV 130, 1994, 601). Der ersten Auffassung ist der Vorzug zu geben. Bei der Einsprache nach Art. 278 SchKG handelt es sich zwar nicht um ein eigentliches Rechtsmittel, wohl aber um einen Rechtsbehelf, mit welchem eine erneute gerichtliche Beurteilung des Arrests erwirkt wird. Allein schon unter diesem Aspekt, d. h. einer gewissen Ähnlichkeit mit einem Rechtsmittel, erscheint angezeigt, die Arresteinsprache gleich wie ein Rechtsmittel zu behandeln und für den Beginn der Einsprachefrist die formelle Zustellung zu verlangen (vgl. hierzu den von der Gläubigerin zitierten Entscheid des Kantonsgerichtes Graubünden vom 13. Juni 2005 [PKG 2005 Nr. 14, E. 3.b und c]). Für das Erfordernis der formellen Zustellung spricht auch die Rechtsprechung zu Art. 17 Abs. 2 SchKG (auch Reiser, a. a. O., N 29 zu Art. 278 SchKG, der an sich die Anwesenheit beim Arrestvollzug genügen lassen würde, verweist auf Art. 17 Abs. 2 SchKG). Danach muss die Beschwerde binnen 10 Tagen seit dem Tag angebracht werden, an dem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, wobei die Bestimmung gemäss Lehre und Rechtsprechung in dem Sinn interpretiert wird, dass dort, wo das Gesetz eine bestimmte Art der Kenntnissgabe verlangt, erst dadurch die (Beschwerde-) Frist ausgelöst wird, und zwar unabhängig davon, ob der Betroffene schon früher davon wusste oder nicht (BGE 107 III 7 E. 2). Letzteres, d. h. eine bestimmte Art der Kenntnissgabe, ist hier insofern vorgesehen, als Art. 276 Abs. 2 SchKG vorschreibt, dass das Betreibungsamt dem Gläubiger und dem Schuldner sofort eine Abschrift der Arresturkunde zustellt. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung und unter Hinweis auf das Gebot der Rechtssicherheit bezeichnete denn auch das Bundesgericht die Auffassung, die Einsicht in die Akten und die damit verbundene Kenntnis vom Arrestbefehl seien nicht fristauslösend im Sinn von Art. 278 Abs. 1 SchKG, für nicht willkürlich (BGer vom 28. November 2005 i. S. 5P.380/2000). Schliesslich gebieten die auch vom Bundesgericht berücksichtigte Rechtssicherheit und Praktikabilitätsüberlegungen ein Abstellen auf die formelle Zustellung. Die dem Betreibungsamt obliegende Zustellung der Arresturkunde er-

folgt regelmässig mittels Formular, auf dem der Vollzug bestätigt ist. Damit ist im Sinn der Rechtssicherheit der Zeitpunkt, in dem die Frist für die Einsprache, eine allfällige Beschwerde und die Arrestprosequierung beginnt (zu Letzterer vgl. Art. 279 Abs. 1 SchKG), eindeutig fixiert. Wollte man anders entscheiden und für die Einsprache auf eine irgendwie bewirkte Kenntnisnahme abstellen, wären nicht nur unterschiedliche Zeitpunkte massgebend, indem für die Einsprache auf die Kenntnisnahme, für die Beschwerde und die Arrestprosequierung aber auf die Zustellung abzustellen wäre (vgl. dazu die Problematik allerdings offen lassenden Überlegungen des Kantonsgerichtes Graubünden im Entscheid vom 13. Juni 2005 [PKG 2005 Nr. 14 E. 3.d]). Darüber hinaus wäre es auch rein zufällig und, soweit er aktiv wird, ins Belieben des Gläubigers gestellt, wann die Frist für die Einsprache zu laufen beginnt. Bei einem Vollstreckungsverfahren mit Hilfe des Staates sollte ein solches «Mitwirkungsrecht» des Gläubigers aber vermieden werden, ganz abgesehen davon, dass beim Erfordernis der Zustellung durch das Betreibungsamt besser gewährleistet ist, dass der Schuldner von der Möglichkeit, allenfalls eine Erstreckung der Frist zu erwirken (Art. 33 Abs. 2 SchKG; vgl. ZR 1999, 2000, Nr. 18), Gebrauch machen kann.

In Übereinstimmung mit Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (a. a. O.; vgl. auch Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, § 51 Rz 52, und Felix C. Meier-Dieterle, Formelles Arrestrecht – eine Checkliste, in: AJP 2002 1229, unter Hinweis auf Yvonne Artho-von Gunten, die Arresteinsprache, Diss. Zürich 2001, 46 ff.) beginnt demnach die Frist für die Einsprache nach Art. 278 Abs. 1 SchKG mit der formellen Zustellung, weshalb unter diesem Aspekt die am 13./15. März 2007 erhobene Einsprache ohne weiteres rechtzeitig war und die Vorinstanz zu Recht darauf eingetreten ist.

103

Art. 47 GebV SchKG (SR 281.35). Die Aufsichtsbehörde kann für Verrichtungen, die in der Verordnung nicht besonders tarifiert sind, höhere Gebühren festsetzen, wenn die Schwierigkeit der Sache, der Umfang der Bemühungen oder der Zeitaufwand es rechtfertigen. Für Verfahren, die besondere Abklärungen des Sachverhaltes oder von Rechtsfragen erfordern, setzt sie das Entgelt für die amtliche und die ausseramtliche Konkursverwaltung fest. Sie hat dabei bestimmte, in der Verordnung selbst festgelegte Kriterien zu beachten, nämlich die Schwierigkeit und die Bedeutung der Sache, den Umfang der Bemühungen sowie den Zeitaufwand.

Kantonsgericht, Kantonale Aufsichtsbehörde für Konkurs, 13. April 2007

Aus den Erwägungen:

2. Nach dem in der Rechtsprechung streng beachteten Grundsatz der Ausschliesslichkeit bestimmt allein die Gebührenverordnung, welche Gebühren und Auslagen im Einzelfall zu belasten und wie sie zu bemessen sind. Dies galt unter der Herrschaft des bis Ende 1996 geltenden Gebührentarifs und dies gilt unverändert auch unter der seit 1. Januar 1997 anwendbaren Gebührenverordnung zum SchKG (vgl. dazu SchKG-Emmel, Art. 16 N 4). Für die überwiegende Zahl der in einem Verfahren vorzunehmenden Handlungen enthält die Gebührenverordnung spezielle (echte) Gebühren, die insofern zwingendes Recht darstellen, als alle Ämter, Behörden und übrigen Organe eines Zwangsvollstreckungsverfahrens (also auch die ausseramtlichen Konkursverwaltungen oder die Mitglieder von Gläubigerausschüssen und die Nachlassverwalter etc.) nur die in der Verordnung vorgesehenen Gebühren und Entschädigungen beziehen dürfen. Der Tarif der Gebührenverordnung folgt den möglichen Verrichtungen der Ämter und die Ansätze sind mannigfach nach der Höhe der Forderung oder der Art der Verrichtung abgestuft. Wo besondere und von den Umständen abhängige Verrichtungen in Frage kommen, wird deren Ausmass mehrfach in die Hand der Aufsichtsbehörde gelegt (vgl. dazu Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, Bd. I, § 15 Rz 3,4). So kann beispielsweise die Aufsichtsbehörde für Verrichtungen, die in der Verordnung nicht besonders tarifiert sind, höhere (als Fr. 150.00) Gebühren festsetzen, wenn die Schwierigkeit der Sache, der Umfang der Bemühungen oder der Zeitaufwand es rechtfertigt (Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG), und für Verfahren, die besondere Abklärungen des Sachverhaltes oder von Rechtsfragen erfordern, setzt die Aufsichtsbehörde das Entgelt für die amtliche und die ausseramtliche Konkursverwaltung fest (Art. 47 Abs. 1 GebV SchKG). Sie hat dabei bestimmte, in der Verordnung selbst festgelegte Kriterien zu beachten, nämlich «die Schwierigkeit und die Bedeutung der Sache, den Umfang der Bemühungen sowie den Zeitaufwand» (Art. 47 GebV SchKG und BGE 130 III 176 = Praxis 2005 Nr. 9). Ob ein Verfahren als umfangreich und besonders aufwändig betrachtet werden kann, ergibt sich in der Regel aufgrund einer Würdigung der Akten, Belege und Auskünfte der Beteiligten (vgl. BGE 108 III 69). Art. 84 KOV schreibt daher vor, dass die Konkursverwaltung dann, wenn sie glaubt, auf eine Spezialvergütung nach Art. 47 GebV SchKG Anspruch erheben zu können, der Aufsichtsbehörde ausser sämtlichen Akten eine detaillierte Aufstellung der Verrichtungen, für welche die Verordnung keine Gebühren vorsieht, zur Festsetzung der Entschädigung einzureichen hat.

a) Das Konkursamt beantragt, die Gebühren pauschal um einen Betrag von Fr. 25 000.00 zu erhöhen, bzw. das Entgelt so festzusetzen, dass es die bis zum Abschluss des Rechtshilfeverfahrens ausgewiesenen Gebühren um Fr. 25 000.00 übersteige. Dieses Vorgehen entspricht zwar nicht dem Wortlaut von Art. 84 KOV, da entgegen der genannten Bestimmung weder die Verrichtungen, für die die Verordnung keine Gebühren vorsieht, aufgelistet, noch der Zeitaufwand für die besonderen Abklärungen des Sachverhaltes oder von Rechtsfragen konkret ausgewiesen

wird. Andererseits schliessen die zur Anwendung gelangenden Verordnungen (GebV SchKG und KOV) die Festsetzung eines Pauschalhonorars (allenfalls nur für einzelne Verrichtungen) nicht aus. Von einer Rückweisung des Gesuchs zur Ergänzung im Sinne von Art. 84 KOV kann daher abgesehen werden, sofern und soweit die in der Eingabe des Konkursamtes gemachten Angaben zu den einzelnen Verfahrensschritten und den dort vorgenommenen Handlungen genügend aussagekräftig sind, um den angemessenen Aufwand zu schätzen. Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 611 ff. (= Praxis 2005 Nr. 66) festgehalten, dass der Aufsichtsbehörde bei der Wahl der Methode und der Festlegung der Entschädigungshöhe ein grosser Ermessensspielraum zusteht.

b) Das Konkursamt hat in seinem Begehren um Festsetzung einer Pauschalgebühr auf die ausserordentlichen Vorkehren und Anstrengungen im Hinblick auf eine möglichst günstige Verwertung der verschiedenen Liegenschaften im Konkursverfahren hingewiesen. Soweit es dabei Vergleiche zu den Tarifen anderer (kantonalen) Amtsstellen gezogen hat, sind diese Vergleiche für die Festsetzung einer Pauschalgebühr nicht relevant. Eine gegenüber der nach dem detaillierten Tarif berechnete höhere (Pauschal-) Gebühr kann weder mit einem Verweis auf den Tarif für die Vornahme von Erbteilungen noch unter Hinweis auf das erzielte Konkursergebnis gerechtfertigt werden. Der Vergleich mit anderen kantonalen Tarifen scheitert am Umstand, dass die Gebührenverordnung – wie vorne ausgeführt – vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit beherrscht wird und allein sie bestimmt, welche Gebühren zu belasten und wie sie zu bemessen sind. Das Konkursergebnis ist nur – wenn überhaupt – bedingt tauglich, die Höhe der Gebühr zu begründen, da das Verwertungsergebnis zu einem wesentlichen Teil von Faktoren wie Marktlage, Beschaffenheit einer Sache, Verkäuflichkeit, Interessentenkreis etc. bestimmt wird. Nur soweit die Voraussetzungen durch besondere Abklärungen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht und unter besonderen Bemühungen und mit überdurchschnittlichem Zeitaufwand geschaffen wurden, rechtfertigen sie auch eine besondere Entschädigung. Denn der Gebührentarif ist grundsätzlich ein nicht auf Gewinnerzielung ausgerichteter Tarif mit Sozialcharakter und das Zwangsvollstreckungsverfahren eine amtliche Tätigkeit im Interesse des Schuldners und der Gläubiger, für welche ein möglichst vorteilhaftes Ergebnis erzielt werden soll, was voraussetzt, dass der Masse nicht beliebig hohe Gebühren belastet werden. Andererseits hat auch der Schuldner Anspruch darauf, dass der Verlust im Verfahren möglichst tief gehalten wird.

Vor diesem Hintergrund sind für die Festlegung einer besonderen Pauschalgebühr für die anspruchsvollen Verfahrensteile die unter Ziffer 5 und 6 des Begehrens gemachten Angaben von Bedeutung: Das Konkursamt hat dort dargetan, dass sich die Verwertung des Grundstückes Nr. 1755, das in drei neue Grundstücke aufgeteilt wurde, als besonders aufwändig erwies. Es mussten schwierige Verhandlungen mit der Gemeinde, dem Landwirtschaftsamt, dem Amt für Raumentwicklung und dem Grundbuchamt geführt werden. Sodann mussten Rechtswegverfahren

abgewartet werden, bis schliesslich mit Kaufinteressenten in Kaufverhandlungen eingetreten werden konnte. Erschwert wurde – wie das Konkursamt unter Ziffer 6 des Gesuchs darlegt – die ohnehin schon sehr aufwändige, sachlich und rechtlich schwierige Verwertung durch das besondere Verhalten des Konkursiten im Verfahren. Für Einzelheiten kann auf das Begehren verwiesen werden. Dass die Bemühungen im Interesse von Gläubiger und Schuldner lagen, zeigt das äusserst vorteilhafte Ergebnis, das zu einem wesentlichen Teil durch die Aufteilung des Grundstückes in Einzelparzellen und die geschickte Ausnützung neuer gesetzlicher Möglichkeiten erzielt wurde. Nach den Ausführungen des Konkursamtes erstreckten sich die Bemühungen zur Verwertung des Grundstückes Nr. 1755 über das ganze Jahr 2006 und den Januar 2007. Die in der dem Gesuch beigefügten Gebührenrechnung aufgeführten rund 420 Positionen von Anfang 2006 bis Ende Januar 2007 würden denn auch fast ausschliesslich die Verwertung der Liegenschaft Nr. 1755 betreffen. Für diese Zeitspanne sind in der Rechnung Gebühren von knapp Fr. 11 000.00 ausgewiesen, von denen ein kleiner Teil auf die Verwaltung des Bauernhauses, die Verwaltung und den Verkauf der Waldparzelle und in einem etwas gewichtigeren Ausmass auf Pauschalbeträge berechnet auf den Verkaufspreisen zurückgehen. Die verbleibenden rund Fr. 8000.00 gelten damit mehr als 400 Einzelhandlungen in einem anspruchsvollen, rechtlich wie sachlich schwierigen Umfeld ab. Eine namhafte Erhöhung dieser Gebühren zum Ausgleich eines anspruchsvollen Verfahrens im Sinne von Art. 47 GebV SchKG drängt sich damit geradezu auf. Nach der Praxis der kantonalen Aufsichtsbehörde sind für anspruchsvolle Verfahren, die von ausseramtlichen Konkursverwaltungen in der Vergangenheit geführt worden, je nach Ausbildungsstand der Sachbearbeiter und Art der Tätigkeiten Stundenansätze zwischen Fr. 100.00 und Fr. 180.00 bewilligt worden. Wird die Tätigkeit – wie vorliegend – nicht aufgelistet, ist von einem Durchschnittswert auszugehen, der näher an der unteren als der oberen Grenze liegen muss, da auch in anspruchsvollen Verfahren nach Art. 47 GebV SchKG der grössere Teil der Handlungen sich eher im unteren Bereich des erhöhten Ansatzes bewegen. Bei der Annahme von durchschnittlich 30 Minuten je Amtshandlung und einem mittleren Stundenansatz von Fr. 125.00 ergibt dies für die Vorbereitung und Verwertung der Liegenschaft Nr. 1755 ein Entgelt von Fr. 25 000.00. Für das Verfahren betreffend die Grundstücke Nr. 3150 und 3340, die keine aussergewöhnlichen Schwierigkeiten boten, aber durch verschiedene Umstände, namentlich auch wieder das besondere Verhalten des Konkursiten im Verfahren und gegenüber Amtsstellen und möglichen Käufern, ungebührlich in die Länge gezogen wurde, ist ein Pauschalbetrag von Fr. 6000.00 (entsprechend rund 50 Stunden zu Fr. 120.00) angemessen. Die besonderen Umstände im Zusammenhang mit dem Verkauf der Waldparzelle und dem Bauernhaus sind darin berücksichtigt. Gesamthaft ist daher für die anspruchsvollen Verfahrensteile ein nach Art. 47 GebV SchKG festgesetztes zusätzliches Entgelt zur Gebührenrechnung per 13. Februar 2007 angemessen. In dieser Gebührenrechnung sind jedoch nach Tarif berechnete Gebühren von rund Fr. 8000.00 enthalten, die nicht zu-

sätzlich zu einer Pauschalgebühr geltend gemacht werden dürfen (BGE 126 III 490 und Praxis 2001 Nr. 15). Diese Fr. 8000.00 sind damit vom Pauschalentgelt von Fr. 31 000.00 in Abzug zu bringen. Der Antrag des Konkursamtes ist damit insoweit zu schützen, als die Gebühren im Konkurs über X um Fr. 23 000.00 erhöht werden, bzw. das Entgelt für die amtliche Konkursverwaltung so festgesetzt wird, dass es die bis zum Abschluss des Rechtshilfeverfahrens ausgewiesenen Gebühren um Fr. 23 000.00 übersteigt. Die Erhöhung für die Verwaltung der Waldparzellen und des Bauernhauses mit Scheune ist darin inbegriffen.

V. Internationales Recht

104

Art. 6 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101); Art. 30 Abs. 3 BV (SR 101); Art. 25 Ziff. 2 lit. a, 81 Abs. 1 und 84 Abs. 2 SchKG (SR 281.1); Art 206 ZPO (sGS 961.2). Bei im Verfahren auf definitive Rechtsöffnung geltend gemachten Verrechnungsforderungen verleiht das innerstaatliche Recht keinen unbedingten Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Ein solcher Anspruch besteht auch nicht gestützt auf die Bestimmungen der EMRK.

Kantonsgericht, Vizepräsident der III. Zivilkammer, 31. August 2007

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer rügt, entgegen seinem Antrag habe die Vorinstanz keine mündliche bzw. öffentliche Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 3 BV durchgeführt.

a) Art. 30 Abs. 3 BV ordnet an, dass unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich sind. Die Tragweite dieser Bestimmung beschränkt sich darauf, dass, wenn eine Verhandlung durchzuführen ist, diese unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen öffentlich sein muss (BGE 128 I 288 E. 2.6 S. 293). Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass mit dem Begriff der Verhandlung eine mündliche Parteiverhandlung gemeint ist.

Der Beschwerdeführer geht nicht auf die Frage ein, welche gesetzlichen Bestimmungen ihm einen Anspruch auf eine mündliche Verhandlung verschaffen. Wie schon aus dem Entscheid der Vorinstanz ersichtlich, versteht sich aber, dass damit die Bestimmungen von Art. 84 Abs. 2 i.V. m. Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG und Art. 206 ZPO angesprochen sind. Die Vorinstanz hält hier zutreffend fest, dass sich

ein Anspruch auf mündliche Verhandlung nur aus Art. 206 ZPO ergeben kann. Gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO wird zwar in der Regel eine Verhandlung angesetzt, Absatz 2 der genannten Bestimmung relativiert aber diesen Grundsatz. Danach wird es ins Ermessen des Richters gelegt, auf eine Verhandlung zu verzichten, und werden lediglich beispielhaft Fälle angeführt, in denen ein Verzicht angebracht sein kann (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen, N 2 zu Art. 206 ZPO). Dieses Ermessen ist nach allgemeinen Grundsätzen pflichtgemäss auszuüben. (...)

b) Art. 6 Ziff. 1 EMRK sieht vor, dass in Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen das Recht auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung besteht. Die von der Konvention verwendeten Begriffe sind entsprechend der Praxis der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention auszulegen (BGE 131 I 467 E. 2.4 S. 469). Ob in diesem Sinn eine Zivilsache vorliegt, beurteilt sich nach drei Kriterien: Es muss ein nach innerstaatlichem Recht gewährtes Recht in Frage stehen, es muss ein echter und ernsthafter Streit darüber bestehen, und der Anspruch muss zivilrechtlicher Natur sein (J. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, N 5 zu Art. 6 EMRK; Häfliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, 135; M. E. Villiger, Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 377 und 379 f.). Von einem Streit wird im Allgemeinen gesprochen, wenn das Ergebnis eines Verfahrens für das fragliche Recht unmittelbar entscheidend ist (Meyer-Ladewig, a. a. O., N 6 und 7 zu Art. 6 EMRK; Häfliger/Schürmann, a. a. O. 137; Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl etc. 1999, N 6 zu Art. 6 EMRK; extensiver [Auswirkung auf den Bestand des Rechts]: Villiger, a. a. O., Rz. 378). Liegt ein solcher Streit vor, erstrecken sich die von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährten Garantien über die Phase des Sachentscheids bis zu dessen Vollstreckung (vgl. Villiger, a. a. O., Rz. 390 mit Hinweisen auf die Praxis; BGer 2P.41/2002 E. 5.4). Das fragliche Recht muss aber im Übrigen nicht selber Gegenstand des Verfahrens sein (P. van Dijk, in: van Dijk et al. [Hrsg.], Theory and Practise of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Antwerpen und Oxford 2006, 522).

(...)

Um konkret zu beurteilen, ob die mittels Verrechnung in das Verfahren eingebrachten Ansprüche des Beschwerdeführers unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen, muss nach dem Gesagten geprüft werden, ob sich das vorliegende Rechtsöffnungsverfahren entscheidend auf diese auswirkt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Rechtsöffnungsverfahren rein betreibungsrechtliche und damit keine materiellrechtliche Wirkung hat. Es wird auch im Verfahren auf definitive Rechtsöffnung nur entschieden, ob die Betreibung fortgeführt werden kann oder nicht. Wird die Rechtsöffnung verweigert, kann der Gläubiger gleichwohl erneut Betreibung einleiten. Der Entscheid ist in diesem Sinn nicht endgültig. Dieser Verfahrensgestaltung entspricht es, dass für Gläubiger und Schuldner nur bestimmte Vorbringen zulässig

sind, eine Beweismittelbeschränkung gilt und der Rechtsöffnungsrichter lediglich eine beschränkte Prüfung vornimmt (BGE 120 Ia 82 E. 6b/c S. 83 ff. und E. 6d/cc S. 87). Somit hat auch das dem Schuldner zukommende Verteidigungsmittel des urkundenmässigen Nachweises der Tilgung durch Verrechnung (Art. 81 Abs. 1 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 19 Rz. 54) nur Wirkung für das laufende Betreibungsverfahren. Dem Gläubiger steht es neben einer erneuten Betreibung auch offen, bei aus diesem Grund verweigerter Rechtsöffnung eine neue materiellrechtliche Klage einzureichen, in welcher er die Einreden des Schuldners widerlegen und ein neues Urteil erstreiten kann (D. Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Basel 1998, N 7 zu Art. 81 SchKG mit Verweis auf BGER SJ 1952, 456 E. 4). Damit ist klar, dass über die eigenen Ansprüche des Klägers im Rechtsöffnungsverfahren nicht definitiv entschieden wird. Art. 6 Ziff. 1 EMRK kommt somit nicht zur Anwendung.

105

Art. 5 und 6 HZUe65 (SR 0.274.131). Die Gültigkeit der Zustellung eines gerichtlichen Schriftstücks an eine in Deutschland wohnhafte Partei beurteilt sich nach deutschem Recht. Das Haager Zustellungsübereinkommen regelt nur den zwischenstaatlichen Übermittlungsweg.

Kantonsgericht, Präsidentin der III. Zivilkammer, 11. Juli 2007

Aus den Erwägungen:

2. Die Beklagte macht geltend, das Urteil der Vorinstanz sei nicht richtig eröffnet worden. Nach Art. 6 Abs. 1 des Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelsachen (HZUe65) habe die Zustellung mit «Zustellungszeugnis» zu erfolgen. Dieses habe dem Muster im Anhang zu diesem Übereinkommen zu entsprechen. Hier sei jedoch das Urteil nur in den Briefkasten eingeworfen worden und das Amtsgericht in Deutschland habe ein selbständig verfasstes Zeugnis über die Zustellung erstellt. Demzufolge sei das Urteil bis anhin nicht rechtmässig eröffnet worden und die Eröffnung sei nachzuholen. Im Zusammenhang mit der Fristwahrung für die Berufung führte sie zudem aus, tatsächlich sei ihr das Urteil erst nach dem 3. März 2007 zur Kenntnis gelangt, nämlich im Rahmen der von der Klägerin eingeleiteten Inkassomassnahmen.

Das Formular gemäss HZUe65 enthält drei Teile, das Ersuchungsschreiben, das Zustellungszeugnis und ein Formular mit Angaben über den wesentlichen Inhalt des

zuzustellenden Schriftstücks. Der erste und der zweite Teil dienen dem amtlichen Verkehr; der dritte Teil enthält Informationen für den Empfänger und ist diesem auszuhändigen (Art. 5 Abs. 4 HZUe65). Die ersuchte Behörde muss in das Zustellungszeugnis alle wesentlichen Feststellungen über die Erledigung des Ersuchens beziehungsweise die Gründe für einen missglückten Zustellungsversuch aufnehmen. Da es beim Zustellungszeugnis um Informationen im Behördenverkehr geht, kann die Beklagte nichts daraus ableiten. Selbst wenn im Übrigen ein Zustellungsersuchen nicht genau dem Muster entsprach und formell mangelhaft war, bedeutet das nicht ohne weiteres, dass auch die eigentliche Zustellung unwirksam war, wenn sie von der ersuchten Behörde trotz der formellen Mängel des Ersuchens durchgeführt wurde (BGE 129 III 750 ff. E. 3.1; Thomas Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Zürich 1997, 280).

Hier geht es aber auch nicht um Mängel des Zustellungsgesuchs. Vielmehr hat die Empfangsbehörde in Deutschland das Zustellungszeugnis nicht ausgefüllt, sondern eine eigene Bestätigung erstellt. Dieses wiederum geschah, weil das Amtsgericht das Urteil nicht einem Vertreter der Beklagten gegen Empfangsbestätigung aushändigte, sondern am Samstag, 3. März 2007, in den Briefkasten warf. Die eigentliche Frage ist somit, ob die Zustellung selber korrekt durchgeführt wurde. Das Übereinkommen regelt nicht die Zustellung als solche, sondern legt nur den zwischenstaatlichen Übermittlungsweg fest. Die Zustellung selber bleibt Sache des nationalen Rechts (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a HZUe65). Dabei bestimmt das Recht des ersuchten Staates, wie ausländische Urkunden rechtswirksam zuzustellen sind (Paul Volken, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, 61 f.; Bischof, a. a. O., 222 f. und 287). Seit dem 1. Juli 2002 ist in Deutschland das Zustellungsreformgesetz in Kraft. Wesentlicher Zweck der neuen Regelung ist die Effektivierung der Zustellung durch eine Vereinfachung der Zustellungswege (Burckhard Hess, Neues deutsches und europäisches Zustellungsrecht, NJW 2002, 2417 ff., 2418). § 180 dZPO sieht nun ausdrücklich eine Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten vor. Diese ist zulässig, wenn die Zustellung durch Übergabe an den Adressaten beziehungsweise eine in den Geschäftsräumen beschäftigte Person (§ 178 Abs. 1 Nr. 2 dZPO) nicht möglich war (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 65. Aufl., München 2007, N 5 zu § 180; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004, 464; Hess, a. a. O., 2418 ff.). Zum Nachweis der Zustellung ist eine Urkunde zu erstellen, die insbesondere den Ort und das Datum der Zustellung sowie den Grund für die Ersatzzustellung angibt (§ 182 dZPO). Diese Beurkundung ist nicht mehr Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern dient nur noch Beweis Zwecken (Hess, a. a. O., 2418). Das Amtsgericht hat gemäss diesen Bestimmungen mit Zustellungszeugnis vom 14. März 2007 bestätigt, dass eine Zustellung durch Einwurf in den Briefkasten am 3. März 2007 erfolgte und dass dies geschah, weil die persönliche Übergabe in den Geschäftsräumen nicht möglich war. Es ist somit von einer gültigen Zustellung auszugehen.

Selbst wenn die Zustellung im Übrigen mangelhaft gewesen wäre, würde dies hier nichts an einer gültigen Zustellung ändern. Ein Mangel kann geheilt werden. Wenn sich die formgerechte Zustellung nicht nachweisen lässt, kann das Gericht nach deutschem Prozessrecht (§ 189 ZPO) die Zustellung nach seinem Ermessen als in einem Zeitpunkt bewirkt ansehen, in dem das Schriftstück dem Adressaten tatsächlich zugegangen ist. Zugegangen ist es, wenn der Adressat Gelegenheit zur Kenntnisnahme erhielt, wofür die bloss mündliche Information über den Inhalt nicht genügt. Ermessen bedeutet, dass das Gericht die Zustellung immer dann als bewirkt ansehen muss, «wenn eine gegenteilige Auffassung auf eine leere Förmel hinauslaufen und wenn der Zustellungszweck offensichtlich erreicht wird, wenn also für keinen Beteiligten Schaden entstehen kann» (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., N 4 zu § 189; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. a. O., 477). Art. 5 Abs. 1 lit. a HZUe65 verweist umfassend auf das Zustellungsrecht des ersuchten Staats. Nach überwiegender Lehre werden davon auch die auf den Vollzug anwendbaren Heilungsregeln erfasst (Bischof, a. a. O., 303 m.w.H.). Vorliegend behauptet die Beklagte selbst nicht, dass sie aus der mangelhaften Zustellung einen Nachteil erlitten hätte. Die Berufung wurde fristgemäss eingereicht, nachdem der Vertreter der Beklagten zusätzlich Einsicht in sämtliche Verfahrensakten nehmen konnte.

Selbst wenn im Übrigen das schweizerische Recht für die Zustellung anwendbar wäre, müsste die Zustellung nicht wiederholt werden. Das Bundesgericht hat in BGE 132 I 249 (Pra 6/2007 Nr. 64) festgehalten, die Berufung auf eine prozessuale Formvorschrift könne rechtsmissbräuchlich (Art. 9 BV) sein. Dies sei bei einer mangelhaften Zustellung der Fall, wenn die betroffene Partei anderweitig Kenntnis von der zuzustellenden Urkunde erhielt und ihr sonst daraus kein Nachteil erwachsen sei.

Die Zustellung ist somit nicht zu wiederholen.