

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfassung

1

Art. 10 Abs. 2 BV (SR 101); Art. 2 und Art. 4 des Konkordats über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (sGS 451.51). Der Beschwerdeführer hat nach einem Meisterschaftsspiel zwischen dem FC St.Gallen und dem FC Basel in der AFG-Arena St.Gallen im Gastsektor eine Abschränkung überstiegen und sich verummmt. Der Aufforderung, sich zu demaskieren, kam er nicht nach. Bei der polizeilichen Kontrolle wurden in seiner Jackentasche zwei in der Schweiz verbotene bodenknallende Feuerwerkskörper gefunden. Das ihm gegenüber in der Folge ausgesprochene zweijährige Rayonverbot für neun Gebiete im Umfeld der Stadien von Fussballvereinen, deren erste Mannschaft in der Super-League spielen, jeweils vier Stunden vor bis vier Stunden nach den Spielen gegen den FC Basel ist verhältnismässig.

Verwaltungsgericht, 24. März 2016

Nach dem Fussballspiel zwischen dem FC St.Gallen und dem FC Basel vom 15. März 2015 wurden die Fans des FC Basel im Bereich des Gastsektors B4 der AFG-Arena zurückgehalten. Eine kleine Anzahl der Anhänger wollte diese Rückhaltung nicht hinnehmen, überstieg in «sehr aggressiver und geladener Stimmung» das Gittertor und verummmt sich. Der Beschwerdeführer kam der polizeilichen Aufforderung, sich umgehend zu demaskieren, nicht nach. In der Folge wurde er von der Polizei angehalten und durchsucht, wobei in seiner linken Jackentasche zwei in der Schweiz verbotene bodenknallende Feuerwerkskörper gefunden wurden. Am 26. März 2015 verfügte die Stadtpolizei St.Gallen gegen den Beschwerdeführer ein Rayonverbot für die Dauer vom 3. April 2015 bis und mit 30. März 2017. Dabei wurde ihm der Aufenthalt anlässlich von Sportveranstaltungen in der AFG-Arena St.Gallen im Rayon A (West) sowie der Aufenthalt anlässlich von Fussballspielen der ersten Mann-

schaft des FC Basel in Aarau (Rayon «Stadion Brügglifeld»), Bern (Rayon «Stade de Suisse»), Luzern (Rayon «Bahnhof Luzern» und Rayon «Swissporarena»), Thun (Rayon «Stockhorn Arena Thun») und Zürich (Rayon B «Bahnhof Altstetten», Rayon D «Stadion Letzigrund» und Rayon E «Hauptbahnhof») während des Zeitraums von vier Stunden vor bis vier Stunden nach einer Veranstaltung verboten. Mit Strafbefehl vom 28. April 2015 verurteilte das Untersuchungsamt St. Gallen den Beschwerdeführer wegen Vergehens gegen das Sprengstoffgesetz sowie des Verstosses gegen das Vermummungsverbot zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je CHF 30 und einer Busse von CHF 2000.

Das Sicherheits- und Justizdepartement hiess den vom Beschwerdeführer gegen die Verfügung der Stadtpolizei St. Gallen vom 26. März 2015 erhobenen Rekurs am 24. September 2015 teilweise gut und beschränkte das Rayonverbot für die AFG-Arena ebenfalls auf die Spiele der ersten Mannschaft des FC Basel. Das Verwaltungsgericht weist die gegen den Rekursentscheid erhobene Beschwerde, soweit sich der Beschwerdeführer gegen das Rayonverbot wendet, ab.

Aus den Erwägungen:

6. Das umstrittene Rayonverbot schränkt die von Art. 10 Abs. 2 BV garantierte Bewegungsfreiheit des Beschwerdeführers ein. Gemäss Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 1, dazu nachfolgend Erwägung 6.1) und müssen durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Abs. 2, dazu nachfolgend Erwägung 6.2) und verhältnismässig sein (Abs. 3, dazu nachfolgend Erwägung 6.3).

6.1. Gemäss Art. 4 Abs. 1 Satz 1 des Konkordats kann einer Person, die sich anlässlich von Sportveranstaltungen nachweislich an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat, der Aufenthalt in einem genau umschriebenen Gebiet im Umfeld von Sportveranstaltungen (Rayon) zu bestimmten Zeiten verboten werden. Art. 2 Abs. 1 des Konkordats enthält einen nicht abschliessenden Katalog von Delikten, die als «gewalttätiges Verhalten» und «Gewalttätigkeiten» im Sinne des Konkordats bezeichnet werden. Ferner gilt gemäss Art. 2 Abs. 2 des Konkordats als «gewalttätiges Verhalten» die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch das Mitführen oder Verwenden unter anderem von pyrotechnischen Gegenständen an Sportstätten, in deren Umgebung sowie auf dem An- und Rückreiseweg. Obwohl die Tatbestände gemäss Art. 2 Abs. 2 im Gegensatz zu den Tatbeständen von Art. 2 Abs. 1 lediglich als gewalttätiges Verhalten, nicht aber als Gewalttätigkeiten bezeichnet werden, sind die beiden Begriffe entsprechend dem präventiven Zweck der Regelungen inhaltlich gleichbedeutend (vgl. die Erläuterungen zum Entwurf zur Änderung der Verordnung über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 29. März 2006, welcher in Art. 21a inhaltlich Art. 2 des Konkordats vorwegnahm; AS 2006 S. 3711 ff.; www.admin.ch, Bundesrecht/Vernehmlassungen/abgeschlossene Vernehmlassungen und Anhörungen/2006/EJPD). Dieser Auffassung folgen die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts (vgl. VerwGE B 2015/271 vom 25. Feb-

ruar 2016 E. 6.1., www.gerichte.sg.ch, GVP 2014 Nr. 6 = VerwGE B 2014/138 vom 11. November 2014 E. 2.1, B 2012/225 vom 11. Dezember 2012 E. 3.2, www.gerichte.sg.ch; BGE 140 I 2 Regeste; vgl. dazu auch G. Biaggini, in: ZBI 117/2016 S. 90 f.). Der Beschwerdeführer macht zu Recht nicht geltend, dass es sich bei den mitgeführten Gegenständen nicht um pyrotechnische Gegenstände im Sinn von Art. 2 Abs. 2 des Konkordates handelt. Indem er anlässlich des Fussballspiels zwischen dem FC St. Gallen und dem FC Basel vom 15. März 2015 in der AFG Arena St. Gallen pyrotechnische Gegenstände mitführte, hat er den Tatbestand der Gewalttätigkeit im Sinn von Art. 4 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 des Konkordates erfüllt. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer sich innerhalb einer Fangruppe vermummte, welche die vorübergehende Rückhaltung der FC Basel Fans im Gästebereich nicht hinnehmen wollte und deshalb in «sehr aggressiver und geladener Stimmung» das Gittertor überstiegen hatte, und der polizeilichen Aufforderung, sich zu demaskieren, nicht nachkam. Die Vermummung gehört zu den typischen Merkmalen des Verhaltens von Personen, die anlässlich von Sportveranstaltungen inner- und ausserhalb der Stadien die Konfrontation suchen (vgl. BGer 1C_570/2013 vom 7. Januar 2014 E. 3.3). Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt bereits das Verdecken einer anderen Person, die sich zum Zweck des Abbrennens eines «Pyro» ver- und anschliessend wieder entmummt, mit einer Fahne im Wissen um die Überwachung und die Strafbarkeit des Verhaltens der verdeckten Person, die Anordnung eines Rayonverbots (vgl. GVP 2014 Nr. 6 = VerwGE B 2014/138 vom 11. November 2014 E. 2.2.4). Umso mehr muss dies für den Beschwerdeführer gelten, der die verbotene Handlung selbst vermummt vorgenommen hat.

Die Anordnung eines Rayonverbots kann sich dementsprechend auf eine genügende materielle Rechtsgrundlage stützen. Die Rechtsgrundlage genügt auch in formeller Hinsicht, sollte das Rayonverbot als schwerwiegende Einschränkung der Bewegungsfreiheit beurteilt werden. Die Regierungsbeschlüsse über den Beitritt des Kantons St. Gallen zum Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 und über die Zustimmung zu den am 2. Februar 2012 beschlossenen Änderungen (sGS 451.50) wurden vom Kantonsrat am 29. Juli 2008 beziehungsweise am 7. August 2012 genehmigt; die Genehmigungsbeschlüsse unterstanden gemäss Art. 49 Abs. 1 Ingress und lit. b der Kantonsverfassung (sGS 111.1, KV) dem fakultativen Referendum (vgl. sGS 451.1), wie ihm auch die kantonalen Gesetze gemäss Art. 49 Abs. 1 Ingress und lit. a KV unterliegen.

Der Beschwerdeführer macht geltend, für Rayonverbote ausserhalb des Kantons St. Gallen fehle es an einer genügenden Rechtsgrundlage. Gemäss Art. 4 Abs. 2 Satz 2 des Konkordats kann das Verbot Rayons in der ganzen Schweiz umfassen und gemäss Art. 4 Abs. 3 Ingress und lit. a von der zuständigen Behörde im Kanton, in dem die Gewalttätigkeit erfolgte, verfügt werden. Die Regelung geht auf die Änderung des Konkordates vom 2. Februar 2012 zurück, mit der unter anderem der Verwaltungsaufwand dadurch reduziert werden sollte, dass mit einer einzigen Verfügung ein Rayonverbot für Rayons in der ganzen Schweiz angeordnet werden

kann (vgl. Bericht der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren, www.kkjp.d.ch Themen/Hooliganismus). Gemäss Art. 51^{quater} Abs. 1 Ingress und lit. a des Polizeigesetzes (sGS 451.1, PG) in Verbindung mit Art. 1 und 2 des Polizeireglements der Politischen Gemeinde St.Gallen (sRS 412.11) ist für das Gebiet der Stadt St.Gallen die Stadtpolizei zuständige Behörde im Sinn von Art. 13 Abs. 1 des Konkordats. Der Beschwerdeführer bestreitet sodann zu Recht nicht, dass das Konkordat samt Nachtrag in sämtlichen Kantonen, in denen die bezeichneten Rayons liegen, im Zeitpunkt des Erlasses des Verbots anwendbar war und nach wie vor ist. Dieses interkantonale Recht geht gemäss Art. 48 Abs. 5 BV dem kantonalen Recht vor. Die Kantone können nicht rechtswirksam konkordatswidriges Recht setzen und sich auch nicht von eingegangenen Verpflichtungen unter Berufung auf das kantonale Recht befreien (vgl. BGE 138 I 435 E. 1.3.2, 100 Ia 418 E. 4). Die Stadtpolizei St.Gallen durfte damit das Rayonverbot auch für die genannten Rayons ausserhalb des Kantons St.Gallen anordnen.

6.2.

Als besonderes Polizeirecht ist das Konkordat auf die spezifische Erscheinung der Gewalt an Sportveranstaltungen ausgerichtet. Durch spezielle Massnahmen wie Rayonverbote, Meldeauflagen und Polizeigewahrsam sollen solche Gewalttaten zu Gunsten einer friedlichen Durchführung von Sportgrosanlässen verhindert werden. Im Vordergrund steht mithin die Prävention (BGE 140 I 2 E. 5.1 und 6.1). Dieses Ziel bildet zweifellos ein öffentliches Interesse, welches eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit rechtfertigen kann.

6.3.

Im Polizeirecht kommt der Verhältnismässigkeit besonderes Gewicht zu. Dieses Gebot verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet (dazu nachfolgend Erwägung 6.3.1) und erforderlich (dazu nachfolgend Erwägung 6.3.2) ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar (dazu nachfolgend Erwägung 6.3.3) erweist. Dies bedingt eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Unverhältnismässig ist eine Massnahme, wenn das angestrebte Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff zu erreichen ist (BGer 1C_370/2013 vom 14. Oktober 2013 E. 5.1, in: ZBI 115/2014, S. 385 ff., mit Hinweis auf BGE 137 I 31 E. 7.5.3; 136 I 87 E. 3.2 und 133 I 77 E. 4.1). Die rechtsanwendenden Behörden dürfen nur Massnahmen verfügen, die sich bezogen auf das jeweilige Verhalten und das Ziel der Gewaltprävention als verhältnismässig erweisen. Bei nur geringfügigen Tätlichkeiten oder anderen geringfügigen Widerhandlungen ist auf eine Massnahme zu verzichten, weil sie nicht verhältnismässig wäre (vgl. BGE 140 I 2 E. 8).

6.3.1.

Das Konkordat ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einzig auf die Vorbeugung vor Gewalt ausgerichtet. Die vorgesehenen konkreten Massnahmen erscheinen – einzig – als notwendige Massnahmen zur Verhinderung künftiger Gewalttaten (vgl. BGE 140 I 2 E. 6.3). Rayonverbote sind geeignet, Personen, von

denen Gewalttätigkeiten ausgehen könnten, sowohl vom Umkreis der Stadien als auch von den Bahnhöfen und Örtlichkeiten, welche zur Hin- bzw. Rückfahrt benutzt werden, fernzuhalten. Damit wird in effizienter Weise verhindert, dass die betroffenen Personen in jene Gebiete gelangen, wo es erfahrungsgemäss besonders häufig zu Gewalttätigkeiten kommt (BGE 137 I 31 E. 6.5). Das gegenüber dem Beschwerdeführer angeordnete Rayonverbot ist geeignet, die friedliche Durchführung grosser Sportanlässe zu ermöglichen, indem einerseits spezialpräventiv eine erneute Widerhandlung durch den Beschwerdeführer selbst verhindert und andererseits generalpräventiv andere Teilnehmer von der Nachahmung abgehalten werden.

6.3.2.

Das Rayonverbot wird für eine Dauer bis zu drei Jahren verfügt und kann Rayons in der ganzen Schweiz umfassen (Art. 4 Abs. 2 Konkordat). Die Anordnung konkreter Massnahmen hängt von der Art und der Schwere des gewalttätigen Verhaltens ab (BGE 137 I 31 E. 6.5). Die vom Konkordat vorgesehene Maximaldauer von drei Jahren erscheint nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung namentlich vor dem Hintergrund, dass Rayonverbote Rayons in der ganzen Schweiz umfassen können, als sehr lang, wobei es aber nicht geradezu ausgeschlossen ist, dass ein dreijähriges Rayonverbot bei einschlägig bekannten Personen notwendig und verhältnismässig sein kann, um der Gewalt bei Sportveranstaltungen wirksam vorzubeugen. Die Ausdehnung auf Rayons in der ganzen Schweiz verstärkt grundsätzlich die präventive Wirkung gegen Gewalttaten an Sportveranstaltungen und zugleich die Intensität des Eingriffs in die Bewegungsfreiheit der Betroffenen. Dies kann je nach den konkreten Umständen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit die zulässige Dauer der Massnahme beeinflussen (vgl. BGE 140 I 2 E. 11.2.2).

Räumlich umfasst das gegenüber dem Beschwerdeführer angeordnete Rayonverbot Gebiete an den Orten von Fussballvereinen, welche – wie die erste Mannschaft des FC Basel – im Zeitpunkt der Verfügung (Saison 2014/2015) am Spielgeschehen in der Raiffeisen Super League teilnahmen. Da das Konkordat in der Fassung vom 2. Februar 2012 zum Zeitpunkt des Vorfalles in den Kantonen Basel-Stadt (FC Basel) und Wallis (FC Sion) sowie im Fürstentum Liechtenstein (FC Vaduz) nicht in Kraft war, konnte das Verbot nur für die Kantone Aargau (FC Aarau), Bern (BSC Young Boys und FC Thun), Luzern (FC Luzern), St. Gallen (FC St. Gallen) und Zürich (FC Zürich und Grasshopper Club Zürich) rechtsgültig ausgesprochen werden. Das Verbot gilt jeweils für jenen Rayon, in welchem die erste Mannschaft des FC Basel aktuell ein Spiel austrägt. Die Ausdehnung auf die Rayons jener Spielstätten, in denen die erste Mannschaft des FC Basel in der obersten Liga der Schweizer Fussballmeisterschaft Spiele austrägt, ist mit Blick darauf, dass der Beschwerdeführer offensichtlich ein grosser FC Basel Fan ist, sachlich gerechtfertigt.

Zeitlich bezieht sich das Rayonverbot auf die Dauer von vier Stunden vor Spielbeginn bis vier Stunden nach Spielende. Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist diese Sperrzeit zu lang bemessen. Mit der Änderung des Konkordates vom 2. Februar 2012 wurde die mit den vorgesehenen Massnahmen beabsichtigte Prä-

vention in Art. 2 Abs. 1 Ingress auf das Verhalten im Vorfeld und im Nachgang einer Sportveranstaltung ausgeweitet (vgl. BGE 140 I 2 E. 7.1). Es steht ausser Frage, dass ein gewisser Zeitraum von einigen Stunden vor und nach den Spielen abgedeckt werden muss, um das Ziel der Gewaltprävention zu erreichen (vgl. BGE 140 I 2 E. 7.2). In der Literatur wird eine Dauer von mehr als drei Stunden vor bis drei Stunden nach der Veranstaltung als zeitlich unverhältnismässig bezeichnet (vgl. J.O. Müller, Das revidierte Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung der Gewalt an Sportveranstaltungen, in: recht 31/2013 S. 109ff., S. 119). Die Stadtpolizei St.Gallen hat zur zeitlichen Verhältnismässigkeit in nachvollziehbarer Weise ausgehend von der Stadionöffnung zwei Stunden vor Spielbeginn und der Tatsache, dass sich die meisten Besucher eine Stunde nach Spielschluss wieder «verzogen» hätten, dargelegt, die wirksame Prävention verlange darüber hinaus ausreichende zeitliche Puffer. Das polizeiliche Dispositiv werde regelmässig mindestens vier Stunden vor dem Spiel bezogen, und es sei ohne weiteres möglich, dass der Polizeieinsatz erst mehrere Stunden nach dem Spiel beendet werden könne. Die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren empfiehlt denn auch eine Dauer von vier Stunden vor Spielbeginn bis vier Stunden nach Spielende (vgl. Ziffer 2.3.7 der Empfehlungen über die Umsetzung von Massnahmen des Konkordates über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, Änderung vom 2. Februar 2012, verabschiedet am 31. Januar 2014, www.kkjp.d.ch/Themen/Hooliganismus). Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung richtet sich an dieser Empfehlung aus (vgl. VerwGE B 2014/138 vom 11. November 2014, www.gerichte.sg.ch, GVP 2014 Nr. 6). Stadtpolizei St.Gallen und Vorinstanz haben sich an diese Empfehlung gehalten und sich im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens bewegt. Das Rayonverbot erweist sich in zeitlicher Hinsicht bezogen auf die Spieltage der ersten Mannschaft des FC Basel dementsprechend als verhältnismässig.

Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Der Zweck der Gewaltprävention verlangt, dass sich die angeordnete Dauer nicht am – vom Beschwerdeführer geschilderten – unproblematischen Ablauf orientiert, sondern sich vielmehr nach jenen Verhältnissen ausrichtet, wie sie als Folge von Gewalttätigkeiten im Umfeld von Sportveranstaltungen auftreten können. Soweit der Beschwerdeführer eine engere zeitliche Beschränkung damit begründet, zulässiger Zweck des Rayonverbots sei einzig, ihn vor einem weiteren Mitführen von «pyrotechnischen Gegenständen» während Spielen abzuhalten, lässt er die generalpräventive Bedeutung der vom Konkordat vorgesehenen Massnahmen ausser Betracht. Der Beschwerdeführer erachtet die Dauer des Rayonverbots schliesslich als unverhältnismässig, weil sie zu einer längeren Fernhaltung als die schärfere Meldeauflage führe. Da die vom Konkordat vorgesehenen Massnahmen im Sinn eines Kaskadensystems aufgebaut sind (vgl. Ziffer 2.4 der Empfehlungen der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren, a.a.O.) und mit der Meldeauflage sichergestellt werden soll, dass die betroffenen Personen sich vor, während und nach bestimmten Sportveranstaltungen nicht am Austragungsort aufhalten (vgl.

BGE 140 I 2 E. 12.1), wird die Meldeaufgabe in der Regel der Durchsetzung eines nicht beachteten Rayonverbots dienen und zu diesem hinzutreten (vgl. BGer 1C_428/2009 vom 13. Oktober 2010 E. 6.5). Die Meldeaufgabe führt sodann insoweit zu einem erheblich schwereren Eingriff in die Bewegungsfreiheit, als dem Betroffenen nicht der Aufenthalt an einzelnen Orten verboten wird, sondern er vielmehr verpflichtet wird, sich zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort einzufinden.

6.3.3.

Die Stadtpolizei St.Gallen hat die zweijährige Dauer des Rayonverbots mit der hohen Gefährlichkeit der Verwendung von pyrotechnischem Material in Menschenansammlungen begründet. Der Beschwerdeführer führte beim Verlassen des Gästesektors pyrotechnische Knallkörper mit sich. Zudem vermummte er sich, um einer Identifizierung durch die Polizei zu entgehen.

Bereits das Mitführen von in der Schweiz verbotenen bodenknallenden Feuerwerkskörpern, wie sie in der Jackentasche des Beschwerdeführers gefunden wurden, erfüllt den strafrechtlichen Tatbestand gemäss Art. 37 Ziffer 1 des Bundesgesetzes über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz; SR 941.41, SprstG) und die Voraussetzungen für die Anordnung eines Rayonverbots im Sinn von Art. 4 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 des Konkordats. Die vom Beschwerdeführer mitgeführten pyrotechnischen Gegenstände gehören zur Kategorie «bodenknallende Feuerwerke», deren Einfuhr in die Schweiz aufgrund ihrer Gefährlichkeit einer Bewilligung bedarf (vgl. Art. 31 Abs. 2 Ingress und lit. a Verordnung über explosionsgefährliche Stoffe [Sprengstoffverordnung; SR 941.411, SprstV]). Es handelt sich dabei um Knallkörper, welche nicht vor deren Umsetzung bzw. «Explosion» durch eine Antrieb- oder Ausstossladung über eine definierte Strecke wegbefördert werden (vgl. Merkblatt für die Einfuhr von pyrotechnischen Gegenständen zu zivilen Zwecken vom 1. Dezember 2011, www.fedpol.admin.ch, Sicherheit/Sprengstoff-Pyrotechnik/Pyrotechnische Gegenstände/Merkblätter und Zulassungsverfahren). Die Lautstärke von illegalen Knallkörpern kann über 130 Dezibel betragen und damit zu gravierenden Hörschäden führen. Zudem ist die Handhabung gefährlich, da ein erhöhtes Blindgänger-Risiko besteht (vgl. dazu F.D.Stolt, Knaller, Böller und Raketen, www.brandschutz.aufklaerung.de, Veröffentlichungen Forum 2015). Trägt eine Person unter den vorliegend gegebenen konkreten Umständen solche Knallkörper auf sich, ist davon auszugehen, dass damit die Absicht verbunden ist, sie gegebenenfalls auch zu zünden. Dass der Beschwerdeführer dies am 15. März 2015 nicht tat, ändert deshalb nichts daran, dass es sich um ein Verhalten handelte, welchem mittels Rayonverbots präventiv entgegen gewirkt werden soll.

Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer sich vermummt hat. Die Vermummung kann im konkreten Zusammenhang nicht anders denn als Mittel gewertet werden, die strafrechtliche Verfolgung des Verhaltens zu erschweren. Davon musste der Beschwerdeführer umso mehr ausgehen, als er sich bereits am 1. Mai 2010 in Basel vermummt an einem Demonstrationszug von mindestens hundert Personen beteiligte hatte, bei dem es nebst verschiedenen Sachbeschädigungen auch zu einem

Brandanschlag auf einen Polizeiposten kam, und er deswegen am 27. Januar 2015 auch strafrechtlich belangt worden war (act. 7/9a und b). Zusammenfassend ist ein zweijähriges Rayonverbot sowohl geeignet, als mit Blick auf den generalpräventiven Zweck der Massnahme auch verhältnismässig, um Gewalttaten zu Gunsten einer friedlichen Durchführung von Sportgrossanlässen in Zukunft zu verhindern.

Es mag zutreffen, dass der Beschwerdeführer im Rahmen von Sportveranstaltungen bisher – soweit ersichtlich – noch nie negativ auffiel. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es jedoch nicht von Bedeutung, ob der Beschwerdeführer behauptet, er habe sich – anlässlich von Sportveranstaltungen – noch nie an Gewalttätigkeiten beteiligt oder er habe nicht vor, weitere Gewalttätigkeiten zu begehen. Für den Erlass einer spezial- und insbesondere generalpräventiven Massnahme genügt eine hinreichend begründete Vermutung, dass der Betroffene sich gewalttätig verhalten hätte (vgl. dazu BGer 1C_370/2013 vom 14. Oktober 2013 E. 4.4). Im Übrigen erscheint die Vermutung auch durch das Verhalten des Beschwerdeführers am 1. Mai 2010 in Basel wohl begründet.

Der Beschwerdeführer bringt im Übrigen – ausser den ihm mit dem Rayonverbot verunmöglichten Besuchen der Spiele der ersten Mannschaft des FC Basel in einzelnen konkret bezeichneten Stadien, die gerade Zweck der Massnahme sind – keine privaten Interessen vor, welche gegen die Massnahme sprechen. Erweist sich die vom Konkordat vorgesehene Massnahme als geeignet und erforderlich, ist sie für den Beschwerdeführer deshalb ohne weiteres auch zumutbar.

6.4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das gegen den Beschwerdeführer verhängte Rayonverbot gesetz- und verhältnismässig ist. Diesbezüglich ist die Beschwerde abzuweisen. [...]

2

Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101); Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP (sGS 951.1). Begründungspflicht einer Verfügung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, mit welcher eine kinderpsychiatrische Begutachtung gegen den Willen der Kindsmutter angeordnet wird.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 2. Dezember 2016

Aus den Erwägungen:

[...]

2. Für das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) gelten, soweit das ZGB oder das EG KESR keine Regelung enthält, die Bestim-

mungen des VRP (Art. 10 EG KESR). Nach Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP soll die Verfügung u.a. die Tatsachen, die Vorschriften und die Gründe, auf die sie sich stützt, enthalten. Ein Mindestanspruch auf Begründung folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Die Begründung einer Verfügung entspricht den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1070 f.). Die Behörde darf sich in ihrem Entscheid auf die wesentlichen Gesichtspunkte und Leitlinien beschränken und braucht sich nicht mit jedem sachverhaltlichen oder rechtlichen Einwand auseinanderzusetzen (BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 57).

Die Verfügung des Behördenmitglieds der KESB enthält eine Begründung. Aus dieser geht hervor, dass aufgrund diverser Auffälligkeiten weitere Abklärungen notwendig seien, um alters- und entwicklungsadäquate, angemessene Fördermassnahmen zu definieren, umzusetzen und zu unterstützen. Die vorliegenden Abklärungen seien nicht mehr aktuell und bisher fehle der Einbezug der Mutter in die Abklärung. Es fragt sich, ob diese kurze Begründung vor Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP und insb. Art. 29 Abs. 2 BV standhalten mag. Der Junge besucht seit fast fünf Jahren eine Heilpädagogische Schule. Aus den sich in den Akten befindlichen Lernberichten geht hervor, dass jedes Jahr Förderziele festgelegt und die meisten von diesen auch erreicht werden. Die Beiständin schreibt in ihrem Rechenschaftsbericht für den Zeitraum vom 24. Februar 2013 bis 30. Dezember 2013, es habe sich herausgestellt, dass der Junge in der Heilpädagogischen Schule am geeigneten Ort beschult werde und in einem E-Mail vom 18. März 2016, dass er in der Schule Fortschritte erziele. Im Gegenzug wird eine Begutachtung verfügt mit der Begründung, es seien die alters- und entwicklungsadäquaten, angemessenen Fördermassnahmen zu definieren. Diese Kurzbegründung steht den in einem früheren Zeitpunkt ergangenen Lernberichten und den erwähnten Schreiben der Beiständin teilweise entgegen und geht überhaupt nicht darauf ein. Scheinbar wird der Junge in der Heilpädagogischen Schule bereits adäquat gefördert, was auch von der Beiständin bejaht wird. Erst wenn eine Aktennotiz beigezogen wird, ergibt sich eine weitergehende Begründung für die Anordnung der Begutachtung. Aus jener Aktennotiz geht hervor, dass nicht genügend beurteilt werden könne, ob die Mutter den spezifischen Bedürfnissen des Sohnes gerecht werden könne (Frage der Obhut) und auch die Erziehungskompetenz der Mutter bezogen auf das Störungsbild sei unklar. Von diesem Aspekt steht in der angefochtenen Verfügung jedoch nichts. Es fragt sich, ob die Mutter sich der Tragweite der angefochtenen Verfügung überhaupt bewusst war (vgl. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, S. 403). Gestützt auf die erwähnte Aktennotiz sowie den bereits dem designierten Gutachter zugestellten Fragekatalog zeigt sich nämlich, dass es bei der Begutachtung nicht nur darum geht – wie aus der angefochtenen

Verfügung der Eindruck entsteht –, die geeigneten Fördermassnahmen abzuklären, sondern auch darum zu verifizieren, ob die Mutter erziehungsfähig sei und ob eine Fremdplatzierung dem Kindeswohl dienen würde. Eine Verweisung in der angefochtenen Verfügung auf ein anderes Aktenstück oder den Fragekatalog, welche dem Erfordernis der Begründetheit allenfalls nachkommen würde, fehlt ebenfalls (vgl. Albertini, a.a.O., S.424). Überdies gilt es zu beachten, dass bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung feststand, dass die Mutter mit dieser nicht einverstanden sein wird. Gerade in solchen Fällen erscheint es notwendig, die Verfügung ausführlich zu begründen.

3

Art. 5 Ziff. 3 EMRK (SR 0.101); Art. 31 Abs. 3 BV (SR 101); Art. 5 Abs. 2 und Art. 227 Abs. 5 StPO (SR 312.0). Verletzung des Beschleunigungsgebotes in Haftsachen. Nach Eingang der Stellungnahme des Beschwerdeführers erliess der regionale Zwangsmassnahmenrichter 14 Tage später das Dispositiv seines Entscheids betreffend Verlängerung der Untersuchungshaft. Der begründete Entscheid wurde nach 10 Tagen versandt. Da der vorliegende Fall weder in rechtlicher, noch in tatsächlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten bot, war es dem mit dem Prozessstoff grundsätzlich bereits vertrauten Zwangsmassnahmenrichter möglich und zuzumuten, seinen Entscheid bezüglich der Haftverlängerung innert der Frist von Art. 227 Abs. 5 StPO zu fällen und danach innert maximal drei bis vier Tagen zu begründen. Gründe für das vorliegend zu lange Zuwarten sind nicht erkennbar. Damit ist eine (mehrfache) Verletzung des Beschleunigungsgebotes in Haftsachen gegeben, wobei diese nicht so schwer wiegt, dass vorliegend die Rechtmässigkeit der Haft in Frage zu stellen ist. Die Verletzung des Beschleunigungsgebotes ist aber im Dispositiv festzustellen und mit einer für den Beschwerdeführer vorteilhaften Kostenregelung zu sanktionieren.

Anklagekammer, 14. September 2016

Aus den Erwägungen:

II.

4. Der Beschwerdeführer rügt sodann die Verletzung des Beschleunigungsgebotes. Dabei macht er im Wesentlichen geltend, das Zwangsmassnahmengericht habe sich nach Eingang seiner auf Entlassung lautenden Stellungnahme statt (der von Art. 227 Abs. 5 StPO vorgesehenen Frist von) 5 Tagen insgesamt 14 Tage Zeit

gelassen, um den Entscheid zu fällen. Für die Begründung des Entscheids seien sodann 11 Tage in Anspruch genommen worden.

4.1 Der Grundsatz des Beschleunigungsgebots ist ein wichtiger Teil des Anspruchs auf ein faires Verfahren und ist in Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie in Art. 14 Abs. 3 IPBPR verankert. Die Untersuchungshaft stellt einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit des Beschuldigten dar, der unter dem Schutz der Unschuldsvermutung steht (Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 10 Abs. 1 StPO). Gemäss Art. 5 Abs. 1 StPO nehmen die Strafverfolgungsbehörden die Strafverfahren unverzüglich an die Hand und bringen sie ohne unbegründete Verzögerungen zum Abschluss. Abs. 2 verlangt, dass in Haftfällen besonders auf die Länge des Verfahrens geachtet wird und solche Verfahren vordringlich durchgeführt werden. Die Bestimmung hat ihren Ursprung im verfassungsmässigen Recht einer in Haft gehaltenen Person auf Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist oder auf Haftentlassung während des Verfahrens (Art. 31 Abs. 3 BV, Art. 5 Ziff. 3 EMRK sowie Art. 9 Abs. 3 IPBPR). Scheint die Gesamtdauer des Verfahrens prima facie nicht übermässig lange, muss geprüft werden, ob die lange Verfahrensdauer auf eine Verzögerung der Behörden zurückzuführen ist, bzw. ob einzelne Perioden von nicht zu rechtfertigender Untätigkeit bestehen. Solche können grundsätzlich jede Phase des Verfahrens betreffen wie z.B. Verzögerungen beim Ansetzen eines Gerichtstermins oder Verzögerungen bei Eröffnung und Begründung des Urteils. Demzufolge kann das Beschleunigungsgebot verletzt sein, wenn eine Zeitlücke besteht d.h. ein Teil des Verfahrens schneller hätte erledigt werden müssen (BSK StPO – Summers, Art. 5 N 1 ff.; BGer. 1B_234/2015 E. 2.2 m.w.H.). Die Verletzung des Beschleunigungsgebots kann zur Haftentlassung führen, wenn die Verfahrensverzögerung geeignet ist, die Rechtmässigkeit der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft in Frage zu stellen. Das ist nur der Fall, wenn sie besonders schwer wiegt und die Strafverfolgungsbehörden erkennen lassen, dass sie nicht gewillt oder in der Lage sind, das Verfahren nunmehr mit der für Haftfälle verfassungs- und konventionsrechtlich gebotenen Beschleunigung voranzutreiben (BGer. 1B_253/2016 E. 4.5 m.w.H.).

4.2 Läuft die vom Zwangsmassnahmengericht festgesetzte Dauer der Untersuchungshaft ab, kann die Staatsanwaltschaft ein Haftverlängerungsgesuch stellen. Dieses Gesuch reicht sie spätestens 4 Tage vor Ablauf der Haftdauer ein unter Beilage der wesentlichen Akten. Das Zwangsmassnahmengericht gibt der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung Gelegenheit, die ihm vorliegenden Akten einzusehen und innert 3 Tagen schriftlich zum Gesuch Stellung zu nehmen. Das Zwangsmassnahmengericht entscheidet «spätestens innert 5 Tagen nach Eingang der Stellungnahme» (vgl. Art. 227 StPO).

Sodann besteht Anspruch auf eine Urteilsbegründung innert angemessener Frist (Art. 5 Ziff. 3 EMRK; Art. 31 Abs. 3 Satz 2 BV). Auch wenn sich der Beschwerdeführer nach Erhalt des Dispositivs nicht mehr über den Ausgang des Haftverlängerungsverfahrens im Ungewissen befindet, ist er auf Kenntnis der Urteilsgründe angewiesen, um dagegen allenfalls Beschwerde zu erheben. Wird die Urteilsbegründung ver-

schleppt, verlängert dies die Gesamtdauer des Strafverfahrens. Welche Verfahrensdauer angemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind. Dabei sind insbesondere die Komplexität des Falls, das Verhalten des Beschwerdeführers, die Behandlung des Falls durch die Behörden und dessen Bedeutung für den Beschwerdeführer zu berücksichtigen (vgl. BGer. 1B_381/2011 E.4.4 m.w.H.). In aller Regel sollte der begründete Haftentscheid innerhalb von zwei Arbeitstagen bei den Parteien eintreffen. In komplizierteren Fällen mag auch eine Frist von drei bis vier Tagen genügen. Eine Frist von neun Tagen ist jedenfalls klar zu lang (vgl. Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Art. 226 N6 m.w.H.).

4.3 Der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Verlängerung der Haft datiert vom 8. Juli 2016, wobei von der Vorinstanz gleichentags dem Beschwerdeführer Frist zur Stellungnahme bis 15. Juli 2016 angesetzt wurde. Nach Retournerung der Akten liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 14. Juli 2016 Stellung nehmen. Diese ging am 15. Juli 2016 bei der Vorinstanz ein. Die Vorinstanz entschied daraufhin am 29. Juli 2016, d.h. 14 Tage später. Damit wurde die in Art. 227 Abs. 5 StPO vorgesehene Frist von 5 Tagen eindeutig und klar missachtet. Dies ist nicht vertretbar. Die Missachtung der (gesetzlich eindeutig bestimmten) Frist lässt sich weder mit der frühen Gesuchseinreichung der Staatsanwaltschaft, noch mit den vom Haftrichter im Rahmen seiner Vernehmlassung vorgetragenen und nicht stichhaltigen Argumenten rechtfertigen. So steht es der Staatsanwaltschaft grundsätzlich frei, ihr Gesuch deutlich früher als vier Tage vor Ablauf der Haftfrist zu stellen (BSK StPO – Forster, Art. 227 N3 [FN18]).

4.4 Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Art. 31 Abs. 3-4 BV, Art. 5 Abs. 2 StPO) lässt nur wenig Raum für ausgedehnte Beweissmassnahmen. Im Gegensatz zum erkennenden Sachrichter ist keine abschliessende bzw. umfassende Würdigung sämtlicher belastender und entlastender Anhaltspunkte vorzunehmen (BGer. 1B_341/2015 E.2.3.1; BSK StPO – Forster, Art. 221 N3 je m.w.H.). Nachdem der vorliegende Fall weder in rechtlicher, noch in tatsächlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten bot, war es dem mit dem Prozessstoff grundsätzlich bereits vertrauten Zwangsmassnahmenrichter ohne weiteres möglich und zuzumuten, seinen Entscheid bezüglich der Haftverlängerung innert der Frist von Art. 227 Abs. 5 StPO zu fällen und danach innert maximal drei bis vier Tagen zu begründen. Entscheidhebliche richterliche Abklärungen oder das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers, die allenfalls ein (kurzes) Überschreiten der Entscheidungsfrist aufgedrängt hätten, sind jedenfalls nicht ersichtlich. Für das vorliegend zu lange Zuwarten bis zur Entscheidung und danach zusätzlich bis zur Entscheidungsbegründung sind keine stichhaltigen Gründe erkennbar oder vorgetragen und diese Untätigkeiten sind auch nicht zu rechtfertigen. Damit ist eine mehrfache Verletzung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen in vorliegendem Fall gegeben. Diese wiegen indessen nicht so schwer, als dass das Zwangsmassnahmengericht damit erkennen liess, dass es grundsätzlich nicht gewillt oder in der Lage wäre, das Verfahren bei allfällig erneuter Befassung

mit der gebotenen Beschleunigung voranzutreiben. Insgesamt ist mit den vorliegend festgestellten Verletzungen die Rechtmässigkeit der Haft (noch) nicht in Frage gestellt. Die Verletzung des Beschleunigungsgebots ist jedoch im Dispositiv festzustellen und mit einer für den Beschwerdeführer vorteilhaften Kostenregelung zu sanktionieren (vgl. BGer. 1B_200/2012 E. 2.3; BGer. 1B_253/2016 E. 4.4f. m.w.H.).

2. Gesundheit und Soziales

4

Art. 7 und Art. 16 ATSG (SR 830.1); Art. 28 IVG (SR 831.20). Internationaler Sachverhalt (Fürstentum Liechtenstein); VO (EG) Nr.883/2004. Die Anmeldung im Fürstentum Liechtenstein ist auch für die Anmeldung in der Schweiz massgebend.

Versicherungsgericht, 28. November 2016

5

Art. 59 ATSG (SR 830.1). Rechtsschutzinteresse an Überprüfung des Invaliditätsgrades bei parallel bestehendem Anspruch auf eine Witwenrente.

Art. 28 IVG (SR 831.20); Art. 16 ATSG (SR 830.1). Invaliditätsbemessung Prozentvergleich. Tabellenlohnabzug von 10 Prozent bejaht. Feststellung IV-Grad 55 Prozent statt 48 Prozent.

Versicherungsgericht, 5. Dezember 2016

6

Art. 52 Abs. 3 AHVG (SR 831.10). Absolute Verjährung. Die fünfjährige Frist für die absolute Verjährung beginnt mit der Eröffnung des Konkurses über die Arbeitgeberin – und nicht erst bei Auflage des Kollokationsplans – zu laufen. Bei drohendem Eintritt der absoluten Verjährung hat die Ausgleichskasse deshalb vorsorglich eine Schadenersatzverfügung zu erlassen.

Versicherungsgericht, 1. September 2016

7

Art. 28 IVG (SR 831.20); Art. 17 Abs. 1 ATSG (SR 830.1). Weder der Umzug in ein Einfamilienhaus noch das Heranwachsen von Kindern vermag eine revisionsbegründende Veränderung zu bilden.

Versicherungsgericht, 2. Dezember 2016

8

Art. 9 Abs. 2 lit. f UVV (SR 832.202). Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen für eine Listenverletzung nach Art. 9 Abs. 2 lit. f UVV (Sehnenrisse).

Versicherungsgericht, 2. Mai 2016

-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 8C_358/2016 vom 28. September 2016)

9

Art. 9 Abs. 1 FamZG (SR 836.2). Drittauszahlung Kinderzulagen. Aufgrund der bislang fehlenden Unterhaltsleistungen des Beschwerdeführers, seiner hohen Verschuldung und seiner Verweigerung der Auskunftserteilung über seine Einkommensverhältnisse muss ausnahmsweise das hohe Risiko einer nicht zweckgemässen Verwendung der Familienzulagen für die Drittauszahlung an die obhutsberechtigte Mutter des Kindes genügen.

Versicherungsgericht, 8. Juni 2016

10

Art. 23 Abs. 1 AVIG (SR 837.0); Art. 53 Abs. 2 ATSG (SR 830.1). Mitarbeiterbindungsprämien aufgrund einer Umstrukturierung bei der Arbeitgeberin sind bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht zu berücksichtigen. Rückforderung der zu viel ausgerichteten Arbeitslosentaggelder infolge zulässiger Wiedererwägung.

Versicherungsgericht, 16. Juni 2016

3. Öffentliche Sicherheit und Ordnung

11

Art. 33 Abs. 1 lit. a, Art. 5 Abs. 1 lit. c und Abs. 4 und Art. 12 WG (SR 514.54). Strafbarkeit des unberechtigten Besitzes einer nicht im gesetzlichen Besitzverbot aufgeführten Waffe. Die Strafbestimmung des Waffengesetzes hinsichtlich des unberechtigten Besitzes einer Waffe (Art. 33 Abs. 1 lit. a WG) bezieht sich nicht nur auf Waffen, welche im Besitzverbot von Art. 5 Abs. 2 WG aufgeführt werden. Auch der unberechtigte Besitz einer Waffe respektive eines Messers, welches gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 4 WG ohne Bewilligung nicht übertragen, erworben, vermittelt oder in die Schweiz eingeführt werden darf, kann strafbar sein. Massgebend für Berechtigung am Besitz einer solchen Waffe ist, ob diese rechtmässig erworben wurde (Art. 12 WG).

Kantonsgericht, Strafkammer, 19. Mai 2015

-> soweit behandelt, bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 6B_1013/2015 von 16. August 2016 E. 3)

Aus den Erwägungen:

III.

6. a) Der Beschuldigte wendet sich auch gegen seine Verurteilung wegen eines Vergehens gegen das Waffengesetz. Der Besitz des bei ihm anlässlich der Hausdurchsuchung vom 28. November 2013 gefundenen Schmetterlingsmessers sei legal.

b) Gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a WG wird unter anderem mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich und ohne Berechtigung eine Waffe besitzt. «Ohne Berechtigung» stellt dabei auf den unbewilligten Umgang mit gesetzlich verbotenen Waffen ab (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 24. Januar 1996, BBl 1996 I 1053, S. 1073 [nachfolgend Botschaft]; Erläuterungen des EJPD zur Revision des Bundesgesetzes über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 20. September 2002, S. 35; Weissenberger, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes [unter Berücksichtigung von Art. 260quater StGB], in: AJP 2/2000, S. 153 ff., S. 164).

c/aa) Schmetterlingsmesser sind aufgrund der ausdrücklichen Erwähnung in Art. 4 Abs. 1 lit. c WG und Art. 7 Abs. 1 WV als Waffen im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren, was von der Verteidigung zu Recht nicht bestritten wird. Schmetterlingsmesser funktionieren dabei nach dem Prinzip, dass die Klinge durch ihre Schwerkraft oder durch die mit einer schnellen Handbewegung erzeugte Fliehkraft aus dem Griffstück getrieben und anschliessend arretiert wird. Für das Ausfahren bzw. Ausklappen der Klinge und deren anschliessenden Fixierung ist nur eine Hand nötig. Diese Eigenschaft ermöglicht es dem Besitzer eines solchen Messers, die Waffe in der Hand verborgen zu halten und sie – wenn nötig – blitzschnell zu zücken (Häberling, Waffenhandel,

Erwerb, Besitz und Tragen von Waffen aus des Sicht des Nebenstrafrechts, Diss., Zürich 1990, S. 101 f.; vgl. auch Botschaft S. 1058).

bb) Zu Recht weist die Verteidigung darauf hin, dass das gegenständliche Schmetterlingsmesser nicht unter das explizite Waffenbesitzverbot von Art. 5 Abs. 2 WG fällt. Ebenfalls zutreffend hält die Verteidigung sodann dafür, dass die Meldepflicht nach Art. 42 Abs. 5 WG – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht auf sämtliche unter das Gesetz fallende Waffen, sondern einzig auf verbotene Schusswaffen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 WG anwendbar ist (so nunmehr ausdrücklich BGE 141 IV 132 E. 2.72). Entgegen der Auffassung der Verteidigung bedeutet das Gesagte indes nicht, dass der Besitz anderer, vom Gesetz erfasster Waffen (vgl. Art. 4 WG) nicht Regelungsgegenstand des Waffengesetzes wäre. Vielmehr kann mit der Strafbestimmung von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG auch der unberechtigte Besitz anderer Waffen als jener nach Art. 5 Abs. 2 WG sanktioniert werden (vgl. hierzu illustrativ BGER 6B_884/2013 E. 5.2, mit welchem das Bundesgericht den Schuldspruch nach Art. 33 Abs. 1 lit. a WG wegen des unrechtmässigen Besitzes eines CS-Sprays bestätigte). Entsprechend ist zu prüfen, ob der Beschuldigte zum Besitz des Schmetterlingsmessers berechtigt war.

cc) Zum Besitz einer Waffe ist berechtigt, wer den Gegenstand rechtmässig erworben hat (Art. 12 WG). Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c WG dürfen Messer und Dolche nach Art. 4 Abs. 1 lit. c WG, wozu ausdrücklich auch Schmetterlingsmesser gehören, grundsätzlich nicht übertragen, erworben, an Empfänger und Empfängerinnen im Inland vermittelt oder in das schweizerische Staatsgebiet verbracht werden. Art. 10 Abs. 1 lit. c WV wiederholt dieses Übertragungs- und Erwerbsverbot und erwähnt explizit auch Schmetterlingsmesser. Die Kantone können Ausnahmen bewilligen (Art. 5 Abs. 4 WG). Derartige kantonale Ausnahmegewilligungen können indessen nur in schriftlich begründeten Einzelfällen, für eine bestimmte Person und grundsätzlich nur für eine einzige Waffe, einen einzigen wesentlichen Waffenbestandteil, einen einzigen besonders konstruierten Waffenbestandteil im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a WG oder ein einziges Waffenzubehör eines bestimmten Waffentyps erteilt werden. Sie sind zu befristen und können mit Auflagen verbunden werden (Art. 71 Abs. 1 WV). Unter diesen strengen Voraussetzungen können Kantone insbesondere Ausnahmegewilligungen für verbotene Messer, die durch Behinderte oder bestimmte Berufsgruppen verwendet werden, erteilen (Art. 71 Abs. 2 lit. b WV), wozu auch einhändig bedienbare Messer zu zählen sind (vgl. auch Botschaft S. 1060). Konnte eine Waffe bereits vor Einführung des eidgenössischen Waffengesetzes vom 20. Juni 1997 – unter der Herrschaft der damaligen kantonalen Waffengesetze – nur illegal erworben werden, ist sein Besitz auch unter dem geltenden eidgenössischen Waffenrecht als unrechtmässig anzusehen (vgl. Weissenberger, a.a.O., S. 165, siehe auch Entscheid der II. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 26. Februar 2013, SB120410-O/U/rc, E. II). Entsprechend ist weiter zu prüfen, ob der Beschuldigte das Schmetterlingsmesser nach den im Erwerbszeitpunkt anwendbaren Bestimmungen rechtmässig erworben hat (vgl. auch BGE 141 IV 132 E. 2.6).

dd) Der Beschuldigte behauptet vorliegend, das Schmetterlingsmesser sicher schon seit seinem 14. Lebensjahr zu besitzen und dieses anfangs der Neunzigerjahre bei der «Messerschmiede X in Y. [Ortschaft im Kanton St.Gallen]» erworben zu haben. Für die behauptete Rechtmässigkeit dieses Erwerbs ist – wie vorstehend erwähnt – auf die damalige Rechtslage im Kanton St.Gallen abzustellen.

Das damals im Kanton St.Gallen vor Einführung des Eidgenössischen Waffengesetzes geltende Konkordat vom 27.März 1969/13. Januar 1970 (vgl. Art. 1 des kantonalen Gesetzes über den Handel mit Waffen und Munition, das Waffentragen und den Waffenbesitz vom 4. Januar 1972 betreffend Konkordatsbeitritt [AS 1972, 8. Band, erste Lieferung, S. 51 f. und Neudruck in nGS 17-54]; vgl. auch BGE 118 1a 305 E. 3b, Botschaft S. 1054; Häberling, a.a.O., S. 8) verbot den Ver- und Ankauf von einhändig bedienbaren Messern (vgl. Art. 8 Abs. 1 des Konkordats über den Handel mit Waffen und Munition vom 13. Januar 1970 [AS 1972, 8. Band, erste Lieferung, S. 54 ff. und Neudruck in nGS 17-55]). Ausnahmen bedurften schon damals der Bewilligung der Behörden des Wohnsitzkantons des Käufers und des Niederlassungskantons des gewerblichen Verkäufers (vgl. Häberling, a.a.O., S. 43f., S. 96 und S. 101 ff.). Dieses Konkordat stellte eine unmittelbar rechtsetzende interkantonale Vereinbarung dar und verpflichtete die Rechtsunterworfenen direkt (Häberling, a.a.O., S. 35 Fn 1 m.w.H.). Auch nach der ab 1. Mai 1991 geltenden Waffenverordnung des Kantons St.Gallen vom 5. Februar 1991 war sodann der Besitz von Waffen und Munition nach Art. 5 generell Jugendlichen unter 18 Jahren untersagt und der Besitz von Schmetterlingsmessern nach Art. 6 für jedermann verboten (nGS 26-35, vgl. auch Wiedergabe der Verordnungsbestimmungen in BGE 118 1a 305 [Sachverhalt]).

Die vorstehenden Ausführungen erhellen, dass bereits zum behaupteten Zeitpunkt für den Erwerb des Schmetterlingsmessers (durch einen Minderjährigen) eine kantonale Ausnahmegewilligung notwendig war. Da der Beschuldigte unbestrittenermassen über keine derartige Bewilligung verfügte, kann er sich nicht auf einen rechtmässigen vorangegangenen Erwerb unter dem alten Recht berufen. Damit war er weder unter altem noch unter neuem Recht zum Besitz dieser Waffe berechtigt. Der objektive Tatbestand von Art. 33 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 12 WG ist nach dem Gesagten erfüllt.

d) Zu prüfen bleibt damit der subjektive Tatbestand. Anlässlich der Befragung vom 28. November 2013 sagte der Beschuldigte zunächst aus, von dem bei ihm in der Wohnung vorhandenen Schmetterlingsmesser schon noch gewusst zu haben. An der Einvernahme vom 5. März 2014 gab er anfangs noch an, nicht realisiert zu haben, dass bereits der Besitz eines Schmetterlingsmessers – im Gegensatz zum Tragen und zum Erwerb desselben – verboten sei. Nachdem der Staatsanwalt die Rechtmässigkeit des Besitzes in Abhängigkeit zum rechtmässigen Erwerb stellte, gestand er ein, gewusst zu haben, dass sowohl der Erwerb wie auch der Besitz verboten sind. An Schranken des Berufungsgerichts bestätigte er das während der Untersuchung Gesagte, ergänzte allerdings, dass er aber bis heute nichts gesehen habe, wonach der Besitz eines Schmetterlingsmessers verboten sei. Seine Aussagen

sind vor dem Hintergrund seiner einschlägigen Kenntnisse und Erfahrungen zu würdigen (vgl. BGer 6B_884/2013 E. 5.2). Der Beschuldigte ist Mitglied der Vereinigung «proTELL», einer Gesellschaft für ein freiheitliches Waffenrecht. Sodann ist er im Besitz mehrerer Waffen und der entsprechenden Bewilligungen (diverse Handfeuerwaffen und zwei Sturmgewehre, diverse Waffenerwerbsscheine; vgl. auch die Bilder von Feuerwaffen und Messern auf seinem Mobiltelefon). In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass er anlässlich seiner Befragung in fachmännischer Weise von «Einhand-Waffen» sprach und sein Interesse an Waffen an Schranken des Berufungsgerichts offenlegte. Vor diesem Hintergrund ist das damals abgelegte Wissenseingeständnis nachvollziehbar. In Übereinstimmung mit dem Schluss der Vorinstanz ist ein zumindest eventualvorsätzliches Handeln erstellt. Damit erfüllte der Beschuldigte auch den subjektiven Straftatbestand von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG.

4. Strassenverkehr

12

Art. 34 Abs. 3, Art. 35 Abs. 3 und 5, Art. 36 Abs. 1 und 4 und Art. 39 Abs. 2 SVG (SR 741.01); Art 14 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 4 VRV (SR 741.11). Wer links abbiegt, ist gegenüber links überholenden Fahrzeugen vortrittsberechtigt. Wer hingegen wendet, ist dies nicht. Bremsst ein Fahrzeuglenker sein Auto ab, stellt den Blinker nach links, lenkt sein Auto aber dann kurzfristig nach rechts, schafft er damit eine unklare Verkehrssituation. Bei einem allfälligen linksseitigen Überholen dieses Fahrzeuges ist daher höchste Vorsicht angebracht. Der nachfolgende Fahrzeuglenker darf beim Überholen nicht blind darauf vertrauen, dass er vortrittsberechtigt sei und vom vorausfahrenden Fahrzeuglenker bemerkt werde. Kommt es zur Kollision, trifft beide Fahrzeuglenker ein Verschulden.

Handelsgericht, 29. August 2016

Aus den Erwägungen:

I.

[...]

2. Am 1. Oktober 2010 um die Mittagszeit lenkte M den Personenwagen [...] auf der Langgasse in St.Gallen vom Stadtzentrum in Richtung Wittenbach. Hinter ihr fuhr X auf seinem Motorroller [...]. Auf dem Soziussitz befand sich [...] Y.M. war auf dem Weg nach Hause. Sie wollte in den auf der linken Strassenseite befindlichen

Hinterhof [...] gelangen. Nachdem sie an der Langgasse 23 vorbeigefahren war, lenkte sie ihr Fahrzeug erst auf Höhe der Langgasse 25 nach links, ohne vorgängig nach links eingespurte zu haben. Als sie sich mit ihrem Fahrzeug quer zur Fahrbahn befand, kollidierte der nachfolgende Motorroller mit ihrer linken vorderen Fahrzeugtüre. Zum Zeitpunkt der Kollision befanden sich beide Fahrzeuge auf der Fahrbahn Richtung Wittenbach (kläg.act. 3/1 und 3/12). Aufgrund der Kollision erlitt Y diverse Frakturen und war längere Zeit arbeitsunfähig. [...]

3. Mit Strafbefehl vom 18. April 2011 wurde M wegen fahrlässiger Körperverletzung und Verletzung von Verkehrsregeln zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen und einer Busse von Fr. 400.– verurteilt (kläg.act. 3/36). Als Begründung wurde angeführt, M habe beim Wenden den von hinten kommenden Motorrollerfahrer übersehen, worauf es zur Kollision mit Körperverletzung gekommen sei. Gegen den Strafbefehl erhob die Rechtsvertreterin von M Einsprache. Am 8. August 2011 wurde die Einsprache zurückgezogen, worauf der Strafbefehl in Rechtskraft erwuchs (kläg.act. 3/47). Auf die Strafanzeige/-klage von M gegen X trat die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen mit Nichtanhandnahmeverfügung vom 29. August 2011 mit der Begründung nicht ein, es lägen keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, dass X Verkehrsregeln verletzt habe (kläg.act. 4).

[...]

III.

4.4.4. Gemäss dem aus Art. 26 Abs. 1 SVG abgeleiteten Vertrauensgrundsatz darf jeder Strassenverkehrsbenützer, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprechen, darauf vertrauen, dass sich die anderen Verkehrsteilnehmer ebenfalls ordnungsgemäss verhalten, ihn also nicht behindern oder gefährden (BGE 98 IV 273 E. 2). Bestehen jedoch Anzeichen dafür, dass sich ein Verkehrsbenützer nicht richtig verhalten wird, so gilt eine erhöhte Vorsichtspflicht (Art. 26 Abs. 2 SVG). Wer z.B. aufgrund konkreter Anzeichen befürchten muss, dass sein Vortrittsrecht missachtet wird, hat auf sein Vortrittsrecht zu verzichten, sofern er dadurch einen Verkehrsunfall verhindern kann (BSK SVG-Fiolka, Art. 26 N 75). Hinsichtlich der konkreten Anzeichen gelten die bereits erwähnten allgemeinen Sorgfalts- und Aufmerksamkeitsmassstäbe von Art. 31 Abs. 1 SVG. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass derjenige, der selbst gegen die Verkehrsregeln verstösst und dadurch erst eine unklare oder gefährliche Verkehrslage schafft, nicht erwarten kann, dass andere diese Gefahr durch erhöhte Vorsicht ausgleichen. So muss z.B. ein Wartepflichtiger nicht damit rechnen, dass ein Vortrittsberechtigter mit weit übersetzter Geschwindigkeit herannahet (BGE 118 IV 277 E. 4a; BGE 120 IV 252 E. 2d).

4.5. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob das Manöver von M als Abbiegen oder als Wenden zu beurteilen ist. Anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme hat M zugestanden, dass sich die Kollision mit dem Rollerfahrer ereignete, als sie auf der Langgasse ein Wendemanöver durchführte. Zudem wurde sie wegen dieses Wendemanövers mit Strafbefehl vom 18. April 2011 rechtskräftig verurteilt. Die Klägerin behauptet zwar, M sei nur nach links abgebogen und habe nicht gewendet.

Nachdem die Klägerin zur Veranschaulichung des von M beabsichtigten Fahrmanövers auf der Unfallskizze des Polizeirapportes selbst ein Wendemanöver eingezeichnet hat (kläg.act. 11), erscheint ihre Sachdarstellung aber als widersprüchlich. Aufgrund der Aussagen von M und des Zeugen B, der Vorbereitungen für ein Wenden des Personenwagens zu erkennen glaubte, kann mithin als erwiesen gelten, dass M nicht einfach nur nach links abbiegen wollte, sondern ein Wendemanöver begonnen hatte, als es zur Kollision mit dem Roller kam. Die Klägerin bringt keine wesentlichen neuen Tatsachenbehauptungen vor, welche ein Abweichen von diesen Aussagen und der strafrechtlichen Beurteilung rechtfertigen würden.

4.5.1. Da M ein Wendemanöver ausführte, durfte sie den nachfolgenden Rollerfahrer nicht behindern und war verpflichtet, ihm den Vortritt zu gewähren. M schätzte die diesbezügliche Rechtslage offensichtlich falsch ein, gab sie doch anlässlich ihrer untersuchungsrichterlichen Einvernahme an, sie habe das getan, was sie für richtig gehalten habe. Es leuchte ihr nicht ein, dass man sie überholen möchte, wenn sie nach links abbiege (kläg.act. 3/32 Seite 4).

4.5.2. Zudem liess sie es an der erforderlichen Aufmerksamkeit fehlen. Bei der polizeilichen Einvernahme gab sie an, sie habe auf Höhe der Post Langgasse in den Rückspiegel geschaut und einen Rollerfahrer gesehen, der relativ nahe auf sie aufgefahren sei (kläg.act. 3/3 Seite 2). Die Post Langgasse befindet sich etwa 100 Meter vor der Kollisionsstelle. In der untersuchungsrichterlichen Einvernahme, gab sie dann an, sie habe den nachfolgenden Rollerfahrer erst nach der Kollision mit ihrer Fahrertüre bemerkt. M achtete somit offensichtlich nicht mit der genügenden Aufmerksamkeit auf den nachfolgenden Verkehr als sie ihr Fahrzeug nach links einlenkte, um auf die Gegenfahrbahn zu gelangen. Gerade weil sie vor dem Manöver nicht nach links einspurte, sondern sich am rechten Fahrbahnrand befand, musste sie damit rechnen, dass ein Zweirad versuchen könnte, links an ihr vorbeizufahren. Hätte sie korrekt in die Seiten- sowie Rückspiegel geschaut und den Schulterblick durchgeführt, hätte sie den Roller gesehen und der Unfall wäre wohl nicht passiert.

4.6. X sagte in seiner polizeilichen Einvernahme aus, er habe den unfallbeteiligten Wagen vor dem Ereignis nicht bemerkt. Dieser müsse von rechts gekommen sein. Plötzlich habe er gesehen, dass das Fahrzeug quer vor ihm gestanden sei. Zu diesem Zeitpunkt habe der Abstand zu diesem Fahrzeug noch zwei Meter betragen. Er habe versucht, auszuweichen und abzubremsen (kläg.act. 3/4).

4.6.1. Nachdem M den Rollerfahrer bereits auf Höhe der Post Langstrasse hinter sich wahrgenommen hatte und der Zeuge B ausführte, der Rollerfahrer sei hinter dem Personenwagen gewesen, der Abstand zwischen den beiden Fahrzeugen sei immer geringer geworden und der Rollerfahrer sei relativ nahe auf den Personenwagen aufgeschlossen, kann davon ausgegangen werden, dass X zumindest ab Höhe der Post Langgasse hinter dem Personenwagen fuhr und sich der Abstand zwischen den beiden Fahrzeugen fortlaufend verringerte, so dass X spätestens kurz vor dem Wendemanöver zum vorausfahrenden Fahrzeug aufgeschlossen

hatte. Bei gebotener Aufmerksamkeit hätte X auf der schnurgeraden übersichtlichen Strasse ohne weiteres erkennen müssen, dass ein Motorfahrzeug vor ihm fährt. Ebenso hätte er erkennen müssen, dass der Personenwagen seine Fahrt verlangsamte. Aufgrund der durch den Zeugen B anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme unmittelbar nach dem Unfall bestätigten Aussage von M ist zudem davon auszugehen, dass am Personenwagen der linke Blinker gestellt war. Dass der Rollerfahrer gemäss eigener Aussage den vor ihm fahrenden Personenwagen erst zwei Meter vor der Kollision bemerkte und auch dessen Richtungsanzeiger übersah, zeugt von seiner fehlenden Aufmerksamkeit.

4.6.2. Bremst ein Fahrzeuglenker sein Auto auf einer Strasse innerhalb einer Stadt ab bzw. verlangsamt er seine Geschwindigkeit, stellt den Blinker nach links und holt nach rechts aus, schafft er damit eine unklare Verkehrssituation. Aus einem derartigen Verhalten ergibt sich nicht klar, ob der Fahrzeuglenker fälschlicherweise den Blinker nach links anstatt nach rechts gesetzt hat oder ob er zuerst nach rechts ausholt, um daraufhin nach links abzubiegen oder gar ein Wendemanöver durchzuführen. Bei einem allfälligen linksseitigen Überholen dieses Fahrzeuges ist daher höchste Vorsicht angebracht. Im Zweifelsfall hat deshalb ein nachfolgender Fahrzeuglenker seine Geschwindigkeit zu reduzieren oder gar anzuhalten, um eine allfällige Kollision zu vermeiden. Der nachfolgende Fahrzeuglenker hat insbesondere zu beachten, dass ihm ein Vortrittsrecht für ein Überholmanöver nur dann zusteht, wenn der vorausfahrende Fahrzeuglenker ein Wendemanöver durchführen will, nicht aber wenn dieser links abbiegen will. Nur wenn klar erkennbar ist, dass der vorausfahrende Motorfahrzeuglenker ein Wendemanöver einleitet und keine Anzeichen dafür bestehen, dass dieser das Vortrittsrecht anderer Verkehrsteilnehmer missachten werde, darf der nachfolgende Fahrzeuglenker sein Vortrittsrecht ausüben.

Im vorliegenden Fall konnte aufgrund der gegebenen Situation nicht ausgeschlossen werden, dass die Personenwagenlenkerin nicht zum Wenden, sondern zum Linksabbiegen nach rechts ausgeholt hatte. So ist etwa auf den Blättern 2 und 3 des Fotodossiers auf der linken Seite der Fahrbahn ein Vorplatz mit Parkplätzen ersichtlich (kläg.act. 3). Wer auf diesen Vorplatz fahren will, muss an dieser Stelle nach links abbiegen, was es nachfolgenden Fahrzeugen verbieten würde, zu überholen. Der Rollerfahrer durfte somit nicht mit Sicherheit davon ausgehen, er habe den Vortritt, weil die Personenwagenlenkerin ein Wendemanöver durchführen werde. Er machte sich denn offensichtlich diesbezüglich auch keine Gedanken. Vielmehr bemerkte er den gut sichtbaren Personenwagen erst, als dieser zwei Meter vor ihm stand. Aufgrund seiner Unaufmerksamkeit hielt er den notwendigen Abstand zum vorausfahrenden Personenwagen nicht ein und war daher nicht mehr in der Lage, rechtzeitig zu bremsen, sondern versuchte nach links auszuweichen, was ihm jedoch nicht gelang. Dass er angenommen habe, er dürfe vorbeifahren, weil die Personenwagenlenkerin wenden werde, wie dies die Beklagte behauptet, ist zum einen nicht bewiesen. Zum anderen war die Situation zu unübersichtlich, um

ein blosses Abbiegen des Personenwagens ausschliessen zu können, weshalb der Rollerfahrer auch aus diesem Grund auf ein Überholen hätte verzichten müssen.

[...]

4.8. Um die Aufteilung des entstandenen Schadens nach Art. 60 Abs. 2 SVG vornehmen zu können, ist das Verschulden der beteiligten Motorfahrzeughalter zu bestimmen.

Da M links blinkte, nach rechts ausholte und ohne Rücksicht auf das Vortrittsrecht des nachfolgenden Rollerfahrers ein Wendemanöver einleitete, erscheint ihr Verschulden als weit schwerer als dasjenige von X, hat sie doch durch ihre Unachtsamkeit und die Missachtung der Vortrittsregelung die Hauptursache für den Unfall gesetzt. Dieses Verschulden ist dem Fahrzeughalter nach Art. 58 Abs. 4 SVG vollumfänglich wie ein eigenes Verschulden anzurechnen. Demgegenüber erscheint das Verschulden von X insofern als leichter, als er bloss unaufmerksam war, da er den Personenwagen erst sehr spät bemerkte und übersah, dass dieses den linken Blinker gestellt hatte, weshalb er damit rechnen musste, dass ihm der Weg abgeschnitten werden könnte, wenn er links vorbeifahren würde. Unter Würdigung aller Umstände erscheint eine Schadenaufteilung von 75 Prozent zu Lasten des Halters des von M gelenkten Personenwagens und zu 25 Prozent zu Lasten von X als Halter des Rollers als angemessen.

13

Art. 90a Abs. 1 SVG (SR 741.01). Einziehung eines Motorfahrzeugs. Das Fehlen einer ungünstigen Legalprognose beziehungsweise die Gewährung des bedingten Strafvollzugs stehen der gleichzeitigen Einziehung des Motorfahrzeugs entgegen, sofern die Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht (auch) mit der Einziehung begründet wird.

Kantonsgericht, Strafkammer, 21. Januar 2016

Die Staatsanwaltschaft warf dem Beschuldigten vor, in Missachtung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingegangen zu sein, indem er unter anderem mit dem Personenwagen seiner Mutter innerorts mit rund 140 km/h gefahren sei. Das Kreisgericht sprach ihn der mehrfachen qualifiziert groben Verkehrsregelverletzung schuldig. Ausserdem ordnete das Gericht die Einziehung und Verwertung des beschlagnahmten Fahrzeugs sowie die Anrechnung des Verwertungserlöses an die Verfahrenskosten an. Das Kantonsgericht bestätigte die Verurteilung weitgehend.

Aus den Erwägungen:

V.

1. a) Nach Art. 90a Abs. 1 SVG kann der Strafrichter die Einziehung eines Motorfahrzeugs anordnen, wenn damit eine grobe Verkehrsregelverletzung in skrupelloser Weise begangen wurde (lit. a) und der Täter durch die Einziehung von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abgehalten werden kann (lit. b). In der Botschaft wird dazu ausgeführt, die Einziehung stelle einen Eingriff in die von Art. 26 BV geschützte Eigentumsгарantie dar und sei nur in Ausnahmefällen verhältnismässig und gerechtfertigt. Ihre Zulässigkeit hänge stark vom Einzelfall ab. Nicht jede grobe Verkehrsregelverletzung solle automatisch zur Einziehung des Tatfahrzeugs führen (BGE 139 IV 250 E. 2.3.2 mit Verweis auf BBI 2010 S. 8484 f. Ziff. 1.3.2.23).

b) Bei der Frage der Zulässigkeit der Beschlagnahme (Thema der Beschwerde vom 27. Mai 2013) wurden nicht alle Tat- und Rechtsfragen abschliessend geprüft, da die Beurteilung der materiellen Voraussetzungen für die Einziehung dem Sachgericht vorbehalten ist (vgl. BGE 139 IV 250 E. 2.1, BGE 140 IV 133 E. 3.4).

2. a) Jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Das rechtlich geschützte Interesse bezieht sich auf die notwendige Beschwerde unmittelbar und direkt in ihren eigenen Rechten betroffenen Partei (vgl. BSK StPO-Ziegler/Keller, Art. 382 N 1; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 382 N 1 f.).

b) Der Beschuldigte ist durch die Einziehung beschwert und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides. Im Falle der Einziehung würde er unter anderem dadurch beschwert, dass der Wagen dem Haushalt, in dem er lebt, definitiv nicht mehr zur Verfügung steht und er allfällig gegenüber seiner Mutter schadensersatzpflichtig würde, sofern sie Eigentümerin des auf sie gelösten Fahrzeugs wäre (vgl. unten Erw. V.3.c/bb).

3. a) Der Beschuldigte hat sich der qualifizierten groben Verletzung der Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 3 i.V.m. 4 lit. b SVG schuldig gemacht. Die erste Voraussetzung von Art. 90a Abs. 1 lit. a SVG ist damit erfüllt.

b/aa) Sodann muss die grobe Verkehrsregelverletzung in skrupelloser Weise begangen worden sein. Dabei ist ein ähnliches Mass an Rücksichtslosigkeit zu fordern wie beim Tatbestand der Gefährdung des Lebens im Sinne von Art. 129 StGB, welcher das gleiche Tatbestandsmerkmal voraussetzt (Boll, Verkehrsstrafrecht nach der Via Sicura, in: Giger/Seidl [Hrsg.], Strassenverkehr SO/2014, S. 5 ff., S. 8 f.). Gemeint ist damit ein qualifizierter Grad der Vorwerfbarkeit, wegen besonderer Hemmungs- oder Rücksichtslosigkeit des Täters (vgl. BGer 1B_535/2012 E. 4.1).

bb) Die an den Tag gelegte Fahrweise lässt auf eine gesteigerte Hemmungs- oder Rücksichtslosigkeit beim Beschuldigten schliessen. Somit ist auch die zweite Einziehungsvoraussetzung von Art. 90a Abs. 1 lit. a SVG erfüllt.

c/aa) Im Weiteren muss die Einziehung gemäss Art. 90a Abs. 1 lit. b SVG geeignet sein, den Täter von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abzuhalten. Das

urteilende Gericht ist verpflichtet, darüber eine Prognose abzugeben (BGE 140 IV 133 S. 137 E. 3.3 m.w.H.).

bb) Bis zuletzt unklar blieb, wer Eigentümer des auf die Mutter gelösten Fahrzeugs ist, was aber letztlich für die Einziehungsfrage nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist. Der Beschuldigte hat nämlich so oder so Zugang zum Wagen. Mit Blick auf die positive Legalprognose in Bezug auf den bedingten Aufschub der Strafe ist davon auszugehen, dass das Strafverfahren, die verhängte Strafe und die einschneidenden Nebenfolgen beim Beschuldigten einen bleibenden Eindruck hinterlassen werden, so dass eine Einziehung nicht notwendig ist, um ihn von weiteren groben Verkehrsregelverletzungen abzuhalten. Es wäre darüber hinaus auch unverhältnismässig, der Mutter, welche selber über die Fahrbewilligung verfügt, das auf sie gelöste Fahrzeug zu entziehen. Somit ist das Fahrzeug entsprechend dem Antrag der Verteidigung der eingetragenen Halterin herauszugeben.

5 Raumplanung, Baurecht und Gewässerschutz

14

Art. 60 Abs. 1 und Art. 60a Abs. 1 lit. a GSchG (SR 814.20); Art. 14 ff. GSchVG (sGS 752.2). Kommunales Abwasserreglement. Anschlussbeiträge. Die Gemeinde gewährte für eine Tiefkühlagerhalle ohne Wasseranschluss eine Reduktion des ordentlichen Abgabesatzes für den Kanalisationsanschlussbeitrag von 2,4 Prozent um die Hälfte auf 1,2 Prozent des Gebäudeneuwertes, was im Rahmen der Autonomie der Gemeinde angemessen und mit dem Äquivalenzprinzip vereinbar ist. Bei einer anderen Lagerhalle mit nur wenigen sanitären Anlagen sind die Annahme eines Sonderfalls und eine Reduktion des Beitragsansatzes ebenfalls gerechtfertigt. Eine Verletzung des Kostendeckungsprinzips wurde aber nicht dargetan.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 25. August 2016

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist die Höhe der für die neu erstellten Gebäude Vers.Nrn. 2 und 3 geschuldeten Abwasseranschlussbeiträge.

a) Die Rekurrentin macht zur Hauptsache geltend, bei den fraglichen Gebäuden lägen besondere Verhältnisse vor, welche zwingend einen reduzierten Gebäudebeitrag zur Folge hätten. Nach dem Äquivalenzprinzip dürfe eine Abgabe nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen und

müsse sich in vernünftigen Grenzen halten. Bei Industrieanlagen erscheine gemäss Bundesgericht die Bemessung von Anschlussbeiträgen allein nach dem Gebäudeversicherungswert als sachwidrig und unzulässig. In Art. 35 des Abwasserreglements sei daher mit gutem Grund vorgesehen, dass die Beiträge den besonderen Verhältnissen angepasst werden könnten. Dabei handle es sich entgegen dem Wortlaut nicht um eine Kann-Bestimmung, sondern um eine Verpflichtung. Es sei aktenkundig, dass sowohl das Dachwasser sämtlicher Gebäude wie auch das Platzwasser auf dem Areal über Sickermulden entwässert würden. Gemäss Rechtsprechung der Verwaltungsrekurskommission und des Verwaltungsgerichts liege unter solchen Umständen ein Sonderfall vor, der eine unterschiedliche Rechtsfolge, namentlich eine Reduktion um einen Fünftel bis einen Drittel bedinge. Die Tiefkühlagerhalle verfüge sodann weder über ein WC, noch über Duschen, Wasserhahnen oder Hallenbodenentwässerungen, weshalb daraus keine Schmutzwasserableitung in die Gemeindekanalisation erfolge. Das Gebäude habe demnach keinen Sondervorteil aus der Möglichkeit des Anschlusses an die Kanalisation, weshalb von jeglicher Beitragserhebung abzusehen sei. Eine Reduktion von lediglich 50 Prozent erweise sich als ungenügend. Die Vorinstanz habe damit ihre Pflicht zur einzelfalladäquaten Ermessensausübung nicht vollständig wahrgenommen. Die Lagerhalle entspreche von der Kubatur und der Grundfläche her rund 25 bis 30 Einfamilienhäusern. Der mögliche Anfall von Schmutzwasser mit zwei WCs mit Waschbecken, drei weiteren Wasserhahnen und zwei Wasserlöschposten entspreche demgegenüber höchstens einem Einfamilienhaus, weshalb ein Sonderfall vorliege. In einem ähnlichen Fall habe das Bundesgericht eine Reduktion des Anschlussbeitrages auf 30 Prozent als zulässig erachtet. Folglich sei der Gebäudebeitrag für die Lagerhalle auf einen Drittel zu senken. Ansonsten werde gegen das Gleichheitsgebot und das Äquivalenzprinzip verstossen. Eine weitere Reduktion sei allenfalls aufgrund des Kostendeckungsprinzips vorzunehmen. Der Beitragssatz in S sei im Vergleich zu anderen Gemeinden, wo lediglich 12% einverlangt würden, sehr hoch. Trotz entsprechender Aufforderung habe ihr die Vorinstanz keine Investitionsrechnung zukommen lassen.

Dem hält die Vorinstanz entgegen, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung habe die Höhe der Abgabe nicht genau dem Wert der staatlichen Leistung zu entsprechen. Es müsse nicht zwingend eine strenge Proportionalität zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen. Die Gemeindeautonomie sei in Bundes- und Kantonsverfassung grundsätzlich gewährleistet. Art. 20 ff. des kantonalen Gewässerschutzgesetzes berechtere die Gemeinden, von den Grundeigentümern Beiträge zu erheben, und räume ihnen einen grossen Spielraum dabei ein. Auf die Art des Gebäudes könne nicht abgestellt werden, da die Gemeinde beim Bau der Kanalisation nicht auf die je nach den Bedürfnissen wechselnde Verwendung eines Gebäudes abstelle, sondern das Kanalisationsnetz aufgrund der möglichen Höchstbelastung konzipiert werden müsse. Der Baukostenbeitrag sei – vorbehältlich einer allfälligen Gebäudevergrößerung – einmalig und könne bei einer Erhöhung des Wasserverbrauchs nicht angepasst werden. Es liege sodann in der Autonomie der Gemeinde, bei der Anwendung

von Sonderfällen Ermessensentscheide zu fällen. Was das Kostendeckungsprinzip angehe, müsse die Rekurrentin einen Verstoß dagegen im Einzelnen nachweisen. Aus den laufenden Abwasserrechnungen sei indessen ersichtlich, dass die jährlichen Einnahmen vollumfänglich innerhalb der Kostenstelle Verwendung fänden und trotzdem noch ein grosser Abschreibungsbedarf bestehe. Eine Reduktion zufolge fehlender Einleitung des Meteorwassers in die Kanalisation werde in Art. 35 Abs. 2 des Abwasserreglements explizit ausgeschlossen.

b) Die Rekurrentin beantragt für ihr Grundstück Nr. 1 mit den Gebäuden Vers.Nrn. 2 und 3 eine Reduktion der einmaligen Beiträge für den Anschluss an die Kanalisation bzw. die Möglichkeit dazu. Im Rekurs wird zu Recht nicht bestritten, dass das Abwasserreglement der Gemeinde S, das von der Vorinstanz am 12. Januar 2004 beschlossen, vom 21. Januar bis 19. Februar 2004 dem fakultativen Referendum unterstellt sowie am 26. Februar 2004 vom Baudepartement des Kantons St. Gallen genehmigt worden ist (nachfolgend: Abwasserreglement), die Anforderungen an die Erhebung von einmaligen Beiträgen in formeller Hinsicht erfüllt. In materieller Hinsicht sind sich die Rekursbeteiligten zu Recht einig, dass die Erstellung der Lagerhalle Vers.Nr. 2 und deren Anschluss an die öffentlichen Abwasseranlagen grundsätzlich die Pflicht zur Leistung eines Anschlussbeitrages auslöst. Dasselbe gilt für die Tiefkühlagerhalle Vers.Nr. 3, die zwar nicht an die Kanalisation angeschlossen ist, die Möglichkeit dazu jedoch vorhanden ist, was nach Art. 33 des Abwasserreglements für die Beitragserhebung genügt. In tatsächlicher Hinsicht steht sodann fest, dass die Lagerhalle Vers.Nr. 2 über zwei WCs mit Waschbecken, drei weitere Wasserhähnen und zwei Wasserlöschposten verfügt, die Tiefkühlagerhalle nicht an die Kanalisation angeschlossen ist und sämtliches Meteorwasser beider Gebäude in Sickermulden geführt wird. Ein Augenschein erübrigt sich daher.

c) Die Organisation der öffentlichen Abwasserentsorgung obliegt schwerkemwichtig den Gemeinden. Die Kostenüberwälzung erfolgt mittels Kausalabgaben, namentlich einmaligen Anschlussbeiträgen und wiederkehrenden Benutzungsgebühren. Erstere tragen zur Deckung der vom Gemeinwesen bereits in die öffentliche Abwasserentsorgungsinfrastruktur getätigten Investitionen bei. Dagegen decken die Benutzungsgebühren vornehmlich die laufenden und künftigen Kosten der Abwasserentsorgung (H.W. Stutz, Schweizerisches Abwasserrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 192 f.).

Kanalisationsanschlussbeiträge stellen Vorzugslasten dar, die als öffentliche Abgaben einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Der Gesetzgeber hat dabei Subjekt, Objekt und Höhe der Abgabe in einem formellen Gesetz zu verankern. Kommunale Erlasse sind einem formellen Gesetz gleichgestellt, wenn sie von der nach dem kantonalen Recht ermächtigten Gemeindelegislative beschlossen wurden oder wenn der Erlass der Gemeindeexekutive dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstand. Eine Blankodelegation an die Gemeindeexekutive zur Festsetzung von öffentlichen Abgaben vermag dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage nicht zu genügen. Weder das Kostendeckungs- noch das Äquivalenzprinzip vermögen eine wirksame Begrenzung der Gebühren und Beiträge sicherzustellen, wo es um die

Finanzierung von kommunalen Ver- und Entsorgungsanlagen mit offenem Benutzerkreis und nicht klar abgrenzbaren Kosten geht (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C_67/2015 vom 12. November 2015 E. 2.1; P.Karlen, Die Erhebung von Abwasserabgaben aus rechtlicher Sicht, in: URP 1999/6, S. 543).

Nach Art. 60 Abs. 1 GSchG haben die Kantone dafür zu sorgen, dass die Kosten für Bau, Betrieb, Unterhalt, Sanierung und Ersatz der Abwasseranlagen mit Gebühren oder anderen Abgaben den Verursachern überbunden werden. Bei der Ausgestaltung der Abgabe sind unter anderem die Art und die Menge des erzeugten Abwassers zu berücksichtigen (Art. 60a Abs. 1 lit. a GSchG). Das Verursacherprinzip gilt an sich auch für den einmaligen Anschlussbeitrag, doch dürfen für dessen Berechnung auch andere kausalabgaberechtliche Grundsätze berücksichtigt werden. Da der Anschlussbeitrag als im Grundsatz einmalige Abgabe konzipiert ist, welche beim Anschluss eines neu erstellten Gebäudes oder Gebäudeteiles an die öffentliche Abwasserentsorgung erhoben und aufgrund der in diesem Zeitpunkt bekannten Faktoren bemessen werden muss, sind einem alleinigen Abstellen auf den künftigen Abwasseranfall schon dadurch Grenzen gesetzt, dass das tatsächliche Mass der Inanspruchnahme der öffentlichen Abwasseranlagen einerseits noch gar nicht feststeht und andererseits die einer allfälligen Schätzung zugrundeliegende Annahme mögliche spätere Änderungen der ursprünglichen Nutzung, welche allenfalls ohne Auslösung eines zusätzlichen Anschlussbeitrages den Abwasseranfall zu beeinflussen vermögen, nicht erfassen kann. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es daher zulässig, beim Abwasseranschlussbeitrag auf andere sachbezogene, nicht allein auf dem Verursacherprinzip gründende Bemessungskriterien wie etwa die anrechenbaren Geschossflächen oder die Gebäudeversicherungswerte abzustellen, da diese einen zwar pauschalen, aber im Normalfall einigermaßen verlässlichen Massstab zur Ermittlung des dem Grundeigentümer aus dem Anschluss erwachsenden Vorteils bilden (BGer 2C_101/2007 vom 22. August 2007 E. 4.2 und 4.3). Es ist daher zulässig, den Anschlussbeitrag nicht nach der effektiv aktuellen Nutzung, sondern nach jenen Parametern zu bemessen, welche aufgrund planungsrechtlicher Vorgaben für die Dimensionierung der Abwasseranlagen massgebend waren. Zum obligatorischen primären Bemessungsfaktor wird die tatsächlich erzeugte Abwassermenge aufgrund des Verursacherprinzips erst bei den periodischen Entsorgungsgebühren (BGer 2C_101/2007 vom 22. August 2007 E. 4.2).

Das Äquivalenzprinzip stellt die gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips nach Art. 5 Abs. 2 BV und des Willkürverbots nach Art. 9 BV dar; es hat demnach Verfassungsrang. Das Äquivalenzprinzip besagt, dass die Höhe der Abgabe in einem angemessenen Verhältnis zur Leistung, in deren Genuss die abgabepflichtige Person kommt, stehen muss (vgl. statt vieler F.Uhlmann, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Kausalabgaben, Bern 2015, S. 89f. mit Hinweisen). Der einmalige Anschlussbeitrag für Abwasser bildet als Verwaltungsgebühr die Gegenleistung des Bauherrn für die Gewährung des Anschlusses der Baute an die vom

Gemeinwesen erstellten und betriebenen Entsorgungsanlagen. Nach feststehender Rechtsprechung dürfen sich Anschlussbeiträge nach dem Mass des Vorteils richten, welcher dem Grundeigentümer aus der Abwasserentsorgung des Gebäudes erwächst. Dabei müssen bei der Bemessung der Anschlussgebühren aber nicht alle Umstände berücksichtigt werden, die im konkreten Fall das Mass der künftigen Inanspruchnahme der Wasserversorgung oder Abwasserbeseitigung beeinflussen. Eine gewisse Schematisierung ist zulässig (BGer 2C_722/2009 vom 8. November 2010 E. 3.2 und 2C_816/2009 vom 3. Oktober 2011 E. 5.1 mit Hinweisen). Bei Wohnbauten bringt der Gebäudeversicherungswert diesen Vorteil regelmässig zuverlässig zum Ausdruck, ohne dass zusätzlich auf das Mass der mutmasslichen Inanspruchnahme der Versorgungs- bzw. Entsorgungsnetze abgestellt werden müsste. Eine Abweichung von einer derartigen schematischen Berechnung ist allerdings dann geboten, wenn eine Gewerbe- oder Industriebaute einen ausserordentlich hohen oder niedrigen Wasserverbrauch bzw. Abwasseranfall aufweist, nicht aber generell bei Gewerbe- und Industriebauten (vgl. BGer 2C_722/2009 vom 8. November 2010 E. 3.3; BGer 2P232/2006 vom 16. April 2007 E. 3.1, 3.4).

d) Für Bauten und Anlagen auf einem Grundstück, das an die öffentliche Kanalisation angeschlossen werden kann, ist ein einmaliger Gebäudebeitrag von 24% des Neuwertes zu bezahlen (Art. 33 Abs. 1 des Abwasserreglements). Der Neuwert wird nach dem Gesetz über die Gebäudeversicherung bestimmt (Art. 33 Abs. 2 des Abwasserreglements). Gemäss Art. 35 Abs. 1 des Abwasserreglements kann der Gemeinderat die Gebäudebeiträge in Ausnahmefällen auf entsprechendes Gesuch hin den besonderen Verhältnissen anpassen. Auch in diesen Fällen sind die dem Grundeigentümer durch die öffentlichen Abwasseranlagen entstehenden Vorteile und die Aufwendungen für diese Anlagen grundsätzlich zu berücksichtigen. Der Umstand, dass auf einem Grundstück anfallendes, nicht verschmutztes Abwasser nicht über die öffentlichen Abwasseranlagen beseitigt werden darf, rechtfertigt allein noch keine Reduktion des Gebäudebeitrages (Art. 35 Abs. 2 des Abwasserreglements). Sonderfälle sind nach Abs. 3 insbesondere Gewerbe- und Industriebetriebe, die eine ausserordentlich hohe oder tiefe Abwassermenge oder frachtmässige Belastung aufweisen (lit. a) sowie Kirchen oder Kapellen (lit. b).

aa) Die Rekurrentin macht einerseits geltend, da sie das Meteorwasser vor Ort versickern lasse und nicht in die Kanalisation einleite, liege ein Sonderfall vor, der eine unterschiedliche Rechtsfolge, namentlich eine Reduktion um einen Fünftel bis einen Drittel bedinge. Sie nimmt damit Bezug auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Sondervorteil, der mit der Beitragsleistung abgegolten werde, sich auf die jederzeit gesicherte schadhlose Ableitung und Reinigung des auf dem Grundstück anfallenden Schmutzwassers wie auch auf die gewährleistete Ableitung des Meteorwassers beziehe. Umfasse der Anschluss an die Kanalisation lediglich die Möglichkeit zur Ableitung des Schmutzwassers, rechtfertige sich die Annahme eines Sonderfalls und demzufolge die Reduktion des Beitrages (vgl. GVP 2009 Nr. 39 E. 2.4).

Nach Art. 7 Abs. 2 GSchG ist nicht verschmutztes Abwasser nach den Anordnungen der kantonalen Behörde versickern zu lassen. Erlauben die örtlichen Verhältnisse dies nicht, so kann es in ein oberirdisches Gewässer eingeleitet werden; dabei sind nach Möglichkeit Rückhaltmassnahmen zu treffen, damit das Wasser bei grossem Anfall gleichmässig abfließen kann. Nach Art. 3bis GSchVG bewilligt die politische Gemeinde das Versickernlassen von nicht verschmutztem Abwasser, sofern keine der in jener Bestimmung genannten Ausnahmen vorliegt.

Gemäss Baubewilligung für die Erstellung der zwei Lagerhallen vom 23. August 2010 ist das Grundstück Nr. 1, auf welchem sich diese befinden, mit einer Schmutzwasserleitung erschlossen. Die Lagerhalle Vers.Nr. 2 ist an die Schmutzwasserentsorgung angeschlossen, während für die Tiefkühlagerhalle Vers.Nr. 3 die Möglichkeit dazu besteht. Das Meteorwasser der beiden Gebäude wird über Sickermulden entwässert, welche auf Kosten der Rekurrentin erstellt wurden. Die Versickerung von nicht verschmutztem Abwasser stellt seit 1992 den Regelfall dar, sofern es aufgrund der örtlichen Gegebenheiten möglich ist. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass bei Neubauten das nicht verschmutzte Meteorwasser in der Regel von Gesetzes wegen vor Ort auf dem Grundstück zu versickern lassen ist. Eine rechtsungleiche Behandlung im Vergleich zu anderen Grundeigentümern liegt daher nicht vor. Dass damit zwingend höhere Kosten verbunden sind, als wenn das Meteorwasser nach dem Trennsystem in eine separate Meteorwasserleitung entwässert wird, steht zudem nicht fest. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine Differenzierung zwischen verschmutztem und unverschmutztem Abwasser bei den periodischen Benützungsgebühren geboten erscheinen, nicht aber beim – im Grundsatz als einmalige Abgabe konzipierten – Anschlussbeitrag (BGer 2C_1054/2013 vom 20. September 2014 E. 6.3). Hinzu kommt, dass mit Art. 35 Abs. 2 des Abwasserreglements, welcher vom Gemeinderat am 8. Februar 2010 erlassen und vom 17. Februar bis 18. März 2010 dem fakultativen Referendum unterstellt worden ist, eine formelle gesetzliche Grundlage besteht, wonach exakt diese Konstellation keinen Grund für eine Reduktion des Gebäudebeitrages darstellt. Eine Reduktion der Anschlussbeiträge für die Gebäude Vers.Nrn. 2 und 3 rechtfertigt sich aus diesem Grund daher nicht.

bb) Die Rekurrentin bringt andererseits vor, sowohl die Lagerhalle als auch die Tiefkühlagerhalle verursachten einen im Verhältnis zum Gebäudeversicherungswert sehr geringen bzw. gar keinen Schmutzwasseranfall. Wie eingangs dargelegt, ist bei der einmaligen Beitragserhebung indessen nicht auf den tatsächlichen, sondern auf den möglichen Abwasseranfall eines Gebäudes während dessen Lebenszeit abzustellen, und zwar auf Spitzenwerte ausgelegt. Mitberücksichtigt werden darf auch eine potentielle zukünftige Nutzung. Deshalb kann es grundsätzlich nicht auf die aktuelle Situation (z.B. intern bestehendes eigenes Wasseraufbereitungssystem) ankommen; massgebend ist, dass die öffentliche Infrastruktur sowohl für den Wasserbezug wie auch die Abwasserbeseitigung zur Verfügung gestellt wird (BGer 2C_1045/2013 vom 20. September 2014, E. 6.3 mit Hinweisen). Die Rekurrentin hat daher das Recht wie

auch die Möglichkeit, die Tiefkühlagerhalle jederzeit an die Kanalisation anzuschliessen, was – sofern damit keine Wertvermehrung verbunden ist – keinen erneuten Anschlussbeitrag auslösen würde. Der Antrag, für jenes Gebäude überhaupt keinen Anschlussbeitrag zu verfügen, ist daher abzuweisen.

Das Verwaltungsgericht hat bezüglich Industrie- und Gewerbebetrieben erwogen, unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit gehe es nicht an, solche Betriebe allgemein als Sonderfall zu verstehen. Ein Sonderfall komme nur dann in Frage, wenn die Beitragsfestsetzung einen Betrieb betreffe, der im Vergleich zu anderen gleichartigen Betrieben besondere Verhältnisse aufweise (GVP 1992 Nr. 8). Unter die erwähnten Ausnahmen mit einem überdurchschnittlich tiefen Wasserverbrauch oder Abwasseranfall fallen z.B. Lagerhallen, die ausschliesslich eine WC-Anlage und einen unbedeutenden Wasseranschluss aufweisen (VRKE I/2-2012/74 vom 25. September 2013 E. 1.b, in: www.gerichte.sg.ch). Davon geht auch das Bundesgericht aus, indem es eine Abweichung von der schematischen Bemessung in Anwendung des Äquivalenzprinzips dann als geboten erachtet, wenn – wie dies etwa bei Industriebauten der Fall sein könne – die Baute einen ausserordentlich hohen oder ausserordentlich niedrigen Wasserverbrauch aufweise (vgl. BGer 2C_722/2009 vom 8. November 2010 E. 3.3). Genau mit dieser Formulierung wird auch in Art. 35 Abs. 3 lit. a des Abwasserreglements der Sonderfall umschrieben, welcher eine Anpassung des Beitrags rechtfertigt. Liegt ein solcher Sonderfall vor, so ist die Vorinstanz aufgrund des verfassungsmässig garantierten Äquivalenzprinzips verpflichtet, eine Reduktion vorzunehmen. Daran vermag die Kann-Bestimmung in Art. 35 des Abwasserreglements nichts zu ändern.

Im Einspracheverfahren hat die Vorinstanz den Beitrag für die Tiefkühlagerhalle, von welcher derzeit überhaupt kein Schmutzwasser anfällt, auf 50 Prozent reduziert. Damit hat sie einen Sonderfall im Sinn von Art. 35 Abs. 3 des Abwasserreglements anerkannt. Dass das Bundesgericht eine reglementarische Bestimmung, welche für Lagerhallen ab einem bestimmten Volumen eine Reduktion auf 30 Prozent vorsah, im einem anderen Fall als angemessen erachtete (vgl. BGer 2C_101/2007 vom 22. August 2007 E. 4.4), bedeutet nicht zwingend, dass vorliegend dieselbe Reduktion angewendet werden müsste. Auch wenn das kantonale Recht einige Vorgaben für die Bemessung und Erhebung der Abwasseranschlussbeiträge enthält, verbleibt den Gemeinden in diesem Bereich eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit. Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet (Art. 50 Abs. 1 BV und Art. 89 KV). Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen (BGer 2P45/2005 vom 30. Juni 2005 E. 2.1). Nach Art. 51 Abs. 1 BauG erheben die Gemeinden von den Grundeigentümern im Rahmen des

ihnen zukommenden Sondervorteils Beiträge an die Erschliessung. Nähere Angaben über die Verteilung der Kosten auf die verschiedenen Abwassererzeuger enthält das kantonale Recht ebenso wenig wie das eidgenössische Gewässerschutzgesetz, welches in Art. 60a lediglich entsprechende Grundsätze aufstellt und den Kantonen einen breiten Spielraum in der Umsetzung belässt (vgl. dazu die Botschaft in BBl 1996 IV S. 1223 und 1229f.; BGE 128 I 46 E. 1b/cc S. 50f.). Im Kanton St. Gallen ist eine diesen Anforderungen entsprechende Regelung der Finanzierung von Bau- und Betriebskosten der Abwasseranlagen im kommunalen Recht vorzusehen (vgl. Art. 14ff. GSchVG). Damit verbleibt den st. gallischen Gemeinden im Rahmen des eidgenössischen und des kantonalen Rechts bei der Ausgestaltung der betreffenden Erlasse ein weiter Gestaltungsspielraum, für den sie den Schutz der Gemeindeautonomie beanspruchen können (BGer 2P45/2003 vom 28. August 2003 E. 2.2 für den Kanton Graubünden, wo eine ähnliche Regelung gilt, sowie BGer 2P58/1999 vom 15. Juni 1999, E. 2a). Aufgrund der geltenden Rechtslage ist das in GVP 1982 Nr. 37 publizierte Urteil nicht mehr von entscheidender Bedeutung. Nach Art. 46 Abs. 2 VRP ist im Bereich der Gemeindeautonomie im Rekursverfahren keine Überprüfung auf Unangemessenheit, sondern lediglich eine solche auf Rechtsverletzungen wie Ermessensmissbrauch sowie Ermessensüber- oder -unterschreitung möglich. Von einer solchen Rechtsverletzung kann vorliegend aber nicht gesprochen werden. Die Reduktion um die Hälfte trägt den Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht zuletzt angesichts der zulässigen Schematisierung hinreichend Rechnung und ist mit dem Äquivalenzprinzip vereinbar.

In der anderen Lagerhalle fällt aufgrund ihres Zwecks nicht viel Abwasser an. Sie verfügt lediglich über wenige sanitäre Anlagen. Im Vergleich dazu sind das Gebäudevolumen und der Gebäudewert jedoch hoch. Auch diese Lagerhalle stellt daher aufgrund der tiefen Abwassermenge einen Sonderfall im Sinn von Art. 35 Abs. 3 des Abwasserreglements dar, der zwingend nach einer Anpassung verlangt. Eine Reduktion um 50 Prozent erweist sich deshalb auch hier als gerechtfertigt. Der Anschlussbeitrag für die Lagerhalle ist daher auf Fr. 18'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu senken (12% von Fr. 1'500'000.–).

cc) Die Rekurrentin rügt sodann eine Verletzung des Kostendeckungsprinzips. Dieses besagt, dass die Höhe des Gesamtertrages die Gesamtkosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht oder nur geringfügig übersteigen darf (vgl. Uhlmann, a.a.O., S. 94). Bei Anschlussbeiträgen und -gebühren, wo die Kosten für den Bau und die Amortisation von Leitungen und Anlagen in der Regel über eine längere Zeit und oft ungleichmässig anfallen, kann sich das Kostendeckungsprinzip nur auf eine entsprechend lange Zeitdauer beziehen. Den Gemeinden ist bei der Schätzung der künftigen Einnahmen und Ausgaben ebenfalls ein gewisser Spielraum zuzugestehen. Es kann von ihnen nicht verlangt werden, dass sie Anschlussbeiträge und -gebühren angesichts eintretender Schwankungen immer wieder korrigieren. Art. 60a Abs. 1 lit. d GSchG sieht zudem mit Blick auf künftige Investitionen die Bildung von Reserven vor. Eine möglichst kontinuierliche Abgabe-

regelung erscheint auch aus Gründen der Rechtsgleichheit geboten. Ein Verstoß gegen das Kostendeckungsprinzip liegt daher nur vor, wenn die erhobenen Abgaben auch bei vorsichtiger Beurteilung des künftigen Finanzbedarfs als übersetzt erscheinen (Urteil des Verwaltungsgerichts B 2013/15 vom 11. März 2014 E. 4, in: www.gerichte.sg.ch).

Die Gebühren und Beiträge dienen zur Deckung der Kosten für Erstellung, Betrieb, Sanierung, Instandsetzung sowie Erneuerung der öffentlichen Abwasseranlagen (Art. 22 des Abwasserreglements). Innerhalb des Gemeindehaushalts wird eine Spezialfinanzierung geführt. Dem Einsprache-Entscheid ist zu entnehmen, dass die Gemeinde S bei einer Einwohnerzahl von rund 5300 über ein kostenaufwendiges Kanalisationsnetz von mehr als 70 km, verteilt auf fünf Dörfer, verfügt. Im Jahr 2012 wurde die ARA für knapp Fr. 14 Mio. erneuert. Auch in den kommenden Jahren stehen namhafte Investitionen an. Ferner besteht zusätzlich hoher Abschreibungsbedarf. Unter diesen Umständen ist eine Verletzung des Kostendeckungsprinzips nicht ersichtlich.

15

Art. 3 Abs. 2, Art. 9 Abs. 1 und Art. 61 BauG (sGS 731.1). Der Staat wahrt den nötigen Ermessensspielraum der Politischen Gemeinden bei der Orts- und Regionalplanung. Er hat den kommunalen Entscheid zu respektieren, wenn der Plan beziehungsweise der Erlass den massgebenden Rechtsnormen entspricht und zweckmässig sowie sachgerecht ist. Das Baureglement enthält für alle Zonenarten Vorschriften über die Vollgeschosszahl, die Gebäudehöhe, die Firsthöhe, den kleinen und den grossen Grenzabstand sowie die Gebäudelänge und den Mehrlängenzuschlag. Die Nutzungsintensität muss nicht zwingend mit Verhältniszahlen im Sinn von Art. 61 BauG geregelt werden. Die Politische Gemeinde hat ihr Planungsermessen zweckmässig und sachgerecht ausgeübt.

Verwaltungsgericht, 26. Oktober 2016

Das neue Baureglement (BauR) der Politischen Gemeinde X sieht unter anderem einen Verzicht auf die Ausnutzungsziffer (AZ), in der WG2 eine Erhöhung der Gebäudehöhe von 7,5 auf 8 m und eine Vergrösserung der Gebäudelänge von 30 m auf 35 m vor. Der Gemeinderat wies eine von einem Grundeigentümer dagegen erhobene Einsprache, das Baudepartement den dagegen erhobenen Rekurs ab. Das Verwaltungsgericht weist die gegen den Rekursentscheid des Baudepartements erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1. Der Verzicht auf die AZ ist nach der Auffassung des Beschwerdeführers für eine Gemeinde wie X nicht tragbar; gerade in Einfamilienhaus-Quartieren führe dies zu einer massgeblichen Veränderung des Ortsbildes.

4.2. Im Bereich der Nutzungsplanung steht der Planungsbehörde ein weitreichender Ermessensspielraum zu. Insbesondere lässt sich aus den Planungszielen und -grundsätzen des Bundesrechts (Art. 1 und Art. 3 RPG) kein Anspruch des Einzelnen auf Erlass bestimmter planerischer Massnahmen ableiten. Dagegen unterliegt die Frage des vollständigen Einbezugs der massgeblichen Einzelaspekte in die Interessenabwägung im Rahmen der Planung grundsätzlich der Rechtskontrolle (vgl. GVP 1996 Nr. 12; VerwGE B 1999/6 vom 16. März 2000). Ein Ermessens- beziehungsweise Beurteilungsspielraum steht der Planungsbehörde aber namentlich dort zu, wo es um die Wertung bzw. Gewichtung der einzelnen Grundsätze geht. Erst eine deutlich unsorgfältige Interessenabwägung stellt eine Rechtsverletzung dar und unterliegt der Rechtskontrolle (vgl. statt vieler P.Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl. 2016, S. 91 f.). Trägerin der Ortsplanung ist grundsätzlich die Politische Gemeinde (Art. 2 Abs. 1 BauG). Art. 3 Abs. 2 BauG bestimmt in diesem Zusammenhang, dass dem Staat in allen Belangen der Raumplanung die Rechts- und Ermessenskontrolle zusteht, dass er aber den nötigen Ermessensspielraum der Politischen Gemeinden bei der Orts- und Regionalplanung wahrt. Dies bedeutet, dass der Staat den kommunalen Entscheid zu respektieren hat, wenn der Plan beziehungsweise der Erlass den massgebenden Rechtsnormen entspricht und zweckmässig sowie sachgerecht ist. Nach Art. 61 Abs. 1 VRP ist das Verwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren zur Kontrolle von Rechtsverletzungen befugt. Die Ermessenskontrolle ist ihm hingegen verwehrt (Art. 61 Abs. 1 und Abs. 2 VRP).

4.3. Die Ortsplanung und die örtliche Baupolizei sind Sache der Politischen Gemeinde. Diese ist befugt, im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen öffentlich-rechtliche Bauvorschriften zu erlassen (Art. 2 Abs. 1 BauG). Nach Art. 4 BauG stellt die Politische Gemeinde durch die Ortsplanung die zweckmässige Nutzung des Bodens sowie die geordnete Besiedlung und die bauliche Entwicklung des Gemeindegebietes sicher. Das Baureglement enthält unter Vorbehalt der Gesetzgebung des Bundes und des Kantons für das gesamte Gebiet der Politischen Gemeinde öffentlich-rechtliche Bauvorschriften (Art. 8 BauG). Kommunale Vorschriften dürfen somit nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen erlassen werden.

In Bezug auf die AZ enthält Art. 61 BauG eine Legaldefinition, von der die Politischen Gemeinden nicht abweichen dürfen. Das BauG verpflichtet indessen die Politischen Gemeinden nicht, für die einzelnen Zonenarten eine AZ festzulegen. Die Nutzungsintensität (Art. 9 Abs. 1 BauG), das heisst die Baudichte beziehungsweise die Nutzung der Grundstücke muss nicht zwingend mit Verhältniszahlen nach Art. 61 BauG geregelt werden. Die Nutzungsintensität kann auch durch die sogenannten primären Bauvorschriften wie Vorschriften über Abstände (Grenz- und Gebäudeab-

stände), Geschossezahl, Gebäudehöhe, Gebäudelänge und -breite festgelegt werden (Heer, a.a.O., Rz. 660 mit Hinweisen). In Bezug auf die Nutzungsziffern entspricht die Regelung im Kanton St.Gallen derjenigen im Kanton Aargau. Auch im Kanton Aargau können die Gemeinden Nutzungsziffern festlegen, müssen dies aber nicht (Ch. Häuptli, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, Rz. 5 zu § 50).

Das neue Baureglement enthält in Art. 6 für alle Zonenarten Vorschriften über die Vollgeschosszahl, die Gebäudehöhe, die Firsthöhe, den kleinen und den grossen Grenzabstand sowie die Gebäudelänge und den Mehrlängenzuschlag. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, enthält das neue BauR damit eine ausreichende Dichte an Regelbauvorschriften und ist geeignet, die geordnete Besiedlung des Gemeindegebietes im Sinn von Art. 4 BauG sicherzustellen. Die Politische Gemeinde hat ihr Planungsermessen zweckmässig und sachgerecht ausgeübt. Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz ist diesbezüglich nicht zu beanstanden.

4.4. Der Beschwerdeführer rügt wie bereits vor der Vorinstanz, das Rechtsgleichheitsgebot sei verletzt. Er sei Eigentümer eines Grundstückes in Y mit einer AZ von 0,4, während in X die AZ abgeschafft werden soll.

Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass die Ortsplanung im Kanton St.Gallen allein Sache der Politischen Gemeinde ist, weshalb es auch ausschliesslich ihre eigene Sache ist, Bauvorschriften für ihr Gemeindegebiet zu erlassen (Art. 2 Abs. 1 zweiter Satz BauG). Der Beschwerdeführer setzt sich mit dieser Begründung im angefochtenen Entscheid nicht auseinander. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Erwägung 3.5) verwiesen werden.

5. Im weiteren rügt der Beschwerdeführer die Vergrösserung der Gebäudehöhe in der WG2; die Gebäudelänge wird nicht mehr gerügt.

Weshalb die Erhöhung der Gebäudehöhe von 7,5 auf 8 m planerisch zu beanstanden wäre, legt der Beschwerdeführer in keiner Art und Weise dar. Gemäss der Tabelle zu Art. 7 des Baureglementes vom 27. Februar 2002 beträgt die maximale Gebäudehöhe in der WG2 7,5 m, im neuen BauR ist eine maximale Höhe von 8 m vorgesehen (Tabelle zu Art. 6 BauR). Die Firsthöhe bleibt mit 12 m unverändert, ebenso der kleine und der grosse Grenzabstand (4 bzw. 8 m). Diese geringfügige Änderung liegt im Ermessen des Gemeinderates bzw. der Politischen Gemeinde (Art. 2 Abs. 1 BauG, Art. 3 Abs. 2 zweiter Satz BauG; Art. 2 Abs. 3 RPG). Die geringfügige Erhöhung der Gebäudehöhe um 0,5 m gewährleistet eine bessere Raumnutzung und liegt im Interesse der Erleichterung des verdichteten Bauens (Art. 1 Abs. 2 lit. a^{bis} RPG). Somit erweist sich auch der Einwand des Beschwerdeführers betreffend die Gebäudehöhe in der WG2 als unbegründet.

16

Art. 88 Abs. 1 BauG (sGS 731.1). Unkörperliche administrative Arbeiten wie die Eigentumsübertragung, die Erfüllung der Auflagen für die Baufreigabe, der Beitritt zur Meliorationsgenossenschaft, grundbuchliche Mutationen und Arbeitsvergaben können nicht als Baubeginn beziehungsweise nicht als Bauarbeiten im Sinn von Art. 88 BauG gelten.

Verwaltungsgericht, 24. März 2016

Am 8. Februar 2010 erteilte der Gemeinderat X der J AG die Baubewilligung für den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern mit Tiefgarage auf dem Grundstück Nr. 0 mit verschiedenen Auflagen. Unter anderem verfügte er, dass mit den Bauarbeiten erst begonnen werden dürfe, wenn die Baufreigabe schriftlich erteilt worden sei. Trotz rechtskräftiger Baubewilligung wurde mit der Erstellung der Baute nicht begonnen. Gesuchen, die Baubewilligung zu verlängern, wurde bis 21. Mai 2013 entsprochen. Am 17. Mai 2013 erteilte das Bauamt der Gemeinde X die Baufreigabe unter verschiedenen Vorbehalten. Am 21. Mai 2013 liess die A AG im Einverständnis mit den Grundeigentümern Abhumusierungsarbeiten vornehmen. Mit Kaufvertrag vom 14. Juni 2013 erwarb sie das Grundstück.

Am 8. April 2014 gab die J AG dem Gemeinderat bekannt, dass sie immer noch Inhaberin der Rechte und Pflichten aus der Baubewilligung sei. Sie verzichte auf die Realisierung des Projektes beziehungsweise auf die Baubewilligung und Baufreigabe und ersuche um Löschung derselben. Sie stehe weder mit den früheren Eigentümern noch mit den neuen Eigentümern des Grundstücks Nr. 0 in einem Vertragsverhältnis. Hierauf teilte die Gemeinde X der A AG am 22. April 2014 mit, dass nach Vornahme der Abhumusierungsarbeiten bis heute keine weiteren Arbeiten auf dem Grundstück Nr. 0 mehr erfolgt seien. Folglich sei die Baubewilligung erloschen, weshalb keine Bauarbeiten mehr getätigt werden dürften. Am 8. Mai 2014 liess die A AG Aushubarbeiten auf dem Grundstück Nr. 0 vornehmen, worauf der Gemeindepräsident von X einen sofortigen Baustopp verfügte.

Auf Ersuchen der A AG hin stellte der Gemeinderat am 7. Juli 2014 fest, die Baubewilligung vom 8. Februar 2010 sei wegen Ablaufs der Geltungsdauer erloschen. Sie habe keine rechtliche Wirkung mehr. Die Abhumusierungsarbeiten könnten nicht als Baubeginn beurteilt werden. Den gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs wies das Baudepartement mit Entscheid vom 26. August 2014 ab. Das Verwaltungsgericht weist die von der A AG dagegen erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1. Umstritten ist, ob die Baubewilligung vom 8. Februar 2010 wegen Zeitablaufs erloschen ist. – Die Baubewilligung ist die behördliche Feststellung, dass der

Verwirklichung des Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse im Weg stehen (Art. 87 Abs. 1 des Baugesetzes, sGS 731.1; BauG). Damit wird lediglich festgestellt, dass gegen die beabsichtigte Tätigkeit keine polizeilichen Hindernisse vorliegen (B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 847). Sie erlischt, wenn die Bauarbeiten nicht innert Jahresfrist nach Eintritt der Rechtskraft begonnen werden, wobei sie zweimal um ein Jahr verlängert werden kann (Art. 88 Abs. 1 und 3 BauG). Die Bewilligung ist projektbezogen und muss nicht vom ursprünglichen Gesuchsteller selbst realisiert werden (vgl. VerwGE B 2012/142+147 vom 2. Juli 2013 E. 1.3). Art. 88 Abs. 1 BauG stipuliert im Interesse der Rechtssicherheit eine Verwirkungsfrist. Mit dem unbenützten Ablauf der Frist erlischt die Baubewilligung, womit diese rechtlich keine Wirkung mehr hat (GVP 1998 Nr. 82; Heer, a.a.O., Rz. 870; Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl. 2011, Bd. 1, S. 362; A. Baumann, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, Rz. 4 zu § 65 BauG/AG). Im Baubeginn muss sich der ernsthafte Wille manifestieren, die Baute ohne Verzögerung und unnötige Unterbrechung zu Ende zu führen. Diese Voraussetzung liegt vor, wenn der Bauherr Arbeiten an die Hand genommen hat, die er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach allgemeiner Lebenserfahrung ohne tatsächliche Bauabsicht nicht ausführen würde, oder wenn anzunehmen ist, dass bereits ein Teil des Bauvorhabens ausgeführt ist. Ob diese Voraussetzung eingehalten worden ist, muss im Einzelfall nach allen objektiven und subjektiven Aspekten beurteilt werden, welche zur Überzeugung berechtigen, dass die Bauherrschaft ernsthaft mit den Bauarbeiten begonnen hat und den Bauwillen nicht nur vortäuscht (vgl. Heer, a.a.O., Rz. 873). Blosser Vorbereitungsarbeiten – etwa das Aufstellen der Profile und des Schnurgerüsts, das Aufräumen des Bauplatzes und die Installation der Baubaracken – können ebenso wenig als sichere Anzeichen eines ernsthaften Baubeginns betrachtet werden wie der Spatenstich oder die ersten Erdbewegungen für den Aushub. Gemäss Praxis ist vom Baubeginn auszugehen, sobald Veränderungen vorgenommen wurden, die für sich allein schon baubewilligungspflichtig wären (vgl. Baumann, a.a.O., Rz. 7 zu § 65 BauG/AG). Der Begriff des «Baubeginns» darf indessen nicht allzu eng ausgelegt werden, weil der Verfall der Baubewilligung mit dem Beginn der Arbeiten nicht endgültig abgewendet wird. Trotz rechtzeitigem Baubeginn erlischt die Baubewilligung nachträglich, wenn die Arbeiten länger als ein Jahr eingestellt werden (vgl. Art. 88 Abs. 2 BauG). Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung «ewige Baustellen» verhindern. Solche laufen den Interessen der Öffentlichkeit und der Nachbarn zuwider. Nicht fertiggestellte Bauten beeinträchtigen regelmässig die nachbarliche Nutzung, und eine Baustelle ist auch ästhetisch nicht ansprechend. Massgeblich ist die Unterbrechung der Bauausführung, wenn die Arbeiten für eine längere Zeit vollständig – nicht nur wetter- oder ferienbedingt – unterbrochen werden (Heer, a.a.O., Rz. 874).

2.2. Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid unter anderem fest, für den Bau der am 8. Februar 2010 bewilligten Mehrfamilienhäuser mit Tiefgarage und Zufahrt hätte – wie der Situationsplan deutlich mache – wohl eine Abhumisierung auf

rund drei Vierteln der Grundstücksfläche (ca. 4 500 m²) erfolgen müssen. Allein die Baugrube hätte ein Ausmass von über 2 000 m² aufweisen müssen. Das bloss eintägige Abhumusieren einer Fläche von ca. 1 500 m² könne somit nicht als ernsthafter Wille angesehen werden, den Bau zu beginnen. Durch die Akten und Fotoaufnahme vom 23. April 2014 sei belegt, dass die Bauarbeiten nach der Abhumusierungsaktion nicht fortgeführt, sondern wieder eingestellt worden seien. Bereits elf Monate nach dem Abhumusieren präsentiere sich das Baugrundstück wieder mit einer leichten Grasnarbe. Bei den von der Beschwerdeführerin im Weiteren beschriebenen Arbeiten (Eigentumsübertragung, Erfüllung der Auflagen für die Baufreigabe, Beitritt zur Meliorationsgenossenschaft, grundbuchliche Mutation, Arbeitsvergaben) handle es sich nicht um Bauarbeiten im Sinn von Art. 88 BauG. Sie seien nicht geeignet, den Baubeginn auszulösen und das Erlöschen der Baubewilligung zu verhindern. Die Feststellungsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 7. Juli 2014 sei nicht zu beanstanden.

2.3. Die Beschwerdeführerin wendet ein, sie habe am 21. Mai 2013 sehr wohl mit substantiellen Aushubarbeiten auf dem Grundstück Nr. 0 begonnen. Zum damaligen Zeitpunkt sei den Beteiligten (damalige Grundeigentümer und Beschwerdeführerin) bewusst gewesen, dass das Erlöschen der Baubewilligung mangels Baubeginn dringend verhindert werden müsse. Deshalb habe das Architekturbüro zunächst die Baufreigabe am 17. Mai 2013 unter Auflagen erwirkt. Sie (die Beschwerdeführerin) hätte sonst ja aufgrund einer falschen Zusicherung des Anwalts der Verkäufer die Parzelle Nr. 0 erworben, auf welcher zum Kaufzeitpunkt gar kein baubewilligtes Projekt mehr bestanden hätte. Die Zusicherung der rechtskräftigen Baubewilligung durch die Verkäufer sei *conditio sine qua non* für den Kaufentscheid gewesen. Der Ansicht der Vorinstanz, wonach die Abhumusierungsarbeiten lediglich eine «vortäuschende Massnahme» zur Aufrechterhaltung der Baubewilligung gewesen seien, müsse vehement widersprochen werden. Unmittelbar nachdem sie Mitte Juni (2013) das Grundstück käuflich erworben habe, seien entsprechende Massnahmen zur Realisierung des Baus der beiden MFH vorgenommen worden. Aufgrund der vorgenommenen unkörperlichen, administrativen Arbeiten habe die Beschwerdeführerin ihren Willen, das Grundstück zu überbauen, deutlich und rechtsgenüchlich manifestiert. Entsprechend sei auch die Baubewilligung nicht erloschen. Ein Baubeginn im Sinn von Art. 88 BauG habe im Mai 2013 stattgefunden.

2.4. Die Vorinstanz begründete die Rechtmässigkeit der Feststellungsverfügung vom 7. Juli 2014 nachvollziehbar und überzeugend. Insbesondere kam sie mit Blick auf die in E. 2.1 dargelegte rechtliche Ausgangslage zum zutreffenden Schluss, dass die von der Beschwerdeführerin angeführten unkörperlichen administrativen Arbeiten (Eigentumsübertragung, Erfüllung der Auflagen für die Baufreigabe, Beitritt zur Meliorationsgenossenschaft, grundbuchliche Mutation, Arbeitsvergaben) nicht als Baubeginn beziehungsweise nicht als Bauarbeiten im Sinn von Art. 88 BauG gelten können. Nichts anderes lässt sich mit den von der Beschwerdeführerin eingereichten Bildaufnahmen der damaligen Situation und der

Rechnung der Bauunternehmung für den Aushub belegen. Aus dem Umstand, dass der Rechtsvertreter der damaligen Grundeigentümer am 21. Mai 2013 dem Architekten mitteilte, welche fristwahrenden Arbeiten zulässig seien und welche nicht und der Architekt auf diese Anweisungen vertraute, kann die Beschwerdeführerin – jedenfalls für das vorliegende Verfahren – nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zum einen geht es unbestritten nicht um vertrauensbegründende Anweisungen von Seiten der Bewilligungsbehörde (Beschwerdegegnerin). Zum anderen konnte der Anwalt der Grundstücksverkäufer mit seiner Auskunft/Anweisung keinen Vertrauenstatbestand mit Bindungswirkung für die Bewilligungsbehörde setzen. Das Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den Grundstücksverkäufern beziehungsweise allfällige ausservertragliche Aspekte bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Konkrete weitere Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen unzutreffend ausgeübt oder unzutreffende Sachverhaltsannahmen getroffen hätte, sind nicht ersichtlich. Die vorinstanzlichen Feststellungen hat das Verwaltungsgericht, das nach Art. 61 Abs. 1 VRP nur zur Rechtskontrolle befugt ist, zu respektieren. Eine Ermessenskontrolle steht ihm nicht zu, zumal es konkret auch an einem Anlass dafür fehlen würde.

Ob und welche Auswirkungen der am 8. April 2014 erklärte Verzicht der seinerzeitigen Baugesuchstellerin auf die Baubewilligung und Baufreigabe unter diesen Umständen noch hatte oder haben konnte, kann somit offenbleiben.

6. Abgaben

17

Art. 18 Abs. 1 und Art. 45 Abs. 1 lit. d StG (sGS 811.1). Einem Pflichtigen, der in der Schweiz wohnhaft und sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland unselbständig erwerbstätig ist und der auch sein Einkommen aus Deutschland bei der 1. und 2. Säule in der Schweiz versichern lässt, kann der Abzug für Vorsorgebeiträge nur proportional nach der Höhe der Einkünfte aus dem In- und Ausland gewährt werden.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 16. Februar 2016
(vgl. auch SGE 2016 Nr. 6)*

Aus den Erwägungen:

2. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Rekurrent im Jahr 2013 in der Schweiz Wohnsitz hatte und sowohl in der Schweiz als auch in der Bundesrepublik

Deutschland unselbständig erwerbstätig war. Ebenso ist zu recht nicht streitig, dass die jeweiligen Einkommen in den beiden Ländern getrennt zu versteuern waren. Dies entspricht Art. 15 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (SR 0.672.913.62, abgekürzt: DBA-D). Danach können Gehälter, Löhne und ähnliche Vergütungen, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Person aus unselbständiger Arbeit bezieht, nur in diesem Staat besteuert werden, es sei denn, die Arbeit werde in dem anderen Vertragsstaat ausgeübt. Da der Rekurrent im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. a DBA-D im Jahre 2013 als in der Schweiz ansässig galt, war er dort für das in der Schweiz erzielte Einkommen steuerpflichtig. Die Vergütungen der C GmbH waren hingegen in der Bundesrepublik Deutschland zu versteuern, da dieses Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ansässig war (vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. b DBA-D). Aufgrund der Ansässigkeit war der Rekurrent im Jahre 2013 dem schweizerischen Sozialversicherungsrecht unterstellt. In Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1) wurde festgelegt, dass eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats unterliegt, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt oder bei mehreren Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten haben. Zu prüfen ist, ob die vom Bruttojahreslohn des Pflichtigen (Fr. 180 000.–) nach Schweizer Recht in Abzug gebrachten AHV- und BVG-Beiträge von Fr. 12 726.– und 15 543.– vollständig von dem in der Schweiz steuerbaren Bruttojahresgehalt (Fr. 46 000.–) hätten abgezogen werden müssen oder zu Recht eine Ausscheidung auf die beiden Arbeitsstandorte Schweiz und Deutschland vorgenommen wurde.

3. Gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. d StG werden die nach Gesetz, Statut oder Reglement geleisteten Einlagen, Prämien und Beiträge an die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung und an Einrichtungen der beruflichen Vorsorge von den Einkünften abgezogen. Diese Norm entspricht Art. 9 Abs. 2 lit. d StHG bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG. Steuerpflichtige, die im Kanton nur für einen Teil ihres Einkommens und Vermögens steuerpflichtig sind, entrichten die Steuern für die im Kanton steuerbaren Werte nach dem Steuersatz, der ihrem gesamten Einkommen und Vermögen entspricht; steuerfreie Beiträge werden ihnen anteilmässig gewährt (Art. 18 Abs. 1 StG). Den steuerfreien Beträgen sind in der vorliegenden Streitsache die Abzüge von den Einkünften gleichzusetzen (vgl. StE 2012 B 11.3 Nr. 24 E. 3.1 mit Hinweisen).

a) Die Vorinstanz erwog im Einsprache-Entscheid, bei der Steuerauscheidung würden die abzugsberechtigten Beiträge an die 2. Säule objektmässig verlegt bzw. wie die Gewinnungskosten dem Steuerdomizil zugeschrieben, an dem das entsprechende Erwerbseinkommen besteuert werde. Bei anteiliger Zuschreibung des Erwerbseinkommens würden auch die Beiträge anteilmässig verteilt. Werde die

Erwerbstätigkeit in mehreren Staaten ausgeführt, müssten die Vorsorgebeiträge von den beteiligten Staaten anteilmässig getragen werden, wenn die Vorsorgebeiträge für das gesamte Einkommen in nur einem Staat im Rahmen der gleichen Versicherung geleistet würden; und zwar nach den Regeln über die Besteuerung des Erwerbseinkommens.

Der Rekurrent bringt vor, er habe von seinem Arbeitgeber einerseits Aufgaben für die C Holding AG in D übernehmen müssen, sei aber gleichzeitig als Geschäftsführer der deutschen Tochtergesellschaft in H eingesetzt worden. Da der Geschäftsführer aus Haftungsgründen bei der deutschen Gesellschaft angestellt sein müsse, seien zwei Arbeitsverträge erstellt und die Gehälter entsprechend dem Arbeitsaufwand zwischen der Holding und der deutschen Tochtergesellschaft aufgeteilt worden. Weil sein Lebenszentrum in A gelegen sei, habe man entschieden, grundsätzlich in die schweizerischen Sozialversicherungen einzubezahlen, wie dies bei ihm seit 40 Jahren der Fall gewesen sei. Gleichzeitig habe er eine Befreiung von der deutschen Rentenversicherung erwirken können. In Deutschland seien Vorsorgeabzüge über eine jährlich bestimmte sogenannte Beitragsbemessungsgrenze hinaus nicht möglich. Nach dem Entscheid der Vorinstanz müssten bereits in Deutschland versteuerte Einkünfte in der Schweiz nochmals versteuert werden, was nicht dem Grundsatz des Doppelbesteuerungsabkommens entspreche. Ausserdem seien in der Schweiz sämtliche Beiträge in die Sozialversicherungen steuerbefreit, während deren Leistungen zu versteuern seien. Der Einsprache-Entscheid führe dazu, dass er die Prämien für die Sozialversicherungen sowohl aus versteuerten wie auch aus unsteuerten Beiträgen finanzieren müsse.

b) Art. 46 Abs. 2 BVG ermöglicht es einem bereits bei einer Vorsorgeeinrichtung obligatorisch versicherten Arbeitnehmer, sich bei dieser für den Lohn zusätzlich versichern zu lassen, den er von anderen Arbeitgebern erhält. Voraussetzung dafür ist, dass die reglementarischen Bestimmungen dies nicht ausschliessen. Davon machte der Rekurrent Gebrauch. Er liess sämtliche AHV- und BVG-Beiträge, insgesamt Fr. 2355.75, vom Gehalt der E AG abziehen. Die Beiträge basierten auf einem Monatsgehalt von Fr. 15000.–, davon Fr. 3833.35 für die Tätigkeit bei der E AG und Fr. 11 166.65 für die Geschäftsleitungsfunktion bei der C GmbH. Folglich wurde damit nicht nur das Einkommen aus der Schweiz, sondern auch dasjenige aus Deutschland über die E AG versichert. Werden die Beiträge an die AHV im internationalen Verhältnis nicht nur auf dem schweizerischen, sondern auch auf dem ausländischen Erwerbseinkommen erhoben, ist eine proportionale Zuweisung auf das im Inland und im Ausland erzielte Einkommen vorzunehmen. Für die Beiträge an die berufliche Vorsorge gelten die gleichen Zuteilungsregeln. Deckt eine Versicherung im Rahmen der 2. Säule Einkommen aus mehreren Staaten ab, hat eine proportionale Aufteilung der gesamten Beiträge im Verhältnis der (Netto-) Erwerbseinkommen zu erfolgen (vgl. Züger/von Ah, in: Zweifel/Beusch/Matteotti [Hrsg.], Kommentar zum Internationalen Steuerrecht, Basel 2015, Art. 18 OECD-MA N 81 ff.; StE 2012 B 11.3 Nr. 24 E. 3.1). Es ist den Rekurrenten zuzustim-

men, dass es dadurch im internationalen Verhältnis zu einer Ungleichbehandlung kommen kann, wenn der andere Staat Abzüge nicht im selben Umfang zulässt wie die Schweiz. Der Bundesrat führte dazu in der Stellungnahme zu der am 29. April 2014 von der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben eingereichten Motion «Berücksichtigung von allgemeinen Abzügen und Sozialabzügen bei im Ausland beschränkt steuerpflichtigen Personen» aus, die Schweiz sei im vorliegenden Zusammenhang bestrebt, im internationalen Verhältnis eine Gleichbehandlung der Steuerpflichtigen hinsichtlich der Beiträge an die Vorsorge unabhängig von der Ansässigkeit in ihren DBA sicherzustellen. Sie habe dazu in den letzten Jahren mit einigen Staaten eine entsprechende Regelung getroffen, so in Art. 18 Abs. 2 DBA mit Rumänien (SR 0.672.966.31). Der Quellenstaat sei nach diesen Bestimmungen jedoch nicht verpflichtet, Abzüge zu gewähren, die über die in seinem nationalen Steuerrecht vorgesehenen Abzüge hinausgingen (vgl. Curia Vista, Geschäftsdatenbank der Bundesversammlung, Motion 14.3299, unter: www.parlament.ch). Im DBA-D ist keine derartige Regelung enthalten. Der Umstand, dass die Beitragsbemessungsgrenze bzw. der maximale Abzug in Deutschland für das Jahr 2013 auf Fr. 8180.– festgelegt wurde – wie die Rekurrenten ausführten –, berechnete die Pflichtigen demnach nicht, die AHV- und BVG-Beiträge gestützt auf das DBA-D in vollem Umfang in der Schweiz in Abzug zu bringen. Im Übrigen ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beiträge vollumfänglich in der Schweiz zum Abzug zugelassen werden sollten, wenn auch in Deutschland entsprechende Abzüge geltend gemacht werden können. Vor diesem Hintergrund nahm die Vorinstanz zu Recht eine proportionale Aufteilung der gesamten Beiträge vor. Sie legte dieser die in Deutschland und der Schweiz erzielten Bruttolöhne von Fr. 140907.– und Fr. 46000.– zugrunde und errechnete so ein Verhältnis von 75,39 Prozent (Deutschland) zu 24,61 Prozent (Schweiz). In dieser Relation wurden die strittigen Beiträge von insgesamt Fr. 28269.– von den Einkünften in der Schweiz und in Deutschland korrekt in Abzug gebracht. Somit ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist.

18

Art. 33 Abs. 1 lit. a und Art. 35 Abs. 3 StG (sGS 811.1); Art. 20 Abs. 1 lit. a und Art. 22 Abs. 3 DBG (SR 642.11). Die Besteuerung der Kapitalleistung beim Rückkauf einer mit Einmalprämie finanzierten Lebensversicherung (lebenslängliche Einzelrentenversicherung) im Umfang von 40 Prozent mit einem privilegierten Satz ist rechtmässig. Die Einmalprämie wurde zwar aus versteuertem Einkommen geleistet, doch wird bei der Rückzahlung auch ein Ertragsanteil erfasst.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 27. September 2016

Aus den Erwägungen:

3. Streitig ist die Besteuerung der dem Rekurrenten und Beschwerdeführer am 24. November 2015 zugeflossenen Kapitalleistung in der Höhe von Fr. 860'397.50.

a) Die Vorinstanz erwo, der vom Pflichtigen abgeschlossene Versicherungsvertrag habe der Vorsorge gedient. Die freie Vorsorge (Säule 3b) sei hinsichtlich der Leibrenten und der Einkünfte aus Verpfändungen in Art. 22 Abs. 3 DBG geregelt. Darunter fielen auch die Kapitalleistungen aus dem Rückkauf solcher Verträge, die zu 40 Prozent zu versteuern seien. Der Rückkauf einer Leibrente während der Aufschubdauer unterliege mit der Ertragskomponente von 40 Prozent ebenfalls der Einkommenssteuer, wenn die Versicherung die gleichen Vorsorgekriterien erfülle wie eine Kapitalversicherung mit Einmalprämie nach Art. 33 Abs. 1 StG. Für die steuerliche Beurteilung spiele es keine Rolle, ob die Rentenversicherung mit einer Einmalprämie oder mit periodischen Prämien finanziert worden sei. Bei der Rentenversicherung handle es sich um ein eigenes «Finanzprodukt», welches im Einzelfall auf deren Steuerbarkeit hin überprüft werde. Aus welcher Quelle die Mittel zur Finanzierung stammten, sei für die Beurteilung unerheblich. Daher sei auch nicht entscheidend, ob die Mittel aus versteuerten Vorsorgeguthaben stammten. Von einer Doppelbesteuerung könne keine Rede sein.

Der Rekurrent und Beschwerdeführer hielt dem zusammengefasst entgegen, er habe im Jahr 2006 Kapitalleistungen aus der Pensionskasse in der Höhe von Fr. 2'500'000.– bezogen und diese mit 18 Prozent versteuert. Er habe die Gelder risikogerecht in verschiedene Instrumente investiert, so auch in die Einmaleinlage bei der X-Versicherung. Es sei nicht darum gegangen, noch einmal eine Vorsorge über der Vorsorge aufzubauen. Verschiedene andere Kantone handelten vernünftig und sähen von dieser Doppelbesteuerung ab. Er erachte die zusätzliche Besteuerung der Kapitalleistung als unverhältnismässig und nicht nachvollziehbar.

b) Gemäss Art. 16 DBG (Art. 29 StG) unterliegen alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte der Einkommenssteuer. Steuerbar sind nach Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG (Art. 33 Abs. 1 lit. a StG) namentlich die Erträge aus beweglichem Vermögen, insbesondere Zinsen aus Guthaben, einschliesslich ausbezahlter Erträge aus rückkaufsfähigen Kapitalversicherungen mit Einmalprämie im Erlebensfall oder bei Rückkauf, ausser wenn diese Kapitalversicherungen der Vorsorge dienen. Als der Vorsorge dienend gilt die Auszahlung der Versicherungsleistung ab dem vollendeten 60. Altersjahr des Versicherten aufgrund eines mindestens fünfjährigen Vertragsverhältnisses, das vor Vollendung des 66. Altersjahres begründet wurde. In diesem Fall ist die Leistung steuerfrei. Nach Art. 22 Abs. 1 DBG (Art. 35 Abs. 1 StG) sind ferner steuerbar alle Einkünfte aus der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge und aus anerkannten Formen der gebundenen Selbstvorsorge, mit Einschluss der Kapitalabfindungen und Rückzahlungen von Einlagen, Prämien

und Beiträgen. Lediglich zu 40 Prozent steuerbar sind nach Art. 22 Abs. 3 DBG (Art. 35 Abs. 3 StG) Leibrenten sowie Einkünfte aus Verpfändung. Steuerfrei ist hingegen nach Art. 24 lit. b DBG (Art. 37 lit. c StG) der Vermögensanfall aus rückkaufsfähiger privater Kapitalversicherung, ausgenommen aus Freizügigkeitspolicen, wobei Artikel 20 Abs. 1 lit. a DBG (Art. 33 Abs. 1 lit. a StG) vorbehalten bleibt. Da sich die Rechtslage auf kantonaler Ebene nicht von derjenigen auf Bundesebene unterscheidet, wird nachfolgend im Wesentlichen auf das DBG verwiesen.

c) aa) Je nach Auszahlungsform der Versicherungsleistung wird zwischen der Kapital- und der Rentenversicherung unterschieden. Bei der Kapitalversicherung wird mit dem Eintritt des versicherten Ereignisses die versicherte Kapitalsumme fällig; bei der Rentenversicherung wird ab einem bestimmten Zeitpunkt beim Erleben eines jeweils vertraglich festgelegten Fälligkeitstermins die vereinbarte Rentenleistung ausbezahlt (Maute/Steiner/Rufener/Lang, *Steuern und Versicherungen*, 3. Aufl. 2011, S. 302).

Aus den vom Rekurrenten und Beschwerdeführer eingereichten Akten geht hervor, dass es sich bei der von ihm mit der X-Versicherung abgeschlossenen Versicherung um eine Altersrente mit Rückgewähr handelte. In der Information der X-Versicherung vom Januar 2013 über den Vermögenssteuerwert der Police wurde die Versicherung als lebenslängliche Leibrente bezeichnet; mit Rentenbezugstermin ab 1. September 2016. Die streitige Kapitalauszahlung in Form der vereinbarten Rückgewähr kann folglich weder unter Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG noch unter Art. 24 lit. b DBG subsumiert werden, weil diese Bestimmungen nur die (rückkaufsfähigen) Kapitalversicherungen, nicht auch die Rentenversicherungen betreffen (BGE 135 II 183 E. 4.1; L. Peter-Szerenyi, *Der Begriff der Vorsorge im Steuerrecht*, Zürich 2001, S. 337). Zu prüfen ist deshalb, ob eine Besteuerung nach Art. 22 Abs. 3 DBG in Frage kommt.

bb) Wie dargelegt, sind Leibrenten und Einkünfte aus Verpfändung gemäss Art. 22 Abs. 3 DBG und Art. 35 Abs. 3 StG zu 40 Prozent steuerbar. Das Bundesgericht setzte sich in einem Entscheid vom 16. Februar 2009 (BGE 135 II 188 E. 4.2 ff.) ausführlich mit der Frage auseinander, ob Art. 22 Abs. 3 DBG auch Kapitalleistungen aus Leibrenten erfasse. Es ortete zwar Unzulänglichkeiten im Gesetz (E. 4.5), bejahte die Frage aber und erwog, eine vollumfängliche Freistellung der Besteuerung der Kapitalrückzahlung aus Leibrentenversicherungen analog Art. 24 lit. b DBG – wie von einem Teil der Lehre gefordert – könne nicht in Frage kommen. Eine gesetzliche Grundlage bestehe nicht, um die für die Kapitalversicherungen geltende Regelung analog auf Rentenversicherungen anzuwenden. Art. 24 lit. b DBG gelte nur für die rückkaufsfähigen Kapitalversicherungen und nicht für Rentenversicherungen. Die Besteuerung nach Art. 22 Abs. 3 DBG komme jedoch nur dann in Frage, wenn die Rückkaufsumme unter die Einkünfte aus Vorsorge falle (vgl. E. 5.3).

cc) Nach Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG gilt eine Versicherungsleistung dann als der Vorsorge dienend, wenn sie ab dem 60. Altersjahr des Versicherten aufgrund eines mindestens fünfjährigen Vertragsverhältnisses, das vor Vollendung des 66. Altersjahrs begründet wurde, geleistet wird (vgl. Peter-Szerenyi, a.a.O., S. 289). Auch wenn es

sich im hier zu beurteilenden Fall nicht um eine Kapital-, sondern eine Rentenversicherung handelte, ist es gemäss Bundesgericht sachgerecht, auf diese Begriffsumschreibung abzustellen (vgl. BGE135 II 183 E.5.3).

Die im Gesetz formulierten Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Der Rekurrent und Beschwerdeführer schloss die Versicherung vor seinem 60. Geburtstag ab, wobei die erste Rentenzahlung am 1. September 2016 fällig geworden wäre. Schliesslich dauerte das Vertragsverhältnis vom 1. September 2006 bis 1. Dezember 2013 und damit deutlich länger als fünf Jahre. Die Versicherungsleistung hatte somit Vorsorgecharakter, weshalb Art. 22 Abs. 3 DBG und Art. 35 Abs. 3 StG auf die streitige Rückleistung Anwendung finden. Der Steuerpflichtige machte zwar geltend, er habe nicht beabsichtigt, mit den bezogenen Pensionskassengeldern eine «Vorsorge über der Vorsorge» aufzubauen, erklärte jedoch nicht, weshalb er einen namhaften Betrag in eine «X-Versicherung Altersrente» investierte, die gemäss dem Produktblatt der Versicherungsgesellschaft ausdrücklich als Vorsorgeinstrument angepriesen wird und eine «Vorsorge nach Mass» verspricht (vgl. Produktblatt X-Versicherung Altersrente). Vor diesem Hintergrund ist die Feststellung der Vorinstanz, die Police habe der Vorsorge gedient, nicht zu beanstanden.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Kapitalleistung in der Höhe von Fr. 860397.05 zur Recht gemäss Art. 22 Abs. 3 DBG bzw. Art. 35 Abs. 3 StG zu 40 Prozent (steuerbares Einkommen: Fr. 344 100.–) besteuerte. Eine unzulässige Doppelbelastung liegt nicht vor. Der Umstand, dass die Pensionskassengelder anlässlich der Auszahlung bereits besteuert worden waren, führte nicht zur Steuerbefreiung aller Erträge aus der Wiederanlage dieser Gelder. Zu denken ist etwa an die jährlichen Rentenzahlungen von Fr. 41 535.60, die dem Pflichtigen bei Weiterbestand der Versicherung ab 1. September 2016 zugeflossen und nach Art. 22 Abs. 3 DBG bzw. Art. 35 Abs. 3 StG zu versteuern gewesen wären oder im Falle einer Investition in Aktien an die Einkünfte aus Dividendenzahlungen, die nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. c StG ebenfalls der Einkommenssteuer unterliegen. Ob diese Gesetzessystematik zu einer unverhältnismässigen (Doppel-)Belastung der Steuerpflichtigen führt – wie der Rekurrent und Beschwerdeführer geltend machte –, ist nicht von der rechtsanwendenden Steuerbehörde oder dem Gericht zu entscheiden, solange kein Verstoss gegen Art. 127 BV vorliegt. Dabei handelt es sich vielmehr um einen gesetzgeberischen Wertungsentscheid, der im Rahmen eines politischen Prozesses zu fällen ist. Nach den Ausführungen des Rekurrenten und Beschwerdeführers wurde eine entsprechende Motion im September 2012 eingereicht. Zu beachten ist zudem, dass die dem Rekurrenten und Beschwerdeführer ausbezahlte Kapitalleistung getrennt vom übrigen Einkommen besteuert wurde und zudem ein günstigerer Steuersatz zur Anwendung gelangte. So wurde die direkte Bundessteuer zu einem Fünftel des ordentlichen Tarifs und die Kantons- und Gemeindesteuer zu einem Satz von 2,1 Prozent berechnet (vgl. Art. 38 Abs. 2 DBG und Art. 52 Abs. 2 StG; Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das st.gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014; Richner/

Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl. 2016, N 1 ff. zu Art. 38 DBG). Der Rekurs und die Beschwerde erweisen sich somit als unbegründet und sind abzuweisen.

19

Art. 35 Abs. 1, Art. 37 lit. e und Art. 47 lit. b StG (sGS 811.1). Erhält ein Sozialhilfebezüger rückwirkend eine Nachzahlung für eine IV-Rente und wird diese mit Schulden beim Sozialamt verrechnet, so findet trotz der Verrechnung ein Vermögenszugang statt. Ein Sozialhilfebezüger hat keinen Anspruch, eine IV-Rente abweichend von der gesetzlichen Ordnung deshalb steuerfrei zu erhalten, weil die Sozialhilfe steuerfrei ist.

*Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 19. April 2016
(vgl. auch SGE 2016 Nr. 11)*

Aus den Erwägungen:

2. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz die Rentennachzahlung, die rückwirkend dem Rekurrenten zugesprochen und mit diversen bevorschussten Leistungen aus der Sozialhilfe verrechnet wurde, zu Recht als steuerbares Einkommen qualifiziert und dementsprechend darauf Steuern erhoben hat.

a) Nach Art. 37 lit. e StG sind Unterstützungen aus öffentlichen Mitteln steuerfrei. Nicht steuerfrei sind demgegenüber Einkünfte aus der Invalidenversicherung (Art. 35 Abs. 1 StG). Bei der Ermittlung des Reineinkommens können unter anderem gemäss Art. 47 lit. b StG Aufwendungen für Schuldentilgungen nicht in Abzug gebracht werden.

b) Im Einspracheentscheid vom 10. Juli 2015 qualifizierte die Vorinstanz die Kinderrente bis zur Mündigkeit der Tochter als abzugsfähigen Unterhaltsbeitrag und korrigierte dementsprechend die Steuerveranlagung (Veranlagungsberechnung vom 10. Juli 2015). Bezüglich der IV-Rente des Rekurrenten führte die Vorinstanz im Einspracheentscheid aus, dass auf die Rentennachzahlung im Jahre 2014 ein realisierter Anspruch erwachsen sei, welcher die Steuerpflicht begründe und das Vermögen um die Nachzahlung erhöht habe. Auf den damals erhaltenen Unterstützungsleistungen seien in Anwendung von Art. 37 lit. e StG keine Steuern erhoben worden. Aufgrund der Rückerstattungsverpflichtung sei dem Rekurrenten im Jahre 2014 zwar kein Vermögen zugeflossen, jedoch habe der Zufluss zur Folge gehabt, dass steuerbare Renten die steuerfreien Unterstützungsleistungen ersetzt hätten. Die Rentennachzahlung sei daher zweifelsfrei steuerpflichtig.

Hinsichtlich des Entscheids SGE 2006 Nr. 12, welchen der Rekurrent in seiner Einsprache vorgebracht hatte und von dessen Anwendbarkeit er in seinem Fall ausging, führte die Vorinstanz aus, dass dieser im vorliegenden Fall keine Anwendung finde. Gemäss der Vorinstanz sei die Verwaltungsrekurskommission damals zum Schluss gelangt, dass ungerechtfertigte Einkünfte aus dem Blickwinkel des Leistungsfähigkeitsprinzips besteuert werden dürften, sofern keine Rückerstattung erfolgt sei. Im Umkehrschluss würde dies bedeuten, dass eine Rückerstattung eine Besteuerung verbieten würde. Der vorgebrachte Entscheid sei steuersystematisch logisch, aber sei mit der hier bestehenden Ausgangslage nicht vergleichbar. Die Gemeinde O habe verschiedene Leistungen bevorschusst, über welche der Rekurrent frei habe verfügen können. Es habe also ein Vermögengzugang stattgefunden.

c) In seiner Eingabe vom 8. September 2015 hielt der Rekurrent fest, dass die IV-Stelle den Verrechnungsantrag der Gemeinde O für die erbrachten Sozialhilfeleistungen vollumfänglich gutgeheissen habe und dass die vier Verfügungen der IV-Stelle unangefochten in Rechtskraft erwachsen seien. Das Steueramt O habe die Rentennachzahlung in einer separaten Jahressteuer besteuert. Die dagegen erhobene Einsprache habe die Vorinstanz teilweise abgewiesen. Dabei habe sich die Vorinstanz mit dem vorgebrachten Argument, es habe bei ihm kein Reinvermögengzugang stattgefunden, weshalb keine Besteuerung erfolgen dürfe, nicht auseinandergesetzt. Vielmehr habe die Vorinstanz argumentiert, dass er, der Rekurrent, über die vom Sozialamt O erbrachten Leistungen frei habe verfügen können, weshalb eine Besteuerung gerechtfertigt sei. Ausgehend von der Reinvermögengzugangstheorie könne eine Besteuerung der beiden Renten nur erfolgen, wenn eine Leistung zugeflossen sei. Dies sei bei ihm jedoch nicht der Fall. Es stelle sich im vorliegenden Fall nicht die Frage, ob er über die vom Sozialamt O zugesprochenen Leistungen frei habe verfügen können, sondern ob ihm die Leistungen, welche die IV-Stelle verfügt habe, zugeflossen seien bzw. ob er darüber habe verfügen können. Aus den Akten gehe hervor, dass ihm keine Leistungen zugeflossen seien. Mangels Leistungszufluss liege auch kein Reinvermögengzufluss vor, weshalb eine Besteuerung entfalle.

d) Im Entscheid BGer 2C_245/2010 vom 25. Januar 2011 befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, wie zugesprochene und rückwirkend geleistete Invalidenrenten in steuerrechtlicher Hinsicht zu behandeln sind.

[...]

Gemäss Bundesgericht habe die Vorinstanz in Anwendung der relevanten Gesetzesbestimmungen erkannt, dass dem Beschwerdeführer durch den Erwerb des festen Rentenanspruchs auf die Invalidenrenten ein steuerbares Einkommen zugeflossen sei, woran sich nichts ändere, dass ein (grösserer) Teil der Renten direkt an den Sozialdienst – zur Rückerstattung von vorgeschossenen Sozialhilfebeträgen – überwiesen worden sei (E. 2.2). Es hielt ferner fest, dass Leistungen aus Vorsorgeeinrichtungen, worunter auch die Invalidenrente falle, grundsätzlich vollumfänglich steuerbar seien (Art. 7 Abs. 1 StHG). Der in Art. 7 Abs. 4 StHG enthaltene Katalog der steuerfreien Einkünfte sei abschliessend. Nach Art. 9 Abs. 1 StHG werden von den

gesamten steuerbaren Einkünften die zu ihrer Erzielung notwendigen Aufwendungen und die allgemeinen Abzüge abgerechnet. Daraus folgte das Bundesgericht, dass die von den Auszahlungen der Sozialversicherungen in Abzug gebrachten Leistungen an die Sozialhilfebehörden keine Gewinnungskosten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 StHG darstellen und daher nicht in Abzug gebracht werden können. Es gab damit der Vorinstanz Recht, dass es sich bei diesem Abzug um nicht abziehbare Aufwendungen für die Schuldentilgung handle. Das Bundesgericht beanstandete die steuerliche Behandlung der Auszahlungen nicht und wies die Beschwerde ab (BGer 2C_245/2010 vom 25. Januar 2011).

d) Dem Rekurrenten wurden mit Verfügungen vom 18. Dezember 2014 rückwirkend eine IV-Rente sowie eine Kinderrente zugesprochen. Die Rentennachzahlungen wurden mit diversen bevorschussten Leistungen des Sozialamtes O verrechnet.

Im Zeitpunkt, als der Rekurrent die Sozialhilfeleistungen erhalten hat, wurden in Anwendung von Art. 37 lit. e StG keine Steuern erhoben. Die Ende 2015 rückwirkend zugesprochenen Renten der Invalidenversicherung stellen Einkünfte aus Vorsorge nach Art. 35 StG dar. Nach Abs. 1 des genannten Artikels sind alle Einkünfte aus der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [...] steuerbar.

Wer während eines hängigen IV-Verfahrens bis zur Klärung des Rentenanspruchs Sozialhilfe bezieht, erwirbt keinen Rechtsanspruch, auch die IV-Renten steuerfrei zu beziehen. Die Steuerfreiheit von Sozialhilfeleistungen gründet wohl darin, dass der Gesetzgeber davon ausging, es handle sich um vorübergehende Leistungen zur Überbrückung einer Notlage, welche in der Regel zurückerstattet werden. Die Steuerfreiheit ist allerdings systemwidrig, wenn Sozialhilfeleistungen dauerhaft an die Stelle von Erwerbseinkünften treten. Dahingehend sagt das Bundesgericht, dass es unter dem Aspekt der Besteuerung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zweifellos richtig sei, dass die Versicherungsleistungen nicht von der Besteuerung ausgenommen sind. Systemwidrig sei vielmehr, dass Sozialhilfeleistungen gemäss Art. 7 Abs. 4 lit. f StHG von der Steuer befreit seien (BGer 2C_245/2010 vom 25. Januar 2011, E. 2.5).

Der Rekurrent ist der Ansicht, dass sein Fall mit demjenigen von SGE 2006 Nr. 12 vergleichbar sei. Ihm sei keine Leistung zugeflossen und daher liege auch kein Reinvermögenszugang vor, sodass eine Besteuerung entfalle. Dieser Fall betraf die Rückforderung unrechtmässig bezogener Leistungen, wobei solche grundsätzlich als steuerbares Einkommen gelten, mit der Ausnahme, dass sie zurückgefordert werden und eine Rückforderung erfolgsversprechend ist. Vorliegend geht es um rechtmässig bezogene Leistungen, die von Gesetzes wegen bei Vorliegen geänderter Verhältnisse zurückgefordert werden können.

In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist mit dem Erwerb des festen Rentenanspruchs auf Leistungen der Invalidenversicherung (IV-Rente und Kinderrente) dem Rekurrenten Vermögen zugeflossen und er konnte darüber verfügen. Dass das Sozialamt einen Verrechnungsanspruch geltend machte, bedeutet nicht, dass ihm die Leistung nicht zugeflossen ist. Wer Leistungen empfängt und daraus

gesetzliche oder vertragliche Verpflichtungen erfüllt, kann sich nicht darauf berufen, es seien ihm keine Vermögenswerte zugeflossen. Wirtschaftlich wurde der Rekurrent durch die Verrechnung seiner Schulden beim Sozialamt mit den Rentenleistungen von einer Verpflichtung befreit, was einem Vermögenszugang entspricht. Diese vorgenommene Schuldentilgung ist sodann bei der Ermittlung des Reineinkommens nicht abziehbar, da es sich um nicht abziehbare Kosten und Aufwendungen gemäss Art. 47 lit. b StG handelt. Die Schuldentilgung stellt eine Vermögensumschichtung dar.

Dem Antrag des Rekurrenten, von der Besteuerung der IV-Rentennachzahlung sei abzusehen, kann nicht gefolgt werden. Die vorgenommene steuerliche Behandlung der Rentennachzahlung durch die Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Folglich ist der Rekurs abzuweisen.

20

Art. 83 Abs. 1 lit. d StG (sGS 811.1); Art. 26 Abs. 1 StHG (SR 642.14); Art. 66 Abs. 1 DBG (SR 642.11). Die Vereinnahmung von Mitgliederbeiträgen durch eine als Verein organisierte Sterbekasse, der alle Angestellten einer Arbeitgeberin angehören, ist aus steuerrechtlicher Sicht erfolgsneutral. Auch wenn die allfällige Auszahlung eines Sterbegeldes sich ausschliesslich im Umfeld der einzelnen Vereinsmitglieder verwirklicht, erfolgt die Risikotragung doch im gemeinschaftlichen Rahmen. Die gemeinschaftliche Zweckverfolgung im Rahmen eines Vereins hat immer in irgendeiner Form eine materielle oder immaterielle «Gegenleistung» an die einzelnen Mitglieder zur Folge. Auch bei der Sterbekasse ist die Gegenleistung lediglich das Ergebnis der Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zwecks im Interesse der Vereinsmitglieder.

Verwaltungsgericht, 27. September 2016

Zweck des Vereins Sterbekasse X AG ist die Ausrichtung eines Sterbegeldes an die Hinterlassenen verstorbener Vereinsmitglieder. Mitglieder des Vereins sind alle in der Pensionskasse der X AG versicherten Mitarbeitenden. Die Einnahmen des Vereins bestehen hauptsächlich in Mitgliederbeiträgen. Das kantonale Steueramt zog bei der Berechnung des steuerbaren Gewinns die Mitgliederbeiträge nicht von den Einnahmen ab mit der Begründung, die Mitgliederbeiträge seien mit Blick auf eine Gegenleistung des Vereins oder für die Förderung persönlicher Interessen des Mitglieds geleistet worden. Die Verwaltungsrekurskommission hiess die dagegen erhobenen Rechtsmittel gut. Das Verwaltungsgericht weist die vom kantonalen Steueramt erhobenen Beschwerden ab.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1. Streitig ist – wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren – die Frage, ob die Vereinnahmung der Mitgliederbeiträge 2013 durch die Beschwerdegegnerin als ein aus steuerlicher Sicht erfolgsneutraler Vorgang zu behandeln ist. Nach Art. 83 Abs. 1 lit. d StG entsteht kein steuerbarer Gewinn durch Mitgliederbeiträge bei Vereinen. Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; SR 642.14) sowie Art. 66 Abs. 1 DBG enthalten inhaltlich übereinstimmende Regelungen. Sinn dieser Regelungen ist, dass lediglich die vom Verein neu erwirtschafteten Gewinne als steuerbarer Ertrag erfasst werden sollen, nicht jedoch die von den Vereinsmitgliedern zugeführten Mittel (G. Lutz, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/1, 2. Aufl. 2002, Rz. 7 zu Art. 26 StHG). Soweit den Beiträgen und Zuwendungen der Mitglieder der Charakter einer Gegenleistung für empfangene Leistungen oder für die Förderung persönlicher Interessen zukommt, werden sie dem steuerbaren Ertrag zugerechnet. Das setzt jedoch nach Lehre und Kommentierung voraus, dass eine statutarische Verpflichtung zur Bezahlung solcher Beiträge fehlt (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, Rz. 5 zu Art. 66 DBG; Lutz, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 26 StHG). Statutarischer Natur sind alle Beiträge, zu deren Bezahlung die Mitglieder aufgrund der Statuten oder darauf beruhender Reglemente und Beschlüsse verpflichtet sind (Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das St. Gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014, III. Rz. 415). Nach der Rechtsprechung ist ausschlaggebend für die steuerrechtliche Qualifikation als Mitgliederbeitrag, dass die in den Statuten vorgesehenen Beiträge von allen Verpflichteten gleichmässig erhoben werden und sie weder auf Gegenleistungen des Vereins beruhen noch für die Förderung persönlicher Interessen des Mitglieds geleistet werden (BGer 2A.692/2005 vom 13. Juni 2007 E. 3.2). In BGer 2C_494/2011 vom 6. Juli 2012 verneinte das Bundesgericht die Steuerneutralität der Mitgliederbeiträge. Dem Urteil lag als Sachverhalt zugrunde, dass ein Verein seinen Mitgliedern versicherungsähnliche Leistungen, Beratungsleistungen sowie Vermittlungsdienstleistungen anbot, wobei ein individuell wählbarer Leistungskatalog bestand (BGer 2C_494/2011 E. 2.3.2). Dabei deckte sich die tatsächliche Geschäftstätigkeit des Vereins nicht vollumfänglich mit deren Beschreibung in den Statuten. Das Bundesgericht bestätigte die durch die Steuerverwaltung vorgenommene Qualifikation der Mitgliederbeiträge als Quasiversicherungsprämien sowie den Umstand, dass den Beiträgen der Mitglieder konkrete Gegenleistungen des Vereins im Sinn eines individuell zurechenbaren Austauschverhältnisses gegenübergestanden hätten (BGer 2C_494/2011 E. 2.4.1 und E. 3.1.2). Die tatsächliche Geschäftstätigkeit des Vereins entspreche, wiewohl nicht als Krankenkasse anerkannt, im Wesentlichen diesem Zweck (BGer 2C_494/2011 E. 3.3.2).

2.2. Fest steht vorliegend, dass die Beschwerdegegnerin über eine statutarische Grundlage zur Erhebung von Mitgliederbeiträgen verfügt, gemäss welcher die Beiträge in der von der Delegiertenversammlung festgelegten Höhe monatlich (durch

Lohnabzug) erhoben werden (Art. 22 Statuten). Diese werden für die Erreichung des Vereinszwecks – die Ausrichtung eines Sterbegeldes an die Hinterlassenen verstorbener Mitglieder (Art. 2 Statuten) – eingesetzt. Das Sterbegeld beträgt einheitlich Fr. 2800.–; überdies wird für jedes unter 20jährige, in Ausbildung befindliche Kind der verstorbenen Person ein Betrag von Fr. 2000.– ausbezahlt (Art. 24 Statuten). Die Reihenfolge der Begünstigten ist ebenfalls festgelegt (Art. 25 Statuten). Der Beitritt zur Beschwerdegegnerin ist insofern an das Arbeitsverhältnis bei der X AG gekoppelt, als die Mitarbeiter der X AG – unter Vorbehalt von individuellen arbeitsvertraglichen Regelungen – ab Eintritt in die Pensionskasse der Unternehmung Mitglieder der Beschwerdegegnerin werden (Art. 3 Abs. 1 der Statuten). Mit dem Austritt aus der X AG (ausgenommen Pensionierung) erlischt die Mitgliedschaft bei der Beschwerdegegnerin. Ein Anspruch auf das Vereinsvermögen besteht nicht (Art. 3 Statuten).

2.3.

2.3.1. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid gestützt auf die vorerwähnten Grundlagen zum Schluss, die Gleichmässigkeit der Beitragserhebung bei allen Mitgliedern sei gegeben. Die beim X-Konzern angestellten Personen hätten keine Wahl in Bezug auf die Mitgliedschaft im Verein. Sie seien ab Eintritt in die Pensionskasse der X AG Mitglieder der Sterbekasse. Ebenso wenig hätten sie bei der Höhe der Leistung ein Wahlrecht. Die eingenommenen Mittel würden für den Vereinszweck eingesetzt. Die Leistung im Fall des Ablebens eines Vereinsmitglieds sei klar bestimmt und werde in einer festgelegten Reihenfolge an die Angehörigen ausgeschüttet. Sterbekassen seien eine Form der privaten Sozialversicherung. Sie seien im Zug der Industrialisierung entstanden, in einer Zeit, in der weder eine staatliche Vorsorge (AHV, IV) noch eine obligatorische berufliche Vorsorge existiert habe. Zahlreiche Gründungen von Sterbekassen seien in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts erfolgt. Es handle sich um privatrechtliche Selbsthilfeeinrichtungen der Sozialpartner. Die gemäss Vereinsstatuten anspruchsberechtigten Angehörigen seien nicht dem direkten persönlichen Interessenbereich des Vereinsmitglieds zuzuordnen. Es handle sich bei den Beiträgen nicht um Versicherungsprämien. Mit der Mitgliedschaft sei keine konkrete Gegenleistung für das Vereinsmitglied verbunden. Die Tätigkeit der Beschwerdegegnerin liege näher bei derjenigen einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge als bei der Tätigkeit einer Krankenkasse oder einer Versicherung. Es bestünden somit nur wenige Parallelen zum Sachverhalt gemäss BGER 2C_494/2011. Auch die Nähe zu einer Vorsorgeeinrichtung spreche für eine steuerneutrale Behandlung der Mitgliederbeiträge. Es sei schwierig nachzuvollziehen, welcher Charakter der Verein in BGER 2C_494/2011 gehabt habe. Möglicherweise sei es ein Verein gewesen, bei dem einige wenige Mitglieder profitiert und ein Grossteil der anderen Mitglieder Beiträge beigesteuert hätten. Auch habe die Geschäftstätigkeit jenes Vereins gemäss Feststellungen des Bundesgerichts nicht in allen Teilen den Statuten entsprochen, und die Zahlung des Mitgliederbeitrags habe eine direkte wirtschaftliche Gegenleistung zur Folge gehabt. Für die Mitglieder jenes Vereins habe eine Auswahlmöglichkeit hinsichtlich der im Versicherungsfall auszurichtenden Gegenleistung bestanden. Das

Bundesgerichtsurteil rechtfertige es nicht, die im Rahmen einer Sterbekasse geleisteten Mitgliederbeiträge einer geänderten Besteuerung zu unterwerfen. Es liege somit kein Ausnahmefall vor, der die Mitgliederbeiträge der Beschwerdegegnerin als steuerbaren Gewinn erscheinen lassen würden.

2.3.2. Der Beschwerdeführer begründet seinen gegenteiligen Standpunkt damit, dass die Gegenleistung der Beschwerdegegnerin primär in der Versicherung des Todesfallrisikos ihrer Vereinsmitglieder und nicht in der Auszahlung des Sterbegeldes liege. Die Mitgliederzahlungen würden somit auf einer Gegenleistung beruhen. Der Zweck des Hinweises auf die Steuerbefreiung von Vorsorgeeinrichtungen sei nicht erkennbar. Bei der Beschwerdegegnerin handle es sich unbestritten nicht um eine steuerbefreite Vorsorgeeinrichtung. Sie habe auch nicht dieselben Pflichten wie eine Vorsorgeeinrichtung. Ein «Analogieschluss» sei unzulässig. Im Übrigen sei nicht nachvollziehbar, weshalb die nächsten Angehörigen eines Vereinsmitglieds nicht zu dessen persönlichen Interessen gehören sollten. Eine Begründung der Vorinstanz hierzu fehle vollständig. Der Umstand, dass die Zahlungen der Vereinsmitglieder auf statutarischer Grundlage beruhen würden, genüge für ihre Steuerfreiheit nicht. Bei den Zahlungen der Vereinsmitglieder an die Beschwerdegegnerin handle es sich damit nicht um steuerfreie Mitgliederbeiträge gemäss Art. 83 lit. d StG und Art. 66 Abs. 1 DBG.

2.3.3. Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Beschwerdeführer offenbar eine Auslegung von Art. 83 StG und Art. 26 StHG gegen den klaren Wortlaut und Sinn dieser Bestimmungen fordere, was zum vornherein unbehelflich sei. Ein steuerbarer Ertrag sei insbesondere dann zu verneinen, wenn die Mitgliederbeiträge auf statutarischer Grundlage beruhen und von allen Verpflichteten gleichmässig erhoben würden. Diese Voraussetzungen seien vorliegend unbestritten gegeben. Nur wenn eine statutarische Verpflichtung zu Mitgliederbeiträgen fehle, seien diese Beiträge dem steuerbaren Ertrag zuzurechnen, wenn sie entweder den Charakter einer Gegenleistung für empfangene Leistungen oder denjenigen der Förderung persönlicher Interessen habe. Ein direkter Leistungsaustausch (Gegenleistung) sei schon deshalb ausgeschlossen, weil vorliegend nicht das Mitglied, sondern eine Drittperson das Sterbegeld erhalte. Das Mitglied könne in keinem Fall einen «Leistungsaustausch» in Anspruch nehmen. Im Gegensatz zum Sachverhalt gemäss BGer 2C_494/2011 würden vorliegend die eingenommenen Mittel ausschliesslich zur Erfüllung des statutarischen Zwecks eingesetzt, und es komme damit weder zu einer direkten Leistung an das Mitglied noch könne das Mitglied unter verschiedenen Leistungsvarianten wählen. Von einem wirtschaftlichen Leistungsaustausch könne auch deshalb keine Rede sein, weil die bei der X AG angestellten Personen bezüglich der Mitgliedschaft bei der Beschwerdegegnerin keine Wahl hätten, sondern mit dem Eintritt in die Pensionskasse der Unternehmung Mitglieder der Beschwerdegegnerin würden. Wenn definitionsgemäss die Verwirklichung des Gemeinschaftszwecks der Stiftung im Interesse der Mitglieder erfolgen solle und die Mitgliederbeiträge grundsätzlich steuerbefreit sein sollen, so sei das vom Bundesgericht aufgestellte Kriterium,

wonach Mitgliederzahlungen ausnahmsweise dann nicht steuerbefreit seien, wenn sie für die Förderung persönlicher Interessen der Mitglieder geleistet würden, nur zurückhaltend anzuwenden. Dies deshalb, weil letztlich die Verwirklichung des Gemeinschaftszwecks immer in einem mehr oder weniger weit entfernten Interesse des beitragspflichtigen Mitgliedes liege und es dem Grundsatz, dass Mitgliederbeiträge nicht zum steuerbaren Ertrag gerechnet werden dürften, zuwiderlaufen würde, wenn jede in einem noch so entfernten Interesse des Mitgliedes geleistete Beitragszahlung dem steuerbaren Ertrag zugerechnet würde. Die Beschwerdegegnerin setze Mitgliederbeiträge nicht für die Förderung persönlicher Interessen der Mitglieder ein. Die Leistung der Mitgliederbeiträge erfolge im Interesse der Sozialpartner und in demjenigen der Hinterbliebenen.

3.

3.1. Nach erfolgtem Beitritt unterliegen die Mitglieder der Beschwerdegegnerin der statutarischen Beitragspflicht nach Art. 22 der Statuten, wobei Pensionäre und Lehrlinge von der Beitragspflicht befreit sind. Die Beiträge der Mitglieder werden wie dargelegt (E. 2.1) dem steuerbaren Ertrag des Vereins zugerechnet, soweit den Beiträgen der Charakter einer Gegenleistung für empfangene Leistungen oder für die Förderung persönlicher Interessen zukommt. Dies nach der Lehre, auf welche sich auch die Beschwerdegegnerin beruft, allerdings nur insofern, als die Beiträge nicht auf einer statutarischen Bestimmung beruhen bzw. eine solche Bestimmung fehlt (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., Rz. 5 zu Art. 66 DBG; Lutz, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 26 StHG). Hiervon ausgehend wäre im Fall, wo – wie vorliegend – eine klare statutarische Grundlage für die Mitgliederbeitragspflicht gegeben ist, die Frage, ob die Beiträge lediglich eine Gegenleistung für empfangene Leistungen darstellen oder der Förderung persönlicher Interessen dienen, zum vornherein nicht zu prüfen. Vielmehr ginge diesfalls die gesetzliche Befreiung gemäss Art. 26 Abs. 1 StHG bzw. Art. 66 DBG und Art. 83 StG ohne Weiteres vor (Lutz, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 26 StHG). Würde auf dieser Grundlage entschieden, wäre die vorliegende Beschwerde abzuweisen.

3.2. In Abweichung zur erwähnten Lehre und Kommentierung stellt nach der Rechtsprechung das Vorliegen einer zureichenden statutarischen Grundlage für die Leistung von Mitgliederbeiträgen und die gleichmässige Erhebung derselben bei den Mitgliedern lediglich eine von mehreren kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen für die Annahme der Steuerneutralität der Beitragsleistung dar und genügt damit für sich allein nicht (vgl. BGer 2C_494/2011 E. 3.1.1. und 3.1.2, BGer 2A.692/2005 E. 3.2). Die Frage, ob die Beiträge lediglich eine Gegenleistung für empfangene Leistungen darstellen oder der Förderung persönlicher Interessen dienen, ist nach dieser Rechtsprechung somit auch für den Fall des Vorliegens einer zureichenden statutarischen Grundlage für die Beitragserhebung zu klären. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Beitragsleistung an die Beschwerdegegnerin insofern Risikodeckungs-Charakter zukommt, als sie die Ausrichtung eines Sterbegeldes beim Tod von Vereinsmitgliedern zum Zweck hat.

Abgedeckt ist dabei – hierauf weist der Beschwerdeführer zu Recht hin – das Todesfallrisiko des Vereinsmitglieds und nicht das Sterbekapital (= Leistung bei Eintritt des Risikos) als solches. Sodann weist die Mitgliederbeitragsleistung an die Beschwerdegegnerin – wie die Vorinstanz zutreffend festhält – zwar durchaus inhaltliche Parallelen zur Beitragsleistung an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge auf, indem diese ebenfalls (unter anderem) das Todesfallrisiko versichert bzw. im Todesfall Leistungen erbringt und gleichzeitig von direkten Steuern des Bundes und der Kantone sowie von Erbschafts- und Schenkungssteuern befreit ist (vgl. Art. 80 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BVG; SR 831.40). Zu beachten ist dabei allerdings auch, dass den von den Destinatären an eine Vorsorgeeinrichtung geleisteten Prämien eine unmittelbare «Gegenleistung» in Form der Abdeckung des Alters-, Invaliditäts- oder Hinterlassenenrisikos bzw. eines Leistungsversprechens für den Fall des Risikoeintritts gegenübersteht. Im Weiteren hat eine Vorsorgeeinrichtung, damit sie als solche anerkannt und steuerbefreit ist, die drei Risiken Tod, Invalidität und Alter zu versichern (Art. 80 Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 BVG; vgl. dazu Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, 2. Aufl. 2012, Rz. 1994-1996 und 2005). Eine Vergleichbarkeit einer steuerbefreiten Vorsorgeeinrichtung mit der Situation der Beschwerdegegnerin, welche ausschliesslich das Todesfallrisiko ihrer Mitglieder abdeckt und bei Verwirklichung desselben ein Sterbegeld auszahlt, erscheint von daher – trotz der erwähnten inhaltlichen Parallelen – nur teilweise gegeben.

3.3. Art. 83 lit. b StG und Art. 66 Abs. 1 DBG nehmen gemäss ihrem Wortlaut bei Vereinen die Mitgliederbeiträge von der Besteuerung aus. Die Rechtsprechung interpretiert diese Bestimmungen bzw. die Steuerneutralität der Mitgliederbeiträge einschränkend in dem Sinn, als letztere nicht auf einer Gegenleistung des Vereins beruhen und auch nicht der Förderung persönlicher Interessen der Mitglieder dienen dürfen (BGer 2A.692/2005 E. 3.1, sowie 2C_494/2011 E. 3.1.1, je mit Hinweisen). Diese nicht durch den Gesetzeswortlaut abgedeckte Interpretation ist darin begründet, dass ein Verein seiner Natur nach der Verwirklichung eines Gemeinschaftszwecks im Interesse der Mitglieder dient (vgl. BGer 2C_494/2011 E. 3.1.1 mit Hinweisen) und nicht rein individuellen Interessen seiner Mitglieder.

Die Abdeckung des Todesfallrisikos zugunsten der Angehörigen oder nahestehender Personen gehört als solche zwar zu den persönlichen Interessen. Die Übernahme dieser Einzelrisiken durch das Kollektiv der Mitglieder eines Vereins (Beschwerdegegnerin) dient jedoch insofern der Verwirklichung eines Gemeinschaftszwecks im Interesse der Einzelmitglieder, als die Risikotragung gemeinschaftlich erfolgt bzw. das Risiko auf das Kollektiv verteilt wird. Auch wenn somit die allfällige Auszahlung des Sterbegeldes sich ausschliesslich im privaten Bereich oder Umfeld der einzelnen Vereinsmitglieder verwirklicht, so erfolgt doch – und dies erscheint hier ausschlaggebend – die Risikotragung im kollektiven bzw. gemeinschaftlichen Rahmen mit dem (sozialen) Zweck der Unterstützung von Hinterbliebenen. Sodann spricht auch die Beitragsbefreiung der Lehrlinge und Rentner sowie der Umstand, dass für die

Mitarbeiter der X AG grundsätzlich keine Wahlfreiheit hinsichtlich des Beitritts zur Beschwerdegegnerin besteht (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Statuten), für das Vorliegen eines Gemeinschaftszwecks im Interesse der Mitglieder. Die Beitragsleistung der Mitglieder der Beschwerdegegnerin dient auch insofern dem Kollektiv der Vereinsmitglieder, als beim Tod eines Mitglieds nicht in jedem Fall Leistungen ausgelöst werden: Bei der Nichtauslösung von Leistungen im Todesfall «verfallen» die Beiträge des verstorbenen Mitglieds als eine Art Solidarbeitrag zuhanden des Mitgliederkollektivs, wobei die Delegiertenversammlung über deren Verwendung bestimmt (vgl. Art. 25 Ziff. 5 Statuten). Im Übrigen verfolgt die Beschwerdegegnerin unbestritten keine erwerblichen Zwecke. Im Unterschied zum vorliegenden Sachverhalt konnten die Vereinsmitglieder gemäss Sachverhalt in BGer 2C_494/2011 E. 2.3.2, unter verschiedenen Versicherungsvarianten wählen; zudem deckte sich die tatsächliche Geschäftstätigkeit jenes Vereins nicht vollumfänglich mit der Beschreibung in den Statuten. Zum weiteren Sachverhalt, insbesondere zum genauen Statuteninhalt bzw. zum Vereinscharakter, lassen sich dem erwähnten Urteil keine zureichenden Angaben entnehmen, was einen konkreten Vergleich mit den vorliegenden Gegebenheiten erschwert bzw. verunmöglicht. Auch aus diesen Gründen lässt sich das Ergebnis jenes Verfahrens auf die vorliegende Streitigkeit nicht übertragen.

3.4. Hinsichtlich der Frage, ob die Mitgliederbeiträge auf einer Gegenleistung des Vereins beruhen, ist festzuhalten, dass zwischen der Beitragsleistung des Mitglieds und der Leistung der Beschwerdegegnerin (= Abdeckung des eigenen Todesfallrisikos des Mitglieds) ein unmittelbarer sachlicher Konnex besteht. Naturgemäss kommen dabei nicht die verstorbenen Mitglieder der Beschwerdegegnerin in den Genuss von Leistungen (Sterbegeld), sondern deren Hinterbliebene. Jedoch hat die Tatsache, dass den Mitgliedern selbst zum vornherein keine Leistung der Beschwerdegegnerin zukommen kann, im vorliegenden Zusammenhang auch keine ausschlaggebende Bedeutung, weil für die Klärung des Vorliegens einer Gegenleistung am versicherten Risiko (und nicht an der Leistungsausrichtung) anzuknüpfen bzw. die Deckung des Todesfallrisikos als die Gegenleistung zu betrachten ist. Von daher trifft der Standpunkt der Beschwerdegegnerin, wonach das Vereinsmitglied in keinem Fall einen «Leistungsaustausch» in Anspruch nehmen könne, nicht zu. Zutreffend ist demgegenüber die weitere Feststellung, dass das Sterbegeld jeweils nur einen sehr geringen Teil der Mitglieder bzw. deren Hinterbliebenen erreicht. Dies liegt jedoch in der (geringen) statistischen Sterbewahrscheinlichkeit begründet und vermag das Vorliegen einer adäquaten «Gegenleistung» (= Risikodeckung) nicht in Frage zu stellen. Adäquat ist sie deshalb, weil sich die Prämie nach dem Sterberisiko bemisst. Eine Garantie, dass jemals eine Leistung an die Hinterbliebenen zur Ausrichtung kommt, kann vor diesem Hintergrund nicht bestehen, zumal wie dargelegt ein statistisches (im Einzelfall unwägbares) Sterberisiko abgedeckt ist.

Auch wenn somit von einer «Gegenleistung» der Beschwerdegegnerin auszugehen ist, bleibt als entscheidender Aspekt zu beachten, dass die gemeinschaftliche Zweckverfolgung im Rahmen eines Vereins (vgl. vorstehende E. 3.3) immer in irgendeiner

Form eine materielle oder immaterielle «Gegenleistung» an die einzelnen Mitglieder zur Folge hat. Auch vorliegend stellt die Gegenleistung an die Vereinsmitglieder (Risikodeckung) lediglich das Ergebnis der Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zwecks durch die Beschwerdegegnerin im Interesse ihrer Mitglieder dar. Von daher erschiene es sachlogisch nicht konsequent bzw. widersprüchlich, zum einen zwar die Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zwecks zu anerkennen, dessen Ergebnis jedoch als eine ausschliesslich im Einzelinteresse ausgerichtete «Gegenleistung» zu taxieren, welche die Steuerneutralität der Mitgliederbeiträge aufhebt. Dies, obschon es sich dabei um Mittel handelt, welche von den Vereinsmitgliedern zugeführt wurden und nicht um Gewinne, welche vom Verein erwirtschaftet wurden (vgl. vorstehende E.2.1). Letzteres liesse sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen. Vor diesem Hintergrund ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

21

Art. 115 Abs. 1 lit. a und Art. 51 StG (sGS 811.1); Art. 91 und Art. 37 DBG (SR 642.11). Der im Fürstentum Liechtenstein wohnhaften und im Kanton St.Gallen unselbständig tätig gewesenen Steuerpflichtigen wurde aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs eine Lohnzahlung von Fr. 50000 netto zugesprochen. Die Veranlagungsbehörde erfasste diese mit der Quellensteuer im Monat der Auszahlung, was eine übermässige Progression zur Folge hatte. Gegenstand des Vergleichs waren rund zwölf Monatslöhne, weshalb die Vergleichszahlung sachgemäss nach den Bestimmungen für die Besteuerung von Kapitalabfindungen für wiederkehrende Leistungen zu einem privilegierten Steuersatz zu besteuern ist.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 27. September 2016

Aus den Erwägungen:

b) aa) Nach Art. 115 Abs. 1 lit. a StG bzw. Art. 91 Abs. 1 DBG unterliegen im Ausland wohnhafte Arbeitnehmer für ihre Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit und die an deren Stelle tretenden Ersatzeinkünfte einem Steuerabzug an der Quelle, wenn sie für kurze Dauer, als Grenzgänger oder Wochenaufenthalter oder als leitende Angestellte für einen Arbeitgeber mit Wohnsitz, Sitz oder Betriebsstätte im Kanton erwerbstätig sind. Für Grenzgänger sehen die Doppelbesteuerungsabkommen regelmässig eine Beschränkung des Besteuerungsanspruchs des Arbeitsortstaates vor (Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das st.gallische Steuerrecht, 7.Aufl. 2014, S.320f). Im Verhältnis zum Fürstentum Liechtenstein liegt aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens die Besteuerungsbefugnis grundsätzlich beim Wohnsitzstaat. Ein

Vorbehalt besteht einzig für öffentlich Bedienstete; diese werden grundsätzlich vom Schuldner- bzw. Quellenstaat besteuert (Art. 7 Ziff. 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über verschiedene Steuerfragen, SR0.672.951.43, abgekürzt: DBA-FL).

An der Quelle erfasst werden alle Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, eingeschlossen die Nebeneinkünfte und Naturalleistungen, sowie die Ersatz-einkünfte. Die steuerbaren Erwerbseinkünfte umfassen dabei alle Leistungen, die auch im ordentlichen Verfahren als Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit gelten (vgl. Art. 30 StG bzw. Art. 23 DBG). Als Ersatz-einkünfte für den Bereich des Quellensteuerrechts gelten alle Ersatzleistungen, die mit einer gegenwärtigen, allenfalls vorübergehend eingeschränkten oder unterbrochenen Erwerbstätigkeit in Zusammenhang stehen. Darunter fallen Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis, die nicht unmittelbares Entgelt für geleistete Arbeit darstellen, sondern zur Abgeltung anderweitiger Ansprüche erbracht werden (z.B. Entschädigung für befristetes Konkurrenzverbot, Abfindungen), Taggelder und gewisse Renten der Invalidenversicherung, der Unfallversicherung, von Krankenkassen sowie Leistungen aus Arbeitslosen- und Haftpflichtversicherung (Art. 106 Abs. 2 lit. a StG bzw. Art. 84 Abs. 2 DBG; Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., S. 312). Als weitere Leistungen aus dem früheren Arbeitsverhältnis gelten auch Entschädigungen, welche der Arbeitgeber bei missbräuchlicher Kündigung auszurichten hat, doch sind diese als Genugtuungsleistungen nach Art. 37 lit. h StG bzw. Art. 24 lit. g DBG steuerfrei (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl. 2016, N 14 zu Art. 23 DBG).

[...]

c) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass es sich bei der Vergleichssumme von Fr. 50 000.– um Lohn handelt, welcher an der Quelle zu besteuern ist. Zu prüfen ist daher im Folgenden, ob die Berechnung der Quellensteuer korrekt erfolgt ist.

3. Die Rekurrentin und Beschwerdeführerin beantragt im Eventualfall, es sei eine Quellensteuer auf einem Monatslohn von Fr. 4 166.– (1/12 von Fr. 50 000.–) zu erheben, und zwar zum Quellensteuertarif H1Y.

a) Die Eidgenössische Steuerverwaltung bestimmt im Einvernehmen mit der kantonalen Behörde die Ansätze, die als direkte Bundessteuer in den kantonalen Tarif einzubauen sind (Art. 85 Abs. 2 DBG). Die Ausgestaltung des Steuerbezugs als echte Quellensteuer und damit als endgültige Steuerbelastung für die Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bedingt nach Massgabe des Gleichbehandlungsgebots, dass die Steuerbelastung ausländischer Arbeitnehmer ohne ausländerrechtliche Niederlassungsbewilligung nicht wesentlich anders ausfallen darf als für die Steuerpflichtigen in gleichen wirtschaftlichen Verhältnissen, die im ordentlichen Verfahren veranlagt werden. Deshalb entsprechen die Steuerabzüge grundsätzlich den für die Einkommenssteuer natürlicher Personen geltenden Steuersätzen (Art. 115 Abs. 2 StG i.V.m. Art. 107 Abs. 1 erster Satz StG). In Anbetracht dessen sind seit 1. Januar 2014 unterschiedliche Tarife für alleinstehende Steuerpflichtige (Tarifcode A), für alleinstehende Steuerpflichtige mit Kindern oder

unterstützungsbedürftigen Personen im gleichen Haushalt (Tarifcode H), für verheiratete Steuerpflichtige, bei denen nur ein Ehegatte erwerbstätig ist (Tarifcode B) und für verheiratete Steuerpflichtige, bei denen beide Ehegatten erwerbstätig sind (Tarifcode C), vorgesehen (Art. 55 Abs. 1 StV). Diese Tarife sind grundsätzlich als Monatstarife ausgestaltet (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., S. 313). Der Tarifcode H wurde mit dem XI. Nachtrag zur Steuerverordnung, in Vollzug ab 1. Januar 2014, eingeführt. Zuvor wurde auf Alleinverdiener mit Kindern und/oder unterstützungspflichtigen Personen im selben Haushalt der Doppelverdienertarif für Verheiratete (Tarif B) angewandt (vgl. Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st.gallische Steuerrecht, 6. Aufl. 1999, S. 344).

Bei Kapitalabfindungen für wiederkehrende Leistungen und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie bei Entschädigungen für die Aufgabe oder Unterlassung einer Tätigkeit bemisst sich der Steuerabzug nach dem Satz einer entsprechenden wiederkehrenden Leistung (sog. Rentensatz), wobei ein Mindestsatz gilt (Art. 109 Abs. 1 StG bzw. Art. 3 Abs. 2 lit. a der Verordnung über die Quellensteuer, SR 642.118.2, abgekürzt: QStV). Diese Regelung ist vergleichbar mit der entsprechenden Bestimmung im ordentlichen Veranlagungsverfahren (Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., S. 314). Erhält der Steuerpflichtige eine einmalige Kapitalleistung, mit der wiederkehrende Leistungen ausserhalb dieses Zeitraums abgegolten werden, würde die volle Berücksichtigung dieser Abfindungszahlung bei der Ermittlung des Steuersatzes angesichts des progressiven Tarifs nicht seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechen. Deshalb wird die Steuer unter Berücksichtigung der übrigen Einkünfte zu dem Satz berechnet, der sich ergäbe, wenn anstelle der Kapitalabfindung eine entsprechende jährliche Leistung ausgerichtet würde (vgl. Art. 51 StG, Art. 37 DBG; Zigerlig/Oertli/Hofmann, a.a.O., S. 185).

b) Hintergrund der Zahlung von Fr. 50 000.– waren strittige Lohnforderungen der Rekurrentin und Beschwerdeführerin gegenüber ihrer ehemaligen Arbeitgeberin. Entsprechend einigten sich die Parteien in der Vereinbarung vom 30. Juni 2015 auf die «Nachzahlung von Lohn» in Form einer Kapitalabfindung in der Höhe von Fr. 50 000.– netto. Damit handelt es sich nicht um eine Kapitalabfindung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wie beispielsweise eine Abgangsentschädigung, sondern um eine solche für in der Vergangenheit begründete wiederkehrende Leistungen. Der Betrag von Fr. 50 000.– entspricht einem Nettjahresgehalt der Rekurrentin und Beschwerdeführerin, weshalb die Quellensteuer analog Art. 51 StG bzw. Art. 37 DBG zum Satz eines monatlichen Bruttolohns zu berechnen ist. Unbestritten blieb, dass der letzte ausbezahlte Bruttolohn Fr. 5 342.90 betrug. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist daher nicht auf einen fiktiven Zeitpunkt abzustellen. Mit der Vereinbarung vom 30. Juni 2015 wurden Lohnansprüche abgegolten, die bis zum Vergleichsabschluss unsicher waren. Der Arbeitgeber beantragte vor Verwaltungsgericht, das Begehren der Klägerin sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden könne (Entscheid K 2013/1 vom 28. Juli 2015 E. 4). Der Anspruch der Klägerin auf Lohnzahlung war somit bestritten und dementsprechend unsicher. Folglich ist davon auszu-

gehen, dass der Anspruch auf Lohnnachzahlung erst mit dem Vergleichsabschluss entstand, weshalb auf den Zeitpunkt der Erfüllung abzustellen ist (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., N33 zu Art. 41 DBG). Anzuwenden ist daher der im Jahr 2015 für alleinstehende Steuerpflichtige mit Kindern oder unterstützungsbedürftigen Personen im gleichen Haushalt geltende Tarifcode H. Im Übrigen ist der Abzug bzw. die Bemessung von Sozialabgaben nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Grundlage der Quellensteuerveranlagung sowie des Einspracheentscheids ist der Nettolohn, d.h. der Lohn nach Abzug der Sozialabgaben. Bemessung und Abzug von Sozialabgaben können nicht Gegenstand einer Veranlagung der Steuerbehörde sein. Festzuhalten ist ausserdem, dass der Julilohn 2013 nicht Gegenstand der streitigen Quellensteuerveranlagung ist. Die streitige Quellensteuer im Betrag von Fr. 16 619.65 umfasst nur die Lohnnachzahlung von Fr. 50 000.–; die Quellensteuer auf dem Julilohn 2013 wurde ausgeschieden.

4.– Zusammenfassend ergibt sich, dass es sich bei der Vergleichssumme von Fr. 50 000.– netto zwar um Lohn handelt. Die Quellensteuer auf diesem Betrag ist jedoch analog Art. 51 StG bzw. Art. 37 DBG zum Satz eines monatlichen Bruttolohns unter Verwendung des im Jahr 2015 geltenden Tarifcodes H zu berechnen. Der Rekurs und die Beschwerde sind dementsprechend teilweise gutzuheissen. Der Einspracheentscheid des kantonalen Steueramts vom 4. März 2016 ist aufzuheben. In Anwendung von Art. 56 Abs. 2 VRP ist die Streitsache zu neuer Berechnung der Quellensteuer für die Lohnnachzahlung von Fr. 50 000.– netto im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

22

Art. 197 Abs. 1 lit. d StG (sGS 811.1). Der deutsche Revisionsgesuchsteller hatte in einem Verständigungsverfahren mit der Eidg. Steuerverwaltung eine Reduktion der steuerbaren Einkünfte ab 1996 für mehrere Jahre erwirkt. Im Kanton St. Gallen war er von 1996 bis 1998 beschränkt steuerpflichtig. Das Kantonale Steueramt stellte bei der neuen Bemessung der steuerbaren Einkünfte auf einen Vergleich der Steuerperioden ab. Der Revisionsgesuchsteller beantragte für 1997 und 1998 als Vergleichsgrundlage die Berücksichtigung der Bemessungsperioden, welche damals nicht mit den Steuerperioden zusammenfielen. Die unangefochten gebliebene Revision für 1996 stellte auch auf die Steuerperiode als Vergleichsgrundlage ab, weshalb es einem unzulässigen Methodendualismus gleichkäme, wenn für die anderen Jahre auf die Bemessungsperiode abgestellt würde.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 23. August 2016

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 197 Abs. 1 StG kann eine rechtskräftige Verfügung oder ein rechtskräftiger Entscheid auf Antrag oder von Amtes wegen zugunsten des Steuerpflichtigen revidiert werden, wenn [...] bei interkantonalen oder internationalen Doppelbesteuerungskonflikten die erkennende Behörde zum Schluss kommt, dass nach den anwendbaren Regeln zur Vermeidung der Doppelbesteuerung der Kanton St.Gallen sein Besteuerungsrecht einschränken müsste (lit. d)[...]

b) Die Vorinstanz ist zu Recht auf das Revisionsbegehren teilweise eingetreten. Aus den Verhandlungen zwischen dem Rekurrenten und den deutschen Steuerbehörden resultierte eine geänderte Aufteilung der Einkünfte auf die Schweiz und auf Deutschland in den Steuerjahren 1996 bis 1998. Folglich musste die Vorinstanz prüfen, ob in Bezug auf die rechtskräftigen Veranlagungen des Kantons St.Gallen der Revisionstatbestand von Art. 197 Abs. 1 lit. d StG erfüllt ist.

3. Zu prüfen ist im Folgenden, wie sich die Einigung des Rekurrenten mit den deutschen Behörden im Hinblick auf eine Doppelbesteuerung auswirkt.

a) Bei der Pränumerandobesteuerung mit Vergangenheitsbemessung (im Folgenden: Pränumerandobesteuerung) fallen die Steuer- und die Veranlagungsperiode zusammen; die Bemessungsperiode geht diesen beiden Perioden voran. Der Steuerpflichtige entrichtet die Steuer auf dem Einkommen, das er in jener Periode erzielt hat, welche der Steuer- und Veranlagungsperiode vorangegangen ist (M. Reich, Steuerrecht, 2. Aufl., 2012, S.418). Ab dem 1. Januar 2001 hat die Mehrheit der Schweizer Kantone, insbesondere auch der Kanton St.Gallen, den grundlegenden Systemwechsel von der Pränumerandobesteuerung mit zweijähriger Vergangenheitsbemessung zur Postnumerandobesteuerung mit einjähriger Gegenwartsbemessung durchgeführt (Schweizerische Steuerkonferenz SSK, Zeitliche Bemessung der Steuern Februar 2015, abrufbar unter: <https://www.estv.admin.ch>).

Das Doppelbesteuerungsverbot verbietet die aktuelle und die virtuelle Doppelbesteuerung (Vallender/Wiederkehr, Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N58f. zu Art. 127). Nach der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine Doppelbesteuerung vor, «wenn eine steuerpflichtige Person von zwei oder mehreren Kantonen für das gleiche Steuerobjekt und für die gleiche Zeit zu Steuern herangezogen wird (aktuelle Doppelbesteuerung) oder wenn ein Kanton in Verletzung der geltenden Kollisionsnormen seine Steuerhoheit überschreitet und eine Steuer erhebt, die einem anderen Kanton zustehen würde (virtuelle Doppelbesteuerung)» (statt vieler Urteil des Bundesgerichts 2C_250/2013 vom 29. August 2013 E. 2.1). Die Doppelbesteuerung wird durch zwei verschiedene Methoden vermieden. Man unterscheidet zwischen der Befreiungsmethode (Freistellung des Steuerobjekts) und der Anrechnungsmethode (Anrechnung der erhobenen Steuer). Im internationalen Steuerrecht finden beide Methoden Anwendung. Die Grundsätze der Befreiungsmethode im interkantonalen Verhältnis werden auch im internationalen Verhältnis angewandt. Die Anrechnungsmethode findet in der Regel Anwendung, wenn ein Steuerobjekt in zwei Staaten gleichzeitig steuerbar ist, und

beide Staaten zur Besteuerung befugt sind. Gemäss dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (SR 0.672.913.62) wird bei einer Person, die in der Bundesrepublik Deutschland ansässig ist, die Doppelbesteuerung vermieden, indem die aus der Schweiz stammenden Einkünfte in der Schweiz besteuert werden können (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a DBA-D).

Als widersprüchlich oder als verbotener Methodendualismus ist das Verhalten der Steuerbehörde einzustufen, wenn sie in der gleichen Sache zwei sich ausschliessende Methoden bei der Sachverhaltsfeststellung oder der Gesetzesauslegung anwendet. Die Bedeutung des Verbots des Methodendualismus erschöpft sich im Steuerrecht in der Verhinderung von widersprüchlich motivierten Mehrfachbesteuerungen einer steuerpflichtigen Person durch die nämliche Steuerbehörde oder allenfalls durch verschiedene Behörden. Hingegen greift es dann nicht ein, wenn verschiedene Steuerbehörden gegenüber verschiedenen Steuerpflichtigen auf unterschiedlicher gesetzlicher Grundlage zu abweichenden Beurteilungen ein und desselben rechtserheblichen Sachverhalts gelangt sind (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl. 2009, VB zu Art. 109-121 DBG N 83 f.; vgl. GVP 1980 Nr. 54).

b) Die Vorinstanz hat den Rekurrenten für das Steuerjahr 1996 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 284 000.– veranlagt, wobei sie ein Einkommen aus selbstständigem Erwerb von Fr. 288 051.– zugrundelegte. Gemäss der Vereinbarung mit der deutschen Steuerbehörde hätte für das Steuerjahr 1996 für den Kanton St. Gallen ein Erwerbseinkommen von Fr. 151 910.– resultiert. Für die revisionsweise Korrektur stützte sich die Vorinstanz auf diesen gemäss Einigung für das Steuerjahr 1996 ermittelten Betrag. Dieser Punkt blieb im Rekurs unangefochten. Für die Steuerjahre 1997/1998 stellte sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass keine Revision notwendig sei. Sie habe den Rekurrenten für die Steuerjahre 1997/1998 auf der Grundlage von Erwerbseinkünften der beiden Jahre 1995 (Fr. 398 909.–) und 1996 (Fr. 214 320.–), durchschnittlich also Fr. 301 114.– veranlagt. Gemäss Verhandlungsergebnis mit Deutschland hätten für 1995 Fr. 252 535.– und für 1996 Fr. 301 114.–, durchschnittlich also Fr. 353 299.– besteuert werden dürfen. Dieser Betrag ergebe sich aus dem Durchschnitt, der von den deutschen Steuerbehörden festgelegten Beträge für die Jahre 1997 und 1998. Da der Rekurrent im Kanton St. Gallen mit einem tieferen Ansatz veranlagt worden sei, liege für die Steuerjahre 1997/1998 keine Doppelbesteuerung vor.

Im Rekurs wird vorgebracht, bei dieser Vorgehensweise werde die Tatsache auf den Kopf gestellt, dass in jedem der drei Jahre das jeweils festgesetzte Einkommen in der Schweiz verringert worden sei. Gleichwohl führe nur das Jahr 1996 zu einer anerkannten Doppelbesteuerung und deren Beseitigung. Richtigerweise müsse der Durchschnitt der Jahre 1995 (Fr. 398 909.–) und des revidierten 1996 (Fr. 151 910.–) für die Berechnung des steuerbaren Einkommens für die Steuerjahre 1997/1998 herangezogen werden. Daraus resultiere ein Durchschnitt von Fr. 269 909.50. Dieser

Betrag sei niedriger als der durch die Vorinstanz für die Steuerperiode 1997/1998 zugrunde gelegte Betrag von Fr. 301 114.–, weshalb eine Doppelbesteuerung vorliege, die zu beseitigen sei.

c) Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass gemäss Staatssekretariat für internationale Finanzfragen bis zum Wechsel von der Pränumerando- zur Postnumerandosteuerung bei einer Aufrechnung im Ausland im Jahr x in der Schweiz die Korrektur ungeachtet der davon abweichenden Bemessungsperiode in der Steuerperiode des Jahres x vorgenommen worden sei. Somit sei auf die Steuerperiode und nicht auf die Bemessungsperiode abzustellen. Im vorliegenden Fall müsste demnach ausschliesslich die Veranlagung 1997/1998 mit der Bemessungsperiode 1995/1996 zur Korrektur herangezogen werden. Da der Rekurrent seine Niederlassung per Ende Dezember 1998 nach Graubünden verlegt habe, seien die Jahre 1997/1998 nie Bemessungsperiode im Kanton St.Gallen gewesen. Es seien jedoch beide Methoden denkbar: Man könne sowohl auf die Steuerperiode, wie auch auf die Bemessungsperiode abstellen. Es sei lediglich ein Methodendualismus abzulehnen. Schliesslich hält die Vorinstanz fest, dass sich für den Rekurrenten eine grössere Rückerstattung ergebe, wenn für das Steuerjahr 1996 das steuerbare Einkommen von Fr. 284 000.– auf Fr. 147 900.– reduziert als wenn bei den Steuern der Jahre 1997 und 1998 ein steuerbares Einkommen im Umfang von Fr. 251 942.– berücksichtigt werde.

d) Wie oben erläutert wurde, galt in der fraglichen Periode die Praenumerandobesteuerung. Dies führte bei Aufrechnungen im Ausland regelmässig zu Problemen, für deren Lösung zwei Methoden zur Auswahl standen. Der Rekurrent will für die Hauptveranlagung 1997/1998 auf die Bemessungsperiode und somit auf die zweite Methode abstellen. Vor diesem Hintergrund würde es einen unzulässigen Methodendualismus darstellen, würde für die Hauptveranlagung 1997/1998 auf die Bemessungsperiode abgestellt, für die Hauptveranlagung 1995/1996 jedoch auf die Steuerperiode. Der Rekurrent argumentiert widersprüchlich, wenn er einerseits vorbringt, dass der ihn begünstigende Teil nicht angefochten sei und er eine reformatio in peius ablehne. Damit erklärt er sich mit der von der Vorinstanz angewandten Methode für das Steuerjahr 1996 einverstanden, während er für die Hauptveranlagung 1997/1998 eine andere Methode angewandt haben will. Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass ein solches Vorgehen nicht angebracht sei, weil die Änderung zugunsten des Rekurrenten im Jahr 1996 auf diese Weise zwei Mal bzw. für drei Steuerjahre berücksichtigt werden würde. Zwar wären beide Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung grundsätzlich zulässig. Sinn und Zweck von Art. 197 Abs. 1 lit. d StG ist aber die Vermeidung einer Doppelbesteuerung. Dieser Zweck wird mit der von der Vorinstanz angewendeten Methode erreicht. Ein Anspruch, im Rahmen der Revision durch eine Anwendung verschiedener Methoden eine weitere Entlastung zu erwirken, indem ein Bemessungsjahr für drei Steuerjahre als Massstab herangezogen wird, besteht indes nicht. Daraus folgt, dass der Entscheid der Vorinstanz korrekt ist, weshalb der Rekurs abzuweisen ist.

23

Art. 198 StG (sGS 811.1). Berichtigung. Die steuerpflichtige Ehefrau mit Wohnsitz im Kanton St.Gallen war an einer Kollektivgesellschaft im Kanton Zürich beteiligt. Die Veranlagungsbehörde des Kantons St.Gallen nahm eine Steuerauscheidung vor und wies dabei einen Teil des Gewinns aus der Kollektivgesellschaft dem Wohnsitzkanton St.Gallen zu, wobei sie sich auf eine interne Vereinbarung des Kantons St.Gallen mit anderen Kantonen stützte. Sie vertauschte jedoch die Faktoren zuungunsten des Kantons St.Gallen. Die Steuerauscheidungen wurden rechtskräftig. Die st.gallische Steuerbehörde wollte in der Folge eine Berichtigung vornehmen. Ein Rechnungsfehler oder Schreibversehen lag allerdings nicht vor, sondern ein Akt der Rechtsanwendung, weshalb eine Berichtigung nicht zulässig war.

Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/1, 15. Juli 2016

Aus den Erwägungen:

2. Die Verfahrensbeteiligten sind sich nicht einig, ob die rechtskräftig gewordenen Steuerauscheidungen der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Ehefrau auf das Haupt- und Nebensteuerdomizil auf dem Weg der Berichtigung korrigiert werden können.

a) Eine unangefochten gebliebene und damit formell rechtskräftig gewordene Verfügung ist nicht schon deswegen nachträglich abzuändern, weil sich ergibt, dass sie an einem ursprünglichen Rechtsfehler leidet. Auszugehen ist vielmehr vom Grundsatz, dass Veranlagungsverfügungen mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C_519/2011 vom 24. Februar 2012 E. 3.1 mit Hinweisen). Auf eine rechtskräftige Verfügung kann nur noch unter besonderen Voraussetzungen zurückgekommen werden. Das Steuerrecht kennt einen Numerus clausus von Rechtsgründen, die es erlauben, auf eine rechtskräftige Verfügung oder einen solchen Entscheid zurückzukommen; bei diesen Gründen handelt es sich um die Revision (Art. 197 StG; Art. 51 StHG), die Berichtigung (Art. 198 StG; Art. 52 StHG) und die Nachsteuer (Art. 199 ff. StG; Art. 53 f. StHG). Weitere Aufhebungs- oder Abänderungsgründe sind ausgeschlossen und können weder von der steuerpflichtigen Person noch der öffentlichen Hand angerufen werden (vgl. BGer 2C_200/2014 vom 4. Juni 2015 E. 2.4.1 mit Hinweis auf 2C_519/2011 vom 24. Februar 2012 E. 3.3, in: StR 67/2012 S. 367, und 2C_596/2012 vom 19. März 2013 E. 2.3, in: StR 68/2013 S. 474). Insbesondere bleibt für die im übrigen Verwaltungsrecht bekannte Wiedererwägung nach Ablauf der Einsprachefrist kein Raum (vgl. BGer 2C_519/2011 vom 24. Februar 2012 E. 3.3 mit Hinweisen).

Gemäss Art. 198 Abs. 1 StG können Rechnungsfehler und Schreibversehen in rechtskräftigen Verfügungen und Entscheiden innert fünf Jahren nach Eröffnung auf Antrag oder von Amtes wegen von der Behörde, der sie unterlaufen sind, berichtigt

werden. Der Wortlaut der Bestimmung deckt sich mit Art. 52 StHG und Art. 150 Abs. 1 DBG. Der Berichtigungstatbestand soll sicherstellen, dass rechtskräftige Verfügungen und Entscheide, die aufgrund eines Kanzleifehlers den wirklichen Willen der betreffenden Steuer- oder Steuergerichtsbehörde unzutreffend zum Ausdruck bringen, möglichst formlos korrigiert werden können. Der Tatbestand räumt der Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde das Recht ein, auf eine rechtskräftige Verfügung oder einen rechtskräftigen Einspracheentscheid zurückzukommen, begrenzt diese Befugnis indessen in zeitlicher (absolute Verwirkungsfrist von fünf Jahren) wie sachlicher (Kanzleifehler) Hinsicht. Berichtigungsfähige Kanzleifehler haben den Ausdruck des Verfügungsinhalts und des behördlichen Willens, also die Willensäusserung zum Gegenstand. Bei der Berichtigung geht es damit um die Klarstellung eines Erklärungsirrtums, in welchem sich die Steuerbehörde befand (BGer 2C_596/2012 vom 19. März 2013 E. 2.4 mit Hinweisen). Im Gegensatz zum verwaltungsrechtlichen Widerruf der Verfügung, der auf die Bereinigung bis hin zur Aufhebung der Verfügung insgesamt abzielt, im Steuerrecht jedoch aufgrund des Numerus clausus der steuerrechtlichen Gründe für die Abänderung rechtskräftiger Verfügungen und Entscheide keine Anwendung findet, dient der steuerrechtliche Berichtigungstatbestand dazu, vereinzelte, geringfügige Unstimmigkeiten zu beseitigen (vgl. BGer 2C_519/2011 vom 24. Februar 2012 E. 3.4.2). Die Bestimmung trägt damit auch den Charakter einer Schutznorm zugunsten der steuerpflichtigen Person. Kennzeichnend für Kanzleifehler ist, dass sie bei der behördlichen «Handarbeit» auftreten (vgl. BGer 2C_596/2012 vom 19. März 2013 E. 2.4).

Die von den Kanzleifehlern abzugrenzenden Verfügungsfehler entspringen dagegen der «Kopfarbeit». Ein inhaltlicher Fehler der Verfügung und damit der Willenserklärung der Behörde liegt vor, wenn die Verfügung auf einer unzutreffenden tatbestandlichen oder rechtlichen Würdigung beruht, ungeachtet dessen, ob für die steuerpflichtige Person erkennbar ist, dass sich die Behörde in einem Sach- oder Rechtsirrtum und damit einem eigentlichen Grundlagenirrtum befand. Aktenwidrige oder auf einem unzutreffenden Sachverhalt bzw. auf falscher Rechtsanwendung beruhende Veranlagungsfehler sind jedoch nicht berichtigungsweise, sondern auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen. Hierzu verfügt auch die öffentliche Hand über die erforderlichen Rechtsmittelmöglichkeiten (BGer 2C_596/2012 vom 19. März 2013 E. 2.5 mit Hinweisen; Klöti-Weber/Siegrist/Weber, Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 4. Aufl. 2015, N 6 zu § 205). Selbst wenn ein derartiger Fehler der Behörde offensichtlich unterlaufen ist, liegt kein Kanzleifehler im Sinn von Art. 198 StG vor (P. Locher, Kommentar zum DBG, Basel 2015, N 6 zu Art. 150).

Liessen sich im einstigen, durch vertikale Arbeitsteilung geprägten Modell die Willensbildung («Kopfarbeit») des Veranlagungspersonals zwecks Ermittlung der Steuerfaktoren) und Willensäusserung («Handarbeit») des Kanzleipersonals anlässlich der Ablesung des Tarifs und der Erstellung der Veranlagungsverfügung) mühelos trennen, sind die Konturen angesichts der Arbeit am Computer, die zur automatischen Berechnung der Steuer und Ausfertigung der Verfügung führt, verwischt. Die Auslegung

und Anwendung des Berichtigungstatbestandes hat diesen gewandelten Umständen Rechnung zu tragen. Eine zur Hauptsache ablaufbezogene Betrachtung – Fehler schon in der Willensbildung oder erst in der Willensäusserung? – wird der heutigen Arbeitsweise nicht mehr vollständig gerecht. Nicht nur ist für Aussenstehende nur beschränkt einseh- und nachvollziehbar, ob es sich um einen Programmierungs-, einen Handhabungs- oder einen Fehler im Druckzentrum handelt. Vielmehr fragt sich ganz grundsätzlich, wem und welchem Verfahrensstadium «Computerfehler» zuzurechnen sind (vgl. BGer 2C_519/2011 vom 24. Februar 2012 E. 3.5.1).

b) Die fehlerhafte Steuerauscheidung der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Rekurrentin zwischen den Kantonen St. Gallen und Zürich in den rechtskräftig gewordenen Veranlagungen für die Jahre 2010 und 2011 beruht nicht auf einer fehlerhaften Rechenoperation. Die Vorinstanz macht vielmehr einen Übertragungsfehler geltend, indem der Steuerkommissär die Ausscheidung entsprechend der einschlägigen interkantonalen Vereinbarung zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, die auch im Steuerbuch wiedergegeben werde, habe vornehmen wollen, dabei aber die beiden Anteile verwechselt habe.

c) Gemäss Art. 15 Abs. 1 StG ist die Steuerpflicht bei persönlicher Zugehörigkeit unbeschränkt, erstreckt sich aber nicht auf Geschäftsbetriebe, Betriebsstätten und Grundstücke ausserhalb des Kantons. Die Steuerauscheidung erfolgt im Verhältnis zu anderen Kantonen nach den Grundsätzen des Bundesrechts über das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung (Art. 16 Abs. 1 StG). Zu beachten ist insbesondere die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Verbot der Doppelbesteuerung gemäss Art. 127 Abs. 3 BV.

Bei der Kollektivgesellschaft handelt es sich um eine kaufmännisch geführte Personengesellschaft. Beteiligungen an solchen Gesellschaften stellen Geschäftskapital der Teilhaber dar und führen bei diesen zu Erwerbseinkommen. Nach kantonalem Steuerrecht und nach dem Steuerharmonisierungsrecht des Bundes sind die Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit das Ergebnis aus dem kombinierten Einsatz von Arbeit und Kapital. Sie bilden das Entgelt für die geleistete Arbeit einerseits und für die Zurverfügungstellung des Kapitals andererseits und lassen sich vielfach nicht in ihre Einzelteile auffächern, sondern stellen ein heterogenes Konglomerat dar (vgl. Zigerlig/Oertli/Hofmann, Das st.gallische Steuerrecht, 7. Aufl. 2014, S. 46; M. Reich, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/1: Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 2. Aufl. 2002, N 18 zu Art. 8 StHG). Trotz dieser Schwierigkeit und der zunehmenden Bedeutung gewinnabhängiger Lohnbestandteile sind nach geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung im interkantonalen Verhältnis Gesellschaftsgewinn und Arbeitsentgelt unterschiedlich zu behandeln. Das Arbeitsentgelt des mitarbeitenden Gesellschafters ist am Hauptsteuerdomizil des Teilhabers steuerpflichtig. Der Zins für das Gesellschaftskapital und die Anteile der Gesellschafter am Reingewinn sind am Sitz der Gesellschaft, an welchem die Gesellschafter ein Nebensteuerdomizil begründen, steuerpflichtig (vgl. BGE 107 Ia 41 E. 2 mit Hinweisen). Zwischen den Gesamtbezügen und dem

Arbeitsentgelt muss ein angemessenes Verhältnis bestehen. Massgebend ist der Betrag, der für die gleiche Arbeitsleistung an einen Dritten bezahlt würde (vgl. Höhn/Mäusli, Interkantonaies Steuerrecht, 4. Aufl. 2000, S. 192 ff.).

d) Die Vorinstanz beruft sich auf einen reinen Eingabefehler anlässlich eines manuell vorzunehmenden Schrittes und damit auf ein «Schreibversehen» im Sinn von Art. 198 Abs. 1 StG. Die obigen Ausführungen zeigen indessen, dass das steuerbare Einkommen bei Kollektivgesellschaftern, die in verschiedenen Kantonen wohnen und arbeiten, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Steuerausscheidung in Gesellschaftsgewinn und Arbeitsentgelt aufzuteilen ist, wobei letzteres jenem Betrag zu entsprechen hat, der für die gleiche Arbeitsleistung an einen Dritten bezahlt würde. Die Vornahme der Steuerausscheidung stellt demnach einen Akt der Rechtsanwendung dar. In den Jahresrechnungen 2010 und 2011 der Kollektivgesellschaft, an welcher die Rekurrentin beteiligt ist, wurde der erzielte Jahresgewinn nicht in Gesellschaftsgewinn und Arbeitsentgelt aufgeteilt. Nähere Angaben dazu wie auch zum zeitlichen Umfang der Arbeitstätigkeit der Rekurrentin fehlen. Es trifft zwar zu, dass die Veranlagungsbehörde in solchen Fällen auf die mit diversen Nachbarkantonen getroffene Vereinbarung vom 10. Juli 2000 (publiziert in Steuerbuch StB 16 Nr. 3) zurückgreift, wonach bei Einkünften zwischen Fr. 50 000.– und Fr. 80 000.– ein Arbeitsentgelt von Fr. 40 000.– am Wohnort zu versteuern ist. Dabei handelt es sich hingegen nicht um eine Bestimmung mit Gesetzescharakter, sondern lediglich um eine Verwaltungsanweisung zur Vereinfachung der Steuerausscheidung von Tätigkeitsentgelten bei Teilhabern von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Unabhängig von dieser Vereinbarung sind Fälle denkbar bzw. steht dem Steuerpflichtigen der Nachweis offen, dass der Arbeits- oder der Gewinnanteil im konkreten Fall höher oder niedriger ausgefallen sind. Es handelt sich dabei offenkundig um eine Frage der Rechtsanwendung, welche im Einzelfall unter Umständen durchaus umstritten sein kann. In solchen Fällen können sich weder der Steuerpflichtige noch die Veranlagungsbehörde darauf berufen, die Steuerausscheidung sei mit Anwendung einer anderen Aufteilung zu berichtigen (vgl. dazu auch VerwGE B 2015/80 vom 25. Februar 2016 E. 2.4.1. in www.gerichte.sg.ch). Vor diesem Hintergrund erscheint die interkantonale Steuerausscheidung des Einkommens eines Kollektivgesellschafters deshalb einer Berichtigung von Vornherein nur sehr schwer zugänglich. Vorliegend steht nicht fest, dass die Aufteilung gemäss Vereinbarung, im vorliegenden Fall Kanton St. Gallen Fr. 40 000.– und Kanton Zürich Fr. 15 897.– bzw. Fr. 18 573.–, die einzig richtige Steuerausscheidung darstellt. Demzufolge fehlt es letztlich am strikten Nachweis, dass es sich bei der vorgenommenen Ausscheidung um einen reinen Übertragungsfehler handelte. Dies gilt umso mehr, als nach der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung selbst das «Ablesen» eines falschen Tarifs nicht als der Berichtigung zugänglicher Erklärungsirrtum zu behandeln war (vgl. BGE 82 I 21). Hinzu kommt, dass die Behandlung eines Übertragungsfehlers als «Schreibversehen» gemäss Bundesgericht im Übrigen ohnehin grundsätzlich als fraglich erscheint (vgl. BGer 2C_519/2011 vom 24. Februar 2012 E. 3.5.3).

d) Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass der Rekurs gutzuheissen ist. Die Berichtigungen betreffend die Steuerauscheidungen der Kantons- und Gemeindesteuern 2010 und 2011 sind aufzuheben.

7 Öffentliches Beschaffungswesen

24

Art. 34 Abs.2 lit. a und b VöB (sGS 841.11). Wie beim Preiskriterium muss das Bewertungssystem auch bei den Qualitätskriterien so ausgestaltet sein, dass es die für das Kriterium festgelegte Gewichtung nicht verzerrt. Damit die Bewertungskurve beim Qualitätskriterium nicht vergleichsweise zu flach verläuft, muss auch bei diesem Kriterium von einer realistischen Spanne der Durchschnittsnote ausgegangen werden.

Verwaltungsgericht, 26. Oktober 2016

Aus den Erwägungen:

3.2. Die Beschwerdeführerin beanstandet die Bewertung ihres Angebotes hinsichtlich der Erfüllung des Anforderungsprofils. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Bewertungsmodell als solchem (dazu nachfolgend Erwägung 3.2.1) und der Benotung des Angebots nach den einzelnen Elementen des Anforderungsprofils (dazu nachfolgend Erwägung 3.2.2). [...]

3.2.1. Für die Bewertung der Angebote hinsichtlich der Erfüllung des Anforderungsprofils benotete die Vorinstanz 56 Kriterien auf einer Skala von 0 bis 5 (1 unbrauchbar, 2 schlecht, 3 mässig, 4 gut, 5 sehr gut, wobei auch die Note 0 vergeben wurde). Die auf drei Stellen nach dem Komma ermittelte Durchschnittsnote wurde ausgehend von einer Spanne der Durchschnittsnote zwischen 0 und 5 linear in Punkte umgerechnet. Das Angebot der Beschwerdegegnerin, welches die maximale Durchschnittsnote von 5 erzielte, wurde dementsprechend mit 210 Punkten bewertet. Das Angebot der Beschwerdeführerin mit einer Durchschnittsnote von 4,321 erzielte noch 182 Punkte.

Das Bewertungssystem muss nicht nur beim Preiskriterium, sondern auch bei allen anderen Kriterien, insbesondere auch beim Kriterium der Qualität gemäss Art. 34 Abs.2 Ingress und lit.b VöB so ausgestaltet sein, dass sie die für das Kriterium festgelegte Gewichtung nicht verzerrt. Beim Preiskriterium wird diese Anforderung erfüllt, indem die Bewertung linear unter Berücksichtigung einer realistischen Preisspanne erfolgt. Damit die Bewertung der Angebote nach dem Kriterium der Erfüllung

des Anforderungskatalogs nicht auf einer vergleichsweise zu flachen Kurve beruht, ist es erforderlich, dass auch bei diesem Kriterium von einer realistischen Spanne der Durchschnittsnote ausgegangen wird. Ebenso wenig wie beim Preis sehr teure Angebote eine noch relativ hohe Punktzahl erzielen sollen, dürfen relativ schlecht bewertete Angebote noch relativ hohe Punktzahlen erreichen. Bei der Festlegung einer realistischen Qualitätsspanne ist bei dem von der Vorinstanz gewählten System davon auszugehen, dass Angebote, die durchwegs als unbrauchbar oder schlecht bewertet werden, unrealistisch sind. Dementsprechend ist es zur Gewährleistung der Gewichtung des Kriteriums der Erfüllung des Anforderungskatalogs angebracht, die zu vergebenden 210 Punkte für die Durchschnittsnote nicht auf die Bandbreite zwischen 0 und 5, sondern auf eine engere Bandbreite, beispielsweise zwischen 2 und 5 zu verteilen. Bei der unveränderten Benotung des Angebots der Beschwerdeführerin mit durchschnittlich 4,321 ergäben sich dann 162 und nicht 182 Punkte.

25

Art. 1 Abs. 3 lit. c rIVöB (sGS 841.32); Art. 34 Abs. 3 VöB (sGS 841.11). Unterkriterien müssen nicht in quasi-tabellarischer Form bekannt gegeben werden. Vielmehr sind Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen integral zu betrachten. Da die Kriterien mit den – und nicht und die – Unterkriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung bekannt zu geben sind, ist aus der Reihenfolge der Nennung von Unterkriterien nicht auf eine Rangfolge in der Bedeutung zu schliessen.

Verwaltungsgericht, 28. Juni 2016

Die Politische Gemeinde St.Gallen schrieb für die Sanierung und den Ausbau der Primarschule St.Leonhard unter anderem die Sanitärinstallationen im offenen Verfahren aus. In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Zuschlagskriterien «Preis», «Referenzen» und «Angebot Regiearbeiten» in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt gegeben. Zum «Angebot Regiearbeiten» waren die Regieansätze je Stunde in Übereinstimmung mit den Ansätzen im Devis für Polier/Chefmonteur/Werkmeister/Vorarbeiter, Berufsarbeiter/Monteur und ungelernter Arbeiter/Hilfsmonteur, Rabatt und Skonto auf Regiearbeiten sowie Überstundenzuschläge anzugeben. Sodann wurde nach dem Personalbestand im Unternehmen bei Angebotsabgabe, unterschieden nach Personen mit höherer Fachausbildung, Personen mit Fachausbildung (Berufslehre) sowie Hilfskräften und Lernenden, gefragt. Die Rüge der nicht berücksichtigten Beschwerdeführerin, die Vergabebehörde habe das Transparenzgebot verletzt, weil

sie Unterkriterien nicht oder mit ungenügenden Angaben zur Gewichtung bekannt gegeben habe, erweist sich als unbegründet.

Aus den Erwägungen:

3.1. Vorab ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die Gewichtung der Regieansätze nach Vorarbeitern, gelernten Arbeitern und ungelerten Arbeitern in der Ausschreibung hätte bekannt geben müssen.

In Konkretisierung des in Art. 1 Abs. 3 Ingress und lit. c IVöB verankerten Transparenzgebotes schreibt Art. 34 Abs. 3 VöB vor, dass im Rahmen der Ausschreibung die Zuschlagskriterien mit den Unterkriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder mit ihrer Gewichtung bekannt zu geben sind. Das Transparenzgebot verlangt keine vorgängige Bekanntgabe von Teilaspekten oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Zuschlagskriterien dienen (vgl. BGer 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4 mit Hinweisen; VerwGE B 2014/248 vom 28. Juli 2015 E. 3.1, www.gerichte.sg.ch). Inwieweit Art. 34 Abs. 3 VöB, wonach allfällige Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung bekannt zu geben sind, strengere Voraussetzungen schafft (vgl. dazu VerwGE B 2011/191 vom 14. Februar 2012 E. 2.3, www.gerichte.sg.ch), kann offen bleiben.

Selbst wenn die Stundenansätze für die einzelnen Personalkategorien als Unterkriterien zu behandeln wären, würden Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen die Voraussetzungen von Art. 34 Abs. 3 VöB erfüllen. Die Bestimmung verlangt eine Bekanntgabe von Unterkriterien im Rahmen der Ausschreibung, das heisst in der Ausschreibung selbst (Art. 19 Abs. 1 Ingress und lit. f VöB) oder aber in den Ausschreibungsunterlagen (Art. 20 Ingress und lit. h VöB). Aus dem Wortlaut und der Systematik der Bestimmungen ist zu schliessen, dass den Anforderungen von Art. 34 Abs. 3 VöB an die Bekanntgabe von Unterkriterien nicht bloss dann Rechnung getragen wird, wenn dies in quasi tabellarischer Form (Zuschlagskriterium 1 mit den Unterkriterien a, b und c) geschieht. Zur Beurteilung, ob Art. 34 Abs. 3 VöB eingehalten wurde, ist es vielmehr erforderlich, die Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen integral zu betrachten. Aus den Fragen zu den Stundenansätzen bei Regiearbeiten konnten die Anbieterinnen ohne weiteres schliessen, dass für die Beurteilung ihres Angebots nach dem Zuschlagskriterium «Angebot Regiearbeiten» die Ansätze für die drei Personalkategorien – Polier/Chefmonteur/Werkmeister/Vorarbeiter, Berufsarbeiter/Monteur, ungelerner Arbeiter/Hilfsmonteur – von Bedeutung sein würden.

Wenn Art. 34 Abs. 3 VöB bereits für die Zuschlagskriterien keine Bekanntgabe ihrer Gewichtung im Rahmen der Ausschreibung verlangt, kann dies umso weniger für die Unterkriterien gelten. Schliesslich kann aus Art. 34 Abs. 3 VöB auch nicht geschlossen werden, die Reihenfolge der Nennung von Unterkriterien gebe zwingend ihr relatives Gewicht wieder. Der Wortlaut «Kriterien mit allfälligen Unterkriterien» – und nicht etwa «Kriterien und allfällige Unterkriterien» – deutet darauf hin, dass sich die Anforderung, das absolute oder mit der Rangfolge zumindest das relative Gewicht im Rahmen der Ausschreibung bekannt zu geben, lediglich auf die Zuschlagskriterien bezieht. Aus der Reihenfolge der Nennung war deshalb auch nicht auf eine Rangfolge in der Bedeutung

zu schliessen, umso mehr als sich die Reihenfolge offensichtlich nach der Hierarchie der Mitarbeiter richtete. Die Vorinstanz war dementsprechend nicht verpflichtet, die Ansätze nach der Reihenfolge, in welcher sie in Ziffer 2.2 aufgeführt waren, zu gewichten.

II. Zivilrecht

1. Einleitung

26

Art. 2 Abs. 2 ZGB (SR 210); Art. 1 Abs. 1 und Art. 267d OR (SR 220); Art. 19 VMWG (SR 221.213.11). Voraussetzungen, unter denen trotz Verletzung der Formularpflicht von einer konsensualen Mietzinserhöhung auszugehen ist (E. III.2).

Die Nichtigkeit einer formungültigen Mietzinserhöhung kann grundsätzlich jederzeit – hier nachdem der Mieter den erhöhten Mietzins während fast 12 Jahren anstandslos bezahlt hatte – geltend gemacht werden (E. III.5).

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 4. Oktober 2016

-> bestätigt durch das Bundesgericht (Urteil 4A_637/2016 vom 3. März 2017)

Die Beklagte plante die teilweise Renovation sämtlicher Wohnungen ihres Mehrfamilienhauses bei fortbestehenden Mietverhältnissen mit anschliessender Erhöhung der Mietzinsen. In ihrem Auftrag orientierte die Verwalterin die Mieter, darunter auch den Kläger, anlässlich einer dafür anberaumten Versammlung am 20. Februar 2003 über das Vorhaben und liess sie eine Vereinbarung unterzeichnen, in welcher der ungefähre Beginn, die ungefähre Dauer pro Wohnung und der Umfang der Renovation sowie der genaue Betrag der Mietzinserhöhung festgehalten waren, ohne dabei das Formular gemäss Art. 19 VMWG zu verwenden. Nach Renovation seiner Wohnung entrichtete der Kläger der Beklagten ab Mai 2005 ununterbrochen zusätzliche Fr. 220.– pro Monat, die er im Juni 2014 wieder zurückforderte, nachdem er sich zwischenzeitlich von einem Anwalt hatte beraten lassen. Die u.a. strittige Frage, ob der Kläger die Vereinbarung ebenfalls unterzeichnet hatte, konnte im Berufungsverfahren offengelassen werden.

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

2.a) Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass keine konsensuale Mietzinserhöhung zustande gekommen sei, zumal das am 20. Februar 2003 erstellte Dokument (kläg. act. 16) den Anforderungen von Art. 19 VMWG nicht genüge. So fehle es an den notwendigen Angaben betreffend den Zeitpunkt der Mietzinserhöhung; ebensowenig seien der Mietzins vor der Erhöhung und der neue Mietzins erkennbar. Zudem fehle es an einer Kalkulation der Renovationskosten und es sei nicht erwiesen, dass der

Mieter hinreichend über die Möglichkeit zur Anfechtung des Mietzinses informiert worden sei. In Anbetracht der inhaltlichen Mängel von kläg.act. 16 liess die Vorinstanz schliesslich offen, ob es sich bei der Unterschrift im Dokument um diejenige des Klägers handelt oder nicht. Dagegen wendet die Beklagte ein, die Vorinstanz verletze mit dieser Vorgehensweise Art. 1 OR, wonach eine gültige Vereinbarung einen gemeinsamen übereinstimmenden Willen voraussetze, was vorliegend gegeben sei, zumal die Parteien sowohl in den subjektiv als auch den objektiv wesentlichen Vertragspunkten übereinstimmen würden. Zudem erfülle die Vereinbarung entgegen der Auffassung der Vorinstanz die Anforderungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wonach eine konsensuale Mietzinserhöhung nach BGE 123 III 70 ohne jeglichen Druck zustande gekommen sein müsse und keine Verknüpfung mit einer Kündigungsandrohung vorliegen dürfe, was vorliegend beides nicht der Fall gewesen sei. Insofern verletze die Vorinstanz mit der Feststellung, dass die Formularpflicht verletzt worden sei, Art. 1 Abs. 1 OR. Der Kläger hingegen erachtet die Erwägungen der Vorinstanz als korrekt und bestreitet abermals, sich an der Versammlung vom 20. Februar 2003 mit dem Vermieter geeinigt zu haben. Er stellt in Abrede, dass der Schriftzug [...] in kläg.act. 16 von ihm stamme. Überdies spreche die Art und Weise, wie die verschiedenen Namen und Vornamen aufgeführt seien, eher für das Vorliegen einer einfachen Anwesenheitsliste als für einen Vertrag. Der Kläger wendet zudem ein, dass die in Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 VMWG genannten, auf dem amtlichen Formular zwingend aufzuführenden Angaben, auch essentialia negotii einer konsensualen Mietzinserhöhung darstellten und somit mangels entsprechender Angaben in kläg.act. 16 keine hinreichende Vereinbarung vorliege. Ausserdem gebe die Beklagte in der Berufung die Erwägungen in BGE 123 III 70 nur unvollständig und selektiv wieder.

b) Gemäss Rechtsprechung kann im Falle einer konsensualen Mietzinserhöhung auf die Verwendung des amtlichen Formulars verzichtet werden, wobei jedoch gewisse Voraussetzungen erfüllt sein müssen (BGE 128 III 419 E. 2.4.2.; BGE 123 III 70 E. 3.; Lachat/Dörflinger, Mietrecht für die Praxis, Rz. 17/3.1.6.; SVIT-Kommentar, Art. 269d OR N 17). Insbesondere ist sicherzustellen, dass Sinn und Zweck der gesetzlichen Formularpflicht nicht durch Vereinbarung umgangen werden. Dabei bezweckt die Formularpflicht im Allgemeinen, wie bereits erläutert, die Mieter über die Möglichkeit zur Anfechtung des Mietzinses zu informieren und klare, einheitliche Mitteilungen sicherzustellen (BSK OR I-Weber, Art. 269d N 2; BGE 135 III 220 E. 1.5.3.; BGE 138 III 401 E. 2.4.2.). Daraus wird abgeleitet, dass es für das Zustandekommen einer konsensualen Mietzinserhöhung notwendig ist, dass der Mieter die Mietzinserhöhung vollständig akzeptiert, in ausreichender Art und Weise über die Anfechtungsmöglichkeit informiert worden ist (hierzu kritisch: SVIT-Kommentar, Art. 269d OR N 17, der von Gesetzeskenntnis des Mieters ausgeht), im Voraus ein bewusster Verzicht auf die Anfechtung des Zinses vorliegt und ausgeschlossen werden kann, dass der Mieter beim Abschluss der Vereinbarung unter Druck gestanden hat (BGE 123 III 70 E. 3b; BGER 4A_198/2008 E. 3.1.; Lachat/Dörflinger, a.a.O., Rz. 17/3.1.6.).

Ein Vertrag kommt, wie von der Beklagten festgehalten, grundsätzlich bei gegenseitig übereinstimmender Willensäußerung zu Stande (Art. 1 Abs. 1 OR). Dabei ist es erforderlich, dass zwischen den Parteien ein Konsens vorliegt, wobei dieser Resultat der von den Parteien wechselseitig abgegebenen und verstandenen Erklärungen ist (BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Art. 1 N4). Die Willenserklärung kann entweder explizit oder auch lediglich konkludent erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR). Sodann gilt ein Vertrag grundsätzlich als geschlossen, wenn sich die Parteien über die objektiv wesentlichen Elemente des Geschäfts (*essentialia negotii*) geeinigt haben (Art. 2 Abs. 1 OR). Hierbei bestimmt sich der Mindestinhalt bei Nominatverträgen meist nach der einschlägigen Legaldefinition, bei Innominatverträgen ist hingegen erforderlich, dass zumindest der Sinn des Vertrages erkennbar ist (BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Art. 1 N23).

c) Es scheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die vorliegend entscheidende Vereinbarung zwischen Kläger und Beklagter die Anforderungen von Art. 1 Abs. 1 OR erfüllt, zumal nach Massgabe von Art. 253 OR für Mietverhältnisse lediglich erforderlich ist, dass sich der Vermieter zur Gebrauchsüberlassung der Mietsache und der Mieter zur Bezahlung eines Mietzinses verpflichtet. Diese Frage wie auch diejenige danach, ob die in Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 VMWG genannten Anforderungen *essentialia negotii* darstellen oder welchen Charakter das strittige Dokument hat (Vertrag oder Anwesenheitsliste), kann vorliegend mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen aber offen bleiben. Denn es gilt festzuhalten, dass die Bestimmung von Art. 1 OR als grundlegende Regel über das Zustandekommen von Verträgen nicht ungeachtet der einschlägigen Bestimmungen des Mietrechts zur Formularpflicht interpretiert werden darf. Letztere gilt es als *lex specialis* im vorliegenden Anwendungskontext zwingend zu beachten, zumal eine gegenteilige Vorgehensweise von vornherein zu einer Umgehung der entsprechenden Bestimmungen führen würde. Dabei hat die Praxis im Zusammenhang mit Art. 269d OR konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen eine konsensuale Mietzinserhöhung trotz der im Gesetz vorgeschriebenen Formularpflicht für einseitige Mietzinserhöhungen möglich ist. Diesbezüglich kann grundsätzlich auf die vorgängigen Ausführungen verwiesen werden. Jedenfalls greift die Argumentation der Beklagten zu kurz, wenn sie davon ausgeht, dass das Bundesgericht lediglich verlange, dass die Mietzinserhöhung ohne jeglichen Druck zustande gekommen sein müsse und keine Verknüpfung mit einer Kündigungsandrohung vorliegen dürfe. Vielmehr ist – wie gesagt – insbesondere auch notwendig, dass der Mieter in geeigneter Art und Weise über seine Möglichkeit zur Anfechtung des Mietzinses informiert wird. Zudem muss ein bewusster vorgängiger Verzicht des Mieters über die Anfechtung des Mietzinses vorliegen und die Mietzinserhöhung sollte mieterseitig vollständig akzeptiert worden sein. Vorliegend mangelt es insbesondere am Kriterium der Information über die Anfechtungsmöglichkeiten und an einem bewussten Verzicht auf die Anfechtung des Mietzinses. Die Beklagte hat nie behauptet, dass anlässlich der Veranstaltung vom 20. Februar 2003 über die Möglichkeit zur Anfechtung des Mietzinses informiert worden sei. Ebensowenig wendete

sie jemals ein, der Kläger habe bewusst auf die Möglichkeit zur Anfechtung des Mietzinses verzichtet, was sich im Übrigen auch dem kläg.act. 16 nicht entnehmen lässt. Selbst die Terminologie der Beklagten in diesem Zusammenhang weist auf eine Informationsveranstaltung hin, was eher dagegen spricht, dass es bereits am besagten Abend darum ging, eine vertragliche Vereinbarung abzuschliessen. In Betracht zu ziehen gilt es schliesslich die Aussage der Verwalterin als Zeugin, wonach sie mit der Anrufung der Mieterschlichtungsstelle gerechnet habe, diese Möglichkeit aber mit einer «Vereinbarung» habe ausschliessen wollen. Ebensowenig kann in concreto davon ausgegangen werden, der Kläger habe über die nötigen Gesetzeskenntnisse verfügt und deshalb um seine Anfechtungsmöglichkeiten gewusst. Folglich ist den Anforderungen, welche die Rechtsprechung an eine konsensuale Mietzinserhöhung stellt, bereits aus diesem Grund nicht Genüge getan. Es entspricht dem gesetzgeberischen Willen, zum Schutz des Mieters im Zusammenhang mit Mietzinserhöhungen strengere Anforderungen an vertragliche Vereinbarungen zu stellen, als dies unter dem alleinigen Gesichtspunkt von Art.1 Abs.1 OR der Fall wäre. Von daher ist vorliegend zwischen den Parteien keine rechtsgültige konsensuale Mietzinserhöhung zustande gekommen. Damit ist auch irrelevant, ob die Unterschrift in kläg.act. 16 vom Kläger stammt oder nicht, da dieses Dokument nicht den Anforderungen an eine Vereinbarung zur konsensualen Erhöhung des Mietzinses genügt. So kann denn offenbleiben, ob der alte und der neue Mietzins sowie der Zeitpunkt der Erhöhung ebenfalls Aufnahme im Vertragstext hätten finden müssen.

[...]

5.a) Schliesslich gilt es zu klären, ob sich der Kläger mit seiner Forderung auf Rückerstattung beziehungsweise der Geltendmachung von Formmängeln nicht rechtsmissbräuchlich verhält. Die Vorinstanz stellte diesbezüglich fest, es sei dem Kläger im Zeitpunkt der ursprünglichen Mietzinserhöhung gar nicht bewusst gewesen, dass die Erhöhung des Mietzinses aufgrund der gesetzlichen Formularpflicht nichtig gewesen wäre. Es erscheine glaubhaft, dass der Kläger erst im Rahmen der Abklärungen im Zusammenhang mit seinem Unfall durch seinen Rechtsvertreter über die Formularpflicht informiert worden sei. Hierzu bringt die Beklagte vor, wer während 12 Jahren anstandslos einen erhöhten Mietzins entrichtete, verhalte sich rechtsmissbräuchlich. Sodann sei in BGE 123 III 70 gerade der Umstand, dass ein Mieter jahrelang und ohne Vorbehalt Mietzins bezahlt hatte, der Grund gewesen, eine Rückforderung des Mietzinses zu verneinen. Zudem sei gemäss Rechtsprechung die Art und Weise der formungültigen Vertragsänderung nicht unbeachtlich. Schliesslich hätten sich die Parteien an der Versammlung im Jahr 2003 einvernehmlich auf einen höheren Mietzins geeinigt. Der Kläger verweist dazu insbesondere auf die Ausführungen in den Erwägungen 5 und 6 des vorinstanzlichen Entscheids, ohne sich selber dazu nochmals vertieft vernehmen zu lassen.

b) Der offensichtliche Missbrauch eines Rechtes findet grundsätzlich keinen Rechtsschutz (Art.2 Abs.2 ZGB). Diese Bestimmung verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren

ethischen Anforderungen stehen (BGE 131 V 97 E. 4.3; BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 24). Die Geltendmachung eines Rechts ist ausserdem in jenen Fällen missbräuchlich, in denen sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Missbräuchlich ist ferner die Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Rechtsmissbrauch liegt auch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die nicht in dessen Schutzbereich liegen (BGE 138 III 401 E. 2.2). Dabei prüft das Gericht das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs nach Massgabe der besonderen Umstände des konkreten Einzelfalls. Die Norm dient vorwiegend als korrigierender Notbehelf für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führt. Hierbei ist die Berufung auf Rechtsmissbrauch nur als ultima ratio zuzulassen (BGE 134 III 52 E. 2.1; BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 28f.). In Bezug auf Mietverträge ist von einem Rechtsmissbrauch auszugehen, wenn der Mieter den Formmangel zwar erkannt hat, auf dessen Geltendmachung aber verzichtet, um gegebenenfalls später daraus einen Nutzen zu ziehen. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Berufung auf Formnichtigkeit rechtsmissbräuchlich ist, gilt es, abgesehen von den näheren Umständen, auch die Art und Weise der formungültigen Mietzinserhöhung zu berücksichtigen (BGer 4A_198/2008 E. 3.1).

c) Im Kern besteht vorliegend ein Spannungsverhältnis zwischen einer nicht formgültigen Mietzinserhöhung und jahrelangem Bezahlen des erhöhten Mietzinses. Sodann entscheidet sich die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit insbesondere durch eine Güterabwägung zwischen den Interessen des Mieters sowie den Interessen des Vermieters. Hierzu ergibt sich, was folgt:

Die Beklagte führt grundsätzlich nachvollziehbar aus, dass der Kläger während rund 12 Jahren den erhöhten Mietzins entrichtete, ohne dagegen vorzugehen oder diesen in irgendeiner Form zu beanstanden. Daraus kann folgerichtig ein gewisses Rechtsschutzinteresse abgeleitet werden, deutet doch das Verhalten des Klägers implizit darauf hin, dass er mit der Mietzinserhöhung grundsätzlich einverstanden war. Jedoch hat der Gesetzgeber – wie bereits ausgeführt – zum Schutze des Mieters durch die Formular- und Begründungspflicht in Art. 269d OR im Vergleich mit dem allgemeinen Vertragsrecht gewisse zusätzliche Anforderungen für Anpassungen von Mietverhältnissen vorgesehen. Diese können nicht ohne weiteres umgangen werden. Sodann geht die herrschende Lehre davon aus, dass der Mieter, der sich auf Nichtigkeit aufgrund von Formwidrigkeit beruft, grundsätzlich keinen Rechtsmissbrauch begeht, wenn die entsprechenden Formalitäten insbesondere zu seinem Schutz geschaffen wurden. Folglich kann die Nichtigkeit einer Mietzinserhöhung jederzeit geltend gemacht werden, selbst wenn der erhöhte Mietzins bereits jahrelang bezahlt wurde (BGer 4A_198/2008 E. 3.2; Lachat/Dörflinger, a.a.O., Rz. 17/3.2.2 ff.). Dies gilt umso mehr deshalb, als die Rückforderung von zu viel bezahlten Mietzinsen nicht ohne zeitliche Schranken erfolgen kann. Der Gesetzgeber hat mit Einführung einer zehnjährigen Verjährungsfrist nach Art. 67 Abs. 1 OR für entsprechende Rückforde-

rungsansprüche eine klare Grenze geschaffen und somit auch dem Anspruch des Vermieters auf ein angemessenes Mass an Rechtssicherheit Rechnung getragen. Zudem ergeben sich keine Anhaltspunkte, an der Schutzwürdigkeit des Klägers zu zweifeln. So ist nicht erstellt, dass an der Versammlung der Mieterschaft im Jahr 2003 über die Möglichkeit zur Anfechtung des Mietzinses und das Erfordernis der Formularpflicht informiert wurde. Ebenso wenig lässt sich die einschlägige Information der sehr minimalistisch ausgestalteten Vereinbarung, welche anlässlich dieser Versammlung von zahlreichen Mietern, nicht aber mit Sicherheit auch vom Kläger, signiert wurde, entnehmen. Weiters ergeben sich keine Anzeichen dafür, dass der Kläger bereits früher in irgendeiner Art und Weise Kenntnis über die Möglichkeit zur Anfechtung des Mietzinses und der Formularpflicht erlangt hat. Im Übrigen sei erwähnt, dass der Kläger nicht zur Kenntnis der einschlägigen Gesetzesbestimmungen verpflichtet ist. Der Mieter trägt betreffend diese Unkenntnis auch keine Beweislast (SVIT-Kommentar, Art. 269d OR N55; BGE 113 II 187 E. 1). Insgesamt überwiegt das Interesse des Klägers am Schutz gegen eine formungültige Mietzinserhöhung dasjenige der Beklagten am Schutz ihres Vertrauens in eine konsensuale Vertragsänderung trotz jahrelanger Bezahlung eines erhöhten Mietzinses. Insofern ist die Rechtsmissbräuchlichkeit zu verneinen.

[...]

2. Familienrecht

27

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (SR 210). Bei ausserordentlich guten finanziellen Verhältnissen kann der Unterhalt im Eheschutz- und Massnahmeverfahren einstufig im Rahmen eines «Haushaltsbudgets» mit pauschalierten Positionen festgesetzt werden (E. 3.a und b). Erfolgt die Bezahlung aus dem Vermögen, ist beiden Ehegatten ein Verzehr im Verhältnis der vorhandenen Vermögen zumutbar (E. 3.c).

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 21. Juni 2016

Aus den Erwägungen:

3.a) In quantitativer Hinsicht hat die Vorinstanz den Unterhaltsbeitrag [...] zu Recht konkret und einstufig mit einem «Haushaltbudget» festgesetzt. Nicht zu beanstanden ist und auch nicht beanstandet wird, dass sie dabei gewisse Positionen pauschaliert hat, können doch auch bei einem solchen Budget gewisse Positionen nur geschätzt

werden bzw. bleibt es Sache des Gerichts, im Einzelfall zu beurteilen, welche Bedürfnisse noch als dem ehelichen Lebensstandard entsprechend zu betrachten sind und was nicht mehr nachvollziehbaren Luxus darstellt (vgl. zur einstufigen Berechnungsmethode FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N29, und zur Pauschalisierung BGer 5A_392/2007 E. 5). Im Folgenden ist mithin zu prüfen, von welchem Bedarf der Ehefrau auszugehen ist und mit welchen Mitteln dieser Bedarf zu decken ist.

b) In Bezug auf den Bedarf der Ehefrau bemängelt der Ehemann die Berücksichtigung des fünffachen Grundbetrags (Fr. 6150.–) zuzüglich Ferienkosten von Fr. 2425.– und verlangt eine Reduktion dieser beiden Positionen um insgesamt Fr. 3460.– (Grundbetrag Fr. 2460.– und Ferien Fr. 1000.–).

Die Veranschlagung eines fünffachen Grundbetrags erscheint vertretbar (GVP 2007 Nr. 47). Er deckt, ohne dass angenommen werden kann, er ermögliche die Bildung von (relevanten) Ersparnissen, den aufgrund der ausserordentlich guten finanziellen Verhältnisse erhöhten Grundbedarf ab, zu dem auch die Freizeit einschliesslich der Ferien gehört, weshalb sich die Frage stellt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die von der Ehefrau in ihrer Bedarfsberechnung mit Fr. 2425.–/Monat bzw. Fr. 29000.–/Jahr eingesetzten und von der Vorinstanz übernommenen Ferienkosten zu reduzieren sind. Dabei fällt in Betracht, dass in den von der Ehefrau geltend gemachten Ferienkosten offensichtlich auch die Verpflegung eingeschlossen ist [...]. Berücksichtigt man, dass die Verpflegung auch Bestandteil des vervielfachten Grundbetrages bildet und dass die Ehefrau von mindestens zehn Ferienwochen/Jahr auszugehen scheint [...], dann rechtfertigt sich trotz des Umstands, dass Ferien erfahrungsgemäss mit höheren Kosten für den «täglichen Bedarf» verbunden sind, in der Tat eine gewisse Reduktion der geltend gemachten Ferienkosten. Angemessen erscheint, der Ehefrau hierfür Fr. 2000.– zuzugestehen.

Insgesamt beläuft sich der Bedarf der Ehefrau mithin unter Einschluss der unbestritten gebliebenen Position für die Wohnkosten (Fr. 2375.–), die Gesundheitskosten (Fr. 1150.–), die Risikoversicherungen (Fr. 70.–), die Mobilitätskosten (Fr. 1500.–), die Rückstellungen (Fr. 500.–) und die Steuern (Fr. 3000.–) auf gerundet Fr. 16750.–.

c) Die Vorinstanz ging in beweismässiger Hinsicht von einem (liquiden) Vermögen der Ehefrau von Fr. 786000.– und – unter Vernachlässigung von gemäss der Darstellung des Ehemannes zurzeit nicht liquiden Aktionärsdarlehen von rund 2,5 Mio. Franken – einem solchen des Ehemannes von 5,6 Mio. Franken aus. Sie unterstellte der Ehefrau einen möglichen Vermögensertrag von 2 Prozent, d.h. Fr. 15720.–/Jahr bzw. Fr. 1310.–/Monat, zog diesen Betrag vom Bedarf der Ehefrau unter dem Titel der Eigenversorgungskapazität ab und setzte den geschuldeten Unterhaltsbeitrag auf den daraus resultierenden Saldo fest, ohne sich abschliessend zur Frage danach zu äussern, ob und in welchem Umfang der Ehemann den betreffenden Betrag aus dem Einkommen oder dem Vermögen zu decken habe. Im Berufungsverfahren beanstandet weder der Ehemann noch die Ehefrau die vorinstanzlichen Annahmen in substantiiertem Weise, weshalb im Folgenden davon auszugehen und zu prüfen ist,

ob und inwiefern gestützt darauf – aus rechtlichen Überlegungen – eine Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids angezeigt ist.

Es blieb – im Einklang mit der Rechtsprechung (vgl. BGer 5A_372/2015 = FamPra.ch 2016 S.258ff.) – unbestritten, dass ein Vermögensverzehr dann angezeigt ist, wenn das Erwerbseinkommen und die Vermögenserträge nicht ausreichen, um den Bedarf beider Ehegatten zu decken. Die konsequente Anwendung dieses Grundsatzes scheidet hier daran, dass der Ehemann seine finanziellen Verhältnisse nur beschränkt offengelegt und insofern verhindert hat, dass sich abschliessend feststellen lässt, ob und in welchem Umfang er aus seiner Tätigkeit Erwerbseinkommen und aus seinem Vermögen Erträge generieren kann, welche es ihm erlauben würden, den un-, d.h. den nicht durch deren Vermögenserträge von Fr. 1 310.– gedeckten Bedarf der Ehefrau auch aus dem hierfür vorrangig zu verwendenden Einkommen bzw. Vermögensertrag zu decken. Konkrete Anhaltspunkte für eine so begründete Leistungsfähigkeit des Ehemannes fehlen allerdings, weshalb im Folgenden davon ausgegangen wird, dass er seine Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau vollumfänglich mit Vermögensverzehr erfüllt. Ein solcher ist aus Gründen der Gleichbehandlung aber trotz der ungleichen Beträge auch der Ehefrau zuzumuten (vgl. BGer 5A_372/2015), weshalb sich im Folgenden lediglich noch die Frage danach stellt, in welchem Umfang welcher Ehegatte sein Vermögen für den Unterhalt der Ehefrau zu verwenden hat. Sachgerecht erscheint eine Verwendung im Verhältnis der vorhandenen Vermögenswerte, wobei beim Ehemann allerdings nicht auf die 5,6 Mio. Franken, sondern auf 8,1 Mio. Franken abzustellen ist. Zwar blieb in diesem Zusammenhang unbestritten, dass die 2,5 Mio. Franken zurzeit nicht liquid sind. Dies ändert aber nichts daran, dass die Vermögenswerte vorhanden sind und dem Ehemann zu gegebener Zeit zur Verfügung stehen und insofern den mit der Unterhaltsregelung während der Dauer der Trennung verbundenen vorübergehenden Vermögensverzehr ausgleichen werden. Verteilt man mit dieser Begründung den ungedeckten Bedarf der Ehefrau von Fr. 15 440.– (Fr. 16 750.– ./ Fr. 1 310.–) im Verhältnis von 8,1 Mio. Franken zu Fr. 786 000.–, dann resultiert eine Unterhaltspflicht zulasten des Ehemannes von (gerundet) Fr. 14 100.–. Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids wird demgemäss aufgehoben und der Ehemann verpflichtet, der Ehefrau mit Wirkung ab 1. Januar 2014 monatlich und monatlich im Voraus einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 14 100.– zu bezahlen.

28

Art. 176 Abs. 3 ZGB (SR 210); Art. 276 Abs. 1 ZPO (SR 272). Grundlage für eine Unterhaltsregelung während des Eheschutz- oder Massnahmeverfahrens.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 28. Dezember 2015

Im Zuge eines Eheschutzverfahrens verpflichtet der Familienrichter des Kreisgerichtes den Ehemann dazu, der Ehefrau in Anrechnung an den noch festzusetzenden Unterhalt für sie persönlich und für den gemeinsamen Sohn mit Wirkung ab 1. Juli 2015 monatlich und monatlich im Voraus Fr. 8000.– zu bezahlen. Gegen diese Verpflichtung richtet sich die Berufung des Ehemannes, in welcher er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und auf das Begehren der Ehefrau um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren sei nicht einzutreten bzw. das Begehren sei eventualiter abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.a) Die Ehefrau liess in der Verhandlung vor Vorinstanz ohne Nennung einer Rechtsgrundlage für den Fall, dass es nicht zu einer Einigung komme, den Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend den Unterhalt beantragen. Der Vorderrichter stützte in der Folge seinen diesbezüglichen Entscheid auf Art. 261 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen trifft, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Der Vorderrichter ging dabei davon aus, dass sich die Parteien zwar in Bezug auf eine vorläufige Betreuungs- und Ferienregelung für M. sowie hinsichtlich des Mobiliars geeinigt hätten, dass sie sich aber bezüglich des Unterhalts nicht hätten einigen können. Da sich das Verfahren noch nicht als spruchreif erwiesen habe und weil die Ehefrau ganz offensichtlich nicht in der Lage sei, mit ihrem bescheidenen Einkommen die derzeit anfallenden Kosten zu decken, und mangels eigener finanzieller Reserven ohne Unterhaltsbeitrag innert kürzester Zeit in eine finanzielle Notlage geraten würde, sei ihr, so die Vorinstanz unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung, im Sinne vorsorglicher Massnahmen ein vorläufiger Unterhaltsbeitrag zuzusprechen.

b) In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob im Eheschutzverfahren, das seinerseits nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Sache ein vorsorgliches Massnahmeverfahren darstellt (vgl. statt Vieler BGE 137 III 475), eine vorläufige Unterhaltsregelung für die Dauer des Verfahrens zulässig ist. Bejaht wird die Zulässigkeit in der Lehre etwa von Stefanie Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 10, Schwenzer, OFK-ZPO, ZPO 273 N 9, Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 271 N 2, FamKomm Scheidung/Vetterli, Anh. ZPO Art. 271 N 15, und Spycher, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 271 ZPO, wohingegen BSK ZPO-Siehr/Bähler, Art. 271

N5a, und hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Rz.09.71, sich darauf beschränken, die Frage unter Hinweis auf die Rechtsprechung als umstritten zu bezeichnen (zur Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen während der Dauer des Eheschutzverfahrens vor Inkrafttreten der ZPO vgl. BSK ZGB I [4. Aufl.]-Breitschmid, aArt. 281 N10, und Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, N21 zu aArt. 180 ZGB). Was diese Rechtsprechung anbelangt, so hat das Bundesgericht im Entscheid BGer 5A_972/2013 den nach Anhörung beider Parteien ergangenen Entscheid betreffend die vorläufige Obhutszuteilung eines Kindes für die Dauer des Eheschutzverfahrens als (i.S.v. Art. 72 Abs. 1 BGG) anfechtbaren Entscheid (in einer Zivilsache) betrachtet (in diesem Sinn auch schon, wenn auch im Zusammenhang mit einer immaterialgüterrechtlichen Auseinandersetzung, das Bundesgericht bei der Beurteilung der Anfechtbarkeit eines nach der Anhörung der Parteien ergangenen [Zwischen-]Entscheids über die Aufrechterhaltung, Abänderung oder Aufhebung der vorgängig superprovisorisch angeordneten Massnahmen für die weitere Dauer des Massnahmeverfahrens [BGE 139 III 86 = Pra 103, 2014, Nr.69 E. 1.1]). Daran ändere, so das Bundesgericht, nichts, dass der Entscheid nach der ausdrücklichen Anordnung der kantonalen Vorinstanzen «vorläufiger» Natur sei; denn auch eine solche Anordnung könne sich als «nötige Massnahme» (i.S.v. Art. 176 Abs. 3 ZGB) erweisen (E. 1). Im Übrigen hat das Bundesgericht die Frage der Zulässigkeit (ebenfalls unter Hinweis darauf, dass sie umstritten sei) aber offen gelassen, da es sie nur unter dem Aspekt der Willkür bzw. der Nichtaussichtslosigkeit prüfen musste und dabei feststellen konnte, dass nicht willkürlich sei, die Zulässigkeit zu bejahen (BGer 5A_870/2013 E. 5), bzw. dass ein Rechtsmittel, das von der Zulässigkeit ausgehe, im Hinblick auf die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht als aussichtslos erscheine (BGer 5A_212/2012 E. 2.2.2). Das OGer ZH verneint die Zulässigkeit (LE11061 vom 2. Februar 2012 und LE120025 vom 12. Juni 2012 [in Bezug auf die Zulässigkeit der vorsorglichen Abänderung der von der Vorinstanz einstweilen zugesprochenen Unterhaltsbeiträge durch die Berufungsinstanz, wobei es im zweiten Entscheid einräumt, dass vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren ausserhalb der Unterhaltsregelung zulässig seien]). Bejaht wird die Zulässigkeit hingegen vom KGer BL (BJM 2015 279 ff.), und auch das KGer SG hat sich im Entscheid vom 15. Mai 2012 für die Zulässigkeit ausgesprochen (FS.2012.10).

Neben der Zulässigkeit an sich wird (von den Befürwortern) auch die Frage nach der Rechtsgrundlage unterschiedlich beantwortet. In der Regel wird zwar auf den bereits erwähnten, auch von der Vorinstanz herangezogenen Art. 261 ZPO betreffend den Erlass vorsorglicher Massnahmen bei einer (drohenden) Verletzung eines Anspruchs und der Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, aber auch auf Art. 265 ZPO betreffend den Erlass dringlicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei verwiesen. Die Konsequenz dieser unterschiedlichen Grundlage zeigt sich namentlich bei der Anfechtbarkeit einer entsprechenden Regelung: Während die gestützt auf Art. 261 ZPO erlassene Regelung, vorbehaltlich des Erreichens des nötigen Streitwerts von Fr. 10 000.– in vermögensrechtlichen

Angelegenheiten, mit Berufung angefochten werden kann (vgl. Art. 308 ZPO), fällt bei einer Anordnung nach Art. 265 ZPO eine Anfechtung mit einem kantonalen Rechtsmittel grundsätzlich ausser Betracht (Güntherich, Berner Kommentar, N 17 zu Art. 265 ZPO, der immerhin darauf hinweist, dass eine Beschwerde i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO [Anfechtbarkeit einer verfahrensleitenden Verfügung bei einem drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil] theoretisch denkbar sei). Vor dem Hintergrund dieser Fragestellung erging denn auch der erwähnte Entscheid des KGer BL. Ihm lag der Sachverhalt zugrunde, dass der erstinstanzliche Richter den Unterhaltsbeitrag «vorläufig bis zur Eheschutzverhandlung auf CHF 1000.–» festgelegt hatte. Das KGer BL verneinte eine Anfechtbarkeit dieser Regelung mit Berufung. Es hielt dafür, dass der mit Berufung anfechtbare Unterhaltsbeitrag zwar bei veränderten Verhältnissen abänderbar sei, dass eine Abänderung aber nur für die Zukunft wirke. Dagegen seien die im Eheschutzverfahren lediglich vorläufig angeordneten Unterhaltsbeiträge reversibel, da sie definitiv erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund der bis dahin durchgeführten Beweiserhebungen und Parteivorträge festgelegt würden und die nur vorläufig festgelegten Unterhaltsbeiträge ersetzen. Die Frage der Anfechtbarkeit richte sich daher danach, ob der Entscheid tatsächlich reversibel sei oder nicht. Bei Reversibilität könne die Festsetzung nicht mit einem Eheschutzentscheid über die definitive Festlegung gleichgestellt und daher auch nicht als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO qualifiziert werden. Die Rechtslage sei vielmehr vergleichbar mit jener der superprovisorischen Massnahme, die nicht mit Berufung, wohl aber im Fall des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils mit Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO angefochten werden könne. Ähnlich, wenn auch im Zusammenhang mit einer vorläufigen Obhutszuteilung, argumentierte das OGer LU; es verwies ebenfalls auf die jederzeitige Abänderbarkeit, wie sie sich auch aus Art. 265 Abs. 2 ZPO ergebe, wonach die nicht in materielle Rechtskraft erwachsene dringliche Verfügung nach Anhörung der Gegenpartei aufgehoben, geändert oder bestätigt werden könne (OGer LU 5. November 2011, CAN2012 Nr. 53).

c) Fasst man Lehre und Rechtsprechung zusammen, zeigt sich, dass die Zulässigkeit überwiegend bejaht, die Frage der Rechtsgrundlage und verbunden damit der Weiterziehbarkeit aber kontrovers beantwortet werden. Das vom KGer BL verwendete Argument der Reversibilität hat dabei einiges für sich. Ihm steht allerdings die Überlegung entgegen, dass vorläufige Massnahmen während der Dauer des Eheschutz- oder des Massnahmeverfahrens namentlich dann, wenn sie Kinderbelange betreffen (Obhut; Kindesschutzmassnahmen), von grosser Tragweite sein können. Allein schon dieser Umstand rechtfertigt, die vorläufige Massnahme als eigentliche vorsorgliche und damit im Rahmen von Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO anfechtbare Massnahme zu betrachten. Daran ändert auch ihre Reversibilität, d.h. die Möglichkeit, dass im abschliessenden Eheschutz-/Massnahmeentscheid anders entschieden wird, nichts; denn diese Möglichkeit kann sich, soweit ersichtlich, lediglich bei einer vorläufigen Unterhaltsregelung für die Vergangenheit auswirken, während sie in den

übrigen Belangen nur für die künftige Regelung von Bedeutung ist. Da aber keine Notwendigkeit dafür besteht, vorläufige Unterhaltsregelungen anders zu behandeln als die übrigen vorläufigen Regelungen, bzw. im Gegenteil häufig ein enger Zusammenhang zwischen solchen Regelungen besteht, ist die ordentliche Weiterziehbarkeit auch vorläufiger Unterhaltsregelungen zu bejahen. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass Art. 265 ZPO als Grundlage für den Erlass vorläufiger Unterhaltsregelungen dann entfällt, wenn sie nach einer Anhörung beider Parteien erfolgt. Ebenfalls nicht notwendig erscheint, auf Art. 261 ZPO zurückzugreifen. Vielmehr steht nichts entgegen, die vorläufige Unterhaltsregelung als eigenständige vorsorgliche Massnahme zu betrachten, und zwar auf der Grundlage von Art. 276 Abs. 1 ZPO und Art. 176 Abs. 3 ZGB, wonach das Gericht für die Dauer des Scheidungsverfahrens bzw. nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts «die nötigen (vorsorglichen) Massnahmen» trifft (in diesem Sinn BGer 5A_972/2014 E. 1). Dabei ist dann, wenn nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts ausnahmsweise einmal nur persönlicher Unterhalt zur Diskussion stehen sollte, Art. 176 Abs. 3 ZGB analog heranzuziehen, weil diese Bestimmung an sich nur im Zusammenhang mit den Kinderbelangen von den «nötigen Massnahmen» spricht.

An die Notwendigkeit anknüpfend, ist bei der vorläufigen Unterhaltsregelung eine gewisse Zurückhaltung angezeigt (vgl. FamKomm Scheidung/Vetterli, Anh. ZPO Art. 271 N 15, der – wenn auch im Zusammenhang mit der dringlichen Unterhaltsregelung – eine solche Regelung «zur Begründung einer lebensnotwendigen Leistung» für zulässig hält). Dies umso mehr, als es auch gilt, Auseinandersetzungen über die Anrechnung bzw. zur Rückerstattung aufgrund der vorläufigen Regelung zu viel bezahlter Unterhaltsbeiträge zu vermeiden (Art. 125 Ziff. 2 OR; vgl. BGE 128 III 121 E. 3.c.bb, wo das Bundesgericht ausführt, zu viel bezahlter vorsorglicher Unterhalt müsse nach geltendem Recht nicht mehr zurückbezahlt werden).

29

Art. 205 Abs. 2 ZGB (SR 210). Bei einer Scheidung ist auch bei einer von den Ehegatten als einfache Gesellschaft zu Gesamteigentum erworbenen Liegenschaft die Alleinzuweisung an den einen Ehegatten gestützt auf Art. 205 Abs. 2 ZGB (analog) zulässig.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 5. April 2016

Aus den Erwägungen:

II.9. a) Die eheliche Liegenschaft wurde von den Parteien am [...] als einfache Gesellschaft zu Gesamteigentum erworben. Die darauf lastenden Hypothekarschul-

den bei der Z. Bank betragen Fr. 519 000.– und es besteht hierfür eine Solidarschuldnerschaft von Ehefrau und Ehemann.

Vor Vorinstanz beantragte die Ehefrau, die Liegenschaft sei ihr gestützt auf Art. 205 Abs. 2 ZGB zu Alleineigentum zuzuteilen. Die Vorinstanz liess die Frage der Anwendbarkeit dieser Bestimmung offen, da die für eine Alleinzuteilung erforderliche Voraussetzung, dass der übernahmewillige Ehegatte den andern für seinen Anteil zu entschädigen habe, ohnehin nicht erfüllt sei. Denn die gerichtlich angeordnete Schätzung von X. gehe von einem Verkehrswert von Fr. 900 000.– aus, während die Finanzierungslösung der Ehefrau auf einem maximalen Anrechnungswert von Fr. 700 000.– basiere. Deshalb liquidierte die Vorinstanz die zwischen den Parteien bestehende einfache Gesellschaft (Gesamteigentum an den Liegenschaften Nr. [...] und Nr. [...] Grundbuchamt C) und wies den Nettoerlös daraus den Parteien hälftig zu.

b) Die Ehefrau verlangt auch im Berufungsverfahren die Zuweisung der Liegenschaft zu Alleineigentum. Sie legt dar, es sei in der Lehre zwar in der Tat umstritten, ob Art. 205 Abs. 2 ZGB bei Liegenschaften im Gesamteigentum anwendbar sei. Massgebend könne aber nur sein, was der Gesetzgeber mit der entsprechenden Bestimmung beabsichtigt habe. Die Anwendungsfälle von Art. 205 Abs. 2 ZGB würden in der Praxis zur Hauptsache Familienwohnungen betreffen. In die gleiche Richtung zielen auch Art. 121 Abs. 3 ZGB, welcher auf Familienwohnungen im Alleineigentum eines Ehegatten oder im gemeinsamen Eigentum (Mit- oder Gesamteigentum) der Ehegatten anwendbar sei. Wenn Art. 121 Abs. 3 ZGB auch bei Gesamteigentum zur Anwendung gelangen könne, sei nicht einzusehen, weshalb Art. 205 Abs. 2 ZGB ausschliesslich bei Miteigentum Gültigkeit haben solle. Da Art. 205 Abs. 2 ZGB offensichtlich diejenige Person schützen wolle, die ein überwiegendes Interesse an der Nutzung des im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gegenstandes habe, meistens der Familienwohnung, wäre es mehr als stossend, wenn eine durch die Ehegatten vor Jahren vorgenommene Wahl einer Eigentumsart zum vollständigen Verlust des Rechts auf Zuweisung zu Alleineigentum führen würde.

Der Ehemann fordert eine Liquidierung der ehelichen Liegenschaften und Aufteilung des zu erzielenden Gewinns. Art. 205 Abs. 2 ZGB spreche bewusst und explizit nur von im Miteigentum stehenden Vermögenswerten. Sowohl die Botschaft vom 11. Juli 1979 als auch jene vom 15. November 1995 würden stets zwischen dem Miteigentumsrecht unterstehenden Bestimmungen von Art. 205 ff. ZGB und denjenigen der Gütergemeinschaft nach Art. 234 ff. ZGB unterscheiden und im Zusammenhang mit Art. 205 Abs. 2 ZGB immer nur auf die Miteigentumsverhältnisse, jedoch nie auf Gesamteigentum verweisen. Art. 205 Abs. 2 ZGB sei nicht auf Gesamteigentumsverhältnisse anwendbar.

In seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2015 zum vom Kantonsgericht eingeholten Obergutachten stellt der Ehemann neu noch das Eventualbegehren der Alleinzuteilung der Liegenschaft an ihn für den Fall, dass das Gericht am Schätzwert von Fr. 660 000.– festhalten sollte.

c) Wie bereits von der Vorinstanz und auch den beiden Rechtsvertretern ausführlich dargelegt, ist die Frage umstritten, ob Art. 205 Abs. 2 ZGB auch bei Gesamteigentum, das die Ehegatten als einfache Gesellschaft erworben haben, anwendbar ist. Die Kommentatoren des Familienrechts neigen dazu, eine Anwendbarkeit zu bejahen (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 205 ZGB, N 32, und Vorbem. zu Art. 221 ff. ZGB, N 43; BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 205, N 11 und 14; FamKomm Scheidung/Steck, Art. 205 ZGB, N 8; Hausheer/Lindenmeyer Lieb, Einfache Gesellschaft und Ehegüterrecht, in: Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, S. 10; Hohl, Gesellschaft unter Ehegatten, Diss. Basel 1996, S. 170 und S. 176), diejenigen des Gesellschaftsrechts eher zur Verneinung (BSK OR II-Staehelin, Art. 548/549, N 4; BK-Fellmann/Müller, Art. 530 OR, N 278; ZK-Handschin/Vonzun, Art. 530 OR, N 121). Das Bundesgericht hatte bereits zwei ähnlich gelagerte Fälle zur Beurteilung, musste jedoch bei beiden die Frage, ob Art. 205 Abs. 2 ZGB bei Gesamteigentum im Rahmen einer Ehegattengesellschaft anwendbar sei, nicht beantworten. Im jüngeren Fall (BGer 5A_283/2011, E. 2.2) waren beide Ehegatten mit der Anwendbarkeit von Art. 205 Abs. 2 ZGB einverstanden, im älteren Fall kam das Bundesgericht – wie auch vorliegend die Vorinstanz – zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine Zuweisung nach Art. 205 Abs. 2 ZGB – mangels voller Entschädigung des anderen Ehegatten – ohnehin nicht erfüllt wären (BGer 5C.325/2001, E. 4). In letzterem Fall machte das Bundesgericht allerdings materielle Ausführungen. So hielt es fest, dass nach Art. 651 Abs. 2 ZGB vorzugehen sei, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für eine ungeteilte Zuweisung im Sinne von Art. 205 Abs. 2 ZGB nicht erfüllt seien (E. 3). Es sprach im Zusammenhang mit Art. 205 Abs. 2 ZGB ausdrücklich nicht von «Miteigentum», sondern allgemein von «gemeinschaftlichem Eigentum». Weiter führte es aus, Rechtsprechung und Lehre würden darin übereinstimmen, dass die ungeteilte Zuweisung lediglich eine die sachenrechtlichen Aufhebungsarten ergänzende und diesen – bei Erfüllung der spezifischen Voraussetzungen – vorgehende, dritte Art der Aufhebung gemeinschaftlichen Eigentums sei. Aufgrund dieser Ausführungen drängt sich die Annahme auf, dass das Bundesgericht einer Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB nicht von vornherein ablehnend gegenübersteht (vgl. auch BGer 5A_26/2015).

d) Es ist davon auszugehen, dass sich Ehegatten beim Kauf einer (ehelichen) Liegenschaft bei der Frage, ob dies zu Gesamteigentum (was bei der Errungenschaftsbeteiligung die Gründung einer einfachen Gesellschaft bedingt) oder Miteigentum erfolgen soll, von der – mehr oder weniger ausführlichen – Beratung durch den Notar bzw. Grundbuchbeamten leiten lassen. Der Konsequenz, dass je nach Eigentumsverhältnis eine andere Handhabung im Scheidungsfall vorliegt, werden sich die wenigsten bewusst sein. Wie der Vertreter der Ehefrau zu Recht festhält, wäre es stossend, wenn aufgrund einer (zufälligen) Wahl der Eigentumsart das Recht auf Zuweisung zu Alleineigentum verunmöglicht wäre. Entgegen dem Ehemann ist vorliegend nicht von einer bewussten Entscheidung zugunsten von

Gesamteigentum – oder gar von einem bewussten Verzicht auf die Möglichkeit der Alleinzueweisung nach Art. 205 Abs. 2 ZGB – auszugehen. [...]

e) Im vorliegenden Fall wohnt die Ehefrau zusammen mit den zwei Söhnen, D. aus der Beziehung mit dem Ehemann und E. aus einer früheren Beziehung, in der betreffenden Liegenschaft (vgl. zur Bedeutung von Sohn E. hienach Erw. [...]). Eine Verneinung der Anwendbarkeit von Art. 205 Abs. 2 ZGB würde somit dazu führen, dass den Kindern – welche durch die Scheidung notabene ohnehin belastet sind – auch noch das langjährige Zuhause genommen würde. Es kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass im Fall von Miteigentum dem die Kinder betreuenden Ehegatten die Möglichkeit eingeräumt werden soll, eine solche Konsequenz abzuwenden, ihm dies im Fall von auf einer Ehegattengesellschaft beruhendem Gesamteigentum hingegen verwehrt bleibt. Art. 205 Abs. 2 ZGB ist Ausdruck der ehelichen Beistandspflicht und der nahehelichen Solidarität (vgl. BBl 1996 I 1, 61; Hohl, a.a.O., S. 170 und S. 176), und diese Prinzipien gelten unbesehen der von den Ehegatten für ihre Familienliegenschaft gewählten Eigentumsform. Von einer bewussten gesetzgeberischen Beschränkung der Möglichkeit der Alleinzueweisung auf Miteigentumsverhältnisse ist daher nicht auszugehen; sie ergibt sich auch nicht aus den vom Ehemann genannten Materialien (vgl. BBl 1996 I 1, 97 bzw. BBl 1979 II 1191, 1313; vgl. Hohl, a.a.O., S. 171, wonach die gesetzliche Formulierung von Art. 205 Abs. 2 ZGB allein aus der Tatsache resultiert, dass der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung selbst kein Gesamteigentum kenne). Bei im Rahmen einer Gütergemeinschaft bestehendem Gesamteigentum ist die Möglichkeit der Alleinzueweisung denn auch gesetzlich festgehalten (Art. 245 ZGB) und es ist nicht ersichtlich, dass dies den Ehegatten verwehrt sein sollte, nur weil sie nicht für ihr ganzes Vermögen, sondern einzig für ihre Liegenschaft Gesamteigentum begründen wollen und ihnen dies nur mittels einer einfachen Gesellschaft möglich ist (vgl. auch Hohl, a.a.O., S. 105 und S. 171). Die Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB widerspricht entgegen dem Ehemann auch nicht der gesetzlichen Konzeption des Gesamteigentums bzw. der Auflösung desselben. Die Gegner der Alleinzueigungsmöglichkeit scheinen davon auszugehen, zur Anwendbarkeit von Art. 205 Abs. 2 ZGB könne man nur gelangen, wenn man – was unzutreffend sei – das im Rahmen einer Ehegattengesellschaft bestehende Gesamteigentum generell (nur) nach den sachenrechtlichen Bestimmungen auflöse. Die Liquidation der Ehegattengesellschaft habe aber nach der Liquidationsordnung des Rechts der einfachen Gesellschaft zu erfolgen und die Vorschriften des Sachenrechts über die Aufhebung von Mit- und Gesamteigentum fänden keine Anwendung, weshalb auch für eine Rückverweisung auf Art. 205 Abs. 2 ZGB kein Raum bestehe (vgl. BK-Fellmann/Müller, Art. 530 OR, N278). Dem ist wohl insofern zuzustimmen, als für die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung in erster Linie die für die einzelnen Gemeinschaften – hier die einfache Gesellschaft – aufgestellten besonderen Grundsätze gelten (so auch das Bundesgericht in BGer 5A_656/2013, E. 2.1). Soweit diese Lücken offen lassen, finden aber auch hier kraft des Verweises von

Art. 654 Abs. 2 ZGB subsidiär die Miteigentumsregeln Anwendung (so z.B. ZK-Haab/Simoni/Scherrer/Zobl, Art. 652 bis 654 ZGB, N 14). Angesichts dessen, dass die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung zwar ausserhalb der güterrechtlichen Auseinandersetzung, aber nicht ausserhalb des ehe- bzw. scheidungsrechtlichen Kontextes steht, spricht nichts dagegen, die mit der (nach-) ehelichen Solidarität begründete Alleinzurechnungsmöglichkeit im Sinn einer zumindest analogen Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB auch auf die im Gesamteigentum stehende Liegenschaft einer Ehegattengesellschaft anzuwenden. Das von den Gegnern vorgebrachte Argument, bei der Phase der gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung dürften – sozusagen aus Prinzip – noch keine eherechtlichen Bestimmungen zum Zuge kommen (vgl. z.B. Diehl, a.a.O., S. 431 und insb. Fn. 19), erscheint demgegenüber formalistisch.

Auch für die Durchführung der gesellschafts- und güterrechtlichen Auseinandersetzung ergeben sich dabei keine grundsätzlichen Probleme: Die gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung kann und hat folglich auch bei (analoger) Anwendung von Art. 205 Abs. 2 ZGB nach wie vor in erster Linie nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zu erfolgen (vgl. insb. Art. 533, Art. 545 und Art. 548f. OR). Der Unterschied besteht einzig darin, dass keine Veräusserung der Liegenschaft an einen Dritten erfolgt, sondern jene dem einen Ehegatten-Gesellschafter zugewiesen wird (vgl. Hausheer/Lindenmeyer Lieb, a.a.O., S. 10f., insb. auch Fn. 15), wobei für die Feststellung der Ansprüche der Ehegatten anstelle des Verkaufserlöses der geschätzte Verkehrswert massgeblich ist.

f) Auch der Ehemann scheint im Übrigen die Möglichkeit einer Alleinzuteilung entgegen seinen Ausführungen in der Berufungsantwort nicht völlig auszuschliessen, hat er Entsprechendes (mit Zuteilung an ihn) doch anfänglich vor Vorinstanz selber beantragt (und im Berufungsverfahren in der Stellungnahme zum Obergutachten als Eventualantrag gestellt). Zudem ist wie erwähnt nicht von einer bewussten, sondern von einer zufälligen Entscheidung der Ehegatten zugunsten von Gesamteigentum auszugehen. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung einerseits und der erwähnten Gegebenheiten des vorliegenden Falls andererseits erscheint es damit gerechtfertigt, Art. 205 Abs. 2 ZGB auch auf die im Gesamteigentum stehende Liegenschaft der Parteien anzuwenden.

30

Art. 273 ZGB (SR 210). Auch kleine Kinder können dem nicht obhutsberechtigten Vater gegebenenfalls für Übernachtungen anvertraut werden.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 12. Juli 2016

X und Y sind die nicht miteinander verheirateten Eltern des 2-jährigen Kindes K. Die Eltern trennten sich kurz nach dessen Geburt.

Aus den Erwägungen:

1.–3. [...]

4. Der persönliche Umgang will es dem Kind ermöglichen, auch nach einer Trennung der Eltern seine Beziehung zu Vater und Mutter zu pflegen, und demjenigen Elternteil, der es nicht in seiner Obhut hat, erlauben, ein Stück Verantwortung für es zu übernehmen. Alle Fachleute stimmen darin überein, wie förderlich es längerfristig für die Entwicklung eines Kindes, sein Selbstwertgefühl, sein Sozialverhalten und seine Schulleistung ist, wenn der nicht obhutsberechtigte Elternteil – hier der Vater – engen Kontakt zu ihm hält und sich an seiner Erziehung beteiligt (Arntzen, *Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern*, 2. Auflage, 33 ff.; Dettenborn/Walter, *Familienrechtspsychologie*, 246 ff.; Vetterli, *Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern*, FamPra.ch 2009, 23, 27).

5. Es gibt kein festes Besuchskonzept, aber immerhin eine Vorstellung darüber, was sich im Allgemeinen bewährt (BGE 130 III 585, E. 2; 123 III 445, E. 3a; Basler-Komm ZGB I/Schwenzer, Art. 273 ZGB, N 15; FamKomm Scheidung/Büchler/Wirz, Art. 273 ZGB, N 20; FamKomm Scheidung/Schreiner, Anh. Psych, N 162; Arntzen, *Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern*, 49). Danach soll ein Kind, das dem Kleinkindalter entwachsen ist, zwei Wochenenden im Monat und mehrere Wochen Ferien im Jahr bei dem Elternteil verbringen, mit dem es nicht zusammenwohnt. Dahinter steht der Gedanke, dass ein Kind zwar im Alltag einen Lebensmittelpunkt braucht, aber seine Freizeit mit den beiden gleichwertigen und gleich wichtigen Eltern soll teilen können. Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt immer das Kindeswohl, das nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 131 III 209, E. 5; 130 III 585, E. 2.1; 127 III 295, E. 4; 123 III 445, E. 3).

6. [...]

7. Übernachtungen als Bestandteil des Besuchsrechts sind für das Kind wichtig, weil die Rituale des Zubettgehens und Wiederaufstehens ihm in besonderem Mass das Gefühl vermitteln, auch beim Vater zu Hause zu sein (Büte, *Das Umgangsrecht bei Kindern geschiedener oder getrennt lebender Eltern*, N 166; Vetterli, *Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern*, FamPra.ch 2009, 23, 29). Die Erfahrung des Übernachtens lässt gerade ein jüngeres Kind spüren, dass der Vater am anderen Morgen noch da ist.

Ab welchem Alter Übernachtungen im Kindeswohl liegen, wird unterschiedlich beantwortet. Während die einen solche erst ab dem Kindergartenalter befürworten (vgl. z.B. Staub, *Bedeutung des Bindungskonzepts im interdisziplinären Diskurs*, ZKE 2013, 235, 247 ff.; Dettenborn/Walter, *Familienrechtspsychologie*, 279 [Ausnahmen bei enger emotionaler Beziehung]), empfehlen andere Fachleute Übernachtungen schon im Kleinkindalter (z.B. Mütterberatung [...]; Kelly/Lamb, zit. in: Staub, Be-

deutung des Bindungskonzepts im interdisziplinären Diskurs, ZKE 2013, 235, 246; Bacillieri-Schmid, Kinder bei Trennung und Scheidung – Psychologisches Basiswissen für Juristinnen und Juristen, ZVW 2005, 199, 208; BGer 5A_168/2010, E. 2; OLG Frankfurt, FamRZ 2002, 978).

8. Das Kantonsgericht hält sich in der Regel an folgende Überlegungen: Aus psychologischer Sicht sind Übernachtungen schon bei Kleinkindern zwischen zwei und drei Jahren möglich, für eine gesunde kindliche Entwicklung aber (noch) nicht unbedingt erforderlich (FamKomm Scheidung/Schreiner, Anh. Psych, N 171). Übernachtungen können demnach auch bei kleineren Kindern angeordnet werden, namentlich, wenn sie mit dem Aufenthaltsort bereits vertraut sind (Arntzen, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 49). Sie sind insbesondere dann problemlos, wenn schon vorher ein regelmässiger Umgang zwischen Kind und Besuchsberechtigtem stattfand und eine gute Beziehungsqualität besteht (BaslerKomm ZGB I/Schwenzer, Art. 273 ZGB, N 14; Büte, Das Umgangsrecht bei Kindern geschiedener oder getrennt lebender Eltern, 2. Auflage, N 167). Letztere ist entscheidend (Salzgeber/Schreiner, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, 66, 74 f.).

Diese Richtlinien entsprechen der Erfahrungstatsache, dass auch kleine Kinder aus ungetrennten Ehen oder Partnerschaften regelmässig auswärts übernachten, sei es bei Grosseltern oder Göttils und Gottis, ohne dass deswegen Bindungsstörungen zu beobachten wären. Vielmehr können solche Erfahrungen den Kindern regelmässig zusätzliche Sicherheit bieten, weil sie spüren dürfen, dass sie auch andernorts als «nur» bei Mami oder Papi ein Zuhause haben.

In jedem Fall ist die Frage des Übernachtens aber nicht theoretisch, sondern individuell, bezogen auf das konkrete Kind, zu beantworten. Hier massgebend sind allein die Interessen von K.

9. Nach Wahrnehmung sämtlicher Beteiligten geht es K gut. Es wird sogar als besonders sonniges und fröhliches Kind beschrieben, welches wenig fremdet. Es bestehen keine Hinweise, dass es nicht altersgemäss entwickelt wäre. Schliesslich schildern sowohl die Mutter als auch der Beistand und die Mitarbeiter der BBT, wie fürsorglich und umsichtig der Vater mit seinem Kind umgeht, wie gut er dessen Bedürfnisse zu erkennen und auf es einzugehen vermag. Die Beziehung zwischen K und seinem Vater ist offensichtlich von hoher Qualität und von Vertrauen sowie Liebe geprägt. Zudem konnten die beiden schon viel Zeit miteinander verbringen und ihr Verhältnis Schritt für Schritt aufbauen [...]. Dieses scheint gefestigt. Der Vater übte sein Besuchsrecht bislang regelmässig und verlässlich aus. Er ist seit der Geburt in besonderem Masse an seinem Kind interessiert. K ist es zudem gewohnt, von anderen Personen als seinem Mami betreut zu werden, verbringt es doch vier Tage die Woche in Fremdbetreuungseinrichtungen. Ferner ist K mit der Umgebung des Vaters bestens vertraut und verbringt dort regelmässig seinen Tagesschlaf. K ist also geübt darin, bei seinem Papi zu schlafen. Nicht einmal die Mutter nennt aktuelle Schwierigkeiten oder konkrete negative Vorfälle im Zusammenhang mit der Ausübung des Umgangsrechts oder behauptet, dass K die Zeiten mit dem Vater

nicht genossen hätte (die in [...] geäußerten Bedenken sind bereits mehr als ein Jahr alt [...] bzw. hängen nicht mit dem Besuchsrecht zusammen [...], da Kleinkinder den Winter über, gerade, wenn sie einen Hort besuchen, immer wieder krank sind). Dementsprechend macht die Mutter weder geltend, K sei unsicher gebunden, noch bringt sie spezifischen Einwände gegen die Übernachtungen beim Vater vor. Sie hegt einzig allgemeine Befürchtungen.

10. Zudem lässt sich feststellen, dass sich das Verhältnis zwischen den Eltern, welches früher stark belastet war und gar in (bestrittenen) Vorwürfen von Gewalttätigkeiten oder Androhungen von Strafanzeigen wegen Kindesentführung gipfelte [...], beruhigt hat. Die Eltern konnten sich zunächst auf das gemeinsame Sorgerecht einigen und später einvernehmlich Details des Besuchsrechts regeln [...]. Beide Eltern empfinden ihre Kommunikation mittlerweile als ungetrübter und können einander zugestehen, gute Eltern zu sein. Somit bestehen deutliche Hinweise auf eine gewisse Vertrauensbasis zwischen ihnen, die für das Gelingen des Besuchsrechts unerlässlich ist.

11. Die Mutter begründet ihre Abwehrhaltung in Bezug auf die Übernachtungen hauptsächlich mit dem Bericht der KJPD [...] und dem Sozialbericht [...]. Beide Berichte sind aber nicht mehr aktuell und daher nicht länger massgebend. K leidet seit langem an keinen Schreiattacken mehr [...] und wird seit einem Jahr nicht mehr gestillt. Ohnehin erscheint die mehrfach geäußerte Befürchtung der Mutter, die Panikattacken bzw. Schreianfälle seien bei K aufgetreten, weil sie, die Mutter, beim Besuchsrecht nachgegeben habe [...], wenig realistisch. Abgesehen davon, dass Schreianfälle auch bei an sich gesunden Babys häufig vorkommen, sind sie kaum je auf eine einzelne Ursache zurückzuführen, sondern vielmehr entwicklungsbedingt (auf körperlicher wie psychischer Ebene). Sie haben sich inzwischen glücklicherweise gelegt. Beim Bericht der KJPD handelt es sich ferner vor allem um allgemein gehaltene Empfehlungen, die kaum konkret und schon gar nicht umfassend auf K Bezug nehmen [...]. Daher kommt diesem von vornherein wenig Aussagewert zu. Die Eltern haben sodann keine heftig ausgetragenen Konflikte mehr, reden kaum noch schlecht voneinander und können sogar die Übergaben so gestalten, dass nur wenig oder gar keine Probleme auftreten. Von einer hochstrittigen Situation, wie es in den Berichten der KJPD und der Sozialberichterstatteerin erwähnt wurde, kann nicht die Rede sein. Vielmehr verdient das Verhalten der Eltern, sich auf ihre Rolle als Mami und Papi zu besinnen und das Besuchsrecht möglichst einvernehmlich zu regeln, Respekt. Der Mutter ist es sogar ausdrücklich ein Anliegen [...], dass sich die Eltern bei der Kinderbetreuung abwechseln und gemeinsame Entscheidungen treffen. Diese Haltung liegt besonders im Kindeswohl. Dass die Eltern viel weniger Konflikte miteinander haben als früher, mag schon die Tatsache zeigen, dass die Mutter sogar die Besuchsbeistandschaft für nicht (mehr) notwendig hält [...].

12. Das Besuchsrecht bzw. die Beziehung zwischen K und seinem Vater wurde schrittweise und sorgfältig aufgebaut, wie von den Fachleuten empfohlen. Die Aus-

dehnung des Umgangsrechts auf einen ganzen Tag (neun bis zehn Stunden) geschah bereits vor einem Jahr, also viel früher, als von den KJPD und dem Sozialbericht vorgesehen (und von der Mutter ursprünglich beantragt [...]), und gestaltete sich grundsätzlich problemlos. Die Eltern konnten ihrem Kind dieses Besuchsrecht ohne weiteres zutrauen. K ist demnach zweifellos bereit für eine weitere Ausdehnung desselben.

13. Die Reise vom Wohnort der Mutter zu jenem des Vaters dauert mehr als eineinhalb Stunden (www.sbb.ch). Das bedeutet neben einer sechsstündigen Zugreise für den Vater, offensichtlich auch einen Stress für das Kind, das einen Grossteil seines Besuchstags im Zug verbringen muss. Mit Blick darauf, dass erstens die Anstrengung, die eine solch lange Reise für ein Kleinkind mit sich bringt, besser auf zwei Tage verteilt wird, unter Berücksichtigung zweitens des besonderen Werts von Übernachtungen für das betroffene Kind und unter Beachtung drittens des ausgezeichneten Vertrauensverhältnisses zwischen K und seinem Papi, liegen die von der Vorinstanz angeordneten Übernachtungen insgesamt offensichtlich im Kindeswohl.

14. K profitiert von zwei engagierten Eltern, die es lieben und die ihm einen grossen Stellenwert in seinem Leben einräumen. Auch der Mutter ist zuzugestehen, dass sie die Übernachtungen beim Vater nicht ablehnt, weil sie diesem schaden möchte, sondern, weil sie sich echt um K sorgt und nur das Beste für es will. Ihre Ängste und Unsicherheiten sind durchaus einfühlsam, namentlich aufgrund der früheren fachlichen Einschätzungen.

Die Mutter kann aber getrost sein und muss keine Bedenken haben. Aufgrund der bisherigen Entwicklung ist davon auszugehen, dass K vom Vater während der Übernachtungen gut und liebevoll versorgt wird. Es schläft nicht bei einer fremden Person, sondern beim Papi, mit dem es vertraut ist, dessen Umgebung, Gewohnheiten und Gerüche es kennt. Die Mutter kann K daher mit einem guten Gewissen und beruhigt dem Vater für eine Übernachtung anvertrauen. Sie würde K erst dann schaden, wenn sie die Beziehung des Kindes zum Vater nicht fördert oder sie gar torpediert. Nicht umsonst gilt die Bindungstoleranz, d.h. die Achtung der Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil, als ein wesentlicher Bestandteil der Erziehungsfähigkeit. Ein Elternteil, der das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil nicht unterstützt, gilt daher in der Regel nicht als fähig, sein Kind gut genug zu versorgen und die Hauptbetreuung zu übernehmen. Derzeit bestehen aber keine Anhaltspunkte, dass beim einen oder andern Elternteil die Bindungstoleranz nicht gegeben wäre. Vielmehr beschreiben sich die Eltern gegenseitig als gute Eltern, bei denen K sich wohl fühlt [...]. Letzteres entspricht nicht zuletzt der Erkenntnis, dass schon kleine Kinder problemlos Beziehungen zu mehreren Personen aufnehmen können (FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB, N7).

Schliesslich stimmen Übernachtungen zum heutigen Zeitpunkt auch mit dem eigenen Vergleichsvorschlag der Mutter überein, wonach sie Übernachtungen ab Sommer/Herbst 2016 durchaus für diskutabel, also im Kindeswohl liegend, hielt [...].

15. Das erste Besuchsrecht mit Übernachtung findet baldmöglichst [...] statt.

Die vorinstanzlich verfügten Übergabezeiten um 16.00 bzw. 18.00 Uhr scheinen dem kindlichen Tagesrhythmus zu entsprechen, und die Eltern wandten nichts dagegen ein.

Zu bedenken ist, dass das zweijährige Kind einen zweiwöchigen Besuchsunterbruch noch immer als (allzu) lang empfinden mag (FamKomm Scheidung/Schreiner, Anh. Psych, N172). Die Eltern sind eingeladen, sich Gedanken zu machen, ob zwischendurch ein Kurzbesuch des Vaters machbar und erwünscht ist, und zwar, bis K älter geworden ist und sein Zeitempfinden sich entwickelt hat (vgl. dazu Plattner, Entsprechen deutsche Sorge- und Umgangsrechtsentscheidungen dem Zeitempfinden des Kindes?, FamRZ 1993, 384). Den Eltern bleibt es jedenfalls unbenommen, einvernehmlich oder mit Hilfe des Beistands weitere Treffen zwischen Vater und Kind vorzusehen (SIX, Eheschutz – Ein Handbuch für die Praxis, N2.18).

Die Eltern sollen die Besuchstage zuverlässig wahrnehmen bzw. gewährleisten. Dabei bleibt zu betonen, dass eine Besuchsordnung nicht alle Eventualitäten ordnen kann, sondern sich darauf beschränken muss, Grundregeln aufzustellen (FamKomm Scheidung/ Bächler/Wirz, Art. 273 ZGB, N22 m.w.H.). Im Übrigen bleibt es den Eltern überlassen, im Einzelfall vernünftige Ersatzlösungen zu finden, soweit der für das Kind wichtige feste Rhythmus dadurch nicht empfindlich gestört wird (BernerKomm/Hegnauer, Art. 273 ZGB, N 130 ff.; Vetterli, Scheidungshandbuch, 87). Der Beistand kann die Eltern bei allfälligen Unstimmigkeiten oder bei der Detailplanung unterstützen. Im Übrigen hat die VRK [...] bereits angemessen über die Nachholmodalitäten entschieden (vgl. dazu BaslerKomm ZGB I/Schwenzer, Art. 273 ZGB, N 16 m.w.H.).

16. Die Eltern haben sodann zu beachten, dass kleine Beunruhigungen und nervöse Reaktionen bei der Übergabe völlig normal sind. Kinder erleben nämlich den Wechsel vom einen zum andern Elternteil oft als anstrengend und das Weggehen bzw. Loslassen fällt ihnen schwer (Bächler/Simoni, Kinder und Scheidung, 269 ff., 279 ff.). Das bedeutet aber nicht, dass das Kind den einen oder anderen Elternteil nicht lieben oder den Wechsel nicht wollen würde. Die Eltern können K bei den Übergängen von Mutter zu Vater und umgekehrt helfen, wenn sie ein allenfalls auffälliges Verhalten möglichst nicht beachten (Arntzen, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 57). Sie sollen die Besuche als natürliche und selbstverständliche Vorgänge behandeln (Arntzen, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 57; Bächler/Simoni, Kinder und Scheidung, 271). Das Kind soll nicht wählen müssen, ob es zum Vater gehen will oder nicht. Diese Wahl hat K beim späteren Kindergartenbesuch oder beim Hortbesuch auch nicht. Kinder schätzen zudem klare und erklärbare Regeln (Vetterli, Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, FamPra.ch 2009, 23, 28), und dazu gehört das Wissen, wann es bei welchem Elternteil sein darf. Die Besuchstage soll das Kind als gemeinsam getroffene Entscheidung der Eltern wahrnehmen, die ihm gegenüber einvernehmlich vertreten wird (Staub/Felder, Scheidung und Kindeswohl, 56). Beruhigend ist dabei, dass sich ein Kind leicht auf unterschiedliche Erziehungsstile einstellen kann (Arntzen, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 59), bzw. gar davon profitiert, wenn der Vater erzieherische Verantwortung wahrnimmt (Staub/Felder, Scheidung und Kindeswohl, 117).

17. Abschliessend sind die Eltern erneut darauf aufmerksam zu machen, dass Kinder beide Eltern brauchen und gern haben wollen. Väter, die sich echt um die Vater-Kind-Beziehung bemühen, gelingt es in der Regel auch, diese zu erhalten (Largo, Scheidungsväter, in: Bächler/Simoni, Kinder und Scheidung, 340). Die Eltern müssen sich bewusst sein, dass sich K vor allem dann gut entwickeln kann, wenn es einen möglichst spannungsfreien Kontakt zum Vater halten kann, mit dem es nicht zusammenlebt, und wenn es ohne Schuldgefühle ein von Zuneigung getragenes Verhältnis zu beiden Eltern pflegen darf (Arntzen, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 20). Fortwährende nachpartnerschaftliche Konflikte sind demgegenüber etwas vom Schädlichsten, was man seinem Kind in einer Trennungssituation antun kann (Bodenmann, Folgen der Scheidung für die Kinder aus psychologischer Sicht, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz, Kind und Scheidung, 73, 90, 95; Staub/Felder, Scheidung und Kindeswohl, 119; Vetterli, Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, FamPra. ch 2009, 23, 28). Sie gefährden seine Entwicklung in gesundheitlicher, sozialer und schulischer Hinsicht. Viele dieser Kinder erleiden z.B. psychische Krankheiten oder haben später Mühe in der Schule. Den Eltern ist es vorliegend schon in mancher Hinsicht gelungen, zusammenzuwirken. Das stimmt für das weitere Gedeihen von K zuversichtlich.

31

Art. 274a ZGB (SR 210). Gebietet es das Kindeswohl, kann auch dem sozial erlebten Vater ein Besuchsrecht eingeräumt werden.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 22. März 2016

Zu beurteilen war im Rahmen eines Scheidungsprozesses das Besuchsrecht eines Vaters (V) für zwei kleine Kinder, die im Verfahren fremdplatziert wurden, wobei das jüngere Kind K aus der Beziehung der Mutter mit einem anderen Mann stammt.

Aus den Erwägungen:

Vorauszuschicken ist, dass nach Art. 274a ZGB der Anspruch auf persönlichen Verkehr auch andern Personen als den Eltern, insbesondere Verwandten, eingeräumt werden kann, wenn ausserordentliche Umstände vorliegen und dies dem Wohl des Kindes dient. In Betracht kommen in erster Linie Personen, mit denen das Kind eine soziale Eltern-Kind-Beziehung verbindet (BaslerKomm ZGB I/Schwenzer/Cottier, Art. 274a ZGB, N3). In diesen Fällen sind ausserordentliche Umstände regelmässig zu bejahen (BaslerKomm ZGB I/Schwenzer/Cottier, Art. 274a ZGB, N5), weil es um den Schutz gewachsener Beziehungen geht.

Nach dem Gutachten des KJPD [...] ist V für K der sozial/psychologisch erlebte Vater [...]. Er sehe diesen wie als Sohn an [...], habe K gern [...], könne gut mit ihm umgehen und sei mit ihm vertraut [...]. Er herze beide Kinder gleichermassen und beziehe sie beide in seine Interaktion mit ein [...]. Der Vater bringe jeweils beiden Kindern Geschenke mit [...]. Auch nach Angabe der Mutter schaut der Vater K als seinen Sohn an und hat diesen lieb gewonnen [...].

Der Kontakt zu V ist für K von grosser Bedeutung. Entsprechend ist ihnen gemäss den Anträgen der Mutter [...] und der Kindesvertreterin ebenfalls ein Kontaktrecht einzuräumen [...] bzw. ist dem Vater als Drittperson gemäss Art. 274a ZGB ein Besuchsrecht für K zu gewähren. Das liegt umso mehr im Kindeswohl, als der leibliche Vater von K keinen Kontakt zu seinem Sohn pflegt und einen solchen auch nicht wünscht [...], und als bei Knaben die Orientierungsmöglichkeit an einer väterlichen Identifikationsfigur für die Entwicklung der Männlichkeit von besonderer Bedeutung ist (BGer 5A_719/2013, E. 4.4).

Die folgenden Besuchsregelungen gelten daher für beide Eltern in Bezug auf beide Kinder.

3. Sachenrecht und Grundbuch

32

Art. 671 i.V.m. Art. 672 und Art. 3 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 62 OR (SR 220). Dem gutgläubigen Unternehmer, der eigenes Material auf einem fremden Grundstück verwendet hat, steht eine angemessene Entschädigung durch den Grundeigentümer zu, wenn die Verwendung ohne Willen des Grundstückseigentümers erfolgte und keine Trennung des Materials vom Boden stattgefunden hat. Die Gutgläubigkeit wird vermutet, wobei an den Beweis des Gegenteils hohe Anforderungen zu stellen sind, wenn es sich um Arbeiten handelte, die für die Erstellung des Werkes offensichtlich notwendig waren. Der Entschädigungsanspruch bestimmt sich anhand der marktüblichen Vergütung für die entsprechenden Arbeiten. Die Frage nach einer allfälligen vertraglichen Grundlage des Entschädigungsanspruchs des Unternehmers wurde deshalb offen gelassen.

Handelsgericht, 15. Dezember 2015

Aus den Erwägungen:

8. Die Klägerin macht [...] geltend, sie sei vom Bauleiter B mit der Aushebung eines Grabens und der Verlegung der Rohre für die Kanalisation beauftragt worden. Die Beauftragung durch den Bauleiter habe sich die Beklagte zurechnen zu lassen. Durch diese Arbeiten seien ihr Kosten von Fr. 14 085.10 entstanden. Diese Arbeiten seien klar nicht Bestandteil des Werkvertrages gewesen, habe die Beklagte doch ursprünglich ein anderes Unternehmen mit den Kanalisationsarbeiten beauftragt. Es handle sich um einen separaten Werkvertrag. Die Beklagte habe daher diese Kosten zusätzlich zu vergüten.

8.1 Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin einen Auftrag für die Erstellung eines Grabens erhalten habe. Sie wendet ein, diese Arbeiten seien von Ziffer 300 des Leistungsverzeichnisses (Aushubarbeiten) miteingefasst. Soweit dies nicht der Fall sein sollte, beruft sie sich auf die Vollständigkeitsklausel sowie die werkvertraglichen Vereinbarungen betreffend Regierarbeiten und Zusatzaufträge. Die Klägerin verfüge weder über eine schriftliche Zusatzvereinbarung noch über werkvertragskonforme Regierberichte. Soweit die Klägerin Arbeiten ausgeführt habe, die angeblich ein anderer Unternehmer hätte ausführen müssen, habe sie ihre Forderung an diesen Unternehmer zu stellen. Im Übrigen sei die Bauleitung nicht ermächtigt gewesen, zusätzliche Arbeiten zu vergeben.

Die Streitberufene ist der Ansicht, dass die Kanalisationsarbeiten nicht Teil der Vertragspauschale gewesen seien. Ursprünglich sei ein anderer Unternehmer mit diesen Arbeiten beauftragt worden. Sie bestreite jedoch, dass der Bauleiter diese Arbeiten bei der Klägerin in Auftrag gegeben habe. Aber selbst wenn der Bauleiter die Klägerin mündlich mit den Kanalisationsarbeiten beauftragt haben sollte, könnte sich die Klägerin nicht darauf berufen, habe sie doch gewusst, dass für Zusatzaufträge die schriftliche Bestätigung der Bauherrschaft erforderlich sei.

8.2. Unter Ziffer 300 des Leistungsverzeichnisses sind nur Aushubarbeiten nicht aber Kanalisationsarbeiten aufgeführt (bekl.act. 4, S. 13 ff. des Leistungsverzeichnisses). Die Kanalisationsarbeiten sind im Werkvertrag nicht erwähnt und stellen auch keine Arbeiten betreffend den Baugrubenaushub dar. Sie bilden gemäss dem Baukostenplan (BKP) eine eigene Arbeitsgattung. Da es sich beim Werkvertrag über den Baugrubenaushub nicht um einen Rahmenvertrag handelt, sind die diesbezüglichen Vereinbarungen der Parteien nicht auf Kanalisationsarbeiten anwendbar, insbesondere nicht der Vorbehalt der Schriftlichkeit für Zusatzaufträge sowie die Vereinbarung betreffend den Regierberichten. Beim Werkvertrag über die Kanalisationsarbeiten handelt es sich um einen eigenständigen Vertrag.

8.3. Letztendlich kann offen bleiben, ob die Klägerin von der Beklagten einen Auftrag erhalten hat oder nicht. Die Kanalisationsarbeiten waren für die Erstellung der Überbauung offensichtlich notwendig. Es war denn auch ursprünglich ein anderer Unternehmer mit diesen Arbeiten beauftragt, wobei weder die Beklagte noch die Streitberufene vorbringen, der andere Unternehmer sei für die Arbeiten bezahlt worden. Im Ergebnis stellt sich die Beklagte somit auf den Standpunkt, die Aus-

hebung eines Grabens und die Verlegung der Rohre für die Kanalisation sei für sie letztendlich kostenlos.

8.3.1 Zwar stehen der Klägerin keine Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegenüber der Beklagten zu, weil die Klägerin nicht die Absicht hatte, im Sinne von Art.419 OR ohne Auftrag zu handeln (BGE 75 II 226; BGE 99 II 131 E.2; Gauch, a.a.O., N643). Dem Unternehmer, der eigenes Material auf einem fremden Grundstück verwendet hat, steht allerdings eine angemessene Entschädigung durch den Grundeigentümer zu, wenn die Verwendung ohne Willen des Grundstückseigentümers erfolgte und keine Trennung des Materials vom Boden stattgefunden hat (Art.671 i.V.m. Art.672 ZGB). Der Ersatzanspruch des gutgläubigen Materialeigentümers gegenüber dem gutgläubigen Grundeigentümer bemisst sich nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art.62 OR). Der Grundeigentümer hat dem Materialeigentümer den Wert des verwendeten Materials und gegebenenfalls den Wert der mit dem Einbau verbundenen Arbeit voll zu ersetzen, wenn sich der objektive Wert des Grundstückes und damit das Vermögen des Grundeigentümers infolge dieses baulichen Aufwandes um den gleichen Betrag erhöht hat. Ist der so entstandene Wertzuwachs geringer, so beschränkt sich der Ersatzanspruch auf diesen Wertzuwachs (BGE 99 II 131 E.6c).

8.3.2 Die Praxis und auch die Rechtsprechung behelfen sich bei der Bemessung eines Minderwertes eines Werkes damit, dass der Minderwert vermutungsweise den Kosten entspricht, die zur Behebung des Mangels notwendig sind (BGE 117 II 550, E.4; BGE 111 II 162, E.3c; BGE 116 II 313, E.4; ZK-Bühler, N 103 zu OR 368; Gauch, Der Werkvertrag, 5.Auflage, N 1684; Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, 9 Auflage, S.296). Es rechtfertigt sich im vorliegenden Fall, diese Methode analog auch auf die Bestimmung eines Mehrwertes des Grundstückes anzuwenden. Das bedeutet: Wenn Arbeiten für die Erstellung eines Werkes offensichtlich notwendig sind und auch ausgeführt wurden, so entspricht der Mehrwert des Grundstückes den objektiven Kosten für die entsprechenden Arbeiten. Dies entspricht im Übrigen auch den Regeln zur Bestimmung der Entschädigungshöhe im Rahmen einer ungerechtfertigten Bereicherung. Hätte nicht die Beklagte die Arbeiten ausgeführt, hätte die Klägerin die Arbeiten einem Dritten übertragen müssen. Die Bereicherung entspricht somit der Ersparnis der Kosten, welche die Beklagte dem Dritten für die Arbeiten hätte bezahlen müssen.

8.3.3. In den Rechnungen Nr.2012-38 und Nr.2012-39 vom 9. Januar 2012 betreffend die Kanalisationsarbeiten hat die Klägerin die vorgenommenen Arbeiten und das verwendete Material detailliert aufgeführt und abgerechnet (kläg.act. 9). Zudem hat sie für diese Kanalisationsarbeiten Arbeitsrapporte eingereicht (kläg.act. 18). Die in der Rechnung aufgeführten Angaben bezüglich Aushubmenge, der Länge der verwendeten Kanalrohre, der eingebrachten Menge an Magerbeton und der verrechneten Arbeitsstunden sind in sich stimmig. Ausgehend vom Umstand, dass wohl ein Kanalisationsplan vorhanden war und die Kanalisationsarbeiten ursprünglich einem Dritten in Auftrag gegeben worden sind, wäre eine substan-

zierte Bestreitung der Mengenangaben und der verrechneten Einheitspreise für die Klägerin ohne weiteres möglich gewesen. Die Beklagte bestreitet jedoch weder die Mengenangaben noch die verrechneten Einheitspreise in substantiiertes Weise. Es ist daher davon auszugehen, dass die geleisteten Kanalisationsarbeiten korrekt abgerechnet wurden.

Nachdem die Beklagte die Höhe der Entschädigungsforderung nicht substantiiert bestreitet und auch nicht behauptet, ein Dritter hätte die Arbeiten günstiger oder gar kostenlos ausgeführt, ist davon auszugehen, dass der entstandene Wertzuwachs des Grundstückes bzw. die Bereicherung somit der klägerischen Entschädigungsforderung entspricht.

8.3.4. Der gute Glaube wird vermutet (Art. 3 ZGB). Die Beklagte hätte somit das Gegenteil zu beweisen. Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin bösgläubig gehandelt hätte. Sie ging offensichtlich davon aus, dass ihr der Auftrag für die Arbeiten erteilt worden sei. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, welches Interesse sie daran gehabt hätte, sich diesen Auftrag gegen den Willen der Beklagten anzumassen. Von der Streitberufenen wird bloss erwähnt, dass ursprünglich ein anderer Unternehmer mit diesen Arbeiten beauftragt worden sei. Es fehlen jedoch Ausführungen darüber, weshalb jene Firma den Auftrag nicht ausgeführt hat. Jedenfalls wird nicht behauptet, die Klägerin habe in Kenntnis des Umstandes, dass eine Drittfirma die Arbeiten ausführen werde, gehandelt, d.h. die Drittfirma auf diese Weise ausgebootet. Ebenso wenig bringen die Beklagte oder die Streitberufene substantiiert vor, der ursprünglich vorgesehene Unternehmer oder eine andere Firma sei von der Beklagten für die von der Klägerin in Rechnung gestellten Arbeiten entschädigt worden.

33

Art. 671 i.V.m. Art. 672 und Art. 3 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 62 OR (SR 220). Von der Gutgläubigkeit des Unternehmers, der eigenes Material auf einem fremden Grundstück verwendet hat, ist auszugehen, wenn keine Anhaltspunkte für ein unredliches, moralisch verwerfliches oder gar arglistiges und rechtsmissbräuchliches Verhalten bestehen. Haben die Parteien im schriftlichen Werkvertrag vereinbart, dass Zusatzaufträge vom Bauherrn vorab schriftlich zu genehmigen sind, so führt die Nichteinholung einer schriftlichen Genehmigung für Arbeiten, die zur Erstellung des Werkes notwendig sind, jedenfalls dann nicht zur Bösgläubigkeit des Unternehmers, wenn der schriftliche Werkvertrag nicht auf diese Arbeiten anwendbar ist.

Handelsgericht, 6. Februar 2017

Aus den Erwägungen:

III.

1. Die Klägerin macht geltend, sie sei nach Abschluss des Werkvertrages betreffend Heizung/Lüftung und sanitäre Installationen mündlich vom Bauleiter M mit Einverständnis der Beklagten zusätzlich mit der Erstellung einer Wasserzuleitung vom öffentlichen Wassernetz an die Liegenschaft beauftragt worden. Es habe sich dabei um zusätzliche Arbeiten gehandelt, die nicht Inhalt der Pauschale bzw. der beiden schriftlich abgeschlossenen Verträge gewesen seien. Es habe sich dabei um die Wasserzuleitung ausserhalb des Hauses gehandelt. Es sei üblich, dass die Wasserzuleitung nicht in der gleichen Ausschreibung erfolge, wie die Arbeiten innerhalb der Gebäudekante. Für die Wasserzuleitung sei der Tiefbauingenieur und für das Gebäude der Hochbauingenieur zuständig. Der Pauschalwerkvertrag vom 3./14. Oktober 2011 habe lediglich Arbeiten innerhalb der Gebäudekante beinhaltet, weshalb die im Pauschalwerkvertrag vereinbarte Regelung über die Schriftlichkeit von Zusatzaufträgen nicht anwendbar sei. Im Übrigen würden die Arbeiten für Wasserzuleitungen häufig in Regie abgerechnet, da der Aufwand erheblich vom Untergrund abhängig sei. Bei der Wasserzuleitung handle es sich auch nicht um Nebenarbeiten, die von der Pauschale gemäss vertraglicher Vereinbarung umfasst seien, bestehe doch für die Wasserzuleitung eine eigene BKP Nummer. Für die Erstellung der Wasserzuleitung habe sie der Beklagten Fr. 13 525.15 in Rechnung gestellt (kläg.act. 8).

1.1. Die Beklagte bringt vor, die Rechnung beinhalte auch die Kosten für den Einsatz von Entfeuchtern im Betrag von Fr. 2777.–. Diesen Betrag habe sie anerkannt. Sie habe den Betrag für die Entfeuchter nicht bezahlt, da die Klägerin sich geweigert habe, dafür eine separate Rechnung zuzustellen. Der restliche Rechnungsbetrag sei nicht geschuldet. Die Kosten für die Erstellung der Wasserzuleitung ausserhalb des Gebäudes seien in der Pauschale des Werkvertrages inbegriffen. Es liege kein Zusatzauftrag vor. Sie habe keinen Zusatzauftrag an die Klägerin erteilt und die A AG (Bauleitung) sei nicht berechtigt gewesen, Zusatzaufträge in dieser Höhe ohne ihre vorgängige Zustimmung zu erteilen. Gemäss BKP 238.100 des Werkvertrages vom 3./14. Oktober 2011 (kläg.act. 6 S.5) sei vereinbart worden, dass Zusatzaufträge durch die Bauherrschaft vorgängig bewilligt und schriftlich bestätigt werden müssten. Weder habe sie den Zusatzauftrag bewilligt noch liege eine schriftliche Bestätigung vor. Zudem handle es sich bei der Wasserzuleitung um eine zwingend notwendige Nebenarbeit, die gemäss Ziffer 1.23 der allgemeinen Grundlagen und Bedingungen für die Submission (kläg.act. 6 Anhang) im Preis der Pauschale inbegriffen sei.

In ihrer Stellungnahme führt die Streitberufene A AG aus, dass für die Zuleitung bis zum Gebäude die Wasserversorgung zuständig sei. Da die Klägerin eine Konzession für die Erstellung solcher Zuleitungen von der Wasserversorgung habe, sei der Zusatzauftrag an die Klägerin erteilt worden. Die Beklagte habe diesen Zusatzauftrag jedoch nicht bewilligt.

1.2. Im Anlagebeschrieb zum Werkvertrag vom 3./14. Oktober 2011 ist unter Ziffer 254.00/01 (kläg.act. 6 Anhang) Folgendes erwähnt: «Die Wasserzuleitung für die Häuser wird von der zuständigen Wasserversorgung ausgeführt.»

1.2.1. Gemäss Reglement Wasserversorgung [...] muss der Grundeigentümer, der sich an das Verteilernetz des Wasserwerkes (abgek.: WW) anschliessen will, ein Gesuch einreichen. Als Hausanschluss gilt das Leitungsstück von der Haupt- oder Versorgungsleitung bis und mit Wasserzähler. Die Erstellung der Hauszuleitung darf nur durch einen Installateur erfolgen, der über eine Bewilligung des WW verfügt. Die Art des Hausanschlusses wird durch das WW bestimmt. Die Kosten für die Erstellung des Hausanschlusses trägt der Grundeigentümer (act. 134).

1.2.2. Nachdem im Anlagebeschrieb festgehalten wurde, dass die Wasserzuleitung durch die zuständige Wasserversorgung ausgeführt wird, ist die Wasserzuleitung nicht Bestandteil des Werkvertrages vom 3./14. Oktober 2011 geworden. Da es sich beim Werkvertrag vom 3./14. Oktober 2011 nicht um einen Rahmenvertrag handelt und die Erstellung der Wasserzuleitung ausdrücklich vom Leistungsbeschrieb ausgenommen wurde, sind die vertraglichen Vereinbarungen betreffend Zusatzaufträge, Nebenarbeiten und SIA-Normen nicht auf die Wasserzuleitung anwendbar. Dafür spricht auch der Umstand, dass die Wasserzuleitung ausserhalb des Gebäudes im Baukostenplan (BKP) als eigene Arbeitsgattung unter der Position 455 aufgeführt ist.

1.3. In Anbetracht des Umstandes, dass die Beklagte dem Werkvertrag über die Erstellung der Wasserzuleitung nicht zugestimmt hat, ist fraglich, ob diesbezüglich überhaupt ein Werkvertrag zustande gekommen ist. Letztendlich kann dies aber offen bleiben.

1.3.1 Die Wasserzuleitung war für die Erstellung der Überbauung offensichtlich notwendig. Für die Erstellung der Wasserzuleitung war weder ein anderer Unternehmer beauftragt noch bezahlt worden. Unbestrittenermassen wurde die Wasserzuleitung durch die Klägerin erstellt. Die entsprechende Leistung wurde jedoch nicht bezahlt. Soweit kein Werkvertrag besteht, stehen in solchen Fällen der Klägerin zwar keine Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegenüber der Beklagten zu, weil die Klägerin nicht die Absicht hatte, im Sinne von Art. 419 OR ohne Auftrag zu handeln (BGE 75 II 226; BGE 99 II 131 E. 2; Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, N643). Dem Unternehmer, der eigenes Material auf einem fremden Grundstück verwendet hat, steht allerdings eine angemessene Entschädigung durch den Grundeigentümer zu, wenn die Verwendung ohne Willen des Grundstückseigentümers erfolgte und keine Trennung des Materials vom Boden stattgefunden hat (Art. 671 i.V.m. Art. 672 ZGB). Der Ersatzanspruch des gutgläubigen Materialeigentümers gegenüber dem gutgläubigen Grundeigentümer bemisst sich nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 OR). Der Grundeigentümer hat dem Materialeigentümer den Wert des verwendeten Materials und gegebenenfalls den Wert der mit dem Einbau verbundenen Arbeit voll zu ersetzen, wenn sich der objektive Wert des Grundstückes und damit das

Vermögen des Grundeigentümers infolge dieses baulichen Aufwandes um den gleichen Betrag erhöht haben. Ist der so entstandene Wertzuwachs geringer, so beschränkt sich der Ersatzanspruch auf diesen Wertzuwachs (BGE 99 II 131 E.6c).

1.3.2 Die Praxis und auch die Rechtsprechung behelfen sich bei der Bemessung eines Minderwertes eines Werkes damit, dass der Minderwert vermutungsweise den Kosten entspricht, die zur Behebung des Mangels notwendig sind (BGE 111 II 162 E.3c; BGE 116 II 305 E.4; ZK-Bühler, N103 zu OR 368; Gauch, a.a.O., N1684; Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Auflage, S. 296). Es rechtfertigt sich im vorliegenden Fall, diese Methode analog auch auf die Bestimmung eines Mehrwertes des Grundstückes anzuwenden. Das bedeutet: Wenn Arbeiten für die Erstellung eines Werkes offensichtlich notwendig waren und auch ausgeführt wurden, so entspricht der Mehrwert des Grundstückes den objektiven Kosten für die entsprechenden Arbeiten. Hätte nicht die Klägerin den Wasseranschluss gemacht, hätte es ein Dritter machen müssen. Das Vermögen des Grundeigentümers hat sich infolge der nicht entschädigten Arbeiten der Klägerin um denjenigen Betrag erhöht, den er einem Dritten für die gleiche Arbeit und das gleiche Material hätte zahlen müssen.

1.3.3. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Klägerin bei der Erstellung der Wasserzuleitung gutgläubig war, wurde sie doch vom Bauleiter M unbestrittenmassen mit der Ausführung dieser Arbeiten beauftragt und ging sie vom Einverständnis der Bauherrschaft aus. Anhaltspunkte, die auf ein unredliches, moralisch verwerfliches oder gar arglistiges und rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin schliessen liessen, bestehen nicht (vgl. BGer 4A_178/2013 E. 2.2.2.).

In der Rechnung vom 19. Dezember 2012 betreffend die Wasserzuleitung hat die Klägerin die vorgenommenen Arbeiten und das verwendete Material detailliert aufgeführt und abgerechnet (kläg.act. 8). Die in der Rechnung aufgeführten Angaben erscheinen in sich stimmig. Nachdem die Beklagte die Höhe der Entschädigungsforderung im Rahmen des doppelten Schriftenwechsels nicht substantiiert bestreitet und auch nicht substantiiert vorbringt, ein Dritter hätte die Arbeiten günstiger ausgeführt, ist davon auszugehen, dass der entstandene Wertzuwachs des Grundstückes bzw. die Bereicherung somit der klägerischen Entschädigungsforderung entspricht.

34

Art. 730, Art. 778 i.V.m. Art. 764 Abs. 2 und 3 ZGB (SR 210). Ausschliessliches Wohnrecht. Eigentümer und Wohnrechtsberechtigte stehen als Inhaber von dinglichen Rechten an der gleichen Sache nebeneinander und stehen sich nicht etwa als Gläubiger oder Schuldner gegenüber. Der Eigentümer ist nur berechtigt, aber nicht verpflichtet, aussergewöhnliche Reparaturen vorzunehmen. Der Wohnrechtsberechtigte kann den Eigentümer daher nicht auf Erfüllung verklagen. Ihm steht nur das Selbsthilferecht auf Kosten des Eigentümers zu, wobei der Eigentümer den Verwendungsersatz erst bei Rückgabe der Sache zu leisten hat.

Art. 737 ZGB (SR 210). Nach Art. 737 Abs. 3 ZGB, der auch auf das Wohnrecht anwendbar ist, darf der Belastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Sind die Voraussetzungen von Art. 737 Abs. 3 ZGB erfüllt, hat der Wohnberechtigte Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Wurden von der Vorinstanz hierzu keine entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen getroffen, rechtfertigt dies eine Rückweisung an die Vorinstanz.

Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 25. Oktober 2016

A. hat ein ausschliessliches Wohnrecht an einem Wohnhaus, das seinem Bruder und dessen Ehefrau gehört. Das Wohnhaus ist renovationsbedürftig und A. verlangt von den beiden Eigentümern die Vornahme verschiedener Renovationen (Erneuern Boiler, Heizung, Isolation zum Obergeschoss). Die Eigentümer verweigern die Renovationen, da ihrer Meinung nach der Wohnrechtsberechtigte für diese aufzukommen hat.

Aus den Erwägungen:

III.

3. Die Regelung der Lastenverteilung beim Wohnrecht in Art. 778 ZGB ist abschliessend und lässt für eine Heranziehung der Art. 764 ff. ZGB und insbesondere Art. 765 Abs. 1 ZGB keinen Raum (BSK ZGB II-Mooser, Art. 778 N 2 f.; Heinz, Das dingliche Wohnrecht, S. 76; vgl. schon BGE 52 II 124 E. 2). Soweit Baumann in Bezug auf die Unterhaltspflicht auf Art. 764 Abs. 1 ZGB verweist (Baumann, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 778 ZGB m.w.H.), ist nicht die Lastenverteilung an sich betroffen, sondern lediglich Inhalt und Umfang des gewöhnlichen Unterhalts (vgl. Heinz, a.a.O., S. 75).

4. Gemäss übereinstimmender Lehre sind die Art. 764 Abs. 2 und 3 ZGB zur Nutzniessung auf das Wohnrecht anwendbar, wohingegen Art. 764 Abs. 1 (mit obiger Präzisierung) und Art. 765 ZGB nicht herangezogen werden dürfen (CHK-Ch. Thurnherr, N 1 zu Art. 776 ZGB; BSK ZGB II-Mooser, Art. 776 N 16 f.; ZK-Baumann, N 34 f. zu Art. 776 ZGB; BK-Leemann, N 20 zu Art. 776 ZGB; vgl. jedoch Heinz, a.a.O., S. 85, wonach zumindest Art. 765 Abs. 3 ZGB Anwendung auf das Wohnrecht finde, die-

se Bestimmung jedoch nur geringe Bedeutung auf das Wohnrecht habe, weil der Wohnberechtigte oft nicht in der Lage sein dürfte, die geforderten Leistungen zu erbringen, und er auch wenig Interesse haben dürfte, dem Eigentümer Geld vorzuschliessen, da er es zu Lebzeiten nicht zurückfordern könne). Art. 764 Abs. 2 ZGB sieht vor, dass der Nutzniesser den Eigentümer zu benachrichtigen hat, wenn wichtigere Arbeiten oder Vorkehrungen zum Schutz des Gegenstandes nötig werden. Schafft der Eigentümer keine Abhilfe, so steht dem Nutzniesser gemäss Art. 764 Abs. 3 ZGB das Recht zu, sich auf Kosten des Eigentümers selbst zu helfen. Der Eigentümer ist jedoch gesetzlich nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, aussergewöhnliche Reparaturen vorzunehmen (BK-Leemann, N6 zu Art. 764 ZGB; CHK-Ch. Thurnherr, N2 f. zu Art. 764 ZGB; BSK ZGB II-Müller, Art. 764 N6). Die Vornahme von Handlungen durch den Belasteten gehört in der Regel nicht zum Inhalt einer Dienstbarkeit; es geht vielmehr um ein Dulden (vgl. Art. 730 Abs. 3 ZGB zur Grunddienstbarkeit). Eigentümer und Wohnberechtigte stehen als Inhaber von dinglichen Rechten an der gleichen Sache nebeneinander und stehen sich nicht etwa als Gläubiger oder Schuldner gegenüber (Heinz, a.a.O., S. 67 und 84). Mithin besteht keine Verpflichtung dazu, das Wohngebäude in wohnfähigem Zustand zu erhalten. Hierzu bedürfte es einer vertraglichen Vereinbarung mit rein obligatorischer Wirkung (Heinz, a.a.O., S. 30, 84 f.), die es vorliegend aber nicht gibt. Der Nutzniesser/Berechtigte kann den Eigentümer somit nicht auf Erfüllung verklagen. Ihm steht nur das Selbsthilferecht auf Kosten des Eigentümers zu (ZK-Baumann, N40 und 43 zu Art. 764-765 ZGB; explizit für das Wohnrecht auch Simonius/Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, S. 122 N 100; Heinz, a.a.O., S. 78). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist das Wahlrecht zwischen der Kostenbevorschussung durch den Nutzniesser, dem ja auch der (Netto)-Ertrag an der Sache zufällt, und der Verwertung von Nutzniessungsgütern auf das Wohnrecht nicht anwendbar, da sich dieses auf Art. 765 Abs. 3 ZGB stützt (relativierend dazu – wie vorstehend erwähnt – Heinz, a.a.O., S. 85 f.). Das Selbsthilferecht bleibt davon jedoch unberührt, da es sich selbständig aus Art. 764 Abs. 3 ZGB ergibt, wobei der Eigentümer den Verwendungsersatz erst bei Rückgabe der Sache zu leisten hätte (vgl. Art. 753 ZGB; BSK ZGB II-Müller, Art. 764 N6).

Die Beklagten können folglich gestützt auf Art. 778 Abs. 1 i.V.m. Art. 764 Abs. 2 und 3 ZGB nicht zur Vornahme der beantragten Sanierungsarbeiten verpflichtet werden.

5.a) Zu prüfen ist, ob sich der Anspruch des Klägers aus einer anderen rechtlichen Grundlage herleiten lässt. In Frage kommt Art. 737 ZGB, der auch auf das Wohnrecht Anwendung findet (BGE 88 II 331 E. 6; CHK-Ch. Thurnherr, N 1 zu Art. 776 ZGB; BSK ZGB II-Mooser, Art. 776 N 17). Demnach darf der Belastete nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert (Art. 737 Abs. 3 ZGB). Gegen eine allfällige unzulässige Behinderung kann sich der Berechtigte mit der actio confessoria zur Wehr setzen (BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 737 N 11 f.), wobei nur die erhebliche Beeinträchtigung unzulässig ist. Die Erheblichkeit beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung, womit bei überwiegenden Interessen des

Belasteten selbst weitreichende Beschränkungen der Dienstbarkeit möglich werden (CHK-T. Göksu, N6 zu Art. 737 ZGB). Ein Handeln oder Tun lässt sich mit der *actio confessoria* grundsätzlich nicht geltend machen (Liver, Zürcher Kommentar, N182 zu Art. 737 ZGB). Hat der Dienstbarkeitsberechtigte aber auf seinem Grundstück irgendwelche baulichen oder sonstigen Vorkehrungen getroffen, die die Ausübung der Dienstbarkeit erschweren oder verunmöglichen, ist er verpflichtet, den früheren Zustand wieder herzustellen. Dies stellt jedoch nicht eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen dar, sondern ist die Rechtsfolge der Verletzung der Dienstbarkeitsverpflichtung, die in Art. 737 Abs. 3 ZGB gesetzlich festgelegt ist (ZK-Liver, N217 zu Art. 730 ZGB). In diesem Sinne können die klägerischen Rechtsbegehren auch gestützt auf Art. 737 Abs. 3 ZGB geprüft werden.

[...]

e) Eine Rückweisung an die erste Instanz kann dann angezeigt sein, wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen nicht erhoben wurde (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO), beispielsweise weil die Vorinstanz überhaupt kein oder kein vollständiges Beweisverfahren durchgeführt hat bzw. noch verschiedene (zusätzliche) Beweismittel abzunehmen sind. Vorliegend hat die Vorinstanz deshalb keine Sachverhaltserhebungen vorgenommen, weil sie die Angelegenheit mit einer rein rechtlichen Begründung entschied. Diese Begründung erwies sich zwar als richtig, aber unvollständig. Für die Frage, ob allenfalls ein Anspruch auf Wiederherstellung aus Art. 737 Abs. 3 ZGB besteht, ist eine vollständige Sachverhaltserhebung unerlässlich. Es ist jedoch grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle des erstinstanzlichen Gerichts zu erstellen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N35; BGE 138 III 374 E. 4.3.2 a.E.). Neben dem Recht der Parteien auf Wahrung des Instanzenzugs in den prozessentscheidenden Fragen sowie auf ein korrektes Verfahren ist bei einer Rückweisung auch die Prozessökonomie zu berücksichtigen (Seiler, a.a.O., N1520). Die Berufungsinstanz hat eine Rückweisung nur dann anzuordnen, wenn dies nach Abwägung aller Interessen als geboten erscheint (Seiler, a.a.O., N1521). Da ein entsprechender Eventualantrag auf Rückweisung seitens des Klägers vorliegt und eine Sachverhaltserhebung, wohl mit Augenschein vor Ort, zur Klärung eines allfälligen Anspruchs gestützt auf Art. 737 ZGB unerlässlich ist, ist es gerechtfertigt, die Sache zur Feststellung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Kläger brachte im vorinstanzlichen Verfahren in genügender Weise vor, dass die Mängel hinsichtlich der Heizung und der Isolation ins Obergeschoss/Türe zum Obergeschoss durch den Beklagten verursacht wurden. Hierzu offerierte er einen Augenschein, ein Gutachten sowie zur Heizung die Parteibefragung der Beklagten. Die Ausführungen des Klägers sind weitgehend bestritten und auch die eingereichten Unterlagen tragen nur begrenzt zur Klärung des Sachverhalts bei. Die Vorinstanz hat daher insbesondere den Sachverhalt darüber festzustellen und rechtlich zu würdigen, ob der Beklagte eine funktionierende Heizung (war der Kachelofen im Parterre vor seiner Entfernung noch funktionstüchtig? Wäre die Gasheizung funktionstüchtig und

von den Behörden bewilligt gewesen?) und eine allfällige bestandene «Wärmedämmung» zum Obergeschoss entfernt hat bzw. ob der Sachverhalt aus den eingereichten Akten und den offerierten Beweisen überhaupt festgestellt werden kann und wer allenfalls die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätte. Zu berücksichtigen bleibt dabei der Aktenschluss, der grundsätzlich nach den jeweils ersten Parteivorträgen an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung eingetreten ist.

4. Obligationenrecht

35

Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG (SR 221.213.2). Der Konkubinatspartner der Tochter des Verpächters kommt nicht als Selbstbewirtschafter in Frage, selbst wenn er seit jeher in der Landwirtschaft tätig ist, eine landwirtschaftliche Ausbildung absolviert hat und über eigene Tiere verfügt. Durch seine Mitarbeit auf dem Pachtgrundstück vermag er aber möglicherweise fehlendes Grundwissen und fehlende Fähigkeiten zur Selbstbewirtschaftung bei der Tochter oder der Familie des Verpächters zu kompensieren, womit deren oder dessen Eignung zur Selbstbewirtschaftung allenfalls zu bejahen ist.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 14. Dezember 2016

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

4. Der beklagte Verpächter machte vor der Vorinstanz in erster Linie geltend, die Fortsetzung der Pacht sei aufgrund einer beabsichtigten Selbstbewirtschaftung durch seine Tochter, deren Freund bzw. durch seine gesamte Familie unzumutbar. Die Vorinstanz führte dazu aus, dass, damit von einer ernst gemeinten und praktisch möglichen Selbstbewirtschaftung ausgegangen werden könne, der Verpächter darzulegen habe, wie diese konkret geplant sei. Diesen Nachweis habe der Beklagte nicht erbracht, da es an Darlegungen dessen fehle, wer was in Zukunft machen, wer wieviel Zeit investieren und wer die Verantwortung tragen wolle. Ein ernsthafter und konkreter Selbstbewirtschaftungswille sei damit nicht dargetan. Zudem verfüge nur der Freund der Tochter aufgrund der absolvierten Ausbildung über das notwendige Grundwissen, um die anfallenden Arbeiten zu einem wesentlichen Teil zu verrichten. Hingegen seien weder die Tochter noch der Beklagte und seine Ehefrau in der Lage, den Betrieb hauptverantwortlich selber zu bewirtschaften, weshalb davon auszugehen

sei, dass der Freund der Tochter den Betrieb zur Hauptsache bewirtschaften würde und die Verantwortung übernehme. Folglich könne nicht davon gesprochen werden, dass das Land grösstenteils durch ein Familienmitglied selbstbewirtschaftet werden würde, womit kein Fall von Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG vorliege, der die Fortsetzung der Pacht unzumutbar machen würde.

Der Beklagte wendet dagegen zusammengefasst ein, die Vorinstanz lege den Begriff der Selbstbewirtschaftung nach Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG unrichtig aus und kreierte Voraussetzungen, für die keine gesetzliche Grundlage bestehe. Die Voraussetzungen der Selbstbewirtschaftung seien erfüllt. Massgeblich sei nur, ob der wirkliche Wille der Verpächterfamilie bestehe, die Grundstücke selber zu bewirtschaften. Diesen unbedingten Willen habe die Familie. Dass die Verpächterfamilie selber imstande sei, die Bewirtschaftung fachgerecht vorzunehmen, und damit die gesetzlichen Anforderungen erfülle, sei ebenfalls dargetan. Der Lebenspartner seiner Tochter A. sei seit jeher in der Landwirtschaft tätig, habe alle erforderlichen Ausbildungen aktenkundig gemacht und verfüge über eigene Tiere. Zudem habe die Vorinstanz den Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung betreffend Diskriminierung von nicht verheirateten Paaren ohne gesetzliche Grundlage gemäss Art. 8 Abs. 2 BV sowie die entsprechende Bestimmung der EMRK verletzt, indem sie die Aufzählung von Verwandtschaftsverhältnissen in Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG als abschliessend betrachte. Ein sachlicher Grund, unverheiratete Paare zu diskriminieren, lasse sich dem Gesetz nicht entnehmen. In der unrichtigen Auslegung dieser Bestimmung liege sodann eine Verletzung der Eigentumsgarantie sowie der Wirtschaftsfreiheit.

Der Kläger (Pächter) seinerseits bestreitet, dass die Voraussetzungen der Selbstbewirtschaftung erfüllt seien. Er macht im Wesentlichen geltend, als Kündigungsgrund werde im Schreiben vom 23. September 2014 ausschliesslich die Selbstbewirtschaftung durch die Tochter genannt, worauf der Beklagte zu behaften sei. Der Nachweis, dass eine der Nachkommen des Beklagten persönlich die Voraussetzungen der Selbstbewirtschaftung erfülle, sei vom Beklagten nie erbracht worden. Ob die Familie die Erfordernisse für die Selbstbewirtschaftung erfülle, sei bei der Beurteilung irrelevant. Zudem habe sich der Beklagte geweigert, ein Bewirtschaftungskonzept vorzulegen und konkrete Angaben über die Bewirtschaftung (künftige Pläne, Zeitbedarf, Hauptverantwortung etc.) zu machen, obwohl ihn die Beweispflicht für den Nachweis eines ernsthaften und konkreten Selbstbewirtschaftungswillens treffe.

a/aa) Nach Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG ist die Fortsetzung der Pacht unzumutbar oder nicht gerechtfertigt, wenn der Verpächter, sein Ehegatte, seine eingetragene Partnerin oder sein eingetragener Partner, ein naher Verwandter oder Verschwägerter den Pachtgegenstand selber bewirtschaften will. Während die Aufzählung der Unzumutbarkeitsgründe in Art. 27 Abs. 2 LPG insgesamt nicht abschliessend ist, liegt in Bezug auf das «Regelbeispiel» der Unzumutbarkeit wegen Selbstbewirtschaftung eine abschliessende Regelung vor, wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte (vi-Entscheid, S. 9). So ist der Kreis derjenigen, die als Selbstbewirtschafteter im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG in Frage kommen,

beschränkt auf den Verpächter selbst sowie nahe Familienangehörige (Müller, Die privatrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht, in: ZBJV 1987/123, S. 25), d.h. auf Personen, zu denen der Verpächter eine nahe familienrechtliche Bindung hat. Das sind namentlich die nahen Verwandten (in gerader Linie die Nachkommen und die Vorfahren und in der Seitenlinie die Geschwister sowie Onkel/Tanten und Neffen/Nichten) sowie die Ehegatten und eingetragenen Partner der nahen Verwandten (vgl. Studer/Hofer, a.a.O., N582f.). Bloss tatsächliche Bindungen wie ein Konkubinat geniessen hingegen keinen gesetzlichen Schutz. Dies ergibt sich auch daraus, dass seit der Einführung des Partnerschaftsgesetzes (PartG; SR211.231) Personen «in eingetragener Partnerschaft» von Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG miterfasst werden. Auf eine Gleichstellung von Konkubinatspartnern wurde bei der Einführung des Partnerschaftsgesetzes hingegen bewusst verzichtet (vgl. Botschaft zum PartG, BBl 2003 1310, Ziff. 1.6.3). Entsprechend ist die Nichterwähnung von Konkubinatspartnern in Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu werten.

bb) Das Gesetz kennt sodann keine Legaldefinition des Selbstbewirtschafters im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG. Der Begriff der Selbstbewirtschaftung ist nach der Rechtsprechung im Landwirtschaftsrecht jedoch einheitlich auszulegen (vgl. BGE 115 II 181 E. 2a). Im Zusammenhang mit dem mittlerweile aufgehobenen Art. 621 Abs. 2 ZGB hat das Bundesgericht dabei erwogen, Selbstbewirtschaftung liege nicht schon dann vor, wenn der Bewerber das Gewerbe selber leiten wolle und könne, vielmehr sei darüber hinaus erforderlich, dass er sich darin in wesentlichem Umfang persönlich betätige (BGE 107 II 30 E. 2). Im Zusammenhang mit Art. 15 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG hielt das Bundesgericht ebenfalls fest, Selbstbewirtschafters im Sinne dieser Bestimmungen seien nur Bauern, die sich mit ihren Angehörigen in wesentlichem Umfang selbst auf dem Grundstück betätigten (BGE 115 II 181 E. 2a mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung wurde grundsätzlich in Art. 9 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR211.412.11), an welchem sich das landwirtschaftliche Pachtrecht hinsichtlich des Begriffs der Selbstbewirtschaftung orientiert, verankert (vgl. Studer/Hofer, a.a.O., N584; Richli, Landwirtschaftliches Gewerbe und Selbstbewirtschaftung – zwei zentrale Begriffe des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht, in: AJP 1993 S. 1067; Müller, a.a.O., S. 25). So ist nach Art. 9 Abs. 1 BGBB Selbstbewirtschafters, wer den landwirtschaftlichen Boden selber bearbeitet und, wenn es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe handelt, dieses zudem persönlich leitet. Für die Selbstbewirtschaftung geeignet ist nach Art. 9 Abs. 2 BGBB, wer die nach landesüblicher Vorstellung notwendigen Fähigkeiten besitzt, um den landwirtschaftlichen Boden selber zu bearbeiten und ein landwirtschaftliches Gewerbe persönlich zu leiten.

Dementsprechend erfüllt die Voraussetzung als Selbstbewirtschafters im Landwirtschaftsrecht (und damit im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG), wer das landwirtschaftliche Gewerbe persönlich leitet, die im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Bodens anfallenden Arbeiten zu einem wesentlichen Teil

selber verrichtet und zudem die hierfür notwendige Eignung besitzt. Den Boden selber bearbeiten bedeutet dabei, die im Betrieb anfallenden Arbeiten auf dem Feld, im Stall, auf dem Hof (inkl. Administrativarbeiten) und im Zusammenhang mit der Vermarktung der Produkte zu einem wesentlichen Teil selber zu verrichten, wobei als Selbstbewirtschafter auch gelten kann, wer die landwirtschaftliche Tätigkeit lediglich als Freizeitbeschäftigung ausübt (BGE 138 III 548 E. 7.2.1). Die Eignung zur Selbstbewirtschaftung ist sodann in der Regel nur gegeben, wenn die betreffende Person eine landwirtschaftliche Schule besucht hat. Ein entsprechender Mangel kann indes kompensiert werden, wenn der Ehegatte, ein Geschwister, ein Elternteil oder eine nicht verwandte Person das landwirtschaftliche Gewerbe mitbewirtschaftet und über die entsprechende Eignung verfügt (vgl. Botschaft zum BGG, BBl 1988 III 988, Ziff. 221.3 zu Art. 10 E-BGG; Richli, a.a.O., S. 1068).

cc) Der Selbstbewirtschafter muss jedoch nicht nur nachweisen, dass er die Voraussetzungen als Selbstbewirtschafter erfüllt, die Selbstbewirtschaftung also praktisch möglich ist, sondern auch, dass die Selbstbewirtschaftung ernstlich gewollt ist. Dieser Nachweis ist erbracht, wenn genügend Grund zur Annahme besteht, dass der angebliche Selbstbewirtschafter das Gewerbe tatsächlich langfristig selbst bewirtschaften will. Da sich dieser Wille auf eine zukünftige Tätigkeit erstreckt und es sich somit um einen inneren Vorgang handelt, kann der Beweis naturgemäss lediglich über den Nachweis von äusseren Tatsachen erfolgen, welche auf diesen Willen schliessen lassen. Kriterien hierzu bilden einerseits die im Hinblick auf die Selbstbewirtschaftung bereits getroffenen Anstalten, andererseits, welche Situation der Verpächter zugunsten der Selbstbewirtschaftung aufgeben muss (Studer/Hofer, a.a.O., N584 und 586). Als Nachweis geeignet ist insbesondere die Vorlage eines Betriebs- oder Bewirtschaftungskonzepts (vgl. dazu die Kasuistik zu Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG bei Studer/Hofer, a.a.O., N587). An den Nachweis des Selbstbewirtschaftungswillens werden indes nicht so hohe Anforderungen gestellt wie an den Nachweis des Eigenbedarfs im Hinblick auf Wohnungen. Dies ergibt sich daraus, dass der Eigenbedarf nach Art. 272 Abs. 2 lit. d OR dringlich sein muss, während für die Unzumutbarkeit der Pächterstreckung bereits die Absicht der Selbstbewirtschaftung genügt (Studer/Hofer, a.a.O., N586). Dementsprechend ist der Nachweis erbracht, wenn die Selbstbewirtschaftung unter Einbezug aller Gegebenheiten glaubhaft und realistisch erscheint (vgl. Hofer, in: Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, Art. 9 N45).

b/aa) Da für die Selbstbewirtschaftung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG eine nahe familienrechtliche Bindung zum Verpächter vorausgesetzt wird (vgl. vorne E. III.4.a/aa), kommen vorliegend neben dem Beklagten selber lediglich seine Ehefrau sowie seine Töchter als (potentielle) Selbstbewirtschafter in Frage. Auf den Lebenspartner der Tochter des Beklagten trifft dies hingegen nicht zu. Dass dieser nicht als Selbstbewirtschafter in Frage kommt, ergibt sich dabei schon daraus, dass selbst eine allfällige Konkubinatspartnerin des Verpächters nicht von Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG miterfasst wird, da auch ihr die nahe familienrechtliche Bindung

zum Verpächter abgeht. Entsprechend führt eine (allfällige) Bewirtschaftung durch den Lebenspartner der Tochter des Beklagten nicht zu einer Unzumutbarkeit der Pächterstreckung.

bb) Der Beklagte begründete die Kündigung zunächst mit einer Selbstbewirtschaftung durch seine Tochter A.. Sowohl vor der Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren machte bzw. macht er sodann geltend, das Pachtgrundstück in Zukunft durch seine (gesamte) Familie sowie durch den Lebenspartner seiner Tochter A. selbst bewirtschaften zu wollen. Ob der Beklagte dabei, wie vom Kläger geltend gemacht, auf seiner Kündigungsbegründung zu behaften ist und die Voraussetzungen zur Selbstbewirtschaftung, insbesondere die Eignung, von der Tochter A. allein erfüllt sein müssen, kann vorliegend aus den nachfolgenden Gründen offenbleiben:

Der Kläger bestreitet nicht explizit, dass der Lebenspartner der Tochter A. des Beklagten das Pachtgrundstück zumindest mitbewirtschaften soll. Der Beklagte führt sodann aus, dieser sei seit jeher in der Landwirtschaft tätig, habe eine landwirtschaftliche Ausbildung absolviert und verfüge über eigene Tiere, was vom Kläger im Grundsatz ebenfalls nicht bestritten wird. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, verfügt der Lebenspartner der Tochter A. des Beklagten damit über die notwendige Eignung zur Selbstbewirtschaftung. Zwar fällt er, wie dargestellt, als Selbstbewirtschafteter im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG ausser Betracht. Durch seine Mitarbeit auf dem Pachtgrundstück vermag er aber (allenfalls) fehlendes Grundwissen und fehlende Fähigkeiten zur Selbstbewirtschaftung bei der Tochter oder der Familie des Beklagten zu kompensieren. Die Eignung zur Selbstbewirtschaftung ist damit in jedem Fall vorhanden.

cc) In Bezug auf den Nachweis der Selbstbewirtschaftung gab der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren zunächst an, seine Familie sei willens, das Land selber zu bewirtschaften. Der Lebenspartner der Tochter A. des Beklagten habe bereits Tiere und schliesse zudem termingerecht die landwirtschaftliche Schule ab. Sodann führte er aus, seine Familie habe bereits eigene Tiere, würde zusätzlich Fruchtbäume pflanzen und, nach einer Testphase, den Beerenbereich einführen und erweitern. Wie sie die Entwicklung machen wollten, bleibe ihnen überlassen. Sicher sei, dass die Tochter A. und weitere Familienangehörige, auch er, der Beklagte, und seine Ehefrau, persönlich, aktiv an der eigenen Bewirtschaftung mitarbeiten würden. An Schranken führte der Vertreter des Beklagten sodann aus, die Familie wolle mit der Selbstbewirtschaftung ganz klar Geld verdienen, es sei kein blosses Hobby. Ein Bewirtschaftungskonzept müsse erst entwickelt werden.

Im Berufungsverfahren gibt der Beklagte an, er und seine Ehefrau würden auf dem Hof leben und die Ehefrau sei nicht erwerbstätig. Er arbeite bei einem Ein-Mann-Bauunternehmer. Er könne es sich also einrichten, mehr oder weniger extern tätig zu sein. Er habe drei Töchter, die alle eine Berufslehre abgeschlossen hätten. Der Lebenspartner der einen Tochter sei seit jeher in der Landwirtschaft tätig, habe alle erforderlichen Ausbildungen aktenkundig gemacht und verfüge über eigene Tiere. Das Gesetz schreibe nicht vor, dass eine Person allein den Nebenbetrieb leiten

müsse, und es schreibe für das Bewirtschaften durch die Eigentümerfamilie auch keine Führungsstruktur vor. Seine Familie habe den unbedingten Willen, das eigene Land selber zu bewirtschaften.

dd) Zwar kann vom Beklagten nicht verlangt werden, dass er ein ausgearbeitetes Betriebs- oder Bewirtschaftungskonzept vorlegt, zumal es sich bei der geplanten Selbstbewirtschaftung lediglich um einen Nebenbetrieb handeln soll. Da der Verpächter aber die Beweislast für den Nachweis der Selbstbewirtschaftung trägt und insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Beklagte offenbar beabsichtigt, mit dem Nebenbetrieb Geld zu verdienen, kann ohne weiteres verlangt werden, dass er zumindest in Grundzügen die Art und Weise der geplanten Selbstbewirtschaftung sowie insbesondere die geplante Aufgabenteilung darlegt. Vorliegend wiederholt der Beklagte indes lediglich stets, dass die Familie den Willen zur Selbstbewirtschaftung habe. Aus seinen Ausführungen ist jedoch weder ersichtlich, welche Familienmitglieder konkret in die Bewirtschaftung miteinbezogen werden sollen, noch, in welchem Umfang sie sich daran zu beteiligen gedenken, ob sie allenfalls eine anderweitige Tätigkeit dafür einschränken müssen und wie sie damit Geld verdienen wollen. Auch in Bezug auf seine Tochter gibt der Beklagte lediglich an, dass diese – wie die anderen Töchter auch – erfolgreich eine Berufslehre abgeschlossen habe, ohne jedoch weitere Ausführungen über ihre berufliche Zukunft und eine geplante Mitarbeit bei der Bewirtschaftung des Pachtgrundstücks zu machen. Stattdessen verweist er immer wieder auf den Lebenspartner seiner Tochter. Konkrete Hinweise darauf, dass die im Nebenbetrieb anfallenden Arbeiten zu einem wesentlichen Teil durch die Tochter oder ein anderes Familienmitglied verrichtet werden sollen, fehlen damit. Die bloße Stellung als Eigentümer reicht dazu nicht aus. Entsprechend erscheint eine Selbstbewirtschaftung durch den Beklagten oder dessen Familie nicht glaubhaft und realistisch, womit es der Beklagte, wie die Vorinstanz bereits feststellte, versäumt hat, einen ernsthaften und konkreten Selbstbewirtschaftungswillen darzutun.

ee) Vielmehr entsteht aus den Ausführungen des Beklagten der Eindruck, zur Hauptsache werde der Lebenspartner seiner Tochter A. das Pachtgrundstück bewirtschaften. So führte der Beklagte vor Vorinstanz aus, es sei doch völlig plausibel, dass niemand sein eigenes Land Dritten überlassen wolle, wenn eigene Kinder da seien, die inzwischen erwachsen seien, und vor allem dann nicht, wenn ein Lebenspartner in die Eigentümerfamilie komme, der extra alle landwirtschaftlichen Kurse besucht habe, der eigene Tiere habe, der im Prinzip, wenn die weiteren Voraussetzungen für Direktzahlungen vorlägen, sogar die Subventionsvoraussetzungen erfülle. Bei einer Bewirtschaftung durch den Lebenspartner der Tochter A. würde es indes nicht nur (weiterhin) am Nachweis eines ernsthaften Selbstbewirtschaftungswillens fehlen, sondern es würde, wie dargestellt, gar kein Fall von Selbstbewirtschaftung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. c LPG vorliegen.

cc) Zusammenfassend hat der Verpächter den Nachweis der Selbstbewirtschaftung nicht erbracht. Entsprechend liegt aus diesem Grund auch keine Unzumutbarkeit für die Pächterstreckung vor. Der Entscheid der Vorinstanz, die zum gleichen Ergebnis

kam, ist diesbezüglich somit nicht zu beanstanden. Insbesondere hat die Vorinstanz den Begriff der Selbstbewirtschaftung nicht falsch ausgelegt.

Im Übrigen ist nicht ersichtlich und wird vom Beklagten auch nicht rechtsgenügend dargelegt, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid das Diskriminierungsverbot, die Eigentumsgarantie sowie die Wirtschaftsfreiheit verletzt haben soll. Die diesbezüglichen Einwendungen des Beklagten sind deshalb nicht zu hören.

[...]

36

Art. 9 VVG (SR 221.229.1). Rückwärtsversicherungsverbot. Das in der kollektiven Krankentaggeldversicherung versicherte Ereignis ist die Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmenden. Litt eine versicherte Person bei Beginn des Arbeitsverhältnisses und damit bei Eintritt in die Versicherung bereits an einer Krankheit, war deswegen aber (noch) nicht arbeitsunfähig, so gelangt das (zwingende) Rückwärtsversicherungsverbot gemäss Art. 9 VVG bei späterer durch diese Krankheit ausgelöster Arbeitsunfähigkeit nicht zur Anwendung.

Versicherungsgericht, 16. Februar 2016

III. Rechtspflege

1. Verwaltungsrechtspflege

37

Art. 25 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Bei teilweiser Nicht-Eröffnung einer Verfügung kann der Mangel durch nachträgliche Eröffnung geheilt werden.

Art. 321 Abs. 2 ZPO (SR 272). Massgebend für die Bestimmung der Beschwerdefrist gegen eine Verfügung aus Verwaltungsverfahren beim Kantonsgericht als Rechtsmittelinstanz ist bei Summarverfahren die 10-tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO.

Art. 314a^{bis} Abs. 2 i.V.m. Art. 306 ZGB (SR 210). In einem Namensänderungsverfahren ist bei einem Interessenkonflikt ein Vertretungsbeistand für das urteilsunfähige Kind zu bestellen. Dieser hat sicherzustellen, dass die Namensänderung im Interesse des Kindes liegt. Er kann am Gesuch festhalten, darauf aber auch ganz oder vorläufig verzichten.

Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 VRP (sGS 951.1) i.V.m. Art. 183 ZPO (SR 272). Ein «Abklärungsbericht» der Vertretungsbeiständin ist kein Gutachten im Sinne von Art. 183 ZPO. Ein solcher «Abklärungsbericht» kann jedoch ein Beweismittel «auf andere geeignete Weise» darstellen und ausnahmsweise zur Sachverhaltsermittlung genügen.

Art. 30 Abs. 1 ZGB (SR 210). Die Übereinstimmung des Namens des Kindes mit demjenigen seiner sorgeberechtigten Mutter und die damit beabsichtigte Namensidentität in seinem Alltag sind achtenswerte Gründe, die eine Namensänderung rechtfertigen.

*Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht,
7. Dezember 2016*

A. A. (Mutter) und B.B. (Vater) sind die Eltern von C.B. (geb. 2010). Die Eltern haben sich nach der Geburt von C.B. scheiden lassen. C.B. lebt bei seiner Mutter, die die alleinige Sorge inne hat. Den Vater, der kurz nach der Geburt von C.B. eine langjährige Freiheitsstrafe antrat und danach direkt ausgeschafft wurde, kennt er nicht. Die Mutter beantragt nun die Änderung des Nachnamens von C.B. in C. A., womit der Vater nicht einverstanden ist.

Aus den Erwägungen:

II.

1.a) Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist die Verfügung des Departements des Innern, Amt für Bürgerrecht und Zivilstand, vom 9. Mai 2016.

b) Gemäss Art. 25 Abs. 1 VRP ist eine Verfügung den Betroffenen zu eröffnen. Hat der Betroffene einen Vertreter bestellt oder kommt ihm von Amtes wegen ein solcher zu, so kann die Eröffnung rechtsgültig nur an diesen erfolgen (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 895; Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, St. Gallen 1994, S. 35 f.). Wenn eine Verfügung nicht oder nicht allen Parteien (korrekt) eröffnet wurde, kann der Mangel durch nachträgliche Eröffnung in aller Regel geheilt werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1124; BGer 2A. 293/2001 E. 1.b; Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 21. Oktober 2014, E. 3.1). Für bei der Eröffnung nicht berücksichtigte Personen beginnen einzelne Rechtsfolgen wie beispielsweise die Rechtsmittelfrist noch nicht zu laufen (Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, St. Gallen 1994, S. 171; Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, S. 441). Bei teilweiser Nicht-Eröffnung entfaltet die Verfügung spätestens ab nachträglicher Eröffnung für die empfangsberechtigte Person ihre Wirkungen, insbesondere wird dadurch ihre Rechtsmittelfrist ausgelöst (BGer 2A.35/2000 E. 3.b/aa).

Es ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass die Verfügung vom 9. Mai 2016 des Amtes für Bürgerrecht und Zivilstand zwar dem Beschwerdeführer und A. A., Mutter von C.B., nicht aber der ausdrücklich für das Namenänderungsverfahren bestellten Prozessbeiständin von C.B. eröffnet wurde. Nach entsprechender Aufforderung der Einzelrichterin am 31. August 2016 eröffnete das Amt für Bürgerrecht und Zivilstand die Verfügung vom 9. Mai 2016 am 2. September 2016 (Zustelldatum: 5. September 2016) nachträglich an die Prozessbeiständin, wodurch der Eröffnungsmangel geheilt wurde. Die Prozessbeiständin teilte mit Schreiben vom 6. September 2016 ihren Rechtsmittelverzicht mit.

2.a) Nach Art. 15 Abs. 2 EG-ZPO entscheidet die Einzelrichterin oder der Einzelrichter des Kantonsgerichts über Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes, soweit es das Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vorsieht. Art. 12 Abs. 2 EG-ZGB bestimmt, dass gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes Beschwerde an den Einzelrichter des Kantonsgerichtes erhoben werden kann. Damit ist die sachliche Zuständigkeit der Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht gegeben.

b) Für das vorliegende Rechtsmittelverfahren kommt die Schweizerische Zivilprozessordnung, die insofern kantonales Recht darstellt, sachgemäss zur Anwendung (vgl. GVP 2012 Nr. 56 E. 2; vgl. auch Art. 11 EG-KES für Fälle des Kindes- und Erwachsenenschutzes). Diese sieht für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie der vorliegenden das summarische Verfahren vor (Art. 248 lit. e ZPO; BSK ZGB I-Bühler, Art. 30 N 13). Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest

(Art. 255 lit. b ZPO). Die Beschwerdeinstanz als einzige gerichtliche Instanz hat jedoch den Sachverhalt entgegen Art. 320 ZPO frei zu prüfen (Art. 110 BGG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 3 und Art. 75 Abs. 2 BGG).

c) Die Beschwerdefrist beträgt 10 Tage für Entscheide, die «im summarischen Verfahren ergangen» sind (Art. 321 Abs. 2 ZPO); dies muss auch hier gelten, wo es sich vorinstanzlich um ein verwaltungsrechtliches Verfahren gehandelt hat (offen gelassen im Entscheid OGer ZH NT160001-O/U vom 29. Juni 2016 E. 2.2). Die Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Verfügung enthält jedoch eine Beschwerdefrist von 30 Tagen. Der Beschwerdeführer reichte seine Beschwerde innert dieser 30-tägigen Frist ein. Da einer rechtsunkundigen Prozesspartei, die sich auf eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung verlässt, kein Nachteil erwachsen darf (vgl. BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1), ist die innert der Frist von 30 Tagen eingereichte Beschwerde als rechtzeitig zu betrachten.

d) Der Vater als Elternteil, dessen Namen das Kind bisher getragen hat, ist durch die Namensänderung beschwert und zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (vgl. BGer 5A_334/2014 E. 1.2 und BSK ZGB I-Bühler, Art. 30 N 14). Die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen für das Beschwerdeverfahren sind somit grundsätzlich erfüllt (Art. 59f., Art. 321 ZPO). Zu klären bleibt allerdings die (Eintretens-) Frage, ob auch eine hinreichende Begründung und ein zulässiges Rechtsbegehren vorliegen.

[...]

III.

1.a) Beim Gesuch um Namensänderung handelt es sich um ein relativ höchstpersönliches Recht, das grundsätzlich durch das urteilsfähige Kind oder durch die Eltern im Namen des urteilsunfähigen Kindes gestellt werden kann (Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, N 17.21). Die Gesuchstellung erfolgt häufig durch die Person, die den Namen trägt, den das Kind annehmen soll. Damit liegt ein Interessenkonflikt vor. Es ist der Lehrmeinung zuzustimmen, wonach bei umstrittenen Fällen für das (noch nicht urteilsfähige) Kind ein Beistand zu ernennen ist (vgl. Geiser, Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: ZKE 2012, S. 353 ff., N 3.45; auch Diggelmann/Isler, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, in: SJZ 111 (2015) Nr. 6 S. 141 ff.; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O., N 17.21). Das Amt für Bürgerrecht und Zivilstand hat dem Kind denn auch richtigerweise eine Vertretungsbeiständin durch die KESB bestellen lassen. Aufgabe dieses Beistandes muss es sein, zu prüfen, ob die Namensänderung wirklich im Interesse des Kindes liegt oder nicht. Gegebenenfalls kann oder soll auch auf das Stellen eines Gesuchs (mindestens vorläufig) verzichtet werden (Geiser, ZKE 2012, S. 353 ff., N 3.45).

b) Das Amt für Bürgerrecht und Zivilstand beantragte bei der KESB, dem Kind C.B., welches Partei ist im Namenänderungsverfahren, eine Kindesvertretung in Anwendung von Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 306 ZGB zu bestellen. Gleichzeitig ersuchte es die KESB, einen «Abklärungsbericht» zu erstellen und führte

dazu die zu beantwortenden Fragen auf. Das Ersuchen äusserte sich nicht dazu, von wem der Abklärungsbericht zu erstellen sei. In allgemeiner Weise verwies es lediglich darauf, dass für den Beizug von Sachverständigen gemäss Art. 13 VRP die Schweizerische Zivilprozessordnung sachgemäss anwendbar sei. Die daraufhin von der KESB ernannte Vertretungsbeiständin wurde sodann von der KESB auch mit der Ausfertigung des Abklärungsberichts beauftragt. Das Amt für Bürgerrecht und Zivilstand erklärt auf Nachfrage der Einzelrichterin, der Abklärungsbericht von Y., der damaligen Vertretungsbeiständin des Kindes, sei im Wesentlichen als Bericht einer sachverständigen Person gewertet worden, enthalte jedoch Elemente einer Stellungnahme als Beiständin und Interessenvertreterin des Kindes.

c) Gemäss Art. 12 Abs. 1 VRP ermittelt die Behörde oder das von ihr beauftragte Verwaltungsorgan den Sachverhalt und erhebt die Beweise von Amtes wegen durch Befragen von Beteiligten, Auskunftspersonen und Zeugen, durch Beizug von Urkunden, Amtsberichten und Sachverständigen, durch Augenschein sowie auf andere geeignete Weise. Für den Beweis durch Parteiaussagen, Zeugen und Sachverständige erklärt Art. 13 VRP die Schweizerische Zivilprozessordnung für sachgemäss anwendbar. Für Sachverständigengutachten sind dies Art. 183 ff. ZPO, wonach im Wesentlichen die folgenden Grundregeln gelten: Ein Gutachten einer sachverständigen Person wird eingeholt, um aufgrund von deren Sachkunde Tatsachen festzustellen und aufgrund ihres Fachwissens und der daraus fliessenden Erfahrungssätze die Tatsachen zu beurteilen (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N9.105). Die so beigezogene sachverständige Person ist zur Wahrheit verpflichtet und vom Gericht auf die Strafbarkeit eines falschen Gutachtens nach Artikel 307 StGB und der Verletzung des Amtsgeheimnisses nach Artikel 320 StGB sowie auf die Folgen von Säumnis und mangelhafter Auftragserteilung hinzuweisen (Art. 184 Abs. 1 und 2 ZPO). Es gelten die gleichen Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen (Art. 183 Abs. 2 ZPO). Das Gericht instruiert die sachverständige Person und stellt ihr die abzuklärenden Fragen schriftlich oder mündlich in der Verhandlung. Es gibt den Parteien Gelegenheit, sich zur Fragestellung zu äussern und Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen, stellt der sachverständigen Person die notwendigen Akten zur Verfügung und bestimmt eine Frist für die Erstattung des Gutachtens (Art. 185 Abs. 1 bis 3 ZPO). Eigene Abklärungen kann die sachverständige Person gemäss Art. 186 Abs. 1 ZPO nur mit Zustimmung des Gerichts vornehmen, wobei diese offenzulegen sind.

Die Vorinstanz hat in ihrer Auftragserteilung an die KESB zwar in allgemeiner Art auf die Regelung zum Gutachten nach Art. 183 ff. ZPO verwiesen, selber in der Auftragsvergabe aber offen gelassen, ob sie zur Beantwortung ihrer Fragen im Zusammenhang mit dem Namensänderungsgesuch ein Gutachten im Sinn von Art. 183 ff. ZPO erwarte, welchen fachlichen Hintergrund die sachverständige Person mitbringen sollte und bei wem zur Beantwortung der Fragen zusätzliche Auskünfte eingeholt werden sollten. Der vorliegende Abklärungsbericht erfüllt jedenfalls die Anforderungen an ein durch eine sachverständige Person zu erstellendes Gutachten

nach Art. 183 ff. ZPO aus verschiedenen Gründen nicht. Ein Gutachten ist immer von einer unabhängigen sachverständigen Person zu erstellen, für die – wie gesagt – die gleichen Ausstandsgründe gelten wie für eine Gerichtsperson (vgl. Art. 183 Abs. 2 ZPO). Der Abklärungsbericht wurde von Y. erstellt, die zum Zeitpunkt der Erstellung auch als Vertretungsbeiständin für C.B. ernannt war und damit eine Doppelfunktion innehatte. Es fehlt auch an einer Ermahnung der mit dem Abklärungsbericht beauftragten Person gemäss Art. 184 Abs. 2 ZPO. Es wurden Abklärungen bei der Mutter von C.B. und deren Lebenspartner vorgenommen, während der Beschwerdeführer zu den gestellten Fragen nicht angehört wurde.

Der Abklärungsbericht würde somit zweifellos den (formellen) Anforderungen an ein Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 13 VRP i.V.m. Art. 183 ZPO ff. nicht genügen. Selbst die Vorinstanz hat in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde auf einen Rollenkonflikt der Vertretungsbeiständin des Kindes, das gesuchstellende Partei ist, und der Person, die als sachverständige Person einen Abklärungsbericht erstellen soll, hingewiesen. Es ist daher zu prüfen, ob die Vorinstanz vorliegend den Abklärungsbericht ohne Rechtsverletzung trotzdem als Grundlage ihres Entscheids verwenden durfte und ob sie im vorliegenden Fall insgesamt auf genügender Grundlage entschieden hat oder ob die Sache zu weiteren Abklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

d/aa) Art. 12 Abs. 1 VRP sieht nebst den ausdrücklich genannten Beweismitteln auch die Beweisermittlung «auf andere geeignete Weise» vor. Dieser Zusatz bringt zum Ausdruck, dass die Zahl der zulässigen Beweismittel im vor Vorinstanz massgeblichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich nicht beschränkt ist; es gilt, anders als normalerweise im Zivilprozess, das System des Freibeweises (vgl. auch Art. 168 Abs. 2 ZPO für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten). Es besteht ferner auch keine gesetzliche Wertung darüber, welchem Beweismittel von mehreren der Vorrang gegeben werden soll. Die Wahl der Beweismittel liegt grundsätzlich im Ermessen der Behörde. Wichtig ist dabei, dass das gewählte Beweismittel geeignet ist, grösstmögliche Sicherheit über die festzustellenden Tatsachen zu schaffen (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 960).

Wie gesagt geht aus der Auftragserteilung der Vorinstanz betreffend den Abklärungsbericht nicht klar hervor, von wem dieser zu erstellen gewesen wäre. Da die KESB mit gleichem Schreiben ersucht wurde, die Ernennung einer Kindsvertreterin zu prüfen und einen Abklärungsbericht zu erstellen, ging diese offensichtlich davon aus, dass der Abklärungsbericht von der Vertretungsbeiständin erstellt werden solle und erteilte dieser dementsprechend den Auftrag. Der entsprechende Beschluss der KESB ging der Vorinstanz zu, ohne dass sie gegen diese Doppelfunktion Einwände erhob. Die Lektüre des Abklärungsberichts ergibt denn auch, dass dieser im Sinne eines Abklärungsberichts verfasst wurde, wie er bei familienrechtlichen Verfahren häufig eingeholt wird. Im Einleitungsabschnitt des Abklärungsberichts führte die damalige Vertretungsbeiständin Y. denn auch aus, dass sie als Beiständin für C.B. im laufenden Namenänderungsverfahren eingesetzt worden sei mit dem Auftrag, einen

Abklärungsbericht mit den im Schreiben vom Amt für Bürgerrecht und Zivilstand aufgeworfenen Punkten zu verfassen. Der Abklärungsbericht stellt somit einen Bericht der Prozessbeiständin des gesuchstellenden Kindes dar, mit dem sie begründet, weshalb sie als zur Interessenvertreterin des Kindes ernannte Beiständin die Namensänderung begrüsst. Als solcher erhebt er nicht den Anspruch auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit wie ein Sachverständigengutachten. Folge davon ist, dass die (zwar schlecht nachvollziehbare) nicht erfolgte Anhörung des Vaters bei Erstellung des Berichts keine Gehörsverletzung im Namensänderungsverfahren darstellt, da die Vorinstanz selber dem Vater nicht nur das rechtliche Gehör zum Namensänderungsgesuch gewährt hat, sondern ihm auch den Abklärungsbericht vor dem Entscheid zugestellt hat, und es ihm noch möglich gewesen wäre, sich dazu zu äussern. Ebenso wurden dem Vater die Beschlüsse der KESB betreffend Vertretungsbeistandschaft jeweils mit Rechtsmittelbelehrung zugestellt. Eine Rückweisung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs muss daher nicht erfolgen.

bb) Der vorliegende Abklärungsbericht ist ein Bericht der Vertretungsbeiständin, die die Aufgabe hat, zu prüfen, ob ein Gesuch des urteilsunfähigen Kindes um Namensänderung im gegebenen Zeitpunkt überhaupt opportun ist und in einem Namensänderungsverfahren als Stimme des gesuchstellenden Kindes dessen eigene Interessen an der Namensänderung bzw. achtenswerte Gründe nach Art. 30 Abs. 1 ZGB mit Blick auf das Kindeswohl darzutun. Als solcher kann der Bericht im Verfahren verwendet und gewertet werden und unter Umständen auch genügen; er hat jedoch nicht den Stellenwert eines Gutachtens einer unabhängigen sachverständigen Person. Die Aufgabe der Vertretungsbeiständin in (umstrittenen) Namensänderungsverfahren ist vergleichbar mit derjenigen, die das Bundesgericht für die Kindesvertretung in familienrechtlichen Verfahren umschrieben hat (vgl. BGE 142 III 153 E. 5.2.3.1), wobei allerdings zu beachten ist, dass im vorliegenden Verfahren betreffend Namensänderung das (noch) urteilsunfähige Kind Hauptpartei und Gesuchsteller ist und es beim Recht auf den Namen um ein relativ höchstpersönliches Recht des Kindes geht. Welche weiteren Erhebungen zum Sachverhalt nebst Abklärungen einer Vertretungsbeiständin noch erforderlich sind, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.

Hier hat die Vorinstanz mit dem Abklärungsbericht offenbar das erhalten, was sie erwartet hat und weitere Abklärungen vor dem unbestrittenen Hintergrund für nicht erforderlich gehalten. Wie die folgende Erwägung zeigt, erscheint es aufgrund der Aktenlage und der gesamten bekannten und unumstrittenen Umstände im vorliegenden Fall nicht erforderlich, weitere Abklärungen vorzunehmen; insbesondere ist die Einholung eines Gutachtens einer Drittperson mit bestimmter Fachkunde, welches die Anforderungen von Art. 183 ff. ZPO erfüllt, nicht zwingend notwendig, weshalb auf eine Rückweisung an die Vorinstanz verzichtet werden kann.

2.a) Der bürgerliche Name einer Person ist grundsätzlich unveränderlich (BGE 131 III 161 E. 3.1). Die Regierung des Wohnsitzkantons kann jedoch einer Person die Änderung des Namens bewilligen, wenn achtenswerte Gründe vorliegen (Art. 30 Abs. 1 ZGB). Ob im einzelnen Fall «achtenswerte Gründe» für eine Namensänderung

gegeben sind, ist eine Ermessensfrage, die von der zuständigen Behörde nach Recht und Billigkeit zu beantworten ist (Art.4 ZGB). Für die Annahme von achtenswerten Gründen ist – im Unterschied zu den nach früherer Fassung von Art.30 Abs.1 ZGB erforderlichen «wichtigen Gründen» – nicht (mehr) vorausgesetzt, dass der bisherige Name zu konkreten oder ernsthaften sozialen Nachteilen für das Kind führt. Bereits das nachgewiesene Bedürfnis einer Übereinstimmung des Namens des Kindes mit demjenigen des Inhabers der elterlichen Sorge kommt als achtenswerter Grund nach Art.30 ZGB in Frage. Dies ändert nichts daran, dass eine sorgfältige Abklärung der Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist, da die Namensänderung eine weitere Trennung vom anderen Elternteil bewirken und das Kindesinteresse beeinträchtigen kann (BGE 140 III 577 E.3.2-3.4).

b) Die Vorinstanz bewilligte die Änderung des Familiennamens von C.B. in C.A. vor dem unbestrittenen Hintergrund der Lebenssituation von C.B. unter Bezugnahme auf die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den erforderlichen achtenswerten Beweggründen. Beim Familiennamen A. handle es sich um den Ledignamen der Mutter, den diese nach der Scheidung (2013) wieder angenommen habe. Die Vorinstanz bezieht sich in ihrem Entscheid unter Abstützung auf die unbestrittenen und im Abklärungsbericht der Vertretungsbeiständin zusammengetragenen Fakten im Wesentlichen auf die Wertung der Beiständin und macht sie implizit zu ihrer Eigenen. Die Argumentation des Vaters hebe nicht das Kindeswohl hervor, sondern beziehe sich auf seine persönlichen Argumente.

Aus dem Abklärungsbericht vom 14. März 2016 – zum Teil bestätigt durch weitere Unterlagen – ergibt sich, dass der Vater zum damaligen Zeitpunkt seit bald 5 Jahren im Gefängnis war und kein Kontakt zu C. bestehe. Als einzige Ausnahme habe der Vater C. vor 2 Jahren ein Geburtstagsgeschenk mit Karte geschickt. Gestützt auf die Akten der Besuchsrechtsbeiständin bestehe kein Besuchsrecht und kein Kontakt zum Vater; dieser habe sich nach einem Telefonat vom Oktober 2015 nicht mehr gemeldet. Die Beziehung zwischen der Mutter und C. beurteilt die Vertretungsbeiständin als sehr eng und liebevoll; sie nimmt die Mutter als sehr engagiert wahr. Der Ehemann der Mutter sei schon früh auch zu einer wichtigen Bezugsperson für C. geworden. C. selber sei zur Frage der Namensänderung wegen seines Alters nicht befragt worden und wisse (noch) nicht, dass der Ehemann der Mutter nicht sein leiblicher Vater sei. Zusammengefasst befürwortet die Prozessbeiständin die Namensänderung mit Verweis auf die Alltagsrealität von C., dessen Bezugsperson ganz klar die Mutter sei. C. habe keinen direkten Bezug zum Namen B. Unter Berufung auf das Kindeswohl spricht sich die Beiständin daher für die Namensänderung aus, führt aber auch an, dass sie der Mutter erklärt habe, C. sei unabhängig von der Namensänderung baldmöglichst über seinen leiblichen Vater aufzuklären.

c) Der Beschwerdeführer erklärt sich mit der Namensänderung seines Sohnes nicht einverstanden. Seine Beschwerde begründet er damit, dass es ihm in Anbetracht aller schon entzogenen Rechte bezüglich seines Sohnes wichtig sei, wenn zumindest der Familienname bestehen und so eine spätere Verbindung zu ihm als leiblichem

Vater aufrechterhalten bliebe. Denn der Nachname zeige auch eine kulturelle Zugehörigkeit auf, die für seinen Sohn eines Tages von enormer Bedeutung sei. Der Name sei bestehen zu lassen, damit diese letzte für ihn wichtige ersichtliche kulturelle und familiäre Komponente nicht ausgelöscht werde. Schon in seiner Stellungnahme vor Vorinstanz hatte er betont, jedes Kind solle das Recht haben, die Wurzeln seiner Herkunft zu behalten und zu kennen. Er hat hingegen die aus den Akten und dem Abklärungsbericht hervorgehenden Fakten und auch den fehlenden Kontakt zu C. nie bestritten. Die neue Prozessbeiständin verweist in der Beschwerdeantwort auf den Bericht ihrer Vorgängerin Y., und hält fest, dass eine Namensänderung aus ihrer Sicht im Interesse des Kindes sei. Die Namensänderung in A. als Familienname der Mutter würde die Lebenssituation von C. besser widerspiegeln und erleichtern, gerade auch im Hinblick auf die bevorstehende Einschulung, wo der Nachname immer mehr im Vordergrund stehen werde. Die Prozessbeiständin führte aus, dass C. seit seiner Geburt immer bei seiner Mutter gelebt habe und sich der Beschwerdeführer nicht darum bemüht habe, eine Beziehung zu seinem Sohn aufzubauen. Den Bedenken des Beschwerdeführers könne sie nicht zustimmen; die Beziehung zum Vater und zu dessen kulturellem Hintergrund hänge nicht vom Namen ab. Die Mutter von C., A. A., liess sich im Beschwerdeverfahren nicht vernehmen.

d) Vorliegend wird die Namensänderung für ein mittlerweile sechsjähriges Kind verlangt, das seit seiner Geburt bei der Mutter lebt, und unter den gegebenen Umständen – der Vater wurde nach Verbüßung der mehrjährigen Freiheitsstrafe aus der Schweiz ausgewiesen – aller Voraussicht nach auch während seiner Schulzeit leben wird. Die Mutter hat die alleinige Sorge inne (vgl. Scheidungsvereinbarung Ziff. 1). Zum Vater, dessen Familiennamen es offiziell trägt, hat das Kind bisher keine persönliche Beziehung. Aus den Akten ergeben sich keine Gründe, die gegen die Bewilligung der beantragten Namensänderung sprechen würden. Auch der (frühe) Zeitpunkt der Namensänderung – C. ist diesbezüglich noch nicht urteilsfähig und muss seine Interessen durch eine Beiständin einbringen lassen – ist hier aufgrund der besonderen Umstände und der offensichtlich stabilen Beziehung zur sorgeberechtigten Mutter vertretbar und insofern für das Kind von Vorteil, als die Namensänderung nicht erst zu einem Zeitpunkt, in dem sein Nachname in seinem Umfeld schon eine wichtigere Rolle spielt, vorgenommen werden muss. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gründe sprechen mit Blick auf das Kindeswohl nicht gegen eine Namensänderung. Es ist zwar nachvollziehbar, dass der Vater den gemeinsamen Familiennamen als aktuell wohl einzige bestehende Verbindung zu seinem Kind nicht ohne weiteres verlieren möchte. Doch kann die Verbindung zum Vater – die sich dieser offenbar wünscht – und zu dessen kultureller Zugehörigkeit kaum durch den gemeinsamen Familiennamen, sondern viel mehr durch eine persönliche Beziehung hergestellt werden. Das Kindsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und C. bleibt auch bei der Namensänderung weiter bestehen, und es ist (mit oder ohne Namensänderung) nun Aufgabe der sorgeberechtigten Mutter, das Kind über seine Herkunft bzw. seinen leiblichen Vater aufzuklären. Mit der beantragten Namensänderung

soll die Übereinstimmung des Namens des Kindes mit demjenigen seiner sorgeberechtigten Mutter und damit die Namensidentität in seinem Alltag herbeigeführt werden. Da dieses Bedürfnis auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als «achtenswert» beurteilt wird, ein entsprechender Antrag der Prozessbeiständin von C. vorliegt und keine Anhaltspunkte vorhanden sind, wonach die Namensänderung dem Kindeswohl widersprechen könnte, ist die Namensänderung, das heisst die Änderung des Nachnamens von C.B. in C. A., zu genehmigen. Die Verfügung vom 9. Mai 2016 des Departements des Innern wird daher im Ergebnis bestätigt und die Beschwerde wird abgewiesen.

[IV.]

38

Art. 51 Abs. 1 VRP (sGS 951.1). Die während eines Rechtsmittelverfahrens gegen einen Schulausschluss nach nicht bestandener Zwischenprüfung erbrachten Studienleistungen sind nicht geeignet, die Ausschlussverfügung allein wegen der Dauer des Verfahrens nachträglich als unverhältnismässig oder gar willkürlich erscheinen zu lassen. Bestehende Rechtspositionen werden mit der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittelverfahrens gesichert, nicht aber verbessert.

Verwaltungsgericht, 26. Oktober 2016

Nachdem die Beschwerdeführerin die Nachprüfungen zur Zwischenprüfung nicht bestanden hatte, wurde sie am 19. August 2015 vom Studiengang Kindergarten und Primarschule an der Pädagogischen Hochschule St. Gallen (PHSG) ausgeschlossen. Die dagegen erhobenen Rechtsmittel wurden von der Rekurskommission der PHSG am 13. November 2015 und vom Hochschulrat der PHSG am 1. Juli 2016 abgewiesen. Die Beschwerdeführerin setzte das Studium an der PHSG während der Rechtsmittelverfahren und insbesondere auch während des Beschwerdeverfahrens vor Verwaltungsgericht fort. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

4. Aus der Dauer der beiden vorinstanzlichen Verfahren – die Rekurskommission entschied über den am 3. September 2015 erhobenen Rekurs am 13. November 2015, der Hochschulrat über das am 30. November 2015 gegen diesen Entscheid erhobene Rechtsmittel am 1. Juli 2016 – will die Beschwerdeführerin ableiten, der angefochtene Entscheid sei willkürlich und unverhältnismässig. Sie habe ihre Ausbildung nach Erhebung der (auch) gegen den verfügten Ausschluss aus dem Studium gerichteten Rekurse

aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Rechtsmittelverfahren weiter verfolgt und im Zeitpunkt des hochschulrätlichen Entscheids das 2. Studienjahr bereits absolviert gehabt. Aus der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege habe sie die berechtigte Hoffnung auf einen positiven Ausgang des Rechtsmittelverfahrens geschöpft. [...].

4.1. Der Rekurs hat grundsätzlich aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 51 Abs. 1 VRP). Das bedeutet, dass der angefochtene Entscheid während der Dauer des Verfahrens grundsätzlich noch keine Wirkungen entfalten kann (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 1096) bzw. die Rechtsfolgen einer Verfügung nicht einsetzen, bevor sie verbindlich feststehen. Aufgrund dieses sog. «Suspensiveffekts» hat die Beschwerdeführerin ihr Studium an der PHSG nach erfolgtem, aber angefochtenem Ausschluss fortgesetzt, was ihr unbenommen war und nicht zu beanstanden ist. Wird ein Rechtsmittel schliesslich abgewiesen, soll dem Rechtsmittelkläger durch die während des Rechtsmittelverfahrens geltende aufschiebende Wirkung indessen kein materiell-rechtlicher Vorteil entstehen (BGE 112 V 74 E. 2). Damit soll vermieden werden, dass sich die Rechtsmitteleinlegung trotz Unterliegens dadurch bezahlt macht, dass die Verfügung erst mit Rechtskraft wirksam wird (vgl. auch X. Baumberger, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 2006, Rz. 219 und 344f. mit Hinweisen). Die aufschiebende Wirkung sichert demnach bestehende Rechtspositionen, ohne sie zu verbessern; sie wirkt mithin bloss rechtserhaltend, nicht aber auch rechtsgestaltend (R. Kiener, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, Zürich/St. Gallen 2008, N3 zu Art. 55 VwVG). Dies bedeutet konkret, dass die seit dem Ausschluss erbrachten Studienleistungen nicht geeignet sind, die streitbetroffene Verfügung – wie gerügt – allein wegen der Dauer des Verfahrens im heutigen Zeitpunkt als unverhältnismässig oder gar willkürlich erscheinen zu lassen. Eine Anrechnung des zweiten Studienjahres oder gar die Rückerstattung der diesbezüglichen Studienmehrkosten lässt sich mit dem geschilderten Zweck der aufschiebenden Wirkung nicht vereinbaren, wobei die Frage offengelassen werden kann, ob dies überhaupt Verfahrensgegenstand ist und in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts fallen würde.

39

Art. 98ter VRP (sGS 951.1); Art. 105 Abs. 2 ZPO (SR 272). Die anwaltlich vertretene Beschwerdebeteiligte hat im Beschwerdeverfahren keinen Antrag auf Entschädigung ausseramtlicher Kosten gestellt. Sie kann einen solchen Antrag nicht durch Einreichung einer Kostennote nach der bundesgerichtlichen Rückweisung der Angelegenheit einzig zur Neureglung der Kosten im kantonalen Verfahren nachholen.

Verwaltungsgericht, 23. August 2016

Aus den Erwägungen:

1. Das Bundesgericht hat mit dem Urteil vom 16. Juni 2016 den Anträgen der Beschwerdebeteiligten entsprochen und die Befreiung des Beschwerdegegners vom Berufsgeheimnis durch die Vorinstanz vom 19. September 2013 bestätigt. Dieses Ergebnis entspricht einer Abweisung der Beschwerde im Verfahren B 2013/210 vor dem Verwaltungsgericht.

2. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens B 2013/210 dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Eine – unveränderte – Entscheidgebühr von CHF 2000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziffer 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Für den heutigen Entscheid sind keine Kosten zu erheben. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von CHF 1500 ist anzurechnen.

Die Beschwerdebeteiligte beantragte am 2. Mai 2014 die Abweisung der Beschwerde. Weder diese noch die weiteren Eingaben der Beschwerdebeteiligten vom 1. Juli 2014 und vom 25. August 2014 enthielten einen Antrag auf Entschädigung ausseramtlicher Kosten für das Verfahren vor Verwaltungsgericht. Bezüglich der Entschädigung ausseramtlicher Kosten gilt auch im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht die Dispositionsmaxime (vgl. Art. 98ter VRP in Verbindung mit Art. 105 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO; vgl. M. H. Sterchi, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, ZPO Band I, Bern 2012, Rz. 6 zu Art. 105 ZPO; vgl. auch Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 820, sowie R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 149f., und VerwGE B 2013/97 vom 23. Januar 2015 E. 3 Abs. 3, www.gerichte.sg.ch). Dementsprechend kann der Beschwerdebeteiligten mangels Antrags keine Entschädigung ausseramtlicher Kosten zugesprochen werden.

Einen solchen Antrag konnte der Vertreter der Beschwerdebeteiligten auch mit der am 4. August 2016 eingereichten Kostennote nicht nachholen. Das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren wurde mit dem Entscheid vom 23. Januar 2015 in der Sache abgeschlossen, zumal das Bundesgericht am 16. Juni 2016 selbst einen Sachentscheid gefällt hat und die Rückweisung einzig die Neuverlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens betrifft. Die Rückweisung führte deshalb nicht dazu, dass im verwaltungsgerichtlichen Verfahren neue Anträge gestellt werden konnten. Vielmehr bleibt es dabei, dass über jene Entschädigungsbegehren zu befinden ist, welche bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Beschwerdeverfahrens vor Verwaltungsgericht am 23. Januar 2015 vorlagen. Ein Entschädigungsbegehren lag damals aber nicht vor (vgl. dazu auch Sterchi, a.a.O., N 8 zu Art. 105 ZPO). Schliesslich führte die bundesgerichtliche Rückweisung zur Neuverlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens nicht zu einem zusätzlichen Aufwand für die Beschwerdebeteiligte. Aus der Kostennote vom 4. August 2016 lässt sich deshalb auch kein Entschädigungsanspruch für den vorliegenden Entscheid über die Neuverlegung der Kosten ableiten.

2. Zivilrechtspflege

40

Art. 8, Art. 18, Art. 56, Art. 132 Abs. 1, Art. 197, Art. 199 Abs. 1 und Art. 221 Abs. 2 lit. b ZPO (SR 272). Art. 221 Abs. 2 lit. b ZPO, wonach mit der Klage gegebenenfalls die Klagebewilligung oder die allfällige Erklärung, dass auf das Schlichtungsverfahren verzichtet werde, einzureichen ist, lässt für einen konkludenten Verzicht auf das Schlichtungsverfahren durch blosser Einlassung keinen Raum. Der klagenden Partei, die dieser Bestimmung nicht nachkommt, ist aber gestützt auf Art. 56, evtl. gestützt auf Art. 132 ZPO eine entsprechende Nachfrist anzusetzen. – Auch für die direkte Anrufung des oberen Gerichts genügt die blosser Einlassung durch die Gegenpartei nicht. Macht die klagende Partei ihre Klage ohne Nachweis der Zustimmung der Gegenpartei direkt beim oberen Gericht anhängig, ist ihr ebenfalls gestützt auf Art. 56, evtl. gestützt auf Art. 132 ZPO eine Nachfrist anzusetzen, um das Vorliegen dieser Prozessvoraussetzung noch darzutun.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 28. Oktober 2016

Aus den Erwägungen:

2.b) Über Zivilklagen wie auch über Verantwortlichkeitsklagen nach dem Verantwortlichkeitsgesetz entscheidet das Kantonsgericht in der Regel zweitinstanzlich, indem es als sogenannte Rechtsmittelinstanz über Berufungen und Beschwerden gegen Entscheide der erstinstanzlichen Kreisgerichte befindet. Davon ausgenommen sind ausschliesslich vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens Fr. 100 000.–, welche die klagende Partei nur, aber immerhin dann, wenn die beklagte Partei zustimmt, direkt beim Kantonsgericht anhängig machen kann, welches alsdann als einzige kantonale Instanz entscheidet (Art. 8 ZPO; Art. 13 lit. b EG-ZPO). Grundsätzlich ist auch in solchen Fällen vorab ein Schlichtungsverfahren durchzuführen; den Parteien steht allerdings frei, gemeinsam darauf zu verzichten (Art. 197, Art. 199 Abs. 1 ZPO; Rüetschi, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 8 N9).

[...]

3.b.aa) Gemäss Botschaft und einem Teil der Lehre soll zwar der gemeinsame Verzicht auf die Schlichtungsverhandlung nach Art. 199 Abs. 1 ZPO auch konkludent erfolgen können, indem sich die beklagte Partei der direkten Klageeinreichung nicht widersetzt (Botschaft ZPO, S. 7329; Möhler, OFK-ZPO, Art. 199 N4; KUKO ZPO-Gloor/Umbricht, Art. 199 N2; Frey, Stämpflis Handkommentar ZPO, Art. 199 N3; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 199 N1; Peter, Berner Kommentar, N3 zu Art. 199 ZPO; BSK ZPO-Infanger, Art. 199 N4; Egli, DIKE-Komm-ZPO, Art. 199 N8). Dem halten Honegger (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger,

ZPO Komm., Art. 199 N2 ZPO) und Leuenberger (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 220 N3) allerdings zu Recht entgegen, dass Art. 221 Abs. 2 lit. b ZPO – danach ist mit der Klage gegebenenfalls die Klagebewilligung oder die allfällige Erklärung, dass auf das Schlichtungsverfahren verzichtet werde, einzureichen – für einen konkludenten Verzicht auf das Schlichtungsverfahren durch Einlassung keinen Raum lässt. Immerhin ist der klagenden Partei, die es versäumt, mit ihrer Klage entweder die Klagebewilligung einzureichen oder den gemeinsamen Verzicht auf das Schlichtungsverfahren nachzuweisen, eine Nachfrist anzusetzen, innert der sie dies nachholen kann (vgl. Leuenberger, ZPO Komm., Art. 220 N3). Dabei ist diese Nachfrist jedenfalls dann, wenn in der Klageschrift – wie hier – nicht einmal behauptet wird, es liege eine Klagebewilligung respektive ein gemeinsamer Verzicht auf das Schlichtungsverfahren vor, nicht gestützt auf Art. 132 Abs. 1 ZPO anzusetzen (denn diese Bestimmung ist [nur] für Mängel mit einem minimalen Kontrollaufwand gedacht), sondern in Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO, da sie letztlich im Hinblick auf die von Amtes wegen zu prüfende (Art. 60 ZPO) Frage erfolgt, ob die Prozessvoraussetzungen – zu denen auch die Klagebewilligung gehört (s. etwa Botschaft ZPO, S. 7333, und Zingg, Berner Kommentar, N 161 zu Art. 59 ZPO) – erfüllt sind (vgl. insb. Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N94; a.M. Frei, Berner Kommentar, N 18 zu Art. 132 ZPO, und Leuenberger, ZPO Komm., Art. 220 N3).

bb) Ebenfalls uneinheitlich beantwortet wird in der Lehre die Frage, ob für die Zustimmung der Gegenpartei zur direkten Anrufung des oberen Gerichts die blosser Einlassung vor diesem genügt (verneinend: Berger, Berner Kommentar, N 9 zu Art. 8 ZPO; bejahend: Gordon, OFK-ZPO, Art. 8 N 1; KUKO ZPO-Haas/Schlumpf, Art. 8 N 6; Härtsch, Stämpflis Handkommentar ZPO, Art. 8 N 8ff.; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 8 N 1; BSK ZPO-Vock/Nater, Art. 8 N 1; Rüetschi, ZPO Komm., Art. 8 N 11; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 9 N 18; zwar grundsätzlich bejahend, aber mit Bedenken: Brunner, DIKE-Komm-ZPO, Art. 8 N 5). Klar dagegen spricht zunächst schon das in E. II.3.b/aa hiervor zu Art. 199 Abs. 1 ZPO Gesagte; denn es ist kein plausibler Grund dafür ersichtlich, dass die Zustimmung zur Direktklage – mit der immerhin auf den kantonalen Instanzenzug verzichtet wird – weniger strengen Anforderungen unterliegen soll als der Verzicht auf das Schlichtungsverfahren. Es kommt hinzu, dass die Einlassung nach Art. 18 ZPO – auf den die Lehre, soweit sie im vorstehenden Zusammenhang Einlassung genügen lässt, analog verweist – nach richtiger Ansicht bloss eine prozessrechtliche Disposition ohne rechtsgeschäftlichen Gehalt ist, die nicht nur bewusst, sondern auch unbewusst erfolgen kann sowie endgültig und unwiderruflich ist und weder wegen Irrtums noch anderer Mängel in der Willensbildung angefochten werden kann (BK-Berger, N 4 f. zu Art. 18 ZPO; Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 18 N 2; Sutter-Somm/Hedinger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 18 N 4 [s. aber immerhin auch N 15]). Nachdem nun aber Art. 8 ZPO unmissverständlich die Zustimmung der Gegenpartei zur Direktklage und damit eine

entsprechende (wenn auch allenfalls formlose) Willensäußerung verlangt, kann Art. 18 ZPO in diesem Zusammenhang von vornherein nicht analog anwendbar sein. Allerdings ist auch hier der klagenden Partei, die ihre Klage ohne Nachweis der Zustimmung der Gegenpartei direkt beim oberen Gericht anhängig macht, gestützt auf Art. 56 ZPO eine Nachfrist anzusetzen, um das Vorliegen dieser Prozessvoraussetzung noch darzutun (s. Art. 59 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 8 ZPO sowie sachgemäss E. II.3.b/aa a.E. hiervor).

cc) Daraus folgt, dass es nicht angeht, ohne jede Absprache mit der Gegenpartei und unter Umgehung des Schlichtungsverfahrens quasi aufs Geratewohl eine Direktklage beim oberen Gericht zu erheben in der vagen Hoffnung oder Spekulation, dass sich die beklagte Partei darauf einlassen könnte. Genau dies haben aber die Kläger hier offenkundig getan; anders lässt sich nicht erklären, dass sie (auch) innert der ihnen hierfür angesetzten Nachfrist weder die Klagebewilligung eingereicht noch den Nachweis dafür erbracht haben, dass die Beklagten auf das Schlichtungsverfahren verzichtet sowie mit der Direktklage beim Kantonsgericht einverstanden sind. Insoweit sind daher die Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt.

41

Art. 59 Abs. 1, Art. 197 und Art. 243ff. ZPO (SR 272); Art. 2 und Art. 4 EG-ZPO (sGS 961.2). Ist die Behauptung des Klägers, für die Beklagte als Arbeitnehmer tätig gewesen zu sein, nicht offensichtlich unzutreffend, hat bei gegebenem Streitwert der Einzelrichter im Sinne der Theorie der doppelrelevanten Tatsache im vereinfachten Verfahren auf die Klage einzutreten, auch wenn er im Rahmen der materiellen Beurteilung der eingeklagten Forderung zum Schluss kommt, es sei von einem Auftragsverhältnis auszugehen. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Schlichtung vor der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse und nicht vor dem Vermittlungsamt stattgefunden hat.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 18. Mai 2016

Zwischen den Parteien ist strittig, ob der Kläger als Arbeitnehmer oder als Beauftragter für die Beklagte tätig war. Der Einzelrichter des Kreisgerichtes qualifiziert das Vertragsverhältnis als Auftrag, tritt aber trotz des Umstands, dass die Schlichtung vor der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse und nicht vor dem Vermittlungsamt stattgefunden hat, auf die Klage ein und schützt sie teilweise. Er erhebt für die Vertragsqualifikation keine Gerichtskosten, auferlegt aber Gerichtskosten für die quantitative Beurteilung.

Aus den Erwägungen:

1. Im Berufungsverfahren sind zwei Fragen strittig, nämlich zum einen diejenige der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien und zum andern die Frage der Höhe des monatlichen Entschädigungsanspruchs des Klägers. Die Frage der Rechtsnatur beantwortete die Vorinstanz in dem Sinn, dass sie das Vertragsverhältnis als Auftrag qualifizierte. Sie hielt dabei ihre einzelrichterliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 EG-ZPO für «in jedem Fall gegeben», bezeichnete die von der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse ausgestellte Klagebewilligung trotz der auftragsrechtlichen Rechtsnatur der Forderung «in Analogie zum Grundsatz der Kompetenzattraktion» als gültig, weil die «Schlichtung vor der höher qualifizierten Behörde» erfolgt sei, und erhob zwar für den Entscheid über die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses keine Kosten, wohl aber für die materielle Beurteilung der Entschädigungsforderung [...].

Der Kläger geht auch im Berufungsverfahren von einem Arbeitsverhältnis aus [...]. Demgegenüber stellt sich die Beklagte, die keine Anschluss- oder selbständige Berufung erhoben hat, im Berufungsverfahren weiterhin auf den Standpunkt, dass sie und der Zeuge G. «plausibel und glaubwürdig» dargelegt hätten, dass der Vertrag als Auftrag zu qualifizieren sei [...]. Prozessuale Einwendungen in Bezug auf die Gültigkeit der Klagebewilligung und das Verfahren vor Kreisgericht erheben beide Parteien ebenso wenig wie solche zur materiellen Beurteilung des als Forderung aus einem Arbeitsvertrag gestellten Rechtsbegehrens auf der Basis eines Auftrags.

2. Nach der ZPO und der im Kanton St.Gallen geltenden Regelung (anders beispielsweise die Regelung im Kanton Zürich, welche besondere Arbeitsgerichte vorsieht [vgl. BGer 4A_332/2015 E.4.3]) – beschränken sich die Besonderheiten arbeitsvertraglicher Auseinandersetzungen mit einem Streitwert bis Fr.30000.– im Vergleich mit nicht arbeitsvertraglichen vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen mit einem Streitwert bis Fr.30000.– darauf, dass das Gericht am Sitz der beklagten Partei oder am Arbeitsort zuständig ist (Art. 34 Abs. 1 ZPO), dass für den dem gerichtlichen Verfahren vorausgehenden Schlichtungsversuch (vgl. Art. 197 ZPO) die Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse zuständig ist (Art. 4 EG-ZPO), dass der im vereinfachten Verfahren zur Beurteilung zuständige Einzelrichter des Kreisgerichts (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b EG-ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 1 ZPO) den Sachverhalt gestützt auf Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO von Amtes wegen feststellt und dass keine Gerichtskosten erhoben werden (Art. 114 lit. c ZPO). Vor diesem Hintergrund ist der angefochtene Entscheid von vornherein insofern nicht zu beanstanden, als der Vorrichter seine sachliche und örtliche Zuständigkeit zur Vertragsqualifikation bejaht hat – als sogenannte doppelrelevante Tatsache und mit Rücksicht darauf, dass die arbeitsrechtliche Grundlage nicht offensichtlich fehlte, war die Frage der Qualifikation vom als «Arbeitsrichter» angerufenen Einzelrichter im Rahmen der materiellen Beurteilung der Klage zu beantworten (zur doppelrelevanten Tatsache und zum Grundsatz, dass solche Tatsachen nicht im Stadium des Eintretens, sondern bei der materiellen Beurteilung zu prüfen sind, vgl. BGE 141 III 294 E. 5) – und dass

er für den Entscheid betreffend die Vertragsqualifikation keine Kosten erhoben hat. Nachvollziehbar ist auch, dass er trotz der Subsumtion des Vertragsverhältnisses unter Auftragsrecht die eingeklagte Forderung auch quantitativ beurteilte, weil er hierfür auch bei der auftragsrechtlichen Qualifikation des Rechtsverhältnisses örtlich und sachlich zuständig war und die Beurteilung im vereinfachten Verfahren erfolgte, wobei immerhin beizufügen bleibt, dass nur die verstärkte Fragepflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO, nicht aber der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO zur Anwendung gelangte.

Zu prüfen bleibt, wie es sich damit verhält, dass dem gerichtlichen Verfahren ein Schlichtungsversuch vor der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse und nicht ein solcher vor dem an sich zuständigen Vermittlungsamt (Art. 2 EG-ZPO) voranging, d.h. es stellt sich die gemäss der Rechtsprechung (vgl. BGE 139 III 273 = Pra 103 [2014] Nr. 6 E. 2.1) von Amtes wegen zu beantwortende Frage der Prozessvoraussetzung einer gültigen Klagebewilligung. Auch unter diesem Aspekt ist der angefochtene Entscheid unabhängig davon, dass die dadurch allenfalls beschwerte Beklagte die Ungültigkeit der Klagebewilligung zu keinem Zeitpunkt gerügt hat, nicht zu beanstanden: Die Klagebewilligung stellt – abgesehen vom darin enthaltenen Kostenspruch – keinen anfechtbaren Entscheid dar (BGE 139 III 273 E. 2.3). Dementsprechend kommt der Schlichtungsbehörde grundsätzlich, d.h. ausserhalb des hier nicht gegebenen Falles von Art. 212 ZPO, keine Kompetenz zu, ihre Zuständigkeit zu prüfen; sie kann die klagende Partei auf die allfällige Unzuständigkeit aufmerksam machen, hat die Schlichtungsverhandlung aber wie beantragt durchzuführen, wenn die klagende Partei darauf beharrt (so das Bundesgericht in BGer 4A_592/2013 E. 3.1 und 3.2, in dem es erwog, den betreffenden Erwägungen der kantonalen Vorinstanz sei «zuzustimmen»), und obliegt der Entscheid über die Zuständigkeit dem Gericht, wenn es im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen über die Gültigkeit der Klagebewilligung einer offensichtlich unzuständigen Schlichtungsstelle zu befinden hat (in BGE 140 III 70 nicht publizierte E. 3.2 von BGer 4A_387/2013; ausführlich und weiter gehend, d.h. die Zulässigkeit eines Nichteintretensentscheids der Schlichtungsstelle im Fall der offensichtlichen Unzuständigkeit bejahend Honegger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 202 N 18f. und Art. 209 N 1f.). Demgemäss und in Anlehnung an die Theorie der doppelrelevanten Tatsache erweist sich – vorbehaltlich der offensichtlichen Unzuständigkeit – die von einer an sich unzuständigen Schlichtungsbehörde ausgestellte Klagebewilligung als gültig, auch wenn sich im Nachhinein bei der materiellen Beurteilung der Streitsache herausstellt, dass der Schlichtungsversuch an sich von einer anderen Schlichtungsbehörde hätte durchgeführt werden müssen (vgl. auch den hiervor erwähnten BGE 139 III 273, in dem das Bundesgericht erwog, dass die Bestimmung der zuständigen Schlichtungsbehörde eine Frage der Gerichtsorganisation sei, welche das kantonale Recht regle, dass im zu beurteilenden Fall die kantonale Vorinstanz die [sachliche] Unzuständigkeit des als Schlichtungsbehörde fungierenden Bezirksgerichtspräsidenten festgestellt habe und dass mithin die Klagebewilligung von einer offensichtlich unzuständigen Behör-

de ausgestellt worden sei, weshalb es an der Prozessvoraussetzung einer gültigen Klagebewilligung fehle [E. 2.1 und 2.2]). Auf die Gültigkeit der Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung nach der materiellen Prüfung zurückzukommen, geht nicht an (vgl. auch BGE 141 III 294 E. 5.2, in dem das Bundesgericht ein solches in BGer 4A_28/2014 erwähntes Zurückkommen bei der Frage der Zuständigkeit als «*erreur*» bezeichnet hat). Angewendet auf den vorliegenden Fall, in dem die Vorinstanz ihre Zuständigkeit, wie ausgeführt, grundsätzlich zutreffend bejaht hat, bedeuten diese Überlegungen, dass die Vorinstanz zu Recht auch von einer gültigen Klagebewilligung ausgegangen ist und insofern die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (umfassend) als erfüllt betrachtet hat.

42

Art. 81 ZPO (SR 272). Unzulässigkeit der Streitverkündungsklage, wenn der Anspruch im möglichen Folgeprozess zwar mit dem Hauptprozess in einem sachlichen Zusammenhang steht, aber im Bestand nicht im Sinne eines Regressanspruches vom Ausgang desselben abhängt, sondern einen eigenständigen Anspruch gegen den Dritten darstellt.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 14. März 2016

Zwischen der Klägerin als Bauherrin und der Beklagten als Generalunternehmerin bestand ein Werkvertrag über die schlüsselfertige Erstellung eines Einfamilienhauses. Die Bauherrschaft beschaffte sanitäre Apparaturen direkt und liess diese durch eine Sanitärinstallationsunternehmung – die Streitverkündungsbeklagte – einbauen. Umstritten ist, ob diese die Sanitärinstallationen im Vertragsverhältnis mit der Generalunternehmerin oder in einem solchen mit der Bauherrschaft ausführte. Die Klägerin macht im Zusammenhang mit den Sanitärinstallationen Mängelrechte gegenüber der Beklagten geltend und verlangt die Zahlung von insgesamt Fr. 48 999.25. Gleichzeitig mit der Klage gegen die Generalunternehmerin erhebt sie Streitverkündungsklage gegen die Sanitärfirma mit dem Rechtsbegehren: «Die Streitverkündungsbeklagte sei für den Fall des vollständigen oder teilweisen Unterliegens der Streitverkündungsklägerin im Hauptprozess zu verpflichten, der Streitverkündungsklägerin denjenigen Betrag aus dem Rechtsbegehren des Hauptprozesses zu bezahlen, welcher der Streitverkündungsklägerin nicht zugesprochen wurde.»

Aus den Erwägungen:

1. Eine streitverkündende Partei kann Ansprüche, welche sie im Falle des Unterliegens gegen eine dritte, streitberufene Partei zu haben glaubt, beim mit der

Hauptsache befassten Gericht mittels Streitverkündungsklage geltend machen (Art. 81 Abs. 1 ZPO); die Streitverkündungsklage ist nur im ordentlichen Verfahren zulässig (Art. 81 Abs. 3 ZPO). Die Zulassung des betreffenden Verfahrens ist spätestens (BGer 4A_341/2014 E. 2.3; BGE 139 III 67 E. 2.4.1) mit der Klageantwort (Beklagte) oder der Replik (Klägerin) zu beantragen; dabei sind die Rechtsbegehren, welche die streitverkündende gegen die streitberufene Partei zu stellen gedenkt, zu nennen und kurz zu begründen (Art. 82 Abs. 1 ZPO).

Umstritten ist vorliegend, wie der vom Gesetz mit der Formulierung «Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens [...] zu haben glaubt» geforderte Sachzusammenhang (allgemein zu dieser Voraussetzung nachfolgend E. 3.a) zwischen dem Unterliegen im Hauptprozess einerseits und der für diesen Fall ins Auge gefasste Klage andererseits zu verstehen ist.

[...]

3.a) Die Streitverkündungsklage ist eine qualifizierte Form der Streitverkündung; anders als bei der einfachen Streitverkündung wird ein Dritter von einer Hauptpartei nicht zur Unterstützung in den Prozess gerufen, sondern diese richtet eine direkte Klage gegen jenen. Somit können Ansprüche mehrerer Beteiligter in einem einzigen Gesamtverfahren behandelt werden, es entsteht ein Mehrparteienverfahren, in welchem sowohl über die Leistungspflicht des Beklagten als auch über den allfälligen Anspruch der unterliegenden Partei gegenüber einem Dritten befunden wird, welcher sonst eines Folgeprozesses bedürfte (BGE 139 III 67 E. 2.1; dazu Hurni, Grundsätze zur Streitverkündungsklage, ZBJV 2013, 383 ff., 384; Gross/Zuber, Berner Kommentar, N 2 f. zu Art. 81 ZPO; Schwander, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 81 N 10 f.; BSK ZPO-Frei, Art. 81 N 10). In der Lehre ist wiederholt von einer suspensiv bedingten Klage die Rede, insofern als sie nur für den Fall erhoben wird, dass die streitverkündende Partei im Hauptprozess unterliegt (Droese, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO, SZP 2010, 305 ff, 307; BK-Gross/Zuber, N 4 zu Art. 81 ZPO); es wird auch von einem akzessorischen Verhältnis zwischen Folge- und Hauptprozess gesprochen (Schwander, ZPO Komm., Art. 81 N 12 und 22 ff.).

Materielle Voraussetzung der Zulassung ist ein Sachzusammenhang zwischen den Ansprüchen, welche im Hauptprozess beurteilt werden und jenen, welche die streitverkündende Partei gegen die streitberufene Person «im Falle des Unterliegens [...] zu haben glaubt». Besteht dieser Zusammenhang, ist auch ein Rechtsschutzinteresse gegeben (Droese, a.a.O., S. 312; Hurni, a.a.O., S. 386; a.M. BSK ZPO-Frei, Art. 81 N 17 ff.). Mit der Streitverkündungsklage können Ansprüche geltend gemacht werden, die vom Bestand des Hauptklageanspruchs abhängen, namentlich Regress-, Gewährleistungs- und Schadloshaltungsansprüche, aber auch vertragliche oder gesetzliche Rückgriffsrechte. Zur Bejahung eines sachlichen Zusammenhangs ist ausreichend, wenn der Anspruch nach der Darstellung der streitverkündenden Partei vom Ausgang des Hauptklageverfahrens abhängig ist und damit ein potentielles Regressinteresse aufgezeigt wird. Das Bundesgericht hat sich zum Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs dahingehend geäußert, dass mit der

Streitverkündungsklage nur Ansprüche geltend gemacht werden können, die vom Bestand des Hauptklageanspruchs abhängen. Damit scheiden konnexe Ansprüche aus, die zwar mit dem Hauptprozess in einem sachlichen Zusammenhang stehen, aber im Bestand nicht vom Ausgang desselben abhängen, sondern eigenständige Ansprüche gegen den Dritten darstellen (BGE 139 III 67 E. 2.4.3; BGer 4A_341/2014 E. 3.3; BK-Gross/Zuber, N33 zu Art. 81 ZPO; Droese, a.a.O., S. 312; Schwander, ZPO Komm., Art. 81 N16, 18). Das Bundesgericht präzisiert in diesem Zusammenhang, bedingt sei nicht die Streitverkündungsklage, sondern der Anspruch, der mit ihr geltend gemacht werde (BGer 4A_375/2015 E. 5.3.2). Sein Wesen ist, dass er bei Anhängigmachung der Streitverkündungsklage (in der Regel) noch nicht existiert (BSK ZPO-Frei, Art. 81 N 11). Die Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen mit der Streitverkündungsklage, die nicht in diesem Sinne eines Regressanspruches vom Hauptprozess abhängen, sondern mit diesem zusammenhängen, beispielsweise, weil sie auf demselben Sachverhalt basieren, wird zwar als Desiderat an den Gesetzgeber gerichtet, aber auch von den entsprechenden Lehrmeinungen mehrheitlich als nicht von der gegenwärtig gültigen Regelung umfasst anerkannt (sog. «Drittweiterklage», vgl. BSK ZPO-Frei, Art. 81 N 13f.; Schwander, ZPO Komm., Art. 81 N 17; a.M. Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 81 N 9).

b) Gemäss den Darlegungen im Zulassungsgesuch ist umstritten, ob die Streitberufene die Sanitärarbeiten als Subunternehmerin der Beklagten im Hauptprozess (Standpunkt Klägerin) erbrachte oder ob es sich bei diesen Arbeiten vielmehr um (Eigen-) Leistungen handelte, welche die Streitberufene im Auftrag der Klägerin ausführte (Standpunkt Beklagte). Die Klägerin umschreibt die Abhängigkeit der beiden Ansprüche wie folgt: «Wird der im Rahmen der Hauptklage geltend gemachte Anspruch gegen die Hauptbeklagte [...] geschützt, hat dies zur Folge, dass der Anspruch aus der Streitverkündungsklage gegenstandslos wird. Wird hingegen der Anspruch gegen die Hauptbeklagte abgewiesen, entsteht der Anspruch gegen die Streitverkündungsbeklagte».

Diese Sicht der Dinge ist rein prozesstaktisch. Materiellrechtlich betrachtet wird nämlich im ersten Fall, d.h. beim Schutz der Hauptklage, der Anspruch gegen die Streitberufene nicht gegenstandslos; er hatte vielmehr (mangels vertraglicher Grundlage) gar nie existiert. Und – vor allem – entsteht in der Konstellation, in der die Hauptklage gegen die Beklagte abgewiesen wird, deswegen kein Anspruch; ein solcher bestand vielmehr bereits bei Anhängigmachung des Hauptprozesses, wobei retrospektiv betrachtet mit der Klage die falsche Partei ins Recht gefasst wurde. Mit derselben Argumentation liesse sich vorliegend vorerst auch die Streitberufene ins Recht fassen und eine Streitverkündungsklage gegen die Beklagte richten. Bereits daraus erhellt ohne weiteres, dass der behauptete Folgeanspruch in seiner Entstehung nicht vom Hauptanspruch abhängt: Ein angeblicher Hauptanspruch kann nicht gleichermassen vom angeblichen Regressanspruch abhängen wie umgekehrt.

c) Vorliegend wird – zusammenfassend – mit der Streitverkündungsklage ein Anspruch eingeklagt, der mit dem Hauptanspruch insofern konnex ist, als

er auf demselben Sachverhaltskomplex beruht und sich die beiden Ansprüche ausschliessen (zumindest – wenn man die Möglichkeit in Betracht zieht, dass nur ein Teil der Arbeiten als Eigenleistungen erbracht wurde – bezüglich der einzelnen Schadenspositionen); die Entstehung des Folgeanspruches ist jedoch nicht durch das Unterliegen im Hauptprozess bedingt. Die Zulässigkeit der Streitverkündungsklage für diese Art des Sachzusammenhanges wird zwar gefordert, ist aber nach der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter dem geltenden Recht zu verneinen.

43

Art. 91 und Art. 257 ZPO (SR 272). Liegt bei einer Mieterausweisung im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen die Gültigkeit der Kündigung nicht im Streit, ist als Streitwert der durch die Verzögerung mutmasslich entstehende Schaden zu betrachten, falls die Voraussetzungen einer Ausweisung im Verfahren nach Art. 257 ZPO verneint werden. Dieser besteht im hypothetisch anfallenden bzw. entgangenen Miet- oder Gebrauchswert für die Zeit, bis voraussichtlich ein Ausweisungsentscheid in einem Prozess im ordentlichen Verfahren ergehen könnte. Dabei ist unter Einschluss des Vollzugs der Exmission von einer Dauer von sechs Monaten auszugehen.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 15. Dezember 2016

Aus den Erwägungen:

II.

[...]

2. In Übereinstimmung mit der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid bezeichnet die Gesuchsgegnerin ihre Eingabe als Berufung. Welches Rechtsmittel anwendbar ist, ist von der Rechtsmittelinstanz indessen von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO).

a) Entscheide über miet- und pachtrechtliche Ausweisungsbegehren, die im Verfahren gemäss Art. 257 ZPO ergehen, unterliegen nach den allgemeinen Voraussetzungen der Berufung oder der Beschwerde (Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 339). Massgebend ist – da es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt – mithin der Streitwert. Beträgt dieser mindestens Fr. 10 000.-, unterliegt der angefochtene Entscheid der Berufung (Art. 308 Abs. 2 ZPO), andernfalls der Beschwerde (Art. 319 lit. a ZPO). In einem Ausweisungsverfahren, bei dem auch die Gültigkeit der Kündigung streitig ist, bestimmt sich der Streitwert aufgrund der Miete, die für diejenige Dauer geschuldet ist, während wel-

cher der Mietvertrag unter der Annahme, dass die Kündigung zu Recht angefochten wurde, zwingend weiterbestehen würde, bevor eine neue Kündigung ausgesprochen werden könnte. Dabei ist die Sperrfrist von drei Jahren gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zu berücksichtigen (vgl. BGE 137 III 389 E. 1.1). Liegt demgegenüber die Gültigkeit der Kündigung nicht im Streit, ist als Streitwert der durch die Verzögerung mutmasslich entstehende Schaden zu betrachten, wenn die Voraussetzungen einer Ausweisung im Verfahren nach Art. 257 ZPO verneint werden. Dieser besteht im hypothetisch anfallenden bzw. entgangenen Miet- oder Gebrauchswert für die Zeit, bis voraussichtlich ein Ausweisungsentscheid in einem Prozess im ordentlichen Verfahren ergehen könnte (BGer 4D_79/2015 E. 1, mit Hinweisen). Wie lange ein solches Verfahren dauern wird, lässt sich freilich bei dessen Beginn nur selten sicher voraussagen, und wo der Streitwert die Zuständigkeit einer Instanz oder die Zulässigkeit eines Rechtsmittels bestimmt, kommt es auf den Beginn des Verfahrens in jener Instanz an. Es bleibt daher nur, die Dauer des Verfahrens abzuschätzen. Dabei darf nicht vergessen gehen, dass mit dem gerichtlichen Befehl zur Räumung diese selbst noch nicht vollzogen ist. Die mutmassliche Dauer des Vollzugs der Exmission ist deshalb ebenfalls zum Streitwert hinzu zu berechnen. Nach der Praxis im Kanton Zürich wird die Verfahrensdauer bis zum Vollzug der Exmission mit sechs Monaten bemessen (HAP Immobiliarmietrecht-Hofstetter, N 14.20, mit Hinweisen). Es besteht keine Veranlassung, dieser Praxis nicht auch im vorliegenden Fall zu folgen.

b) Die Gültigkeit der Kündigung ist vorliegend nicht strittig. Jedenfalls bringt die Gesuchsgegnerin in dieser Hinsicht in ihrer Berufung nichts vor. Vorliegend ist deshalb vom Mietzins für sechs Monate auszugehen. Massgebend ist mithin, was die Parteien einerseits für die Miete der Gewerbefläche und andererseits für die vier Aussenabstellplätze vereinbart haben. Darin eingeschlossen sind die Nebenkosten, die Ausbaumiete sowie auch die während der Vertragsdauer erfolgte Mietzinserhöhung infolge Optierens für die Mehrwertsteuerpflicht. Es ergibt sich mithin ein monatlicher Gebrauchswert von Fr. 4919.70. Bei einer Dauer von sechs Monaten ist die Streitwertgrenze gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO jedenfalls erreicht, womit die Streitsache als Berufung zu behandeln ist.

[...]

44

Art. 95 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a, Art. 96, Art. 98, Art. 210 und Art. 212 ZPO (SR 272); Art. 4, Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 GKV (sGS 941.12). Bemessung des Vorschusses für die mutmasslichen Kosten des Schlichtungsverfahrens bei einem Streitwert von Fr. 48.–.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 12. Dezember 2016

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 98 ZPO kann das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Dies gilt auch für die mutmasslichen Kosten des Schlichtungsverfahrens (vgl. Art. 95 Abs. 2 lit. a ZPO sowie anstelle Vieler: Honegger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 207 N3). Die Tarife für die Prozesskosten – und damit unter anderem für die Gerichtskosten, zu denen auch die Pauschalen für das Schlichtungsverfahren gehören (Art. 95 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a ZPO) – setzen die Kantone fest (Art. 96 ZPO). Im Kanton St. Gallen richtet sich die Höhe der Gerichtskosten nach der Gerichtskostenverordnung vom 9. Dezember 2010 (GKV; sGS 941.12). Diese regelt die Gebühren für Verfahren vor den Schlichtungsbehörden (Vermittlerämter und Schlichtungsstellen) in Art. 8 Abs. 1 Ziff. 1-3 wie folgt: Erteilung der Klagebewilligung: Fr. 200.– bis Fr. 1 000.– (Ziff. 1); Urteilsvorschlag und Entscheid: Fr. 300.– bis Fr. 1 000.– (Ziff. 2); Einigung, Säumnis der klagenden Partei und Rückzug des Schlichtungsgesuchs: Fr. 100.– bis Fr. 600.– (Ziff. 3). Im Rahmen dieser Mindest- und Höchstansätze hat die Gebührenbemessung unter Berücksichtigung der Art des Falls, der finanziellen Interessen der Beteiligten, der Umtriebe, der finanziellen Verhältnisse des/der Kostenpflichtigen und der Art der Prozessführung der Beteiligten zu erfolgen (Art. 4 Abs. 2 lit. a-e GKV). In besonders aufwendigen Fällen kann die Gebühr im Verfahren vor einer Schlichtungsbehörde gemäss Art. 8 Abs. 2 GKV bis zum doppelten Ansatz erhöht werden. Unterschritten werden kann der Gebührenansatz nur, aber immerhin dann, wenn er zu einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Gebühr und Aufwand führen würde oder der Aufwand aussergewöhnlich gering ist (Art. 5 Abs. 1 GKV). Zur Festsetzung der Gebühren für das Verfahren vor dem Vermittleramt erliess die Verwaltungskommission des Kantonsgerichts St. Gallen am 30. März 2011 Richtlinien. Danach sind die Gebühren grundsätzlich gestützt auf die hiervoor erwähnten Bestimmungen in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens festzusetzen. Für vermögensrechtliche Streitigkeiten stellen die Richtlinien sodann – unter dem Vorbehalt fallspezifischer Besonderheiten – nach Streitwert abgestufte Regeln für die Gebührenbemessung auf; dabei sehen sie für die Erledigung mit Schlichtungsvorstand bei einem Streitwert bis Fr. 5 000.– eine Gebühr von Fr. 200.–, bei einem Streitwert von Fr. 5 001.– bis Fr. 10 000.– eine solche von Fr. 250.–, bei einem Streitwert von Fr. 10 001.– bis Fr. 50 000.– eine solche von Fr. 300.– und bei einem höheren Streitwert eine Gebühr von Fr. 350.– vor, wobei der erste dieser Ansätze im Falle eines Urteilsvorschlags (Art. 210 ZPO) oder eines Entscheids (Art. 212 ZPO) je nach Aufwand um einen Zuschlag von Fr. 100.– bis Fr. 300.– zu erhöhen ist.

2. Bei einem Streitwert von Fr. 48.– ist die Gebühr für das Verfahren vor dem Vermittleramt – bei Erledigung mit Schlichtungsvorstand, jedoch ohne Urteilsvorschlag oder Entscheid – mithin gemäss Art. 8 Abs. 1 Ziff. 1 GKV in Verbindung mit den hiervoor zitierten Richtlinien grundsätzlich auf Fr. 200.– festzusetzen. Daran vermag nichts zu ändern, dass Fälle mit äusserst tiefem Streitwert – wie der vorliegende – dem Vermittleramt im Allgemeinen den gleichen administrativen Aufwand verursachen wie solche mit höheren Streitwert. Denn abgesehen davon, dass die Gebühren gemäss GKV generell

nicht kostendeckend sind, entspricht dieser Umstand der Regel, weshalb auf der Hand liegt, dass der Gebührentarif wie auch die Richtlinien diesem Aspekt bereits Rechnung tragen. Auf der anderen Seite folgt daraus allerdings auch, dass ein äusserst geringer Streitwert – für sich – auch kein Grund ist, den Mindestansatz zu unterschreiten. Nicht nachvollziehbar ist sodann der Einwand der Vermittlerin, seit Mai 2015 verlange das Vermittleramt bis zu einem Streitwert von Fr. 50 000.– in gut 90 Prozent der Fälle einen Kostenvorschuss von Fr. 300.– und im «Rest der Fälle» einen solchen, der noch höher liege: Diese (offenbar starre) Praxis schliesst einerseits von vornherein die Erhebung eines Vorschusses in Höhe der gesetzlichen Mindestgebühr von Fr. 200.– fallunabhängig – und damit unter anderem auch unter Aushebelung der im Einzelfall zu berücksichtigenden Aspekte gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. a-e GKV – aus und weicht andererseits von der streitwertabhängigen Abstufung gemäss den hiervor zitierten Richtlinien ab. Soweit kleine Streitwerte von Fr. 5 000.– oder weniger betroffen sind, fällt zwar – worauf die Vermittlerin in ihrer Stellungnahme ebenfalls zu sprechen kommt – in Betracht, dass die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreiten (Art. 210 ZPO) und die klagende Partei dann, wenn der Streitwert Fr. 2 000.– nicht übersteigt (im Schlichtungsgesuch oder auch noch später) einen Entscheid verlangen kann (Art. 212 ZPO; Honegger, ZPO Komm., Art. 212 N2), was die Minimalgebühr auf Fr. 300.– erhöht (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 GKV). Solange allerdings – wie soweit ersichtlich hier – nur die unbestimmte theoretische Möglichkeit besteht, nicht aber konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es zu einem Urteilsvorschlag oder einem Entscheid kommen könnte, rechtfertigt dies eine generelle Erhöhung des Kostenvorschusses (ebenfalls) nicht. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass ein allenfalls zu viel bevorschusster Betrag zu gegebener Zeit zurückerstattet wird, erlaubt doch Art. 98 ZPO wie dargelegt nur die Erhebung eines Vorschusses bis zur Höhe der mutmasslichen Prozesskosten. Andere Gründe, die hier einen höheren Vorschuss als Fr. 200.– nahelegen würden, sind nicht ersichtlich. Insbesondere sind keine Umstände erkennbar, die im Sinn von Art. 4 Abs. 2 lit. a-e GKV für eine solche Erhöhung sprechen würden. Auf der anderen Seite besteht vorliegend – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – allerdings auch kein Anlass, den Kostenvorschuss unter der gesetzlichen Minimalgebühr von Fr. 200.– anzusetzen. Soweit sich der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf den äusserst geringen Streitwert beruft, kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden. Nicht stichhaltig ist sodann sein Hinweis auf zwei weitere Schlichtungsverfahren, die er beim Friedensrichteramt X respektive beim Friedensrichteramt Y eingeleitet hat, in denen jeweils ein Kostenvorschuss von Fr. 120.– erhoben wurde; denn diese Vorschüsse beruhen auf Gerichtskostentarifen anderer Kantone, die andere Streitwertabstufungen sowie für sehr kleine Streitwerte auch tiefere Minimalgebühren vorsehen als Art. 8 GKV respektive die hiervor zitierten Richtlinien [...].

3. Damit ist die Verfügung des Vermittleramts vom 13. Oktober 2016 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Erhebung eines (vorläufigen) Kostenvorschusses von Fr. 200.– an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

45

Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO (SR 272) i.V.m. Art. 18 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75); Art. 225 ZPO (SR 272). Der zweite Schriftenwechsel stellt im ordentlichen Prozess weder eine Ausnahme noch die Regel dar. Der Aufwand für einen zweiten Schriftenwechsel wird durch eine Entlastung bei der Vorbereitung der mündlichen Hauptverhandlung kompensiert. Ein zweiter Schriftenwechsel bewirkt deshalb keinen Anspruch auf einen Honorar-Zuschlag gemäss der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten. Ist der Rechtsvertreter der obsiegenden Partei gleichzeitig Organvertreter, führt dies unter gewissen Voraussetzungen zur Kürzung der Parteikostenentschädigung.

Handelsgericht, 8. März 2016

Aus den Erwägungen:

IV.

[...]

2. a) Sodann hat die Klägerin Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der klägerische Rechtsanwalt machte diesbezüglich geltend (vgl. das Protokoll der Haupt- und Schlussverhandlung vom 8. März 2016, S. 3), die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels sei bei der Honorarbemessung als zusätzlicher Aufwand zu berücksichtigen, da die ZPO als Regel einen einfachen Schriftenwechsel vorsehe. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Der zweite Schriftenwechsel stellt unter der Geltung der eidgenössischen ZPO weder eine Ausnahme noch die Regel dar (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Auflage, N7 zu Art. 225, mit zahlreichen Hinweisen auf weitere Lehrmeinungen). Es steht im Ermessen des Gerichts bzw. des Verfahrensleiters, ob ein einfacher oder ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt wird (betreffend das Berufungsverfahren: BGE 138 III 252, E. 2.1). Anlass für einen doppelten Schriftenwechsel ist insbesondere dann gegeben, wenn mit der Klageantwort umfangreiche Noven vorgetragen werden und es daher zweckmässig erscheint, eine schriftliche Replik der klagenden Partei einzuholen (Leuenberger, a.a.O., N9 zu Art. 225). Die Beklagte bestritt in der Klageantwort u.a. das Vorliegen der erforderlichen Vertretungsmacht. Dies veranlasste die Klägerin zu einer umfangreichen Replik und zur Einreichung zusätzlicher Klagebeilagen, insbesondere der von der Beklagten mit der ARGE geschlossenen Verträge sowie zahlreicher schriftlicher Korrespondenz. Zudem reichte die Klägerin zusätzliche Arbeitsrapporte ein, nachdem die Beklagte gewisse Klagebeilagen als fehlend moniert hatte. Daraus wird ersichtlich, dass die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels im Lichte von Art. 225 ZPO gerechtfertigt war. Von einer ausserordentlichen verfahrensleitenden Massnahme kann also nicht gesprochen werden. Hinzu kommt, dass der Aufwand der Klägerin für die Vorbereitung der Hauptver-

handlung beträchtlich grösser gewesen wäre, wenn sie zur Klageantwort erstmals in ihrem mündlichen Parteivortrag hätte Stellung nehmen und sie ihre zusätzlichen Klagebeilagen erst an der Hauptverhandlung hätte einreichen können. Der mit dem zweiten Schriftenwechsel verbundene Arbeitsaufwand wurde durch die Vereinfachung der Hauptverhandlung weitgehend kompensiert. Tatsächlich konnte sich der klägerische Rechtsvertreter an der Hauptverhandlung ausgesprochen kurz halten, weil – wie er selber ausführte (Protokoll der Haupt- und Schlussverhandlung vom 8. März 2016, S.3) – zuvor bereits ein doppelter Schriftenwechsel und damit der Aktenschluss stattgefunden hatte. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die im Jahr 1994 in Kraft getretene Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten auf dem Grundsatz eines doppelten Schriftenwechsels mit Ausführungen zum Tatsächlichen und einer Hauptverhandlung zur rechtlichen Erörterung gemäss der alten st.gallischen Zivilprozessordnung basiert. Folglich decken die Honorar-Ansätze der HonO die Bemühungen im Zusammenhang mit einem zweiten Schriftenwechsel ab. Anlass für einen Honorar-Zuschlag besteht nach dem Gesagten nicht.

b) Der Rechtsvertreter der Klägerin ist Mitglied von deren Verwaltungsrat. Ist ein Rechtsanwalt sowohl Organ- als auch Parteivertreter, kann dies bei der Festsetzung der Parteientschädigung mit einem Abzug berücksichtigt werden, namentlich wenn eine Instruktion des Rechtsvertreters durch den Mandanten nicht notwendig war (HG.2015.169-HGP, E.7b [Kürzung um 50 Prozent]; BSK-Rüegg, N21 f. zu Art.95 ZPO [Kürzung um 25 Prozent]; Suter/Von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Auflage, N42 zu Art.95 [Kürzung um 33 Prozent]; GVP 1991, Nr.71 [Kürzung um 30-50 Prozent, evtl. noch mehr]). Vorliegend ist eine Kürzung jedoch nicht angebracht. Es gibt keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Anwalt der Klägerin als nicht zeichnungsberechtigter Verwaltungsrat vor Beginn der Auseinandersetzung mit der Beklagten mit dem streitgegenständlichen Geschäft befasst gewesen wäre. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er bis zur Instruktion durch die Klägerin keine detaillierten Kenntnisse von diesem Geschäft hatte.

[...]

46

Art. 98 und Art. 103 ZPO (SR 272). Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Verfügungen über die Leistung von Kostenvorschüssen sind unmittelbar und ohne einschränkende Voraussetzungen mit Beschwerde anfechtbar. Eine Anfechtung erst mit dem Endentscheid ist nicht mehr zulässig.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 12. Februar 2016

Aus den Erwägungen:

II.

[...]

2. Zur Begründung seiner Berufung bringt der Kläger vor, zumal es sich beim Kostenvorschuss um eine «Kann-Vorschrift» handle, sei der Kostenvorschuss eine bewusst vom Kreisgericht aufgestellte Hürde, um ihn, den Kläger, zu veranlassen, auf eine Klage zu verzichten. Ausserdem sei die Höhe des Kostenvorschusses im Verhältnis zum Streitwert und seinen, den klägerischen, Lebensverhältnissen vollkommen unangemessen und diskriminiere ihn als Kläger.

a) Es stellt sich vorab die Frage, ob diese Vorbringen gegen den Kostenvorschuss im Rechtsmittelverfahren gegen den Endentscheid noch vorgebracht werden können. Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO). Verfügungen über die Leistung von Kostenvorschüssen stellen prozessleitende Verfügungen im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO dar; sie sind kraft einer besonderen Gesetzesbestimmung unmittelbar und ohne einschränkende Voraussetzungen mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO). Die ZPO äussert sich jedoch – anders als im Fall des Zwischenentscheids nach Art. 237 Abs. 2 ZPO – nicht dazu, ob derartige prozessleitende Verfügungen, gegen welche eine Beschwerde nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift möglich gewesen wäre (vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO), trotzdem noch zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden können. Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – zu dieser Frage noch nicht geäussert. Die herrschende Lehre hingegen verneint eine Anfechtung erst mit dem Endentscheid, wenn die direkte Beschwerde gestützt auf eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift im Sachzusammenhang möglich ist (Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 5 S. 2039; BSK ZPO-Spühler, Art. 319 N 13; ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, Art. 319 N 16; CPC-Jeandin, Art. 319 N 20; KUKO ZPO-Brunner, Art. 319 N 13; vgl. auch ZR 111/2012 S. 68; a.M. BK-Sterchi, N 10 zu Art. 103 ZPO; DIKE ZPO-Blickenstorfer, Art. 319 N 20 unter Berufung auf die – weniger eindeutige – Botschaft ZPO, S. 7376). Der Mehrheit der Lehre und der veröffentlichten Zürcher Praxis ist zuzustimmen. Wo die Beschwerde gegen eine bestimmte prozessleitende Verfügung ohne einschränkende Voraussetzungen zur Verfügung steht, ist diese zu ergreifen; später ist eine Anfechtung verwirkt und deshalb zusammen mit dem Endentscheid nicht mehr zulässig. Bezüglich der genannten prozessleitenden Verfügungen rechtfertigt sich die Analogie zur Regelung bei den Zwischenentscheiden (Art. 237 Abs. 2 ZPO). Zudem entspricht diese Auffassung auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts gestützt auf Art. 2 ZGB bzw. Art. 52 ZPO, wonach grundsätzlich formelle Rügen – unter Verwirkungsfolge – in einem frühen Prozessstadium geltend zu machen sind (vgl. z.B. BGE 141 III 210 E. 5.2).

b) Vorliegend forderte die Vorinstanz den Kläger am 11. September 2014 sowie am 20. August 2015 auf, einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 14 000.– zu leisten, und wies jeweils darauf hin, dass gegen die Erhebung und die Höhe des Kostenvorschusses

innert Frist von zehn Tagen Beschwerde beim Einzelrichter des Kantonsgerichts erhoben werden könne. In der Folge reichte der Kläger keine Beschwerde gegen die Erhebung des Kostenvorschusses oder dessen Höhe ein. Seine mit der Berufung vorgebrachten Einwände gegen den Kostenvorschuss hätte der Kläger nach dem Gesagten (rechtzeitig) mit Beschwerde vorbringen können und müssen. Im Rahmen der vorliegenden Berufung gegen den Nichteintretensentscheid kann er auf diese Fragen nicht zurückkommen.

Vorbringen, welche den Nichteintretensentscheid an sich betreffen, sind der Berufung nicht zu entnehmen. Insbesondere macht der Kläger zu Recht nicht geltend, es sei ihm keine Nachfrist unter Androhung der Säumnisfolgen angesetzt worden. Auf die Berufung ist folglich nicht einzutreten.

[...]

47

Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO (SR 272). Dem Schuldner kann nicht als Voraussetzung für eine Sicherheitsleistung der Konkursverlustschein vorgehalten werden, wenn die letzterem zugrundeliegende Forderung Gegenstand des Hauptprozesses bildet.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Obligationenrecht, 14. Juni 2016

Das Kreisgericht hiess im Oktober 2015 die Klage über Fr. 346559.70 bei entsprechender Beseitigung des Rechtsvorschlags in der vorgängig eingeleiteten Betreuung vollumfänglich gut, wogegen der Beklagte Berufung erhob. Im Berufungsverfahren verlangte die Klägerin eine angemessene Sicherheit für ihre Parteientschädigung unter Hinweis auf einen Konkursverlustschein gegen den Beklagten aus dem Jahr 2009 über exakt ihren Forderungsbetrag, wobei nicht darüber zu befinden war, ob der Verlustschein vom Gemeinschuldner seinerzeit anerkannt worden war oder nicht.

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

5. Die Klägerin beantragt unter Hinweis auf den Verlustschein des Konkursamts A. aus dem Jahr 2009 über Fr. 346599.70, den Beklagten für eine allfällige Parteientschädigung zu einer angemessenen Sicherheit zu verpflichten. Der Beklagte nahm zu diesem Kautionsgesuch keine Stellung.

a) Die «klagende» Partei – verstanden als die ein Verfahren einleitende, also auch die ein Rechtsmittel ergreifende Partei (Suter/Von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 99 N 8; BK-Sterchi, N 7 zu Art. 98 ZPO und N 6 zu Art. 99

ZPO; BSK ZPO-Rüegg, Art.99 N4) – hat gemäss Art.99 Abs.1 ZPO auf Antrag der Gegenpartei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn sie a) keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat, b) zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen, c) Prozesskosten aus früheren Verfahren schuldet oder d) wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen.

b) Konkursöffnung bildet ohne zeitliche Schranke den Kautionsgrund nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO. Nach dessen Abschluss kann die Kautionspflicht allenfalls noch gestützt auf den Auffangtatbestand von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO gerechtfertigt sein (Suter/Von Holzen, a.a.O., Art. 99 N27; vgl. auch Kuster, Stämpflis Handkommentar, ZPO, Art. 99 N 19 und Spühler/Reetz, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung [Hrsg. Christian Schöbi], S. 99). Da Verlustscheine erst am Ende des Konkursverfahrens ausgestellt werden (vgl. Art. 265 SchKG in der Gesetzessystematik) und weder geltend gemacht wird noch erkennbar wäre, dass der am 15. Juni 2005 eröffnete Konkurs gegen den Beklagten mittlerweile nicht geschlossen worden ist, bleibt einzig zu prüfen, ob der Beklagte zahlungsunfähig erscheint, weil gegen ihn ein Verlustschein besteht.

c) Grundsätzlich würde der von der Klägerin mit ihrem Gesuch vom 1. März 2016 ins Recht gelegte Konkursverlustschein als Kautionsgrund im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO genügen. Indessen nennt die Urkunde als Titel eine Forderung aus Mandatsvertrag vom 30. März 1992 gemäss Urteil des Kantonsgerichts B. vom 15. Juli 2005. Dabei handelt es sich sowohl betragsmässig als auch inhaltlich um genau diejenige Forderung, die heute im Streit liegt. Von der Konzeption des Gesetzes her kann es indessen nicht angehen, einen Kläger, der sich auf dem Rechtsweg gegen eine mittels Verlustschein verbrieft Forderung wehrt, einzig und allein aufgrund der Existenz dieses Verlustscheins zur Leistung von Sicherheiten für allfällige Parteientschädigungen zu verpflichten. Denn der Verlustschein aus einem Kollokationsverfahren im Konkurs gemäss den Art. 244-251 SchKG ist nicht das Ergebnis einer rechtskräftigen Beurteilung durch ein Gericht, sondern bloss – aber immerhin – das Resultat eines Kollokationsverfahrens, in welchem die Konkursverwaltung die Passivmasse, d.h. die Forderungen, die am Konkursergebnis nach Bestand, Höhe, Rang und allfälligen Vorrangrechten am Vermögen des Schuldners teilnehmen werden, feststellt (vgl. BGer 7B.226/2006 E. 4.3.3). Von daher kann es nicht angehen, den Schuldner, der sich auf dem ordentlichen Prozessweg gegen eine in einem Konkursverfahren festgestellte und mittels Verlustschein verbrieft, bisher aber nicht gerichtlich überprüfte Forderung wehrt, alleine wegen der Existenz dieses Verlustscheins zur Leistung einer Sicherheit zu verpflichten. Andernfalls wäre er gezwungen, vorgängig die von ihm bestrittene Forderung zu begleichen, um seiner Kautionspflicht zu entgehen, womit er möglicherweise – nämlich bei für ihn erfolgreichem Prozessausgang – gezwungen wäre, das Geleistete wieder zurückzufordern. Nachdem vorliegend andere Gründe im Sinne von Art. 99 Abs. 1 ZPO weder geltend gemacht noch ersichtlich sind, ist das Gesuch der Klägerin abzuweisen.

48

Art. 108 ZPO (SR 272). Den Erben trifft weder eine rechtliche noch eine anderweitige Verpflichtung zur Erbteilung. Insofern können ihm auch keine Prozesskosten überbunden werden allein deshalb, weil er vorprozessual das Ersuchen eines Miterben um Mitwirkung an einer gütlichen Teilung ignoriert bzw. in einem von einem Miterben angestrebten Erbteilungsprozess weder Einladungen zu gerichtlichen Verhandlungen Folge leistet noch schriftliche Stellungnahmen abgibt.

Kantonsgericht, Einzelrichter im Personen, Erb- und Sachenrecht, 23. Juni 2016

Die Erblasserin hinterliess als ihre gesetzlichen sowie eingesetzten Erben ihre Tochter (Klägerin), ihren Sohn (Beklagter 1) sowie ihre beiden Enkelkinder (Beklagte 2 und 3). Der Willensvollstrecker machte den Erben verschiedene Teilungsvorschläge, scheiterte damit aber insbesondere aufgrund des passiven Verhaltens der Beklagten 1 und 3, weshalb die Klägerin nach erfolglosem Schlichtungsversuch auf Feststellung und Teilung des Nachlasses, auf Feststellung ihres Erbteils sowie auf Auszahlung desselben durch den Willensvollstrecker klagte. In seinem Entscheid stellte das Kreisgericht den Nachlass fest und bemass die Quoten der Klägerin auf 6/16, des Beklagten 1 auf 3/16, des Beklagten 2 auf 5/16 sowie der Beklagten 3 auf 2/16. Im Weiteren nahm sie die Realzuteilung vor, schrieb das Begehren auf Feststellung des klägerischen Erbteils zufolge Rückzugs ab und wies das Begehren um Anweisung des Willensvollstreckers zur Auszahlung ab. Die Gerichtskosten überband es zu 7/16 der Klägerin, zu 3/16 dem Beklagten 1, zu 4/16 dem Beklagten 2 und zu 2/16 der Beklagten 3. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Klägerin wurde eine Entschädigung von knapp Fr. 5000.– zu Lasten der Staatskasse zugesprochen. Mit Kostenbeschwerde beantragte die Klägerin unter Verweis auf deren vorprozessuales Verhalten im erstinstanzlichen Verfahren die Überbindung der Prozesskosten je hälftig auf die Beklagten 1 und 3.

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

3. Die Klägerin verlangt unter Berufung auf Art. 108 ZPO die Überbindung der Prozesskosten auf die Beklagten 1 und 3, da diese durch ihr Verhalten gleichermassen als Unterliegende anzusehen seien. Durch deren unentschuldigtes Fernbleiben von der Schlichtungsverhandlung wie auch von der Hauptverhandlung sei die Klägerin in ein gerichtliches Verfahren gezwungen worden. Die Beklagten 1 und 3 hätten durch ihr Verhalten klar zum Ausdruck gebracht, dass sie keine Teilung wünschten.

a) Gemäss Art. 108 ZPO hat unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat, was eine Abweichung von der allgemeinen Regelung der Prozesskosten

(Art. 106 ZPO) darstellt. Zwar handelt es sich dem Wortlaut gemäss nicht um eine Kann-Vorschrift. Indes kommt dem Gericht auch hier ein gewisses Ermessen zu (BGer 5A_195/2013 E. 3.2.1). Der Begriff der unnötigen Kosten wird im Gesetz nicht näher umschrieben. In erster Linie sind darunter solche zu verstehen, die durch das Verhalten einer Partei oder Dritter innerhalb des Prozesses zu den üblicherweise bzw. ohnehin entstehenden Prozesskosten zusätzlich hinzukommen. Lehre und Rechtsprechung sind sich indessen weitestgehend darüber einig, dass als unnötige Kosten auch solche in Frage kommen, die ausserhalb des Prozesses verursacht wurden, insbesondere wenn das ganze Verfahren durch ein bestimmtes Verhalten ausserhalb des Prozesses veranlasst wurde. Als illustrative Beispiele unnötiger Kosten sind insbesondere solche zu nennen, die in einem Prozess bzw. einem Verfahren entstehen, der für eine Gesellschaft von einem Anwalt geführt wird, der durch einen nicht mehr vertretungsbefugten Verwaltungsrat mandatiert wurde, oder der von einem Anwalt aufgrund einer gefälschten Vollmacht geführt wird, oder der durch einen falsus procurator für eine Partei geführt wird, die ihn nicht mandatiert hat (BGE 141 III 426 E. 2.4.3, mit zahlreichen Hinweisen). Das Bundesgericht hat als Beispiel auch den Fall bezeichnet, in welchem die Vernachlässigung der Buchführungspflicht durch eine Partei die Gegenpartei zur Anstrengung eines Verfahrens veranlasst oder die nicht ordnungsgemäss geführte Buchhaltung den Prozess erheblich ausweitet. Ein weiterer Anwendungsfall aus der kantonalen Praxis ist das Verschleiern der Passivlegitimation, indem zum Teil in eigenem, teilweise im Namen einer beherrschten AG gehandelt wird und infolgedessen der Kläger die falsche Person einklagt (Fischer, Stämpfli Handkommentar, ZPO, Art. 108 N8, mit Hinweisen).

b) Die aufgezählten Fallbeispiele charakterisieren sich durch den Umstand, dass ausser- bzw. vorprozessual ein zumindest vorwerfbares, teilweise aber auch rechtswidriges Verhalten Ursache dafür ist, dass es überhaupt zur Einleitung eines Prozesses kommt. Die Ausgangslage im vorliegenden Verfahren ist indessen eine andere, denn den Erben und damit das Mitglied einer Erbengemeinschaft trifft weder eine rechtliche noch eine anderweitige Verpflichtung zur Erbteilung. Wohl räumt Art. 604 Abs. 1 ZGB jedem gesetzlichen oder eingesetzten Erben einzeln das unverjährende, nicht verwirkbare und unverzichtbare Recht auf die Teilungsklage ein (vgl. BSK ZGB II-Schaukelberger/Lüscher, Art. 604 N2; vgl. auch Prax.Komm. Erbrecht-Weibel, N5 zu Art. 604 ZGB, und Wolf, Berner Kommentar, N22 zu Art. 604 ZGB). Umgekehrt statuiert die Rechtsordnung für den einzelnen Erben keinerlei Verpflichtung zur Erbteilung. Vielmehr ist es der Dispositionsfreiheit des einzelnen Erben überlassen, ob er den Nachlass teilen oder aber die Erbengemeinschaft in Form einer Gesamthandtschaft weiterhinführen möchte. Von daher kann diesem auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn er vorprozessual das Ersuchen eines Miterben um Mitwirkung an einer gütlichen Teilung ablehnt bzw. ignoriert oder wenn er in einem von einem Miterben angestregten Erbteilungsprozess weder Einladungen zu gerichtlichen Verhandlungen Folge leistet noch schriftliche Stellungnahmen abgibt. Bei dieser Ausgangslage ist vorliegend weder beim Beklagten 1 noch bei der Beklagten 3

ein [...] Verhalten ersichtlich, welches eine Kostenaufgabe gestützt auf Art. 108 ZPO rechtfertigen würde. Insofern ist der hier zu beurteilende Sachverhalt – entgegen der Meinung der Klägerin – durchaus mit jenem von ZR 114, 2015, Nr. 8 vergleichbar. Hier wie dort kann allein aus der Passivität eines Erben nicht geschlossen werden, dass sich dieser auch der Klage widersetzt hätte. Ebensowenig liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass für die Beklagten 1 und 3 im vorliegenden Fall die Verzögerung der Erbteilung im Vordergrund gestanden wäre. Deshalb scheint es naheliegend, dass die Vorinstanz die Prozesskosten den Parteien schwergewichtig im Verhältnis zu den ihnen zugesprochenen Erbquoten und damit gestützt auf deren jeweiligem Interesse am Verfahrensausgang auferlegte. Einzig im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten 2 griff sie – wenn auch nur im geringen Umfang von 1/16 – auf das Prinzip des Obsiegens bzw. Unterliegens zurück, was von der Klägerin im Beschwerdeverfahren aber zurecht nicht bemängelt wird.

[...]

49

Art. 117 ZPO (SR 272). Zeitpunkt der Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von den Gerichtskosten). Es ist nicht zulässig, ein mit Klageeinreichung gestelltes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst unter Einbezug der Ergebnisse des Haupt- und Beweisverfahrens mit dem Endentscheid zu beurteilen.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 24. April 2016

Aus den Erwägungen:

III.

1. Gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 ZPO hat die bedürftige Partei in einem für sie nicht aussichtslosen Verfahren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Eine Person gilt dann als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung ihres Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Dabei ist die gesamte wirtschaftliche Situation, inkl. Vermögenssituation, zu berücksichtigen. Bedürftigkeit kann angenommen werden, wenn das Einkommen den Bedarf nicht um einen Betrag übertrifft, der erlaubt, die Prozesskosten innert eines Jahres (in komplizierten Fällen innert zweier Jahre) zu bezahlen (BGE 141 III 369 E. 4.1; Bühler, Berner Kommentar, N 6 zu Art. 117 ZPO; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 4 zu Art. 117 ZPO; Richtlinien des Kantonsgerichts vom Mai 2011 zur unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess und für die Privatklägerschaft im Straf-

prozess Ziff. II. 2). Aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren, wenn eine summarische Prüfung der Verhältnisse zeigt, dass die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Gefahr einer Niederlage, die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können und eine vernünftig denkende und handelnde Partei, die selbst für die Prozesskosten aufzukommen hätte, von der Prozessführung absehen würde. Die Aussichtslosigkeit kann sich aus formellen wie auch aus materiellen Gründen ergeben und beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 138 III 217 E. 2.2.4; 133 III 614 E. 5; BK-Bühler, N228 ff. zu Art. 117 ZPO; Emmel, ZPO-Komm., N 13 zu Art. 117 ZPO). Die fehlende Aussichtslosigkeit ist vom Gesuchsteller glaubhaft zu machen.

2. Hier bejahte die Vorinstanz zwar die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO bereits im nach dem ersten Schriftenwechsel ergangenen Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege vom 21. Juli 2015 und wies das Gesuch um Verbeiständung mangels Notwendigkeit im Sinne von Art. 118 lit. c ZPO ab. Hingegen verzichtete der verfahrensleitende Richter damals auf die Beurteilung der Prozessaussichten und verschob den Entscheid über das Begehren um Befreiung von Gerichtskosten «bis zur Vervollständigung der Aktenlage». Dieser Entscheid könne im Rahmen der Kostenregelung des Hauptverfahrens ergehen. Die Abweisung des Gesuchs gleichzeitig mit dem Entscheid in der Hauptsache vom 28. Oktober 2015 wird (knapp) damit begründet, dass die Klage in Kenntnis der zuletzt anlässlich der Hauptverhandlung ergänzten Sachverhaltsvorbringen als aussichtslos im Sinne von Art. 117 ZPO bezeichnet werden müsse.

[...]

4.a) Wie bereits erwähnt, beurteilen sich die Prozessaussichten vorläufig und im Voraus (ex ante) nach den Verhältnissen zur Zeit der Gesuchstellung, das heisst auf der Grundlage der in diesem Zeitpunkt gegebenen Rechts-, Sach- und Aktenlage (BK-Bühler, N253 zu Art. 117 ZPO). Der Gesuchsteller hat die fehlende Aussichtslosigkeit glaubhaft zu machen, und die Prozessaussichten müssen aufgrund einer summarischen Prüfung der Angelegenheit abgewogen werden. Dabei hat das Gericht zu Beginn des Verfahrens lediglich zu prüfen, ob der vom Gesuchsteller verfolgte Rechtsanspruch im Rahmen des sachlich Vertretbaren liegt bzw. nicht von vornherein unbegründet erscheint (BGE 119 III 113 E. 3a; BGer 4A_131/2012 E. 2). Ein Hinausschieben des Entscheids und des massgebenden Zeitpunkts zur Beurteilung der Erfolgsaussichten, bis sich der Verlust des Prozesses abzeichnet, würde dem Gesuchsteller im Ergebnis die unentgeltliche Rechtspflege unzulässigerweise rückwirkend entziehen (BGE 101 Ia 37 E. 2; Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 117 ZPO und N 3 zu Art. 120 ZPO, wonach ein Entzug allenfalls ex nunc zulässig wäre – was von BK-Bühler, N256 zu Art. 117 und N 14 zu Art. 120 ZPO generell abgelehnt wird). Ausgeschlossen ist die Durchführung eines Beweisverfahrens vor Beurteilung eines Gesuchs, da sich damit die Erfolgchancen einer Klage in der Regel ohnehin klären (BSK-Rüegg, N 20 zu Art. 117; Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 117 ZPO).

b) Vor diesem Hintergrund erscheint das Vorgehen der Vorinstanz als unzulässig, wenn sie das Gesuch um Befreiung von Gerichtskosten erst im Anschluss an die Hauptverhandlung gleichzeitig mit dem Entscheid in der Hauptsache beurteilt und es – was entscheidend ist – ausdrücklich unter Berufung auf die zuletzt an der Hauptverhandlung, an der noch neue Tatsachen und Beweismittel zulässig waren, gewonnenen neuen Erkenntnisse vollumfänglich abgewiesen hat. Denn es geht nicht an, mit dem Entscheid ein mit der Klageeinreichung gestelltes Gesuch um unentgeltliche Prozessführung unter Einbezug der Ergebnisse des Haupt- und Beweisverfahrens wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Offensichtlich war auch für den verfahrensleitenden Richter im Zeitpunkt des Entscheids betreffend unentgeltliche Rechtspflege vom 21. Juli 2015, als erst Klage und Klageantwort vorlagen, ein Verfahrensausgang noch nicht klar zu Ungunsten des Beschwerdeführers vorauszusehen und damit eine Aussichtslosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO (noch) nicht zu bejahen, hat er doch die Abweisung des Gesuchs letztlich damit begründet, dass die Klage in Kenntnis der zuletzt anlässlich der Hauptverhandlung ergänzten Sachverhaltsvorbringen aussichtslos sei. Der Beschwerdeführer hatte im Hauptverfahren betreffend Persönlichkeitsverletzung eine eingehend begründete Klageschrift eingereicht unter Beilage der von ihm beanstandeten Publikation in der Presse sowie Online, in welcher unter voller Namensnennung und Angabe der Adresse insbesondere auf seine Vorstrafen hingewiesen und diese in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als «Rechtsberater» gestellt wurden. Angesichts einzelner zweifellos den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung erfüllender Aussagen in der Publikation – was auch von der Gegenpartei in der Klageantwort nicht in Abrede gestellt wurde – stand insbesondere die Beurteilung der Widerrechtlichkeit und damit eine Interessenabwägung zwischen den persönlichen Interessen des Beschwerdeführers und den geltend gemachten öffentlichen Interessen an der Publikation in der vorliegenden Form im Raum. Bei der gebotenen vorläufigen und summarischen Prüfung hätte bei dieser Ausgangslage in der für die Beurteilung massgebenden Anfangsphase des Prozesses die Vorinstanz nicht davon ausgehen dürfen, dass die Gewinnaussichten von vorneherein erheblich geringer seien als die Gefahr des Unterliegens und sich eine auf eigene Kosten prozessierende Partei vernünftigerweise nicht für den Prozess entschlossen hätte. Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung hätte die Aussichtslosigkeit daher nicht bejaht werden dürfen. Nicht relevant ist in diesem Zusammenhang, dass nachher die Vorinstanz – nun auch bestätigt durch die Berufungsinstanz – die Klage abgewiesen hat.
[...]

50

Art. 117 ZPO (SR 272). Unentgeltliche Rechtspflege. Durch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird der Standpunkt der Gegenpartei im Hauptverfahren nicht automatisch aussichtslos, da vorsorgliche Massnahmen ein laufendes oder anstehendes Hauptverfahren nicht präjudizieren. Bei einem Gesuch der Gegenpartei um unentgeltliche Rechtspflege im Hauptverfahren sind daher deren Prozessaussichten unabhängig vom Ausgang des Massnahmeverfahrens zu prüfen.

Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 20. Juni 2016

Mit Gesuch um vorsorgliche Massnahmen an das Kreisgericht X verlangte K. die superprovisorische Anordnung mehrerer Annäherungs-, Kontakt- und Rayonverbote gegen G. Die Einzelrichterin des Kreisgerichts erliess die beantragten Annäherungs-, Kontakt- und Rayonverbote vorerst superprovisorisch in eingeschränkter Form und bestätigte sie nach Anhörung von G., in dem sie G. im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verbot: sich K. auf weniger als 30 Meter zu nähern; mit ihr Kontakt aufzunehmen, namentlich persönlich, auf telefonischem, schriftlichem (auch SMS) oder elektronischem Weg sowie sich – mit einer Ausnahme – im Umkreis von weniger als 100 Metern um das Wohnhaus von K., deren Mutter oder F. aufzuhalten. Zugleich setzte sie K Frist zur Klage. Mit ordentlicher Klage vom 21. Januar 2014 an das Kreisgericht X beantragte K., es sei G. zu verbieten, sich ihr auf weniger als 30 Meter anzunähern; mit ihr Kontakt aufzunehmen, namentlich persönlich, auf telefonischem, schriftlichem (auch SMS) oder elektronischem Weg sowie sich im Umkreis von weniger als 100 Metern um ihr Wohnhaus, ihren Aufenthaltsort, dem Wohnhaus ihrer Mutter oder das von F. aufzuhalten. Mit Eingabe vom 19. Februar 2014 beantragte G. die unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Verbeiständung, wobei er auf die Angaben des bereits im Massnahmeverfahren eingereichten Gesuchs verwies und um Benachrichtigung bat, falls zusätzliche Informationen benötigt würden. Mit Entscheid vom 3. Mai 2016 lehnte der Einzelrichter des Kreisgerichts G.s Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ab. Gegen diesen Entscheid erhob G. am 19. Mai 2016 Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

III.

1. Aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren, wenn eine summarische Prüfung der Verhältnisse zeigt, dass die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Gefahr einer Niederlage, die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können und eine vernünftig denkende und handelnde Partei, die selbst für die Prozesskosten aufzukommen hätte, von der Prozessführung absehen würde. Die Aussichtslosigkeit beurteilt sich grundsätzlich unabhängig von

der Parteirolle aufgrund einer vorläufigen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 139 III 475 E.2.3; BGE 138 III 217 E.2.2.4; BGE 133 III 614 E.5; Emmel, a.a.O., Art. 117 N 13; Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, N333, 375).

Der Gesuchsteller hat darzulegen, weshalb er seiner Ansicht nach die unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch nehmen kann und insbesondere alle Elemente vorzubringen, die aufzeigen, dass seine Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (BGer 5A_380/2015 E.3.2.3; Emmel, a.a.O., Art. 119 N8; Wuffli, a.a.O., N365). Das Gericht entscheidet über das Gesuch im summarischen Verfahren (Art. 119 Abs. 3 ZPO) und stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 255 lit. b ZPO; BGE 141 I 241 E.3.1). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Parteien die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung tragen. Das Gericht hat einzig eine verstärkte Fragepflicht, die – sind die Parteien anwaltlich vertreten – zurückhaltend auszuüben ist (BGE 141 III 569 E.2.3; BGer 5A_380/2015 E.3.2.2; BGer 4A_114/2013 E.4.3; Wuffli, a.a.O., N 708 ff.; Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 55 N71).

[...]

3.a) Weiter bringt der Gesuchsteller vor, es gehe nicht an, zur Begründung, weshalb die Gefahr des Unterliegens für den Beschwerdeführer beträchtlich höher sei als die Gewinnaussicht, pauschal und exklusiv auf die Begründung im vorausgegangenen Massnahmenverfahren zu verweisen, welches bereits zweieinhalb Jahre zuvor zum Abschluss gekommen sei. Das Strafverfahren habe gezeigt, dass durch die Klägerin und Dritte viel Unwahres über den Gesuchsteller verbreitet worden sei. Berücksichtige man die Strafakten und die Erkenntnisse daraus – zu diesem Zweck habe man die Sistierung des Zivilverfahrens letztlich als sinnvoll erachtet – könne von Aussichtslosigkeit im Sinne von Art. 117 ZPO keine Rede sein.

b) Der vorinstanzliche Richter erachtete die notwendige Voraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit als nicht gegeben und verweigerte dem Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege. Zur Begründung verwies er auf die Erwägungen des Entscheids im vorausgegangenen Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen. Dieses Vorgehen kritisiert der Gesuchsteller zu Recht.

Vorsorgliche Massnahmen sollen (nur) für die Zeit bis zum Ergehen des Hauptentscheids einen einstweiligen Zustand schaffen, ein bereits laufendes oder anstehendes Hauptverfahren jedoch nicht präjudizieren (BGE 136 III 200 E.2.3.2; BGer 5A_687/2015 E.4.3; BK-Güngerich, N 1 ff. zu Art. 261 ZPO; Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 261 N1). Werden vorsorgliche Massnahmen aufgrund genügender Erfolgsaussichten des Klägers (bzw. der gesuchstellenden Partei) angeordnet, bedeutet dies nicht, dass der beklagte (bzw. gesuchsgegnerische) Standpunkt im Hauptverfahren aussichtslos wäre (vgl. BGer 5A_590/2009 E.3.4.2). Die den einstweiligen Rechtsschutz beantragende Partei hat die tatsächlichen Voraussetzungen lediglich glaubhaft zu machen (Art. 261 ZPO). Der

Massnahmenrichter seinerseits kann sich mit der Glaubhaftmachung der Tatsachen und der summarischen Prüfung des Rechts begnügen, indem er sich auf die unmittelbar verfügbaren Beweismittel stützt (BGE 131 III 473 E. 2.3; Huber, a.a.O., Art. 261 N 25). Ersucht der Beklagte im Hauptverfahren um unentgeltliche Rechtspflege, sind seine Prozessaussichten unabhängig vom Ausgang des Massnahmeverfahrens und unter neuem Blickwinkel zu prüfen.

Aus dem angefochtenen Entscheid geht nicht hervor, dass eine solche Prüfung stattgefunden hat und insbesondere berücksichtigt worden wäre, dass die Verhältnismässigkeit der vorsorglich angeordneten Massnahmen auch wegen deren zeitlicher Beschränkung bejaht worden ist, welche bei Gutheissung der klägerischen Begehren im Hauptprozess wegfallen würde, und die Klägerin mit ihrer Klage ausserdem ein zusätzliches Rayonverbot verlangt (100 Meter um ihren Aufenthaltsort), obwohl die Erwägungen des Massnahmenentscheids festhalten, dass weiterführende Rayonverbote unverhältnismässig seien. Im Folgenden ist daher die Voraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit im Sinne von Art. 117 ZPO zu prüfen.

c) [...] Eine summarische Prüfung der im Recht liegenden Akten führt nicht zum Ergebnis, dass der Klägerin eindeutig und ausschliesslich die Opferrolle zukommt. Wie schwer die umstrittenen widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen wiegen, wird sich wohl erst nach Abschluss des Schriftenwechsels und Würdigung sämtlicher Beweise zeigen. Die von der Klägerin verlangten Rayonverbote würden, wenn sie wie beantragt unbefristet angeordnet werden, die Bewegungsfreiheit des Gesuchstellers nicht unbedeutend einschränken. Insbesondere das neue, von den vorsorglichen Massnahmen noch nicht erfasste Verbot, sich im Umkreis von weniger als 100 Metern um den Aufenthaltsort der Klägerin aufzuhalten, birgt ausserdem erhebliches Missbrauchspotenzial. Insgesamt erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass nicht alle von der Klägerin verlangten Massnahmen vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz standhalten, womit die Klage zumindest teilweise abzuweisen wäre. Somit können die Prozessaussichten des Gesuchstellers nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bezeichnet werden.

51

Art. 125 lit. c und Art. 308 Abs. 2 ZPO (SR 272). Vereinigt die Vorinstanz selbständig eingereichte Klagen (hier: diejenige zweier Kläger gegen denselben Beklagten), fällt aber über die einzelnen Klagen selbständige Entscheide, so sind die Streitwerte der einzelnen Klagen für die Beurteilung der Berufungsfähigkeit nicht zusammenzuzählen.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 8. Februar 2016

Aus den Erwägungen:

a) In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung gegen einen erstinstanzlichen End- oder Zwischenentscheid nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10 000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Dieser Streitwert ist hier dann erreicht, wenn die beiden Gegenstand der Verfahren vor Vorinstanz bildenden, eingeklagten Forderungen von Fr. 5 500.– bzw. Fr. 6 500.– zusammengezählt werden; unbeachtlich, weil auf das Begehren im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Beurteilung abzustellen ist, ist hingegen, dass im Berufungsverfahren nur noch ein Gesamtbetrag von Fr. 7 700.– strittig ist (Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 652; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 308 N 40). Die Kläger gehen von einem solchen Zusammenzählen aus. Sie berufen sich dabei darauf, dass das Gericht die beiden Verfahren mit Verfügung vom 24. April 2015 gemäss Art. 125 lit. c ZPO vereinigt habe und vereinigte Verfahren gemeinsam mit einem Rechtsmittel angefochten werden könnten, und zwar in der vorliegenden Auseinandersetzung mit Berufung, weil die Streitwerte (der zuletzt aufrechterhaltenen) Rechtsbegehren zusammenzuzählen seien.

b/aa) Zur Vereinfachung des Prozesses kann das Gericht (insbesondere) selbständig eingereichte Klagen vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Die Vereinigung braucht nicht vollständig zu sein; sie kann auch bloss zur Durchführung einzelner Verfahrenshandlungen vorgenommen werden (Frei, Berner Kommentar, N 16 zu Art. 125 ZPO). Voraussetzung für die Vereinigung, welche mit der Konsequenz, dass es zur Bildung einer einfachen Streitgenossenschaft kommt (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 3.a zu Art. 71 ZPO/SG), auch dann erfolgen kann, wenn die zu vereinigenden Klagen von verschiedenen Klägern eingereicht worden sind oder sich gegen verschiedene Beklagte richten, sind die identische örtliche und sachliche Zuständigkeit und die gleiche Verfahrensart (BK-Frei, N 17 f. zu Art. 125 ZPO, und A. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 125 N 5 f.; a.M. bezüglich der Verfahrensart KUKO ZPO-Weber, Art. 125 N 5). Trotz Bildung einer Streitgenossenschaft und im Unterschied zu ihr werden im Fall der Vereinigung selbständig eingereichter Klagen deren Streitwerte allerdings nicht zusammengezählt und bleiben die Verfahrensart, die sachliche Zuständigkeit und die Grundlage für die Festsetzung der Prozesskosten unverändert (BK-Frei, N 19 f. zu Art. 125 ZPO; a.M. bezüglich der Prozesskosten KUKO ZPO-Weber, Art. 125 N 7). Auch die materielle Eigenständigkeit der Klagen bleibt von der Vereinigung unberührt, d.h. diese haben ihr eigenes Schicksal, auch wenn über sie formell im gleichen Verfahren verhandelt, Beweis erhoben und entschieden wird (BK-Frei, N 23 zu Art. 125 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 3.c zu Art. 71 ZPO/SG). In prozessualer Hinsicht erfahren diese Eigenständigkeit und der Grundsatz des Nichtzusammenzählens der Streitwerte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen allerdings insofern eine (Einschränkung bzw.) Modifikation, als die Streitwerte der vereinigten Klagen dann zusammenzuzählen sind, wenn die

kantonale Vorinstanz in einem einheitlichen Urteil über gleichartige, sich vorwiegend auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützende Ansprüche zu entscheiden hatte (KUKO ZPO-Weber, Art. 125 N5, unter Hinweis u.a. auf BGer 4A_109/2008 E. 1.1 [bestätigt in BGer 4A_571/2011 E. 1.1]).

bb) Im vorliegenden Fall vereinigte die Vorinstanz die beiden bei ihr anhängigen Verfahren. Ihr betreffendes Schreiben vom 25. April 2015 ist an sich als umfassende und nicht bloss auf einen einzelnen Verfahrensschritt, hier insbesondere auf die allfällige Hauptverhandlung, beschränkte Vereinigung zu interpretieren. In den Entscheiden selber kam die Vorinstanz aber auf diese Vereinigung insofern zurück, als sie unter Hinweis darauf, dass «die Klagen gleichwohl hinsichtlich Rechtskraft und Rechtsmittel ein unterschiedliches Schicksal nehmen können, [...] zwei getrennte Urteilsbegründungen» ausfertigte. Damit fehlt es an der Voraussetzung für ein allfälliges Zusammenrechnen der Streitwerte: Die beiden Verfahren waren im Zeitpunkt der Entscheide nicht (mehr) vereinigt und bildeten nicht Gegenstand eines einheitlichen Entscheids im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, womit auch offenbleiben kann, ob diese zum BGG ergangene Rechtsprechung auch auf die ZPO anzuwenden ist. Diese Frage würde sich nämlich deshalb stellen, weil das Zusammenzählen der Streitwerte, wie hier, dazu führen kann, dass ohne das Dazutun einer Partei anstatt der Beschwerde mit der in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung eingeschränkten Kognition (Art. 320 lit. b ZPO), dem Novenverbot (Art. 326 Abs. 1 ZPO) und dem Ausschluss der Anschlussbeschwerde (Art. 323 ZPO) die Berufung mit erweiterter Kognition (Art. 310 lit. b ZPO), eingeschränktem Novenrecht (Art. 317 Abs. 1 ZPO) und Recht zur Anschlussberufung (Art. 313 ZPO) möglich ist, was sich je nach Konstellation für beide Parteien nachhaltig auswirken kann (vgl. dazu auch Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N4.b zu Art. 71 ZPO/SG, wonach durch die Vereinigung sich [auch] in Bezug auf die Rechtsmittel nichts ändern, mit andern Worten weder ein Rechtsmittel neu entstehen noch eines verlorengehen könne). Der für den Weiterzug massgebliche Streitwert bestimmt sich demnach nicht nach der Summe der beiden von der Vorinstanz zwar gemeinsam verhandelten, aber in separaten Entscheiden beurteilten Forderungen von Fr. 6500.– bzw. Fr. 5500.–, sondern orientiert sich an den jeweiligen Streitwerten. Die Vorinstanz hat daher zu Recht auf das Rechtsmittel der Beschwerde hingewiesen, weshalb auf die Berufung mangels Erreichens des erforderlichen Streitwerts von Fr. 10000.– nicht einzutreten ist.

52

Art. 147 und Art. 148 Abs. 1 ZPO (SR 272). Wird die Frist zur Einreichung der Duplik nicht eingehalten, wird keine Nachfrist angesetzt, sondern das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt. Der Eintritt der Präklusivwirkung setzt nicht voraus, dass bei Fristerstreckungen jeweils der Hinweis auf die Säumnisfolgen wiederholt wird. Es genügt, wenn bei der Ansetzung der Frist auf die Säumnisfolgen hingewiesen wurde.

Handelsgericht, 26. Mai 2016

Am 28. Januar 2013 reichte die Klägerin ihre Klage beim Handelsgericht St. Gallen ein. Die Klageschrift wurde dem Beklagten am 8. Februar 2013 mit der Aufforderung zur Einreichung der Klageantwort innert 30 Tagen zugestellt (Zugang am 12. Februar 2013). Einen Tag nach Ablauf dieser Frist, am 15. März 2013, ersuchte der Beklagte um Fristerstreckung bis 18. April 2013. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 25. März 2013 gewährte der Handelsgerichtspräsident dem Beklagten eine nicht erstreckbare Nachfrist bis 18. April 2013. Gleichzeitig wies er den Beklagten darauf hin, dass nach ungenutzter Frist ein Endentscheid gefällt werde. Der Beklagte reichte sodann am 18. April 2013 die Klageantwort ein. Nachdem ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden war, erstatte die Klägerin am 30. September 2013 die Replik. Am 2. Oktober 2013 wurde diese dem Beklagten mit der Aufforderung zur Einreichung der Duplik innert 20 Tagen zugestellt. Unter Bezugnahme auf Art. 147 Abs. 2 ZPO wurde der Beklagte in der Verfügung vom 2. Oktober 2013 darauf hingewiesen, dass das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt werde, wenn die Duplik nicht innert der angesetzten Frist eingereicht werde, er somit in diesem Fall das Recht auf Einreichung einer Duplik verwirkt hätte. Der Beklagte ersuchte in der Folge drei Mal um Fristerstreckung. Seine Ersuchen wurden jeweils schriftlich bewilligt, ohne dass erneut auf Säumnisfolgen hingewiesen worden wäre. Mit verfahrensleitender Verfügung des Handelsgerichtspräsidenten vom 9. Dezember 2013 wurde die Frist unter Berücksichtigung der Gerichtsferien letztmals bis zum 13. Januar 2014 erstreckt. Der Beklagte wurde darauf hingewiesen, dass eine weitere Fristerstreckung nur noch aus wichtigen Gründen oder bei Zustimmung der Gegenpartei gewährt werde. Am 17. Januar 2014 übergab der Beklagte die Duplik mit zusätzlichen Akten der Schweizerischen Post.

Aus den Erwägungen:

I.

[...]

2. a) Der Beklagte reichte die Duplik nicht innerhalb der ihm dafür angesetzten und mehrmals, schliesslich bis 13. Januar 2014 erstreckten Frist ein. Es ist somit darüber zu befinden, ob Säumnisfolgen eingetreten sind, d.h. ob die Duplik berücksichtigt werden kann.

b) Der Beklagte machte vorerst geltend, es hätte ihm ohnehin eine Nachfrist angesetzt werden müssen. Daher sei die Eingabe vom 17. Januar 2014 rechtzeitig erfolgt. Nach Art. 147 Abs. 1 ZPO ist eine Partei säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt. Grundsätzlich, d.h. wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, ist das Verfahren ohne die versäumte Handlung weiterzuführen (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Ausnahmen sieht das Gesetz in Art. 101 Abs. 3 ZPO (versäumter Kostenvorschuss/versäumte Sicherheit für Parteientschädigung), Art. 223 Abs. 1 ZPO (versäumte Klageantwort) sowie Art. 131 und Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO (Verbesserung mangelhafter Eingaben) vor. In diesen Fällen hat das Gericht jeweils eine (kurze) Nachfrist anzusetzen. In Bezug auf die Einreichung der Duplik besteht jedoch keine Ausnahme. Dem Gericht ist es in diesem Fall sogar verwehrt, eine Nachfrist anzusetzen (A. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Auflage, N 8 zu Art. 147; BK-Frei, N 7 zu Art. 147 ZPO; Hoffmann-Nowotny, in: Oberhammer/Domej/Haas, KuKo ZPO, 2. Auflage, N 6 zu Art. 147). Der Grund für diese Ungleichbehandlung gegenüber der Klageantwort ist, dass eine Säumnis im zweiten Schriftenwechsel für den Beklagten weniger weitreichende Folgen hat, zumal er bereits mit der Klageantwort seinen Anspruch auf rechtliches Gehör ausüben konnte (vgl. dazu A. Staehelin, a.a.O.). Die Auffassung des Beklagten betreffend die Ansetzung einer Nachfrist im zweiten Schriftenwechsel geht demzufolge fehl.

c) Weiter macht der Beklagte geltend, er sei in der verfahrensleitenden Verfügung vom 9. Dezember 2013 (dritte Fristerstreckung) nicht auf die Säumnisfolgen hingewiesen worden, womit die Präklusivwirkung einer verpassten Frist nicht eintreten können. Zutreffend ist zwar, dass der Beklagte in der Verfügung vom 9. Dezember 2013 nicht noch einmal auf die Säumnisfolgen hingewiesen wurde. Richtig ist auch, dass die Bestimmung von Art. 147 Abs. 3 ZPO, gemäss der das Gericht die Parteien auf die Säumnisfolgen hinzuweisen hat, keine blosse Ordnungsvorschrift darstellt (BGer 5A_812/2013, E. 2.3; BGer 4A_377/2014, E. 6.3; BGE 139 III 78, 5.4.2 per analogiam [betraf Hinweis auf den Fristenstillstand]; Expertenbericht zum Vorentwurf ZPO, Juni 2003, S. 74; A. Staehelin, a.a.O., N 11 zu Art. 147; BK-Frei, N 29 zu Art. 147). Allerdings wurde der Beklagte in der verfahrensleitenden Verfügung vom 2. Oktober 2013, mit welcher er zur Einreichung einer Duplik eingeladen wurde, auf die Säumnisfolgen hingewiesen. Eine Wiederholung dieses Hinweises in den drei Fristerstreckungen war nicht erforderlich. Denn die ursprüngliche Verfügung vom 2. Oktober 2013 wurde – entsprechend dem Antrag des Beklagten – lediglich in Bezug auf den Endzeitpunkt der Frist abgeändert. In den weiteren Punkten blieb diese Verfügung unverändert gültig. Dies gilt neben der Einladung zur Einreichung einer Duplik auch für den Hinweis auf die Säumnisfolgen. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (betreffend dessen Anwendbarkeit: Botschaft zur ZPO [BBl. 2006, 7221], S. 7309; A. Staehelin, a.a.O., N 10 zu Art. 147; BK-Frei, N 29 zu Art. 147) musste auf Seiten des Gerichts nicht damit gerechnet werden, der Beklagte würde irrtümlich annehmen, der Hinweis auf die Säumnisfolgen sei mit den Fristerstreckungen hinfällig geworden. Folglich kann sich der Beklagte auch nicht auf Art. 147 Abs. 3 ZPO berufen.

d) Schliesslich ist über das Wiederherstellungsgesuch des Beklagten zu befinden. Das Gericht kann auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO).

aa) Gemäss seinen Ausführungen in der Duplik ging der beklagte Rechtvertreter davon aus, es würde noch eine Nachfrist angesetzt. Zwar sah die auf dieses Verfahren bereits nicht mehr anwendbare kantonal-st.gallische Zivilprozessordnung eine Nachfristansetzung auch bei nicht fristgerechter Einreichung der Duplik vor (Leuenberger/Uffer-Tobler, N5a zu Art. 165 ZPO-SG). Art. 223 ZPO bezieht sich jedoch im Unterschied zu Art. 165 Abs. 2 ZPO-SG ausdrücklich nur auf die Klageantwort. Daneben finden sich im zweiten Kapitel zum dritten Titel der ZPO keine weiteren Ausnahmen i.S. v. Art. 147 Abs. 2 ZPO. Aus dem Gesetz ergibt sich somit klar, dass im zweiten Schriftenwechsel keine Nachfristen gewährt werden können. In den Richtlinien des Kantonsgerichts zu den Fristen und zur Feststellung des Ausbleibens an der Verhandlung (Ziff. II/4.1) wird zudem aufgezählt, in welchen Fällen eine Nachfrist angesetzt wird. Die Einreichung der Duplik findet sich nicht darunter.

bb) Auf die Säumnisfolge von Art. 147 Abs. 2 ZPO wurde der Beklagte im Schreiben vom 2. Oktober 2013 ausdrücklich aufmerksam gemacht. Ein Hinweis auf die bezüglich des zweiten Schriftenwechsels abweichende Rechtslage ergab sich zudem daraus, dass sich im Schreiben vom 8. Februar 2013, mit welchem der Beklagte zur Einreichung der Klageantwort eingeladen wurde, kein Hinweis auf Säumnisfolgen findet. Dieser Unterschied zum Schreiben vom 2. Oktober 2013 hätte auffallen müssen. Daran vermag auch der Einwand, in den Fristerstreckungs-Bewilligungen sei nicht erneut auf die Säumnisfolgen hingewiesen worden, nichts zu ändern. Denn aus der Nicht-Wiederholung des Hinweises kann nach Treu und Glauben nicht gefolgert werden, die ursprüngliche Androhung der Säumnisfolge sei hinfällig und durch eine Nachfrist ersetzt worden, zumal die Verfügung vom 2. Oktober 2013 nur in Bezug auf die Frist abgeändert wurde, ansonsten jedoch unverändert gültig blieb. Der Wichtigkeit bzw. Bedeutung der Frist wurde zudem noch weiter betont, indem die Fristerstreckung ausdrücklich und in Fettschrift als letztmalig bezeichnet wurde.

cc) Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die Kreisgerichte seit dem Erlass der kantonsgerichtlichen Richtlinien in der Fassung vom 9. Mai 2014 «konsequent in Fristerstreckungen auf die Säumnisfolgen hinweisen» (vgl. die diesbezügliche Behauptung des Beklagten an der Hauptverhandlung), könnte der Beklagte daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn einerseits erfolgten sowohl die Ansetzung als auch die Erstreckungen der Frist zur Einreichung der Duplik im vorliegenden Fall vor dem 9. Mai 2014. Andererseits ist in den Richtlinien sowohl in der alten wie auch in der neuen Fassung von einem Hinweis auf die Säumnisfolgen «bei Fristansetzung» und nicht etwa bei Fristerstreckungen die Rede. Die Richtlinien stellen damit keine hinreichende Vertrauensgrundlage für eine allgemeingültige oder gar zwingende Regel zur Wiederholung des Hinweises auf die Säumnisfolgen dar. Der Wortlaut spricht vielmehr dafür, dass die Androhung der Säumnisfolgen bei Anset-

zung der Frist genügt. Sollten einige Gerichte im Kanton St.Gallen trotzdem eine entsprechende Praxis pflegen, so ist dies nicht zu beanstanden, verpflichtete jedoch das Handelsgericht nicht, sich der Praxis anzuschliessen und führt auch nicht dazu, dass ursprünglich angedrohte Säumnisfolgen hinfällig werden, wenn der Hinweis in der Fristerstreckung nicht wiederholt wird.

e) Aus den genannten Gründen war die Einreichung der Duplik am 17. Januar 2014 verspätet und es stellt auch kein leichtes Verschulden dar, wenn der Beklagte irrtümlich davon ausging, im Säumnisfall werde entgegen der im Schreiben vom 2. Oktober 2013 enthaltenen Androhung das Verfahren nicht ohne die Duplik weitergeführt, sondern eine Nachfrist angesetzt. [...]

53

Art. 170 ZPO (SR 272). Unzulässigkeit von telefonischen Zeugeneinvernahmen. Unter Verletzung von prozessualen Regeln erhobene Beweise können grundsätzlich erneut erhoben werden. Verzicht auf eine erneute Befragung mangels Rechtserheblichkeit.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 15. Juni 2016 Sachverhalt vgl. *GVP 2016 Nr. 54*

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

2. Die Klägerin bringt [...] vor, in Bezug auf die zulässigen Beweismittel bestehe ein gesetzlich vorgeschriebener *numerus clausus* und telefonische Zeugenaussagen seien grundsätzlich unzulässig. Die Aussagen der telefonisch befragten Zeugen Dr. C. sowie D. und M. E. seien folglich nicht verwertbar und die Befragungen zu wiederholen.

Der Beklagte entgegnet, die genannten Zeugen seien zwar telefonisch befragt worden, jedoch unter Einhaltung sämtlicher prozessualen Vorschriften. Ausserdem sei keine der drei Zeugenaussagen für das vorliegende Verfahren von entscheidender Bedeutung, weshalb – selbst wenn die telefonische Einvernahme unzulässig gewesen wäre – auf eine erneute Befragung zu verzichten sei.

a) Grundsätzlich werden Zeugen direkt vor Gericht einvernommen und zu diesem Zweck vorgeladen (Art. 170 Abs. 1 ZPO). Ausnahmsweise kann ein Zeuge auch an seinem Aufenthaltsort befragt werden (Art. 170 Abs. 3 ZPO). Dagegen verneinen Lehre und Rechtsprechung die Zulässigkeit von telefonischen Zeugeneinvernahmen (vgl. Weibel/ Naegeli, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 171 N6; BK-Ruetschi, N9 zu Art. 160 ZPO; BSK ZPO-Hafner, Art. 168 N7d;

Groner, Beweisrecht, S.243; BGE 92 I 259 E.3.c). Zwar können unter Verletzung von prozessualen Regeln erhobene Beweise grundsätzlich erneut erhoben werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N9.34), dies ist jedoch vorliegend – wie aus den folgenden Erwägungen hervorgeht – nicht angezeigt.

b) [...] Dass sich V. an der Hand verletzt hatte, war erstinstanzlich nicht umstritten. Beweisgegenstand sind jedoch nur streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO), weshalb diesbezüglich von einer Beweisabnahme abzusehen ist. [...]

Die Befragung von Dr. C. als Zeuge wurde vom Beklagten erstinstanzlich ausserdem beantragt, um zu beweisen, dass die Klägerin zum entsprechenden Zeitpunkt gewusst habe, dass mit dem Ableben von V. in wenigen Tagen zu rechnen sei, und sie deshalb angenommen habe, dass die geforderte Auszahlung der behaupteten Schenkung erst nach dem Tod von V. erfolgen werde. Da Ersteres, wie der Beklagte an entsprechender Stelle selbst feststellte, nicht umstritten und für Letzteres das beantragte Beweismittel nicht geeignet ist, kann auch diesbezüglich auf das Zeugnis von Dr. C. verzichtet werden, wobei der Beklagte dies im Berufungsverfahren ohnehin nicht mehr verlangt.

c) Eine Befragung von D. oder M. E. als Zeugen wurde von der Klägerin erstinstanzlich nicht verlangt. Der Beklagte allerdings beantragte deren Einvernahme, um zu beweisen, dass diese keine Verletzung der Hand von V. festgestellt hätten, am 5. Mai 2010 nicht zum Besuch vorgelassen worden seien und am 7. Mai 2010 versucht hätten, V. telefonisch zu erreichen, die Klägerin ihnen jedoch mitgeteilt habe, V. wolle keinen Kontakt mehr zu ihnen, dem Ehepaar E. .

Wie soeben erläutert, war die Handverletzung von V. bereits erstinstanzlich nicht umstritten. Ob D. und/oder M. E. diese Verletzung zur Kenntnis genommen hatten oder nicht, ist dagegen nicht rechtserheblich. [...]

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass, obwohl die telefonische Befragung der Zeugen Dr. C. sowie D. und M. E. nicht zulässig war, weshalb die entsprechenden Zeugnisse nicht als Beweismittel zu verwenden sind, von einer erneuten Befragung abzusehen ist.

[...]

54

Art. 178 ZPO (SR 272). Die Beweislast für die Echtheit einer Urkunde trägt jene Partei, die sich auf das Dokument beruft. Indes ist die Echtheit nur zu beweisen, wenn sie von der anderen Partei ausreichend begründet bestritten wird. Die Bestreitung hat substantiiert zu erfolgen und beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Dokumentes zu wecken. Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck von Art. 178 ZPO, nämlich rein vorsorgliche, pauschale oder gar schikanöse Echtheitsbestreitungen zu verhindern, spricht jedoch gegen allzu hohe Anforderungen an die Bestreitung.

Art. 6, Art. 243 Abs. 1 und Art. 244 OR (SR 220). Der Schenkungsvertrag kommt nur und erst mit Annahme der Schenkungsofferte durch den Beschenkten zustande. Sind mit der Schenkung keine Auflagen oder Bedingungen verbunden, gilt die Schenkung in der Regel als angenommen, wenn sie nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Stirbt der Schenker vor Ablauf dieser Frist, kommt kein gültiger Schenkungsvertrag zustande, weshalb der Beschenkte keinen klagbaren Anspruch gegen die Erben des Schenkers hat.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 15. Juni 2016

V. verstarb am 13. Mai [...] in G. Die Klägerin K. macht geltend, der Verstorbene habe ihr wenige Tage vor seinem Ableben, am 5. Mai [...], eine Schenkung über 1 Mio. Franken versprochen und der Bank X. eine entsprechende Zahlungsanweisung gegeben. Mit Schreiben vom 17. und 26. Mai [...] forderte K. die Bank X. auf, den Zahlungsauftrag auszuführen. Dem kam die Bank X. nicht nach und verlangte unter Berufung auf das Bankgeheimnis einen Totenschein und eine Erbenbescheinigung, bevor Auskunft über das Bestehen eines allfälligen Kundenverhältnisses zu V. bzw. allfällig bei ihr deponierte Vermögenswerte des Verstorbenen gegeben werden könne. Mit Eingabe vom 14. Juli [...] meldete der damalige Rechtsvertreter von K. die Forderung bei der Gemeindekanzlei G. an, beantragte die Aufnahme ins Nachlassinventar und informierte den testamentarisch als Alleinerben eingesetzten Bruder des Verstorbenen, B., entsprechend. Dieser bestritt mit Schreiben vom 20. Juli [...] den geltend gemachten Anspruch und forderte die Rückzahlung von Fr. 10000.–, welche K. vom Konto des Verstorbenen abgehoben habe.

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

5. Die Klägerin bringt ferner vor, die Vorinstanz habe verschiedentlich das Recht unrichtig angewendet sowie den Sachverhalt fehlerhaft festgestellt. So habe sie fälschlicherweise angenommen, der Beklagte habe seine Bestreitungen der Echtheit

der eingereichten Dokumente ausreichend im Sinne von Art. 178 ZPO begründet, und ihr, der Klägerin, deshalb zu Unrecht den Regelbeweis für die Echtheit der massgeblichen Urkunden auferlegt. Vielmehr könne sie als Klägerin die Vermutung der Echtheit von Art. 178 ZPO in Anspruch nehmen, da anderes vom Beklagten nicht rechtsgenügend glaubhaft gemacht worden sei, also nicht dargetan sei, dass die Echtheit der Dokumente weniger wahrscheinlich sei als deren Fälschung.

a) Die Beweislast für die Echtheit einer Urkunde trägt nach allgemeiner Regel (Art. 8 ZGB) jene Partei, die sich auf das Dokument beruft (Art. 178 ZPO). Indes ist die Echtheit nur zu beweisen, wenn sie von der anderen Partei ausreichend begründet bestritten wird. Die Bestreitung kann nicht bloss pauschal, sondern muss substantiiert erfolgen und beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Dokumentes (Inhalt oder Unterschrift) wecken (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7322; BK-Rüetschi, N 2 f. zu Art. 178 ZPO; Staehelin/Staehelin/ Grolimund, Zivilprozessrecht, § 18 N 99; BSK ZPO-Dolge, Art. 178 N 2; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 9.97; Gasser/ Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 178 N 2 f.; KUKO ZPO-Schmid, Art. 178 N 2). In der Lehre wird in diesem Zusammenhang teilweise der Begriff «Glaubhaftmachung» genannt, wobei jeweils nicht die Unechtheit der Urkunden, sondern die Umstände oder Indizien, welche beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Echtheit erwecken (Schönmann, OFK-ZPO, Art. 178 N 1; KUKO ZPO-Schmid, Art. 178 N 2), oder die Zweifel selbst glaubhaft gemacht werden sollen (Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 178 N 6). Einzig Rüetschi scheint für die «Bestreitung der Echtheit der Urkunde [...] das Beweismass der Glaubhaftmachung als genügend» und möglicherweise auch erforderlich zu erachten (BK-Rüetschi, N 2 f. zu Art. 178 ZPO), wobei er sich auf die soeben erwähnten Stellen bei Weibel und Schmid bezieht, welche diese Aussage gerade nicht enthalten, und ausserdem die Festlegung eines Beweismasses für die Bestreitung unüblich ist. Indessen verweisen alle drei Autoren auf BGE 132 III 140, wonach der Richter gestützt auf die vom Gläubiger vorgelegten Urkunden die provisorische Rechtsöffnung ausspricht, wenn die Fälschung nicht sofort glaubhaft gemacht wird (E. 4.1.2). Allerdings ergibt sich beim Rechtsöffnungsverfahren die Erforderlichkeit des Glaubhaftmachens nicht aus Art. 178 ZPO, sondern ist in Art. 82 Abs. 2 SchKG festgeschrieben. Ein strengerer Massstab scheint hier durchaus angebracht, steht es dem Betreibenden doch weiterhin offen, in einem ordentlichen Prozess auf Aberkennung der Forderung zu klagen (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Dagegen spricht der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck von Art. 178 ZPO, nämlich rein vorsorgliche, pauschale oder gar schikanöse Echtheitsbestreitungen zu verhindern (Schönmann, OFK-ZPO, Art. 179 N 1; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 178 N 5; Weibel, a.a.O., Art. 178 N 6), gegen allzu hohe Anforderungen an die Bestreitung (so auch Müller, mit dem Hinweis auf die nach wie vor massgebliche Grundregel von Art. 8 ZGB [a.a.O., Art. 178 N 5] sowie Schweizer, welcher von einem variablen Beweismass der Glaubhaftmachung in Abhängigkeit der relativen Kosten einer fehlerhaften Gewährung oder Verweigerung des Antrags ausgeht [Das Beweismass der Glaubhaftmachung, in: ZZZ, 2014/2015,

S.3ff.] und Leuenberger, für den sich bei der Glaubhaftmachung der Grad des Beweismasses aufgrund des gesetzgeberischen Zwecks der betreffenden Norm ergebe [Glaubhaftmachen, in: Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, La preuve dans le procès civil, S.118ff.]). In BGer 5A_586/2011 hat das Bundesgericht jedenfalls offen gelassen, ob und in welchem Umfang die Glaubhaftmachung ein strengerer Massstab ist als die «ausreichend begründete Bestreitung» im Sinne von Art. 178 ZPO (E.2.4.2). Letztlich kann diese Frage – wie die folgenden Erwägungen zeigen – auch hier offen bleiben; denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 138 III 232 E.4.1.1; BGE 130 III 321 E.3.3).

b) Um die eingeklagte Forderung zu beweisen, legt die Klägerin unter anderem die Kopie eines Zahlungsauftrags von V. an die Bank X. mit teilweise abgedecktem Begleitschreiben, das Doppel des Begleitschreibens sowie ein Schreiben von V. an sie, die Klägerin, ins Recht. Sie habe diese Dokumente am 5.Mai [...] gemäss den Instruktionen von V. abgefasst und dieser habe sie dann eigenhändig unterzeichnet. Der Beklagte bestreitet die Echtheit der Unterschriften auf diesen Dokumenten sowie dass der Inhalt dieser Dokumente, also im Wesentlichen die Überweisung von 1 Mio. Franken als Schenkung an die Klägerin, dem Willen von V. entspreche. Dabei verweist er auf verschiedene Umstände und Indizien, welche gegen die behauptete Schenkung sprechen würden. Im Folgenden ist im Einzelnen zu prüfen, ob diese Vorbringen ausreichen, um ernsthafte Zweifel an der Authentizität der Dokumente zu wecken.

c) Indizien, die gegen die Echtheit der fraglichen Urkunden sprechen, ergeben sich bereits aus diesen selbst. So unterscheiden sich die angeblich von V. stammenden Unterschriften auf den verschiedenen Dokumenten (Zahlungsauftrag, Begleitschreiben, Schreiben an die Klägerin), welche alle am gleichen Abend entstanden sein sollen, erheblich. Weiter hat O. auf den Begleitschreiben die «handschriftliche Ausführung dieser Verfügung durch Herrn V.» bestätigt, obwohl dies unbestrittenermassen nicht zutrifft. Hinzu kommt, dass die Unterschrift des Verstorbenen völlig ohne jeglichen Zusammenhang zum Text oder zur Grussformel an den unteren Rand des Blattes gesetzt wirkt. Unerklärlich ist zudem, weshalb die Klägerin diese Schreiben zweimal in identischer Form handschriftlich verfasst hat, wenn es offensichtlich auch möglich war, vor dem Versenden an die Bank X. eine Fotokopie davon zu erstellen. Weiter ist es ziemlich unglaubwürdig, dass jemand eine Vergütung über 1 Mio. Franken zulasten seines Bankkontos in Auftrag gibt, wenn dieses Konto gerade einmal ein Guthaben von rund Fr.10000.– aufweist, welches er dann auch noch – bevor die Bank X. Kenntnis vom Zahlungsauftrag erlangte – am Bankomaten in bar bezieht. Der Verstorbene hatte zwar durchaus ein Vermögen von mehr als 1 Mio. Franken, dieses war jedoch im Wesentlichen in Wertschriften (und einer Immobilie) angelegt. Es ist schwer vorstellbar, dass er in dieser Situation seine Bank X. beauftragte, 1 Mio. Franken «per sofort!» an eine Drittperson auszuhändigen, ohne nähere Angaben über die Modalitäten zu machen oder um Kontaktaufnahme (mit ihm) zu bitten. Allein

diese Umstände und Anhaltspunkte lassen ernsthafte Zweifel an der Echtheit der Urkunden aufkommen.

[...]

6. Die Klägerin begründet ihre Forderung damit, dass V. ihr vor seinem Tod 1 Mio. Franken geschenkt habe. Somit gilt es im Folgenden zu prüfen, ob ihr der Beweis für die behauptete Schenkung gelingt. Dabei ist mit der Vorinstanz davon auszugehen – auf die entsprechenden Erwägungen kann verwiesen werden – dass nur ein Schenkungsvertrag (unter Lebenden) in Betracht fällt, der Schenker handlungsfähig war, trotz Anweisung keine Schenkung von Hand zu Hand vorliegt und einzig das persönliche Schreiben an die Klägerin, zumindest im Zusammenhang mit dem Begleitschreiben an die Bank X., als formgültiges schriftliches Schenkungsversprechen angesehen werden könnte.

a) Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 243 Abs. 1 OR). Als rechtsgeschäftliche Erklärung muss es an den Empfänger gerichtet sein und ihm zukommen (BK-Becker, N2 zu Art. 243 OR). Das nicht formgerechte Schenkungsversprechen ist grundsätzlich nichtig (Schönenberger, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N5 zu Art. 243 OR; Huguenin, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, N369; BK-Becker, N4 zu Art. 243 OR). Der Schenkungsvertrag kommt nur und erst mit Annahme der Schenkungsofferte durch den Beschenkten zustande (BGE 136 III 142 E. 3.3; BGE 114 II 36 E. 2.b; BSK OR-Vogt/Vogt, Art. 239 N3). Die Annahme muss zu Lebzeiten des Schenkers erfolgen (BGE 96 II 79 E. 8.c; BSK OR-Vogt/Vogt, Art. 244 N 1; Schönenberger, a.a.O., N2 zu Art. 239 OR; Cavin, Schweizerisches Privatrecht VII/1, S. 184). Sind mit der Schenkung keine Auflagen oder Bedingungen verbunden, gilt sie in der Regel als angenommen, wenn sie nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird (Art. 6 OR; BSK OR-Vogt/Vogt, Art. 244 N1; Huguenin, a.a.O., N2870; Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, § 7 N33). In Abänderung der allgemeinen Grundsätze über Offerte und Annahme (Art. 3ff. OR) kann der Schenker die Zuwendung bis zum Eintreffen der Annahmeerklärung des Beschenkten bzw. bis zum Ablauf der angemessenen Frist jederzeit zurückziehen (Art. 244 OR; Koller, a.a.O., § 7 N35; BK-Becker, N1 zu Art. 244 OR; BSK OR-Vogt/Vogt, Art. 244 N1; Schönenberger, a.a.O., N2 zu Art. 244 OR; Cavin, a.a.O., S. 183). Stirbt der Schenker vor Ablauf dieser Frist, kommt kein gültiger Schenkungsvertrag zustande, weshalb der Beschenkte keinen klagbaren Anspruch gegen die Erben des Schenkers hat (BSK OR-Vogt/Vogt, Art. 244 N1).

b) Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass es sich beim Schreiben an die Klägerin, sollte es echt sein, zumindest im Zusammenhang mit dem Begleitschreiben an die Bank X., um ein schriftliches Schenkungsversprechen handelt. Gemäss den Behauptungen der Klägerin wurde dieses Schriftstück am 5. Mai [...] erstellt und von V. unterzeichnet, ihr jedoch nicht direkt persönlich übergeben, sondern per Einschreiben zugestellt, wobei V. das fragliche Kuvert erst am Freitag den 7. Mai [...] zur Post gebracht habe. Die Klägerin legt nicht dar, wann sie das Schreiben erhalten

hat. Berücksichtigt man, dass die schweizerische Post eingeschriebene Sendungen, die an einem Freitag aufgegeben werden, in der Regel am darauffolgenden Montag zustellt bzw., wenn die Zustellung nicht möglich war, gemäss der Empfangstheorie gemeinhin jener Tag, welcher auf den Tag des vergeblichen Zustellungsversuchs folgt, als Zugangstag gilt (Huguenin, a.a.O., N184 ff.), ist es denkbar, wenn auch nicht bewiesen, dass der Klägerin das Schenkungsversprechen noch vor dem Tod des (mutmasslichen) Schenkers (13. Mai [...]) zugekommen ist. Dass sie die Schenkung nach Eingang des schriftlichen Schenkungsversprechens ausdrücklich angenommen hat, behauptet sie nicht. Somit kommt nur eine stillschweigende Annahme mit Ablauf einer angemessenen Frist im Sinne von Art. 6 OR in Betracht. Daran würde auch nichts ändern, wenn die Klägerin V. am 5. Mai [...] mitgeteilt hätte, sie nehme die Schenkung an (bzw. wenn der Klägerin der Beweis für diese Behauptung gelingen würde, was jedoch ohnehin nicht der Fall ist, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen). Zum Zeitpunkt der behaupteten Annahme war ihr noch kein gültiges Schenkungsversprechen zugegangen, womit auch kein Schenkungsvertrag entstehen konnte. Auch die Klägerin geht davon aus, dass V. ihr das Schenkungsversprechen vielleicht deshalb nicht direkt nach dem Erstellen übergeben hatte, weil er sich die Zeit habe nehmen wollen, um nochmals darüber nachzudenken. Von einer antizipierten Annahme, wie sie allenfalls für andere Vertragsverhältnisse in Frage kommt, ist bei einem Schenkungsvertrag grundsätzlich nicht auszugehen, da andernfalls die Schutzwirkung von Art. 244 OR (Widerrufsrecht des Schenkers) umgangen werden könnte. Die vorab erklärte Annahme eines in Aussicht gestellten konkreten Schenkungsversprechens wäre aber immerhin bei der Bemessung der angemessenen Frist im Sinne von Art. 6 OR verkürzend zu berücksichtigen. Grundsätzlich ist dem Oblaten bei einer offerierten Schenkung von 1 Mio. Franken eine Bedenk- und Übermittlungsfrist (vgl. BK-Schmidlin, N59 zu Art. 6 OR; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, N28.40) von mindestens einigen Tagen zuzugestehen, sind doch durchaus auch Gründe abzuwägen, die gegen die Annahme eines so hohen Betrags sprechen. So überlegt sich jemand vielleicht, eine solche Summe nicht anzunehmen, weil er die Herkunft des Geldes nicht genau kennt, Auseinandersetzungen mit (vermeintlich) anderen Berechtigten oder (Steuer-)Behörden fürchtet, die Verantwortung oder Verwaltung nicht übernehmen will – insbesondere wenn es sich anstelle von Bargeld auch um Wertschriften handeln könnte – oder andere (allenfalls moralische) Bedenken hat. Hier wäre aufgrund der konkreten Umstände, selbst wenn man die (allerdings ohnehin nicht bewiesene) antizipierte Annahme berücksichtigen würde, von einer angemessenen Frist von mindestens drei Tagen auszugehen. Die Klägerin hat das Schreiben wohl am 10. oder 11. Mai [...] – eventuell auch später, entsprechende Parteibehauptungen fehlen – erhalten. V. ist am 13. Mai [...] verstorben, also möglicherweise noch vor Ablauf einer angemessenen Frist im Sinne von Art. 6 OR, allenfalls gar bevor der Klägerin das Schenkungsversprechen zugegangen ist, womit sie nicht nachgewiesen hat, dass ein gültiger Schenkungsvertrag zustande gekommen ist. Folglich ist die Klage und damit auch die Berufung abzuweisen. [...]

55

Art. 219, Art. 229 Abs. 2 und Art. 253 ZPO (SR 272). Ordnet der Summarichter einen zweiten Schriftenwechsel oder die Durchführung einer Verhandlung an, dürfen in der schriftlichen Replik und Duplik bzw. in den ersten Vorträgen anlässlich der Verhandlung Noven unbeschränkt vorgebracht werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 28. November 2016

Aus den Erwägungen:

3. Nach Eingang des Gesuchs vom 10. Februar 2016 räumte die Vorinstanz dem Schuldner die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme ein und teilte den Parteien mit, es sei keine Verhandlung vorgesehen, es sei denn, sie verlangten die Durchführung einer solchen. Dies tat der Schuldner in seiner Stellungnahme, worauf die Vorinstanz die Parteien im Zuge der Zustellung der Gesuchsantwort für den 21. April 2016 zur Verhandlung vorlud. Anlässlich derselben reichte der Vertreter der Gläubigerin eine Reihe neuer Akten ein, wogegen der Vertreter des Schuldners mit dem Antrag protestierte, die neu eingereichten Akten seien aus dem Recht zu weisen. Die Vorinstanz liess die Frage der prozessualen Zulässigkeit der erst an der Verhandlung eingereichten Akten in der Folge mangels Relevanz derselben offen, wogegen sich der Schuldner in der Beschwerde insofern wehrt, als er erneut beantragt, die anlässlich der Verhandlung eingereichten Akten seien aus dem Recht zu weisen. Der Rechtsöffnungsrichter sei zwar, so der Schuldner, befugt, dem Gläubiger Gelegenheit zur Nachreichung von Urkunden zu geben. Der Schuldner müsse jedoch seinerseits Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, was vorliegend insofern nicht der Fall gewesen sei, als er, der Schuldner, seine Stellungnahme bereits am 22. Februar 2016 eingereicht habe, die Gläubigerin daher genügend Zeit gehabt hätte, Urkunden nachzureichen, falls sie dies aufgrund der Gesuchsantwort für erforderlich gehalten hätte, dies dann aber erst in der Verhandlung getan habe, womit ihm verwehrt geblieben sei, zu den neuen Akten Stellung zu nehmen, und deshalb auch sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

Der Vorwurf der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist unbegründet: Gemäss Verhandlungsprotokoll reichte der Gläubigervertreter die Akten zu Beginn seines ersten Vortrags mit den Plädoyernotizen ein. Der Schuldner beantragte in der Folge, die neuen Akten seien aus dem Recht zu weisen, und erklärte anschliessend, «diese Urkunden würden jedoch sowieso nichts ändern». Er hatte mithin durchaus die Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. hätte, wenn er der Meinung gewesen wäre, er benötige Zeit für die Prüfung der neu eingereichten Unterlagen, eine Unterbrechung der Verhandlung verlangen können. Dies hat er offensichtlich nicht getan, weshalb davon auszugehen ist, dass er zu einer Stellungnahme in der Lage war und insofern eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu verneinen ist. Zu

verneinen ist sie aber auch unter dem Aspekt, dass die Einreichung nicht unmittelbar nach Zustellung der Gesuchsantwort, sondern erst in der Verhandlung erfolgte. Die diesbezügliche Argumentation des Schuldners scheint sich an den Grundsätzen zur Noven- bzw. Replik eingabe zu orientieren, wonach eine solche unverzüglich, in der Regel aber längstens innert zehn Tagen nach Entdeckung des Novums resp. Zustellung der Eingabe der Gegenpartei, einzureichen ist (vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO, Ziff. 2.7 Richtlinien des Kantonsgerichts zu den Fristen und zur Feststellung des Ausbleibens an der Verhandlung vom 9. Mai 2014 und BGer 5A_1022/2015 E. 3.2.2). Soweit der Schuldner das Replikrecht im Auge hat, kann ihm dabei von vornherein deshalb nicht gefolgt werden, weil dieses in den Fällen, in denen wie hier keine Frist für eine Replik angesetzt wird, nur besagt, dass das Gericht nicht vor Ablauf einer (üblichen) Frist von zehn Tagen entscheiden darf, was aber die Zulässigkeit von Akten, welche nach Ablauf dieser Frist, aber vor der Entscheidfällung eingereicht werden, nicht ausschliesst.

Die Beurteilung der Argumentation des Schuldners unter dem Aspekt des Novenrechts sodann hat vor dem Hintergrund der Frage nach dem Aktenschluss im Rechtsöffnungsverfahren zu erfolgen. Die Argumentation wäre dabei dann stichhaltig, wenn man – dies tat der Schuldner noch vorinstanzlich, im Beschwerdeverfahren aber nicht mehr, zumindest nicht mehr ausdrücklich – davon ausginge, Aktenschluss sei vorbehaltlich des Novenrechts und von Amtes wegen vorzunehmender Abklärungen mit der Gesuchsantwort eingetreten; dann hätten die neuen Akten in der Tat auf jeden Fall innert längstens zehn Tagen nach Zustellung der Gesuchsantwort eingereicht werden müssen. In diese Richtung geht der Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 21. September 2012 i.S. ZK 2012 217, in dem das Obergericht festgehalten hat, dass die Novenschranke im summarischen Verfahren grundsätzlich nach den ersten Vorträgen eintrete und ein Nachreichen von Unterlagen im Rechtsöffnungsverfahren im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels nur dann möglich sei, wenn die entsprechende Urkunde zur Widerlegung eines nicht zu erwartenden Vorbringens des Schuldners diene, woran auch die richterliche Fragepflicht und der beschränkt geltende Untersuchungsgrundsatz nicht änderten (vgl. auch Erik Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 27, und Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 257 N 19 ff.). Diese Auffassung vermag grundsätzlich, auf jeden Fall aber vorliegend nicht zu überzeugen: Ausgangspunkt bildet Art. 219 ZPO. Danach gelten die Bestimmungen zum ordentlichen Verfahren sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Anwendbarkeit des aus Art. 229 Abs. 2 ZPO – danach können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der (Haupt-)Verhandlung unbeschränkt vorgebracht werden, wenn weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat – hervorgehenden Grundsatzes, dass in einem erstinstanzlichen Verfahren jede Partei das Recht zu einem zweimaligen Sachenvortrag hat, ist damit für das Summarverfahren zumindest nicht ausgeschlossen. Das Gesetz spricht in Art. 253 ZPO zwar nur von der mündlichen oder schriftlichen

Stellungnahme der Gegenpartei, was auf einen einmaligen Vortrag schliessen lässt, Lehre und Rechtsprechung sind sich aber, soweit ersichtlich, einig darin, dass der Summarrichter einen zweiten Schriftenwechsel anordnen kann und es, vorbehaltlich anderer gesetzlicher Bestimmungen wie insbesondere Art.6 Ziff.1 EMRK, in seinem Ermessen liegt, in Anwendung von Art.259 Abs.1 ZPO (vgl. auch Art.84 Abs.2 SchKG) auf die Durchführung einer Verhandlung zu verzichten und aufgrund der Akten zu entscheiden (Klingler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art.253 N9). Entscheidet sich der Summarrichter vor diesem Hintergrund – im Hinblick insbesondere auf die Klärung der gegenseitigen Standpunkte – für die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels oder einer Verhandlung, dann ist an diese verfahrensleitende Anordnung konsequenter- und sinnvollerweise auch die Rechtsfolge der Möglichkeit zum zweiten Tatsachenvortrag anzuknüpfen (in diesem Sinne Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N11.172a und 11.173). Daran ändern weder das das Summarverfahren beherrschende Beschleunigungsgebot noch Überlegungen der Rechtssicherheit etwas. Was dabei das Beschleunigungsgebot betrifft, so führt nicht der Umstand, dass die Parteien im zweiten Vortrag allenfalls neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, zu einer massgeblichen Verzögerung, sondern die Anordnung des zweiten Schriftenwechsels bzw. die Durchführung einer Verhandlung an sich, weshalb, wenn überhaupt, Letzteres, nicht aber das im zweiten Vortrag Vorgebrachte (als prozessual unzulässig) zu beanstanden wäre. Und mit Bezug auf die Rechtssicherheit ist zwar einzuräumen, dass mit der unbeschränkten Zulassung von (neuen) Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln in einem allfälligen zweiten Schriftenwechsel bzw. im ersten Vortrag der (Haupt-)Verhandlung der Aktenschluss im Summarverfahren in Abhängigkeit von der Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels bzw. einer Verhandlung eintritt. Dies erscheint jedoch insofern unproblematisch, als die Parteien keinen Anspruch auf diese Durchführung haben und entsprechend gut daran tun, schon im Gesuch bzw. in der Gesuchantwort das Tatsächliche ihres Standpunkts umfassend vorzutragen, um dem Risiko zu entgehen, dass ihnen für eine Ergänzung ihrer Darstellung kein zweiter Vortrag eingeräumt wird (vgl. GVP 2014 Nr.62). Nicht zuletzt auch angesichts der Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen einerseits ergänzenden neuen Behauptungen und Beweismitteln und andererseits solchen, welche nur im Rahmen einer Replikeingabe zur Wahrung des rechtlichen Gehörs bzw. in einer eigentlichen Noveneingabe zulässig erscheinen – letztere Vorbringen halten auch die Befürworter des Aktenschlusses mit dem ersten Vortrag für zulässig (vgl. OGer BE ZK 12/2017 E.25 und Sutter-Somm/Lötscher, ZPO Komm., Art.257 N21) –, lässt sich deshalb mit dem Gebot der Rechtssicherheit durchaus vereinbaren, die uneingeschränkte Zulässigkeit des Vorbringens von Angriffs- und Verteidigungsmitteln in einem zweiten Vortrag daran anzuknüpfen, ob der Rechtsöffnungsrichter einen zweiten Schriftenwechsel oder die Durchführung einer Verhandlung angeordnet hat. Dies gilt im vorliegenden Verfahren – gerade auch unter dem Aspekt des Beschleunigungsgebots – umso mehr, als es der Schuldner war, der die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat und

es daher im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot, mit welchem der Aktenschluss mit dem ersten Vortrag begründet wird, widersprüchlich erscheint, wenn er sich auf diesen Aktenschluss beruft.

Entgegen dem Antrag des Schuldners haben daher die von der Gläubigerin anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz eingereichten zusätzlichen Akten und die damit verknüpften Behauptungen nicht unberücksichtigt zu bleiben. Ob sie allerdings von Bedeutung sind, wird im betreffenden Zusammenhang zu prüfen sein.

56

Art. 227 Abs. 1 ZPO (SR 272). Voraussetzungen, unter denen der sachliche Zusammenhang bei Klageänderung gegeben ist. Bejaht im Fall einer vorerst eingeklagten Forderung aus Mietzinsausständen und mittels Klageänderung zusätzlich geltend gemachten Schadenersatzes wegen Mieterschäden bei Rückgabe der Mietsache.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 25. Mai 2016

Aus den Erwägungen:

III.

1. Der Kläger hat an der Schlichtungsverhandlung lediglich die Bezahlung ausstehender Mietzinsen im Betrag von Fr. 5800.– gefordert, im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens aber zusätzlich Verzugszinsen auf den ausstehenden Mietzinsen sowie – zunächst unbeziffert, anschliessend beziffert – Schadenersatz für Mieterschäden geltend gemacht. Die Vorinstanz sah darin eine zulässige Klageänderung. Entsprechend trat sie auf die neuen Rechtsbegehren des Klägers ein und hiess zusätzlich zur Mietzinsforderung auch die Schadenersatzforderung teilweise gut und sprach Verzugszinsen zu. Vorliegend unstrittig ist dabei der vorinstanzliche Klageschutz über Fr. 5800.– für die Forderung ausstehender Mietzinsen. Vom Beklagten in keiner Weise bemängelt und damit unstrittig ist sodann auch die quantitative Bemessung der vorinstanzlich zugesprochenen Schadenersatzforderung über Fr. 9874.05. Umstritten und vorliegend zu prüfen ist hingegen, ob die Vorinstanz in prozessualer Hinsicht überhaupt eine Klageänderung zulassen und neben der klägerischen Forderung für ausstehende Mietzinsen auch die Schadenersatzforderung sowie die Verzugszinsforderung beurteilen durfte.

2. Als Klageänderung gilt die Änderung des Streitgegenstandes, der bei nicht individualisierten Ansprüchen aus dem Rechtsbegehren und dem Lebenssachverhalt besteht (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N 1; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 73

und 11.111; vgl. auch BGE 139 III 126 E.3.2.3). Wird dabei, wie vorliegend, eine Schlichtungsverhandlung durchgeführt, ist eine Klageänderung nach Erteilung der Klagebewilligung nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO zulässig (Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N25; BK-Killias, N19 zu Art. 227 ZPO). Demnach muss der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen sein wie der bisherige (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Sodann muss das mit der bisherigen Klage befasste Gericht auch für die geänderte oder neue Klage sowohl örtlich als grundsätzlich auch sachlich zuständig sein (BK-Killias, N28ff. zu Art. 227 ZPO; Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N30a ff.; BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N40f.; vgl. aber Art. 227 Abs. 2 ZPO für den Fall, dass der Streitwert der geänderten Klage die sachliche Zuständigkeit übersteigt). Zudem muss der geänderte oder neue Anspruch mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang stehen oder es muss die Zustimmung der Gegenpartei zur Klageänderung vorliegen (Art. 227 Abs. 1 ZPO).

[...]

4. a) Das Bundesgericht hat sich bisher nicht ausdrücklich zur Frage geäussert, wann der vom Gesetz geforderte sachliche Zusammenhang i.S.v. Art. 227 ZPO gegeben ist (vgl. BGer 4A_255/2015 E.2.2). Das Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs zwischen mehreren Ansprüchen wird indes mit den grundsätzlich gleichen Kriterien auch beim Gerichtsstand für die Widerklage (Art. 14 Abs. 1 ZPO), beim Gerichtsstand bei objektiver Klagehäufung (Art. 15 Abs. 2 ZPO) sowie bei der Überweisung bei zusammenhängenden Verfahren (Art. 127 ZPO) verlangt (BK-Killias, N38 zu Art. 227 ZPO; vgl. das Erfordernis der Konnexität bei BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N28). Basierend auf der Lehre können dabei drei Abstufungen unterschieden werden:

aa) Der sachliche Zusammenhang ist ohne weiteres gegeben, wenn gestützt auf den gleichen Lebenssachverhalt ein weiterer oder anderer Anspruch geltend gemacht wird, der das Rechtsbegehren verändert (BK-Killias, N39 zu Art. 227 ZPO; Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N18; vgl. BGer 4A_255/2015 E.2.2.1 und 2.2.3). Solange der Lebenssachverhalt unverändert bleibt, kann dabei neben dem Rechtsbegehren auch der Sachverhalt ergänzt oder erweitert werden (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N31). Entsprechend kann eine Klage beispielsweise durch zusätzliche Schadenersatzansprüche ergänzt werden, die erst im Laufe des Prozesses entstanden sind, sofern diese neben den bisherigen Ansprüchen bestehen können (sog. Anspruchskumulation; BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N32; BK-Killias, N39 zu Art. 227 ZPO; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N8; vgl. aber Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N19, der in diesem Zusammenhang nur Schadenersatzansprüche erwähnt, die im Laufe des Prozesses grösser geworden sind). Auch Verzugszinsen können ohne weiteres erst nachträglich geltend gemacht werden (Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N19; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N4; vgl. BK-Killias, N12 zu Art. 227 ZPO, wonach die nachträgliche Geltendmachung von Nebenpunkten wie Verzugszinsen gar keine Klageänderung darstellt).

bb) Der sachliche Zusammenhang ist sodann auch gegeben, wenn ein anderer oder weiterer Anspruch geltend gemacht wird, der zwar nicht dem gleichen Lebenssachverhalt entstammt, mit dem ursprünglichen Lebenssachverhalt aber in einem engen Zusammenhang steht, mitunter einen benachbarten oder konnexen Lebenssachverhalt betrifft (Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N21; BK-Killias, N40 zu Art. 227 ZPO; BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N34, je mit Hinweisen; vgl. BGer 4A_255/2015 E. 2.2.1 und 2.2.3). Die Lebenssachverhalte müssen sich diesfalls immerhin berühren und gleichartige oder ähnliche Tatbestände erzeugen können. Bei der Entscheidung, ob die notwendige Konnexität gegeben ist oder nicht, ist zudem hilfsweise zu berücksichtigen, inwieweit sich die Klageänderung auf die Rechtsstellung des Beklagten auswirkt und ob der bisherige Prozessstoff für die Klage nach der Änderung weiterhin verwertbar bleibt. Jedenfalls darf aber kein völlig neuer Tatbestand in den Prozess eingeführt werden, der einen eigenen Anspruch erzeugt, welcher sich mit dem aus dem ursprünglichen Lebenssachverhalt abgeleiteten Anspruch nicht berührt (BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N34).

cc) Ausnahmsweise ist der sachliche Zusammenhang schliesslich auch zu bejahen, wenn sich ein anderer oder weiterer Anspruch zwar auf einen verschiedenen Lebenssachverhalt stützt, aber eine enge rechtliche Beziehung besteht (BK-Killias, N40 zu Art. 227 ZPO; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N9; a.M. BSK ZPO-Willisegger, Art. 227 N36). Eine solche kann insbesondere vorliegen, wenn sich Ansprüche auf denselben Vertrag stützen (vgl. BGE 129 III 230 E. 3.1 m.w.H.).

b) Vorliegend beruhen sowohl die Forderung wegen ausstehender Mietzinsen als auch die Schadenersatzforderung wegen Mängeln an der Mietsache auf dem gleichen Mietverhältnis bzw. dem gleichen Mietvertrag zwischen den Parteien. Dies verdeutlicht zwar die enge rechtliche Beziehung zwischen den Ansprüchen, reicht indes, wie der Beklagte zu Recht geltend macht, für sich allein noch nicht zur Begründung eines sachlichen Zusammenhangs i.S.v. Art. 227 ZPO aus. Dieser ergibt sich jedoch, wie nachfolgend dargelegt, bei näherer Betrachtung des Zusammenspiels zwischen den beiden Ansprüchen.

aa) Die Verpflichtung zur Zahlung von Mietzinsen entsteht grundsätzlich mit Abschluss des Mietvertrages (Art. 253 OR), Schadenersatzansprüche nach Art. 267 und 267a OR wegen Mängeln an der Mietsache hingegen erst bei der Rückgabe des Mietobjekts. Wie der Beklagte ausführt, ist es folglich zutreffend, dass zum Zeitpunkt der Schlichtungsverhandlung wegen ausstehender Mietzinsen noch gar keine Schadenersatzansprüche wegen Mängeln bestanden, da die Wohnungsrückgabe erst nach der Schlichtungsverhandlung stattfand. Unzutreffend ist hingegen die Schlussfolgerung des Beklagten, dass aufgrund der zeitlich auseinanderfallenden Entstehung der beiden Ansprüche diese nicht auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruhen könnten. Eine Klageänderung gemäss Art. 227 ZPO verlangt gerade nicht, dass die Ansprüche in einem zeitlichen Zusammenhang stehen. Gefordert ist vielmehr ein sachlicher Zusammenhang. Vorliegend haben sowohl die Forderung wegen ausstehender Mietzinsen als auch die Schadenersatzforderung wegen Mängeln an

der Mietsache ihren Ursprung in der Kündigung des Mietverhältnisses und der damit zusammenhängenden Rückgabe der Mietsache. Wie von der Vorinstanz unbestritten festgestellt, hat der Beklagte nach der Kündigung durch den Kläger keine Mietzinsen mehr bezahlt. Der Mietzinsausstand wurde somit durch die Kündigung ausgelöst. Als Folge der Kündigung war der Beklagte sodann zur Rückgabe der Mietwohnung verpflichtet. Dabei wurden die Mängel festgestellt, welche der Kläger mit der Schadenersatzforderung geltend macht. Auch die Schadenersatzansprüche sind somit erst durch die Kündigung und die damit zusammenhängende Rückgabe der Mietsache entstanden. Den Zusammenhang zwischen dem Entstehen der beiden Ansprüche bestätigt der Beklagte im Übrigen sogar selber, indem er in seiner Stellungnahme vom 22. November 2014 ausdrücklich ausführt, dass er nach der Kündigung «die Zahlung der letzten Miete, das Aufräumen, der Garten und das Putzen» [...] «bewusst zurückgehalten» habe.

Damit ergibt sich, dass beide hier geltend gemachten Ansprüche ihren Ursprung im Lebenssachverhalt der Kündigung des Mietverhältnisses haben. Sie beruhen demzufolge auf dem gleichen, jedenfalls aber auf einem benachbarten oder konnexen Lebenssachverhalt. Zudem ist weder ersichtlich noch auch nur ansatzweise (rechtzeitig) geltend gemacht worden, dass die Verteidigung des Beklagten durch die Klageänderung übermässig erschwert worden wäre (zumal der Beklagte zum Schlichtungsverfahren ohnehin nicht erschienen ist) oder der Prozess dadurch zum Nachteil des Beklagten verschleppt worden sei. Vielmehr sprechen vorliegend gerade auch Gründe der Prozessökonomie klar dafür, die erst nach der Schlichtungsverhandlung zu Tage getretenen Mängel an der Mietsache noch zu berücksichtigen und über beide Ansprüche gemeinsam zu entscheiden.

b) Die Behauptung des Beklagten, es handle sich vorliegend um einen völlig neuen Tatbestand bzw. um komplett unterschiedliche Lebenssachverhalte, überzeugt hingegen nicht. Daran vermag auch sein Hinweis auf einen Entscheid des Kantonsgerichts vom 6. Januar 2012 i.S. FS.2011.43 sowie auf einen (vorliegend ohnehin nicht bindenden) Entscheid des Zürcher Mietgerichts vom 19. September 2012 i.S. MG110015-L/U nichts zu ändern. Ersterer betraf ein Begehren um Erlass sichernder Massnahmen sowie um Abänderung der Unterhaltsregelung in einem Eheschutzverfahren, folglich einen vollkommen anderen Sachverhalt. Der Zweite behandelte eine mietrechtliche Streitigkeit, in welcher die Mieterin vor der Schlichtungsbehörde zunächst eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes geltend machte und übermässig bezahlte Mietzinse in der Höhe der Nebenkostennachzahlung zurückforderte, anschliessend aber ihr Rechtsbegehren modifizierte und ihre Forderung zusätzlich mit Mängeln am Mietobjekt wegen Bauarbeiten begründete (Entscheid des Zürcher Mietgerichts vom 19. September 2012 i.S. MG110015-L/U, S. 11 f.). Auch dieser Sachverhalt war somit anders gelagert, weshalb die darin gezogenen Schlüsse nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden können.

c) Somit ist der bereits von der Vorinstanz festgestellte sachliche Zusammenhang zwischen dem vom Kläger ursprünglich geltend gemachten Anspruch wegen

ausstehender Mietzinsen und dem erst später zusätzlich geltend gemachten Schadenersatzanspruch wegen Mängeln an der Mietsache klar gegeben.

[...]

57

Art. 243 Abs. 2 und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO (SR 272). Ein Anspruch, der wegen seiner Rechtsnatur streitwertunabhängig dem vereinfachten Verfahren mit beschränktem Untersuchungsgrundsatz untersteht, kann seiner Beurteilung in dieser Verfahrensart nicht durch Kombination mit einem Anspruch, auf den das ordentliche Verfahren anwendbar ist, entzogen werden.

Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 29. Juni 2016

Die Beklagte vermietete dem Kläger Gewerberäumlichkeiten. Dieser machte beim Kreisgericht gestützt auf zwei Klagebewilligungen einerseits Mängelrechte im Zusammenhang mit Mietzinshinterlegungen geltend. Andererseits verlangte er erstens rückwirkend und zukünftig die Erstellung der Heizkostenabrechnung nach einem verbrauchsabhängigen Modell, zweitens die Mietzinsrückerstattung wegen unzureichender Raumtemperaturen, drittens die Feststellung, dass die Mietkaution nicht (mehr) zu hinterlegen sei, sowie viertens die Herausgabe eines Übergabeprotokolls. Die Einzelrichterin beurteilte sämtliche Ansprüche im vereinfachten Verfahren. Im Berufungsverfahren mass die Beklagte den letztgenannten vier Rechtsbegehren einen Streitwert von insgesamt über Fr. 30 000.– zu und verlangte deren Rückweisung an das Kreisgericht zur Beurteilung im ordentlichen Verfahren in Dreierbesetzung.

Aus den Erwägungen:

III.

1. Die Beklagte begründet ihren – sich (nur) auf die angefochtenen Teile des erstinstanzlichen Entscheids beziehenden – Antrag um Rückweisung an das Kreisgericht zum Entscheid durch das Kollegialgericht im Wesentlichen damit, aufgrund des Streitwerts der in der Klageschrift gestellten Anträge wäre nicht das vereinfachte Verfahren anwendbar und daher auch nicht die Einzelrichterin zur Beurteilung der Streitsache zuständig gewesen. Die Einzelrichterin führte im angefochtenen Entscheid zur Frage ihrer sachlichen Zuständigkeit aus, gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO gelte für Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren, sofern (unter anderem) die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen betroffen sei. Letzteres sei hier aufgrund der Rechtsbegehren in der Klageschrift

der Fall, weshalb gemäss Art.6 Abs.1 lit.b EG-ZPO unabhängig vom Streitwert der Einzelrichter oder die Einzelrichterin im vereinfachten Verfahren zuständig sei. Dazu fällt Folgendes in Betracht:

a/aa) Der für die sachliche Zuständigkeit massgebende Streitwert wird durch das Rechtsbegehren im Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht bestimmt (Art.91 Abs.1 ZPO; BSK ZPO-Rüegg, N7 zu Art.91 ZPO; BGE 141 III 137 E.2.2).

bb) Im Kanton St.Gallen entscheidet der/die Einzelrichter/-in unter anderem in Fällen, auf die das vereinfachte Verfahren anwendbar ist (Art.6 Abs.1 lit.b EG-ZPO). Das vereinfachte Verfahren gilt grundsätzlich für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr.30000.– (Art.243 Abs.1 ZPO). Ohne Rücksicht auf den Streitwert kommt es unter anderem auf Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht zur Anwendung, sofern die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses betroffen ist (Art.243 Abs.2 lit.c ZPO). Dabei geht die Lehre, soweit sie sich näher mit dieser Frage befasst, weitgehend einhellig davon aus, dass immer dann, wenn der Mieter die ihm nach Art.259a OR zustehenden Mängelrechte in Verbindung mit einer Mietzinshinterlegung geltend macht, streitwertunabhängig das vereinfachte Verfahren gilt, während ohne einen solchen Zusammenhang für die Verfahrensart der Streitwert massgebend ist (BSK ZPO-Mazan, N19b zu Art.243 ZPO; Bohnet, *Le droit du bail en procédure civile suisse*, in: 16e Séminaire sur le droit du bail, Hrsg. Bohnet/Wessner, N111; Dietschy, *Le déroulement de la procédure simplifiée*, in: *Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens*, Hrsg. Bohnet, N9; Hauck, ZPO Komm., N20 S.1785 zu Art.243 ZPO [wobei Letzterer mit den erwähnten Mängelrechten «nach Art.259g OR» nach dem Kontext und den Zitathinweisen zu schliessen offenbar die Mängelrechte nach Art.259a OR meint]). Soweit die Mängelbeseitigung (Art.259a Abs.1 lit.a OR) betroffen ist, ergibt sich Ersteres denn auch ohne weiteres aus dem Gesetz selbst, welches die Mietzinshinterlegung an den ungenutzten Ablauf einer vom Mieter dem Vermieter angesetzten Frist zur Mängelbeseitigung knüpft (Art.259g f. OR). Aber auch hinsichtlich der übrigen Mängelrechte besteht kein Anlass, von der vorstehenden Lehrmeinung abzuweichen. Denn gemäss Botschaft sollen mit Art.243 Abs.2 ZPO «besonders sensible Materien des sozialen Privatrechts [...] ohne Rücksicht auf den Streitwert dem vereinfachten Verfahren zugewiesen» werden, und es ist nicht ersichtlich, warum diese Schutzfunktion – die im Übrigen gemäss Art.247 Abs.2 lit.a ZPO streitwertunabhängig auch den sozialen Untersuchungsgrundsatz umfasst – nach dem Willen des Gesetzgebers allein deshalb entfallen soll, weil der Mieter neben der Mängelbeseitigung und einer damit verbundenen Mietzinshinterlegung noch von weiteren der ihm gesetzlich zustehenden Mängelrechte Gebrauch macht. Dies muss insbesondere für die hier zur Debatte stehende Mietzinsreduktion (Art.259a Abs.1 lit.b OR) gelten, die unmittelbare Ansprüche aus dem Mietvertrag ausgleichen soll. Ob – was in der Lehre als nicht ganz unumstritten gilt (vgl. Killias, Berner Kom-

mentar, N51 a.E. zu Art. 243 ZPO, mit Verweis) – bei Schadenersatzansprüchen nach Art. 259a Abs. 1 lit. c OR dann, wenn sie den Betrag von Fr. 30 000.– übersteigen, allenfalls davon abzuweichen ist, kann hier mangels Relevanz offen bleiben. Beizufügen bleibt, dass sich die hiervor zitierte Lehrmeinung nur auf die Mängelrechte nach Art. 259a OR bezieht. Die Ansicht, dass – wovon die Vorinstanz auszugehen scheint – jedwelche Ansprüche aus dem Mietverhältnis, die auch sonst nicht unter Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO fallen, immer dann, wenn auch eine Mietzinshinterlegung betroffen ist, im vereinfachten Verfahren zu beurteilen wären, wird hingegen in der Lehre soweit ersichtlich nicht vertreten. Solches entspräche denn auch kaum dem Willen des Gesetzgebers, der – zwar immerhin, aber doch auch nur – ausgewählte miet- und pachtrechtliche Ansprüche von der in Art. 243 Abs. 1 ZPO statuierten Streitwertgrenze ausnehmen wollte.

cc) Gemäss Art. 90 ZPO kann die klagende Partei mehrere Ansprüche gegen dieselbe Gegenpartei in einer Klage vereinen, sofern das gleiche Gericht dafür sachlich zuständig und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist. Nach herrschender Auffassung sind in solchen Fällen objektiver Klagenhäufung zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit und der Verfahrensart – sofern diese streitwertabhängig sind – die Streitwerte vorab zusammenzuzählen, es sei denn, die Ansprüche schliessen sich, wie etwa Haupt- und Eventualbegehren, gegenseitig aus (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Dies kann zur Folge haben, dass auch dann, wenn auf einzelne der Ansprüche gestützt auf Art. 243 Abs. 1 ZPO an sich das vereinfachte Verfahren anwendbar wäre, der ganze Streit im ordentlichen Verfahren durchzuführen ist (Art. 93 Abs. 2 ZPO e contrario; BSK ZPO-Rüegg, N5 zu Art. 93 ZPO; Markus, Berner Kommentar, N14 zu Art. 90 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N6.28f.; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, N10f. zu Art. 90 ZPO). Anders verhält es sich, wenn ein Anspruch wegen seiner Rechtsnatur gemäss Art. 243 Abs. 2 und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO streitwertunabhängig dem vereinfachten Verfahren und dem beschränkten Untersuchungsgrundsatz untersteht: Ein solcher Anspruch kann seiner Beurteilung im vereinfachten Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz nicht durch Kombination mit einem Anspruch, auf den das ordentliche Verfahren anwendbar ist, entzogen werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N6.29; Gasser/Rickli, a.a.O., N11 zu Art. 90 ZPO; BSK ZPO-Rüegg, N5 zu Art. 93 ZPO; Sterchi, Berner Kommentar, N7 zu Art. 93 ZPO).

[...]

58

Art. 296 ZPO (SR 272). Die Official- und die Untersuchungsmaxime gelten auch beim Volljährigenunterhalt.

Kantonsgericht, II. Zivilkammer, 29. April 2016

Aus den Erwägungen:

1. Die Berufungskläger (Eltern) machen geltend, die Berufungsbeklagte (das volljährige Kind V bzw. das Sozialamt) bringe unzulässige Noven vor [...]. Soreiche sie neue Belege ein, die sie schon vor erster Instanz hätte vorlegen können. Es handle sich damit um unechte Noven. Die eingereichten Unterlagen zu den Suchbemühungen von V [...] würden alle aus dem Jahre 2010 datieren. Mit der verspäteten Einreichung der Unterlagen im Berufungsverfahren habe die Berufungsbeklagte ihr Novenrecht verwirkt.

In Kinderbelangen, wozu auch der Kinderunterhalt gehört, gelten die Official- und die Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO; BGer 5A_285/2013, E. 4.3), womit das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat und die Novenbeschränkung entfällt (vgl. wohl konkludente Anerkennung in BGer 5A_22/2014 und 5A_833/2012; ZR 2011, 317; OGer ZH vom 8. Mai 2013, LC130019-O/U, www.gerichte-zh.ch; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 317 ZPO, N14; Seiler, Die Berufung nach ZPO, N1264, 1266; FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anh. ZPO, Art. 296 ZPO, N9ff.; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N11.43; a.M. BGE 138 III 625, E. 2.2, der sich aber nicht auf das Familienrecht bezieht). Diese Verfahrensregeln finden grundsätzlich auch beim Volljährigenunterhalt Anwendung (Herzig, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Rz930; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Vorbem. zu den Art. 295-304 ZPO, N4; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N11.01 i.V.m. N11.26, 11.42 und 11.43; Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 290 ZPO, N25; BernerKomm ZPO/Killias, Art. 219 ZPO, Rz42 und 43 sowie BernerKomm ZPO/Spycher, Art. 295 ZPO, Rz6 und Art. 296 ZPO, Rz10; BaslerKomm ZPO/Steck, vor Art. 295-304 ZPO, N1 und Art. 295, N2; OGer ZH vom 5. Dezember 2014, LZ140010, www.gerichte-zh.ch; Weiterbildungsveranstaltung vom 13. November 2012, Nachrichten zum Familienrecht 1/13, www.gerichte.sg.ch).

Im Übrigen ist das Gericht im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes frei, zusätzliche Abklärungen zu treffen (vgl. BGE 128 III 411, E. 3.2.1; BGer 5A_722/2007, E. 5.2). Solche erweisen sich in Kinderbelangen, in denen der Familiengeschichte wie auch der aktuellen Familiensituation Rechnung zu tragen sowie eine zukunftsgerichtete Lösung zu suchen ist, wobei die familiären Beziehungen zwischen Kind und Eltern möglichst nicht noch mehr belastet werden dürfen, regelmässig sowohl als notwendig als auch als sachgerecht. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich ebenfalls, die im Berufungsverfahren eingereichten Unterlagen zu den früheren Stellenbewerbungen von V zuzulassen. Hinzu kommt, dass das Gericht vorliegend gestützt auf Art. 247 Abs. 1 ZPO wohl ohnehin von sich aus, aufgrund der sich aus dem Untersuchungsgrundsatz ergebenden Pflicht, entsprechende Abklärungen getätigt hätte, nachdem die Berufungsbeklagte in ihren Eingaben entsprechende Ausführungen über frühere Bewerbungen von V gemacht hatte.

Damit sind hier alle Vorbringen und Unterlagen der Parteien zuzulassen.

59

Art. 317 Abs. 1 und Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO (SR 272). Wird ein Verfahren vom Kantonsgericht an die Vorinstanz zurückgewiesen, ist sowohl das Kreisgericht, an das die Sache zurückgeht, als auch das Kantonsgericht selber, wenn es erneut über die Sache zu entscheiden hat, an die im Rückweisungsentscheid vertretene Rechtsauffassung gebunden. Die Bindungswirkung besteht in Bezug auf alle Punkte, die dem Entscheid zugrunde liegen, und unter dem Vorbehalt, dass die Urteilsgrundlagen dieselben geblieben sind. In einem erneuten Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel nach Massgabe von Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig, wenn sie die Gegenstand der Rückweisung bildenden Streitpunkte betreffen. Mit Bezug auf die bereits entschiedenen Punkte können weder neue rechtliche Argumente noch Noven vorgebracht werden.

Kantonsgericht, verfahrensleitende Richterin, 17. November 2016

Aus den Erwägungen:

III.

[...]

5.b/aa) Weist das Kantonsgericht eine Streitsache im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO zu weiterer Erhebung und neuer Entscheidung an das Kreisgericht zurück, ist sowohl das Kreisgericht, an das die Sache zurückgeht, als auch das Kantonsgericht selber, wenn es erneut über die Sache zu entscheiden hat, an die im Rückweisungsentscheid vertretene Rechtsauffassung gebunden. Die Bindungswirkung besteht nicht nur hinsichtlich der Punkte, die Gegenstand des Dispositivs sind, sondern in Bezug auf alle Punkte, die dem Entscheid zugrunde liegen (BGer 5A_779/2015 E. 6.3.1; GVP 2007 Nr. 58 E. 1; vgl. dazu auch Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N 46f.; Sterchi, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 318 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 12.6; für den Fall, dass das Bundesgericht den Rückweisungsentscheid gefällt hat: BGE 135 III 334 E. 2.1; BGE 133 III 201 E. 4.2; BGE 125 III 421 E. 2). Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es ihnen wie auch den Parteien verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren (GVP 2007 Nr. 58 E. 2; sowie für das Bundesgericht BGE 135 III 334 E. 2; BGE 133 III 201 E. 4.2; BGE 125 III 421 E. 2a). Immerhin besteht aber die Bindung der Gerichte nur unter dem Vorbehalt, dass die Urteilsgrundlagen dieselben geblieben sind; liegt – etwa aufgrund der durch den Rückweisungsentscheid geforderten Erhebungen oder weil neue Tatsachen zulässigerweise in den Prozess eingebracht wurden – ein veränderter Sachverhalt vor, kann dies zu

einer abweichenden Beurteilung führen (GVP 2007 Nr. 58 E. 1; BK-Sterchi, N 16 zu Art. 318 ZPO; Reetz/Hilber, ZPO Komm., Art. 318 N 48).

bb) Wird ein Verfahren vom Kantonsgericht an die Vorinstanz zurückgewiesen, hat die Vorinstanz das Verfahren erneut aufzunehmen und es kommt grundsätzlich wieder das entsprechende Noven-Regime zur Anwendung, jedoch nur bezüglich der noch offenen Punkte. Das bedeutet hier, dass im wieder aufzunehmenden, unbestrittenermassen noch dem st.gallischen Verfahrensrecht unterstehenden (vgl. dazu Art. 404 Abs. 1 ZPO), erstinstanzlichen Verfahren allfällige Noven nach Massgabe von Art. 164 ZPO/SG zu berücksichtigen wären, wobei sich diese innerhalb des Rahmens zu bewegen hätten, den das Kantonsgericht durch seinen Rückweisungsentscheid vorgegeben hat; diese Einschränkung gilt ferner auch im Rahmen eines weiteren Berufungsverfahrens. Dementsprechend sind neue Tatsachen und Beweismittel nach Massgabe von Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch zulässig, sofern sie die Gegenstand der Rückweisung bildenden Streitpunkte betreffen. Mit Bezug auf die bereits entschiedenen Punkte, können weder neue rechtliche Argumente noch Noven vorgebracht werden (zum Ganzen: BGE 135 III 334 E. 2; 131 III 91 E. 5.2; Reetz/Hilber, ZPO Komm., Art. 318 N 41 und 48; Seiler, a.a.O., N 1548; ZPO-Rechtsmittel-Stauber, Art. 318 N 22).
[...]

3. Strafrechtspflege

60

Art. 11 StPO (SR 312.0). Kein «ne bis in idem» bei Verfahrensübernahme zufolge örtlicher Unzuständigkeit. Ein ausserkantonales Urteil bzw. ein darin unzutreffend verwendeter Begriff («Einstellung» statt «Nichteintreten» zufolge örtlicher Unzuständigkeit) kann nicht dazu führen, dass damit für den Kanton St.Gallen, der bezüglich allfälliger Steuerdelikte des Beschwerdeführers eine ausschliessliche Zuständigkeit hat, eine abgeurteilte Sache in Form eines Freispruchs vorliegen würde, dem eine Sperrwirkung des Doppelbestrafungsverbots zukommen könnte.

Anklagekammer, 6. April 2016

Aus den Erwägungen:

II.

2. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, dass dem von der Staatsanwaltschaft Thurgau an die Staatsanwaltschaft St.Gallen überwiesenen Vorwurf des Steuerbe-

trugs derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liege, den das Bezirksgericht Frauenfeld mit Urteil vom [...] eingestellt habe. Da eine rechtskräftige Einstellungsverfügung einem freisprechenden Endentscheid gleichkomme, sei der Beschwerdeführer mit der Einstellung des Steuerbetrugs durch das Bezirksgericht Frauenfeld frei gesprochen worden. Es liege ein Endentscheid vor, mit dem der entsprechende Lebenssachverhalt beurteilt worden sei und der einer erneuten Prüfung entgegenstehe. Der Grundsatz «ne bis in idem» stehe einer erneuten strafrechtlichen Verfolgung und damit der Verfahrensübernahme sowie der Eröffnung eines Strafverfahrens im Kanton St.Gallen entgegen. Damit sei auch der verfügte Aktenbeizug aufzuheben.

b) Die Einleitung des Vorverfahrens ist nicht anfechtbar, es sei denn, die beschuldigte Person mache geltend, es liege eine Verletzung des Verbots der doppelten Strafverfolgung («ne bis in idem») vor (vgl. Art. 274 StG-SG i.V.m. Art. 300 Abs. 2 StPO). Dasselbe hat auch für die Eröffnung eines Strafverfahrens bzw. die diesbezügliche Verfügung (vgl. Art. 309 Abs. 3 StPO) zu gelten (vgl. BSK StPO – Riedo/Boner, Art. 300 N31 f.). Das Verbot der doppelten Strafverfolgung wird in Art. 11 StPO geregelt. Danach darf wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden, wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist (Art. 11 Abs. 1 StPO).

c) Am [...] verhandelte das Bezirksgericht Frauenfeld vorfrageweise über die Prozessvoraussetzung der Zuständigkeit in Sachen Steuerbetrug sowie über die diesbezüglich erhobenen Beweise. Mit Beschluss vom [...] trat das Bezirksgericht Frauenfeld auf die Anklage in Ziffer 2.2.1-5.5.5 und Ziffer 2.2.1-5.5.6 betreffend Steuerbetrug mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein. Die im Zusammenhang mit dem Steuerbetrug erhobenen Beweise wurden aus den Akten ausgesondert und versiegelt. Zur Begründung wurde angeführt, dass die Strafuntersuchung betreffend Steuerbetrug von der örtlich unzuständigen Staatsanwaltschaft geführt worden sei. Somit sei auch das Gericht unzuständig. Da dies aber nicht offensichtlich gewesen sei, seien die Handlungen nicht nichtig und die Akten seien daher nicht zu vernichten, sondern (lediglich) auszuschneiden und zu siegeln. Anlässlich der Hauptverhandlung wurde von der Staatsanwaltschaft am [...] mit Bezug auf die Steuerdelikte (konsequenterweise) kein Antrag (mehr) gestellt. Das Bezirksgericht entschied mit (Sach-) Urteil vom [...] u.a. in Bezug auf den Beschwerdeführer, dass das Verfahren gegen ihn wegen Steuerbetrugs (Anklageziffer 2.2.1-5.5.5) «eingestellt» wird.

d) Das Bezirksgericht Frauenfeld ist mit Beschluss vom [...] auf die Strafsache betreffend Steuerbetrug mangels Zuständigkeit nicht eingetreten. Dabei hielt es ausdrücklich und richtig fest, dass Steuerdelikte nach st.gallischem Steuergesetz nur von den st.gallischen Strafverfolgungsbehörden geahndet werden können. Es ist daher (bereits) fraglich, ob es nach jenem Beschluss hinsichtlich der Steuerdelikte betreffend den Beschwerdeführer überhaupt noch eines weiteren bzw. erneuten Entscheids im Urteil vom [...] bedurfte bzw. ein solcher überhaupt noch möglich war. Selbst wenn dies zu bejahen (gewesen) wäre, so muss insbesondere aus der Formulierung des Beschlusses vom [...], aber auch aus der diesbezüglichen Begründung geschlossen werden, dass die Formulierung im Urteil vom [...], wonach das Verfahren

wegen Steuerbetrugs «eingestellt» wird, einen eigentlichen Verschieb darstellen muss. Eine Einstellung ist nämlich nur dann möglich, wenn ein Urteil definitiv nicht ergehen kann (vgl. Art. 329 Abs. 4 StPO). Dies ist der Fall bei unüberwindbaren Verfahrenshindernissen oder definitivem Fehlen von Prozessvoraussetzungen (vgl. BSK StPO – Stephenson/Zalunardo-Walser, Art. 329 N 13), so beispielsweise bei fehlendem Strafantrag oder eingetretener Verjährung. Hingegen liegt bei einer örtlichen Unzuständigkeit kein definitives Hindernis für die Fällung eines Strafurteils vor (vgl. BSK StPO-Wehrenberg/Frank, Art. 429 N 5), hier kann vielmehr durch die zuständige Behörde ein Urteil gefällt werden. Die (eindeutig falsche) Verwendung des Begriffs «Einstellung» kann und darf nicht dazu führen, dass damit in Bezug auf allfällige st.gallische Steuerdelikte ein vom Kanton Thurgau erlassenes freisprechendes Urteil im Sinne von Art. 320 Abs. 4 StPO vorliegen würde, welchem eine Sperrwirkung («ne bis in idem») für ein Strafverfahren im Kanton St. Gallen zukommt.

e) Zudem ist die eidgenössische Strafprozessordnung bei Steuerdelikten nach st.gallichem Recht ohnehin nicht direkt anwendbar. Selbst durch den Verweis in Art. 274 StG-SG handelt es sich nur um rezipiertes (subsidiäres) Verfahrensrecht (BGer. 6B_663/2013 E. 1.3.3). Beim Grundsatz von «ne bis in idem» handelt es sich um ein rechtsordnungsinternes Doppelbestrafungsverbot (BSK StPO – Tag, Art. 11 N 11). Da für die aufgrund der kantonalen Gesetzgebung begangenen Steuerdelikte ohnehin nur der jeweilige Kanton (ausschliesslich) zuständig ist, kann auch aus dieser Sicht ein allfälliges Urteil des Kantons Thurgau bzw. ein darin unzutreffend verwendeter Begriff («Einstellung» statt «Nichteintreten») nicht dazu führen, dass damit für den Kanton St. Gallen, der bezüglich allfälliger Steuerdelikte des Beschwerdeführers eine ausschliessliche Zuständigkeit hat, eine abgeurteilte Sache in Form eines Freispruchs vorliegen würde, dem eine Sperrwirkung des Doppelbestrafungsverbots zukommen könnte. Mit dem Grundsatz «ne bis in idem» könnte einzig geltend gemacht werden, der Beschwerdeführer sei wegen Steuerdelikten bereits im Kanton St. Gallen verurteilt bzw. freigesprochen worden. Dies wird vorliegend jedoch (richtigerweise) nicht geltend gemacht.

f) Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass keine Verletzung des Grundsatzes «ne bis in idem» vorliegt. Die Übernahme des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft St. Gallen von der Staatsanwaltschaft Thurgau und die damit zusammenhängende Eröffnung eines Strafverfahrens im Kanton St. Gallen ist daher nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist insoweit abzuweisen.

61

Art. 132 StPO (SR 312.0). Amtliche Verteidigung in Bagatellfällen. Der Beschwerdeführer wurde wegen diverser kleinerer Straftaten festgenommen und neun Tage in Untersuchungshaft gehalten. Zu Verfahrensbeginn wünschte er den Beizug des Pikett-Verteidigers. In der Folge war strittig, ob darüber hinaus ein Anspruch auf amtliche Verteidigung besteht. Die Anklagekammer verneinte dies mit der Begründung, es liege weder ein Fall notwendiger Verteidigung vor (insb. weil die Untersuchungshaft weniger als zehn Tage dauerte) noch biete das Strafverfahren besondere rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten. Es handle sich in der Sache um einen blossen Bagatellfall.

Anklagekammer, 29. Juni 2016

Aus den Erwägungen:

II.

2. Die Anordnung einer amtlichen Verteidigung gemäss Art. 132 Abs. 1 StPO ist dann geboten, wenn entweder ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, aber keine Wahlverteidigung (mehr) besteht (lit. a), oder wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist (lit. b).

2.1. Eine beschuldigte Person muss gemäss Art. 130 StPO notwendig verteidigt werden, wenn die Untersuchungshaft einschliesslich einer vorläufigen Festnahme mehr als 10 Tage gedauert hat (lit. a), eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme droht (lit. b), wenn sie ihre Verfahrensinteressen wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustands oder aus anderen Gründen nicht selber oder durch ihre gesetzliche Vertretung hinreichend wahren kann (lit. c), wenn die Staatsanwaltschaft vor dem erstinstanzlichen Gericht oder dem Berufungsgericht persönlich auftritt (lit. d) oder wenn ein abgekürztes Verfahren durchgeführt wird (lit. e).

2.2. In allen anderen Fällen ordnet die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung dann an, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist. Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist die Verteidigung namentlich geboten, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre (Art. 132 Abs. 2 StPO). Ein Bagatellfall liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden zu erwarten ist (Abs. 132 Abs. 3 StPO). Die vorgenannten Strafen orientieren sich am Mittelwert der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, was im Einzelfall nicht ausschliesst, dass eine

amtliche Verteidigung auch bei einer geringeren Sanktion geboten sein und deshalb bewilligt werden kann. Demgegenüber verneint das Bundesgericht bei offensichtlichen Bagatelldelikten, bei denen nur eine Busse oder geringfügige Freiheitsstrafe in Frage kommt, jeglichen verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung (BSK StPO – Ruckstuhl, Art. 132 N42, m.w.H.).

2.3. Bei der Beurteilung, ob der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, ist den Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Schwierigkeiten in tatsächlicher Hinsicht liegen insbesondere vor, wenn der objektive oder subjektive Tatbestand umstritten ist und dazu verschiedene Zeugen einvernommen oder Gutachten eingeholt werden müssen, oder wenn die Beweislage umstritten ist (Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. Zürich/ St.Gallen 2011, N327; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.Aufl., Bern 2012, N453f.). Schwierigkeiten in rechtlicher Hinsicht sind etwa anzunehmen, wenn die rechtliche Subsumtion Anlass zu Zweifeln gibt oder die in Frage kommenden Sanktionen strittig sind (BGer. 1B_102/2012 E.2.2 m.w.H.). Der Grad der Schwierigkeiten ist einerseits an den Fähigkeiten und prozessualen Erfahrungen der beschuldigten Person zu messen, andererseits sind die konkreten Verfahrenshandlungen zu berücksichtigen, die für eine wirksame Verteidigung erforderlich sind (Oberholzer, a.a.O., N454).

3. Ein Fall notwendiger Verteidigung liegt bei der vorliegend zu beurteilenden Sache nicht vor:

3.1. Der Beschwerdeführer wurde am 26.April 2016 festgenommen und am 4.Mai 2016 wieder entlassen. Er befand sich entsprechend während neun Tagen in Untersuchungshaft, währenddem die Schwelle für eine notwendige Verteidigung bei einer Haftdauer von mehr als zehn Tagen liegt (Art. 130 lit. a StPO). Da ein tieferer Schwellenwert in der parlamentarischen Debatte wohl zur Diskussion stand, aber keine Mehrheit fand, ergibt sich aus der vom Beschwerdeführer erstandenen Haft klarerweise kein Anwendungsfall der notwendigen Verteidigung (vgl. Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar StPO, Art. 130 N12, m.w.H.). Für die Beurteilung, ob ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben ist, ist sodann nicht auf die vom Zwangsmassnahmenrichter maximal angeordnete, sondern auf die tatsächlich erstandene Haftdauer abzustellen. Eine notwendige Verteidigung ist daher erst ab dem elften Tag erforderlich (BSK StPO – Ruckstuhl, Art. 130 N12).

3.2. Die Verteidigung schliesst aus dem Aussageverhalten des Beschwerdeführers sodann auf ein erhebliches psychisches Problem, welches jenem die eigene Interessenwahrung verunmögliche. In der Tat nahm auch die Vorinstanz die Einvernahme des Beschwerdeführers vom 28.April 2016 als schwierig wahr, währenddem die Einvernahme vom 4.Mai 2016 aber «völlig unproblematisch» verlaufen sei. Die Durchsicht der Befragungsprotokolle bestätigt den von der Vorinstanz geschilderten Eindruck ohne weiteres. Anlässlich der Einvernahme vom 4.Mai 2016 verstand der Beschwerdeführer die an ihn gerichteten Fragen und vermochte diese auch angemessen zu beantworten. Aufgrund des im Recht

liegenden Befragungsprotokolls ergibt sich auf jeden Fall nicht der Eindruck, der Beschwerdeführer sei mit der Situation überfordert gewesen. Das spezielle Aussageverhalten, das er noch anlässlich der Festnahmeeröffnung vom 28. April 2016 gezeigt hat, kann durchaus mit dem Schock über die erfolgte Inhaftierung, einer dadurch verursachten Nervosität und Angespanntheit sowie mit dem bei ihm offenbar vorhandenen Ärger über die Strafverfolgungsbehörden erklärt werden. Das Aussageverhalten erweckt aber insgesamt nicht den Eindruck, der körperliche oder geistige Zustand des Beschwerdeführers verunmögliche diesem seine Interessenwahrung in einer Weise, welche eine notwendige Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. c StPO erforderlich macht.

4. Bei dieser Ausgangslage bleibt zu prüfen, ob die amtliche Verteidigung aus anderen Gründen geboten ist (Art. 132 Abs. 2 lit. b StPO). Die Vorinstanz verneinte dies mit der Begründung, bei der gegenwärtigen Verdachtslage komme eine Sanktion von weniger als vier Monaten Freiheitsstrafe bzw. 120 Tagessätzen Geldstrafe in Frage, weshalb ein Bagatellfall vorliege. Der Beschwerdeführer zeige zwar Stimmungsschwankungen, könne seine Interessen aber selber vertreten.

4.1. Dem Beschwerdeführer wird nach aktueller Verdachtslage konkret vorgehalten, er sei an der Entwendung eines Fahrzeugs in [...] beteiligt gewesen und er habe dieses in der Folge von der Bruggwaldstrasse an die Schulstrasse in [...] gelenkt, obwohl er keinen Führerausweis besitzt, er habe – ohne im Besitz eines Waffenerwerbscheins zu sein – in seiner Wohnung eine Faustfeuerwaffe (FO Express 7) aufbewahrt, er habe auf dem Balkon 22 Hanfsetzlinge gezogen und gelegentlich Marihuana konsumiert und er habe zusammen mit einem Bekannten in einem Lebensmittelgeschäft eine Flasche Wodka gestohlen.

4.2. Die Einschätzung der Vorinstanz, die Sanktion für diese Delikte liege im Falle einer Verurteilung unter vier Monaten Freiheitsstrafe bzw. unter 120 Tagessätzen Geldstrafe, erscheint zutreffend. Auch der Blick in den Strafregisterauszug des Beschwerdeführers bestätigt diesen Eindruck. Dieser weist u.a. Strafbefehle vom 18. Dezember 2012 und 12. August 2013 aus, die mit den aktuell zur Diskussion stehenden Delikten sehr vergleichbar sind. Am 18. Dezember 2012 wurde der Beschwerdeführer wegen mehrfacher Verletzung von Verkehrsregeln, unberechtigtem Verwenden eines Motorfahrrades, mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes sowie Vergehens gegen das Waffengesetz zu einer (unbedingten) Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je Fr. 30.– verurteilt. Am 12. August 2012 folgte eine Verurteilung zu einer (unbedingten) Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 10.– wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes, mehrfachen Fahrens in fahrunfähigem Zustand (Alkohol und andere Gründe), Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch, Fahrens eines Motorfahrzeugs ohne erforderlichen Führerausweis und Widerhandlungen gegen Art. 99 Abs. 3 SVG in Zusatz zu einem früheren Urteil. Auch wenn im laufenden Strafverfahren aufgrund von Konkurrenzen und Vorstrafen allenfalls eine etwas höhere Strafe zumindest denkbar erscheint, ist aktuell nicht zu erwarten, dass diese den Bagatellbereich von Art. 132 Abs. 3 StPO überschreiten wird.

4.3. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Delikte sind zudem sowohl einzeln als auch gesamthaft übersichtlich. Sie bieten weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht grössere Schwierigkeiten. Aufgrund der beim Beschwerdeführer verzeichneten zahlreichen (einschlägigen) Vorstrafen ist jener zudem als verfahrensgewohnt zu betrachten.

4.4. Zusammenfassend ist damit eine amtliche Verteidigung auch gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO nicht geboten.

62

Art. 132 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Im Strafverfahren lag ein Fall notwendiger Verteidigung vor. Nachdem der ursprüngliche Wahlverteidiger sein Mandat niederlegte, forderte die Verfahrensleitung den Beschuldigten auf, einen neuen Verteidiger zu bestellen. Jener schlug in der Folge einen neuen Verteidiger vor und liess um amtliche Verteidigung ersuchen. Die Verfahrensleitung lehnte letzteres mittels Verfügung ab, da der Beschuldigte finanziell nicht bedürftig ist. Die Anklagekammer hiess eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde gut, weil die Gewährung der amtlichen Verteidigung in Fällen notwendiger Verteidigung nicht vom Nachweis der finanziellen Bedürftigkeit abhängig gemacht werden darf. Daran vermag die Ausübung des Vorschlagsrechts gemäss Art. 133 Abs. 2 StPO nichts zu ändern. Die Kosten der amtlichen Verteidigung können dem Beschuldigten – bei gegebenen Voraussetzungen – aber am Ende des Verfahrens auferlegt werden.

Anklagekammer, 21. Dezember 2016

Aus den Erwägungen:

II.

2. Art. 130 StPO bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Beschuldigter notwendig verteidigt sein muss. Gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 StPO ordnet die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung an, falls die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung nicht selber eine Wahlverteidigung bestimmt, obschon ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Gleiches gilt, wenn der Wahlverteidigung das Mandat entzogen wurde oder sie es niedergelegt hat und die beschuldigte Person nicht innert Frist eine neue Wahlverteidigung bestimmt (Ziff. 2). Die Anordnung der amtlichen Verteidigung darf in diesen Konstellationen nicht vom Nachweis der finanziellen Bedürftigkeit des Beschuldigten abhängig gemacht werden. Die Verfahrensleitung hat bei der Einsetzung des amtlichen Verteidigers zudem

die Wünsche der beschuldigten Person zu berücksichtigen, ohne dies von weiteren Voraussetzungen wie der Offenlegung der finanziellen Verhältnisse abhängig machen zu dürfen (BGE 139 IV 113, E. 4 und 5; BSK StPO – Ruckstuhl, Art. 132 N 18b).

Diese gesetzliche Konzeption ist ohne weiteres sachgerecht. Einerseits schützt sie den Beschuldigten, in dem sie sicherstellt, dass tatsächlich verteidigt wird, wer notwendig verteidigt werden muss. Andererseits schützt sie aber auch die Verteidigung, könnte sich diese doch andernfalls – je nach Lage des Strafverfahrens – gezwungen sehen, von einem Beschuldigten allfällig deliktisch erlangtes Geld als Honorar entgegenzunehmen und sich damit selber dem Vorwurf der Geldwäscherei aussetzen zu müssen.

3. Eine Wahlverteidigung liegt nur dann vor, wenn zwischen Mandant und Rechtsanwalt ein privatrechtliches Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 394 ff. OR zu Stande gekommen ist. Ein solches setzt den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zwischen den Parteien voraus (Art. 1 Abs. 1 OR). Aus den mehrfachen und beständigen Äusserungen von Rechtsanwalt B.____, wonach er im Strafverfahren nicht zum Wahlverteidiger bestellt worden sei, ist zu schliessen, dass zwischen ihm und dem Beschwerdeführer kein solches privatrechtliches Auftragsverhältnis und damit keine Wahlverteidigung besteht.

4. Da eine Verteidigung vorliegend unbestrittenermassen notwendig ist, der Beschwerdeführer aber keine solche bestellt hat, ist seine amtliche Verteidigung anzuordnen. Der Beschwerdeführer hat hierfür (entgegen der Ansicht der Vorinstanz einzig) von seinem Vorschlagsrecht gemäss Art. 133 Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht und um die Ernennung von Rechtsanwalt B. ersucht. Die Anklagekammer setzt deshalb – im Sinne eines reformatorischen Entscheids (Art. 397 Abs. 2 StPO) – jenen antragsgemäss und rückwirkend ab 21. September 2016 als amtlichen Verteidiger ein.

5. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass am Ende des Strafverfahrens über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers zu entscheiden sein wird und der Beschwerdeführer – sollte er zur Tragung der Verfahrenskosten verurteilt werden – dem Kanton jene zurückzahlen muss (Art. 135 Abs. 2 und 4 StPO, BGE 139 IV 113 E. 5.1). Lebt der Beschwerdeführer tatsächlich in guten finanziellen Verhältnissen, wie die Vorinstanz vorbringt, bleibt das finanzielle Risiko des Staates daher selbst bei Anordnung der amtlichen Verteidigung gering.

63

Art. 136 StPO (SR 312.0); Art. 29 Abs. 3 BV (SR 101). Unentgeltliche Rechtspflege der Privatklägerschaft in Strafverfahren gegen Beamte. Die Privatklägerschaft verfügt in einem Strafverfahren gegen Beamte üblicherweise über keine Zivil-, sondern lediglich über öffentlich-rechtliche Ansprüche nach Verantwortlichkeitsgesetz. Die unentgeltliche Rechtspflege (und Rechtsbeistand) kann daher mangels Zivilansprüchen nicht gestützt auf Art. 136 StPO gewährt werden. Behauptet die Privatklägerschaft aber in vertretbarer Weise, sie sei Opfer von Gewalt (oder anderer unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung) geworden, kann die unentgeltliche Rechtspflege direkt auf Grundlage von Art. 29 Abs. 3 BV gewährt werden. Im zu beurteilenden Fall war der Privatkläger, der in vertretbarer Weise Polizeigewalt zur Anzeige brachte, mittellos und in seinen intellektuellen Fähigkeiten limitiert. Da er deshalb dem Verfahren auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre, hat er Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.

Anklagekammer, 10. August 2016

Aus den Erwägungen:

II.

2. Die Verfahrensleitung gewährt der Privatklägerschaft für die Durchsetzung ihrer Zivilansprüche ganz oder teilweise die unentgeltliche Rechtspflege, wenn die Privatklägerschaft nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Zivilklage nicht aussichtslos ist (Art. 136 Abs. 1 StPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen, die Befreiung von den Verfahrenskosten und die Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Privatklägerschaft notwendig ist (Art. 136 Abs. 2 StPO).

2.1. Die unentgeltliche Rechtspflege wird gemäss Art. 136 StPO allein im Hinblick auf die Durchsetzung von Zivilansprüchen gewährt. Die Verfolgung des Strafanspruchs ist grundsätzlich Sache des Staates und schliesst daher einen Anspruch der Privatklägerschaft auf unentgeltliche Rechtspflege aus. Für den Fall, dass sich die Privatklägerschaft ausschliesslich im Strafpunkt beteiligt, besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Erhebt die Privatklägerschaft Zivilklage, kann der Rechtsbeistand auch für Tätigkeiten im Strafpunkt bestellt und entschädigt werden (Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 136 N2; BSK StPO – Mazzucchelli/Postizzi, Art. 136 N4).

2.2. Besonders können die Verhältnisse dann liegen, wenn sich ein Anzeiger in einem Strafverfahren gegen Beamte als Privatkläger konstituieren will. Beamte werden in vielen Kantonen durch kantonale Verantwortlichkeitsgesetze vor direkten Haftungsansprüchen geschützt. Die Geschädigten können dann für ihre finanziellen

Forderungen lediglich den Staat, nicht aber den schädigenden Beamten ins Recht fassen, wobei diese Schadenersatzforderungen öffentlich-rechtlicher Natur sind. Auch der Kanton St.Gallen kennt eine entsprechende Regelung (vgl. Art. 1 VG), die im Ergebnis bewirkt, dass der Anzeiger über keine Zivilansprüche verfügt und deshalb im Strafverfahren auch nicht als Zivilkläger auftreten kann. Damit entfällt aber ein auf Art. 136 StPO gestützter Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Das Bundesgericht entschied indessen in einem Urteil vom 12. Oktober 2012 (BGer. 1B_355/2012 = Pra 102 [2013] Nr. 1), dass gemäss Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 und 13 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II sowie Art. 13 des UN-Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe ein Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz und vertiefte amtliche Untersuchung besteht, sofern der Betroffene in vertretbarer Weise behauptet, durch Beamte in derartiger Weise unzulässig behandelt worden zu sein. In solchen Ausnahmefällen ist daher gemäss Bundesgericht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege direkt gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV möglich; dem stehe auch Art. 136 StPO nicht entgegen (BGer. 1B_355/2012, E. 1.2 und 5; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 136 N2; BSK StPO – Mazzucchelli/Postizzi, Art. 136 N4 und 4a). Wenngleich sich die genannte bundesgerichtliche Rechtsprechung unmittelbar auf die unentgeltliche Rechtspflege in einem Beschwerdeverfahren gegen eine Einstellungsverfügung bezog, erweist sie sich auch in anderen strafprozessualen Verfahrensschritten als beachtlich.

2.3. Ein auf Art. 29 Abs. 3 BV gestützter Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht demnach, sofern der Anzeiger bedürftig ist und sein Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist, hat er gestützt auf die genannte Verfassungsbestimmung zudem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Letzteres ist der Fall, wenn der Anzeiger seine Sache, auf sich allein gestellt, nicht sachgerecht und hinreichend wirksam vertreten kann, sodass ihm nicht zuzumuten ist, das Verfahren selbstständig zu führen. Die Notwendigkeit der Verbeiständung beurteilt sich aufgrund der Gesamtheit der Umstände. Dazu zählen insbesondere die Schwere der Betroffenheit in grundlegenden Interessen, die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten, die anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden (BGer. 1B_355/2012 E. 5.2 und 5.5 m.w.H.).

3. Die Anklagekammer hatte mit Entscheid vom 19. Januar 2016 die Ermächtigung zur Eröffnung eines Strafverfahrens erteilt, womit damals ein entsprechender Anfangsverdacht bestand. Bis zur Einreichung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege vom 21. März 2016 erfolgten keine wesentlichen Untersuchungshandlungen, weshalb sich die Ausgangslage zwischen Eröffnung des Entscheids und der Gesuchstellung durch den Beschwerdeführer nicht wesentlich veränderte. Es ist entsprechend davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Gesuchstellung in vertretbarer Weise behauptete, Opfer polizeilicher Gewalt geworden zu sein.

4. Bei dieser Ausgangslage erscheint die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV grundsätzlich möglich. Die unentgeltliche Rechtspflege wurde von der Vorinstanz bereits rechtskräftig bewilligt und ist in diesem Verfahren daher nicht mehr zu prüfen. Demgegenüber ist vorliegend umstritten, ob zur Wahrung der Interessen des Beschwerdeführers auch die unentgeltliche Rechtsverteidigung erforderlich ist.

4.1. Der Beschwerdeführer steht im fraglichen Strafverfahren vier Polizeibeamten, vier Strafverteidigern und – als Verfahrensleiter – einem Staatsanwalt gegenüber. Sie alle sind von Berufs wegen mit Ermittlungs- bzw. Strafverfahren vertraut und verstehen es, sich in einem solchen (wirkungsvoll) zu bewegen. Der Beschwerdeführer ist demgegenüber – abgesehen von einer gewissen Verfahrensgewöhnung als Beschuldigter – in strafrechtlicher und strafprozessualer Hinsicht nicht versiert. Darüber hinaus sind seine intellektuellen Fähigkeiten nachweislich limitiert, verfügt er doch gemäss des von ihm ins Recht gereichten Assessmentprotokolls der Sozialversicherungsanstalt lediglich über einen IQ von 87. Damit ist seine Intelligenz selbst nach Auffassung der Vorinstanz unterdurchschnittlich und liegt nur knapp im Normalbereich (der Normalbereich liegt gemäss angefochtener Verfügung zwischen 85 und 115). Der Beschwerdeführer vermag zudem durch einen Arztbericht nachzuweisen, dass er von einer depressiven Störung betroffen ist, die auch schon eine kurzstationäre Überwachung und die Verschreibung entsprechender Medikamente erforderlich machte.

4.2. Im Strafverfahren sind die Kräfteverhältnisse dementsprechend sehr asymmetrisch, wobei dieses Ungleichgewicht auch konkret greifbar wird. So sass beispielsweise bei der Einvernahme der beiden Zeugen X. und Y., die am 2. Juni 2016 im Untersuchungsamt [...] stattfand, dem Vertreter des Beschwerdeführers neben dem Staatsanwalt die vier Verteidiger sowie zwei der angeschuldigten Polizeibeamten gegenüber. Die Verteidiger machten dabei (zulässigerweise) ausgiebig von ihrem Recht auf Ergänzungsfragen Gebrauch. Es erscheint demgegenüber nicht vorstellbar, dass der Beschwerdeführer angesichts seiner ausgewiesenen Beeinträchtigungen ohne fachkundige Unterstützung von seinem eigenen Recht auf Ergänzungsfragen ebenfalls wirkungsvoll hätte Gebrauch machen können. Auch sonst ist davon auszugehen, dass es dem Beschwerdeführer Mühe bereiten würde, sich im Strafverfahren alleine zurecht zu finden. Beim gegenwärtigen Verfahrensstand – die Vorinstanz beabsichtigt gemäss Parteimitteilung vom 3. Juni 2016 den Erlass von Einstellungsverfügungen – hatte der Beschwerdeführer zudem allfällige Beweisanträge zu prüfen und diese sachgerecht ins Verfahren einzubringen.

4.3. Insgesamt wäre der Anspruch des Beschwerdeführers auf wirksamen Rechtsschutz und vertiefte amtliche Untersuchung der von ihm in vertretbarer Weise behaupteten Polizeigewalt verletzt, wenn ihm angesichts seiner ausgewiesenen Defizite und in Anbetracht der Kenntnisse der ihm gegenüberstehenden Beschuldigten und deren Verteidigern nicht auch ein eigener Rechtsbeistand zugeordnet würde. Nur so ist es dem Beschwerdeführer möglich, das Strafverfahren kritisch zu begleiten

und nötigenfalls in der geeigneten strafprozessualen Form zu intervenieren. Da der Beschwerdeführer zudem unbestrittenermassen mittellos und sein Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist, sind die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtsverbeistandung gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV gegeben.

64

Art. 147 Abs. 1 und 4 StPO (SR 312.0). Verwertbarkeit eines schriftlichen Berichts einer Person ohne Einvernahme und Konfrontation. Das Teilnahmerecht bei der Beweiserhebung umfasst das Recht, den einvernommenen Personen Fragen zu stellen (Art. 147 Abs. 1 StPO). Wird ein schriftlicher Bericht einer Person beigezogen, muss eine Einvernahme und Konfrontation mit derselben verlangt werden, da die befassen Behörden andernfalls von einem Verzicht ausgehen dürfen. Ohne entsprechenden Antrag stehen die nicht vorgenommene Einvernahme und Konfrontation der Verwertbarkeit des Berichts zu Lasten der nicht anwesenden Partei (Art. 147 Abs. 4 StPO) nicht entgegen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 6. Juni 2016

Der Beschuldigte wurde vorgeworfen, bei einer polizeilichen Intervention versucht zu haben, anwesende Polizisten zu schlagen und zu treten. Darüber hinaus habe sie die Polizisten mit verschiedenen Schimpfwörtern betitelt. Der Einzelrichter des Kreisgerichts sprach die Beschuldigte der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie der Beschimpfung schuldig, wogegen sie Berufung erhob. Das Berufungsgericht schützte den Schuldspruch teilweise.

Aus den Erwägungen:

II.

2. a) Die Verteidigung stellte an Schranken des Berufungsgerichts (erstmal) die Verwertbarkeit der im Recht liegenden polizeilichen Wahrnehmungsberichte in Abrede. Die vorinstanzliche Verurteilung stütze sich einzig auf diese Berichte, obschon die Verfasser nie einvernommen worden seien. Dadurch sei es der Beschuldigten verunmöglicht worden, ihre durch Art. 147 StPO garantierten Teilnahmerechte auszuüben, was zu einer Unverwertbarkeit nach Art. 147 Abs. 4 StPO führe.

b/aa) Die Strafbehörden setzen zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind (Art. 139 Abs. 1 StPO). Die rechtlich zulässigen Beweise unterliegen dabei der freien Beweiswürdigung des Gerichts (vgl. Art. 10 Abs. 1 StPO, vgl. ausführlich unten Erw. III.

2.a). Das Gesetz sieht ausdrücklich die Einvernahme von Personen als Beweismittel vor (Art.142ff. StPO). Die Strafbehörde kann aber auch eine einzuvernehmende Person einladen, an Stelle einer Einvernahme oder zu ihrer Ergänzung einen schriftlichen Bericht abzugeben (Art.145 StPO).

Die Parteien haben unter anderem das Recht, einer einvernommenen Person Fragen zu stellen (vgl. Art.147 Abs.1 StPO), was auch das Konfrontationsrecht der beschuldigten Person mit dem Belastungszeugen beinhaltet (vgl. BSK StPO-Schleiminger Mettler, Art.147 N3 und 7). Der in Art.6 Ziff.3 lit.d EMRK garantierte Anspruch ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren. Eine belastende Zeugenaussage ist daher grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen (BGer 6B_492/2015 E.1.2.1. [Erwägung nicht publiziert in BGE 141 IV 437], BGE 133 I 33 E.3.1, BGer 6B_98/2014 E.3.2). Auf dieses Recht kann aber verzichtet werden (vgl. BGer 6B_98/2014 E.3.4). Die beschuldigte Person muss deshalb gegebenenfalls einen Antrag auf Befragung eines Zeugen stellen. Stellt der Beschuldigte keinen Beweisantrag, kann er den Strafverfolgungsbehörden nachträglich nicht vorwerfen, sie hätten durch Verweigerung der Konfrontation oder ergänzender Fragen an Belastungszeugen seinen Grundrechtsanspruch verletzt (vgl. BGer 6B_497/2014 E.2.2, BGE 131 I 476 E.2.1, BGE 125 I 127 E.6.c/bb; BSK StPO-Schleiminger Mettler, Art.147 N33).

bb) Bei den vorliegenden Wahrnehmungsberichten handelt es sich zunächst um ein vom Gesetz vorgesehenes, rechtlich zulässiges (schriftliches) Beweismittel, welches der freien Beweiswürdigung unterliegt. Soweit die Verteidigung bei der Abstellung auf diese Berichte eine Verletzung der Grund- und Teilnahmerechte der Beschuldigten anführt, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie nie – weder während der Untersuchung noch in den Verfahren vor dem Kreisgericht und dem Berufungsgericht – einen Beweisantrag auf Befragung der die Beschuldigte belastenden Polizeibeamten verlangte. Dass je ein entsprechender Antrag gestellt wurde, macht die Verteidigung auch nicht geltend. Gemäss ihrer sinngemässen Argumentation hätten die Behörden nämlich unabhängig von einem solchen Antrag die Einvernahmen durchführen und das Fragerecht gewähren müssen. Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Vielmehr durften die befassen Behörden durch das Verhalten der Verteidigung von einem Verzicht auf eine Einvernahme bzw. Konfrontation ausgehen. Eine Unverwertbarkeit der Wahrnehmungsberichte wegen Nichtgewährung von (beantragten) Parteirechten ist daher zu verneinen. Auf die Wahrnehmungsberichte kann daher abgestellt werden.

c/aa) Von der Frage der Verwertbarkeit ist die Frage zu unterscheiden, ob der angeklagte Sachverhalt allein durch die im Recht liegenden (mittelbar erhobenen) Wahrnehmungsberichte zweifelsfrei erstellt ist oder ob allenfalls weitere (unmittelbare) Beweise für die Urteilsfindung erhoben werden müssen.

Das Gericht erhebt neue und ergänzt unvollständig erhobene Beweise (Art.343 Abs.1 StPO). Es erhebt im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise

nochmals bzw. ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint (Art. 343 Abs. 2 und 3 StPO). Sodann beruht das Rechtsmittelverfahren auf den Beweisen, die im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhoben worden sind (Art. 389 Abs. 1 StPO). Die Rechtsmittelinstanz erhebt von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei die erforderlichen zusätzlichen Beweise (Art. 389 Abs. 3 StPO). Eine unmittelbare Beweisabnahme im Rechtsmittelverfahren hat gemäss Art. 343 Abs. 3 i.V.m. Art. 405 Abs. 1 StPO etwa zu erfolgen, wenn eine solche im erstinstanzlichen Verfahren unterblieb oder unvollständig war und die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint (BGE 140 IV 196 E. 4.4.1 m.w.H.).

Die alleinige Abstellung auf (mittelbare) schriftliche Einvernahmen bietet sich bei denjenigen Fällen nicht an, bei welchen es für die Entscheidungsfindung auf den persönlichen Eindruck einer Person ankommt (vgl. BSK StPO-Häring, Art. 145 N 6 m.w.H.). Gemäss Bundesgericht ist eine unmittelbare Abnahme eines Beweismittels dann notwendig, wenn die Kraft des Beweismittels in entscheidender Weise vom Eindruck abhängt, der bei seiner Präsentation entsteht, beispielsweise wenn es in besonderem Masse auf den unmittelbaren Eindruck einer Zeugenaussage ankommt, so wenn die Aussage das einzige direkte Beweismittel (Aussage gegen Aussage) darstellt (BGE 6B_139/2013 E. 1.3.2 m.w.H.). Alleine der Inhalt der Aussage einer Person (was sie sagt), lässt eine erneute Beweisabnahme nicht notwendig erscheinen. Massgebend ist, ob das Urteil in entscheidender Weise von deren Aussageverhalten (wie sie es sagt) abhängt (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2, BGE 6B_970/2013 E. 2.1 m.w.H.).

bb) Die Verfahrensleitung kam aufgrund der vorliegenden Beweislage zum Schluss, dass die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Erstellung des Sachverhalts und die Urteilsfällung notwendig ist, und zwei der damals anwesenden Polizeibeamten an Schranken einzuvernehmen sind. Damit wurde der Verteidigung zugleich auch die Möglichkeit eingeräumt, an Schranken die belastenden Angaben von zwei Polizeibeamten in Zweifel zu ziehen und Fragen zu stellen. Von dieser Möglichkeit machte die Verteidigung sodann auch Gebrauch.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Beurteilung des Falles sowohl alle im Recht liegenden Einvernahmen wie auch die polizeilichen Wahrnehmungsberichte massgebend sind.

65

Art.227 Abs.7 StPO (SR 312.0). Verlängerung der Untersuchungshaft um mehr als drei Monate. Der Beschwerdeführer soll in rund 70 Fällen delinquent haben, weshalb er wegen Flucht- und Wiederholungsgefahr in Untersuchungshaft versetzt wurde. Seine Untersuchungshaft wurde in der Folge auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch den Zwangsmassnahmenrichter in Anwendung der Ausnahmebestimmung von Art.227 Abs.7 StPO um vier Monate verlängert. Die Anklagekammer hiess eine dagegen gerichtete Beschwerde teilweise gut und verkürzte die Haftdauer – mangels (triftiger) Ausnahmegründe – auf das gesetzliche Regelmass von drei Monaten.

Anklagekammer, 15.Juni 2016

Aus den Erwägungen:

II.

2. Gemäss Art.221 Abs.1 StPO ist die Untersuchungshaft nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist, dass sie sich durch Flucht dem Strafverfahren oder der zu erwartenden Sanktion zu entziehen versucht (lit. a), Personen beeinflusst oder auf Beweismittel einwirkt, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen (lit. b) oder durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Delikte verübt hat (lit. c). Haft ist auch zulässig, wenn ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen (Abs.2). Untersuchungshaft wird jeweils für längstens drei Monate angeordnet bzw. die Haft um längstens diese Dauer verlängert, wobei in Ausnahmefällen eine Haftverlängerung bis sechs Monate möglich ist (Art.227 Abs.1 und 7 StPO). [rechtliche Ausführungen zum dringenden Tatverdacht sowie zur Flucht- und Wiederholungsgefahr]

2.4. Eine Verlängerung der Untersuchungshaft bis maximal sechs Monate ist gemäss Art.227 Abs.7 StPO nur in Ausnahmefällen möglich. Ein solcher Ausnahmefall kann vorliegen, wenn von vornherein ersichtlich ist, dass der Haftgrund auch nach mehr als drei Monaten noch gegeben sein wird, weil z.B. in einem Verfahren mit grosser Aktenmenge oder zahlreichen zu befragenden Zeugen Kollusionsgefahr besteht (BSK StPO – Forster, Art.227 N 14). Denkbar ist ein solcher Ausnahmefall namentlich in Verfahren wegen komplexer Tötungsdelikte oder in umfangreichen Wirtschaftsstrafverfahren mit aufwändigen Gutachten (Schmid, a.a.O., Art.227 N 14). Andere Kommentatoren scheinen bei der Annahme eines Ausnahmefalls etwas grosszügiger zu sein, fordern dann aber immerhin eine eingehende Begründung (vgl. z.B. Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Art.227 N 15). Das Bundesgericht nahm in einem Entscheid vom 12.August 2013, bei dem es um die Verlän-

gerung der Untersuchungshaft wegen Raubes ging, eine eher restriktive Haltung ein und reduzierte die Haftdauer – insbesondere auch unter Verweis auf die Möglichkeit eines neuerlichen Haftverlängerungsgesuchs – auf drei Monate (BGer 1B_249/2013 E.8). [tatsächliche Ausführungen, wonach dringender Tatverdacht sowie Flucht- und Fortsetzungsgefahr gegeben sind]

5. Bei dieser Ausgangslage bleibt zu prüfen, ob die angeordnete Haft auch in ihrer Dauer recht- und verhältnismässig ist. Der Beschwerdeführer erachtet eine sechswöchige, eventuell dreimonatige Haft für ausreichend, während die Vorinstanz antragsgemäss eine Haftverlängerung um vier Monate anordnete.

5.1. Aufgrund der fortbestehenden Flucht- und der andauernden Fortsetzungs- bzw. Wiederholungsgefahr, des konkreten Abklärungsbedarfs in Bezug auf die zahlreichen, zu einem guten Teil auch noch bestrittenen Vorwürfe, sind keine Gründe für eine bloss sechswöchige Haftanordnung ersichtlich. Damit ist der Hauptantrag des Beschwerdeführers abzuweisen. Die Anordnung einer dreimonatigen Haftverlängerung ist vor diesem Hintergrund ohne weiteres angezeigt, da die Delikte zahlreich und die Ermittlungen über mehrere Kantone hinweg aufwändig sind. Überdies wird die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens erwogen. Es liegt zudem auch mit Blick auf die verdachtsweise drohende Strafe – immerhin mit einem bewaffneten Raub im Zentrum – bis auf weiteres noch keine Überhaft vor.

5.2. Die Untersuchungshaft wurde vorliegend allerdings unter Berufung auf die Ausnahmebestimmung von Art.227 Abs.7 StPO um vier Monate verlängert. Die Staatsanwaltschaft begründete die von ihr beantragte Haftdauer weder in ihrem Haftverlängerungsgesuch vom 26.April 2016, noch in ihren Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren vom 13.Mai 2016 näher. Die Vorinstanz nennt als Gründe für die angeordnete ausserordentliche Haftdauer das möglicherweise anstehende Gefährlichkeitsgutachten über den Beschwerdeführer, die Vielzahl der Delikte sowie die kantonsüberschreitenden Ermittlungshandlungen.

5.3. Durch Untersuchungshaft wird einem noch nicht Verurteilten die Freiheit entzogen. Haftfälle sind deshalb vordringlich durchzuführen (Art.5 Abs.2 StPO), wobei die Staatsanwaltschaft berechtigt ist, weitere Haftverlängerungsgesuche zu stellen. Es erscheint vom Grundsatz her der Staatsanwaltschaft durchaus zumutbar, mindestens alle drei Monate zuhanden des Haftrichters begründen zu müssen und sich dabei gleich selber darüber Rechenschaft zu geben, dass die Haftgründe nach wie vor bestehen, was in der vergangenen Haftperiode unternommen wurde und was in der Untersuchung für die Zukunft geplant ist. Die Ausnahmeregelung sollte deshalb – aus rechtsstaatlichen und rechtsschutzrechtlichen Gründen – auch nur in sachlich triftig begründeten Ausnahmefällen zur Anwendung kommen. Der Beschwerdeführer hat zwar jederzeit die Möglichkeit, ein Haftentlassungsgesuch zu stellen. Da ihm die Freiheit aber vom Staat genommen wird, steht jener auch in der Pflicht, diese einschneidende Zwangsmassnahme im Falle eines Verlängerungsgesuchs wenigstens alle drei Monate ausdrücklich begründen zu müssen (vgl. auch Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. A., Basel 2012, S. 130).

5.4. Triftige Gründe für eine viermonatige Verlängerung sind vorliegend nicht zu erkennen und werden von der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz auch nicht bzw. nur im Ansatz angeführt. Die Ermittlungen weisen aufgrund der hohen Zahl der zu untersuchenden Delikte einige Dynamik auf. Die weiteren Ermittlungen könnten durchaus zu einer wesentlichen Veränderung der Ausgangslage führen, die (mindestens) eine periodische Überprüfung der Haft innerhalb der üblichen Frist von drei Monaten angezeigt erscheinen lässt.

66

Art. 310 Abs. 1 lit. a, Art. 37 und Art. 376ff. StPO (SR 312.0). Keine Beschlagnahme und Einziehung im Rahmen von Nichtanhandnahmeverfügungen. Die eidgenössische Zollverwaltung stellte am Flughafen Zürich verdachtsweise unlautere Briefpostsendungen sicher. Das Staatsekretariat für Wirtschaft (SECO) erstattete daraufhin für die schweizerische Eidgenossenschaft Strafanzeige gegen einen mit den Briefpostsendungen betrauten Logistikdienstleister aus dem Kanton St.Gallen. Gegen die daraufhin ergangene Nichtanhandnahmeverfügung erhob das SECO Beschwerde, wobei es jenem vor allem um die Beschlagnahme und Einziehung der sichergestellten Briefpostsendungen ging. Eine solche ist im Rahmen einer Nichtanhandnahmeverfügung jedoch nicht möglich. Denkbar bliebe ein selbständiges Einziehungsverfahren, für welches vorliegend im Kanton St.Gallen aber keine örtliche Zuständigkeit bestand.

Anlagekammer, 6. Januar 2016

Aus den Erwägungen:

II.

2. Gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt. Sie verzichtet auf die Eröffnung, wenn sie sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl erlässt. Sie verfügt nach Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO die Nichtanhandnahme, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind. Eine Nichtanhandnahmeverfügung darf daher nur in sachverhaltsmässig und rechtlich klaren Fällen ergehen. Insbesondere bei Ereignissen mit schwerwiegenden Folgen ist in der Regel eine Untersuchung durchzuführen (BGE 137 IV 285, E. 2.3; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 1376).

Demgegenüber ist ein Verfahren mangels Straftatbestands regelmässig nicht an die Hand zu nehmen, wenn es eine rein zivilrechtliche Streitigkeit zum Gegenstand hätte (BGer. 6B_981/2013 E. 3; BGer. 6B_235/2014 E. 3.2; BSK StPO – Omlin, Art. 310 N9; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Art. 310 N3). Mit anderen Worten bedarf es für die Eröffnung einer Strafuntersuchung konkreter Anhaltspunkte für eine Handlung, die tatsächlich strafbar ist. Bestehen keine solchen Anhaltspunkte oder steht zum Vornherein fest, dass die in Frage stehende Handlung nicht strafbar ist, ist die Eröffnung des Untersuchungsverfahrens zu verweigern. Die erforderlichen tatsächlichen Hinweise auf eine strafbare Handlung müssen konkreter Natur sein, was dann der Fall ist, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die strafrechtliche Aburteilung des Beschuldigten spricht. Die Gesamtheit der tatsächlichen Hinweise muss die plausible Prognose zulassen, dass der Beschuldigte mit einiger Wahrscheinlichkeit verurteilt werden wird. Diese Prognose geht über die allgemeine theoretische Möglichkeit einer Verurteilung hinaus. Verlangt werden erhebliche Gründe, die für das Vorliegen eines Tatverdacht sprechen (Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Art. 309 N25; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, § 79 N1228; ferner GVP 1988 Nr. 74; 1962 Nr. 47).

3. Die Vorinstanz verfügte die Nichtanhandnahme des Strafverfahrens gegen den Beschwerdegegner, weil dieser weder in objektiver noch subjektiver Hinsicht tatbestandsmässig gehandelt habe. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen einzig vor, die sichergestellten Sendungen seien unlauter, weshalb ein Strafverfahren durchzuführen sei. Sie vermag indessen nicht zu begründen, wieso der Beschwerdegegner doch als Täter in Frage kommen könnte oder welche geeigneten Untersuchungshandlungen zur Verfügung stünden, um den (angeblichen) Verdacht gegen ihn weiter zu klären. Solches ist auch den Akten nicht zu entnehmen. Der Beschwerdegegner vermochte anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme im Gegenteil glaubhaft darzulegen, dass er mit den fraglichen Sendungen einzig in seiner damaligen Funktion als selbständig erwerbender Postdienstleister in Kontakt kam, deren Inhalt aber weder kennt noch zu verantworten hat. Damit besteht kein Anfangsverdacht gegen den Beschwerdegegner, weshalb gegen ihn auch kein Strafverfahren zu eröffnen ist. Die Beschwerdeführerin vermag sodann keine Hinweise auf allfällig weitere Tatverdächtige zu geben. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen.

4. Den Eingaben der Beschwerdeführerin ist zu entnehmen, dass es ihr nicht in erster Linie um eine mögliche Verurteilung des Beschwerdegegners geht, sondern vor allem darum, im Rahmen der strafrechtlichen Verfahrenserledigung die Beschlagnahme und Einziehung der am Flughafen Zürich sichergestellten Postsendungen zu erwirken. Die von ihr geäusserte Rechtsauffassung, Art. 310 Abs. 2 StPO verweise auf Art. 320 Abs. 2 StPO, weshalb die Einziehung von Gegenständen auch im Rahmen einer Nichtanhandnahmeverfügung angeordnet werden könne bzw. müsse, ist allein aufgrund des Gesetzestextes zwar nachvollziehbar, aber dennoch unzutreffend. Da vor Erlass einer Nichtanhandnahmeverfügung kein Beweisverfahren durchgeführt

wird, ist die Beurteilung der Einziehungsvoraussetzungen bei einem derartigen Verfahrensabschluss nicht möglich. Eine Einziehung fällt daher im Rahmen einer Nicht-anhandnahmeverfügung ausser Betracht (Landshut/Bosshard, a.a.O., Art. 320 N6b).

Sollen Gegenstände ausserhalb eines Strafverfahrens eingezogen werden, kann hingegen das selbständige Einziehungsverfahren nach Art. 376 ff. StPO anwendbar sein. Die Eröffnung eines solchen selbständigen Einziehungsverfahrens ist dann angezeigt, wenn die Voraussetzungen für eine Einziehung gegeben sein könnten, aber von vornherein feststeht, dass aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen eine strafrechtliche Verurteilung ausser Betracht fällt und infolgedessen kein Strafverfahren zu eröffnen ist (vgl. Schwarzenegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Art. 376 N2 f, m.w.H.).

Selbständige Einziehungen sind an dem Ort durchzuführen, an dem sich die einzuziehenden Gegenstände befinden (Art. 37 Abs. 1 StPO). Da sich die sichergestellten Postsendungen am Flughafen Zürich befinden und – abgesehen vom allerdings unbegründeten Verdacht gegen den Beschwerdegegner – kein Bezug zum Kanton St.Gallen auszumachen ist, ist die Vorinstanz nicht für einen allfälligen Entscheid über deren Einziehung zuständig.

67

Art. 319 Abs. 1 StPO (SR 312.0). In dubio pro duriore. Im Zweifel hat nach dem Grundsatz «in dubio pro duriore» bei gravierenden Sexualdelikten (hier unter Jugendlichen) eine Anklageerhebung zu erfolgen, selbst wenn die Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs und einer Verurteilung in etwa gleich gross sein sollten.

Anklagekammer, 22. Juni 2016

Aus den Erwägungen:

II.

2.a) Die Staatsanwaltschaft verfügt u.a. die Einstellung des Verfahrens, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt (Art. 3 Abs. 1 JStPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 lit. a StPO) oder wenn kein Straftatbestand erfüllt ist (lit. b).

Entscheidend für die (materiell-rechtliche) Einstellung eines Strafverfahrens ist die Frage, ob der Verdacht gegen die beschuldigte Person in der Untersuchung nicht in dem Masse erhärtet wurde, dass Aussicht auf ein verurteilendes Erkenntnis besteht, sondern ein Freispruch zu erwarten ist. Beim Entscheid über die Einstellung des Verfahrens oder eine Anklageerhebung hat somit die Staatsanwaltschaft eine Prognose über den Ausgang eines allfälligen gerichtlichen Verfahrens zu machen.

Eine Einstellung kann und muss immer dann erfolgen, wenn aufgrund objektiver Kriterien von vornherein fest steht, dass jedes andere Ergebnis als ein Freispruch ausgeschlossen erscheint (vgl. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., N 1395 f.; Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 319 N 15 ff.; BSK StPO – Grädel/Heiniger, Art. 319 N 8; GVP 2001 Nr. 76).

b) Der Entscheid über die Einstellung eines Verfahrens hat sich nach dem Grundsatz «in dubio pro duriore» zu richten, welcher sich aus dem Legalitätsprinzip ergibt. Er bedeutet, dass eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur bei klarer Straflosigkeit bzw. offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen angeordnet werden darf. Hingegen ist, sofern die Erledigung mittels Strafbefehl nicht in Frage kommt, Anklage zu erheben, wenn eine Verurteilung wahrscheinlicher erscheint als ein Freispruch. Falls sich die Wahrscheinlichkeiten eines Freispruches oder einer Verurteilung in etwa die Waage halten, drängt sich in der Regel, insbesondere bei schweren Delikten, eine Anklageerhebung auf (BGer. 6B_856/2013 E. 2.2 m.w.H.). Stehen sich widersprechende Aussagen gegenüber, ist dieses Wahrscheinlichkeitskalkül besonders gewissenhaft vorzunehmen. Eine auf ein Einzelzeugnis gestützte Verurteilung erscheint namentlich dann möglich, wenn dieses durch Indizien gestützt wird (Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 319 N 15 ff.). Aussagen sind in der Regel vom urteilenden Gericht zu würdigen. Gerade auch bei Beziehungsdelikten, in denen Aussage gegen Aussage steht, ist zudem die unmittelbare Wahrnehmung durch das Gericht unverzichtbar (BGer. 6B_856/2013 E. 2.2 m.w.H.).

c) Das Strafverfahren ist einzustellen, wenn – in der vorstehend dargestellten Bewertung – kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass der Sachrichter entweder von der Unschuld der beschuldigten Person überzeugt sein oder zumindest derartige Zweifel an dessen Schuld haben wird, dass eine Verurteilung von vornherein ausgeschlossen erscheint (Oberholzer, a.a.O., N 1396; Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 319 N 15 ff.; BSK StPO – Grädel/Heiniger, Art. 319 N 8; GVP 2001 Nr. 76). Ausgangspunkt dieser Prognose über den Ausgang des Verfahrens bildet Art. 10 Abs. 3 StPO. Als Beweiswürdigungsregel bedeutet «in dubio pro reo», dass sich der Richter nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtungsweise erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt tatsächlich so verwirklicht hat. Können erhebliche Zweifel über eine für den Beschuldigten ungünstige Tatsache nicht unterdrückt werden, oder kann eine für den Beschuldigten günstigere Tatversion vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden, darf eine Verurteilung nicht erfolgen (BGE 127 I 38 E. 2.a; Oberholzer, a.a.O., N 691).

3. Wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, ist wegen Vergewaltigung zu bestrafen (Art. 190 Abs. 1 StGB). Der sexuellen Nötigung schuldig macht sich, wer eine Person unter obgenannten Voraussetzungen zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder anderen sexuellen Handlung nötigt (vgl. Art. 189 Abs. 1 StGB).

4.a) In der Einstellungsverfügung spricht die Vorinstanz (zunächst) davon, dass die Aussagen des Beschwerdegegners nicht sehr glaubhaft seien und seine Negierung sexueller Absichten klar wahrheitswidrig sei. Er sei offensichtlich bemüht, ihn belastende Umstände auszublenden, als Missgeschick zu erklären, zum «Spiel» umzudeuten oder nicht wahrgenommen zu haben. Die Schilderungen der Beschwerdeführerin werden hingegen als wesentlich realistischer und insgesamt nachvollziehbarer eingestuft mit dem Vorbehalt, dass sich auch bei ihr verschiedene Unstimmigkeiten ergeben hätten. Diesen Feststellungen kann beigespflichtet werden. Für die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Beschwerdeführerin sprechen zudem insbesondere auch der anschliessende Chat mit ihrer besten Freundin wie auch der Chat mit dem Beschwerdegegner.

Werden aber die Aussagen der Beschwerdeführerin als glaubhafter und nachvollziehbarer eingestuft, steht nicht von vornherein fest, dass jedes andere Ergebnis als ein Freispruch ausgeschlossen erscheint bzw. ein Fall von klarer Straflosigkeit vorliegt. Indem die Vorinstanz das Strafverfahren dennoch einstellte – und dies zudem mit eingehender und akribischer Beurteilung tat (die angefochtene Verfügung umfasst 13 Seiten) – überschritt sie das ihr diesbezüglich zustehende Entscheidungsermessen. Unter solchen Voraussetzungen ist – zumal beim Vorwurf von gravierenden Sexualstrafaten – von einem Zweifelsfall auszugehen und in Anwendung des Grundsatzes «in dubio pro duriore» obliegt es dem Sachrichter, unter eingehender Würdigung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht abschliessend den angezeigten Sachverhalt hinsichtlich Schuld bzw. Nichtschuld des Beschwerdegegners zu beurteilen.

b) Hinzu kommt, dass fraglich erscheint, ob die Aussagen der Beschwerdeführerin tatsächlich derart widersprüchlich sind, wie dies von der Vorinstanz erwogen wurde. So sind die (angeblich widersprüchlichen) Aussagen zum Vorfall vom [...] 2015 für die Geschehnisse vom [...] 2015 wohl nicht zentral. Auch die angeblichen Widersprüche bezüglich der Fixierung bzw. des Festhaltens und der damit einhergehenden Wehrlosigkeit und den geschilderten Abwehrhandlungen könnten sich damit erklären lassen, dass der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin teilweise gehalten, teilweise aber nur auf ihr gesessen/gelegen hatte und ihre Abwehrmöglichkeiten daher entsprechend unterschiedlich gross waren. Ebenso liesse sich der Umstand, dass sie sich nicht früher vom Wohnort des Beschwerdegegners entfernte, damit erklären, dass sie zwar ihre Mutter angerufen hatte, damit diese sie (früher als vereinbart) abhole, die Mutter hingegen nicht früher hat kommen können. Entgegen der Auffassung in der Einstellungsverfügung könnten zudem die Aussagen der Beschwerdeführerin, sie sei zum Beschwerdegegner gegangen, um über den Zusammenbruch von dessen Freundin am Vorabend zu reden, zumal dies auch ihre beste Freundin sei, insbesondere aufgrund des Chatprotokolls durchaus glaubhaft sein. Gleich verhält es sich mit den Aussagen der Beschwerdeführerin, dass sie die kleinen Geschwister des Beschwerdegegners habe sehen wollen, da sie kleine Kinder liebe.

c) Des Weiteren spricht die Einstellungsverfügung den Tathandlungen des Beschwerdegegners die notwendige Gewalt ab. Dass jedoch Festhalten und Fixierung

durch «Drauffliegen» nicht als Gewalt im Sinne der Bestimmungen von Art. 189ff. StGB gelten sollen, erscheint fraglich. Die Beschwerdeführerin will sich zudem tätlich gewehrt und dem Beschwerdegegner auch gesagt haben, dass sie dies nicht wolle. Trotz dem Vorhandensein sexueller Themen hat sie sich auch bereits zuvor im Chat immer klar gegen sexuelle Handlungen mit diesem geäußert, da sie einerseits dafür zu jung sei und er andererseits der Freund ihrer besten Freundin sei.

d) Schliesslich bestehen auch Anhaltspunkte, dass dem Beschwerdegegner wohl bewusst sein musste, dass die Beschwerdeführerin die Handlungen nicht wollte. Er selber gab nämlich zu Protokoll, dass die Beschwerdeführerin gesagt habe, er soll aufhören, er habe kurz aufgehört und dann jedoch weitergemacht. Ebenso gab er zu, dass die Beschwerdeführerin ihn weggestossen habe, dass sie (zuerst) nicht gewollt habe, dass sie sich körperlich gewehrt habe und dass sie zu ihm «nein» gesagt habe. Damit kann auch nicht zweifelsfrei davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdegegner der subjektive Tatbestand gefehlt habe.

e) Nicht massgeblich sein kann, ob zuvor im Chat oder auch beim Treffen sexuelle Themen eine Rolle spielten. Selbst wenn dies der Fall gewesen war und dies über das unter den heutigen Jugendlichen übliche Ausmass hinausgegangen wäre, kann und darf darin selbstverständlich kein Freipass für sexuelle Handlungen des Beschwerdegegners gegen den Willen der Beschwerdeführerin erblickt werden. Ebenso wenig kann man der Beschwerdeführerin einen (einstellungsbegründenden) Vorwurf in Bezug auf ihre Kleidung machen, auch diese stellt klarerweise keine Erlaubnis für sexuelle Handlungen gegen ihren Willen dar. Massgebend und wesentlich ist, ob die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Vornahme die sexuellen Handlungen wollte oder ob sie sich dagegen wehrte sowie verwahrte und ob der Beschwerdegegner dies erkennen konnte, sich jedoch darüber mit strafrechtlich relevanten Nötigungsmitteln hinweggesetzt hat. Daher ist für die strafrechtliche Beurteilung grundsätzlich auch nicht massgebend, ob sich die Beschwerdeführerin trotz des früheren Vorfalles und in Abwesenheit von dessen Mutter alleine zum Beschwerdegegner nach Hause und abseits der Geschwister in den Aufenthaltsraum im Keller begeben hatte. Die jugendliche Beschwerdeführerin scheint wohl darauf vertraut zu haben, dass ihre Äusserungen gegenüber beim Beschwerdegegner, dass sie mit ihm keinen Sex haben wolle, genügen sollten und er dies respektieren werde.

f) Insgesamt sind die Voraussetzungen für den Erlass einer Einstellungsverfügung nicht gegeben. Es steht nicht von vorneherein und mit hinreichender Sicherheit fest, dass jedes andere Ergebnis als ein Freispruch ausgeschlossen erscheint. Bei Sexualdelikten (insbesondere auch unter Jugendlichen) handelt es sich zudem um schwere Delikte, bei welchen eine Anklageerhebung auch vorzunehmen ist, selbst wenn die Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs und einer Verurteilung in etwa gleich gross wären.

68

Art. 363 StPO (SR 312.0); Art. 51 EG-StPO (sGS 962.1). Zuständigkeit bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts. Für die Festlegung der Zuständigkeit innerhalb des kantonalen Instanzenzuges ist einzig massgebend, ob das Berufungsgericht sich materiell mit der (ursprünglichen) Strafsache befasst hat, nicht hingegen, welche Punkte des Urteils überprüft oder abgeändert wurden.

Anklagekammer, 3. Februar 2016

Aus den Erwägungen:

2.a) Nach Art. 363 StPO trifft das Gericht, welches das erstinstanzliche Urteil gefällt hat, auch die einer gerichtlichen Behörde übertragenen selbständigen nachträglichen Entscheide, sofern Bund oder Kantone nichts anderes bestimmen. Der Kanton St. Gallen hat mit Art. 51 EG-StPO eine abweichende Bestimmung erlassen. Gemäss Art. 51 EG-StPO ist für nachträgliche richterliche Anordnungen das Gericht zuständig, welches das rechtskräftige Urteil gefällt hat.

b) Entscheidend ist folglich, welches Gericht das «rechtskräftige Urteil gefällt» hat. Tritt das Berufungsgericht auf die Berufung ein, so fällt es gemäss Art. 408 StPO ein neues Urteil, welches das erstinstanzliche Urteil ersetzt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt das Berufungsgericht (bereits) mit der blossen Berufungsabweisung materiell ein neues Sachurteil (BGer. 6B_482/2012 E. 5.3). Obwohl das Berufungsurteil sich nur mit den angefochtenen Punkten befasst und diese einer erneuten Überprüfung unterzieht, fällt das Berufungsgericht in allen Punkten – den angefochtenen und den nicht angefochtenen – einen neuen Entscheid. Auch wenn es so im Dispositiv nicht zum Ausdruck kommt, urteilt die Berufungsinstanz auch bei der Verwerfung einer Berufung neu. Nur wenn das Berufungsgericht nicht materiell auf die Berufung eintritt, bleibt es beim Urteil der ersten Instanz (BSK StPO – Eugster, Art. 408 N3 und Art. 402 N2). Folgt man diesen Überlegungen, hat dies zur Folge, dass es auch in Fällen der Berufungsabweisung das Berufungsgericht ist, welches den rechtskräftigen Entscheid fällt, und somit jenes Gericht für nachträgliche richterliche Entscheide zuständig ist. Oder mit anderen Worten: Wird in einem Strafverfahren eine Berufung erhoben und von der Berufungsinstanz materiell behandelt, so ist die Berufungsinstanz für nachträgliche richterliche Entscheide zuständig. Dies unabhängig davon, welche Punkte bei der Berufungsinstanz angefochten wurden oder ob dies letztlich zu einer Änderung des erstinstanzlichen Urteils geführt hat oder nicht.

c) Zum gleichen Schluss führt auch der Umstand, dass im Bereich von Rechtsmitteln das Gebot der Rechtssicherheit in hohem Masse gilt. Es ist unabdingbar, dass bezüglich des zu ergreifenden Rechtsmittels Klarheit herrscht (BGer. 6B_1021/2014 E. 4.2). Das Gleiche hat auch bezüglich der Frage zu gelten, bei welcher Instanz ein

Gesuch um nachträgliche richterliche Anordnung einzureichen ist (Kreisgericht oder Berufungsgericht). Demnach kann und darf es für die Festlegung der Zuständigkeit bei nachträglichen richterlichen Anordnungen nicht darauf ankommen, welche Punkte die Berufungsinstanz inhaltlich behandelt oder allenfalls abgeändert hat, um (allenfalls Jahre später) festlegen (oder allenfalls gar bis ans Bundesgericht erstreiten) zu müssen, ob die Berufungsinstanz nach Art. 51 EG-StPO «das rechtskräftige Urteil gefällt» hat oder nicht. Hat die Berufungsinstanz in einem Strafverfahren ein materielles Urteil gefällt, so ist sie – unabhängig davon, welche Punkte angefochten waren oder allenfalls abgeändert wurden – für die nachträgliche richterliche Anordnung zuständig. Für die Festlegung der Zuständigkeit innerhalb des kantonalen Instanzenzuges ist daher einzig massgebend, ob das Berufungsgericht sich materiell mit der (ursprünglichen) Strafsache befasst hat, nicht hingegen, welche Punkte des Urteils überprüft oder abgeändert wurden. Mit einer solchen Regelung besteht von Beginn weg die geforderte Klarheit und Rechtssicherheit in Bezug auf die Festlegung der Zuständigkeit. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft ist es damit nicht relevant, wann einzelne Punkte des Urteils rechtskräftig wurden. Die Regelung von Art. 402 StPO bzw. die daraus ableitbare (Teil-) Rechtskraft von einzelnen Urteilspunkten ist daher nicht massgebend für die Festlegung der Zuständigkeit nach Art. 51 EG-StPO (sondern bewirkt vielmehr bzw. lediglich (u.a.) eine Einschränkung des Berufungsumfanges; vgl. BSK StPO – Eugster, Art. 402 N2).

d) Schliesslich liegt auch keine Verletzung des «double-instance»-Prinzips vor. Der kantonale Gesetzgeber hat sich mit Art. 51 EG-StPO bewusst für ein Abweichen von diesem Prinzip entschieden. Der Bundesgesetzgeber lässt mit der Regelung von Art. 363 StPO denn auch ausdrücklich zu, dass das kantonale Behördenorganisationsrecht festlegen kann, dass das kantonale Berufungsgericht bzw. das kantonale letztinstanzlich entscheidende Gericht auch die selbstständigen nachträglichen Entscheide fällt (vgl. BGE 139 IV 175 E. 1.1; BGer. 6B_462/2013 E. 2.2; BGer. 1B_186/2015 E. 4.2).

e) Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass zum Entscheid über die nachträgliche richterliche Anordnung in der Strafsache des Beschwerdeführers die Strafkammer des Kantonsgerichts zuständig ist, da diese mit dem Entscheid vom [...] das rechtskräftige Urteil gefällt hat.

69

Art. 410, Art. 411 Abs. 1 und Art. 412 Abs. 2 StPO (SR 312.0). Revision gegen einen Ermächtigungsentcheid der Anklagekammer. Formelle Anforderungen an Revisionsgesuche. Eine Revision eines Ermächtigungsentscheids der Anklagekammer ist ausgeschlossen, da die in Art. 410 Abs. 1 lit. a – c StPO genannten Revisionsgründe auf einen verfahrenserledigten Entscheid mit Charakter eines Sachurteils abzielen. Die angerufenen Revisionsgründe sind im Gesuch zu bezeichnen. Fehlt eine entsprechende Begründung, wird auf das Gesuch nicht eingetreten.

Kantonsgericht, Strafkammer, 21. Dezember 2016

Aus den Erwägungen:

3. Der Revision unterliegen nur Entscheide, mit denen ein Strafverfahren materiell und formell rechtskräftig abgeschlossen worden ist. Nicht revisionsfähig sind Entscheide, soweit das Verfahren jederzeit wiederaufgenommen werden kann. In den Materialien und im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang die Anfechtung einer rechtskräftigen Einstellungs- oder einer Nichtanhandnahmeverfügung genannt (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2005 1085 ff., 1318; BSK StPO-Heer, Art. 410 N 21; Commentario CPP Mini, Art. 410 n. 4; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 1638; PC CPP-Morreillon/Parein-Reymond, Art. 410 N 4; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 410 N 8). Gleiches gilt für die Ermächtigung (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO). Sie stellt eine Prozessvoraussetzung für das Strafverfahren dar, wird aber in einem davon getrennten Verwaltungsverfahren erteilt (BGE 137 IV 269 E. 1.3.1). Das Ermächtigungserfordernis dient namentlich dem Zweck, Behördenmitglieder und Beamte vor mutwilliger Strafverfolgung zu schützen und damit das reibungslose Funktionieren staatlicher Organe sicherzustellen. Ein Strafverfahren soll daher erst durchgeführt werden können, wenn die Anklagekammer vorher ihre Zustimmung dazu erteilt hat. Gestützt darauf kann die Staatsanwaltschaft dann die Untersuchung eröffnen. Der förmliche Entscheid über die Eröffnung oder die Nichtanhandnahme obliegt kraft ausdrücklicher bundesrechtlicher Regelung (Art. 309 und 310 StPO) in jedem Fall der Staatsanwaltschaft (BGE 137 IV 269 E. 2.3). Wird die Ermächtigung nicht erteilt, so wird die Staatsanwaltschaft in aller Regel die Nichtanhandnahme der Strafanzeige verfügen, da eine Prozessvoraussetzung eindeutig nicht erfüllt ist (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO). Das Verfahren kann im Folgenden unter erleichterten Bedingungen wieder aufgenommen werden (Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 323 StPO), weshalb es für die Abänderung keiner Revision bedarf (BSK StPO-Heer, Art. 410 N 27 mit Hinweis auf Schmid, Die Wiederaufnahme des Verfahrens nach Nichtanhandnahme oder Einstellung des Strafverfahrens, in: ZStrR 109 [1991], S. 251 ff.). Eine Revision gegen den Ermächtigungsentcheid fällt damit ausser Betracht. Dieses Ergebnis ergibt sich im

Übrigen auch mit Blick auf die in Art. 410 Abs. 1 lit. a – c StPO genannten Revisionsgründe. Sie zielen allesamt auf einen schuldig- oder freisprechenden Entscheid, mithin auf einen verfahrenserledigenden Entscheid mit Charakter eines Sachurteils ab. Auf das Revisionsgesuch ist daher nicht einzutreten.

4. Selbst wenn Ermächtigungsentscheide der Revision zugänglich wären, könnte auf das Gesuch nicht eingetreten werden, da es offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet ist (Art. 412 Abs. 2 StPO; dazu BGer 6B_791/2014 E. 2.2 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 141 IV 298). Revisionsgesuche sind schriftlich und begründet beim Berufungsgericht einzureichen. Die angerufenen Revisionsgründe sind im Gesuch zu bezeichnen (Art. 411 Abs. 1 StPO). Ein Revisionsgesuch hat relativ strengen Anforderungen an die Begründung zu genügen (BSK StPO-Heer, Art. 411 N7, Fingerhuth, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 411 N3). Das Berufungsgericht ist nicht gehalten, selbst nach Revisionsgründen zu suchen oder ein ungenügendes Revisionsgesuch zu ergänzen. Vorliegend ist namentlich nicht ersichtlich, dass die Gesuchsteller neue Tatsachen vorbringen, die sie im früheren Verfahren noch nicht hätten beibringen können. Die weitere Behauptung, das Untersuchungsamt St. Gallen und die Anklagekammer seien falsch informiert gewesen, wird ebenfalls nicht belegt. Neue Tatsachen oder Beweismittel, die zu einer Revision führen könnten, sind aus den Ausführungen der Gesuchsteller nicht ersichtlich. Das Gesuch genügt damit den Begründungsanforderungen nicht, weshalb auch aus diesem Grund nicht einzutreten wäre.

70

Art. 426 Abs. 2 StPO (SR 312.0). Kostenaufgabe in einer Einstellungsverfügung. Beim Beschwerdeführer wurde im Rahmen einer Verkehrskontrolle ein Drogenschnelltest durchgeführt und jenem anschliessend eine Blut- und Urinprobe abgenommen. Die Auswertung der Asservate ergab eine THC-Konzentration innerhalb der Grenzwerte, weshalb ihm das Fahren unter Drogen nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden konnte. Gleichzeitig konnte ein Altkonsum belegt werden. Das Strafverfahren wegen Fahrens unter Drogen wurde daraufhin eingestellt, die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aber dennoch auferlegt. Der Präsident der Anklagekammer entschied, dass der Beschwerdeführer wegen des Konsums generell verbotener Betäubungsmittel (anders als bei grundsätzlich erlaubtem Alkoholkonsum) die Verfahrenseinleitung wegen möglicher SVG-Delikte schuldhaft verursacht habe. Die Kostenaufgabe wurde dementsprechend bestätigt.

Präsident der Anklagekammer, 20. Januar 2016

Aus den Erwägungen:

II.

2. Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO).

2.1. Bei der Kostenpflicht der freigesprochenen oder aus dem Verfahren entlassenen beschuldigten Person handelt es sich nicht um eine Haftung für ein strafrechtliches Verschulden, sondern um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten, durch das die Einleitung oder Erschwerung eines Prozesses verursacht wurde (BGE 119 Ia 332 E. 1.b; BGer. 1P.188/2005 E. 3.1; BSK StPO – Domeisen, Art. 426 N29). Eine Kostenaufgabe bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens verstösst gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK), wenn der beschuldigten Person in der Begründung des Kostenentscheids direkt oder indirekt vorgeworfen wird, sie habe sich strafbar gemacht bzw. es treffe sie ein strafrechtliches Verschulden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es mit Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK jedoch vereinbar, einer nicht verurteilten beschuldigten Person Verfahrenskosten aufzuerlegen, wenn sie in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d.h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze, gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung stammen kann, klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (BGer. 6B_315/2007 E. 3.2; BGer. 1P.18/2007 E. 3.3.3; BGer. 1P.188/2005 E. 3.1; BSK StPO – Domeisen, Art. 426 N37). Vorausgesetzt wird damit ein unter rechtlichen und nicht bloss unter moralischen oder ethischen Gesichtspunkten vorwerfbares Verhalten (BGer. 6B_783/2007 E. 2.1). Die Überbindung der Verfahrenskosten an die beschuldigte Person bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens soll aber Ausnahmecharakter haben und daher nur in Frage kommen, wenn es sich um einen klaren Verstoss gegen die fragliche Verhaltensnorm handelt. Voraussetzung ist daher, dass sich ein solcher Vorwurf in tatsächlicher Hinsicht auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützt (BSK StPO – Domeisen, Art. 426 N34; BGer. 1P.18/2007 E. 3.3.3). Erforderlich ist zudem, dass das widerrechtliche Verhalten die adäquate Ursache für die Einleitung oder Erschwerung des Strafverfahrens war. Dies trifft dann zu, wenn das gegen entsprechende Normen verstossende Verhalten geeignet war, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken und damit Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens zu geben (vgl. BSK StPO – Domeisen, Art. 426 N29).

2.2. Es ist zu begründen, inwiefern die beschuldigte Person durch ihr Handeln in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine Verhaltensnorm klar verstossen hat. Die Rechtsmittelinstanz darf lediglich die im angefochtenen Entscheid enthal-

tene Begründung und nicht jene der Vernehmlassung der Vorinstanz beurteilen. Die Rechtsmittelinstanz darf indessen die Motive des umstrittenen Entscheids ersetzen, wenn der massgebliche Sachverhalt aus den Akten hinreichend ersichtlich ist und die rechtliche Situation als klar erscheint (BSK StPO – Domeisen, Art. 426 N33; Pra91 [2002] Nr. 203 E. 1.2.2, E. 1.3; BGer. 6B_315/2007 E. 4.3; BGer. 1P.188/2005 E. 5.2).

3. Die Vorinstanz begründete ihre Kostenaufgabe in der Einstellungsverfügung vom 25. November 2015 damit, dass der Beschwerdeführer durch den strafbaren Konsum von Marihuana die Einleitung des strassenverkehrsstrafrechtlichen Verfahrens gegen ihn schuldhaft verursacht habe; gemäss geltender bundesgerichtlicher Rechtsprechung seien ihm daher die Verfahrenskosten von gesamthaft Fr. 1 335.– im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO aufzuerlegen.

4. Nach besagter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Kostenaufgabe an einen Autolenker, der einzig durch Alkoholgeruch auffällt, bei dem aber kein den Grenzwert überschreitender Blutalkoholgehalt feststellbar ist, unzulässig. Da sowohl der Alkoholkonsum als auch das anschliessende Lenken von Motorfahrzeugen – unter Einhaltung der geltenden Alkoholgrenzwerte – erlaubt sind, sei in derartigen Fällen kein schuldhaftes Verursachen der Verfahrenseinleitung zu erkennen (BGE 119 Ia 332 E. 1 c/d). Diese Rechtsprechung sei indessen nicht auf das Führen von Fahrzeugen unter dem Einfluss verbotener Betäubungsmittel übertragbar, und zwar selbst dann nicht, wenn dabei die Toleranzen für Messungenauigkeiten nicht überschritten würden. Demnach habe ein Autolenker, der mit Spuren verbotener Betäubungsmittel im Blut ein Fahrzeug führt und dabei Symptome aufweist, die ihn für die Polizisten als möglichen Rauschgiftkonsumenten erscheinen lassen, das gegen ihn eingeleitete Verfahren rechtswidrig und schuldhaft verursacht (BGer. 1B_180/2012 E. 4; ferner OGer. BE, Urteil vom 24.01.2012, zit. in CAN2013 Nr. 24; BSK StPO – Domeisen, Art. 426 N42 [S. 3189 a.E.]).

5. Der Beschwerdeführer lässt in seiner Eingabe vom 3. Dezember 2015 geltend machen, ein zeitnaher verkehrsrechtlich relevanter Konsum sei widerlegt. Für einen solchen hätten auch nie Anzeichen bestanden, weshalb für eine – verdachtsabhängige – Blut- und Urinuntersuchung von vornherein kein Anlass bestanden habe und die Verfahrenseinleitung daher auch nicht schuldhaft vom Beschwerdeführer verursacht worden sein könne. Die Fahrfähigkeit des Beschwerdeführers sei im Kontrollzeitpunkt gegeben gewesen. Die Kostenaufgabe verletze damit die Unschuldsumutung, weshalb sie nicht zulässig sei.

5.1. Der Einwand des Beschwerdeführers, für einen (verdachtsabhängigen) Drogentest seien lichtunempfindliche Pupillen und gerötete Augenbindehäute nicht ausreichend und die Untersuchung daher unrechtmässig erfolgt, verfährt nicht. Bei seinem Verweis auf Ziff. 2.2.1 der Weisung des ASTRA vom 22. Mai 2008 (bzw. neu vom 5. Dezember 2014) betreffend die Feststellung der Fahrfähigkeit im Strassenverkehr übersieht er, dass es sich dabei um eine nicht abschliessende Aufzählung der Verdachtsgründe handelt («insbesondere»). Entsprechend an-

erkennt auch das Bundesgericht, dass weitere als die in der Weisung genannten Gründe den erforderlichen Anfangsverdacht zu begründen vermögen. Hierfür kommen namentlich auch eine blasse Gesichtsfarbe, glänzende bzw. wässrige Augen (BGer. 6B_244/2011 E. 3) oder gerötete Augen und ein verlangsamtes Verhalten in Betracht (BGer. 1B_180/2012 E. 3.2). Da das Führen von Motorfahrzeugen unter dem Einfluss von (verbotenen) Betäubungsmitteln generell untersagt ist (Art. 55 SVG i.V.m. Art. 2 VRV), bestand für die Kantonspolizei aufgrund ihrer Feststellungen hinsichtlich der Augen des Beschwerdeführers begründeter Anlass zur Durchführung eines Drogenschnelltests und, als dieser ein positives Ergebnis lieferte, zur Anordnung einer Blut- und Urinprobe mit anschliessender chemisch-toxikologischer Untersuchung (Art. 55 Abs. 3 lit. a SVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. b und Art. 12 Abs. 2 SKV). Im Übrigen hat auch die Ärztin im Spital Wil beim Beschwerdeführer gerötete Augen festgestellt.

5.2. Da der Beschwerdeführer nachgewiesenermassen (rechtswidrig) Cannabis konsumierte und im Kontrollzeitpunkt noch immer unter dem Einfluss von THC stand, zog er schuldhaft den Verdacht der Polizeibeamten auf sich, er habe trotz vorangehendem Betäubungsmittelkonsum ein Fahrzeug gelenkt. Die Verfahrenseinleitung und damit einhergehend die Laboruntersuchung der Blutprobe sowie die angefallenen Kosten waren die adäquat-kausale Folge davon. Damit sind die Voraussetzungen für eine Kostenaufgabe im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO gegeben. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass eine strassenverkehrsrechtliche Verurteilung des Beschwerdeführers aufgrund der geltenden technischen Toleranzen letztlich nicht möglich war und er entsprechend als freigesprochen zu gelten hat (vgl. Art. 320 Abs. 4 StPO).

5.3. Nach dem vorstehend Dargelegten erweist sich die angefochtene Kostenaufgabe als recht- und verhältnismässig, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

71

Art. 428 Abs. 1 und Art. 432 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Kostentragung und Entschädigungspflicht beim Rückzug der Berufung durch die alleinig prozessführende Privatklägerschaft. Ist das Berufungsverfahren alleine durch die Privatklägerschaft geführt worden, hat diese bei einem Rückzug ihrer Berufung die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens (Art. 428 Abs. 1 StPO) und die Parteientschädigungen (Art. 432 Abs. 1 StPO) zu bezahlen. Auf eine Kostenaufgabe wird verzichtet, wenn zum Zeitpunkt des Rückzugs noch keine nennenswerten Kosten entstanden sind.

Kantonsgericht, Strafkammer, 24. November 2016

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Anklage wirft dem Beschuldigten zusammengefasst vor, in der Nacht des 10. August 2013 in X [Ortschaft im Kanton St. Gallen], zusammen mit drei weiteren Personen, Passanten angegriffen zu haben (sog. Sachverhalt 1). Sodann soll er am 14. Juli 2014 in Y [Ortschaft im Kanton St. Gallen] einen Unfall mit Sachschaden verursacht und sich unverrichteter Dinge vom Unfallort entfernt haben. Auch habe er es unterlassen, technische Änderungen an seinem Fahrzeug der Motorfahrzeugkontrolle zu melden bzw. vorzuführen (sog. Sachverhalt 2).

b) Mit Entscheid vom 18. Februar 2016 sprach der Einzelrichter des Kreisgerichts den Beschuldigten vom Vorwurf des Angriffs frei. Hingegen erklärte er den Beschuldigten wegen mehrfacher Übertretung des Strassenverkehrsgesetzes aufgrund pflichtwidrigen Verhaltens bei einem Unfall und aufgrund Inverkehrbringens eines Motorfahrzeugs in nicht vorschriftsgemäsem Zustand sowie wegen Übertretung der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeugen aufgrund der Unterlassung der Meldung an die Zulassungsbehörde über nachträgliche Änderungen am Fahrzeug schuldig. Der Einzelrichter verurteilte den Beschuldigten zu einer Busse von Fr. 800.– bzw. für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Tagen. Auf einen Widerruf der mit Strafbefehl des Untersuchungsamts Z vom 15. Januar 2013 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 14 Tagessätzen (15 Tagessätze abzüglich 1 Tag Untersuchungshaft) wurde verzichtet. Sodann verwies der Einzelrichter die Zivilforderungen auf den Zivilweg. Im Weiteren wurde entschieden, dass der sichergestellte Schraubenschlüssel nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens dem Beschuldigten zurückgegeben wird. Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2700.– auferlegte der Einzelrichter zu einem Fünftel dem Beschuldigten und zu vier Fünfteln dem Staat (Ziff. 7). Schliesslich legte der Einzelrichter die dem Beschuldigten vom Staat zu entrichtende Entschädigung für die Kosten seiner privaten Verteidigung auf Fr. 4492.80 fest (Ziff. 8).

c/aa) Gegen diesen Entscheid meldete der Privatkläger A am 29. Februar 2016 rechtzeitig Berufung an. Nach Zustellung des begründeten Entscheids erklärte er mit Eingabe vom 6. Juni 2016 innert Frist Berufung. Mit Eingabe vom 14. Juni 2016 teilte die Privatklägerin B ihren Verzicht auf eine Beteiligung am Berufungsverfahren mit. Am 18. Juni 2016 erklärte die Privatklägerin C ihrerseits Anschlussberufung, was ihr am 20. Juni 2016 die Privatklägerin D und der Privatkläger E gleichtaten. Mit Eingabe vom 1. Juli 2016 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Anschlussberufung und teilte ihren sinngemässen Antrag mit. Nachdem die drei Anschlussberufungskläger am 12. Juli 2016 zur Bezahlung einer Sicherheitsleistung für die Prozesskosten verpflichtet wurden, zogen D und E ihre Anschlussberufungen zurück und verzichteten ausdrücklich auf eine Beteiligung am Berufungsverfahren. Weder innert Frist noch später ging die verlangte Sicherheitsleistung von C beim Gericht ein, womit auf ihre Anschlussberufung nicht einzutreten ist (Art. 383 Abs. 2

StPO). Bis zu diesem Zeitpunkt ist dem Gericht kein nennenswerter Aufwand entstanden, weshalb auf eine Kostenaufgabe zu verzichten ist (Art. 5 Abs. 2 GKV).

bb) Die übrigen Privatkläger liessen sich nicht vernehmen und nehmen folglich nicht am Berufungsverfahren teil.

2. a) Nach Prüfung der Akten ordnete die Verfahrensleitung mit Verfügung vom 13. Oktober 2016 unter anderem die Durchführung einer mündlichen Verhandlung an. Am 14. Oktober 2016 wurde von Seiten des Privatklägers A in Aussicht gestellt, dass die Berufung allenfalls zurückgezogen werde. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2016 zog A seine Berufung zurück.

b) Zusammen mit seinem Berufungsrückzug ersuchte A – mit Verweis auf die erlittene und anhaltende gesundheitliche und finanzielle Belastung – das Gericht und die Staatsanwaltschaft um einen Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten bzw. den Beschuldigten um Verzicht auf die Geltendmachung einer Entschädigung. Am 28. Oktober 2016 reichte der private Verteidiger des Beschuldigten seine Kostennote ein, während die Staatsanwaltschaft am 4. November 2016 erklärte, ausnahmsweise auf die Geltendmachung von Gebühren zu verzichten.

3. a/aa) Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens. Als unterliegend gilt auch die Partei, die das Rechtsmittel zurückzieht (Art. 428 Abs. 1 StPO).

bb) Die Gebühr des Kantonsgerichts für die Fällung eines Beschlusses beträgt zwischen Fr. 500.– und Fr. 5000.– (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Ziff. 32 GKV). Massgebend ist der angefallene Aufwand (vgl. Art. 14 Abs. 2 GKV).

cc) Entgegen dem Wortlaut von Art. 425 StPO kann auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet werden, wenn die Kostenaufgabe zu einer unbilligen Härte führen würde (BSK StPO-Domeisen, Art. 425 N 3 m.w.H.).

b) Der Rechtsvertreter des A begründete den Rückzug mit dem – bereits am 1. Juli 2016 kommunizierten – Verzicht der Staatsanwaltschaft auf die Ergreifung eines Rechtsmittels. Die Ankündigung des Privatklägers zu einem allfälligen Rückzug der Berufung erfolgte dann aber trotzdem erst am 14. Oktober 2016, nachdem eine eingehende Prüfung der Akten stattfand und die verfahrensleitenden Anordnungen erlassen wurden. Diesen angefallenen Aufwand gilt es bei der Gebührenfestlegung zu berücksichtigen. Insgesamt sind Fr. 900.– angemessen. Schliesslich kann auch mangels Bedürftigkeit des (privat vertretenen) Privatklägers und mit Blick auf das Legalitäts- und Rechtsgleichheitsprinzip nicht von einer Gebührenerhebung abgesehen werden. Entsprechend ist die Entscheidgebühr dem Privatkläger A aufzuerlegen.

4. a/aa) Die obsiegende beschuldigte Person hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für ihre Aufwendungen im Rechtsmittelverfahren (vgl. Art. 436 Abs. 2 StPO). Gegenüber der Privatklägerschaft hat sie Anspruch auf angemessene Entschädigung für die durch die Anträge zum Zivilpunkt verursachten Aufwendungen (Art. 432 Abs. 1 StPO).

Die Höhe der angemessenen Entschädigung orientiert sich am Stundenaufwand der Verteidigung und nicht wie im Zivilverfahren nach dem Streitwert (BSK StPO-Wehrenberg/Frank, Art. 432 N 14; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 432 N 4, vgl. auch Art. 23 Abs. 2 und 3 HonO). Das mittlere Honorar beträgt Fr. 250.– je Stunde (Art. 24 Abs. 1 HonO).

bb) Wird die einzig die von der Privatklägerschaft erhobene Berufung abgewiesen, hat gemäss Bundesgericht – entgegen dem Wortlaut von Art. 432 Abs. 2 StPO – jene die gesamten Verteidigungskosten der beschuldigten Person zu tragen (BGE 139 IV 45 E. 1, BGer 6B_841/2013 E. 3.3.1; BSK StPO-Wehrenberg/Frank, Art. 432 N 15a; Schmid, a.a.O., Art. 428 N 3). Das Gleiche muss für den Fall des Unterliegens infolge Rückzug gelten.

b) Der Verteidiger des Beschuldigten machte einen Aufwand 2.75 Stunden à Fr. 250.– geltend. Der Aufwand erscheint weder in zeitlicher Hinsicht überhöht, noch wurde ein über dem mittleren Wert liegender Tarif herangezogen. Der insgesamt geltend gemachte Betrag von Fr. 764.10 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) ist angemessen. Entsprechend dem Verfahrensausgang hat der Privatkläger den Beschuldigten für seine Parteikosten in dieser Höhe zu entschädigen.

72

Art. 428 Abs. 2 lit. a StPO (SR 312.0). Kostenpflicht einer obsiegenden Partei im Berufungsverfahren. Für eine Auflage der Berufungskosten an eine obsiegende Partei müssen die Voraussetzungen für das Obsiegen im Berufungsverfahren von der Partei selber und nicht durch einen Dritten geschaffen worden sein (Art. 428 Abs. 2 lit. a StPO).

Art. 427 Abs. 1 lit. a und c, Art. 428 Abs. 1, Art. 432 Abs. 1 und Art. 436 Abs. 1 StPO (SR 312.0). Kosten- und Entschädigungspflicht der unterliegenden Privatklägerschaft. Die unterliegende Privatklägerschaft kann unter gewissen Voraussetzungen zur Bezahlung der durch ihre Anträge zum Zivilpunkt verursachten Verfahrenskosten (Art. 427 Abs. 1 lit. a und lit. c, Art. 428 Abs. 1 StPO) und zur Entschädigung für die durch ihre Anträge zum Zivilpunkt verursachten Aufwendungen (Art. 432 Abs. 1 StPO, Art. 436 Abs. 1 StPO) verpflichtet werden. Die Entschädigungspflicht erübrigt sich, wenn aus der Kostendokumentation der Verteidigung der obsiegenden beschuldigten Person nicht hervorgeht, welche Aufwendungen dem Zivilpunkt zuzuordnen sind, und die entsprechenden Ausführungen in den Plädoyers kaum Raum einnehmen.

Kantonsgericht, Strafkammer, 9. März 2016

Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, im Jahr 2011 nach einem Fussballspiel in X [Ortschaft im Kanton St.Gallen] an gewaltsamen Ausschreitungen teilgenommen sowie einen Polizisten attackiert und verletzt zu haben. Im Weiteren habe er im Jahr 2013 anlässlich eines Fussballspiels in Y [Ortschaft im Kanton Aargau] auch noch eine Handlichtfackel («Pyro») abgebrannt. Das Kreisgericht sprach den Beschuldigten der einfachen Körperverletzung, der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, des Landfriedensbruchs sowie der Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz schuldig. Sodann wurde entschieden, dass der Beschuldigte für sämtliche durch die Körperverletzung verursachten Schäden von Privatkläger A ersatzpflichtig ist und eine Genugtuung leisten muss. Ausserdem auferlegte das Gericht dem Beschuldigten die Verfahrenskosten und verpflichtete ihn zur Bezahlung der Parteikosten von Privatkläger A und B. Gegen diesen Entscheid erklärte der Beschuldigte Berufung. Die Staatsanwaltschaft und Privatkläger A erklärten jeweils Anschlussberufung. Das Berufungsgericht sprach den Beschuldigten von den Anklagen der schweren Körperverletzung, der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte und des Landfriedensbruchs freigesprochen. Entsprechend wurde auch die Zivilforderung des Privatklägers A abgewiesen. Einzig in Bezug auf die Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz wurde er schuldig erklärt.

Aus den Erwägungen:

VI.

1. a/aa) Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie im erstinstanzlichen Verfahren verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO).

bb) Der Privatklägerschaft können die Verfahrenskosten, die durch ihre Anträge zum Zivilpunkt verursacht worden sind, auferlegt werden, wenn unter anderem die beschuldigte Person freigesprochen oder die Zivilklage abgewiesen wird (vgl. Art. 427 Abs. 1 lit. a und lit. c StPO). Die Privatklägerschaft soll jedoch nur für die von ihr beantragten Verfahrenshandlungen kostenpflichtig werden, die alleine oder überwiegend mit ihrer Zivilklage zusammenhängen (BSK StPO-Domeisen, Art. 427 N4). Eine Aufgliederung der Kosten zum Straf- und Zivilpunkt ist aber oft nicht möglich, da die strafrechtliche Zurechnungskriterien und zivilrechtliche Haftungskriterien vielfach übereinstimmen. Abklärungen, die auf die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs gerichtet sind, haben ebenso Folgen für die Beurteilung der Zivilforderung, wie umgekehrt Verfahrenshandlungen, die im Hinblick auf die Zivilforderung vorgenommen werden, Reflexwirkungen auf den Strafpunkt haben. Der Privatklägerschaft sollen daher nur diejenigen Kosten auferlegt werden können, die in einem direkten kausalen Zusammenhang mit ihren Beweisanträgen zur Zivilforderung stehen (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz 1710).

b/aa) Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO).

bb) Der von der Vorinstanz ausgefallte Schuldanspruch betreffend Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz bleibt mangels Anfechtung bestehen. Hingegen werden die Schuldprüche betreffend einfacher Körperverletzung, Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte und Landfriedensbruchs aufgehoben. Bei diesem Ergebnis ist es gerechtfertigt, die erstinstanzlich ausgeschiedenen Kosten zu einem Zehntel dem Beschuldigten und zu neun Zehntel dem Staat aufzuerlegen. Von einer Kostentragungspflicht der Privatklägerschaft für das Untersuchungs- und vorinstanzliche Verfahren wird Abstand genommen. Es lassen sich keine Beweisanträge ausmachen, die ausschliesslich der Zivilforderung zuzuordnen sind.

2. a/aa) Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Das Obsiegen und Unterliegen im Berufungsverfahren beurteilt sich grundsätzlich an den Anträgen der rechtsmittelführenden Parteien (Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO-Komm., 2. Aufl., Art. 428 N 1 mit Verweis auf BGE 123 V 156 E. 3c). Massgebend ist, ob und in welchem Umfang dem Begehren einer Partei gefolgt wird (vgl. Oberholzer, a.a.O.; Rz 1723; BSK StPO-Domeisen, Art. 428 N 6).

bb) Erwirkt eine Partei, die ein Rechtsmittel ergriffen hat, einen für sie günstigeren Entscheid, so können ihr die Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn die Voraussetzungen für das Obsiegen erst im Rechtsmittelverfahren geschaffen worden sind (Art. 428 Abs. 2 lit. a StPO). Dies soll etwa der Fall sein, wenn ein entlastendes Beweismittel zurückbehalten wurde, jedoch nicht, wenn die Bedingung für einen günstigeren Entscheid ohne Zutun des Rechtsmitteleinlegers eingetreten ist (BSK StPO-Domeisen, Art. 428 N 20).

b/aa) Der Beschuldigte ist mit seinen Berufungsanträgen weitgehend durchgedrungen. Einzig fiel die bedingte Geldstrafe höher aus, als beantragt (100 Tagessätze zu je Fr. 120.– anstatt 60 Tagessätze zu je Fr. 90.–), was keine Kostenauflegung rechtfertigt. Spätestens seit Sommer 2014 wusste der Beschuldigte aber von tX, dass dieser sich für die Tat verantwortlich bezeichnete, was er zurückbehielt (vgl. oben Erw. III.4.f/aa). Dennoch sind dem Beschuldigten keine Kosten aufzuerlegen, da tX sich bei den Behörden meldete, nachdem er von der Verurteilung des Beschuldigten hörte und die Sache vom Anwalt von tX mit seiner Anfrage vom 9. September 2015 in das Verfahren eingebracht wurde. Von Beschuldigten wäre es nicht erwähnt worden. Entsprechend hat nicht der Beschuldigte selber die Voraussetzungen für das Obsiegen im Rechtsmittelverfahren geschaffen.

bb) Von einer Kostentragung durch den im Berufungsverfahren unterlegenen Privatkläger A wird abgesehen (vgl. zur Begründung oben Erw. IV.1.a/bb).

cc) Die Kosten des Berufungsverfahrens – bestehend aus der Entscheidgebühr von Fr. 3000.– (Art. 15 Ziff. 33 GKV) und der Gebühr der Staatsanwaltschaft von Fr. 1000.– (Art. 19 Ziff. 9 GKV) – werden dem Staat auferlegt.

3. a/aa) Bei einem Freispruch hat die beschuldigte Person Anspruch auf eine Entschädigung für ihre Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte im Untersuchungs- und vorinstanzlichen Verfahren (Art. 429 Abs. 1

lit. a StPO) und im Rechtsmittelverfahren (Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO).

bb) Der Rechtsbeistand kann das Honorar nach Zeitaufwand bemessen (vgl. Art. 23 Abs. 2 HonO). Unnötiger Aufwand fällt ausser Betracht (Art. 23 Abs. 3 HonO). Das mittlere Honorar beträgt Fr. 250.– je Stunde (Art. 24 Abs. 1 und 2 HonO).

b/aa) Während der Untersuchung wurden bereits Fr. 1 652.80 entschädigt (Einstellungsverfügung vom 22. Januar 2015 S. 2 f.). Die Verteidigerin reichte an Schranken eine nach Zeitaufwand bemessene Kostennote (23.42 Stunden) ein, mit welcher sie Fr. 4958.40 – inkl. Barauslagen (vgl. Art. 28bis Abs. 1 HonO) und Mehrwertsteuer (Art. 29 HonO) – für ihre (noch nicht bereits gedeckten) Aufwendungen im Untersuchungsverfahren einfordert. Für das Verfahren vor dem Kreisgericht stellte sie einen Betrag von Fr. 7 560.– (26.5 Stunden, inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) in Rechnung, was insgesamt zu einer Summe von Fr. 12 518.40 (Fr. 4 958.40 + Fr. 7 560.–) führt. Aufgrund der Sachlage, der vorgenommenen Verfahrenshandlungen (insbesondere Einvernahmen) und der sich rechtlich stellenden Fragen erscheint der geltend gemachte Aufwand angemessen. Aufgrund des Verfahrensausgangs sind davon neun Zehntel (Fr. 11 266.50) zu entschädigen.

bb) Für das Berufungsverfahren machte die Verteidigerin einen Aufwand von 26,15 Stunden plus Verhandlung geltend. Der Verhandlungsaufwand wird mit sieben Stunden veranschlagt, was zu einer Summe von 33,15 Stunden bzw. zu einem Betrag von Fr. 8 287.50 (33,15 Stunden × Fr. 250.–) führt. Der geltend gemachte Umfang erscheint angemessen und bewegt sich innerhalb der gesetzlichen Pauschale von maximal Fr. 9 000.– (Art. 21 Abs. 1 lit. b HonO i.V.m. Art. 26 Abs. 1 lit. c HonO). Hinzu kommen die in der Kostennote aufgeführten Barauslagen von Fr. 381.– und auf dem Gesamtbetrag die Mehrwertsteuer von Fr. 693.50, was zu einem Total von Fr. 9 362.– führt.

c) Insgesamt ist der Beschuldigte für seine Aufwendungen im gesamten Verfahren noch mit Fr. 20 628.50 (Fr. 11 266.50 + Fr. 9 362.–) zu entschädigen.

4. a) Der sich aus Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO bzw. im Rechtsmittelverfahren aus Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO ergebende Entschädigungsanspruch richtet sich grundsätzlich gegen den Staat (vgl. BSK StPO-Wehrenberg/Frank, Art. 429 N34). Die obsiegende beschuldigte Person hat aber auch gegenüber der Privatklägerschaft Anspruch auf angemessene Entschädigung für die durch die Anträge zum Zivilpunkt verursachten Aufwendungen im Untersuchungs- und vorinstanzlichen Verfahren (vgl. Art. 432 Abs. 1 StPO) sowie im Rechtsmittelverfahren (vgl. Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 432 Abs. 1 StPO). Wird die Privatklägerschaft zur Entschädigung verpflichtet, reduziert sich die staatliche Entschädigungspflicht im entsprechenden Umfang (vgl. BSK StPO-Wehrenberg/Frank, Art. 429 N34).

b) Den von der Verteidigerin eingereichten Kostennoten samt Detailabrechnung ist nicht zu entnehmen, welche Aufwendungen dem Zivilpunkt zuzuordnen sind. Mit Blick auf die Ausführungen in den Plädoyers der Verteidigung zu den Zivilforderungen erscheinen die Aufwendungen hierfür vernachlässigbar. Von einer vom Privatkläger A zu bezahlenden Entschädigung wird abgesehen.

73

Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO (SR 312.0). Entschädigung der amtlichen Verteidigung bezüglich Tätigkeiten von Praktikanten. Wird nach Zeitaufwand abgerechnet, so werden üblicherweise für den Einsatz von juristischen Mitarbeitern oder Praktikanten reduzierte Ansätze festgelegt. Auch bei einer Abrechnung nach Honorarpauschale dürfte die Ausübung von Verteidigertätigkeiten durch einen Praktikanten zu berücksichtigen sein. Vorausgesetzt werden muss dabei allerdings mit Blick auf die (gewollt vereinfachende) Pauschalisierung, dass der Praktikant im Einzelfall tatsächlich einen massgeblichen Anteil an der Verteidigerarbeit mit spürbarer Auswirkung auf das (Pauschal-)Honorar übernommen hat.

Anklagekammer, 20. Juli 2016

Aus den Erwägungen:

II.

2. Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt, so hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Die Bemühungen des Anwalts müssen im Umfang den Verhältnissen entsprechen, d.h. sie müssen sachbezogen und angemessen sein. Die Verteidigungskosten müssen mithin in einem vernünftigen Verhältnis zur Komplexität bzw. Schwierigkeit des Falles und zur Wichtigkeit der Sache stehen. Unnötige und übersetzte Kosten sind nicht zu entschädigen, wobei auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Verteidigerbezugs abgestellt werden muss; den erbetenen Anwalt trifft in diesem Sinne auch eine Schadenminderungspflicht (BSK StPO – Wehrenberg/Frank, Art. 429 N 15).

Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach den kantonalen Anwaltstarifen (BSK StPO – Wehrenberg/Frank, Art. 429 N 15f.). Das Honorar im Strafprozess im Kanton St.Gallen für die Verteidigung der beschuldigten Person beträgt, wenn das Verfahren durch Verfügung der Staatsanwaltschaft abgeschlossen wird, pauschal Fr. 500.– bis Fr. 4 000.– (Art. 21 Abs. 1 lit. a HonO). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, bemessen (Art. 19 HonO). Im Strafprozess kann der Rechtsanwalt das Honorar auch nach Zeitaufwand bemessen; unnötiger Aufwand fällt ausser Betracht (vgl. Art. 23 Abs. 2 und Abs. 3 HonO). Das mittlere Honorar beträgt Fr. 250.– je Stunde (Art. 24 Abs. 1 HonO).

3.a) Die Vorinstanz kürzte die vom Verteidiger eingereichte Kostennote über Fr. 1 909.30 (Aufwand von 7 Stunden) um 1,5 Stunden mit der Begründung, dass ein zeitlicher Aufwand von 1,67 Stunden für ein Aktenstudium nach Ankündigung der Einstellung überhöht erscheine.

b) Der Beschwerdeführer macht anlässlich der Beschwerde im Wesentlichen geltend, dass die Bemessung des Honorars nicht nach Zeitaufwand, sondern als Pauschale erfolgt sei. Der Tätigkeitsnachweis sei lediglich aus Transparenzgründen eingereicht worden. Für die Beurteilung von einzelnen Positionen der Honorarrechnung sei bei der Bemessung nach Pauschalen kein Platz. Wenn der Aufwand auf die Minute genau nachgeprüft werde, laufe dies dem Sinn und Zweck der Pauschale zuwider. Das pauschale Honorar von Fr. 1750.– liege klar in der unteren Hälfte der Pauschale und erweise sich als moderat und den konkreten Verhältnissen angemessen. Der Aufwand sei auf das absolut Notwendige beschränkt worden. Er setze sich im Wesentlichen aus der Erstbesprechung mit dem Mandanten und seiner Beiständin, der Vorbereitung und Teilnahme an der Einvernahme sowie dem Aktenstudium zusammen. Nicht aufgeführt worden sei der notwendige Aufwand nach Zustellung der Einstellungsverfügung (Schlussbesprechung mit Mandant etc.), dies sei jedoch, weil eben nach Pauschale abgerechnet werde, auch nicht nötig gewesen.

4.a) In der Honorarrechnung vom 20. April 2016 wird als Grundlage des Honorars auf Art. 21 HonO verwiesen, der grundsätzlich die Pauschaltarife regelt. Gleichzeitig wird aber auch ein detaillierter Stundenaufschrieb beigelegt, welcher die Aufwände vom 12. November 2015 bis zum 20. April 2016 ausweist. Damit ist auf den ersten Blick nicht klar, ob der Strafverteidiger nach Pauschale oder aber doch nach Stundenaufwand abrechnen wollte. Der Umstand, dass einerseits in der Honorarrechnung auf Art. 21 HonO verwiesen wird und dass andererseits die Aufwände für den Mandatsabschluss (Schlussbesprechung/Zusendung Verfügung etc.) im Stundenaufschrieb fehlen, lässt den vom Beschwerdeführer in der Beschwerde vertretenen Standpunkt, dass nach Pauschale abgerechnet werden wollte und der Tätigkeitsnachweis lediglich aus Transparenzgründen eingereicht wurde, plausibel erscheinen.

b) Das Mandat dauerte etwas mehr als sechs Monate (12. November 2015 bis 24. Mai 2016). Der dem Beschwerdeführer gegenüber erhobene Vorwurf – versuchte Geldwäscherei – war zwar von einer gewissen Tragweite, die zu untersuchenden Handlungen waren hingegen nicht komplex. Dennoch hatte zu Beginn des Mandats eine Instruktion und Aufgleisung einer Verteidigungsstrategie zu erfolgen. Mit dieser Instruktion, der Teilnahme an der Einvernahme und deren Vorbereitung, dem Aktenstudium sowie der Korrespondenz fiel fraglos notwendiger Aufwand an. Es fand insgesamt eine polizeiliche Einvernahme in Anwesenheit des Rechtsvertreters bzw. seines Praktikanten statt. Der Aktenumfang war eher gering. Ein gewisser Mehraufwand kann im Umstand erblickt werden, dass der Beschwerdeführer verbeiständet ist. Ebenso erfolgten verschiedene Zwangsmassnahmen (Edition von Bankunterlagen, Kontosperrung, Durchsuchungen), die auf ihre Zulässigkeit bzw. (bei Einstellung) auf allfällige Entschädigungsansprüche zu überprüfen waren. Ein Grundhonorar innerhalb der unteren Hälfte der Pauschale (Fr. 500.– bis Fr. 2250.–) bzw. an der unteren Grenze des mittleren Drittels der Pauschale (Fr. 1667.– bis Fr. 2834.–) erscheint insgesamt als angemessen. Das beantragte Grundhonorar von Fr. 1750.– ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden.

c) Die Staatsanwaltschaft wirft im Beschwerdeverfahren sodann die Frage auf, ob dann, wenn der Praktikant Verteidigungstätigkeiten ausführe, der volle Anwaltstarif verrechnet werden könne. Wird nach Zeitaufwand abgerechnet, so werden üblicherweise für den Einsatz von juristischen Mitarbeitern oder Praktikanten reduzierte Ansätze festgelegt (vgl. Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 12 N 164). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es mit der Verfassung vereinbar, dass die Entschädigung eines Praktikanten geringer ausfällt als jene eines patentierten Rechtsanwalts (BGer. 5D_175/2008 E. 4 [Stundenansatz von Fr. 120.– oder 2/3 des Stundenansatzes für patentierte Anwälte]). Damit wird nicht zuletzt dem Umstand Rechnung getragen, dass ein Praktikant mehr Zeit beansprucht, als ein patentierter und erfahrener Anwalt (BGer. 5D_175/2008 E. 5.5; BGer. 1P.161/2006 E. 3.5.3; BGer. 1B_94/2010 E. 6.3). Auch bei einer Abrechnung nach Honorarpauschale dürfte die Ausübung von Verteidigertätigkeiten durch einen Praktikanten vor diesem Hintergrund ebenfalls zu berücksichtigen sein. Vorausgesetzt werden muss dabei allerdings mit Blick auf die (gewollt vereinfachende) Pauschalisierung, dass der Praktikant im Einzelfall tatsächlich einen massgeblichen Anteil an der Verteidigerarbeit mit spürbarer Auswirkung auf das (Pauschal-)Honorar übernommen hat. Dies war vorliegend mit der Teilnahme an (nur) einer polizeilichen Einvernahme bei Honorierung im unteren Bereich der Pauschale nicht der Fall.

4. Rechtsanwälte und Rechtsagenten

74

Art. 12 und Art. 17 Abs. 1 BGFA (SR 935.61). Ein Strafverteidiger, der seinem Mandanten Kopien von Untersuchungsakten – unter anderem Reproduktionen jener verbotenen pornographischen Darstellungen, deren Herstellung beziehungsweise Lagerung dem Mandanten im Strafverfahren zur Last gelegt werden – überlässt, darf wegen dieses Verhaltens nicht diszipliniert werden, wenn die verfahrensleitende Untersuchungsbehörde das Recht auf Akteneinsicht nicht eingeschränkt hat. Der Anwalt ist nicht verpflichtet, von sich aus die Akteneinsicht der beschuldigten Person zu beschränken.

Verwaltungsgericht, 20. Dezember 2016

Die Staatsanwaltschaft St.Gallen ermittelte gegen X wegen des Verdachts der sexuellen Handlungen mit Kindern sowie der Pornografie und nahm ihn angesichts

des dringenden Tatverdachts und wegen Verdunkelungs- und Fluchtgefahr in Untersuchungshaft. Der Beschwerdeführer wurde zu seinem amtlichen Verteidiger bestellt. Er bediente X in der Folge mit Kopien von Untersuchungsakten, die dieser in einer mit «Anwaltspost» beschrifteten Kartonschachtel in seiner Zelle aufbewahrte. Unter den Akten befanden sich – wie der Leiter des Regionalgefängnisses Altstätten der verfahrensleitenden Staatsanwältin meldete – auch Reproduktionen jener (verbotenen) pornografischen Darstellungen, deren Herstellung beziehungsweise Lagerung ihm von den Untersuchungsbehörden zur Last gelegt wurde und die ihm während der Einvernahmen bereits vorgehalten worden waren. Auf Anzeige der Staatsanwaltschaft hin eröffnete die Anwaltskammer ein Disziplinarverfahren gegen den Beschwerdeführer. Sie stellte eine (fahrlässige) Verletzung der Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung fest und büsste ihn mit CHF 500 (GVP 2015 Nr. 99). Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 12 BGFA gelten für Anwältinnen und Anwälte verschiedene Berufsregeln und -pflichten, darunter die sorgfältige und gewissenhafte Ausübung des Berufes (lit. a). Die Anwälte, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, unterstehen gemäss Art. 14 BGFA der Aufsicht einer durch den Kanton bezeichneten Behörde. Im Kanton St. Gallen beaufsichtigt die Anwaltskammer die Anwältinnen und Anwälte (vgl. Art. 5 Abs. 1 AnwG); ihr obliegt auch die Durchführung von Disziplinarverfahren. Ergibt sich, dass eine Anwältin oder ein Anwalt gegen das BGFA verstossen hat, kann die Anwaltskammer eine Disziplinarstrafe gemäss Art. 17 Abs. 1 BGFA anordnen. In Betracht kommen dabei eine Verwarnung (lit. a), ein Verweis (lit. b), eine Busse bis CHF 20 000 (lit. c), ein befristetes Berufsausübungsverbot (lit. d) und schliesslich ein dauerndes Berufsausübungsverbot (lit. e).

3. Nicht jede Gesetzesverletzung nach Art. 17 Abs. 1 BGFA rechtfertigt eine Disziplinarstrafe, sondern nur diejenigen, die berufsrelevante Pflichten betreffen. Eine Disziplinarstrafe setzt die schuldhaft (vorsätzliche oder zumindest fahrlässige) Verletzung einer Berufspflicht voraus. Liess der Anwalt die durchschnittliche Sorgfalt vermissen, die in guten Treuen verlangt werden darf und muss, so rechtfertigt dies eine Disziplinierung. Verlangt wird eine qualifizierte Norm- bzw. Sorgfaltswidrigkeit, welche aus Gründen des öffentlichen Interesses und unter Beachtung der Verhältnismässigkeit im Verhältnis zum Klienten weiter gehen kann als die Sorgfalts- und Treuepflichten des Auftragsrechts (vgl. Art. 398 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220, OR). Die Beweislast obliegt der Disziplinarbehörde (vgl. T. Poledna, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage 2011, Art. 17 N 16 und 18). Zur allgemeinen Berufspflicht des Anwalts gehört gemäss der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA, dass der Beruf «sorgfältig» und «gewissenhaft» ausgeübt wird (vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 12 BGFA: Rauber/Nater, Anwaltstätigkeit im Sinne des BGFA, in: SJZ 110/2014

S. 556 ff.). Bei diesem Begriffspaar handelt es sich um Synonyme (W. Fellmann, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, a.a.O., Art. 12 N 8).

Diese Verhaltensregel hat für die gesamte Berufstätigkeit des Rechtsanwalts Geltung und erfasst neben der Beziehung zum eigenen Klienten sowohl Kontakte mit der Gegenpartei als auch mit den Behörden (vgl. BGE 130 II 270 E. 3.2 mit Hinweisen; 131 I 223 E. 3.4). Diese Auffassung wird insbesondere von K. Schiller (Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, Rz. 1490) kritisiert; nach seinem Verständnis ist die Sorgfalsregel alleine auf das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient anwendbar. Unsorgfältig und disziplinarisch zu ahnden seien demnach etwa eine offensichtlich ungenügende Beratung oder Vertretung, gravierende oder wiederholte Verstösse gegen Vertragspflichten, Handeln gegen den eigenen Klienten oder Missbrauch des von diesem entgegengebrachten Vertrauens. Schiller verkennt allerdings, dass die Berufsregeln nicht nur im Interesse des rechtssuchenden Publikums liegen, sondern auch dem geordneten Gang der Rechtspflege dienen und das Vertrauen in die Person des Anwalts und die Anwaltschaft insgesamt gewährleisten sollen. Sie erschöpfen sich mithin nicht im Verhältnis zwischen Anwalt und Klient, sondern regeln auch das Verhältnis des Anwalts zu den Behörden (vgl. Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 11, Fn. 89, mit Hinweis auf BGE 106 Ia 104; BGE 130 II 270 E. 3.2.2; vgl. ferner Botschaft vom 28. April 1999 zum BGFA, BBl 1999 6013 ff., 6054). Der Rechtsanwalt genügt den Anforderungen von Art. 12 lit. a BGFA deshalb nur, wenn er sich bei seinem Handeln in jeder Beziehung an die Schranken der Rechtsordnung hält (vgl. BGR 2C_783/2008 vom 4. Mai 2009 E. 2.9; zum Ganzen vgl. auch VerwGE B 2015/6 vom 23. August 2016 E. 5.1). Indessen ist der Anwalt weder staatliches Organ noch Gehilfe des Richters, sondern Verfechter von Parteiinteressen; als solcher ist er einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig, dessen Interessen er in erster Linie zu wahren hat. Die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufs schränkt ihn bei seiner Tätigkeit nur insofern ein, als sie ihm gebietet, die Interessen des Klienten ausschliesslich mit zulässigen Mitteln zu wahren (BGE 106 Ia 105; Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 16; N 36 ff.).

4. Im Strafprozess wird die Akteneinsicht in Art. 101 ff. der Schweizerischen Strafprozessordnung (SR 312.0, StPO) geregelt. Die Parteien können spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft die Akten einsehen (vgl. Art. 101 Abs. 1 StPO). Obwohl nicht speziell erwähnt, steht das Akteneinsichtsrecht den Parteien und ihren Rechtsbeiständen gleichermaßen und je selbständig zu (M. Schmutz, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 101 N 6). Der Entscheid über die Gewährung von Akteneinsicht liegt bei der Verfahrensleitung. Diese trifft die erforderlichen Massnahmen, um Missbräuche und Verzögerungen zu verhindern und berechnete Geheimhaltungsinteressen zu schützen (vgl. Art. 102 Abs. 1 StPO). Die Akten sind am Sitz der betreffenden Strafbehörde oder rechts-hilfweise bei einer andern Strafbehörde einzusehen. Anderen Behörden sowie den Rechtsbeiständen der Parteien werden sie in der Regel zugestellt (Abs. 2). Wer zur

Einsicht berechtigt ist, kann gegen Entrichtung einer Gebühr die Anfertigung von Kopien der Akten verlangen (Abs. 3). Die Akteneinsicht als Teilaspekt des rechtlichen Gehörs kann von den Strafbehörden nach Massgabe von Art. 108 Abs. 1 StPO eingeschränkt werden, wenn der begründete Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht (lit. a) oder wenn dies für die Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist (lit. b). Einschränkungen gegenüber Rechtsbeiständen sind nur zulässig, wenn der Rechtsbeistand selbst Anlass für die Beschränkung gibt (Abs. 2).

Gewissermassen «Kehrseite» seiner Berufspflichten ist unter anderem die besondere Vertrauensstellung des Anwaltes, die er gegenüber Behörden auch in dieser Hinsicht genießt. So erhält er nicht nur Einsicht in die Verfahrensakten, sondern kann diese auch in seine Kanzlei mitnehmen bzw. sich zuschicken lassen (vgl. Art. 102 Abs. 2 StPO). Ohne Einwilligung der Behörde darf er die Originalakten weder an Drittpersonen noch an den Klienten herausgeben. Dass der Anwalt jedoch befugt ist, seinem Klienten Einsicht in die Akten zu geben und von den wesentlichen Unterlagen Kopien auszuhändigen, ist «selbstverständlich» (Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 45 f.; vgl. auch Schmutz, a.a.O.) Die Übergabe von Kopien an den Klienten ist soweit gestattet, wie dessen eigenes Recht zur Einsichtnahme reicht (P. Wegmann, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1969, S. 142). Werden die Akten dem Rechtsanwalt vorbehaltlos ausgehändigt, stellt deren Offenlegung gegenüber der beschuldigten Person deshalb keine Berufspflichtverletzung dar. Gewährt der Anwalt seinem Klienten jedoch trotz anderweitiger Auflagen Einsicht in die Akten oder händigt er sie ihm im Original oder als Kopie aus, missbraucht er seine Vertrauensstellung und verstösst gegen die Berufsregel von Art. 12 lit. a BGFA (Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 47d mit Hinweis).

4.1. Konkret ergibt sich aus den Akten und ist unbestritten, dass die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer die fraglichen Verfahrensunterlagen vorbehaltlos überlassen hat. Das Einvernahmeprotokoll vom 23. Oktober 2014 samt Fotos bildete Bestandteil des Haftverlängerungsantrages, den die Staatsanwaltschaft am 6. November 2014 in der Strafuntersuchung wegen Verdachts der sexuellen Handlung mit einem Kind und Pornografie gestellt hatte. Das Protokoll und die erwähnten Fotos fanden sich zusammen mit einer Vielzahl weiterer Dokumente in einer Schachtel, die der Beschwerdeführer seinem Klienten am 16. Dezember 2014 per Post in das Untersuchungsgefängnis Klosterhof geschickt hatte. Dass X die Kopien der Fotos vom Beschwerdeführer erhalten hat, ist unbestritten, auch wenn der genaue Zeitpunkt der Übergabe (mit der Postsendung oder schon früher) unklar ist.

4.2. Die Vorinstanz hielt zu Recht fest, dass es sich bei diesen Fotos offensichtlich um kinderpornografische Bildaufnahmen im Sinne des Straftatbestandes von Art. 197 Abs. 4 und 5 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0, StGB) handle. Unter anderem macht sich strafbar, wer solche Bildaufnahmen zeigt, überlässt, zugänglich macht oder besitzt. Soweit der Beschwerdeführer – so die Vorinstanz – die Fotos seinem Klienten im Rahmen der anwaltlichen Instruktion

lediglich gezeigt habe, sei sein Handeln rechtmässig im Sinne von Art. 14 StGB gewesen. Denn für eine wirksame Verteidigung sei es wohl unabdingbar gewesen, dass er den Inhalt der Aufnahmen mit diesem habe besprechen können. Gleichermassen könne sich auch die Staatsanwaltschaft rechtfertigen, wenn sie dem Beschuldigten in der Einvernahme diese Bilder vorlege. Dass der Beschwerdeführer die Fotos nicht nur gezeigt, sondern davon sogar Kopien angefertigt und ihm überlassen habe, sei nun allerdings durch keinen Rechtfertigungsgrund gedeckt, weil dies weder für die Verteidigung noch für die Verfahrensvorbereitung durch den Klienten selbst notwendig gewesen sei. Auch dieser habe deshalb keinen Rechtfertigungsgrund für seinen Besitz. Die Weitergabe des Bildmaterials sei folglich objektiv tatbestandsmässig und rechtswidrig gewesen. Daran ändere nichts, dass sie von der Staatsanwaltschaft bei Gewährung der Akteneinsicht nicht explizit verboten worden sei. Dieser sei insoweit zu folgen, dass es nicht angehe, wenn ein Verteidiger seinem Klienten im Rahmen des freien Verteidigerverkehrs kinderpornografische Abbildungen einfach überlasse, bestehe doch die Gefahr einer sachfremden Verwendung oder auch einer Weitergabe an Dritte.

4.3. Mit Blick auf die von der Vorinstanz angeführten Rechtfertigungsgründe ist folgendes festzuhalten: Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach diesem oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist (Art. 14 StGB). Quelle solcher Erlaubnisse oder Gebote kann die gesamte Rechtsordnung sein, denn schliesslich kann nicht strafbar sein, was das Recht in anderen Vorschriften ausdrücklich erlaubt (K. Seelmann, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, Art. 14 N3; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches etc. vom 21. September 1999, BBl 1998 1979 ff., 2003 f.).

Aus den erwähnten Bestimmungen der Strafprozessordnung ergibt sich das gegenüber der beschuldigten Person und ihrem Rechtsbeistand grundsätzlich uneingeschränkte Recht auf Akteneinsicht. Darin eingeschlossen ist das Recht des Strafverteidigers, von den Untersuchungsakten Kopien anzufertigen und diese seinem Klienten auszuhändigen. Will die Verfahrensleitung die Akteneinsicht – bzw. die Anfertigung von Kopien und/oder deren Weitergabe – einschränken, hat sie dies individuell-konkret zu verfügen. Der Beschwerdeführer hat nichts anderes getan, als die ihm von der Staatsanwaltschaft ohne entsprechende Auflage zur Einsicht überlassenen Akten zu kopieren und dem Klienten weiterzugeben. Er bewegte sich damit im Rahmen des verfassungs- und gesetzmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör und verhielt sich damit rechtmässig, was eine strafrechtliche oder disziplinarische Sanktion ausschliesst. Es wäre Aufgabe der verfahrensleitenden Behörde gewesen, durch Verfügung zu verhindern, dass die beschuldigte Person (erneut) in Besitz der kinderpornografischen Bilder kommt. Eine Pflicht des Anwaltes, von sich aus den voraussichtlichen Inhalt einer einschränkenden Verfügung zu antizipieren, besteht nicht. Es geht nicht an, den Beschwerdeführer für ein Verhalten disziplinieren zu lassen, das in einer Unterlassung der verfahrensleitenden

Behörde selbst begründet ist. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz aufzuheben, da der Beschwerdeführer die Berufsregeln nicht verletzt hat.

75

Art. 5 Abs. 2 lit. e AnwG (sGS 963.70); Art. 13 BGFA (SR 935.61). Gesuch um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis. Leitet der Klient als Geheimnisherr gegen den Anwalt ein Verfahren ein, vorliegend zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, muss es dem Anwalt möglich sein, sich gegen die von seinem Klienten erhobenen Vorwürfe zu wehren, auch wenn er dazu durch das Berufsgeheimnis geschützte Tatsachen offenbaren muss und der Klient die Entbindung verweigert. Auch die angestellte Anwältin, welche das Mandat führte, aber vom Klienten nicht persönlich belangt wird, kann vom Anwaltsgeheimnis entbunden werden; sie hat das Entbindungsgesuch jedoch selbst zu stellen.

Präsident der Anwaltskammer, 29. Juni 2016

Aus den Erwägungen:

I.

Mit Eingabe vom 22. März 2016 ersuchte Rechtsanwalt X. die Anwaltskammer um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis. Hintergrund des Gesuchs ist eine Schadenersatzklage, die sein ehemaliger Klient A. gegen ihn beim Kreisgericht Rheintal eingereicht hat. Rechtsanwalt X. beantragte, für eine in diesem Zivilprozess zu leistende Beweisaussage vom Anwaltsgeheimnis entbunden zu werden.

Im gleichen Zusammenhang hatte zuvor am 18. März 2016 bereits Rechtsanwältin Y. bei der Anwaltskammer ein Gesuch um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis eingereicht. Sie war in der Kanzlei von Rechtsanwalt X. als Anwältin tätig und mit dem Mandat von A. befasst gewesen. Da sie vom Kreisgericht Rheintal als Zeugin vorgeladen wurde, ersuchte sie für diese Einvernahme um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis.

A. nahm zu den beiden Entbindungsgesuchen mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 5. April 2016 Stellung. Mit Bezug auf das Gesuch von Rechtsanwalt X. verzichtete er auf einen ausdrücklichen Antrag. Er beanstandete, dass dieser sein Entbindungsgesuch erst zweieinhalb Monate nach Erlass der Beweisverfügung des Kreisgerichts Rheintal gestellt habe, wollte den Entscheid über die Entbindung, explizit beschränkt auf die angeordnete Beweisaussage jedoch der Anwaltskammer überlassen. Hingegen beantragte er, das Gesuch von Rechtsanwältin Y. abzuweisen.

Rechtsanwalt X. liess sich zu dieser Stellungnahme mit Eingabe vom 20. Mai 2016 vernehmen. Er erweiterte sein eigenes Gesuch insoweit, als er sich nicht nur für die vom Kreisgericht Rheintal angeordnete Beweisaussage, sondern generell für den Zivilprozess betreffend Forderung aus Anwaltschaftung bis zu dessen rechtskräftigem Abschluss vom Anwaltsgeheimnis entbinden lassen will. Ferner beantragte er, Rechtsanwältin Y. für deren Zeugenaussage vom Anwaltsgeheimnis zu entbinden.

A. liess sich zu dieser Eingabe nicht mehr vernehmen.

Auf die Vorbringen der Beteiligten wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingetreten werden.

II.

1. Die Verletzung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses ist sowohl strafrechtlich (Art. 321 Ziff. 1 StGB) als auch disziplinarrechtlich (Art. 17 BGFA) sanktionsbewehrt. Nach Art. 321 Ziff. 2 StGB entfällt die Rechtswidrigkeit und damit auch die Strafbarkeit, wenn entweder der Klient als Geheimnisherr in die Verletzung einwilligt oder der Anwalt durch die Aufsichtsbehörde schriftlich vom Anwaltsgeheimnis entbunden wird (BGer 2C_586/2016 E. 4.1). Im Kanton St. Gallen ist der Präsident der Anwaltskammer für die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis zuständig (Art. 5 Abs. 2 lit. e AnwG i.V.m. Art. 5 der Weisung der Anwaltskammer vom 27. April 2015 über die Übertragung von Aufgaben an den Präsidenten, das Anwaltsregister und die EU/EFTA-Anwaltsliste sowie den Geschäftsgang; zur Zulässigkeit der Delegation an den Präsidenten siehe auch BGer 2C_586/2016 E. 6.2).

2. Seit dem Inkrafttreten des BGFA sind die anwaltlichen Berufspflichten abschliessend bundesrechtlich geregelt (BGE 136 III 296 E. 2.1, 2.2 und 3.1). Der Umfang der aus Art. 13 BGFA fliessenden anwaltlichen Geheimhaltungspflichten ergibt sich demnach ausschliesslich aus dem Bundesrecht und kann nicht von Kanton zu Kanton variieren. Die Entbindung – als ein Begriff des Bundesrechts (vgl. Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BGFA) – ist daher nach bundesrechtlichen Kriterien zu erteilen (BGer 2C_586/2016 E. 4.3.1).

3. Nach welchen Kriterien die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis zu beurteilen ist, wird in Art. 13 BGFA nicht ausdrücklich geregelt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass berufsrechtlich nicht erlaubt sein kann, was strafrechtlich verboten ist. Obwohl das Strafrecht und das anwaltliche Berufsrecht zwei voneinander unabhängige sachliche Anwendungsbereiche haben, kann eine im Sinne des Berufsrechts zulässige Weitergabe von vertraulichen Klienteninformationen an grundsätzlich unbefugte Dritte nur dann vorliegen, wenn sie im Lichte des Strafrechts rechtmässig ist. Der strafrechtliche Rechtfertigungsgrund stellt damit eine Minimalvorgabe auch für das Berufsrecht dar. Soll ein Entbindungsentscheid seinen Zweck – Ermöglichung der Preisgabe einer dem Berufsgeheimnis unterliegenden Information ohne disziplinar- oder strafrechtliche Sanktion – erfüllen, müssen daher mindestens die Kriterien für das Vorliegen des strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes im Sinne von Art. 321 Ziff. 2 StGB gegeben sein (BGer 2C_586/2016 E. 4.3.2 mit Hinweisen).

4. Ob die Bewilligung von der Aufsichtsbehörde zu erteilen ist, beurteilt sich aufgrund einer Abwägung sämtlicher auf dem Spiel stehenden Interessen, wobei – angesichts der institutionellen und individualrechtlichen Bedeutung des anwaltlichen Berufsgeheimnis – nur ein deutlich überwiegendes öffentliches oder privates Interesse eine Entbindung als angemessen erscheinen lässt. Diese Interessenabwägung entspricht ständiger Praxis sowie herrschender Lehre und wird auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vorausgesetzt (BGer 2C_586/2016 E. 4.3.3 mit Hinweisen; 2C_661/2011 E. 3.1).

Eigeninteressen des Anwalts rechtfertigen die Preisgabe von Klienteninformationen grundsätzlich nicht. Der Anwalt hat die Interessen seines Klienten vorbehaltlos zu wahren und darf ihm auf keinen Fall schaden. Er ist auch dann an seine Schweigepflicht gebunden, wenn er dadurch in der Ausübung seiner Rechte eingeschränkt wird (Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, Rz. 654). Eine Offenlegung von Klienteninformationen im Interesse des Anwalts kommt allerdings bei Rechtsmissbrauch in Betracht. Ein missbräuchliches Beharren auf der Schweigepflicht liegt insbesondere dann vor, wenn dem Anwalt damit verunmöglicht wird, sich gegen Angriffe des Klienten zur Wehr zu setzen. Leitet der Klient als Geheimnisherr gegen den Anwalt ein Verfahren ein, beispielsweise zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen oder bei Differenzen hinsichtlich der Mandatsführung, muss es dem Anwalt möglich sein, sich gegen die von seinem Klienten erhobenen Vorwürfe zu wehren, auch wenn der Klient die Entbindung verweigert (Schiller, a.a.O., Rz. 656f.; Nater/Zindel, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 13 N 155 und 158; Brunner/Henn/Kriesi, Anwaltsrecht, Zürich 2015, S. 206). In solchen Fällen wird die Entbindung von der Schweigepflicht regelmässig bewilligt (vgl. BGer 2C_503/2011 E. 2.2; ZR 1981 Nr. 6; ZR 1987 Nr. 18).

5. Im vorliegenden Fall ist Rechtsanwalt X. von seinem früheren Klienten A. auf Schadenersatz in Höhe von mindestens Fr. 500 000.– eingeklagt worden. Begründet wird die Klage mit angeblichen Sorgfaltspflichtverletzungen, die Rechtsanwalt X. und seine Mitarbeiterin Rechtsanwältin Y. bei der Mandats- und Prozessführung begangen hätten. Es liegt auf der Hand, dass ein Anwalt, der sich mit einer derartigen Schadenersatzforderung konfrontiert sieht, im Prozess die Möglichkeit haben muss, die Forderung abzuwehren, auch wenn er dazu durch das Berufsgeheimnis geschützte Tatsachen offenbaren muss. Dies gilt umso mehr, als A. mit der Sachverhaltsdarstellung in der Klageschrift nicht nur das Bestehen des anwaltlichen Mandatsverhältnisses und dessen Gegenstand, sondern auch Einzelheiten der internen Kommunikation zwischen Anwalt und Klient und sogar Einschätzungen der Prozessaussichten gegenüber dem angerufenen Gericht bereits selbst offengelegt hat. Es wäre stossend, wenn Rechtsanwalt X. sich gegen die erhobenen Vorwürfe und behaupteten Ansprüche nicht verteidigen könnte. Überwiegende Interessen des Klienten, die vorliegend gegen eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis sprechen würden, sind nicht erkennbar und werden auch nicht geltend gemacht. Das Entbindungsgesuch ist deshalb im beantragten Umfang zu bewilligen, d.h. Rechtsanwalt

X. ist nicht nur, wie vom Klienten zugestanden, die Entbindung für die Durchführung der Beweisaussage zu erteilen; diese hat aufgrund des Zugeständnisses mittlerweile offenbar auch bereits stattgefunden, und insofern ist das Gesuch gegenstandslos. Rechtsanwalt X. muss, damit er seiner zivilprozessualen Behauptungslast (Art. 55 Abs. 1 und Art. 222 Abs. 2 ZPO) nachkommen kann, generell erlaubt werden, zur Klage seines ehemaligen Klienten Stellung zu nehmen, jedenfalls soweit dies für die Vertretung seines Prozessstandpunkts notwendig ist.

6. Zumindest von der Konstellation her etwas anders stellen sich die Dinge beim Entbindungsgesuch von Rechtsanwältin Y. Sie stellt das Gesuch, für die vom Gericht angeordnete Zeugenbefragung nicht in eigenem Interesse, denn sie ist im Schadenersatzprozess nicht Partei. Die Zeugeneinvernahme dient damit auf den ersten Blick lediglich den Interessen von Rechtsanwalt X., d.h. eines Dritten. Eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis ist nun aber regelmässig nicht gerechtfertigt, wenn sie nur dazu dienen soll einen Dritten im Zivilprozess zu unterstützen. Der Geheimnisträger hat in diesem Fall kein eigenes, persönliches Interesse, das demjenigen des Geheimnisherrn an der Wahrung des Anwaltsgeheimnisses gegenüberzustellen wäre (vgl. BGer 2P.313/1999 E. 2. d: Rechtsanwalt, der seinen Büronachbarn bei der Durchsetzung von dessen Honorarforderung unterstützen möchte). Ein eigenes Interesse an der Zeugenaussage hat zwar Rechtsanwalt X. Er ist aber von vornherein nicht berechtigt, die Entbindung seiner ehemaligen Mitarbeiterin zu verlangen, denn die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis kann nur vom Geheimnisträger selbst beantragt werden (vgl. Schiller, a.a.O., Rz. 593 und 622; Fellmann, Anwaltsrecht, Bern 2010, Rz. 521; Brunner/Henn/Kriesi, a.a.O., S. 210).

Nun ist allerdings nicht zu verkennen, dass Rechtsanwältin Y. zumindest indirekt durchaus ein eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses gegen ihren ehemaligen Arbeitgeber hat. Sollte die Schadenersatzklage nämlich geschützt werden, ist nicht auszuschliessen, dass dieser auf sie persönlich Rückgriff nehmen könnte. Der Umstand, dass für allfällige Schadenersatzpflichten eine Versicherungsdeckung besteht (Art. 12 lit. f BGFA), schliesst einen solchen Regress nicht gänzlich aus, da die entsprechenden Versicherungspolice in der Regel einen Selbstbehalt vorsehen. Auch wenn Rechtsanwältin Y. in die zivilrechtliche Auseinandersetzung aktuell noch nicht involviert ist, hat sie ein legitimes Interesse daran, sich bereits im Prozess gegen ihren ehemaligen Arbeitgeber gegen spätere Regressforderungen abzusichern (vgl. BGer 2C_361/2012 E. 2.4: Spitalarzt, dessen Arbeitgeber auf Schadenersatz verklagt wurde).

Aber selbst wenn vorliegend eine Regressforderung ausgeschlossen werden könnte, wäre es nicht gerechtfertigt, deswegen die Entbindung zu verweigern. Wenn wie hier mehrere Anwälte gemeinsam an einem Mandat arbeiten oder ein Anwalt die Mandatsführung auch ganz einem angestellten Anwalt überträgt, wäre es allzu gekünstelt und nicht sachgerecht, die Entbindung nur jenem Anwalt zu gewähren, der selbst in einem Vertragsverhältnis mit dem Klienten steht. Dass Anwälte in Kanzleigemeinschaften oder sogar Anwaltskörperschaften zusammenarbeiten, ist

heute die Regel. Der Geheimhaltungspflicht untersteht in einem Anwaltsbüro jeder Anwalt und nicht nur derjenige, der das Mandat führt (Schiller, a.a.O., Rz. 505). Gleiches gilt für Hilfspersonen, namentlich das Sekretariatspersonal (Art. 13 Abs. 2 BGFA). Dass Anwälte innerhalb des Büros unter sich und mit dem Hilfspersonal vertrauliche Informationen austauschen, ist unvermeidlich. Das Anwaltsbüro ist deshalb eine durchlässige Einheit. Nach dem BGFA sind alle Anwälte desselben Büros gleichsam als einziger Anwalt zu betrachten. Dies bedeutet, dass innerhalb des Anwaltsbüros die Vertraulichkeit nicht gewahrt werden muss. Auf der andern Seite ist jeder Klient des Büros Klient aller Anwälte des Büros. Jeder Anwalt ist verpflichtet, das Berufsgeheimnis und das Verbot von Interessenkonflikten zu Gunsten aller Klienten des Büros einzuhalten, unabhängig davon, ob eine direkte Vertragsbeziehung zu diesem Anwalt besteht. Auch Eigeninteressen jedes Anwalts des Büros sind wie Eigeninteressen des mandatsführenden Anwalts zu betrachten (Schiller, a.a.O., Rz. 1159 ff.; Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], a.a.O., Art. 12 N 88). Die Anwälte eines Büros bilden somit hinsichtlich der Geheimhaltungspflicht eine Einheit. Es besteht deshalb kein Grund, bei der Entbindung vom Berufsgeheimnis unterschiedliche Massstäbe anzulegen, je nachdem, welches Interesse der betreffende Anwalt persönlich an dieser Entbindung hat.

Rechtsanwältin Y. ist daher entsprechend ihrem Antrag für die vom Kreisgericht angeordnete Zeugeneinvernahme vom Anwaltsgeheimnis zu entbinden. Überwiegende Interessen des Klienten, die gegen eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis sprechen würden, sind auch hier nicht erkennbar.

5. Schuldbetreibung und Konkurs

76

Art. 17 SchKG (SR 281.1). Nichtigkeit einer Betreibung wegen Rechtsmissbrauchs. Rechtsmissbräuchlichkeit verneint.

Kantonsgericht, Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 28. Juni 2016.

Aus den Erwägungen:

6.a) Der Zahlungsbefehl als Grundlage des Vollstreckungsverfahrens kann gegen jedermann erwirkt werden, unabhängig davon, ob tatsächlich eine Schuld besteht oder nicht; der Betreibende muss den Bestand seiner Forderung nicht nachweisen. Der Erlass des Zahlungsbefehls erfolgt ohne jede Prüfung des materiellrechtlichen

Hintergrundes der in Betreuung gesetzten Forderung. Als Korrelat dazu kann der Betreibende den Zahlungsbefehl durch die Erhebung des Rechtsvorschlages, der ebenfalls an keine materiellrechtlichen Voraussetzungen gebunden ist, einstweilen entkräften. Dem Betreibungsamt bzw. der Aufsichtsbehörde steht es nicht zu, über die Begründetheit der in Betreuung gesetzten Forderung zu entscheiden (Pra95 [2006] Nr.58 E.2.4; BGer. 5A_588/2011 E.3.1; BGE 113 III 2 E.2.b; BSK SchKG I – Wüthrich/Schoch, Art.69 N5, N12).

b) Die Ausübung dieser Rechte wird durch das allgemeine Verbot eingeschränkt, wonach der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet (Art.2 Abs.2 ZGB). Eine Betreuung ist nur in Ausnahmefällen wegen Rechtsmissbrauchs nichtig. Rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt dann vor, wenn der Gläubiger mit der Betreuung offensichtlich Ziele verfolgt, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben. Da es weder dem Betreibungsamt noch der Aufsichtsbehörde zusteht, über die Begründetheit der in Betreuung gesetzten Forderung zu entscheiden, darf sich der Vorwurf des Schuldners nicht darauf beschränken, der umstrittene Anspruch werde rechtsmissbräuchlich erhoben. Solange der Gläubiger mit der Betreuung tatsächlich die Einforderung eines Anspruchs bezweckt, ist Rechtsmissbrauch praktisch ausgeschlossen. Nichtigkeit wegen Rechtsmissbrauchs kann dann vorliegen, wenn mit einer Betreuung sachfremde Ziele verfolgt werden, wenn also etwa bloss die Kreditwürdigkeit des (angeblichen) Schuldners geschädigt werden soll, wenn zwecks Schikane ein völlig übersetzter Betrag in Betreuung gesetzt wird oder wenn offensichtlich ist, dass ein Gläubiger mit einer Betreuung insbesondere bezweckt, den Betriebenen mit Absicht zu schikanieren, zu bedrängen oder zu zermürben (BGer. 5A_588/2011 E.3.1 und E.3.2; Pra95 [2006] Nr.58 E.2.3 und 2.4; BGer. 5A_508/2014 E.2.3.1; BGE 113 III 2 E.2.b; BSK SchKG I – Wüthrich/Schoch, Art.69 N15f. m.w.H.; BSK SchKG I – Cometta/Möckli, Art.22 N12). Die Rechtsmissbräuchlichkeit kann von einem Betreibungsamt (noch) nicht erkannt und möglicherweise erst von der Aufsichtsbehörde festgestellt werden, da sich das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde von demjenigen vor dem Betreibungsamt im Wesentlichen dadurch unterscheidet, dass es kontradiktorischer Natur ist (vgl. BGE 140 III 481 E.2.4).

c) Zwischen der Gläubigerin und der Beschwerdeführerin bestanden unbestrittenermassen Geschäftsbeziehungen, welche im Jahr 2013 aufgelöst wurden. Im Zusammenhang mit der Auflösung dieser Geschäftsbeziehung macht die Gläubigerin verschiedene Forderungen geltend. Nach erfolglosem Einfordern einer Verjährungsverzichtserklärung von der Beschwerdeführerin hat die Gläubigerin die geltend gemachten Forderungen mit dem (zusätzlichen) Hinweis «Verjährungsunterbrechung» betrieben.

d) Fest steht, dass es einem Gläubiger frei steht, zur Unterbrechung der Verjährung eine Betreuung einzuleiten; dies ist weder rechtsmissbräuchlich, noch sonstwie treuwidrig. Diese Wirkung wird vielmehr gesetzlich ausdrücklich vorgesehen (Art.135 Ziff.2 OR; vgl. auch Pra95 [2006] Nr.58 E.2.4). Da sich die Beschwerdeführerin

weigerte, eine entsprechende Erklärung zu unterzeichnen, musste die Gläubigerin die Betreuung einleiten, um eine allfällige Verjährung der von ihr geltend gemachten Forderungen zu unterbrechen. Mit diesem Vorgehen ist aber der Zweck der vorliegenden Betreuung – Unterbrechung der Verjährung – klar aufgezeigt und dargelegt. Bei der Betreuung zur Unterbrechung der Verjährung handelt es sich weder um ein sachfremdes Ziel, noch um eine Kreditschädigung oder Schikane. Vielmehr wird damit ein gesetzlich vorgesehener und zulässiger Zweck (Art. 135 OR) verfolgt bzw. die (vorläufige) Sicherung der Geltendmachung eines Anspruchs bezweckt (vgl. dazu auch Pra95 [2006] Nr. 58 E. 2.4). Damit kann nicht gesagt werden, die Vorgehensweise habe mit der Zwangsvollstreckung nicht das Geringste zu tun.

e) Die Erhebung von (Schadenersatz-)Forderungen im Zusammenhang mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen erscheint zudem auch nicht derart abwegig, dass darin «per se» eine Missbräuchlichkeit der Betreuung erblickt werden könnte. Ob der geltend gemachte Anspruch letztlich effektiv besteht, ist hingegen nicht im Beschwerdeverfahren von den Aufsichtsbehörden zu prüfen oder gar zu klären. Der Aufsichtsbehörde steht es – wie bereits dargelegt – nicht zu, über die Begründetheit der in Betreuung gesetzten Forderung zu entscheiden. Entsprechend sind auch die Gründe für den Abbruch der Geschäftsbeziehungen bzw. die damit zusammenhängenden Schuldzuweisungen für das vorliegende Verfahren irrelevant. Insbesondere braucht an vorliegender Stelle auch nicht geklärt zu werden, wem die Bestell-Domain zustand, ob ein «Auftragsdiebstahl» bzw. Ertragsschaden vorlag oder ob die Voraussetzungen für die weiteren Schadenersatzansprüche gegeben sind. Auf die diesbezüglich vorliegend unerheblichen Vorbringen der Parteien ist daher nicht weiter einzugehen.

f) Auch aus dem Umstand, dass die Betreuung erst einige Wochen nach dem erfolglosen Einfordern der Verjährungsverzichtserklärung erfolgte und in diesem Zeitpunkt weitere Streitigkeiten zwischen den Parteien herrschten, kann – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht auf Rechtsmissbräuchlichkeit geschlossen werden. Die Gläubigerin bringt diesbezüglich zu Recht vor, dass in solchen Konstellationen mit gegenseitigen Vorwürfen sonst nie eine Betreuung angehoben werden könnte, ohne dass der Vorwurf der Retorsion erhoben würde. Ebenso unerheblich sind die weiteren (rechtlichen), im Zusammenhang mit der Auflösung der Geschäftsbeziehung stehenden, gegenseitigen Auseinandersetzungen bzw. Anschuldigungen der Parteien. Auch aus diesen kann nicht auf eine Rechtsmissbräuchlichkeit der vorliegenden Betreuung geschlossen werden.

g) Schliesslich kann auch aus der Höhe der betriebenen Forderung nicht auf Rechtsmissbräuchlichkeit geschlossen werden. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, erscheint es nachvollziehbar, dass angesichts des bisherigen Umsatzes der Gläubigerin ein Ertragsschaden in der Höhe von rund CHF 2 Mio. resultiert haben könnte. Angesichts der über längere Zeit andauernden und verschiedenste Rechtsgebiete betreffenden Auseinandersetzungen erscheinen auch die (zwar wohl eher hohen) Rechts- und Beratungskosten als plausibel, jedenfalls nicht als rechts-

missbräuchlich erhoben. Mit diesen Ausführungen der Vorinstanz setzt sich die Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren denn auch nicht weiter auseinander bzw. legt nicht dar, inwiefern die Auffassung der Vorinstanz unzutreffend sein soll. Im Übrigen kann auf die ausführlichen und zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

Insgesamt kann nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Vorgehen der Gläubigerin gesprochen werden. Die Beschwerde ist daher diesbezüglich abzuweisen.

77

Art. 17 SchKG (SR 281.1). Superprovisorische Anordnung im Beschwerdeverfahren. Ein Begehren, mit dem nicht der Aufschiebung der Vollstreckbarkeit einer Verfügung, sondern die vorsorgliche Anordnung einer auf dem Beschwerdeweg verlangten Amtshandlung beantragt wird, ist nicht zulässig.

Kantonsgericht, Präsident der Kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 12. Juli 2016

Die Beschwerdeführerin (Konkursitin) ersuchte das Konkursamt um Weiterführung ihres Betriebs. Das Konkursamt wies das Gesuch ab. In der Folge erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde gegen die Verfügung des Konkursamtes und beantragte in der Hauptsache deren Aufhebung sowie die Bewilligung der Weiterführung des Geschäftsbetriebs. Zudem stellte die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren den Verfahrensantrag, die Weiterführung des Geschäftsbetriebs superprovisorisch anzuordnen.

Aus den Erwägungen:

3. Der verfahrensleitende Antrag der Beschwerdeführerin ist auf die (superprovisorische) Anordnung einer vorsorglichen Massnahme gerichtet. Für dringliche Entscheide sowie solche über die aufschiebende Wirkung ist grundsätzlich der Präsident der kantonalen Aufsichtsbehörde für Konkurs zuständig (Art. 27 Abs. 3 EG-SchKG i.V.m. Art. 44 Abs. 2 sowie Art. 51 Abs. 2 VRP [sinngemäss]).

4. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts als vorsorgliche Massnahme einzig die Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Betracht. Ein Begehren, mit dem nicht der Aufschiebung der Vollstreckbarkeit einer Verfügung, sondern die vorsorgliche Anordnung einer auf dem Beschwerdeweg verlangten Amtshandlung beantragt wird, ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zulässig (BGE 101 III 43 E. 6; BSK SchKG

I – Nordmann, Art. 36 N 14; Meier, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden, Zürich 2002, S. 107).

Das Gesuch um vorsorgliche Anordnung bzw. Bewilligung der Weiterführung des Geschäftsbetriebes in den Räumlichkeiten [...] ist nach dem Dargelegten nicht zulässig. Es ist daher abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

78

Art. 17 SchKG (SR 281.1). Nichtigkeit einer Betreibung wegen Rechtsmissbrauchs. Rechtsmissbräuchlichkeit bejaht.

Kantonsgericht, Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 22. August 2016

Aus den Erwägungen:

II.2. Der Zahlungsbefehl als Grundlage des Vollstreckungsverfahrens kann gegen jedermann erwirkt werden, unabhängig davon, ob tatsächlich eine Schuld besteht oder nicht; der Betreibende muss den Bestand seiner Forderung nicht nachweisen. Der Erlass des Zahlungsbefehls erfolgt ohne jede Prüfung des materiell-rechtlichen Hintergrundes der in Betreibung gesetzten Forderung. Als Korrelat dazu kann der Betriebene den Zahlungsbefehl durch die Erhebung des Rechtsvorschlages, der ebenfalls an keine materiell-rechtlichen Voraussetzungen gebunden ist, einstweilen entkräften. Dem Betreibungsamt bzw. der Aufsichtsbehörde steht es nicht zu, über die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung zu entscheiden (Pra95 [2006] Nr. 58 E. 2.4; BGer.5A_588/2011 E. 3.1; BGE 113 III 2 E. 2.b; BSK SchKG I – Wüthrich/Schoch, Art. 69 N 5, N 12).

Die Ausübung dieser Rechte wird durch das allgemeine Verbot eingeschränkt, wonach der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Eine Betreibung ist nur in Ausnahmefällen wegen Rechtsmissbrauchs nichtig. Rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt dann vor, wenn der Gläubiger mit der Betreibung offensichtlich Ziele verfolgt, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben. Da es weder dem Betreibungsamt noch der Aufsichtsbehörde zusteht, über die Begründetheit der in Betreibung gesetzten Forderung zu entscheiden, darf sich der Vorwurf des Schuldners nicht darauf beschränken, der umstrittene Anspruch werde rechtsmissbräuchlich erhoben. Solange der Gläubiger mit der Betreibung tatsächlich die Einforderung eines Anspruchs bezweckt, ist Rechtsmissbrauch praktisch ausgeschlossen. Nichtigkeit wegen Rechtsmissbrauchs kann dann vorliegen, wenn mit einer Betreibung sachfremde Ziele verfolgt werden, wenn also etwa bloss die Kreditwürdigkeit des (angeblichen) Schuldners geschädigt

werden soll, wenn zwecks Schikane ein völlig übersetzter Betrag in Betreibung gesetzt wird oder wenn offensichtlich ist, dass ein Gläubiger mit einer Betreibung insbesondere bezweckt, den Betriebenen mit Absicht zu schikanieren, zu bedrängen oder zu zermürben (BGer.5A_588/2011 E. 3.1 und E. 3.2; Pra95 [2006] Nr. 58 E. 2.3 und 2.4; BGer.5A_508/2014 E. 2.3.1; BGE 113 III 2 E. 2.b; BSK SchKG I – Wüthrich/Schoch, Art. 69 N 15f. m.w.H.; BSK SchKG I – Cometta/Möckli, Art. 22 N 12). Die Rechtsmissbräuchlichkeit kann von einem Betreibungsamt (noch) nicht erkannt und möglicherweise erst von der Aufsichtsbehörde festgestellt werden, da sich das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde von demjenigen vor dem Betreibungsamt im Wesentlichen dadurch unterscheidet, dass es kontradiktorischer Natur ist (vgl. BGE 140 III 481 E. 2.4).

3. Dem Beschwerdegegner missfiel die ursprünglich gegen ihn gerichtete und auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel beruhende Betreibung durch die X.AG in Z. offensichtlich, was ihn alsdann zu eigenen Betreibungen über je Fr. 9500.– (zzgl. Zins) gegen die X.AG sowie deren Mitarbeiterin A. veranlasste. Die in den beiden Betreibungsverfahren ergangenen Zahlungsbefehle wurden in der Folge durch die zuständigen (ausserkantonalen) Aufsichtsbehörden für rechtsmissbräuchlich und damit für nichtig befunden. In den beiden vorgenannten Beschwerdeverfahren vertrat der Beschwerdeführer als Anwalt (erfolgreich) die Interessen der X.AG und von A. Er vertrat die X.AG zudem (ebenfalls erfolgreich) in einem vom Beschwerdegegner angestregten Beschwerdeverfahren vor Bezirksgericht D., das der ursprünglichen, durch die X.AG eingeleiteten Betreibung galt. Der Beschwerdeführer hatte mithin wesentlichen Anteil daran, dass die gegen den Beschwerdegegner gerichtete Betreibung Bestand hatte und dessen eigenen – nach Auffassung der Zuger und Luzerner Aufsichtsbehörden der Rache dienenden – Betreibungen kein Erfolg beschieden war und diese deshalb auch in den Betreibungsregisterauszügen der Betroffenen nicht aufscheinen. Dadurch ist aber offensichtlich auch der Beschwerdeführer in den Fokus des Beschwerdegegners geraten. Der Sache nach geht es dem Beschwerdegegner zwar vordergründig darum, vom Betriebenen Schadenersatz bzw. Genugtuung für angeblich erlittene seelische Unbill zu erhalten. Allein unter diesem Blickwinkel kann daher nicht gesagt werden, seine Vorgehensweise habe mit der Zwangsvollstreckung nicht das Geringste zu tun. Zusammen mit den vom Beschwerdegegner eingeleiteten (rechtsmissbräuchlichen) Betreibungen gegen die X.AG sowie gegen A. erscheint der verfahrensgegenständliche Zahlungsbefehl gegen den Beschwerdeführer aber als Teil einer eigentlichen Kampagne, mit welcher der Beschwerdegegner Retorsion für die gegen ihn eingeleiteten Inkassomassnahmen übt und dabei gegen jeden vorgeht, der daran beteiligt war. Sein Vorgehen ist für all jene zermürbend, die berechnete und gerichtlich anerkannte Ansprüche geltend machen wollen und deshalb damit rechnen müssen, selber mit (schikanösen) Betreibungsverfahren konfrontiert zu werden.

4. Die vom Beschwerdegegner (als forderungsbegründend) beanstandete Formulierung, er sei ein «verurteilter Straftäter», fiel im Rahmen eines betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens, in welchem sich die X.AG vor dem Zuger Obergericht

gegen die bereits erwähnte Betreibung durch den Beschwerdegegner zur Wehr setzte. In jenem Verfahren stellte sich der Beschwerdegegner auf den Standpunkt, die X.AG habe die Rechtskraft seiner Verurteilung und damit des gegen ihn lautenden definitiven Rechtsöffnungstitels zu beweisen. Die X.AG, vertreten durch den Beschwerdeführer, tat dies im Rahmen ihrer Replik vom 23. Februar 2016, in dem sie das betreffende Urteil mit Rechtskraftvermerk einreichte und gleichzeitig ausführte: «Er [Beschwerdegegner] weiss als mit besagtem Entscheid verurteilter Straftäter am allerbesten, dass dieses Urteil rechtskräftig geworden ist.» Wenngleich im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht über den materiellen Bestand der vom Beschwerdegegner geltend gemachten (Genugtuungs-)Forderung zu entscheiden ist, so erscheint die beanstandete Äusserung in der zwar insgesamt pointiert formulierten Replik vom 23. Februar 2016 doch immerhin als wahr (der Beschwerdegegner wurde vom Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom [...] 2015 rechtskräftig wegen gewerbsmässigen Betrugs, Urkundenfälschung und grober Verletzung der Verkehrsregeln verurteilt) und in Anbetracht der vom Beschwerdeführer in Frage gestellten Rechtskraft jenes Urteils als mit dem Verfahrensgegenstand in klarem Zusammenhang stehend. Vor diesem Hintergrund und im Gesamtkontext der verschiedenen vom Beschwerdegegner ausgehenden Betreibungen und Rechtsmittel wirkt die Forderung gegen den Beschwerdeführer deshalb konstruiert und – wie auch in den beiden als rechtsmissbräuchlich beurteilten Betreibungsverfahren gegen die X.AG und A. – als von Rache- bzw. Schikanemotiven geleitet. Gegen die Ernsthaftigkeit der in Betreibung gesetzten Forderung spricht auch der Umstand, dass der Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme vom 8. Juni 2016 wohl pauschal ausführt, er werde seine Forderung mit allen ihm geeignet erscheinenden rechtlichen Mitteln durchsetzen. Er vermag in seiner Stellungnahme indessen in keiner Weise darzutun, dass er – obwohl die beanstandete Äusserung bereits am 23. Februar 2016 erfolgte – solche rechtlichen Schritte (über die Betreibung hinaus) tatsächlich unternommen hat oder diese auch nur konkret plant.

5. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer zwecks Rache bzw. Schikane und damit aus sachfremden Zwecken betrieben hat. Der Zahlungsbefehl vom 29. Februar 2016 in der Betreibung Nr. [...] des Betreibungsamtes St.Gallen wurde daher in rechtsmissbräuchlicher Weise erwirkt und ist entsprechend nichtig. Die Beschwerde ist insofern zu schützen und der angefochtene vorinstanzliche Entscheid [...] aufzuheben. Bei diesem Ergebnis ist Dritten von Gesetzes wegen keine Kenntnis von der Betreibung zu geben (Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG), weshalb sich weitergehende Weisungen an das Betreibungsamt erübrigen.

79

Art. 17 SchKG (SR 281.1). Keine Beschwerdelegitimation des Gemeinschuldners gegen die Abtretungsofferte sowie die Abtretungsverfügung des Konkursamtes gemäss Art. 260 SchKG.

Kantonsgericht, Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, 23. November 2016

Aus den Erwägungen:

3.a) Mit Ausnahme der Fälle, in denen das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt, kann gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder eines Konkursamtes bei der Aufsichtsbehörde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde geführt werden. Die Beschwerde muss binnen zehn Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, angebracht werden (Art. 17 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG).

Zur Beschwerdeführung legitimiert ist, wer durch die angefochtene Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorgans in seinen rechtlichen oder zumindest tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung hat. Im Konkursfall ist der Gemeinschuldner insoweit zur Beschwerde gegen Verfügungen der Konkursverwaltung und gegen Gläubigerbeschlüsse legitimiert, als er direkt in seiner eigenen Interessensphäre betroffen ist. Er kann Verfügungen der Konkursverwaltung oder Beschlüsse der Gläubigerversammlung anfechten, sofern und soweit sie die ihm gesetzlich garantierten Rechte und seine Interessen verletzen. So ist der Gemeinschuldner beispielsweise legitimiert zur Beschwerde betreffend die Ausscheidung von Kompetenzstücken, die Verwertung von Aktiven, die Erfassung und Sicherung der Masseaktiven etc. Andere Verfügungen tangieren hingegen die Rechtsstellung des Gemeinschuldners nicht, so dass seine Beschwerdelegitimation eingeschränkt bleibt (vgl. BSK SchKG I – Cometta/Möckli, Art. 17 N 40f.; Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel/Genf/München 2000, Art. 17 Rz. 177 ff.; Dieth, *Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen* gemäss Art. 17 ff. SchKG, Zürich 1999, S. 58 f., je m.w.H.).

b) Art. 260 SchKG schützt sowohl die Interessen der Insolvenzgläubiger als auch des Drittschuldners (Lorandi, *Abtretung von Rechtsansprüchen* gemäss Art. 260 SchKG, E. 1, S. 76; abrufbar unter http://www.hol-law.ch/fileadmin/user_upload/Publications/Franco_Lorandi/07_Abtretung_von_Rechtsanspruechen.pdf). Ihrem Zweck entsprechend bewirkt die Abtretung nach Art. 260 SchKG, dass das Recht auf Geltendmachung eines der Masse zustehenden Anspruchs (auf Eintreibung oder Abwehr) – insbesondere das Prozessführungsrecht – auf den Abtretungsgläubiger übergeht. Die Konkursverwaltung ist dazu nicht mehr befugt. Vielmehr ist

es nun ausschliesslich Sache des Abtretungsgläubigers, den streitigen Anspruch anstelle der Masse geltend zu machen. Die Abtretung ändert hingegen an der materiellen Rechtslage nichts. Der Drittschuldner kann weiterhin befreiend an die Masse leisten, womit die Abtretung gegenstandslos wird. Zudem ist er gegenüber dem Abtretungsgläubiger auf die Einreden beschränkt, die er gegenüber dem Konkursiten oder der Masse besitzt. Einreden gegenüber dem Abtretungsgläubiger persönlich, wie etwa die Verrechnungsreinrede, kann er nicht erheben (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 47 N54f.).

c) Eine Abtretung von Rechtsansprüchen bzw. die entsprechend vorausgehende Offerte tangiert die Rechtsstellung des Gemeinschuldners nicht; vielmehr schützt sie (ausschliesslich) die Interessen der Gläubiger und des Drittschuldners. Weder wird dadurch die materielle Rechtslage geändert, noch bekommt der Drittschuldner weitergehende Einredemöglichkeiten. Der Gemeinschuldner wird damit aber weder in den gesetzlich garantierten Rechten, noch in seinen Interessen verletzt. Seine Rechtsstellung bleibt daher von der Abtretung bzw. der entsprechenden Offerte unberührt. Damit fehlt es ihm aber an einer Beschwer bzw. an einem schutzwürdigen Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung (entsprechend wird in der Literatur auch keine Beschwerdemöglichkeit durch den Gemeinschuldner erwähnt; vgl. z.B. Lorandi, Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG, S. 76; Schläpfer, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Zürich 1990, S. 30 ff., S. 100-102).

Damit ist der Beschwerdeführer als Gemeinschuldner nicht legitimiert, Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG gegen die Offerte des Konkursamtes vom 9. Mai 2016 sowie gegen die Abtretungsverfügung vom 6. Juli 2016 zu führen. Ob die Offerte vom 9. Mai 2016 letztlich überhaupt eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG darstellt, kann damit an vorliegender Stelle offenbleiben.

Das Bundesgericht hat die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (BGer 5A- 953/2016).

80

Art. 80f. SchKG (SR 281.1). Einigen sich die ehemalige quellensteuerpflichtige Angestellte und der Staat in einem Verfahren vor Verwaltungsgericht über die Auflösung des Anstellungsverhältnisses vergleichsweise, dann kann die Angestellte für den Betrag der Quellensteuer, welcher in der Folge vom Staat von der Vergleichssumme in Abzug gebracht wird, keine definitive Rechtsöffnung erwirken.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 12. Oktober 2016

Im Rahmen einer Vergleichsverhandlung vor Verwaltungsgericht einigten sich die Parteien am 30. Juni 2015 in Bezug auf die finanziellen Folgen der Kündigung des Anstellungsverhältnisses der Gläubigerin in dem Sinne, dass sich der Schuldner ohne Anerkennung einer vorbestandenen Rechtspflicht zur Nachzahlung von Lohn im Nettobetrag von Fr. 50 000.– und eines Pauschalbetrages von Fr. 40 000.– zum Zwecke der beruflichen Wiedereingliederung verpflichtete. In der Folge zog der Schuldner von der Vergleichssumme von Fr. 50 000.– die Quellensteuer von Fr. 16 619.55 ab und überwies lediglich den Restbetrag. Den abgezogenen Quellensteuerbetrag setzte die Gläubigerin in Betreibung und stellte, da der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hatte, das Begehren um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. Der Einzelrichter des Kreisgerichts weist das Rechtsöffnungsbegehren ab.

Aus den Erwägungen:

a/aa) Zum (strittigen) Quellensteuerabzug (von Fr. 16 619.55) machte der Gläubigervertreter im vorinstanzlichen Verfahren vorerst gelten, die Parteien hätten «bewusst zur Vermeidung von weiteren Auseinandersetzungen [...] über die Sozialversicherungsbeiträge sowie die Pensionskassenbeiträge und die Quellensteuer» eine Lohnnachzahlung von Fr. 50 000.– netto vereinbart. «Auch im Rahmen der objektiven Auslegung aufgrund des Vertrauensprinzips» müsse die vereinbarte Lohnnachzahlung aufgrund der gesamten Umstände ebenfalls so verstanden werden, dass der Gläubigerin Lohn im Nettobetrag von Fr. 50 000.– «ohne jeden Abzug» bezahlt werde. [...] Aufgrund der Gesuchsantwort des Schuldners ergänzte die Gläubigerin ihre Argumentation in einer weiteren Stellungnahme dann dahingehend, dass der Schuldner den Einwand der Quellensteuerpflicht schon in der Vergleichsverhandlung hätte erheben müssen; im Rechtsöffnungsverfahren könne er dies nicht mehr tun. Angesichts der Vorbringen des Schuldners in der Gesuchsantwort müsse angenommen werden, dass er die Quellensteuerforderung mit dem nachzuzahlenden Lohn verrechnen wolle, was im Rechtsöffnungsverfahren aber am Urkundenbeweis scheitere. [...] In einer dritten Eingabe vor Vorinstanz bezeichnete die Gläubigerin die Fr. 50 000.– schliesslich als (eine Art) Genugtuung, die nicht steuerpflichtig sei.

bb) Der Vorderrichter seinerseits ging auf die Einwendungen betreffend den Charakter der Nachzahlung und den Betrag der Quellensteuer nicht ein und hielt in Bezug auf die Abzugsfähigkeit an sich fest, dass ein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien im Sinne des von der Gläubigerin geltend Gemachten – einen Nettobetrag samt Saldoklausel hätten sie zur Vermeidung von weiteren Auseinandersetzungen über die Sozialversicherungs- und die Pensionskassenbeiträge sowie die Quellensteuer «bewusst» vereinbart – unbewiesen bleibe. Bei einer Auslegung nach Vertrauensprinzip sodann seien beide von den Parteien vertretenen Auffassungen nicht abwegig und könnte nur eine vertiefte, abwägende Auslegung des Rechtsöffnungstitels Klärung bringen, was dem Rechtsöffnungsrichter aber verwehrt sei. Das Rechtsöffnungsbegehren sei daher abzuweisen.

[...]

b/aa) Der angefochtene Entscheid ist insofern nicht zu beanstanden – bezeichnenderweise rügt die Gläubigerin ihn in diesen Zusammenhang auch nicht –, als er ein übereinstimmendes tatsächliches Verständnis der Parteien im Sinne der grundsätzlichen Unzulässigkeit des Quellensteuerabzugs verneint und als er festhält, die Frage, ob die Vereinbarung nach dem Vertrauensprinzip im Sinne der grundsätzlichen Unzulässigkeit auszulegen sei, könne nicht vom Rechtsöffnungsrichter, sondern müsse (im Rahmen der Erläuterung) vom Sachrichter beantwortet werden. Das von der Gläubigerin im Gesuch in den Vordergrund gerückte Argument, der Quellensteuerabzug sei deshalb unzulässig, weil er von der Vereinbarung ausgeschlossen werde, ist vom Vorderrichter demnach zu Recht verworfen worden, sodass sich der Schutz des Rechtsöffnungsbegehrens nicht mit dem vereinbarten Ausschluss des Quellensteuerabzugs begründen lässt. Die vorinstanzliche Betrachtungsweise greift allerdings insofern zu kurz, als sich der Vorderrichter nicht, zumindest nicht ausdrücklich, dazu äussert, wie es sich verhält, wenn von der grundsätzlichen Zulässigkeit auszugehen ist. Im Gegensatz zum Fall der Unzulässigkeit, in dem das Rechtsöffnungsbegehren ohne weiteres zu schützen (gewesen) wäre, stellt sich nämlich im Falle der grundsätzlichen Zulässigkeit die Frage, ob und auf welcher Rechtsgrundlage der Schuldner seine betreffenden Einwendungen im Rechtsöffnungsverfahren erheben kann.

bb) Die Gläubigerin argumentierte in diesem Zusammenhang (gestützt auf Art. 81 Abs. 1 SchKG) vorerst mit der Konstruktion der Verrechnungseinrede, hielt diese aber mangels des erforderlichen Urkundenbeweises in der Beschwerde wie schon in der vorinstanzlichen Replik für unbeachtlich. Aufgrund der Einwendung des Schuldners in der Beschwerdeantwort, Rechtsgrund für den Abzug bilde nicht eine Verrechnung, «sondern ein auf besonderer gesetzlicher Vorschrift beruhender Steuerabzug an der Quelle», machte die Gläubigerin dann in ihrer Replik geltend, sie behafte den Schuldner bei der Zugabe, keine Verrechnung erklärt zu haben und auch keine solche Erklärung abgeben zu können, und legte das Schwergewicht ihrer Argumentation auf die Behauptung, es bestehe wegen des Genugtuungscharakters der Nettzahlung überhaupt keine Quellensteuerpflicht bzw. der betreffende Abzug sei tatsächlich und rechtlich völlig falsch verfügt worden.

cc) Parteien des Verfahrens vor Verwaltungsgericht wie auch des Verfahrens betreffend den Quellensteuerabzug sind zwar die Gläubigerin und der Schuldner und ist insofern die für eine Verrechnung erforderliche Gegenseitigkeit gegeben. Materiell handelt es sich aber um einen vom Schuldner als Arbeitgeber vorzunehmenden Abzug, der nur deshalb im Ergebnis einer Verrechnung gleichkommt, weil hier Arbeitgeber und Gläubiger der Steuerforderung identisch sind. Mit dieser Feststellung, der sich letztlich auch die Gläubigerin anzuschliessen scheint (vgl. ihre zitierte Erklärung, der Schuldner sei auf der Zugabe zu behaften, keine Verrechnung erklärt zu haben und auch keine solche erklären zu können), ist für die Frage nach den Voraussetzungen der Beachtlichkeit des Abzugs in einem Verfahren der definitiven Rechtsöffnung für die Lohnforderung allerdings noch nichts Entscheidendes gewonnen. Es erscheint

sachgerecht, für die Beantwortung dieser Frage die Grundsätze heranzuziehen, welche bei der Frage der Tilgung einer rechtskräftig zugesprochenen Forderung gelten. Demgemäss hat der Lohnschuldner als Arbeitgeber (mittels Urkunden) zu beweisen, dass und im welchem Umfang er zum Quellensteuerabzug verpflichtet ist (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N43, zum Abzug der vom Arbeitnehmer zu tragenden Sozialabgaben, und insbesondere Senti, Arbeitsrecht und SchKG: Die Rechtsöffnung, in: ZZZ 2007 219ff., 228f., der ausdrücklich auch auf den Quellensteuerabzug hinweist und dafürhält, dass ein Entscheid, mit dem der Arbeitgeber zur Zahlung eines «Nettolohnes» [sc. hier eines Lohnes nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge, aber vor Abzug der Quellensteuer] verpflichtet werde, ein resolutiv bedingtes Urteil darstelle). Diesen Nachweis hat der Schuldner hier erbracht: Mit Rechnung/Verfügung vom 24. Juli 2015 wurde er zur Zahlung einer Quellensteuer von Fr. 16619.65 (abzüglich einer Bezugsprovision von Fr. 498.60) verpflichtet; er hat diese Zahlung unbestrittenermassen auch erbracht. Was die Gläubigerin gegen die Relevanz dieser Rechnung vorbringt, ist deshalb nicht stichhaltig, weil die Quellensteuer im Zeitpunkt der Auszahlung der steuerbaren Leistung fällig und «ungeachtet allfälliger Einwände von der steuerbaren Leistung abgezogen» wird (Art. 123 StG; vgl. auch Art. 137 Abs. 2 DBG), mit der Konsequenz, dass aufgrund eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens zu wenig abgezogene Quellensteuer unter dem Vorbehalt des Rückgriffs auf den Steuerpflichtigen vom Schuldner der steuerbaren Leistung nachzuzahlen und ein zu hoher Abzug dem Steuerpflichtigen zurückzuerstatten ist (vgl. Art. 138 DBG). Die Auseinandersetzung über Bestand und Umfang der Quellensteuer findet mithin nicht im Rechtsöffnungsverfahren statt, sondern ist im hierfür vorgesehenen steuerrechtlichen Rechtsmittelverfahren zu führen, das die Gläubigerin mit der Einsprache vom 21. August 2015 denn auch eingeleitet und nach der Abweisung der Einsprache am 4. März 2016 mit Rekurs bzw. Beschwerde bei der Verwaltungsrekurskommission fortgesetzt hat. Auf die Einwendungen der Gläubigerin, es bestehe überhaupt keine Quellensteuerpflicht bzw. der allfällige Abzug sei (offensichtlich) zu hoch, ist deshalb nicht weiter einzugehen.

Der von der Gläubigerin erhobene Einwand sodann, der Schuldner hätte den Quellensteuerabzug im Rahmen der Vergleichsverhandlung geltend machen müssen und könne ihn nicht i.S.v. Art. 81 Abs. 1 SchKG nachträglich vornehmen, ist deshalb nicht stichhaltig, weil die Quellensteuer erst mit der Auszahlung des Lohnes fällig wurde, bei Vergleichsabschluss mithin noch gar nicht verfügt war. Richtig ist, dass die Parteien – was nach dem eingangs Ausgeführten gerade nicht nachgewiesen ist – gut daran getan hätten, den Quellensteuerabzug im Vergleichsgespräch zu thematisieren. Dass sie das nicht bzw. beim jetzigen Aktenstand zumindest nicht nachgewiesenermassen getan haben, ändert für den Fall einer möglichen Auslegung nach dem Vertrauensprinzip im Sinne der grundsätzlichen Zulässigkeit des Quellensteuerabzugs aber nichts daran, dass es sich dabei um einen Tatbestand handelt, der sich erst nach Vergleichsabschluss verwirklicht hat und daher vom Schuldner der Gläubigerin im Rechtsöffnungsbegehren entgegen-

gehalten werden kann. Mit dieser die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz ergänzenden Begründung ist das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen. Dies führt zur Abweisung auch der Beschwerde.

81

Art. 80f. SchKG (SR 281.1); Art. 53, Art. 54 und Art. 57 LugÜ (SR 0.275.12). Zur Zulässigkeit der Einreichung einer rechtsgenügenden Ausfertigung der ausländischen öffentlichen Urkunde, gestützt auf welche die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung erwirkt werden will, erst im Rahmen einer weiteren Eingabe (E. 2 und 3) und zum Beweismass relevanter Einwendungen der Betreuungsschuldnerin gegen die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung gestützt auf die ausländische öffentliche Urkunde (E. 4).

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 3. November 2016

Gegenstand des Verfahrens betreffend definitive Rechtsöffnung bildet eine notariell beurkundete Bürgschaftserklärung. Der Gläubiger reichte die Erklärung vorerst nur in Kopie und erst im Rahmen einer «Replik» in einer beglaubigten Abschrift ein. Gestützt darauf erteilte der Einzelrichter definitive Rechtsöffnung, wobei er die Einwendungen der Schuldnerin aufgrund der Beweismittelbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 und 2 SchKG (Urkundenbeweis bzw. sofortige Beweisbarkeit) verwarf. Dagegen wehrt sich die Schuldnerin mit Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

2. Das vorliegende Verfahren betrifft die definitive Rechtsöffnung gestützt auf eine in Deutschland aufgenommene öffentliche Urkunde. Die Beschwerde ist daher auf der Grundlage von Art. 80f. SchKG und Art. 57 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (LugÜ; SR 0.275.12) zu prüfen. Danach kann der Gläubiger beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlags verlangen, wenn die in Betreuung gesetzte Forderung auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel beruht. Als solche kommen auch die in einem LugÜ-Vertragsstaat aufgenommenen und vollstreckbaren öffentlichen Urkunden i.S.v. Art. 57 LugÜ in Betracht (BGE 137 II 87 E. 2; BGer 5A_203/2015 E. 3.1; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N67). Damit diese in der Schweiz der Zwangsvollstreckung zugänglich sind, müssen sie – wie ausländische Zivilurteile – vorgängig von einem Schweizer Gericht für vollstreckbar erklärt werden (Art. 57 Abs. 1 LugÜ). Bei einer verurkundeten Geldforderung stehen dem Gläubiger dabei zwei Wege offen: Zum einen kann er die öffentliche Urkunde zunächst in einem

eigenständigen Exequaturverfahren gemäss Art. 38 ff. LugÜ für vollstreckbar erklären lassen und sodann, gestützt auf den Exequaturentscheid, die Betreibung einleiten. Zum andern hat er aber auch die Möglichkeit, den Schuldner direkt zu betreiben und einen allfälligen Rechtsvorschlag durch definitive Rechtsöffnung beseitigen zu lassen. Dabei befindet der Rechtsöffnungsrichter über die Vollstreckbarkeit der zugrunde liegenden öffentlichen Urkunde – je nach Begehren des Gläubigers – im Rahmen eines Teils des (Rechtsöffnungs-)Entscheids (Klagenhäufung) separat oder er prüft die Vollstreckbarkeit vorfrageweise (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N 68a, Nägeli, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], LugÜ Komm., Art. 57 N 42 ff., und Acocella, in: Schnyder [Hrsg.], LugÜ Komm., Art. 57 N 34 f.; vgl. auch GVP 2015 Nr. 105. Vorliegend hat sich der Gläubiger für letztgenannten Weg der vorfrageweisen Prüfung entschieden.

3.a) Gemäss Art. 57 Ziff. 1 i.V.m. Art. 53 Ziff. 1 und Art. 54 f. LugÜ hat der Gläubiger bei der Beantragung der Vollstreckbarerklärung eine «Ausfertigung» der öffentlichen Urkunde sowie eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung des Staates, in dem die Beurkundung vorgenommen wurde, beizubringen.

b/aa) Unbestritten ist hier, dass die Bürgschaftserklärung, welche der Gläubiger bei der Vorinstanz zunächst als einfache Kopie und sodann als beglaubigte Abschrift einreichte, eine öffentliche Urkunde i.S.v. Art. 57 Ziff. 1 LugÜ darstellt.

bb) Im Beschwerdeverfahren strittig ist hingegen zunächst, ob der Gläubiger rechtzeitig eine rechtsgenügende «Ausfertigung» der Bürgschaftserklärung beigebracht hat. Die Vorinstanz stellte diesbezüglich fest, dass der Gläubiger mit seinem Rechtsöffnungsbegehren vom 27. November 2015 zwar lediglich eine einfache Kopie der Bürgschaftserklärung eingereicht habe. Jedoch habe er die beglaubigte Abschrift mit nachträglicher Eingabe vom 18. Januar 2016 ins Recht gelegt. Damit habe er rechtzeitig von seinem Replikrecht Gebrauch gemacht. Insgesamt seien die formellen Voraussetzungen von Art. 53 Ziff. 1 i.V.m. Art. 57 Ziff. 1 LugÜ deshalb erfüllt. Im Beschwerdeverfahren rügt die Schuldnerin, dass die mit dem Rechtsöffnungsbegehren ins Recht gelegte einfache Kopie der Bürgschaftserklärung keine «Ausfertigung» i.S.v. Art. 53 Ziff. 1 i.V.m. Art. 57 Ziff. 1 LugÜ darstelle. Die mit Stellungnahme vom 18. Januar 2016 nachträglich eingereichte beglaubigte Abschrift des Bürgschaftsvertrages sodann sei verspätet ins Verfahren eingebracht worden. Die Schuldnerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass die Vorinstanz von einem falschen Verständnis des Replikrechts ausgegangen sei und sich der Gläubiger in der nachträglichen Eingabe nur noch dazu hätte äussern dürfen, ob die bereits im Recht liegende einfache Kopie den Voraussetzungen von Art. 53 Ziff. 1 LugÜ genüge. Ob die beglaubigte Kopie noch mit der nachträglichen Stellungnahme hätte nachgereicht werden können, sei jedoch eine Frage des Novenrechts. Sie hätte daher nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zugelassen werden dürfen, die hier jedoch nicht erfüllt seien. Demnach hätte die Vorinstanz die nachgereichte beglaubigte Kopie aus dem Recht weisen müssen.

cc) Gemäss Art. 53 Ziff. 1 LugÜ, auf den Art. 57 Ziff. 1 LugÜ verweist, hat der Gläubiger bei der Beantragung des Exequaturs u.a. eine «Ausfertigung» der ausländischen

öffentlichen Urkunde vorzulegen. Da sich bei der vorfrageweisen Vollstreckbarerklärung im Rahmen der definitiven Rechtsöffnung das Verfahren nach Art. 84 SchKG richtet und die Verfahrensvorschriften des LugÜ grundsätzlich nicht anwendbar sind (BGE 125 III 386 E. 3.a = Pra 89 [2000] Nr. 13; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N 68a), könnte man sich fragen, ob Art. 53 Ziff. 1 LugÜ überhaupt anwendbar ist oder ob nicht exklusiv die Beweisvorschriften der ZPO und mithin insbesondere Art. 180 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangen, wonach eine Urkunde in Kopie eingereicht werden kann, sofern nicht das Gericht oder eine Partei die Einreichung des Originals oder einer amtlich beglaubigten Kopie verlangt, weil begründete Zweifel an der Echtheit der Urkunde bestehen. Diese Frage könnte sich umso mehr stellen, als bei der vorfrageweisen Prüfung die Voraussetzung des Vorliegens eines vollstreckbaren Titels lediglich für die konkrete Betreibung, nicht aber (generell) materiell rechtskräftig beurteilt wird und als im eigenständigen, im LugÜ unmittelbar geregelten Exequaturverfahren der Schuldner vorerst nicht angehört wird, was zu seinen Gunsten erhöhte Anforderungen an das Begehren des Gläubigers rechtfertigen könnte. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beanspruchen allerdings die Bestimmungen des LugÜ über die Qualität der einzureichenden Unterlagen auch beim inzidenten Exequatur im Rechtsöffnungsverfahren (ausschliesslich) Geltung (BGer 5A_241/2009 E. 2.2 und 2.3). Dies aber hat zur Folge, dass von einem vertragsautonom geregelten Begriff der «Ausfertigung» auszugehen ist (Geimer, in: Geimer/Schütze [Hrsg.], EuZVR Komm., Art. 53 aEuGVVO N3). Von vornherein nicht zu verfangen vermag dabei die vom Gläubiger (gestützt auf Art. 180 Abs. 1 ZPO) vertretene Auffassung, wonach Urkunden auch als einfache Kopien eingereicht werden könnten; denn nach der im Schrifttum zu Art. 53 Ziff. 1 LugÜ und zur entsprechenden Bestimmung der vormaligen Parallelverordnung der Europäischen Union (Art. 53 Ziff. 1 aEuGVVO) einhellig vertretenen Auffassung hat der Gläubiger entweder das Original oder zumindest eine beglaubigte Kopie der für vollstreckbar zu erklärenden Entscheidung beizubringen (BSK LugÜ-Gelzer, Art. 53 N4; Killias, in: Schnyder [Hrsg.], LugÜ Komm., Art. 53 N6]). Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt eine einfache Kopie einer ausländischen Entscheidung den Anforderungen von Art. 53 Ziff. 1 LugÜ nicht (BGer 5A_241/2009 E. 2.3). Entsprechendes muss aufgrund der klaren Verweisung von Art. 57 Ziff. 1 auf Art. 53 Ziff. 1 LugÜ auch für öffentliche Urkunden gelten: Sie sind entweder im Original oder aber zumindest als beglaubigte Kopien einzureichen (BSK LugÜ-Gelzer, Art. 57 N36). Eine Frage des nationalen Rechts wiederum ist hingegen diejenige danach, welche Anforderungen an eine beglaubigte Kopie zu stellen sind. Auszugehen ist dabei von Art. 57 Ziff. 3 LugÜ. Danach muss die Kopie «die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen» nach dem Recht des Beurkundungsstaats erfüllen, vorliegend also jene des deutschen Rechts. Gemäss § 415 i.V.m. § 435 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO/DE) muss die beglaubigte Kopie der Urschrift «hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich [tragen]» (vgl. Kropholler/Von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 57 N3).

Vor diesem Hintergrund erweist sich die mit dem Rechtsöffnungsbegehren vom 27. November 2015 eingereichte einfache Kopie der Bürgerschaftserklärung nicht als rechtsgenügende «Ausfertigung» i.S.v. Art. 53 Ziff. 1 i.V.m. Art. 57 Ziff. 1 LugÜ. Anders verhält es sich bei der mit nachträglicher Eingabe vom 18. Januar 2016 ins Recht gelegten beglaubigten Abschrift; sie genügt – zu Recht unbestrittenermassen – den gesetzlichen Anforderungen.

dd) Damit stellt sich die Frage nach der prozessualen Zulässigkeit der Einreichung erst mit der nachträglichen Eingabe. Die Schuldnerin übersieht in diesem Zusammenhang, dass hinsichtlich des Vorliegens einer rechtsgenügenden «Ausfertigung» der (beschränkte) Untersuchungsgrundsatz gilt. Sowohl der Rechtsöffnungs- als auch der Exequaturrichter haben nämlich von Amtes wegen das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels bzw. einer rechtsgenügenden «Ausfertigung» zu prüfen (für den Rechtsöffnungsrichter: BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 50, KUKO SchKG-Vock, Art. 84 N 18, und Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, 127 f.; für den Exequaturrichter: Killias, a.a.O., Art. 53 N 4; Staehelin/Bopp, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], LugÜ Komm., Art. 38 N 30, Kropholler/Von Hein, a.a.O., Art. 38 aEuGVVO N 7, und Bucher, in: Bucher [Hrsg.], Commentaire Romand LDIP/CL, Art. 53 N 1). Dabei liegt es in seinem Ermessen, dem Gläubiger die Nachreichung von Urkunden zu ermöglichen; er ist befugt, jedoch nicht verpflichtet, dem Gläubiger hierzu Gelegenheit zu geben (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 84 N 52; KUKO SchKG-Vock, Art. 84 N 19).

Nicht zu übersehen ist, dass die Vorinstanz die Zulässigkeit der Nachreichung der rechtsgenügenden Ausfertigung wohl zu Unrecht mit dem allgemeinen Replikrecht des Gläubigers begründet hat – das allgemeine Replikrecht kann nicht dazu dienen, eine Eingabe zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E.3.3.4) –, was aber im Ergebnis nichts daran ändert, dass sie dem Gläubiger im Rahmen des (beschränkten) Untersuchungsgrundsatzes bzw. der Eventualmaxime die Nachreichung hätte ermöglichen können. Genau dies hat sie mit der Berücksichtigung der erst mit der nachträglichen Eingabe eingereichten Ausfertigung denn auch getan. Die Beschwerde erweist sich daher in diesem Punkt als unbegründet.

[...]

4.a) Weiter ist strittig, ob die Schuldnerin bei der inzidenten Vollstreckbarerklärung im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens die nachstehend zu prüfenden materiellrechtlichen Einwendungen gegen die in Betreuung gesetzte Forderung vorbringen kann. Die Vorinstanz ist dabei davon ausgegangen, dass die von der Schuldnerin geltend gemachten Einwendungen aufgrund der Beweismittelbeschränkung gemäss Art. 81 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG nicht gehört werden könnten; die Schuldnerin sei nicht in der Lage, ihre Einwendungen sofort zu beweisen. Im Beschwerdeverfahren rügt die Schuldnerin eine unrichtige Anwendung von Art. 81 SchKG. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz beziehe sich Art. 81 Abs. 2 SchKG nur auf schweizerische öffentliche Urkunden und sei somit nicht auf die vorliegende, in Deutschland aufgenommene Urkunde anwendbar; die Vorinstanz habe sodann den Staatsvertragsvorbehalt von Art. 81 Abs. 3 SchKG missachtet.

b) Der Gesetzgeber hat die Verteidigungsmöglichkeiten, welche dem Schuldner im definitiven Rechtsöffnungsverfahren zur Verfügung stehen, in Art.81 SchKG geregelt. Danach ist, wenn die in Betreibung gesetzte Geldforderung auf einem vollstreckbaren Entscheid eines schweizerischen Gerichtes oder einer schweizerischen Verwaltungsbehörde beruht, die definitive Rechtsöffnung nur dann nicht zu erteilen, wenn der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden ist, oder wenn er erfolgreich die Verjährung anruft (Abs. 1). Gründet die Forderung hingegen in einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde i.S.v. Art.80 Abs.1bis SchKG, so kann der Betriebene weitere Einwendungen gegen die Leistungspflicht geltend machen, wenn sie «sofort beweisbar» sind (Abs.2). Beruht die Forderung schliesslich auf einem Entscheid, der in einem anderen Staat ergangen ist, so kann der Betriebene überdies die Einwendungen erheben, die im anwendbaren Staatsvertrag oder (in Ermangelung eines solchen) im IPRG vorgesehen sind, sofern nicht ein schweizerisches Gericht bereits über diese Einwendungen entschieden hat (Abs.3).

Hinsichtlich vollstreckbarer in der Schweiz errichteter öffentlicher Urkunden folgt daraus, dass im definitiven Rechtsöffnungsverfahren zusätzlich zu den Einwendungen der Stundung, Tilgung und Verjährung weitere Einwendungen gegen die Leistungspflicht geltend gemacht werden können, wenn sie «sofort», d.h. mit liquiden Beweismitteln beweisbar sind (Ammon/Walther, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, N58). Nicht entnehmen lässt sich Art.81 SchKG indessen, was bezüglich der definitiven Rechtsöffnung gestützt auf im Ausland aufgenommene öffentliche Urkunden gilt. Das Bundesgericht hat die Frage, ob die Beweismittelbeschränkung von Art.81 Abs.2 SchKG auch für öffentliche Urkunden gemäss Art.57 LugÜ gelte, bisher nicht geklärt (offengelassen in BGE 137 III 87 E.3). Nach der bereits dargestellten Rechtsprechung, wonach die Verfahrensvorschriften des LugÜ über die Vollstreckbarerklärung im Rechtsöffnungsverfahren grundsätzlich nicht anwendbar sind (vgl. vorstehend, E.3.b/cc), kann die Frage auch nicht direkt mit dem allgemeinen Vorrang des Staatsvertragsrechts beantwortet werden. Im Schrifttum geht insbesondere Staehelin aufgrund der Gesetzessystematik, nach der ausländische Titel erst in Abs.3 erwähnt würden, davon aus, dass Art.81 Abs.2 SchKG nur für Urkunden gelte, die von schweizerischen Urkundspersonen errichtet worden seien; bei ausländischen öffentlichen Urkunden würden sich die zulässigen Einwendungen daher – Abs.3 entsprechend – nach dem jeweiligen Staatsvertrag bzw. nach dem IPRG bestimmen (BSK SchKG I-Staehelin, Art.81 N28). Allerdings verweist auch dieser Autor im Zusammenhang mit ausländischen öffentlichen Urkunden nach LugÜ an anderer Stelle (Art.80 N67) auf die Einredeordnung nach Art.81 Abs.2 SchKG, woraus zu schliessen ist, dass auch er dafürhält, dass gegen die Leistungspflicht aus öffentlichen Urkunden i.S.v. Art.57 LugÜ nur «sofort beweisbare» Einwendungen geltend gemacht werden könnten (ebenso Zondler, Ausländische Titel in der definitiven Rechtsöffnung, in: Kren Kostkiewicz/Markus/ Rodriguez [Hrsg.], Rechtsöffnung und Zivilprozess – national und international, Cipro 2014, 112; a.M. wohl Spühler/

Rodriguez, Internationales Zivilprozessrecht, N378). Berücksichtigt man sodann, dass es bei Art. 81 Abs. 2 SchKG darum gegangen ist, die Einredeordnung für die neu geschaffene öffentliche Urkunde schweizerischen Rechts zu regeln, nachdem bislang nur der ausländischen öffentlichen Urkunde (nach LugÜ) die Qualität des definitiven Rechtsöffnungstitels zugekommen war (BSK SchKG I-Staehelin, 1998, N80 N67), dann liegt angesichts der beabsichtigten Gleichstellung schweizerischer und ausländischer öffentlicher Urkunden (vgl. Schmid, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Vorbemerkungen zu den Art. 247-252 N2f.) nahe, die Relevanz von gegen eine Forderung aus einer ausländischen öffentlichen Urkunde gestützt auf Art. 81 Abs. 3 SchKG erhobenen Einwendungen nur unter der Voraussetzung ihrer sofortigen Beweisbarkeit zu bejahen. Letztlich kann diese Streitfrage aber deshalb offengelassen werden, weil sich, wie zu zeigen ist, eine Beschränkung auf liquide Einwendungen vorliegend in jedem Fall nicht nur aus Art. 81 Abs. 2 SchKG, sondern bereits aus Art. 57 LugÜ und somit auch bei Anwendung von Art. 81 Abs. 3 SchKG ergibt.

c) Im Schrifttum wird die von der Schuldnerin geltend gemachte uneingeschränkte Zulässigkeit materiell-rechtlicher Einwendungen gegen eine verurkundete Forderung unter dem Regime von Art. 57 LugÜ kontrovers beurteilt. Aus dem Wortlaut von Art. 57 Ziff. 1 Satz 2 LugÜ – danach ist die Vollstreckbarerklärung «nur zu versagen [...], wenn die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Vollstreckungsstaats offensichtlich widersprechen würde» – schliesst ein gewichtiger Teil der Lehre, dass die Geltendmachung weiterer materiell-rechtlicher Einwendungen unzulässig sei, ansonsten die ausdrückliche Beschränkung auf *ordre public*-Verletzungen bedeutungslos wäre. Eine Zulassung weiterer Einwendungen des materiellen Rechts lasse sich weiter auch nicht mit dem allgemein im Vollstreckungsverfahren geltenden Beschleunigungsgebot vereinbaren. Für die Prüfung materiell-rechtlicher Einwendungen, die nicht den *ordre public* betreffen, stünden die Rechtsbehelfe im Errichtungsstaat zur Verfügung (Staudinger, in: Rauscher [Hrsg.], Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 57 aEuGVVO N18; Schlosser, Komm. EU-Zivilprozessrecht, Art. 57 aEuGVVO N10; Oberhammer, in: Stein/Jonas [Hrsg.], Kommentar zur Zivilprozessordnung, Art. 57 aEuGVVO N29; Ten Wolde/Knot, in: Simons/Hausmann [Hrsg.], unalex Kommentar Brüssel I-VO, 2012, Art. 57 aEuGVVO N25; Hess, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2010, § 6 N264; Vékas, in: Magnus/Mankowski [Hrsg.], Commentary Brussels I Regulation, 2007, Art. 57 aEuGVVO N12; Gottwald, in: Krüger/Rauscher [Hrsg.], Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Art. 57 aEuGVVO N24; Hüsstege, in: Thomas et al. [Hrsg.], Komm. Zivilprozessordnung, Art. 57 aEuGVVO N8; Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, N470; Jametti Greiner, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde, in: BN 1993, 55; Visinoni-Meier, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im internationalen und nationalen Bereich, 28f.; so auch der Kassationsgerichtshof Italiens, 10.07.2008 [abrufbar unter www.unalex.eu/Judgment, Nr. IT-367] und der Appellationsgerichtshof Luxemburgs, 13.09.2007 [abrufbar unter www.unalex.eu/Judgment, Nr. LU-163]).

Demgegenüber postuliert eine andere Lehrmeinung, dass materiell-rechtliche Einwendungen auch im Exequaturverfahren uneingeschränkt zuzulassen seien, indem der verurkundete Anspruch noch nie in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt worden sei. Die direkte Beurteilung der Einwendungen durch den Exequaturrichter entspreche überdies dem Postulat der Verfahrensökonomie, da dafür nicht ein separates Verfahren angestrengt werden müsse (Geimer, a.a.O., Art. 57 aEuGVVO N 56; Kropholler/Von Hein, a.a.O., Art. 57 aEuGVVO N 16; Acocella, a.a.O., Art. 57 N 67; BSK LugÜ-Gelzer, Art. 57 N 32f.; Nägeli, a.a.O., Art. 57 N 73; Schwander, Vollstreckbare öffentliche Urkunden – Rechtsnatur, Verfahren der Erstellung und der Vollstreckung, in: AJP 2006, 677f.; Staehelin, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde – eine Ausländerin vor der Einbürgerung, in: Jametti Greiner/Berger/Güngerich [Hrsg.], FS Kellerhals, 2005, 206; Witschi, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde nach Art. 50 Lugano-Übereinkommen in der Schweiz, 2000, 124f.; wohl auch Meier, Besondere Vollstreckungstitel nach dem Lugano-Übereinkommen, in: Schwander [Hrsg.], Das Lugano-Übereinkommen, 1990, 196; dahingehend auch OGer LU, 27.10.2005, LGVE 2005 I Nr. 44). Teilweise geht diese Lehre dabei immerhin davon aus, dass sich aufgrund des Beschleunigungsgebots zumindest eine Beschränkung auf unbestrittene, rechtskräftig beurteilte oder aber mit liquiden Beweismitteln beweisbare Einwendungen aufdränge (Geimer, a.a.O., Art. 57 aEuGVVO N 56; Kropholler/Von Hein, a.a.O., Art. 57 aEuGVVO N 16; Acocella, a.a.O., Art. 57 N 42 und 67; offengelassen bei Nägeli, a.a.O., Art. 57 N 73).

d) Die letztgenannte Auffassung überzeugt sowohl unter dem Gesichtspunkt des allgemein in Exequaturverfahren geltenden Beschleunigungsgebots als auch unter demjenigen des Schutzes des Schuldners, dessen vollstreckbare Verpflichtung gerade nicht auf einem Urteil beruht, sondern bloss auf einer von ihm in einer öffentlichen Urkunde abgegebenen Erklärung. Daraus folgt, dass selbst unter Art. 57 LugÜ von einer Beschränkung auf liquide, d.h. sofort beweisbare Einwendungen auszugehen ist. Zumindest vorliegend besteht im Ergebnis daher kein Unterschied, ob die Einwendungen gegen die in Deutschland notariell beurkundete Bürgschaftserklärung nach Art. 81 Abs. 2 SchKG oder dessen Abs. 3 beurteilt werden. Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang die Rüge der Schuldnerin, dass sie die Vorinstanz zur Rechtfertigung der Beweismittelbeschränkung zu Unrecht auf die negative Feststellungsklage (Art. 85a SchKG) und auf die Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG) verwiesen habe. Es stimmt zwar, dass die Schuldnerin diese Rechtsbehelfe in der Schweiz nicht erheben kann, zumal ihr der Gerichtsstand am Betreibungsort gemäss Art. 22 Ziff. 5 LugÜ nicht zur Verfügung steht (BSK LugÜ-Güngerich, Art. 22 N 83 mit Hinweisen). Die Schuldnerin ist jedoch nicht schutzlos: Ziff. VI der Bürgschaftserklärung enthält eine Gerichtsstandsvereinbarung, auf deren Grundlage die Schuldnerin im Streitfall die deutschen Gerichte (Landgericht Kleve) anrufen kann. Muss sie in der Schweiz den in Betreibung gesetzten Betrag unter Betreibungszwang bezahlen, etwa weil ihre Einwendungen nicht liquide sind, so kann sie entsprechend in Deutschland auf Rückzahlung klagen, wobei mangels Antrags offenbleiben kann, ob das Rechtsöffnungsverfahren zum Zwecke der Anhebung einer negativen Feststel-

lungsklage in Deutschland allenfalls auch hätte sistiert werden können, wie dies in der kantonalen Rechtsprechung teils befürwortet wird (OGer LU, 27.10.2005, LGVE 2005 I Nr. 44; dazu Nägeli, a.a.O., Art. 57 N 76).

e) Der Entscheid der Vorinstanz ist somit – zumindest im Ergebnis – auch hinsichtlich der getroffenen Beschränkung auf sofort beweisbare Einwendungen zu bestätigen.

82

Art. 80 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (SR 281.1); Art. 25 Abs. 3 IVSE (sGS 381.31). Die Verfügung des Departements des Innern betreffend «Feststellung der Kostenbeteiligung für den Aufenthalt in einer Einrichtung für Menschen mit einer Behinderung» stellt keinen Rechtsöffnungstitel dar, gestützt auf den von der betreffenden Einrichtung definitive Rechtsöffnung erwirkt werden kann.

Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 13. Dezember 2016

Aus den Erwägungen:

a/aa) Der Gläubiger stützt die Betreibung und das Rechtsöffnungsbegehren auf die Verfügung des Departements des Innern des Kantons St. Gallen vom 3. Juni 2015 betreffend die «Feststellung der Kostenbeteiligung für den Aufenthalt in einer Einrichtung für Menschen mit Behinderung». Das Departement stellte in dieser Verfügung fest, dass – auf der Basis eines Ansatzes von Fr. 5730.–/Monat im Jahr 2014 bzw. von Fr. 5670.–/Monat im Jahr 2015 – die Kostenbeteiligung (Pensionstaxe) von A.B. für den Aufenthalt vom 17. Februar 2014 bis 16. Januar 2015 Fr. 62'682.15 betrage. Bei diesem Betrag nicht berücksichtigt seien die Hilflosenentschädigung (Fr. 69.20/Anwesenheitstag ab 1. August 2014), die Taxermässigung für Abwesenheitstage sowie die Weiterverrechnung von persönlichen Auslagen wie beispielsweise Taschengeld oder Beschriftung von Kleidungsstücken. In der Rechtsmittelbelehrung der Verfügung wird auf das Rechtsmittel der Beschwerde an das Verwaltungsgericht hingewiesen, wovon der Schuldner gemäss dem Rechtskraftvermerk des Verwaltungsgerichts vom 18. Januar 2016 (unbestrittenermassen) keinen Gebrauch gemacht hat.

bb) Die Vorinstanz bejahte die Titelqualität der Verfügung vom 3. Juni 2015. Sie hielt dafür, dass es sich dabei um die Verfügung einer schweizerischen Verwaltungsbehörde handle, bezüglich derer die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit – hoheitlicher Entscheid; bestimmte Geldsumme; Bezeichnung als Verfügung; gesetzmässige Eröffnung; keine Nichtigkeit; Rechtskraft – erfüllt seien.

[...]

b) Mit Rücksicht darauf, dass die Beschwerde von einem Laien verfasst ist, steht ihrer Beurteilung in prozessualer Hinsicht grundsätzlich trotz Fehlens eines ausdrücklichen Antrags und einer substantiierten Auseinandersetzung mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid nichts entgegen. In Verbindung mit diesem und den Akten kann davon ausgegangen werden, dass der Schuldner der Auffassung ist, dass für den Betrag von Fr.22500.– zurzeit keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden könne, und zwar deshalb nicht, weil über seine Einwendungen in Bezug auf die Leistungen des Gläubigers noch nicht entschieden sei. Zumal diese Einwendungen, wie zu zeigen sein wird, die Titelqualität der vorgelegten Verfügung vom 3. Juni 2015 betreffen und diese ohnehin von Amtes wegen zu prüfen ist (BSK SchKG I-Staehelin, Art.84 N50), ist auf die Beschwerde mithin einzutreten.

c/aa) Für die Beurteilung der Titelqualität der Verfügung vom 3. Juni 2015 ist von folgender unbestrittener Rechtslage auszugehen:

Der Gläubiger ist der Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) vom 20. September 2002 (sGS 381.31) unterstellt. Er hat daher gegenüber dem Kanton Anspruch auf Abgeltung seiner zu Gunsten der nutzenden Person (Schuldner) erbrachten Leistungen (Art. 19 IVSE), wobei diese Abgeltung in jährlichen Leistungsvereinbarungen zwischen dem Kanton und dem Gläubiger, eventualiter in einer Verfügung des zuständigen Departements, geregelt wird (Art. 16 Abs. 1-3 Gesetz über die soziale Sicherung und Integration von Menschen mit Behinderung [sGS 381.4; BehG]). Die leistungsnutzende Person ihrerseits trägt die Kosten der Leistungsabgeltung teilweise oder vollständig aus ihrem Einkommen und aus Anteilen des Vermögens (Art. 28 Abs. 2 IVSE). Die Beteiligung erfolgt dabei im Rahmen der Pensionstaxen und der Hilflosenentschädigung (Art. 20 BehG i.V.m. Art. 28 Abs. 3 IVSE), die im Verhältnis zwischen Gläubiger und Kanton ebenfalls in der jährlichen Leistungsvereinbarung geregelt (Art. 16 Abs. 2 lit. c BehG) und im Verhältnis zur leistungsnutzenden Person gestützt auf Art. 25 Abs. 3 IVSE bei erfolglosen Inkassobemühungen des Gläubigers, der die Kostenbeteiligung aufgrund der Kostenübernahmegarantie des Kantons einfordert (Art. 29 Abs. 1 IVSE), in einer Verfügung festgestellt werden. Das Rechtsverhältnis zwischen der leistungsnutzenden Person und dem Gläubiger ist im Übrigen aber zivilrechtlicher Natur; es basiert, wie sich ohne weiteres (auch) aus der Verfügung vom 3. Juni 2015 ergibt, auf einem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner («Die übrigen Sachverhaltsangaben betreffen das Vertragsverhältnis zwischen Einrichtung und A.B. [...] und allfällige Ansprüche daraus sind auf dem Zivilweg geltend zu machen»).

bb) Konsequenz dieser Rechtslage ist, dass mit einer unangefochten gebliebenen Feststellungsverfügung nur beschränkt über die Leistungspflicht des Schuldners rechtskräftig entschieden wird, nämlich nur in Bezug «auf die Dauer des Aufenthalts insgesamt sowie die Höhe der Pensionstaxe für diese Abrechnungsperiode». Alle weiteren Aspekte der Leistungspflicht und damit insbesondere allfällige Einwendungen aus der Nicht- oder der Schlechterfüllung des Vertrages zwischen dem Leistungsnutzer und der Einrichtung sowie die massgebliche Anzahl verrechenbarer

Tage sind von der Rechtskraft aber nicht berührt, indem sie im Verwaltungsverfahren seitens des Schuldners gar nicht zur Diskussion gestellt werden können (vgl. in diesem Zusammenhang wiederum Verfügung vom 3. Juni 2015: «Das Amt für Soziales hat [...] festgestellt, dass die effektive Anzahl von An- und Abwesenheitstagen nicht Gegenstand vom vorliegenden Verfahren sein können und keine Grundlage besteht, diese hoheitlich festzustellen»). Insofern stellt die fragliche Feststellungsverfügung gerade keine Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten, abschliessend beurteilten Geldsumme dar (zu diesem Erfordernis des Rechtsöffnungstitels vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 80 N38), sondern beschränkt sich darauf, die sich aus dem zivilrechtlichen Vertragsverhältnis ergebende Beteiligungspflicht der leistungsnutzenden Person in Bezug auf die Abrechnungsperiode als solche und die Höhe des zu verrechnenden Tagessatzes zu konkretisieren. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des Gläubigers ist die Verfügung vom 3. Juni 2015 demnach kein Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 SchKG.

cc) Nicht anders verhielte es sich, wenn man die Titelqualität trotz fehlender uneingeschränkter Kognition des Departements als verfügende Behörde grundsätzlich bejahen wollte: Die Verfügung vom 3. Juni 2015 basiert auf einer Pensionstaxe von Fr. 5730.–/Monat und Person für das Jahr 2014 in einer solchen von Fr. 5670.–/Monat und Person für das Jahr 2015 und berechnet gestützt darauf den Gesamtbetrag der zu verrechnenden Pensionstaxen mit Fr. 62'682.15 (Februar 2014 Fr. 2'455.70 [12 Tage à Fr. 204.64]; März bis Dezember 2014 Fr. 57'300.– (10 Monate à Fr. 5730.–); Januar 2015 Fr. 2'926.45 [16 Tage à Fr. 182.90]), lässt aber (unter anderem) die Taxermässigung der Abwesenheitstage ausdrücklich unberücksichtigt. Dass solche Abwesenheitstage anzurechnen sind, ist dabei unbestritten und ergibt sich allein schon aus dem Umstand, dass der Gläubiger nicht die in der Verfügung vom 3. Juni 2015 festgestellten Fr. 62'682.15, sondern in allerdings nicht nachvollziehbarer Weise – es kann nicht Aufgabe des Rechtsöffnungsrichters sein, ohne nähere Begründung und Substantiierung eingereichte Rechnungen und eine Liste im Vergleich zum geltend gemachten Gesamtbetrag darauf zu prüfen, ob die im Einzelnen geforderten Positionen vom Rechtsöffnungstitel gedeckt sind oder nicht – unter Berücksichtigung wohl von 110 Abwesenheitstagen lediglich Fr. 45'578.05 in Betreibung gesetzt hat. Eine solche in der zu vollstreckenden Verfügung vorbehaltene Berücksichtigung von Abwesenheitstagen entspricht einer Entscheidung, in welchem der Unterhaltsschuldner rückwirkend zur Bezahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge verpflichtet wird und im Dispositiv die bereits erbrachten Unterhaltsleistungen vorbehalten bleiben, ohne dass diese aus der Begründung hervorgehen. Gestützt auf einen solchen Entscheid und deshalb auch im vorliegenden Fall, in dem die Zahl der Abwesenheitstage schon im Verfahren vor dem Departement des Innern strittig war, kann mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden; für die Feststellung der massgeblichen Anzahl Abwesenheitstage ist vielmehr der Sachrichter zuständig (BGE 135 III 315 und 138 III 583).

d) Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Vorinstanz die Verfügung vom 3. Juni 2015 zu Unrecht als Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 SchKG qualifiziert hat. Dies führt unter Schutz der Beschwerde zur Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens, mit der Konsequenz, dass der Gläubiger gehalten ist, seine Ansprüche, soweit sie vom Schuldner bestritten werden, auf den ordentlichen Weg der Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG durchzusetzen.