

Andreas Kley

Kantonales Privatrecht

Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts
für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen

Begründet von Prof. Dr. Hans Nawiasky †

Herausgegeben von Prof. Dr. Yvo Hangartner

Neue Reihe, Band 37

Kantonales Privatrecht

Eine systematische Darstellung
der kantonalen Einführungsgesetzgebung
zum Bundesprivatrecht
am Beispiel des
Kantons St. Gallen
und weiterer Kantone

Dr. Andreas Kley

Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter
an der Hochschule St. Gallen

St. Gallen 1992

ISBN 3-908185-02-5

Alle Rechte vorbehalten

VORWORT

Das kantonale und das vor allem hier behandelte st. gallische Einführungsrecht zum schweizerischen Zivilgesetzbuch ist eine auf kleinem Raum geltende, geschichtlich gewachsene und faszinierende Materie. Die eingehende Bearbeitung dieser Rechtsordnung mag vor dem Hintergrund der europäischen Integration fast hinfällig erscheinen. Freilich wird die Europadimension hier wenig Änderungen bringen. In der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis hat und behält diese Materie eine nicht zu unterschätzende Bedeutung.

Die vorliegende Publikation orientiert sich an praktischen Bedürfnissen. Die publizierte Rechtsprechung wurde vollständig bearbeitet; die nicht publizierte Praxis fand soweit Eingang, als sie zur Erläuterung wichtiger Rechtsfragen unerlässlich war. In manchen Fragen wurde insbesondere das Einführungs-gesetz zum Zivilgesetzbuch von Appenzell A.Rh., Basel-Stadt sowie weiterer Kantone und die darauf beruhende Rechtsprechung herangezogen. Der interkantonale Rechtsvergleich dient der Illustration; vielfach bringen die zum Teil interessanten Regelungen anderer Kantone etwas Farbe in die manchmal etwas trockene Materie.

Bis Ende April 1992 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur sind berücksichtigt worden. Eine Reihe von demnächst in Kraft tretenden Bundesgesetzen, so etwa das neue Aktienrecht (per 1.7.1992), wurden bereits miteinbezogen.

Vielfach haben mich praktische Problemstellungen vor schwierige, in der Literatur nicht behandelte Fragen gestellt. Ich möchte daher die Leser ermutigen, mir Kritik (5)

und Anregungen zukommen zu lassen.

Dem Schweizerischen Institut für Verwaltungskurse, insbesondere Herrn Prof. Dr. Y. Hangartner, möchte ich für die Aufnahme des Manuskriptes in der neuen Reihe der Institutsveröffentlichungen danken.

Für wertvolle Auskünfte und Anregungen danke ich vor allem Herrn lic.iur. Marius Knecht, Grundbuchinspektor, Herrn Dr. Christoph Leuenberger, Kantonsrichter, Herrn lic. iur. et oec. Hansjörg Siegle, Bezirksammann, Frau lic. iur. Karin Studerus, Rechtsanwältin und Herrn Roland Würmli, Adjunkt. Meinem Vater und Schwiegervater bin ich für das sorgfältige Korrekturlesen verbunden. Besonders danken möchte ich meiner Frau lic.iur. Anna Kley-Struller, Rechtsanwältin, für ihre sachkundige Lektüre.

Andreas Kley

St. Gallen, 11. Mai 1992 (6)

INHALTSÜBERSICHT

Vorwort
Inhaltsübersicht
Inhaltsverzeichnis
Allgemeine Literatur
Materialien
Abkürzungen

ALLGEMEINER TEIL

- § 1 Grundlagen
- § 2 Zuständigkeiten der Verwaltungsbehörden im Zivilrecht
- § 3 Öffentliche Beurkundung
- § 4 Beglaubigung, Veröffentlichung, Inventar, Amtsanzeigen

BESONDERER TEIL

- § 5 Personenrecht
- § 6 Familienrecht
- § 7 Erbrecht
- § 8 Sachenrecht
- § 9 Grundbuchrecht
- § 10 Obligationenrecht
- § 11 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Anhang
Gesetzesregister (7)

INHALTSVERZEICHNIS

Allgemeiner Teil

§ 1	Grundlagen.....	26
I.	Einleitung	26
II.	Geschichtliche Hinweise	28
	1. St. Gallisches Privatrecht	28
	2. Organisationsrecht.....	31
	3. Das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch.....	32
III.	Bundesstaatliche Kompetenzordnung im Zivilrecht.....	33
	1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage	33
	2. Gesetzliche Vorbehalte zugunsten kantonaler Privat- rechtssetzung	35
	3. Kantonales öffentliches Recht und Bundesprivatrecht	36
IV.	Rechtsquellen des st. gallischen Privatrechts	38
	1. Ordentliche Gesetzgebung	38
	2. Gewohnheitsrecht.....	40
	3. Übung und Ortsgebrauch	41
§ 2	Zuständigkeiten der Verwaltungsbehörden im Zivilrecht.....	43
I.	Streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit.....	43
	1. Begriff.....	43
	2. Unterscheidung.....	44
	3. Zuständige Instanzen: Verwaltungsbehörden oder Gerichte ...	46
	4. Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden.....	47
	a) Problematik.....	47
	b) Streitige Zivilrechtsprechung durch Verwaltungsbehörden	49
	c) Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere im Familien- und Vormundschaftsrecht.....	51
II.	Administrative Anwendung des Zivilrechtes im allgemeinen	54
	1. Bedeutung.....	54
	2. Arten von Handlungsformen in zivilrechtlichen Angele- genheiten.....	55

(9)

3. Verfahren und Rechtsschutz	56
III. Abänderung der Zuständigkeit.....	58
§ 3 Öffentliche Beurkundung.....	59
I. Grundlagen	59
1. Begriff.....	59
2. Bundesrechtliche Anforderungen an die Beurkundung	60
3. Zweck	61
4. Geschichtliche Hinweise.....	61
II. Organisation der öffentlichen Beurkundung	62
III. Örtliche Zuständigkeit.....	64
1. Allgemeines.....	64
2. Innerkantonal.....	64
3. Interkantonal.....	65
IV. Sonderfragen	68
1. Umfang der Beurkundungspflicht	68
2. Anforderungen an die Urschrift der Urkunde.....	69
V. Verfahren.....	70
1. Allgemeines.....	70
2. Einleitung	72
3. Vorverfahren	72
a) Prüfung des Beurkundungsgesuches.....	72
b) Ermittlung des Parteiwillens und des Sachverhalts	73
c) Rechtsbelehrung.....	74
d) Ausarbeitung der Urkunde	75
e) Überprüfung der Identität, Vertretungsbefugnis und Handlungsfähigkeit	75
4. Hauptverfahren.....	77
a) Zweck.....	77
b) Mitwirkende Personen.....	78
c) Rekognition.....	79
d) Genehmigung.....	80
e) Abschluss des Hauptverfahrens und Beurkundungsformel.....	81
f) Einheit des Beurkundungsaktes	82
5. Nachverfahren	83
a) Protokollierung und Aufbewahrung.....	83
(10)	

	b) Erforderliche Anzahl Exemplare.....	83
VI.	Kosten.....	84
VII.	Exkurs: Formersetzende Wirkung des gerichtlichen Vergleiches	86
§ 4	Beglaubigung, Veröffentlichung, Inventar, Amtsanzeigen.....	88
I.	Beglaubigung.....	88
II.	Veröffentlichung.....	90
III.	Inventar.....	92
IV.	Amtsanzeigen	93

Besonderer Teil

§ 5	Personenrecht	96
I.	Bürgerliche Ehrenfähigkeit.....	96
II.	Das Zivilstandswesen.....	97
III.	Juristische Personen.....	100
	1. Allgemeines.....	100
	2. Öffentlichrechtliche juristische Personen	102
	3. Privatrechtliche Körperschaften (Art. 59 Abs. 3 ZGB).....	103
	a) Allgemeines	103
	b) Entstehung und Auflösung	104
	c) Arten privatrechtlicher Korporationen	105
	d) Organisation.....	107
IV.	Stiftungen	109
	1. Massnahmen der Stiftungsaufsicht	109
	2. Zuständige Behörden und Rechtsschutz.....	109
	3. Verhältnis von Stiftungsaufsicht zur richterlichen Zuständigkeit	111
§ 6	Familien- und Vormundschaftsrecht.....	112
I.	Organisation der vormundschaftlichen Behörden	112
	1. Vormundschaftsbehörde und Aufsichtsbehörde.....	112
	2. Rechtsschutz.....	114
	a) Im allgemeinen.....	114
	b) Vormundschaftsbeschwerde.....	114
	(11)	

c) Bundesrechtsmittel.....	116
3. Amts-, Familien- und Vertrauensvormund, Amtszwang	117
4. Haftung	118
II. Kindesschutz	118
1. Kindesschutzmassnahmen	118
2. Jugendschutzkommission	119
3. Zuständigkeit und Verfahren	120
4. Rechtsschutz	123
III. Vormundschaft.....	126
1. Allgemeines	126
2. Anordnung "ohne weiteres Verfahren"	127
3. Vormundschaft und Beistandschaft auf eigenes Begehren	128
4. Vormundschaft bei Verschwendung usw. und Beiratschaft... ..	129
5. Bevormundung bei Geisteskrankheit und Geistesschwäche ...	130
6. Weitere Bestimmungen, Kosten	132
7. Tabellarischer Überblick über die Verfahren	135
8. Aufhebung der vormundschaftlichen Massnahme	136
IV. Fürsorgerische Freiheitsentziehung	137
1. Allgemeines	137
2. Zuständigkeit	137
3. Verfahren	139
4. Jährliche Prüfung.....	140
5. Ambulante Nachbehandlung oder -kontrolle.....	141
6. Rechtsschutz	141
V. Weitere familienrechtliche Bestimmungen.....	144
1. Ehenichtigkeitsklage.....	144
2. Adoption	144
3. Inkassohilfe.....	146
4. Heimstätten	147
§ 7 Erbrecht	148
I. Erbrecht des Gemeinwesens.....	148
II. Letztwillige Verfügungen und Erbverträge	149
1. Errichtung	149
2. Aufbewahrung	150
3. Eröffnung der Verfügung	152
(12)	

III.	Sicherung des Erbganges.....	153
1.	Zuständige Behörde für Sicherungsmassregeln.....	153
2.	Siegelung	154
3.	Sicherungsinventar	155
4.	Erbschaftsverwaltung	155
IV.	Die Teilung des Nachlasses.....	156
1.	Umfang des Vorbehaltes von Art. 609 Abs. 2 ZGB.....	156
2.	Bezirksamtliche Teilung auf Antrag eines Erben	156
3.	Weitere Teilungsvorschriften.....	160
4.	Aufsicht über den Willensvollstrecker.....	161
V.	Örtliche Zuständigkeit	162
§ 8	Sachenrecht.....	164
I.	Bedeutung des kantonalen Rechts.....	164
II.	Abgrenzung von öffentlichem und privatem Eigentum	165
1.	Bedeutung der Unterscheidung	165
2.	"Herrenlose" und öffentliche Sachen	166
3.	Öffentlichrechtliche Gesetzgebung über einzelne öffentliche Sachen	169
a)	Allgemeines	169
b)	Strassen und Plätze	169
c)	Wälder.....	170
d)	Öffentliche Gewässer	170
e)	Regalien	171
f)	Weitere öffentliche Sachen	173
4.	Entstehung neuen Landes.....	174
5.	Aneignung herrenlosen Landes.....	174
6.	Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen	175
a)	Art. 702 ZGB	175
b)	Nachbarrecht zwischen privatem Grundeigentum und öffentlichen Sachen.....	176
c)	Betreten von Wald und Weide	177
d)	Anmerkung öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen	177
III.	Nachbarrecht.....	179
1.	Pflicht zur Einfriedigung	179

2. Grenzabstände bei Grabungen und Einfriedigungen.....	181
3. Privatrechtliches Baurecht.....	183
4. Recht der halben Hofstatt	184
5. Lebhäge, Bäume und Sträucher	186
a) Allgemeines	186
b) Lebhäge	188
c) Zierbäume, Gesträuche und Zwergobstbäume	189
d) Hochstämmige Bäume, Obstbäume, Nussbäume.....	193
(1) Allgemeines	193
(2) Obstbäume	194
(3) Nussbäume und übrige Bäume.....	196
e) Wälder.....	196
f) Allgemeine Fragen.....	197
(1) Einwand des Rechtsmissbrauches.....	197
(2) Messung der Abstände	197
(3) Verjährung	200
(4) Übergangsrecht.....	202
(5) Rechtsfolgen verletzter Abstandsvorschriften	203
(6) Vereinbarungen über Grenzabstände, prekaristische Gestattung.....	204
(7) Öffentlichrechtliche Vorschriften.....	205
6. Kapprecht und Anries.....	206
7. Nachbarliche Zutritts- und Wegrechte.....	207
a) Allgemeines	207
b) Tret- und Ausstreckrecht.....	208
c) Inanspruchnahme nachbarlichen Bodens.....	210
d) Andere Wegrechte.....	212
(1) Allgemeines	212
(2) Tränkeweg	212
(3) Winterweg, Reisten, Riesen	213
(4) Reckweg.....	215
8. Benutzung von privaten Quellen und Brunnen.....	215
9. Administrativer Besitzschutz	216
IV. Beschränkte dingliche Rechte und Pfandrechte.....	219
1. Vorbehalte, von denen der Kanton St. Gallen keinen Gebrauch macht.....	219
(14)	

2. Errichtung von Schuldbriefen	220
3. Gleichstellung altrechtlicher Pfandtitel.....	221
4. Öffentlichrechtliche Grundpfandrechte	224
5. Öffentlichrechtliche Grundlasten	226
§ 9 Kantonales Grundbuchrecht	228
I. Die alten, kantonalen Publizitätseinrichtungen.....	228
II. Organisation des eidgenössischen Grundbuches	230
1. Grundbuchkreise und Grundbuchverwalter.....	230
2. Aufsicht und Grundbuchbeschwerde	231
3. Haftung	235
4. Aufnahme der dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke.....	235
III. Einführung des eidgenössischen Grundbuches.....	236
1. Stand der Einführung in der Schweiz	236
2. Stand der Einführung im Kanton St. Gallen.....	237
3. Bereinigung der dinglichen Rechte.....	240
IV. Fortführung der alten st. gallischen Protokolle.....	242
1. Problem.....	242
2. Genügende und ungenügende bisherige kantonale Publizitätseinrichtungen	243
3. Negative Grundbuchwirkung der st. gallischen Ersatzregister	244
4. Exkurs: Ausserordentliche Ersitzung von Dienstbarkeiten in der Übergangszeit.....	246
a) Problem.....	246
b) Die Ersitzung war vor 1912 abgeschlossen	247
c) Die Ersitzung hat nach 1912 begonnen.....	250
d) Die Ersitzung erstreckte sich über den 1.1.1912 hinweg ...	253
e) Zusammenfassung	254
V. Vorschriften über "kantonalrechtliche Grundstücke"	255
1. Sinn von Art. 949 Abs. 2 ZGB.....	255
2. Wasserrechte.....	257
3. Selbständige Rechte an Anteilcorporationen.....	257
(15)	

§ 10 Obligationenrecht.....	262
I. Grundlagen	262
II. Forderungen für Wirtszeche.....	262
III. Öffentliche Versteigerungen	264
IV. Miete und Pacht	265
V. Arbeitsrecht.....	266
VI. Handelsregister	268
VII. Weitere Gebiete	269
1. Administrative Anwendung des Obligationenrechts	269
2. Regelungen über Zinse	270
3. Regelungen über Mäkler und gewerbsmässige Gläubigervertreter.....	272
§ 11 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.....	274
I. Bundesstaatliche Kompetenzverteilung	274
II. Betreibungsamt und Aufsichtsbehörden	276
III. Konkursamt und Aufsichtsbehörde	279
IV. Gleichstellung mit vollstreckbaren Gerichtsurteilen	280
V. Weitere Bestimmungen	282
 Anhang.....	 285
 Gesetzesregister zum st. gallischen Recht	 293
I. Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch	293
II. Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.....	300
III. Zivilprozessgesetz	300
(16)	

ALLGEMEINE LITERATUR

- Friedrich Hans-Peter, Kantonales Zivilrecht, in: Eichenberger Kurt u.a. (Hrsg.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel/Frankfurt a.M. 1984, S. 727ff.
- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979.
- Imboden Max/Rhinow René, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I: Allgemeiner Teil, Bd. II: Besonderer Teil, 5. A., Basel/Stuttgart 1976 und Rhinow René/Krähenmann Beat, Ergänzungsbd., Basel/Frankfurt a.M. 1990.
- Jäger Carl, St. Gallisches Privatrecht, 2. A., St. Gallen 1904.
- Jagmetti Marco, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band I, Basel/Stuttgart 1969, S. 241ff.
- Leitfaden für den Lehrling der Gemeindeverwaltung, Verband St. Gallischer Gemeinderatsschreiber, Grundbuchverwalter und Vormundschaftssekretäre (Hrsg.), Ausgabe 1985, Überarbeitet 1991.
- Liver Peter/Meier-Hayoz Arthur/Merz Hans/Jäggi Peter/Huber Hans/-Friedrich Hans-Peter/Kummer Max, Kommentar zu Art. 1-10 ZGB, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I/1, Bern 1966.
- Messmer Georg/Imboden Hermann, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992.
- Poudret Jean-François/Sandoz-Monod Suzette, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Volume II: Articles 41-74, Bern 1990.
- Vogel Oscar, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2. A., Bern 1988.

Hinweis: Die Werke der allgemeinen Literatur werden stets nur mit dem Verfassernamen zitiert; die Werke der besonderen Literaturangaben bei den einzelnen Paragraphen werden mit Verfassernamen und einem Titelstichwort zitiert.

MATERIALIEN

- Botschaft des Regierungsrates des Kantons St. Gallen an den Grossen Rat desselben zum Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 9.9.1910, ABl 1910 II 353ff (zit. Botschaft EGzZGB, ABl ...).
- Botschaft des Regierungsrates des Kantons St. Gallen an den Grossen Rat zum Gesetz vom 3.7.1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 1.5.1942, ABl 1942 385ff (zit. Botschaft II. NG EGzZGB, ABl ...).
- Botschaft des Regierungsrates des Kantons St. Gallen an den Grossen Rat über den Entwurf zu einem II. Nachtragsgesetz zum Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 18.9.1967, ABl 1967 1219ff (zit. Botschaft II. NG EGzZGB, ABl ...).
- Botschaft des Regierungsrates zu einem IV. Nachtragsgesetz zum Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, zu einem VII. Nachtragsgesetz zum Gesetz über die Zivilrechtspflege und zu einem Nachtragsgesetz zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 14.8.1973, ABl 1973 1121 (zit. Botschaft IV. NG EGzZGB, ABl ...).
- Botschaft des Regierungsrates zu einem V. Nachtragsgesetz zum Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch und zu einem IX. Nachtragsgesetz zum Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 5.4.1977, ABl 1977 519ff (zit. Botschaft V. NG EGzZGB, ABl ...).
- Botschaft des Regierungsrates zu einem VI. Nachtragsgesetz zum Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch und zu einem X. Nachtragsgesetz zum Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 15.4.1980, ABl 1980 621ff (zit. Botschaft VI. NG EGzZGB, ABl ...).
- Handbuch zum Zivilprozessgesetz; Textausgabe mit Erläuterungen (Gesetzesmaterialien), Zivilprozessverordnung und Tabelle der richterlichen Fristen. Herausgegeben vom Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen (19)

in Zusammenarbeit mit der Staatskanzlei, St. Gallen 1991 (zit. Handbuch).

Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22.5.1979, ABl 1979 791ff (zit. Botschaft EGzSchKG, ABl ...).

Memorial des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements an die Kantone vom 24.7.1908. Zur Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 1908 IV 505ff (zit. Memorial, BBl ...).
(20)

ABKÜRZUNGEN

A.	Auflage
a.A.	anderer Auffassung
ABl	Amtsblatt des Kantons St.Gallen
Abs.	Absatz
aGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen (Gesamtausgabe 1868/69)
Amtl Bull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat (N) und Ständerat (S)
ARGVP	Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis, seit 1988 (Sammelband), seit 1989 in jährlichen Heften; vorher: ARVP
Art.	Artikel
ARVP	Appenzell A.Rh. Verwaltungspraxis, 1947-1981 (unregelmässig erschienen)
BauG	Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz) vom 6.6.1972, sGS 731.1
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel vom 3.10.1951, SR 812.121
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
bGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen (Gesamtausgabe 1956)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, SR 101
BVG	Bundesgesetz vom 25.6.1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40
EGzSchKG	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 10.4.1980, sGS 971.1
EGzZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 3.7.1911/22.6.1942, sGS 911.1
EGzZGB AR	Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 27.4.1969, Ausserrhodische Gesetzessammlung Nr. 211.1 (21)

EGzZGB BS	Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 27.4.1911, systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt Nr. 211.100
eidgZStV	Eidgenössische Zivilstandsverordnung vom 1.6.1953, SR 211.112.1
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, SR 0.101
EntG	Enteignungsgesetz vom 31.5.1984, sGS 735.1
EVzZGB	Einführungsverordnung zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14.12.1945, sGS 911.11
FoG	Forstgesetz vom 1.12.1970, sGS 871.1
FRG	Gesetz über das Fischereiregal vom 11.6.1927, sGS 854.1.
FüG	Gesetz über die öffentliche Fürsorge vom 18.5.1964, sGS 381.1
FV	Fischereiverordnung vom 11.11.1980, sGS 854.11
GBBV	Grundbuchbereinungsverordnung vom 29.8.1978, sGS 914.31
GBV	Eidgenössische Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22.2.1910, SR 211.432.1
GeschR	Geschäftsreglement des Regierungsrates und der Staatskanzlei vom 7.12.1951, sGS 141.3
GesG	Gesundheitsgesetz vom 28.6.1979, sGS 311.1
GFH	Gesetz betreffend die Führung des Handelsregisters vom 29.12.1890, sGS 915.1
GG	Gemeindegesezt vom 23.8.1979, sGS 151.2
GIVU	Gesetz über Inkassohilfe und Vorschüsse für Unterhaltsbeiträge vom 28.6.1979, sGS 911.51.
GNG	Gesetz über die Gewässernutzung vom 5.12.1960, sGS 751.1.
GRB	Grossratsbeschluss
GS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen, Neue Folge (1869-1955)
GVP	St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
GWG	Gastwirtschaftsgesetz vom 1.12.1983, sGS 553.1.3
HRV	Eidgenössische Verordnung über das Handelsregister vom 7.6.1937, SR 221.411
i.V.m.	in Verbindung mit
JG	Jagdgesetz vom 5.3.1950, sGS 853.1
KGE	Entscheidungen des Kantonsgerichtes und seiner Abteilungen und (22)

Einzelrichter sowie des Handelsgerichtes und des Kassationsgerichtes (veröffentlicht im Anhang zu den Amtsberichten bis 1950)

lit.	litera
MelG	Meliorationsgesetz vom 31.3.1977, sGS 633.1
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note
NG	Nachtragsgesetz
nGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Reihe, chronologische Ordnung (seit 1956)
Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz vom 16.12.1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, SR 173.110
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911, SR 220
PG	Polizeigesetz vom 10.4.1980, sGS 451.1
Pr	Die Praxis des Bundesgerichtes
ProtGR	Grossratsprotokoll
RRB	Regierungsratsbeschluss
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889, SR 281.1
SchlT	Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, Neue Reihe, systematische Ordnung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StG	Steuergesetz vom 11.6.1970, sGS 811.1
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0
StP	Gesetz über die Strafrechtspflege vom 9.8.1954, sGS 962.1
StrG	Gesetz über das Strassenwesen vom 12.6.1988, sGS 732.1
UeStG	Übertretungsstrafgesetz vom 13.12.1984, sGS 921.1
VAB	Verordnung über das Alpbuch vom 22.3.1951, sGS 914.41.
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden
VG	Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 7.12.1959, sGS 161.1. (23)

VP	St.Gallische Verwaltungspraxis (Sammlung grundsätzlicher Entscheidungen aus dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons St.Gallen aus den Jahren 1914-1919 [Bd. I], 1920-1927 [Bd. II], 1928-1943 [Bd. III] und 1944-1950 [Bd. IV])
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VR	St. Gallisches Verwaltungsrecht (Sammlung grundsätzlicher Entscheidungen aus dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons St. Gallen aus den Jahren 1850-1897 [Bd. I], 1897-1908 [Bd. II], 1908-1913 [Bd. III])
VRP	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16.5.1965, sGS 951.1
VwVG	Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021
WaG	Bundesgesetz vom 4.10.1991 über den Wald, BBl 1991 III 1385 (Referendumsvorlage)
WBG	Wasserbaugesetz vom 23.3.1969, sGS 734.11
WRG	Bundesgesetz vom 22.12.1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, SR 721.80
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907, SR 210
ZPO	Zivilprozessgesetz vom 20.12.1990, sGS 961.2.
ZPV	Zivilprozessverordnung vom 5.2.1991, sGS 961.21.
ZStV	(kantonale) Zivilstandsverordnung vom 19.4.1988, sGS 912.1
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

Hinweis:

Wo nicht anders vermerkt, beziehen sich die kantonalen Gesetze auf St. Gallen.

Für weitere, selten benutzte Abkürzungen ist auf das amtliche Abkürzungsverzeichnis im Register 1992 zur Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen zu verweisen.

Allgemeiner Teil

§ 1 Grundlagen

LITERATUR: GYGI FRITZ, Zur bundesstaatlichen Rechtssetzungszuständigkeit im Gebiet des Obligationen- und Handelsrechts, ZSR 1984 I 1ff;
HANGARTNER YVO, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern 1974; SCHLAURI FRANZ, Karl Beda Müller-Friedberg (Sohn) und die st. gallischen Bestrebungen zur Kodifikation des Privatrechts 1806-1811, Diss. Fribourg, St. Gallen 1975.

I. Einleitung

Kodifikation bedeutet die ein ganzes Rechtsgebiet umfassende, möglichst vollständige, gedanklich und technisch einheitliche Regelung in einem Gesetzbuch¹. Das Zivilgesetzbuch regelt als Gesamtkodifikation das schweizerische Privatrecht grundsätzlich einheitlich und abschliessend. Allerdings hat der Bundesgesetzgeber gewisse Bereiche des Privatrechts einerseits der Spezialgesetzgebung² und andererseits der kantonalen Gesetzgebung überlassen³. Das im Bundeszivilrecht *vorbehaltene kantonale Privatrecht* lässt sich in zwei Gruppen verschiedener Materien unterteilen. Das Zivilgesetzbuch hat bei einer *ersten* Gruppe von Vorbehaltsmaterien von einer Vereinheitlichung abgesehen, weil diese Materien mit den lokalen Verhältnissen eng zusammenhängen. Die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs verlangten keine Vereinheitlichung und das historisch gewachsene Recht sollte nicht der Rechtseinheit preisgegeben werden. Als Beispiele sind das Baunachbarrecht (Art. 686 ZGB), die Grenzabstände für Anpflanzungen (Art. 688 ZGB) oder die Regelung der Allmendgenossenschaften und ähnlichen Körperschaften (Art. 59 Abs. 3 ZGB) zu nennen. Bei einer *zweiten* Gruppe von Materien beliess der Bundesgesetzgeber den Kantonen im Übergangsrecht ihre bisherigen Regelungen bis zur Einführung der neuen Institute. So gilt das bisherige kantonale Grundbuchrecht bis zur Einführung des eidgenössischen Grundbuches teilweise weiter (vgl. Art. 48 SchlT). Oder das Übergangsrecht zu (26)

¹ Vgl. Liver, Kom. zu Art. 5 ZGB N. 5.

² Zu denken ist an das Immaterialgüterrecht, das Versicherungsvertragsrecht oder an das bäuerliche Bodenrecht.

³ Vgl. Jagmetti 242; Tuor/Schnyder 26.

den Grundpfandrechten sieht die zeitlich unbeschränkte Weitergeltung der alten, kantonalen Pfandrechte vor⁴. Die Grundpfandrechte des Zivilgesetzbuches lösen also die kantonalen Pfandrechte nicht ab, sondern beide Ordnungen gelten zum Teil parallel nebeneinander.

Die weitaus meisten Vorbehalte zugunsten des kantonalen Privatrechts finden sich im Zivilgesetzbuch; nur wenige Vorbehalte enthält das Obligationenrecht⁵.

Diese Schrift behandelt nicht nur das vorbehaltene kantonale Privatrecht, sondern auch die dem Kanton obliegende Organisation von Behörden und Verfahren, die zur Verwirklichung des Bundesprivatrechts notwendig sind (vgl. Art. 54 SchlT).

Diese Materie gehört zwar dem öffentlichen Recht an. Sie ist indessen mit der Privatrechtsordnung eng verknüpft und findet sich meist in den Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch. Die Kantone haben namentlich die folgenden, dem Bundesprivatrecht zudienenden Behörden und Verfahren einzurichten:

- die Bezeichnung der zuständigen Behörden und Ämter für die administrative Anwendung des Zivilrechtes (Art. 54 SchlT).
- die Herstellung der öffentlichen Beurkundung (Art. 55 Abs. 1 SchlT);
- die Zivilstandsämter (Art. 39-45 ZGB);
- die vormundschaftlichen Behörden (Art. 361 ZGB);
- die nähere Regelung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 397a-397f ZGB);
- die Grundbuchämter (Art. 950-953 ZGB);
- die Handelsregisterämter (Art. 927 OR)
- die Organisation des Schuldbetreibungs- und Konkurswesens (Art. 1ff SchKG).

Diese Darstellung befasst sich also mit dem materiellen kantonalen Privatrecht und der den Kantonen obliegenden Einrichtung von Behörden und Verfahren, die
(27)

⁴ Art. 22 Abs. 1 SchlT; Jagmetti 246.

⁵ Vgl. S. 262ff.

Das bäuerliche Bodenrecht wird in dieser Schrift nicht behandelt. Gegen die Revisionsvorlage, Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) vom 4.10.1991, BBl 1991 III 1530, wurde erfolgreich das Referendum ergriffen. Die Volksabstimmung wird voraussichtlich im September 1992 erfolgen.

zur Verwirklichung des Bundeszivilrechts notwendig sind. Davon ausgenommen ist die gerichtliche Zivilrechtspflege.

II. Geschichtliche Hinweise

1. St. Gallisches Privatrecht

Im letzten Jahrhundert scheiterten mehrfach die Bestrebungen, das st. gallische Privatrecht zu kodifizieren. Der Kanton St. Gallen brachte keine Kodifikation des Privatrechtes zustande. Seine zersplittert gebliebene Privatrechtsgesetzgebung wurde deshalb in der Literatur zur schweizerischen (kantonalen) Privatrechtsgeschichte kaum beachtet⁶. Die privatrechtliche Gesetzgebung blieb bis zur Einführung des Zivilgesetzbuches am 1.1.1912 fragmentarisch. Immerhin haben einige Erlasse Teilgebiete des Zivilrechts kodifiziert:

- das Gesetz über die Erbfolge vom 9.12.1808⁷;
- die Gesetzgebung über das Hypothekarwesen (seit 1818)⁸;
- das Gesetz über das Paternitätswesen, das Bürgerrecht, den Namen und die Konfession unehelicher Kinder vom 16.8.1832⁹;
- das Gesetz über das Vormundschaftswesen vom 29.11.1833¹⁰. Ein neues Vormundschaftsgesetz vom 1.7.1888¹¹ löste das alte Gesetz sowie das erwähnte Paternitätsgesetz ab; (28)

⁶ Im Beitrag von Ferdinand Elsener, Geschichtliche Grundlegung, in: SPR I 1ff sucht man die Darstellung über den Kanton St. Gallen vergeblich; vgl. immerhin die punktuellen Hinweise bei Huber Eugen/Mutzner Paul, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts I/1 112; weitere Hinweise bei Schlauri 10 Anm. 4.

⁷ Gesetzes-Sammlung des Kantons St. Gallen von 1803-1839, St. Gallen 1842, S. 569.

⁸ Vgl. S. 222 Anm. 2.

⁹ Gesetzes-Sammlung des Kantons St. Gallen von 1803-1839, St. Gallen 1842, S. 539f.

¹⁰ Gesetzes-Sammlung des Kantons St. Gallen von 1803-1839, St. Gallen 1842, S. 543.

¹¹ GS 5, 320.

- das Gesetz über die Handänderungen von Liegenschaften vom 28.4.1842¹²;
- das Gesetz über Grenzverhältnisse, Dienstbarkeiten, Zugrecht und Verlehnung vom 22.8.1850¹³.

Das Obligationenrecht blieb allerdings weitgehend unregelt, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führte. So stellte das Kantonsgericht in einem Urteil vom 11.9.1867 fest: "Da der Kanton St. Gallen über die obige Fragen beschlagende Rechtsmaterie keine positiven gesetzlichen Bestimmungen besitzt, so müssen dieselben an der Hand der einschlagenden Rechtsübung und Gerichtspraxis entschieden werden."¹⁴ Zum Teil nahmen sich die Gerichte das *Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch* und das *österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* als gewissermassen subsidiäre Rechtsquelle zu Hilfe¹⁵. Im letzten Jahrhundert gab es in der st. gallischen Rechtspraxis über eine längere Zeit hinweg keine eigentliche Sammlungen der geltenden Praxis. Immerhin erschienen ab 1862 als Beilage zum jährlichen Amtsbericht des Regierungsrates die "Entscheidungen des Kantonsgerichtes und der Kassationsbehörde im Jahre ..." (KGE). Sie wurden 1951 durch die bis heute erscheinende St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (GVP) abgelöst. 1866 gab Fürsprecher A. Suter eine systematische Zusammenstellung der Rechtsprechung des Kantonsgerichtes und der Kassationsbehörde von 1831 bis 1860 heraus¹⁶. Ein weiteres Hilfsmittel bildete das 1899 (29)

¹² Sammlung der Gesetze und Beschlüsse des Grossen und Kleinen Rates des Kantons St. Gallen, 1840-1842, S. 284.

¹³ aGS IV 136.

¹⁴ KGE 1867, S. 21.

¹⁵ Vgl. KGE 1872, S. 15; 1879, S. 5 oder 1882, S. 6f; ferner Schlauri, Bestrebungen 88; Liver, Einleitung, Komm. zum ZGB N. 47 spricht - zu weitgehend - von einer subsidiären Geltung des Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuches.

¹⁶ A. Suter, Die Zivilrechtspflege im Kanton St. Gallen. Dargestellt in einer Sammlung von Entscheidungen des Kantonsgerichtes und der Kassationsbehörde von 1831-1866, St. Gallen 1866.

und 1904 in zwei Auflagen erschienene "St. Gallische Privatrecht" von Karl Jäger¹⁷.

Die Bestrebungen zur Kodifikation eines st. gallischen Privatrechts verliefen in vier Phasen¹⁸. Das erste Projekt begann - verglichen mit den übrigen Kantonen sehr früh - 1806 und dauerte bis 1811. Das Erbgesetz von 1808 war eigentlich als Teil einer Gesamtkodifikation gedacht. Tatsächlich legte der Gesetzesredaktor, Karl Beda Müller-Friedberg Sohn, einen Personenrechtsentwurf vor; die Arbeiten blieben jedoch im Eherechtsentwurf stecken. Dem Entwurf erwuchs seitens der beiden Konfessionen heftiger Widerstand. Denn nach dem damals geltenden Recht waren die beiden grossen Konfessionen zuständig, das Eherecht für je ihre Angehörigen zu regeln. Auch später sollte die umstrittene Neuregelung des Eherechts das Kodifikationsvorhaben erneut zum Scheitern bringen.

Das zweite Projekt der Jahre 1826-1829 leitete wiederum Karl Beda Müller-Friedberg Sohn als Gesetzesredaktor. Der Redaktor orientierte sich vor allem am österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB), am aargauischen und Berner Personenrecht¹⁹. Das Unternehmen scheiterte jedoch wiederum am konfessionellen Streit über das Eherecht.

Die Regierung unternahm 1833 den dritten Versuch zur Kodifikation des st. gallischen Privatrechts; sie beauftragte den Advokaten Dr. Michael August Wegelin mit der Redaktion. Der Grosse Rat hatte allerdings in der Regenerationszeit (1831-1848) etliche zivilrechtliche Einzelgesetze²⁰ erlassen. Wegelin sah sich dadurch desavouiert, denn nach seiner Meinung wollte der Grosse Rat auch künftig, selbst in den allerwichtigsten Teilen der Legislation nur "Stücke und (30)

¹⁷ Die vor Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches rechtsgültigen st. gallischen Privatrechtsgesetze sind in der Sammlung von Jäger, St. Gallen 1904, enthalten und können dort mit allen erfolgten Änderungen nachgeschlagen werden (vgl. Art. 5 Abs. 2 ZGB!).

¹⁸ Vgl. dazu ausführlich Schlauri, Bestrebungen 174ff und 181ff.

¹⁹ Schlauri, Bestrebungen 189f m.w.H.

²⁰ Vgl. S. 28f.

Stückwerk" haben²¹. Er beehrte deswegen die Entlassung vom Auftrag. Die Idee einer Zivilrechtskodifikation ruhte danach während Jahren.

Der Grosse Rat gab 1854 den *vierten* und letzten Anstoss und beauftragte - unter dem Eindruck des erfolgreichen Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuches - die Regierung, Bericht und Antrag zu einem Privatrechtlichen Gesetzbuch vorzulegen. Die Regierung wartete jedoch über Jahre hinweg zu, bis sie 1866 dem Vorsteher des Justizdepartementes, Carl Georg Jakob Sailer, den Auftrag dazu erteilte. Nach den Beratungen durch die Expertenkommission unter Sailer's Vorsitz beriet die Regierung 1867 den Entwurf und legte dem Grossen Rat eine entsprechende Botschaft vor²². Aber auch dieser am weitesten gediehene Kodifikationsversuch scheiterte in den Beratungen der Grossratskommission schliesslich am Eherecht. Zudem setzten nun auch die Bemühungen nach einer Vereinheitlichung des Obligationen- und Handelsrechts und namentlich des Eherechts auf eidgenössischer Ebene ein. Der Regierung erschien daher eine st. gallische Kodifikation nicht mehr zweckmässig. Sie stellte die entsprechenden Anstrengungen endgültig ein.

2. Organisationsrecht

Im Kanton St. Gallen hat die *Beurteilung von Zivilstreitigkeiten durch Verwaltungsbehörden* eine Tradition. Dies stellt aus dem Blickwinkel der Gegenwart eine Anomalie dar; ist es doch die Aufgabe der Verwaltungsbehörden das öffentliche Recht anzuwenden und ganz allgemein des öffentliche Interesse gegenüber den Privaten zu wahren. So war beispielsweise bis zum Erlass des Zivilprozessgesetzes von 1939 der Bezirksammann für Amtsbefehle zuständig²³. Bis 1955 gab (31)

²¹ Schlauri, Bestrebungen 196.

²² Sie erschien unter dem Titel: Das Bürgerliche Recht des Kantons St. Gallen, vom Justizdepartement nach den Beratungsergebnissen der Fachmännerkommission bearbeitet, St. Gallen 1867.

²³ Vgl. Art. 267-281, insb. Art. 269 des Gesetzes betreffend die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen vom 31.5.1900, GS 8, 160; vgl. auch Handbuch 9.

es ferner eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen das Kantonsgericht an den Regierungsrat²⁴. Die st. gallische Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte hat nun aber die Rechtsprechungskompetenzen von Verwaltungsbehörden allmählich dem Zivilrichter übertragen, zuletzt durch den Erlass eines neuen Zivilprozessgesetzes vom 20.12.1990²⁵. Das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch befasst sich nunmehr vorab mit der nichtstreitigen Handhabung des Zivilrechts durch Verwaltungsbehörden. Damit gehören die tradierten Rechtsprechungskompetenzen von Verwaltungsbehörden in Zivilstreitigkeiten - mit wenigen Ausnahmen²⁶ - der Vergangenheit an.

3. Das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch

Beim Erlass des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch 1910/11 liess sich der Gesetzgeber vom bisherigen Recht leiten. Von den Vorbehalten des Bundesrechts machte er soweit Gebrauch, als das bisherige st. gallische Zivilrecht besondere Regelungen oder Institute vorgesehen hatte²⁷.

Das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch widerspiegelt eindrücklich die jüngere Geschichte der st. gallischen Gesetzgebung. Der Gesetzgeber hat das Einführungsgesetz bis Ende 1991 durch acht Nachtragsgesetze und 24 andere Gesetze geändert. Anlässlich der Revision vom 20.5.1942 wurde die Artikelfolge neu durchnummeriert²⁸. Einige Revisionen überführten bislang im Einführungsgesetz nur knapp geregelte Rechtsgebiete in eigene Spezialgesetze. Das Baugesetz von 1972 (32)

²⁴ Vgl. Art. 451 a.F. Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 20.3.1939, GS 16, 397; II. NG vom 20.12.54, GS 20, 734 und die Botschaft im ABI 1954 809; vgl. auch Handbuch 9.

²⁵ Vgl. die durch Art. 312 ZPO aufgehobenen Zuständigkeiten z.B. im Bereiche des Notwegrechts, Art. 694 ZGB und der Einfriedungspflicht, Art. 697 ZGB; dazu Handbuch 9f.

²⁶ Vgl. S. 49f.

²⁷ Vgl. z.B. zu den Grenzabständen S. 202 Anm. 1; zu den Kreditzinsen S. 270ff.

²⁸ Vgl. GS 17, 429; bGS 5, 3; nGS 6, 39 und die Botschaft II. NG EGzZGB, ABI 1942 385.

löste die wenigen öffentlichrechtlichen Bauvorschriften des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch ab²⁹, oder das Meliorationsgesetz von 1977 regelte neu die Bodenverbesserungen³⁰. Andere Teilrevisionen wurden wegen Änderungen des Bundeszivilrechts nötig; so erforderte beispielsweise die fürsorgerische Freiheitsentziehung gemäss Art. 397a-f ZGB den Erlass der Verfahrensvorschriften der Art. 75a-f EGzZGB im VI. Nachtragsgesetz von 1981³¹. Die jüngsten Teilrevisionen des Einführungsgesetzes wurden durch die neue rechtliche Ordnung des Zivilprozesses notwendig (vgl. Art. 104 GerG und 312 ZPO).

In näherer Zukunft werden einige Revisionsvorhaben das st. gallische Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch berühren. So wird nach dem Konzept einer Reorganisation der Bezirksämter (November 1990) die öffentliche Beurkundung durch Gemeinde- und Bezirksämter neu geordnet. Sodann sieht der Entwurf zu einem neuen Anwaltsgesetz³² eine partielle Neuregelung der Beurkundung vor. Ferner ist eine Botschaft in Vorbereitung, die dem Grossen Rat vorschlägt, die verschiedensten Bestimmungen im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch zu ändern.

III. Bundesstaatliche Kompetenzordnung im Zivilrecht

1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Der Bund ist soweit zur Gesetzgebung kompetent, als ihn die Bundesverfassung dazu ausdrücklich oder stillschweigend zuständig erklärt (Art. 3 BV). Die Kantone hingegen benötigen für ihre Kompetenzen keine solche Grundlage in der Bundes- (33)

²⁹ Vgl. Art. 136 BauG und die Botschaft im ABI 1970 1273.

³⁰ Vgl. Art. 63 MelG.

³¹ Vgl. VI. NG zum EGzZGB vom 8.1.1981, nGS 16-12 mit der Botschaft VI. NG EGzZGB, ABI 1980 621ff.

³² vom 2.3.1992, ABI 1992 839ff.

verfassung. Sie besitzen also für alle nicht dem Bund zugewiesenen Materien die Zuständigkeit (sog. *subsidiäre Generalkompetenz* der Kantone). Auf dem Gebiet des *Zivilrechts* erhielt der Bund erst allmählich eine umfassende Zuständigkeit; ursprünglich besaßen diese die Kantone. Einzig gestützt auf Art. 44 Abs. 2 der alten Bundesverfassung von 1848 erliess der Bund eine Gesetzgebung betreffend die Mischehen (1850)³³. Mit Erlass der zweiten Bundesverfassung von 1874 besaß der Bund neu die Gesetzgebungskompetenz über die persönliche Handlungsfähigkeit, über alle den Handel und Mobiliarverkehr betreffenden Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wechselrechts), über das Immaterialgüterrecht und über das Betreibungs- und Konkursrecht. Schon vor Erlass des Zivilgesetzbuches galten daher eine Reihe bundesprivatrechtlicher Gesetze³⁴, insbesondere:

- das erwähnte Bundesgesetz betreffend Mischehen;
- das Bundesgesetz betreffend die Beurkundung des Personenstandes und Ehe von 1874³⁵;
- das alte Obligationenrecht von 1881³⁶;
- das Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit von 1881³⁷;
- das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz von 1889³⁸.

1898 erlangte der Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des gesamten Zivilrechts³⁹. Aber erst die Inkraftsetzung des Zivilgesetzbuches auf den 1.1.1912 vollzog die Privatrechtseinheit. Aufgrund des im Zivilgesetzbuch verwirklichten Kodifikationsprinzips verbleibt den Kantonen im Zivilrecht keine

(34)

³³ AS 1851 130f und ein Nachtragsgesetz in AS 1861/63 126f.

³⁴ Vgl. Liver, Einleitung N. 53.

³⁵ AS 1874/75 506.

³⁶ AS 1880/81 635.

³⁷ AS 1880/81 556.

³⁸ AS 1889/90 529.

³⁹ Einfügung des Abs. 2 von Art. 64 BV in der Volksabstimmung vom 13.11.1898, "der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt"; AS 16 885; vgl. Gygi, Rechtssetzungszuständigkeit 3f.

subsidiäre Rechtssetzungsbefugnis mehr, insbesondere nicht für Materien, die im Bundesprivatrecht nicht geregelt sind. Die nicht geregelten Rechtsfragen stellen echte Lücken dar, die gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB vom Richter, nicht aber vom kantonalen Gesetzgeber auszufüllen sind.

Der *Vorrang des Bundesrechts* ergibt sich aus der Bundesstaatsklausel des Art. 3 BV; Art. 2 Übergangsbestimmungen BV wiederholt diesen bereits in Art. 3 BV enthaltenen Grundsatz⁴⁰. Art. 51 SchlT, wonach mit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches die zivilrechtlichen Bestimmungen der Kantone aufgehoben sind, soweit das Bundesrecht nicht ausdrücklich etwas anderes vorsieht, hat somit lediglich deklaratorische Bedeutung.

Art. 64 Abs. 3 BV behält den Kantonen die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung vor. Die nichtstreitige, freiwillige Gerichtsbarkeit⁴¹ wird freilich davon nicht berührt. Der Bund ist vielmehr gestützt auf Art. 64 BV befugt, die nichtstreitige Gerichtsbarkeit zu ordnen⁴². Denn diese dient der Privatrechtsordnung unmittelbar zu und könnte kompetenzmässig gar nicht davon abgetrennt werden. Der Bund überlässt den Kantonen aber vielfach die nähere Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁴³.

2. Gesetzliche Vorbehalte zugunsten kantonaler Privatrechtssetzung

Der Bundesgesetzgeber kann die ihm kraft der Bundesverfassung zustehende Rechtssetzungskompetenz an die Kantone delegieren und hat dies in vielen Fällen (35)

⁴⁰ Hangartner, Kompetenzverteilung 172; vgl. auch Gygi, Rechtssetzungszuständigkeit 5ff.

⁴¹ Vgl. zu diesem Begriff S. 43f.

⁴² VPB 1982 Nr. 7, S. 49.

⁴³ Soweit der Bund die Kompetenz nicht ausschöpft, können die Kantone punktuell eine eigene freiwillige Gerichtsbarkeit vorsehen, welche präventiv privatrechtliche Ansprüche sichert, vgl. z.B. den administrativen Besitzschutz S. 216ff. Siehe zur Kompetenzordnung beim Schuldbetreibungs- und Konkursrecht S. 274ff.

getan. Das Bundesprivatrecht regelt nicht alle Gebiete selber, sondern *behält in einigen Materien kantonales Privatrecht vor*⁴⁴. In allgemeiner Weise sieht dies Art. 5 Abs. 1 ZGB vor, wonach die Kantone befugt sind, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben, soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehalten.

Diejenigen Bestimmungen des Bundesprivatrechts, welche die Geltung kantonalen Privatrechtes vorbehalten, werden als *echte* oder *privatrechtliche Vorbehalte* bezeichnet⁴⁵. Im Gegensatz dazu stehen die *unechten Vorbehalte*; sie behalten die Geltung des kantonalen öffentlichen Rechtes vor⁴⁶. Sie sind insofern überflüssig, als das Bundesprivatrecht nie das kantonale öffentliche Recht verdrängen und ausser Kraft setzen wollte. Allerdings enthalten die unechten Vorbehalte zum Teil Gesetzgebungsaufträge an die Kantone⁴⁷.

3. Kantonales öffentliches Recht und Bundesprivatrecht

Trotz der in den letzten Jahrzehnten erfolgten Zentralisierung verbleiben den Kantonen - verglichen mit den Entwicklungen anderer Bundesstaaten - noch gewichtige Kompetenzen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Es ist namentlich an die Gesetzgebung über das Bildungswesen, die Gewerbepolizei, das öffentliche Bau- und Planungsrecht, das Prozess- und Organisationsrecht oder an das Steuerrecht zu denken. Das öffentliche Recht der Kantone schränkt freilich den potentiellen Anwendungsbereich des Bundesprivatrechtes ein, indem etwa die kantonale Steuergesetzgebung gewisse Institute des Bundesprivatrechtes unattraktiv macht oder gesundheitspolizeiliche Vorschriften die Ausübung einiger (36)

⁴⁴ Vgl. zu den verschiedenen Gründen dieser Vorbehalte S. 26f.

⁴⁵ Jagmetti 249; Liver, Kom. zu Art. 5 ZGB N. 12f; Gygi, Rechtssetzungszuständigkeit 3.

⁴⁶ Vgl. z.B. Art. 293, Art. 702 ZGB oder Art. 829 OR.

⁴⁷ Jagmetti 247. Beispiel: Art. 293 Abs. 2 (Alimentenbevorschussung durch die Kantone) ZGB.

Gewerbe behindern⁴⁸. Art. 6 Abs. 1 ZGB stellt klar, dass das Bundeszivilrecht die Kantone in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen nicht beschränkt. "Die Kantone können im öffentlichen Interesse Vorschriften aufstellen, welche die zivilrechtliche Ordnung ergänzen und die Vertragsfreiheit unter Umständen einschränken. Wo die Schranken der expansiven Kraft des öffentlichen Rechts liegen, welche zivilrechtlichen Vorschriften eine abschliessene Ordnung darstellen und Modifikationen durch Bestimmungen des kantonalen öffentlichen Rechts ausschliessen, lässt sich nicht in allgemeiner Form umschreiben."⁴⁹

Die Kantone können ausserhalb der Vorbehaltsmaterien kein Privatrecht setzen. Manchmal haben sie deshalb versucht, auf dem Umweg über das öffentliche Recht, das Bundesprivatrecht zu modifizieren oder seine Geltung zu behindern. Die Kantone könnten beispielsweise bestimmte Geschäfte verbieten, bewilligungspflichtig erklären oder für gewisse Gewerbe Tarife aufstellen. Die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtes hat solche Regelungen von drei Voraussetzungen abhängig gemacht. Der Erlass öffentlichrechtlicher kantonalen Vorschriften ist in einem vom Bundeszivilrecht geregelten Bereich gestützt auf Art. 6 ZGB zulässig, sofern

- der Bundesgesetzgeber nicht eine abschliessene Ordnung geschaffen hat,
- die kantonalen Bestimmungen einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse entsprechen und
- nicht gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen⁵⁰.

Diese Anforderungen an das kantonale öffentliche Recht lassen sich an einem Beispiel⁵¹ illustrieren:

Der Kanton Zürich erliess 1980 ein Gesetz über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen. Darin erklärte er u.a. die gewerbsmässige Vermittlung bewilligungspflichtig und ermächtigte die zustän- (37)

⁴⁸ Jagmetti 246; Hangartner, Kompetenzverteilung 101.

⁴⁹ Z.B. BGE 110 Ia 113 an Stelle vieler.

⁵⁰ BGE 114 Ia 356; 113 Ia 311f; 112 Ia 387; 110 Ia 113; 109 Ia 66; 101 Ia 505f; 99 Ia 626; 98 Ia 495. Vgl. dazu Gygi, Rechtssetzungszuständigkeit 9ff.

⁵¹ BGE 110 Ia 111.

dige Direktion, einen Tarif über den Höchstansatz für den Mäklerlohn festzulegen. Die Beschwerdeführerin gelangte mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht und machte geltend, die den Mäklervertrag regelnden Art. 412-418 OR basierten auf der Vertragsfreiheit; die kantonalen Höchsttarife seien deshalb unzulässig. Das Bundesgericht wies diese Auffassung unter Hinweis auf die angeführte ständige Rechtsprechung zurück: Art. 412-418 OR stellten keine abschliessende Ordnung auf, auch wenn dies der Wortlaut der Art. 417 und 418 OR nahelege; denn der Bundesgesetzgeber habe selber auf dem Gebiete der Vermittlung öffentlich-rechtliche Vorschriften erlassen. Auch das öffentliche Interesse sei klar gegeben; die Wohnungssuchenden sollen vor Missbräuchen seitens der Wohnungsvermittler geschützt werden, was in Zeiten der Wohnungsknappheit besonders gerechtfertigt sei. Die angefochtene Tarifordnung stehe auch mit dem Sinn und Geist des Bundeszivilrechtes im Einklang, denn sie nehme Anliegen des Schutzes des schwächeren Vertragspartners, wie sie in den Art. 417 und 418 OR zu erkennen seien, auf.

IV. Rechtsquellen des st. gallischen Privatrechts

1. Ordentliche Gesetzgebung

Im Kanton St. Gallen ist gemäss der üblichen Ordnung der Grosse Rat das zur Gesetzgebung zuständige Organ; das fakultative Referendum bleibt vorbehalten (Art. 54 Abs. 1 KV SG). Das kantonale Privatrecht und das der Privatrechtsordnung zudienende Organisationsrecht müssen aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten in einem formellen Gesetz geregelt sein. Nun können nach Art. 52 Abs. 2 SchlT die Kantone Anordnungen vorläufig auf dem Verordnungswege erlassen, soweit das neue Bundeszivilrecht zu seiner Ausführung *notwendig* der Ergänzung durch das kantonale Recht bedarf⁵². (38)

⁵² Art. 52 Abs. 2 SchlT stellt nach überwiegender Lehrmeinung einen ungerechtfertigten Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie dar, da keine zeitliche Dringlichkeit gegeben war bzw. ist: vgl. Jean François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band I, Basel/Frankfurt a.M. 1991, N. 722; Müller Georg, Darf der Bund die Rechtsform

Der Kanton St. Gallen regelt das vorbehaltene Zivilrecht und das erforderliche Organisationsrecht vornehmlich im Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 3.7.1911/22.6.1942 (sGS 911.1, EGzZGB). Dieses folgt - wie die Einführungsgesetze der meisten Kantone - in seinem systematischen Aufbau dem "Memorial" des EJPD von 1908⁵³. Daneben enthalten weitere Gesetze und Verordnungen vereinzelt Privatrechtssätze und vor allem - vom Zivilprozessgesetz abgesehen - Organisations- und Zuständigkeitsvorschriften⁵⁴. Der Kanton St. Gallen macht vom Ordnungsrecht gemäss Art. 52 Abs. 2 SchlT kaum Gebrauch; die regierungsrätlichen Verordnungen stützen sich alle auf kantonale, gesetzliche Delegationsnormen, insbesondere auf Art. 306 Abs. 1 ZPO und Art. 98 Abs. 1 GerG⁵⁵. Der Regierungsrat berief sich allerdings in wenigen Fällen m.E. unnötigerweise auf den fragwürdigen Art. 52 Abs. 2 SchlT⁵⁶.

Nach Art. 52 Abs. 3 und 4 SchlT bedürfen die kantonalen Anordnungen zum Verwandtschafts-, Vormundschafts- und Registerrecht sowie über die Errichtung (39)

kantonalen Ausführungserlasse bestimmen? ZBl 1974 369ff. Daran ändert auch die Einfügung des Wortes "vorläufig" nichts, vgl. BG vom 15.12.1989 über die Genehmigung kantonalen Erlasse durch den Bund, AS 1991 362, Ziff. II.21. Denn das kantonale Staatsrecht sorgt selbst dafür, dass eine "vorläufige" Rechtssetzung möglich ist (Dringlichkeitsrecht, Notverordnungsrecht von Parlament und/oder Regierung).

⁵³ Das Memorial zur Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 24.7.1908, BBl 1908 V 505, gab den Kantonen praktische Anleitung und Hilfe für den Erlass ihrer Einführungsgesetze zum ZGB.

⁵⁴ Vgl. z.B. Art. 14 GWG; das GFH; wichtig sind natürlich auch die Verordnungen des Regierungsrates: EVzZGB; Verordnung über die Schlichtungsstellen für Miet- und Pachtverhältnisse vom 14.3.1988, sGS 941.112; die Verordnung über die Heimstätten vom 26.11.1911; die Verordnung über das Alpbuch vom 22.3.1951 (VAB); RRB über die Zuständigkeit zur Bewilligung der vorzeitigen Veräusserung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke vom 10.10.1989, sGS 914.201 usw.

⁵⁵ Müssen infolge einer Änderung des Bundesrechts notwendige kantonale Verfahrens- und Organisationsbestimmungen angepasst werden, so ruft der Regierungsrat immer Art. 471 ZP (inzwischen aufgehoben) bzw. Art. 306 Abs. 1 ZPO (die inhaltlich übereinstimmen) an: vgl. z.B. der inzwischen aufgehobene RRB über die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts vom 15.11.1988, nGS 23-90.

⁵⁶ Vgl. je den Ingress der inzwischen aufgehobenen RRB über Zuständigkeit und Verfahren bei Klagen auf Einräumung des Gegendarstellungsrechts vom 29.5.1985, nGS 20-53 und RRB über eherechtliche Verfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidenten vom 8.9./15.12.1987, nGS 22-89. Art. 471 ZP bzw. Art. 306 Abs. 1 ZPO hätte vollumfänglich genügt.

öffentlicher Urkunden der Genehmigung des Bundes. Kantonale Anordnungen zu den übrigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches bedürfen nur dann einer Genehmigung, wenn sie im Anschluss an eine Änderung des Bundesrechts erlassen wurden. Die Genehmigung ist stets eine *Gültigkeitsvoraussetzung* (konstitutive Wirkung); sie wird in den unproblematischen Fällen vom Justiz- und Polizeidepartement erteilt. Der Bundesrat entscheidet hingegen über die *Verweigerung* der Genehmigung; in strittigen Fällen entscheidet ebenfalls der Bundesrat über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung⁵⁷.

2. Gewohnheitsrecht

Dem Gewohnheitsrecht als Quelle kantonalen Privatrechtes⁵⁸ sind sehr enge Schranken gesetzt. Zunächst ist kantonales Gewohnheitsrecht überhaupt nur bei bundesrechtlichen Vorbehaltsmaterien denkbar. Soweit allerdings die konstitutive Genehmigung des Bundes erforderlich ist, kann Gewohnheitsrecht nicht entstehen. In jenen Bereichen, wo das Bundesrecht selbst eine subsidiäre privatrechtliche Regel aufstellt und den Kantonen gestattet, diese einzuschränken, auszudehnen (z.B. Art. 844 Abs. 2 ZGB, Kündbarkeit der Schuldbriefe) oder ein Institut einzuführen (z.B. Art. 349 ZGB, Heimstätten), kann ebenfalls kein kantonales Gewohnheitsrecht entstehen. Die subsidiäre bundesrechtliche Regelung geht vor. So stellt denn auch Art. 53 Abs. 2 SchlT fest, dass es bei den Vorschriften des Zivilgesetzbuches bleibt, wenn ein Kanton von seiner Befugnis keinen (gesetzgeberischen) Gebrauch macht. (40)

⁵⁷ Vgl. Art. 7a des Bundesgesetzes vom 19.9.1978 über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung, SR 172.010 und dazu die Verordnung vom 30.1.1991 über die Genehmigung kantonaler Erlasse durch den Bund, SR 172.068.

⁵⁸ Das Bundesgericht stellt an die Entstehung von Gewohnheitsrecht vier Voraussetzungen: 1. Eine Lücke des geschriebenen Rechts; das Gewohnheitsrecht hat also keine gesetzesderogierende Kraft; 2. das unabweisliche Bedürfnis, diese Lücke zu füllen; 3. die eine gewisse Zeit andauernde Übung (*longo consuetudo*) und 4. die Überzeugung der Beteiligten von der rechtlichen Verbindlichkeit der in jener Übung betätigten Norm (*opinio iuris* oder *opinio necessitatis*); vgl. BGE 90 I 141; 103 Ia 379; 104 Ia 313; 105 Ia 84 und Tuor/Schnyder 36.

Gewohnheitsrecht als Quelle st. gallischen Privatrechtes ist etwa bei Art. 740 ZGB (Inhalt einzelner Dienstbarkeiten) vorstellbar⁵⁹. In der Gerichtspraxis gibt es kaum Fälle zum Gewohnheitsrecht, was allerdings nicht belegt, dass es im Kanton St. Gallen überhaupt kein gewohnheitsrechtliches, kantonales Privatrecht gibt.

3. Übung und Ortsgebrauch

Das Bundesprivatrecht verweist zur näheren Ausgestaltung vieler Regelungen auf die Übung oder den Ortsgebrauch⁶⁰. Übung und Ortsgebrauch sind diejenigen branchenüblichen oder regionalen Verhaltensregeln, die die Vertragspartner freiwillig beachten; sie sind zunächst eine soziale Tatsache. Erst die gesetzliche Verweisung macht Übung und Ortsgebrauch zum Bestandteil des positiven Rechts.

Verweist nun das Bundesprivatrecht auf Übung oder Ortsgebrauch, so gilt das frühere kantonale Privatrecht als deren Ausdruck, solange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist (Art. 5 Abs. 2 ZGB). Das frühere kantonale Recht bzw. die tatsächliche Übung oder der Ortsgebrauch gelten in diesem Falle kraft Verweises als bundesrechtliche Rechtsquelle. Das frühere kantonale Recht dient lediglich als Erkenntnisquelle und Beweismittel. Diese gesetzliche Vermutung kann durch den Beweis der abweichenden Übung umgestossen werden. In der (41)

⁵⁹ Jagmetti 256 führt weitere theoretisch mögliche Materien auf (nämlich Art. 59 Abs. 3, 686, 688, 695, 709 ZGB, wo kantonales Gewohnheitsrecht entstehen könnte. Diese Materien sind jedoch im st. gallischen Privatrecht eingehend geregelt, sodass für Gewohnheitsrecht kaum Raum besteht: bei den privatrechtlichen Korporationen gemäss Art. 59 Abs. 3 ZGB gelten subsidiär die Bestimmungen über die Ortsgemeinden (Art. 45 Abs. 1 EGzZGB); siehe zum privaten Baurecht nach Art. 686 ZGB den Art. 96 und 97 EGzZGB; siehe zu den Abständen von Anpflanzungen nach Art. 688 ZGB den Art. 98 EGzZGB; siehe zu den nachbarlichen Wegrechten nach Art. 695 ZGB die Art. 110-113 EGzZGB mit Verweis auf örtliche Übungen; siehe zur nachbarlichen Benützung von Quellen und Bächen nach Art. 709 ZGB die Art. 163 und 164 EGzZGB.

⁶⁰ Dazu gibt es zahllose Beispiele: Art. 81, 158, 211 Abs. 3, 364, 389, 414, 429f, 859 OR; Art. 611, 613, 684, 699, 740 ZGB; vgl. die Liste bei Liver, Kom. zu Art. 5 ZGB N. 85f.

Lehre ist heute nicht mehr umstritten, dass die Kantone den bestehenden Ortsgebrauch in einem neuen Gesetz feststellen können⁶¹. Zu beachten bleibt jedoch, dass solche Vorschriften keine Rechtsnormen darstellen, sondern - an Stelle des früheren kantonalen Privatrechts - bloss einen Sachverhalt festschreiben. Die st. gallische Gesetzgebung hat Übung und Ortsgebrauch indes kaum festgehalten⁶².

Auch das vorbehaltene, kantonale Privatrecht kann selber auf den Ortsgebrauch verweisen. So erklärt Art. 113 EGzZGB für die Ausübung von Wegrechten die örtlichen Übungen als massgebend. In diesem Fall gilt der Ortsgebrauch kraft kantonaler, gesetzlicher Verweisung als kantonale Rechtsquelle.

Keine Rechtsquelle ist die Usance, Verkehrssitte oder -übung. Wie bei Übung und Ortsgebrauch bildet sich zwar auch bei ihnen Verhaltensregeln im Geschäftsverkehr aus, aber das Gesetz verweist nicht auf sie. Die Usance hat also keine gesetzliche Geltungskraft. Hingegen können sich die Vertragsparteien ausdrücklich oder stillschweigend auf die Usance beziehen; sie ist dann vertraglicher Natur. Sie ist entweder selbst Bestandteil eines geschlossenen Vertrages oder kann nach Massgabe des Vertrauensprinzips zur Auslegung unklarer Vertragsklauseln herangezogen werden⁶³. (42)

⁶¹ Vgl. Jagmetti 257.

⁶² Art. 699 Abs. 1 ZGB verweist in Bezug auf das Sammeln von Waldbeeren u. dgl. auf den Ortsgebrauch; immerhin normiert Art. 48 Abs. 2 und 3 EVzZGB diesen Ortsgebrauch, indem gewisse Methoden des Beerensammelns als unzulässig (nicht gebräuchlich) erklärt werden. Vgl. aber die gesetzliche Definition des ortsüblichen Kündigungstermins in § 214 Abs. 1 EGzZGB BS zu Art. 267 Abs. 2 Ziff. 1 aOR (heute Art. 266b-266d OR), vgl. dazu Friedrich 739.

⁶³ Vgl. Liver, Kom. zu Art. 5 ZGB N. 69f; Oftinger Karl, Bundesgerichtliche Praxis zum allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. A., Zürich 1973, Nr. 16, S. 38ff. Vgl. auch BGE 117 II 282.

§ 2 Zuständigkeiten der Verwaltungsbehörden im Zivilrecht

LITERATUR: BRODTBECK K.A., Das kantonale Einführungsrecht zum Zivilgesetzbuch, Zürich 1912; FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl a.Rh. usw. 1985; GERWIG MAX, Über Wesen und Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Basler Juristische Mitteilungen 1956, 197ff; GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954.

I. Streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit

1. Begriff

Der Begriff Streitige Gerichtsbarkeit bedeutet ein kontradiktorisches Verfahren zwischen zwei Personen oder zwischen Personen und einer nach Bundesrecht Parteistellung besitzenden Behörde. Das Verfahren bezweckt die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse durch einen hoheitlichen Entscheid⁶⁴. Die Bezeichnung der Gerichtsbarkeit als Streitige rührt daher, dass sich die Parteien meist, aber nicht notwendigerweise immer, im Widerstreit befinden⁶⁵. Die freiwillige oder nichtstreitige Gerichtsbarkeit dient ebenfalls der Rechtswirklichkeit im Zivilrecht. Im Gegensatz zum kontradiktorischen Zweiparteienverfahren stellt hier aber nur eine Person oder Personengruppe einen gleichgerichteten Antrag und auch nur diese Verfahrensbeteiligten sind von der zuständigen Behörde anzuhören⁶⁶. Die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören nach ihrer Natur eigentlich zum Verwaltungsrecht. Die zuständige Behörde tritt meist hoheitlich auf; deren Akte sind aber auf die Verwirklichung der Privatrechtsordnung gerichtet. Der Staat sorgt präventiv für die Sicherung und Gewährleistung (43)

⁶⁴ Vgl. BGE 98 II 170f m.w.H., 104 II 164, 107 II 505; Guldener 41; Gerwig, Gerichtsbarkeit 199.

⁶⁵ Vgl. BGE 98 II 172; Guldener 41; Gerwig, Gerichtsbarkeit 198f.

⁶⁶ Vogel 34; Guldener 42; vgl. auch Art. 200 ZPO.

der privatrechtlichen Ansprüche der einzelnen⁶⁷. Anschaulicher wäre der Begriff der *vorsorgenden* Zivilrechtspflege. Folgende Angelegenheiten zählen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit:

- Verschollenenerklärung einer Person (Art. 35 ZGB);
- Abkürzung der Wartefrist nach Auflösung einer Ehe (Art. 103 ZGB);
- Öffentliche Beurkundung privater Rechtsgeschäfte (Art. 55 SchlT);
- Eröffnung der letztwilligen Verfügung des Erblassers (Art. 556ff ZGB);
Entgegennahme der Ausschlagungserklärung der Erben (Art. 570 ZGB);
Anordnung eines öffentlichen Inventars (Art. 580 ZGB) und der amtlichen Erbschaftsliquidation (Art. 595 ZGB);
- Führung öffentlicher Register (Zivilstandsregister, Art. 39ff ZGB oder Handelsregister, Art. 927ff OR oder Grundbuch, Art. 942ff ZGB);
- Entmündigung, Anordnung einer Beiratschaft oder Beistandschaft (Art. 368ff und 392ff ZGB);
- Fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a ff ZGB);
- Massnahmen des Kindesschutzes (Art. 307ff ZGB).
- punktuelle, kantonalrechtliche Regelungen über die freiwillige Gerichtsbarkeit⁶⁸.

2. Unterscheidung

Die Unterscheidung zwischen streitiger und nichtstreitiger Gerichtsbarkeit ist allerdings nicht immer einfach. Die erstere will einen Streit um bestehende Rechte, Ansprüche, Pflichten oder Rechtsverhältnisse durch ein Urteil beenden. Die nichtstreitige Gerichtsbarkeit ist staatliche Fürsorge für den Bestand, die Wirksamkeit und Eindeutigkeit des Privatrechts⁶⁹.

Das Verfahren, in welchem ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergeht, ist kein Indiz für die Unterscheidung. So spielen sich gewisse Akte der freiwilligen (44)

⁶⁷ Gerwig, Gerichtsbarkeit 199, 203; Messmer/Imboden 73f.

⁶⁸ Z.B. der administrative Besitzschutz gemäss Art. 173bis EGzZGB, vgl. S. 216ff.

⁶⁹ Gerwig, Gerichtsbarkeit 203; Messmer/Imboden 73.

Gerichtsbarkeit vor dem Zivilrichter in einem scheinbaren Zweiparteienverfahren ab⁷⁰. Der einzigen und echten Partei (etwa dem zu Entmündigenden) wird deshalb eine scheinbare "Gegenpartei" gegenübergestellt, damit der Tatsachenstoff besser beschafft und das öffentliche Interesse optimal gewahrt werden kann⁷¹. Die äussere Form, etwa der Zivilprozess, sagt also letztlich nichts über den Unterschied zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit aus.

Werden Zivilstreitigkeiten, die eigentlich im Zweiparteienverfahren zu erledigen wären, in das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewiesen⁷², so beeinträchtigt dieses "falsche" Verfahren die Verfahrensrechte der nicht berücksichtigten Partei (rechtliches Gehör!), wie das folgende Beispiel zeigt.

Die Vormundschaftsbehörde Wil hatte nach einem erfolgten Entzug der elterlichen Gewalt die vom Vater zu leistenden Unterhaltsbeiträge an die Kinder autoritativ festgesetzt. Dem Vater stand in diesem Verfahren keine Partei gegenüber. Der erhobene Rekurs wies der Regierungsrat des Kantons St. Gallen ab. Auf die dagegen vom Vater eingereichte Berufung trat das Bundesgericht nicht ein, weil der Entscheid des Regierungsrates nicht in einem Zweiparteienverfahren ergangen war⁷³. In einem obiter dictum stellte das Bundesgericht jedoch fest, dass die Vormundschaftsbehörde Wil und der Regierungsrat eigentlich unzuständig gewesen waren, in einem Einparteienverfahren zu entscheiden. Richtigerweise hätte der Entscheid im Zweiparteienverfahren ergehen müssen⁷⁴. (45)

⁷⁰ Siehe etwa die Bevormundung, Art. 68 Abs. 1 EGzZGB (Bezirksgericht) und dazu S. 126ff.

⁷¹ Gerwig, Gerichtsbarkeit 201.

⁷² Vgl. näheres bei Guldener 45.

⁷³ Nach der aktuellen Rechtsprechung würde das Bundesgericht darauf eintreten, weil es für die berufungsfähige Zivilstreitigkeit keine Rolle spielt, wie das Verfahren tatsächlich geführt wurde, sondern wie es der Sache nach richtig zu führen gewesen wäre, vgl. BGE 102 II 178f; Messmer/Imboden 73.

⁷⁴ Vgl. BGE 98 II 168, insb. S. 175f.

3. Zuständige Instanzen: Verwaltungsbehörden oder Gerichte

Das Verfahren der *streitigen Gerichtsbarkeit* spielt sich in aller Regel vor *Gerichten* ab. Diese sind durch richterliche Unabhängigkeit charakterisiert; d.h. "der Richter ist in der Rechtsprechung unabhängig und nur an das Recht gebunden"⁷⁵. Es ist allerdings nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass auch Verwaltungsbehörden zivilrechtliche Streitigkeiten entscheiden, sofern nicht das Bundeszivilrecht selber den "Richter" zuständig erklärt⁷⁶. Freilich stehen den Verwaltungsbehörden nur wenige Rechtsprechungskompetenzen in zivilrechtlichen Angelegenheiten zu⁷⁷.

Das Verfahren der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* spielt sich nach der st. gallischen Ordnung vor dem *Richter oder auch vor Verwaltungsbehörden* ab. Zum Teil schreibt das Bundesprivatrecht selbst eine richterliche Behörde vor, so etwa bei der Verschollenenerklärung (Art. 35 ZGB) oder der Abkürzung der Wartefrist (Art. 103 ZGB). Der Kanton St. Gallen sieht in diesen Fällen die Zuständigkeit des Bezirksgerichtspräsidenten vor⁷⁸. In den andern Fällen sind die Kantone frei, auch Verwaltungsbehörden für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit einzusetzen; der Kanton St. Gallen hat dies häufig getan. Die Europäische Menschenrechtskonvention setzt nun aber nach der Auslegung der Strassburger Organe der administrativen Zuständigkeit in zivilrechtlichen Angelegenheiten gewisse Schranken. (46)

⁷⁵ Art. 50 Abs. 1 GerG und vgl. Guldener 2f; Vogel 62.

⁷⁶ Vgl. Brodtbeck, Einführungsrecht 6; Memorial, BBl 1908 IV 506.

⁷⁷ Das neue Zivilprozessgesetz hat diese tradierten Zuständigkeiten weitgehend beseitigt: vgl. S. 49f.

⁷⁸ Vgl. Art. 7 lit. b i.V.m. 196 lit. e ZPO und Ziff. 15 und 18 Anhang ZPV.

4. Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden

a) *Problematik*

Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jedermann einen Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird und zwar von einem *unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht*. Diese wichtige Bestimmung gewährleistet unter anderem auch ein Grundrecht auf Zugang zu einem Gericht (sog. Rechtsweggarantie), wenn es sich um "zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen" oder um "die Stichhaltigkeit der ... erhobenen strafrechtlichen Anklage handelt".

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte erfasst die Garantie des Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht nur das Zivil- und Strafrecht, sondern auch bedeutende Teile des Verwaltungsrechts⁷⁹. Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat daher für den Kanton St. Gallen mit seiner traditionellen Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden in zivil- und verwaltungsrechtlichen Materien eine erhebliche Relevanz. Im Bereich des Verwaltungsrechts ist der Weg an das Gericht nur dann wirklich offen, wenn das Gericht *die Rechtmässigkeit der angegriffenen Verwaltungsentscheidung sowie den Sachverhalt überprüfen* kann. Dagegen muss sich die Überprüfungscompetenz *nicht auf Ermessensfragen* beziehen⁸⁰. Bis 1988 (bzw. 1990) hatte sich die Schweiz mit einer auslegenden Erklärung (bzw. einem Vorbehalt) zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor den weitreichenden Konsequenzen dieser Garantie zu schützen vermocht⁸¹. Im *Urteil Belilos* vom 29.4.1988 kam der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zum Schluss, dass die von der Schweiz angebrachte auslegende Erklärung (47)

⁷⁹ Frowein/Peukert, Kommentar N. 35 zu Art. 6 EMRK.

⁸⁰ Frowein/Peukert, Kommentar N. 39 zu Art. 6 EMRK.

⁸¹ Siehe den Vorbehalt bzw. die auslegende Erklärung anlässlich des Beitrittes der Schweiz zur EMRK, AS 1974 2173. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erklärte die auslegende Erklärung 1988 bzw. den Vorbehalt 1990 für ungültig. Siehe die folgende Anm. 1 auf S. 48.

zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK unwirksam sei, weil sie einem nach Art. 64 unzulässigen Vorbehalt gleichkomme. Die auslegende Erklärung sei zu allgemein gehalten und führe das vorbehaltene interne Recht nicht auf⁸². Daraufhin hatte der Bundesrat mit sofortiger Wirkung die bisherige auslegende Erklärung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK präzisiert⁸³. Danach bezweckt Art. 6 Ziff. 1 EMRK für den Bundesrat "nur, dass eine in bezug auf Streitigkeiten über zivilrechtliche Rechte und Pflichten letztinstanzliche richterliche Prüfung der Akte oder der Entscheidungen der öffentlichen Gewalt über solche Rechte und Pflichten stattfindet. Unter dem Begriff 'letztinstanzliche Prüfung' (...) ist eine auf die Rechtsanwendung beschränkte richterliche Prüfung zu verstehen, die von kassatorischer Natur ist." Diese auslegende Erklärung ist auf die bundesrechtliche Berufung, strafrechtliche und zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde sowie die staatsrechtliche Beschwerde abgestimmt, die dem Bundesgericht grundsätzlich keine Überprüfung des Sachverhaltes erlauben⁸⁴. Zusätzlich teilte der Bundesrat später dem Europarat diejenigen Bestimmungen des Bundes- und kantonalen Rechts mit, die von der präzisierten auslegenden Erklärung der Schweiz erfasst werden sollten⁸⁵. Die offenbar in grosser Eile (48)

⁸² Vgl. Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Nr. 132 = Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1989 21ff = VPB 1988 Nr. 65, 84-86 und 1989 Nr. 64 D.

Im Urteil Weber vom 22.5.1990 kam der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zum Ergebnis, dass der Vorbehalt zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wonach der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung (weitestgehend) keine Anwendung findet, ebenfalls ungültig ist (Ziff. 36-38), vgl. Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Nr. 177 = Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1990 265ff. In den folgenden Ausführungen bleibt der Öffentlichkeitsaspekt von Art. 6 Ziff. 1 EMRK unberücksichtigt.

⁸³ Vgl. AS 1988 1264.

⁸⁴ Vgl. Art. 43 Abs. 1 und 3 OG, Art. 269 Abs. 1 BStP, Art. 68 OG, Art. 84 Abs. 1 OG. Auch können bei diesen genannten Rechtsmitteln nur bestimmte Rechtsfragen vorgebracht werden. Vgl. zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, die eine richterliche Überprüfung der meisten Rechtsfragen und vor allem des Sachverhaltes erlaubt: Art. 104 lit. b und 105 OG.

⁸⁵ Vgl. AS 1989 276. Merkwürdigerweise ist die Liste nur teilweise publiziert: Die kantonalen Bestimmungen fehlen, vgl. AS 1989 277 Anm. 1. Vgl. aber den Anhang S. 285ff.

zusammengetragene Liste ist weder vollständig noch exakt⁸⁶.

Die nachträgliche, präzisierende auslegende Erklärung wird die Schweiz aller Voraussicht nach nicht vor weiteren Verurteilungen schützen. Denn Art. 64 Ziff. 2 EMRK gestattet nur Vorbehalte anlässlich der Ratifikation der EMRK, nicht aber danach⁸⁷. Daher dürften alle Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch, die Akte der Zivilrechtsprechung und der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Verwaltungsbehörden zuweisen, ohne dass wenigstens einmal eine Kontrolle des Tatbestandes und der Rechtsfragen durch ein kantonales Gericht erfolgt, der EMRK widersprechen. Die bundesgerichtlichen Rechtsmittel können diesen Mangel nicht heilen.

In der präzisierenden auslegenden Erklärung haben die Deutschschweizer Kantone zumeist Bestimmungen aus ihren Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch aufgeführt. Im folgenden ist zu prüfen, wieweit die streitige Zivilrechtsprechung durch Verwaltungsbehörden und deren Zuständigkeiten im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Art. 6 Ziff. 1 EMRK entsprechen.

b) Streitige Zivilrechtsprechung durch Verwaltungsbehörden

Das Zivilprozessgesetz hat durch die Änderung des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch die meisten der noch verbliebenen Rechtsprechungskompetenzen (49)

⁸⁶ Communication, en application de l'article 64, paragraphe 2 de la CEDH, Berne, le 27 décembre 1988, S. 22-25 (Anhang, S. 285ff). So hat der Bearbeiter im Abschnitt über den Kanton St. Gallen etwa die Aufzählung von Art. 7bis und 12 EGzZGB verstanden als "Art. 7-12 EGzZGB". Durch den Erlass des Zivilprozessgesetzes wurden einige der aufgeführten Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden in die richterliche Kompetenz überführt. Der Vorbehalt erübrigt sich diesbezüglich.

⁸⁷ Vgl. Schweizer Rainer, Auf dem Weg zu einem schweizerischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht, ZBl 1990 193ff, insb. S. 208ff; Cameron Iain/ Horn Frank, Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case, in: German Yearbook of International Law 1990, 69ff; Oeter Stefan, Die "auslegende Erklärung" der Schweiz zu Art. 6 Abs. 1 EMRK und die Unzulässigkeit von Vorbehalten nach Art. 64 EMRK, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1988, 514ff.

in streitigen, zivilrechtlichen Angelegenheiten von Verwaltungsbehörden in die alleinige richterliche Zuständigkeit überführt⁸⁸. Den Verwaltungsbehörden verbleiben daher nur noch wenige Kompetenzen zur zivilrechtlichen Streitentscheidung, insbesondere etwa:

- Nach Art. 8, 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 EGzZGB entscheidet der Regierungsrat über den öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter einer juristischen Person des kantonalen Rechts.
- Art. 86 BauG begründet ferner die Kompetenz des Gemeinderates, im öffentlichrechtlichen Baubewilligungsverfahren über die privatrechtlichen Einsprachen gemäss Art. 684 ZGB zu entscheiden.

Beide Zuständigkeiten sind im Hinblick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK unproblematisch, weil der Entscheid der zuständigen Verwaltungsbehörde im Kanton letztinstanzlich an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden kann⁸⁹. Das Verwaltungsgericht überprüft Rechtsfragen und den Sachverhalt, nicht jedoch das Ermessen (Art. 62 VRP). Dem Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist damit⁹⁰ grundsätzlich Genüge getan.

Problematischer erscheint Art. 5 i.V.m. Art. 163 und 164 EGzZGB, wonach der Gemeinderat "abschliesslich" über das Recht zum Wasserbezug entscheidet. Hier liegt ebenfalls eine klassische Zivilrechtsprechung durch den Gemeinderat vor; die fehlende Überprüfung durch ein Gericht verletzt Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Daran ändert auch die (vermutlich ungültige) auslegende Erklärung der Schweiz nichts⁹¹. Da freilich die Zuständigkeit des Gemeinderates in dieser Materie von untergeordneter Bedeutung ist, stellt sich das Problem praktisch kaum. (50)

⁸⁸ Vgl. Art. 312 ZPO und dazu Handbuch 299.

⁸⁹ Vgl. in bezug auf die Korporationen Art. 43 Abs. 2 und Art. 44 Abs. 3 EGzZGB und Art. 59 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 VRP; in bezug auf die privatrechtliche Baueinsprache gemäss Art. 684 ZGB: der Rekursentscheid des Regierungsrates kann gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 VRP an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden.

⁹⁰ Wenn von der fehlenden Öffentlichkeit der Verhandlung einmal abgesehen wird, vgl. dazu S. 48 Anm. 1.

⁹¹ Vgl. S. 47ff.

c) Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere im Familien- und Vormundschaftsrecht

Im Kanton St. Gallen besitzen die Verwaltungsbehörden im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit traditionell etliche Zuständigkeiten, so etwa im Vormundschaftsrecht⁹². Soweit die Ausübung dieser Zuständigkeiten einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt, besteht in bezug auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK kein Problem. Auf die fehlende Öffentlichkeit der Verhandlung wird an dieser Stelle nicht eingegangen. Anders ist die Rechtslage, wo innerkantonale gerichtliche Rechtsschutz nur unvollkommen ausgebaut ist und nicht wenigstens ein Gericht einmal Sachverhalt und Rechtsfragen überprüft hat. Es besteht kaum ein Zweifel, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit als "zivilrechtlichen Anspruch oder Verpflichtung" werten würde⁹³. Damit entfaltet Art. 6 Ziff. 1 EMRK seine Wirkungen; zur auslegenden Erklärung der Schweiz gilt das oben Gesagte⁹⁴.

Der Kanton St. Gallen hat in der nicht publizierten Liste der Kantone gemäss Art. 64 Abs. 2 EMRK⁹⁵ nahezu sämtliche Zuständigkeiten der Art. 2, 4, 5, 7, 7bis, 8 und 12 EGzZGB in seine Vorbehaltsliste aufgenommen. Der Gesetzgeber wird in diesen Fällen kaum darum herumkommen, eine gerichtliche Nachprüfung einzuführen oder den Sachbereich in die Zuständigkeit des Richters überzuführen⁹⁶. Die Ratifikation der EMRK durch die Schweiz 1974 hat - wie sich nun (51)

⁹² Vgl. S. 112ff.

⁹³ Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 24.10.1979 i.S. Winterwerp gegen Niederlande, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Nr. 33, Ziff. 55 = EuGRZ 1979 650ff, Ziff. 73 m.w.H. (Entmündigung); die Kommission hat sich im selben Sinne ausgesprochen, vgl. Decisions and Reports Bd. 6, 107 (Entmündigung) oder vgl. Decisions and Reports Bd. 42, 98 = VPB 1985 Nr. 89, S. 475 (Entzug des Besuchsrechts eines Elternteils).

⁹⁴ Vgl. S. 47ff.

⁹⁵ Vgl. den Anhang S. 285ff.

⁹⁶ Die Kantone haben sich dort, wo subjektive Rechte im Vordergrund stehen, für die Richterkompetenz entschieden, vgl. Brodtbeck, Einführungsrecht 6. Gleichwohl sind regionale Unterschiede zwischen den Kompetenzen von Verwaltungsbehörden und Gerichten deutlich feststellbar. Ein Teil der Kantone, vor allem in der Westschweiz sowie Tessin und Graubünden, kennt im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit generell eine breitere Zuständigkeit von gerichtlich organisierten Behörden (Vgl. Häfeli Christoph, Leistungen und Lücken des Rechtsschutzes im Vormundschaftsrecht, ZVW 1991 56ff). In bezug auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK stellt sich in diesen Kantonen das Problem weniger.

nachträglich herausstellt - die Kantone in der Wahl der zuständigen Behörde auf die gerichtliche Zuständigkeit eingeschränkt, obwohl Art. 54 Abs. 2 SchlT den Kantonen zum Teil die Wahl zwischen Gerichten oder Verwaltungsbehörden ermöglichen wollte. Im Entscheid Garcia gegen die Schweiz hielt die europäische Kommission für Menschenrechte fest:

"Toutefois, la Commission relève qu'en raison même du fait que le Code civil laisse expressément ouverte la question du choix par les cantons de l'autorité compétente aux termes de l'article 275, 1er alinéa CC, il eût été possible d'argumenter que l'article 6, § 1 CEDH apporte une limitation implicite à la liberté des cantons en matière de détermination de l'autorité compétente pour trancher une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil"⁹⁷.

In zwei Urteilen vom 25.4.1991 betreffend dieselbe Materie (je i.S. X. gegen Kanton Schwyz) hat das Bundesgericht offengelassen, ob im Bereiche des Vormundschaftsrechts die Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden ohne richterliche Nachprüfung vor Art. 6 Ziff. 1 EMRK standhalten. Dem Bundesgericht blieb eine abschliessende Stellungnahme zu den Ausführungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte im Fall Garcia wegen der Fallkonstellation erspart. Es hat aber auf staatsrechtliche Beschwerde hin zurückhaltend ausgeführt⁹⁸:

"Es ergibt sich somit, dass die geltende Verfahrensordnung des Kantons Schwyz (der ebenfalls die Zuständigkeit von Verwaltungs- (52)

⁹⁷ Entscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 14.3.1985 im Falle Garcia v. CH, VPB 1985 Nr. 89. Die Beschwerde Garcia wurde für unzulässig erklärt, weil der Beschwerdeführer den innerstaatlichen Instanzenzug gemäss Art. 26 EMRK nicht ausgeschöpft hatte: Er hatte keine staatsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 84ff OG eingereicht.

⁹⁸ BGE 117 Ia 192 oder ZVW 1991 148ff.

behörden kennt, A.K.) jedenfalls dann nicht zu beanstanden ist, wenn die auslegende Erklärung zu Art. 6 EMRK respektiert wird". Und im vorgelegten Fall sah das Bundesgericht keine Veranlassung, von der angepassten auslegenden Erklärung der Schweiz abzuweichen. "Infolgedessen kann dahingestellt bleiben, ob diese Rüge im Blick auf Art. 84 Abs. 2 OG - ohne dass der Beschwerdeführer diesen Weg gewählt hätte - im Verfahren der Berufung an die Hand zu nehmen gewesen wäre und sich eine allfällige Verletzung der EMRK durch die entsprechende Auslegung von Art. 373 ZGB und Art. 54 SchlT abwenden liesse."

Über die Notwendigkeit einer gerichtlichen Nachkontrolle hat es auf Berufung hin ausgeführt⁹⁹:

"... Daran ändern auch die Bedenken nichts, die gegenüber einzelnen kantonalen Ordnungen aus der von Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangten richterlichen Beurteilung erwachsen. In dieser Hinsicht werden sich allerdings Änderungen der kantonalen Verfahrens- und Zuständigkeitsordnungen über kurz oder lang - spätestens im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts - als unumgänglich erweisen."

Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung ist ungewiss. Jedenfalls ist nicht unbedingt anzunehmen, dass das Bundesgericht die angepasste auslegende Erklärung der Schweiz selber ungültig erklären wird. Wenn allerdings dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein entsprechender Fall vorgelegt werden wird, so ist mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass er die auslegende Erklärung ungültig erklären wird. Die kantonalen Gesetzgeber werden voraussichtlich - auf wessen Veranlassung auch immer - die letzten Rudimente *abschliessender Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden beseitigen müssen*¹⁰⁰. (53)

⁹⁹ BGE 117 II 132 oder ZVW 1991 153ff (E. 4 d).

¹⁰⁰ In diesem Sinne die Resolution zur Revision des Vormundschaftsrechts der Vereinigung Schweizerischer Amtsvormünder, ZVW 1992 35f (Ziff. 3); gl. A. Guillod Olivier, Les garanties de procédure de droit tuteur, ZVW 1991 41ff, insb. S. 48ff.

II. Administrative Anwendung des Zivilrechtes im allgemeinen¹⁰¹

1. Bedeutung

Grundsätzlich ist es Aufgabe der Verwaltungsbehörden, das öffentliche Recht zu vollziehen. Der umfangreiche Zuständigkeitskatalog von Verwaltungsbehörden in zivilrechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 2-9 EGzZGB mag daher erstaunen. Allerdings wird dabei übersehen, dass das Bundesprivatrecht auch etliche öffentlichrechtliche Vorschriften enthält. Dazu zählen vor allem organisationsrechtliche Bestimmungen über die Einrichtung der für die Verwirklichung des Bundesprivatrechtes notwendigen Behörden. Funktionell dienen diese Vorschriften vor allem der Privatrechtsordnung, materiell liegt indes öffentliches Recht vor. So hat der Bundesgesetzgeber die Kantone beauftragt, beispielsweise das Grundbuch oder das Handelsregister einzurichten und zu führen. Oder gemäss Art. 885 Abs. 1 ZGB haben die Kantone die zuständigen Behörden zu bezeichnen, die Institutionen ermächtigen, sich ein Pfandrecht an Vieh ohne Übertragung des Besitzes bestellen zu lassen. Die Kantone haben gemäss Art. 885 Abs. 3 ZGB die Beamten und die Kreise zu bezeichnen, in denen die Pfandprotokolle geführt werden¹⁰². Ein Beispiel für eine öffentlichrechtliche Vorschrift ist auch Art. 699 ZGB. Der Gemeinderat kann nach Art. 5 EGzZGB Verbote betreffend das Betreten von Wald und Weide erlassen. Dieses Verbot ist eine rekursfähige Verfügung. Art. 699 ZGB, auf den sich ein solches Verbot stützt, ist eine sogenannte Doppelnorm, d.h. sie gehört sowohl dem öffentlichen wie auch dem Privatrecht an¹⁰³.

Der besondere Teil des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch umschreibt die verschiedenen Zuständigkeiten von Verwaltungsbehörden in zivilrechtlichen (54)

¹⁰¹ Siehe zur administrativen Anwendung des Obligationenrechts S. 269f.

¹⁰² Im Kanton St. Gallen ist i.S.v. Art. 885 Abs. 1 ZGB das Justiz- und Polizeidepartement zuständig: Art. 173 Abs. 1 EGzZGB und Art. 26 lit. b GeschR. Die Protokolle werden von den gemeindeweisen zuständigen Betreibungsbeamten geführt: Art. 173 Abs. 2 EGzZGB und Art. 43 EVzZGB.

¹⁰³ BGE 96 I 97. Vgl. S. 177.

Angelegenheiten (gemäss Art. 2-9 EGzZGB) näher. Diese detaillierten Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften werden - in Anlehnung an die Gesetzssystematik - im besonderen Teil, zusammen mit dem eigentlichen kantonalen Zivilrecht vorgestellt¹⁰⁴.

2. Arten von Handlungsformen in zivilrechtlichen Angelegenheiten

Die Verwaltungsbehörden bedienen sich auch in zivilrechtlichen Angelegenheiten der klassischen Handlungsformen:

1. Die Verwaltungsbehörden nehmen ihre Zuständigkeiten vornehmlich durch den Erlass von *Verfügungen*¹⁰⁵ (Verwaltungsakte) wahr. Verfügungen werden von Amtes wegen¹⁰⁶ oder auf Antrag eines Gesuchstellers¹⁰⁷ erlassen. Die Verfügung ist auch im Bereich der Art. 2-9 EGzZGB die wichtigste Handlungsform der Verwaltung. Deshalb verweist Art. 11 EGzZGB in bezug auf Verfahren und Rechtsschutz generell auf die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes. Nach ihrer Rechtsnatur ist die nur noch in Ausnahmefällen vorkommende Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten durch Verwaltungsbehörden¹⁰⁸ ebenfalls eine Form des hoheitlichen Verwaltungshandelns (Verwaltungsakt)¹⁰⁹.

2. Gewisse Materien des kantonalen Zivil- und Organisationsrechtes bedürfen (55)

¹⁰⁴ Vgl. S. 96ff.

¹⁰⁵ Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die gestützt auf öffentliches Recht in verbindlicher Weise ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen Staat und Individuum begründen, aufheben, abändern, präzisieren oder feststellen (vgl. z.B. BGE 101 Ia 74 und Imboden/Rhinow Nr. 35; Rhinow/Krähenmann Nr. 35).

¹⁰⁶ Z.B. nach Art. 699 ZGB, Verbote betreffend Wald und Weide.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. Art. 268 ZGB, Aussprechung der Adoption oder Art. 5 i.V.m. Art. 173bis EGzZGB, administrativer Besitzerschutz, vgl. S. 216ff.

¹⁰⁸ Vgl. dazu S. 49f.

¹⁰⁹ Hier kann man dennoch nicht von "Verfügungen" sprechen, da die Verwaltungsbehörde einen zivilrechtlichen Streit im Zweiparteienverfahren - wie ein ordentliches Zivilgericht - entscheidet.

einer *generell-abstrakten Regelung*, obwohl das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch die wichtigsten Rechtsfragen bereits regelt. Die Regierung und die Departemente nehmen daher ihre Zuständigkeiten in diesen Fällen durch den Erlass von Rechts- und Verwaltungsverordnungen wahr. So hat der Regierungsrat beispielsweise gemäss Art. 8 EGzZGB die Jugendschutzkommissionen zu organisieren, und er hat ferner Normalarbeitsverträge für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft und im Hausdienst zu erlassen¹¹⁰. Beides kann nur auf dem Wege der Rechtssetzung (*Rechtsverordnung*) erfolgen. Die Regierung und die Departemente nehmen ihre Aufsichtsfunktion zum Teil auch durch den Erlass von *Verwaltungsverordnungen* (Kreisschreiben, interne Weisungen) wahr.

3. *Tathandlungen* (Realakte) führen zunächst einen tatsächlichen Erfolg herbei. Der eingetretene Erfolg kann aber eine tatsächliche Bedingung für eine rechtliche Folge sein. Tathandlungen besitzen jedoch kaum einen normativen Gehalt¹¹¹. Derartige Tathandlungen sind beispielsweise:

- die Entgegennahme und Errichtung von öffentlichen letztwilligen Verfügungen bzw. Erbverträgen (Art. 499 und 512 ZGB) durch den Gemeinderatsschreiber (Art. 3 EGzZGB) oder
- die Mitunterzeichnung des Schuldbriefes und der Gült (Art. 857 Abs. 2 ZGB) oder die Entgegennahme der Wechselsumme (Art. 1032 OR) durch den Gemeindammann (Art. 2 EGzZGB).

3. Verfahren und Rechtsschutz

Für das Verfahren und den Rechtsschutz gelten betreffend die administrative Anwendung des Zivilrechts generell die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes. Das Bundesprivatrecht und das Einführungsgesetz zum Zivilge-
(56)

¹¹⁰ Vgl. dazu S. 119f und S. 266f.

¹¹¹ Vgl. Wolff Hans J./Bachof Otto, Verwaltungsrecht I, 9. A., München 1974, S. 364; Fleiner Thomas, Grundzüge des schweizerischen und allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. A., Zürich 1980, S. 353; Rhinow/Krähenmann Nr. 35, S. 103.

setzbuch treffen aber zum Teil abweichende Regelungen (Art. 11 und 12 EGzZGB)¹¹².

Beim Rechtsschutz bzw. bei den Rechtsbehelfen ist je nach der Art des Verwaltungshandelns zu unterscheiden:

1. Gegen die *Verfügungen* des Gemeindevorstandes, der Vormundschaftsbehörde, des Bezirksamtes und des zuständigen Departements kann beim Regierungsrat Rekurs erhoben werden, sofern das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch keine abweichenden Regelungen trifft (Art. 12 EGzZGB). Gegen die Entscheide des Gemeinderates oder Ortsverwaltungsrates nach Art. 5 und 6 EGzZGB ist, soweit Verfügungen vorliegen, gemäss Art. 43 Abs. 1 VRP ebenfalls der Rekurs an den Regierungsrat zulässig. Der Gemeinderatsschreiber ist in dieser Rechtsmittelliste nicht genannt, weil er im Bereich seiner Zuständigkeit von Art. 3 EGzZGB überhaupt keine Verfügungen erlassen kann. Die Errichtung und Entgegennahme von öffentlichen letztwilligen Verfügungen (Art. 499 ZGB) bzw. Erbverträgen (Art. 512 ZGB) sind reine Tathandlungen.
2. Gegen den *Erllass von Rechtssätzen* etwa durch den Regierungsrat (Verordnungen) gibt es innerkantonale kein Rechtsmittel. Selbstverständlich ist die staatsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 84ff OG möglich, wenn die entsprechenden Beschwerdegründe vorliegen.
3. Gegen *Tathandlungen* gibt es kein Rechtsmittel; die jeweilige Behörde hat keine Verfügungen erlassen¹¹³. Tathandlungen können jedoch eine Staatshaftung auslösen, wenn der zuständige Beamte widerrechtlich gehandelt hat und die (57)

¹¹² Siehe etwa zum Rechtsschutz gegen Verfügungen des Grundbuchverwalters S. 231ff oder gegen Verfügungen des Handelsregisterführers S. 268f.

¹¹³ Siehe zu diesem Problem: Richli Paul, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, in: Aktuelle Juristische Praxis 1992 196ff.

übrigen Voraussetzungen einer Staatshaftung gegeben sind¹¹⁴. Weigert sich ferner eine Behörde zu Unrecht, eine Tathandlung nach den Art. 2-9 EGzZGB vorzunehmen, so ist die Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss Art. 88ff VRP möglich. Die Aufsichtsbeschwerde ist immer zulässig; sie ist jedoch kein eigentliches Rechtsmittel, sondern ein blosser Rechtsbehelf¹¹⁵.

III. Abänderung der Zuständigkeit

Art. 36 EGzZGB ermächtigt die Gemeinden, die Zuständigkeit ihrer Verwaltungsbehörden und -beamten abweichend zu ordnen. Diese Vorschrift hat vor allem in grösseren Gemeinden wie den Städten St. Gallen, Rorschach oder Wil eine Bedeutung. Es wäre wenig sinnvoll, wenn der jeweilige Gemeind- oder Stadtammann sich auch noch mit öffentlichen letztwilligen Verfügungen und AG-Gründungen beschäftigen müsste. Diese Sonderaufgaben werden in grösseren Gemeinden an fachkundige Beamte delegiert. So haben die genannten drei Gemeinden rechtssetzende Reglemente über die Übertragung von Befugnissen erlassen¹¹⁶ und die Stadtammänner von den zivilrechtlichen Zuständigkeiten entlastet. (58)

¹¹⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 1 VG. Die übrigen Voraussetzungen nebst der Widerrechtlichkeit sind: ein Schaden, ein Handeln in Ausübung dienstlicher Verrichtungen, ein adäquater Kausalzusammenhang und ein Verschulden, wobei das Gemeinwesen den Nachweis des mangelnden Verschuldens erbringen muss. Vgl. GVP 1970 Nr. 7, wo ein Grundbuchverwalter grundlos und rechtswidrig die öffentliche Beurkundung eines Kaufvertrages verweigerte.

¹¹⁵ Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 145; zur Aufsicht über die Gemeinden Art. 228ff und insbesondere Art. 241 (Anzeige) GG.

¹¹⁶ Für Rorschach: Reglement vom 11.5.1981 betreffend die Übertragung von Befugnissen; für St. Gallen: Beschluss des Gemeinderates vom 20.7.1943 über die Zuständigkeitsordnung der politischen Gemeinde St. Gallen, in: Verordnungs-Sammlung der Stadt St. Gallen, Bd. 6 (1940-1950), S. 181ff und der Nachtrag I vom 13.12.1955, in: Verordnungs-Sammlung der Stadt St. Gallen Bd. 7 (1951-1956), S. 332; für Wil: Reglement vom 21.1.1981 betreffend Übertragung von Befugnissen.

§ 3 Öffentliche Beurkundung

LITERATUR: CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976; LEUENBERGER CHRISTOPH, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, S. 52-89. MARTI HANS, Notariatsprozess: Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989; MUSTERURKUNDEN für den St. Gallischen Grundbuchverwalter, Hrsg.: Verband St. Gallischer Gemeinderatsschreiber, Grundbuchverwalter und Vormundschaftssekretäre, o.O. 1986, mit Nachtrag 1991; ST. GALLISCHER ANWALTSVERBAND, Richtlinien für die Erstellung von öffentlichen Urkunden, St. Gallen, April 1980.

I. Grundlagen

1. Begriff

Die öffentliche Beurkundung bedeutet die *Feststellung bundesrechtlich bezeichneter Tatsachen oder Willenserklärungen durch eine Urkundsperson in gesetzlich geregelter Verfahren*¹¹⁷. Die öffentliche Beurkundung gehört zwar zum öffentlichen Recht¹¹⁸; sie hängt aber mit der Verwirklichung der Privatrechtsordnung eng zusammen. Nach Art. 55 Abs. 1 SchlT haben die Kantone zu bestimmen, "in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird".

Der Begriff der öffentlichen Urkunde gehört dem Bundesrecht an¹¹⁹. Die Kantone müssen mit ihren Vorschriften über die öffentliche Beurkundung bestimmte Mindestanforderungen erfüllen, die sich aus dem materiellrechtlichen Zweck des Instituts ergeben. Dazu gehört insbesondere, dass die gesetzlich vorschriebene Form sich auf alle Tatsachen und Willenserklärungen beziehen muss, die für den materiellrechtlichen Inhalt des Rechtsgeschäftes wesentlich sind.

Etwas beim (59)

¹¹⁷ Vgl. BGE 96 II 167 m.w.H., 90 II 281f; VPB 46 Nr. 7, S. 52 m.w.H.; Leitfaden 17/14; Kummer, Kom. zu Art. 9 ZGB N. 37; Carlen, Notariatsrecht 88; vgl. ferner Marti, Notariatsprozess 26ff. Vgl. BGE 110 II 1ff zur Beurkundung von nicht beurkundungsbedürftigen Akten. Siehe zur Beglaubigung S. 88.

¹¹⁸ Als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vgl. S. 44.

¹¹⁹ BGE 106 II 147, 99 II 161, 90 II 280; VPB 46 Nr. 7, S. 53f; Carlen, Notariatsrecht 88.

Grundstückkauf gilt dies vorweg für die Bezeichnung des Grundstücks, welches vom Vertrag erfasst wird. Beschränkt sich der Kauf auf einen Teil des Grundstücks, so muss dieser genau angegeben werden oder nach dem Vertrag zumindest bestimmbar sein¹²⁰. Die Kantone haben die Einzelheiten der öffentlichen Beurkundung zu regeln. Sie bestimmen auch darüber, ob es sich bei diesen Vorschriften um Gültigkeits- oder blosse Ordnungsvorschriften handelt.

2. Bundesrechtliche Anforderungen an die Beurkundung

Die Kantone dürfen die bundesrechtlich vorgeschriebene öffentliche Beurkundung bei geringfügigen Rechtsgeschäften durch ein vereinfachtes Verfahren erleichtern. Sie dürfen aber von der öffentlichen Beurkundung nicht ganz absehen. So wollte der st. gallische Gesetzgeber mit dem II. Nachtragsgesetz zum EGzZGB vom 22.6.1942 die Handänderungen kleiner Grundstücke erleichtern, indem er die öffentliche Beurkundung durch die gewöhnliche Schriftform ersetzte¹²¹. Der Bundesrat genehmigte die entsprechende Bestimmung nicht, sodass sie keine Rechtsgültigkeit erlangte. Das Bundesrecht umschreibt den Umfang des Formzwanges abschliessend; die Kantone dürfen bei grundsätzlich beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäften nicht auf die öffentliche Beurkundung verzichten¹²².

Die Vorschrift des Art. 31 Abs. 1 EntG, wonach für den Enteignungsvertrag die Schriftform genügt, ist hingegen bundesrechtskonform. Denn das formelle Enteignungsverfahren wird vom kantonalen öffentlichen Recht geordnet, und das Bundesprivatrecht beschränkt diese kantonale Hoheit nicht. Ausserhalb eines formellen Enteignungsverfahrens ist jedoch stets die öffentliche Beurkundung notwendig. (60)

¹²⁰ BGE 106 II 148 m.w.H.

¹²¹ Vgl. Art. 39c der Referendumsvorlage, ABl 1942 461. Die Erleichterung betraf folgende Fälle: freiwilliger Erwerb von Grundstücken für die ein Enteignungsrecht beansprucht werden kann (ausserhalb eines Enteignungsverfahrens) und für freiwillige Grenzregelungen. Siehe auch: Wild W., Kantonale Beurkundung und Grundbuchführung, ZBGR 1951 301ff, insb. S. 313.

¹²² BGE 113 II 404, 106 II 147 m.w.H.

3. Zweck

Die öffentliche Beurkundung verfolgt folgende *Zwecke*¹²³:

- Schutz der Vertragsparteien vor Übereilung;
- Schaffung eindeutiger Rechtsgrundaussage zur Führung der öffentlichen Register (Grundbuch, Handelsregister);
- Schaffung von Beweismitteln mit erhöhter Beweiskraft i.S.v. Art. 9 ZGB.

4. Geschichtliche Hinweise

Vor der Einführung des Zivilgesetzbuches 1912 gab es im Kanton St. Gallen keine eigentliche öffentliche Beurkundung. Zwar finden sich auf dem Gebiet des heutigen Kantons St. Gallen bereits im Hochmittelalter Spuren des Notariatswesens¹²⁴. Auch bediente sich die kirchliche Gerichtsbarkeit damals wie heute des Notars¹²⁵, dennoch gab es im letzten Jahrhundert unter der Herrschaft des st. gallischen Zivilrechts kein Notariat. Vielmehr setzte sich beim bedeutsamen Grundstückkauf schon seit dem Hochmittelalter das obrigkeitliche Fertigungswesen durch¹²⁶. Erst durch das Zivilgesetzbuch sollte die öffentliche Beurkundung im Kanton St. Gallen einführen¹²⁷. So ist bis heute in der st. gallischen Amts- und Gesetzessprache der Begriff "Notar" oder "Notariat" nicht gebräuchlich. (61)

¹²³ Vgl. Carlen, Notariatsrecht 89; Marti, Notariatsprozess 20ff.

¹²⁴ Vgl. ausführlich Carlen, Notariatsrecht 1ff.

¹²⁵ Vgl. insb. Canon 483-485, 1437 und 1473 des Codex Iuris Canonici (1983).

¹²⁶ Vgl. Lutz Ulrich, Die Fertigung in Stift, Stadt und Kanton St. Gallen, Diss. Bern 1897, S. 11ff, vgl. S. 224f.

¹²⁷ Das alte Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14.6.1881, AS 1880/81 635ff, sah in den Art. 13, 105, 615 Abs. 1, 626 Abs. 1, 664 Abs. 1 Ziff. 2 aOR ebenfalls die öffentliche Beurkundung vor. Es liess bei diesen Rechtsgeschäften stets die Wahlfreiheit zwischen öffentlicher Beurkundung oder einer anderen qualifizierten Formvorschrift, z.B. im Falle der AG-Gründung die Unterschrift sämtlicher Aktionäre (Art. 615 Abs. 1 aOR). M.W. hat der Kanton St. Gallen die öffentliche Beurkundung erst im EGZZGB von 1911 geregelt. So erwähnt Jäger in seiner Sammlung die öffentliche Beurkundung überhaupt nicht.

II. Organisation der öffentlichen Beurkundung

Die Kantone haben grundsätzlich *zwei* unterschiedliche Organisationsformen der öffentlichen Beurkundung vorgesehen. In den Westschweizer Kantonen, Basel-Stadt, Bern, Solothurn, Uri und im Tessin besteht ein freies Notariat; hier sind die Urkundspersonen - Notare - *freiberuflich* tätig. In den übrigen Kantonen sind die Urkundspersonen vorwiegend *öffentliche Beamte*¹²⁸.

In manchen Kantonen, etwa im Tessin oder in Zürich, besitzt der freiberufliche oder beamtete Notar die alleinige Zuständigkeit für alle öffentlichen Beurkundungen. D.h. er nimmt sämtliche Beurkundungen vor, welche das Bundesrecht vorsieht.

Im Kanton St. Gallen besteht die Besonderheit, dass es gar keinen eigentlichen Notariatsberuf gibt. Das Einführungsgesetz verwendet die Bezeichnung Notar denn auch nicht¹²⁹. Die verschiedensten Beamten sind jeweils für bestimmte Beurkundungen zuständig und ausserdem kann auch der freiberufliche Rechtsanwalt - als gewissermassen "freier Notar" - bestimmte Beurkundungen vornehmen. Die st. gallische Organisationsform mischt die verschiedenen Systeme. Selbstverständlich sind die verschiedenen Beurkundungssysteme gleichwertig¹³⁰.

Im Kanton Appenzell A.Rh. ist der Gemeindeschreiber die öffentliche Urkundsperson, welche alle Beurkundungen vornehmen kann. Zusätzlich ist der Handelsregisterführer für die öffentliche Beurkundung in Handelsregistersachen zuständig. Weitere Urkundspersonen sind nicht vorgesehen¹³¹. In Basel-Stadt nimmt der Privatnotar - unter Verbehalt gewisser Ausnahmen - alle öffentlichen Beurkundungen vor (§ 230 Abs. 1 EGzZGB BS). (62)

¹²⁸ Vgl. Carlen, Notariatsrecht 35ff.

¹²⁹ Wenn vom Wechselnotar in Art. 10 EGzZGB einmal abgesehen wird, vgl. S. 64.

¹³⁰ VEB 1955 Nr. 77.

¹³¹ Vgl. Art. 9 Abs. 2 und 3 EGzZGB AR.

Die unterschiedlichen Zuständigkeiten der Beamten zur öffentlichen Beurkundung ergeben sich aus *Art. 15 EGzZGB, auf den hier zu verweisen ist*¹³². Meist können mehrere Urkundspersonen ein- und dieselbe Beurkundung vornehmen. So können sowohl der Rechtsanwalt als auch der Bezirksammann einen Ehevertrag nach Art. 184 ZGB öffentlich beurkunden. Die Zuständigkeit des Handelsregisterführers in "Handelsregistersachen" nach Art. 15 Ziff. 6 EGzZGB umfasst alle öffentlichen Beurkundungen im Zusammenhang mit Handelsregistereintragungen, d.h. also gesellschaftsrechtliche Beurkundungen. Die wichtigsten gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen können gemäss Art. 15 Ziff. 4 EGzZGB aber auch der Bezirksammann, Gemeindevorsteher und der Gemeinderatsschreiber vornehmen.

Der *Stellvertreter* des jeweils zuständigen Beamten ist ebenfalls zur öffentlichen Beurkundung befugt, sofern letzterer an der Amtsausübung verhindert ist und die Wahlbehörde nichts anderes verfügt hat¹³³.

Der Rechtsanwalt kann einen Ehe-, Erb- und Verpfändungsvertrag sowie die öffentliche letztwillige Verfügung¹³⁴ nur dann beurkunden, wenn er nach Art. 15 Ziff. 5 EGzZGB:

1. ein st. gallisches Patent besitzt;
2. im Kanton St. Gallen Wohnsitz hat¹³⁵;
3. örtlich zuständig ist und
4. die Verfahrensvorschriften der Art. 16ff EGzZGB beachtet. (63)

¹³² Hinweis: Der Entwurf zu einem Anwaltsgesetz vom 2.3.1992, ABl 1992 839ff möchte die Zuständigkeiten gemäss Art. 15 EGzZGB partiell neu regeln.

¹³³ VP IV Nr. 18; GVP 1957 Nr. 6; a.A. VR III Nr. 493. Dies wird auch meist in den Gemeindereglementen über die Übertragung von Befugnissen festgehalten.

¹³⁴ Art. 184 (nach neuem Eherecht und Art. 181 nach altem Eherecht), 512 ZGB und Art. 522 Abs. 1 OR sowie Art. 499 ZGB.

¹³⁵ Die Inhaber einer st. gallischen Bewilligung zur Ausübung des Anwaltsberufes, die auf Grund eines ausserkantonalen Patentes erteilt worden ist, sind zur Beurkundung nicht befugt: vgl. VP II Nr. 571, KGE 1947 Nr. 2 und BGE 73 I 366. Hinweis: Der Entwurf zu einem Anwaltsgesetz vom 3.2.1992, ABl 1992 839ff verzichtet auf das erste und zweite Erfordernis und lässt eine st. gallische Berufsausübungsbewilligung genügen.

Eine besondere Urkundsperson sieht Art. 10 EGzZGB vor: Der Gemeinderat jeder politischen Gemeinde hat einen *Wechselnotar* zu ernennen, der insbesondere für die öffentliche Beurkundung des Protestes (mangels Annahme oder mangels Zahlung) nach Art. 1035 OR zuständig ist¹³⁶. Wechselnotar kann der Gemeinderatschreiber oder ein anderer Gemeindebeamter sein, der während der Büroöffnungszeiten stets erreichbar ist.

III. Örtliche Zuständigkeit

1. Allgemeines

Die Urkundsperson kann nur dann gültig beurkunden, wenn sie *sachlich und örtlich zuständig* ist. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich in bezug auf das innerkantonale und interkantonale Verhältnis nach unterschiedlichen Regelungen. Verletzt die Urkundsperson ihre sachliche oder örtliche Zuständigkeit, so ist die Urkunde und damit das verurkundete Rechtsgeschäft nichtig.

2. Innerkantonale

Die Kantone bezeichnen die Zuständigkeit ihrer Urkundspersonen im innerkantonalen Verhältnis frei; sie können für ihre Urkundspersonen territoriale Amtskreise einrichten oder sie für das ganze Kantonsgebiet zuständig erklären¹³⁷. Der Kanton St. Gallen hat eine für die jeweils zuständigen Beamten unterschiedliche Regelung vorgesehen.

Der Handelsregisterführer und der Rechtsanwalt als Urkundspersonen können,
(64)

¹³⁶ In den politischen Gemeinden ist das Wechselnotariat z.T. näher geregelt, vgl. etwa für St. Gallen: Verordnung über das Wechselnotariat der Stadt St. Gallen vom 25.1.1966, in: Verordnungs-Sammlung der Stadt St. Gallen Bd. 8 (1957-1966) 509ff.

¹³⁷ Carlen, Notariatsrecht 67f; Marti, Notariatsprozess 47.

weil das ganze Kantonsgebiet ihr "Amtskreis" ist, in ihrem sachlichen Zuständigkeitsbereich im ganzen Kantonsgebiet beurkunden.

Der Grundbuchverwalter als Urkundsperson kann sich nach Art. 54 EVzZGB in jedem Falle auf das Gebiet einer anderen st. gallischen Gemeinde und, soweit interkantonale Übereinkommen es vorsehen, auch in einen andern Kanton begeben, um öffentlich zu beurkunden. Die Vorschrift muss freilich im Lichte von Art. 51 EVzZGB gelesen werden. Sie bedeutet gerade nicht, dass Grundstücksgeschäfte von irgendeinem Grundbuchverwalter beurkundet werden dürfen. Vielmehr kommt Art. 54 EVzZGB nur zum Zuge, wenn es sich um interkommunale bzw. interkantonale Grundstücksgeschäfte gemäss Art. 51 und 52 EVzZGB handelt.

Der Bezirksammann, der Gemeindevorsteher und der Gemeinderatsschreiber können jedoch öffentliche Beurkundungen nur in ihrem Amtsbezirk bzw. in ihrer Gemeinde vornehmen¹³⁸. Dies folgt aus der territorialen Gliederung ihrer Aufgaben. Die Mobilität der Bevölkerung hat dieses Problem jedoch vermindert; so muss sich ein in St. Gallen wohnhaftes Ehepaar lediglich in den Bezirk Gossau begeben, um beim Gossauer Bezirksammann einen Ehe- und Erbvertrag gültig abzuschliessen.

3. Interkantonal

Für das interkantonale Verhältnis folgt aus dem Territorialitätsprinzip, dass auf dem Kantonsgebiet keine anderen Personen berechtigt sind, öffentlich zu beurkunden, als diejenigen, die nach dem jeweiligen kantonalen Recht Urkundspersonen sind¹³⁹. Ein Zürcher Notar kann also nicht auf st. gallischem Gebiet beur- (65)

¹³⁸ Siehe für den Bezirksammann Art. 162 des Organisationsgesetzes vom 29.12.1947, sGS 151.1.

¹³⁹ Burckhardt Walther, Schweizerisches Bundesrecht, Bd. III, Frauenfeld 1930, Nr. 1362 III, S. 847f; VEB 9 Nr. 64, Bd. 29 Nr. 98a; überholt SJZ 57 195. Eine zulässige Ausnahme erwähnt Art. 54 EVzZGB, nämlich die Ermächtigung aufgrund interkantonalen Abkommen.

kunden, da nach st. gallischem Recht der Zürcher Notar keine st. gallische Urkundsperson ist. In Lehre und Praxis wird jedoch mitunter die gegenteilige Meinung vertreten. So kommt es nach Carlen¹⁴⁰ auf den Ort des Vertragsabschlusses nicht an. Nach dieser Auffassung kann beispielsweise ein Aargauer Notar auf Zürcher Gebiet einen Kaufvertrag über ein im Kanton Aargau gelegenes Grundstück beurkunden, sofern das aargauische Recht die Vornahme von Beurkundungshandlungen ausserhalb des Kantonsgebietes nicht verbietet. Diese Auffassung mag zwar durch praktische Gründe gerechtfertigt sein; sie steht jedoch mit der interkantonalen Kompetenzabgrenzungsregel des Art. 55 Abs. 1 SchlT und dem Territorialitätsprinzip im Widerspruch. Denn nach dieser Regel sind die Kantone nur zuständig, die öffentliche Beurkundung auf ihrem Gebiet, nicht aber auf fremden Gebiet zu ordnen¹⁴¹.

Die *interkantonale Zuständigkeit* ist unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem ob es sich um Nichtliegenschaftsverträge oder Liegenschaftsverträge handelt.

Für *Nichtliegenschaftsverträge* besteht innerschweizerisch eine vollumfängliche Freizügigkeit. Die Beurkundungen, die in einem Kanton vorgenommen werden, sind in den anderen Kantonen anzuerkennen¹⁴². Es spielt keine Rolle, ob das zu beurkundende Rechtsgeschäft mit dem Kantonsgebiet besondere Berührungspunkte (wie Wohnsitz der Urkundsparteien) hat. Selbstverständlich ist aber das Beurkundungsrecht des Errichtungskantons einzuhalten.

Für *Liegenschaftsverträge* gilt die *lex rei sitae*. Die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache hat den Vertrag betreffend Grundstücke¹⁴³ zu beurkunden. Im Kanton St. Gallen ist dies allein der Grundbuchverwalter, in dessen Grundbuchkreis das Grundstück liegt (Art. 50 EVZZGB). Bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften über Liegenschaften, die auf dem Gebiet mehrerer Kantone (66)

¹⁴⁰ Notariatsrecht 70, 72f.

¹⁴¹ Marti, Notariatsprozess 46f.

¹⁴² Vgl. näheres dazu bei Carlen, Notariatsrecht 69f; Marti, Notariatsprozess 45ff.

¹⁴³ ARGVP 1988 Nr. 1091; Marti, Notariatsprozess 51f.

liegen (z.B. ein Grundstücktauschvertrag) ist in jedem betroffenen Kanton eine Urkunde aufzunehmen. Die Lehre hat diese jahrzehntelange Praxis des Bundesgerichts m.E. zu Unrecht kritisiert¹⁴⁴. Das Bundesgericht hat die Bundesrechtskonformität der *lex rei sitae* bestätigt, auch wenn bei Geschäften unter Ehegatten mit mehreren Grundstücken in verschiedenen Kantonen unter Umständen mehrere Eheverträge abgeschlossen werden müssen¹⁴⁵. Für diese strenge Auffassung sprechen praktische Gründe; eine Freizügigkeit beim Abschluss solcher Rechtsgeschäfte wäre kaum durchführbar¹⁴⁶. Der Kanton St. Gallen hat das Problem in bezug auf zwei Kantone einwandfrei gelöst; er hat mit Thurgau und Appenzell A.Rh. je ein Übereinkommen abgeschlossen¹⁴⁷. Der gleichlautende Art. 1 Abs. 1 der beiden Übereinkommen bestimmt:

"Die Rechtsgeschäfte über dingliche Rechte an einem Grundstück, das in beiden Kantonen liegt, oder an mehreren Grundstücken, die getrennt in beiden Kantonen liegen und Gegenstand des Rechtsgeschäftes sind, werden durch die Urkundsperson desjenigen Kantons nach den dort geltenden Vorschriften beurkundet, in dessen Gebiet sich der grössere Teil der Gesamtfläche des oder der beteiligten Grundstücke befindet."

Nach Abs. 2 gilt auch gleiches für Tauschgeschäfte. Diese an sich zweckmässige Lösung bedarf einer staatsvertraglichen Grundlage, denn nach dem Territorialitätsprinzip kann kein Kanton von sich aus bestimmen¹⁴⁸, wie bei derartigen Geschäften die Beurkundung in einem anderen Kanton zu erfolgen hat¹⁴⁹. (67)

¹⁴⁴ Vgl. die Darlegung der Lehrmeinungen bei Carlen, Notariatsrecht 70f m.w.H; vgl. auch Marti, Notariatsprozess 49ff.

¹⁴⁵ BGE 113 II 501.

¹⁴⁶ Vgl. näher Marti, Notariatsprozess 50.

¹⁴⁷ Übereinkommen zwischen den Regierungen der Kantone St. Gallen und Thurgau vom 29.11.1938 bzw. Appenzell A.Rh. vom 17.9.1940 betreffend die Beurkundung und die grundbuchliche Behandlung von Rechtsgeschäften über dingliche Rechte an Grundstücken, die in beiden Kantonen liegen, sGS 914.371 und 914.372.

¹⁴⁸ A.A. Carlen, Notariatsrecht 71f.

¹⁴⁹ Art. 52 EVzZGB wiederholt daher nur die vertragsrechtliche Regel der beiden Übereinkommen mit Thurgau und Appenzell A.Rh. Im Bezug auf die übrigen angrenzenden Kantone ist Art. 52 EVzZGB bedeutungslos. Es sei denn, ein Nachbarkanton statuiere dieselbe Regel. Dann könnte man die beiden identischen Regeln als faktischen Staatsvertrag behandeln, der dann die tragfähige Rechtsgrundlage bieten würde. Siehe dazu den analogen Fall der beiden Wiedervereinigungsartikel der Basler Kantonsverfassungen. Das Bundesgericht hat es abgelehnt, die beiden Bestimmungen als

IV. Sonderfragen

1. Umfang der Beurkundungspflicht

Das Bundeszivilrecht bestimmt, was öffentlich zu beurkunden ist, also welche vertraglichen Abmachungen und welche Vorgänge und Zustände in dieser Form festzuhalten sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes hat die öffentliche Urkunde alle wesentlichen Punkte eines Vertrages zu erfassen¹⁵⁰. Etwa bei Grundstückkaufverträgen gehört dazu nebst der genauen Bezeichnung des Grundstücks auch die Festsetzung des Kaufpreises¹⁵¹. Dabei werden wichtige Zahlen, wie etwa der Kaufpreis oder die Pfandsumme, nicht nur in Zahlen, sondern aus Gründen der Eindeutigkeit stets auch in Worten ausgeschrieben¹⁵². Die genaue Bezeichnung des Grundstücks wird durch die obligatorische Aufnahme eines vollständigen Grundbuchauszuges in die Urkunde erreicht (vgl. Art. 60 Abs. 1 EVzZGB).

Der Umfang der Beurkundungspflicht bei *Grundstückkaufverträgen* ist nicht immer klar: Erstreckt sich der Formzwang eines mit Elementen des Grundstückkaufes gemischten Vertrages (Werkleistungen, Architektenverpflichtung) auf das gesamte Vertragswerk oder bloss auf den Kaufteil? Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fallen sowohl die objektiv als auch subjektiv wesentlichen Vertragspunkte unter die Formvorschrift des Grundstückkaufvertrages. Allerdings müssen diese wesentlichen Vertragspunkte ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages (m.a.W. das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung) betreffen. Der Formzwang erstreckt sich bloss auf Abmachungen im (68)

konkludenten Staatsvertrag zu interpretieren, vgl. BGE 96 I 636.

¹⁵⁰ Vgl. z.B. BGE 94 II 270, 95 II 42, 95 II 309, 98 II 316. Vgl. Carlen, Notariatsrecht 104 Anm. 35 m.w.H.

¹⁵¹ VP III Nr. 703.

¹⁵² Carlen, Notariatsrecht 103.

Rahmen des Kaufvertrages, nicht auf sonstige Vertragspunkte, auch wenn diese für die Parteien "conditio sine qua non" für den Abschluss des ganzen Vertrages sind¹⁵³. Im Zweifelsfall empfiehlt es sich, das gesamte Vertragswerk öffentlich zu beurkunden. Eine unnötige Beurkundung schadet nicht; die mangelnde Beurkundung kann aber den gesamten Vertrag hinfällig werden lassen.

Die in der Urkunde erwähnten Belege bilden nach Art. 19 Abs. 3 EGzZGB einen Bestandteil der Urkunde und sind ihr beizulegen¹⁵⁴. Die bloße Verweisung auf Nebenverträge zu einem der öffentlichen Beurkundung bedürftigen Geschäft ist unzulässig. Die Urkundsperson hat vielmehr diese Nebenverträge zu prüfen und festzustellen, ob sie zusammen mit dem Hauptgeschäft öffentlich beurkundet werden müssen¹⁵⁵.

2. Anforderungen an die Urschrift der Urkunde

Nach Art. 19 Abs. 1 EGzZGB kann die sog. *Urschrift* der Urkunde handschriftlich, in Maschinen- oder Druckschrift hergestellt werden. Das st. gallische Recht enthält keine Vorschriften über Korrekturen der Urschrift. Immerhin sollte in Anlehnung an die Regelungen anderer Kantone gelten, dass Korrekturen klar lesbar sein müssen. Auch die durchgestrichenen Worte sollten weiterhin lesbar bleiben. Eine Urkundsperson wird, falls ihr eine Textverarbeitungsanlage zur Verfügung steht, stets eine fehlerlose und saubere Urschrift ausdrucken lassen. Allfällige Änderungen der Urkunde müssen, sofern aus irgendwelchen Gründen nicht eine neue Urschrift erstellt wird, in gleicher Weise wie die Urkunde von allen mitwirkenden Personen unterzeichnet werden, von der Urkundsperson insbesondere dann, wenn sie Willenserklärungen darstellen¹⁵⁶. (69)

¹⁵³ BGE 113 II 404 oder 107 II 216. A.A. Leuenberger, Vertragsabschluss 67ff.

¹⁵⁴ Vgl. Carlen, Notariatsrecht 106; Marti, Notariatsprozess 144f; vgl. auch über die notwendigen Beilagen bei Gesellschaftsgründungen: Art. 629 i.V.m. 631 OR.

¹⁵⁵ Vgl. VP III Nr. 636.

¹⁵⁶ Marti, Notariatsprozess 147.

Das Papier muss von einwandfreier Qualität sein, denn die Urschriften müssen auch nach Jahrzehnten lesbar sein¹⁵⁷. Im Kanton St. Gallen beschaffen der Kanton und die Gemeinden das Papier, da die Beurkundungen meist von Kantons- und Gemeindebeamten vorgenommen werden. Die Rechtsanwälte haben in ihrer Funktion als Urkundspersonen ebenfalls aktenbeständiges Papier zu verwenden¹⁵⁸. Diese Vorschriften über die äussere Form der Urschrift haben blossen Ordnungscharakter. Sollte allerdings infolge schwerwiegender Mängel der Papierqualität der materiellrechtliche Inhalt des Rechtsgeschäftes nicht mehr erkennbar sein, so liegt keine öffentliche Urkunde im Sinne des Bundesrechts mehr vor.

V. Verfahren

1. Allgemeines

Das kantonale Recht bzw. die Praxis entscheiden, ob es sich bei den verfahrensrechtlichen Vorschriften um Ordnungs- oder Gültigkeitsvorschriften handelt. Je nachdem kann ein Vertrag aufrechterhalten oder muss als ungültig angesehen werden. Schweigt das kantonale Recht zu dieser Frage, so ist auf dem Wege der Auslegung zu bestimmen, ob eine Verfahrensvorschrift Ordnungs- oder Gültigkeitscharakter hat. Dabei ist insbesondere die Bedeutung der fraglichen Vorschrift im Beurkundungsverfahren und vor allem ihre Schutz- und Sicherungsfunktion für die Beurkundungsparteien abzuwägen. Für die Beurkundung von Rechtsgeschäften betreffend Grundstücke gelten die Sondervorschriften der Art. 55-65 EVzZGB, die hier - soweit ihnen eine (70)

¹⁵⁷ Marti, Notariatsprozess 146; Carlen, Notariatsrecht 102. Vgl. zu weiteren Anforderungen an die Urschrift: Marti, Notariatsprozess 145ff; Carlen, Notariatsrecht 102f.

¹⁵⁸ Die Rechtsanwälte erhalten für ihre vorzunehmenden öffentlichen Beurkundungen das Titelblatt mit dem Kantonswappen und der Aufschrift "Öffentliche Urkunde" bei der Staatskanzlei. Hinweis: Die Verwendung dieses Titelblattes ist freilich nicht Gültigkeitsvoraussetzung; es muss lediglich aus der Urkunde hervorgehen, dass eine st. gallische Urkundsperson eine öffentliche Urkunde aufgesetzt hat.

allgemeine Bedeutung abgeht - nicht behandelt werden¹⁵⁹.

Art. 24 EGzZGB behält die besonderen Formen der öffentlichen Beurkundung für einzelne Rechtsgeschäfte vor. Das Bundesrecht sieht in manchen Fällen besondere Formvorschriften vor¹⁶⁰, schreibt eine öffentliche Beurkundung mit einem Mindestinhalt vor¹⁶¹ oder verlangt die Aufnahme eines Rechtsgeschäftes in ein besonderes Register¹⁶². Diese besonderen, abweichenden Formvorschriften sind nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen. So müssen etwa bei einer öffentlichen Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen nur die Verfahrensvorschriften des Zivilgesetzbuches beachtet werden. Die Angabe der Tageszeit ist deshalb nicht Gültigkeitsvoraussetzung¹⁶³.

Das Beurkundungsverfahren wird nach seinem chronologischen Ablauf in verschiedene Verfahrensschritte untergliedert, nämlich in Einleitung (im folgenden 2.), Vorverfahren (3.), Hauptverfahren (4.) und Nachverfahren (5.)¹⁶⁴. (71)

¹⁵⁹ Vgl. dazu Musterurkunden 1/1ff; siehe ferner: Die öffentliche Beurkundung (Art. 657 ZGB), Übersicht Nr. 4.321 des st. gallischen Grundbuchinspektorates, o.O. 1976.

¹⁶⁰ So für die Eheschliessung, Art. 113ff ZGB; vgl. ferner die besonderen Formvorschriften bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung, beim Erbvertrag und beim Verpfändungsvertrag. Hier ordnet das Bundesrecht die Form der öffentlichen Beurkundung selbst; es sieht die Mitwirkung von zwei Zeugen vor und regelt die Ausstandsgründe für alle drei Rechtsgeschäfte in Art. 503 ZGB gleich selber. Vgl. Carlen, Notariatsrecht 100; ZBJV 1950 404ff, insb. S. 407; GVP 1960 Nr. 77.

¹⁶¹ Vgl. z.B. Art. 493 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 OR; Art. 184 und 337 ZGB (Unterschrift aller Parteien).

¹⁶² So für die Abrede des Eigentumsvorbehaltes, Art. 715 ZGB. Weitere Beispiele: Art. 337 (Unterschrift aller Gemeinder oder ihrer Vertreter) oder Art. 857 Abs. 2 ZGB (Schuldbrief und Gült bedürfen nach st. gallischem Recht der Unterschrift des Grundbuchverwalters und des Gemeindammanns, vgl. Art. 2 EGzZGB). Selbstverständlich unterliegen alle möglichen Akte im Zusammenhang mit (öffentlichen) letztwilligen Verfügungen deren Formvorschriften (z.B. Errichtung einer Stiftung, Art. 81; Anerkennung der Vaterschaft, Art. 260 Abs. 3 oder die Begründung von Stockwerkeigentum, Art. 712d Abs. 3 ZGB)

¹⁶³ Vgl. GVP 1960 Nr. 77.

¹⁶⁴ Vgl. ausführlich Marti, Notariatsprozess 83ff; Musterurkunden 1/1ff.

2. Einleitung

Am Beginn jeder öffentlichen Beurkundung steht das *Gesuch* einer oder beider Urkundsparteien an die Urkundsperson, eine öffentliche Urkunde zu errichten¹⁶⁵. Das Bundesrecht und auch das st. gallische Recht schweigen sich über die Einleitung aus. Soweit sich das Gesuch um Vornahme einer Beurkundung an einen Beamten als Urkundsperson richtet, so muss der Beamte das Gesuch an die Hand nehmen¹⁶⁶. Der Rechtsanwalt als Urkundsperson kann hingegen das Gesuch ablehnen, denn soweit öffentlichrechtliche Vorschriften über die Beurkundung durch den Rechtsanwalt fehlen, kommt Auftragsrecht (Art. 394ff OR) zur Anwendung¹⁶⁷. Das Gesuch kann von der Urkundsperson persönlich oder von einer Hilfsperson entgegengenommen werden. In der öffentlichen Urkunde kann in der Einleitungsformel auf das Beurkundungsgesuch Bezug genommen werden. Das Gesuch bedarf keiner Form; es kann auch jederzeit bis zum Abschluss des Hauptverfahrens zurückgezogen werden; einen Rückzug zur Unzeit gibt es nicht¹⁶⁸.

3. Vorverfahren

a) Prüfung des Beurkundungsgesuches

Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob

- sie sachlich (Art. 15 EGzZGB) und örtlich nach der innerkantonalen und interkantonalen Kompetenzabgrenzung zuständig ist;
- §in ihrer Person ein Ausstandsgrund besteht (Art. 16 EGzZGB i.V.m. Art. 7 (72))

¹⁶⁵ Musterurkunden 1/1; Marti, Notariatsprozess 83. Heute ist die Bezeichnung "Rogation" (Ersuchung um Vornahme einer Beurkundung) nicht mehr gebräuchlich.

¹⁶⁶ Imboden/Rhinow Nr. 80 B. II, S. 496; Rhinow/Krähenmann Nr. 80 B., S. 257f.

¹⁶⁷ Vgl. zu diesem Problem ausführlich die Erörterungen zu den Kosten, S. 84f. A.A. Marti, Notariatsprozess 84.

¹⁶⁸ Marti, Notariatsprozess 86.

VRP¹⁶⁹);

- die verlangte Beurkundung nicht rechts- oder sittenwidrig ist oder gegen die guten Sitten verstösst. Der zu beurkundende Vertragsinhalt darf ferner auch nicht tatsächlich oder rechtlich unmöglich sein (Art. 20 Abs. 1 OR, Art. 27 ZGB). Scheingeschäfte dürfen ebenfalls nicht beurkundet werden.

Die Urkundsperson hat die Identität der Urkundsparteien zur Kenntnis zu nehmen. Ferner hat sie während des gesamten Verfahrens, insbesondere im Hauptverfahren, die Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien und die Vollmacht allfälliger Vertreter im Auge zu behalten. Ergeben sich daran Zweifel, so veranlasst die Urkundsperson eine nähere Abklärung¹⁷⁰.

Ergibt die Prüfung des Gesuches, dass einer Beurkundung nichts im Wege steht, so nimmt das Vorverfahren seinen Fortgang.

b) Ermittlung des Parteiwillens und des Sachverhalts

Die Urkundsperson muss wissen, was die Urkundsparteien wollen. Sie ermittelt diesen Willen vor allem durch das *persönliche Gespräch*. Unter Umständen kann die Urkundsperson auch einen Augenschein vornehmen. In aller Regel sind die Urkundsparteien an einer wahrheitsgetreuen Wiedergabe ihrer Willenserklärungen interessiert und bemühen sich selbst um Wahrheit. Wenn die Urkundsperson jedoch vermuten muss, dass ihr nicht die Wahrheit mitgeteilt wird, so sind die Urkundsparteien allenfalls auf Art. 253 StGB (Erschleichung einer Falschbeurkundung) aufmerksam zu machen. Die Urkundsperson kann sich auch durch eine Hilfsperson über den Parteiwillen orientieren; sie muss sich dann aber im Hauptverfahren versichern, dass der im Urkundsentwurf festgehaltene Geschäftswille die Parteierklärung richtig wiedergibt. Soweit es sich um Sachbeur- (73)

¹⁶⁹ Siehe dazu GVP 1979 Nr. 24, 1983 Nr. 1; ARVP XI Nr. 218 (Verletzung der Ausstandspflicht durch die Urkundsperson zieht die Anfechtbarkeit des beurkundeten Rechtsgeschäftes nach sich).

¹⁷⁰ Vgl. S. 75f.

kundungen handelt, muss sich die Urkundsperson selbst davon überzeugen können, dass die Sachverhalte richtig wiedergegeben sind¹⁷¹. Die Urkundsperson hat bei Unklarheiten oder Unstimmigkeiten die Interessen der Parteien gleichmässig und unparteiisch zu wahren und sich um einen gerechten Ausgleich zu bemühen, soweit noch offene Fragen vorhanden sind¹⁷².

c) Rechtsbelehrung

Die Rechtsbelehrung geht mit der Ermittlung des Parteiwillens einher. Die Urkundsperson hat die Parteien über den rechtlichen Inhalt und die Bedeutung der Urkunde zu belehren und sie auf Mängel, tatsächliche Unrichtigkeiten und Widersprüche mit gesetzlichen Bestimmungen aufmerksam zu machen (Art. 18 Abs. 1 EGzZGB). Vor allem wenn die Urkundsperson den Text auf Verlangen der Parteien selbst aufgesetzt hat, was ja die Regel darstellt, so hat sie vorher alle aufgeworfenen Rechtsfragen zu prüfen, mögliche Varianten darzulegen und nicht zuletzt auch auf die Steuerfolgen des beabsichtigten Geschäfts hinzuweisen¹⁷³. "Erkennt die Urkundsperson, dass eine geschäftsunerfahrene Person in Gefahr steht, zu einem für sie nachteiligen Geschäftsabschluss verleitet oder ausgenützt zu werden, so ist sie zu einer warnenden Aufklärung berechtigt und verpflichtet. Die warnende Aufklärung muss sofort, und zwar im Amtslokal, vorgenommen werden"¹⁷⁴. (74)

¹⁷¹ Vgl. Carlen, Notariatsrecht 91; Beispiel: Art. 195a ZGB (Inventar der Vermögenswerte); zuständige Urkundsperson ist der Gemeindevorsteher (Art. 15 Ziff. 2 EGzZGB). Sind sich die Parteien über die Mitwirkung an der Aufnahme dieses Inventars uneinig, so kann der Bezirksgerichtspräsident im summarischen Verfahren darüber entscheiden, vgl. Ziff. 26 Anhang ZPV.

¹⁷² Musterurkunden 1/2.

¹⁷³ Marti, Notariatsprozess 101f; Carlen, Notariatsrecht 124ff. Freilich muss die Urkundsperson nicht eine eigentliche Steuerberatung durchführen, vgl. Musterurkunden 1/2.

¹⁷⁴ GVP 1966 Nr. 48; der Grundbuchverwalter muss jedoch einen Liegenschaftskäufer nicht auf Missstände in hygienischer oder baulicher Beziehung aufmerksam machen, vgl. VP III Nr. 221.

d) Ausarbeitung der Urkunde

Es ist das Ziel des Vorverfahrens, den Entwurf zur Urschrift sorgfältig auszuarbeiten. Die Urkundsperson formuliert den Entwurf in enger Absprache mit den Parteien und entsprechend ihren Willenserklärungen. Art. 17 EGzZGB gestattet aber auch¹⁷⁵, dass die Urkunde von den Parteien selbst entworfen wird. In der Praxis kommt dies kaum vor, da den Parteien vielfach die notwendigen Detailkenntnisse (etwa beim Grundstückskauf) oder Rechtskenntnisse fehlen. Es ist zweckmässig, den Entwurf der Urkunde den Parteien zuzustellen. Er ist die Grundlage für das Hauptverfahren. Erheben die Parteien gegen den Entwurf Einwände, so gilt er gewissermassen als "Vorentwurf". Er ist die Grundlage zu allfälligen weiteren Verhandlungen¹⁷⁶. Die Zustellung des Entwurfes erlaubt den Parteien eine gute Vorbereitung auf das Hauptverfahren. Sie können zu Hause ohne Zeitdruck den Entwurf der Urkunde durchlesen und von der Urkundsperson oder der allfällige Vertragspartei Erläuterungen verlangen. Die Urkundsperson sollte dem Verlangen nach weiterer Beratung unbedingt nachgeben; sie ist selber auf die Wahrheit des Urkundeninhalts verpflichtet (Art. 317 StGB).

e) Überprüfung der Identität, Vertretungsbefugnis und Handlungsfähigkeit

Die Urkundsperson hat nach Art. 18 Abs. 2 EGzZGB die Identität der Parteien und der mitwirkenden Personen, die Vertretungsbefugnis von Vertretern und die Rechts- und Handlungsfähigkeit der beteiligten Personen sorgfältig zu prüfen und sich die erforderlichen Ausweise vorlegen zu lassen¹⁷⁷. Die Urkundsperson hat bei Parteien und mitwirkenden Personen, die ihr nicht persönlich bekannt sind, einen Personalausweis zu verlangen (Pass, Identitätskarte). Die Urkundsperson muss die Identität dieser Personen spätestens bis zum Beginn des Hauptverfahrens (75)

¹⁷⁵ Vgl. kritisch Marti, Notariatsprozess 100 und 103; Carlen, Notariatsrecht 92 und Anm. 17 m.w.H.

¹⁷⁶ Vgl. Musterurkunden 1/2.

¹⁷⁷ Vgl. näheres bei Marti, Notariatsprozess 60, 91ff; Carlen, Notariatsrecht 90ff.

festgestellt haben¹⁷⁸.

Handelt eine Urkundspartei für eine Drittperson, so muss sich die Urkundsperson überzeugen, dass die *Vollmachten* gültig sind oder dass ein *gesetzliches Vertretungsverhältnis* vorliegt. Die Urkundsperson kann die Beglaubigung der Unterschriften auf den *schriftlichen* Vollmachten verlangen¹⁷⁹. Die Vollmacht allerdings bedarf nicht der öffentlichen Beurkundung¹⁸⁰. Liegt offensichtlich eine Doppelvertretung, ein Selbstkontrahieren oder eine sonstige Interessenkollision vor, so hat die Urkundsperson die Beurkundung zu verweigern. Fehlen die Ausweise über die Vertretungsbefugnis, so veranlasst die Urkundsperson, dass sie beigebracht werden. Bestehen die Urkundsparteien bei Grundstücksgeschäften trotz fehlenden Ausweises über die Vertretungsbefugnis auf der öffentlichen Beurkundung, kann sie gleichwohl vorgenommen werden. In der Urkunde ist der Mangel unter Nennung der fehlenden Ausweise zu erwähnen (Art. 56 Abs. 1 EVzZGB).

In bezug auf die gemäss Art. 169 Abs. 1 ZGB erforderliche Zustimmung des Ehegatten zu Rechtsgeschäften betreffend die Familienwohnung hält Art. 18 Abs. 3 EGzZGB fest, dass die Urkundsperson darauf zu achten hat, dass die Zustimmung beigebracht werden kann. Liegt sie nicht vor, so darf der Vertrag nicht beurkundet werden. Die fehlende Zustimmung des Ehegatten macht das fragliche Rechtsgeschäft nichtig.

Erachtet die Urkundsperson eine Partei als *nicht urteilsfähig*, so hat sie die Beurkundung zu verweigern. Sie kann auch bei zweifelhafter Urteilsfähigkeit, unter Kenntnissgabe an die Parteien, auf der Urkunde eine entsprechende Bemerkung anbringen¹⁸¹. In Zweifelsfällen kann ferner ein schriftliches Arztzeugnis, das die Urteilsfähigkeit positiv einschätzt, eingeholt werden. Die Urkundsperson (76)

¹⁷⁸ Vgl. Art. 56 Abs. 2 EVzZGB für die Beurkundung durch den Grundbuchverwalter.

¹⁷⁹ Vgl. Art. 57 EVzZGB für den Grundbuchverwalter als Urkundsperson, was aber auch für die anderen Urkundspersonen gilt.

¹⁸⁰ So Art. 16 Abs. 1 GBV für Geschäfte an Grundstücken.

¹⁸¹ Art. 18 Abs. 4 EGzZGB; Musterurkunden 1/3; Carlen, Notariatsrecht 90f.

person sollte diesbezüglich auf der Urkunde eine Bemerkung anbringen und das Zeugnis zusammen mit der Urschrift verwahren.

Gemäss Art. 19 Abs. 2 Ziff 1 EGzZGB muss die Urkunde die genaue Bezeichnung der Parteien, der für sie handelnden Vertreter und der nötigenfalls mitwirkenden Personen (Zeugen, Sachverständige, Übersetzer) enthalten. Das Bundesrecht fordert jedenfalls, dass die Urkundsparteien und alle mitwirkenden Personen einwandfrei identifiziert werden können; insoweit handelt es sich um Gültigkeitsvorschriften. Daher ist es zweckmässig, nach den ausgeschriebenen Namen, Geburtsdatum, Bürgerort und aktuelle Adresse anzugeben¹⁸². Für Grundbuchbelege stellt Art. 15 Abs. 4 GBV präzise Anforderungen an die Identifizierung der Parteien.

4. Hauptverfahren

a) Zweck

Der eigentliche Beurkundungsvorgang wird in der Lehre als "Hauptverfahren" bezeichnet, obwohl die kantonalen Gesetze diese Bezeichnung nicht kennen¹⁸³. Die sog. Urschrift der öffentlichen Urkunde entsteht in diesem Verfahren. Von grosser Bedeutung ist die Einhaltung der Verfahrensvorschriften; im Hauptverfahren handelt es sich meistens um Gültigkeitsvorschriften. Das in Art. 20 Abs. 2 EGzZGB vorgeschriebene Beurkundungsformel enthält lediglich die Bestätigung, dass das Hauptverfahren richtig durchgeführt worden ist¹⁸⁴. Das Hauptverfahren beginnt mit der Kenntnissgabe der Willenserklärungen der Parteien wie er im Entwurf zur Urschrift enthalten ist (Rekognition) und endet nach der Beurkundungsformel mit der Unterzeichnung der Urschrift durch die Urkundsperson. (77)

¹⁸² Vgl. eingehender Marti, Notariatsprozess 136ff; Carlen, Notariatsrecht 104.

¹⁸³ Marti, Notariatsprozess 105; Carlen, Notariatsrecht 92ff.

¹⁸⁴ Vgl. Marti, Notariatsprozess 105f.

b) Mitwirkende Personen

Im Hauptverfahren müssen die *Urkundsparteien* und die *Urkundsperson* stets mitwirken. Die Urkundsperson kann sich nicht durch eine Hilfsperson ohne Beurkundungskompetenz vertreten lassen. Dies würde die bundesrechtlichen Mindestanforderungen eines öffentlichen Beurkundungsverfahrens verletzen¹⁸⁵. Das Bundesrecht schreibt ferner in den Fällen der öffentlichen, letztwilligen Verfügung, des Erb- und Verpfändungsvertrages (Art. 499 und 512 ZGB, Art. 522 OR) die Mitwirkung von zwei *Zeugen* vor. Die Zeugen müssen die Voraussetzungen des Art. 503 ZGB erfüllen.

Die Verhandlung vor der Urkundsperson kann in einer sämtlichen Parteien und mitwirkenden Personen verständlichen Sprache erfolgen; dies gilt auch für die Sprache des Urkundstextes. In der Regel wird dies die deutsche Sprache sein¹⁸⁶. Können sich die mitwirkenden Personen nicht in einer Sprache verständigen, so ist ein *Dolmetscher* beizuziehen. In der Urkunde ist dann anzugeben, warum ein Dolmetscher beigezogen werden musste. Der Dolmetscher muss auf der Urkunde unterschriftlich bezeugen, dass die Übersetzung gewissenhaft erfolgt ist (vgl. Art. 21 Abs. 1-3 EGzZGB).

Bei *kommunikationsbehinderten Urkundsparteien* (Taube, Stumme, Taubstumme) hat sich die Urkundsperson zu überzeugen, dass die Partei den Inhalt der Urkunde zu erfassen vermag. Nötigenfalls ist ein *Sachverständiger* (Taubstummenlehrer) beizuziehen; auch er hat die Urkunde zu unterzeichnen. Dessen Unterschrift ist ein Gültigkeitserfordernis, denn es ist sicherzustellen, dass die behinderte Person nicht ausgenutzt wird.

Für *Schreibunfähige* sieht schon Art. 15 Abs. 1 OR vor, dass diese ihre Unterschrift durch ein beglaubigtes Handzeichen oder durch öffentliche (78)

¹⁸⁵ Vgl. VPB 1982 Nr. 7; Musterurkunden 1/4.

¹⁸⁶ Art. 21 Abs. 1 EGzZGB; der Kanton St. Gallen hat damit eine Anregung des Memorials, BBl 1908 IV 514, aufgenommen.

Beurkundung ersetzen können. Diese öffentliche Urkunde kann gemäss Art. 15 Ziff. 3 und 4 EGzZGB durch den Grundbuchverwalter (nur in Grundbuchsachen), den Bezirksamman, Gemeindamman und Gemeinderatschreiber erstellt werden¹⁸⁷. Schreibunfähige lassen öffentliche Urkunden vorzugsweise von diesen Urkundspersonen errichten. Denn der Grundbuchverwalter, der Bezirksamman, Gemeindamman und der Gemeinderatschreiber können die öffentliche Urkunde mit dem Sachgeschäft und den Ersatz der Unterschrift (Art. 15 Abs. 1 OR) in einem Verfahren beurkunden¹⁸⁸.

c) *Rekognition*

Mit der Rekognition erhalten die Urkundsparteien Kenntnis vom Inhalt der zu genehmigenden Urkunde. Sie sollen im Entwurf zur Urschrift ihren Willen wiedererkennen ("recognoscere"). Art. 20 Abs. 1 EGzZGB sieht die Rekognition in der Form der *Vorlesung* und in der Form der *Selbstlesung* vor. Was Art. 59 EVzZGB für den Grundbuchverwalter bestimmt, gilt für alle Urkundspersonen. Das Vorlesen kann in Anwesenheit der Urkundsperson auch einer Hilfsperson überlassen werden. Die durchgeführte Rekognition ist eine unverzichtbare Gültigkeitsvoraussetzung für das Entstehen einer öffentlichen Urkunde¹⁸⁹. Die Parteien dürfen nicht unter Hinweis, dass sie den Urkundstext bereits kennen, auf die Rekognition verzichten. Die Urkundsparteien haben sich im Hauptverfahren zu versichern, dass der Entwurf der Urkunde ihrem Willen entspricht. Dies hat (79)

¹⁸⁷ Durch die Gesetzgebung überholt ist VP III Nr. 704. In BGE 45 II 124 wurde zu Recht entschieden, dass die Testamentserrichtung nach Art. 502 ZGB (sog. Blindentestament) als *lex specialis* dem Art. 15 OR vorgehe. A.A. Kramer Ernst/Schmidlin Bruno, Berner Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986, N. 31 zu Art. 15 OR, S. 474.

¹⁸⁸ Dabei erfolgt nur eine einzige öffentliche Beurkundung: "Der Verkäufer X hat diesen Kaufvertrag unter Verzicht auf das Vorlesen gelesen; die Urkunde enthält seinen mitgeteilten Parteiwillen.

X ist zufolge eines Schlaganfalles gelähmt und kann weder unterzeichnen noch ein Handzeichen anbringen. Seine Unterschrift wird durch die Beurkundung ersetzt. Diese Beurkundung erfasst somit den Vertragsinhalt wie auch den Ersatz der Unterschrift." Vgl. Musterurkunden 4/2.

¹⁸⁹ Marti, Notariatsprozess 110; Musterurkunden 1/4.

gerade im Zeitalter der Textverarbeitung, wo am Text leicht Veränderungen vorgenommen werden können, eine grosse Bedeutung. Die Rekognition erstreckt sich auf den ganzen rechtsgeschäftlichen Teil des Entwurfes, nicht aber auf die Beurkundungsformel¹⁹⁰.

Die Urkundsparteien haben anlässlich der Rekognition zum letzten Mal die Gelegenheit, den Urkundsentwurf zu ändern. Sie müssen sich schlüssig werden, ob der Wortlaut des Entwurfes ihren Willen vollständig und genau wiedergibt¹⁹¹. Wünsche auf Abänderung, Ergänzung oder Streichungen haben die Parteien und die Urkundsperson miteinander zu besprechen und sind in der Urkunde zu berücksichtigen. Die heutigen Textverarbeitungsanlagen erlauben es, dass bei Änderungen ein neuer, einwandfreier Entwurf ausgedruckt werden kann. Steht eine solche Anlage nicht zur Verfügung, so muss die Urkundsperson dafür besorgt sein, dass der geänderte Text auch später eindeutig festgestellt werden kann¹⁹². Treten bei Verträgen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Urkundsparteien auf, so müssen diese bereinigt werden. Ist dies nicht möglich, so kommt der Vertrag nicht zustande und das Verfahren der öffentlichen Beurkundung muss eingestellt werden¹⁹³.

d) Genehmigung

Gemäss Art. 19 Abs. 2 Ziff. 2 EGzZGB hat die Urkunde die Willensäusserung der Parteien zu enthalten. Das Gesetz ist hier etwas unpräzise, denn öffentlich (80)

¹⁹⁰ Marti, Notariatsprozess 109.

¹⁹¹ Marti, Notariatsprozess 115f.

¹⁹² Siehe die Ratschläge in Musterurkunden 1/5. Bei grösseren Änderungen empfiehlt es sich, die ganze Seite nochmals zu schreiben. Bei kleinen Änderungen haben die Parteien am Rande der geänderten Seite ihre Unterschrift anzubringen. Allenfalls kann am Schluss der Urkunde, wenn Ort und Datum noch nicht eingesetzt sind, die Korrektur in einer ergänzenden Vertragsbestimmung vorgenommen werden.

¹⁹³ Marti, Notariatsprozess 116.

beurkundet werden nicht nur Willenserklärungen, sondern auch Tatsachen¹⁹⁴. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Beurkundung von Willenserklärungen¹⁹⁵.

Nach der Rekognition und einer allenfalls vorgenommenen Bereinigung des Entwurfes haben die Parteien der Urkundsperson zu erklären, dass der Entwurf ihrem wirklichen Willen entspricht. Die Genehmigung eines Vertrages bezieht sich auf die im Entwurf enthaltenen Willenserklärungen. Die Genehmigung hat vorbehaltlos zu erfolgen. Sie drückt sich durch die Parteiunterschrift auf dem Urkundsentwurf aus. Die Unterzeichnung durch die Urkundsparteien¹⁹⁶ ist eine Gültigkeitsvoraussetzung.

e) Abschluss des Hauptverfahrens und Beurkundungsformel

Nachdem die Parteien und übrigen mitwirkenden Personen unterschrieben haben, setzt die Urkundsperson Ort, Tag und Stunde der Verhandlung ein (Art. 19 Abs. 2 Ziff. 3 EGzZGB). Die Urkundsperson kann zwar schon vor dem Hauptverfahren das Datum festsetzen; die Uhrzeit wird sie jedoch erst bei der Unterzeichnung des Entwurfes einsetzen können. Daher ist es zweckmässig, wenn die Urkundsperson Ort, Tag und Stunde erst bei der Unterzeichnung handschriftlich anbringt. Auf diese Weise können Fehler vermieden werden¹⁹⁷. Die Angabe der Stunde ist eine blosser Ordnungsvorschrift¹⁹⁸, dagegen ist die richtige Datierung eine Gültigkeitsvoraussetzung.

Nach Art. 20 Abs. 2 EGzZGB erfolgt die öffentliche Beurkundung in der Weise, (81)

¹⁹⁴ Vgl. S. 59.

¹⁹⁵ Siehe zur Sachbeurkundung: Carlen, Notariatsrecht 85f; Marti, Notariatsprozess 125ff.

¹⁹⁶ Vgl. Art. 19 Abs. 2 Ziff. 4 EGzZGB und dazu VP III Nr. 704. Siehe aber zu den Schreibunfähigen S. 78f.

¹⁹⁷ So auch Marti, Notariatsprozess 120.

¹⁹⁸ VP I Nr. 464 nicht nur für den hier entschiedenen Fall der öffentlichen letztwilligen Verfügung; Carlen, Notariatsrecht 106.

dass der Beurkundende auf der Urkunde unterschriftlich bescheinigt, die Urkunde sei den Parteien vorgelesen oder sie sei von ihnen gelesen worden und enthalte ihren Parteiwillen. Das Gesetz ist freilich etwas ungenau, indem es die Beurkundungsformel mit dem Prozess der öffentlichen Beurkundung gleichsetzt. Der Begriff "öffentliche Beurkundung" bezeichnet das ganze Hauptverfahren. Dagegen umschreibt Art. 20 Abs. 2 EGzZGB die *Beurkundungsformel*, welche bescheinigt, dass das Hauptverfahren mit seinen Gültigkeitsvorschriften korrekt durchgeführt worden ist. Die Beurkundungsformel und die Unterschrift der Urkundsperson werden zweckmässigerweise zuletzt, am Ende des Entwurfes angebracht. Wenn die Urkundsperson als letzte unterschrieben hat, ist die öffentliche Urkunde entstanden. Damit sind inhaltliche Änderungen nur noch durch eine Wiederholung des Hauptverfahrens möglich.

Soweit ein Beamter die Urkunde anfertigt, bringt er am Schluss der Urkunde noch einen Amtsstempel an. Der Stempelaufdruck ist freilich nicht Gültigkeitsvoraussetzung, da das st. gallische Recht darüber keine Vorschriften aufstellt. Der Stempel soll die Herkunft der Ausfertigung bekräftigen¹⁹⁹. Die Rechtsanwälte als Urkundspersonen können ebenfalls einen Stempelaufdruck anbringen²⁰⁰.

f) Einheit des Beurkundungsaktes

Art. 23 Abs. 1 EGzZGB schreibt die Einheit der Beurkundung vor. Alle mitwirkenden Personen müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein und das Verfahren soll ohne erhebliche Unterbrechung zu Ende geführt werden. Nach der Rechtsprechung ist dies eine Ordnungsvorschrift²⁰¹. Bei der öffentlichen Beurkundung von Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken kann das Verfahren für jede Partei gesondert, d.h. getrennt durchgeführt werden (vgl. Art. 23 Abs. 2 EGzZGB). Eine weitere Erleichterung gilt für Verträge betreffend (82)

¹⁹⁹ Vgl. Carlen, Notariatsrecht 108.

²⁰⁰ Vgl. St. Gallischer Anwaltsverband, Richtlinien 7.

²⁰¹ GVP 1979 Nr. 19.

Grundpfandrechte, da hier nur der Grundeigentümer anwesend zu sein braucht, wogegen der Gläubiger (in der Regel die Bank) eine schriftliche Erklärung abgeben kann (Art. 23 Abs. 3 EGzZGB).

5. Nachverfahren

a) Protokollierung und Aufbewahrung

Die st. gallischen Urkundspersonen haben den Inhalt der erstellten Urschriften in ein Protokoll einzutragen (Art. 25 Abs. 1 EGzZGB). Dieses erleichtert die Aufsicht der jeweils zuständigen Behörden und gestattet auch eine raschere Entlarvung von falschen öffentlichen Urkunden. Am einfachsten werden die im Laufe bestimmter Zeitperioden errichteten Urkunden zusammen mit einem Inhaltsverzeichnis in der Reihenfolge des Errichtungsdatums eingebunden. Dieser Band bildet dann das von Art. 25 Abs. 1 verlangte Protokoll. Diese Art der Protokollierung ist bei allen st. gallischen Urkundspersonen zweckmässig, soweit nicht besondere Aufbewahrungsvorschriften bestehen (Art. 25 Abs. 2 EGzZGB)²⁰². Eine derartige Protokollierung ist insbesondere bei einem Rechtsanwaltsbüro angezeigt²⁰³. Wird das Rechtsanwaltsbüro definitiv aufgelöst, so sind alle Protokolle dem Justiz- und Polizeidepartement abzuliefern, das sie dem Staatsarchiv übergibt. Wird dagegen eine Praxis von einem andern Rechtsanwalt mit den bisherigen Klienten übernommen, so ist es zweckmässig, dass die Protokolle beim Nachfolger verbleiben.

b) Erforderliche Anzahl Exemplare

Die öffentlichen Urkunden werden in der erforderlichen Anzahl Exemplare (83)

²⁰² So für öffentliche letztwillige Verfügungen vgl. S. 150f und für die Aufbewahrung der Grundbuchbelege vgl. Art. 28-30 GBV.

²⁰³ Vgl. St. Gallischer Anwaltsverband, Richtlinien 7f; siehe auch Marti, Notariatsprozess 150ff, Carlen, Notariatsrecht 132f.

hergestellt. Die technische Entwicklung hat die Unterscheidung zwischen Urschrift (Original) und Ausfertigungen (hergestellte Abschriften zwecks Vertretung des Originals im Rechtsverkehr)²⁰⁴ hinfällig gemacht. Dank Computer und Kopiergeräten kann die erforderliche Anzahl von Exemplaren mit den notwendigen Unterschriften und Bestätigungen im Hauptverfahren hergestellt werden. Die am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien und, soweit dies notwendig ist, eine zuständige Behörde (z.B. ein Registerführer oder der Bezirksammann im Sinne von Art. 504 ZGB) erhalten je ein Exemplar²⁰⁵. Die Anzahl der Exemplare und deren Empfänger können in der Urkunde selbst genannt werden. Die Exemplare werden schliesslich eingebunden und den Empfängern zugestellt.

VI. Kosten

Da der Kanton St. Gallen weitgehend dem System des Beamtennotariats folgt, sind die Gebühren in den jeweiligen Gebührentarifen festgelegt. Der Gebührentarif für die Staats- und Gemeindeverwaltung (GebT) enthält im Anhang unter den Ziffern 60.01ff die nach Sachgebieten geordneten Gebühren. So kosten beispielsweise die Beurkundung eines Ehe- und Erbvertrages Fr. 230.-- bis 1145.-- (Ziff. 60.02.03 GebT) oder einer öffentlichen letztwilligen Verfügung Fr. 80.-- bis 800.-- (Ziff. 60.06 GebT). Die Gebühren der Grundbuchämter legt ein besonderer Gebührentarif fest²⁰⁶. Da der örtlich zuständige Grundbuchführer Urkundsperson und zugleich Registerführer ist, gelten für die öffentliche Beurkundung und die Eintragung zusammen einheitliche Gebühren. Wenn aber eine Eintragung ins Grundbuch aus irgendeinem Grunde unterbleibt, so wird für die öffentliche Beurkundung allein eine Gebühr erhoben (vgl. Ziff. 68-70 GebT). Die durch Beamte vorgenommenen Beurkundungen sind im Kanton St. Gallen, wie in allen (84)

²⁰⁴ Vgl. Marti, Notariatsprozess 153ff ausführlich zum älteren System mit Urschrift und Ausfertigungen.

²⁰⁵ St. Gallischer Anwaltsverband, Richtlinien 6f.

²⁰⁶ für die Grundbuchämter und die Grundstückschätzungskommissionen vom 11.11.1975, sGS 914.5.

Kantonen mit einem Amtsnotariat, kostengünstig.

Für die Beurkundungen durch Rechtsanwälte gibt es keinen amtlichen Tarif; die staatlichen Gebührentarife sind unanwendbar²⁰⁷. Die Konkurrenzsituation zwischen Rechtsanwälten und den beurkundenden Beamten sorgt allerdings für eine faktische Angleichung der Kosten der anwaltlichen Beurkundung an die amtlichen Gebührentarife. Der st. gallische Anwaltsverband hat im Sinne einer Empfehlung einen ausseramtlichen Gebührentarif mit entsprechenden Positionen aufgestellt.

Die neuere Lehre und Rechtsprechung halten die Beurkundungsgebühren der beamteten oder freiberuflichen Urkundsperson für öffentlichrechtliche Gebühren des kantonalen Rechts²⁰⁸. Dies mag dort zutreffen, wo das kantonale Recht die Gebühren der freiberuflichen Notare festlegt²⁰⁹. Im Kanton St. Gallen, wo das kantonale Recht schweigt, richtet sich die Entschädigung nach dem Zivilrecht und zwar nach Auftragsrecht (Art. 394ff OR)²¹⁰. Im übrigen scheidet eine öffentlichrechtliche, kantonale Gebühr schon deshalb aus, weil sie einer rechtssatzmässigen Grundlage bedürfte. Diese ist im Kanton St. Gallen aber gerade nicht gegeben. Die Beurkundungsentgelte der st. gallischen Rechtsanwälte unterliegen daher nicht den bundesgerichtlichen Grundsätzen der Gebührenbemessung (Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip). (85)

²⁰⁷ St. Gallischer Anwaltsverband, Richtlinien 8.

²⁰⁸ Vgl. den im Ergebnis kaum haltbaren BGE 103 Ia 87; ferner BGE 83 I 87; Marti, Notariatsprozess 157. Die Beurkundungsgebühren unterliegen daher den Grundsätzen der Verwaltungsgebührenbemessung (Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip) und ferner darf die Gebührenhöhe die vom Bundeszivilrecht vorgesehenen Beurkundungen nicht verunmöglichen oder übermässig erschweren, vgl. BGE 103 Ia 88.

²⁰⁹ Wie dies beim vielzitierten Beispiel des Kantons Bern der Fall ist, vgl. BGE 103 Ia 87.

²¹⁰ Vgl. Carlen, Notariatsrecht 156 für den Fall, dass das kantonale Recht gewisse Funktionen im Tarif nicht aufführt. In BGE 117 II 282 liess es das Bundesgericht offen, ob der st. gallische Verbandstarif bei aussergerichtlichen, anwaltlichen Bemühungen als regelbildende Übung in Betracht kommt.

VII. Exkurs: Formersetzende Wirkung des gerichtlichen Vergleiches²¹¹

Die Lehre spricht dem gerichtlichen Vergleich und insbesondere der Scheidungskonvention die formersetzende Wirkung zu²¹². Die in einem gerichtlichen Vergleich oder in einer Scheidungskonvention vereinbarte Übertragung von Grundeigentum bedarf keiner öffentlichen Beurkundung. Die Zwecke der öffentlichen Beurkundung²¹³ lassen sich insbesondere bei der Scheidungskonvention mit richterlicher Genehmigung erreichen, zumal die Prüfungspflicht des Scheidungsrichters weiter geht als diejenige des Urkundsbeamten²¹⁴.

Die Urkundspersonen und Grundbuchverwalter haben kritisiert²¹⁵, damit würden die Funktionen des Richters und der Urkundspersonen vermengt. Häufig könnten die beim Grundbuchamt eingereichten Konventionen grundbuchlich nicht vollzogen werden, weil die Rechtsverhältnisse der fraglichen Grundstücke nicht oder ungenügend abgeklärt worden seien. Dem Grundbuchverwalter bleibe dann lediglich die Abweisung der Anmeldung von Eigentumsübertragungen übrig. Tatsächlich ist es richtig, dass mit dieser Rechtsprechung der Richter Aufgaben übernehmen muss, die eigentlich der Urkundsperson obliegen würden.

Damit ein gerichtlicher Vergleich oder eine Konvention ohne grössere Schwierigkeiten vollzogen werden können, ist folgendes erforderlich:

- Die exakte Bezeichnung des fraglichen Grundstücks (d.h. Grundbuchkreis und Grundstücksnummer); am besten besorgen sich die Parteien einen aktuellen (86)

²¹¹ Vgl. zu weiteren Ersatzformen der öffentlichen Beurkundung: Leuenberger, Vertragsabschluss 65ff; hier wurde lediglich die bedeutendste herausgegriffen.

²¹² An Stelle vieler: Meier-Hayoz, Kom. zu Art. 657 ZGB N. 53; Leuenberger, Vertragsabschluss 66 Anm. 34.

²¹³ Vgl. S. 61.

²¹⁴ BGE 99 II 360f, 104 II 242f.

²¹⁵ Huber Hans, Bemerkung zu BGE 99 II 359, ZBGR 1975 283f; Schmid Jürg, Behandlung von Grundeigentum bei Ehescheidung aus notariats- und grundbuchrechtlicher Sicht, ZBGR 1984 288.

Grundbuchauszug und nehmen diesen in die Konvention auf.

- Die Bezeichnung des einzutragenden Rechtes (z.B. Eigentum, ein Pfandrecht, Wohnrecht usw.) aus dem numerus clausus der eintragungsfähigen Rechte.
- Bei Eigentumsübertragungen ist der Zeitpunkt des Eigentumsantrittes festzuhalten und es ist anzugeben, wer die Grundpfandschulden übernimmt. Dabei ist die vorgängige Orientierung über die aktuelle Pfandbelastung unumgänglich. Die Gläubiger sind zu nennen, damit der Grundbuchverwalter ihnen die Schuldübernahme nach Art. 834 ZGB anzeigen kann. Weiter ist festzuhalten, wer die Grundbuch- und Handänderungsgebühren und die Grundstückgewinnsteuer trägt.
- Bei der Errichtung von Pfandrechten sind der Rang, das vorgehende Kapital, der einzutragende Maximalzinsfuß und die Pfandart festzuhalten.

Es ist wünschenswert und vermeidet Schwierigkeiten beim Vollzug, wenn die Parteien dem Gericht die Zusprache des fraglichen Rechtes als Gestaltungsurteil (vgl. Art. 963 Abs. 2, 665 Abs. 2 ZGB) beantragen. Das Dispositiv lautet dann etwa wie folgt:

"3. Ziff. ... der Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung werden genehmigt.

4. Der Klägerin wird am bisher dem Beklagten gehörenden 1/2-Miteigentumsanteil an der Liegenschaft Parzelle Nr. ... Grundbuch X-Dorf das Eigentum zugesprochen."

Die Klägerin kann in diesem Falle das einzutragende Eigentumsrecht selber beim Grundbuchamt von X-Dorf anmelden. Bei einem Leistungsurteil müsste der bisherige Eigentümer das fragliche Recht zur Eintragung anmelden (vgl. Art. 963 Abs. 1 ZGB), was erhebliche Umtriebe verursacht, wenn er sich weigert.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass eine Partei die Gegenpartei in der Konvention bevollmächtigt, das diesbezügliche Recht beim Grundbuchamt anzumelden. Dann ist kein Gestaltungsurteil notwendig. (87)

§ 4 Beglaubigung, Veröffentlichung, Inventar, Amtsanzeigen

LITERATUR: CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976; BOTSCHAFT betreffend das internationale Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung vom 11.8.1971, BBl 1971 II 405ff.

I. Beglaubigung

Öffentliche Beurkundung²¹⁶ und Beglaubigung sind auseinanderzuhalten. Die Beglaubigung oder Legalisation bedeutet die Bestätigung einer zuständigen Urkundsperson, dass eine *Unterschrift von einer identifizierten Person stammt*, d.h. echt ist²¹⁷. Zur Beglaubigung gehört auch die Feststellung gemäss Art. 15 OR, dass ein bestimmtes Zeichen von einer identifizierten Person als Bestätigungszeichen gesetzt wurde. Nach der erfolgten Beglaubigung geniesst die Echtheit der Unterschrift öffentlichen Glauben. Zur Gültigkeit der Urkunde nimmt die Beglaubigung keine Stellung²¹⁸.

Gemäss Art. 35ter EGzZGB sind folgende Beamte zur Beglaubigung zuständig: der Gemeindammann, Gemeinderatsschreiber, die vom Gemeinderat ermächtigten Beamten, der Bezirksamtsschreiber, der Bezirksammann und in bestimmten Fällen der Handelsregisterführer sowie (ausnahmsweise) die Staatskanzlei²¹⁹. Der Regierungsrat und der Gemeinderat können weitere Dienststellen und Beamte mit der Beglaubigung betrauen. (88)

²¹⁶ Vgl. S. 59f.

²¹⁷ Carlen, Notariatsrecht 110f; Botschaft Haager Übereinkommen, BBl 1971 II 406, vgl. § 239 EGzZGB BS.

²¹⁸ Carlen, Notariatsrecht 110; ARVP VII Nr. 91.

²¹⁹ Siehe ferner Art. 173 des G über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden und Bezirke vom 29.12.1947, sGS 151.1; Verordnung über die Beglaubigung privater Unterschriften vom 15.1.1938, sGS 151.51; Art. 23 und 28 HRV.

Hinweis: Der Entwurf zu einem Anwaltsgesetz vom 2.3.1992, ABl 1992 839ff möchte auch den Rechtsanwalt mit einer st. gallischen Berufsausübungsbewilligung zur Beglaubigung zuständig erklären.

Die *Überbeglaubigung* bescheinigt amtlich die Echtheit der Unterschrift einer Amtsperson des Kantons St. Gallen, z.B. einer Urkundsperson, eines Bezirksammannes oder eines Bezirksgerichtspräsidenten²²⁰. Die Überbeglaubigung wird in der Regel von einem fremden Staat für die Anerkennung einer im Kanton St. Gallen errichteten öffentlichen Urkunde verlangt. In der Überbeglaubigung kann zusätzlich zur Bescheinigung der Echtheit der Unterschrift einer Amtsperson noch die Feststellung über die Zuständigkeit der unterzeichnenden Amtsperson zur Errichtung der öffentlichen Urkunde und über die Echtheit des Stempels enthalten sein. Die Staatskanzlei, die nur ausnahmsweise private Unterschriften beglaubigt, ist zur Überbeglaubigung zuständig.

Die Überbeglaubigung wird heute vielfach durch die einfachere weil formalisierte *Apostille* ersetzt. Dies sieht ein von zahlreichen Staaten und auch von der Schweiz ratifiziertes Haager Übereinkommen vor²²¹. Die Apostille muss dem im Übereinkommen wiedergegebenen Muster entsprechen. Zuständig zur Ausstellung einer Apostille ist die Staatskanzlei²²².

Manche Staaten verzichten heute auf die Beglaubigung oder Überbeglaubigung ganz; zum Teil wurde dieser Verzicht in Staatsverträgen ausgesprochen²²³. (89)

²²⁰ Die Botschaft Haager Übereinkommen, BBl 1971 II 406 unterscheidet diesen Sachverhalt nicht von der gewöhnlichen Unterschriftenbeglaubigung.

²²¹ Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung vom 5.10.1961, SR 0.172.030.4. Siehe näheres zur Wirkung der Apostille: Botschaft Haager Übereinkommen, BBl 1971 II 409ff.

²²² Wie es sich aus dem im Übereinkommen wiedergegebenen Verzeichnis ergibt.

²²³ Siehe z.B. den Vertrag zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reiche über die Beglaubigung öffentlicher Urkunden vom 14.2.1907, SR 0.172.031.36 oder den Beglaubigungsvertrag zwischen der Schweiz und Österreich vom 21.8.1916, SR 0.172.031.63. Weitere Beispiele: vgl. Botschaft Haager Übereinkommen, BBl 1971 II 407f.

II. Veröffentlichung

Das Bundesprivatrecht schreibt in manchen Angelegenheiten öffentliche Mitteilungen vor. So ist etwa bei der Extratabularersitzung von Grundstücken vor der Eintragung im Grundbuch eine *amtliche Auskündigung* erforderlich. Damit wird Dritten die Möglichkeit gegeben, Einspruch zu erheben (vgl. Art. 662 Abs. 3 ZGB). Das Erbrecht sieht ebenfalls gewisse Aufforderungen oder Mitteilungen an unbekannte Erben vor, die notwendigerweise durch Publikation erfolgen²²⁴. Die Bevormundung eines Mündigen und die Wahl des Vormundes sind "wenigstens einmal in einem amtlichen Blatte seines Wohnsitzes und seiner Heimat"²²⁵ zu veröffentlichen. Diese Liste vorgeschriebener amtlicher Publikationen liesse sich noch beträchtlich verlängern²²⁶.

Art. 26 EGzZGB bestimmt, dass sämtliche vorgeschriebenen Veröffentlichungen, öffentliche Aufforderungen und Auskündigungen durch Bekanntmachung im kantonalen Amtsblatt erfolgen. Wo es die Verhältnisse rechtfertigen, ist fakultativ eine angemessene Bekanntmachung auch in einer oder mehreren Zeitungen vorgesehen (Art. 27 EGzZGB)²²⁷. Dabei ist das öffentliche Interesse an einer Publikation gegenüber dem privaten Interesse der betroffenen Person, deren Ehre, Kredit und Ansehen, abzuwägen. Die Veröffentlichung der Bevormundung ist in der Regel auf das kantonale Amtsblatt zu beschränken²²⁸. In wichtigen Fällen schreibt Art. 28 Abs. 1 EGzZGB ausserdem die wenigstens zweimalige Bekannt-

(90)

²²⁴ Vgl. Art. 551 Abs. 1, 558 Abs. 2 ZGB.

²²⁵ Art. 375 Abs. 1, 387 Abs. 2 ZGB. Vgl. zur Veröffentlichung der Beiratschaft und Beistandschaft Art. 397 ZGB und dazu Tuor/Schnyder 381.

²²⁶ Weitere Beispiele: Art. 36 Abs. 2, 351, 353 Abs. 1, 582, 592, 595, 870 Abs. 2, 871 Abs. 1, 910 ZGB; Art. 108 Abs. 1 HRV usw.

²²⁷ Eine dem Art. 26 und 27 EGzZGB entsprechende Publikation kennen die meisten Kantone, so etwa § 1 Abs. 1 und 2 EGzZGB BS (Publikation im Kantonsblatt). Ein anderes System hat aber Appenzell A.Rh. gewählt: Die durch das Bundesrecht vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachungen erfolgen in den Gemeindepublikationsorganen (Art. 12 Abs. 1 EGzZGB AR). In bestimmten Fällen hat die Veröffentlichung ausserdem im kantonalen Amtsblatt zu erfolgen (Art. 13 EGzZGB AR).

²²⁸ GVP 1962 Nr. 77.

machung in mindestens zwei zweckdienlichen Zeitungen vor: Nämlich in den Fällen von Art. 36 Abs. 2, 351 und 353 Abs. 1, 555 Abs. 1, 558 Abs. 2, 582 und 662 Abs. 3 ZGB. Das Justiz- und Polizeidepartement kann bei besonderen Umständen Ausnahmen gestatten (Art. 28 Abs. 2 EGzZGB), nicht aber zur blossen Kostenersparnis²²⁹. Sind etwa aufgrund der Publikation voraussichtlich bzw. mit grosser Sicherheit keine Eingaben oder Meldungen zu erwarten, so kann auf die qualifizierte Publikation gemäss Art. 28 Abs. 1 EGzZGB verzichtet werden. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine mehr als vor 100 Jahren geborene Person verschollen erklärt werden soll²³⁰.

Vorbehalten bleiben besondere Publikationsweisen. Dabei ist insbesondere an die gesellschaftsrechtlichen Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) zu denken²³¹. Für den Bereich des Zivilstandswesens hat der Gemeinderat zu bestimmen, ob Geburten, Todesfälle, Eheverkündungen und Trauungen in den amtlichen Publikationsorganen veröffentlicht werden²³². Öffentliche Bekanntmachungen im Bereiche des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes haben gemäss Art. 35 Abs. 1 SchKG im kantonalen Amtsblatt und, wenn der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt, im Handelsamtsblatt zu erfolgen. Die effektive Verbreitung des Amtsblattes wird vor allem durch das in Art. 49 GWG vorgesehene obligatorische Abonnement durch die Gastwirte erreicht. Sie haben das Amtsblatt aufzulegen, damit es von den Gästen gelesen werde. Sonst sind keine weiteren Personen verpflichtet, das Amtsblatt zu abonnieren und aufzulegen²³³. (91)

²²⁹ GVP 1954 Nr. 85.

²³⁰ Vgl. auch den Fall VP I Nr. 462.

²³¹ Vgl. auch Art. 14 EVzZGB.

²³² Art. 11 ZStV und Art. 29 Abs. 5 eidgZStV.

²³³ Z.B. im Kanton Graubünden haben auch die Rechtsanwälte und eine Reihe weiterer Selbständigerwerbender (Ärzte, Tierärzte, Apotheker, Drogisten usw.) das Amtsblatt obligatorisch zu abonnieren, vgl. Art. 8 der Verordnung über das Amtsblatt im Kanton Graubünden vom 22.10.1984, Bündner Rechtsbuch 180.500.

III. Inventar

Das Zivilgesetzbuch schreibt in manchen Fällen die Aufnahme eines Inventars vor. Beispielsweise ist bei der Übernahme einer Vormundschaft über das zu verwaltende Vermögen ein Inventar aufzunehmen (Art. 398 Abs. 1 ZGB). Bei der Nacherbeneinsetzung ist die Aufnahme eines Inventars anzuordnen (Art. 490 Abs. 1 ZGB)²³⁴; was auch dann gilt, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist²³⁵. Die Inventaraufnahme erfolgt nach dem Wortlaut des Zivilgesetzbuches immer unter Mitwirkung einer zuständigen Behörde.

Nach Art. 32 EGzZGB haben der Gemeindammann und der Gemeinderatschreiber, und im Falle von Art. 398 Abs. 1 ZGB ausserdem ein Vertreter der Vormundschaftsbehörde mitzuwirken. Das Vorgehen beschreiben die Art. 33 und 34 EGzZGB anschaulich.

Art. 35 EGzZGB behält die besonderen Vorschriften der Art. 84ff EGzZGB über das erbrechtliche öffentliche Inventar nach Art. 580ff ZGB²³⁶ und das Inventar mit öffentlicher Urkunde vor. Die Inventaraufnahme der Art. 195a ZGB (über eingebrachte Vermögenswerte der Ehegatten) und 763 ZGB (über die Gegenstände der Nutzniessung) ist mit einer öffentlichen Beurkundung zu verbinden. Hier erfolgt zunächst eine Inventarisierung nach den Art. 32ff EGzZGB und anschliessend erfolgt eine öffentliche Beurkundung durch den Gemeindammann (Art. 15 Ziff. 2 EGzZGB). (92)

²³⁴ Weitere Beispiele: Art. 195a, 534, 551, 553, 568, 580ff (vgl. dazu Art. 84ff EGzZGB), 763 ZGB.

²³⁵ BGE 60 II 24 und VP III Nr. 339.

²³⁶ Vgl. S. 155 Anm. 1.

IV. Amtsanzeigen

Die Amtsanzeige ist eine behördliche Mitteilung privatrechtlicher Erklärungen. In der Praxis werden vor allem Kündigungen von Verträgen und Hausverbote mit Amtsanzeigen mitgeteilt. Unterlässt der Empfänger einen Widerspruch oder eine andere Reaktion darauf, so hat diese Unterlassung keine besonderen Rechtswirkungen²³⁷. Die Amtsanzeige gibt dem Absender einen sicheren Beweis dafür, dass er die Erklärung abgegeben hat. Mit dem neuen Zivilprozessgesetz ist die Amtsanzeige systematisch richtig von Art. 412 ZP in Art. 35bis EGzZGB überführt worden. Die Amtsanzeige kann durch den Gemeindevorsteher am Wohnort des Begehrenden (= Absender) erlassen werden und der Gemeindevorsteher hat Gegenerklärungen der anderen Partei in einem besonderen Protokoll aufzunehmen und sie der ersuchenden Partei mitzuteilen²³⁸. (93)

²³⁷ Vgl. Lutz Oskar, Gesetz über die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen, 2. A., St. Gallen 1967, S. 268. Das frühere "Rechtsbot" bietet nach heutiger Auffassung keine genügende Grundlage für eine unmittelbare Vollstreckung, vgl. Art. 53 Abs. 1 des G betreffend die Organisation der Verwaltungsbehörden der Gemeinden und Bezirke vom 1.3.1867, aGS I 139ff, insb. 152. Vgl. auch Guldener 231 Anm. 4 und 622 Anm. 32.

²³⁸ Vgl. zu den Änderungen im Vergleich zur alten Regelung: Handbuch 299.

Besonderer Teil

§ 5 Personenrecht

LITERATUR: RAGGENBASS HANSULI, Die Rechtsstellung der Privatrechtlichen Korporationen des st. gallischen Rechts, Diss. St. Gallen, 1977.

I. Bürgerliche Ehrenfähigkeit

Bund und Kantone knüpften früher an die strafrechtliche Verurteilung und an fruchtlose Pfändung oder Konkurs eine ganze Reihe administrativer Nachteile, vor allem den Entzug des Aktivbürgerrechtes. Nachdem aber der Bundesgesetzgeber die entsprechenden bundesrechtlichen Bestimmungen 1972 aufgehoben hat²³⁹, sind daran anschliessende kantonale Bestimmungen, so etwa Art. 38 Abs. 2 lit. b KV, gegenstandslos geworden.

Art. 37 EGzZGB sieht nun - daher einen nur noch eingeschränkten kantonalrechtlichen Begriff der "bürgerlichen Ehrenfähigkeit" vor²⁴⁰. In dieser wird der Betroffene dann eingestellt, wenn er nach Art. 369 ZGB (wegen Geistesschwäche oder -krankheit²⁴¹) entmündigt wurde. Dies bewirkt den Verlust des Stimm- und Wahlrechts²⁴² sowie des passiven Wahlrechts²⁴³, und die nach Art. 369 ZGB entmündigte Person kann den Beruf des Rechtsanwaltes, des Rechtsagenten und des Vermittlers landwirtschaftlicher Liegenschaften nicht mehr ausüben²⁴⁴. Die
(96)

²³⁹ Vgl. die Streichung von Art. 52 StGB (Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit) und die Änderung von Art. 1 des Bundesgesetzes betreffend die öffentlich-rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses vom 29.4.1920, SR 284.1, durch Ziff. I und III.3. des Bundesgesetzes betreffend Änderung des StGB vom 18.3.1971, AS 1971 777.

²⁴⁰ Vgl. Botschaft V. NG EGzZGB, ABI 1977 525f.

²⁴¹ Und nur aus diesem Grunde, nicht auch aus andern Gründen der Entmündigung: vgl. sinngemäss VP II Nr. 664, GVP 1964 Nr. 35 (noch zu Art. 37 a.F. EGzZGB).

²⁴² Vgl. Art. 38 Abs. 2 lit. a KV.

²⁴³ Vgl. Art. 38 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 104 KV.

²⁴⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Anwaltsordnung vom 2.6.1958, sGS 963.71; Art. 1 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die Vermittlung landwirtschaftlicher Liegenschaften vom 23.12.1952, sGS 613.15.

Gesetzgebung der letzten Jahre stellt allerdings nicht mehr auf den Begriff der "bürgerlichen Ehrenfähigkeit" ab, sondern setzt etwa für Berufsausübungen direkt die "Handlungsfähigkeit" voraus²⁴⁵. Der Umweg über einen kantonalrechtlichen Begriff der "bürgerlichen Ehrenfähigkeit" ist im Grunde genommen unnötig. Freilich konnte dadurch eine Reihe von Gesetzes- und Verordnungsänderungen vermieden werden. Der veraltete Begriff sollte aber aus der Gesetzgebung gänzlich gestrichen werden, stellt er doch die geistige Behinderung eines Menschen als ehrenrührig dar.

II. Das Zivilstandswesen

Nach Art. 42 EGzZGB erfolgt die Regelung der Organisation der Zivilstandsämter, des Dienstverhältnisses der Zivilstandsbeamten und ihrer Stellvertreter und die Beaufsichtigung der Zivilstandsämter durch kantonale Behörden auf dem Verordnungswege. Art. 1 EVzZGB verweist auf die Zivilstandsverordnung vom 19.4.1988 (ZStV)²⁴⁶.

Im Kanton St. Gallen bildet jede Gemeinde einen Zivilstandskreis²⁴⁷. Der (Gemeinde- oder Stadt-) Rat wählt die Zivilstandsbeamten und ihre Stellvertreter; sie sind dem Dienstrecht des Verwaltungspersonals der jeweiligen politischen Gemeinde unterstellt²⁴⁸. Die politischen Gemeinden tragen die Kosten der ihnen übertragenen Aufgaben des Zivilstandsdienstes²⁴⁹.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Regelung der Aufsicht gemäss Art. (97)

²⁴⁵ So bedarf z.B. die selbständige Ausübung medizinischer Berufe und anderer Berufe der Gesundheitspflege der "Handlungsfähigkeit", vgl. Art. 44 Abs. 1 lit. b und 46 Abs. 1 lit. b GesG.

²⁴⁶ Sie ist von der eidgZStV zu unterscheiden.

²⁴⁷ Im Sinne von Art. 3 Abs. 1 eidgZStV, vgl. Art. 1 ZStV.

²⁴⁸ Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 ZStV.

²⁴⁹ Art. 4 ZStV.

17ff eidgZStV und Art. 43f ZGB. Gegen Amtshandlungen des Zivilstandsbeamten kann innert 10 Tagen seit Kenntnisnahme beim *Regierungsrat* als kantonaler Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden. Ebenso besteht dieses Beschwerderecht bei Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung. Das Verfahren ist gebühren- und kostenfrei, ausser bei missbräuchlicher Beschwerdeführung²⁵⁰. Gegen die Entscheide des Regierungsrates kann innert 30 Tagen seit Eingang der schriftlichen Ausfertigung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 97ff OG erhoben werden (Art. 20 eidgZStV). Der Regierungsrat übt ferner die Disziplinargewalt über die Zivilstandsbeamten aus, d.h. er entlässt unfähige Beamte und wählt Beamte nicht wieder, die den Wählbarkeitsvoraussetzungen nicht mehr genügen. Ausserdem kann der Regierungsrat gegen Beamte, die ihre Amtspflicht verletzen, die Disziplinar-massnahmen Verweis, Busse bis Fr. 500.- oder Amtsentsetzung ergreifen²⁵¹. Diese Disziplinar-massnahmen gegen die Zivilstandsbeamten unterliegen ebenfalls der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht²⁵². Alle übrigen, gemäss eidgenössischer Zivilstandsverordnung der kantonalen Aufsichtsbehörde übertragenen Befugnisse stehen dem *Departement des Innern* zu (Art. 6 Abs. 1 ZStV). Zu diesen übrigen Aufgaben zählen Inspektionen in zweijährigem Turnus bei allen Zivilstandsämtern, deren Beratung und die Bericht-erstattung²⁵³. Das Departement des Innern kann als Aufsichtsbehörde ferner von Amtes wegen einschreiten (Art. 21 eidgZStV), wenn ein Zivilstandsamt vorschriftswidrig handelt. Art. 21 Abs. 3 eidgZStV unterscheidet im eben erwähnten Punkt zwischen einer unteren Aufsichtsbehörde (eben dem Departement des Innern) und einer oberen Aufsichtsbehörde (dem Regierungsrat) und verweist in bezug auf den Rechtsschutz auf Art. 19 eidgZStV. Danach kann ein Entscheid des Departementes des Innern innert 10 Tagen an den Regierungsrat weitergezogen werden. Ein Entscheid des Regierungsrates nach Art. 21 eidgZStV (98)

²⁵⁰ Art. 19 Abs. 1 und 2 eidgZStV und Art. 5 Abs. 1 ZStV; Leitfaden 13/5.

²⁵¹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 ZStV und Art. 22, 181 eidgZStV.

²⁵² Vgl. BGE 97 I 413.

²⁵³ Art. 18 eidgZStV; Leitfaden 13/5.

kann innert 30 Tagen an das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement und letztinstanzlich wiederum innert 30 Tagen an den Bundesrat weitergezogen werden²⁵⁴.

Unter den verschiedenen Zuständigkeiten der Departemente im Personenrecht gemäss Art. 7bis EGzZGB ist der Entscheid über ein *Namensänderungsgesuch*²⁵⁵ hervorzuheben. Zwar erklärt Art. 30 Abs. 1 ZGB die Kantonsregierung als dafür zuständig; Art. 7bis EGzZGB weist die erstinstanzliche Zuständigkeit dem Departement des Innern zu²⁵⁶. Dessen Entscheid über die Namensänderung kann innert 14 Tagen mittels Rekurs an den Regierungsrat weitergezogen werden²⁵⁷.

Damit ist der Zuständigkeitsordnung des Art. 30 Abs. 1 ZGB Genüge getan. Die Entscheide der Kantonsregierung können innert 30 Tagen mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 44 lit. a OG).

Die Kantone können vorschreiben, dass die Zivilstandsbeamten neben den in Art. 27 Abs. 1 eidgZStV vorgesehenen Registern weitere Verzeichnisse zu führen haben²⁵⁸. Der Kanton St. Gallen sieht gemäss Art. 8 ZStV einige weitere Verzeichnisse vor.

Die Kantone haben auch die "zulässigen Gebühren" für die Amtshandlungen der

(99)

²⁵⁴ Vgl. Art. 21 Abs. 3 eidgZStV und Art. 6 Abs. 1 ZStV. Die Beschwerdefrist ergibt sich aus Art. 50 und 77 VwVG.

²⁵⁵ Namensänderungen erfolgen stets auf Gesuch des Betroffenen hin. Die Schreibweise von Namen kann nicht von Amtes wegen geändert werden, etwa von "Mösle" oder "Knechtle" zu "Mösli" oder "Knechtli", vgl. ARVP X Nr. 185.

²⁵⁶ Vgl. Art. 22 lit. f GeschR. Diese zweistufige Zuständigkeit wurde durch das Delegationsgesetz vom 27.11.1967, sGS 141.5 eingefügt; vorher war allein der Regierungsrat zuständig. Damit wurde eine Entlastung der Regierung bezweckt, vgl. die Botschaft zum Entwurf eines Delegationsgesetzes vom 18.10.1966, ABl 1966 1524. Im Kanton Appenzell A.Rh. entscheidet einzig der Regierungsrat (Art. 6 Ziff. 2 EGzZGB AR und ARVP XIV Nr. 304) und in Basel-Stadt das zuständige Departement (vgl. § 56 EGzZGB BS).

²⁵⁷ Art. 12 EGzZGB i.V.m. Art. 43 VRP. Siehe z.B. GVP 1976 Nr. 64.

²⁵⁸ Vgl. Art. 27 Abs. 3 eidgZStV. Siehe zur Führung der eidgenössisch vorgeschriebenen Register: Leitfaden 13/6ff.

Zivilstandsbeamten festzulegen. Der Kanton St. Gallen hat dazu den Gebührentarif für den Zivilstandsdienst vom 29.5.1984 erlassen²⁵⁹.

III. Juristische Personen

1. Allgemeines

Gemäss Art. 59 Abs. 1 ZGB bleibt für die öffentlichrechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten. Art. 829 OR wiederholt das gleiche für öffentlichrechtliche Personenverbände. Diese Bestimmungen enthalten einen - allerdings wesentlichen - unechten Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechts des Bundes und der Kantone. Nach Art. 59 Abs. 3 ZGB verbleiben Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften unter den Bestimmungen des kantonalen (Privat-)Rechtes. Der Kanton hat in Art. 43 die öffentlichrechtlichen und in Art. 44 EGzZGB die privatrechtlichen juristischen Personen geregelt. Die Bestimmungen sind jedoch knapp gehalten und längst nicht alle Korporationen werden aufgezählt. Daher kann ihre Zuordnung im Einzelfall schwierig und streitig sein. Die Lehre bietet zur Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht verschiedene Theorien an; die wichtigsten sind: Interessen-, Subjektions-, Subjektiv- oder Funktionentheorie²⁶⁰. Diese Theorien liefern keine durchwegs überzeugenden Lösungen, aber immerhin bieten sie Gesichtspunkte an. Im Einzelfall muss aufgrund dieser Gesichtspunkte und des gesamten Eindrucks entschieden werden. Solche Gesichtspunkte, die für den öffentlichrechtlichen bzw. gegen den privatrechtlichen Charakter einer juristischen Person sprechen, sind²⁶¹: (100)

²⁵⁹ sGS 912.11 und vgl. Art. 2 Abs. 1 eidgZStV.

²⁶⁰ Vgl. näheres bei Raggenbass, Korporationen 101 Anm. 36; Imboden/Rhinow Nr. 1, insb. S. 4f; Rhinow/Krähenmann Nr. 1; z.T. veraltet hingegen Jagmetti 260. Die Lehre anerkennt heute allgemein eine Pluralität möglicher Theorien.

²⁶¹ Die Kriterien von Jagmetti 260 sind z.T. etwas veraltet; vor allem ist die konstitutive Genehmigung der Statuten nach st. gallischem Recht kein taugliches Kriterium: vgl. Art. 44 Abs. 2 EGzZGB und Art. 6 Abs. 1 GG; vgl. vielmehr Raggenbass, Korporationen 107ff.

- sie wird ohne Willensäußerung der Beteiligten, durch behördlichen Beschluss oder gesetzliche Anordnung gegründet, es liegt m.a.W. eine Zwangsgemeinschaft vor;
- sie tritt gegenüber ihren Mitgliedern oder Benutzern und nach aussen hoheitlich auf;
- ihre Beschlüsse können mit Rekurs i.S.v. Art. 40 VRP weitergezogen werden;
- sie besitzt ein Steuerprivileg, d.h. sie hat keine oder eine stark herabgesetzte Steuer zu entrichten²⁶²;
- die Materie ihres Tätigkeitsbereiches ist einer eingehenden öffentlichrechtlichen Regelung unterworfen²⁶³.

Im Streitfall entscheidet der Regierungsrat, ob es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechtes handelt oder um eine privatrechtliche Korporation kantonalen Rechtes. Sein Entscheid kann durch Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden²⁶⁴. (101)

²⁶² Vgl. Art. 74 Abs. 2 mit Abs. 3 StG.

²⁶³ Vgl. GVP 1980 Nr. 9. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts war im Ergebnis richtig, überzeugt aber in der zu knappen Begründung nicht: "Ist aber der Unterhalt einer Güterstrasse von öffentlichem Interesse, so muss auch eine Korporation, die diesen Zweck verfolgt, dem öffentlichen Recht zugewiesen werden." Das öffentliche Interesse ist nur ein schwacher Gesichtspunkt, sehr häufig ist es auch bei privatrechtlichen Korporationen gegeben, vgl. Raggenbass, Korporationen 103ff. Inzwischen hat der Gesetzgeber die Realgenossenschaften, um die es in GVP 1980 Nr. 9 geht, (vgl. die Streichung von Art. 43 Abs. 3 und Art. 2 EVzZGB) durch die "gemeinschaftlichen Unternehmen" gemäss Art. 201bis ff GG ersetzt. Diese sind öffentlichrechtlicher Natur, vgl. Art. 43 Abs. 1 Ziff. 5 EGzZGB.

²⁶⁴ Vgl. S. 50.

2. Öffentlichrechtliche juristische Personen

Art. 43 Abs. 1 EGzZGB zählt die wichtigsten öffentlichrechtlichen juristischen Personen auf; diese Aufzählung ist indessen keineswegs abschliessend²⁶⁵:

1. der katholische und evangelische Konfessionsteil²⁶⁶;
2. die politischen²⁶⁷, Schul-²⁶⁸ und Ortsgemeinden sowie die ortsbürgerlichen Korporationen²⁶⁹, die Kirchgemeinden und das Bistum St. Gallen²⁷⁰, die nach der Spezialgesetzgebung als öffentlichrechtliche juristische Personen organisierten kirchlichen Korporationen und Anstalten (Klöster, Kapellgenossenschaften)²⁷¹ sowie weitere anerkannte öffentlichrechtliche juristische Personen²⁷²; (102)

²⁶⁵ Abschliessend ist höchstens die Aufzählung der Kategorien, diese sind jedoch relativ weit, vgl. Art. 43 Abs. 1 Ziff. 2 EGzZGB.

²⁶⁶ Der St. Galler Regierungsrat schlägt in der Botschaft und im Entwurf vom 17.12.1991 zu einem Grossratsbeschluss über die Israelitische Gemeinde St. Gallen (ABI 1992 355) vor, dass der Kanton die Israelitische Gemeinde öffentlichrechtlich anerkennt. Der Regierungsrat von Appenzell A.Rh. hat sich damit einverstanden erklärt, dass auch Juden mit Wohnsitz in Appenzell A.Rh. der Körperschaft freiwillig beitreten können.

²⁶⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a und 13ff GG.

²⁶⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b) und Art. 17 GG.

²⁶⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c und Art. 18 GG.

²⁷⁰ Vgl. Art. 2 des Gesetzes über die Besorgung der Angelegenheiten des katholischen und des evangelischen Konfessionsteils vom 25.6.1923, sGS 171.1; Art. 55 und Art. 3 Abs. 2 VKK; Art. 1 GRB betreffend Anerkennung der christkatholischen Genossenschaft in St. Gallen als öffentlichrechtliche kirchliche Korporation vom 17.5.1899, sGS 171.3; Art. 11 Verfassung der evangelisch-reformierten Kirche des Kantons St. Gallen vom 13.1.1974, sGS 175.1.

²⁷¹ Dazu zählen die Klöster Notkersegg, St. Scholastika Tübach, Maria Hilf Altstätten, Weesen, Berg Sion, Wurmsbach, Wattwil, Magdenau, St. Katharina Wil und Glattburg, vgl. Art. 42 Abs. 2 VKK. Innerhalb einiger Kirchgemeinden bestehen noch acht Kapellgenossenschaften, die den Unterhalt einer Kapelle besorgen. Gemäss Art. 77 VKK können diese aber nicht mehr neu gegründet werden.

²⁷² Die Gesetzgebung erklärt zu juristischen Personen: die Hochschule St. Gallen (vgl. Art. 1 Abs. 2 G über die Hochschule St. Gallen vom 26.5.1988, sGS 217.11), Meliorationsgenossenschaften (Art. 17 Abs. 1 MelG), kantonale Ausgleichskasse (Art. 1 EG zum AHVG vom 23.2.1948, sGS 351.1), kantonale Familienausgleichskassen für Arbeitnehmer und für Selbständigerwerbende (Art. 18 und 26 Kinderzulagengesetz vom 20.6.1975, sGS 371.1), St. Gallische Kantonalbank (Art. 1 Abs. 1 G über die St. Gallische Kantonalbank vom 2.1.1922, sGS 861.1), Melioration der Rheinebene (Art. 1 Abs. 1 G über die Melioration der Rheinebene und die Errichtung eines Arbeitsbeschaffungskontos vom 21.12.1941, sGS 633.3), Gebäudeversicherungsanstalt (G über die Gebäudeversicherung vom 26.12.1960, sGS 873.1).

3. die örtlichen Korporationen, die vom Regierungsrat oder vom zuständigen Departement anerkannt sind²⁷³;
4. die Zweckverbände und die Gemeindeverbände²⁷⁴;
5. die gemeinschaftlichen Unternehmen²⁷⁵.

Stattet der Gesetzgeber eine Körperschaft (z.B. die Gemeinden) oder eine Anstalt (z.B. Hochschule St. Gallen) mit der Rechtspersönlichkeit aus, so bedeutet dies, dass die Körperschaft oder Anstalt eine selbständige Trägerin privatrechtlicher Befugnisse ist. Sie kann unter eigenem Namen Privatrechte erwerben, innehaben und veräussern; sie ist vermögensfähig. Sie kann ferner betreiben und betrieben werden, klagen und beklagt werden. Sie ist m.a.W. unbeschränkt handlungsfähig. Allerdings sagt die vorhandene Rechtspersönlichkeit nichts über den Grad der Autonomie der jeweiligen Körperschaft oder Anstalt aus²⁷⁶.

3. Privatrechtliche Körperschaften (Art. 59 Abs. 3 ZGB)

a) Allgemeines

Art. 59 Abs. 3 ZGB stellt einen umfassenden Vorbehalt zugunsten des kantonalen Privatrechtes dar. Er bezweckt den Weiterbestand der zum Teil uralten Korporationen, die die gemeinschaftliche Nutzung von Allmenden, Weideland und Wald betreiben. Der Vorbehalt bezieht sich nur auf solche Korporationen, die mit der
(103)

²⁷³ Art. 26ff GG.

²⁷⁴ Art. 210ff, 224ff GG; Beispiel: Der Zweckverband Kehrichtverwertung Rheintal ist eine öffentlichrechtliche Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, vgl. Art. 3 der diesbezüglichen Interkantonalen Vereinbarung vom 10.4.1990, sGS 752.527.

²⁷⁵ Diese traten mit Inkraftsetzung des neuen Strassengesetzes an die Stelle der früheren Realgenossenschaften, vgl. Art. 201bis ff GG.

²⁷⁶ Vgl. dazu Imboden/Rhinow Nr. 137 B. VI.

Nutzung von Grund und Boden zusammenhängen²⁷⁷. Hingegen fallen Vereinigungen mit einem vorwiegenden Erwerbszweck nicht unter den Vorbehalt des Art. 59 Abs. 3 ZGB; sie stehen unter den Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes²⁷⁸.

Die massgebliche Vorschrift des Art. 44 Abs. 1 EGzZGB lautet:

"Geschlechter-, Hofstatt- und andere Korporationen, die für bleibende Zwecke gewidmetes, unteilbares Vermögen an Grundeigentum besitzen, z.B. Wald-, Torf-, Steinbruch-, Allmend- und Alpkorporationen, gelten als privatrechtliche Korporationen des kantonalen Rechtes im Sinne von Art. 59 Abs. 3 ZGB."

b) Entstehung und Auflösung

Die privatrechtlichen Korporationen des st. gallischen Rechtes erlangen die juristische Persönlichkeit mit der Genehmigung ihrer Statuten durch das Departement des Innern²⁷⁹. Der Kanton St. Gallen und die meisten Kantone folgen dem *Konzessionsprinzip*. Korporationen, die schon vor dem 1.1.1912 bestanden haben, werden ohne weiteres als Rechtspersönlichkeiten anerkannt, müssen aber die Genehmigung ihrer Statuten nachholen²⁸⁰. Im Gegensatz dazu steht etwa die Regelung des Kantons Appenzell A.Rh., die dem *Normativsystem* folgt²⁸¹. Danach (104)

²⁷⁷ Vgl. eingehend dazu: Jagmetti 265ff; Raggenbass, Korporationen 3ff.

²⁷⁸ Vgl. zu den Schranken des Vorbehalts: Raggenbass, Korporationen 7ff. Zu beachten bleibt, dass auch das kantonale Privatrecht gerade im Bereiche des Art. 59 Abs. 3 ZGB im Bundeszivilrecht eingebettet und eingefügt bleibt: vgl. dazu ausführlich Raggenbass, Korporationen 31ff, insb. 39ff.

²⁷⁹ Art. 44 Abs. 2 Satz 1 EGzZGB und Art. 22 lit. c GeschR.

²⁸⁰ Art. 44 Abs. 2 Satz 2 und 3 EGzZGB. Diese nachträgliche Genehmigung ist eine reine Ordnungsvorschrift.

²⁸¹ Vgl. Kley-Struller Andreas, Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 1991, S. 163ff, insb. S. 172 und Anm. 41 m.w.H.; Jagmetti 268 hat wohl versehentlich Konzessions- und Normativsystem verwechselt.

erhalten die Körperschaften das Recht der Persönlichkeit mit der Billigung der Statuten durch die Mitglieder und der Bestellung des Vorstandes (Art. 19 Abs. 2 EGzZGB AR).

Die Auflösung der Korporation erfolgt zunächst nach Massgabe der Statuten. Ein allfälliger Beschluss bedarf wiederum der Genehmigung durch das Departement des Innern²⁸². Dasselbe gilt auch für Statuten- und Zweckänderungen. Die Auflösung wird allerdings nur dann genehmigt, wenn das einem bleibenden Zweck gewidmete Vermögen (vgl. Art. 44 Abs. 1 EGzZGB) auch in Zukunft den gleichen Zwecken zu dienen bestimmt ist und weiterhin dem Aufteilungsverbot unterliegt²⁸³. Dies kann etwa dadurch erreicht werden, dass die aufzulösende privatrechtliche Korporation in eine andere Korporation mit ähnlichem Zweck inkorporiert wird.

c) Arten privatrechtlicher Korporationen

Im st. gallischen Recht lassen sich folgende Arten privatrechtlicher Korporationen unterscheiden²⁸⁴:

- Durch die *unterschiedliche Nutzungsart* des Bodens unterscheiden sich die Alp-, Wald- und Allmendkorporationen und
- durch die *verschiedenen Mitgliedschaftsvoraussetzungen* die Hofstatt-, Geschlechter- und Anteilkorporationen.

Bei der *Hofstattkorporation* ist das (unselbständige) Teilrecht unveräusserlich und (105)

²⁸² Art. 45 Abs. 3 EGzZGB und Art. 22 lit. c GeschR.

²⁸³ Vgl. Raggenbass, Korporationen 228; Stellungnahme des Rechtsdienstes des Departements des Innern vom 25.4.1989 i.S. X., S. 4f.

²⁸⁴ Im Kanton St. Gallen gab es nach Raggenbass, Korporationen 5, insgesamt 36 registrierte Geschlechter-, nur wenige Hofstatt- und 83 Anteilkorporationen (Genossenschaftsalpen). Nach der Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines Gemeindegesetzes vom 24.8.1976, ABI 1976 1227ff, insb. S. 1234f gab es damals 96 Wald- und Alpkorporationen und 43 weitere Korporationen. Dazu kämen wohl ebensoviele, die nicht registriert sind. Neuere Zahlen fehlen.

unzertrennlich mit einem Grundstück verbunden. Die Mitgliedschaft zu einer solchen Korporation wird durch den Kauf eines landwirtschaftlich genutzten Grundstückes erworben, welches in dem von der Korporation erfassten Gebiet liegt. Nicht eine bestimmte Person, sondern der Eigentümer des berechtigten Grundstückes kann das Teilrecht nutzen; es ist also nicht veräusserbar. Die Anzahl der Teilrechte hängt in der Regel von der Grösse der berechtigten Liegenschaft ab²⁸⁵.

Bei der *Geschlechterkorporation* beruht die Mitgliedschaft auf einem persönlichen Erfordernis. Die berechtigte Person muss nämlich einem bestimmten, von den Korporationsstatuten genau bezeichneten Geschlecht (Familie) angehören. Die Mitgliedschaft wird entweder durch Abstammung oder Heirat vermittelt. Die Zugehörigkeit zu einer Geschlechterkorporation geht allerdings durch die Änderung des Familiennamens nicht verloren²⁸⁶. Ferner muss die berechtigte Person ihren Wohnsitz in der der Korporation angehörenden Gemeinde haben bzw. in jener Bürgergemeinde heimatberechtigt sein²⁸⁷. In der Praxis kommen freilich die Elemente der Hofstatt- und Geschlechterkorporation vermischt vor, so dass eine Unterscheidung im Einzelfall nicht einfach ist.

Die *Korporationen mit selbständigen Anteilsrechten* gleichen in gewisser Weise den Aktiengesellschaften. Ein Beitrittswilliger erwirbt die Mitgliedschaft, indem er ein Anteilsrecht erwirbt. Dieses verkörpert das Mitgliedschaftsrecht, die Nutzungseinheit, die Wertquote am Korporationsvermögen und die (wertabhängige) Grundlage des Stimmrechts. Das Anteilsrecht wird deshalb als selbständiges bezeichnet, weil es als solches und für sich Gegenstand des Rechts-

(106)

²⁸⁵ Vgl. näheres bei Raggenbass, Korporationen 164f, 187ff, 196f der zwei Arten unterscheidet, nämlich neben der dargestellten Hofstattkorporation mit unselbständigen Teilrechten auch noch eine eigentliche Hofstattkorporation: Mitglied einer solchen ist der Eigentümer eines berechtigten Wohnhauses, und zusätzlich wird von ihm verlangt, dass er in diesem berechtigten Wohnhaus Haushalt führt (vgl. das Beispiel bei Raggenbass, Korporationen 196).

²⁸⁶ VP II Nr. 390.

²⁸⁷ Vgl. näheres bei Raggenbass, Korporationen 166 und 193ff.

verkehrs sein kann und frei übertragbar ist²⁸⁸. Die Mitgliedschaft ist einzig vom Erwerb eines solchen Anteilsrechtes abhängig; im übrigen ist kein Aufnahmebeschluss und keine Einschreibung erforderlich.

Interessanterweise haben vor allem Alp- und Waldkorporationen selbständige Anteilsrechte. Hingegen gibt es bei Allmendkorporationen nie selbständige Anteilsrechte, sondern diese sind immer Hofstatt- oder Geschlechterkorporationen²⁸⁹.

Bei einzelnen Anteilskorporationen bestehen zum Teil interessante Rechtsverhältnisse. Es kommt zum Beispiel vor, dass die auf dem Grundeigentum der Korporation stehenden Gebäude ("Alpzimmer") im Eigentum eines Mitgliedes sind²⁹⁰. Eigentlich verstösst diese Regelung gegen das Akzessionsprinzip des Art. 667 Abs. 2 ZGB. Die Praxis hat sich aber damit beholfen, dass anstelle von Baurechten im Sinne von Art. 779ff ZGB bloss obligatorisch verbindliche Vereinbarungen zwischen der Alpkorporation und dem Alpzimmerbesitzer getroffen werden. Will der bisherige Besitzer sein Alpzimmer veräussern, so wird zwischen Erwerber und Korporation ein neuer Vertrag abgeschlossen. Die Korporation ist damit stets über den aktuellen Stand der Alpzimmerbesitzer orientiert²⁹¹.

d) Organisation

Die Unterscheidung der verschiedenen Arten von Korporationen hat keine Bedeutung für die massgeblichen Grundsätze ihrer Organisation. Für die (107)

²⁸⁸ Vgl. S. 258ff.

²⁸⁹ Raggenbass, Korporationen 5f.

²⁹⁰ Nicht publiziertes Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen, I. ZK vom 22.2.1983 i.S. X. gegen Y., S. 10f; Wagner Ernst, Die obertoggenburgischen Alpkorporationen, Diss. Bern, Thalwil 1924, S. 257ff.

²⁹¹ Siehe ausführlich: Schlumpf Carl, Die privatrechtlichen Korporationsalpen der Gemeinde Alt St. Johann, o.O. 1985, S. 14f.

Organisation und Verwaltung sind zunächst die genehmigten Statuten massgebend; subsidiär gelten die Vorschriften über die Ortsgemeinden²⁹². Die Korporationen haben in der Regel folgende Organe²⁹³:

- die *Mitgliederversammlung* fasst die grundsätzlichen Beschlüsse beispielsweise über die Genehmigung von Jahresbericht und Alprechnung, Änderung der Statuten oder Investitionen, die einen bestimmten Betrag übersteigen. Jedes Mitglied hat eine Stimme, nur bei Korporationen mit Anteilsrechten bemisst sich die Stimmkraft nach der Grösse des vertretenen Anteilsrechtes (Art. 45 Abs. 2 EGzZGB);
- die *Korporationsverwaltung* setzt sich meist aus mehreren Personen zusammen;
- *Geschäftsprüfungskommission*.

Die Korporationen stehen unter der Aufsicht des Bezirksammannes und des Departements des Innern²⁹⁴. Der Bezirksammann hat periodisch zu prüfen, ob das Korporationsvermögen erhalten geblieben und seinem Zweck und den Vorschriften gemäss verwaltet worden ist²⁹⁵. Gegen die Beschlüsse der Korporation sind die (Kassations- und Minderheits-) Beschwerden an den Regierungsrat (Art. 243-245 GG) zulässig²⁹⁶. Denn subsidiär gelten gemäss Art. 45 Abs. 1 EGzZGB die Vorschriften des Gemeindegesetzes über die Ortsgemeinden.
(108)

²⁹² Art. 45 Abs. 1 EGzZGB und Art. 18ff GG.

²⁹³ Vgl. näheres bei Raggenbass, Korporationen 156ff.

²⁹⁴ Art. 7 und 7bis EGzZGB, Art. 3 EVzZGB. Die nicht registrierten Korporationen (vgl. S. 105 Anm. 3) entziehen sich selbstverständlich jeder Aufsicht.

²⁹⁵ Art. 3 Abs. 2 und 3 EVzZGB; siehe auch Art. 45 Abs. 4 EGzZGB über Aufwendung im öffentlichen Interesse.

²⁹⁶ Vgl. GVP 1971 Nr. 59.

IV. Stiftungen

1. Massnahmen der Stiftungsaufsicht

Das zuständige Gemeinwesen hat die Stiftungen in dreierlei Hinsicht zu beaufsichtigen:

- Es hat die Stiftungen dahingehend zu *beaufsichtigen*, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird (Art. 84 Abs. 2 ZGB).
- Es hat ferner bei einer *ungenügenden Organisation* diese zu *ergänzen* (Art. 83 Abs. 2 ZGB).
- Schliesslich können veränderte Verhältnisse eine *Umwandlung* (von Organisation und Zweck) der Stiftung erfordern (Art. 85 und 86 ZGB)²⁹⁷.

Die Behörden der Stiftungsaufsicht haben weitreichende Kompetenzen; allerdings darf die Stiftungsaufsicht nicht zu einer Bevormundung der Stiftungsorgane führen. In Ermessensfragen hat die Aufsichtsbehörde grösste Zurückhaltung zu üben²⁹⁸.

2. Zuständige Behörden und Rechtsschutz

Die Aufsicht über Stiftungen im Sinne von Art. 84 ZGB, deren Zweck vorwiegend im Aufgabenkreis und innert der Grenzen einer Gemeinde liegt, wird durch den Gemeinderat oder Ortsverwaltungsrat ausgeübt²⁹⁹. Erstreckt sich der Stiftungszweck in einem wesentlichen Umfang sachlich oder örtlich über eine Gemeinde hinaus, so bezeichnet gemäss Art. 46 Abs. 2 EGzZGB das zuständige (109)

²⁹⁷ Vgl. näheres bei Tuor/Schnyder 136ff.

²⁹⁸ GVP 1979 Nr. 58, 1985 Nr. 85; BGE 108 II 358, 108 II 500, 111 II 99.

²⁹⁹ Art. 5, 6, 46 Abs. 1 EGzZGB; vgl. GVP 1952 Nr. 85: Die Gemeindeordnung kann eine andere Zuständigkeit vorschreiben. Vgl. ausführlich zur Stiftungsaufsicht das z.T. allerdings veraltete Kreisschreiben über die Errichtung von Personalfürsorgestiftungen und die Stiftungsaufsicht vom 4.12.1967, ABI 1967 1563.

Departement des Innern³⁰⁰ die Aufsichtsbehörde. In der Praxis *verfügt* das Departement, wer die betreffende Stiftung beaufsichtigt. Als unmittelbare Aufsichtsbehörde kann in solchen Fällen das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht, das Departement des Innern oder seltener auch der Bezirksammann bezeichnet werden. Das Departement des Innern bedient sich zur Oberaufsicht über Stiftungen des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht als Hilfsorgan (Art. 3bis Abs. 2 EVzZGB).

Die Stiftungsaufsicht und die Ergänzung einer ungenügenden Organisation obliegen den Aufsichtsbehörden gemäss Art. 46 Abs. 1 EGzZGB. Hingegen ist für die Umwandlung einer Stiftung gemäss Art. 85 und 86 ZGB stets das Departement des Innern zuständig³⁰¹.

Nimmt der *Gemeinderat* bzw. Ortsverwaltungsrat die unmittelbare Aufsicht wahr, so unterliegen seine diesbezüglichen Verfügungen dem Rekurs an den Regierungsrat (Art. 43 Abs. 1 VRP). Die Rekursentscheide des Regierungsrates im Rahmen der Stiftungsaufsicht unterliegen stets der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 97ff OG³⁰².

Nimmt der *Kanton* die gewöhnliche Stiftungsaufsicht wahr, so hat sich in der Praxis folgende Arbeitsteilung ergeben. Bei *gemeinnützigen Stiftungen* hat die unmittelbare Aufsicht das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht inne (Art. 3bis Abs. 3 EVzZGB). Dessen Verfügungen (z.B. Nicht- oder nur teilweise Genehmigung der Jahresrechnung) unterliegen dem Rekurs an den Regierungsrat (und nicht an das dazwischenstehende Departement). Bei *Stiftungen der beruflichen Vorsorge* mit Sitz im Kanton nimmt das Departement des Innern die unmittelbare Aufsicht wahr³⁰³. Die Verfügungen des Departementes können innert (110)

³⁰⁰ Art. 22 lit. c GeschR.

³⁰¹ Art. 7bis EGzZGB und Art. 22 lit. d GeschR.

³⁰² BGE 96 I 406, 100 Ib 145, 107 II 388, 110 II 440. Die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht ist hingegen ausgeschlossen, vgl. den Ingress von Art. 59 VRP.

³⁰³ Vgl. Art. 1 der VV zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 14.8.1984, sGS 355.1.

30 Tagen mit Beschwerde an die eidgenössische Beschwerdekommision weitergezogen werden. Deren Beschwerdeentscheide können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden³⁰⁴.

3. Verhältnis von Stiftungsaufsicht zur richterlichen Zuständigkeit

Dem Richter obliegt die Beurteilung eigentlicher Privatrechtsansprüche der Destinatäre³⁰⁵. Für Personalfürsorgestiftungen, die auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig sind, gelten davon abweichend die Art. 73 und 74 BVG betreffend Rechtspflege (Art. 89bis Abs. 6 ZGB). Nach Art. 73 Abs. 1 BVG entscheidet als letzte kantonale Instanz ein vom Kanton bezeichnetes Gericht über Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten. Im Kanton St. Gallen ist dafür das Versicherungsgericht zuständig³⁰⁶.

Unter Umständen können konkurrierende Zuständigkeiten von Aufsichtsbehörde und Richter gegeben sein. Lehnt nämlich eine Stiftung die offensichtlich berechtigten Ansprüche ihrer Destinatäre ab, so kann die Aufsichtsbehörde die Stiftung zur Anerkennung und Bezahlung ohne richterlichen Entscheid anhalten. Denn die Tragung der Kosten eines aussichtslosen Prozesses stellt keine zweckmässige Verwendung des Stiftungsvermögens dar. Die Destinatäre können allerdings in diesem Falle auch an den zuständigen Richter gelangen, der ihnen die berechtigten Ansprüche zuspricht. Bestehen dagegen an der Berechtigung der von Destinatären geltend gemachten Ansprüche ernsthafte Zweifel, so muss der Entscheid dem Zivilrichter bzw. dem Versicherungsgericht überlassen bleiben³⁰⁷. (111)

³⁰⁴ Vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. a und Abs. 3, 4 BVG; Art. 50 VwVG, Art. 97ff OG.

³⁰⁵ Vgl. Art. 87 Abs. 2 ZGB. Die Abgrenzung der Zuständigkeit von Zivilrichter und Aufsichtsbehörde ist nicht immer einfach: vgl. dazu die illustrativen Fälle BGE 108 II 497, 111 II 97, 112 II 97.

³⁰⁶ Art. 2 der VV zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 14.8.1984, sGS 355.1; vgl. GVP 1986 Nr. 11.

³⁰⁷ BGE 108 II 500, 100 Ib 146f m.w.H.

§ 6 Familien- und Vormundschaftsrecht

LITERATUR: BIGGER ERWIN, Protokollführung, Erlass und Redaktion von Verfügungen bei der Vormundschaftsbehörde, Leitfaden für die Praxis, Gossau 1981; HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 3. A., Bern 1989; KREISSCHREIBEN betreffend die neuen Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches über die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE), ABi 1981 9; MUSTERSAMMLUNG für die Vormundschaftsbehörden, herausgegeben vom Verband St. Gallischer Gemeinderatsschreiber, Grundbuchverwalter und Vormundschaftssekretäre (VGGV), Ebnat-Kappel 1991³⁰⁸; ODERMATT PAUL, Organisation und Verfahren der vormundschaftlichen Behörden in den deutschsprachigen Kantonen im allgemeinen, ZVW 1979 58-79; RIEMER HANS MICHAEL, Grundriss des Vormundschaftsrechts, Bern 1981; SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, Berner Kommentar, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, Bern 1982/84; SCHWARZ ANDREAS, Die Vormundschaftsbeschwerde, Art. 420 ZGB, Diss. Zürich 1968; STETTLER MARTIN, Droit civil, représentation et protection de l'adulte, Fribourg 1989.

I. Organisation der vormundschaftlichen Behörden

1. Vormundschaftsbehörde und Aufsichtsbehörde

Das kantonale Recht hat die von Art. 361 Abs. 1 ZGB vorgesehene Vormundschaftsbehörde und die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu organisieren. Der Gemeinderat wählt die Vormundschaftsbehörde von mindestens drei Mitgliedern; wenigstens zwei Mitglieder sind aus der Mitte der Wahlbehörde zu bestimmen. Zählt sie weniger als fünf Mitglieder, so sind zwei Ersatzmitglieder zu wählen (Art. 62 EGzZGB).

Die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde ist *im allgemeinen der Regierungsrat* (112)

³⁰⁸ Diese Mustersammlung ist ein hervorragendes Hilfsmittel für die vormundschaftliche Praxis. Sie enthält zahlreiche Musterentscheide und wertvolle Erläuterungen. Zusätzlich ist auch noch auf die vierteljährlich erscheinende Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW) hinzuweisen. Diese gibt oftmals Entscheide des Justiz- und Polizeidepartementes sowie des Regierungsrates des Kantons St. Gallen wieder, die nicht in der GVP publiziert werden.

(Art. 8 EGzZGB); in besonderen Fällen ist es das Justiz- und Polizeidepartement³⁰⁹. Der Kanton St. Gallen sieht also zum Teil zwei Instanzen der Aufsichtsbehörde vor³¹⁰. Alle Verfügungen des Departements können gemäss Art. 43 VRP innert 14 Tagen mit Rekurs an den Regierungsrat weitergezogen werden³¹¹. Die Zuständigkeiten der Vormundschaftsbehörde und der Aufsichtsbehörde ergeben sich aus dem Zivilgesetzbuch; das kantonale Recht kann diese Zuständigkeiten nicht abändern³¹², wohl aber ergänzen³¹³.

Die Aufsichtsbehörde kann in einem Fall krasser Rechtsverletzung von sich aus einschreiten und muss nicht eine Beschwerde abwarten. In der Regel wird sie allerdings erst auf eine Vormundschaftsbeschwerde hin tätig. Diese ist das wichtigste Mittel der Beaufsichtigung³¹⁴. Vorbehalten bleibt die Aufsicht des Bezirksammannes³¹⁵ über die Wahl und den Bestand der Gemeinden seines Bezirkes. (113)

³⁰⁹ Art. 63 Abs. 1 EGzZGB; Art. 26 lit. b GeschR. Gemäss Art. 7bis EGzZGB ist das Justiz- und Polizeidepartement in folgenden Fällen zuständig:

- Art. 287 Abs. 2 und 288 Abs. 2 ZGB (Genehmigung von Unterhaltsverträgen);
- Art. 311 Abs. 1 und 313 Abs. 2 ZGB (Entziehung und Wiederherstellung der elterlichen Gewalt);
- Art. 375 Abs. 2 ZGB (Verschiebung einer Veröffentlichung einer Bevormundung);
- Art. 388 Abs. 3 ZGB (Entscheid über Ablehnung und Anfechtung der Wahl des Vormundes);
- Art. 398 Abs. 3 ZGB (Anordnung eines öffentlichen Inventars);
- Art. 404 Abs. 3 und 422 ZGB (Zustimmung zu Beschlüssen der Vormundschaftsbehörde).

³¹⁰ Vgl. Art. 361 Abs. 2 ZGB; Leitfaden 14/4.

³¹¹ Botschaft V. NG EGzZGB, ABI 1977 527. In andern Kantonen ist für den Weiterzug an die zweite Aufsichtsbehörde ebenfalls Art. 420 Abs. 2 ZGB massgebend; die Beschwerdefrist beträgt dann 10 Tage, vgl. zu dieser Problematik Schwarz, Vormundschaftsbeschwerde 38ff.

³¹² Botschaft V. NG EGzZGB, ABI 1977 526; Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 361 ZGB N. 30. Vgl. aber VP I Nr. 590: Dem Vormund bzw. der Vormundschaftsbehörde kann nicht zugemutet werden, eine Prozessvollmacht i.S.v. Art. 421 Ziff. 8 ZGB zur Durchführung einer Verantwortlichkeitsklage gegen sie selbst auszustellen; dafür ist vielmehr die Aufsichtsbehörde zuständig.

³¹³ Was in Art. 4 EGzZGB tatsächlich geschieht.

³¹⁴ Vgl. zu den weiteren Mitteln der Aufsicht Schwarz, Vormundschaftsbeschwerde 28ff.

³¹⁵ Art. 63 Abs. 2 EGzZGB und Art. 234 Abs. 2 GG.

2. Rechtsschutz

a) Im allgemeinen

Im Vormundschafts- und Familienrecht besteht ein Nebeneinander von zum Teil bundesrechtlich vorgeschriebenen und zum Teil von kantonrechtlich geordneten Rechtsmitteln. Es sind dies die Vormundschaftsbeschwerde gemäss Art. 420 ZGB, der Rekurs gemäss Art. 11 EGzZGB i.V.m. Art. 40ff VRP, die öffentlichrechtliche Klage gegen die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 75f EGzZGB und Art. 71a ff VRP) sowie der Rekurs gegen vorsorgliche Massnahmen und Vollstreckungsverfügungen an das Justiz- und Polizeidepartement³¹⁶. Die Rechtsmittelfristen betragen bei der Vormundschaftsbeschwerde und bei der öffentlichrechtlichen Klage je 10 Tage, beim Rekurs 14 Tage und beim Rekurs gegen vorsorgliche und Vollstreckungsmassnahmen fünf Tage. Je nach Art der von der Vormundschaftsbehörde in den einzelnen Ziffern des Dispositives angeordneten Verfügungen müssen auch die entsprechenden unterschiedlichen Rechtsmittel an u.U. verschiedene Instanzen eingereicht werden³¹⁷. Die einzelnen Rechtsmittel werden anlässlich der Darstellung der verschiedenen Sachgebiete besprochen. Einzig auf die Vormundschaftsbeschwerde ist infolge ihrer allgemeinen Bedeutung, im folgenden näher einzugehen.

b) Vormundschaftsbeschwerde

Gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB kann jedermann, der ein Interesse hat, gegen die Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde innert 10 Tagen nach ihrer Mitteilung beim Regierungsrat als der Aufsichtsbehörde Beschwerde führen. Sie ist das Rechtsmittel bei Verstössen gegen die Regeln der Führung vormundschaftlicher (114)

³¹⁶ Art. 44 lit. b und 47 Abs. 2 VRP; Art. 26 lit. b GeschR. Siehe das Beispiel in der Mustersammlung Nr. 203, S. 3; Bigger, Protokollführung 30.

³¹⁷ Siehe etwa Mustersammlung Nr. 510 (Vormundschaftsbeschwerde und Rekurs), Nr. 420 (Wahablehnung oder Wahlanfechtung an die Vormundschaftsbehörde innert 10 Tagen und Rekurs an den Regierungsrat wegen Errichtung einer Vormundschaft gemäss Art. 369 ZGB) oder Nr. 230.

Massnahmen³¹⁸. Die Vormundschaftsbeschwerde schützt ausschliesslich die Interessen der schutzbedürftigen Person. Das Interesse Dritter, beispielsweise von Gläubigern, ist hingegen auf dem Weg des ordentlichen Zivilprozesses zu verfolgen³¹⁹. Gegenstand der Vormundschaftsbeschwerde sind zunächst einmal Beschwerdeentscheide der Vormundschaftsbehörde (vgl. Art. 420 Abs. 1 ZGB), Entscheide betreffend Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde im Sinne von Art. 421 und 423 ZGB sowie Weisungen der Vormundschaftsbehörde³²⁰. Sie ist auch das Rechtsmittel gegen sämtliche Kindesschutzmassnahmen³²¹. Die Vormundschaftsbeschwerde richtet sich stets gegen Entscheide des Vormundes bzw. der Vormundschaftsbehörde und ist innert 10 Tagen einzureichen. Dagegen ist der Rekurs gemäss Art. 11 EGzZGB i.V.m. Art. 40ff VRP innert 14 bzw. fünf Tagen einzureichen.

Die Beschwerdeberechtigung gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB steht demjenigen zu, der "ein Interesse hat". Ein Interesse in diesem Sinn hat, wer zur betroffenen Person in einer gewissen Beziehung rechtlicher, moralischer oder tatsächlicher Natur steht oder wer in eigenen Rechten betroffen ist³²².

Der exakte Anwendungsbereich der Vormundschaftsbeschwerde ist allerdings ziemlich unklar. Nach einer überwiegenden Lehrmeinung kommt die Vormundschaftsbeschwerde bei der Anfechtung eines Entscheides auf Beistandschaft, Beiratschaft und Bevormundung wegen Fehlens der materiellen Voraussetzungen oder wegen örtlicher und sachlicher Unzuständigkeit usw. nicht in Frage³²³. Es sind (115)

³¹⁸ Vgl. Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 397 ZGB N. 58 m.w.H.

³¹⁹ Schwarz, Vormundschaftsbeschwerde 55f.

³²⁰ Schwarz, Vormundschaftsbeschwerde 50ff. Beispiele: Entscheide des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 14.5.1985, ZVW 1986 39f; vom 20.6.1989, ZVW 1990 110f (z.T. publiziert in GVP 1989 Nr. 76); vom 14.1.1986, ZVW 1987 68f.

³²¹ Vgl. zum Rechtsschutz beim Kindesschutz S. 123ff.

³²² Entscheid des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 1.12.1987, ZVW 1988 116f; Schwarz, Vormundschaftsbeschwerde 80ff.

³²³ Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 373 ZGB N. 56 und 193 und zu Art. 397 ZGB N. 58; BGE 107 Ia 117 für die Entmündigung; Stettler, Droit 125, 143, 170; jedoch hinsichtlich der Beistandschaft a.A. Riemer, Vormundschaftsrecht 110, 137.

vielmehr die kantonrechtlichen Rechtsmittel zu ergreifen. Dies wird damit begründet, dass Art. 397 Abs. 1 ZGB für die Beiratschaft und die Beistandschaft auf Art. 373 Abs. 1 ZGB verweist. Und nach Art. 373 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 52 Abs. 2 und 54 SchlT können die Kantone die für die Entmündigung zuständigen Behörden bestimmen, wobei das Bundesrecht den Kantonen volle Freiheit für die Zuordnung der Aufgaben und die Ausgestaltung des Instanzenzuges gewährt³²⁴. Im Grunde genommen würde also das kantonale Verfahrensrecht gemäss Art. 11 EGzZGB und insbesondere die vierzehntägige Rekursfrist gemäss Art. 47 Abs. 1 VRP gelten. Die Verwaltungspraxis hat sich im Kanton St. Gallen und in andern Kantonen³²⁵ jedoch nicht immer daran gehalten, sondern lässt auch in diesen Materien zum Teil die Vormundschaftsbeschwerde zu. Der Kanton St. Gallen hat einen Mittelweg eingeschlagen und wendet die Vormundschaftsbeschwerde im Falle einer Beistandschaft als vormundschaftliche Massnahme an³²⁶. Der kantonrechtliche Rekurs innert 14 Tagen kann jedoch gegen einen Entscheid auf Errichtung einer Beiratschaft und einer Bevormundung eingereicht werden³²⁷.

c) Bundesrechtsmittel

Beim Vorliegen der entsprechenden Beschwerdegründe und unter Beachtung der Subsidiarität können die Bundesrechtsmittel Berufung (Art. 43ff OG), Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68ff OG) und staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84ff OG) ergriffen werden. Das Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 97ff OG ist dagegen bei sämtlichen Verfügungen des Familien- und (116)

³²⁴ Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 373 ZGB N. 56; Odermatt, Organisation 59.

³²⁵ Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 397 ZGB N. 59.

³²⁶ Vgl. Mustersammlung Nr. 470, 480, 481, 490; GVP 1989 Nr. 76 = ZVW 1990 110f; Entscheid des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 14.5.1985, ZVW 1986 39f; Bigger, Protokollführung 30.

³²⁷ Vgl. Mustersammlung Nr. 402ff, Nr. 420, 431, 440, 450, 460; Bigger, Protokollführung 30; Leitfaden 14/7 und 14/10. Siehe genauer zum Bevormundungsverfahren S. 126ff.

Vormundschaftsrechts unzulässig. Das Vormundschaftsrecht ist im Zivilgesetzbuch geregelt und somit gehört es formell zum Privatrecht, obwohl funktionell betrachtet, öffentliches Recht vorliegt³²⁸. Die Verfügungen des Vormundschaftsrechtes stützen sich daher nicht auf öffentliches Recht des Bundes im Sinne von Art. 5 VwVG. Art. 97 Abs. 1 OG schliesst daher die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus³²⁹.

3. Amts-, Familien- und Vertrauensvormund, Amtszwang

Art. 75 EGzZGB gestattet den Gemeinden, ständige Amtsvormünder zu ernennen, welche die Vormund-, Beirat- und Beistandschaften zu besorgen haben. Von dieser Ermächtigung haben die meisten grösseren Gemeinden Gebrauch gemacht. Die Amtsvormünder haben für die Verwirklichung des Vormundschaftsrechts eine erhebliche Bedeutung. Das Zivilgesetzbuch geht allerdings - weitab von der Realität - noch vom geeigneten Familien- oder Vertrauensvormund als Regelfall aus³³⁰.

Für das Amt des Familien- und Vertrauensvormundes gilt der Amtszwang³³¹; er erstreckt sich auf alle männlichen Verwandten und den Ehemann der zu bevormundenden Person sowie alle Männer, die in dem Vormundschaftskreis (dem Gebiet der politischen Gemeinde) wohnen (Art. 382 ZGB). Gewisse Personen (117)

³²⁸ Schnyder/Murer, Kom. zur Vormundschaft, Systematischer Teil N. 52-54; Riemer, Vormundschaftsrecht 27; vgl. S. 43.

³²⁹ Vgl. sogar ausdrücklich Art. 100 lit. g OG; BGE 100 Ib 113; Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 372 ZGB N. 241; hingegen ist gegen einen Entscheid betreffend die Bewilligung zur Aufnahme eines Pflegekindes die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig: BGE 107 Ib 283; 116 II 238.

³³⁰ In diesem Sinne noch VP I Nr. 249. Dies lässt sich ferner aus den Berufungsgründen der Art. 380 und 381 ZGB schliessen. Siehe zur Bedeutung des Amtsvormundes Odermatt, Organisation 69ff; Riemer, Vormundschaftsrecht 80; Tuor/Schnyder 372f; Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 360 ZGB N. 49ff und zu Art. 379 ZGB N. 68ff.

³³¹ Siehe Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989, S. 189ff, insb. S. 199.

können die Übernahme ablehnen³³²; dazu gehören auch die vom kantonalen Recht bezeichneten Beamten und Mitglieder kantonalen Behörden: Regierungsräte, Staatsschreiber, Kantonsrichter, Departementssekretär des Justiz- und Polizeidepartementes und die Bezirksamänner³³³.

4. Haftung

Gemäss Art. 426 ZGB haften der Vormund, Beirat, Beistand und die Mitglieder der vormundschaftlichen (Aufsichts-) Behörden persönlich für den Schaden, den sie absichtlich oder fahrlässig verschulden. Art. 74 EGzZGB macht vom Vorbehalt des Art. 427 Abs. 2 ZGB Gebrauch; danach haftet bei einem allfälligen Ausfall nach dem Vormund zuerst die politische Gemeinde und erst danach der Kanton. Für die Haftung der vormundschaftlichen Behörden, wozu auch der Amtsvormund gehört, hat Art. 13 Abs. 2 VG eine für den Geschädigten vorteilhaftere Regelung geschaffen. Danach haften der Kanton und die Gemeinden nach den Vorschriften des Verantwortlichkeitsgesetzes für Schäden, welche die vormundschaftlichen Behörden verursacht haben. Für Schäden und Verletzungen aufgrund einer widerrechtlichen fürsorgerischen Freiheitsentziehung haftet der Kanton schon von Bundesrechts wegen (Art. 5 Ziff. 5 EMRK, Art. 429a ZGB).

II. Kinderschutz

1. Kinderschutzmassnahmen

Das Zivilgesetzbuch richtet sich bei den möglichen Kinderschutzmassnahmen auf das Wohl des Kindes aus. Die konkrete Gefährdung des Kindes soll die angemessene Kinderschutzmassnahme nach sich ziehen. Dabei gilt aber der (118)

³³² Vgl. Art. 383 Ziff. 1-5 ZGB.

³³³ Art. 383 Ziff. 6 ZGB und Art. 71 EGzZGB.

Grundsatz der Verhältnismässigkeit; nicht jede Verletzung des Kindeswohls rechtfertigt einen behördlichen Eingriff. Die Art. 307ff ZGB sehen vier Stufen behördlicher Eingriffe vor; dabei haben die Behörden die ausreichende Stufe zu wählen. Genügt eine mildere Massnahme, so soll die schärfere unterbleiben³³⁴.

Die Kindesschutzmassnahmen sind:

- Geeignete Massnahmen (Art. 307 ZGB);
- Errichtung einer Beistandschaft³³⁵ (Art. 306 Abs. 2 i.V.m. 392 Ziff. 2, 308, 309 und 325 ZGB)
- Aufhebung der elterlichen Obhut (Art. 310 ZGB);
- Entziehung der elterlichen Gewalt (Art. 311 und 312 ZGB).

2. Jugendschutzkommission

In jedem Bezirk bestehen eine oder mehrere Jugendschutzkommissionen³³⁶ von mindestens drei Mitgliedern³³⁷. Der Regierungsrat wählt die Mitglieder auf Amtsdauer. Ihre allgemeine Aufgabe ist es, mit den verfügbaren Mitteln zu helfen, die Jugend allgemein oder individuell vor Gefahren oder Schaden zu bewahren oder davon zu befreien³³⁸. Der Missbrauch der elterlichen Gewalt oder die grobe Vernachlässigung eines Kindes können auch bei einem Mitglied der Jugendschutzkommission angezeigt werden (Art. 50 EGzZGB). Ferner kann der Jugendschutz- (119)

³³⁴ BGE 100 Ia 308; vgl. Tuor/Schnyder 330; Hegnauer, Kindesrecht 181. Siehe den detaillierten Überblick über die einzelnen Kindesschutzmassnahmen im Leitfaden 14/16.

³³⁵ Die Errichtung einer Beistandschaft als Kindesschutzmassnahme darf nicht mit der Bestandschaft als mildeste Massnahme des Vormundschaftsrechts (Art. 392-394 ZGB) verwechselt werden.

³³⁶ Vgl. Art. 49 Abs. 1 EGzZGB und Art. 29 EVzZGB.

³³⁷ Eine Liste der örtlich zuständigen Jugendschutzkommissionen findet sich im Sozialverzeichnis des Kantons St. Gallen 1986/87, herausgegeben vom Departement des Innern des Kantons St. Gallen 1986.

³³⁸ Vgl. Merkblatt über die Aufgaben und Befugnisse der Jugendschutzkommissionen; enthalten im informativen Ordner: Jugendschutz, Gesetzes- und Verordnungsvorschriften, Kreisschreiben, Stand: 1.11.1987, Soziale Dienste des Kantons St. Gallen (Hrsg.).

kommission der Vollzug von Fremdplazierungen (Art. 310 ZGB) übertragen werden (Art. 52 Abs. 3 EGzZGB).

Art. 307 Abs. 3 ZGB erlaubt der Vormundschaftsbehörde, eine geeignete Person oder Stelle zu bestimmen, der die Eltern oder Pflegeeltern Einblick und Auskunft zu geben haben (Patronate). Meist ernennt die Vormundschaftsbehörde nach Errichtung eines Patronates ein Mitglied der Jugendschutzkommission zum Patron, wenn nicht in besonderen Fällen eine bestimmte Vertrauensperson vorzuziehen ist. Bei diesen Patronaten geht es meist um Kinder aus geschiedenen Ehen; der Patron unterstützt und berät den alleinerziehenden Elternteil.

Die Jugendschutzkommissionen werden nicht aus eigenem Antrieb tätig; vielmehr weist ihnen die Vormundschaftsbehörde Patronate zu und ernennt ein Mitglied zum Patron. Eigentliche Verfügungen können von der Jugendschutzkommission nicht ausgehen; sie unterstützt vielmehr die Vormundschaftsbehörde. Gemäss Art. 51 Abs. 2 EGzZGB kann die Kommission aber Anträge zum behördlichen Einschreiten an die Vormundschaftsbehörde stellen. Sie ist ferner befugt, in Jugendschutzsachen gegen die Vormundschaftsbehörde Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Regierungsrat zu erheben³³⁹ und ihr steht das Beschwerderecht gemäss Art. 420 ZGB zu. In der Praxis arbeitet die Jugendschutzkommission einvernehmlich mit der Vormundschaftsbehörde zusammen, so dass sie von diesen Rechtsmitteln kaum Gebrauch macht.

3. Zuständigkeit und Verfahren

Die Vormundschaftsbehörde ist für folgende Kindesschutzmassnahmen zuständig:

- geeignete Massnahmen (Art. 307 ZGB);
- Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), einer Beistandschaft (120)

³³⁹ Wobei die Gründe der Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss Art. 88 Abs. 2 VRP gegeben sein müssen.

zur Feststellung der Vaterschaft (Art. 309 ZGB³⁴⁰) und einer Verwaltungsbeistandschaft (Art. 325 ZGB³⁴¹);

- Aufhebung der elterlichen Obhut (Art. 310 ZGB) und
- die Entziehung der elterlichen Gewalt, wenn 1. die Eltern aus wichtigen Gründen darum nachsuchen oder 2. sie in eine künftige Adoption des Kindes durch ungenannte Dritte eingewilligt haben (also bei Inkognito- oder Blanko-Adoption, Art. 312 ZGB) und die Behandlung eines diesbezüglichen Wiederherstellungsgesuches gemäss Art. 313 Abs. 2 ZGB³⁴².

Das Justiz- und Polizeidepartement als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde ist für den Entzug der elterlichen Gewalt nach Art. 311 ZGB und deren Wiederherstellung gemäss Art. 313 Abs. 2 ZGB³⁴³ zuständig. Den Eltern wird die elterliche Gewalt entzogen, wenn sie 1. ausserstande sind, die elterliche Gewalt pflichtgemäss auszuüben oder 2. wenn sie sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert oder ihre Pflichten gegenüber dem Kinde gröblich verletzt haben (Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB).

Das Verfahren und die örtliche Zuständigkeit richtet sich zunächst nach Art. 314ff ZGB. Das gefährdete Kindeswohl rechtfertigt es ohne weiteres, dass die Beschwerdeinstanz die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen eine Kindesschutzmassnahme entziehen kann (Art. 314 Ziff. 2 ZGB)³⁴⁴. Soweit das Bundesrecht selber keine Regelungen trifft, wird das Verfahren durch das kantonale Recht geordnet³⁴⁵. Das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch regelt das Verfahren der geeigneten Massnahmen, der Beistandschaften und der Aufhebung der (121)

³⁴⁰ Es ist m.E. ein gesetzgeberisches Versehen, dass Art. 64 EGzZGB die Beistandschaft gemäss Art. 309 ZGB nennt. Die Ausserehelichenbeistandschaft als Kindesschutzmassnahme hat nichts mit dem Vormundschaftsrecht i.e.S. zu tun.

³⁴¹ Vgl. auch die in Art. 318 Abs. 2 ZGB vorgesehene und in Art. 9 und 10 EVzZGB konkretisierte Inventaraufnahme und Berichterstattung.

³⁴² Art. 57 Abs. 1 EGzZGB.

³⁴³ Art. 57 Abs. 1 EGzZGB.

³⁴⁴ Vgl. Art. 51 VRP und Art. 220 ZPO; vgl. zur richterlichen Kompetenz S. 123.

³⁴⁵ Ingress Art. 314 ZGB.

elterlichen Obhut nicht genauer. Daher sind gemäss Art. 11 EGzZGB die Verfahrensbestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes anwendbar³⁴⁶.

Das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch regelt indessen das Verfahren betreffend den Entzug der elterlichen Gewalt genauer. Erscheinen der Vormundschaftsbehörde die Voraussetzungen für die Entziehung der elterlichen Gewalt i.S.v. Art. 311 ZGB gegeben, so lädt sie die Eltern vor, ermittelt den Sachverhalt und stellt dem Justiz- und Polizeidepartement als vormundschaftlicher Aufsichtsbehörde - bei gegebenen Voraussetzungen - einen entsprechenden Antrag auf Entzug (Art. 55 EGzZGB). Bei diesem Antrag der Vormundschaftsbehörde handelt es sich nicht um eine beschwerde- oder rekursfähige Verfügung. Die eigentliche Verfügung wird vielmehr vom Justiz- und Polizeidepartement getroffen³⁴⁷.

Suchen die Eltern bei der Vormundschaftsbehörde um die Entziehung der elterlichen Gewalt i.S.v. Art. 312 Ziff. 1 ZGB nach, ist das Begehren zu Protokoll zu nehmen und von ihnen zu unterzeichnen. Diese Unterzeichnung ist angesichts der Bedeutung dieses Schrittes Voraussetzung für die Gültigkeit des ganzen Verfahrens. Haben die Eltern in eine künftige Adoption des Kindes durch ungenannte Dritte eingewilligt (vgl. Art. 312 Ziff. 2 ZGB), so entzieht ihnen die Vormundschaftsbehörde die elterliche Gewalt ohne weiteres Verfahren (Art. 56 EGzZGB). Es müssen keine wichtigen Gründe vorliegen, die die Vormundschaftsbehörde nachzuprüfen hat. Indessen sind die strengen Vorschriften über die Zustimmung der Eltern zur Adoption massgebend; sie ist mündlich oder schriftlich zu erklären und im Protokoll vorzumerken³⁴⁸. Sie kann nicht vor Ablauf von sechs Wochen seit der Geburt des Kindes erteilt werden und sie kann binnen sechs Wochen seit ihrer Entgegennahme widerrufen werden (Art. 265b Abs. 1 und 2 ZGB)³⁴⁹. (122)

³⁴⁶ Sinngemäss Bigger, Protokollführung 13ff.

³⁴⁷ Vgl. Mustersammlung Nr. 240, S. 4 (Bemerkung 3).

³⁴⁸ Vgl. Art 265a-265d ZGB.

³⁴⁹ Siehe dazu die Formulare in der Mustersammlung Nr. 005.

Vorbehalten bleibt die *Kompetenzattraktion des Scheidungsrichters*; er kann als vorsorgliche Massnahme nach Art. 145 ZGB oder im Scheidungsurteil³⁵⁰ ebenfalls die notwendigen Kindesschutzmassnahmen anordnen. Der Vollzug obliegt jedoch der Vormundschaftsbehörde (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Der Eheschutzrichter darf hingegen keine Kindesschutzmassnahmen verfügen³⁵¹. Bei später veränderten Verhältnissen können die vormundschaftlichen Behörden die vom Richter getroffenen Kindesschutzmassnahmen in bezug auf einen Elternteil ändern, sofern dadurch die Stellung des andern nicht unmittelbar berührt wird (Art. 315a Abs. 3 ZGB). Stirbt nach erfolgter Scheidung der Inhaber der elterlichen Gewalt, so kann die elterliche Gewalt von der Vormundschaftsbehörde *oder* vom Richter im Abänderungsprozess (Art. 157 ZGB) auf den überlebenden Elternteil übertragen werden³⁵².

4. Rechtsschutz

Alle Verfügungen der Vormundschaftsbehörde betreffend Kindesschutzmassnahmen sind mit der Vormundschaftsbeschwerde gemäss Art. 420 ZGB anzufechten³⁵³; diese kann beim Regierungsrat innert 10 Tagen erhoben werden. Auch der Vollzug der gerichtlich angeordneten Kindesschutzmassnahmen durch die Vormundschaftsbehörde unterliegt der Vormundschaftsbeschwerde. Freilich kann die gerichtlich angeordnete Kindesschutzmassnahme auf dem Beschwerdeweg nicht überprüft werden. Dagegen ist die Anfechtung oder Ablehnung der Wahl eines Beistandes als Kindesschutzmassnahme innert 10 Tagen bei der (123)

³⁵⁰ Art. 156, 297 Abs. 2 und 3, 275 Abs. 2 ZGB.

³⁵¹ Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11.7.1979, BBl 1979 II 1191, insb. S. 1278.

³⁵² BGE 108 II 375, Präzisierung zu BGE 107 II 100.

³⁵³ Vgl. Botschaft vom 5.6.1974 über die Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) BBl 1974 II 1, insb. S. 85f; Hegnauer, Kindesrecht 197f; Bigger, Protokollführung 30; Leitfaden 14/17.

Vormundschaftsbehörde einzureichen³⁵⁴. Die Entscheide des Regierungsrates betreffend die Anordnung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 308, 309³⁵⁵ und 325 ZGB können innert 30 Tagen mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden³⁵⁶. Wird ein Kind anlässlich der Aufhebung der elterlichen Obhut in einer Anstalt untergebracht³⁵⁷, so gelten die Art. 397d-397f ZGB über die gerichtliche Beurteilung und das Verfahren bei fürsorgerischer Freiheitsentziehung sinngemäss (Art. 314a Abs. 1 ZGB)³⁵⁸. Hingegen ist die Aufhebung der elterlichen Obhut als solche nicht mit Berufung beim Bundesgericht anfechtbar³⁵⁹. Gegen die übrigen Entscheide des Regierungsrates (also die geeigneten Massnahmen gemäss Art. 307 und die Aufhebung der elterlichen Obhut nach Art. 310 ZGB bei einer Unterbringung in Pflegefamilien) steht nur noch ein ausserordentliches Rechtsmittel offen, nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde³⁶⁰ (Art. 68ff OG) und zuletzt die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84ff OG), wenn die entsprechenden Beschwerdegründe vorliegen³⁶¹.

Art. 57bis EGzZGB regelt den *Rechtsschutz für die Entziehung oder die Wiederherstellung der elterlichen Gewalt* in Ausführung von Art. 314 ZGB speziell:

- *Verfügungen der Vormundschaftsbehörde* (also die Fälle von Art. 312 und 313 (124))

³⁵⁴ Vgl. Mustersammlung Nr. 221, Nr. 222; vgl. Art. 388 ZGB.

³⁵⁵ Art. 44 lit. e OG erwähnt in der Klammer Art. 309 ZGB nicht ausdrücklich. M.E. unterliegt auch die Beistandschaft gemäss Art. 309 ZGB der Berufung, weil es sich dabei um einen Anwendungsfall des Art. 392 Ziff. 1 ZGB handelt und der Ingress des Art. 392 zudem auf die übrigen Beistandschaften hinweist (vgl. die analoge Überlegung bei Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 397 ZGB N. 70 zu den Beistandschaften gemäss Art. 762 und 823 ZGB). Das Bundesgericht hat denn auch bereits eine solche Berufung entgegengenommen, ohne jedoch auf das Problem einzugehen: BGE 107 II 312.

³⁵⁶ Art. 44 lit. e und f OG.

³⁵⁷ Vgl. Art. 310 Abs. 1 und 2 ZGB und Art. 52bis EGzZGB.

³⁵⁸ Vgl. S. 137.

³⁵⁹ BGE 112 II 16.

³⁶⁰ BGE 112 II 16.

³⁶¹ Vgl. Guldener 553ff.

- ZGB) können innert 10 Tagen mit (Vormundschafts-)Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden. Dessen Entscheide können innert 30 Tagen mit Berufung beim Kantonsgericht angefochten werden (Art. 224 Abs. 2 ZPO). Gegen die Entscheide des Kantonsgerichtes über den Entzug der elterlichen Gewalt gemäss Art. 312 ZGB bzw. abgelehnter Wiedereinräumung (Art. 313 ZGB) ist die Berufung ans Bundesgericht unzulässig³⁶². Allenfalls kommt aber ein ausserordentliches Rechtsmittel, insbesondere die Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68ff OG) und zuletzt noch die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84ff OG) in Frage, wenn die entsprechenden Beschwerdegründe vorliegen³⁶³.
- *Verfügungen des Justiz- und Polizeidepartementes* (also die Fälle von Art. 311/313 ZGB) können innert 14 Tagen mit Rekurs beim Regierungsrat angefochten werden. Dessen Entscheide sind innert 30 Tagen mit Berufung ans Kantonsgericht weiterziehbar (Art. 224 Abs. 2 ZPO). Gegen die Entscheide des Kantonsgerichtes über den Entzug der elterlichen Gewalt gemäss Art. 311 und 313 ZGB ist innert 30 Tagen die Berufung ans Bundesgericht zulässig³⁶⁴.
- Der Rechtsschutz ist nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK allerdings dann ungenügend, wenn nicht eine *richterliche Instanz* Tatbestand und Rechtsfragen überprüfen konnte³⁶⁵. (125)

³⁶² Vgl. Art. 44 lit. d OG und Tuor/Schnyder 339; a.A. Rüesch Adrian, Tafeln zum st. gallischen kantonalen Recht, Band II, St. Gallen 1986, Tafel 46e.

³⁶³ Vgl. Guldener 553ff.

³⁶⁴ Vgl. Art. 44 lit. d OG.

³⁶⁵ Vgl. S. 46ff.

III. Vormundschaft

1. Allgemeines

Das Gesetz sieht die folgende Stufenleiter vormundschaftlicher Massnahmen vor³⁶⁶:

Beistandschaft:

- Vertretungsbeistandschaft (Art. 392 ZGB),
- Verwaltungsbeistandschaft (Art. 393 ZGB),
- Beistandschaft auf eigenes Begehren (Art. 394 ZGB),

Beiratschaft:

- Mitwirkungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 1 ZGB),
- Verwaltungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 2 ZGB),
- Kombinierte Beiratschaft,

Vormundschaft infolge:

- Unmündigkeit (Art. 368 ZGB),
- Geisteskrankheit oder Geistesschwäche (Art. 369 ZGB),
- Verschwendung, Misswirtschaft, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel (Art. 370 ZGB),
- Freiheitsstrafe (Art. 371 ZGB): Die Praxis entmündigt die zu Freiheitsstrafe verurteilten in aller Regel nicht mehr³⁶⁷,
- eigenem Begehren (Art. 372 ZGB).

Die örtliche Zuständigkeit ist wie folgt geregelt: Bei der Beistandschaft ist in der Regel die Vormundschaftsbehörde des Wohnsitzes zuständig (vgl. Art. 396 ZGB). Im Falle der Beiratschaft bezeichnet das Zivilgesetzbuch die örtlich zuständige Behörde nicht. Es liegt eine echte Lücke vor, die Praxis nimmt aber für alle drei Beiratschaftsarten an, dass sie am Wohnsitz anzuordnen sind³⁶⁸. (126)

³⁶⁶ Vgl. zu den Einzelheiten: Tuor/Schnyder 361ff; Riemer, Vormundschaftsrecht 143ff; siehe auch die klare Übersicht im Leitfaden 14/5.

³⁶⁷ Vgl. die Relativierung des Art. 371 ZGB durch Auslegung: Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 371 ZGB N. 39-51; Mustersammlung Nr. 440, S. 4.

³⁶⁸ Riemer, Vormundschaftsrecht 107f; Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 396 ZGB N. 53-55.

Bei der Vormundschaft ist die Behörde am Wohnsitz der zu bevormundenden Person grundsätzlich zuständig³⁶⁹. Die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden der Heimat im Sinne von Art. 376 Abs. 2 ZGB und Art. 61 Abs. 2 EGzZGB hat heute kaum eine Bedeutung mehr, denn die Armenunterstützung obliegt heute der Wohnsitzgemeinde³⁷⁰.

Die sachliche Zuständigkeit und das Verfahren der genannten vormundschaftlichen Massnahmen sind für bestimmte Gruppen von Massnahmen je gleichartig (Art. 64-67 EGzZGB). Sie sind im folgenden vorzustellen.

2. Anordnung "ohne weiteres Verfahren"

Nach Art. 64 EGzZGB kann die Vormundschaftsbehörde die Vormundschaft infolge Unmündigkeit und Freiheitsstrafe (Art. 368 und 371 ZGB) sowie die Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft (Art. 392 und 393 ZGB) "ohne weiteres Verfahren" anordnen³⁷¹. Die Bezeichnung "ohne weiteres Verfahren" ist missverständlich; selbstverständlich hat die Vormundschaftsbehörde zunächst den Sachverhalt abzuklären³⁷² und insbesondere muss sie das rechtliche Gehör in jedem (127)

³⁶⁹ Vgl. Art. 61 Abs. 1 EGzZGB und 376 Abs. 1 ZGB.

³⁷⁰ Vgl. Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 376 ZGB N. 108; Art. 10 FÜG. Früher war die öffentliche Fürsorge vom Heimatprinzip beherrscht; Art. 61 Abs. 2 hatte deshalb eine erhebliche Bedeutung: vgl. die heute überholten Entscheide VP I Nr. 604, VP II Nr. 459, VP III Nr. 133 und 656.

³⁷¹ Art. 309 ZGB wird in Art. 64 Abs. 1 EGzZGB zu Unrecht genannt; denn Art. 309 ist eine Kinderschutzmassnahme; die Art. 308 und 325 ZGB werden zu Recht nicht erwähnt: Die von Ruesch Adrian, Tafeln zum st. gallischen, kantonalen Recht, Band II, St. Gallen 1986, Tafel 46f Anm. 1 vorgeschlagene Lückenfüllung (Art. 308 und 325 wären in Art. 64 EGzZGB einzureihen) ist unnötig, da sich die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde aus dem ZGB ergibt.

³⁷² Im Falle des Art. 371 ZGB hat die Direktion der Strafanstalt die erforderliche Mitteilung gemäss Art. 371 Abs. 2 ZGB an die Vormundschaftsbehörde zu machen: Art. 11 EVzZGB.

Fall gewähren³⁷³ (Art. 64 Abs. 2 EGzZGB). Die betroffene Person muss sich zur beabsichtigten Massnahme äussern können. Die Vormundschaftsbehörde entscheidet über die Veröffentlichung im Amtsblatt und ordnet sie an³⁷⁴.

Gegen die Anordnung der Vormundschaft gemäss Art. 368 und 371 ZGB kann nach st. gallischer Praxis innert 14 Tagen Rekurs beim Regierungsrat eingereicht werden. Gegen die Anordnung der Beistandschaft gemäss Art. 392 und 393 ZGB kann innert 10 Tagen die Vormundschaftsbeschwerde gemäss Art. 420 ZGB beim Regierungsrat erhoben werden³⁷⁵. Gegen dessen Entscheide kann - ausser im Falle von Art. 368 ZGB³⁷⁶ - innert 30 Tagen Berufung an das Bundesgericht eingereicht werden³⁷⁷.

3. Vormundschaft und Beistandschaft auf eigenes Begehren

Die Vormundschaft und Beistandschaft auf eigenes Begehren gemäss Art. 372 und 394 ZGB ist an die Voraussetzung geknüpft, dass der Gesuchsteller infolge Altersschwäche, körperlicher oder anderer Gebrechen sowie Geschäftsunerfahrenheit seine Angelegenheiten nicht gehörig zu besorgen vermag³⁷⁸. Im Unterschied (128)

³⁷³ Botschaft V. NG EGzZGB, ABl 1977 519ff, insb. 526. Allerdings gilt subsidiär (vgl. Art. 11 EGzZGB) auch das rechtliche Gehör gemäss Art. 15 VRP. Der eingefügte Art. 64 Abs. 2 EGzZGB war deshalb unnötig. Vgl. zum rechtlichen Gehör bereits VP III Nr. 516.

³⁷⁴ Art. 64 Abs. 3 und 26 EGzZGB; vgl. auch Art. 14 EVzZGB (Veröffentlichung im Handelsamtsblatt). Selbstverständlich hat die Vormundschaftsbehörde auch in den übrigen Fällen gemäss den Art. 65ff EGzZGB für die allfällige Veröffentlichung zu sorgen.

³⁷⁵ Vgl. S. 116.

³⁷⁶ Hier steht m.E. lediglich ein ausserordentliches Rechtsmittel, Nichtigkeitsbeschwerde oder staatsrechtliche Beschwerde (vgl. Riemer, Vormundschaftsrecht 65) gemäss Art. 68ff bzw. 84ff OG zur Verfügung, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

³⁷⁷ Vgl. Art. 44 lit. e und Art. 54 OG; Riemer, Vormundschaftsrecht 64; Schnyder/Murer, Kom. zu Art. 368 ZGB N. 137-139.

³⁷⁸ Vgl. Tuor/Schnyder 364f, 377f; Riemer, Vormundschaftsrecht 53ff; Stettler, Droit 121f, 158ff.

zur Anordnung "ohne weiteres Verfahren" hat die Vormundschaftsbehörde eingehender abzuklären, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (Art. 65 Abs. 1 EGzZGB). Das eigene Begehren genügt nicht, es muss vielmehr eine Schwäche des Gesuchstellers hinzutreten, die es ihm verunmöglicht, selbst einen Ratgeber und Bevollmächtigten beizuziehen.

Die Vormundschaftsbehörde hat zunächst das Begehren zu Protokoll zu nehmen und vom Gesuchsteller unterzeichnen zu lassen. Diese Bestimmung des Art. 65 Abs. 2 EGzZGB ist angesichts der Bedeutung dieses Schrittes vor allem bei Art. 372 ZGB nicht nur eine blosse Formalität, sondern Gültigkeitsvorschrift³⁷⁹.

Sodann hat die Vormundschaftsbehörde durch Einvernahme des Gesuchstellers und allfällige weitere Beweiserhebungen das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zu prüfen.

Gegen die Anordnung der Vormundschaft auf eigenes Begehren kann innert 14 Tagen Rekurs an den Regierungsrat erhoben werden. Gegen die Anordnung der Beistandschaft auf eigenes Begehren kann innert 10 Tagen Vormundschaftsbeschwerde gemäss Art. 420 ZGB erhoben werden³⁸⁰. Gegen den Entscheid des Regierungsrates kann innert 30 Tagen Berufung an das Bundesgericht eingereicht werden³⁸¹.

4. Vormundschaft bei Verschwendung usw. und Beiratschaft

Im Falle der Bevormundung infolge Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandels oder Misswirtschaft (Art. 370 ZGB) sowie in allen drei Fällen von Beiratschaften (Art. 395 ZGB) hat die Vormundschaftsbehörde nach Kenntnissnahme des Sachverhaltes zunächst zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen (129)

³⁷⁹ Wie auch im Falle von Art. 312 ZGB, vgl. S. 122.

³⁸⁰ Vgl. Mustersammlung Nr. 450 und 490; vgl. auch S. 116.

³⁸¹ Vgl. Art. 44 lit. e und Art. 54 OG.

für eine dieser Massnahmen überhaupt gegeben sind³⁸². Dann hat sie die betroffene Person vorzuladen und zu befragen, ob sie gegen die Massnahme Einsprache erhebe (Art. 66 EGzZGB). Ist sie mit der Massnahme einverstanden, so ist darüber ein Protokoll aufzunehmen und vom Betroffenen zu unterzeichnen. Das Einverständnis bzw. die Einsprache entscheiden über das nachfolgende Verfahren.

Ist der *Betroffene einverstanden*, so verfügt die Vormundschaftsbehörde die Bevormundung gemäss Art. 370 ZGB bzw. eine der Beiratschaften gemäss Art. 395 ZGB. Gegen diesen Beschluss kann innert 14 Tagen beim Regierungsrat Rekurs erhoben werden³⁸³.

Erhebt der Betroffene Einsprache, so reicht die Vormundschaftsbehörde Klage auf Entmündigung bzw. Errichtung einer Beiratschaft beim Bezirksgericht ein (Art. 68 Abs. 1 EGzZGB). Der Vermittlungsvorstand ist freiwillig und das Bezirksgericht entscheidet im Instruktionsprozess darüber³⁸⁴. Dessen Urteil kann innert 30 Tagen mit Berufung an das Kantonsgericht weitergezogen werden (Art. 224ff ZPO). Dessen Urteil kann wiederum innert 30 Tagen mit Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 44 lit. e OG).

5. Bevormundung bei Geisteskrankheit und Geistesschwäche

Im Falle der Bevormundung gemäss Art. 369 ZGB hat die Vormundschaftsbehörde stets³⁸⁵ ein schriftliches Gutachten einzuholen. Dieses hat sich darüber zu äussern, ob der Geisteszustand des Betroffenen eine Bevormundung notwendig mache und ob seine persönliche Anhörung zulässig sei³⁸⁶. Die Vormundschafts-

(130)

³⁸² Vgl. dazu Tuor/Schnyder 362f, 368ff.

³⁸³ Vgl. Mustersammlung Nr. 431, vgl. S. 116.

³⁸⁴ Art. 136 lit. c, Art. 184 Abs. 1 ZPO; Handbuch 158; Mustersammlung Nr. 410, S. 5 (Bemerkung 3) und Nr. 430, S. 5 (Bemerkung 2).

³⁸⁵ VP IV Nr. 133, GVP 1957 Nr. 98.

³⁸⁶ Art. 67 Abs. 1 EGzZGB und Art. 374 Abs. 2 ZGB.

behörde hat das Gutachten in jedem Falle einzuholen, auch wenn vorsorglich Einsprache erhoben wird³⁸⁷.

Das Gutachten ist von zwei Sachverständigen zu erstellen, worunter sich der Bezirksarzt³⁸⁸ oder ein Arzt einer staatlichen Heilanstalt, namentlich einer psychiatrischen Klinik befinden muss (Art. 67 Abs. 2 EGzZGB). Die beiden Sachverständigen sollen dabei ein gemeinsames Gutachten erstellen. Ihre Ernennung erfolgt durch die Vormundschaftsbehörde. Die zu entmündigende Person (der Interdizend) kann sich zu den berufenen Sachverständigen nicht äussern³⁸⁹. Ist die Begutachtung ambulant nicht möglich, so kann die Vormundschaftsbehörde diese nach den Vorschriften über die fürsorgerische Freiheitsentziehung in einer psychiatrischen Klinik anordnen³⁹⁰. Die stationäre Begutachtung setzt voraus, dass (1.) genügend objektive Anhaltspunkte vorliegen, nach welchen eine fürsorgerische Freiheitsentziehung gestützt auf Art. 397a ZGB überhaupt ernsthaft in Betracht kommt, dass (2.) noch wichtige Grundlagen für einen definitiven Einweisungsentscheid³⁹¹ fehlen und dass (3.) eine ambulante Behandlung nicht durchgeführt werden kann³⁹². Die Freiheit darf nur dann längere Zeit, als zur Begutachtung erforderlich, entzogen werden, wenn ein materieller Einweisungs- bzw. Rückbehaltungsgrund gemäss Art. 397a Abs. 1 ZGB vorliegt³⁹³.

Der weitere Gang des Verfahrens hängt vom Ergebnis des Gutachtens ab. Bejaht das Gutachten die Notwendigkeit der Bevormundung und lehnt es eine vorgängige Anhörung des zu Entmündigenden ab, so verfügt die Vormundschaftsbehörde ohne weiteres die Bevormundung. Das gerichtliche Verfahren ist in diesem Fall (131)

³⁸⁷ GVP 1957 Nr. 98.

³⁸⁸ Vgl. Art. 9 GesG.

³⁸⁹ VP III Nr. 25.

³⁹⁰ Art. 67 Abs. 2 Satz 2 EGzZGB.

³⁹¹ Bzw. wo es um die Bevormundung gemäss Art. 369 ZGB geht, dass wichtige Grundlagen für eine Bevormundung fehlen.

³⁹² GVP 1989 Nr. 20.

³⁹³ GVP 1989 Nr. 21.

ausgeschlossen³⁹⁴. Gegen den Entscheid der Vormundschaftsbehörde kann innert 14 Tagen Rekurs an den Regierungsrat erhoben werden³⁹⁵. Dessen Entscheid kann innert 30 Tagen mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 44 lit. e OG).

Bejaht das Gutachten die Notwendigkeit der Bevormundung, lässt es aber eine vorgängige Anhörung des Interdizenden zu, so ist nach erfolgter Einsprache des Betroffenen mit dem gerichtlichen Verfahren fortzufahren. Erfolgt hingegen keine Entsprache, so verfügt die Vormundschaftsbehörde die Bevormundung. Gegen den Entscheid der Vormundschaftsbehörde kann innert 14 Tagen der Rekurs an den Regierungsrat erhoben werden³⁹⁶. Dessen Entscheid kann innert 30 Tagen mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 44 lit. e OG).

Kommt das Gutachten zum Schluss, dass eine Bevormundung nicht notwendig ist, so kommt das Verfahren damit zu Ende. Hält die Vormundschaftsbehörde das Gutachten für nicht beweiskräftig, weil es z.B. nicht schlüssig ist, so überweist sie die Akten dem Regierungsrat. Dieser entscheidet, allenfalls nach Einholung weiterer Gutachten darüber, ob die Bevormundung durch die Vormundschaftsbehörde ohne weiteres anzuordnen und ob die persönliche Anhörung des zu Entmündigenden zulässig sei³⁹⁷.

6. Weitere Bestimmungen, Kosten

Die allfällige Einsprache des Betroffenen führt in den Fällen der Art. 369, 370 und 395 ZGB zum gerichtlichen Verfahren. Musste im weiteren aus irgendwelchen Gründen (z.B. Flucht, Unauffindbarkeit) die Einvernahme des Schutzbedürftigen unterbleiben, so erhebt die Vormundschaftsbehörde Klage beim Bezirksge- (132)

³⁹⁴ VP IV Nr. 166.

³⁹⁵ Vgl. Mustersammlung Nr. 421, vgl. S. 116.

³⁹⁶ Vgl. Mustersammlung Nr. 420, vgl. S. 116.

³⁹⁷ Art. 67 Abs. 4 EGzZGB und Art. 12 EVzZGB; wohl durch Art. 12 EVzZGB überholt: VP IV Nr. 133.

richt³⁹⁸. Im Zweifelsfall ist stets zugunsten des gerichtlichen und nicht des administrativen Verfahrens zu entscheiden³⁹⁹. Die Europäische Menschenrechtskonvention gebietet nach der aktuellen Auslegung von Art. 6 Ziff. 1 durch die Strassburger Organe, dass wenigstens eine *richterliche Instanz* Tatbestand und Rechtsfragen überprüfen konnte⁴⁰⁰.

Im *gerichtlichen Verfahren* gilt die *Kostenregelung* der Art. 260ff ZPO. Nach Art. 264 Abs. 3 ZPO werden Behörden in der Regel keine Gerichtskosten auferlegt, wenn nicht ein vermögensrechtlicher Anspruch Streitgegenstand ist. Die Behörde soll nicht aus Furcht vor Gerichtskosten an der Erfüllung ihrer Pflichten gehindert werden⁴⁰¹. Die auf eine unterliegende Behörde entfallenden Gerichtskosten trägt gemäss Art. 265 Abs. 3 ZPO die Gerichtskasse, da der obsiegenden Partei gemäss Art. 264 Abs. 1 ZPO keine Kosten auferlegt werden können. Die Kostenbefreiung der Behörde erstreckt sich nur auf die amtlichen Kosten; Parteikosten hat die Behörde zu vergüten.

Im Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde gilt die Kostenregelung des Art. 68 Abs. 2 EGzZGB. Die Höhe der jeweiligen Gebühren richtet sich nach dem Gebührentarif für die Staats- und Gemeindeverwaltung. So kostet beispielsweise ein Beschluss der Vormundschaftsbehörde über Anordnung oder Aufhebung einer Vormundschaft, Beistandschaft oder Beiratschaft oder über die Einleitung des Verfahrens vor Gericht Fr. 25.- bis Fr. 230.-⁴⁰².

Spricht das Bezirks- oder Kantonsgericht die Bevormundung rechtskräftig aus, so hat die Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 68 Abs. 3 EGzZGB das Urteil zu vollziehen. Sie hat insbesondere den Vormund (oder den Beirat) zu bestellen und (133)

³⁹⁸ Vgl. Art. 68 Abs. 1 EGzZGB, Art. 13 EVzZGB.

³⁹⁹ Bereits GVP 1959 Nr. 18.

⁴⁰⁰ Vgl. S. 46ff.

⁴⁰¹ GVP 1978 Nr. 32, 1984 Nr. 54; Handbuch 265; Mustersammlung Nr. 430, S. 6 (Bemerkung 3). Die Vormundschaftsbehörde hat als Klägerin demzufolge auch keine Einschreibgebühr zu bezahlen.

⁴⁰² Ziff. 51.06 GebT.

die Massnahme allenfalls zu veröffentlichen.

In allen Fällen, also unabhängig davon, ob ein Gericht oder die Vormundschaftsbehörde die Bevormundung ausgesprochen haben, ist bei der Übernahme der Vormundschaft ein Inventar aufzunehmen⁴⁰³.

Die von Art. 73 EGzZGB und Art. 425 ZGB angekündigten Regelungen über die Verwaltung des Mündelvermögens hat der Regierungsrat mit den Art. 16-25 EVzZGB erlassen⁴⁰⁴.

7. Tabellarischer Überblick über die Verfahren

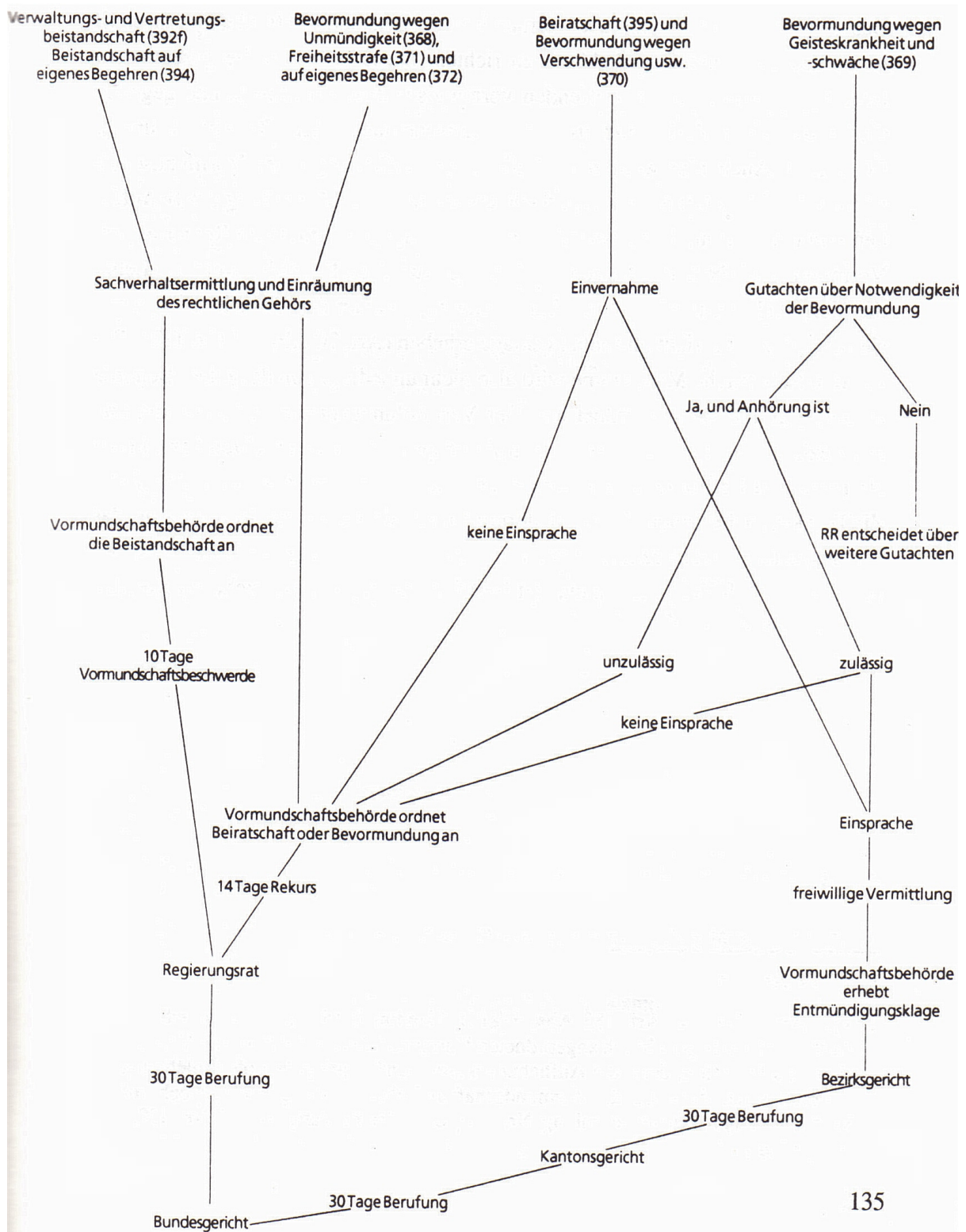
Der auf der folgenden Seite abgedruckte tabellarische Überblick über die Verfahren gibt die st. gallische Praxis wieder. In andern Kantonen wird die Vormundschaftsbeschwerde nach Art. 420 ZGB in einem breiteren Rahmen zugelassen.⁴⁰⁵ (134)

⁴⁰³ Vgl. Art. 398 ZGB; dazu Art. 72 EGzZGB und Art. 15 EVzZGB.

⁴⁰⁴ Vgl. darüber aus der Rechtsprechung: VP III Nr. 652 (zu Art. 16 EVzZGB: Es ist unzulässig, die Verwaltung und Anlage der Mündelgelder mit der Gemeindekasse zu verschmelzen); VR III Nr. 484 (zu Art. 18 EVzZGB: Die Vormundschaftsbehörde ist nicht befugt, grundsätzlich für alle Vormundschaften die Übertragung der Verwaltung an die Kantonbank zu beschliessen); VP IV Nr. 124 (zu Art. 22 EVzZGB: Die Rechnung muss dem Mündel im Sinne von Art. 413. Abs. 3 ZGB in der Regel zur Prüfung vorgelegt werden).

⁴⁰⁵ Vgl. S. 114ff.

§ 6 Familien- und Vormundschaftsrecht



8. Aufhebung der vormundschaftlichen Massnahme

Das Gesuch um Aufhebung der Vormundschaft, Beistandschaft oder Beiratschaft ist an die Vormundschaftsbehörde zu richten. Diese prüft, ob die gesetzlichen Beendigungsgründe der betreffenden vormundschaftlichen Massnahme gegeben sind (Art. 431ff ZGB) und trifft eine Entscheidung (Art. 70 Abs. 1 und 2 EGzZGB). Auch hier werden im Falle einer Aufhebung einer Vormundschaft gemäss Art. 369 ZGB notwendige Sachverständige ohne Mitwirkung des Betroffenen von der Vormundschaftsbehörde ernannt. Dagegen kann beim Regierungsrat Vormundschaftsbeschwerde gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB geführt werden⁴⁰⁶. Lehnt die Vormundschaftsbehörde die Aufhebung ab, so kann der Gesuchsteller gegen sie beim Bezirksgericht Aufhebungsklage erheben (Art. 70 Abs. 3 EGzZGB). Die vormundschaftliche Massnahme wird also nicht unbedingt von derselben Behörde aufgehoben, die sie angeordnet hat. Der Vermittlungsvorstand ist freiwillig und das Bezirksgericht entscheidet im Instruktionsprozess⁴⁰⁷. Dessen Urteil kann innert 30 Tagen mit Berufung an das Kantonsgericht weitergezogen werden (Art. 224ff ZPO). Dessen Entscheid kann wiederum innert 30 Tagen mit Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden; einzig die Aufhebung der Vormundschaft gemäss Art. 368 ZGB kann nicht mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 44 lit. e OG). (136)

⁴⁰⁶ VP IV Nr. 133.

⁴⁰⁷ Vgl. Art. 136 lit. c, Art. 183 Abs. 1 ZPO; Handbuch 158. Soweit es sich um die Aufhebung einer gerichtlich angeordneten Vormundschaft handelt, ist die Vermittlung ebenfalls freiwillig, denn die Aufhebungsklage richtet sich gegen die Ablehnung der Vormundschaftsbehörde, die Vormundschaft aufzuheben, also gegen eine behördliche Verfügung, vgl. Mustersammlung Nr. 410, S. 5 (Bemerkung 3) und Nr. 430, S. 5 (Bemerkung 2).

IV. Fürsorgerische Freiheitsentziehung

1. Allgemeines

Art. 397a ZGB nennt die Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung abschliessend und darauf verweist auch Art. 15b Abs. 1 BetmG hinsichtlich betäubungsmittelabhängiger Personen. Eine Behörde kann nur unter den Voraussetzungen des Art. 397a ZGB eine Person aus fürsorgerischen Gründen in eine Anstalt einweisen; die Einweisung allein wegen Liederlichkeit oder Arbeitsscheu -wie dies im alten kantonalen Recht noch zulässig war⁴⁰⁸ - ist dagegen nicht mehr möglich⁴⁰⁹. Dem Kanton verbleibt allerdings die Regelung weiterer Freiheitsentziehungen vorbehalten, nämlich aus übertretungs- und steuerstrafrechtlichen⁴¹⁰, strafprozessualen⁴¹¹ und polizeilichen⁴¹² Gründen.

2. Zuständigkeit

Grundsätzlich ist die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz oder bei Gefahr im Verzuge am Aufenthaltsort zuständig⁴¹³. Art. 397b ZGB belässt den Kantonen bei der Regelung der sachlichen Zuständigkeiten grosse Freiheit. Bei psychisch Kranken sind neben der Vormundschaftsbehörde der Bezirksarzt und seine *Stell-*
(137)

⁴⁰⁸ Vgl. G betreffend die Versorgung arbeitsscheuer und liederlicher Personen in Zwangsarbeitsanstalten vom 1.8.1872, bGS 2, 420; G über die Einweisung von Zwangsversorgten in die Strafanstalt vom 22.12.1924, bGS 2, 425 und schliesslich das G über die Aufhebung von Vorschriften über die administrative Versorgung vom 15.6.1971, nGS 7, 665.

⁴⁰⁹ Vgl. Botschaft VI. NG EGzZGB, ABl 1980 623f; Kreisschreiben FFE, ABl 1981 9f; Tuor/Schnyder 383f.

⁴¹⁰ Art. 335 StGB. Von dieser Ermächtigung hat der Kanton St. Gallen Gebrauch gemacht: im UeStG und in den Art. 125-127 StG.

⁴¹¹ Vgl. Art. 92, 95, 100 und 105bis StP.

⁴¹² Vgl. Art. 40 PG.

⁴¹³ Art. 397b Abs. 1 ZGB und Art. 75a EGzZGB; Kreisschreiben FFE, ABl 1981 10.

vertreter zuständig⁴¹⁴. So gilt auch ein Drogenabhängiger als psychisch Kranker, solange er sinnvollerweise durch die Anstaltspsychiatrie betreut werden kann⁴¹⁵. Für längstens drei Tage können die folgenden Ärzte bei psychisch Kranken und (kumulativ) bei Gefahr im Verzuge eine vorsorgliche Anstaltsunterbringung verfügen⁴¹⁶:

- die zur selbständigen Berufsausübung zugelassenen Ärzte⁴¹⁷;
- die Chefärzte der kantonalen Spitäler und der Gemeindespitäler betreffend Spitalpatienten;
- die Chefärzte der kantonalen Psychiatrischen Kliniken betreffend Klinikpatienten.

Diese Erweiterung der Einweisungszuständigkeit scheint auf den ersten Blick recht weit zu gehen; allerdings hat der einweisende Arzt diese Kompetenz lediglich in Notfällen und für längstens drei Tage. Die Massnahme fällt also dahin, wenn nicht die Vormundschaftsbehörde oder der Bezirksarzt eine bestätigende Verfügung erlässt⁴¹⁸.

Der Entscheid über eine *Entlassung* steht nach Art. 397b Abs. 3 ZGB der Vormundschaftsbehörde zu, wenn sie die Unterbringung oder Zurückbehaltung anordnet, in den übrigen Fällen entscheidet die Anstalt über die Entlassung.

Bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung Unmündiger oder Entmündigter sieht das Bundeszivilrecht weitere Zuständigkeiten vor. Nach Art. 405a Abs. 1 ZGB entscheidet über die Unterbringung des Unmündigen in einer Anstalt auf Antrag des Vormundes die Vormundschaftsbehörde oder, wenn Gefahr im Ver- (138)

⁴¹⁴ Art. 397b Abs. 2 und sinngemäss gleichlautend Art. 314a Abs. 3 ZGB; Art. 75b Abs. 1 EGzZGB, vgl. GVP 1990 Nr. 40.

⁴¹⁵ Vgl. GVP 1990 Nr. 41.

⁴¹⁶ Art. 397b Abs. 2 ZGB, Art. 75b Abs. 2 und 3 EGzZGB.

⁴¹⁷ Die behandelnden Hausärzte oder Psychiater können also ihre Patienten einweisen.

⁴¹⁸ Botschaft VI. NG EGzZGB, ABI 1980 625; Kreisschreiben FFE, ABI 1981 11, siehe GVP 1990 Nr. 37 zu den materiellen Voraussetzungen einer solchen Einweisung.

zuge liegt, der Vormund. Art. 406 Abs. 2 ZGB erlaubt dem Vormund, bei Gefahr im Verzuge, dem Bevormundeten im Mündigkeitsalter fürsorgerisch die Freiheit zu entziehen. Gemäss Art. 314a ZGB gelten für das in einer Anstalt untergebrachte unmündige Kind (vgl. Art. 52bis EGzZGB) die Art. 397d-397f ZGB sinngemäss. Hat das Kind das 16. Altersjahr noch nicht zurückgelegt, so kann es nicht selber gerichtliche Beurteilung verlangen⁴¹⁹.

Eine Plazierung ausserhalb des elterlichen Haushaltes (Pflegeplatz, eigenes Zimmer, eigene Wohnung) ohne Anstaltscharakter stellt keine fürsorgerische Freiheitsentziehung dar und kann daher nur mit der Vormundschaftsbeschwerde gemäss Art. 420 ZGB angefochten werden⁴²⁰.

3. Verfahren

Gemäss Art. 397e Ziff. 5 ZGB darf über die fürsorgerische Freiheitsentziehung psychisch Kranker nur unter Beizug von Sachverständigen entschieden werden. Dieses Erfordernis wird bereits dann erfüllt, wenn ein Arzt oder Psychiater - ein Sachverständiger - diese Einweisung selber verfügt. Der Beizug eines Sachverständigen ist also nur dann erforderlich, wenn die Vormundschaftsbehörde oder der Vormund bei Gefahr im Verzuge, einen psychisch Kranken versorgt. Im Unterschied zu diesen bundesrechtlichen Erfordernissen erweitert Art. 75c EGzZGB die Pflicht zum Beizug eines Sachverständigen über die Fälle der psychisch Kranken hinaus. Demnach hat die Vormundschaftsbehörde oder der Vormund immer dann einen Sachverständigen beizuziehen, wenn eine fürsorgerische Freiheitsentziehung wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht oder anderen Suchterkrankungen in Frage kommt⁴²¹. Will die Vormundschaftsbehörde einen Betroffenen zu stationären Begutachtung und gleichzeitig zur Behandlung definitiv einweisen, so hat sie gemäss Art. 75c EGzZGB vorgängig einen Sachverständigen beizuziehen. Die Anordnung der stationären Begutachtung (139)

⁴¹⁹ Art. 314a Abs. 2 und 405a Abs. 3 ZGB.

⁴²⁰ Mustersammlung Nr. 236, S. 5.

⁴²¹ Botschaft VI. NG EGzZGB, ABI 1980 626; Kreisschreiben FFE, ABI 1981 11f.

entbindet die Vormundschaftsbehörde nicht von dieser Pflicht⁴²².

Einweisungs- und Entlassungsbehörden haben ihre Verfügungen gemäss Art. 24 Abs. 1 VRP zumindest minimal zu begründen. Da freilich der Bezirksarzt oft kurzfristig über die Einweisung zu entscheiden hat, dürfen an seine Verfügungen nicht dieselben Anforderungen gestellt werden, wie bei Abweisungen von Entlassungsgesuchten von Personen, die sich schon längere Zeit in der Klinik aufgehalten haben. Allerdings muss auch der Bezirksarzt den rechtserheblichen Sachverhalt darstellen und mindestens die psychischen Störungszeichen aufzählen. Sodann ist der Einweisungsgrund gemäss Art. 397a Abs. 1 ZGB zu benennen und es ist anzugeben, warum sich ein stationärer Klinikaufenthalt aufdrängt⁴²³.

4. Jährliche Prüfung

Gemäss Art. 397 Abs. 3 ZGB muss die betroffene Person entlassen werden, sobald ihr Zustand es erlaubt. Diese Bestimmung setzt also sinngemäss eine periodische Prüfung der Entlassungsreife der betroffenen Person voraus. Art. 75d EGzZGB sieht daher eine wenigstens jährliche Prüfung vor. Dabei ist die betroffene Person anzuhören. Für die Entlassung ist die Vormundschaftsbehörde zuständig, sofern sie die Unterbringung oder Zurückbehaltung angeordnet hat; in den anderen Fällen entscheidet darüber die Anstalt⁴²⁴. Art. 75d EGzZGB verpflichtet darüber hinaus auch die Behörde, welche die fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet hat - und zwar auch dann, wenn sie nach Bundesrecht nicht für die Entlassung zuständig ist -, zu prüfen, ob die weitere Unterbringung in der Anstalt noch nötig ist. Dieses Prüfungsverfahren will den Entlassungsanspruch gemäss Art. 397a Abs. 3 ZGB verfahrensmässig absichern und gleichzeitig verhindern, dass Anstaltsinsassen gewissermassen vergessen werden. Die jährliche Prüfung führt nicht dazu, dass die Einweisungsbehörde eine neue förmliche (140)

⁴²² GVP 1989 Nr. 24.

⁴²³ Vgl. ausführlicher GVP 1990 Nr. 42; vgl. auch GVP 1989 Nr. 23, 1988 Nr. 39.

⁴²⁴ Art. 397b Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 75a EGzZGB.

Verfügung erlassen muss. Das ist nur nötig, wenn die betroffene oder eine ihr nahestehende Person ein Entlassungsgesuch stellt⁴²⁵.

5. Ambulante Nachbehandlung oder -kontrolle

Gemäss Art. 15b Abs. 2 BetmG können die Kantone bei betäubungsmittelabhängigen Personen, die in einer Anstalt untergebracht oder zurückbehalten wurden, die ambulante Nachbehandlung oder Nachkontrolle anordnen. Art. 75e EGzZGB schafft die entsprechende Gesetzesgrundlage, beschränkt sich jedoch nicht auf betäubungsmittelabhängige Personen, sondern dehnt sie auf alle Tatbestände der fürsorgerischen Freiheitsentziehung aus⁴²⁶. Die ambulante Nachbehandlung und -kontrolle ist vor allem bei Suchtkranken und psychisch Kranken sinnvoll und kann unter Umständen die Dauer einer Anstaltsunterbringung verkürzen. Sie wird von der Entlassungsbehörde angeordnet⁴²⁷.

6. Rechtsschutz

Gemäss Art. 397d ZGB kann die betroffene oder eine ihr nahestehende Person gegen den Entscheid über die fürsorgerische Freiheitsentziehung oder die Abweisung eines Entlassungsgesuches innert 10 Tagen nach der Mitteilung schriftlich den Richter anrufen. Das Gerichtsgesetz übertrug die richterliche Beurteilung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung von den Gerichtskommissionen der Bezirksgerichte auf eine einzige kantonale Instanz, die Verwaltungsrekurskommission⁴²⁸. Der Gesetzgeber hat deshalb ein öffentlichrechtliches Klageverfahren (141)

⁴²⁵ Botschaft VI. NG EGzZGB, ABI 1980 626; Kreisschreiben FFE, ABI 1981 12f.

⁴²⁶ Dies ist ohne weiteres zulässig, da es sich um öffentliches Recht handelt, wozu die Kantone ohnehin die subsidiäre Generalkompetenz haben (vgl. S. 33f) und zudem stellen die Art. 397d-f ZGB bloss Minimalvorschriften auf.

⁴²⁷ Botschaft VI. NG EGzZGB, ABI 1980 626f.

⁴²⁸ Vgl. Art. 104 und 105 GerG. Vgl. zu den Nachteilen der bisherigen Regelung: lange Verfahrensdauer, uneinheitliche Praxis, Zuständigkeitskonflikte usw., Bericht der vorberatenden Kommission für das Gerichtsgesetz vom 29.9.1986, ABI 1986 1944, insb. 1946.

vorgesehen, weil er die für die Verwaltungsrekurskommission massgeblichen Verfahrensvorschriften in übersichtlicher Weise auf Gesetzesstufe zusammenfassen wollte. Und im Verwaltungsrechtspflegegesetz war dies unter systematisch befriedigenden Gesichtspunkten einzig im Abschnitt "D. Öffentlich-rechtliche Klage" möglich. Allerdings ist die öffentlichrechtliche Klage jenes Rechtsmittel, das für Streitigkeiten in Frage kommt, in denen nicht verfügt werden kann⁴²⁹. Dazu gehören beispielsweise die Fälle der Staatshaftung gemäss Art. 1 VG⁴³⁰. Die Anfechtung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Klageverfahren ist also genau genommen ein verfahrensrechtliches Unding. Der Gesetzgeber hielt aber eine solche Regelung für vertretbar, weil Verfügungen in anderen Bereichen ebenfalls durch die öffentlichrechtliche Klage angefochten werden können⁴³¹. Es liegt im Grunde genommen kein echtes Klageverfahren mit zwei gleichberechtigten Parteien (Kläger und Beklagtem) vor, sondern in einem eigentlich verwaltungsgerichtlichen Verfahren stehen sich die Vorinstanz und ein Kläger gegenüber⁴³². Diese verfahrensrechtlichen Verwerfungen ergeben sich letztlich aus der unbefriedigenden, weil bloss formalen Zuordnung des Vormundschaftsrechtes zum Privatrecht⁴³³.
Das Verfahren vor der Verwaltungsrekurskommission ist in den Art. 71a-71d und (142)

⁴²⁹ Botschaft zum Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 26.4.1963, AB1 1963 461.

⁴³⁰ Wird das Schadenersatzbegehren abgelehnt, so ist der Anspruch durch Klage beim Bezirksgericht geltend zu machen: Art. 5 VG und Art. 72 lit. a VRP.

⁴³¹ Bericht der vorberatenden Kommission für das Gerichtsgesetz vom 29.9.1986, AB1 1986 1944, insb. 1948f. Der Gesetzgeber liess sich durch Art. 65 VRP "inspirieren", wonach auch das Versicherungsgericht Verfügungen im Verfahren der öffentlichrechtlichen Klage beurteilt. Dafür ist aber z.T. der Bundesgesetzgeber verantwortlich; vgl. ebenso inkonsequent: Art. 44 lit. f OG. Vgl. zu diesem Problem S. 44f.

⁴³² So die Terminologie in den publizierten Entscheiden GVP 1988 Nr. 37 oder GVP 1989 Nr. 22. Auch Art. 71d VRP (subsidiäre Geltung der Art. 40ff und 6ff VRP) deutet darauf hin, dass gar kein Klageverfahren, sondern eine Art "Rekursverfahren" vorliegt.

⁴³³ Vgl. S. 43 und 117.

97bis VRP geregelt⁴³⁴. Die grundlegenden Verfahrensbestimmungen finden sich bereits in Art. 5 EMRK sowie in Art. 397d-397f ZGB. Da die persönliche Freiheit einer Person in Frage steht, sind diese Bestimmungen von erheblicher Bedeutung. Über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 397e Ziff. 4 ZGB und über die Bestellung eines Rechtsbeistandes gemäss Art. 397f Abs. 2 ZGB entscheidet der Präsident der Verwaltungsrekurskommission (Art. 71b VRP). Das Verfahren muss einfach und rasch sein⁴³⁵, was sich durch Art. 71c VRP und durch die straffe Verfahrensführung erreichen lässt. Gemäss Art. 71d gelten subsidiär die Verfahrensvorschriften über den Rekurs (Art. 40ff VRP) und über das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden (Art. 6ff VRP). Das Bundesgericht fordert aufgrund Art. 397f Abs. 3 ZGB, dass das gesamte erkennende Gericht erster Instanz - und nicht bloss ein delegierter Fachreferent - die betroffene Person mündlich einzuvernehmen hat⁴³⁶. Genügt die Begründung einer Einweisungsverfügung nicht, so ist die Streitsache in Anwendung von Art. 71d i.V.m. Art. 56 Abs. 2 VRP an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung zurückzuweisen. Denn es ist nicht Sache der Verwaltungsrekurskommission die ersten und umfangreichen Beweise über die materielle Begründetheit einer Einweisung zu erheben. Diese Tätigkeit muss der Entlassungsbehörde vorbehalten bleiben⁴³⁷. Die Verwaltungsrekurskommission ist die einzige kantonale Instanz. Ihre Entscheide betreffend die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 310 Abs. 1 und 2, 314a, 405a, 397a-397f ZGB) können mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden⁴³⁸. (143)

⁴³⁴ Siehe die Erläuterungen im Bericht der vorberatenden Kommission für das Gerichtsgesetz vom 29.9.1986, ABl 1986 1944, insb. 1948f.

⁴³⁵ Art. 397e Ziff.3, 397f Abs. 1 ZGB, Art. 5 Ziff. 4 EMRK.

⁴³⁶ BGE 115 II 129, anders noch BGE 110 II 124.

⁴³⁷ GVP 1989 Nr. 25.

⁴³⁸ Art. 44 lit. f OG.

V. Weitere familienrechtliche Bestimmungen

1. Ehenichtigkeitsklage

Art. 47 wiederholt, was bereits die Art. 5 und 6 EGzZGB festhalten: Die zuständigen Behörden zur Eheinsprache gemäss Art. 109 ZGB und zur Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe gemäss Art. 121 Abs. 2 ZGB sind der Gemeinderat des Wohnsitzes oder der Ortsverwaltungsrat der Heimatgemeinde eines jeden der Braut- oder Eheleute. In der Praxis gab die Bürgerrechtsehe gemäss Art. 120 Ziff. 4 ZGB ab und zu Anlass zu einer solchen Nichtigkeitsklage; mit der Streichung dieses Nichtigkeitsgrundes⁴³⁹ dürfte die Ehenichtigkeitsklage kaum eine Bedeutung mehr besitzen.

2. Adoption

Nach Art. 7 EGzZGB spricht der Bezirksammann die Adoption (Art. 268 ZGB) aus. Das Adoptionsgesuch ist mit dem Familienschein der adoptierenden Person und dem Geburtsschein der zu adoptierenden Person beim Bezirksammann einzureichen. Der Bezirksammann führt die Untersuchung im Sinne von Art. 268a ZGB und holt die für die Aussprechung der Adoption erforderlichen Zustimmungen⁴⁴⁰ ein. Die ausgesprochene Adoption ist dem Departement des Innern mitzuteilen⁴⁴¹, weil das Departement die erforderlichen Mitteilungen an die Zivilstandsämter des Geburtsortes, des früheren und neuen Heimatortes sowie an das eidgenössische Amt für Zivilstandswesen⁴⁴² zu machen hat. Die Adoption ist nicht (144)

⁴³⁹ Vgl. Ziff. II des Gesetzes zur Änderung des Bürgerrechtsgesetzes vom 23.3.1990, AS 1990 1034.

⁴⁴⁰ des urteilsfähigen Kindes (Art. 265 Abs. 2 ZGB), allenfalls der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde (Regierungsrat, Art. 265 Abs. 3 ZGB). Vater und Mutter haben ihre Zustimmung bei der Vormundschaftsbehörde zu erklären (Art. 265a ZGB).

⁴⁴¹ Art. 132 Abs. 1 Ziff. 1 Satz 1 eidgZStV und Art. 3 EVzZGB.

⁴⁴² Vgl. Art. 132 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 27 Abs. 2 eidgZStV.

zu veröffentlichen⁴⁴³.

Der Bezirksammann entscheidet auch anlässlich der Adoption, ob unter den Voraussetzungen des Art. 265c ZGB von der Zustimmung der Eltern zur Adoption abgesehen werden kann (Art. 265d Abs. 2 ZGB). Wird das Kind zum Zwecke späterer Adoption untergebracht und fehlt die Zustimmung eines Elternteils, so entscheidet die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes separat, auf Gesuch einer Vermittlungsstelle oder der Adoptiveltern, ob von dieser Zustimmung abzusehen sei. Der Entscheid über das Absehen von der Zustimmung, weil ein Elternteil sich nicht ernstlich um das Kind gekümmert hat (Art. 265c Ziff. 2 ZGB), ist schriftlich mitzuteilen (Art. 265d Abs. 3 ZGB). Der Entscheid des Bezirksammannes über die Aussprechung der Adoption und über das allfällige Absehen von der Zustimmung können innert 14 Tagen mit Rekurs beim Regierungsrat angefochten werden. Der separate Entscheid der Vormundschaftsbehörde über das Absehen von der Zustimmung zur Adoption (Art. 265d Abs. 1 ZGB) muss innert 10 Tagen mit der Vormundschaftsbeschwerde beim Regierungsrat angefochten werden⁴⁴⁴. Dessen Entscheide über das Absehen von der Zustimmung eines Elternteils und über die Verweigerung der Adoption⁴⁴⁵ kann mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 44 Art. lit. c OG). (145)

⁴⁴³ VP I Nr. 356, abweichend VP I Nr. 255. Das neue Adoptionsrecht sieht denn auch gar keine Veröffentlichung vor.

⁴⁴⁴ Vgl. Mustersammlung Nr. 003; Entscheid des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 24.8.1982, ZVW 1983 69ff. Man kann sich fragen, ob es sinnvoll ist, je nach Vorinstanz (Bezirksammann bzw. Vormundschaftsbehörde) ein unterschiedliches Rechtsmittel für denselben Sachverhalt (Rekurs bzw. Vormundschaftsbeschwerde) zuzulassen.

⁴⁴⁵ Art. 265c Ziff. 2 ZGB und Art. 268 Abs. 1 ZGB.

3. Inkassohilfe⁴⁴⁶

Gemäss Art. 290 ZGB haben die Kantone für eine geeignete Hilfe zur Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs zu sorgen. Art. 4 EGzZGB und Art. 1 GIVU erklären die Vormundschaftsbehörde am zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes dafür zuständig.

Art. 2ff GIVU konkretisiert ferner die von Art. 293 Abs. 2 ZGB geforderte Alimentenbevorschussung. Danach hat das unmündige Kind Anspruch auf Vorschüsse für elterliche Unterhaltsbeiträge, wenn diese in einem vollstreckbaren Urteil oder in einer behördlich genehmigten Vereinbarung festgesetzt sind *und* trotz angemessener Inkassoversuche nicht rechtzeitig eingehen (vgl. Art. 2 GIVU). Die Vorschusspflicht obliegt der politischen Gemeinde am zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes (Art. 5 Abs. 1 GIVU). Die politische Gemeinde kann die Bevorschussung davon abhängig machen, dass der gesetzliche Vertreter des Kindes sie zum Inkasso der gesamten Unterhaltsbeiträge ermächtigt oder ihr die Unterhaltsbeiträge im Umfang der Vorschüsse abtritt (Art. 6 GIVU).

Die Verfügungen des Gemeinderates über die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen können - nach Ausschöpfung des gemeindeinternen Instanzenzuges (Art. 40 VRP) - beim Versicherungsgericht mit Rekurs angefochten werden (Art. 42 lit. a^{ter} VRP). Dessen Entscheide können mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (Art. 59 Abs. 1 lit. b VRP). Die Rekurs- bzw. Beschwerdefrist beträgt in beiden Fällen 14 Tage.

Die bevorschussende Gemeinde hat gegenüber dem zahlungsunwilligen Elternteil ein erhebliches Druckmittel. Art. 40 StP ermächtigt sie und ihre Vormundschaftsbehörde, Strafantrag wegen Vernachlässigung von Unterstützungspflichten (146)

⁴⁴⁶ Siehe die weitergehenden Erläuterungen im Kreisschreiben über Inkassohilfe und Vorschüsse von Unterhaltsbeiträgen vom 14.11.1979 des Departements des Innern des Kantons St. Gallen, ABI 1979 1703; vgl. ferner die Botschaft zum einem Nachtragsgesetz über Inkassohilfe und Vorschüsse für Unterhaltsbeiträge vom 27.3.1990, ABI 1990 983ff.

(Art. 217 StGB) zu stellen und die Rechte des Klägers auszuüben. Die Vormundschaftsbehörden und Gemeinden machen davon einen unterschiedlichen Gebrauch.

4. Heimstätten

Der Kanton St. Gallen gestattet die Errichtung von Heimstätten gemäss Art. 349-359 ZGB in Art. 60 Abs. 1 EGzZGB, dagegen gestatten andere Kantone dies gerade nicht⁴⁴⁷. St. Gallen hat als einziger Kanton dieses aus Texas stammende Institut ausführlich geregelt. Der Regierungsrat hat gestützt auf Art. 60 Abs. 2 EGzZGB eine Verordnung über Heimstätten⁴⁴⁸ erlassen. Trotzdem hat die Heimstätte auch im Kanton St. Gallen, wie in der übrigen Schweiz, nicht Fuss fassen können⁴⁴⁹. (147)

⁴⁴⁷ Siehe z.B. § 72 EGzZGB BS.

⁴⁴⁸ vom 26.12.1911, sGS 912.7.

⁴⁴⁹ M.W. gibt es im Kanton St. Gallen keine einzige Heimstätte; im ABl fand ich noch nie eine derartige Veröffentlichung (vgl. Art. 353 ZGB); Tuor/Schnyder 355; Jagmetti 277.

§ 7 Erbrecht

LITERATUR: DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 2. A., Bern 1988; PIOTET PAUL, Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1 und IV/2, Basel/Stuttgart 1978/1981 mit Nachtrag 1986.

I. Erbrecht des Gemeinwesens

*Hinterlässt der Erblasser keine Erben, so fällt die Erbschaft gemäss Art. 466 ZGB an den Kanton, in dem der Erblasser den letzten Wohnsitz gehabt hat, oder an die Gemeinde, die von der Gesetzgebung dieses Kantons als berechtigt bezeichnet wird. Art. 77 EGzZGB bezeichnet den Kanton als erbberechtigt⁴⁵⁰. Der Gesetzgeber hat es abgelehnt, die Gemeinden als erbberechtigt zu bezeichnen, da die Verteilung des Nachlasses unter die verschiedenen Gemeindearten Schwierigkeiten ergeben würde⁴⁵¹. Gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c Ergänzungsleistungsgesetz⁴⁵² fliessen die dem Kanton zufallenden erbenlosen Nachlassvermögen in den *Fonds für Ergänzungsleistungen* zur eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung. Der Grosse Rat hat die Verwendung dieser Gelder gesetzlich festgelegt, was ohne weiteres zulässig ist⁴⁵³. Der Gemeinderat und der Bezirksammann haben dem zuständigen Departement des Innern von jedem Falle eines erbenlosen Nachlasses Anzeige zu erstatten⁴⁵⁴. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass dem Kanton unerwartet eine (148)*

⁴⁵⁰ Im Kanton Appenzell A.Rh. fällt die eine Hälfte der Erbschaft an den Kanton, die andere Hälfte an die letzte Wohnsitzgemeinde (Art. 71 EGzZGB AR).

⁴⁵¹ Botschaft EGzZGB, ABl 1910 II 369.

⁴⁵² vom 20.3.1966, sGS 351.5.

⁴⁵³ Das Bundesrecht schreibt nur vor, dass eine Körperschaft, also der Kanton, ein Bezirk oder Kreis mit Gebietshoheit, wie es sie in den Kantonen Schwyz, Appenzell I.Rh. und Graubünden gibt, oder eine Gemeinde (z.B. Wohnsitzgemeinde, Heimatgemeinde oder eine Spezialgemeinde) bezeichnet wird: vgl. Druey, Erbrecht 40; Jagmetti 279. Hingegen darf nicht z.B. ein Fonds oder eine Anstalt wie das Kantonsspital als erbberechtigt bezeichnet werden.

⁴⁵⁴ Art. 30 EVzZGB und Art. 22 lit. i GeschR.

Erbschaft zufällt. Die Höhe solcher Nachlässe bewegte sich in den letzten Jahren jährlich zwischen einigen Tausend und mehreren Hunderttausend Franken. Der Erbanfall an den Kanton ist aber mit einem erheblichen administrativen Aufwand verbunden. Die Voraussetzung, dass keine Erben vorhanden sind, bedingt entsprechende, aufwendige Nachforschungen im In- und Ausland⁴⁵⁵.

II. Letztwillige Verfügungen und Erbverträge

1. Errichtung

Art. 78 wiederholt die bereits in Art. 15 EGzZGB genannten Zuständigkeiten. Die öffentlichen letztwilligen Verfügungen (Art. 499 ZGB in beiden Errichtungsformen) und Erbverträge können ohne Rücksicht auf den Wohnsitz⁴⁵⁶ der Verfügenden vor jedem st. gallischen Bezirksammann, Gemeindevorsteher, Gemeinderatsschreiber oder im Kanton wohnhaften Inhaber eines st. gallischen Anwaltspatentes errichtet werden⁴⁵⁷. Allerdings können Eheverträge nur vom Bezirksammann oder vom Inhaber eines st. gallischen Anwaltspatentes errichtet werden; für die häufig kombinierten Ehe- und Erbverträge entfällt daher die Zuständigkeit des Gemeindevorstehers oder Gemeinderatsschreibers⁴⁵⁸.

Die *mündliche letztwillige Verfügung (Nottestament)* kann bei jedem st. gallischen Bezirksgerichtspräsidenten abgegeben werden; dabei ist das summarische Verfahren⁴⁵⁹ anwendbar. Art. 507 Abs. 1 und 2 ZGB unterscheidet zwei verschiedene Formen des Nottestamentes: (149)

⁴⁵⁵ Vgl. Amtsbericht des Regierungsrates über das Jahr 1989, S. 88.

⁴⁵⁶ Vgl. S. 66.

⁴⁵⁷ Vgl. zum Verfahren der öffentlichen Beurkundung S. 70ff.

⁴⁵⁸ Hinweis: Nach dem Entwurf zum Anwaltsgesetz vom 2.3.1992, ABl 1992 839ff, soll die Beurkundung öffentlicher letztwilliger Verfügungen und von Erbverträgen durch den Gemeindevorsteher oder den Gemeinderatsschreiber aufgehoben werden.

⁴⁵⁹ Art. 81 Abs. 1 EGzZGB; Art. 200 ZPO und Ziff. 34 Anhang ZPV.

- Der Bezirksgerichtspräsident kann eine von beiden Zeugen verfasste, datierte und unterzeichnete Niederschrift der letztwilligen Verfügung des Erblassers entgegennehmen oder
- er kann die Aussagen der beiden Zeugen protokollieren.

Der Bezirksgerichtspräsident kleidet die Niederschrift bzw. das Protokoll meist in einen Entscheid und übermittelt ihn dem Bezirksammann. Die amtlichen Kosten des Summarentscheidens werden nicht etwa von den Zeugen, sondern vom Bezirksamt erhoben, welches diese weiterverrechnet. Selbstverständlich müssen im übrigen alle Voraussetzungen für ein Nottestament gegeben sein⁴⁶⁰.

2. Aufbewahrung

Die von den Art. 504 und 505 Abs. 2 ZGB vorgeschriebene Aufbewahrung regeln die Art. 79 (öffentliche Verfügung und Erbvertrag) und Art. 80 (eigenhändige Verfügung) EGzZGB.

Nach Art. 79 Abs. 1 EGzZGB hat derjenige, der die Verfügung oder den Erbvertrag errichtet, die Urkunde in Verwahrung zu nehmen und deren Übernahme zu bescheinigen; er ist für sorgfältige Aufbewahrung verantwortlich. Der Gemeindevorsteher und der Gemeinderatsschreiber können die Urkunde gegen schriftliche Bescheinigung dem Bezirksammann ihres Bezirkes zur Aufbewahrung übergeben; sie haben die Bescheinigung des Bezirksammtes aufzubewahren (Art. 79 Abs. 2 EGzZGB). Ein solches Vorgehen ist zweckmässig, weil der Bezirksammann im Erbrecht noch weitere Zuständigkeiten als der Gemeindevorsteher besitzt⁴⁶¹.

Wird die öffentliche letztwillige Verfügung oder der Erbvertrag von einem Anwalt errichtet, so ist die Urkunde einem st. gallischen Gemeindevorsteher oder Bezirksamt zur Aufbewahrung zu übergeben (Art. 79 Abs. 3 EGzZGB). Danach ist aber der Rechtsanwalt für die Aufbewahrung der öffentlichen letztwilligen Verfügung im Sinne der Art. 504 und 505 Abs. 2 ZGB nicht zuständig. Diese Ordnungsvor- (150)

⁴⁶⁰ Vgl. dazu Druey, Erbrecht 106; Piotet, Erbrecht 239ff.

⁴⁶¹ Vgl. Art. 7 mit Art. 2 EGzZGB.

schrift wird von den Anwälten aber nicht immer eingehalten. Auch eigenhändige letztwillige Verfügungen können offen oder verschlossen ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Verfügenden jedem st. gallischen Bezirksammann oder Gemeindegammann zur Aufbewahrung übergeben werden (Art. 80 Abs. 1 EGzZGB).

Gemäss Art. 556 Abs. 2 ZGB hat der Beamte (oder beurkundende Rechtsanwalt), bei dem die Verfügung protokolliert oder hinterlegt ist, sowie jeder Private (Banken, Treuhänder, Willensvollstrecker), der eine Verfügung in Verwahrung genommen oder unter den Sachen des Erblassers vorgefunden hat, dem Bezirksammann die Verfügung einzuliefern, wenn er vom Tod des Erblassers Kenntnis erhalten hat. Die Missachtung der Einlieferungspflicht kann eine zivil- und strafrechtliche⁴⁶² Verantwortlichkeit nach sich ziehen.

Wer öffentliche letztwillige Verfügungen errichtet oder in Verwahrung nimmt, hat nach Art. 79 Abs. 4 EGzZGB über deren Ein- und Ausgang ein besonderes Verzeichnis zu führen. Dies gilt also für den Gemeinderatsschreiber, den Gemeindegammann, den Bezirksammann und auch für den Rechtsanwalt⁴⁶³.

Ein Bezirks- oder ein Gemeindeamt, das einen Erbvertrag gemäss Art. 79 EGzZGB aufbewahrt, darf diesen nur dem Deponenten oder seinem ausgewiesenen Vertreter wieder aushändigen⁴⁶⁴. Entsprechendes gilt auch für eigenhändige und öffentliche letztwillige Verfügungen. Haben die Parteien den Erbvertrag gemeinsam hinterlegt, so darf er ihnen nur gemeinsam wieder zurückgegeben werden. Im Streitfalle entscheidet der Zivilrichter. Sind die Voraussetzungen des Art. 197 lit. a ZPO gegeben, kommt das summarische Verfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidenten zum Zuge (Art. 7 lit. b ZPO), ansonsten ist der Weg des ordentlichen Zivilprozesses zu beschreiten. (151)

⁴⁶² Vgl. Art. 254 StGB (Unterdrückung von Urkunden).

⁴⁶³ Vgl. deren Zuständigkeit zur Errichtung: Art. 15 Ziff. 4 und 5 EGzZGB. Vgl. zu Art. 25 EGzZGB (Protokollierung) S. 83f.

⁴⁶⁴ GVP 1952 Nr. 90.

3. Eröffnung der Verfügung

Der Gemeindevorstand oder Bezirksvorstand ist für die Eröffnung der letztwilligen Verfügungen zuständig⁴⁶⁵. In der Praxis eröffnet derjenige Gemeindevorstand- bzw. Bezirksvorstand, bei dem die letztwillige Verfügung deponiert ist. Eröffnung bedeutet, dass der Bezirksvorstand die Verfügung zunächst selber zur Kenntnis nimmt⁴⁶⁶. Dann lädt er die Erben zur Eröffnung vor und verliest sie. Die Erben haben anlässlich der Eröffnung Gelegenheit, sich z.B. in bezug auf Gültigkeit oder Auslegung der Verfügung zu äussern. Die Eröffnung bezweckt, dass sich der Bezirksvorstand und die Erben über die Verfügung ins Bild setzen und von den gegenseitigen Auffassungen Kenntnis nehmen können. Für den Bezirksvorstand ist diese Kenntnisnahme wichtig, weil er nachher die bedeutsame Erbbescheinigung auszustellen hat.

Nach der Eröffnung erhalten die Erben den Beschluss des Bezirksvorstandes über die Eröffnung sowie eine Kopie der Verfügung(en). Der eröffnende Bezirks- oder Gemeindevorstand stellt ferner den eingesetzten Erben (Art. 559 Abs. 1 ZGB) und selbstverständlich auch den gesetzlichen Erben die *Erbbescheinigung* aus. Diese ist ein Ausweis, dass die darin aufgeführten Personen ausschliesslich erbberechtigt sind und über den Nachlass verfügen können. Sie hat vor allem für die Verfügung über Grundstücke und den Verkehr mit Banken eine entscheidende Bedeutung⁴⁶⁷. Das Verfahren zur Ausstellung einer Erbbescheinigung regelt der umfangreiche Art. 37 EVzZGB. (152)

⁴⁶⁵ Vgl. Art. 2 und 7 EGzZGB; VP I Nr. 366.

⁴⁶⁶ Vgl. genauer dazu Piotet, Erbrecht 716f; Druey, Erbrecht 187f.

⁴⁶⁷ Vgl. Art. 18 GBV und Piotet, Erbrecht 720, Druey, Erbrecht 106.

III. Sicherung des Erbganges

1. Zuständige Behörde für Sicherungsmassregeln

Gemäss Art. 551 Abs. 1 ZGB ist die zuständige Behörde am letzten Wohnsitze des Erblassers für Sicherungsmassregeln zuständig. Art. 7 und 82 Abs. 3 EGzZGB erklären den Bezirksammann für zuständig. Dieser ordnet von sich aus oder auf Anzeige des Gemeindevorstandes die erforderlichen Massregeln an. Die von Art. 82 Abs. 1 und 2 EGzZGB vorgesehenen Mitteilungspflichten⁴⁶⁸ verschaffen dem Bezirksammann die notwendigen Informationen. Gegen die vom Bezirksammann angeordneten Sicherungsmassregeln kann beim *Regierungsrat* *innert 14 Tagen Rekurs* erhoben werden⁴⁶⁹. Dessen Rekursentscheide unterliegen nicht der Berufung an das Bundesgericht⁴⁷⁰.

Die von Art. 551 Abs. 2 ZGB vorgesehenen Massregeln sind nicht erschöpfend aufgezählt; hauptsächlich geht es aber um die *Siegelung*, welche die Kantone nach Art. 552 ZGB vorsehen können, um das *amtliche (Sicherungs-)Inventar* (Art. 553 ZGB) und um die *Erbschaftsverwaltung* (Art. 554 ZGB)⁴⁷¹. Die letzteren beiden Massnahmen sind weitestgehend vom Bundesrecht geregelt. (153)

⁴⁶⁸ Vgl. ferner die Mitteilungspflichten nach Art. 13 Abs. 1 lit. c ZStV; Art. 120 Abs. 1 Ziff. 2 eidgZStV.

⁴⁶⁹ Vgl. Art. 12 EGzZGB und S. 57.

⁴⁷⁰ BGE 94 II 55, 84 II 324; Messmer/Imboden 75f; Poudret/Sandoz-Monod 17f m.w.H. Allenfalls steht bei gegebenen Beschwerdegründen die zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68ff OG) und die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84ff OG) offen (vgl. BGr vom 15.3.1982, in: *Semaine judiciaire* 1982 378ff).

⁴⁷¹ Vgl. näher Druey, Erbrecht 183ff; Piotet, Erbrecht 700ff.

3. Siegelung

Gemäss Art. 83 Abs. 1 EGzZGB ordnet der Bezirksammann die Siegelung an, wenn:

1. ein Erbe dauernd ohne Vertretung abwesend ist oder
2. ein Erbe die Siegelung begehrt.

Der Regierungsrat hat die von Art. 83 Abs. 2 EGzZGB angekündigten Verordnungsbestimmungen mit den Art. 31 bis 36 EVzZGB erlassen. Die Erklärung eines Miterben, dass die Erben nichts zu verheimlichen haben und das Vermögen des Erblassers dem bisherigen Steuerkapital entspreche, genügt nicht, um die Siegelung zu unterlassen⁴⁷².

Die Siegelung bedeutet in ihrem eigentlichen Sinne, dass der Gemeindevorsteher und der Gemeinderatsschreiber als vollziehende Beamte (Art. 31 EVzZGB) *Behältnisse* (Schmuckschatullen, Schubladen, Schränke, Tresore, Räume, oder sogar Häuser) *schliessen und mit einem Amtssiegel versehen*⁴⁷³. Damit ist der Zugang zu den gefährdeten Vermögenswerten formell untersagt. Die Missachtung dieses Verbots ist als Siegelbruch (vgl. Art. 290 StGB) sofort erkennbar und es ist Strafanzeige gemäss Art. 49 StP zu erstatten. Allerdings gibt die Siegelung der Behörde nicht ohne weiteres das Recht, bei der Entsiegelung den Inhalt eines Bankfaches zu untersuchen und nach einem allenfalls vorhandenen Testament zu forschen⁴⁷⁴.

Der Kanton St. Gallen sieht unter dem Begriff "Siegelung" in Art. 34 EVzZGB ferner die *Verwahrung von Gegenständen* vor. Bei begründetem Verdacht, dass die Gegenstände trotz der Siegelung beiseite geschafft werden könnten, hat der Gemeindevorsteher die Gegenstände in Verwahrung zu nehmen. Eine solche Regelung ist ohne weiteres zulässig, da Art. 551 Abs. 2 ZGB keine erschöpfende Liste der Sicherungsmassregeln nennt. (154)

⁴⁷² Vgl. VP I Nr. 307.

⁴⁷³ Vgl. Jagmetti 292f; Piotet, Erbrecht 702; Druey, Erbrecht 184; Leitfaden 15/8.

⁴⁷⁴ Vgl. VP III Nr. 255.

3. Sicherungsinventar

Das Sicherungsinventar gemäss Art. 553 ZGB ist von den anderen Inventaren zu unterscheiden⁴⁷⁵. Es verhindert, dass Erbschaftsgut heimlich beiseite geschafft werden kann, greift aber viel weniger als die Siegelung und die Verwahrung in die Sphäre der betroffenen Personen ein. Für das Sicherungsinventar sind lediglich die Aktiven des Nachlasses von Interesse. Das st. gallische Recht macht vom Vorbehalt des Art. 553 Abs. 3 ZGB keinen Gebrauch; damit bleibt es bei den bundesrechtlich geregelten Inventar-Fällen. Das Verfahren richtet sich nach den im allgemeinen Teil dargelegten Bestimmungen⁴⁷⁶. In der Praxis ersetzt das innert acht Tagen aufzunehmende Steuerinventar das Sicherungsinventar weitgehend⁴⁷⁷. Ist anzunehmen, dass kein Vermögen vorhanden ist, so kann die Aufnahme eines Steuerinventars unterbleiben.

4. Erbschaftsverwaltung

Art. 554 ZGB regelt die Erbschaftsverwaltung⁴⁷⁸ vollständig, weshalb für kantonales Recht kein Spielraum bleibt. Zuständige Behörde ist wie für alle Sicherungsmassregeln der Bezirksammann (Art. 7 EGzZGB). (155)

⁴⁷⁵ Nämlich vom öffentlichen Inventar zur Begrenzung der Erbenhaftung (Art. 580-582 ZGB und Art. 84-87 EGzZGB) und vom Inventar bei der Erbschaftsliquidation (Art. 595 Abs. 2 ZGB).

Die Organisationsvorschriften über das öffentliche Inventar gemäss den Art. 84-87 EGzZGB werden hier infolge ihrer klaren Regelung nicht behandelt. Siehe GVP 1990 Nr. 101: Über die Kosten für das öffentliche Inventar einschliesslich die Erhebung eines Kostenvorschusses entscheidet der Bezirksammann.

⁴⁷⁶ Vgl. Art. 32-35 EGzZGB und S. 92.

⁴⁷⁷ Art. 114-119 StG und Art. 40-43 VV zum StG. Art. 118 Abs. 2 StG sieht insbesondere auch eine Steuersiegelung vor. Nach Jagmetti 291 gilt dies offenbar auch für die meisten andern Kantone.

⁴⁷⁸ Vgl. Piotet, Erbrecht 704ff; Druey, Erbrecht 178f.

IV. Die Teilung des Nachlasses

1. Umfang des Vorbehaltes von Art. 609 Abs. 2 ZGB

Art. 607 Abs. 2 und 634 Abs. 1 ZGB verankern den Grundsatz der freien vertraglichen Erbteilung. Als Ausnahme sieht Art. 609 Abs. 1 ZGB die Mitwirkung der Behörde vor, wenn ein Gläubiger, der den Anspruch eines Erben auf eine angefallene Erbschaft erworben oder gepfändet hat oder der gegen diesen Erben Verlustscheine besitzt, es verlangt⁴⁷⁹. Daneben kann das kantonale Recht für weitere Fälle eine amtliche Mitwirkung bei der Teilung vorsehen (Art. 609 Abs. 2 ZGB). Diese amtliche Mitwirkung besteht vor allem darin, dass die Behörde das Teilungsverfahren leitet und den Entwurf eines Teilungsvertrages vorlegt⁴⁸⁰. Die kantonalen Vorschriften im Sinne von Art. 609 Abs. 2 ZGB dürfen jedoch das Prinzip der freien privaten Teilung nicht beeinträchtigen. So widerspricht z.B. die Vorschrift von Art. 86 EGzZGB AR, wonach jede Erbteilung unter Aufsicht und Mitwirkung der Erbteilungskommission vorgenommen wird, Art. 634 Abs. 1 ZGB und ist nichtig⁴⁸¹.

2. Bezirksamtliche Teilung auf Antrag eines Erben

Nach st. gallischem Recht hat ausser dem in Art. 609 Abs. 1 ZGB genannten Fall der Bezirksammann auf *Verlangen eines Erben* eine amtliche Teilung vorzunehmen⁴⁸². Diese Vorschrift respektiert den Grundsatz der freien privaten Erbteilung und ist mit dem Bundeszivilrecht vereinbar⁴⁸³. Der Bezirksammann (156)

⁴⁷⁹ Gemäss Art. 7 EGzZGB i.V.m. Art. 611 Abs. 2, 613 Abs. 3, 612 Abs. 3 ZGB kann der Bezirksammann gewisse weitere Fälle der Uneinigkeit der Erben entscheiden.

⁴⁸⁰ Vgl. VP III Nr. 426 und 393.

⁴⁸¹ BGE 114 II 418 und Jagmetti 287. Anders noch ARGVP 1988 Nr. 3008.

⁴⁸² Vgl. Art. 88 Abs. 1 EGzZGB. Diese Regelung galt schon im alten st. gallischen Zivilrecht, vgl. Botschaft EGzZGB, ABI 1910 II 359f.

⁴⁸³ BGE 114 II 420 E. 2.b; a.A. Jagmetti 285f. Zudem hat die Praxis Art. 88 Abs. 1 EGzZGB einschränkend ausgelegt.

muss die Teilung nach einem entsprechenden Begehren eines Erben selbst dann vornehmen, wenn die Erben miteinander zerstritten sind und eine vernünftige Einigung ausgeschlossen erscheint. Er darf auch in diesem Fall die verlangte Mitwirkung nicht einfach ablehnen⁴⁸⁴.

Dem Bezirksamt steht ein über die blosser Mitwirkung hinausgehendes *Teilungsrecht* zu⁴⁸⁵; seine Befugnisse sind allerdings weder abschliessend noch unbeschränkt. Der Bezirksammann hat die Vornahme der amtlichen Teilung abzulehnen, soweit die Teilung durch eine letztwillige Verfügung erfolgt⁴⁸⁶. Ist ein Willensvollstrecker eingesetzt, so bleibt für die Tätigkeit der Teilungsbehörde nur wenig Raum; sie kann im besten Falle den Willensvollstrecker beraten und ihm behilflich sein⁴⁸⁷. Sie darf aber keinesfalls unter Ausschluss des Willensvollstreckers die Teilung selber durchführen. Auch aus der Aufsichtskompetenz des Bezirksamtes gemäss Art. 14 Abs. 2 EGzZGB kann nicht auf eine weitergehende Kompetenz geschlossen werden. Eine amtliche Teilung durch das Bezirksamt unterbleibt, wenn die begehrenden Erben keinen Kostenvorschuss leisten oder nicht für die Sicherstellung der Nachlasspassiven sorgen⁴⁸⁸. Sie unterbleibt ferner, wenn eine private Teilung bereits durchgeführt wurde⁴⁸⁹ oder wenn die Erbengemeinschaft infolge Todes der übrigen Erben sich auf einen Alleinerben konzentriert⁴⁹⁰.

Der Bezirksammann kann nur die in Art. 7 EGzZGB "im Erbrecht" ausdrücklich aufgeführten Erbstreitigkeiten entscheiden. Er kann sich auf dem Wege der Auslegung von Art. 7 keine weiteren Befugnisse verschaffen. Fehlt eine (157)

⁴⁸⁴ Unveröffentlichter Entscheid des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 27.2.1990 i.S. X.

⁴⁸⁵ Vgl. GVP 1956 Nr. 8.

⁴⁸⁶ VP III Nr. 557.

⁴⁸⁷ GVP 1956 Nr. 7; VP III Nr. 634; VP I Nr. 348.

⁴⁸⁸ VP III Nr. 40.

⁴⁸⁹ VP IV Nr. 168, VP III Nr. 53, VP I Nr. 527.

⁴⁹⁰ VP IV Nr. 173.

Zuständigkeitsvorschrift, so ist im Falle der Uneinigkeit der Erben der ordentliche Zivilrichter zuständig. Ein Beispiel mag diese Rechtslage illustrieren: Da Art. 612 Abs. 2 ZGB im Katalog von Art. 7 EGzZGB nicht genannt ist, kann der Bezirksammann die Art der Versteigerung einer Erbschaftssache gemäss Art. 612 Abs. 3 ZGB erst dann entscheiden, wenn die Zulässigkeit der Veräusserung dieser Erbschaftssache durch Vereinbarung der Erben oder durch Entscheid des Richters festgestellt ist⁴⁹¹.

Die Kompetenz der Bezirksammanns, in seinem Zuständigkeitsbereich gemäss Art. 7 EGzZGB inhaltliche Entscheidungen über streitige Punkte zu treffen, geht ziemlich weit. Soweit die Erben seine materiellen Entscheide nicht innerhalb der jeweiligen Verjährungsfristen der einzelnen erbrechtlichen Klagen anfechten, erhalten sie sogar eine faktische Rechtsbeständigkeit. Die *materiellrechtlichen Entscheide des Bezirksammannes können indessen nicht* gemäss Art. 12 EGzZGB *an den Regierungsrat weitergezogen werden*. Denn die Entscheidung erbrechtlicher Streitigkeiten ist auf dem Zivilrechtsweg zu verfolgen⁴⁹². Der *Regierungsrat überprüft vielmehr nur rein formelle Verfahrensmängel*⁴⁹³, wozu aber die Zuweisung der Klägerrolle nicht gehört. So kann der Regierungsrat einen Entscheid des Bezirksammanns aufheben, wenn den beteiligten Erben nicht Gelegenheit geboten wurde, ihren Standpunkt vor dem Bezirksamt geltend zu machen und entsprechende Begehren zu stellen⁴⁹⁴.

Können sich die Erben auch bei der amtlichen Teilung nicht auf einen Teilungsvorschlag einigen, so trifft der Bezirksammann die gutscheinende Entscheidung und setzt eine Frist an, innert welcher der Richter angerufen werden kann (Art. (158)

⁴⁹¹ GVP 1979 Nr. 60; in GVP 1960 Nr. 80 wurde falsch entschieden.

⁴⁹² Zivilstreitigkeiten unterliegen letztinstanzlich der Berufung an das Bundesgericht; es ist allerdings nicht immer einfach festzustellen, ob eine Zivilstreitigkeit oder ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorliegt; vgl. dazu die nützliche Zusammenstellung von Poudret/Sandoz-Monod 18f und Messmer/Imboden 75f.

⁴⁹³ VP IV Nr. 169; VP IV Nr. 176; GVP 1960 Nr. 81; GVP 1964 Nr. 64; VP III Nr. 174; VP I Nr. 544.

⁴⁹⁴ Vgl. VP III Nr. 393.

88 Abs. 2 EGzZGB). Der Bezirksamman ist frei, eine Frist von angemessener Dauer anzusetzen⁴⁹⁵. Die Kläger sollen effektiv klagen können; eine zu grosszügig bemessene Frist wird allerdings das Teilungsverfahren übermässig verzögern. *Der unbenützte Fristablauf bewirkt keine materielle Rechtskraft dieses Entscheides*⁴⁹⁶. Die Erben können vielmehr *jederzeit den Richter anrufen*⁴⁹⁷. Die Frist ist gewahrt, wenn die Kläger vor Fristablauf das Vermittlungsbegehren stellen; die Klage gilt dann als erhoben (Art. 138 ZPO). Die Frist hat nur eine verfahrensrechtliche Bedeutung für die amtliche Teilung; nach deren unbenütztem Ablauf nimmt diese ihren Fortgang (Art. 88 Abs. 3 EGzZGB), ohne dass der Bezirksamman den rechtskräftigen Richterspruch abwarten muss. Dies bestätigt denn auch Art. 88 Abs. 4 EGzZGB, wonach die gerichtliche Anfechtung der abgeschlossenen Teilung vorbehalten bleibt. Nach abgeschlossener Teilung kommt eine Fristansetzung mit der (noch einzig denkbaren) Androhung, dass sonst die getroffene Teilung für die Erben verbindlich wäre, nicht in Frage⁴⁹⁸. Der Bezirksamman kann, je nach Sachlage, der einen, andern oder allen Parteien eine Klagefrist ansetzen⁴⁹⁹. Das Bezirksamt darf einen Mehrheitsbeschluss der Erben über die Zuteilung einer Erbschaftssache zu einer Verfügung erheben. Dabei ist auch ein zustimmender Erbe befugt, diese Verfügung durch eine gerichtliche Klage anzufechten; er hat durch seine Zustimmung sein Klagerecht nicht verwirkt. Denn die Erbengemeinschaft kann grundsätzlich nur einstimmig (159)

⁴⁹⁵ Der Bezirksamman ist insbesondere nicht an die Jahresfristen der Art. 521 und 533 ZGB und ebenfalls nicht an die Laufzeit des Leitscheins von zwei Monaten gebunden (Art. 150 Abs. 2 ZPO): vgl. VP II Nr. 599, VP III Nr. 256.

⁴⁹⁶ KGE 1920 Nr. 12; GVP 1979 Nr. 60 E. 3 m.w.H; Leitfaden 15/8.

⁴⁹⁷ BGE 62 II 129.

⁴⁹⁸ GVP 1956 Nr. 8.

⁴⁹⁹ In der Regel wird der Bezirksamman, wenn nicht allen, so doch denjenigen Parteien Frist ansetzen, die mit seinem Vorentscheid nicht einverstanden sind, vgl. VP III Nr. 174. Die Fristansetzung entscheidet aber nicht notwendigerweise über die Kläger- bzw. Beklagtenrolle, da die Erben unabhängig davon, jederzeit den Richter anrufen können. Gemäss VP III Nr. 392 soll die bezirksamtliche Verfügung die Beklagten genau bezeichnen; dies ist m.E. lediglich eine Ordnungsvorschrift. Denn der Kläger muss z.B. bei der Teilungsklage naturgemäss alle übrigen Miterben ins Recht fassen, vgl. Druey, Erbrecht 220.

verbindlich beschliessen, ob z.B. Erbschaftssachen verkauft werden sollen⁵⁰⁰. Eine Klage gemäss Art. 88 Abs. 4 EGzZGB ist genügend substantiiert, wenn aus ihr hervorgeht, dass die Teilung anders als vom Bezirksamt verfügt oder vorgesehen, durchgeführt werden müsse⁵⁰¹.

Liegen Revisionsgründe gemäss Art. 81 VRP vor, so muss der Bezirksamman bei einem entsprechenden Begehren auf seine gutscheinende Entscheidung gemäss Art. 88 Abs. 2 EGzZGB zurückkommen⁵⁰².

3. Weitere Teilungsvorschriften

Art. 40 EVzZGB sieht die Mitwirkung der landwirtschaftlichen Schätzungskommission bei der Teilung landwirtschaftlicher Gewerbe vor.

Art. 89 wiederholt die bereits in Art. 7 EGzZGB genannte Zuständigkeit des Bezirksammanes, vorsorgliche Massnahmen betreffend die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Nebengewerbes zu treffen⁵⁰³. Die definitive Zuweisung eines solchen Gewerbes entscheidet aber der Zivilrichter (Art. 39 EVzZGB).

Art. 616 ZGB ermächtigt die Kantone, für einzelne Bodenkulturarten die Flächenmasse zu bezeichnen, unter die bei der Teilung von Grundstücken nicht gegangen werden darf. Denselben Vorbehalt macht Art. 702 ZGB auch für das Sachenrecht. Art. 90 EGzZGB verweist deshalb auf die im Sachenrecht untergebrachte Vorschrift des Art. 121 EGzZGB⁵⁰⁴. (160)

⁵⁰⁰ GVP 1952 Nr. 33.

⁵⁰¹ GVP 1952 Nr. 22.

⁵⁰² VP III Nr. 538.

⁵⁰³ Vgl. Art. 621 und 625 ZGB. Dies ist also eine Sondervorschrift zu Art. 196 lit. c i.V.m. Art. 7 ZPO, wonach grundsätzlich der Bezirksgerichtspräsident im summarischen Verfahren über vorsorgliche Massnahmen entscheidet.

⁵⁰⁴ Vgl. S. 176 Anm. 4.

4. Aufsicht über den Willensvollstrecker

Der Willensvollstrecker⁵⁰⁵ und der Erbschaftsverwalter unterstehen der Aufsicht des Bezirksammanns⁵⁰⁶. Aufsicht bedeutet, dass der Bezirksammann vom Willensvollstrecker Aufschluss über seine Tätigkeit verlangen, Weisungen erteilen oder schon erfolgte Dispositionen aufheben kann. Der Bezirksammann kann den Willensvollstrecker dann absetzen, wenn ihm eine pflicht- oder rechtswidrige Handlung nachgewiesen werden kann⁵⁰⁷. Die Aufsichtsbehörde übt nicht eine ständige Aufsicht aus, sondern wird nur auf Beschwerde interessierter Personen hin tätig. Das Beschwerderecht gegen den Willensvollstrecker ist lediglich ein Korrektiv gegen willkürliche, offenbar unsachgemässe Verfügungen oder gegen eine nachlässige, pflichtwidrige Geschäftsführung⁵⁰⁸. Ist der Willensvollstrecker in seiner Aufgabe behindert, weil die Erben uneins sind, kann er beim Bezirksammann Weisungen einholen⁵⁰⁹.

Der Entscheid des Bezirksammanns über eine Beschwerde kann innert 14 Tagen an den Regierungsrat weitergezogen werden (Art. 13 EGzZGB). Dessen Entscheid kann beim Vorliegen entsprechender Beschwerdegründe mit zivilrechtlicher Nichtigkeitsbeschwerde oder staatsrechtlicher Beschwerde, nicht aber mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden⁵¹⁰. Unter gewissen Umständen (161)

⁵⁰⁵ Diese Ausführungen gelten auch für den Erbschaftsverwalter und den Erbenvertreter (vgl. Druey, Erbrecht 177 und 175); der Einfachheit halber ist lediglich vom Willensvollstrecker die Rede.

⁵⁰⁶ Vgl. Art. 518 Abs. 1, 595 Abs. 3 ZGB und Art. 13 EGzZGB. Vgl. dazu Druey, Erbrecht 177f.

⁵⁰⁷ GVP 1960 Nr. 78, VP III Nr. 737.

⁵⁰⁸ VP III Nr. 737.

⁵⁰⁹ Dagegen dürfte der Bezirksammann auf eine Beschwerde, die der Willensvollstrecker gegen sich selbst erhebt, nicht eintreten: Es fehlt an einer Beschwerdnis und damit an einem Rechtsschutzinteresse. In einer verfahrenen Situation genügen die Weisungen des Bezirksammannes, damit sich der Willensvollstrecker entlasten kann.

⁵¹⁰ BGE 91 II 52; vgl. Poudret/Sandoz-Monod 16f; Messmer/Imboden 75f.

kann der Rekursentscheid des Regierungsrates betreffend die Absetzung des Willensvollstreckers mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden⁵¹¹.

V. Örtliche Zuständigkeit

Art. 41 EGzZGB regelt die innerkantonalen Zuständigkeiten für die Verwaltung des Erbvermögens Verschwundener. Danach verwaltet die Vormundschaftsbehörde des letzten Wohnsitzes und subsidiär des Heimortes deren Vermögen. Wird die Verschollenenerklärung gemäss Art. 550 Abs. 1 ZGB von Amtes wegen durchgeführt, so sind die Kosten vom Kanton als möglichem Erben vorzuschies-
sen⁵¹².

Nach Art. 76 Abs. 1 EGzZGB gelten im Erbrecht für alle Amtshandlungen und gerichtlichen Entscheidungen die Behörden des Wohnsitzes oder des letzten Wohnsitzes des Erblassers als zuständig. Nun enthält allerdings bereits das Bundesrecht wichtige örtliche Zuständigkeitsbestimmungen in erbrechtlichen Angelegenheiten. Gemäss Art. 538 Abs. 2 und 551 Abs. 1 ZGB sind die Gerichte und Behörden desjenigen Kantons zuständig, in welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte. Dies gilt für alle erbrechtlichen Klagen und für alle administrativen Zuständigkeiten des Bezirksammannes. Einzig bei der Vermächtnisklage (Art. 562, 601 ZGB) ist die örtliche Zuständigkeit umstritten⁵¹³. Zur Lösung dieser Frage kann aber Art. 76 Abs. 1 EGzZGB nicht beigezogen werden. Denn das Bundesrecht enthält diesbezüglich keinen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts. Fehlt ein besonderer Gerichtsstand, so gelangt der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten (Art. 59 BV) zur Anwendung. Die besonderen Gerichtsstände des Bundesrechts, wie etwa eben Art. 538 Abs. 2 ZGB, (162)

⁵¹¹ Vgl. BGE 90 II 376, insb. S. 384f; Messmer/Imboden 75 Anm. 17 m.w.H.

⁵¹² Vgl. VR III Nr. 448.

⁵¹³ Vgl. Piotet, Erbrecht 554 m.w.H.; Riemer Hans Michael, Schematische Übersicht über die wichtigsten erbrechtlichen Klagen des ZGB und ihre Merkmale, in: recht 1989 54f, insb. Anm. 11.

bestimmen im Gegensatz zum allgemeinen Gerichtsstand des Art. 59 BV auch innerhalb des Kantons direkt das zuständige Gericht⁵¹⁴; d.h. auch kantonsintern gilt der Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers. Art. 76 Abs. 1 EGzZGB wiederholt also lediglich die bundesrechtlich geregelten Zuständigkeiten; der Gesetzgeber hat die Vorschrift offensichtlich zu Orientierungszwecken erlassen. Art. 76 Abs. 1 EGzZGB hat daher keine eigenständige Bedeutung. Ist die Erbschaft bereits verteilt, so sind nach Art. 76 Abs. 2 EGzZGB die Klagen gegen die Erben an deren Wohnsitz anzubringen. Diese Bestimmung gerät freilich mit dem Art. 538 Abs. 2 ZGB in Konflikt. Die Teilung der Erbschaft macht wohl die Erbteilungsklage hinfällig; sie ändert aber die Gerichtsstände der übrigen erbrechtlichen Klagen nicht.

Nach Art. 26 ZPO können Klagen der Erbschaftsgläubiger gegen den unverteilten Nachlass ebenfalls am letzten Wohnsitz des Erblassers erhoben werden. Diese Vorschrift lässt sich nicht auf Art. 538 Abs. 2 ZGB abstützen, denn sie ist keine erbrechtliche Klage. Art. 26 ZPO verletzt die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes (Art. 59 BV) und ist deshalb bundesrechtswidrig⁵¹⁵. Da jedoch fast alle Kantone derartige Vorschriften kennen, behielt der st. gallische Gesetzgeber diese Bestimmung zur Übereinstimmung mit dem Recht dieser Kantone bei. (163)

⁵¹⁴ Guldener 64.

⁵¹⁵ Vgl. Handbuch 75; vgl. ferner Vogel 81f; a.A. Guldener 87f.

§8 SACHENRECHT

LITERATUR: BERNATZKY ALOYS, Baumchirurgie und Baumpflege, 4. A., Braunschweig 1988; GERMANN GUIDO (Hrsg.), Kurzkommentar zum st. gallischen Strassengesetz vom 12.6.1988, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, neue Reihe Band 31, St. Gallen 1989; KEEL RUDOLF, Das Hypothekarrecht im Gebiete des heutigen Kantons St. Gallen in historisch-dogmatischer Darstellung, Diss. Bern, St. Gallen 1901; KLEY-STRULLER ANDREAS, Bäume und Sträucher im st. gallischen Nachbarrecht, in: St. Galler Bauer 1992 254-259; KUHN EDUARD, Gesetzliche Grenzabstände, 4. Aufl, Zürich: Verband Schweizerischer Gärtnermeister 1963; LINDENMANN ALFRED, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, 4. A., Zürich: Verband Schweizerischer Gärtnermeister 1988; LIVER PETER, Das Eigentum, in: SPR V/1, S. 1-401; MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zu den Art. 655-679 ZGB, 3. A., Bern 1974 und Berner Kommentar zu den Art. 680-701 ZGB, 3. A., Bern 1975; MOSER CARL, Das st. gallische Nachbarrecht, Diss. Bern 1898; MÜRI EMIL, Baumschule, Staudengärtnerei, Obstgarten, 4. A., Aarau 1989; PFLANZEN-BUCH, Hauenstein AG (Hrsg.), 6. A., Rafz o.J. (1991); REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, Bern 1991; SCHERRER DOMINIK, Anmerkungen im Grundbuch unter Berücksichtigung des Bundesrechts und des kantonal-st.gallischen Rechtes, Diss. Fribourg, Zürich 1984; TROMP HERMANN, Land- und forstwirtschaftliches Nachbarrecht, im Auftrag des Oberforsamtes des Kantons St. Gallen bearbeitet, St. Gallen 1953/54; VOLLAND MAX, Die Bedeutung der st. gallischen Kaufschuldversicherungsbriefe nach kantonalem Recht und ihre Behandlung im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich, Langensalza 1923; WALDIS ALOYS, Das Nachbarrecht. Eidgenössisches und kantonales Recht in Gesetz und Praxis, 4. Aufl, Zürich 1953; WILD MARTIN, Über Grenz-Verhältnisse und Dienstbarkeiten, St. Gallen 1925; ZEMP MANFRED, Kommentar zum Baugesetz des Kantons St. Gallen vom 6.6.1972, St. Gallen 1980; ZÜRCHER RICHARD, Die Wegrechte des Schweizerischen Privatrechts, Diss. Zürich 1947.

I. Bedeutung des kantonalen Rechts

Das Sachenrecht des Zivilgesetzbuches behält der kantonalen Regelung zahlreiche Materien vor. Der Bundesgesetzgeber nahm vielfach Rücksicht auf die örtlichen Verhältnisse. Er setzte die Rechtsvereinheitlichung in diesem Bereich nicht vollständig durch; vielmehr blieben die örtlichen, partikulären Privatrechtsregeln in Kraft. Demzufolge ist das kantonale Privatrecht, insbesondere im Immobiliarsa-

chenrecht, für die Rechtspraxis von grosser Bedeutung.
Zum Sachenrecht gehört selbstverständlich auch das kantonale Grundbuchrecht,
(164)

dem aber infolge seines besonderen Charakters ein eigener Paragraph gewidmet ist⁵¹⁶.

II. Abgrenzung von öffentlichem und privatem Eigentum

1. Bedeutung der Unterscheidung

Die kantonalen öffentlichrechtlichen Vorschriften über die öffentlichen Sachen im Sinne von Art. 664 ZGB haben hier eine doppelte Bedeutung. Zum einen scheiden sie das Privateigentum vom Staatseigentum, indem sie gewisse Kategorien von Sachen und Grundstücken als unter statlicher Hoheit stehend erklären und den Eigentumserwerb Privater daran beschränken oder ganz ausschliessen. Zum andern bestimmen sie den Inhalt des Privateigentums massgeblich. Den Eigentümern von Privatgrundstücken erwachsen aus ihrer allfälligen Nachbarschaft zu öffentlichen Sachen (Strassen, Gewässer oder "herrenlosem" Land) noch besondere zusätzliche Pflichten. Ein eigenes öffentlichrechtliches Nachbarrecht legt den Inhalt dieser Pflichten fest.

Der Kanton St. Gallen bezeichnet sich nur in wenigen Gesetzen ausdrücklich als Eigentümer über die jeweilige öffentliche Sache⁵¹⁷. Die Kantone haben es (165)

⁵¹⁶ Vgl. S. 228ff.

⁵¹⁷ Ausnahmen: Art. 3 Abs. 1 GNG stellt unverblümt fest: "Der Strandboden an den Seen ist Eigentum des Staates." Diese Bestimmung hat historische Ursachen und besteht seit 1837 nahezu unverändert: Vgl. das Gesetz über das Eigentumsrecht des Staates an den Seeufern vom 6.6.1837, in: Sammlung der Gesetze und Beschlüsse des Grossen und Kleinen Raths des Kantons St. Gallen, 6. Band (1835-1837), S. 335f; abgelöst durch das Gesetz betreffend das Eigentumsrecht des Staates an den Seeufern vom 9.6.1846, in: Sammlung der Gesetze und Beschlüsse des Grossen und Kleinen Raths des Kantons St. Gallen, 9. Band (1843-1848), S. 233f; aufgehoben durch Art. 54 Ziff. 3 GNG. Das Eigentum des Staates an den Fischen und wilden Tieren ergibt sich sinngemäss aus Art. 1 JG und Art. 1 FRG. Bei Strassen ist ebenfalls der Staat bzw. die Gemeinde in der Regel Eigentümer: vgl. Art. 6 Satz 2 und Art. 11 Abs. 2 StrG; stets besitzen jedoch Staat und Gemeinden die Strassenhoheit.

vermieden, sich das Eigentum über die öffentlichen Sachen zuzusprechen⁵¹⁸. Im Grunde genommen ist die Frage aber belanglos, da der Kanton jedenfalls die Hoheit über die öffentlichen Sachen besitzt. Er kann umfassend legiferieren, die Güter entsprechend verwalten und im Rahmen der Zweckbestimmung über diese Güter verfügen⁵¹⁹.

2. "Herrenlose" und öffentliche Sachen

Gemäss Art. 664 Abs. 1 ZGB stehen die herrenlosen und öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Staates, auf dessen Gebiet sie sich befinden. Diese Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf *Grundstücke* im Sinne von Art. 655 ZGB sowie auf Gewässer, nicht aber auf Fahrnis⁵²⁰. Bei den von Art. 664 Abs. 1 ZGB erwähnten "herrenlosen Sachen" handelt es sich nicht eigentlich um herrenlose Sachen gemäss Art. 658 Abs. 1 ZGB⁵²¹. Das Wort "herrenlos" will hier lediglich den Begriff der öffentlichen Sachen verdeutlichen. Denn Art. 664 Abs. 1 ZGB soll nicht nur die öffentlichen Sachen erfassen, derer sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient, sondern gemäss Abs. 2 auch die Gewässer und das der Kultur nicht fähige Land, wie Felsen, Schutthalden, Firne, Gletscher und die daraus entspringenden Quellen.

Der Begriff der "herrenlosen" und öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 Abs. 1 ZGB ist damit enger als jener der öffentlichen Sache in der Verwaltungsrechtslehre⁵²², letzterer umfasst: (166)

⁵¹⁸ Liver, Eigentum 130. Dies mag vor allem auf die Theorie des 19. Jahrhunderts zurückgehen, wonach an öffentlichen Sachen überhaupt kein Eigentum bestehen könne: vgl. Liver 129 Anm. 6.

⁵¹⁹ Vgl. Liver, Eigentum 130; Meier-Hayoz, N. 59-61 zu Art. 664 ZGB.

⁵²⁰ Denn Art. 664 ZGB findet sich im neunzehnten Titel des ZGB: Das Grundeigentum, vgl. Meier-Hayoz, N. 46 zu Art. 664 ZGB; Jagmetti 295.

⁵²¹ Rey, Sachenrecht 42.

⁵²² Vgl. Gygi Fritz, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 223ff; Häfelin Ulrich/Müller Georg, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1990, S. 394ff oder Rey, Sachenrecht 40 verwenden das bekannte Schema, das aber den Gegenstand nur ungenau erfasst.

- das Finanzvermögen (z.B. Postcheckkonto, Grundeigentum zu Anlagezwecken, Wertschriften);
- Verwaltungsvermögen (z.B. Verwaltungsgebäude, Schulhäuser, Büromaschinen);
- Strassen und Plätze;
- die grösseren ober- und unterirdischen Gewässer;
- die Luft als Lebensbedingung und den Luftraum als Flugraum;
- Regalsachen (z.B. das Bergregal - wie Salz, Kohle, Erz - oder Fische und wilde Tiere);
- kulturunfähiges Land (Felsen, Firne, Schutthalden, Gletscher, vgl. Art. 664 Abs. 2 ZGB);
- der Wald⁵²³.

Der Begriff der öffentlichen Sachen im Sinne des Verwaltungsrechtes umfasst also nicht nur das öffentliche und "herrenlose" Grundeigentum gemäss Art. 664 Abs. 1 ZGB, sondern auch die öffentliche Fahrnis wie etwa (Fische, wilde Tiere, kantonseigene Autos oder Büromaschinen). Freilich stützt sich der Eigentums- oder Hoheitstitel des Kantons für die öffentliche Fahrnis nicht auf Art. 664 Abs. 1 ZGB, sondern auf seine Organisationsautonomie und auf die traditionellen Regalrechte. In den folgenden Ausführungen geht es vor allem um das Grundeigentum als öffentliche bzw. "herrenlose" Sache. Daneben werden aber teilweise auch bewegliche öffentliche Sachen wie wilde Tiere oder Fische behandelt. Art. 664 ZGB enthält einen umfassenden unechten Vorbehalt⁵²⁴, der es den Kantonen gestattet, die Anwendung des Bundesprivatrechtes auf die öffentlichen und herrenlosen Sachen vorzuschreiben oder im Gegenteil auch auszuschliessen⁵²⁵ (167)

⁵²³ Vgl. S. 170.

⁵²⁴ Vgl. Liver, Eigentum 128 Anm. 2.

⁵²⁵ BGE 112 II 109, 103 II 234; Meyer-Hayoz, N. 82 zu Art. 664 ZGB; Jagmetti 294f; Rey, Sachenrecht 40f; Friedrich 742.

und stattdessen eine öffentlichrechtliche Gesetzgebung zu schaffen (vgl. Abs. 3)⁵²⁶. Sämtliche Kantone haben das Gebiet der öffentlichen Sachen im Sinne von Art. 664 ZGB nur teilweise und punktuell geregelt; es gibt in der Schweiz keine ausschliesslich öffentlichrechtliche Ordnung des staatlichen Grundeigentums wie in Frankreich⁵²⁷. Immerhin finden sich jedoch in den Westschweizer Kantonen Ansätze zu einer umfassenden Gesetzgebung über die "domaine public"⁵²⁸. Die öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 ZGB unterstehen grundsätzlich dem Privatrecht, soweit die Kantone nicht mittels öffentlichrechtlicher Vorschriften eine andere Lösung vorgesehen haben⁵²⁹. Die betreffenden Bestimmungen finden sich seltener in den Einführungsgesetzen zum ZGB⁵³⁰, als vielmehr in verschiedenen öffentlichrechtlichen Erlassen. Das Finanzvermögen (Bank- und Postcheckkonten, Wertschriften, Liegenschaften zu Anlagezwecken) untersteht hingegen im Rechtsverkehr vollumfänglich den Regeln des Bundesprivatrechtes⁵³¹. Eine spezielle öffentlichrechtliche Gesetzgebung über das Finanzvermögen gibt es nicht.

Art. 949 Abs. 2 ergänzt Art. 664 ZGB und ermächtigt die Kantone, über die Eintragung der dinglichen Rechte an Grundstücken, die dem kantonalen Recht unterstellt bleiben, besondere Vorschriften aufzustellen⁵³². (168)

⁵²⁶ Liver, Eigentum 129.

⁵²⁷ Vgl. Art. 537ff des französischen Code Civil. Art. 537 Code Civil stellt dem Privateigentum das Staatseigentum gegenüber und die Art. 538ff nennen Sachen, die im Staatseigentum stehen (z.B. Wege, Strassen, schiffbare Flüsse usw.). Erst die Gesetzgebung dieses Jahrhunderts hat diese Unterscheidung so aufgefasst, dass für die öffentlichen Sachen eine eigene, besondere Gesetzgebung geschaffen werden soll: Vgl. Code du domaine de l'Etat du 14 mars 1962, Text: Code administratif, 21. Auflage, Paris: Codes Dalloz 1990, S. 722ff.

⁵²⁸ Siehe etwa das Beispiel des Kantons Genf: Loi sur le domaine public du 24.6.1961, L/1/0,5; dazu kommt noch die Spezialgesetzgebung über die öffentlichen Strassen, Gewässer, die Bergwerke usw.

⁵²⁹ BGE 97 II 378; Meier-Hayoz, N. 82 zu Art. 664 ZGB; Rey, Sachenrecht 41.

⁵³⁰ Vgl. die Übersicht bei Jagmetti 296.

⁵³¹ BGE 89 I 43.

⁵³² Vgl. S. 255ff.

3. Öffentlichrechtliche Gesetzgebung über einzelne öffentliche Sachen

a) Allgemeines

Das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch schweigt zum Vorbehalt des Art. 664 Abs. 1 ZGB. Das ist insofern folgerichtig, als sich dieser unechte Vorbehalt auf das öffentliche Recht der Kantone bezieht. In bezug auf die wichtigsten öffentlichen Sachen hat der Kanton St. Gallen eine einlässliche Gesetzgebung geschaffen. Im folgenden werden die wesentlichen Regelungen über die wichtigsten öffentlichen Sachen kurz dargestellt.

b) Strassen und Plätze

Das Strassengesetz regelt Hoheit und Eigentum, Klassierung, Aufsicht, Benutzung der *Strassen und Plätze* sowie weitere wichtige Fragen. Im hier interessierenden Zusammenhang hält das Strassengesetz fest, dass die Staatsstrassen bzw. die Gemeindestrassen unter der Hoheit des Kantons bzw. der Gemeinde stehen⁵³³. In der Regel sind die Strassen Eigentum des Kantons bzw. der Gemeinde⁵³⁴. Ausnahmsweise ist Privateigentum an öffentlichen Strassen möglich; dabei bleibt aber die Strassenhoheit von entscheidender Bedeutung. Sie umfasst sämtliche Verwaltungs- und Gesetzgebungskompetenzen auf dem Gebiete des Strassenwesens betreffend den Unterhalt, Finanzierung oder die Benutzung⁵³⁵. Das private Eigentumsrecht an einer Strasse wird von der Strassenhoheit geradezu verdrängt. (169)

⁵³³ Vgl. Art. 6 Satz 1 und 11 Abs. 1 StrG.

⁵³⁴ Vgl. Art. 6 Satz 2 und 11 Abs. 2 StrG.

⁵³⁵ Vgl. Germann, N. 1 zu Art. 6 StrG.

c) Wälder

Der Wald stellt unabhängig von seinem privaten oder öffentlichen⁵³⁶ Eigentümer ein öffentliches Gut dar. Der Wald hat den Charakter einer Quasi-Öffentlichen-Sache, indem die Forstgesetzgebung des Bundes und des Kantons die Verfügungs- und Ausschliessungsmacht (Art. 641 ZGB) des Eigentümers massiv beschränkt. Es besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der allgemeinen Zugänglichkeit der Wälder⁵³⁷ und an ihrer Erhaltung. Die Waldrodung ist daher nur unter strengen Voraussetzungen möglich⁵³⁸ und die Waldnutzung hat dafür zu sorgen, dass der Wald gesund bleibt⁵³⁹.

d) Öffentliche Gewässer

Die Definition und Benutzung der *öffentlichen Gewässer* wird im Gewässernutzungsgesetz (GNG) geregelt. Danach gelten Seen, Flüsse und Bäche sowie Grundwasserströme bzw. Quellen von einer Ergiebigkeit von 300 bzw. 600 Minutenlitern als öffentliche Gewässer⁵⁴⁰. Diese unterstehen der Hoheit des Kantons (Art. (170)

⁵³⁶ Im Kanton St. Gallen besitzen die Ortsgemeinden in einem bedeutendem Umfang Waldgrundstücke. Insofern stellt der Wald eine echte öffentliche Sache dar.

⁵³⁷ Vgl. S. 54 und 177.

⁵³⁸ Art. 4ff WaG.

⁵³⁹ Art. 20ff WaG und Art. 26ff FoG.

⁵⁴⁰ Art. 2 GNG und Art. 18 KV, vgl. GVP 1971 Nr. 67 (Kanal), 1978 Nr. 62 (Entwässerungsgraben), 1987 Nr. 88 (Bach), VR II Nr. 661 und KGE 1906 Nr. 7 (Quelle). Vgl. für den Kanton Appenzell A.Rh. die entsprechende Definition in Art. 199 und 200 EGzZGB AR sowie über die nachgewiesenen Privatrechte Art. 198 EGzZGB AR, vgl. ARGVP 1988 Nr. 3023, wonach ein kleines Rinnsal nicht als öffentlicher Bach gilt. Dagegen entschied der St. Galler Regierungsrat, dass Bächlein mit geringer Wasserführung, sofern sie sich über ein einzelnes Grundstück hinaus erstrecken, als öffentliche Gewässer gelten, GVP 1954 Nr. 79. Siehe zum fischereirechtlichen Begriff der öffentlichen Gewässer: VP III Nr. 563.

1 GNG), besondere bundesrechtliche Bestimmungen bleiben vorbehalten⁵⁴¹. Es ist bemerkenswert, dass das Gewässernutzungsgesetz nur den Strandboden an Seen dem Staatseigentum zuweist (Art. 3 GNG); das Wasser an sich, die Bach- und Flussbetten und den Seeboden jedoch nicht⁵⁴². Gemäss Art. 4 GNG bleiben zwar nachgewiesene Privatrechte an Gewässern und am Strandboden im Sinne von Art. 664 Abs. 2 ZGB vorbehalten, jedoch können an ihnen weder durch Aneignung (Art. 658 ZGB) noch durch Ersitzung (Art. 661-663 ZGB) private Rechte erworben werden⁵⁴³. Das öffentliche Eigentum am Strandboden hebt die Unterhaltungspflicht der Anstösser nicht auf (Art. 11 Abs. 3 WBG). Das Gewässernutzungsgesetz regelt ferner die Benützung der öffentlichen Gewässer⁵⁴⁴. So ist der im Gesetz umschriebene Gemeingebrauch frei, dagegen bedürfen der gesteigerte Gemeingebrauch bzw. die Sondernutzung einer Bewilligung bzw. Sondernutzungskonzession. Letztere hat sich an den Rahmen der bundesrechtlichen Vorschriften zu halten.

e) *Regalien*

Wie in den meisten Kantonen so besteht auch in St. Gallen ein *Berg-, Jagd- und Fischereiregal*. Die räumliche Ausdehnung des Grundeigentums *nach unten* wird durch das den Kantonen verbliebene Bergbauregal begrenzt⁵⁴⁵. Danach gehören die wertvolleren Rohstoffe, wie etwa Erze, Brennstoffe und Salze, dem Kanton⁵⁴⁶. Die (171)

⁵⁴¹ Vgl. das WRG, ferner: Verordnung vom 26.12.1917 betreffend die beschränkte Anwendung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte auf kleinere Wasserkraftwerke, SR 721.801; Verordnung vom 12.2.1918 über die Berechnung des Wasserzinses, SR 721.831; Bundesgesetz vom 8.10.1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung, SR 814.2.

⁵⁴² VP II Nr. 193.

⁵⁴³ Vgl. zum Nachweis gegenteiliger Privatrechte KGE 1897 Nr. 8 und 1914 Nr. 6.

⁵⁴⁴ Vgl. Art. 6ff GNG.

⁵⁴⁵ BGE 45 I 54 lässt ein gewohnheitsmässig begründetes Bergregal zu.

⁵⁴⁶ Vgl. Art. 1 des Gesetzes über den Bergbau vom 7.4.1919, sGS 852.1.

Bergwerke werden, obwohl sie vom öffentlichen Recht des Kantons beherrscht werden, gemäss Art. 655 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB als "Grundstücke" behandelt, wenn ihnen die Eigenschaft eines selbständigen und dauernden Rechtes zukommt⁵⁴⁷. Weniger wertvolle und oberflächlich gelegene Materialien wie Kies, Lehm oder Steine werden nicht durch das Bergregal erfasst; sie gehören dem betreffenden Grundeigentümer⁵⁴⁸. Das Baugesetz verlangt indessen für den Abbau dieser Materialien in den Art. 95 und 95bis einen Abbauplan. Das Eigentumsrecht wird hier durch die raumplanerischen Vorschriften beschränkt.

Fische und wilde Tiere gelten als herrenlose bewegliche Sachen; der Begriff "herrenlos" muss freilich auch hier wie bei Art. 664 ZGB mit "öffentlich" übersetzt werden. Fische und wilde Tiere werden zwar nicht von Art. 664 ZGB erfasst, da es sich um *bewegliche* öffentliche Sachen handelt. Sie gehören seit jeher dem Gemeinwesen⁵⁴⁹. Fischerei und Jagd sind tradierte fiskalische Nutzungsrechte des Staates (Regale).

Der Kanton ordnet die Nutzung dieser Regalien mittels verschiedener Systeme. Er kann⁵⁵⁰:

- das Regal *selbst ausüben*;
- nach dem *Pachtsystem* die Nutzung mehreren *Konzessionären*⁵⁵¹ anheimstellen oder (172)

⁵⁴⁷ Gegenwärtig ist im Kanton St. Gallen kein Bergwerk als Grundstück eingetragen. Das grosse Eisenerzbergwerk Gonzen im Grundbuchkreis Sargans stellte 1966 seinen Betrieb endgültig ein. Es war allerdings nie im Grundbuch als Grundstück eingetragen.

⁵⁴⁸ Das EGzZGB nimmt sich der Frage nicht an (vgl. dazu die ausdrückliche Regelung in Appenzell A.Rh. durch Art. 229 EGzZGB AR und in Basel-Stadt: § 158 Abs. 1 EGzZGB BS und dazu Friedrich 742); diese Rechtslage muss vielmehr aus dem Fehlen eines entsprechenden Regalrechtes in einem Gesetz erschlossen werden.

⁵⁴⁹ Dennoch verlangte KGE 1925 Nr. 2, dass das Fischereiregal einer gesetzlichen Grundlage bedürfe. Vgl. demgegenüber BGE 45 I 54 zum Bergregal und ferner ARVP X Nr. 191 über die Fische in Privatgewässern.

⁵⁵⁰ Vgl. anschaulich GVP 1986 Nr. 78 und dazu Imboden/Rhinow II Nr. 121 und Rhinow/Krähenmann Nr. 121.

⁵⁵¹ Vgl. BGE 90 II 422; BGE 96 I 554.

- nach dem *Patentsystem* das Nutzungsrecht einer unbestimmten Vielzahl von *Bewilligungsträgern* überlassen (Polizeibewilligung⁵⁵²).

Beim Bergbau hat der Kanton sich das Nutzungsrecht selbst vorbehalten oder die Möglichkeit einer Konzession vorgesehen⁵⁵³. Er hat bei der Jagd das Pachtsystem (Art. 1 JG), hingegen bei der Fischerei das Pacht- oder alternativ das Patentsystem gewählt⁵⁵⁴.

Art. 699 Abs. 2 ZGB behält über das Betreten fremden Eigentums zur Ausübung von Jagd und Fischerei kantonale Vorschriften vor. Dieser Vorbehalt ist unecht, denn kraft seines Regalrechtes kann der Kanton darüber ohnehin Bestimmungen erlassen⁵⁵⁵. Art. 116 EGzZGB verweist diesbezüglich auf die Jagd- (Art. 21 JG) und Fischereigesetzgebung (Art. 33 FV)⁵⁵⁶. Diese Vorschriften stellen öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen dar.

f) Weitere öffentliche Sachen

Die Benutzung anderer öffentlicher Sachen als den Strassen und Gewässern wird punktuell ebenfalls durch weitere öffentlichrechtliche Vorschriften geregelt; zum Teil finden sich auch Regelungen auf Gemeindeebene. Zu denken ist etwa an Schulhäuser, Mehrzweckhallen oder Schwimmbäder. Je nach Benutzerkreis wird die Benutzung dieser Einrichtungen von Verwaltungsverordnungen oder von Rechtsverordnungen geregelt. (173)

⁵⁵² BGE 96 I 554.

⁵⁵³ Das Gesetz über den Bergbau vom 7.4.1919, sGS 852.1 verwendet in Art. 2 die Begriffe Konzession und Pacht, wobwohl beide Begriffe rechtlich dasselbe System bezeichnen; der Gesetzestext ist hier redundant.

⁵⁵⁴ Vgl. FRG und Art. 4 FV; vgl. dazu GVP 1986 Nr. 78.

⁵⁵⁵ Meier-Hayoz, N. 44 und 47 zu Art. 699 ZGB. Vgl. S. 36f.

⁵⁵⁶ Vgl. ferner Art. 3 Abs. 2 lit. f des BG vom 21.6.1991 über die Fischerei, SR 923.0. Im Kanton Appenzell A.Rh. ist das Zutrittsrecht für Jagd und Fischerei in Art. 230 EGzZGB geregelt.

4. Entstehung neuen Landes

Entsteht durch Anschwemmung, Anschüttung oder in anderer Weise aus herrenlosem Boden neues Land, so gehört es dem Kanton, in dessen Gebiet es liegt (Art. 659 Abs. 1 ZGB). Der Kanton St. Gallen hat vom Vorbehalt des Art. 659 Abs. 2 ZGB, wonach es den Kantonen freisteht, solches Gebiet den Anstössern zu überlassen, keinen Gebrauch gemacht⁵⁵⁷. Somit bleibt es im Kanton St. Gallen bei der bundesrechtlichen Regelung, bei welcher der Kanton selbst Eigentümer wird. Der Kanton kann aber trotz fehlender Regelungen einem Privaten die Gewinnung von zusätzlichem seeanstossendem Land durch eine Neu- oder Wiederauffüllung von Küstengewässern gestatten und ihm das Land überlassen⁵⁵⁸.

5. Aneignung herrenlosen Landes

Gemäss Art. 664 Abs. 3 ZGB stellt das kantonale Recht "über die Aneignung des herrenlosen⁵⁵⁹ Landes ... die erforderlichen Bestimmungen auf". Der Kanton St. Gallen hat von diesem Vorbehalt keinen Gebrauch gemacht. Das Fehlen von derartigen Bestimmungen führt dazu, dass die Aneignung generell ausgeschlossen wird. Denn Art. 664 Abs. 2 ZGB enthält zunächst eine Vermutung zugunsten des Staatseigentums und Abs. 3 wäre sinnwidrig, wenn die freie Aneignung grund-

(174)

⁵⁵⁷ Vgl. die Darlegung der verschiedenen Regelungen bei Jagmetti 298f.

⁵⁵⁸ Das gewonnene Land kann der Kanton dem Privaten vermieten bzw. verpachten oder im Baurecht überlassen, vgl. GVP 1959 Nr. 58. Das neugewonnene Land sollte m.E. jedoch nur in Ausnahmefällen an den Privaten verkauft werden.

⁵⁵⁹ "Herrenlos" ist dabei nicht als herrenlos im Sinne von Art. 658 Abs. 1 ZGB zu lesen, vgl. S. 166f. Diesem Missverständnis ist aber der baselstädtische Gesetzgeber m.E. erlegen, als er in § 155 EGzZGB BS ("Aneignung derelinquirter Grundstücke, ZGB 658") festlegte, dass die nach Grundbuchausweis herrenlosen Grundstücke in das Kantonseigentum fallen. Art. 658 Abs. 2 ZGB bezieht sich nur auf Grundstücke, die nach Bundesrecht wegen ihrer Natur nicht in das Grundbuch eingetragen werden müssen (Art. 944 i.V.m. Art. 664 Abs. 3 ZGB); solche Grundstücke dürfte es aber auf dem baselstädtischen Kantonsgebiet kaum geben! Vgl. Meier-Hayoz, N. 17 zu Art. 658 ZGB. Friedrich 742 nimmt sich der Frage nicht an.

sätzlich zugelassen wäre⁵⁶⁰.

Fehlen besondere Vorschriften über die Aneignung, so können die Kantone immer noch über die Zulässigkeit der Aneignung von Fall zu Fall entscheiden⁵⁶¹. Hängt freilich die Zulässigkeit des Eigentumserwerbs von einem staatlichen Hoheitsakt ab, so liegt keine eigentliche Aneignung mehr vor, als vielmehr eine *Sondernutzungskonzession*⁵⁶². Dieser Weg wäre zu beschreiten, wenn etwa der Schweizerische Alpenclub (SAC) im Gebirge auf "herrenlosem" Land eine Clubhütte errichten möchte.

Nach überwiegender Auffassung der Lehre⁵⁶³ können herrenlose und öffentliche Sachen gemäss Art. 664 Abs. 1 ZGB überhaupt nicht *ersessen* werden. Bei beiden wird die Möglichkeit des unangefochtenen Besitzes (Art. 662 Abs. 1 ZGB) durch die Widmung der öffentlichen Sachen bzw. die gesetzliche Vermutung des Abs. 2 für herrenlose Sachen ausgeschlossen.

6. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen

a) Art. 702 ZGB

Art. 702 ZGB enthält einen unechten Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechtes⁵⁶⁴. Art. 117 EGzZGB verweist diesbezüglich auf die umfangreiche Gesetzgebung, insbesondere das Baugesetz. Das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch enthielt früher selbst zahlreiche Eigentumsbeschränkungen. Es (175)

⁵⁶⁰ Vgl. Meier-Hayoz, N. 142f und N. 208 zu Art. 664 ZGB; Jagmetti 298.

⁵⁶¹ Entscheide zu Art. 664 Abs. 3 ZGB sind äusserst selten, vgl. aber den interessanten Walliser Entscheid über die Zulassung der Aneignung einer riesigen "Gletscher-Parzelle" im Oberwallis: Journal des Tribunaux 1937 I 517ff.

⁵⁶² Vgl. Meier-Hayoz, N. 141, N. 208-212 zu Art. 664 ZGB.

⁵⁶³ Vgl. Meier-Hayoz, N. 145 zu Art. 664 ZGB m.w.H.

⁵⁶⁴ Vgl. z.B. Liver, Eigentum 243, 249 und vgl. S. 36.

enthielt rudimentäre Bauvorschriften, die durch das Baugesetz abgelöst wurden⁵⁶⁵. Einige Bestimmungen, die nicht in einem andern besonderen öffentlichrechtlichen Gesetz untergebracht werden konnten, sind im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch übriggeblieben, nämlich Vorschriften über die Offenhaltung von Skigelände⁵⁶⁶, die Setzung öffentlicher Vermessungszeichen⁵⁶⁷, die Verhinderung der Güterzerstückelung⁵⁶⁸ und der Schutz von Naturkörpern und Altertümern⁵⁶⁹.

b) Nachbarrecht zwischen privatem Grundeigentum und öffentlichen Sachen

Das Strassengesetz regelt nicht nur die Benutzung der öffentlichen Sache "Strasse", sondern es gestaltet auch die Pflichten der an die Strasse anstossenden Grundeigentümer. Die strassenpolizeilichen Bestimmungen der Art. 100ff StrG stellen öffentlichrechtliche Schranken des Privateigentums auf. So gelten nicht etwa die privatrechtlichen Abstandsvorschriften der Art. 97 und 98 EGzZGB⁵⁷⁰, sondern die öffentlichrechtlichen Abstandsvorschriften der Art. 104-106 StrG. Das entsprechende gilt auch für die Nachbarschaft zu einem Wald und zu einem Gewässer⁵⁷¹. (176)

⁵⁶⁵ Vgl. Art. 136 lit. c BauG.

⁵⁶⁶ Art. 117quater-117sexies EGzZGB und dazu GVP 1969 Nr. 81.

⁵⁶⁷ Art. 118-120 EGzZGB.

⁵⁶⁸ Art. 121 und 122 EGzZGB und dazu VP I Nr. 248, GVP 1957 Nr. 90, GVP 1961 Nr. 78. Siehe für Waldgrundstücke die besondere Bestimmung des Art. 25 FoG.

⁵⁶⁹ Art. 124bis und 124ter EGzZGB über den Naturschutz und dazu die Verordnung betreffend den Schutz von Naturkörpern und Altertümern vom 21.3.1933, sGS 271.51 und die Verordnung über das Strahlen vom 27.6.1971, sGS 271.52; Art. 148 EGzZGB verweist für öffentliche Werke (z.B. Meliorationen) auf die entsprechende Spezialgesetzgebung.

⁵⁷⁰ Vgl. Germann, N. 1 zu Art. 104 StrG; GVP 1977 Nr. 55 je zu den baurechtlichen Grenzabstandsvorschriften; selbstverständlich sind hier die kantonalprivatrechtlichen Abstandsvorschriften ebenfalls nicht anwendbar, auch dann, wenn die Strasse einem Privaten gehört.

⁵⁷¹ Vgl. S. 206.

c) *Betreten von Wald und Weide*

Gemäss Art. 699 Abs. 1 ZGB ist das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wildwachsender Beeren, Pilze und dergleichen im ortsüblichen Umfang jederman gestattet, soweit nicht im Interesse der Kulturen einzelne Verbote erlassen werden. Art. 14 WaG, eine öffentlichrechtliche Norm, lautet ähnlich. Die Doppelnorm⁵⁷² des Art. 699 Abs. 1 ZGB enthält zwar keinen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechtes. Art. 48 EVzZGB normiert aber den Ortsgebrauch⁵⁷³. Art. 48 Abs. 2 und 3 EVzZGB untersagen das gewerbsmässige Ausgraben von Wurzeln ohne Bewilligung des Grundstückbewirtschafters und den Gebrauch eines "Strähls" zum Beerensammeln⁵⁷⁴. Im übrigen verweist Art. 48 Abs. 1 EVzZGB auf die ohnehin bestehende Möglichkeit des administrativen Besitzschutzes⁵⁷⁵.

d) *Anmerkung öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen*

Nach Art. 962 ZGB können die Kantone vorschreiben, "dass öffentlichrechtliche Beschränkungen, wie Baulinien und dergleichen, im Grundbuch anzumerken sind". Das öffentliche Recht des Bundes⁵⁷⁶ und des Kantons St. Gallen kennt zahllose Gesetzesbestimmungen, welche die Anmerkung öffentlichrechtlicher Rechtsverhältnisse verlangen. Es kann hier nicht darum gehen, eine vollständige
(177)

⁵⁷² BGE 96 I 98; 105 Ib 274; 106 Ia 86 E. 3a; 106 Ib 49; 109 Ia 78: "Das Bundesgericht hat diese Bestimmung als sogenannte Doppelnorm mit zugleich privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Inhalt qualifiziert. Danach regelt Art. 699 Abs. 1 ZGB als privatrechtliche Eigentumsbeschränkung die Beziehungen zwischen dem Eigentümer und Spaziergängern, Beeren- und Pilzsammlern. Aufgrund des öffentlichrechtlichen Inhalts dieser Bestimmung sind die Behörden ermächtigt, von Amtes wegen über den freien Zutritt zu Wald und Weide und über die freie Aneignung von Beeren und Pilzen zu wachen."

⁵⁷³ Vgl. S. 42 Anm. 2.

⁵⁷⁴ Vgl. dazu auch VP I Nr. 317, VP II Nr. 499 und dazu Tromp, Nachbarrecht 36f.

⁵⁷⁵ Vgl. Art. 5 i.V.m. Art. 173bis EGzZGB; vgl. S. 216ff.

⁵⁷⁶ Vgl. Scherrer, Anmerkungen 213ff.

Liste wiederzugeben⁵⁷⁷.

In aller Regel werden Eigentumsbeschränkungen, die unmittelbar gestützt auf das öffentliche Recht erfolgen, nicht angemerkt. Beispielsweise werden die Nutzungsbeschränkungen, die sich aus den Bau- und Planungsvorschriften sowie den kommunalen Zonenplänen ergeben, nicht angemerkt. Auch etwa die unmittelbar gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen wie das Zerstückelungsverbot (Art. 121 und 122 EGzZGB), werden nicht angemerkt. Vielmehr sorgt hier eine ordentliche Gesetzespublikation für eine genügende Information der Betroffenen.

Viele Eigentumsbeschränkungen ergeben sich jedoch nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern erst gestützt auf eine Verfügung. Diese Beschränkungen werden nun häufig im Grundbuch angemerkt. Diese Anmerkung dient einer zusätzlichen Information der Betroffenen. Die entsprechenden Vorschriften finden sich in Art. 167 Abs. 3 EGzZGB, in Art. 108-111 EVzZGB sowie äusserst umfangreich in der Spezialgesetzgebung⁵⁷⁸. Im folgenden soll lediglich die von Art. 167 Abs. 3 EGzZGB verlangte Anmerkung der *Perimeterpflichten* beispielhaft dargelegt werden.

Perimeterpflichten bezeichnen die abstrakte Beitragspflicht an ein öffentliches Unternehmen (etwa für den Bau und Unterhalt von Strassen⁵⁷⁹) infolge der Lage eines Grundstücks innerhalb des beitragspflichtigen Gebiets. Sie sind von den betragsmässig bestimmten Beitragsforderungen, für die ein gesetzliches Grundpfandrecht besteht, zu unterscheiden. Die Anmerkung von Perimeterpflichten oder von andern öffentlichrechtlichen Beschränkungen hat nicht konstitutive, sondern lediglich *deklaratorische Wirkung*⁵⁸⁰. Art. 167 Abs. 3 EGzZGB ist lediglich eine (178)

⁵⁷⁷ Vgl. Scherrer, Anmerkungen 225ff.

⁵⁷⁸ Vgl. z.B. aus dem Baurecht Art. 20 Abs. 4, Art. 24 Abs. 2, Art. 62, Art. 63, Art. 77ter Abs. 2, Art. 99 Abs. 1 BauG; siehe dazu Scherrer, Anmerkungen 240ff.

⁵⁷⁹ Vgl. Art. 56 und 77 StrG.

⁵⁸⁰ Vgl. GVP 1951 Nr. 105; BGE 111 Ia 183; Meier-Hayoz, N. 81f zu Art. 680.

Ordnungsvorschrift⁵⁸¹. Eine konstitutive Anmerkung wäre mit ihrem informativem Wesen nicht vereinbar und zudem würde eine konstitutive Anmerkung die materielle Rechtskraft der Verfügung beeinträchtigen. Nach Art. 110 EVzZGB können Perimeterpflichten von den zuständigen Verwaltungsbehörden zur Anmerkung angemeldet werden, sobald das Grundstück innerhalb des vom rechtskräftigen Beitragsplan umgrenzten Gebiets liegt⁵⁸², auch wenn der konkrete Beitrag noch unbestimmt ist.

Von der Anmerkung öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen ist die Anmerkung aufgehobener Rechte gemäss Art. 45 Abs. 1 SchlT zu unterscheiden. Letztere betrifft ein rein übergangsrechtliches Problem und informiert über fortbestehende, altrechtliche dingliche Rechte⁵⁸³.

III. Nachbarrecht

1. Pflicht zur Einfriedigung

Gestützt auf den stillschweigenden Vorbehalt des Art. 670 ZGB sind die Kantone befugt, generell die Eigentumsverhältnisse an Abgrenzungsvorrichtungen zu regeln⁵⁸⁴. Ausserdem hat nach Art. 697 Abs. 1 ZGB der Eigentümer die Kosten der (179)

⁵⁸¹ KGE 1936 Nr. 7; GVP 1951 Nr. 105; vgl. VP III Nr. 461. Germann, N. 13 zu Art. 79 StrG.

⁵⁸² Vgl. Germann N. 12 zu Art. 79 StrG, vgl. auch GVP 1987 Nr. 47.

⁵⁸³ Vgl. S. 241.

⁵⁸⁴ Jagmetti 302; Friedrich 748; Meier-Hayoz N. 5f zu Art. 670 ZGB. Dagegen werden die Regelungen betreffend die Frage, ob eine Vorrichtung auf oder nahe an der Grundstücksgrenze gesetzt werden darf, von den ausdrücklichen Vorbehalten der Art. 686 und 688 ZGB gedeckt. Nach Meier-Hayoz N. 96 zu Art. 685/686 ZGB ist ein ausdrücklicher Vorbehalt, wie ihn noch die Vorentwürfe zum ZGB enthielten, überflüssig. Denn "angesichts der umfassenden Delegation der Gesetzgebungskompetenz im privaten Baurecht an die Kantone (gemeint ist Art. 686 ZGB A.K.) konnte dieser spezielle Vorbehalt als überflüssig angesehen werden, ohne dass in der angestrebten Rechtslage etwas geändert worden wäre."

Einfriedigung seines Grundstücks zu tragen. In bezug auf die Pflicht und Art der Einfriedigung behält Art. 697 Abs. 2 ZGB das kantonale Recht vor. Das Recht des Eigentümers, sein Grundstück einzufriedigen, ergibt sich schon aus Art. 641 ZGB, soweit nicht Art. 699 Abs. 1 ZGB, Art. 14 WaG und kantonale Vorschriften Schranken setzen.

Das st. gallische Recht statuiert keine allgemeine Pflicht zur Einfriedigung⁵⁸⁵. Dagegen kann dort, wo auf aneinander grenzenden Grundstücken ein beidseitiger Weidebetrieb stattfindet, jeder Anstösser die Einfriedigung auf Kosten beider Teile verlangen, soweit eine solche noch nicht stattgefunden hat (Art. 114 Abs. 1 und 2 EGzZGB)⁵⁸⁶. Dies gilt auch für Grundstücke, die nur im Frühjahr und im Herbst zur Weide benutzt werden⁵⁸⁷.

Die Einfriedigung wird auf die Grenze gesetzt, wenn die beiden Anstösser keine andere Vereinbarung treffen (Art. 114 Abs. 2 EGzZGB)⁵⁸⁸. Nach Art. 114 Abs. 3 EGzZGB hat jeder Anstösser eine entsprechende Strecke der Einfriedigung zu erstellen und zu unterhalten. Das st. gallische Recht ändert an der Miteigentumsvermutung des Art. 670 ZGB nichts. Die Grenzabstände des Art. 97 EGzZGB gelten nicht für die Einfriedigungen gemäss Art. 114 EGzZGB; denn diese Einfriedigungen sollen den beidseitigen Weidebetrieb abgrenzen. Sie stehen im Miteigentum der beiden Grundeigentümer und befinden sich in der Regel auf der Grenze; ein Grenzabstand wäre überflüssig.

Die beiden Weideeigentümer können sich auf eine herkömmliche tote Einfriedigung verständigen; es ist ihnen auch freigestellt, gemeinsam einen Lebhag (180)

⁵⁸⁵ Anders dagegen die weitergehende Hagpflicht der Art. 148-153 EGzZGB AR; ARGVP 1988 Nr. 3015 über das Laufenlassen von Tieren auf fremden Grund wurde allein über das Bundesprivatrecht abgehandelt.

⁵⁸⁶ VP III Nr. 538.

⁵⁸⁷ VP III Nr. 539.

⁵⁸⁸ Vgl. auch Art. 114 Abs. 4 EGzZGB (keine Einfriedigungspflicht für durch Wege getrennte Weidegrundstücke).

zu pflanzen. Der entsprechende Grenzabstand (Art. 98 Abs. 1 EGzZGB) würde bei dieser Sachlage ebenfalls nicht gelten.

2. Grenzabstände bei Grabungen und Einfriedigungen

Der echte Vorbehalt des Art. 686 Abs. 1 ZGB gestattet den Kantonen, die Abstände festzusetzen, die bei Grabungen und Bauten zu beobachten sind. Der Kanton St. Gallen hat von dieser Befugnis teilweise Gebrauch gemacht, indem die Art. 96 und 97 EGzZGB⁵⁸⁹ die Abstände von Grabungen bzw. toten Einfriedigungen zur Grundstücksgrenze regeln.

Unter den Begriff "*Einfriedigung*" oder "Einfriedung" fallen alle Vorrichtungen, die den Zutritt zu einem Grundstück an der Grenze verwehren; sie schliessen es nach aussen ab. Selbstverständlich dürfen solche "Einfriedigungen" auch andern Zwecken dienen, sofern sich diese nicht nachteiliger auf das Nachbargrundstück auswirken. Beispielsweise darf eine Grenzmauer auch der Erhöhung des dahinter liegenden Terrains dienen, indem der Boden aufgeschüttet wird⁵⁹⁰. Als Einfriedigungen können Mauern, Bretterwände, Drahtverhaue und Zäune aus irgendeinem Material (Holzpfähle, Bretter, Eisendraht, Eisenstangen usw.) dienen. Auch die *Grabungen* wollen den Zutritt zu einem Grundstück beschränken; freilich werden bloss vorübergehende Grabungen (etwa zur Verlegung einer Leitung) von Art. 96 EGzZGB nicht erfasst.

Die Art. 96 und 97 EGzZGB legen die Grenzabstände wie folgt fest:

1. Die von den Art. 96 und 97 EGzZGB festgelegten minimalen Grenzabstände müssen auch dann eingehalten werden, wenn die Interessen des Nachbarn nicht (181)

⁵⁸⁹ Die Art. 96 und 97 EGzZGB waren aus dem alten, st. gallischen Zivilrecht nahezu unverändert übernommen worden: Art. 96 EGzZGB entspricht Art. 12 Abs. 2 lit. i bzw. Art. 97 EGzZGB entspricht Art. 12 Abs. 2 lit. h des Gesetzes über Grenzverhältnisse, Dienstbarkeiten, Zugrecht und Verlehnung vom 22.8.1850, Text: aGS IV 136 oder Jaeger 125ff.

⁵⁹⁰ Vgl. KGE 1887 Nr. 6, vgl. aber zur Messweise beim aufgeschütteten Terrain S. 199f.

gefährdet sind. Wird aber umgekehrt etwa bei einer Grube der minimale Grenzabstand eingehalten und rutscht der Nachbarboden ab, so ist der Bauende dennoch haftpflichtig⁵⁹¹. Er hat Art. 685 Abs. 1 ZGB verletzt und der geschädigte Nachbar kann die von Art. 679 ZGB vorgesehenen Klagen anheben⁵⁹².

2. Friedgräben (kleine Grenzgräben von höchstens 45 cm Tiefe), gemauerte Gruben jeglicher Art, Bretterwände bis 1,80 m Höhe, tote Häge von beliebiger Höhe oder Mauern von höchstens 45 cm Höhe können bis an die Grenze reichen. Diese Abgrenzungsvorrichtungen werden unter normalen Umständen weder das Erdreich des Nachbarn abrutschen lassen, noch die Bewirtschaftung des Nachbargrundstücks behindern⁵⁹³.

3. Gräben von mehr als 45 cm Tiefe sind in einer Entfernung anzubringen, welche wenigstens dem Drittel der Tiefe gleichkommt und mindestens dreissig Zentimeter beträgt. Nach der gesetzlichen Regelung gelten also folgende Abstände⁵⁹⁴:

<i>Grabentiefe:</i>	<i>minimaler Grenzabstand:</i>
0-45 cm	0 cm
46-90 cm	30 cm
über 90	1/3 der jeweiligen Grabentiefe
z.B. 120 cm	40 cm
z.B. 210 cm	70 cm

4. Mauern, die 0,45 bis 1,80 m hoch sind, müssen mindestens 9 cm⁵⁹⁵ von der (182)

⁵⁹¹ Tromp, Nachbarrecht 7.

⁵⁹² Vgl. S. 203.

⁵⁹³ Tromp, Nachbarrecht 7.

⁵⁹⁴ Die Angaben von Tromp, Nachbarrecht 7 sind nicht ganz korrekt.

⁵⁹⁵ Diese merkwürdig ungerade Zahl ergibt sich aus den alten, im letzten Jahrhundert im Kanton St. Gallen verwendeten Massen: das alte st. gallische Privatrecht sah einen Abstand von drei Zoll vor. Ein Zoll entspricht 3 cm, vgl. GS 4, 139 und Jäger 131 Anm. 2.

Grenze entfernt angebracht werden.

5. "Tote Häge" - dies sei hier hausgestellt - dürfen bis an die Grenze reichen und von beliebiger Höhe sein. Sie dürfen aber ihrer Wirkung nach nicht einer Mauer oder einer Bretterwand gleichkommen. Denn sonst müsste für solche "Quasi-Bretterwände" (z.B. für eine Kunststoffwand) sicher die Maximalhöhe von 1,80 m gelten. Damit kann also etwa ein Eigentümer eines Sportplatzes einen 5 m hohen Zaun mit Maschendraht bis an die Grenze setzen, wenn dadurch die Bewirtschaftung des andern Grundstückes nicht behindert wird. In solchen Fällen empfiehlt sich die Einhaltung eines freiwilligen, kleinen Abstandes aber gewiss.

Der durch Art. 96 und 97 EGzZGB festgelegte privatrechtliche Grenzabstand wird hingegen nicht durch den Grenzabstand des Art. 56 BauG beeinträchtigt⁵⁹⁶. Denn Art. 56 BauG gilt nur von einem *Gebäude* zu einer Grenze, nicht aber von einer Anlage (z.B. Strassen, Einfriedungen, Gruben) oder Anpflanzungen⁵⁹⁷ zu einer Grenze.

3. Privatrechtliches Baurecht

Art. 686 ZGB enthält eine umfassende Kompetenz der Kantone, das privatrechtliche Baurecht zu regeln, währenddem der Art. 702 ZGB lediglich einen unechten Vorbehalt für das öffentliche Baurecht der Kantone darstellt. Das Bundesprivatrecht verpflichtet in Art. 685 Abs. 1 ZGB den bauenden Grundeigentümer lediglich, bei Grabungen und Bauten die nachbarlichen Grundstücke nicht zu schädigen. Im übrigen wären die Kantone befugt, privatrechtliches Baurecht zu setzen.

Der Kanton St. Gallen hat privatrechtliches Baurecht - wie eben dargestellt - in bezug auf die Grenzabstände von Grabungen und Einfriedungen erlassen; weitere (183)

⁵⁹⁶ Anders die Rechtslage in Basel-Stadt, wo das öffentliche Baurecht die privatrechtlichen Grenzabstände obsolet macht: Friedrich 747f.

⁵⁹⁷ Vgl. GVP 1982 Nr. 56.

privatrechtliche Bauvorschriften bestehen im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch jedoch nicht mehr. Das Baugesetz hat nämlich die privatrechtlichen Bauabstandsvorschriften des Art. 99 EGzZGB aufgehoben⁵⁹⁸. Dies könnte allerdings zum Schluss führen, dass die Grenzabstandsvorschriften des Art. 56 BauG privatrechtliche und zugleich öffentlichrechtliche Normen darstellen. Die Rechtsprechung des Regierungsrates hat indessen den rein öffentlichrechtlichen Charakter der Grenzabstandsvorschriften (Art. 56 BauG) herausgestellt⁵⁹⁹. Auch die schriftliche Verpflichtungserklärung gemäss Art. 56 Abs. 2 BauG macht Art. 56 BauG nicht zu einer privatrechtlichen Norm, denn sie ist nur die formale Voraussetzung, dass die öffentlichrechtliche Abstandsvorschrift unterschritten werden darf.

4. Recht der halben Hofstatt

Die Vorschriften über die gemeinsame Benützung einer an oder auf der Grenze stehenden Gebäudemauer bezwecken die volle bauliche Ausnutzung des Bodens bis an die Grenze. Zugleich wird erreicht, dass die vorgeschriebenen dicken Brandmauern (Mittelmauern, Scheidemauern) nur einmal erstellt werden müssen, aber beiden Nachbarn zugute kommen. Art. 101 EGzZGB macht vom erwähnten⁶⁰⁰ (184)

⁵⁹⁸ Art. 136 lit. a BauG. Demgegenüber kennt Appenzell A.Rh. in den Art. 99ff EGzZGB AR ein ausführliches, privatrechtliches Baurecht, das durch die öffentlichrechtlichen Bauvorschriften auch nicht obsolet geworden ist, vgl. ARGVP 1989 Nr. 3129; ARVP XV Nr. 341.

⁵⁹⁹ Vgl. Kaufmann Remigius, Materielles Baupolizeirecht, in: Das neue st. gallische Baugesetz, herausgegeben vom Schweizerischen Institut für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, St. Gallen 1973, S. 132; Botschaft des Regierungsrates zu einem Nachtragsgesetz zum Baugesetz vom 9.9.1980, ABI 1980 1414; Zemp, Kom. zu Art. 56 BauG, S. 58f; Heer Balthasar, Materielles Baupolizeirecht II und Baubewilligungsverfahren, in: Das Nachtragsgesetz zum st. gallischen Baugesetz, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, neue Reihe, Band 20, St. Gallen 1983, S. 176f. Gemischtrechtliche Normen sind allerdings möglich: vgl. BGE 90 I 206; Kuttler Alfred, Zur Problematik der gemischt-rechtlichen Normen im Baurecht, in: ZBl 1966 265ff.

⁶⁰⁰ Vgl. S. 179.

Vorbehalt des Art. 670 ZGB Gebrauch, indem er das *Recht der halben Hofstatt*⁶⁰¹ vorsieht. Danach kann der Erstbauende seine Brandmauer auf die Grenzlinie setzen, d.h. er kann sie je hälftig auf jedem der beiden Grundstücke bauen, ohne dass der beanspruchte Nachbar dafür eine Entschädigung fordern kann. Die Brandmauer muss aber senkrecht über die Grenzlinie errichtet werden; eine Überbau-Brandmauer wäre nicht zulässig. Sie muss ferner mindestens 2,50 m unter die Niveaulinie der Strasse oder, wo das Terrain höher liegt als diese, unter die verglichene Terrainhöhe der Grenzlinie reichen. Die letztere Vorschrift sichert eine genügende Tiefe der Brandmauer im Erdreich und soll dem zweitbauenden Nachbarn einen zweckmässigen Anbau an die Brandmauer ermöglichen. Art. 101 Abs. 2 EGzZGB gestattet nämlich dem zweitbauenden Nachbarn den Anbau an die Brandmauer, sofern er dem Erstbauenden die Hälfte der Erstellungskosten der Mauer ersetzt (sog. Einkaufssumme). Damit geht die Mauer in das Miteigentum der beiden Anstösser über. Art. 101 Abs. 3 EGzZGB regelt noch den Sonderfall, dass die bereits bestehende Scheidewand den bau- und feuerpolizeilichen Vorschriften nicht genügt. In diesem Fall hat der Ersteller der Brandmauer auch die Kosten für die allfälligen Anpassungsarbeiten zu übernehmen. Die Einkaufspflicht des zweitbauenden Nachbarn entsteht mit dem Zeitpunkt, "in welchem er zu einem Neubau oder wesentlichen Umbau seines Hauses schreitet" (Art. 101 Abs. 4 EGzZGB). Die Forderung ist durch ein unmittelbar gesetzliches Pfandrecht gedeckt (Art. 101 Abs. 5 und Art. 167 Abs. 2 Ziff. 2 EGzZGB)⁶⁰². Bevor die Brandmauer vom Nachbarn benutzt wird, gehört sie dem erstbauenden Grundeigentümer alleine, obwohl sie auf das Nachbargrundstück hineinragt. Damit wird das Akzessionsprinzip teilweise durchbrochen. Diese Rechtslage braucht im Grundbuch nicht verzeichnet zu werden; sie besteht schon von Gesetzes wegen. Benützt der zweitbauende Nachbar die Mauer nur teilweise oder für andere Zwecke, als für einen Anbau, so dürfte - obwohl gesetzliche Regelungen fehlen - eine allenfalls herabgesetzte Einkaufssumme fällig werden⁶⁰³. Denn es wäre (185)

⁶⁰¹ Vgl. § 162 Abs. 1 EGzZGB BS und dazu Friedrich 748; Jagmetti 305; Meier-Hayoz, N. 96ff zu Art. 685/686 ZGB.

⁶⁰² Vgl. S. 225f.

⁶⁰³ Vgl. § 162 Abs. 1 letzter Satz EGzZGB BS und Friedrich 750.

stossend, wenn der zweitbauende Eigentümer ohne angemessene Kostenbeteiligung einen wirtschaftlichen Nutzen aus der Mauer ziehen könnte.

Art. 101 EGzZGB ist selbstverständlich auf Gebiete mit geschlossener oder halbgeschlossener Bauweise beschränkt, so etwa auf die Dorfkerne, Städte sowie auf Doppel- oder Reihenhäuser. Eine derartige Bauweise ermöglichen freilich erst die besonderen Vorschriften von Baureglement und Zonenplan.

5. Lebhäge, Bäume und Sträucher

a) Allgemeines

Art. 688 ZGB gestattet den Kantonen für Anpflanzungen je nach der Art des Grundstücks und der Pflanzen bestimmte Abstände vom nachbarlichen Grundstück vorzuschreiben. Über diesen Gesetzeswortlaut hinaus sind die Kantone ferner befugt, die Höhen von Anpflanzungen zu begrenzen, welche sich innerhalb der vorgeschriebenen Grenzabstände befinden. Der Kanton St. Gallen hat von dieser Befugnis in Art. 98 EGzZGB⁶⁰⁴ Gebrauch gemacht. Die Grenzabstandsvorschriften des Art. 98 EGzZGB haben in der Praxis eine erhebliche Bedeutung, so dass hier eine einlässliche Darstellung der Rechtsprechung und der sich stellenden Probleme angebracht ist. Art. 98 EGzZGB entspricht weitgehend den Regelungen des alten st. gallischen Zivilrechtes wie es bis Ende 1911 in Kraft war⁶⁰⁵. Art. 98 EGzZGB lautet:

¹Lebhäge sollen wenigstens fünfundvierzig Zentimeter von der Grenzlinie angepflanzt und alljährlich gestutzt werden; sie dürfen nicht mehr als die Höhe von einem Meter und zwanzig Zentimeter erreichen.

²Wildlinge dürfen bei Rebgeländen nur auf wenigstens neun Meter, anderwärts nur auf wenigstens sechs Meter Entfernung von der (186)

⁶⁰⁴ Siehe für Appenzell A.Rh. den ähnlichen Art. 140 EGzZGB AR, der z.T. dieselben Abstände festlegt.

⁶⁰⁵ Vgl. S. 202 Anm. 1.

Grenzlinie belassen oder bepflanzt werden.

³Zierbäume und Gesträuche in Gärten und Parkanlagen sowie Zwergobstbäume, letztere ohne Rücksicht auf die Kulturart ihres Standortes, sind, wenn sie näher als einen Meter und fünfzig Zentimeter von der Grenzlinie gepflanzt werden, auf die Höhe von zwei Meter und vierzig Zentimeter zu beschränken.

⁴Hochstämmige Bäume, die nicht zu den Obstbäumen gehören, sowie Nussbäume sind in einer Entfernung von sechs Meter, hochstämmige Obstbäume in einer Entfernung von vier Meter und fünfzig Zentimeter, Obstbaum-Halbhochstämme in einer Entfernung von drei Meter von der Grenze zu pflanzen. Besteht das angrenzende Land aus Reben, so soll der Grenzabstand für hochstämmige Bäume, die nicht Obstbäume sind, sowie für Nussbäume neun Meter, für hochstämmige Obstbäume sechs Meter, für Obstbaum-Halbhochstämme vier Meter betragen.

⁵Wenn ein Waldbestand geschlagen wird, dessen Bäume weniger als sechs Meter oder, falls das angrenzende Land aus Reben besteht, weniger als neun Meter von der Grenze entfernt sind, so kann die betreffende Fläche innert fünf Jahren in den früheren Abständen wieder aufgeforstet werden.

Die Abstandsvorschriften wollen verhindern, dass sich die Bäume und Sträucher mit ihren Ästen und Wurzeln ins Nachbargrundstück ausdehnen und ihm Nährstoffe und Feuchtigkeit entziehen. Ausserdem sollen sie - selbst wenn die Äste nicht über die Grenze ragen - nicht übermässig Schatten werfen und die Aussicht beeinträchtigen⁶⁰⁶. Die einzuhaltenden Abstände sind von der Höhe und der Art der Pflanzen sowie von der Bewirtschaftung der Grundstücke abhängig.

Die Abstandsvorschriften gelten für Gewächse, die der Eigentümer selbst angepflanzt hat oder die von selbst gewachsen sind⁶⁰⁷. Zwar sprechen die einzelnen Absätze von Art. 98 EGzZGB von "pflanzen"⁶⁰⁸; doch würde der Sinn der Abstandsbestimmungen völlig verkehrt, wenn sie nicht auch für wild an der Grenze wachsende Pflanzen gelten würden. Denn der Grundeigentümer lässt ihr (187)

⁶⁰⁶ GVP 1967 Nr. 28, S. 88; Kley-Struller, Bäume 254; vgl. Meier-Hayoz, N. 61 zu Art. 687/688 ZGB; Lindenmann, Bäume 36 Anm. 101 m.w.H.; Waldis, Nachbarrecht 128.

⁶⁰⁷ Kley-Struller, Bäume 254; Lindenmann, Bäume 54. Ausdrücklich in diesem Sinne Art. 140 Abs. 1 EGzZGB AR.

⁶⁰⁸ Immerhin nennt Art. 98 Abs. 2 EGzZGB den richtigen Ausdruck "belassen".

Wachsen zumindest passiv zu; er überschreitet ebenfalls sein Eigentumsrecht, wenn diese Pflanzen die Abstandsvorschriften verletzen.

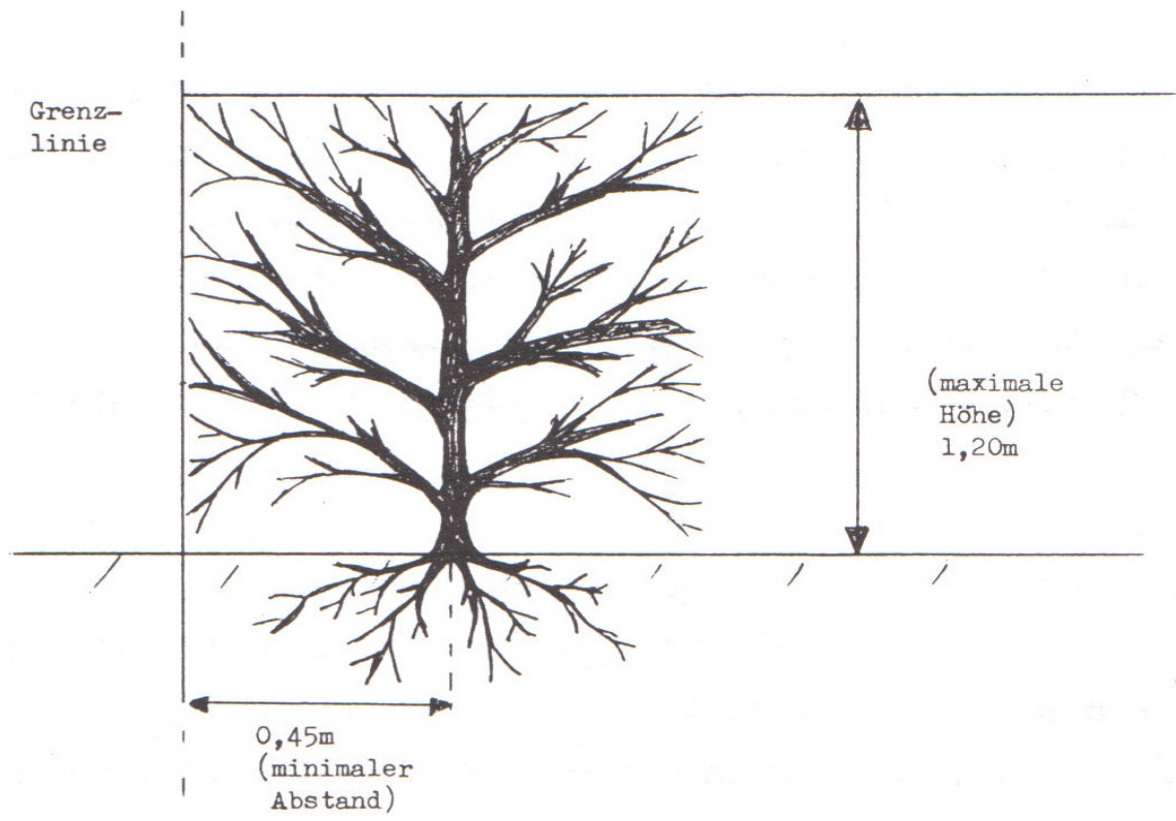
b) Lebhäge

Lebhäge (auch als Grünhecken bezeichnet, z.B. die häufig gesetzte Thuja⁶⁰⁹) dürfen nahe an die Grenze gesetzt werden. Im Unterschied zu toten Hägen ist jedoch ein Abstand von 45 cm von der Grenze einzuhalten und ihre Höhe darf 1,20 m nicht überragen. Der Umstand, dass vor der Anpflanzung eines Lebhages auch noch ein toter Hag (Drahtgeflecht) erstellt wurde, befreit nicht von der Einhaltung der für Lebhäge geltenden Vorschriften⁶¹⁰. Sie müssen alljährlich auf das gesetzliche Höchstmass zurückgeschnitten werden, so dass ihre Äste bei vorschriftgemässer Pflanzung nicht über die Grenze hinausreichen⁶¹¹:

⁶⁰⁹ Unveröffentlichter Entscheid des Appellationsrichters des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 18.4.1986, AR 5 /1986, S. 8.

⁶¹⁰ VP II Nr. 524. Vgl. auch Lindenmann, Bäume 45 m.w.H.

⁶¹¹ Kley-Struller, Bäume 254; Tromp, Nachbarrecht 8.



(188)

Der durch die Abstandsvorschrift geschützte Nachbar kann das Zurückstutzen zu jeder Jahreszeit verlangen, obwohl es im Interesse einer guten Pflege der Hecken angebracht wäre, das Zurückstutzen generell auf die Zeit der Saftruhe zu beschränken. Die Gerichtspraxis sollte daher dem verpflichteten Nachbarn, den Schnitt seiner Hecken nur noch in der Herbst- und Winterjahreszeit (15. Oktober bis 31. März) auferlegen⁶¹². Das jährliche Zurückstutzen ist bei einer derartigen Anlage der Hecke jedoch nur dann möglich, wenn der Hecken-eigentümer das nachbarliche Grundstück betreten darf⁶¹³. Art. 112 EGzZGB sieht dieses Recht jedoch nur für Bauten oder Anlagen, jedoch nicht für Pflanzen vor. Es muss hier von einer echten Lücke des Gesetzes gesprochen werden. Art. 112 EGzZGB enthält stillschweigend die Befugnis, den nachbarlichen Boden auch zum Schneiden der Lebhäge zu betreten. Dies darf jedoch nur zu Zeiten geschehen, wo möglichst wenig Schaden angerichtet wird. Der strafrechtliche Tatbestand des Hausfriedensbruchs (Art. 186 StGB) ist zwar erfüllt; das kantonale Recht stellt aber einen Rechtfertigungsgrund dar. Die Abgrenzung zwischen Grünhecken und Sträuchern ist nicht ganz einfach. Entscheidend ist nicht allein die Pflanzenart, als vielmehr auch die Anordnung der einzelnen Pflanzen⁶¹⁴. Sträucher, die auf einer Linie in relativ engem Abstand gesetzt wurden und die die Funktion einer Hecke als Sichtschutz übernehmen können, gelten ohne weiteres als Hecken. Hingegen sind bloss vereinzelte Sträucher, die in loser und lockerer Folge gepflanzt wurden, weiterhin Sträucher im Sinne des Art. 98 Abs. 3 EGzZGB.

c) Zierbäume, Gesträuche und Zwergobstbäume

Aus der gesetzlichen Regelung über "Zierbäume" ergibt sich deutlich, dass der Gesetzgeber *zwei Arten von Zierbäumen* unterschied. Innerhalb des gesetzlichen (189)

⁶¹² Vgl. Müri, Baumschule 68; Kley-Struller, Bäume 254.

⁶¹³ Kley-Struller, Bäume 255; Lindenmann, Bäume 45.

⁶¹⁴ Lindenmann, Bäume 43; Waldis, Nachbarrecht 129; Kley-Struller, Bäume 255. Vgl. zu den Sträuchern S. 192.

Abstandes von 1,50 m dürfen Zierbäume eine Maximalhöhe von 2,40 m erreichen; es muss sich also um *kleine Bäume* handeln⁶¹⁵. Für Zierbäume, die mehr als 1,50 m von der Grenze entfernt sind, schreibt das Gesetz keine Maximalhöhe vor; hier handelt es sich um *grosse Zierbäume*⁶¹⁶.

Als kleine Zierbäume im Sinne von Art. 98 Abs. 3 EGzZGB gelten Bäume, *die von Natur aus klein bleiben* (d.h. eine Höhe unter 2,40 m erreichen) oder infolge ihres Alters *noch klein sind*. Bei den Bäumen, die artmässig sehr hoch wachsen, wie Birken, Tannen, Linden, Ahorn und Föhren hängt es von ihrer effektiven Grösse ab, ob sie als kleine Zierbäume im Sinne des Gesetzes zu gelten haben⁶¹⁷. Daher können *Jungbäume* jeder Gattung bis zu einer Höhe von 2,40 m sicherlich als kleine Zierbäume gelten, ältere und über 2,40 m hohe Bäume jedoch nicht mehr. Beispielsweise gehören 50 cm hohe Tännchen nachbarrechtlich und im Rahmen von Art. 98 EGzZGB nicht zu den hochstämmigen Bäumen, weshalb für sie auch der Grenzabstand von 6 m nicht verlangt werden kann⁶¹⁸.

Können Bäume, die höher als 2,40 m wachsen, durch den jährlichen Schnitt künstlich klein gehalten werden⁶¹⁹, so sind sie ebenfalls kleine Zierbäume im Sinne von Art. 98 Abs. 3 EGzZGB. Kann ein Baum aber auch durch eine fachgerechte Behandlung nicht klein gehalten werden, ohne dass er verstümmelt wird, so liegt kein "Zierbaum" gemäss Art. 98 Abs. 3 EGzZGB mehr vor⁶²⁰. Die gemeine Birke (*betula pendula*) kann beispielsweise nicht auf 2,40 m geschnitten werden; sie (190)

⁶¹⁵ Tromp, Nachbarrecht 9; Kley-Struller, Bäume 255.

⁶¹⁶ In den Regelungen anderer Kantone ist etwa bei Pappeln, Kastanienbäumen und Platanen als von grossen Zierbäumen die Rede, vgl. Lindenmann, Bäume 39.

⁶¹⁷ GVP 1967 Nr. 28, S. 88.

⁶¹⁸ GVP 1967 Nr. 28.

⁶¹⁹ Vgl. die Auflistung der zum Schnitt geeigneten Pflanzen im Pflanzen-Buch 270ff.

⁶²⁰ Nicht publiziertes Urteil des Zürcher Obergerichtes vom 4.1.1974, auszugsweise wiedergegeben bei Lindenmann, Bäume 38; Wild, Grenz-Verhältnisse 5; Kley-Struller, Bäume 255. Es kommt nicht allein auf die Gestalt eines Baumes an, "die ihm der menschliche Wille zuweist" (Tromp, Nachbarrecht 9, Waldis, Nachbarrecht 128), denn dieser menschliche Wille kann sich nur an Bäumen ausleben, die zum Schnitt geeignet sind.

würde verstümmelt⁶²¹. Art. 98 EGzZGB schützt auch die ästhetischen Interessen des Grundeigentümers; er muss sich die verstümmelten Bäume seines Nachbarn in unmittelbarer Grenznähe (d.h. bis 1,50 m) nicht ansehen. Diese Bäume sollen zur Zierde, nicht zum Ärgernis gereichen.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes und nach der kantonsgerichtlichen Rechtsprechung können grosse Zierbäume, die mehr als 1,50 m von der Grenze entfernt gepflanzt wurden, beliebig hoch wachsen: "Koniferen wie Thujen, Zypressen, Zuga, Balsamen usw., die in einem Park oder Garten aufgezogen werden⁶²² sind weder Wildlinge noch hochstämmige Bäume, sondern Zierbäume. Für solche hochwachsenden Koniferen ist daher nur ein minimaler Grenzabstand von 1 m 50 cm einzuhalten"⁶²³.

Es ist die Aufgabe der Rechtsprechung, den unbestimmten Rechtsbegriff des grossen Zierbaumes näher zu präzisieren und sinnvoll einzugrenzen⁶²⁴. Ein sehr weiter Zierbaum-Begriff würde die Abstandsvorschriften des Art. 98 Abs. 4 EGzZGB obsolet machen, was der Gesetzgeber selbstverständlich nicht beabsichtigt hat. Denn Abs. 4 sieht besondere Abstandsvorschriften für "hochstämmige Bäume, die nicht zu den Obstbäumen gehören" sowie für Obst- und Nussbäume vor. Die grossen Nicht-Zierbäume fallen also unter diese Vorschrift.

Entscheidend ist nun, welche Bäume als grosse Zierbäume gelten können. Das Gesetz spricht immerhin ausdrücklich von Zierbäumen ... in Gärten und Parkanlagen". Unter den Begriff des grossen Zierbaumes fallen die exotischen (191)

⁶²¹ Vgl. Bernatzky, Baumpflege 80f, der den "Stummelschnitt" überhaupt ablehnt.

⁶²² Und sehr hoch wachsen können, so etwa die Zeder, vgl. Pflanzen-Buch 231.

⁶²³ KGE 1931 Nr. 46; im gleichen Sinne Tromp, Nachbarrecht 9. Die Gesetzgebung und Rechtsprechung in den andern Kantonen unterscheidet grosse und kleine Zierbäume: vgl. Lindenmann, Bäume 41. Aus Art. 98 Abs. 3 EGzZGB ergibt sich zwanglos eben dieser Gedanke.

⁶²⁴ In der neueren publizierten und unpublizierten Rechtsprechung fehlen indessen Entscheide über grosse Zierbäume völlig; es hat fast den Anschein, dass die Kategorie der grossen Zierbäumen in Vergessenheit geraten ist, vgl. Kley-Struller, Bäume 255.

Bäume wie Blautanne, Tulpenbaum, Ginko, Zeder, Fichte, Blutbuche, Trauerweide, Birke, Linde, Kastanie, Ahorn, Föhre usw. Unter "hochstämmige Bäume, die nicht zu den Obstbäumen gehören" und die auch den Abstandsvorschriften des Art. 98 Abs. 4 unterliegen, sind andere "gewöhnliche" Bäume zu rechnen, die nicht üblicherweise in Gärten und Parkanlagen zur Zierde gepflanzt werden, wie etwa die gewöhnlichen Waldbäume Tanne oder Buche. Im Einzelfall ist es freilich schwierig zu entscheiden, was als grosser Zierbaum zu gelten hat. Ein Grundeigentümer wird sich stets auf die vorteilhafte Regelung für "Zierbäume" berufen.

Die grosszügige Regelung für die grossen Zierbäume stellt insofern einen gewissen Ersatz für die fehlenden Verjährungsbestimmungen dar, als sie die dauerhafte Pflanzung von grossen Bäumen bis 1,50 m an die Grenze erlaubt. *Sträucher* - das Gesetz spricht in Anlehnung an die Dialektsprache von "Gesträucher" - sind ausdauernde Holzgewächse, bei denen vom Wurzelstock aus strahlenartig Zweige ausgehen⁶²⁵, wogegen bei Bäumen eine durchgehende Stammachse emporwächst. Sträucher können - wie es das Beispiel des Haselnussstrauches zeigt - ziemlich hoch wachsen. Verzweigen sich aber glattstämmige Bäume über der Erdoberfläche (Halbbaum) oder erfolgen Stockausschläge, so werden diese Bäume nicht etwa zu Sträuchern⁶²⁶.

Zwergobstbäume (Buschbäume, Niederstämme) erreichen eine Stammhöhe von höchstens 60 cm und die Kronenhöhe beträgt höchstens 3 m⁶²⁷. Sie werden häufig in Hausgärten und erwerbswirtschaftlich in eigentlichen Plantagen gesetzt.

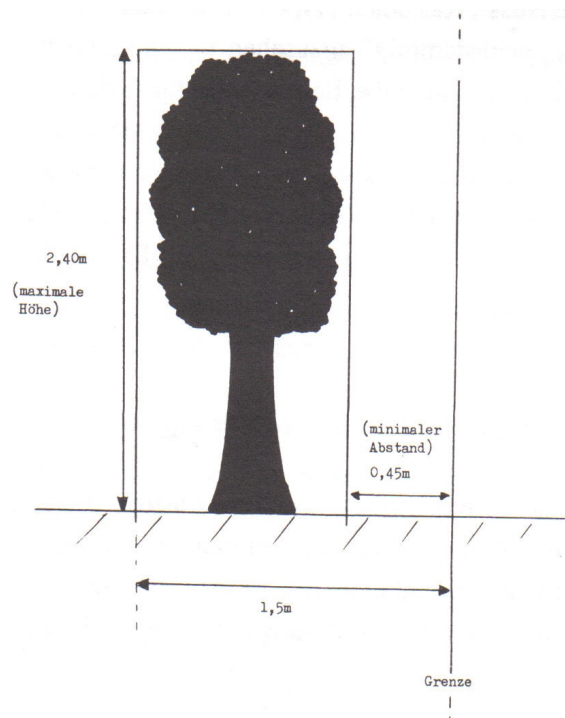
Die Abstandsvorschriften gelten für Zierbäume und Sträucher in Gärten und Parkanlagen sowie für Zwergobstbäume unabhängig von der Kulturart ihres Standortes. (192)

⁶²⁵ Müri, Baumschule 107; Lindenmann, Bäume 11, Tromp, Nachbarrecht 8f.

⁶²⁶ Tromp, Nachbarrecht 9; Lindenmann, Bäume 11 Anm. 4.

⁶²⁷ Vgl. Tromp, Nachbarrecht 10; Pflanzen-Buch 19.

Die für kleine Zierbäume, Sträucher und Zwergobstbäume vorgeschriebene Maximalhöhe von 2,40 m gilt für Gewächse, die näher als 1,50 m von der Grenze entfernt sind. Der Gesetzestext nennt aber keinen Mindestgrenzabstand. Die Lücke muss dahingehend geschlossen werden, dass unter keinen Umständen der Grenzabstand von 45 cm wie er für Lebhäge gilt, unterschritten werden darf⁶²⁸.



d) Bäume, Obstbäume, Nussbäume

(1) Allgemeines

Art. 98 Abs. 4 und 5 EGzZGB fasst die unterschiedlichsten Baumarten zusammen und regelt ganz verschiedene Sachverhalte. Die Vorschriften sollen im folgenden an Hand der einzelnen Baum-Kategorien näher dargelegt werden. (193)

⁶²⁸ Kley-Struller, Bäume 256; Tromp, Nachbarrecht 9; a.A. Wild, Grenz-Verhältnisse 5.

Der unbestimmte Rechtsbegriff "hochstämmig" hat in der Rechtspraxis zu verschiedenen Entscheiden geführt. Er ist nicht mit dem Begriff "hochwachsend" gleichzusetzen⁶²⁹. Fachtechnisch werden Bäume als hochstämmig bezeichnet, die bis auf mindestens 1,70 m Höhe einen ausgeprägten Stamm besitzen⁶³⁰. Zu den Hochstämmen zählen etwa Waldbäume wie ausgewachsene Tannen, Lärchen, Föhren, Buchen, Eichen, Eschen, Pappeln, Ulmen und auch die Palmen, ferner die Fruchtbäume wie Nuss-, Kastanien-, Apfel-, Birn- und Kirschenbäume. Die Frage, ob ein Baum als "hochstämmig" anzusehen ist, entscheidet sich nicht nur nach seiner Art und Gattung. Auch die Behandlung durch den Grundeigentümer oder Pächter ist kategorienbestimmend. Es kommt also nicht darauf an, wie hoch ein Baum von Natur aus wird und welche Gestalt er annimmt, sondern "bei der Einordnung eines Baumes ist sein gesamtes Erscheinungsbild, das unter anderem von der Stammhöhe, der Gesamthöhe und der Baumkrone geprägt wird, zu berücksichtigen"⁶³¹.

(2) *Obstbäume*

Die *Obstbäume* haben einen glatten, meistens astfreien Stamm, welcher sich in einer bestimmten Höhe verzweigt und dadurch eine sogenannte Krone bildet. Sie erreichen Höhen von 10 bis 20 m⁶³². Art. 98 Abs. 4 EGzZGB teilt die Obstbäume in vier Kategorien ein und fixiert entsprechende Grenzabstände für Rebland bzw. (194)

⁶²⁹ KGE 1931 Nr. 4; Waldis, Nachbarrecht 128; Lindenmann, Bäume 37 Anm. 107 m.w.H.

⁶³⁰ Pflanzen-Buch 18. Die Fachliteratur beziffert die Höhe hochstämmiger Bäume unterschiedlich: Tromp, Nachbarrecht 10 hält einen Baum mit einer Stammhöhe von 1,5 bis 2,0 m für hochstämmig. Das Kantonsgericht hat in einem älteren Entscheid den Begriff "hochstämmig" umschrieben. Danach besitzen hochstämmige Bäume bis auf ungefähr 2 m Höhe einen glatten Stamm und ferner eine grosse Kronenauslage von 6 bis 10 m. Diese Ausmasse sind m.E. zu gross. In der Fachliteratur werden in aller Regel Höhen unter 2 m angegeben, damit ein Baum als "hochstämmig" gelten kann.

⁶³¹ Nicht publizierter Entscheid des Appellationsrichters des Kantonsgerichts St. Gallen vom 13.8.1985.

⁶³² Vgl. Lindenmann, Bäume 10; Müri, Baumschule 200.

das übrige angrenzende Land. Die Abstände zum Rebland sind grösser als zum übrigen Land.

1. Für die *Zwergobstbäume*⁶³³ gilt der Grenzabstand von 45 cm bis 1,50 m bei einer Maximalhöhe von 2,40 m. Es spielt keine Rolle, ob das angrenzende Land für den Rebbau genutzt wird oder nicht.

2. Die *Obstbaum-Halbhochstämme* nehmen eine Mittelstellung zwischen Zwergobst- und hochstämmigen Obstbäumen ein und erreichen eine Stammhöhe von 61 cm bis maximal 1,70 m sowie eine mittlere Kronenauslage. Für sie gilt ein Grenzabstand von 3 m zu Nicht-Rebland und von 4 m zu Rebland.

3. Der *hochstämmige Obstbaum* hat eine Stammhöhe von mindestens 1,70 m und eine grosse Kronenauslage. Er hat einen Grenzabstand von 4,50 m zu Nicht-Rebland und von 6 m zu Rebland zu wahren.

4. *Wildlinge* sind im Freien aus Kernen entstandene Obstbäume, die in eine Baumschule versetzt werden. Das Wachstum der Wildlinge ist stärker als dasjenige der vegetativ vermehrten Obstbäume, sodass wesentlich höhere Bäume entstehen⁶³⁴. Deshalb wird bei Wildlingen ein Grenzabstand von 6 m zu Nicht-Rebland und von 9 m zu Rebland vorgeschrieben. Die Wildlinge dienen heute als Unterlage für die Veredlung von Obstbäumen⁶³⁵. Sie werden nicht als "Wildlinge" verkauft, da die Früchte unveredelter Obstbäume ("Holzäpfel") ungeniessbar sind. (195)

⁶³³ Vgl. S. 192.

⁶³⁴ Tromp, Nachbarrecht 10. Wildlinge sind also nicht "wild" wachsende Bäume, wie dies Liver, Eigentum 249 Anm. 3, GVP 1957 Nr. 8, S. 27 und gestützt darauf Meier-Hayoz, N. 63 zu Art. 687/688 ZGB annehmen. Eine derartige Unterscheidung wäre im System des Art. 98 EGzZGB wenig sinnvoll, weil die wild wachsenden ebenso wie gepflanzte Bäume die entsprechenden Abstandsvorschriften zu wahren haben, vgl. S. 187. Das Problem eines Wildlings dürfte sich in der Praxis aber kaum stellen, weil niemand unveredelte Obstbäume pflanzt und Wildlinge kaum "wild" wachsen.

⁶³⁵ Vgl. Pflanzen-Buch 19.

(3) *Nussbäume und übrige Bäume*

Hochstämmige Bäume, die nicht zu den Obstbäumen gehören (also etwa Tannen oder Buchen) und *Nussbäume* sind in einer Entfernung von 6 m bei angrenzendem Nicht-Rebland und von 9 m bei angrenzendem Rebland zu pflanzen. Es sei denn, es handle sich um grosse Zierbäume in Gärten und Parkanlagen; für diese Baumart ist lediglich ein Grenzabstand von 1,50 m einzuhalten⁶³⁶.

e) *Wälder*

Der Begriff des Waldes richtet sich nach Art. 2 WaG. Ist es unklar, ob Wald im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, so muss ein Waldfeststellungsverfahren vor den Verwaltungsbehörden durchgeführt werden⁶³⁷.

Für *neu angepflanzte Wälder* gilt grundsätzlich der Grenzabstand von 6 m zu angrenzendem Nichtrebland und von 9 m zu Rebland (vgl. Art. 98 Abs. 5 EGzZGB). Die Bäume aneinander grenzender Waldgrundstücke haben überhaupt keine Grenzabstände einzuhalten.

Eine andere Regelung gilt für *bestehende Wälder*. Hier verlangt das st. gallische Privatrecht nicht die Einhaltung irgendwelcher Abstandsvorschriften⁶³⁸. Dies ergibt sich aus Art. 98 Abs. 5 EGzZGB, der für Wiederaufforstungen geschlagener Wälder vorsieht, dass diese - wenn sie innert 5 Jahren seit dem Kahlschlag vorgenommen werden - gleich nahe wie der bisherige Wald an die Grenze gesetzt (196)

⁶³⁶ Vgl. S. 189ff.

⁶³⁷ Unveröffentlichter Entscheid des Appellationsrichters des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 11.11.1988 AR 45/1987 bzw. AR 28/1987, S. 2; vgl. ferner GVP 1988 Nr. 95; ARGVP 1990 Nr. 1205 zum Waldbegriff.

⁶³⁸ So schon die bisherige Regelung im alten st. gallischen Privatrecht über den Grenzabstand hochstämmiger Bäume: "Waldboden und Waldbestände werden durch diese Bestimmung nicht beschlagen", vgl. S. 202 Anm. 1. Siehe zur Situation im Kanton Appenzell A.Rh., wo Art. 140 EGzZGB AR ebenfalls auf bestehenden Wald keine Anwendung findet: ARVP VI Nr. 348.

werden dürfen. Dies bedeutet, dass die privatrechtlichen Abstandsvorschriften für bestehende Forste nicht gelten. Gegenüber einem alten Waldgrundstück kann die Einhaltung der Abstandsvorschriften nicht verlangt werden; Bäume können bis an der Grenze stehen. Hingegen darf bei einem bestehenden Waldgrundstück, das noch einige Meter eines baumfreien Waldrandes umfasst, dieser baumfreie Grenzstreifen nicht neu mit Bäumen bepflanzt werden, wenn dadurch der von Art. 98 Abs. 5 EGzZGB festgesetzte Grenzabstand von 6 bzw. 9 m verletzt wird.

f) Allgemeine Fragen

(1) Einwand des Rechtsmissbrauches

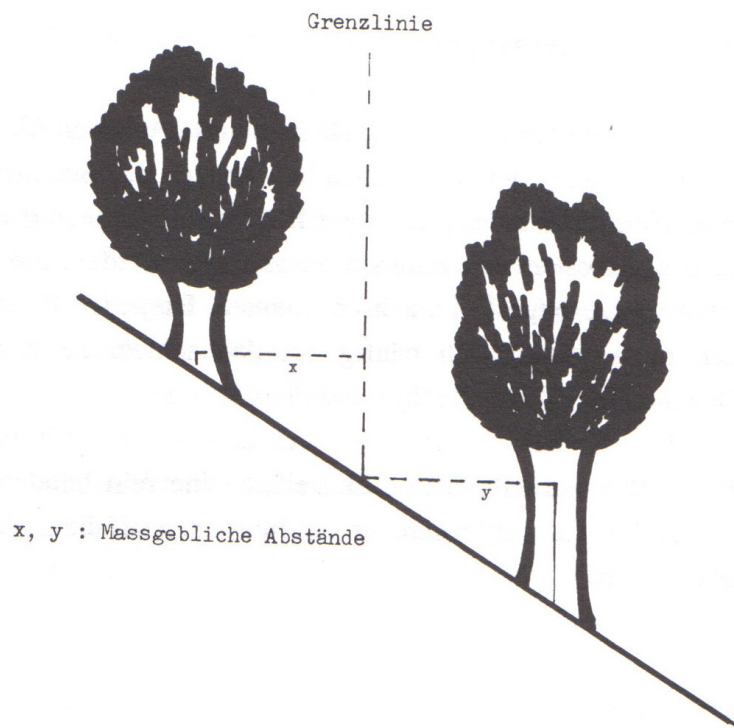
Die nachbarlichen Streitigkeiten wegen (angeblicher) Verletzung von Abstandsvorschriften rühren häufig von anderen Ursachen her, als von der Beeinträchtigung der Nachbarrechte. Neid, Missgunst oder sogar Bösartigkeit können dazu führen, dass Streitigkeiten auf Kosten von Bäumen ausgetragen werden, die vielleicht schon 50 oder mehr Jahre ungestört wachsen konnten. Diejenige Partei, die die Bäume entfernen muss, beruft sich häufig auf den schwer zu beweisenden Einwand, die Gegenpartei übe ihr Recht missbräuchlich aus. Der Tatbestand des Rechtsmissbrauches ist freilich eine rein bundesrechtliche Rechtsfrage, weshalb hier für weiterführende Ausführungen auf die entsprechende Literatur zu verweisen ist⁶³⁹.

(2) Messung der Abstände

Die Art. 96-98 EGzZGB legen nicht fest, wie die Abstände zu messen sind; die Frage ist vor allem für Anpflanzungen wichtig. Die Abstände können von dem der (197)

⁶³⁹ Vgl. Lindenmann, Bäume 32f; unveröffentlichter Entscheid des Appellationsrichters des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 18.4.1986 AR 5/1986, S. 6-8, Lindenmann, Bäume 33 gibt diesen Entscheid wieder; Tuor/Schnyder 48ff.

Grenzlinie
 nächsten
 liegenden
 der
 oder vom
 punkt des
 quer-
 schnittes
 gemessen
 In der
 hat sich
 Messung
 Mittel-
 des
 Stammes
 praktisch
 erwiesen,
 sie ergibt



am
 Punkt
 Pflanze
 Mittel-
 Stamm-
 aus
 werden.
 Praxis
 die
 vom
 punkt
 aus als
 denn
 im

Laufe der Jahre und Jahrzehnte stets die gleichen Werte. Auch können die Jungbäumchen bzw. der Samen auf diese Weise leicht gesetzt werden. Deshalb sollte auch im st. gallischen Recht stets von der *Mitte des Stammes aus gemessen* werden⁶⁴⁰. An einem Abhang muss selbstverständlich immer waagrecht auf der kürzesten Linie zwischen Stammmitte und Grenze gemessen werden⁶⁴¹.

(198)

⁶⁴⁰ Siehe in diesem Sinne ausdrücklich Art. 140 Abs. 1 EGzZGB AR; § 168 des baselstädtischen Einführungsgesetzes zum ZGB vom 27.4.1911, systematische Gesetzesammlung Nr. 211.100. So auch Lindenmann, Bäume 51f; Meier-Hayoz, N. 68 zu Art. 687/688 ZGB; AVGE 1965 36; AGVE 1972 44f. In der st. gallischen Praxis bin ich auf keine Entscheide in dieser Frage gestossen.

⁶⁴¹ Lindenmann, Bäume 52; Kley-Struller, Bäume 258.

Die Abstände werden stets möglichst nahe der Erdoberfläche gemessen; es spielt m.a.W. keine Rolle in welche Richtung sich der Stamm neigt⁶⁴². Denn der Nachbar braucht überragende Äste ohnehin nicht zu tolerieren, wenn die Voraussetzungen des Kapprechtes gegeben sind⁶⁴³.

Gemäss Art. 98 Abs. 1 und 3 EGzZGB sind Maximalhöhen von gewissen Pflanzen vorgeschrieben. Hier ist es unklar, wie diese Höhe zu messen ist, wenn zwischen den beiden Grundstücken Niveauunterschiede bestehen.

Grundsätzlich erfordert der Zweck der Abstandsvorschriften eine Berücksichtigung von Niveauunterschieden⁶⁴⁴. Denn sie bewirken, dass z.B. ein Zierbaum tatsächlich höher bzw. tiefer steht, als es die Vorschriften erlauben. Insbesondere bei Anpflanzungen im Sinne von Art. 98 Abs. 1 und 3 EGzZGB, die nahe an der Grenze stehen dürfen, muss die Maximalhöhe nicht vom Fuss der Pflanze, sondern vom höheren oder tieferen (durchschnittlichen) Niveau des aufgeschütteten oder abgegrabenen Nachbarbodens aus gemessen werden. M.E. müssen aber auch die Niveauunterschiede des gewachsenen Bodens vollumfänglich berücksichtigt werden. Denn in diesem oder in jenem Fall sollen die Abstandsvorschriften eine Beeinträchtigung des Nachbarn verhindern. Der "gewachsene" Boden ist ein relativer Begriff; bei der heutigen Bauweise und Gartenarchitektur ist es oft kaum mehr feststellbar, wie das Niveau des gewachsenen Bodens früher einmal lag⁶⁴⁵. (199)

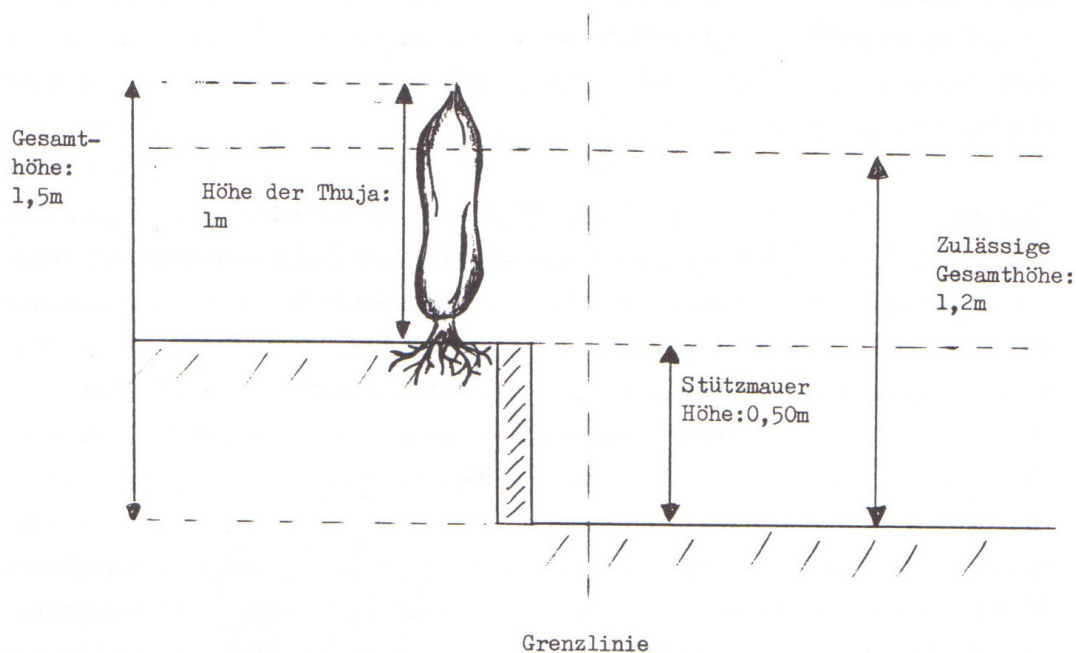
⁶⁴² Lindenmann, Bäume 52; Kley-Struller, Bäume 258; Meier-Hayoz, N. 68 zu Art. 687/688 ZGB.

⁶⁴³ Vgl. S. 206f.

⁶⁴⁴ Lindenmann, Bäume 53. Das von ihm angeführte Urteil des Zürcher Obergerichtes ist jedoch nicht auf die st. gallischen Verhältnisse übertragbar. A.A. Meier-Hayoz, N. 68 zu Art. 687/688 ZGB m.w.H.

⁶⁴⁵ Wenn allerdings ein Eigentümer den Boden an der Grenze abgräbt, so führt dies nicht dazu, dass der anliegende Nachbar seine Anpflanzungen um das Mass der nachbarlichen Abgrabung kürzen muss. In diesem Ausnahmefall ist also vom ursprünglich gewachsenen Boden aus zu messen.

Beispiel: Die Thuja ist 0,3m zu hoch



(3) Verjährung

Die meisten Kantone haben ihre Abstandsvorschriften einer Verjährung unterworfen. So bestimmt etwa das Appenzell A.Rh. Einführungsgesetz in Art. 142 Abs. 2: Der Anspruch auf Entfernung von Bäumen und Sträuchern "geht durch Verjährung nach fünf Jahren unter, gerechnet vom Zeitpunkt der Pflanzung an"⁶⁴⁶.

Das st. gallische Recht normiert keine solche Frist und nach der ständigen Praxis der st. gallischen Gerichte unterliegen die aus Art. 96-98 EGZZGB fließenden Ansprüche keiner *Verjährung*⁶⁴⁷. Nach der Rechtsprechung entstehen diese (200)

⁶⁴⁶ Vgl. zu weiteren Beispielen: Art. 126 Abs. 3 des Bündner Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vom Volke angenommen am 5. März 1944, systematische Gesetzessammlung Nr. 210.100. Weitere Beispiele von Verjährungsbestimmungen bei Lindenmann, Bäume 58ff; Jagmetti 210f.

⁶⁴⁷ GVP 1957 Nr. 8, S. 28f; unveröffentlichter Entscheid des Appellationsrichters des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 20.2.1986 AR 61/1985, S. 5f m.w.H.; Kley-Struller, Bäume 258f.

Ansprüche aus dem unverjährbaren Eigentum. "Sie entstehen daher nicht nur in dem Moment, in dem die Vorschriften bezüglich Abstand und Höhe erstmals verletzt werden, sondern erneuern sich, solange die Verletzung andauert".⁶⁴⁸ Der Grosse Rat des Kantons St. Gallen hatte in der Februar-Session 1988 ein Postulat gutgeheissen, das die Einführung einer fünfjährigen Verwirklichungsfrist forderte. Der Regierungsrat hatte die Verwirklichung dieses Begehrens mit der Begründung abgelehnt, "dass sich der Nachbar innert der Verjährungsfrist schlüssig werden müsste, ob er den zu nahe an der Grenze stehenden Baum dulden will oder nicht. Im Zweifelsfall würde er wohl die Beseitigung des Baumes verlangen"⁶⁴⁹. Der Grosse Rat folgte dem Einwand des Regierungsrates und lehnte anlässlich der Beratung des Zivilprozessgesetzes den Antrag ab, Art. 98 EGzZGB mit einer Verjährungsbestimmung zu versehen⁶⁵⁰. - Es ist zu bedauern, dass der Gesetzgeber diese stossende Situation nicht behoben hat. Die Einführung einer Verjährungsfrist hätte nicht unbedingt zu einer vorsorglichen Beseitigung von Bäumen geführt, denn die vorausgesetzte Kenntnis der Bevölkerung über die allgemeinverbindliche Gesetzgebung ist lediglich eine Fiktion.

Der vorgebrachte Einwand gegen eine Verjährungsbestimmung könnte wirksam entkräftet werden, wenn die Verjährungsfrist mit einer Übergangsregelung versehen würde. Danach begänne der Fristlauf nicht mit der Inkraftsetzung der Gesetzesänderung, sondern mit dem Zeitpunkt der Verletzung der Abstandsvorschriften. Eine solche Regelung verhinderte die Beseitigung von Bäumen "auf Vorrat"⁶⁵¹. (201)

⁶⁴⁸ Unveröffentlichter Entscheid des Appellationsrichters des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 20.2.1986, AR 61/1985, S. 5f; Waldis, Nachbarrecht 132.

⁶⁴⁹ Handbuch 300; siehe die Motion Rhyner-Buchs Nr. 42.87.20; ProtGR 1984/88, S. 2126f, 2836.

⁶⁵⁰ Vgl. Handbuch 300-303.

⁶⁵¹ Gegen diese Lösung mögen rechtsstaatliche Einwände sprechen, insbesondere ein Verstoss gegen das in Art. 4 BV verankerte Rückwirkungsverbot. M.E. sind aber die Voraussetzungen für eine zulässige Rückwirkung ohne weiteres gegeben. Es besteht ein grosses öffentliches Interesse an der Erhaltung eines alten Baumbestandes. Vgl. Imboden/Rhinow I Nr. 16 B.I, S. 104f und Rhinow/Krähenmann Nr. 16, S. 47ff; sowie z.B. BGE 101 Ia 82.

(4) Übergangsrecht

Gemäss Art. 1 Abs. 1 SchlT werden die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor 1912 eingetreten sind, nach den Bestimmungen desjenigen Rechts beurteilt, das zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen gegolten hat. In bezug auf die nachbarrechtlichen Abstandsvorschriften war vor *und* nach dem 1.1.1912 kantonales Recht anwendbar.

Das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch hat an der Rechtslage kaum etwas geändert. Dieselben Vorschriften galten fast in derselben Formulierung seit 1850 im alten st. gallischen Zivilrecht⁶⁵². Somit gibt es auch keine übergangsrechtliche Probleme⁶⁵³.

Es ist einzig denkbar, dass bei altrechtlichen Pflanzungen eine Dienstbarkeit be-

(202)

⁶⁵² Vgl. Botschaft EGzZGB, ABI 1910 II 371; Art. 98 ist fast wörtlich aus dem alten st. gallischen Recht übernommen worden: Art. 98 Abs. 1 entspricht Art. 12 Abs. 2 lit. e des Gesetzes über Grenzverhältnisse, Dienstbarkeiten, Zugrecht und Verlehnung vom 22.8.1850, Text: aGS IV 136 oder Jaeger 125ff; Art. 98 Abs. 2 entspricht Art. 12 Abs. 2 lit. g Unterabs. 3 des Grenzverhältnissegesetzes; Art. 98 Abs. 3 entspricht Art. 12 Abs. 2 lit. f des Grenzverhältnissegesetzes, allerdings wurde im EGzZGB der unklare Begriff des "Zierbaumes" eingefügt; Art. 98 Abs. 4 EGzZGB entspricht Art. 12 Abs. 2 lit. g Unterabs. 1 und 2, wobei im EGzZGB noch die Regelung für Obstbäume eingefügt wurde; Art. 98 Abs. 5 EGzZGB entspricht Art. 12 Abs. 2 lit. g Unterabs. 2 Satz 2. Hier ergab sich lediglich neu die Änderung, dass die Abstandsvorschriften für Neuforste (d.h. nach 1912 aufgeforstete Gebiete) gelten sollten. Diese beiden letzten und einzigen Ergänzungen am bisher geltenden Rechtszustand wurden offenbar auf Begehren der kantonalen, landwirtschaftlichen Gesellschaft eingefügt. Es ist bemerkenswert, dass die Masse unverändert übernommen wurden, vgl. S. 181 Anm. 1.

Die Grundzüge des Art. 98 EGzZGB wurden bereits von den alten st. gallischen Hofrechten normiert. Es wurden insbesondere die zu pflanzenden oder aufwachsenden Bäume auf die Nutzung des nachbarlichen Grundstückes abgestimmt, vgl. Moser, Nachbarrecht 36. - Die besonderen Bestimmungen für Rebgelände erklären sich aus der Tatsache, dass im letzten Jahrhundert der Rebbau im Kanton St. Gallen weit verbreitet war.

⁶⁵³ Die Ausführungen von Lindenmann, Bäume 16 ("Die kantonalen Abstandsvorschriften gelten nur für Pflanzungen, welche nach dem 1.1.1912 vorgenommen worden sind") haben also keine Gültigkeit. Im Kanton St. Gallen hat sich die diesbezügliche Rechtslage am 1.1.1912 kaum geändert. Dies wird im Entscheid GVP 1957 Nr. 8, S. 30 übersehen.

steht, die eine Näherpflanzung gestattet⁶⁵⁴. Das st. gallische Zivilrecht sah nämlich die Rechtsfigur der offenkundigen Dienstbarkeit vor. Diese konnte nach dem Ablauf von 10 Jahren erworben werden. Damit können Anpflanzungen, die mehr als 10 Jahre vor Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches, also vor dem 1.1.1902 erfolgten, trotz Verletzung der Abstandsvorschriften bestehen bleiben⁶⁵⁵.

(5) Rechtsfolgen verletzter Abstandsvorschriften

Das st. gallische Zivilrecht enthält keine Bestimmungen über die Rechtsfolgen der Verletzung von Abstandsvorschriften. Daher finden die allgemeinen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, insbesondere Art. 679 ZGB Anwendung⁶⁵⁶. Die Art. 96-98 EGzZGB umschreiben den Inhalt des Eigentumsrechtes in bezug auf die Nachbarn näher. Die Verletzung der Abstandsvorschriften gilt als Überschreitung des Eigentumsrechtes im Sinne von Art. 679 ZGB. Diese Bestimmung gestattet vier Klagen: die Beseitigungsklage, die Unterlassungsklage bei drohender Überschreitung des Eigentumsrechtes, die Schadenersatzklage; nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt ist die Feststellungsklage⁶⁵⁷. In der Praxis hat bei der Verletzung von Abstandsvorschriften lediglich die *Beseitigungsklage* eine Bedeutung. Hat die Klage Erfolg, so wird der Belastete verpflichtet, die Pflanzung innert einer bestimmten Frist (von etwa 30 Tagen) zurückzuschneiden oder ganz zu beseitigen. Der rechtmässige Zustand wird dadurch wiederhergestellt. Aktivlegitimiert ist nicht nur der Grundeigentümer, sondern auch der persönlich Berechtigte, wie ein Pächter und Mieter⁶⁵⁸. (203)

⁶⁵⁴ Vgl. S. 247ff.

⁶⁵⁵ Tromp, Nachbarrecht 13 spricht in diesem Zusammenhang von "Verjährung"; genau betrachtet ist dies jedoch nicht richtig, denn nach dem Ablauf von 10 Jahren konnte eine Dienstbarkeit auf Näherpflanzung erworben werden.

⁶⁵⁶ Lindenmann, Bäume 55 zur hier nicht interessierenden Frage, ob Art. 926 und 928 ZGB anwendbar seien.

⁶⁵⁷ Vgl. Tuor/Schnyder 662f m.w.H.

⁶⁵⁸ Meier-Hayoz, N. 46ff zu Art. 679 ZGB; Lindenmann, Bäume 55.

(6) Vereinbarungen über Grenzabstände, prekaristische Gestattung

Die Art. 96-98 EGzZGB sind privatrechtlicher und dispositiver Natur. Die Nachbarn können eine andere Regelung vereinbaren. Wollen sie eine dingliche Wirkung erzielen, so müssen sie einen öffentlich beurkundeten Vertrag zur Begründung einer Dienstbarkeit (z.B. Näherpflanzungsrecht) abschliessen und im Grundbuch als Dienstbarkeit eintragen lassen. Sie können auch einen bloss obligatorisch wirkenden Vertrag abschliessen, der ein Näherpflanzungsrecht beinhaltet; er bedarf keiner Form⁶⁵⁹. Aus Gründen der Beweissicherung ist jedoch die Schriftform unumgänglich. In der Praxis hat die *prekaristische Gestattung* eine erhebliche Bedeutung. Sie bedeutet, dass der Nachbar eine Verletzung einer Abstandsvorschrift z.B. durch einen Baum auf Zusehen hin duldet⁶⁶⁰. Er kann diese Gestattung jedoch frei widerrufen und die Einhaltung der Abstandsvorschriften verlangen; ein solches Vorgehen wäre noch nicht rechtsmissbräuchlich. Im st. gallischen Recht führt die langjährige prekaristische Gestattung nicht zu einer Verjährung der Ansprüche⁶⁶¹. Ein im Grundbuch angemerkter Revers zur Verhinderung der Verjährung ist unnötig und nach heutiger Rechtslage auch nicht mehr⁶⁶² möglich⁶⁶³. (204)

⁶⁵⁹ Lindenmann, Bäume 60; Meier-Hayoz, N. 94ff zu Art. 680 ZGB.

⁶⁶⁰ Meier-Hayoz, N. 113ff zu Art. 680 ZGB; Lindenmann, Bäume 60.

⁶⁶¹ Vgl. S. 200f.

⁶⁶² Vgl. die durch den IV. Nachtrag zur EV zum ZGB vom 20.6.1989, nGS 24-44, erfolgten Änderungen.

⁶⁶³ Anders in den Kantonen, die die Verjährung kennen, vgl. Lindenmann, Bäume 60. Der von Lindenmann, Bäume 60 Anm. 192 angeführte Entscheid des Appellationsrichters des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 17.4.1986, AR 6/1986, S. 4 befasst sich überhaupt nicht mit dem Revers. Er wäre im st. gallischen Recht auch unnötig.

Unter Revers wird in der Praxis häufig selber die prekaristische Gestattung verstanden, vgl. Scherrer, Anmerkungen 31f; Meier-Hayoz, N. 113ff zu Art. 680 ZGB. Im st. gallischen Grundbuchrecht ist nun aber neuerdings ein derartiger Revers in bezug auf eine prekaristische Gestattung nicht mehr möglich: Der IV. Nachtrag vom 20.6.1989 zur EVzZGB hat den RRB betreffend die grundbuchliche Behandlung öffentlich-rechtlicher Belastungen und der Reverse vom 15.2.1927, bGS 5, 172 (vgl. insb. dessen Art. 9) aufgehoben. In Art. 108 EVzZGB figuriert denn auch der Revers im oben genannten Sinne nicht unter den anmerkbaren Verhältnissen.

Bildet die Parzellengrenze zweier Grundstücke *zugleich die Kantonsgrenze*, so stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht und dem zuständigen Richter, wenn sich die beiden Nachbarn über Pflanzungen streiten. Das Bundesgericht hat diese schwierige Frage offengelassen⁶⁶⁴. Kommt dieser Sachverhalt bei zahlreichen Grundstücksgrenzen vor, so wäre das Problem am besten staatsvertraglich zu lösen⁶⁶⁵.

(7) Öffentlichrechtliche Vorschriften

Vorbehalten bleiben besondere Vorschriften des öffentlichen Rechts⁶⁶⁶. So kann das kommunale Baureglement und der Zonenplan besonders schöne Ortsbilder u.a. mit einem Fällverbot für Bäume schützen. Diese öffentlichrechtlichen Bestimmungen gehen dem Art. 98 EGzZGB vor. "Eigentumsrechte, die das Privatrecht verleiht, können nur soweit ausgeübt werden, als es die Rechtsordnung, insbesondere das öffentliche Recht mit seinen Eigentumsbeschränkungen, zulässt."⁶⁶⁷ (205)

⁶⁶⁴ Unveröffentlichtes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes, II. Zivilabteilung vom 2.5.1986, P 3257/85/vn; auszugsweise wiedergegeben bei Lindenmann, Bäume 20f. Das Urteil beantwortet die Frage nicht, da es im Verfahren nur darum ging, ob diese Frage im Amtsbefehlsverfahren geklärt werden dürfe.

⁶⁶⁵ Zahlreiche, weitere Fragen in bezug auf die Abstandsvorschriften sind bundesrechtlicher Natur und müssen nach dessen Massgabe beantwortet werden. Deshalb ist diesbezüglich auf die Kommentare und auf Lindenmann zu verweisen.

⁶⁶⁶ Das Vermessungsrecht des Bundes sah bei aneinander grenzenden Waldgrundstücken eine Visierlinie von 1 m Breite vor, die offen zu halten war, vgl. Art. 13 lit. g der Instruktion für die Vermarkung und die Parzellarvermessung vom 10.6.1919, BS 2, 592. Diese vermessungstechnische Abstandsvorschrift stellte den optischen Messgeräten die direkte Sicht sicher. Diese Vorschrift wurde aber 1980 im Zuge einer Lockerung der Vorschriften gestrichen (AS 1980 106). Heute wird dennoch vielfach zwischen Waldgrundstücken freiwillig ein baum- und buschfreier Abstand von 1 m eingehalten. Ich danke der eidgenössischen Vermessungsdirektion für die am 15.10.1991 erteilte Auskunft. Das Appenzell A.Rh. EGzZGB hat sich diese Anschauung zu eigen gemacht und schreibt in Art. 140 Abs. 3 zu Waldgrundstücken einen Grenzabstand von 1 m vor.

⁶⁶⁷ GVP 1983 Nr. 33, S. 74.

Die öffentlichrechtlichen Bestimmungen über den *Waldabstand* (Art. 58 BauG⁶⁶⁸), den *Gewässerabstand* (Art. 59 BauG) und über die *Grenzabstände zu öffentlichen Strassen und Plätzen* (Art. 104-108 StrG⁶⁶⁹) gelten für Bauten und Anlagen, also auch für Einfriedigungen und Gräben. In diesen Fällen finden die privatrechtlichen Regeln der Art. 96-98 EGzZGB keine Anwendung⁶⁷⁰, weil sie von den öffentlichrechtlichen Vorschriften gewissermassen "verdrängt" werden. Hier kommt also ein ausschliesslich öffentlichrechtliches Nachbarrecht zur Anwendung.

6. Kapprecht und Anries

Das Kapprecht ist die Befugnis des Grundeigentümers, die auf seinen Boden überhängenden Äste und Zweige sämtlicher Baumarten und Sträucher auf die Grenze zurückzuschneiden und eindringende Wurzeln abzuschneiden⁶⁷¹. Es ist an (206)

⁶⁶⁸ Der Widerspruch von Art. 58 BauG (25 m Abstand) und Art. 24 FoG (30 m Abstand, aber nur zu Gebäuden) kann auf die Weise aufgelöst werden, dass neu angepflanzte Wälder einen Abstand von 30 m bzw. neue Gebäude einen Abstand von 25 m einhalten müssen, je nachdem, ob die Gebäude bzw. der Wald zuerst standen: vgl. GVP 1988 Nr. 95; Zemp, Kom. zu Art. 58 BauG, S. 71.

Hinsichtlich des öffentlichrechtlichen Charakters von Art. 24 FoG könnten sich Zweifel ergeben. Art. 29 Abs. 2 der Forstpolizeiverordnung vom 1.10.1965, SR 921.01 verpflichtet die Kantone, Waldabstandsvorschriften im Sinne von Art. 686 ZGB zu erlassen. Nun ist aber Art. 686 ZGB ein echter Vorbehalt zugunsten von kantonalem Privatrecht. Art. 24 FoG ist dennoch zweifellos öffentlichrechtlicher Natur. Denn Art. 24 FoG will öffentliche und private Interessen schützen. Wäre Art. 24 FoG dispositiv, so würden wesentliche Interessen der Forsterhaltung gefährdet. Der Hinweis auf Art. 686 ZGB ist daher ein Versehen.

⁶⁶⁹ Auch wenn sich der Gesetzgeber beim Erlass von Art. 104 StrG vom Art. 97 EGzZGB leiten liess (vgl. Germann, Kom. zu Art. 104 StrG N. 11), so ändert diese Tatsache nichts am öffentlichrechtlichen Charakter von Art. 104 StrG.

⁶⁷⁰ Selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, dass es sich bei den fraglichen Einfriedigungen um "Anlagen" im Sinne der baurechtlichen bzw. strassenpolizeilichen Bestimmungen handelt. Eine Anlage im Sinne des Baurechtes liegt vor, wenn das Ergebnis einer baulichen Massnahme in Form, Gestalt und Ausmass derart in Erscheinung tritt und auf die Nachbarschaft einwirkt, dass dadurch öffentliche Interessen berührt werden (GVP 1975 Nr. 39); die Liste des Art. 78 Abs. 2 BauG ist keinesfalls abschliessend.

⁶⁷¹ Lindenmann, Bäume 76; Tromp, Nachbarrecht 18.

bestimmte Voraussetzungen gebunden⁶⁷². Das Kapprecht ist in Art. 687 Abs. 1 ZGB abschliessend bundesrechtlich geregelt und damit nicht Gegenstand dieser Arbeit über das kantonale Zivilrecht.

Das kantonale Recht kann aber gemäss Art. 688 ZGB das dem Nachbarn zustehende Kapprecht für *fruchttragende Bäume* aufheben⁶⁷³ und für diese Fälle das Anries regeln oder aufheben. Das Anries ist ein dinglicher Anspruch auf die an den überhängenden Ästen und Zweigen wachsenden Früchte. Der Kanton St. Gallen hat allerdings von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht; damit bleibt es bei der bundesrechtlichen Regelung des Kapprechtes.

Die mittelalterlichen Rechte auf dem Kantonsgebiet kannten häufig ein Anriesrecht. Demgegenüber fand das Anriesrecht keine Aufnahme im vor 1912 bestehenden Zivilrecht des Kantons⁶⁷⁴. Aus diesem Grunde sah der Gesetzgeber keine Veranlassung, vom Vorbehalt des Art. 688 ZGB (Anriesrecht) Gebrauch zu machen.

7. Nachbarliche Zutritts- und Wegrechte

a) Allgemeines

Der Notweg ist in Art. 694 ZGB abschliesslich geregelt. Daneben können die Kantone noch andere privatrechtliche Zutritts- und Wegrechte schaffen. Gemäss Art. 695 ZGB bleibt es den Kantonen vorbehalten, über die Befugnis des Grundeigentümers, zum Zwecke der Bewirtschaftung oder Vornahme von Ausbesserungen und Bauten das nachbarliche Grundstück zu betreten, sowie über das Ausstreck- oder Tretrecht, Tränkeweg, Winterweg, Brachweg, Holzlass, Reistweg und dergleichen nähere Vorschriften aufzustellen. (207)

⁶⁷² Tromp, Nachbarrecht 18; Tuor/Schnyder 666f; Meier-Hayoz, N. 22ff zu Art. 687/688 ZGB.

⁶⁷³ Meier-Hayoz, N. 73 zu Art. 687/688 ZGB; Jagmetti 311.

⁶⁷⁴ Vgl. Moser, Nachbarrecht 108f.

b) Tret- und Ausstreckrecht

Das in den Art. 110 und 111 EGzZGB⁶⁷⁵ statuierte Tret- und Ausstreckrecht gibt dem Bauern zum Zwecke der vollständigen Auspflügung seines Grundstückes das Recht, auch das anstossende Nachbargrundstück zu betreten. Das *Tretrecht* erlaubt, die letzte Furche auf der Längsseite des Ackers zu ziehen. Es gestattet, mit der Hälfte des Gespannes und des Fahrzeuges auf dem anstossenden Grundstück zu fahren (Art. 110 Abs. 2 EGzZGB). Auf der Stirnseite des Ackers kann der Bauer dank dem *Ausstreckrecht* (Radwenderrecht) das Gespann wenden. Es gestattet, das Gespann bis zu vier Meter auf das anstossende Grundstück hinauszufahren und den Pflug dort zu wenden (Art. 110 Abs. 3 EGzZGB). Das Tret- und Ausstreckrecht ist *unmittelbar gesetzlich*. Der Berechtigte muss nicht die Einräumung einer entsprechenden Dienstbarkeit verlangen⁶⁷⁶.

Im Spätmittelalter hatte das Tret- und Ausstreckrecht die Dreifelderwirtschaft⁶⁷⁷ zur Voraussetzung; mit deren Verschwinden verloren auch diese Nachbarrechte entsprechend an Bedeutung. Das alte, vor 1912 geltende st. gallische Zivilrecht liess das Ausstreckrecht nur unter sehr einschränkenden Bedingungen zu und vom Tretrecht war überhaupt keine Rede. Das Ausstreckrecht war zunächst nur dort anerkannt, wo eine Übung bestand. Gegenseitig bestehende Rechte konnten (208)

⁶⁷⁵ Hinweis: Art. 47 EVzZGB ist durch die Streichung von Art. 111 Abs. 6 EGzZGB hinfällig geworden; diese Rechtsprechungskompetenz wird heute durch die ordentlichen Zivilgerichte besorgt. Die vorsorgliche Beweiserhebung ist in Art. 199 ZPO vorgesehen.

⁶⁷⁶ Tromp, Nachbarrecht 36.

⁶⁷⁷ Die Dreifelderwirtschaft teilte das Ackerland in drei Zelgen: Die Winterzelg für Wintergetreide, die Sommerzelg für Sommergetreide und die dritte Zelg blieb unbebaut und hiess Brache. Jedes Jahr wurden die Zelgen in der Weise gewechselt, dass die Brache Sommergetreide, die Sommerzelg nun Wintergetreide und die Winterzelg Brache wurde. Innerhalb jeder Zelg wurde der Boden in Unterabschnitte ("Gewanne") aufgeteilt. Jeder Markgenosse besass durch alle drei Zelgen hindurch einen Anteil. Eine rationelle Bodennutzung wurde nur bei einer gemeinschaftlichen Bewirtschaftung möglich und jeder Bauer musste sich deshalb Einschränkungen (etwa das Tret- und Ausstreckrecht) gefallen lassen, damit die Felder etwa bis an den Rand bewirtschaftet werden konnten, vgl. Zürcher, Wegrechte 92f; Moser, Nachbarrecht 107; Meier-Hayoz, N. 1 zu Art. 695 ZGB.

gekündigt werden und das einseitig lastende Ausstreckrecht war gegen eine Entschädigung ablösbar. Die Aufhebung oder Ablösung des Ausstreckrechtes war im Servitutenbuch vorzumerken⁶⁷⁸. Das Ausstreckrecht hatte im letzten Jahrhundert dementsprechend eine geringe Bedeutung. So schrieb ein Autor kurz vor der letzten Jahrhundertwende: "Ob jedoch dieses Recht, auf dem Nachbargut Gespann und Pflug wenden zu dürfen, heute noch als Nachbarrecht geübt wird, möchten wir sehr bezweifeln"⁶⁷⁹. Diese Bestimmungen wurden fast unverändert in die ursprüngliche Fassung des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch übernommen⁶⁸⁰. Das Ausstreckrecht war daher fast bedeutungslos⁶⁸¹. Das Ausstreckrecht erhielt während des Zweiten Weltkrieges eine neue Bedeutung. 1942 verkündete der Regierungsrat nämlich einen auf den Vollmachtenbeschluss des Grossen Rates⁶⁸² abgestützten Noterlass, worin er den Besitzern von Ackerland das Tret- und Ausstreckrecht einräumte⁶⁸³. Um die "Anbauschlacht" (Wehranbau) möglichst zu erleichtern, sollte das Umpflügen der ganzen Ackerfläche rechtlich ermöglicht werden. Zu diesem Zwecke wurde das bestehende Ausstreckrecht um das Tretrecht ergänzt und die Möglichkeit der Kündigung bzw. Ablösung beseitigt. Diese Notrechtsbestimmungen wurden dann durch das II. Nachtragsgesetz zum Zivilgesetzbuch noch im selben Jahr in ordentliches Recht überführt⁶⁸⁴ und gelten bis heute unverändert (Art. 110 und 111 EGzZGB). (209)

⁶⁷⁸ Vgl. Art. 8-11 des Gesetzes über Güterstrassen und Ausstreckrechte vom 8.7.1864, aGS II 479 oder Jäger 154ff.

⁶⁷⁹ Moser, Nachbarrecht 107 im Jahr 1898.

⁶⁸⁰ Vgl. Art. 141 und 142, Text: GS 10, 205.

⁶⁸¹ Vgl. die Botschaft II. NG EGzZGB, ABI 1942 388: "Der bisherige Art. 141 setzte diese Rechte auf den Aussterbeetat, indem er das Ausstreckrecht nur dort anerkennt, wo eine Übung besteht, gegenseitige Rechte einseitig kündigen und einseitige Rechte zum halben Wert der Tretfläche vom Belasteten auslösen lässt."

⁶⁸² Beschluss des Grossen Rates des Kantons St. Gallen betreffend Erweiterung der Kompetenzen des Regierungsrates bei Kriegsgefahr vom 29.8.1939, GS 16, 584f.

⁶⁸³ Beschluss des Regierungsrates des Kantons St. Gallen betreffend das Tret- und Ausstreckrecht vom 10.4.1942, ABI 1942 337.

⁶⁸⁴ Vgl. Botschaft II. NG EGzZGB, ABI 1942 388f.

Heute sind die Art. 110 und 111 EGzZGB infolge der weitgehenden Mechanisierung der Landwirtschaft nahezu obsolet. Das Befahren des Nachbargrundstücks mit einem Traktor oder Mähdrescher würde erhebliche Schäden verursachen. Das Tret- und Ausstreckrecht lässt sich damit kaum vom Pferd auf den Traktor übertragen. Dies ist auch gar nicht mehr nötig, denn ein Traktor kann mit seinem Pflug auf engem Raum wenden. Ausserdem benützten die Bauern für diese Verrichtungen (Pflügen Säen, Ernten) häufig eine über die ganze Wachstumsperiode schlangenförmig angeordnete, bestehende Fahrrinne, die sich selbstverständlich ganz auf dem Grundstück befinden muss. Das Tret- und Ausstreckrecht hat aber aus einem andern Grunde eine geringe Bedeutung. In den Flachlandgebieten des Kantons (Rheintal, Fürstenland), wo der Ackerbau betrieben wird, erfolgten grosse Meliorationen, so dass jeder Betrieb eine grosse einheitliche Bodenfläche bewirtschaften kann. Die Grundstücke wurden mit landwirtschaftlichen Strassen erschlossen. Somit wurden die gemeinsamen Grenzen von Ackerbauflächen wesentlich vermindert. Zudem wurden anlässlich der Meliorationen häufig Benutzung und Unterhalt der landwirtschaftlichen Strassen geregelt; das Ausstreckrecht auf Güterstrassen kommt daher ebenfalls nicht mehr zum Zuge. Das Tret- und Ausstreckrecht hat aus diesen verschiedenen Gründen seine frühere Bedeutung weitestgehend eingebüsst. Es ist freilich nicht auszuschliessen, dass da und dort einzelne seiner Aspekte noch von Bedeutung sind; so etwa die kurzzeitige Beseitigung von Zäunen oder eventuell die Beanspruchung des nachbarlichen Luftraumes beim Wenden des Traktors.

c) Inanspruchnahme nachbarlichen Bodens

Art. 112 EGzZGB gestattet dem Grundeigentümer, zur Errichtung, Unterhaltung und Reinigung von Bauten und Anlagen den nachbarlichen Boden in Anspruch zu nehmen. Die frühere Fassung des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch (210)

hatte anschaulich, aber zu eng von "Gerüstrecht" gesprochen⁶⁸⁵; zuweilen ist auch von Leiterrecht oder Hammerschlagsrecht die Rede⁶⁸⁶. Dieses Recht war schon seit jeher im gemeinen Recht des Kantons St. Gallen anerkannt⁶⁸⁷. Art. 112 EGzZGB sieht also ein Recht zu einer vorübergehenden (auf die Dauer des Bauvorhabens beschränkten) Benützung des Nachbargrundstückes vor. Abs. 3 beschränkt dieses Recht aber auf einen Bodenstreifen von maximal 1,50 m Breite. Daraus wird klar ersichtlich, dass Art. 112 EGzZGB lediglich das eigentliche Betreten fremden Bodens, das Ablagern von Baumaterialien oder wenigem Aushub und die Errichtung eines Gerüsts gestattet; bei einer unabweislichen Notwendigkeit darf der Grenzstreifen auch mit Baumaschinen befahren werden. Dagegen wäre es unzulässig, wenn der Bauherr auf diesem Grenzstreifen selbst Abgrabungen vornehmen oder darauf befindliche Vorrichtungen zerstören würde⁶⁸⁸. Der Bauherr hat den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen bzw. der entstehende Schaden und die Inkonvenienzen sind in jedem Fall vollumfänglich zu vergüten (Art. 112 Abs. 4 EGzZGB). Die Inanspruchnahme nachbarlichen Bodens ist nicht ohne praktische Bedeutung. Streitigkeiten werden allerdings kaum vor dem Richter ausgetragen, deshalb fehlen neuere publizierte Entscheide völlig.

Im Unterschied zu vielen kantonalen Rechten⁶⁸⁹ gestattet Art. 112 EGzZGB die Inanspruchnahme des nachbarlichen Bodens nicht ausdrücklich für das Schneiden (211)

⁶⁸⁵ Art. 136 lit. b BauG hatte die Marginalie geändert sowie den Abs. 2 eingefügt.

⁶⁸⁶ Vgl. Art. 109 und 150 EGzZGB AR. Im Kanton St. Gallen müsste ebendieses Recht im selben Umfang bestehen. Die Inanspruchnahme des nachbarlichen Bodens kann selbstverständlich auch auf dem Weg einer Dienstbarkeit begründet werden, vgl. anschaulich das Fieselrecht in ARGVP 1988 Nr. 3020. Vgl. ferner Zürcher, Wegrechte 67ff; Waldis, Nachbarrecht 185.

⁶⁸⁷ Das vor 1912 geltende Zivilrecht kannte das Gerüstrecht nicht ausdrücklich; die Verwaltungs- und Gerichtspraxis hatte es aber anerkannt, vgl. VR I Nr. 1686; bestätigt im Amtsbericht des Regierungsrates über das Jahr 1901, S. 229 (die Inanspruchnahme des fremden Bodens hat sich auf das wirklich Nötige zu beschränken).

⁶⁸⁸ Dies würde auch durch den Vorbehalt des Art. 695 EGzZGB nicht gedeckt, vgl. den illustrativen BGE 104 II 166, insb. S. 169.

⁶⁸⁹ Vgl. z.B. Art. 109 EGzZGB AR; dagegen entspricht § 172 EGzZGB BS der st. gallischen Regelung.

von Hecken und Lebhägen. Es handelt sich um eine offensichtliche Lücke im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch⁶⁹⁰.

Muss für ein Bauvorhaben öffentlicher Grund in Anspruch genommen werden, so gelangen nach Art. 112 Abs. 5 EGzZGB öffentlichrechtliche Bestimmungen zur Anwendung. Nach Art. 21 Abs. 1 lit. d bis f StrG bedarf der gesteigerte Gemeindegebrauch durch Bauinstallationen, Aufstellen von Mulden oder die Beanspruchung durch Leitungen und Kabel einer Bewilligung.

d) Andere Wegrechte

(1) Allgemeines

Der Kanton St. Gallen hat über die übrigen "*anderen Wegrechte*" gemäss Art. 695 ZGB, nämlich die Tränke- und Winterwege, Riesen, Reisten und Recken nicht selber eine Regelung getroffen, sondern in Art. 113 EGzZGB auf die bestehenden örtlichen Übungen verwiesen. Es handelt sich ausschliesslich um *nachbarliche Wegrechte* und nicht um *eigentliche Publikumswege*. Diese *anderen Wegrechte* sind zum Teil noch immer von einer praktischen Bedeutung und zum Teil haben sie infolge der technischen Entwicklung ihre Bedeutung eingebüsst.

(2) Tränkeweg

Die *Tränkewege* gestatten dem Berechtigten, auf dem nächsten und unschädlichsten Weg das Vieh zur Tränke zu führen. In aller Regel ist dieses Recht auf die Wintermonate beschränkt. Im Sommer soll, wer selbst kein Wasser hat, die öffentliche Strasse und dann das erste öffentliche Wasser oder die Gemeindepötränke benutzen⁶⁹¹. Die Befugnis, private Quellen zu benutzen, ist jedoch nicht im Recht (212)

⁶⁹⁰ Vgl. S. 189.

⁶⁹¹ Tromp, Nachbarrecht 36; Waldis, Nachbarrecht 184; Zürcher, Wegrecht 76ff.

auf den Tränkeweg enthalten⁶⁹². Der Tränkeweg dürfte heute infolge des weitgehenden Ausbaues der Wasserversorgung kaum eine praktische Bedeutung mehr haben.

(3) Winterweg, Reisten, Riesen

Die *Winterwege* gestatten dem Berechtigten, das aus Privat- oder Gemeindeforestungen geschlagene Holz im Winter bei gefrorenem Boden über fremde benachbarte Grundstücke zu transportieren⁶⁹³. Die Winterwege bildeten sich in Bergwäldern, wo das Holz nur durch Herabstürzen in das Tal "gemännt" werden kann, zum *Reistwegrecht* aus (Sturzwegrecht für Baumstämme allenfalls mit einem Seilzug)⁶⁹⁴. Heute spielt das Reisten im den Gebirgswäldern des Toggenburgs und des Sarganserlandes immer noch eine erhebliche Rolle⁶⁹⁵. In den schwer zugänglichen, klein parzellierten Privatwäldern stellt es oft die einzige Möglichkeit dar, um das Holz in das Tal zu transportieren. Die Einrichtung von Seilzügen ist für einen einzelnen Waldeigentümer zu teuer. Auch der Bau von Waldstrassen würde sich für die hochgelegenen Gebirgswaldgrundstücke nicht lohnen. Die Reistwegrechte sind in den Wäldern zum Teil leicht erkennbar. Sie führen häufig in Hangmulden ins Tal; die in diesen "gebahnten Wegen" niedergehenden Baumstämme richten am wenigsten Schaden an. Zum Teil sind die Rechte aber nicht exakt auf einen bestimmten Bodenstreifen festgelegt. Das Reisten ist in aller Regel nur auf die Wintermonate beschränkt, wenn der Boden gefroren ist und diese Transportart dann am wenigsten Schaden anrichten kann. Das Reisten zerschlägt allerdings die Baumstämme an den Stirnseiten und an den Seiten, so dass sie oft nur noch als Brennholz zu verwerten sind. Ferner werden (213)

⁶⁹² Vgl. vielmehr Art. 163 EGzZGB und S. 215f.

⁶⁹³ Zürcher, Wegrechte 80; Waldis, Nachbarrecht 181; Tromp, Nachbarrecht 35; Meier-Hayoz, N. 13 zu Art. 695 ZGB.

⁶⁹⁴ Zürcher, Wegrechte 84; Waldis, Nachbarrecht 181f; Tromp, Nachbarrecht 35; Meier-Hayoz, N. 13 zu Art. 695 ZGB.

⁶⁹⁵ Ich danke den Kreisoberförstern der Forstkreise Sargans und Toggenburg für ihre informativen Auskünfte vom 28.10.91.

die Bäume an den Wegrändern beschädigt. Der Berechtigte hat den allenfalls entstehenden Schaden an diesen Bäumen zu ersetzen.

Der Begriff "Reisten" und "Riesen" unterscheidet sich im st. gallischen Sprachgebrauch nicht eindeutig. In der Praxis wird er synonym verwendet⁶⁹⁶; "Riesen" wird auch im süddeutschen und österreichischen Sprachgebrauch verwendet, währenddem das Reisten auf die deutsche Schweiz beschränkt ist. Ein inhaltlicher Unterschied besteht aber zumindest im Kanton St. Gallen nicht. Es fragt sich, ob die Reistrechte mittelbar oder unmittelbar gesetzliche Rechte sind. Der kantonale Gesetzgeber hat etwa das Tret- und Ausstreckrecht als unmittelbar gesetzliches Recht ausgestaltet, diese Frage aber bei den in Art. 113 EGzZGB erwähnten Rechten offengelassen. Hier ist der Ortsgebrauch entscheidend. Vielfach sind die Reistrechte uralte und bestehen auch ohne Eintrag in den kantonalen Ersatzregistern bzw. dem Grundbuch fort. Häufig werden aber anlässlich der Einführung des Grundbuches die Reistrechte als Grunddienstbarkeiten eingetragen (und manchmal noch skizziert). Bei hochgelegenen Waldgrundstücken kann dies zu einem langen Grundbucheintrag führen. Auf dem Grundbuchblatt des berechtigten Grundstückes müssen alle mit dem Recht belasteten Grundstücke aufgeführt werden. Ein Grundbucheintrag dient sicherlich der Rechtssicherheit; andererseits führt der althergebrachte Ortsgebrauch auf jeden Fall zu einer unmittelbar gesetzlichen ("ortsgebräuchlichen") Berechtigung.

Bei grossen Waldgrundstücken, etwa der Ortsbürgergemeinden, die von den Gebirgswäldern bis ins Tal reichen, ist das Reistwegrecht naturgemäss unnötig, denn hier darf natürlich der Waldeigentümer das Holz im eigenen Wald unbeschränkt transportieren. In den gut erschlossenen Waldgrundstücken, etwa in der Umgebung von St. Gallen oder des Fürstenlandes, gibt es ebenfalls kein Reistrecht. Es fehlt an der notwendigen Hanglage. (214)

⁶⁹⁶ Tromp, Nachbarrecht 35. Der Unterscheidungsversuch von Zürcher, Wegrechte 85 Anm. 97 m.w.H. dürfte jedenfalls nicht allgemeingültig sein. Die begriffsmässige Unterscheidung ist im st. gallischen Zivilrecht auch rechtlich bedeutungslos. Denn Art. 113 EGzZGB verweist auf den Ortsgebrauch, welcher den Inhalt des fraglichen Rechtes bestimmt.

Der Bau einer Waldstrasse kann den bestehenden Reistwegrechten einen neuen Sinn geben. Oftmals können dann die im Einzugskreis der Strasse liegenden Waldeigentümer ihr Holz nur über die aufwärts führenden Grundstücke an die Strasse transportieren. Hier liegt dann kein Reisten mehr vor, sondern ein gewöhnliches Notwegrecht.

(4) Reckweg

Der Reckweg ("Recken") oder Leinweg ist ein dem Ufer eines schiffbaren Flusses entlang laufender Weg, von dem aus Schiffe und Flösse durch menschliche oder tierische Kraft gezogen werden können⁶⁹⁷. Die technische Entwicklung und die allgemeine Verbesserung der Transportwege durch den Strassen- und Eisenbahnbau hat dieses uralte Rechtsinstitut obsolet gemacht. Dazu kommt noch, dass auf dem Gebiet des Kantons St. Gallen nach heutigen Massstäben (mit Ausnahme des alten Rheines im unteren Rheintal) keine schiffbaren Flüsse liegen.

8. Benutzung von privaten Quellen und Brunnen

Zunächst bestimmt das *öffentliche Recht*, ob überhaupt ein privater Brunnen oder eine private Quelle vorliegt⁶⁹⁸. Sodann können die Kantone gemäss Art. 709 ZGB bestimmen, in welchem Umfange *Quellen, Brunnen und Bäche, die sich im Privateigentum* befinden, auch von den Nachbarn und von anderen Personen zum Wasserholen, Tränken und dergleichen benutzt werden dürfen. Der Kanton St. Gallen hat von diesem echten Vorbehalt in Art. 163 und 164 EGzZGB Gebrauch gemacht und gestattet die Benutzung privater Quellen lediglich in Zeiten ausserordentlichen Wassermangels. Zusammen mit dem Tränkeweg⁶⁹⁹, der nur in den Wintermonaten zulässig ist, erlaubt dieses Recht den Zutritt auf ein fremdes (215)

⁶⁹⁷ Zürcher, Wegrechte 96; Meier-Hayoz, N. 19 zu Art. 695 ZGB.

⁶⁹⁸ Vgl. S. 170f.

⁶⁹⁹ Vgl. S. 212f.

Grundstück und - bei gegebenem Wassermangel - die Benutzung der darauf befindlichen privaten Gewässer. Eine Entschädigung ist für den Wasserbezug nicht vorgesehen⁷⁰⁰. Bei öffentlichen Brunnen oder Quellen ist Art. 163 EGzZGB selbstverständlich unanwendbar.

9. Administrativer Besitzerschutz

Nach Art. 5 EGzZGB ist der Gemeinderat für den administrativen Besitzerschutz zuständig. Im Rahmen des Art. 36 EGzZGB kann freilich eine andere, untergeordnete Verwaltungsbehörde der Gemeinde in Abänderung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung den administrativen Besitzerschutz wahrnehmen. Art. 173bis EGzZGB spricht daher nur von der *politischen Gemeinde*, die "auf Begehren des Besitzers zum Schutz eines Grundstücks ein allgemeinverbindliches Verbot" erlässt.

Beim administrativen Besitzerschutz setzt das Gemeinwesen seine sanktionsbewehrte Befehlsmacht dafür ein, dass der Besitz gegen Beeinträchtigungen durch unberechtigte Personen vorsorglich geschützt wird. Der Sache nach handelt es sich beim st. gallischen, administrativen Besitzerschutz um eine kantonrechtliche Anordnung *freiwilliger Gerichtsbarkeit*. Art. 173bis EGzZGB trifft Vorsorge für den Schutz des Besitzes⁷⁰¹. Eine Reihe von Kantonen haben hingegen den sog. "strafrechtlichen Besitzerschutz" geschaffen, der thematisch im Zivilprozessrecht (216)

⁷⁰⁰ Vgl. Tromp, Nachbarrecht 25, der an einen unbestimmten Rechtsgrund für eine Entschädigungspflicht glaubt.

⁷⁰¹ Diese Bestimmungen stützen sich nicht auf den Besitzerschutz gemäss Art. 926ff ZGB ab. Daher wäre in Art. 5 EGzZGB richtigerweise auf Art. 173bis ZGB zu verweisen. Die Kantone sind nach der bundesstaatlichen Kompetenzordnung zu derartigen Regelungen kompetent, soweit das Bundesrecht dadurch nicht tangiert wird, vgl. S. 35 Anm. 4. Der st. gallische administrative Besitzerschutz beruht ursprünglich auf altem Gewohnheitsrecht, vgl. VP III Nr. 239, S. 147 und das Kreisschreiben des Kleinen Rathes an sämtliche Gemeinderäthe betreffend die Publikation von Verboten über unberechtigtes Betreten von Grundstücken, vom 3.1.1853, aGS IV 459f. Die Bekanntmachung erfolgte in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts durch "Kirchenruf".

anzusiedeln ist. Danach kann jemand zum Schutze seines Grundstücks beim Richter ein Verbot erwirken, das unberechtigten Dritten den Zutritt untersagt. Erhebt aber ein z.B. durch eine Dienstbarkeit Berechtigter gegen dieses Verbot Einsprache (Rechtsvorschlag), so fällt das Verbot ohne weiteres dahin, und der Gesuchsteller hat den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten⁷⁰².

Wer ein solches Verbot missachtet, wird nach Art. 10 UeStG *auf Antrag* mit Busse (d.h. Fr. 1.- bis 5000.-) bestraft. Das allgemeinverbindliche Verbot gemäss Art. 173bis EGzZGB ist seiner Rechtsnatur nach eine Allgemeinverfügung; die konkrete Anordnung bezieht sich auf eine unbegrenzte und unbestimmte Anzahl von Personen⁷⁰³. Das Verbot muss zumindest in den Publikationsorganen der betreffenden Gemeinde veröffentlicht werden. Vielfach werden solche Verfügungen unter der Überschrift "Verbots-Erlass" im Amtsblatt publiziert⁷⁰⁴. In der Praxis werden etwa private Wege, Parkplätze, Parkgaragen, Tennis- und Sportplätze sowie Wälder und Weiden⁷⁰⁵ auf diese Weise vor dem Publikumsverkehr geschützt. Auch die gewerbliche Vermietung von Privatparkplätzen kann damit auf einfache Weise sichergestellt werden.

Das vom Art. 173bis EGzZGB verlangte "*schützenswerte Interesse*" an einem solchen Verbot ist gegeben, wenn infolge der Anlage und der Zweckbestimmung des Grundstücks, nicht berechnete Dritte es eigenmächtig und ohne Zustimmung des Berechtigten tatsächlich betreten oder benutzen. Eine bloss entfernte Möglichkeit genügt nicht. Der Gemeinderat hat bei gegebenem Interesse des (217)

⁷⁰² Vgl. z.B. Art. 118-120 des Berner Gesetzes betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28.5.1911, systematische Gesetzessammlung des Kantons Bern Nr. 211.1; vgl. dazu BGE 83 II 146, 94 II 352 und Starck Emil, Berner Kommentar zu Art. 919-929 ZGB, 2. A., Bern 1984, Vorbemerkungen zu Art. 926-929 N. 115, S. 232f m.w.H. auf kantonale Regelungen.

⁷⁰³ Vgl. GVP 1966 Nr. 55; VP III Nr. 239, S. 148 (z.T. durch die spätere Rechtsprechung überholt). Siehe zur Allgemeinverfügung Imboden/Rhinow Nr. 5 B. II. c, S. 36f.

⁷⁰⁴ Vgl. z.B. ABl 1992 795. Die Publikation des Verbots ist konstitutives Erfordernis; ein nicht publiziertes Verbot ist nichtig. Das bloss Aufstellen der Verbotstafel ist selbstverständlich keine Publikation.

⁷⁰⁵ Vgl. S. 177.

Gesuchstellers die von Art. 173bis Abs. 1 Satz 2 EGzZGB vorbehaltenen privaten Rechte Dritter (z.B. Dienstbarkeiten) summarisch zu prüfen. Falls solche Rechte Dritter durch das Verbot verletzt würden, hat der Gemeinderat das Gesuch abzuweisen⁷⁰⁶. Wird ein berechtigter Dritter von einem solchen Verbot in seinen privaten Rechten verletzt, so kann er sich mit dem Besitzschutzverfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidenten zur Wehr setzen. Dabei ist derjenige Beklagter, welcher das Verbot vom Gemeinderat erwirkt hat⁷⁰⁷. Der Bezirksgerichtspräsident kann - wenn er die Besitzschutzklage gutheisst - den Verletzten ermächtigen, beim Gemeinderat die Aufhebung bzw. Abänderung des Verbots zu beantragen, oder er kann den beklagten Gesuchsteller verpflichten, beim Gemeinderat die Aufhebung bzw. Abänderung des Verbots zu verlangen.

Das vom Gemeinderat erlassene allgemeinverbindliche Verbot unterliegt als (Allgemein-)Verfügung innert 14 Tagen dem *Rekurs an den Regierungsrat* (Art. 45 und 47 VRP). Der Weiterzug an das Verwaltungsgericht ist nicht vorgesehen (vgl. Art. 59 Abs. 1 lit. c VRP). Wird das Verbot gemäss Art. 10 UeStG übertreten, so gelangt das besondere *Strafverfahren vor den Gemeindebehörden* zur Anwendung (Art. 244 Ziff. 3 lit. a StP). Gegen den Strafscheid des Gemeinderates kann innert 14 Tagen Berufung an die Gerichtskommission (Art. 256 Abs. 1 und Art. 257 Abs. 1 StP) erklärt werden. Die Gerichtskommission entscheidet in der appellierten Strafsache abschliesslich; ordentliche Rechtsmittel sind ausgeschlossen. Beim Vorliegen entsprechender Gründe kann innert 14 Tagen die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kantonsgericht eingereicht werden (Art. 190ff StP). (218)

⁷⁰⁶ Vgl. GVP 1966 Nr. 55.

⁷⁰⁷ Vgl. Art. 197 lit. a i.V.m. Art. 7 lit. b ZPO; GVP 1962 Nr. 43.

IV. Beschränkte dingliche Rechte und Pfandrechte

1. Vorbehalte, von denen der Kanton St. Gallen keinen Gebrauch macht

Gemäss Art. 740 ZGB kann das kantonale Recht *den Inhalt gewisser Grunddienstbarkeiten* (Weg-, Weide, Holzungs- Tränke- Wässerungs- und ähnliche Rechte), soweit er nicht vertraglich geordnet ist, näher bestimmen. Im Gegensatz zu den behandelten, unmittelbar gesetzlichen Zutritts- und Wegrechten kann das kantonale Recht gemäss Art. 740 ZGB nur den *Inhalt von Dienstbarkeiten* näher bestimmen. Dafür besteht ein grosses Bedürfnis, weil der Vertrag und der Grundbucheintrag häufig nur ein Stichwort (z.B. "Fahrwegrecht") nennt. Das st. gallische Recht macht von dieser Kompetenz allerdings keinen Gebrauch; damit bleibt es bei der bundesrechtlichen Regelung, wonach sich ihr Inhalt durch den Ortsgebrauch näher bestimmt. Die Art. 828-830 ZGB stellen selber die wichtigsten Grundzüge einer *einseitigen Ablösung von Grundpfandrechten* auf. Das Zivilgesetzbuch hat das Institut nicht selber eingeführt, sondern den Kantonen vorbehalten, es für ihr Gebiet zuzulassen. Das alte st. gallische Zivilrecht kannte keine einseitige Ablösung von Grundpfandrechten und auch das geltende Recht regelt dieses Institut nicht. Damit ist die einseitige Ablösung von Grundpfandrechten für im Kanton St. Gallen gelegene Grundstücke nicht möglich⁷⁰⁸. Der Kanton St. Gallen hat ferner von Maximalzinssätzen für Grundpfandforderungen gemäss Art. 795 Abs. 2 ZGB abgesehen⁷⁰⁹. Art. 796 Abs. 2 ZGB enthält einen unechten und zugleich einen echten Vorbehalt. In bezug auf die Verpfändung von öffentlichen Grundstücken enthält das st. gallische öffentliche Recht keine Bestimmungen. Dagegen regeln die Art. 187 und (219)

⁷⁰⁸ § 194 EGzZGB BS lässt dieses Institut ausdrücklich nicht zu.

⁷⁰⁹ Vgl. S. 270ff.

188 EGzZGB im Sinne des echten Vorbehalts die Verpfändung von Korporationsvermögen⁷¹⁰.

2. Errichtung von Schuldbriefen

Die Kantone können gemäss Art. 843 Abs. 1 ZGB für die Errichtung von Schuldbriefen eine amtliche Schätzung des Grundstückes zur Verfügung stellen oder vorschreiben⁷¹¹. Im Kanton St. Gallen ist diese Schätzung obligatorisch (Art. 168 Abs. 1 EGzZGB). Gemäss Art. 843 Abs. 2 ZGB und Art. 168 Abs. 2 EGzZGB können Schuldbriefe nur bis zum Betrage der Schätzung errichtet werden⁷¹². Diese gesetzliche Belastungsgrenze für Schuldbriefe muss lediglich bei der Errichtung von Schuldbriefen gewahrt werden, nicht aber bei späteren Änderungen, wie etwa bei Pfandentlassungen⁷¹³.

Art. 171 EGzZGB stellt die Delegationsnorm für die Verordnung über die amtlichen Grundstücksschätzungen⁷¹⁴ dar. Die Grundstücksschätzung ist nach *st. gallischem Recht* also für die Errichtung von Schuldbriefen und nach *Bundesrecht* für die Errichtung der Gült erforderlich (Art. 848 Abs. 1 und 4 ZGB). Von Bedeutung ist die Grundstücksschätzung ferner für das Steuerrecht und die obligatorische Gebäudeversicherung. Zu allen diesen Zwecken wird eine einheitliche Schätzung für landwirtschaftliche und für nichtlandwirtschaftliche Grundstücke vorgenommen. Der Schätzwert ist für die Belastungsgrenze, die Besteuerung des Immobilienvermögens und die Gebäudeversicherung derselbe. In jeder Gemeinde besteht (220)

⁷¹⁰ Vgl. S. 257ff.

⁷¹¹ Zum Zweck dieses Vorbehaltes: Jagmetti 320.

⁷¹² Dieselbe Regelung kennt auch Appenzell A.Rh.: vgl. Art. 235 und 240 EGzZGB AR. Dagegen findet eine solche Schätzung in andern Kantonen gerade nicht statt, vgl. z.B. § 195 Abs. 1 EGzZGB BS.

⁷¹³ VP III Nr. 362.

⁷¹⁴ vom 19.2.1962, sGS 814.1; vgl. Art. 45 EVzZGB. Vgl. die Anleitung des Finanzdepartementes des Kantons St. Gallen für die amtlichen Grundstücksschätzer vom 1.10.1966 (Neudruck 1990), Loseblattordner.

je eine landwirtschaftliche und nichtlandwirtschaftliche Schätzungskommission. Die Alp-, Kuh- oder Stossrechte⁷¹⁵ des kantonalen Privatrechtes, die Grundstücke darstellen, werden von der landwirtschaftlichen Schätzungskommission behandelt.

3. Gleichstellung altrechtlicher Pfandtitel

Das frühere kantonale Privatrecht kannte den *Schuldbrief*, der wiederum auf das vom Fürstabt von St. Gallen erlassene Hypothekarrecht des 18. Jahrhunderts zurückging⁷¹⁶. Der Schuldbrief bestand aus einer amtlich gefertigten Urkunde, in welcher ein Schuldner einem Gläubiger gegenüber eine Schuld anerkannte und diesem akzessorisch ein Pfand zur Deckung anwies. Das Pfand wurde durch die Anweisung dinglich mit der Schuldsomme belastet, während die Urkunde zum Wertpapier wurde⁷¹⁷.

Keiner der st. gallischen Briefe trug den Namen "Schuldbrief", vielmehr trat der Schuldbrief - wie auch Art. 172 Abs. 1 EGzZGB erwähnt - in *drei Varianten* auf, im Pfandbrief, im Versicherungsbrief und im Kaufschuldversicherungsbrief. Der *Pfandbrief* bildete die sicherste Geldanlage, denn das Unterpand haftete dem Gläubiger mit dem doppelten Wert der verbrieften Forderung. Daneben hafteten dem Gläubiger bis zum Betrag der halben Schätzung des Unterpandes während 4 Jahren sowohl die Schätzer als auch der den Brief fertigende Gemeinderat⁷¹⁸. Im *Versicherungsbrief* durfte "kein höheres Darlehen verschrieben werden, als der Schätzungswert oder der erwiesene Ankaufspreis" betrug⁷¹⁹. Die Schätzer haften (221)

⁷¹⁵ Vgl. S. 257. Die verschiedenen Bezeichnungen sind gleichbedeutend.

⁷¹⁶ Keel, Hypothekarrecht 94, 96.

⁷¹⁷ Volland, Kaufschuldversicherungsbriefe 6f; Keel, Hypothekarrecht 96.

⁷¹⁸ Art. 8 Abs. 1, Art. 18 lit. a und Art. 25 des Gesetzes über das Hypothekarwesen vom 19.11.1831, aGS IV 172 oder Jäger 156ff; Volland, Kaufschuldversicherungsbriefe 8; Keel, Hypothekarrecht 97.

⁷¹⁹ Art. 8 Abs. 2 und Art. 18 lit. b des Gesetzes über das Hypothekarwesen vom 19.11.1831, aGS IV 172 oder Jäger 156ff; vgl. Volland, Kaufschuldversicherungsbriefe 8f; Keel, Hypothekarrecht 97f.

hier nicht mehr. Der *Kaufschuldversicherungsbrief* bedeutete eine Umwandlung der Kaufbriefe in eine dauernde Schuldversicherung. Der Verkäufer eines Grundstücks hatte sich für den Kaufpreis am verkauften Grundstück ein Pfandrecht vorbehalten (Kaufbrief). Er konnte innert 30 Tagen seit der Fertigung den Kaufbrief in einen Kaufschuldversicherungsbrief umwandeln lassen. Dieser war dann wie die beiden andern Schuldbriefe verkehrsfähig⁷²⁰. Die Briefsumme konnte von den Vertragsparteien beliebig festgesetzt werden und war an keinen maximalen Schätzungswert gebunden. Im Verkehr begegneten diese Briefe daher etwelchem Misstrauen⁷²¹.

Die alten Grundpfandtitel des früheren kantonalen Rechts bleiben auf Grund von Art. 22 SchlT unter dessen Herrschaft, soweit sie nicht gemäss Art. 33 SchlT den Pfandtiteln des neuen Bundesrechts gleichgestellt werden. Der Kanton St. Gallen hat die altrechtlichen Titel des Hypothekargesetzes von 1832 in Art. 172 Abs. 1 EGzZGB dem Recht des Zivilgesetzbuches unterstellt. Abs. 2 sieht für die Kaufschuldversicherungsbriefe eine Ausnahme vor, indem auf sie die Bestimmungen betreffend die Belehnungsgrenze und die Grundpfandschätzung keine Anwendung finden.

Art. 172 EGzZGB sah in seiner ursprünglichen Fassung die Gleichstellung der Pfand- und Versicherungsbriefe mit dem Schuldbrief (Art. 842ff ZGB) und der Kaufschuldversicherungsbriefe mit der Grundpfandverschreibung (Art 824ff ZGB) vor. Dadurch war den wichtigen, altrechtlichen Kaufschuldversicherungsbriefen der Wertpapiercharakter genommen worden, was - in einer Zeit grosser Geldknappheit - noch zusätzlich zu Kündigungen führte. Die nach heftigen politischen Auseinandersetzungen vorgenommene Gesetzesänderung von 1918⁷²² stellte alle altrechtlichen Schuldbriefe mit dem Schuldbrief (Art. 842ff ZGB) (222)

⁷²⁰ Art. 17 und Art. 18 lit. c des Gesetzes über das Hypothekarwesen vom 19.11.1831, aGS IV 172 oder Jäger 156ff; Volland, Kaufschuldversicherungsbriefe 9f; Keel, Hypothekarrecht 98f.

⁷²¹ Keel, Hypothekarrecht 99.

⁷²² Botschaft des Regierungsrates vom 22.10.1918, ABl 1918 II 557ff; Gesetz betreffend die Revision des Art. 209 des EGzZGB, GS 12 Nr. 62.

gleich. Damit war in bezug auf den Wertpapiercharakter Klarheit geschaffen worden⁷²³. Diese generelle Gleichstellung gemäss Art. 172 Abs. 1 EGzZGB macht die Art. 842ff ZGB auf die drei altrechtlichen Pfandtitel anwendbar. Damit stehen die unter der Herrschaft des Hypothekargesetzes und dessen Vorgängererlass errichteten altrechtlichen Pfandtitel unter den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches.

Ausser diesen drei Varianten des Schuldbriefes kannte das vor der Inkraftsetzung des Zivilgesetzbuches geltende st. gallische Recht noch weitere Pfandtitel. In denjenigen Grundbuchkreisen, wo das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt ist, bestehen vereinzelt vor der Kantonsgründung oder vor der Inkraftsetzung der kantonalen Hypothekargesetzgebung (1818)⁷²⁴ errichtete Grundpfandtitel. Sie wurden als "Zinsbrief"⁷²⁵ oder als "Schuldbrief" bezeichnet. Diese (in der Praxis selten vorkommenden) vor 1818 errichteten Pfandtitel stehen weiterhin unter der Herrschaft des früheren Rechts, denn der Gesetzgeber hat diese noch älteren Titel in Art. 172 Abs. 1 EGzZGB *nicht* den neurechtlichen Titeln gleichgestellt.

Die Bedeutung der altrechtlichen Pfandtitel nimmt ständig ab. Denn in jenen Gemeinden, in denen das Grundbuch eingeführt werden soll, sind anlässlich der Bereinigung der dinglichen Rechte die altrechtlichen Pfandrechte in solche des Zivilgesetzbuches umzuwandeln (Art. 21 GBBV). Gemäss Art. 101 Abs. 1 EVzZGB sind Titel mit Ausstelldatum vor 1870 schonend zu entkräften und (223)

⁷²³ Siehe die ausführliche Darlegung der Entstehungsgeschichte von Art. 172 EGzZGB in seiner heutigen Fassung bei Volland, Kaufschuldversicherungsbriefe 45ff und insb. 79ff. Demgegenüber stellte die Botschaft des Regierungsrates zum EGzZGB vom 9.9.1910, ABl 1910 II 378 richtig fest: "Eine Gleichstellung mit der Grundpfandverschreibung und der Gült erscheint infolge der Eigenart dieser für uns neuen Titelformen als ausgeschlossen".

⁷²⁴ Die kantonale Hypothekargesetzgebung nahm 1818 mit dem Gesetz über das Hypothekarwesen vom 5.3.1818, Sammlung der Gesetze, Dekrete und Beschlüsse der Klein und Grossen Räte des Kantons St. Gallen 1817/1818, S. 106ff seinen Anfang. Dieses Gesetz wurde durch das Hypothekargesetz von 1832 abgelöst (vgl. Jäger 156ff).

⁷²⁵ Die älteste im Rahmen der Grundbuchbereinigung aufgefundene Urkunde datiert nach Auskunft des Grundbuchinspektorates von 1692.

dauernd im Gemeindearchiv aufzubewahren oder nach 10 Jahren an das Staatsarchiv abzuliefern. Art. 101 EVzZGB schützt das öffentliche Interesse der Geschichtswissenschaft an der Erhaltung alter Urkunden⁷²⁶. Der Grundeigentümer hat keinen sachenrechtlichen Anspruch an entkräfteten, alten Pfandtiteln⁷²⁷. Er muss vielmehr ein besonderes Interesse geltend machen (etwa an seiner Familiengeschichte), damit ihm die entkräfteten Titel ausgehändigt werden.

Diese Rechtslage im Kanton St. Gallen ist eine andere als in Appenzell A.Rh. Nach Art. 272 des Appenzell A.Rh. EGzZGB bleiben die am 1.1.1912 bestehenden "Zedel" in Kraft und unterliegen gestützt auf Art. 22 SchlT den Bestimmungen des kantonalen Zedelgesetzes von 1882. Die Appenzeller Zedel waren ein Vorbild für die Gült gemäss Art. 847ff ZGB, die allerdings in der Praxis ohne Bedeutung geblieben ist. Demgegenüber spielen die alten Appenzeller Zedel, die selbstverständlich nicht mehr neu errichtet werden können (Art. 793 Abs. 2 ZGB), bei der Finanzierung von landwirtschaftlichen Liegenschaften noch heute eine erhebliche Rolle. Für den Schuldner sind sie in mehrfacher Hinsicht günstig. Der maximale Zinsfuss ist von Gesetzes wegen auf 4½ % begrenzt und zudem bleibt der im Brief abgeschlossene Zinssatz unverändert. Sie gelten ferner als "ewiges Geld", d.h. sie können vom Gläubiger in der Regel nicht gekündigt werden⁷²⁸.

4. Öffentlichrechtliche Grundpfandrechte

Gemäss Art. 836 ZGB kann das öffentliche Recht der Kantone zur *Sicherstellung von Ansprüchen aus öffentlichem Recht gesetzliche Grundpfandrechte* vorsehen. Das Bundesrecht schreibt dabei einzig die Form der Grundpfandverschreibung vor und verlangt, dass diese Forderungen eine besondere Beziehung zum Grundstück (224)

⁷²⁶ Vgl. den ursprünglichen Wortlaut von Art. 101 EVzZGB in bGS 5, 96.

⁷²⁷ Vgl. GVP 1982 Nr. 75.

⁷²⁸ Vgl. Gesetz über das Pfandrecht an Liegenschaften (Zedelgesetz) vom 30.4.1882, ausserrhodische Gesetzessammlung Nr. 213.21; Berger Daniel, Die alten Appenzeller Zedel, in: St. Galler Bauer 1987, S. 879ff und ARGVP 1988 Nr. 3027; ARVP III Nr. 34, S. 51f; VII Nr. 96, XV Nr. 337.

haben müssen⁷²⁹. Die nicht abschliessende Aufzählung von Art. 167 Abs. 2 EGzZGB sowie die Spezialgesetzgebung nennen Pfandrechte etwa auf folgenden Beiträgen:

- Gebäudeversicherung⁷³⁰;
- Bau und Unterhalt von Strassen⁷³¹;
- Deckung der Kosten von Ersatzvornahmen, die der Gemeinderat nach der Feuerschutzgesetzgebung angeordnet hat⁷³²;
- Grundsteuer und Handänderungssteuer (Art. 181 Abs. 3 und 188 Abs. 4 StG). Seltsamerweise fehlt ein Pfandrecht für die wichtige Grundstückgewinnsteuer, wie es in den meisten Kantonen besteht.

Die ältere Spezialgesetzgebung nennt meistens das Pfandrecht nicht, sondern legt nur die Beitragspflicht fest; das Pfandrecht ergibt sich lediglich aus dem Stichwort gemäss Art. 167 Abs. 2 Ziff. 3 EGzZGB. Die neuere Spezialgesetzgebung nennt dagegen richtigerweise das Pfandrecht ebenfalls; damit ist klargestellt, für welche Beiträge es gilt. Das Legalitätsprinzip verlangt für die Einführung von gesetzlichen Pfandrechten eine gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht⁷³³. Blosser Sammelbegriffe ("Beiträge für... Bodenverbesserungen *und dergleichen*") genügen dieser Anforderung nicht. Sie vermögen kein gesetzliches Pfandrecht zu begründen.

Die von Art. 167 Abs. 2 Ziff. 2 vorgesehenen Grundpfandrechte für Einkaufsforderungen in die Brandmauer gemäss Art. 101 Abs. 2 EGzZGB⁷³⁴ sind indes-

⁷²⁹ BGE 110 II 236 (= Pr 73 Nr. 254); BGE 84 II 100; Zucker Armin, Das Steuerpfandrecht in den Kantonen, Diss. Zürich 1988, S. 35ff; Jagmetti 325.

⁷³⁰ Art. 12ff Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 26.12.1960, sGS 873.1; das Pfandrecht wird aber von Art. 167 Abs. 2 Ziff. 1 EGzZGB angeordnet.

⁷³¹ Was von Art. 84 StrG wiederholt wird. Das Grundpfandrecht kann im Grundbuch angemerkt werden.

⁷³² Vgl. Art. 23 Abs. 3 und 27 Abs. 3 FSG; das Pfandrecht wird jedoch von Art. 167 Abs. 2 Ziff. 4 EGzZGB selbst normiert.

⁷³³ Vgl. BGE 117 III 37, 96 I 717.

⁷³⁴ Vgl. S. 185.

rein kantonalprivatrechtlicher Natur und gehören im Grunde genommen nicht in diese Liste.

Die Grundpfandrechte des Art. 167 Abs. 2 EGzZGB und der Spezialgesetzgebung sind als *unmittelbar gesetzliche Pfandrechte* ausgestaltet, was auch der Grundidee des Art. 836 ZGB entspricht. Sie gehen allen eingetragenen Pfandrechten vor.

5. Öffentlichrechtliche Grundlasten

Art. 784 ZGB sieht öffentlichrechtliche Grundlasten nach dem Recht der Kantone vor. Als besondere, öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen verpflichten sie den Grundeigentümer zu einer positiven Leistung. Die vorgesehene Leistung muss unmittelbar mit dem Grundstück zusammenhängen. Art. 167 Abs. 1 EGzZGB bestimmt ziemlich knapp⁷³⁵, dass die gemäss Gesetz oder Gewohnheitsrecht bestehenden öffentlichen Strassen-, Weg-, Brücken- und Wasserbaupflichten und dergleichen als solche Grundlasten gelten. Die öffentlichrechtlichen Grundlasten bedürfen zur Gültigkeit keiner Eintragung im Grundbuch; sie sind als unmittelbar gesetzliche Rechte ausgestaltet. Das Gesetz legt den Rang dieser Grundlasten nicht fest⁷³⁶, offensichtlich besteht für die Grundlasten kein Vorrang wie bei den Pfandrechten. Vielmehr gelten die allgemeinen Rangregeln des Art. 812 ZGB⁷³⁷. Die öffentlichrechtlichen Grundlasten werden im Grundbuch angemerkt⁷³⁸.

Die konkreten Grundlasten werden indes nicht vom Einführungsgesetz, sondern von der Spezialgesetzgebung angeordnet, wie dies die folgenden Beispiele illustrieren. Gemäss Art. 55 StrG unterhalten die anstossenden Grundeigentümer (226)

⁷³⁵ In bezug auf das Legalitätsprinzip stellt sich dasselbe Problem wie bei den öffentlichrechtlichen Pfandrechten, vgl. S. 224.

⁷³⁶ Dagegen sieht § 187 Satz 1 EGzZGB BS einen Vorrang der öffentlich-rechtlichen Grundlasten vor, vgl. Friedrich 754.

⁷³⁷ Vgl. dazu Tuor/Schnyer 700ff.

⁷³⁸ Art. 108 Abs. 1 lit. a EVzZGB, was Art. 55 Abs. 2 StrG überflüssigerweise wiederholt, vgl. zur Anmerkung S. 177ff.

die Gemeindestrassen dritter Klasse, wenn diese nicht vom Gemeinwesen unterhalten werden. Ferner auferlegt Art. 11 Abs. 1 WBG den Unterhalt von Gewässern den bisher Pflichtigen oder, wenn ein Pflichtiger nicht nachweisbar ist, den Eigentümern der anstossenden Grundstücke. Obwohl das Wasserbaugesetz darüber keine ausdrückliche Bestimmung enthält, sind die betreffenden Unterhaltungspflichten öffentlichrechtliche Grundlasten⁷³⁹.

Es ist im Ergebnis nicht entscheidend, ob der Kanton öffentlichrechtliche Pfandrechte oder Grundlasten vorschreibt. So könnte er auch für Steuerforderungen ohne weiteres Grundlasten vorsehen⁷⁴⁰. Erbringt nämlich der Schuldner die Leistung nicht, so hat das Gemeinwesen als Gläubiger auch bei der Grundlast ein Recht auf Befriedigung aus dem Werte des belasteten Grundstücks⁷⁴¹. (227)

⁷³⁹ Siehe das Beispiel von GVP 1971 Nr. 67, das aber auch nicht von der Grundlast spricht. Siehe zur klaren Wuhpflicht des Art. 221 EGzZGB AR die Entscheide ARGVP 1988 Nr. 3021 und 3022.

⁷⁴⁰ Wie früher noch in St. Gallen (vgl. den ursprünglichen Wortlaut des Art. 167 EGzZGB als Art. 199 der ursprünglichen Fassung des EGzZGB, Text: GS 10, 205) oder heute noch etwa in Basel-Stadt, vgl. §§ 187ff EGzZGB BS und dazu Friedrich 754, Jagmetti 326.

⁷⁴¹ Siehe Art. 37 SchKG: Die Grundlast wird betreibungsrechtlich genau gleich wie die Grundpfandverschreibung behandelt. Der Unterschied besteht einzig darin, dass bei der Grundlast allein das Grundstück, bei der Grundpfandverschreibung auch noch das übrige Vermögen des Schuldners haftet, vgl. Friedrich 754.

§ 9 Kantonales Grundbuchrecht

LITERATUR: DESCHENAUX HENRI, Das Grundbuch, SPR V/3, 1 und 2, Basel 1988; HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band 3, Basel 1889; HUBER HANS, Zur ausserordentlichen Ersitzung von Dienstbarkeiten vor Einführung des eidgenössischen Grundbuches, ZBGR 1981 214ff; LIVER PETER, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV/2/2a, 1, Die Grunddienstbarkeiten, Art. 730-744 ZGB, 2. A., Zürich 1980; LIVER PETER, Genossenschaften mit Teilrechten nach schweizerischem Recht, in: Liver Peter, Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972, S. 175ff; SCHLUMPF CARL, Die privatrechtlichen Korporationsalpen der Gemeinde Alt St. Johann, o.O. 1985; RAGGENBASS HANSULI, Die Rechtsstellung der privatrechtlichen Korporationen des st. gallischen Rechts, Diss. St. Gallen 1977; REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, Bern 1991; WAGNER ERNST, Die obertoggenburgischen Alpkorporationen, Diss. Bern 1924.

I. Die alten, kantonalen Publizitätseinrichtungen

In den Kantonen bestanden vor Einführung des Zivilgesetzbuches drei verschiedene Systeme, um die Rechtsverhältnisse bei Grundstücken publik zu machen. Der Kanton St. Gallen besass zusammen mit den meisten deutschsprachigen Kantonen das *Fertigungssystem*. Das ausgereifte St. Galler Fertigungsverfahren bestand darin, dass der "Handänderungs-Privatvertrag" als Entwurf vom Gemeinderatsschreiber aufgenommen und in ein Protokoll ("Strazze") eingetragen wurde. Der Entwurf musste die Namen der Vertragsparteien, den Kaufgegenstand, Pfand- und andere Lasten, den Preis sowie weitere Mindestangaben enthalten. Dieser Vertragsentwurf hatte für sich allein *vor der Fertigung* noch keine privatrechtlichen Folgen. Jede Vertragspartei konnte frei zurücktreten, ohne dass die andere auf Erfüllung klagen oder ein Reugeld fordern konnte. Allerdings hatte die allfällig zurücktretende Partei ein Prozent des Kaufpreises als Entschädigung zu entrichten. Der Vertragsentwurf musste dem Gemeinderat vorgelegt werden. Der Gemeindevorsteher hatte sodann den Vertragsparteien von der Zeit der Fertigung Anzeige zu machen, damit sie ihre allfälligen Rechte an der Fertigungsverhandlung wahren konnten. Der Gemeinderat erkannte frühestens drei Tage nach der Strazzerung die Fertigung. Dieser amtliche Beschluss des Gemeinderates machte den Vertrag erst obligatorisch verbindlich und vollzog die Übertragung des (228)

dinglichen Rechts⁷⁴².

⁷⁴² Siehe insb. die Art. 1-13 des Gesetzes über Handänderungen von Liegenschaften vom 19.2.1842, aGS IV 225 oder Jäger 102ff. Siehe dazu Huber, System 54ff; Lutz Ulrich, Die Fertigung in Stift, Stadt und Kanton St. Gallen, Diss. Bern 1897.

Die Kantone Genf, Wallis, Freiburg und Neuenburg sowie der Berner Jura folgten dem französischen *Registriersistem*⁷⁴³. Dieses schrieb für den Vertragsabschluss eine qualifizierte Form vor. Hatten die Parteien diese Form erfüllt, so war das Geschäft unter ihnen obligatorisch und dinglich perfekt. Dieser an sich perfekte Akt musste dann bei einem Beamten in ein chronologisches Register "inscribiert" werden. Der Wert dieser Registrierung lag nun darin, dass dieser Eintrag die einzige Beweisform für das betreffende Recht *gegenüber Dritten* darstellte. War das Recht nicht eingetragen, so konnte es Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden. Der Erwerber eines Rechts hatte also alle Veranlassung, für die Registrierung besorgt zu sein⁷⁴⁴.

Ein eigentliches *Grundbuch* im Sinne von Art. 942ff ZGB besaßen dagegen die Kantone Basel-Stadt, Solothurn, Schwyz und Waadt und ansatzweise auch die Kantone Glarus, Graubünden, Ob- und Nidwalden⁷⁴⁵. Das Grundbuch verzeichnet das Grundeigentum nach Lage und Grösse unter Angabe aller an den einzelnen Objekten bestehenden dinglichen Rechte, indem es jeder Liegenschaft einen Abschnitt mit den entsprechenden Angaben widmet⁷⁴⁶. Ferner ist es mit der *negativen*⁷⁴⁷ und *positiven*⁷⁴⁸ *Rechtskraft* versehen. (229)

⁷⁴³ Vgl. Huber, System 81ff; Tuor/Schnyder 581f; Jagmetti 336; Deschenaux, Grundbuch 25f. Die französischsprachige Ausgabe spricht im 25. Titel in Anlehnung an das französische System vom "registre foncier" und nicht etwa vom "livre foncier" oder vom "fichier immobilier".

⁷⁴⁴ Vgl. Huber, System 79ff.

⁷⁴⁵ Vgl. Huber, System 87ff; Deschenaux, Grundbuch 26.

⁷⁴⁶ Huber, System 87; Tuor/Schnyder 582; Jagmetti 336.

⁷⁴⁷ Huber, System 88 in Bezug auf die früheren kantonalen Grundbücher und auf das eidgenössische Grundbuch: Art. 971 Abs. 1 ZGB; Rey 64; Tuor/Schnyder 602f.

⁷⁴⁸ Huber, System 88 in bezug auf die früheren kantonalen Grundbücher und das eidgenössische Grundbuch: Art. 973 ZGB; Rey, Sachenrecht 64; Tuor/Schnyder 603f.

Der Bundesgesetzgeber hatte sich schliesslich für das Grundbuchsystem entschieden, da es einwandfrei über die Entstehung und den Untergang dinglicher Rechte orientiert⁷⁴⁹. Andererseits hat sich die Einführung des Grundbuches als überaus aufwendiges und kostspieliges Unterfangen erwiesen.

II. Organisation des eidgenössischen Grundbuches

1. Grundbuchkreise und Grundbuchverwalter

Das eidgenössische Grundbuch wird nach Kreisen geführt, in dessen Grenzen die Grundstücke aufgenommen werden müssen (Art. 951 ZGB). Im Kanton St. Gallen - wie auch in Appenzell A.Rh. - *bildet jede politische Gemeinde einen Grundbuchkreis*⁷⁵⁰. Einzig in der Stadt St. Gallen bestehen die drei Grundbuchkreise St. Gallen (ursprüngliches Gemeindegebiet vor der Stadtvereinigung 1918), St. Fiden und Bruggen, die vom Grundbuchamt St. Gallen geführt werden (Art. 177 Abs. 1 EGzZGB). So bestehen in den 90 politischen Gemeinden des Kantons insgesamt 90 Grundbuchämter und 92 Grundbuchkreise. Bisher wurden noch keine Grundbuchkreise zusammengelegt⁷⁵¹. Der Grundbuchverwalter wird vom Gemeinderat gewählt (Art. 178 Abs. 1 EGzZGB). Wählbar sind nur Personen, welche im Besitze eines vom Justiz- und Polizeidepartement als Aufsichtsbehörde ausgestellten Fähigkeitsausweises sind⁷⁵². Der Grundbuchverwalter ist also ein kommunaler Beamter, der ein kantonales Fähigkeitszeugnis vorweisen muss. (230)

⁷⁴⁹ Tuor/Schnyder 582; Deschenaux, Grundbuch 28f.

⁷⁵⁰ Art. 176, 177 Abs. 2 EGzZGB; Art. 247 EGzZGB AR. Dagegen bildet der Kanton Basel-Stadt trotz seiner zwei Landgemeinden Riehen und Bettingen einen einzigen Grundbuchkreis, vgl. § 205 EGzZGB BS.

⁷⁵¹ Vgl. Art. 177 Abs. 3 und 178 Abs. 2 EGzZGB.

⁷⁵² Art. 26 lit. b GeschR; Verordnung über die Prüfung und den Fähigkeitsausweis der Grundbuchverwalter vom 30.3.1976, sGS 914.45.

2. Aufsicht und Grundbuchbeschwerde

Die *Amtsführung des Grundbuchverwalters* unterliegt einer regelmässigen Aufsicht durch das Justiz- und Polizeidepartement⁷⁵³. Die Aufsichtsbehörde inspiziert in einem Turnus von etwa zwei Jahren alle Grundbuchämter⁷⁵⁴. Die Aufsicht übt nicht das Departement selbst, sondern das dem Departement angegliederte kantonale Grundbuchinspektorat aus (Art. 139 EVzZGB). Gegen die Amtsführung des Grundbuchverwalters kann beim Justiz- und Polizeidepartement *Beschwerde* geführt werden⁷⁵⁵. Die Grundbuchverordnung sieht in den Art. 103 und 104 zwei Arten der Grundbuchbeschwerde vor⁷⁵⁶. Gemäss Art. 103 GBV unterliegt die Abweisung einer Anmeldung gemäss Art. 24 GBV der *besonderen Grundbuchbeschwerde*. Nach Art. 104 GBV kann jeder, der durch eine Verfügung des Grundbuchverwalters berührt ist, die nicht die Abweisung einer Anmeldung zum Gegenstand hat, die *allgemeine Grundbuchbeschwerde* führen. Die allgemeine Beschwerde kann gegen alle nicht von Art. 103 GBV erfassten Verfügungen ergriffen werden, so etwa die Abweisung einer Anmerkung und ausserhalb eines Eintragungsverfahrens etwa die Weigerung, jemandem Einsicht in das Grundbuch zu gewähren⁷⁵⁷. Auch eine Rechtsverweigerung unterliegt der allgemeinen Grundbuchbeschwerde (Art. 104 Abs. 2 GBV); sie kann *jederzeit* (ohne Beachtung einer Frist) geführt werden. Die Grundbuchbeschwerden gemäss Art. 103 und 104 GBV beurteilt das Justiz- und Polizeidepartement (Art. 122 Abs. 1 EVzZGB). Dessen Beschwerdeentscheide (231)

⁷⁵³ Art. 956 Abs. 1 ZGB; Art. 182 EGzZGB und Art. 26 lit. b GeschR.

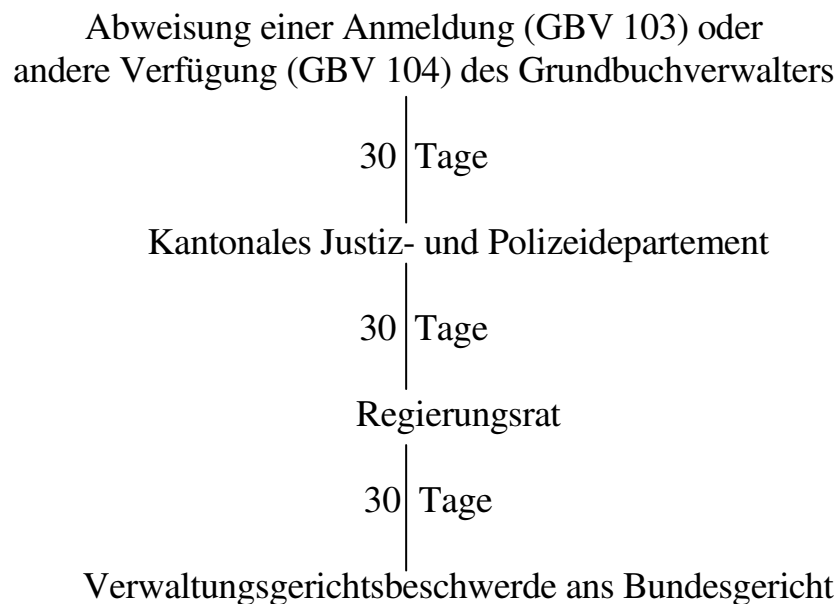
⁷⁵⁴ Vgl. auch GVP 1968 Nr. 55 (Abklärung der Rechtsgeschäfte der Grundbuchverwalter mit Dritten).

⁷⁵⁵ Art. 122 Abs. 1 EVzZGB.

⁷⁵⁶ Deschenaux, Grundbuch 180; BGE 97 I 268.

⁷⁵⁷ Vgl. ausführlich zu den Beschwerdefällen der besonderen Grundbuchbeschwerde: Deschenaux, Grundbuch 181, 560ff und zur allgemeinen Beschwerde 181f, 563ff. Der Entscheid über die Grundbuchgebühren unterliegt letztinstanzlich je nach Beschwerdegrund der Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder der staatsrechtlichen Beschwerde: vgl. Deschenaux, Grundbuch 156f.

können innert 30 Tagen an den Regierungsrat weitergezogen werden (Art. 122 Abs. 2 EVzZGB). Seine Entscheide können innert 30 Tagen beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden⁷⁵⁸. Der Weg der Grundbuchbeschwerde gemäss Art. 102-104 GBV betreffend die bundesrechtlich geregelte Grundbuchführung kann schematisch wie folgt dargestellt werden:



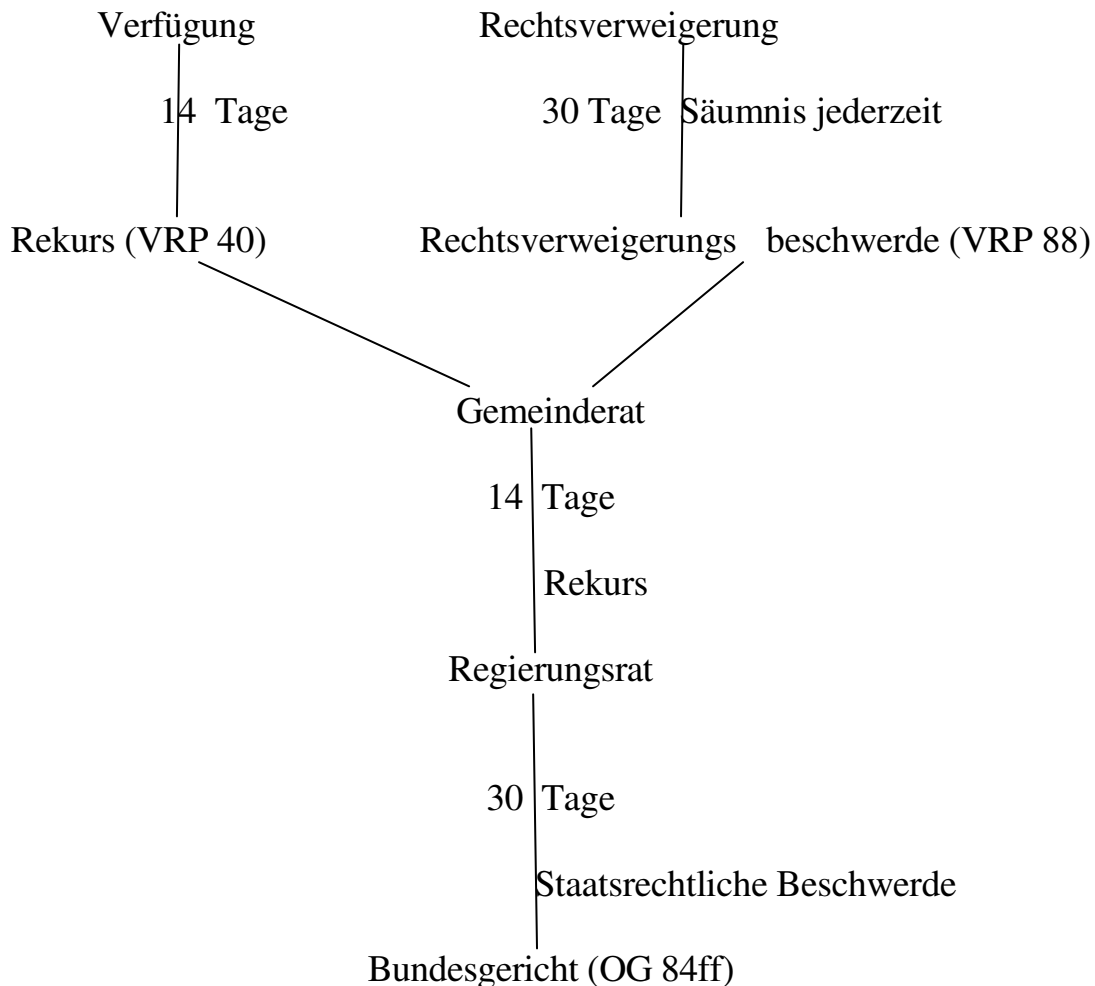
Wichtig ist die Abgrenzung zwischen Beschwerdeweg gemäss Art. 102ff GBV und gerichtlicher Anfechtung (Art. 956 Abs. 2 ZGB). Der Be-

⁷⁵⁸ Art. 102 und 103 Abs. 4 GBV und BGE 97 I 270, 99 Ib 246.

schwerdeweg kann nur gegen die Amtsführung des Grundbuchverwalters (z.B. Abweisung einer Anmeldung, Rechtsverweigerung, Abweisung eines Einsichtsgesuches) beschränkt werden. Dagegen ist ein bereits vollzogener Grundbucheintrag mittels gerichtlicher Anfechtung zu beseitigen⁷⁵⁹. (232)

⁷⁵⁹ BGE 98 Ia 185f.

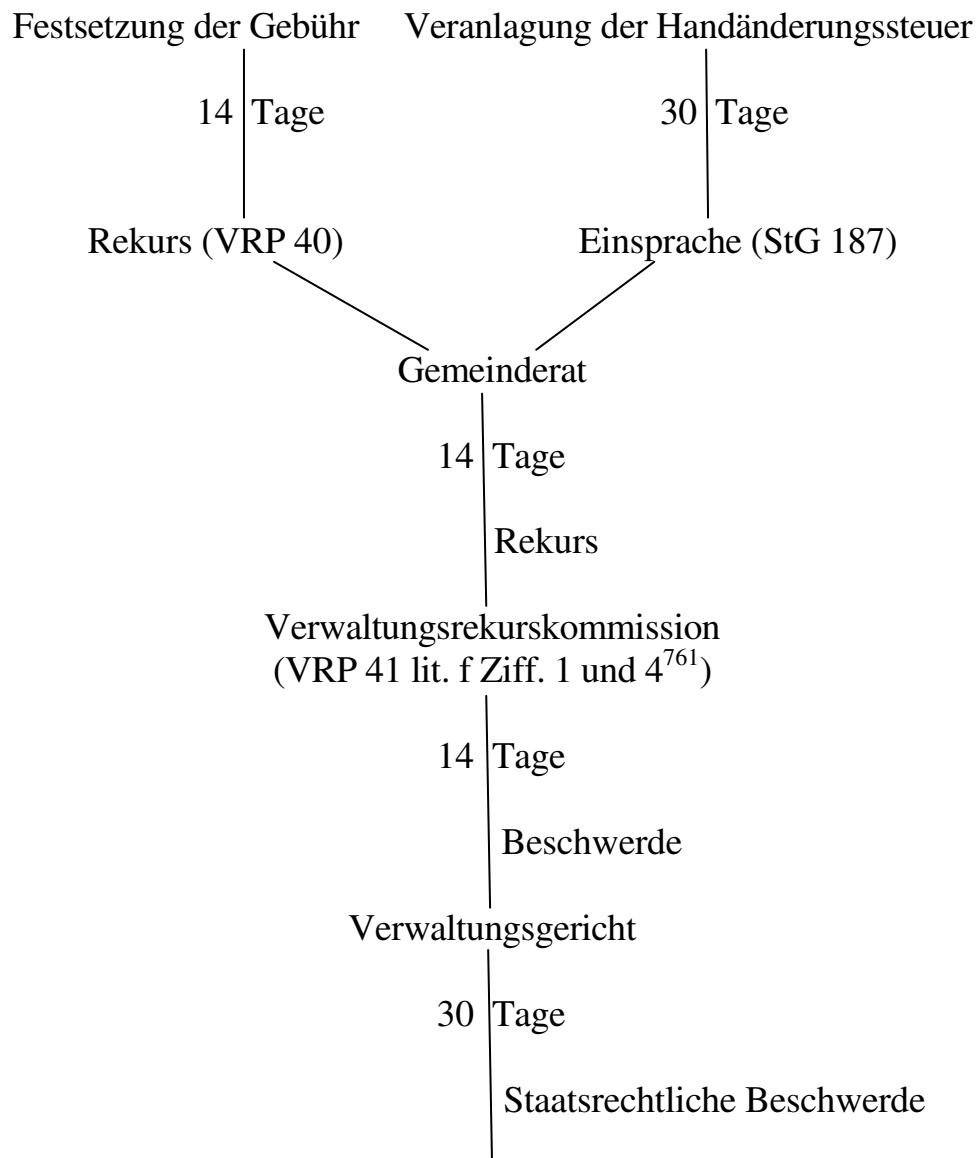
Das kantonale Recht sieht nun aber noch weitere Zuständigkeiten des Grundbuchverwalters vor. Der Grundbuchverwalter ist zugleich Urkundsperson für Rechtsgeschäfte an Grundstücken. In *Beurkundungssachen* unterstehen seine Verfügungen einem rein kantonalechtlich geregelten Beschwerdeweg:



Das kantonale Recht sieht weitere Zuständigkeiten des Grundbuchverwalters in Abgabesachen vor. Er setzt die für die Beurkundung und die Grundbucheintragungen erhobenen *Gebühren*⁷⁶⁰ fest. Ferner überträgt ihm das Steuergesetz in (233)

⁷⁶⁰ Vgl. S. 84f.

Art. 187 Abs. 1 die *Veranlagung der Handänderungssteuer*:



⁷⁶¹ Es könnten sich Zweifel ergeben, ob hier eine selbständige Verfügung vorliegt. Diese ist aber gegeben, weil die öffentliche Beurkundung, die nach dem Willen der Parteien durchgeführt wurde, keine Verfügung darstellt: Die Gebührenfestsetzung ist in diesem Akt die einzige und damit selbständige Verfügung.

Bundesgericht (OG 84ff)

(234)

3. Haftung

Art. 955 ZGB sieht eine originäre Staatshaftung der Kantone für Schäden vor, die aus der Führung des Grundbuches entstehen. Sie ist als Kausalhaftung ausgestaltet. Das Rückgriffsrecht auf die Gemeinden gemäss Art. 181 EGzZGB ist indessen bereits schon in Art. 955 Abs. 2 ZGB enthalten. Die kantonale Bestimmung wiederholt lediglich die bundesrechtliche Regelung⁷⁶², denn die Haftung richtet sich ausschliesslich nach Art. 955 ZGB⁷⁶³. Die Verantwortlichkeit der Kantone besteht auch schon vor Einführung des eidgenössischen Grundbuches bei Fehlern in der Führung der Ersatzregister⁷⁶⁴. Der Kanton haftet nur für Grundbuchfehler, die seit Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches begangen worden sind, nicht aber für frühere (Fertigungs-) Fehler⁷⁶⁵.

4. Aufnahme der dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke

Die gemäss Art. 944 Abs. 1 ZGB nicht im Privateigentum stehenden und dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke werden in das Grundbuch nur aufgenommen, wenn dingliche Rechte daran zur Eintragung gebracht werden sollen oder die *Kantone deren Aufnahme vorschreiben*. Diese Vorschrift ergänzt Art. 664 Abs. 1 ZGB⁷⁶⁶. Der Kanton St. Gallen schreibt die Aufnahme dieser Grundstücke im Grundbuch generell vor (Art. 174 EGzZGB). Nach der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers sollten nur "die im öffentlichen Gebrauche stehenden Grundstücke, wie öffentliche Strassen, Plätze und Gebäude ins (235)

⁷⁶² Art. 181 EGzZGB nennt allerdings den Rückgriff auf den Grundbuchverwalter nicht. Darin kann wohl kaum ein Verzicht darauf gesehen werden, weil das kantonale Recht die bundesrechtliche Regelung höchstens ergänzen, nicht aber ändern kann. Art. 181 EGzZGB hat nur den Sinn, im Falle der Vereinigung mehrerer Gemeinden zu einem Grundbuchkreis den Rückgriff zu präzisieren.

⁷⁶³ Vgl. dazu BGE 106 II 341 (Übertragungsfehler im Hauptbuch) und BGE 110 II 37.

⁷⁶⁴ BGE 51 II 388f; 53 II 371; Deschenaux, Grundbuch 219f.

⁷⁶⁵ VP III Nr. 617.

⁷⁶⁶ Vgl. S. 165ff.

Grundbuch aufgenommen werden⁷⁶⁷. Dagegen sollten z.B. Wasserläufe, Felswände oder Gletscher nicht aufgenommen werden. Die technische und soziale Entwicklung hat diese Unterscheidung etwas relativiert. Heute stehen auch Wasserläufe, Felswände und Gletscher in gewisser Weise im öffentlichen Gebrauch. In der Praxis werden folgende öffentliche Sachen gemäss Art. 174 EGzZGB ins Grundbuch aufgenommen: Verwaltungsgebäude, Schulhäuser, Spitäler, Kirchen der öffentlichrechtlich anerkannten Konfessionen⁷⁶⁸, Strassen, Plätze, Gewässer und die Eisenbahngrundstücke⁷⁶⁹. Die Aufnahme eines dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücks im Grundbuch gemäss Art. 174 EGzZGB ändert nichts an der Tatsache, dass ein solches Grundstück dem Privatrechtsverkehr entzogen bleibt⁷⁷⁰.

III. Einführung des eidgenössischen Grundbuches

1. Stand der Einführung in der Schweiz

Die Einführung des eidgenössischen Grundbuches hatte sich, entgegen den ursprünglichen Erwartungen, überaus verzögert. Denn zunächst mussten die technischen und rechtlichen Grundlagen dafür geschaffen werden. Am meisten Zeit nahm und nimmt immer noch die Vermessung in Anspruch. Der Regierungsrat schrieb 1910, dass die Einführung des Grundbuches "im herwärtigen Kantone (236)

⁷⁶⁷ Botschaft EGzZGB, ABl 1910 II 379.

⁷⁶⁸ Die Liegenschaften der privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften werden ohnehin in das Grundbuch aufgenommen.

⁷⁶⁹ Das von Art. 944 Abs. 3 ZGB vorbehaltene Eisenbahngrundbuch gibt es nicht. Der Grundbuchverwalter darf dagegen bei den Eisenbahngrundstücken (Bahnlinien, Bahnhöfe, Werkstätten, Rangieranlagen usw.) überhaupt keine Pfandrechte eintragen, weil dafür ein besonderes Eisenbahnpfandbuch besteht, vgl. das BG über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmen vom 25.9.1917, SR 742.211 und die dazugehörige Verordnung vom 11.1.1918, SR 742.211.1.

⁷⁷⁰ VP III Nr. 401.

frühestens etwa in fünf Jahren erfolgen" könne⁷⁷¹. Der Bundesrat glaubte noch 1923, dass die amtliche Vermessung im Kanton St. Gallen bis 1960 und gesamtschweizerisch bis 1976 abgeschlossen sein würde⁷⁷². Der Stand der Vermessung präsentierte sich Ende 1990 wie folgt: Das total zu vermessende Gebiet umfasst insgesamt 38'812 km². Davon wurden von der Parzellarvermessung 7'122 km² (18,4%) provisorisch und 21'344 km² (55,0%) definitiv anerkannt. 3'071 km² (7,9%) sind in Ausführung und immerhin 7'275 km² (18,7%) sind noch zu vermessen⁷⁷³. Gegenwärtig hofft man auf die Beendigung der Arbeiten um das Jahr 2000⁷⁷⁴. Das kantonale Übergangs-Grundbuchrecht wird daher auch noch in den kommenden Jahren eine erhebliche Bedeutung besitzen⁷⁷⁵.

2. Stand der Einführung im Kanton St. Gallen

Im Kanton St. Gallen ist das eidgenössische Grundbuch in 70 von 90 politischen Gemeinden bzw. in 72 von 92 Grundbuchkreisen eingeführt⁷⁷⁶ (Stand: 31.12.1991⁷⁷⁷). In den einzelnen Kreisen wurde das eidgenössische Grundbuch in den folgenden Jahren eingeführt: (237)

⁷⁷¹ Botschaft EGzZGB, AB1 1910 II 380.

⁷⁷² BBl 1923 III 277, insb. S. 286 und 299.

⁷⁷³ Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1990 vom 13.2.1991, S. 201.

⁷⁷⁴ Siehe die Botschaft zum Bundesbeschluss über die Abgeltung der amtlichen Vermessung vom 14.11.1990, BBl 1990 III 1601, insb. S. 1605.

⁷⁷⁵ Einen Überblick über die Geltung des eidgenössischen Grundbuches in allen Kantonen bietet: Bundesamt für Justiz und eidgenössisches Grundbuchamt (Hrsg.), Das Grundbuch in der Schweiz, Bern 1988 (Loseblatt). Vgl. zu den rechtlichen Folgen S. 243ff.

⁷⁷⁶ Über den Stand der Grundbucheinführung berichtet jeweils der Amtsbericht des Regierungsrates unter Tabelle Nr. 37.9; zuletzt der Amtsbericht über das Jahr 1987, S. 250f. Die inzwischen erfolgten weiteren Grundbucheinführungen sind dem Amtsblatt zu entnehmen: AB1 1988 744 (Rüthi), 1988 2834 (Schänis), AB1 1988 2107 (Eschenbach), AB1 1988 2869 (Jonschwil), AB1 1990 2807 (Sargans), AB1 1991 1311 (Degersheim), AB1 1991 1442 (Grabs) und AB1 1991 2504 (Ernetschwil).

⁷⁷⁷ Vgl. AB1 1991 2774.

St. Gallen

St. Gallen-Zentrum	1946
St. Finden	1935
Bruggen	1935

Wittenbach	1965
Häggenchwil	1959
Muolen	1978

Rorschach

Mörschwil	1979
Goldach	1970
Steinach	1960
Untereggen	1969
Rorschach	1975

Tübach	1953
Berg	1957
Eggersriet	1986
Rorschacherberg	1987

Unterrheintal

Thal	1955
Rheineck	1930
Au	1932
Widnau	1983

Berneck	1972
St. Margrethen	1977
Diepoldsau	1982

Oberrheintal

Rebstein	1986
Eichberg	1969
Oberriet	1982
Altstätten (Rest)	-

Marbach	1978
Rüthi	1988
Altstätten Teil Lienz	-

Werdenberg

Wartau	1980
Buchs	1983
Sennwald	-
Sevelen (Berg)	-

Grabs	1991
Sevelen (Tal)	1987
Gams	-

Sargans

Vilters (Teil)	1977
Mels	1976
Sargans	1991
Pfäfers	-
Quarten	-

Vilters (Rest)	1983
Bad Ragaz	1985
Walenstadt	-(238)
Flums	-

Gaster

Weesen	1986
Schänis	1988
Kaltbrunn	-

Benken	1986
Amden	-
Rieden	-

See

Gommiswald	1988
Schmerikon	1977
Jona	1978
St. Gallenkappel	1985
Ernetswil	1991

Uznach	1975
Rapperswil	1962
Goldingen	1986
Eschenbach	1988

Obertoggenburg

Nesslau	1987
Krummenau (Rest)	1979
Ebnat-Kappel	-
Alt St. Johann	-

Krummenau (Teil)	1970
Stein	-
Wildhaus	-

Neutoggenburg

Wattwil	1983
Brunnadern	1983
Krinau	1977
Hemberg	---

Lichtensteig	1943
St. Peterzell	1986
Oberhelfenschwil	-

Altoggenburg

Bütschwil	1965
Mosnang	-

Lütisburg	1986
Kirchberg	-

Untertoggenburg

Mogelsberg	1985
Oberuzwil	1977
Flawil	1969
Degersheim	1991

Ganterschwil	1982
Uzwil	1977 (239)
Jonschwil	1988

Wil

Will	1964
Oberbüren	1986

Zuzwil	1987
Bronschofen	-

Niederbüren	1977	Niederhelfenschwil	-
<u>Gossau</u>			
Gossau	1981	Waldkirch	1988
Andwil	1969	Gaiserwald	1988

Innert der kommenden fünf Jahre wird vermutlich in den Gemeinden Altstätten (Teil Lienz), Walenstadt, Kaltbrunn, Rieden, Wildhaus, Stein, Ebnet-Kappel, Oberhelfenschwil, Hemberg und Niederhelfenschwil das eidgenössische Grundbuch eingeführt werden. In den übrigen Gemeinden wird das Grundbuch erst später eingeführt werden⁷⁷⁸.

3. Bereinigung der dinglichen Rechte

Bevor das eidgenössische Grundbuch in einem Kreis eingeführt werden kann, muss zunächst eine Vermessung des Gebiets durchgeführt werden, soweit nicht genügende Liegenschaftsverzeichnisse vorhanden sind (Art. 40 Abs. 1 SchlT und Art. 183 Abs. 1 EGzZGB). Bei der Einführung des Grundbuches sollen die dinglichen Rechte, die bereits bestehen, zur Eintragung gebracht werden. Dazu ist eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung und Eintragung dieser Rechte zu erlassen. Die dinglichen Rechte, die auch nach dem neuen Recht begründet werden können, sind von Amtes wegen in das Grundbuch einzutragen (Art. 43 SchlT). Die dinglichen Rechte des bisherigen Rechts (z.B. eine Dienstbarkeit auf Näherpflanzung), die nicht eingetragen werden, behalten zwar ihre Gültigkeit, können aber Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen (Art. (240)

⁷⁷⁸ Auskunft des Grundbuchinspektorates vom März 1992.

973 ZGB) nicht entgegengehalten werden (Art. 44 SchlT). Die alten dinglichen Rechte, die nach neuem Bundeszivilrecht gar nicht mehr errichtet werden können, wie etwa das Eigentum an Bäumen auf fremdem Boden, werden im Grundbuch angemerkt (Art. 45 SchlT, Art. 114 Abs. 1 GBV). Das konkrete Vorgehen zur Behandlung dieser Fragen wird in der Grundbuchbereinigungsverordnung geregelt.

Nach der Grundbuchbereinigungsverordnung sind die eingetragenen dinglichen Rechte des kantonalen Rechtes, die nach dem neuen Recht nicht mehr begründet werden können, abzulösen oder in eine eintragungsfähige Form überzuführen. Ist dies nicht möglich, so werden sie im Grundbuch angemerkt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GBBV). Das Grundbuch informiert mit dieser Anmerkung über die nach altem Recht fortbestehenden dinglichen Rechte (Art. 17 Abs. 3 SchlT). Ein Dritter kann sich also nicht erfolgreich auf den nicht bestehenden Eintrag berufen; er kann wegen der Anmerkung nicht gutgläubig sein. Für die altrechtlichen Pfandrechte bestehen in den Art. 21-23 GBBV besondere Regelungen. Die *Pfandrechte* sollen nach Möglichkeit gelöscht, ersetzt oder in Pfandrechte nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches umgewandelt werden (Art. 21 GBBV)⁷⁷⁹. Bedürfen bestehende Einträge einer vertraglichen Erneuerung, Änderung oder Ergänzung, so versucht das Grundbuchamt eine gütliche Einigung herbeizuführen (Art. 16, 24 GBBV). Kommt diese nicht zustande, so verweist das Grundbuchamt die Beteiligten an das Gericht zur Erledigung der bestrittenen Ansprüche (Art. 19, 24 GBBV).

Unter den nicht mehr möglichen dinglichen Rechten hat das Eigentum an *Bäumen auf fremdem Boden* in der Gesetzgebung eine ausführliche Regelung gefunden. Art. 678 Abs. 2 ZGB schliesst ein selbständiges und dauerndes Recht an Pflanzen und Bäumen aus. Gemäss Art. 17 Abs. 1 und Art. 20 SchlT werden solche Rechte aber weiterhin nach kantonalem Recht anerkannt⁷⁸⁰; allerdings können die Kantone diese Verhältnisse beschränken oder aufheben. Art. 102 EGzZGB verbietet (241)

⁷⁷⁹ Vgl. S. 223.

⁷⁸⁰ Art. 114 Abs. 2 GBV gestattet sogar, dass das bisherige Eigentum an Bäumen auf fremden Boden in einer dem Grundbuchrecht entsprechenden Weise eingetragen werden, d.h. als echtes Eigentumsrecht an Grund und Boden oder als Personalservitut gemäss Art. 781 ZGB.

derartige Eigentumsrechte und verlangt deren Ablösung bis zum 1.1.1917. Die Ablösefrist von 5 Jahren ist allerdings m.E. eine reine Ordnungsvorschrift⁷⁸¹; die entsprechenden Rechte sind durch den Fristablauf nicht untergegangen. Diese Vorschrift dürfte indes kaum mehr von Bedeutung sein, untersagte doch schon das alte st. gallische Zivilrecht derartige Eigentumsverhältnisse⁷⁸².

IV. Fortführung der alten st. gallischen Protokolle

1. Problem

Der Bundesgesetzgeber hatte mit der Inkraftsetzung des Zivilgesetzbuches auf den 1.1.1912 die Absicht, das neue Immobiliarsachenrecht unverzüglich, so umfassend wie möglich, in Kraft zu setzen. Daher bestimmt Art. 47 SchlT: "Das Sachenrecht dieses Gesetzes tritt im allgemeinen in Kraft, auch ohne dass die Grundbücher angelegt worden sind". Allerdings konnten nicht alle Vorschriften vollumfänglich in Kraft treten. Insbesondere jene Kantone, deren Publizitätseinrichtungen den Anforderungen des neuen Sachenrechts nicht genügten, haben in der Übergangszeit bis zur Einführung des eidgenössischen Grundbuches die alten, kantonalen Protokolle fortzuführen.(242)

⁷⁸¹ Diese Frist kam m.E. dadurch zustande, weil man anlässlich des Erlasses des EGzZGB glaubte, das eidgenössische Grundbuch in fünf Jahren einführen zu können (vgl. S. 236f). Umsomehr sollten diese besonderen Eigentumsrechte an Bäumen bis zur Bereinigung der dinglichen Rechte fortbestehen können. Art. 102 EGzZGB wollte nach der Absicht des Gesetzgebers die Ablösung dieser Rechte "bis zur Einführung des Grundbuches" verlangen.

⁷⁸² Art. 9 des Gesetzes über das Hypothekarwesen vom 19.11.1831, aGS IV 172 oder Jäger 156ff; Botschaft EGzZGB, ABI 1910 II 372.

2. Genügende und ungenügende bisherige kantonale Publizitätseinrichtungen

Das Übergangsrecht des Zivilgesetzbuches musste auf den unterschiedlichen Entwicklungsstand der kantonalen Publizitätssysteme Rücksicht nehmen.

Art. 38 Abs. 2 SchlT sieht vor, dass die vorhandenen kantonalen grundbuchlichen Einrichtungen nach Möglichkeit als Bestandteile der neuen Grundbuchordnung beibehalten werden sollen. Der Bundesgesetzgeber hat die Kantone für die Übergangszeit zwischen dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches und der Einführung des eidgenössischen Grundbuches in *zwei Kategorien* eingeteilt. In einer *ersten* Gruppe wurden diejenigen Kantone zusammengefasst, deren Publizitätseinrichtungen genügend waren. Diese kantonalen Einrichtungen wurden dem eidgenössischen Grundbuch gleichgestellt und mit den vollen Grundbuchwirkungen ausgestattet (Art. 46 SchlT). In einer *zweiten* Kategorie von Kantonen waren die vorhandenen Publizitätseinrichtungen nur unvollkommen ausgestaltet. Eine Gleichstellung mit dem eidgenössischen Grundbuch kam daher nicht in Frage; die bisherigen Einrichtungen wurden daher nur beschränkt mit den Grundbuchwirkungen versehen (Art. 48 SchlT)⁷⁸³.

Die Kantone Basel-Stadt, Solothurn, Schwyz, Waadt, Neuenburg, Genf und Freiburg besaßen ein eigentliches Grundbuch⁷⁸⁴. Art. 46 SchlT ermächtigt die Kantone, die als genügend erscheinenden kantonalen Systeme, dem Grundbuch des Zivilgesetzbuches gleichzustellen und an ihre Stelle treten zu lassen⁷⁸⁵. Die kantonale Publizitätseinrichtung erhält damit die volle Grundbuchwirkung in Form der negativen und positiven Rechtskraft. Diese gleichgestellten Einrichtungen sind nicht mehr nach dem früheren kantonalen Recht, sondern nach den Art. 942ff ZGB und der Grundbuchverordnung zu führen. (243)

⁷⁸³ GVP 1976 Nr. 22, S. 52; nicht publiziertes Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen, I. ZK vom 13.1.1981 i.S. X. c. Y., S. 12.

⁷⁸⁴ Vgl. ZBGR 1980 186.

⁷⁸⁵ Vgl. z.B. § 228 Abs. 1 EGzZGB BS.

3. Negative Grundbuchwirkung der st. gallischen Ersatzregister

Für den Kanton St. Gallen mit seinem Fertigungssystem kam eine Gleichstellung gemäss Art. 46 SchlT nicht in Frage⁷⁸⁶. Vielmehr mussten die Grundlagen für die Einführung des eidgenössischen Grundbuches überhaupt erst geschaffen werden. Art. 48 SchlT sieht hinsichtlich der ungenügenden, alten Publizitätseinrichtungen während der Dauer der Übergangszeit (bis zur Einführung des Grundbuches) deren Beibehaltung und Fortführung vor. Nach Art. 48 Abs. 1 SchlT können die Kantone die Formen wie Fertigung, Eintragung in Grund-, Pfand- und Servitutenregister bezeichnen, denen *sofort negative Grundbuchwirkung* zukommen soll.

Art. 186 EGZZGB verschafft im Sinne von Art. 48 Abs. 1 SchlT folgenden Formen in bezug auf Entstehung, Übertragung, Umänderung und Untergang dinglicher Rechte die Grundbuchwirkung:

1. für das Eigentum: die Eintragung im *Handänderungsprotokoll*⁷⁸⁷;
 2. für die Grundpfandrechte: der Eintrag im *Pfandprotokoll*⁷⁸⁸;
 3. für die Dienstbarkeiten, Grundlasten und eintragungsbefürhtigen Eigentumsbeschränkungen (Notwege usw.): der Eintrag im *Servitutenprotokoll*⁷⁸⁹;
- (244)

⁷⁸⁶ GVP 1976 Nr. 22, S. 52; nicht publiziertes Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen, I. ZK vom 13.1.1981 i.S. X. c. Y., S. 12.

⁷⁸⁷ Das St. Galler Fertigungssystem kannte das sog. Handänderungsprotokoll: es war das vom Gemeindeschreiber geführte Protokoll über Privatverträge, vgl. Art. 2 und 7 des Gesetzes über Handänderungen von Liegenschaften vom 19.2.1842, aGS IV 225 und Jäger 102ff und dazu die Vollziehungsverordnung des Regierungsrates vom 20.6.1842, aGS IV 231 und Jäger 118ff.

⁷⁸⁸ Das Pfandprotokoll bestand ebenfalls schon im alten St. Galler Fertigungssystem: vgl. Art. 11 des Gesetzes über das Hypothekarwesen vom 25.1.1832, aGS IV 172 und Jäger 156ff.

⁷⁸⁹ Vgl. Art. 21 des Gesetzes über Grenzverhältnisse, Dienstbarkeiten Zugrecht und Verlehnung vom 22.8.1850, aGS IV 136 oder Jäger 125ff sowie Art. 94 des Gesetzes betreffend die Organisation der Verwaltungsbehörden vom 9.5.1867, aGS I 156ff. Im alten St. Galler Fertigungssystem konnten Servituten ohne Eintrag in ein Register entstehen. Erst das NG zum Gesetze über Grenzverhältnisse, Dienstbarkeiten etc. vom 1.12.1892 sah einen obligatorischen Eintrag der bestehenden Dienstbarkeiten in ein Register (das Servitutenprotokoll und für neue Dienstbarkeiten eine negative Rechtskraft vor. Das Gesetz erlangte jedoch nur Gültigkeit für die Gemeinde St. Gallen (vor der Eingemeindung von Straubenzell und Tablat im Jahre 1918).

4. in bezug auf die Vormerkung persönlicher Rechte nach Art. 959 ZGB und die vorläufigen Eintragungen nach Art. 961 ZGB: die Einschreibung im *Vormerkungsprotokoll*⁷⁹⁰;

5. in bezug auf die Vormerkung der Verfügungsbeschränkungen nach Art. 960 ZGB: der Vormerkung beim letzten Eigentumseintrag im *Handänderungsprotokoll*⁷⁹¹.

Diese Ersatzregister können nur mit der Wirkung ausgestattet werden, dass für die Entstehung, Übertragung, Umänderung und den Untergang der dinglichen Rechte die *negative Grundbuchwirkung* mit ihnen verbunden ist (Art. 48 Abs. 2 SchlT). Wo das Zivilgesetzbuch die dingliche Wirkung eines Rechtsgeschäftes von der Eintragung ins Grundbuch abhängig macht, tritt sie erst mit der Erfüllung jener kantonalen Formvorschriften ein, die nach Art. 186 EGzZGB als Teilersatz für das Grundbuch gelten. In diesem Sinne kommt dem Handänderungs-, Pfand-, Servituten- und Vormerkungsprotokoll die negative Grundbuchwirkung zu. Eine weitergehende negative Rechtskraft besitzen jedoch die Ersatzregister nicht. Die st. gallischen Ersatzregister geben somit lückenlos über die unter der Herrschaft des Zivilgesetzbuches seit dem 1.1.1912 begründeten Rechte (Eigentum, beschränkte dingliche Rechte, Pfandrechte) Auskunft, soweit das Bundeszivilrecht die Entstehung des Rechts von einem Eintrag abhängig macht. Dagegen kann sich ein Dritter nicht darauf verlassen, dass nicht eingetragene - unter der Herrschaft des früheren st. gallischen Zivilrechts entstandene - dingliche Rechte, tatsächlich nicht bestehen. Die *Ersatzform hat keine positive Rechtskraft* (Art. 48 Abs. 3 SchlT); d.h. der gutgläubige Erwerber kann sich nicht auf Art. 973 ZGB berufen⁷⁹².

Die vom Bundesrecht und vom kantonalen Recht vorgeschriebenen *Anmerkungen* bringen schon bestehende Rechtsverhältnisse zur Kenntnis; sie haben rein (245)

⁷⁹⁰ Dieses Protokoll wird in der Gesetzgebung nicht näher geregelt.

⁷⁹¹ Vgl. S. 244 Anm. 2 und Art. 104 EVzZGB.

⁷⁹² Vgl. GVP 1976 Nr. 22, S. 52; nicht publiziertes Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen, I. ZK vom 13.1.1981 i.S. X. c. Y., S. 12.

informativen Charakter. Vor Einführung des Grundbuches erfolgen die Anmerkungen in den provisorischen Grundbuchblättern⁷⁹³. Der Kanton St. Gallen benützt also für die Übergangszeit bis zur Einführung des eidgenössischen Grundbuches in einem Grundbuchkreis die bisherigen kantonalen Register (Handänderungs-, Servituten- und Pfandprotokoll) und ergänzt diese noch mit einem Vormerkungsprotokoll. Setzt der Regierungsrat das Grundbuch in einer Gemeinde in Kraft (Art. 27 Abs. 2 GBBV), so fallen die kantonalen Ersatzformen mit Inkrafttreten des Grundbuches völlig weg (Art. 142 EVzZGB). Der Einführung des eidgenössischen Grundbuches geht stets eine vollständige Bereinigung der dinglichen Rechte voraus. Die altrechtlichen dinglichen Rechte und Pfandrechte werden wenn immer möglich in neurechtliche überführt⁷⁹⁴.

4. Exkurs: Ausserordentliche Ersitzung von Dienstbarkeiten in der Übergangszeit

a) Problem

Die Ersitzung von Grunddienstbarkeiten kommt häufig vor, wogegen Grundlasten oder Grundeigentum nur selten ersessen werden⁷⁹⁵. Das Problem ist hier von einem zweifachen Belang. (1) Das Übergangsrecht des Zivilgesetzbuches bezeichnet zur Beurteilung von Vorgängen, die vor dem 1.1.1912 abgeschlossen waren, immer noch das bisherige kantonale Zivilrecht als anwendbar. Und dieses band die Ersitzung an keine strengen Voraussetzungen. (2) Die nach dem 1.1.1912 (246)

⁷⁹³ Die Eintragung der Anmerkungen beim letzten das Grundstück betreffenden Eigentumseintrag im Handänderungsprotokoll kommt in der Praxis kaum mehr vor (Art. 111 erster Halbsatz EVzZGB).

Vgl. die Behandlung der Bemerkungen zu den Grundpfandrechten: Art. 113 EVzZGB.

⁷⁹⁴ Vgl. Art. 43 SchlT und Art. 184 EGzZGB und die gestützt darauf erlassene GBBV, vgl. S. 240ff.

⁷⁹⁵ Die Möglichkeit der Ersitzung von Grundlasten hat das Bundesgericht in BGE 99 II 33f offen gelassen.

fortbestehenden kantonalen Ersatzregister besitzen nicht die vollen Grundbuchwirkungen. Es fragt sich insbesondere, ob eine ausserordentliche⁷⁹⁶ Ersitzung gemäss Art. 662 Abs. 1 ZGB überhaupt möglich ist. Gilt nämlich ein Grundstück, das im Ersatzregister aufgenommen ist, als im eidgenössischen Grundbuch aufgenommen oder nicht? Je nachdem scheidet die wichtige Extratabularersitzung aus.

Das für die ausserordentliche Ersitzung anwendbare Recht ist damit für drei verschiedene Fälle zu untersuchen: (1) Die Ersitzung kann vor 1912 abgeschlossen sein, (2) oder die Ersitzung hat nach dem 1.1.1912 begonnen und (3) die Ersitzung kann vor dem 1.1.1912 begonnen haben, aber noch nicht vollendet sein⁷⁹⁷.

b) Die Ersitzung war vor 1912 abgeschlossen

1. War die Ersitzung vor dem 1.1.1912 abgeschlossen worden, so ist gemäss Art. 1 Abs. 1 und 2, Art. 17 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 SchlT das bisherige kantonale Zivilrecht anzuwenden⁷⁹⁸. Das alte st. gallische Zivilrecht sah in Art. 18 des Gesetzes über Grenzverhältnisse, Dienstbarkeiten, Zugrecht und Verlehnung⁷⁹⁹ (GGD) vor, dass Dienstbarkeiten durch Vertrag (Art. 19 GGD) oder durch Übung (Art. 20 GGD) erworben werden konnten. (247)

⁷⁹⁶ Die ordentliche Ersitzung gemäss Art. 661 ZGB (ungerechtfertigter Eintrag im eidgenössischen Grundbuch bzw. in der kantonalen Ersatzform, vgl. BGE 56 II 182, 82 II 396) kommt dagegen in der Praxis äusserst selten vor und wird deshalb gar nicht behandelt, vgl. Tuor/Schnyder 632.

⁷⁹⁷ Vgl. insbesondere den mustergültigen Entscheid des Kantonsgerichtes in GVP 1976 Nr. 22; bestätigt in GVP 1989 Nr. 26.

⁷⁹⁸ Vgl. GVP 1976 Nr. 22 Ziff. 1 wo das Problem nicht eingehend behandelt wird; der Sachverhalt (Ersitzung vor 1912 abgeschlossen) war im beurteilten Entscheid nicht gegeben. Vgl. das unpublizierte Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen, I. ZK vom 1.6.1988, S. 7ff.

⁷⁹⁹ Vom 22.8.1850, aGS IV 136 oder Jäger 125ff.

Art. 19 GGD bestimmt:

Als durch Vertrag erworben ist eine Dienstbarkeit anzusehen, wenn sie durch eine Urkunde oder andere Beweismittel genügend dargetan wird, oder wenn augenfällige äussere Vorkehrungen oder Einrichtungen, welche wenigstens zehn Jahre lang bereits bestehen, auf eine Begründung der Dienstbarkeit durch gegenseitige tatsächliche Zustimmung schliessen lassen.

Der erste Teil dieser Bestimmung lässt die vertragliche Begründung einer Dienstbarkeit auch durch "andere Beweismittel" zu. Die st. gallische Praxis war besonders grosszügig. Sie liess als anderes Beweismittel auch eine stillschweigende Übereinkunft zu. Diese könne dann angenommen werden, wenn bei der Parzellierung eines Grundstücks augenfällige Vorrichtungen (z.B. ein Überbau) belassen werden, die nach der Parzellierung nicht ohne Servitut weiterbestehen könnten⁸⁰⁰.

Der zweite Teil dieser Norm umschreibt einen besonderen Tatbestand, nämlich die Schaffung augenfälliger äusserer Vorkehrungen oder Einrichtungen, durch die ein Grundstück dem andern tatsächlich dienstbar gemacht wird (etwa die Ableitung einer Quelle, der Bau einer Strasse oder die Abstützung einer überragenden Baute auf einem Nachbargrundstück⁸⁰¹). Solche Vorrichtungen werden, wenn sie 10 Jahre lang bestehen, einer vertraglichen Erwerbung einer Grunddienstbarkeit gleichgestellt. Es handelt sich dabei um den Fall einer sogenannten "offenkundigen Dienstbarkeit"⁸⁰². Das Zivilgesetzbuch kennt diese Rechtsfigur nur für den besonderen Fall des Art. 676 Abs. 3.

Sodann bestimmte hinsichtlich des Erwerbs durch Übung Art. 20 GGD:

Durch Übung ist eine Dienstbarkeit erworben, wenn sie 30 Jahre lang ununterbrochen gleich einem Rechte geübt wurde.

Ununterbrochen war die Ausübung, wenn sie zur Zeit des Bedarfs jeweilen oder regelmässig stattfand, und weder eine tätliche Störung (248)

⁸⁰⁰ KGE 1899 Nr. 4 und KGE 1891 Nr. 31 (wo eine stillschweigende Übereinkunft nicht als gegeben angesehen wurde).

⁸⁰¹ Liver, N. 50 zu Art. 733 ZGB.

⁸⁰² Liver, N. 45ff zu Art. 733 ZGB; Huber, Ersitzung 206ff.

derselben geduldet, noch eine amtliche Einsprache dagegen unentkräftet belassen wurde. Dass eine Dienstbarkeit als Recht ausgeübt worden sei, ist anzunehmen, wenn die Ausübung mit Wissen des dadurch Beschwerenen, oder ohne Hehl vor ihm, unter den Augen des Publikums, zugleich aber auch weder auf gütliche Zugabe hin, noch gewaltsam stattgefunden hat.

Im Fall von Art. 19 und Art. 20 GGD war jeweils kein Eintrag im Servitutenprotokoll für den dinglichen Bestand der Servitut erforderlich. Art. 1 des Nachtragsgesetzes zum GGD⁸⁰³ legte eine bedeutsame Ausnahme fest: "In denjenigen Gemeinden, in welchen öffentliche Vermessungswerke (Kataster) bestehen, bedarf es zur Begründung von Grunddienstbarkeiten in Zukunft der Eintragung in die öffentlichen Bücher." Der Regierungsrat war befugt, dieses Nachtragsgesetz für jede Gemeinde einzeln in Kraft zu setzen. Er hatte einen solchen Beschluss einzig für die damalige Gemeinde St. Gallen (heutiger Grundbuchkreis St. Gallen) gefasst⁸⁰⁴.

Somit war und ist die Rechtslage für den Grundbuchkreis St. Gallen und die übrigen Grundbuchkreise des Kantons unterschiedlich. Im *Kreis St. Gallen* ist demnach auch für den Bestand einer altrechtlichen Servitut der Eintrag in die öffentlichen Bücher konstitutiv; ausserprotokollarische Servituten bestanden nicht. Den öffentlichen Büchern kam somit die negative Rechtskraft zu, da die Servituten innert 5 Jahren in die öffentlichen Bücher eingetragen werden mussten; ansonsten galt die Dienstbarkeit als untergegangen⁸⁰⁵. *In den übrigen 91 damaligen Gemeinden* (und heutigen *Kreisen*) des Kantons bestanden indes die Servituten auch ohne Bucheintrag fort. Diese alten Servituten des st. gallischen Zivilrechts blieben in den andern 91 Kreisen nach dem 1.1.1912 - unter der Herrschaft des st. gallischen Übergangsrechts - vollumfänglich in Kraft (Art. 17 Abs. 1 SchlT). Selbst nach der Einführung des Grundbuches bestehen sie fort, "können aber, (249)

⁸⁰³ Vom 9.1.1893, GS 6, 272 oder Jäger 150ff.

⁸⁰⁴ Vgl. Jäger 137 Anm. 1 und 153 Anm. 1 und ABl 1894 I 588 und II 1 (per 1.7.1894). Auch in der Zeit von 1904 (dem Erscheinungsjahr von Jäger) bis 1911 findet sich im Amtsblatt kein weiterer derartiger Beschluss.

⁸⁰⁵ Vgl. Art. 4 des Gesetzes betreffend die Ergänzung des Nachtragsgesetzes zum GGD vom 16.5.1899, GS 8, 22 oder Jäger 154.

solange sie nicht eingetragen sind, gutgläubigen Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden" (Art. 21 SchlT). Erst das eingeführte eidgenössische Grundbuch entfaltet die positive Grundbuchwirkung (vgl. Art. 44 Abs. 1 SchlT). Der Kanton St. Gallen hat von Art. 44 Abs. 2 SchlT keinen Gebrauch gemacht, wonach er die im Grundbuch nicht eingetragenen dinglichen Rechte auf einen bestimmten Zeitpunkt nach vorausgehender Auskündung für aufgehoben erklären kann⁸⁰⁶.

c) Die Ersitzung hat nach 1912 begonnen

Das Zivilgesetzbuch verlangt zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit die Eintragung im Grundbuch bzw. im kantonalen Ersatzregister (Art. 731 Abs. 1 ZGB). Die etwas missverständliche Vorschrift des Art. 731 Abs. 3 ZGB hat nur den Sinn, dass hier der Gesetzgeber die Parallelität zwischen der Eigentums- und der Dienstbarkeitsersitzung herstellen wollte⁸⁰⁷. Art. 731 Abs. 3 ZGB verweist lediglich auf die Art. 661 ZGB (Tabularersitzung) und Art. 662 ZGB (Extratabularersitzung).

Ist ein Eintrag im Grundbuch oder in der kantonalen Ersatzform ohne gültigen Erwerbstitel zustande gekommen, so ist eine Tabularersitzung unter folgenden Voraussetzungen möglich. Der Ersitzende muss die Dienstbarkeit während 10 Jahren unangefochten und ununterbrochen tatsächlich ausgeübt haben, und er muss guten Glaubens sein (Art. 661 ZGB). Eidgenössisches Grundbuch und kantonale Ersatzform stehen hier einander gleich⁸⁰⁸; es spielt keine Rolle, ob das Grundbuch oder die Ersatzform den ungerechtfertigten Eintrag enthält.

Die Extratabularersitzung von Dienstbarkeiten ergibt sich aus Art. 731 Abs. 3 (250)

⁸⁰⁶ Vgl. je die Einführung des Grundbuches in einem Kreis: Es erfolgt keine derartige Kraftloserklärung; siehe S. 237 Anm. 6.

⁸⁰⁷ Liver, N. 120 zu Art. 731 ZGB; a.A. Tuor/Schnyder. Der Inhalt von Art. 731 Abs. 3 ZGB ist dann überflüssig, wenn er nur das sagt, was sich schon aus Abs. 2 ergibt. Der Gesetzgeber wollte aber klarstellen, dass Dienstbarkeiten auch durch Ersitzung erworben werden können.

⁸⁰⁸ BGE 56 II 182, 82 II 396.

i.V.m. Art. 662 ZGB⁸⁰⁹. Grundeigentum kann gemäss Art. 662 ZGB dann extratabular ersessen werden, wenn es überhaupt nicht im Grundbuch aufgenommen ist (Art. 662 Abs. 1 ZGB)⁸¹⁰. Die Extratabularersitzung weist das Merkmal auf, dass das Grundbuch keine eindeutige Auskunft über die Person des Eigentümers gibt. Die ausserordentliche Ersitzung nach Art. 662 ZGB gerät mit den vorhandenen Grundbuchangaben nicht in Konflikt. Art. 662 Abs. 1 ZGB spricht von einem "Grundstück, das nicht im Grundbuch aufgenommen ist". Entscheidend ist allerdings, ob damit *ausschliesslich das eidgenössische Grundbuch oder auch die kantonale Ersatzformen* gemeint sind. Die Lehre ist geteilter Meinung⁸¹¹. Ein Teil der Lehre spricht der kantonalen Ersatzform die negative Rechtskraft in bezug auf die Dienstbarkeiten ab. Denn vor einer vollständigen Bereinigung der dinglichen Rechte (die der Einführung des eidgenössischen Grundbuches vorausgeht) hätten die kantonalen Ersatzformen nur eine beschränkte negative Rechtskraft. Daher gelten diese Dienstbarkeiten als "nicht im Grundbuch eingetragen", mit der Folge, dass die Extratabularersitzung vor der Einführung des eidgenössischen Grundbuches möglich ist. (251)

⁸⁰⁹ BGE 104 II 304; BGE 105 II 331; BGE 114 II 322; N. 120 zu Art. 731 ZGB; Tuor/Schnyder 705.

⁸¹⁰ Die andern beiden Varianten der Extratabularersitzung gemäss Art. 662 Abs. 2 ZGB interessieren an dieser Stelle nicht: Das Grundstück ist zwar im Grundbuch aufgenommen, aber enthält keine Angaben über den Eigentümer oder es ist im Grundbuch aufgenommen und bezeichnet auch den Berechtigten, dieser war indessen schon bei Beginn der Ersitzungsfrist von 30 Jahren tot oder verschollen erklärt.

⁸¹¹ Folgende Autoren bejahen die Möglichkeit einer ausserordentlichen Ersitzung bis zur Einführung des eidgenössischen Grundbuches: Guhl Theo, ZBJV 1929 261; Liver, N. 163ff zu Art. 731 ZGB; Liver Peter in seiner Bemerkung zu GVP 1976 Nr. 22, in ZBGR 1979, S. 39ff; Liver Peter, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1978, ZBJV 1980 129ff, insb. S. 142ff. Die nachfolgenden Autoren verneinen diese Möglichkeit: Rey Heinz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV/2/1, 1, 2. A., Bern 1981, N. 255ff zu Art. 731 ZGB; Rey, Sachenrecht 340f; Huber, Ersitzung 214f; Huber Hans, Die ausserordentliche Ersitzung von Grunddienstbarkeiten vor Einführung des eidgenössischen Grundbuchs, ZBGR 1989, S. 10ff.

Das Bundesgericht folgte zeitweise⁸¹² diesen Einwänden. Schliesslich hat es aber die angeführte Lehrmeinung verworfen⁸¹³:

"Bezüglich der Rechte aus der Zeit vor 1912 hat das provisorische Grundbuch demnach sicher nicht die Grundbuchwirkung zu Gunsten gutgläubiger Dritter, von der in Art. 48 Abs. 3 SchlT die Rede ist. Dieser Umstand muss jedoch ... keineswegs zwangsläufig zum Schluss führen, dem kantonalen Übergangsregister könne - ab 1912 - nicht die Wirkung zukommen, welche die ordentliche Ersitzung einer Dienstbarkeit nach Massgabe des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ausschliesse. Das Gesetz sieht vor, dass die Kantone bis zur Einführung des eidgenössischen Grundbuches einzelne Wirkungen auch den kantonalen Publizitätseinrichtungen zuerkennen können (vgl. Art. 48 SchlT). Die Zielsetzung des Übergangsrechts spricht somit ... dafür, das provisorische Grundbuch - trotz fehlender Bereinigung der altrechtlichen Verhältnisse - für die Zeit seit 1. Januar 1912 hinsichtlich der hier massgebenden Wirkung dem eidgenössischen Grundbuch gleichzustellen. Die in BGE 104 II 329ff geäusserte Betrachtungsweise führt dazu, dass bei einem in die Zeit nach dem 1. Januar 1912 fallenden Ersitzungstatbestand die Rechtsstellung der betroffenen Grundeigentümer davon abhängt, ob das in Frage stehende Grundstück im eidgenössischen Grundbuch oder einem

⁸¹² BGE 104 II 303 (die Extratabularersitzung einer Dienstbarkeit ist unter der Herrschaft der kantonalen Ersatzform seit 1.1.1912 ausgeschlossen); in BGE 105 II 329 vertrat das Bundesgericht die gegenteilige Meinung); in BGE 112 II 318 hielt das Bundesgericht seine frühere Auffassung für vertretbar und in BGE 114 II 318 kehrte es zur ursprünglichen Meinung zurück. Vgl. ferner die Bestätigung in BGE 116 II 269f.

Das Kantonsgericht St. Gallen folgte dieser Rechtsprechung. Auf der Linie von BGE 104 II 303 liegen: GVP 1976 Nr. 22; I. ZK vom 13.1.1981 i.S. X. c. Y., S. 11f; auf der Linie der Änderung der Rechtsprechung gemäss BGE 105 II 329 liegen: RK vom 18.6.1985 i.S. X. c. Y., S. 6; I. ZK vom 1.6.1988 i.S. X. c. Y., S. 14ff. Auf der alten und neuen Rechtsprechung gemäss 114 II 318 liegen: GVP 1989 Nr. 26; RK vom 19.7.1989 i.S. X. c. Y., S. 7.

⁸¹³ BGE 114 II 322.

kantonalen Übergangsregister mit gewissen Grundbuchwirkungen im Sinne von Art. 48 SchlT eingetragen ist. Eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle lässt sich indessen durch keine sachlichen Gründe rechtfertigen. Insbesondere sind auch nicht etwa schutzwürdige Interessen Dritter ersichtlich." (252)

Im Kanton St. Gallen ist zudem von Bedeutung, dass bereits das alte st. gallische Zivilrecht dem Servitutenregister die negative Rechtskraft - wenn vorläufig auch nur für den Grundbuchkreis St. Gallen - verlieh⁸¹⁴. Zudem geht aus den Materialien klar hervor, dass der Gesetzgeber bei Erlass des Einführungsgesetzes den in Art. 186 EGzZGB errichteten st. gallischen Ersatzregistern die negative Rechtskraft verleihen wollte⁸¹⁵. Somit können im Kanton St. Gallen seit dem 1.1.1912 Dienstbarkeiten, für die das Bundeszivilrecht die Eintragung im Grundbuch verlangt, nur durch Eintragung in das Servitutenprotokoll entstehen, welches damit *lückenlos über die unter Herrschaft des Zivilgesetzbuches begründeten Dienstbarkeiten Aufschluss gibt*⁸¹⁶. In welchem Zeitpunkt das eidgenössische Grundbuch in einem Kreis eingeführt wurde, spielt für die Beantwortung dieser Frage keine Rolle mehr.

d) Die Ersitzung erstreckte sich über den 1.1.1912 hinweg

Nach einer weiteren Konstellation kann die Extratabularersitzung vor 1912 beginnen, sie ist aber am 1.1.1912 noch nicht abgeschlossen. Gemäss Art. 1 Abs. 3 SchlT müssen die nach dem 1.1.1912 eingetretenen Tatsachen nach dem neuen Recht beurteilt werden. Nach diesem Datum richtet sich die Ersitzung nach neuem Recht (Art. 19 Abs. 1 SchlT). Hat gemäss Art. 19 Abs. 2 SchlT eine Ersitzung, die auch dem neuen Recht entspricht⁸¹⁷, unter dem bisherigen Recht begonnen, so (253)

⁸¹⁴ Vgl. S. 249 und Anm. 2.

⁸¹⁵ Vgl. Botschaft EGzZGB, ABl 1910 II 353ff, insb. S. 381; GVP 1976 Nr. 22, S. 53.

⁸¹⁶ GVP 1989 Nr. 26 in Bestätigung von GVP 1976 Nr. 22; Nicht publiziertes Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen, RK vom 19.7.1989 i.S. X. c. Y., S. 7. Die ältere Praxis des Kantonsgerichtes und der zuständigen Verwaltungsbehörden hat ebenfalls diese Auffassung vertreten: KGE 1913 Nr. 8, 1917 Nr. 9, 1920 Nr. 3; VP I Nr. 21 und Nr. 479; VP II Nr. 291.

⁸¹⁷ Der vom Zivilgesetzbuch anerkannte Ersitzungstatbestand muss auch von der alten st. gallischen Rechtsordnung als solcher anerkannt worden sein. Ist dies (wie bei der Tabularersitzung im st. gallischen Recht, vgl. KGE 1920 Nr. 3, S. 8) nicht der Fall, so kann die Ersitzung überhaupt erst mit dem 1.1.1912 beginnen. Vgl. Mutzner Paul, Berner Kommentar zum Schlusstitel des Zivilgesetzbuches, Art. 1-50, Bern 1926, N. 3ff zu Art. 19.

wird die bis zum 1.1.1912 abgelaufene Zeit an die Ersitzungsfrist verhältnismässig angerechnet. Im Kanton St. Gallen entspricht die altrechtliche Ersitzung des Art. 20 GGD den Art. 731 i.V.m. Art. 662 ZGB. Daher beurteilt sich die ausserordentliche Ersitzung für diese Sachverhalte vollumfänglich nach neuem Recht, wobei die vor dem 1.1.1912 angebrochenen Ersitzungsjahre angerechnet werden können. Eine verhältnismässige Anrechnung der altrechtlichen Frist ist nicht nötig, weil die Ersitzungsfrist nach altem st. gallischen und neuem Bundesrecht je 30 Jahre beträgt. Wie bei der nach dem 1.1.1912 begonnenen Ersitzung⁸¹⁸, wirkt sich auch hier die negative Rechtskraft der st. gallischen Ersatzregister entscheidend aus. Ist der Eigentümer des dienenden Grundstücks aus dem Grundbuch bzw. dem Ersatzregister bekannt, so scheidet eine Extratabularersitzung zum vorneherein aus. Das Grundstück gilt im Sinne von Art. 662 Abs. 1 ZGB als im Grundbuch aufgenommen.

e) Zusammenfassung

1. War die *Ersitzung einer Dienstbarkeit bereits vor 1912 abgeschlossen*, so richtet sich ihre rechtliche Beurteilung nach altem st. gallischen Zivilrecht. Nach dem 1.1.1912, aber vor der Einführung des Grundbuches in der betreffenden Gemeinde, bestehen derartige dingliche Rechte fort. Ein Dritter kann sich nicht auf den fehlenden Eintrag in den Ersatzregistern berufen. Altrechtliche Überraschungen sind also vor der Einführung des eidgenössischen Grundbuches ohne weiteres möglich. Nach der Einführung des Grundbuches können sich hingegen gutgläubige Dritte auf den fehlenden Eintrag berufen.
2. Begann die Extratabularersitzung vor dem 1.1.1912, war sie aber an diesem Datum noch nicht abgeschlossen *oder* begann sie nach diesem Datum, so richtet sich ihre rechtliche Beurteilung nach Art. 662 Abs. 1 ZGB. In bezug auf diese beiden Sachverhalte besitzen die kantonalen Ersatzregister die negative Rechtskraft. Ein Grundstück, das in einem Ersatzregister eingetragen ist, gilt daher als (254)

⁸¹⁸ Vgl. S. 250ff.

"im Grundbuch aufgenommen" (Art. 662 Abs. 1 ZGB). Eine Extratabularersitzung ist somit ausgeschlossen.

V. Vorschriften über "kantonalrechtliche Grundstücke"

1. Sinn von Art. 949 Abs. 2 ZGB

Nach Art. 949 Abs. 2 ZGB sind die Kantone ermächtigt, über die Eintragung der *dinglichen Rechte an Grundstücken, die dem kantonalen Recht unterstellt bleiben*, besondere Vorschriften aufzustellen. Als Grundstücke, die vollumfänglich vom kantonalen Recht beherrscht sind, gelten die in Art. 944 ZGB genannten, dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke (z.B. Strassen, öffentliche Plätze) sowie die vom kantonalen Recht bestimmten öffentlichen und herrenlosen Grundstücke gemäss Art. 664 ZGB (z.B. Firne, Gletscher) und ferner die selbständigen Anteilsrechte an Allmendgenossenschaften und ähnlichen Korporationen gemäss Art. 59 Abs. 3 ZGB⁸¹⁹. Art. 949 Abs. 2 ZGB befasst sich ausschliesslich mit der Eintragung dinglicher Rechte an Grundstücken, *die dem kantonalen Recht unterstellt bleiben*. Soweit es sich aber um Grundstücke im Sinne von Art. 655 Abs. 2 bzw. 943 Abs. 1 ZGB handelt, kommen ausschliesslich bundesrechtliche Regelungen zum Zuge. Der Art. 949 Abs. 2 ZGB bedeutet, dass das kantonale Recht das Grundbuch oder besondere Register zur Aufnahme dieser vom kantonalen Recht beherrschten Grundstücke bestimmen kann, damit die dinglichen Rechte an diesen besonderen Grundstücken festgehalten werden.

In einer gewissen Nähe zu Art. 949 Abs. 2 ZGB stehen die Vorbehalte betreffend öffentlichrechtliche Grundlasten (Art. 784 Abs. 1 ZGB⁸²⁰), öffentlichrechtliche Pfandrechte (Art. 836 ZGB⁸²¹) und die Anmerkung von öffentlichrechtlichen (255)

⁸¹⁹ Vgl. Deschenaux, Grundbuch 52 Anm. 11, 79, 222f; Jagmetti 339f.

⁸²⁰ Vgl. S. 226f.

⁸²¹ Vgl. S. 224ff.

Eigentumsbeschränkungen (Art. 962 ZGB)⁸²². Im Unterschied von Art. 949 Abs. 2 ZGB betreffen diese hier aufgezählten Bestimmungen aber (private) Grundstücke im Sinne von Art. 655 Abs. 2 bzw. 943 Abs. 1 ZGB. Im eidgenössischen Grundbuch können also nach diesen besonderen Vorbehalten, kantonale öffentlichrechtliche Grundlasten, Pfandrechte und Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken im Sinne des Bundesrechts eingetragen werden⁸²³.

Beim Erlass des Einführungsgesetzes war es vorerst noch nicht klar, welche Grundstücke gemäss Art. 949 Abs. 2 ZGB dem kantonalen Recht unterstellt bleiben sollten. Der Gesetzgeber hat die Regelung dieser Frage daher einer regierungsrätlichen Verordnung überlassen (Art. 175 Ziff. 1 EGzZGB⁸²⁴). Eine solche Verordnung wurde vorerst nicht erlassen. Erst nachdem der Gesetzgeber 1942 die Rechte an Anteilkorporationen als "Grundstücke" klassiert hatte, wurden in der Verordnung über das Alpbuch gerade solche dem kantonalen Recht unterstellten Grundstücke geschaffen⁸²⁵.

Nach st. gallischem Recht sollen die Wasserrechte, die unter gewissen Voraussetzungen von Bundesrechts wegen als "Grundstücke" gelten, im Grundbuch eingetragen werden (vgl. den folgenden 2. Abschnitt), und als eigentliche "kantonalrechtliche Grundstücke" gelten die selbständigen Rechte an Anteilkorporationen (vgl. den nachfolgenden 3. Abschnitt). Ansonsten bestehen keine (256)

⁸²² Vgl. S. 177ff.

⁸²³ Jagmetti 339 vermengt diese unterschiedlichen Sachverhalte.

⁸²⁴ Vgl. Botschaft EGzZGB, ABI 1910 II 379.

⁸²⁵ Die amtliche Ausgabe des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch verweist in einer Anmerkung zu Art. 175 Ziff. 1 EGzZGB (nGS Nr. 26-65, S. 38 Anm. 1 und früher nGS Nr. 14-31, S. 44 Anm. 5) auf die Grundbuchbereinigungsverordnung. Dieser Hinweis ist offensichtlich falsch. Art. 949 Abs. 2 ZGB befasst sich überhaupt nicht mit der Bereinigung der dinglichen Rechte anlässlich der Einführung des eidgenössischen Grundbuches, sondern mit Grundstücken, die dauernd, und nicht gemäss Übergangsrecht, vom kantonalen Recht bestimmt sind. Die Eintragung der in der Grundbuchbereinigungsverordnung genannten Rechte in das eidgenössische Grundbuch ist vielmehr ein übergangsrechtliches Problem, das durch die Art. 17ff und vor allem 38ff SchlT geregelt wird (vgl. Homberger A., Zürcher Kommentar zu Art. 919-977, 2. A., Zürich 1938, N. 4 zu Art. 949. Die GBBV bezieht sich im Ingress denn auch auf Art. 43 SchlT und die Art. 183-185 EGzZGB).

weiteren Vorschriften über Grundstücke, die vom kantonalen Recht bestimmt sind⁸²⁶. Die Bergwerke, die zwar ebenfalls vom kantonalen Recht beherrscht werden (Bergregal), gelten schon von Bundesrechts wegen als Grundstücke (Art. 655 Abs. 2 und 943 Abs. 1 je Ziff. 3 ZGB)⁸²⁷.

2. Wasserrechte

Das Bundesrecht erklärt die auf wenigstens dreissig Jahre verliehenen Wasserrechte an öffentlichen Gewässern (Art. 56 SchlT und Art. 59 WRG) als "Grundstücke", die in das Grundbuch aufgenommen werden *können*, aber nicht aufgenommen werden müssen (Art. 8 Abs. 1 GBV). Im Kanton St. Gallen erteilt der Regierungsrat solche Wasserrechte (Art. 46 GNG). Art. 175 Ziff. 2 EGzZGB schreibt nun vor, dass diese öffentlichrechtlichen Konzessionen ausnahmslos im Grundbuch als Grundstücke eingetragen werden *müssen oder können*⁸²⁸. Damit liegt bei den Wasserrechten dieselbe grundbuchliche Situation wie bei den Bergwerken vor: Beide müssen als öffentlichrechtliche "Grundstücke" in das Grundbuch aufgenommen werden. In der gegenwärtigen Praxis werden solche Wasserrechte allerdings selten im Grundbuch eingetragen.

3. Rechte an Anteilkorporationen

Die Rechte an den *Anteilkorporationen*⁸²⁹ des kantonalen Privatrechtes sind teilweise dem Rechtsverkehr zugänglich. Der kantonale Gesetzgeber musste daher auch die Übertragung und dingliche Belastung solcher Anteilsrechte regeln, da keine bundesrechtliche Vorschriften bestehen. (257)

⁸²⁶ Vgl. aber Art. 174 EGzZGB und S. 235f.

⁸²⁷ Vgl. S. 171ff.

⁸²⁸ Die Botschaft EGzZGB, ABl 1910 II 379 legt ein "Müssen" nahe, wogegen Art. 10 Abs. 1 GBV auf ein "schriftliches Begehren des Berechtigten" abstellt.

⁸²⁹ Vgl. S. 103ff.

Ein "Alprecht" berechtigt in der Regel zur Sömmerung einer Kuh auf der Korporationsalp; allerdings sind die Einheiten nicht überall gleich gross. So bedarf die Sömmerung einer Kuh in der alpenreichen Gemeinde Alt St. Johann im Obertoggenburg, auf der Korporationsalp Selamatt $1\frac{1}{4}$ Alprechte oder auf der Alp Selun sogar zweier Rechte⁸³⁰. Die Alprechte werden gesamthaft im Verhältnis zum Futterertrag einer Alp berechnet; eine derart eingeteilte Alp ist dann "gestuht"⁸³¹. Diese Einteilung ist jedoch rein ideeller Natur. Die Korporationsalpen sind nie parzelliert oder unterteilt; im Gegenteil verbieten die Alpreglemente eine Behinderung der freien Atzung⁸³². Nach der Inkraftsetzung des Zivilgesetzbuches hatte sich die Frage gestellt, ob für die Veräusserung oder Verpfändung eines derartigen Anteilsrechtes das Grundstücksrecht oder die Bestimmungen des Obligationenrechts über Forderungen anwendbar sind. Das Berner Recht hatte sich schon seit 1912 für die Anwendung des Grundstücksrechtes ausgesprochen⁸³³. Im Kanton St. Gallen bestand während Jahren eine Unsicherheit; die Praxis hatte sich jedoch seit jeher für die Anwendung des Grundstücksrechtes ausgesprochen⁸³⁴. Schon im bisherigen st. gallischen Zivilrecht waren die Anteilsrechte ins Handänderungsprotokoll und ins Pfandprotokoll eingetragen worden. Der Gesetzgeber hatte diese althergebrachte Praxis erst im Jahr 1942 mit einem Nachtragsgesetz⁸³⁵ kodifiziert und die Art. 187 und 188 EGzZGB erlassen.

(258)

⁸³⁰ Schlumpf, Korporationsalpen 8.

⁸³¹ Schlumpf, Korporationsalpen 8, 18 Anm. 11; Wagner, Alpkorporationen 46.

⁸³² Wagner, Alpkorporationen 46; Schlumpf, Korporationsalpen 9.

⁸³³ Liver, Genossenschaften 191; Schlumpf, Korporationsalpen 8.

⁸³⁴ Botschaft II. NG EGzZGB, ABl 1942 392; Schlumpf, Korporationsalpen 48; Litscher Martin, Die Alpkorporationen des Bezirkes Werdenberg, Diss. Bern 1919, S. 87; Wagner 392; Grünenfelder Ivo, Die Privatalpkorporationen des Bezirkes Sargans, Diss. Freiburg, Mels 1971, S. 33; Liver, Genossenschaften 192; Gemperle Paul, Die Besteuerung der Alprechte in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des st. gallischen Steuerrechts, Diss. Freiburg 1953, S. 56. Teilweise a.A. Raggensbass, Korporationen 174 Anm. 58 m.w.H.

⁸³⁵ GS 17, 413.

Gemäss Art. 949 Abs. 2 ZGB sind die Kantone ermächtigt, über die Eintragung der dinglichen Rechte an Grundstücken, die dem kantonalen Recht unterstellt bleiben, besondere Vorschriften aufzustellen⁸³⁶. Nach Art. 796 Abs. 2 ZGB können die Kantone ausserdem die Verpfändung von Allmenden und Weiden, die sich im Eigentum von Korporationen befinden, sowie von damit verbundenen Nutzungsrechten, besonders regeln. Art. 187 Abs. 1 EGzZGB gestattet nun, selbständige Anteilsrechte wie Grundstücke zu verpfänden. Allerdings kann auch die Korporation das ihr gehörende Grundeigentum verpfänden; gemäss Art. 187 Abs. 2 EGzZGB hat sie die Schuld in Annuitäten von mindestens 5% zu tilgen⁸³⁷. Die Pfandrechte, die die Korporation errichtet, gehen allen anderen Belastungen (insbesondere der Anteilsinhaber) vor. In der Form dieser selbständigen Anteilsrechte existiert also neben den Grundstücken im Sinne der Art. 655 Abs. 2 bzw. Art. 943 Abs. 1 ZGB eine Art kantonalrechtlicher "Grundstücke". Diese Anteilsrechte, die landwirtschaftliche⁸³⁸ Grundstücke darstellen, werden nun aber nicht im eidgenössischen Grundbuch einer Gemeinde eingetragen. Art. 188 Abs. 1 EGzZGB sieht dafür vielmehr ein besonderes "*Alpbuch*" vor. Nach st. gallischem Recht ist die Eintragung dieser selbständigen Anteilsrechte (Kuhrechte, Stösse) im Alpbuch konstitutives Erfordernis für den Erwerb, deren Verpfändung und für die Begründung von Nutzniessungsrechten⁸³⁹. Kleinere Anteile als einen Viertel eines Kuhrechtes können nicht eingetragen werden⁸⁴⁰. Die Verträge über (259)

⁸³⁶ Vgl. S. 255ff.

⁸³⁷ Vgl. die ausführliche Darstellung bei Raggenbass, Korporationen 175f; Liver, Genossenschaften 196f.

⁸³⁸ Sie unterstehen daher auch dem bäuerlichen Bodenrecht (vgl. S. 27 und Anm. 2); siehe zur problematischen, bisherigen Rechtslage: Schlumpf, Korporationsalpen 10ff. Der st. gallische Gesetzgeber hat leider kein Vorkaufsrecht der Alpengenossen und Alppächter eingeführt (Schlumpf, Korporationsalpen 11 berichtet aus eigener Anschauung über diese Problematik).

⁸³⁹ Vgl. Art. 188 EGzZGB, Art. 2 und 7 VAB. Andere Dienstbarkeiten als Nutzniessungsrechte können nicht begründet werden: Art. 187 Abs. 1 EGzZGB und Art. 7 Abs. 2 VAB.

⁸⁴⁰ Art. 4 Abs. 3 VAB. Diese Vorschrift war nötig, weil früher die Anteilsrechte infolge von Erbteilungen immer kleiner wurden und bis auf 1/32 schrumpften, vgl. Wagner, Alpkorporationen 47; vgl. auch Schlumpf, Korporationsalpen 17.

Kauf, Tausch, Schenkung usw. von Anteilsrechten als Grundstücke bedürfen der öffentlichen Beurkundung durch den Grundbuchverwalter (Art. 6 VAB). Der Regierungsrat hat die näheren Regelungen gemäss Art. 188 Abs. 2 EGzZGB in der Verordnung über das Alpbuch (VAB) getroffen, die sich insbesondere der Führung des Alpbuches durch den Grundbuchverwalter der betreffenden Gemeinde annimmt. Soweit diese Verordnung keine besonderen Regelungen vorsieht, gelangen die Vorschriften über die Führung des Grundbuches zur Anwendung⁸⁴¹. Das Grundstück der Korporationsalp ist selbstverständlich auch im eidgenössischen Grundbuch aufgeführt; in den betreffenden Grundbuchblättern ist ferner auf das Alpbuch hinzuweisen (Art. 2 Abs. 2 VAB). Die Vorschrift des Art. 5 Abs. 2 VAB, wonach jedes Anteilrecht mit einer Nummer bezeichnet wird, ist etwas illusorisch. Denn die Alprechte sind an sich rein abstrakte Anteilsrechte; sie gleichen einander völlig. Erst ihre Belastung mit dinglichen und andern Rechten auf dem Alpbuchblatt unterscheidet sie voneinander.

Privatkorporationen mit Anteilsrechten bestehen seit dem Hochmittelalter; zum Teil gingen aus ihnen die Gemeinden und die Ortsgemeinden hervor. Heute gibt es im Kanton St. Gallen immer noch eine ansehnliche Zahl solcher Alpkorporationen mit Anteilsrechten. Die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte hat allerdings auch diese uralten Gemeinschaften berührt. So führt die zunehmende Motorisierung zur allmählichen Zerstörung der Grundlagen einer gemeinsamen Alpwirtschaft. Der ehemalige Grundbuchverwalter von Alt-St. Johann, Carl Schlumpf, schrieb in seiner lesenswerten und interessanten Schrift über die Alpkorporationen⁸⁴²:

"Leider werden die reglementarischen Pflichten ... heute mehr und mehr vernachlässigt. Wer ein Auge dafür hat, sieht es einer Alp sehr bald an, wo noch traditions- und reglementsgemäss gealpt wird. (260)

⁸⁴¹ Vgl. Art. 66 EVzZGB und die GBV.

⁸⁴² Schlumpf, Korporationsalpen 24f. Diese Schrift enthält für den interessierten Leser viele weitere Hinweise auf die Alpkorporationen mit selbständigen Anteilsrechten. (Stofeln = Arbeiten, die den allgemeinen Ertrag erhöhen, wie mähen, Mist und Gülle ausbreiten; Schwenden = Arbeitsdienste zugunsten der Alp).

Vorwiegend in der Nähe der neu erstellten Alpstrasse wird nur ungenügend gestofelt. Und den Ausdruck "schwenden" kennen nur noch alteingesessene Äpler. So verganden einst fruchtbare Stöfel". (261)

§10 Obligationenrecht

I. Grundlagen

Im Gegensatz zum Zivilgesetzbuch behält das Obligationenrecht nur wenige Gebiete dem kantonalen Privatrecht vor; dazu gehören vor allem die Forderungen für Wirtszeche und die Befugnis, Normalarbeitsverträge zu erlassen. Bedeutsam sind die vom Kanton aufzustellenden Organisationsbestimmungen, so über Versteigerungen, Miete und Pacht sowie das Handelsregister. Im folgenden werden die einzelnen vorbehaltenen oder zu organisierenden Gebiete kurz vorgestellt.

II. Forderungen für Wirtszeche

Nach Art. 186 OR bleibt es der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten, die Klagbarkeit von Forderungen aus dem Kleinvertrieb geistiger Getränke, einschliesslich der Forderung für Wirtszeche, zu beschränken oder auszuschliessen. Der Vorbehalt bezieht sich nur auf den gewerbmässigen Verkauf an Letztverbraucher, aber nicht etwa auf den Zwischenhandel⁸⁴³. Die vom kantonalen Recht unklagbar erklärte Forderung wird zu einer Naturalobligation, wie der Mäklerlohn aus Heiratsvermittlung (Art. 416 OR) oder die Spielschuld (Art. 513 Abs. 1 OR). Damit werden sozialpolitische Zwecke verfolgt; Wirtsleute und Kleinhändler sollen davon abgehalten werden, alkoholische Getränke auf Kredit und damit im Übermass abzugeben. Die Unklagbarkeit kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass die Forderung mit Bürgschaften, Pfandverträgen oder Konventionalstrafen verstärkt wird. Die Unklagbarkeit soll jeden Erfüllungszwang ausschliessen, daher erfasst sie auch die Nebenrechte der Forderung und die Konventionalstrafen. Die unklagbaren Forderungen für Wirtszeche (oder "Urte") (262)

⁸⁴³ Jagmetti 343; Giger Hans, Berner Kommentar zu Art. 186 OR N. 11, Band VI/1, Art. 184-215, Bern 1979.

können auch nicht gegen den Willen des Schuldners verrechnet werden⁸⁴⁴.
Der Kanton St. Gallen hat auf eine minutiöse Art und Weise von diesem Vorbehalt Gebrauch gemacht⁸⁴⁵; Art. 14⁸⁴⁶ GWG bestimmt:

Forderungen aus der fortgesetzten Abgabe alkoholischer Getränke auf Kredit im Kleinvertrieb sind nicht klagbar. Ausgenommen sind Forderungen aus der Bewirtung von Gesellschaften und übernachtenden Gästen sowie für Getränke, die bei Mahlzeiten genossen werden.

Diese Bestimmung hat eine geringe praktische Bedeutung; es kommt kaum einmal zu Entscheidungen des Zivilrichters und diese werden noch seltener publiziert⁸⁴⁷. (263)

⁸⁴⁴ Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 1988, S. 67f; Giger Hans, Berner Kommentar zu Art. 186 OR N. 8, Band VI/1, Art. 184-215, Bern 1979; vgl. auch Jagmetti 344 zu weitergehenden kantonalen Regelungen.

⁸⁴⁵ Einfacher ist § 213 EGzZGB BS, wonach die Wirtszeche nur bis Fr. 10.- klagbar ist.

⁸⁴⁶ Bei der Totalrevision des Gastwirtschaftsgesetzes hat der Grosse Rat dessen Beibehaltung beschlossen: Die Botschaft vom 31.3.1981 und die Nachtragsbotschaft vom 9.11.1982 des Regierungsrates zu einem Gastwirtschaftsgesetz ABl 1981 611 und ABl 1982 1807 enthielten diese Bestimmung nicht mehr (vgl. auch die folgende Anm. 3).

⁸⁴⁷ Die Bestimmung des Art. 14 GWG ist seit 1888 bekannt: vgl. Art. 34 G über die Betreibung von Wirtschaften und den Kleinverkauf von Getränken vom 22.11.1888, GS 5, 364: "Für Zechschulden bei Wirthen, worunter einzig die Ürten von Reisenden nicht inbegriffen sind, wird kein Recht gehalten.". Art. 47 des Wirtschaftsgesetzes vom 26.2.1945, nGS 6, 225 lautet ähnlich wie der geltende Art. 14 GWG. Seit 1888 wurde dazu nur ein einziges Urteil publiziert: In KGE 1904 Nr. 32 hat das Kantonsgericht entschieden, dass die Einrede der Unklagbarkeit zu den verzichtbaren Rechten gehöre. Vgl. zum widersprüchlichen Verhältnis zwischen Art. 186 OR und Art. 150 StGB (Zechprellerei): Jeanprêtre Raymond, La dette d'auberge en droit civil et en droit pénal, Journal des Tribunaux 1965 IV 2ff.

III. Öffentliche Versteigerungen

Nach Art. 236 OR können die Kantone in Ergänzung des Obligationenrechts weitere Vorschriften über die öffentliche Versteigerung aufstellen. Dieser Vorbehalt bezieht sich ausschliesslich auf freiwillige öffentliche Versteigerungen und nicht etwa auf die Zwangsversteigerung oder auf die Privatversteigerung im geschlossenen Kreis⁸⁴⁸.

Der gestützt auf Art. 236 OR erlassene Art. 189a EGzZGB⁸⁴⁹ regelt lediglich die Zuständigkeiten. Danach ordnet der Gemeinderat in der Regel die Durchführung freiwilliger Versteigerungen (Art. 189a Abs. 1 EGzZGB). Ausserdem kann der Verwaltungsrat einer Ortsgemeinde oder einer öffentlichrechtlichen Korporation Versteigerungen im eigenen Bereich ohne Bewilligung des Gemeinderates selbst leiten (Art. 189a Abs. 2 EGzZGB). Die gemeinderätliche Gantkommission führt die amtlichen öffentlichen Versteigerungen durch (Art. 146 EVzZGB). Die Durchführung darf nicht an eine andere Person, z.B. an ein früheres Mitglied des Gemeinderates, übertragen werden⁸⁵⁰.

Art. 78 EVzZGB enthält genaue Vorschriften für den Steigerungsakt betreffend Grundstücke. Dieser bedarf präziser Angaben, da er den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag ersetzt. (264)

⁸⁴⁸ Jagmetti 345; Art. 146 Abs. 1 Satz 2 EVzZGB.

⁸⁴⁹ Ursprünglich fand sich diese Bestimmung in den Organisationsgesetzen: vgl. Art. 90 G betreffend die Organisation der Verwaltungsbehörden, Gemeinden und Bezirke vom 1.3./9.5.1867, aGS I 139; dann Art. 59 Organisationsgesetz vom 29.12.1947, GS 19, 113; beim Erlass des Gemeindegesetzes wurde sie dann in das EGzZGB eingefügt: vgl. Art. 256 GG und die Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines Gemeindegesetzes vom 24.8.1976, ABl 1976 1227ff, insb. S. 1302. Andere Kantone haben für die öffentlichen Steigerungen Sondergesetze geschaffen, vgl. z.B. § 99 EGzZGB BS.

⁸⁵⁰ VP III Nr. 66.

IV. Miete und Pacht

Das Mietrecht enthält nur wenige echte Vorbehalte. So können die Kantone ergänzende Bestimmungen über die Sicherheitsleistung durch den Mieter erlassen (Art. 257e Abs. 4 OR). Sie können ferner die Verwendung des Formulars gemäss Art. 269d OR beim Abschluss eines neuen Mietvertrages obligatorisch erklären (Art. 270 Abs. 2 OR). Die Kantone haben davon zurückhaltend Gebrauch gemacht⁸⁵¹.

Das Miet- und Pachtrecht verweist bei verschiedenen Fragen auf den Ortsgebrauch (Art. 257c, 259, 266b-266d, 284 Abs. 2, 296, 302-304 OR). Der Kanton St. Gallen hat diesen Ortsgebrauch jedoch nicht gesetzlich festgelegt⁸⁵², sodass dessen Feststellung dem Richter obliegt⁸⁵³. In den Gemeinden, wo sich kein Ortsgebrauch feststellen lässt, gilt die subsidiäre gesetzliche Regelung.

Die einzelnen Zuständigkeiten von Behörden für Streitigkeiten aus dem Miet- und Pachtrecht ergeben sich aus dem Zivilprozessrecht⁸⁵⁴ sowie aus dem Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch (Art. 2 und 189b EGzZGB). Danach entscheidet der Bezirksgerichtspräsident im summarischen Verfahren über alle Ausweisungen. Der Gemeindammann hat also, wie noch im früheren Recht, keine Entscheidkompetenzen betreffend Ausweisung mehr. Er vollzieht vielmehr nur noch die Aus- (265)

⁸⁵¹ Im EGzZGB und im EGzZGB AR fehlen entsprechende Bestimmungen. Der Genfer Gesetzgeber (vgl. Art. 94B Loi d'application du code civil et du code des obligations du 7.5.1981, Recueil officiel systématique Nr. E-1-1) hat vom Vorbehalt des Art. 270 Abs. 2 OR Gebrauch gemacht und das Formular auch für die Miete von Geschäftsräumen obligatorisch erklären wollen, was angesichts des klaren Gesetzeswortlauts unzulässig ist: vgl. BGE 117 Ia 328.

⁸⁵² Vgl. S. 42.

⁸⁵³ Nach GVP 1988 Nr. 46 besteht in der Stadt St. Gallen ein Ortsgebrauch, wonach auf 31. Januar, 30. April, 31. Juli und 31. Oktober gekündigt werden kann (vgl. Art 266c OR). Vgl. auch S. 42 Anm. 2 zu § 214 Abs. 1 EGzZGB BS.

⁸⁵⁴ Vgl. Art. 6 ZPO, sowie Art. 196 ZPO i.V.m. Ziff. 57 und 58 Anhang ZPV. Im folgenden werden nur die im Hinblick auf das EGzZGB interessierenden Bestimmungen dargelegt.

weisung eines Mieters oder Pächters⁸⁵⁵, nimmt die Hinterlegung des Mietzinses entgegen (Art. 259g OR) und wirkt beim Zurückhalten von Gegenständen in Mieträumen (Art. 268b OR) mit. Diese Zuständigkeit des Gemeindammanns können die Gemeinden gemäss Art. 36 EGzZGB einem andern Beamten übertragen, was in grossen Gemeinden die Regel ist. Der Gemeindammann oder der zuständige Beamte setzt dem Mieter oder Pächter eine Frist von höchstens fünf Tagen an, um das Objekt zu verlassen (Vollzugsbefehl). Mit der Fristansetzung ist die Zwangsvollstreckung anzudrohen. Dagegen kann bis zum Vollzug Beschwerde beim Justiz- und Polizeidepartement⁸⁵⁶ erhoben werden⁸⁵⁷; dessen Entscheid ist endgültig.

V. Arbeitsrecht

Gemäss Art. 359 und 359a OR sind die Kantone neben dem Bund ermächtigt, Normalarbeitsverträge zu erlassen. Entgegen ihrer Bezeichnung sind Normalarbeitsverträge nicht etwa Verträge, sondern rechtssetzende Akte, also Verordnungen oder Gesetze (Art. 360 OR). Erstreckt sich der Geltungsbereich des Normalarbeitsvertrages auf das Gebiet mehrerer Kantone, so ist für den Erlass der Bundesrat, andernfalls der Kanton zuständig (Art. 359a Abs. 1 OR)⁸⁵⁸.

Für das Arbeitsverhältnis der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer und der Arbeitnehmer im Hausdienst sind die Kantone zum Erlass von Normalarbeitsvert- (266)

⁸⁵⁵ Art. 189b Abs. 1 EGzZGB. Was eine Spezialregel zu Art. 295 ZPO darstellt, wonach der Bezirksammann den Entscheid in der Regel vollstreckt.

⁸⁵⁶ Vgl. Art. 26 lit. b GeschR.

⁸⁵⁷ Diese Regelung des Art. 189b EGzZGB (bisher in den Art. 21-23 EGzSchKG geregelt) entspricht Art. 301 ZPO und Art. 47 Abs. 2 VRP; gegen Vollstreckungsverfügungen kann Rekurs an das zuständige Departement eingereicht werden.

⁸⁵⁸ Einen guten Überblick über die geltenden Normalarbeitsverträge von Bund und allen Kantonen gibt das Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (vgl. z.B. JAR 1991, S. 69ff).

rügen verpflichtet⁸⁵⁹. Für den Bereich des Gastgewerbes ist gemäss Art. 74 GWG ein Normalarbeitsvertrag zu erlassen, wenn kein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag⁸⁶⁰ besteht. Für eine allfällige Periode ohne allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag gilt deshalb der Normalarbeitsvertrag für das Gastgewerbe⁸⁶¹. Gemäss Art. 8 EGzZGB und Art. 74 GWG ist der Regierungsrat für die genannten Gebiete zuständig⁸⁶², Normalarbeitsverträge zu erlassen.

Die Kantone haben im Bereich der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen bedeutende Kompetenzen. Beschränkt sich der Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages auf das Kantonsgebiet, so ist die vom Kanton bezeichnete Behörde (der Regierungsrat), ansonsten der Bundesrat⁸⁶³ zuständig. Der St. Galler Regierungsrat hat gegenwärtig keinen Gesamtarbeitsvertrag allgemeinverbindlich erklärt⁸⁶⁴. (267)

⁸⁵⁹ Art. 359 Abs. 2 OR. Siehe für den Kanton St. Gallen: Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 25.2.1986, sGS 513.1; Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 25.2.1986, sGS 513.2. Siehe zu letzterem: Notter Remi Felix, Das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis unter besonderer Berücksichtigung des St. Galler Normalarbeitsvertrages, Diss. Fribourg 1976.

⁸⁶⁰ Gegenwärtig gilt der Landes-GAV für das Gastgewerbe vom 16.5.1989, BBl 1989 II 268, mit den Änderungen vom 12.12.1989, BBl 1989 III 1734, vom 26.10.1990, BBl 1990 III 757 und vom 12.12.1991, BBl 1991 IV 902. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist bis zum 30.6.1992 gültig. Am 1.7.1992 wird ein neuer Landes-Gesamtarbeitsvertrag in Kraft treten.

⁸⁶¹ Vom 20.12.1988, sGS 513.3.

⁸⁶² Art. 8 EGzZGB "im Obligationenrecht" verweist nur auf Normalarbeitsverträge für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft und im Hausdienst. Normalarbeitsverträge über andere Wirtschaftsbereiche hätte der Gesetzgeber zu erlassen bzw. die entsprechende Kompetenz wie in Art. 74 GWG an den Regierungsrat zu delegieren.

⁸⁶³ Vgl. Art. 7 BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28.9.1956, SR 221.215.311 und Art. 1 VV zum BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 15.1.1957, sGS 514.1. Siehe zu den einzelnen Voraussetzungen und zum Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung: Jagmetti 348f; Vischer Frank, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 279ff, insb. S. 294f.

⁸⁶⁴ Einen Überblick über die vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärten GAV und die vom Bundesrat genehmigten kantonalen Allgemeinverbindlicherklärungen bietet das Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (vgl. z.B. JAR 1991, S. 76ff).

VI. Handelsregister

Gemäss Art. 927 Abs. 3 OR haben die Kantone die Amtsstellen, denen die Führung des Handelsregisters obliegt, und eine kantonale Aufsichtsbehörde zu bestimmen. Es ist aber nach dem Gesetzeswortlaut und der bundesgerichtlichen Praxis nur *eine* Aufsichtsbehörde in Handelsregistersachen zulässig⁸⁶⁵. Den Kantonen steht es aber frei, entweder richterliche oder administrative Behörden oder Einzelpersonen als Aufsichtsbehörde zu bezeichnen.

Im Kanton St. Gallen führt das Handelsregisteramt ein kantonales Handelsregister (Art. 1 GFH). Ein Dreier-Ausschuss des Kantonsgerichtes als kantonale Aufsichtsbehörde für das Betreibungs- und Konkurswesen ist zugleich auch kantonale Aufsichtsbehörde über das Handelsregister⁸⁶⁶. Der Aufsichtsbehörde stehen die in der Handelsregisterverordnung festgehaltenen Kompetenzen zu. Sie verhängt etwa die in Art. 943 OR vorgesehenen Ordnungsbussen⁸⁶⁷ oder ordnet gewisse Registerlöschungen von Amtes wegen an⁸⁶⁸. Im übrigen regelt das Bundesrecht⁸⁶⁹ die Organisation des Handelsregisters weitgehend, sodass für kantonales Recht kaum Raum bleibt.

Der Rechtsschutz ist von der Handelsregisterverordnung wie folgt geregelt. Gegen Verfügungen des Registerführers kann innert 14 Tagen Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde⁸⁷⁰ eingereicht werden. Gegen Entscheide der kantonalen (268)

⁸⁶⁵ BGE 100 Ib 456f.

⁸⁶⁶ Art. 2 Abs. 2 GFH und Art. 13 EGzSchKG.

⁸⁶⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 3 GFH. Der Kanton St. Gallen hat demnach von der Ermächtigung des Art. 2 Satz 2 HRV (Delegation der Befugnis zur Aussprechung von Bussen an den Handelsregisterführer) keinen Gebrauch gemacht. Siehe zu den Ordnungsbussen: insb. Art. 2 Satz 1, 59 Abs. 4, 60 Abs. 2, 85 Abs. 3 HRV.

⁸⁶⁸ Vgl. z.B. Art. 68 Abs. 3, 89 Abs. 3, 96 lit. c, 100 Abs. 3 HRV. Die Aufsichtsbehörde besitzt daneben weitere Kompetenzen, vgl. z.B. Art. 3 Abs. 2-4, 31, 37 Abs. 1, 58 Abs. 1, 60 Abs. 3, 63 Abs. 4 HRV.

⁸⁶⁹ Art. 927-943 OR und die HRV.

⁸⁷⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 3 und 4, es sind nur sehr wenige Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde publiziert: vgl. GVP 1961 Nr. 19 und 21.

Aufsichtsbehörde - z.B. gegen Beschwerdeentscheide oder Bussenverfügungen - sowie gegen Entscheide des eidgenössischen Handelsregisteramtes kann innert 30 Tagen Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht eingereicht werden⁸⁷¹. Erheben aber Dritte beim Handelsregisterführer einen privatrechtlichen Einspruch gegen eine Eintragung, so sind sie an den Zivilrichter zu weisen⁸⁷².

VII. Weitere Gebiete

1. Administrative Anwendung des Obligationenrechts

In bezug auf eine administrative Anwendung des Obligationenrechtes regelt das Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch nur wenig. Manche Zuständigkeiten hat ferner das Zivilprozessgesetz und seine Ausführungserlasse geordnet.

Beim Gemeindammann können in den Fällen von Art. 36 Abs. 1, 168, 259g, 451 Abs. 1, 1032 OR Geldbeträge hinterlegt werden⁸⁷³. Das Justiz- und Polizeidepartement bewilligt öffentlichen Lagerhaltern die Ausgabe von Wertpapieren, es verhängt bei Übertretungen entsprechende Ordnungsbussen (Art. 481 Abs. 1 und 1155 Abs. 2 OR) und genehmigt die Vertragsbedingungen bzw. Leistungen einer staatlich anerkannten Pfundanstalt (Art. 522 Abs. 2 und 524 Abs. 3 OR)⁸⁷⁴. Diese Verfügungen können mit Rekurs an den Regierungsrat weitergezogen werden⁸⁷⁵. (269)

⁸⁷¹ Vgl. Art. 5 HRV, Art. 97 und 98 lit. g OG. Beispiel: BGE 108 II 130 ("Bachtel-Versand AG"). Die Bussenverfügung kann nur mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde, nicht aber mit strafrechtlicher Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationshof angefochten werden: vgl. BGE 72 I 255, 104 Ib 263.

⁸⁷² Vgl. genauer Art. 32 HRV. Die vorläufige Untersagung einer Eintragung gemäss Art. 32 Abs. 2 HRV wird vom Bezirksgerichtspräsidenten im summarischen Verfahren erlassen, vgl. Art. 196 ZPO i.V.m. Ziff. 84 Anhang ZPV.

⁸⁷³ Art. 2 EGzZGB, "im Obligationenrecht".

⁸⁷⁴ Art. 7bis EGzZGB, "im Obligationenrecht" und Art. 26 lit. b GeschR.

⁸⁷⁵ Vgl. S. 56f.

Nach dem neuen Aktienrecht haben die Kantone keine Kompetenz mehr, eine Depositenstelle zur Einzahlung des Aktienkapitals zu bezeichnen⁸⁷⁶.

Vielmehr ist gemäss Art. 633 Abs. 1 OR die Einlage bei einem dem Bankengesetz unterstellten Institut zu hinterlegen⁸⁷⁷.

Die nach Art. 246 Abs. 2 OR im öffentlichen Interesse liegende Vollziehung einer Auflage bei einer Schenkung kann von der Verwaltungsbehörde der betreffenden Gemeinde verlangt werden. Erstreckt sich das Interesse über das Gebiet einer politischen Gemeinde hinaus, so ist der Regierungsrat zuständig (Art. 9 EGzZGB).

2. Regelungen über Zinse

Gemäss Art. 73 Abs. 2 OR kann das öffentliche Recht Bestimmungen gegen Missbräuche im Zinswesen aufstellen⁸⁷⁸. Der Kanton St. Gallen hat keine derartige Normen erlassen und ist insbesondere auch nicht dem interkantonalen Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen⁸⁷⁹ beigetreten. (270)

⁸⁷⁶ Der Bundesrat wollte an der alten Regelung festhalten, vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983 II 745, insb. S. 856. Die vorberatende Kommission des Nationalrates hielt die Bezeichnung besonderer Depositenstellen durch die Kantone für überflüssig, weil heute alle Banken einer strengen Aufsicht unterstehen und deshalb zur Einzahlung des Aktienkapitals geeignet sind, vgl. Amtl Bull 1985 N 1671f. Der Ständerat schloss sich dieser Auffassung an.

⁸⁷⁷ Nach dem nunmehr überholten Art. 149 EVzZGB waren alle Banken und Sparkassen mit Sitz im Kanton St. Gallen als Depositenstellen zur Hinterlegung des Kapitals bei der Gründung einer Aktiengesellschaft bestimmt. Die Änderung des Art. 149 EVzZGB nahm also kurzzeitig die Regelung des neuen Aktienrechts vorweg. Vgl. zur früher unbefriedigenden Rechtslage: Interpellation Signer-Wil vom 7.5.1990 und die schriftliche Antwort des Regierungsrates vom 21.8.1990, vgl. ProtGR 1988/92, S. 2210f und vgl. auch ABl 1990 1879.

⁸⁷⁸ Vgl. dazu Weber Rolf, Berner Kommentar zu Art. 73 N. 134ff, Band VI/4, Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 68-90 OR, Bern 1982; ferner die interessanten geschichtlichen Hinweise bei Christ Bernhard, Der Darlehensvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, S. 219ff, insb. S. 245-248.

⁸⁷⁹ Vom 8.10.1957, SR 221.121.1. Es ist verbindlich für: Bern, Zug, Freiburg, Schaffhausen, Waadt (mit Vorbehalt), Wallis, Neuenburg, Genf, Jura.

Gegenwärtig haben die Kreditzinsen eine derartige Höhe erreicht, dass man sich fragen kann, ob nicht bestimmte Gruppen von Darlehensnehmern durch eine Maximalzinsvorschrift geschützt werden sollten⁸⁸⁰. Dies drängt sich umso mehr auf, als der Bundesgesetzgeber sich 1986 nicht zum Erlass von entsprechenden Vorschriften zum Schutz der Konsumenten durchringen konnte⁸⁸¹. So hat das Zürcher Volk nach einem heftigen Abstimmungskampf am 8.12.1991 eine Herabsetzung des Maximalzinsfußes für Konsumkredite von 18 auf 15 % beschlossen⁸⁸². Einem ähnlichen Zweck wie Art. 73 Abs. 2 OR dient Art. 795 Abs. 2 ZGB für grundpfandgesicherte Darlehen. Diese Bestimmung behält die kantonale privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Gesetzgebung vor. Sie kann den Maximalzinsfuß bestimmen, der für grundpfandgesicherte Forderungen zulässig ist. Ein Rechtsgeschäft, welches gegen kantonale Zinsbeschränkungen verstösst, ist, auch wenn es vor Art. 21 OR Bestand hätte, widerrechtlich und damit nichtig⁸⁸³. Der Kanton St. Gallen kannte seit 1832 Bestimmungen über Maximalzinsen. 1972 hat der Grosse Rat das Gesetz über den Zinsfuß von Grundpfandschulden vom 3.5.1920 aber aufgehoben⁸⁸⁴. Der Grosse Rat war der Meinung, dass der Zinssatz für Grundpfandschulden nicht mit gesetzlichen Vorschriften reguliert werden (271)

⁸⁸⁰ In diesem Sinne die Motion Nr. 42.91.19 Anny Nufer-St. Gallen vom 30.9.1991 (Missbräuche im Kleinkreditwesen), ProtGR 1988/92, S. 2824f. Der Grosse Rat trat darauf am 17.2.1992 nicht ein, vgl. ABl 1992 528.

⁸⁸¹ Nach über 14jährigen Bemühungen scheiterte im Ständerat das vorgeschlagene Konsumkreditgesetz: vgl. Botschaft über ein Konsumkreditgesetz vom 12.6.1978, BBl 1978 II 485; Amtl Bull S 1984 171ff, 204ff, 1986 502ff, 583f, 700 (Ablehnung); Amtl Bull N 1982 2ff, 53ff, 1986 158ff, 1289ff, 1772f (Annahme).

⁸⁸² Der Verband schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute (VSKF) hatte sich im Abstimmungskampf heftig, aber erfolglos gewehrt. Die eingereichte staatsrechtliche Beschwerde dürfte angesichts der klaren Kompetenzverteilung (vgl. BGE 69 I 171) kaum Aussicht auf Erfolg haben.

⁸⁸³ Vgl. Blätter für zürcherische Rechtsprechung 1955 Nr. 82, BGE 80 II 327.

⁸⁸⁴ GS 12, 447 und nGS 8, 50. Seit 1832 (vgl. Art. 15, zweitletzter Satz des Hypothekengesetzes vom 19.11.1831, aGS IV 172, insb. S. 175) wurde der Zinssatz etliche Male geändert. Der Gesetzgeber sah über dem Maximalzinssatz festgesetzte Zinssätze als wucherisch an und erliess auch entsprechende Strafnormen; die Maximalzinssätze bewegten sich im letzten Jahrhundert zwischen 4 und 5½ %.

könne, da der Geld- und Kapitalmarkt sich nach Angebot und Nachfrage richte⁸⁸⁵. Andere Kantone, wie etwa Appenzell A.Rh., haben diese Auffassung nicht geteilt und die Maximalzinssätze für bestimmte Bereiche beibehalten⁸⁸⁶.

3. Regelungen über Mäkler und gewerbsmässige Gläubigervertreter

Art. 418 OR⁸⁸⁷, wonach es den Kantonen vorbehalten bleibt, über Verrichtungen der Börsenmäkler, Sensale und Stellenvermittler besondere (d.h. privatrechtliche) Vorschriften aufzustellen, hat kaum noch eine Bedeutung. Denn inzwischen besitzt der Bund die Kompetenz für die Gesetzgebung über die Stellenvermittlung (Arbeitsvermittlung, Art. 34ter lit. e BV) und hat ein entsprechendes Bundesgesetz auch erlassen⁸⁸⁸. Der Vorbehalt für eine kantonale Gesetzgebung über Börsenmäkler und Börsenagenten (= Sensale) ist faktisch bedeutungslos, weil der Börsenhandel in der Schweiz nicht durch Mäkler vermittelt, sondern durch Ringbanken besorgt wird⁸⁸⁹. Die Kantone können allerdings gestützt auf ihre subsidiäre (272)

⁸⁸⁵ Vgl. Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines Gesetzes über die Aufhebung des Gesetzes über den Zinssatz für Grundpfandschulden vom 10.8.1971, ABl 1971 1253 und die Beratung im Grossen Rat, ProtGR 1968/72, S. 1267ff. Das Gesetz konnte in der Praxis leicht umgangen werden; es galt für die Grundpfandverschreibung und das Faustpfandgeschäft (Hypothekartitel!) nicht. Vgl. ferner die erste Botschaft vom 26.1.1971, ABl 1971 239.

⁸⁸⁶ Vgl. Schraner Marius, N. 105 zu Art. 73 OR, Zürcher Kommentar, Teilband V 1e, erste Lieferung, Art. 68-83 OR, 3. A., Zürich 1991. Vgl. z.B. Art. 231 EGzZGB AR, danach darf der Jahreszins für Gülden, Schuldbriefe, Grundpfandverschreibungen landwirtschaftlicher Grundstücke und Appenzeller Zedel nicht mehr als 4,5 % betragen. Vgl. zu den Zedel S. 224.

⁸⁸⁷ Vgl. ausserdem den Vorbehalt des Art. 22 EGG (in Revision: Botschaft vom 19.10.1988 zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, BBl 1988 III 953 und die Referendumsvorlage im BBl 1991 III 1530) und dazu Art. 13 EGzEGG, sGS 613.1 und die V über die Vermittlung landwirtschaftlicher Liegenschaften vom 23.12.1952, sGS 613.15.

⁸⁸⁸ Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6.10.1989, SR 823.11.

⁸⁸⁹ Vgl. näher VEB 1937 Nr. 71; BGE 65 I 79f. Die Ringbanken vermitteln nur wirtschaftlich, nicht aber rechtlich Geschäfte, weil sie in eigenem Namen auftreten. Vgl. ferner Gautschi Georg, Berner Kommentar zu Art. 418 OR N. 2, Das Obligationenrecht, Band VI/5, Art. 407-424, Bern 1964.

Generalkompetenz öffentlichrechtliche Vorschriften über Mäkler erlassen, so etwa über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen⁸⁹⁰. Nach Art. 27 Abs. 1 SchKG können die Kantone die *gewerbsmässige Vertretung der Gläubiger organisieren*. Sie können insbesondere die Ausübung dieses Berufes von dem Nachweis persönlicher Tauglichkeit und Ehrenhaftigkeit und von einer Sicherheitsleistung abhängig machen. Der Kanton St. Gallen hat diese vom Bundesrecht vorgesehenen kantonalen Regelungen mit seinen Bestimmungen über die Rechtsanwälte und Rechtsagenten erlassen. Er hat nämlich die berufsmässige Vertretung der Parteien im Verfahren vor Betreibungs- und Konkursamt, vor der Nachlassbehörde sowie vor den Einzelrichtern (Rechtsöffnungen) nur solchen Personen gestattet, die im Besitze eines Anwalts- oder Rechtsagentenpatentes sind. Vorbehalten bleiben die Vertretungsbefugnisse der Vermögensverwalter⁸⁹¹. Freilich verlangt Art. 27 Abs. 2 SchKG von den Kantonen nicht, dass sie solche Bestimmungen erlassen. Der Schutz des Publikums lässt aber auch heute solche Regelungen zweckmässig erscheinen. (273)

⁸⁹⁰ BGE 110 Ia 111 und S. 37f.

⁸⁹¹ Vgl. Art. 123 ZP zu den Befugnissen der Rechtsanwälte, Rechtsagenten und Vermögensverwalter. Der Vorbehalt des Art. 27 SchKG bezieht sich nur auf das eigentliche Vollstreckungsverfahren und nicht auf die Gerichtsverfahren; vgl. BGE 113 III 110. Der Entwurf zu einem Anwaltsgesetz vom 2.3.1992, ABI 1992 839ff hält an dieser Ordnung grundsätzlich fest, vgl. insb. S. 860f.

§11 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

LITERTUR: AMONN KURT, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4. A., Bern 1988. FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I: Allgemeine Lehren, Das Einleitungsverfahren, Die Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung, 3. A., Zürich 1984.

I. Bundesstaatliche Kompetenzverteilung

Art. 64 BV verschafft dem Bund die Gesetzgebungskompetenz über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht. Gestützt darauf erliess der Bundesgesetzgeber das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889. Das Gesetz hat sich ausserordentlich bewährt, sodass es auch heute noch in Kraft ist. Einige Anpassungen wurden indessen vorgenommen; eine grössere Teilrevision ist im Gang⁸⁹².

Das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz überlässt den Kantonen nur wenige Gebiete zur öffentlichrechtlichen Regelung⁸⁹³. Die Kantone haben namentlich die Konkurs- und Betreibungskreise zu organisieren (Art. 1-4 SchKG), die Aufsichtsbehörden zu bestellen und ergänzende Regelungen über das Beschwerdeverfahren (Art. 13 SchKG) zu erlassen. Das kantonale Recht hat ferner die zuständigen richterlichen Behörden zu bezeichnen und die vom Bundesrecht verlangten Verfahren⁸⁹⁴ näher auszugestalten (Art. 22-25 SchKG)⁸⁹⁵. (274)

⁸⁹² Vgl. Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8.5.1991, BBl 1991 III 1.

⁸⁹³ Vgl. Botschaft EGzSchKG, ABl 1979 793.

⁸⁹⁴ Diese Regelungen werden im Zivilprozessrecht getroffen: vgl. Art. 197 lit. e und f ZPO sowie die Verordnungen des Regierungsrates gemäss Art. 306 Abs. 2 ZPO. Sie sind nicht Gegenstand dieser Ausführungen.

⁸⁹⁵ Sodann können die Kantone in speziellen Bereichen noch ergänzende Bestimmungen erlassen: vgl. Art. 6 SchKG (Haftung), Art. 27 SchKG (Bestimmungen über die gewerbsmässige Vertretung der Gläubiger, siehe S. 273) und Art. 80 Abs. 2 SchKG (Bezeichnung der den vollstreckbaren Urteilen gleichgestellten Entscheide von Verwaltungsbehörden über öffentlichrechtliche Verpflichtungen).

Die Zwangsvollstreckung nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz gilt grundsätzlich für *privatrechtliche und für öffentlichrechtliche Forderungen* (Art. 43 SchKG, Art. 104 VRP). Art. 44 SchKG behält eine Ausnahme vor: "Die Verwertung von Gegenständen, die auf Grund strafrechtlicher oder fiskalischer Gesetze mit Beschlagnahme belegt sind, geschieht nach den zutreffenden eidgenössischen oder kantonalen Gesetzesbestimmungen." Für den Bereich des *kantonalen Strafprozessrechts* hat das Bundesgericht entschieden, dass die Kantone nicht nur die Verwertung, sondern auch die *Beschlagnahme von Vermögenswerten des Angeschuldigten zur Deckung von Untersuchungs-, Prozess- und Strafvollzugskosten* vorsehen können. Sie erstreckt sich nicht nur auf Gegenstände oder Vermögenswerte, die einen bestimmten Zusammenhang mit den verfolgten Straftaten aufweisen. Diese strafprozessuale Beschlagnahme zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches hat ohne Rücksicht auf die zeitliche Priorität gegenüber den Beschlagnahmerechten der Zwangsvollstreckung Vorrang. Gemäss Art. 106 Abs. 2 StP kann der Untersuchungsrichter die Beschlagnahme von Vermögenswerten des Angeschuldigten verfügen, soweit es zur Sicherung der Verfahrenskosten und des Strafvollzuges notwendig erscheint. Diese Bestimmung entspricht also der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 44 SchKG. Die Verwertung dieser Vermögenswerte obliegt ebenfalls dem Untersuchungsrichter (Art. 226 Abs. 2 StP).

Für den Bereich des *kantonalen Steuerrechtes* hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 44 SchKG die Beschlagnahme von Vermögenswerten zur Sicherung von Steuerforderungen durch Art. 44 SchKG nicht zulässt. Die Kantone dürfen zur Sicherstellung von Steuerforderungen nicht allgemein eine Beschlagnahme schuldnerischen Vermögens vorsehen⁸⁹⁶. Öffentlichrechtliche Forderungen haben unter dem Vorbehalt bundesrechtlicher Sondervorschriften (z.B. Art. 219 Abs. 4 SchKG oder Art. 836⁸⁹⁷ ZGB) kein Privileg⁸⁹⁸. Die Sicherung einer kantonalen Steuerforderung kann allein nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (275)

⁸⁹⁶ BGE 108 III 106f, 115 III 3f m.w.H.

⁸⁹⁷ Vgl. S. 224ff.

⁸⁹⁸ Amonn, Grundriss 74f, BGE 115 III 3.

erfolgen. Die Steuerbeschlagnahme des Art. 142 StG erwies sich deshalb als bundesrechtswidrig, und der st. gallische Gesetzgeber hob diese Bestimmung auf⁸⁹⁹. Das Bundesrecht kann aber Erleichterungen und besondere Arten der Zwangsvollstreckung normieren⁹⁰⁰ oder die Zwangsvollstreckung wie in Art. 354 Abs. 3 ZGB (gegen eine Heimstätte) gänzlich ausschliessen. Vorbehalten bleiben die besonderen Formen der Forderungssicherung durch das Versatzpfand.⁹⁰¹

II. Betreibungsamt und Aufsichtsbehörden

Jede politische Gemeinde bildet einen Betreibungskreis (Art. 1 Abs. 1 EGzSchKG). Die Gemeinden können sich durch Vereinbarung zu einem Betreibungskreis zusammenschliessen (Art. 1 Abs. 2 EGzSchKG). Die Betreibungsbeamten und ihre Stellvertreter werden vom Gemeinderat gewählt. Bilden mehrere Gemeinden im Sinne von Art. 1 Abs. 2 EGzSchKG einen Betreibungskreis, so werden die Beamten durch übereinstimmende Beschlüsse der beteiligten (276)

⁸⁹⁹ Vgl. BGE 107 III 113, wo diese Frage zu Art. 142 StG bereits gestellt wurde; der Beschwerdeentscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde wurde jedoch aus andern Gründen aufgehoben. Vgl. aber BGE 108 III 150 und die Botschaft zum IV. NG zum StG vom 14.10.1985, ABl 1985 1825ff, 1919ff, insb. S. 1928.
Die kantonale Steuerverwaltung kann jedoch stets eine Sicherstellungsverfügung erlassen. Bei der Grundstückgewinnsteuer ist jedoch eine Verweigerung des Grundbucheintrages bis zur Leistung des sicherzustellenden Betrages nicht zulässig, vgl. Art. 58 StG und BGE 106 II 81 = Pr 1980 Nr. 229.

⁹⁰⁰ Vgl. Art. 118 und 119 des Bundesratsbeschlusses vom 9.12.1940 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer, SR 642.11 (Sicherstellungsverfügung, die als Arrestbefehl gemäss Art. 274 SchKG gilt). Materiell wird für das Recht der direkten Bundessteuer der zusätzliche Arrestgrund Forderungsgefährdung eingeführt (erscheint die vom Steuerpflichtigen "geschuldete Steuer durch sein Verhalten als gefährdet"). Die Kantone müssen für ihre Steuerforderungen und ihre Sicherstellungsverfügungen hingegen das Betreibungsverfahren und insbesondere die Arrestgründe des Art. 271 SchKG beachten.

Das Zollgesetz vom 1.10.1925, SR 631.0 sieht in den Art. 117ff eine eigene Zollvollstreckung vor.

⁹⁰¹ Weitere Beispiele solcher Sondervorschriften bei Fritzsche/Walder, SchKG 101f. Art. 45 SchKG und Art. 907-915 ZGB (Pfandleihanstalten).

Gemeinderäte gewählt (Art. 2 Abs. 2 EGzSchKG). Art. 4 und 5 EGzSchKG schliessen das alte, überlieferte Sportelnsystem aus. Danach erhielten die Beamten keine Besoldung, sondern wurden lediglich durch die Gebühren (Sporteln) und allenfalls einen Gemeindegzuschuss entschädigt⁹⁰². Die Gemeinden müssen die Betriebsbeamten heute fest besolden; dafür fallen die Gebühren in die Gemeindekasse. Die Festsetzung der Besoldungen der Betriebsbeamten ist ausschliesslich Gemeindeangelegenheit⁹⁰³; die Betriebsbeamten sind also Gemeindeangestellte.

Der *Bezirksgerichtspräsident ist untere Aufsichtsbehörde* über die Betriebsämter seines Bezirkes. Ein *Ausschuss von drei Kantonsrichtern ist kantonale, obere Aufsichtsbehörde* über die Betriebsämter. Der Bezirksgerichtspräsident hat gemäss Art. 14 EGzSchKG eine ganze Reihe von Aufgaben; er erledigt insbesondere die Beschwerden im Betreibungsverfahren (Art. 17 SchKG), erteilt den Betriebsämtern Weisungen und prüft die Geschäftsführung der Betriebsämter⁹⁰⁴. Die kantonale Aufsichtsbehörde erledigt insbesondere Beschwerden gegen Entscheide der unteren Aufsichtsbehörde, besitzt die Oberaufsicht über die Betriebsämter⁹⁰⁵, erteilt den Betriebsämtern Weisungen und ordnet Disziplinar-massnahmen gemäss Art. 14 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 SchKG an. Zu den wichtigsten Weisungen zählt das Kreisschreiben über die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG. Das aktuelle Kreisschreiben datiert vom April 1992 und wird jeweils der Teuerung (277)

⁹⁰² Vgl. Botschaft EGzSchKG, ABI 1979 803.

⁹⁰³ Vgl. VP II Nr. 43 (noch zum alten EGzSchKG vom 30.10.1911).

⁹⁰⁴ Er bestimmt das Verfahren gemäss Art. 132 SchKG und hat sich dabei aber allein darauf zu beschränken (vgl. BGE 114 III 98, Betriebsamt Flawil), er ordnet die Disziplinar-massnahmen gemäss Art. 14 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG an und beantragt der kantonalen Aufsichtsbehörde die Anordnung der Disziplinar-massnahmen gemäss Art. 14 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 SchKG.

⁹⁰⁵ Die untere und die obere Aufsichtsbehörde haben die gesamte Geschäftsführung, d.h. sowohl die Gesetzesanwendung als auch den Geldverkehr der Betriebsbeamten zu überwachen, vgl. GVP 1964 Nr. 68.

entsprechend angepasst⁹⁰⁶.

Die Verfügungen des Betreibungsamtes können innert 10⁹⁰⁷ Tagen an den Bezirksgerichtspräsidenten weitergezogen werden. Seine Beschwerdeentscheide können ebenfalls innert 10 Tagen an die kantonale Aufsichtsbehörde weitergezogen werden (Art. 18 Abs. 1 SchKG). Deren Entscheide können binnen 10 Tagen mit Rekurs bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes angefochten werden⁹⁰⁸. Das gesamte Beschwerdeverfahren ist unentgeltlich und es dürfen keine Parteientschädigungen zugesprochen werden⁹⁰⁹. Es ist ein öffentlichrechtliches Verwaltungsverfahren; Art. 27 EGzSchKG verweist deshalb mit gutem Grund auf die Art. 40-58 VRP. Insbesondere ist dem Beschwerdegegner gemäss Art. 53 VRP regelmässig Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben⁹¹⁰.

Die Zustellung eines Zahlungsbefehles mit der Folge, dass der Betriebene im Betreibungsregister vermerkt wird, greift erheblich in die Persönlichkeits-sphäre ein. Allerdings existieren weder im kantonalen noch im Bundesrecht Bestimmungen, welche die Löschung von Einträgen im Betreibungsregister regeln. Eine Löschung kommt in den folgenden Fällen⁹¹¹ in Frage:

- das Betreibungsamt ist einem klaren Irrtum unterlegen;
- der Gläubiger hat irrtümlich betrieben und (278)

⁹⁰⁶ ABl 1992 1021. Im Kanton Appenzell A.Rh. ist das entsprechende Kreisschreiben vom 20.1.1988 mit der Änderung vom 10.7.1990 über den Notbedarf in der ARGVP 1989 Nr. 3148 und 1990 Nr. 3179 publiziert.

⁹⁰⁷ In besonderen Fällen beträgt die Beschwerdefrist fünf Tage: vgl. Art. 20 (Wechselbetreibung) und 239 SchKG (Beschwerde gegen die zweite Gläubigerversammlung).

⁹⁰⁸ Art. 19 Abs. 1 SchKG und Art. 75-82 OG. Der Rekurs ist der kantonalen Aufsichtsbehörde im Doppel einzureichen (vgl. Art. 78 Abs. 1 OG).

⁹⁰⁹ Vgl. Art. 67 Abs. 2 und Art. 68 GebTzSchKG, vgl. auch Fritzsche/Walder, SchKG 69f.

⁹¹⁰ GVP 1981 Nr. 44.

⁹¹¹ Vgl. Suter Benedikt, Die Löschung von Betreibungen im Betreibungsregister, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 1988 214ff, insb. S. 218ff.

- die Betreibung erweist sich als nichtig⁹¹².

Nach der st. gallischen Praxis ist die Löschung einer Betreibung nur auf Verfügung der unteren oder oberen Aufsichtsbehörde hin vorzumerken. Der Betroffene hat also gegen die Zustellung des Zahlungsbefehles innert 10 Tagen Beschwerde an den Bezirksgerichtspräsidenten zu erheben. Heisst dieser die Beschwerde gut, so bleibt der Eintrag bestehen, wird aber mit einem Lösungsvermerk versehen. Ein Dritter, der beim Betreibungsamt um Auskunft ersucht, kann in den so "gelöschten" Eintrag nicht Einblick nehmen⁹¹³.

III. Konkursamt und Aufsichtsbehörde

Der Kanton St.Gallen bildet einen einzigen Konkurskreis. Das Konkursamt hat seinen Hauptsitz in St. Gallen und besitzt Zweigstellen in Kaltbrunn, Sevelen und Uzwil. Die Konkursbeamten sind kantonale Beamte. Die einzige Aufsichtsbehörde über das Konkursamt ist die kantonale Aufsichtsbehörde. Sie prüft die Geschäftsführung des Konkursamtes, erteilt dem Konkursamt Weisungen, erledigt vor allem Beschwerden im Konkurs- und im Nachlassverfahren und ordnet Disziplinar massnahmen gemäss Art. 14 Abs. 2 SchKG⁹¹⁴ an⁹¹⁵.

Verfügungen des Konkursamtes können innert 10⁹¹⁶ Tagen an die (einzige) kantonale Aufsichtsbehörde weitergezogen werden. Ihre Beschwerdeentscheidung (279)

⁹¹² Vgl. z.B. BGE 115 III 18, wo ein Mann den Arbeitgeber seiner ehemaligen Frau durch vier Zahlungsbefehle für Fr. 775 000.-- betrieb, ohne jemals die Rechtsöffnung zu verlangen.

⁹¹³ GVP 1989 Nr. 69.

⁹¹⁴ Art. 15 lit. g EGzSchKG verweist zwar nicht auf diese Bestimmung; Art. 14 SchKG gilt jedoch auch für die Konkursämter.

⁹¹⁵ Art. 15 lit. a, d, e, g EGzSchKG.

⁹¹⁶ In besonderen Fällen beträgt die Beschwerdefrist fünf Tage: vgl. Art. 20 (Wechselbetreibung) und 239 SchKG (Beschwerde gegen die zweite Gläubigerversammlung).

können binnen 10 Tagen mit Rekurs bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes angefochten werden⁹¹⁷. Im übrigen gelten die bereits dargestellten Grundsätze des Beschwerdeverfahrens⁹¹⁸ in Betreibungssachen.

IV. Gleichstellung mit vollstreckbaren Gerichtsurteilen

Art. 28 EGzSchKG stellt im Sinne von Art. 80 Abs. 2 SchKG folgende Beschlüsse und Entscheide von Verwaltungsorganen vollstreckbaren, gerichtlichen Urteilen gleich:

- a) Entscheide der st. gallischen Gerichte über Gerichtskosten und Ordnungsstrafen, auch wenn in der Hauptsache noch ein Rechtsmittel offensteht;
- b) die über öffentlich-rechtliche Forderungen ergangenen rechtskräftigen Verfügungen und Entscheide von Verwaltungsbehörden des Staates, der Gemeinden und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften sowie selbständiger öffentlich-rechtlicher Anstalten;
- c) die über öffentlich-rechtliche Forderungen ergangenen rechtskräftigen Verfügungen und Entscheide von Privaten und privater Organisationen, soweit sie öffentliche Verwaltungsbefugnisse ausüben;
- d) Verfügungen und Entscheide ausserkantonaler Behörden über öffentlich-rechtliche Forderungen, soweit es interkantonale Abkommen vorsehen.

Beim Erlass des Zivilprozessgesetzes ist dem Gesetzgeber in bezug auf Art. 28 lit. a EGzSchKG ein Versehen unterlaufen. Der Regierungsrat hat die Beibehaltung der Vorschrift des Art. 142 ZP in seinem Entwurf zum Zivilprozessgesetz vorgeschlagen, wonach die Gerichtskosten mit dem Kostenspruch sofort fällig werden. Die vorberatende Kommission strich diese "überholte fiskalische Regel"⁹¹⁹, da die mutwillige Ergreifung von Rechtsmitteln durch eine weitergehende Vorschusspflicht im Rechtsmittelverfahren verhindert werde (vgl. Art. 274 ZPO). (280)

⁹¹⁷ Art. 19 Abs. 1 SchKG und Art. 75-82 OG. Der Rekurs ist der kantonalen Aufsichtsbehörde im Doppel einzureichen (vgl. Art. 78 Abs. 1 OG).

⁹¹⁸ Vgl. S. 278.

⁹¹⁹ Vgl. Handbuch 268.

Der Grosse Rat passte aber dann Art. 28 lit. a EGzSchKG nicht entsprechend an. Art. 28 lit. a EGzSchKG muss heute vielmehr wie folgt lauten: "die über Gerichtskosten und Ordnungsstrafen ergangenen rechtskräftigen Entscheide der st. gallischen Gerichte".

In Ergänzung zu Art. 28 lit. b EGzSchKG stellt eine Reihe weiterer Spezialerlasse die Gleichstellung von rechtskräftigen Entscheiden fest, die von (interkantonalen) Zweckverbänden, Korporationen und andern Körperschaften und Anstalten festgesetzt wurden⁹²⁰.

Die Verfügungen gemäss Art. 28 lit. d EGzSchKG müssen nach Art. 3 des Konkordates⁹²¹ in einem Verfahren ergangen sein, das dem Betriebenen rechtliches Gehör gewährte, ihm eine Einsprache- oder Rechtsmittelmöglichkeit eröffnete und er muss auf das gegen den Entscheid oder die Verfügung zulässige ordentliche Rechtsmittel (Instanz und Frist) aufmerksam gemacht worden sein. Der betreibende Kanton hat nach Art. 4 dem Rechtsöffnungsrichter vorzulegen:

- eine vollständige Ausfertigung der Verfügung;
- eine Rechtskraftbescheinigung der Rechtsmittelinstanz;
- eine Bescheinigung der Entscheidbehörde, dass die Anforderungen von Art. 3 erfüllt wurden und schliesslich
- müssen die gesetzlichen Gleichstellungsvorschriften im Sinne von Art. 80 Abs. 2 SchKG (für St. Gallen also Art. 28 EGzSchKG oder Bestimmungen in Spezialerlassen) aufgeführt werden.

Der Betriebene kann nur die Einreden nach Art. 6 des Konkordates erheben. (281)

⁹²⁰ Vgl. z.B Art. 6 Abs. 2 der interkantonalen Vereinbarung über örtliche Korporationen im Grenzgebiet der Kantone St. Gallen und Thurgau vom 9.10.1990, sGS 751.54; vgl. ferner Art. 9 Abs. 2 der Vereinbarung über den Zweckverband Gruppenwasserversorgung Oberes Neckertal vom 23.3.1979, sGS 751.53; Art. 10 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über den Zweckverband Kehrrechtverwertung Rheintal vom 10.4.1990, sGS 752.527.

⁹²¹ Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche vom 28.10.1971, sGS 971.31 oder SR 281.22, im folgenden "Konkordat".

V. Weitere Bestimmungen

Depositenanstalt im Sinne von Art. 24 SchKG ist die St. Gallische Kantonalbank (Art. 25 EGzSchKG). Das Schuldbetriebs- und Konkursgesetz sieht in manchen Fällen die Hinterlegung von Geldbeträgen bei der Depositenanstalt vor⁹²².

Die Schuldbetriebung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts⁹²³ und damit auch die Art. 29 und 30 EGzSchKG haben kaum eine praktische Bedeutung.

Auf dem Gebiet des Konkursrechtes bestehen eine Reihe von alten Staatsverträgen, welche die Kantone vor der Gründung des Bundesstaates 1848 abgeschlossen haben. So schlossen die Kantone St. Gallen und Appenzell A.Rh. - wie die meisten andern Kantone - einen Konkursvertrag mit der Krone Württemberg vom 12.12.1825/13.5.1826 und mit dem Königreich Bayern vom 11.5./27.6.1834⁹²⁴. Nach diesen beiden Verträgen darf gegen einen Schuldner, über den in einem Vertragsstaat der Konkurs eröffnet worden ist, das Vermögen des Zahlungsunfähigen im andern Vertragsstaat nicht durch Arrest oder sonstwie mit Beschlag belegt werden. Diese Regelung widerspricht zwar dem Arrestgrund des Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG, allerdings behält Art. 271 Abs. 3 SchKG anderslautende Staatsverträge vor. Dazu gehören auch die immer noch in Kraft stehenden, kantonalen Staatsverträge⁹²⁵. (282)

⁹²² Vgl. dazu Art. 9 (Verfahrensvorschrift), 98 Abs. 1, 210 Abs. 1, 264 Abs. 3, 310 und 313 SchKG. Diese Depositenanstalt darf nicht mit der früheren aktienrechtlichen Depositenstelle verwechselt werden, vgl. S. 270 und Anm. 1.

⁹²³ BG vom 14.12.1947 über die Schuldbetriebung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts, SR 282.11.

⁹²⁴ Vgl. den Text dieser und weiterer Verträge bei Walder Hans Ulrich, Schuldbetriebung und Konkurs, 12. A., Zürich 1990, S. 789ff m.w.H.

⁹²⁵ Vgl. BGE 104 III 68, 109 III 83.

§11 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht