



Münsterplatz 11  
CH-4001 Basel

Tel.: +41 61 267 91 58  
Fax: +41 61 267 91 50  
E-Mail: [bvdgs@bs.ch](mailto:bvdgs@bs.ch)  
[www.bvd.bs.ch](http://www.bvd.bs.ch)

Basel, 7. Februar 2014

**Jahresbericht 2013**  
**Rechenschaft über Velorahmenausgabenbewilligung und**  
**Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs**

Die Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs ist 2010 im Zusammenhang mit dem Gegenvorschlag zur Städteinitiative beschlossen worden. Sie ist der Nachfolgekredit zu den beiden damals schon bestehenden Rahmenausgabenbewilligungen für den Fuss- und Veloverkehr und deckt zudem zusätzliche Massnahmen ab. Die Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Fussverkehrs ist bereits aufgebraucht, diejenige für den Veloverkehr wird dies im 2015 sein.

Das Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt hat sich im 2013 im Besonderen grossen Veloprojekten von der Planung bis zur Umsetzung gewidmet, den Beitrag des Fuss- und Veloverkehrs an die Umsetzung von §13 USG (Reduktion der Verkehrsleistung des motorisierten Verkehrs) untersucht sowie die Kommunikation und Information über den Fuss- und Veloverkehr weiter ausgebaut.

**Velorahmenausgabenbewilligung, Ausgaben**

*Aus der Velorahmenausgabenbewilligung über 8'000'000 Franken gemäss GRB vom 18. Januar 2006 wurden 2013 Ausgaben für folgende im 2012 gestarteten Projekte getätigt:*

- Chrischonaweglein (Veloanbindung)
- Vortrittsänderungen zugunsten des Veloverkehrs

*Aus der Velorahmenausgabenbewilligung wurden 2013 Ausgaben für folgende neuen Projekte getätigt:*

- Bike to work 2013
- Kleinmassnahmen (div. Verbesserungen)
- Lichtsignal-Optimierungen (div. Anpassungen)
- Müllheimer-, Feldbergstrasse (Zulassung Velogegeverkehr, LSA-Anpassung)
- Riehenstrasse, Unterführung im Surinam
- St. Jakobs – Strasse, Güterbhf. Wolf (Radstreifen)
- Veloabstellplätze (Verbesserungen an über 30 Standorten)
- Veloparking Bahnhof Basel SBB (Abklärungen)

Die Ausgaben zulasten der Velorahmenausgabenbewilligung im 2013 setzen sich wie folgt zusammen:

- Veloroutennetz	Fr. 515'000
- Velogegenverkehr	Fr. 55'000
- Veloabstellplätze	Fr. 155'000
- Öffentlichkeitsarbeit	<u>Fr. 15'000</u>
Die Ausgaben 2013 betragen gesamthaft etwa	Fr. 740'000

Die Ausschöpfung der Velorahmenausgabenbewilligung steht bei rund 6.03 Mio. Franken.

Für folgende Massnahmen zulasten der Velorahmenausgabenbewilligung ist eine Umsetzung ab 2014 geplant:

- Badweglein, Bachgrabenpromenade (Verbreiterung für Veloverkehr)
- Eisengasse (Zulassung Velogegenverkehr)
- Grenzacherstrasse, Allmendstrasse – Hörnli Grenze (Zusatz-Massnahmen aus UVEK)
- Hegenheimerstrasse / Wasgenring, Unterführung (Zusatz-Massnahme aus UVEK)
- Im langen Loh (Zulassung Velogegenverkehr)

Zudem sind einige oben genannte, im 2013 begonnene Massnahmen 2014 weiter in Umsetzung.

### **Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs, Ausgaben**

Aus der Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs über 10'000'000 Franken gemäss GRB vom 23.06.2010 wurden 2013 Ausgaben für folgende im 2012 gestarteten Projekte und Positionen getätigt:

- Allschwilerstrasse (Trottoirüberfahrten)
- Basel unterwegs (E-Newsletter und Internet-Plattform)
- Projektstellen
- Velozählstellen (Weitere Einrichtung und Auswertung)
- Wanderrouen (Umsetzung Neusignalisation)
- Zürcherstrasse (Trottoirüberfahrten)

Aus der Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs wurden 2013 Ausgaben für folgende neuen Projekte getätigt:

- Aeschenplatz (Verbesserung Fussgängerquerung zu Bushalt 80/81)
- Begegnungszonen (diverse Umsetzungen und Wirkungskontrollen)
- Dreirosenbrücke (Zulassung Velogegenverkehr oberwasserseitig)
- Dufourstrasse (Verbesserung für Fuss- und Veloverkehr)
- E-Bike Testwochen 2013
- Friedrich Miescher-Strasse (Fuss-/Veloverbindung zu Burgfelderstrasse)
- Fussgängerzählstellen (Einrichtung von 18 Zählstellen)
- Fussgängerinformationssystem (Projektierung Neuumsetzung)
- Gegenvorschlag Städte-Initiative (Umsetzungskonzept)
- Gundeldingerstrasse (Trottoirüberfahrten und –nase)
- Kleinmassnahmen Fussverkehr
- Klingelbergstrasse (neue Fussgängerquerung)
- Mobilitätswoche Basel Dreiland 2013 (inkl. slow up Dreiland 2013)
- Nachfolgekampagne „fair unterwegs“ 2013
- Prävention an Schulen: Marionettentheater (Aufführungen und Erstellung CD)
- Riehenring, Brombacherstrasse (Schulwegsicherheit)

- Schulweganpassungen (Verkehrssicherheit)
- SchweizMobil, „Hindernisfreie Wege“ (Signalisation Rollstuhlwanderrouen)
- Unterstützungsbeiträge und Anschubfinanzierungen für LV-Projekte privater Träger (u.a. Velohauslieferdienst)
- Velonutzung von Kindern und Jugendlichen (Studie)
- Befristeter Verleih von Velozubehör zum Kindertransport (Konzept)
- Velowegweisung (Umsetzung Neusignalisation)

*Die Ausgaben zulasten Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs im 2013 setzen sich wie folgt zusammen:*

- Grundlagen	Fr. 200'000
- Planung von Infrastruktur	Fr. 395'000
- Bau von Infrastruktur	Fr. 1'445'000
- Verkehrsregime und Wegweisung	Fr. 220'000
- Öffentlichkeitsarbeit	<u>Fr. 530'000</u>
Die Ausgaben 2013 betragen gesamthaft etwa	Fr. 2'790'000

Die Ausschöpfung der Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs steht bei rund 5.2 Mio. Franken.

*Für folgende Massnahmen und Projekte zulasten der Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs ist eine Umsetzung ab 2014 geplant:*

- Bachgrabenpromenade (Anpassungen Fussverkehr)
- E-Bike Testwochen 2014
- Grosspeter-Anlage (Verbesserung Fussgängerquerung und Veloführung)
- Kannenfeldplatz (Verbesserung Fussgängerquerungen und Veloführung)
- Kleinmassnahmen Fuss- und Veloverkehr
- Mobilitätsausbildung an Schulen (ausbauen und fördern)
- Mobilitätswoche Basel Dreiland 2014 (inkl. slow up 2014)
- Nachfolgekampagne „fair unterwegs“ 2014
- Befristeter Verleih von Velozubehör zum Kindertransport
- Riehenring, Hammerstrasse (Fussgängerquerung)
- Riehenstrasse (Velomassnahmen)
- Seltisbergerstrasse / Im Spitzacker (Verkehrssicherheit)
- Veloabstellplätze (Verbesserungen und Erweiterungen)

Zudem sind einige oben genannte, im 2013 begonnene Massnahmen 2014 weiter in Umsetzung.

#### **Weitere Projekte und Arbeiten für den Fuss- und Veloverkehr 2013 / 2014**

Zahlreiche weitere Verbesserungen für den Fuss- und Veloverkehr werden im Rahmen von Grossprojekten (z.B. Luzernerring / Wasgenring, Rheinuferpromenade St. Johann, Elsässerstrasse / Hünigerstrasse, Erweiterung Tempo 30) umgesetzt oder mit separaten Ausgabenbewilligungen (Grenzacherstrasse) finanziert.

Zudem sind zahlreiche Projekte zugunsten des Fuss- und Veloverkehrs in Überprüfung oder in Vorbereitung für eine mögliche Umsetzung in den kommenden Jahren:

- Aeschengraben (Radstreifen)
- Bäumlhofstrasse (Velomassnahmen)
- Birsuferweg (Velozulassung)

- Belforterstrasse / Bachgraben (Verbesserung Fuss- und Veloverkehr)
- Burgfelderstrasse, Bungestrasse - Grenze (Verbesserung Veloroute)
- Jacob Burckhardt-Strasse (Velomassnahmen und Velogegenverkehr)
- Missionsstrasse – Spalenvorstadt (Verbesserung Veloroute)
- St. Jakobs-Strasse, Denkmal - Grosspeter (Velomassnahmen)
- St. Jakobs-Strasse, Unterführung Zeughaus (Radweg)
- Solothurnerstrasse (Velogegenverkehr bis Gundeldingerstrasse)
- Stadionstrasse (Velogegenverkehr)
- Strassburgerallee, Burgfelderstrasse (Verbesserung Fussgängerquerung, Velomassnahmen)

## Ausführliche Statistik des Appellationsgerichts 2013

Die tabellarische Aufstellung über die zahlenmässige Entwicklung der beim Appellationsgericht eingegangenen Fälle in den letzten zehn Jahren präsentiert sich wie folgt:

Die tabellarische Aufstellung über die zahlenmässige Entwicklung der beim Appellationsgericht eingegangenen Fälle in den letzten zehn Jahren präsentiert sich wie folgt:

	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003
Zivilsachen (alt)	0	1	3	42	40	38	65	42	53	39	45
Zivilsachen (neu)	57	56	37	--	--	--	--	--	--	--	--
Direktklagen	6	14	4	--	--	--	--	--	--	--	---
Schutzschriften	6	7	18								
Strafsachen (alt)	0	2	77	144	105	109	102	94	98	83	80
Verzeigungssachen (alt)	0	0	5	14	16	23	12	18	18	12	20
Strafsachen (neu) inkl. Verzeigungen	125	99	84	--	--	--	--	--	--	--	--
Verwaltungs-, Ver- fassungs- und Lohnrekurse	240	268	217	291	159	174	168	195	178	157	158
Beschwerden total *	216	255	205	124	113	122	123	152	150	124	136
davon Beschwerden Zivilrecht	75	110	92								
davon Beschwerden Strafrecht	141**	145 **	113								
Haftbeschwerden	75	54	40	35	19	19	19	21	27	32	34
Diverse Eingaben und Geschäfte	818	1'105	1'160	781	923	736	665	727	672	670	610
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	83	107	77	81	94	192	248	138	149	131	127
<b>T o t a l</b>	<b>1626</b>	<b>1'968</b>	<b>1927</b>	<b>1512</b>	<b>1469</b>	<b>1413</b>	<b>1402</b>	<b>1387</b>	<b>1345</b>	<b>1248</b>	<b>1210</b>

\* Bis 2010 wurde keine separate Statistik für Beschwerden in Zivilsachen und Beschwerden in Strafsachen geführt.

\*\* davon 92 (95) Beschwerden gegen Entscheide der Staatsanwaltschaft und 8 (7) Beschwerden gegen solche der Jugendanwaltschaft

Im Bereich der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht wurden im Jahr 2013 (2012) insgesamt 82 (107) Entscheide getroffen. Davon ergingen 81 (104) in 54 (71) Sitzungen, während 1 (3) Fälle ohne Verhandlung beurteilt wurde.

Insgesamt wurde 51 (59) mal vom Migrationsamt angeordnete Ausschaffungshaft richterlich überprüft. Davon erwiesen sich 47 (56) Fälle als zulässig; in 4 (3) Fällen wurde die Ausschaffungshaft als unzulässig beurteilt. Weiter standen 15 (15) Verlängerungen der Ausschaffungshaft zur Beurteilung, wovon 14 (15) bewilligt und 1 (0) nicht bewilligt wurden. In 7 (14) Fällen wurde Vorbereitungshaft genehmigt. In 1 (1) Fall wurde die Vorbereitungshaft nicht genehmigt. 2 (8) Haftentlassungsgesuch wurden abgewiesen und 0 (0) gutgeheissen. Sodann wurden 4 (3) Rekurs gegen eine Ausgrenzungs- bzw. Eingrenzungsverfügung erhoben. 1 (0) Fall wurde abgewiesen. Auf 1 (1) Fall wurde nicht eingetreten und 2 (2) Fälle wurden gutgeheissen. In 1 (2) Fällen wurde Durchsetzungshaft angeordnet, in 1 (3) Fällen wurde die Verlängerung der Durchsetzungshaft genehmigt. In 0 (1) Fall wurde die Verlängerung der Vorbereitungshaft nicht genehmigt und in 0 (1) Fall wurde die Verlängerung der Vorbereitungshaft genehmigt. Von den 82 (107) beurteilten Fällen betrafen 76 (94) Männer und 6 (13) Frauen.

Das Bundesgericht hatte im Berichtsjahr 4 (4) öffentlich-rechtliche Beschwerden gegen Entscheide der Einzelrichterin und des Einzelrichters zu beurteilen. Auf zwei Beschwerden wurde nicht eingetreten und zwei Beschwerden wurden gutgeheissen.

Fünfmal (4) tagte im Berichtsjahr die Präsidiumskonferenz, einmal (1) das Plenum zur Erledigung der in ihre Zuständigkeit fallenden Geschäfte.

Im Berichtsjahr gab es 166 (191) Sitzungshalbtage, wovon 38 (46) auf die drei Kammern, 67 (71) auf den Ausschuss sowie 61 (74) auf die Einzelrichterrinnen und Einzelrichter entfielen.

27 (43) Kandidatinnen und Kandidaten ist nach bestandener Prüfung das Anwaltspatent zur Ausübung der Advokatur im Kanton Basel-Stadt erteilt worden, 37 (22) Kandidatinnen und Kandidaten haben die Prüfung nicht bestanden.

In 59 (67) Fällen wurde die Substitution von Anwaltspraktikantinnen und -praktikanten registriert und 37 (30) Anwältinnen sowie Anwälte mit Geschäftsadresse in Basel-Stadt wurden in das hiesige Anwaltsregister aufgenommen. Es wurde 3 (3) Gesuchen von Anwältinnen und Anwälten aus dem EU-Raum um Eintragung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung und Anerkennung der Berechtigung zur ständigen Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden in der Schweiz entsprochen. In 7 (8) Verfahren war über Fragen der Zulassung zur anwaltlichen Berufsausübung oder des Disziplinarrechts zu entscheiden.

	Fälle 2013	2012	Fälle 2013	2012	Fälle 2013	2012
<b>Unerledigt wurden aus dem Vorjahr übernommen:</b>						
Zivilsachen (altrechtlich)	3	(17)				
Zivilsachen (neurechtlich)	27	(22)				
Direktklagen und Schutzschriften	4	(1)				
Strafsachen (altrechtlich)	14	(76)				
Strafsachen (neurechtlich)	117	(73)				
Verzeigungssachen	3	(5)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	167	(146)				
Beschwerden (nicht unterteilt)	0	(77)				
Beschwerden in Strafsachen	63					
Beschwerden in Zivilsachen	34					
Haftbeschwerden	6	(0)	438	(417)		
<b>Im Berichtsjahr gingen ein:</b>						
Zivilsachen (altrechtlich)	0	(1)				
Zivilsachen (neurechtlich)	57	(56)				
Direktklagen	6	(14)				
Schutzschriften	6	(7)				
Strafsachen (altrechtlich)	0	(2)				
Strafsachen (neurechtlich)	125	(99)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	240	(268)				
Beschwerden in Strafsachen	141	(145)				
Beschwerden in Zivilsachen	75	(110)				
Haftbeschwerden	75	(54)				
Diverse Eingaben und Geschäfte	818	(1105)				
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	83	(107)	1626	(1968)	2064	(2385)
<b>Ende 2013 waren hievon zurückgezogen, zurückgewiesen, verglichen, gegenstandslos geklärt, dahingefallen, nicht eingetreten oder sonstwie erledigt:</b>						
Zivilsachen (altrechtlich)	2	(4)				
Zivilsachen (neurechtlich)	18	(24)				
Direktklagen und Schutzschriften	3	(2)				
Strafsachen (altrechtlich)	1	(7)				
Strafsachen (neurechtlich)	18	(17)				
Verzeigungssachen	0	(0)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	88	(106)				
Beschwerden in Strafsachen	42	(52)				
Beschwerden in Zivilsachen	44	(47)				
Haftbeschwerden	13	(8)	229	(267)		
<b>Unerledigt blieben am 31. Dezember 2013</b>						
Zivilsachen (altrechtlich)	1	(3)				
Zivilsachen (neurechtlich)	33	(27)				
Direktklagen und Schutzschriften	6	(4)				
Strafsachen (altrechtlich)	2	(14)				
Strafsachen (neurechtlich)	140	(117)				
Verzeigungssachen	0	(3)				

Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	133	(167)		
Beschwerden in Strafsachen	70	(63)		
Beschwerden in Zivilsachen	19	(34)		
Haftbeschwerden	7	(6)		
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	1	(0)	412	(438)

---

Die erledigten Fälle verteilen sich auf:

Zivilsachen (altrechtlich)	1	(11)		
Zivilsachen (neurechtlich)	33	(26)		
Direktklagen und Schutzschriften	7	(16)		
Strafsachen (altrechtlich)	11	(61)		
Strafsachen (neurechtlich)	84	(37)		
Verzeigungssachen	3	(2)		
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	186	(141)		
Beschwerden in Strafsachen	92	(79)		
Beschwerden in Zivilsachen	45	(55)		
Haftbeschwerden	61	(40)		
Diverse Eingaben und Geschäfte	818	(1105)		
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	82	(107)	1423	(1680)

---

In den 1 (11) altrechtlichen Zivilsachen wurde das erstinstanzliche Urteil

bestätigt in	1	(7)	Fällen
abgeändert in	0	(4)	Fällen
zusammen	<u>1</u>	<u>(11)</u>	<u>Fälle</u>

In den 33 (26) neurechtlichen Zivilsachen wurde das erstinstanzliche Urteil

bestätigt in	20	(16)	Fällen
abgeändert in	13	(10)	Fällen
zusammen	<u>33</u>	<u>(26)</u>	<u>Fälle</u>

In den 11 (61) altrechtlichen Strafsachen erfolgte  
Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils

5 (21) Fällen

Abänderung der ausgesprochenen Strafe  
zugunsten des Beurteilten

4 (33) Fällen

resp. zuungunsten des Beurteilten

2 (7) Fällen

11 (61) Fälle \*

In den 84 (37) neurechtlichen Strafsachen erfolgte  
Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils

43 (22) Fällen

Abänderung der ausgesprochenen Strafe  
zugunsten des Beurteilten

38 (11) Fällen

resp. zuungunsten des Beurteilten

3 (4) Fällen

zusammen

84 (37) Fälle \*

In den 3 (2) Verzeigungssachen erfolgte  
Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils

2 (2) Fällen



Abänderung der ausgesprochenen Strafe zugunsten des Beurteilten	1	(0)	Fällen
resp. zuungunsten des Beurteilten	0	(0)	Fällen
zusammen	<u>3</u>	<u>(2)</u>	<u>Fälle</u> *

Die erledigten Verwaltungs-, Verfassungs- und Disziplinarrekurse verteilen sich wie folgt:

	2013	2012
Regierungsrat	9	20
Steuerrekurskommission	29	13
Finanzdepartement	1	0
Expropriationskommission	0	0
Baurekurskommission	4	12
Bau- und Verkehrsdepartement	14	5
Justiz- und Sicherheitsdepartement	79	36
Kommission für Ausbildungsbeiträge	0	1
Vormundschaftsbehörde	1	8
Vormundschaftsrat	0	4
Aufsichtskommission über die Advokaten	0	1
Gesundheitsdepartement	3	1
Felix Platter Spital (FPS)	1	0
Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt	20	17
Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde	11	0
Amt für Sozialbeiträge	1	0
Personalrekurskommission	3	3
Rekurskommission Universität	5	3
Erziehungsdepartement	2	8
Bürgerrat der Stadt Basel	1	1
Gemeinde Riehen	0	1
Gemeinde Bettingen	0	1
Grosser Rat	0	0
Industrielle Werke	0	0
Handelsregister	2	1
Fürsorgerat	0	3
Jugendschutzkammer	0	1
Schulrekurskommission Gemeinde Bettingen	0	1
<b>Total</b>	<b>186</b>	<b>141</b>

\*Eine Statistik bezogen auf Anzahl Beurteilte pro Fall kann mit dem neuen EDV-Programm nicht mehr erstellt werden.

Von den 186 (141) behandelten Rekursen an das Verwaltungsgericht wurden 42 (28) gutgeheissen und 144 (113) abgewiesen.

Von den 92 (79) behandelten Beschwerden in Strafsachen gegen Urteile und Verfügungen der ersten Instanz wurden 34 (35) gutgeheissen und 58 (44) abgewiesen.

Von den 45 (55) behandelten Beschwerden in Zivilsachen gegen Urteile und Verfügungen der ersten Instanz wurden 8 (14) gutgeheissen und 37 (41) abgewiesen.

Von den 61 (40) behandelten Haftbeschwerden wurden 4 (2) gutgeheissen und 57 (38) abgewiesen.

Es wurden 6 Schutzschriften entgegengenommen. Unter den 6 zivilrechtlichen Direktklagen befanden sich 1 Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme, 2 materielle Klagen betreffend unlauteren Wettbewerb, Immaterialgüterrechtsverletzung bzw. Verletzung von Fabrikationsgeheimnissen, 1 Begehren um Anordnung einer Sonderprüfung, 1 Begehren betreffend Ernennung eines Schiedsrichters und 1 Gesuch um Erteilung einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung für einen Schiedspruch.

## Bundesgericht

	Beschwerden in Zivilsachen		Beschwerden in Strafsachen		Beschwerden in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten		Verfassungsbeschwerden	
	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012
Am 1. Januar 2013 waren pendent	15	13	26	12	17	15	5	3
Im Berichtsjahr gingen ein	26	26	62	64	65	35	7	5
<b>zusammen</b>	<b>41</b>	<b>39</b>	<b>88</b>	<b>76</b>	<b>82</b>	<b>50</b>	<b>12</b>	<b>8</b>
zurückgezogen, nicht eingetreten	14	6	13	18	23	13	2	3
gutgeheissen	4	3	2	4	4	7	0	0
abgewiesen	12	14	41	31	21	15	4	1
unerledigt blieben	11	16	32	23	34	15	6	4
<b>zusammen</b>	<b>41</b>	<b>39</b>	<b>88</b>	<b>76</b>	<b>82</b>	<b>50</b>	<b>12</b>	<b>8</b>

## Kassenbericht

Die Einnahmen betragen (in CHF)	2013	2012	2011
Geldbussen - Strafen	181'380.00	72'260.00	38'110.00
Advokaten- und Kanzleigebühen	30'298.00	30'524.00	35'601.00
Gerichts- und Urteilsgebühren	815'940.00	614'415.00	562'265.00
	1'027'618.00	717'199.00	635'976.00
Ausgewiesene Advokatenhonorare (Zivil- und Verwaltungssachen)	128'042.90	94'182.10	107'577.85
Advokatenhonorare (Strafsachen)	882'231.10	535'730.65	755'823.30
	1'010'274.00	629'912.75	863'401.15

## **Aus der Rechtsprechung des Appellationsgerichts im Jahr 2013:**

### **1. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2012.122 vom 14. August 2013 betr. Dispensation eines Kindes vom Sexualkundeunterricht im Kindergarten und in den ersten zwei Primarschuljahren**

*In diesem Verfahren ging es zur Hauptsache um die Frage, ob die mit dem Rekurs beanstandete obligatorische Vermittlung von Sexualkundeunterricht im Kindergarten und in den ersten beiden Primarschulklassen mit den Grundrechten von Kind und Eltern vereinbar ist.*

*Das Verwaltungsgericht hielt zunächst aufgrund des vom Erziehungsrat Basel-Stadt genehmigten „Leitfadens Lernziel sexuelle Gesundheit / Sexualpädagogik in der Schule“ sowie weiterer Unterlagen fest, dass weder im Kindergarten noch in der Primarschule systematisch Sexualkunde unterrichtet werden soll. Vielmehr soll das Thema reaktiv angegangen werden, wenn etwa diesbezügliche Fragen von Kindern gestellt werden oder Handlungen von Kindern eine Reaktion erforderlich machen. Dabei soll die Sexualkunde auf diesen Stufen nebst der Vermittlung von Grundkenntnissen über den eigenen Körper und über die menschliche Fortpflanzung sowie der Förderung eines positiven Körperbewusstseins auch das Wissen um Gefahren im Umgang mit herumliegenden Spritzen und Kondomen sowie die Fähigkeit, sich gegen sexuelle Übergriffe zur Wehr zu setzen und deswegen Hilfe bei Eltern und Lehrpersonen zu suchen, umfassen. Ferner stellte das Verwaltungsgericht fest, dass das Unterrichtsmaterial für schulische Sexualerziehung, welches in der öffentlichen Diskussion zum Teil stark kritisiert worden war, bereits vor Einleitung des Verfahrens beim Verwaltungsgericht angepasst worden war. So waren einige Gegenstände und Bücher entfernt worden und gewisse Übungen der Schülerinnen und Schüler nicht mehr vorgesehen. Auch auf die vom Verwaltungsgericht als unpassend erachteten Bezeichnungen „Sex-Box“ und „Sex-Koffer“ war verzichtet worden.*

*Soweit sich die Rekurrenten darauf beriefen, dass ihre weltanschaulichen Überzeugungen durch die vorgesehene Sexualkunde für Kindergärtner und Primarschüler der ersten zwei Klassen verletzt würden, hielt das Verwaltungsgericht fest, dass sie diese nicht genügend konkret begründet hatten. Insbesondere hatten die Rekurrenten keine Ausführungen gemacht, worin denn ihre weltanschaulichen Überzeugungen bestehen, so dass eine mögliche Verletzung derselben nicht überprüft werden konnte. Damit war der Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit, welcher sich auch auf weltanschauliche Überzeugungen bezieht, nicht berührt und erübrigten sich weitere Erwägungen dazu.*

*Nach der Beurteilung des Verwaltungsgerichts kann in einer objektiven und altersgerechten Vermittlung von Informationen über den eigenen Körper und die Grundzusammenhänge menschlicher Fortpflanzung kein Eingriff in die psychische Integrität, die persönliche Freiheit oder das geschützte Privatleben der betroffenen **Kinder** erkannt werden. Dem Einwand, dass ein zu früher und inhaltlich nicht auf die individu-*

ellen Bedürfnisse des Kindes angepasster Sexualkundeunterricht geeignet sei, dessen Entwicklung nachhaltig zu stören, hielt das Gericht entgegen, dass dieser Unterricht durch pädagogisch geschulte Lehrpersonen erteilt werde und keine Anhaltspunkte für pädagogisch falsch angelegte Erziehungsmassnahmen bestünden.

Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, dass mit dem vorgesehenen Sexualkundeunterricht ein Eingriff in das Erziehungsrecht der **Eltern** erfolge. Dieser wurde jedoch als zulässig erachtet, da die massgeblichen rechtlichen Anforderungen in Bezug auf das Bestehen einer genügenden gesetzlichen Grundlage, das Vorliegen eines öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit erfüllt waren. Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass die Meinung, was im öffentlichen Interesse liege und was nicht, wandelbar sei und der politischen Wertung unterliege. Dabei sei es in erster Linie Sache des zuständigen Gesetzgebers, die massgeblichen öffentlichen Interessen zu konkretisieren. Der vom Erziehungsrat beschlossene Sexualkundeunterricht entspreche jedenfalls den in der Kantonsverfassung und im Schulgesetz festgelegten Zielen des Bildungswesens.

Dem Einwand der Rekurrenten, wonach zu früh mit dem Sexualkundeunterricht begonnen werde, hielt das Verwaltungsgericht entgegen, dass den zuständigen Schulbehörden bei der Definition der Unterrichtsstoffe und deren Zuordnung zu Altersstufen ein erheblicher Beurteilungsspielraum zustehe, in den im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung nicht einzugreifen sei. Zudem sei durch empirisch erhobene Erkenntnisse erstellt, dass mit 5 Jahren die Auseinandersetzung mit dem eigenen und dem andern Geschlecht beginne und es im Alter von 6 bis 10 Jahren zur Identitätssicherung und Geschlechtsrollenfindung komme sowie eine wissensbezogene sexuelle Neugier einsetze. Darüber hinaus würden Kinder heute auch in der gesellschaftlichen Realität früh mit sexuellen Inhalten konfrontiert, so dass die Eltern ohnehin nicht ganz allein über den Zeitpunkt der Konfrontation ihrer Kinder mit dem Thema „Sexualität“ bestimmen könnten. Davon abgesehen ist aber in dem vom Erziehungsrat genehmigten Leitfaden explizit festgehalten, dass Sexualerziehung in erster Linie Sache der Eltern ist und sich die Lehrpersonen dessen bewusst sein müssen. Insbesondere bleibt es den Eltern auch unbenommen, ihren Kindern ihre eigenen moralischen und sittlichen Werte im Zusammenhang mit Sexualität zu vermitteln.

## **Sachverhalt**

Die Ehegatten B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: "Eltern") stellten bei der Schulleitung des Kindergartens D.\_\_\_\_\_ das Gesuch, ihren Sohn A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: "Kind") für die Dauer seiner Kindergartenzeit vom Sexualkundeunterricht zu dispensieren; eventualiter sei in der Klasse des Kindes jeglicher Sexualkundeunterricht zu unterlassen. Insbesondere seien der "Leitfaden Lernziel Sexuelle Gesundheit" des Erziehungsdepartements mit der entsprechenden "Handreichung" und die dazu unter dem Titel "Sex-Box" zusammengestellten Unterrichtsmaterialien nicht anzuwenden. Mit Entscheid vom 28. September 2011 wies die Schulleitung das Gesuch ab. Gegen

diesen Entscheid erhoben die Eltern und das Kind (Rekurrenten) mit Eingaben vom 10. und 27. Oktober 2011 begründeten Rekurs an das Erziehungsdepartement. Gleichzeitig beantragten sie als vorsorgliche Massnahme die sofortige Dispensation des Kindes vom Sexualkundeunterricht, eventualiter die sofortige Unterlassung von jeglichem Sexualkundeunterricht in seiner Klasse oder die Sicherstellung auf andere Weise, dass das Kind während der Dauer des Verfahrens an keinem Sexualkundeunterricht teilnehmen muss. Der Regierungsrat beschloss am 1. November 2011, das Rekursverfahren an sich selber überweisen zu lassen. Der Regierungsrat hat mit Präsidialbeschluss vom 30. November 2011 die Anträge betreffend Anordnung von provisorischen Massnahmen abgewiesen. Im Rekursverfahren vor Verwaltungsgericht (VD.2011.202) betreffend diese provisorischen Massnahmen stellten die Rekurrenten entsprechende Begehren als Verfahrensanträge, welche der Instruktionsrichter am 10. Januar 2012 abgewiesen hat; die von den Rekurrenten beim Bundesgericht dagegen erhobene Beschwerde blieb erfolglos (BGer 2C\_107/2012 vom 29. Februar 2012). Das Verwaltungsgericht hat den Rekurs schliesslich mit Urteil VD.2011.202 vom 11. September 2012 zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen: Das Rechtsschutzinteresse war weggefallen, nachdem der Regierungsrat mit Entscheid vom 3. Juli 2012 den Rekurs in der Sache selber behandelt und kostenfälligerweise abgewiesen hatte.

Gegen diesen Entscheid des Regierungsrates richtet sich der mit Eingaben vom 11. Juli und 13. September 2012 erhobene und begründete Rekurs an das Verwaltungsgericht, mit dem die Rekurrenten die kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangen (Rekursbegehren Ziff. 1 und 5). Neu beantragen die Rekurrenten zudem die Dispensation des Kindes von der Teilnahme am Sexualkundeunterricht in der 1. und 2. Primarschulklasse; eventualiter sei jede Form von Sexualkundeunterricht in seiner Klasse zu unterlassen, insbesondere seien der "Leitfaden Lernziel Sexuelle Gesundheit" des Erziehungsdepartements des Kantons Basel-Stadt vom 21. November 2011 und die sie ausführende "Sexualpädagogik: Handreichung Kindergarten und Primarschule Basel-Stadt" nicht anzuwenden und die Verwendung der in diesem Zusammenhang zur Verfügung gestellten "Unterrichtsmaterialien für schulische Sexualerziehung" (ehemals "Sex-Box"; Rekursbegehren Ziff. 2) zu unterlassen. Weiter beantragen die Rekurrenten die Feststellung, dass das Kind für die Dauer des Kindergartens vom Sexualkundeunterricht hätte dispensiert werden müssen; eventualiter sei festzustellen, dass die Vorinstanzen keinen obligatorischen Sexualunterricht in seiner Kindergartenklasse hätten vorsehen dürfen, namentlich nicht unter Anwendung des genannten "Leitfadens", der "Handreichung" und der Unterrichtsmaterialien (Rekursbegehren Ziff. 3). Subeventualiter beantragen die Rekurrenten, das Verfahren sei zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Rekursbegehren Ziff. 4). Der Regierungsrat beantragt mit Rekursantwort vom 14. November 2012 die kostenfällige Abweisung des Rekurses. Mit Replik vom 15. Januar 2013 halten die Rekurrenten an ihren Anträgen fest und beantragen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Diese hat am 14. August

2013 vor dem Verwaltungsgericht stattgefunden. Daran haben die Rekurrenten sowie die Rekurrentinnen im Parallelfall VD.2012.121 und ihr gemeinsamer Vertreter teilgenommen; der Regierungsrat wurde durch Dr. iur. Simone Peter vom Präsidialdepartement vertreten. Anwesend war ferner der Leiter Volksschulen des Erziehungsdepartements, Pierre Felber. Die Parteien haben an ihren Anträgen festgehalten. Für sämtliche Ausführungen wird auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen (VP). Die Tatsachen ergeben sich aus dem angefochtenen Entscheid und den nachfolgenden Erwägungen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Entscheide des Regierungsrates unterstehen gemäss § 10 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) dem Rekurs an das Verwaltungsgericht. Daraus folgt die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses.

**1.2** Die Rekurrenten stellen im vorliegenden Verwaltungsgerichtsverfahren ein neues Begehren: Das Kind sei von der Teilnahme am Sexualkundeunterricht während der ersten beiden Primarschuljahre zu dispensieren, eventualiter sei jede Form von Sexualkundeunterricht in seiner Klasse zu unterlassen (Rekursbegehren Ziff. 2).

**1.2.1** Hintergrund dieses neuen Begehrens ist der im Sommer 2012 erfolgte Übertritt des Kindes vom Kindergarten in die Primarschule. Zur Begründung machen die Rekurrenten geltend, dass im vorinstanzlichen Verfahren der obligatorische Sexualkundeunterricht sowohl im Kindergarten als auch in den ersten beiden Klassen der Primarschule den Streitgegenstand gebildet habe. Ein Dispensationsgesuch für die Primarschule sei zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens aber noch gar nicht möglich gewesen, zumal für den Kindergarten und die Primarschule unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten bestünden. Dementsprechend haben die Rekurrenten am 16. August 2012 bei der Schulleitung Primarschule E. \_\_\_\_\_ ein neues Dispensationsgesuch gestellt. Jenes Verfahren ist auf Antrag der Rekurrenten mit Entscheid vom 28. August 2012 bis zum Abschluss des vorliegenden und des parallelen Verfahrens VD.2012.121 sistiert worden. Die Rekurrenten machen geltend, dass es aus verfahrensökonomischen Gründen angezeigt sei, dieses Dispensationsgesuch für die ersten beiden Primarschuljahre im vorliegenden Verfahren mitzubehandeln. Der Regierungsrat äussert sich zu dieser formellen Frage nicht.

**1.2.2** Der Streitgegenstand im verwaltungsrechtlichen Rekursverfahren wird grundsätzlich durch die mit dem Gesuch vor erster Instanz gestellten Anträge begrenzt. In der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege bildet das Rechtsverhältnis, welches aufgrund jenes Gesuchs mit der angefochtenen Verfügung als Anfechtungsobjekt

begründet worden ist, insoweit den weiteren Streitgegenstand, als es noch im Streit liegt (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 986 f.; BGE 125 V 413 E. 2a S. 415). Dieser Streitgegenstand kann im Laufe des Rechtsmittelzuges grundsätzlich nicht erweitert oder qualitativ verändert, sondern bloss verengt und um nicht mehr streitige Punkte reduziert werden (vgl. Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 505; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, Rz. 685 ff.; Auer, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Zürich 2008, Art. 12 N 10; Moser, a.a.O., Art. 52 N 3; BGE 133 II 30 E. 2 S. 32; 131 II 200 E. 3.2 S. 203; VGE VD.2008.737 vom 10. März 2010 E. 1.2). Der Streitgegenstand kann im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren nicht über das Anfechtungsobjekt hinaus erweitert werden (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 988). Von diesen Grundsätzen kann aus prozessökonomischen Gründen abgewichen werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Ausweitung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes spruchreife Frage aus prozessökonomischen Gründen dann zulässig, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann. Die Verwaltung muss sich zudem mindestens in der Form einer Prozessklärung zu dieser Streitfrage geäußert haben (BGE 122 V 34 E. 2a S. 36; BGer 9c\_1002/2008 vom 16. Februar 2009 E. 2.2; BVGE 2009/37 vom 18. Juni 2008, E. 1.3.1; Camprubi, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Zürich 2008, Art. 62 N 5; Flückiger, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 7 N 35).

**1.2.3** Diese Voraussetzungen für eine ausnahmsweise zulässige Erweiterung des Streitgegenstandes sind vorliegend erfüllt. Das Kind befindet sich nach seinem Übertritt vom Kindergarten in die Primarschule nach wie vor in einem vergleichbaren Sonderstatusverhältnis. Wenngleich sich seine Situation in Bezug auf den strittigen Sexualkundeunterricht aufgrund seines fortgeschrittenen Alters verändert hat, so trifft es das gemäss dem "Leitfaden Lernziel Sexuelle Gesundheit" geltende Obligatorium weiterhin, und es befindet sich noch immer in einem Alter, bezüglich dessen die Rekurrenten das Obligatorium als Grundrechtseingriff rügen. Es besteht daher ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen dem ursprünglich streitgegenständlichen obligatorischen Sexualkundeunterricht im Kindergarten und jenem in den ersten beiden Klassen der Primarschule. Zudem hat sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid sowohl mit dem obligatorischen Sexualkundeunterricht auf Kindergarten- als auch auf Primarschulstufe auseinandergesetzt. Sie hat die Ausweitung des Streitgegenstandes auch nicht bestritten, und sie hat sich zum erweiterten Streitgegenstand geäußert. Auf das erweiterte Rechtsbegehren ist daher einzutreten.

**1.3** Die Rekurrenten verlangen mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 3 die Feststellung, dass das Kind für die Dauer des Kindergartens vom Sexualkundeunterricht hätte dispensiert werden müssen.

**1.3.1** Das VRPG sieht Anträge auf Feststellung des Bestandes oder Nichtbestandes, des Untergangs oder der Veränderung von Rechten und Pflichten nicht ausdrücklich vor. Nach ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts sind Feststellungsbegehren jedoch unter den gleichen einschränkenden Voraussetzungen wie im Zivilprozess möglich. Sie sind in aller Regel subsidiärer Natur und daher nur zulässig, wenn dem Anliegen der betroffenen Person nicht durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung entsprochen werden kann und sie ohne eine vorgängige Feststellung einen unzumutbaren Nachteil erlitte. Ein Feststellungsurteil kann zudem nur gefällt werden, wenn das Feststellungsinteresse noch aktuell ist (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 297; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz 1279 ff.; VGE VD.2010.188 vom 11. November 2011 E. 5.3; VD.2009.635 vom 2. Dezember 2009).

**1.3.2** Das rekurrierende Kind selber wird den Kindergarten in Zukunft nicht mehr besuchen, sodass es von der streitgegenständlichen Fragestellung nicht mehr betroffen sein kann. Es war auch während der Dauer seines Kindergartenbesuchs nie mit Sexualkundeunterricht konfrontiert worden (VP S. 3). Demgegenüber machen die Eltern geltend, dass sie "infolge Geburt, Adoption, Vormundschaft etc." selber noch einmal mit der streitrelevanten Situation konfrontiert sein könnten.

Die Rekurrenten haben vier Kinder. Anlässlich der Verhandlung vor Verwaltungsgericht haben sie angegeben, die Familienplanung sei abgeschlossen (VP S. 4). Somit ist davon auszugehen, dass sie als Eltern künftig nicht mehr mit der Frage des Sexualkundeunterrichts im Kindergarten konfrontiert sein werden. Selbst wenn für das Feststellungsbegehren nur ein virtuelles Interesse verlangt wird – wie im Rahmen der Anfechtung von Erlassen mit abstrakter Normenkontrolle, der sich das vorliegende Verfahren gewissermassen nähert –, so muss doch eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass die Rekurrenten künftig wieder einmal von der fraglichen Problematik betroffen sein könnten. Solches ist vorliegend nicht der Fall. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Rekurrenten liegt somit nicht vor.

**1.3.3** Vom Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses wird allerdings dann abgesehen, wenn sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (VGE 615/2008 vom 30. Mai 2008 E. 1.2; Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 293).



**1.3.4** Von der Frage des Sexualkundeunterrichts im Kindergarten können andere Kinder und Eltern als die Rekurrenten betroffen sein. Wie gerade das vorliegende Verfahren zeigt, wird es oftmals nicht möglich sein, ein Verfahren, mit dem sich Eltern gegen Sexualkundeunterricht im Kindergarten wehren, während der Dauer des Kindergartenbesuchs abzuschliessen. Es handelt sich um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, an deren Beantwortung ein öffentliches Interesse besteht. Daher kann vorliegend vom Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses abgesehen werden. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 3 ist somit einzutreten.

## **2.**

Streitgegenstand bildet die Dispensation des Kindes vom Sexualkundeunterricht im Kindergarten und in den ersten beiden Primarschulklassen. Tatsächlich ist das Kind aber bislang weder im Kindergarten noch in der seit August 2012 besuchten Primarschule je mit Sexualkundeunterricht in der von den Rekurrenten beanstandeten Form konfrontiert worden. Zu beurteilen steht also nicht eine konkrete Betroffenheit der Rekurrenten durch eine staatliche Massnahme. Der Streitgegenstand ergibt sich vielmehr aus der möglichen Betroffenheit der Rekurrenten nach Massgabe der schulrechtlichen Ordnung. Nur darauf ist einzugehen, nicht aber auf ein allfälliges Grundkonzept, wie es etwa im "Grundlagenpapier Sexualpädagogik und Schule" der Hochschule Luzern vom 7. November 2008 (gesonderte Beilage 4 zur Rekursantwort; nachfolgend: "Grundlagenpapier Sexualpädagogik") teilweise dargestellt wird, und worauf sich Jürgen Oelkers in seinem durch die Rekurrenten replicando edierten Vortrag (Replikbeilage 1) bezieht.

### **2.1**

**2.1.1** Der vom Erziehungsrat am 21. November 2011 genehmigte "Leitfaden Lernziel sexuelle Gesundheit / Sexualpädagogik in der Schule" (gesonderte Beilage 7 zur Rekursantwort; nachfolgend: "Leitfaden") zielt auf eine erfolgreiche Sexualerziehung ab und verlangt eine enge Zusammenarbeit zwischen Eltern und Schule. Die Schule soll die Eltern bei der Sexualerziehung unterstützen, sie ergänzen und über den entsprechenden Unterricht informieren. Die Teilnahme am schulischen Sexualkundeunterricht wird obligatorisch erklärt, "da alle Kinder und Jugendlichen ein Recht auf Sexualerziehung" hätten. Dabei sei es "Aufgabe der Schule, den Bedürfnissen der Kinder und Jugendlichen nach Sexualaufklärung Rechnung zu tragen". Mit dieser Überarbeitung des ursprünglichen Leitfadens vom 6. Dezember 2010 (gesonderte Beilage 6 zur Rekursantwort) hat der Erziehungsrat klargestellt, dass weder im Kindergarten noch in der Primarschule systematisch Sexualkunde unterrichtet werden soll.

**2.1.2** Im Kindergarten sollen die Grobziele der "Förderung eines positiven Körperbewusstseins" und der "Stärkung des Selbstbewusstseins" der Kinder verfolgt werden. Als Kenntnisse und Erkenntnisse vermittelt werden sollen das "Benennen aller Körperteile, inkl. Geschlechtsteile", das "Wissen, dass es zur Entstehung eines Kindes Mann und Frau braucht", das "Wissen, was eine unfreiwillige sexuelle Handlung

ist". Auch sollen die Kinder "sexuelle Übergriffe erkennen und sich schützen können". Dazu kommen das "Recht, Nein zu sagen", und die Kenntnis der Personen (Lehrpersonen/Eltern), an welche sich die Kinder wenden können.

**2.1.3** In der Primarschule gelten als Grobziele des Unterrichts die "Kompetenzerweiterung im Umgang mit Gefühlen und der eigenen und fremder Geschlechtlichkeit" sowie die "Sensibilisierung für Gefahren im Zusammenhang mit Sexualität". Lernziele sind die Kenntnis des Zeugungsvorgangs und der Existenz von Verhütungsmitteln, das "Wissen, dass Sexualität aus Lust und Liebe und nicht nur zur Fortpflanzung praktiziert wird", die Kenntnis der Begriffe "Viren" und "Bakterien" im Zusammenhang mit Krankheit und Sexualität, die Kenntnis des "Rechts, Nein zu sagen", sowie das "Wissen, dass es 'gute' und 'schlechte' Geheimnisse" gibt.

## **2.2**

**2.2.1** Im Dokument "Sexualpädagogik: Handreichung Kindergarten und Primarschule Kanton Basel-Stadt" in der im November 2011 überarbeiteten Fassung (gesonderte Beilage 9 zur Rekursantwort; nachfolgend: "Handreichung") wird der Grundsatz konkretisiert, dass kein systematischer Sexualunterricht erteilt werden soll. Vielmehr soll die Thematik "Sexualität" im Unterricht reaktiv aufgegriffen werden: Lehrpersonen "reagieren auf Fragen und Handlungen von Kindern, im Bewusstsein, dass Sexualerziehung auf dieser Altersstufe primär Aufgabe der Eltern ist". Als Ziele und Kompetenzen zum Thema Körper werden genannt: Die Wahrnehmung des eigenen Körpers mit verschiedenen Sinnen, der respektvolle und wertschätzende Umgang mit dem eigenen und anderen Körpern, die Kenntnis und Befähigung zur Benennung der Funktion des eigenen Körpers und der Körperteile unter Einschluss der Geschlechtsorgane, die Kenntnis und Befähigung zur Benennung der körperlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Mädchen und Knaben unter Einschluss der Geschlechtsorgane, das Wissen, "dass Berührungen an Körperstellen angenehm sein können", sowie die Kenntnis ihrer privaten Dimension. Weiter sollen die Kinder mit eigenen Worten ausdrücken können, dass es für die Entstehung eines Kindes eine Frau (Mutter) und einen Mann (Vater) braucht, und sie sollen wissen, dass ein Baby im Bauch der Mutter heranwächst und wie es zur Welt kommt.

**2.2.2** In den beiden ersten Primarschulklassen soll zudem das Wissen vermittelt werden, dass ein Kind entstehen kann, wenn Mann und Frau Geschlechtsverkehr haben. Die Mädchen und Buben sollen gehört haben, dass nicht mit jedem Geschlechtsverkehr ein Kind entsteht. Im Rahmen des Themas Körperpflege soll die Selbstverantwortung für die Hygiene gefördert werden. Die Kenntnis der Begriffe "Bakterien" und "Viren" wird in den Gesamtzusammenhang mit hygienischen Massnahmen gegen Ansteckung gestellt. Dabei soll das Wissen vermittelt werden, dass sich in Körperflüssigkeiten Krankheitserreger befinden können. Hinzu soll die Kenntnis der Gefahren kommen, die von herumliegenden Spritzen und Kondomen ausgeht, und wie damit korrekt umgegangen werden soll. Im Rahmen psychosozialer

Gesundheitserziehung sollen die Kinder ihre Gefühle wahrnehmen und benennen, und sie sollen zwischen guten und schlechten Geheimnissen sowie angenehmen und unangenehmen Berührungen unterscheiden können. Im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Berührungen wurde mit der Überarbeitung der "Handreichung" vom November 2011 der zuvor verwendete Begriff "lustvoll" [gesonderte Beilage 8 zur Rekursantwort] durch "angenehm" ersetzt. Zudem sollen die Kinder darüber informiert sein, dass es Personen gibt, die Kinder auch sexuell belästigen, und sie sollen ihr Recht kennen, zu ungewollten Handlungen "Nein" zu sagen. Zur Thematik gehört weiter die Kenntnis von und der Respekt vor Schamgefühlen gegenüber sich selbst und anderen, sowie die Kenntnis jener Personen, bei denen in schwierigen Situationen Hilfe geholt werden kann. Schliesslich sollen die Kinder die diskriminierende Anwendung der Begriffe "Homosexualität, schwul, lesbisch, bisexuell" erkennen können, und sie sollen auf den Gebrauch dieser Begriffe als Schimpfworte verzichten.

**2.3** Weiter wird den Kindergärten und Primarschulen "Unterrichtsmaterial für schulische Sexualerziehung" (gesonderte Beilage 11 zur Rekursantwort; nachfolgend: "Materialsammlung") zur Verfügung gestellt. Die "Materialsammlung" enthält in der aktuellen, vorliegend zu beurteilenden Fassung diverse Bücher zum Anschauen, Vorlesen oder selber Lesen, ein dreischichtiges Körperpuzzle aus Holz, zwei Puppen mit den erkennbaren Geschlechtsteilen eines Knaben respektive Mädchens, sowie Lehrpersonenmaterial mit einer Ideensammlung für den Unterricht.

Diese "Materialsammlung" wurde in der ursprünglichen Fassung des "Leitfadens" vom 6. Dezember 2010 noch als "Sex-Box" (gesonderte Beilage 6 zur Rekursantwort) oder "Sexkoffer" (gesonderte Beilage 10 zur Rekursantwort) bezeichnet. Mit der Fassung des "Leitfadens" vom 21. November 2011 wurde auf diese Bezeichnungen verzichtet, und die auf der Kofferetikette dargestellten unbedeckten wurden durch bedeckte Kinder ersetzt. Entfernt wurde im Zuge dieser Überarbeitung auch das Buch "Mein erstes Aufklärungsbuch" von Holde Kreul, weil Kritiker in dessen Bebilderung pornographische Darstellungen erkannt hatten. Ebenfalls entfernt wurden die Unterlagen "Sexuelle Gesundheit in der Primarschule – Sammlung von Unterrichtsideen" sowie "Sexuelle Gesundheit im Kindergarten – Sammlung von Unterrichtsideen" mit den beiden von den Rekurrenten in Ziff. 34 (S. 17) ihrer Rekursbegründung beanstandeten Übungen "Magnetpuppe" und "Kennst Du Deinen Körper". Die Übung "Magnetpuppe" bestand darin, dass sich Kinder ab 4 Jahren in Paaren aufstellen. In der Folge sollen sie ihre Partner jeweils "mit einem von der Spielleitung genannten Körperteil am Körperteil des anderen Kindes, der genannt wurde", berühren und "sich mit 'magnetischer' Kraft anziehen". In der Übung "Kennst Du deinen Körper" soll sich ein Kind auf den Boden legen und mit einem Tuch bedeckt werden. In der Folge soll der Partner oder die Partnerin einen Körperteil des Kindes berühren und ihn benennen, worauf das am Boden liegende Kind erklären soll, ob die Benen-

nung richtig ist. Diese Materialien und Übungen wurden, wie gesagt, aus der Materialsammlung entfernt.

**2.4** Die genannten Anpassungen des "Leitfadens", der "Handreichung" und der "Materialsammlung" sind bereits vor der Einleitung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erfolgt. Damit sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass "einige Aussagen, Formulierungen und Illustrationen in den Materialien für schulische Sexualerziehung in der Öffentlichkeit Anstoss erregt haben und teilweise missverstanden wurden" (Schreiben des Leiters Volksschulen an die Schulleitungen vom Januar 2012 [gesonderte Beilage 15 zur Rekursantwort]).

Soweit solche Anpassungen vorgenommen und Materialien ersetzt worden sind, besteht kein Feststellungsinteresse der Rekurrentinnen an der Beurteilung ihrer Zulässigkeit. Dies gilt auch deshalb, weil das Kind mit dem entfernten Material und der vormals gepflegten Begrifflichkeit nie konfrontiert worden ist. Eine künftige Betroffenheit und ein daraus abzuleitendes Feststellungsinteresse sind auszuschliessen.

### **3.**

**3.1** Die Rekurrenten rügen zunächst eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. Der Regierungsrat habe gewichtige Aussagen zum Sachverhalt allein gestützt auf den "Leitfaden" gemacht. Dieser sei gemäss den Ausführungen des Erziehungsdepartements unter Beizug von Fachpersonen aus dem Kinder- und Jugendgesundheitsdienst des Kantons Basel-Stadt, des Schulpsychologischen Dienstes sowie von Lehrpersonen entstanden. Komplette ignoriert worden sei der Antrag der Rekurrenten auf Edition aller Abklärungen der Vorinstanz zum Sachverhalt, insbesondere zum Nutzen und zu den Risiken der Sexualerziehung für 4- bis 8-Jährige. Es sei undenkbar, dass eine Verpflichtung zur Teilnahme an schulischer Sexualerziehung ohne entscheidungsrelevante Sachverhaltsgrundlagen begründet werden könne. Die Rekurrenten hätten das Recht zu erfahren, auf welcher Sachverhaltsgrundlage sie verpflichtet würden. Denkbar sei nämlich, dass bei der Erarbeitung des "Leitfadens" überhaupt keine Abklärungen betreffs Nutzen und Risiken getroffen worden seien, womit die entsprechenden Ausführungen des Regierungsrates inhaltsleer und gehaltlos würden. Die Rekurrenten halten daher an ihrem Editionsantrag fest.

**3.2** Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 EMRK verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich das grundsätzlich uneingeschränkte Recht der Verfahrensparteien, in alle für das Verfahren wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen (BGE 129 I 85 E. 4.1 S. 88 f.; 121 I 225 E. 2a m.H.). Das Akteneinsichtsrecht soll sicherstellen, dass die Verfahrenspartei von den Entscheidungsgrundlagen Kenntnis nehmen und ihre Rechte wirksam und sachbezogen vertreten kann (BGE 129 I 85 E. 4.1 S. 88). Die effektive Wahrnehmung dieses Anspruchs setzt daher die Einsicht in grundsätzlich sämtliche beweisrelevante verfahrensbezogenen Akten voraus, auf die für den Entscheid abgestellt werden muss (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/ Brühl-

Moser, a.a.O., Rz. 333; VGE VD.2011.158 vom 10. September 2012 E. 3.1). Ausserhalb eines bestimmten Verfahrens besteht dagegen ein Akteneinsichtsrecht nur, soweit eine Partei ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft zu machen vermag (BGE 129 I 249 E. 3 S. 253; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnheer/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 335).

**3.3** Wie der Regierungsrat in seiner Vernehmlassung zutreffend ausführt, sind im vorliegenden Verfahren weder der "Leitfaden", noch die "Handreichung", noch die Materialsammlung Anfechtungsobjekt, sondern der Entscheid der Schulleitung des Kindergartens D.\_\_\_\_\_ über das Gesuch der Rekurrenten um Dispens des Kindes vom Sexualkundeunterricht. Der verfahrensbezogene Anspruch auf rechtliches Gehör berechtigt daher nur zur Einsicht in die Akten dieses einen Rechtsanwendungsverfahrens. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Schulleitung jene Fachunterlagen beigezogen hätte, welche dem Erziehungsrat und den vorbereitenden Behörden zur Erarbeitung des "Leitfadens" gedient hatten. Diese Fachunterlagen sind daher keine beweiserheblichen, verfahrensbezogenen Akten, welche zur Entscheidungsfindung beigetragen hätten. Dem Regierungsrat ist weiter darin zu folgen, dass die Schulleitung auch gar nicht gehalten war, solche Unterlagen beizuziehen: Eine rechtsanwendende Behörde braucht nicht die fachlichen Abklärungen derjenigen Behörde beizuziehen, welche die legislatorischen Grundlagen für den strittigen Entscheid erlassen hat. Der Zugang zu Unterlagen eines legislatorischen Verfahrens ist bei solcher Konstellation nicht Gegenstand des rechtlichen Gehörs (BGE 130 I 174).

**3.4** Da sich Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nur auf Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden, respektive überhaupt nur auf Verfahren vor Gerichtsbehörden beziehen, kann daraus kein auf das rechtliche Gehör gestützter Editionsanspruch von Unterlagen eines Rechtssetzungsverfahrens abgeleitet werden (BGE 130 I 174 E. 2.2 S. 178; Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 3043). Offen bleiben kann, ob sich ein weitergehender Editionsanspruch aus dem in § 75 der Kantonsverfassung (KV; SG 111.100) verankerten Öffentlichkeitsprinzip ergibt. Dieses Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt wird im Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 9. Juni 2010 (Informations- und Datenschutzgesetz, IDG; SG 153.260) konkretisiert. § 25 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 lit. a IDG verleiht jeder Person Anspruch auf Zugang zu den bei Organisationseinheiten des Kantons, die eine öffentliche Aufgabe erfüllen, vorhandenen Informationen. Von diesem Informationszugangsrecht ausgenommen sind Aufzeichnungen, die nicht fertig gestellt sind. Zu verweigern oder aufzuschieben ist die Bekanntgabe von Daten oder der Zugang zu Informationen im Einzelfall ganz oder teilweise, wenn eine besondere gesetzliche Geheimhaltungspflicht oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht (§ 29 IDG). Unter den Zugangsanspruch können auch Unterlagen eines Rechtssetzungsverfahrens fallen.

Gestützt auf diesen Anspruch hätten sich die Rekurrenten beim Erziehungsrat, welcher als zuständige Behörde den "Leitfaden" genehmigt hat, den von ihnen gewünschten Einblick in die Grundlagen des damaligen Entscheids verschaffen können. Einer Edition im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren bedarf es daher nicht. Im Ergebnis ist die Frage aber obsolet: Das Erziehungsdepartement hat nämlich seiner Vernehmlassung im vorliegenden Verfahren die Fachberichte beigelegt, auf die sich der Erziehungsrat gestützt hatte (gesonderte Beilagen 2 - 4 zur Rekursantwort). Eine allfällige Verletzung des auf das Öffentlichkeitsprinzip gestützten Anspruchs auf Zugang zu diesen Unterlagen wäre damit in gleicher Weise geheilt, wie dies nach ständiger Rechtsprechung auch im Falle einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch eine Vorinstanz möglich ist.

**3.5** Die Frage, ob der Regierungsrat verpflichtet gewesen wäre, im vorinstanzlichen Einspracheverfahren weitere fachliche Abklärungen zu treffen, beschlägt nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör, sondern jenen auf richtige Ermittlung des Sachverhalts. Darauf wird weiter hinten einzugehen sein (Ziff. 6.3, 6.4.2).

#### **4.**

In der Sache rügen die Rekurrenten die Verletzung ihrer Grundrechte. In Frage stehen der Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV), das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes [UN-Kinderrechtskonvention, UN-KRK; SR 0.107]), der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 Abs. 1 und 2 BV, Art. 9 EMRK, Art. 18 Abs. 1 und 4 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 [UN-Pakt II; SR 0.103.2] und Art. 14 Abs. 1 und 2 UN-KRK) und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK).

Zunächst stellt sich die Frage, ob schulischer Sexualkundeunterricht überhaupt geeignet ist, in den Schutzbereich dieser Grundrechte einzugreifen.

**4.1** Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid anerkannt, dass mit Blick auf Art. 11 BV obligatorischer schulischer Sexualkundeunterricht grundsätzlich geeignet sei, in die persönliche Freiheit der Schulkinder und damit in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV einzugreifen. Dies ergebe sich nicht nur aus dem Einbezug von Art. 11 BV, sondern auch aus dem Umstand, dass dem Schutz der psychischen Integrität insbesondere in den Fällen des besonderen Rechtsverhältnisses, in dem sich Schülerinnen und Schüler befänden, besondere Bedeutung zukomme. Der Regierungsrat verweist weiter auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der es ebenfalls für möglich halte, dass schulischer Sexualkundeunterricht geeignet sei, den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK zu berühren (EGMRE vom 13. September 2011 i.S. Dojan vs. Deutschland, Nr. 319/08).

**4.2** Die Rekurrenten berufen sich zunächst auf den grundrechtlichen Schutz der *persönlichen Freiheit* des schulpflichtigen Kindes.

**4.2.1** Art. 10 Abs. 2 BV garantiert mit dem Recht auf persönliche Freiheit sämtliche elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung (Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1240). Auch wenn dieses Grundrecht die Einzelnen in weitgehender Weise in ihrer Lebensgestaltung schützt, gewährt es keine allgemeine Handlungsfreiheit, auf die sich der Einzelne gegenüber jedem staatlichen Akt, der sich auf die persönliche Lebensgestaltung auswirkt, berufen könnte. Es schützt nicht vor jeglichem physischen oder psychischen Missbehagen (BGE 133 I 110 E. 5.2 S. 119; 130 I 369 E. 2 S. 373; 127 I 6 E. 5a S. 11; 119 Ia 178 E. 5 S. 187; 118 Ia 305 E. 4a S. 315; 117 Ia 27 E. 5a S. 30 m.w.H.; Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1246). Mit Bezug auf die psychische Integrität schützt Art. 10 Abs. 2 BV den Einzelnen davor, seelischen Leiden ausgesetzt zu sein. Diese müssen aber ebenfalls eine gewisse Intensität erreichen, um den Schutzbereich der persönlichen Freiheit zu berühren. Der Schutz der psychischen Unversehrtheit aktualisiert sich vor allem bei Personen in Sonderstatusverhältnissen (Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1283 ff.). Unter die elementaren Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung gemäss Art. 10 Abs. 2 und 13 BV fällt auch die Freiheit, eine bestimmte Situation selber einzuschätzen und gemäss dieser Bewertung zu handeln, soweit es sich dabei um eine Äusserung individueller Selbstbestimmung von elementarer Bedeutung handelt (Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1312 ff.). Dazu wird auch die sexuelle Entfaltung gezählt (Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1315). Damit wird zu prüfen sein, ob der fragliche Sexualkundeunterricht in die persönliche Freiheit des Kindes eingreift.

**4.2.2** Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleistet die Achtung des Privatlebens. Damit soll dem Individuum ein Raum gewährleistet werden, in dem es die "Entwicklung und Erfüllung" seiner Persönlichkeit anstreben kann. Geschützt sind auch die Beziehungen zu Mitmenschen, die zur Verwirklichung der Persönlichkeit des Betroffenen zentral sind (Grabenwarter/Pabel, EMRK, 5. Aufl., München 2012, § 22, 6). Teile der Achtung des Privatlebens sind auch das Selbstbestimmungsrecht über den Körper und der Schutz seiner Unversehrtheit, welche das Recht der Einzelnen auf Achtung ihrer sexuellen Selbstbestimmung mit einschliesst. Daraus folgt ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat auf Unterlassen von Beschränkungen der sexuellen Selbstbestimmung (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 22, 7 f.). Der Schutz des Privatlebens gewährleistet darüber hinaus das Recht, das Leben nach den eigenen Vorstellungen ohne staatliche Einwirkung auf den individuellen Entscheidungsprozess, soweit dadurch wesentliche Ausdrucksmöglichkeiten der menschlichen Persönlichkeit betroffen sind, zu führen (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 22, 12). Mit Bezug auf Einschränkungen dieser Lebensführung durch Umweltverschmutzung und Lärmimmissionen hat der EGMR verdeutlicht, dass blosser Belästigungen nicht zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK führen (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 22, 15 m.H.). Dessen ungeachtet

wird aber zu prüfen sein, ob der fragliche Sexualkundeunterricht in das Recht des Kindes auf Privatleben im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift.

**4.2.3** Kinder und Jugendliche geniessen kraft Art. 11 Abs. 1 BV einen besonderen Schutz ihrer Persönlichkeit. Diese Bestimmung gewährleistet den Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Die Vorschrift statuiert damit ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, verpflichtet den Staat aber ebenso zu Schutzmassnahmen und zur Förderung der Kinder in ihrer Persönlichkeitsentwicklung. Dabei sollen Fördern und Schützen eine "sinnhafte Einheit" bilden (Reich, "Schutz der Kinder und Jugendlichen" als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht, in: ZSR 2012 I 363 ff., 374 f., 379 ff.). Art. 11 Abs. 1 BV verstärkt also die entsprechenden Gehalte der anderen Grundrechte für Kinder und Jugendliche (Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1336 ff.). Dieser verstärkte Jugendschutz gilt nicht zuletzt im Zusammenhang mit sexuellen Inhalten (vgl. BGE 133 II 136 E. 5.1 S. 142). Wie die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV, ist auch der Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 BV auf elementare Achtungsansprüche beschränkt (Reich, a.a.O., 374). Mit dieser Bestimmung hat der Schutz des Kindeswohl, wie er in Art. 302 Abs. 1 ZGB auf Gesetzesstufe normiert und mit Art. 3 UN-KRK völkerrechtlich garantiert ist, eine verfassungsrechtliche Grundlage erhalten. Der Schutz zielt auf die gedeihliche Entwicklung des Kindes hin zu einem ab der Volljährigkeit selbständigen, selbstbestimmten und gemeinschaftsfähigen Leben, wobei den Eltern ein pflichtgemäss auszuübendes Konkretisierungsprimat zukommt und das Kindeswohl nicht mit dem Kindswillen kongruent zu sein braucht (Reich, a.a.O., 375 f.). Art. 11 Abs. 1 BV schützt demnach nicht primär die Entfaltung des eigenen Willens der Kinder und Jugendlichen. Gleichwohl wird zu prüfen sein, ob der fragliche Sexualkundeunterricht in den Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 BV eingreift.

**4.3** Der Anspruch auf Schutz der *Privatsphäre* respektive des *Familienlebens* nach Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt das Zusammensein der Eltern und Kinder (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 22, 28) und die Beziehung zwischen Eltern und ihren Kindern vor äusserer Beeinträchtigung (Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1358 ff.; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 236). Der Anspruch gewährleistet, dass die Familie ein gemeinsames Leben entsprechend der Bindung untereinander führen kann (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 22, 19). Teilweise wird auch das Erziehungsrecht der Eltern unter den Schutz des Familienlebens gemäss Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK subsumiert (Reich, a.a.O., 376). Fragen der Sexualität haben diesbezüglich eine besondere Bedeutung. Somit wird zu prüfen sein, ob dieses Grundrecht vorliegend verletzt wird. Auch Art. 18 UN-KRK verpflichtet die Vertragsstaaten sicherzustellen, "dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung der Kinder verantwortlich sind". Demgegenüber hat der EGMR bezüglich der EMRK eine Verletzung des Erziehungsrechts durch sexualkundlichen Unterricht in der Schule verneint (vgl. EGMRE i.S. Kjeldsen, Busk Madsen und Pedersen gegen Dänemark, Nr. 5926/72 vom 7. Dezember 1976 § 53 und 57; vgl.



EGMRE i.S. Dojan u. Mitb. gegen Deutschland, Nr. 319/08 vom 13. September 2011).

#### 4.4

**4.4.1** Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass der Schutzbereich der *Glaubens- und Gewissensfreiheit* (Art. 15 Abs. 1 und 2 BV, Art. 9 EMRK, Art. 18 Abs. 1 und 4 UN-Pakt II und Art. 14 Abs. 1 und 2 UN-KRK) nicht berührt sei. Dieses Grundrecht schütze neben Glaubensüberzeugungen nur Überzeugungen von einer gewissen grundsätzlichen, weltanschaulichen Bedeutung, mit denen eine zusammenhängende Sicht grundlegender Probleme zum Ausdruck gebracht werde. Die strittige Verhaltensweise müsse unmittelbarer Ausdruck dieser Anschauung sein. Die Rekurrenten legten nicht dar, wie ihre persönliche Einstellung zur Frage der Sexualerziehung von Kindern einer zusammenhängenden Weltsicht entspränge. Es fehle an ausreichender Substantiierung.

**4.4.2** Wie schon vor Vorinstanz, so berufen sich die Rekurrenten auch vorliegend nicht auf religiöse Grundüberzeugungen oder Gefühle, welchen der sexualkundliche Unterricht in Kindergarten und Primarschule entgegenstünde. Auf religiöse Vorbehalte gegenüber dem Sexualkundeunterricht verzichteten sie bewusst. Somit ist nicht weiter zu prüfen, inwieweit diesbezüglich der grundrechtliche Schutzbereich betroffen sein könnte.

Demgegenüber stützen sich die Rekurrenten auf "das Recht auf Freiheit in der Weltanschauung". Der Umgang mit der Sexualität stelle eine Grundfrage des Lebens dar, in dem sich moralische und ethische Grundwerte eines Menschen in gleichem Masse kumulierten. Die Frage, ab welchem Alter und in welcher Form Eltern ihr Kind aufklärten, sei Ausfluss dieser Grundhaltung. Die Überzeugung, wonach Sexualität etwas Urprivates sei und Aufklärung jedenfalls zu Beginn durch die Eltern und nicht durch den Staat oder die Öffentlichkeit erfolgen solle, müsse in gleicher Weise Schutz erfahren wie religiöse Fragen. Dies bestätige Art. 18 Abs. 4 UN-Pakt II ausdrücklich. Dieser schütze, wie auch Art. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK vom 20. März 1952, die Eltern bei der Durchsetzung ihrer eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen im Rahmen der religiösen und sittlichen Erziehung ihrer Kinder.

**4.4.3** Die Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV schützt neben der Beziehung zum Göttlichen oder Transzendenten auch eine davon unabhängige Weltanschauung. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass sie sich auf eine umfassende Weltvorstellung bezieht (Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1466). Darin kommt eine sehr weit gefasste Bestimmung des Begriffs der Religion zum Ausdruck (Vischer, Die Religionsfreiheit als Eckstein des liberalen Gemeinwesens, ZBJV 2012, 571 ff., 576). Die Weltanschauung muss sich auf eine Überzeugung über die Stellung des Menschen respektive der Menschheit in der Welt beziehen (Cavelti/Kley, St. Galler BV-

Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 15 Rz. 9). Die Religionsfreiheit ist Teil der nicht ausschliesslich religiös ausgerichteten, mit der Gewissensfreiheit verbundenen Weltanschauungsfreiheit (Hangartner, Religionsfreiheit – ein Überblick aus Anlass des neuen Art. 72 Abs. 2 BV [Verbot des Baus von Minaretten], AJP 2010, 441 ff., 441 f.). In neuerer Zeit wird die Gewissensfreiheit als eigenständiges Grundrecht diskutiert, wobei unter Gewissen jene innere kritische Instanz zu verstehen ist, die dem Leben und Handeln des Einzelnen ethische oder moralische Massstäbe setzt (Müller/Schefer, a.a.O., 258). Als Weltanschauungen geschützt sind – auch bruchstückhafte – Deutungen der Welt für das menschliche Lebensverständnis (Müller/Schefer, a.a.O., 257). Sie zeichnen sich aber dadurch aus, dass sie sich – wie die geschützte Religion (BGE 119 Ia 178 E. 4b S. 184) – auf eine Gesamtsicht der Welt erstrecken, ihnen für die bekennenden Personen eine wesentliche identitätsstiftende Funktion zukommt und sie für deren Würde und Selbstwertgefühl von grundlegender Bedeutung sind (Rhinow, Religionsfreiheit heute, recht 2002, 45 ff., 46; Müller/Schefer, a.a.O., 257 f.). Die Weltanschauung ist durch eine nicht zu hinterfragende Überzeugung betreffend die existentiellen Aufgaben des Menschen auf dieser Welt gekennzeichnet, ohne aber in Beziehung zu überirdischen Kräften zu stehen, wie etwa der Pazifismus, die Anthroposophie oder ein ökologisches Weltbild (Müller/Schefer, a.a.O., 257 f.). Nur durch diese Begrenzung kann vermieden werden, dass die Religionsfreiheit zu einer schwer fassbaren Allgemein- und Handlungsfreiheit erweitert wird (BGE 119 Ia 178 E. 4b S. 183). Auch die Judikatur und Literatur zu Art. 8 EMRK definiert als Weltanschauung eine zusammenhängende Sichtweise grundsätzlicher Lebensfragen, eine Sicht der Welt als Ganzes, deren Überzeugungen sich durch ein gewisses Mass an Stichhaltigkeit, Ernsthaftigkeit, Schlüssigkeit und Bedeutung, wie etwa der Pazifismus, auszeichnen müssen (Grabenwarter/Pabel, a.a.O., § 22, 106). Darunter wird das Bewusstsein der Wirklichkeit als ganzheitliche Welt-, Lebens-, Sinn- und Werteordnung verstanden (Grabenwarter, in: Pabel/Schmahl, IntKom-EMRK, Art. 9 N 67 m.H. auf Reimer). Es muss sich um Überzeugungen handeln, aus denen eine kohärente Sicht grundlegender Probleme zum Ausdruck kommt (Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Art. 9 N 19).

**4.4.4** Das Erziehungsrecht bildet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Bestandteil der Glaubens- und Gewissensfreiheit (BGE 129 III 689 E. 1.2 S. 691 f.; BGer 2C\_897/2012 vom 14. Februar 2013 E. 1.1). Die Rekurrenten sehen sich, wie soeben dargestellt, explizit nicht in ihrer Religionsfreiheit, sondern in ihrer Weltanschauungsfreiheit verletzt. Indes legen die Rekurrenten nicht dar, worin ihre Weltanschauung konkret bestehen soll, und inwiefern der fragliche Sexualkundeunterricht sie in ihrer Weltanschauungsfreiheit verletzen könnte. Wohl mag der Umgang mit der Sexualität eine Grundfrage des Lebens darstellen. Die Rekurrenten betten ihre Ablehnung des Sexualkundeunterrichts aber nicht in eine Gesamtsicht der Welt ein. Dass der Umgang mit der Sexualität allein eine unter dem Titel der Glaubens- und Gewissensfreiheit schützenswerte weltanschauliche Grundhaltung darstellen könnte, behaupten die Rekurrenten selber nicht und ist auch nicht erkennbar. Somit ist der

Vorinstanz darin zu folgen, dass die Rekurrenten die gerügte Verletzung ihrer Weltanschauungsfreiheit nicht ausreichend substantiiert haben und folglich der Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht berührt ist.

**4.4.5** Die Rekurrenten erblicken im Uno-Pakt II eine Erweiterung des sachlichen Geltungsbereichs der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Der Uno-Pakt II schützt zunächst ebenfalls die Freiheit, eine Weltanschauung eigener Wahl anzunehmen, zu haben und zu bekunden (Art. 18 Abs. 1 Uno-Pakt II). Dabei verpflichten sich die Vertragsstaaten in Art. 18 Abs. 4 Uno-Pakt II, die Freiheit der Eltern zu achten sowie die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen. Diese für die Schweiz verbindliche Verpflichtung ist im Wortlaut insoweit mit Art. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK kongruent. Allerdings hat die Schweiz dieses erste Zusatzprotokoll zur EMRK im Jahr 1976 zwar unterzeichnet, seither aber nicht ratifiziert, weshalb es in der Schweiz nicht anwendbar ist und vorliegend grundsätzlich unbeachtlich bleibt (Achermann/Caroni/Kälin, Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinverni/Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, 155 ff., 206 f.). Das aber immerhin gestützt auf Art. 18 Abs. 4 Uno-Pakt II geschütztes religiöses Erziehungsrecht der Eltern (vgl. Kälin, Genf oder Strassburg? – Die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrecht im Vergleich, Hrsg.: Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, Bern 2012, S. 40 [[http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/120730\\_Geneve\\_Strasbourg.pdf](http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/120730_Geneve_Strasbourg.pdf)]) kommt vorliegend aber dennoch nicht zum Tragen. Wie vorstehend ausgeführt, beziehen sich die Rekurrenten explizit nicht auf einen religiösen Hintergrund. Sie konkretisieren auch nicht, worin ihr weltanschaulicher Hintergrund bestehen würde, der ihre Ablehnung des fraglichen Sexualkundeunterrichts zu begründen vermöchte. Dies ändert aber nichts daran, dass zu prüfen sein wird, ob mit dem fraglichen Sexualkundeunterricht in das Erziehungsrecht der Eltern als Teilgehalt des Schutzes des Familienlebens gemäss Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK eingegriffen wird (vorstehend Ziff. 4.3).

## 5.

Damit ist zu prüfen, ob der vorgesehene Sexualkundeunterricht im Rahmen der vorstehend dargestellten Schutzbereiche in die persönliche Freiheit oder das Privatleben des Kindes, oder in das Erziehungsrecht der Eltern eingreift.

### 5.1

**5.1.1** Dies ist nicht abstrakt zu prüfen, sondern nach Massgabe der tatsächlich vorgesehenen staatlichen Massnahme. Da das rekurrierende Kind im Kindergarten und in der Primarschule bisher überhaupt keinen Sexualkundeunterricht erlebt hat, gilt es, dessen Inhalt zu beurteilen, so wie ihn der Erziehungsrat vorsieht. Wie bei einer abstrakten Normenkontrolle (BGE 129 I 12 E. 3.2 S. 15; Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1979) sind diese Vorgaben verfassungskonform auszulegen, da davon ausgegangen

werden darf, dass die Lehrpersonen den ihnen anheimgestellten Unterricht mit der gebotenen Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Kinder erteilen werden; dem entgegenstehende Indizien sind jedenfalls nicht ersichtlich. Dazu gehört auch die Wahrung der erforderlichen Balance zwischen der dem Thema inhärenten Nähe und Offenheit einerseits und dem Bedürfnis nach Distanz und Intimitätsschutz aller Beteiligten andererseits (Grundlagenpapier Sexualpädagogik S. 22). Dabei darf berücksichtigt werden, dass sich Sexualpädagogik aus fachlicher Sicht immer auf die Lebenssituation der Heranwachsenden zu beschränken und am psychosexuellen Entwicklungsstand der Schülerinnen und Schüler zu orientieren hat (Grundlagenpapier Sexualpädagogik S. 21, 31). Dieser Entwicklungsstand begrenzt auch die Möglichkeiten einer schulischen Einflussnahme (Grundlagenpapier Sexualpädagogik S. 31). Zudem ist zu beachten, dass Sexualpädagogik infolge der Eigenständigkeit und Andersartigkeit kindlicher Sexualität in erster Linie Sozialerziehung ist, da der Kontakt und die Beziehung zu Anderen in der Lebenswirklichkeit von Kindern im Vor- und Primarschulalter an erster Stelle steht (Grundlagenpapier Sexualpädagogik S. 38).

**5.1.2** Weiter ist gemäss dem überarbeiteten "Leitfaden" davon auszugehen, dass im Kindergarten und in den beiden ersten Primarschulklassen kein anlassloser, systematischer Sexualkundeunterricht erteilt wird. Dies wird in der "Handreichung" dahingehend konkretisiert, dass die Thematik "Sexualität" im Unterricht reaktiv aufgegriffen werden soll: Lehrpersonen "reagieren auf Fragen und Handlungen von Kindern, im Bewusstsein, dass Sexualerziehung auf dieser Altersstufe primär Aufgabe der Eltern ist". Damit wird der Notwendigkeit Rechnung getragen, die Fragestellung in die Lebenswirklichkeit der Kinder einzubetten. Anlass für solchen Unterricht können Ereignisse an der Schule oder in der Öffentlichkeit sein, soweit dadurch die Wahrnehmung der Lebenswirklichkeit durch die Schülerinnen und Schüler geprägt oder beeinflusst wird. Entgegen der Auffassung der Rekurrenten ist also kein anlassloser, systematischer Sexualkundeunterricht in den strittigen Volksschulstufen zu beurteilen.

## **5.2**

**5.2.1** Die Rekurrenten rügen zunächst als Grundrechtsverletzung, dass im Kindergarten die Körperorgane Penis, Scheide und weibliche Brust im Unterricht begrifflich benannt und den Geschlechtern zugeordnet werden. Weiter sehen sie eine Grundrechtsverletzung darin, den Kindern zu vermitteln, dass die Zeugung eines Kindes durch körperliches Zusammengehen von Mann und Frau vonstatten geht und damit von Penis und Scheide, welche Organe also auch der Fortpflanzung dienen. Nach Auffassung der Rekurrenten soll den Kindergartenkindern auch nicht erklärt werden, dass das Kind im Bauch der Mutter heranwächst und aus deren Scheide heraus geboren wird. Im Ergebnis machen die Rekurrenten damit einen grundrechtlichen Anspruch auf Tabuisierung der Geschlechtsorgane sowie von Zeugung und Geburt geltend, und zwar selbst für den Fall, dass die Kinder selber diese Themen in irgendeiner Form aufgreifen. Der Kanton sei zu solchem Unterricht nicht berechtigt.

**5.2.2** Die Vermittlung von Informationen über den eigenen Körper und die Grundzusammenhänge menschlicher Fortpflanzung bilden die Grundlage dafür, das körperliche Selbstwertgefühl zu stärken, das Körperbewusstsein und die emotionale Entwicklung zu fördern, Freundschaft, Liebe und Partnerschaftlichkeit zu thematisieren, geschlechtsspezifische Rollen zu reflektieren und zur Prävention von Infektionskrankheiten und ungewollten Schwangerschaften beizutragen. Dies alles zielt darauf ab, dass Kinder und Jugendliche Wissen über, Einstellungen zu und Handlungskompetenz für eine erfüllte, selbstbestimmte und verantwortungsvolle Geschlechtsidentität und Sexualität erlangen sollen, und dass sie sich vor sexuell übertragbaren Krankheiten und unerwünschten Schwangerschaften schützen können. Hierfür bildet die objektive und altersgerechte Vermittlung von Kenntnissen über den Körper und die Fortpflanzung die unerlässliche Grundlage. Sie gewährleistet, dass die Kinder selber einen eigenen Zugang zu ihrer Sexualität und diesbezügliche moralische Haltungen entwickeln können (Zulassungsentscheid des EGMR i.S. Dojan vs. Deutschland vom 13. September 2011, Nr. 319/08, S. 15). Gerade vor dem Hintergrund dieser Ziele ist nicht zu erkennen, wie die objektive, neutrale und altersgerechte Vermittlung von Grundkenntnissen über den menschlichen Körper und die Fortpflanzung ein Eingriff in die persönliche Freiheit, das Privatleben oder die Weltanschauungsfreiheit der betroffenen Kinder oder in das Erziehungsrecht ihrer Eltern darstellen könnte. Ebenso wenig ist einsichtig, inwieweit die entsprechende Unkenntnis des Kindes eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellen könnte, selbst unter Berücksichtigung des durch Art. 11 BV erweiterten Schutzbereichs der persönlichen Freiheit des Kindes. Die Vermittlung der fraglichen Kenntnisse in Zusammenarbeit mit und Ergänzung zu dem Elternhaus bildet im Gegenteil die Grundlage für die Freiheit des Kindes, im Rahmen seiner Selbstbestimmung sein Verhältnis zu seinem Körper selber einzuschätzen und gemäss der daraus gewonnenen Erkenntnis zu handeln. Insoweit ist kein Grundrechtseingriff in die psychische Integrität, die persönliche Freiheit oder das Privatleben des Kindes zu erkennen.

**5.2.3** Die Rekurrenten halten dem entgegen, dass ein zu früher und inhaltlich nicht auf die individuellen Bedürfnisse des Kindes angepasster Sexualekundeunterricht geeignet sei, die persönliche Entwicklung eines Kindes nachhaltig zu stören. Sie unterstellen damit, dass die Vermittlung von Kenntnissen über die Geschlechtsorgane und die Grundzüge der Fortpflanzung als Ergebnis der Vereinigung von Frau und Mann nicht dem individuellen Kindeswohl angepasst würde. Dem ist zu erwidern, dass gerade dieser Unterricht durch pädagogisch geschulte Lehrpersonen und unter Beizug sorgfältig ausgesuchter Unterrichtsmaterialien erteilt wird. Diesbezüglich wird auch laufend weiter evaluiert, wie die Entfernung gewisser Materialien aus dem Unterrichtskoffer zeigt. Soweit sich der deutsche Bundesverfassungsgerichtshof auf die "Erfahrung" stützt, "dass gerade Jugendliche durch pädagogisch falsch angelegte Erziehungsmassnahmen auf dem Gebiet der Sexualität seelisch verletzt und in ihrer Entwicklung schwer beeinträchtigt werden könnten" (BVerfGE 47, 46 Ziff. 103), ist den Rekurrenten entgegenzuhalten, dass für pädagogisch falsch angelegte Erzie-

Massnahmen an Basler Kindergärten oder ersten und zweiten Primarklassen keine Anhaltspunkte bestehen. Weshalb sie vor diesem Hintergrund den Schluss ziehen wollen, "schulischer Sexualkundeunterricht" könne "den Bedürfnissen der 4 - 8 Jährigen nicht genügen", ist nicht erfindlich. Auch ist kein Grund ersichtlich, warum ein Kind im Kindergartenalter nicht bereit sein soll, mit den fraglichen Kenntnissen konfrontiert zu werden.

### **5.3**

**5.3.1** Weiter beanstanden die Rekurrenten als Grundrechtsverletzung, dass den Kindern vermittelt werden soll, die Berührung der Sexualorgane könne angenehme Gefühle hervorrufen. Soweit sie dabei auf die beiden Übungen "Sexuelle Gesundheit in der Primarschule – Sammlung von Unterrichtsideen" und "Sexuelle Gesundheit im Kindergarten – Sammlung von Unterrichtsideen" Bezug nehmen, braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden, nachdem diese Unterlagen aus der Materialsammlung entfernt worden sind (Ziff. 2.3). Immerhin ist dazu Folgendes festzuhalten:

**5.3.2** Berührungen zwischen Kindern im Kindergartenalter erscheinen als altersadäquat und können grundsätzlich nicht vermieden werden. Sie bewirken für sich allein keine Verletzung der körperlichen oder psychischen Integrität. Davon zu unterscheiden ist das bewusste und angeleitete, gegenseitige Berühren im Rahmen sexualkundlichen Unterrichts; dies insbesondere dann, wenn intime Körperstellen davon nicht ausgeschlossen werden. Mit dem Beginn des Kindergartenalters beginnt nämlich die Entstehung des körperlich-sexuellen Schamgefühls (Grundlagenpapier Sexualpädagogik S. 35). Dieses Schamgefühl kann durchaus verletzt werden, wenn Berührungen angeordnet werden, die das Kind ablehnt. Weil aber vorliegend derartige Unterricht – soweit bekannt – tatsächlich gar nie erteilt worden ist und nachdem auch die entsprechenden Unterlagen aus der Materialsammlung entfernt worden sind, braucht darauf, wie erwähnt, nicht weiter eingegangen zu werden.

**5.3.3** Demgegenüber stellt die wertfreie, neutrale und nur aus gegebenem Anlass vorgesehene – also reaktive – Erwähnung des Umstands, dass die Berührung von Geschlechtsteilen angenehme Gefühle auslösen kann, keinen Eingriff in die Unversehrtheit des Kindes dar. Einen solchen Anlass vermöchte zum Beispiel die Situation zu bilden, dass sich ein Kind wiederholt an seinen Genitalien berührt und dies von anderen Kindern thematisiert wird. Den Eltern bleibt es auf der Grundlage dieses durch die Schule vermittelten Wissens unbenommen, ihren Kindern eigene moralische und sittliche Wertungen der physisch-psychischen Reaktionen auf Berührungen der Sexualorgane zu vermitteln.

**5.4** Schliesslich rügen die Rekurrenten die Aufklärung der Kinder über die Homosexualität als Grundrechtsverletzung. Gemäss entsprechendem Lernziel in der "Handreichung" kennen die Kinder "die Bedeutung der Begriffe Homosexualität, schwul, lesbisch, bisexuell, und erkennen, wenn diese missbräuchlich in sexuell dis-

kriminierender Weise angewendet werden". Auch dieses Lernziel ist vor dem Hintergrund des reaktiven Charakters des Sexualkundeunterrichts zu lesen. Ziel ist also nicht, diese Kompetenzen systematisch sämtlichen Kindern zu vermitteln. Notorischerweise sind aber heutzutage im öffentlichen Raum auch gleichgeschlechtliche Paare anzutreffen. Dies bleibt auch Kindergartenkindern und Primarschülern nicht verborgen und kann Fragen aufwerfen. Analoges gilt etwa für gleichgeschlechtliche Partnerschaften von Elternteilen, woraus sich den Kindern die Thematik der Bisexualität aufdrängt. Auch können Kindergartenkinder mitunter mit abschätzigem Gebrauch der Worte "schwul" und "lesbisch" konfrontiert sein. Gerade für den Fall, dass diese Bezeichnungen als Schimpfworte im Kindergartenalltag gebraucht werden, ist es nicht zu beanstanden, dass die Kindergärtnerinnen und Kindergärtner diese Begriffe nicht einfach nur mit Verboten tabuisieren. Vielmehr sollen sie den Kindern, ähnlich wie etwa beim Umgang mit gotteslästerlichen Flüchen, in kindsgerechter Weise den Grund erläutern können, wann und warum solche Zuschreibungen verletzend sein können. Auch darin kann also kein Grundrechtseingriff erblickt werden.

## 5.5

**5.5.1** Mit Bezug auf den Unterricht in den beiden ersten Primarschulklassen sehen die Rekurrenten ihre Grundrechte durch die Vermittlung des Wissens verletzt, dass ein Kind entstehen kann, wenn ein Mann seinen Penis in die Scheide einer Frau einführt, dabei Samenflüssigkeit in die Scheide eindringt und die Eizelle der Frau befruchtet.

Dieser Lerninhalt ist zwar weder im "Leitfaden" noch in der "Handreichung" derart detailliert formuliert, immerhin aber in den zur "Materialsammlung" gehörenden Kinderbüchern. Aber auch hier ist nicht erkennbar, wie die reaktive Wissenvermittlung elementare Erscheinungen der Persönlichkeit der Primarschülerinnen und -schüler berühren könnte.

**5.5.2** Weiter rügen die Rekurrenten für die beiden ersten Primarschulklassen die Vermittlung des Wissens, dass sich die Befruchtung einer Eizelle durch eine Samenzelle mittels Kondom oder Pille verhüten lässt. Wiederum ergibt sich dieser Schulstoff weder aus dem "Leitfaden" noch aus der "Handreichung". Im "Leitfaden" wird die allgemeine Kenntnis, dass es Verhütungsmittel gibt, zum Inhalt des Sexualkundeunterrichts in der Primarschule erklärt. Weiter spezifiziert werden die Verhütungsmittel nicht. Ebenso wird im Kinderbuch "Peter, Ida und Minimum" nur ganz allgemein von Verhütungsmitteln gesprochen ("Materialsammlung" 49:14, S. 21). Im Kinderbuch "Woher die kleinen Kinder kommen" werden die "Pille" und das Kondom immerhin kurz als gebräuchlichste Verhütungsmittel benannt und ihr Wirkungsprinzip dargestellt ("Materialsammlung" 49:15, S. 4). Detailliert beschrieben wird das Thema im Kinderbuch "Wie ist das mit der Liebe" ("Materialsammlung" 49:16). Dieses richtet sich allerdings an Kinder ab 9 Jahren, also nicht an solche der ersten beiden Primarschulklassen. Der sachliche und wertungsneutrale Unterricht gestützt auf diese Mate-

rialien ist nicht geeignet, die körperliche oder psychische Integrität des Kindes oder sein Privatleben zu verletzen. Dies umso weniger, als auch dieses Thema reaktiv zu unterrichten ist, also nur dann, wenn Anlass dazu besteht. Auch hier ist es den Eltern unbenommen, in Wahrnehmung ihrer primären Aufgaben bei der Sexualerziehung ihrer Kinder ethisch-moralische Aspekte des Umgangs mit Verhütungsmitteln einzubringen.

**5.5.3** Insoweit ist kein Eingriff in die Persönlichkeits- und Intimsphäre des rekurrenden Kindes erkennbar. Zuzugeben ist den Rekurrenten, dass Erwachsene und auch Kinder jeden Alters je nach persönlicher Prägung und Sozialisierung mitunter ungern über körperliche Dinge oder persönliche Beziehungen sprechen. Indessen ist nicht erkennbar, inwiefern die Kinder mit dem vorgesehenen Unterricht gezwungen werden sollten, sich aktiv zu solchen Themen zu äussern. Ferner ist daran zu erinnern, dass die persönliche Freiheit nicht vor jeglichem psychischen Missbehagen schützt. Die bloss passive Konfrontation mit Fragen, soweit sie sich in der Lebenswirklichkeit der Kinder stellen, stellt keinen Eingriff in die Intimsphäre dar. In diesem Zusammenhang stellen die Rekurrenten die Urteilsfähigkeit von 4 - 8-jährigen Kindern in Bezug auf Fragen des Sexualkundeunterrichts generell in Frage. Welche Bedeutung dem zukommen soll, erscheint unklar. Soweit sich ein Kind, etwa beeinflusst durch die Klasse – nicht aber durch die Lehrperson –, dazu entscheidet, aktiv an der Erörterung eines sexualpädagogischen Themas teilzunehmen, ist nicht ersichtlich, inwieweit in seine Privatsphäre eingegriffen würde. Falls das Kind dabei im Begriff sein sollte, sich durch übermässige Preisgabe von Persönlichem selber zu schädigen, so ist es – unabhängig vom Alter des Kindes – Sache der Lehrperson, es zu schützen. Insoweit greift der vorgesehene Unterricht nicht in die Persönlichkeitsrechte des Kindes ein.

**5.6** Die Rekurrenten beanstanden weiter, dass der vorgesehene Sexualkundeunterricht in der Praxis zu Folgefragen der Kinder führen könne, sodass nicht absehbar sei, wie weit der Unterricht wirklich gehe. Dies hänge allein von der Dynamik des Unterrichts sowie von der Entwicklung und dem Wissensdurst einzelner Schülerinnen und Schüler ab. Die Grenzen der schulischen Sexualerziehung für 4 - 8-jährige Kinder lasse sich daher zum voraus gar nicht exakt ziehen.

Es ist notorisch, dass aufgrund der potenziellen Grenzenlosigkeit menschlichen Wissens und des mitunter ebenso unbegrenzten Wissensdurstes der Kinder jede beantwortete Frage zu Folgefragen führen kann. Mit solchen Folgefragen wissbegieriger Kinder, die über den alters- und stufengerechten Unterrichtsstoff hinausgehen, sind die Lehrpersonen aber auch in anderen Fächern konfrontiert. Die Fähigkeit zu entsprechender Individualisierung und Begrenzung des Unterrichtsstoffes gehört zu den pädagogischen Grundfertigkeiten einer Lehrperson. Wenn sich etwa ein besonders begabtes Kind für das Rechnen im 1000-er Raum interessiert, so wird dies auch



nicht dazu führen, dass im gesamten Verband einer ersten Primarschulklasse entsprechend gerechnet wird

**5.7** Schliesslich machen die Rekurrenten geltend, mit dem Sexualkundeunterricht für Kinder im Alter von 4 - 8 Jahren werde in ihr Erziehungsrecht eingegriffen, weil damit die moralischen und ethischen Überzeugungen der Eltern grundlegend verletzt werden könnten. Den Eltern werde verweigert, über den Zeitpunkt und den Inhalt der Aufklärung ihrer Kinder zu bestimmen. Die Eltern wollen ihren Sohn "in Übereinstimmung mit ihren sittlichen Grundvorstellungen auf die Sexualität vorbereiten" und ihm "ihre Überzeugungen von Familie, Beziehung, Sexualität, Achtung, Menschenwürde usw. vermitteln". Diesen Überzeugungen "widerspreche es in diametraler Weise, dass ihr 7-jähriger Sohn in der Schule von einer nicht der Familie zugehörenden Person zu Themen wie Penis, Scheide, Geschlechtsverkehr, Samen, Lust usw." unterrichtet werde.

In diesem Sinne ist ohne weiteres von einem Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern auszugehen.

**5.8** Bis hierhin ist festzuhalten, dass der streitgegenständliche Sexualkundeunterricht in das Erziehungsrecht der rekurrierenden Eltern eingreift, nicht aber in die persönliche Freiheit oder das Privatleben des rekurrierenden Kindes.

## **6.**

Damit bleibt zu prüfen, ob der Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern gestützt auf Art. 36 BV und Art. 8 Ziff. 2 EMRK gerechtfertigt ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Sexualkundeunterricht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, ein überwiegendes öffentliches Interesse verfolgt und im Einzelfall verhältnismässig erscheint.

**6.1** Vorab ist auf die Rüge der Rekurrenten einzugehen, der Kerngehalt ihrer persönlichen Freiheit werde dadurch verletzt, dass mit dem fraglichen Sexualkundeunterricht in Kindergarten und Primarschule die Kinder gegen ihren Willen zur Vornahme und Erduldung sexueller Handlungen gezwungen würden. Die Rekurrenten beziehen sich auf die beiden Übungen "Magnetpuppe" und "Kennst Du Deinen Körper". Nachdem diese Übungen jedoch aus der Materialsammlung entfernt worden sind, braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden. In Anbetracht des verbleibenden Unterrichtsmaterials kann nun nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die Kindergarten- und Primarschulkinder zur Vornahme oder Erduldung sexueller Handlungen gezwungen würden. Alters- und kindgerechter Sexualkundeunterricht verletzt damit den unantastbaren, absoluten Kernbereich des aus der persönlichen Freiheit fliessenden Erziehungsrechts der Eltern nicht. Es kann nämlich nicht davon gesprochen werden, dass die Massnahme das genannte Grundrecht der Eltern völlig unter-

drücken oder seines Gehaltes als Institution der Rechtsordnung entleeren würde (BGE 115 Ia 234 E. 5b 248) .

**6.2** Die Rekurrenten bestreiten das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage für den Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern.

**6.2.1** Kindergartenkinder und Primarschüler stehen in einer besonders engen Rechtsbeziehung zum Staat, einem sogenannten Sonderstatusverhältnis. Daher muss die formellgesetzliche Regelung als Grundlage für den Grundrechtseingriff nicht besonders detailliert abgefasst sein. Die gesetzliche Grundlage kann vielmehr der Natur des Rechtsverhältnisses entsprechend weit gefasst sein, und die Regelung der Einzelheiten kann an die Exekutive delegiert werden (BGE 135 I 79 E. 6.2 S. 85). Gestützt auf das gesetzliche und verfassungsrechtliche Obligatorium von Primarschule und Kindergarten brauchen die einzelnen Unterrichtsfächer nicht im Gesetz geregelt zu werden. Es genügt deren Bestimmung in einem Lehrplan, der vom Erziehungsrat erlassen wird (BGE 135 I 79 E. 6.3 S. 85; BGer 2C\_666/2011 vom 7. März 2012 E. 2.5.2).

**6.2.2** Die Rekurrenten halten dem entgegen, dass es sich um einen schweren Grundrechtseingriff handle, der auch bei einem Sonderstatusverhältnis einer formellgesetzlichen Grundlage bedürfe. Dem kann nicht gefolgt werden. Mit dem reaktiv angelegten Sexualkundeunterricht reagiert die Schule auf die notorische Tatsache, dass in der heutigen Gesellschaft auch Kinder und Jugendliche mitunter sehr früh mit sexuellen Inhalten konfrontiert werden (Grundlagenpapier Sexualpädagogik S. 34; vgl. auch: Jürgen Oelkers, Sexualpädagogik und öffentliche Schule S.10 [Replikbeilage 1]). Auch die Kinder selber thematisieren solche Themen mitunter im Klassenverband, in der Freizeit oder im Schulhaus. Bereits diese gesellschaftlichen Tatsachen beschränken die Freiheit der Eltern, über den Zeitpunkt der Konfrontation ihrer Kinder mit der Thematik der Sexualität zu entscheiden. Im Übrigen wird in der "Handreichung" festgehalten, dass gerade der – reaktive – Sexualkundeunterricht im Bewusstsein zu erfolgen hat, dass Sexualerziehung auf dieser Altersstufe primär Aufgabe der Eltern ist. Insbesondere bleibt es den Eltern unbenommen, dem Kind ihre eigene Sexualethik und -moral zu vermitteln. Daher ist von einem leichten Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern auszugehen, was wiederum zur Folge hat, dass für den vorgesehenen Sexualkundeunterricht keine formellgesetzliche Grundlage vonnöten ist.

**6.2.3** Weiter bestreiten die Rekurrenten, dass der "Leitfaden" in formeller Hinsicht auf der Stufe eines Lehrplans stünde. Der vom Erziehungsrat genehmigte "Leitfaden" könne keinen partiellen Lehrplan darstellen, da er zum Zeitpunkt seines Erlasses für seine Gültigkeit noch der Genehmigung durch den Regierungsrat bedürft hätte. Eine solche sei aber nicht erteilt worden.

Gemäss § 68 Abs. 1 des Schulgesetzes (SchulG; SG 410.100) in der Fassung vom 20. Februar 2008 stellt der Erziehungsrat für die Volksschule Lehrplan, Lehrziel und Schulordnung auf. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung sind im Lehrplan die obligatorischen und fakultativen Fächer und die Zahl der auf sie entfallenden Stunden zu bestimmen; er unterliegt der Genehmigung des Regierungsrates. Diese Bestimmung wurde mit Grossratsbeschluss vom 19. Mai 2010 geändert. Gemäss dieser neuen, seit 4. Dezember 2011 wirksamen Fassung von § 68 Abs. 1 SchulG erlässt der Erziehungsrat für die Volksschule den Lehrplan mit der Beschreibung der Lernziele, den obligatorischen und fakultativen Fächern und der Stundentafel. Das vormals in § 68 Abs. 2 SchulG verankerte Erfordernis der Genehmigung durch den Regierungsrat wurde aufgehoben, nachdem diesem offenbar in der Praxis bereits zuvor nicht mehr nachgelebt worden ist (Ratschlag 09.2064.01 vom 15. Dezember 2009, S. 24). Diese Praxis ändert aber zunächst nichts am formellgesetzlichen Erfordernis regierungsrätlicher Genehmigung sowohl des ursprünglichen "Leitfadens" als auch des "Leitfadens" in der vom Erziehungsrat am 21. November 2011 genehmigten Fassung. Beachtlich ist indessen der kurze Zeitraum zwischen der Genehmigung des "Leitfadens" durch den Erziehungsrat am 21. November 2011 und dem Wegfall des Erfordernisses der regierungsrätlichen Genehmigung per 4. Dezember 2011: Eingedenk des notwendigen zeitlichen Vorlaufs für die Traktandierung von Regierungsgeschäften wäre die regierungsrätliche Genehmigung vor Wegfall des Erfordernisses dafür faktisch nicht mehr möglich gewesen. Der entsprechende Regierungsratsbeschluss hätte also erst ergehen können, nachdem die Rechtsgrundlage dafür bereits weggefallen war. Weil also mit der Abschaffung der Genehmigungspflicht eine gesetzliche Grundlage für den in der Praxis bereits zuvor geübten Verzicht auf regierungsrätliche Genehmigung geschaffen wurde, konnte auch von der Genehmigung des vom Erziehungsrat noch unter der Geltung des alten Rechts beschlossenen Lehrplans abgesehen werden. Gestützt auf diese Überlegungen ist davon auszugehen, dass der "Leitfaden" mit dem Inkrafttreten der Gesetzesnovelle per 4. Dezember 2011 formelle Gültigkeit erlangt hat.

Dementsprechend bezeichnet der "Leitfaden" die Anleitungen zur Umsetzung der Lernziele Sexuelle Gesundheit mit der darin enthaltenen Definition der Grobziele explizit als Lehrplanergänzung. Der "Leitfaden" ist nach dem Gesagten als Lehrplanabschluss zu qualifizieren, erlassen vom Erziehungsrat als dem nach § 68 SchulG hierfür zuständigen Organ. Somit ist von einer genügenden gesetzlichen Grundlage für den vorgesehenen Sexualkundeunterricht auszugehen.

**6.3** Die Rekurrenten bestreiten das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an einer "Frühsexualkunde" im Kindergarten und in den ersten beiden Primarschulstufen.

**6.3.1** Die Rekurrenten machen "berechtigte Zweifel" geltend, ob "eine Nutzen- und Risikoanalyse bzw. eine umfassende Sachverhaltsabklärung" vorgenommen worden sei. Es sei nicht erkennbar, wie sich der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid

überhaupt eine Meinung zum öffentlichen Interesse am Sexualkundeunterricht für 4 - 8-Jährige habe bilden können. Die Rekurrenten bestritten nicht, dass ein öffentliches Interesse an der Prävention vor sexuellen Übergriffen und am Schutz der Gesundheit bestehe. Vorgesehen sei aber kein Präventions- und Gesundheitsunterricht, sondern Sexualkundeunterricht. In diesem Sinne habe der Regierungsrat festgestellt, mit den zu vermittelnden Kenntnissen solle sichergestellt werden, dass der obligatorische Sexualkundeunterricht in einer objektiven, kritischen und den Erfordernissen der pluralistischen Gesellschaft entsprechenden Art und Weise erteilt werde. Dafür bestehe aber kein öffentliches Interesse.

**6.3.2** Die Auffassungen darüber, was im öffentlichen Interesse liegt und was nicht, sind wandelbar und unterliegen der politischen Wertung. Die Konkretisierung der massgeblichen öffentlichen Interessen obliegt daher in erster Linie dem politischen Prozess, also dem zuständigen Gesetzgeber. Es gibt keinen positiven numerus clausus zulässiger öffentlicher Interessen, sondern nur negativ bestimmte Interessen, die unzulässig sind, weil sie der Verfassung zuwiderlaufen (BGE 138 I 378 E. 8.3 S. 394 m.w.H.). Nach dem Willen des gemäss Art. 62 Abs. 2 BV zuständigen kantonalen Verfassungsgebers sorgt der Staat für ein umfassendes Bildungsangebot. Das Bildungswesen – zu dem auch der Kindergarten und die Primarschule zählen – hat zum "Ziel, die geistigen und körperlichen, schöpferischen, emotionalen und sozialen Fähigkeiten zu fördern, das Verantwortungsbewusstsein gegenüber den Mitmenschen und der Mitwelt zu stärken sowie das Hineinwachsen in die Gesellschaft vorzubereiten und zu begleiten" (§ 17 i.V.m. 18 KV). Dies hat der Gesetzgeber im Schulgesetz weiter konkretisiert. Danach vermittelt die Volksschule – zu welcher der Kindergarten und die Primarschule gehören – "die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für ein erfolgreiches Leben in der Gesellschaft und in der Berufswelt notwendig sind" und unterstützen die Schülerinnen und Schüler dabei, "ihre persönliche Identität in der Gesellschaft zu finden und die Fähigkeit zu entwickeln, ein Leben lang zu lernen sowie gegenüber sich selbst, den Mitmenschen und der Umwelt verantwortungsvoll zu handeln" (§ 3b i.V.m § 2 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a und b SchulG). Diese Grundsätze hat der Erziehungsrat als zuständiges politisches Organ für die Mitwirkung beim Entscheid über alle wichtigen Fragen auf dem Gebiete des Erziehungs- und Unterrichtswesens und für die Umsetzung der genannten verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Ziele und Vorgaben weiter zu konkretisieren (vgl. § 79 Abs. 1 und 6 SchulG). Der von ihm beschlossene Sexualkundeunterricht entspricht den Zielsetzungen des Verfassungs- und des Gesetzgebers und liegt damit im öffentlichen Interesse.

Entgegen der Auffassung der Rekurrenten ist unerheblich, wie die Sexualerziehung dereinst im Lehrplan 21 geregelt sein wird, ist doch vorliegend gerade die Rechtslage bis zu dessen Inkrafttreten zu beurteilen. Die politischen Behörden sind keineswegs gehalten, sich an zukünftigem Recht zu orientieren. Die entsprechenden Hinweise der Rekurrenten in der Replik und in der Verhandlung vor Verwaltungsgericht gehen daher an der Sache vorbei.

**6.4** Schliesslich bestreiten die Rekurrenten die Verhältnismässigkeit des sexualkundlichen Unterrichts im Kindergarten und in den beiden ersten Primarschulklassen.

Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit eines Grundrechtseingriffs umfasst die Elemente der Geeignetheit des staatlichen Eingriffs zum Schutz des betreffenden öffentlichen Interesses, der Erforderlichkeit, indem kein weniger einschneidendes Mittel zur Verwirklichung dieses Interesses zur Wahl steht, und der Zumutbarkeit im Sinne der Abwägung zwischen dem angestrebten öffentlichen Interesse und dem Interesse am Schutz der Betroffenen (Rhinow/Schefer, a.a.O., N 1221 ff.).

**6.4.1** Die Rekurrenten bestreiten zunächst die Eignung des Sexualkundeunterrichts. Indessen liegt es auf der Hand, dass die Kenntnis der grundlegenden Begriffe und Zusammenhänge des menschlichen Körpers und der Sexualität geeignet ist, um die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Bildungsziele zu verfolgen, wozu insbesondere die von den Rekurrenten nicht bestrittenen Ziele der Prävention vor sexuellen Übergriffen und des Gesundheitsschutzes gehören. Damit wird den Kindern ein unbefangenes und damit gesundes Verhältnis zu ihrem Körper und die Grundlage für den Aufbau und die Pflege von zwischenmenschlichen Beziehungen vermittelt.

**6.4.2** Weiter bestreiten die Rekurrenten die Erforderlichkeit des vorgesehenen Unterrichts. Dieser schiesse weit über die Ziele der Prävention und des Gesundheitsschutzes hinaus. Es sei nicht ersichtlich, warum 4- bis 8-Jährige neuerdings ein über diese Ziele hinausgehendes Basiswissen in Sexualkunde erlernen müssten. Zudem sei bei allfälligen Fragen eines einzelnen Kindes nicht die Beschulung der ganzen Klasse erforderlich.

**6.4.2.1** Im modernen Rechtsstaat kann aus dem Rechtsstaatsprinzip ein Verfassungsprinzip der Effektivität staatlichen Handelns abgeleitet werden (Mastronardi, St.Galler Kommentar zu Art. 170 BV, Rz. 18). Ausdruck dieses Prinzips sind etwa die Pflicht zur Überprüfung der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen gemäss Art. 170 BV und die Pflicht zur Überprüfung der Aufgabenerfüllung gemäss § 16 KV, was unter anderem auch ein "Controlling" im Rahmen der Rechtsetzung mit einschliesst (Schmid, Staatsaufgaben, in: Buser, Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, a.a.O., 42). Dieses Prinzip verlangt aber nicht die umfassende wissenschaftliche Absicherung jeglicher staatlichen Massnahme. Mit dem "Grundlagenpapier Sexualpädagogik" der Hochschule Luzern und den weiteren vom dortigen Kompetenzzentrum Sexualpädagogik und Schule vorgelegten Arbeitspapieren besteht eine ausreichende fachliche Grundlage für den "Leitfaden". Gerade auch mit Blick auf die Bedeutung der mit dem Sexualkundeunterricht verfolgten Schutzziele einerseits und die begrenzte Eingriffsintensität andererseits kann nicht verlangt werden, dass weitergehend oder gar umfassend empirisch abgeklärt würde, ob ein bestimmter Unterrichtsgehalt allenfalls auch zu einem späteren Zeitpunkt an

die Kinder herangetragen werden könnte; dies, zumal eine eigentliche Gefährdung des Kindeswohles durch die getroffenen Massnahmen nicht ersichtlich ist. Dazu kommt, dass solche Abklärungen mit denselben Eingriffen für die betroffenen Kinder und Eltern verbunden wären, wie sie die Rekurrenten vorliegend beanstanden. Schliesslich steht dem demokratisch legitimierten Schulorgan und der Schule bei der Definition der Unterrichtsstoffe und deren Zuordnung zu Altersstufen ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, der im Rahmen einer justiziellen Kontrolle gerade im Sinne einer gewissermassen abstrakten Normenkontrolle nicht zu überprüfen ist (vgl. auch EGMRE i.S. Kjeldsen, Busk Madsen und Pedersen gegen Dänemark, Nr. 5926/72 vom 7. Dezember 1976 § 53).

**6.4.2.2** Gemäss dem "Grundlagenpapier Sexualpädagogik" konnte durch eine Vielzahl von Erhebungen erstellt werden, dass bereits Kindergartenkinder Neugierde und Interesse an sexuellen Themen und Bezügen bekunden. So entdecken Kinder ab 4 Jahren mit kindlichem Forschungsdrang und sexueller Neugier ihre genitale Körperlichkeit. Mit 5 Jahren beginnt die Auseinandersetzung mit dem eigenen und dem anderen Geschlecht und die Entwicklung von Vorstellungen über die Geschlechterrollen. Im Alter von 6 bis 10 Jahren kommt es zur Identitätssicherung und Geschlechtsrollenfindung mit zum Teil abwertendem, provokativem oder aggressivem Verhalten gegenüber dem anderen Geschlecht und Tabuverletzungen. Auch setzt eine wissensbezogene sexuelle Neugier ein (Grundlagenpapier, 35 f.). Diese empirisch erhobenen Erkenntnisse decken sich im Übrigen mit den eigenen Erfahrungen der Mitglieder des Gerichts als Eltern und können daher als notorisch gelten. Sie werden auch von Jürgen Oelkers in seinem Vortrag (Replikbeilage 1, S. 10 f.) bestätigt. Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, dass die mit dem "Leitfaden" vorgesehene schulische Sexualpädagogik zu früh einsetzen würde. Dies gilt umso mehr, als der von den Rekurrenten angerufene Experte Jürgen Oelkers apodiktisch festhält: "Wenn Kinder Fragen stellen, sollten sie auch beantwortet werden. Sexualität ist anders als noch vor 30 Jahren kein heimliches Thema mehr, das stillschweigend oder verschämt behandelt werden würde". Deutlicher lässt sich die Erforderlichkeit des vorgesehenen Sexualkundeunterrichts kaum formulieren.

**6.4.2.3** Sexualpädagogik auf der strittigen Schulstufe ist in erster Linie Sozialerziehung und handelt von Kontakten und Beziehungen, die auch auf die Körperlichkeit und das Gefühlsleben Bezug nehmen. Daher ist sie – gerade auch im Kindergarten – oft nur schwer abgrenzbar von der Sozialerziehung, die, folgte man den Rekurrenten, keinen Sexualbezug haben dürfte. Dies ist ein weiterer Grund dafür, dass der Verzicht auf Dispensation notwendig ist. Insgesamt ist von der Erforderlichkeit des fraglichen Sexualkundeunterrichts auszugehen.

**6.4.3** Schliesslich rügen die Rekurrenten eine Verletzung der Zumutbarkeit, also der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne.

**6.4.3.1** Zunächst machen sie geltend, die dem Kind "quasi erteilte Dispensation "light", indem es am Unterricht teilnehmen, sich aber daran nicht aktiv beteiligen müsse, sei untauglich. Damit verkennen die Rekurrenten die Natur der Sexualpädagogik, die von der Lehrperson verlangt, im Unterricht die Balance zwischen Nähe und Offenheit sowie Distanz und Intimitätsschutz zu wahren. Daraus ergibt sich, dass eine aktive Teilnahme eines in diesem Zusammenhang zurückhaltenden Kindes zumindest soweit nicht verlangt werden kann, als es nicht selber einschlägige Grenzüberschreitungen begangen hat. Eine Dispensation "light", wie sie die Rekurrenten behaupten, liegt daher gar nicht vor. Vielmehr liegt die Wahrung der entsprechenden Freiheit der Kinder gerade im Wesen und in der spezifischen Art von sexualkundlichem Unterricht begründet.

**6.4.3.2** Aufgrund der Bedeutung der Sexualpädagogik im Vor- und Primarschulalter als Grundlage für den Schutz der Kinder vor Übergriffen sowie ihrer sexuellen Gesundheit einerseits und der angesichts des reaktiven Unterrichts und der vorgesehenen Lernziele sowie Unterrichtsmaterialien geringen Eingriffsintensität andererseits erscheint die Massnahme sowohl für die Eltern als auch für die Kinder zumutbar. Dies gilt umso mehr, als die "Handreichung" ausdrücklich festhält, dass die Sexualerziehung im Kindergarten und in der Primarschule "primär Aufgabe der Eltern ist".

**6.5** Zusammenfassend ergibt sich, dass gestützt auf die heute zu beurteilenden Grundlagen der mit dem aktuellen "Leitfaden", der "Handreichung" und der Materialsammlung im Kindergarten und in den beiden ersten Klassen der Primarschule implementierte Sexualkundeunterricht verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

## 7.

Somit ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Rekurrenten grundsätzlich dessen Kosten zu tragen.

Immerhin ist den Rekurrenten aber zuzugeben, dass die vormals gewählten Bezeichnungen der Materialsammlung als "Sex-Box" und "Sexkoffer" mehr als nur unglücklich erscheint und die Befürchtungen besorgter Eltern geradezu provozieren musste. Kindliche Sexualität unterscheidet sich gerade etwa in der Bedeutungszuschreibung sexueller Lustgefühle in zentralen Punkten von der Sexualität Erwachsener. Sie ist daher in ihrer Eigenständigkeit und Unterschiedlichkeit zu begreifen (Grundlagenpapier Sexualpädagogik S. 38). Mit den Begriffen "Sex-Box" sowie "Sexkoffer" wurde dieser Unterschied verwischt. Sie haben den Eindruck vermittelt, es gehe bereits auf dieser Stufe um den Zugang zu "Sex" als der Sexualität Erwachsener. Zu Recht wurden daher im Verlauf des Rekursverfahrens die Unterrichtsmaterialien, der "Leitfaden" und die "Handreichung" dahingehend angepasst, dass hinsichtlich von Berührungen gewisser Körperstellen nunmehr von "angenehmen" statt vormals "lustvollen" Empfindungen gesprochen wird; auf die Begriffe "Sex-Box" und

"Sexkoffer" wird verzichtet.. Die von der Volksschulleitung mit Schreiben vom Januar 2012 thematisierten Missverständnisse in der Öffentlichkeit sind zumindest teilweise auf diese frühere, verfehlte Begrifflichkeit zurückzuführen und hätten vermieden werden können und müssen.

Da aber die Korrektur bereits im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens erfolgt ist und die Rekurrenten explizit anerkennen, davon Kenntnis gehabt zu haben (Replik Ziff. 16), erscheint der Rekurs an das Verwaltungsgericht dadurch nicht mehr veranlasst und kann damit auch nicht gerechtfertigt werden. Folglich bleibt es im vorliegenden Verfahren bei der ordentlichen Kostenverlegung nach Massgabe des Verfahrensausgangs. Damit haben die Rekurrenten die Kosten des Verfahrens in solidarischer Verbindung zu tragen. Demgegenüber hatten die Rekurrenten aufgrund des Gesagten berechtigten Anlass für das vorinstanzliche Verfahren. Daher ist der vorinstanzliche Kostenentscheid aufzuheben, und für jenes Verfahren ist auf die Erhebung ordentlicher Kosten zu verzichten und sind die ausserordentlichen Kosten wettzuschlagen.

#### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Der vorinstanzliche Kostenentscheid wird aufgehoben. Für das vorinstanzliche Verfahren werden keine ordentlichen Kosten erhoben und die ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen.

Die Rekurrenten tragen in solidarischer Verbindung die Kosten des vorliegenden Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 1'600.—.

Gegen diesen Entscheid haben die Rekurrenten **Beschwerde beim Bundesgericht** erhoben. Das diesbezügliche Verfahren war zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Berichts noch hängig.

## **2. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2012.153 vom 1. März 2013 betr. Informationsanspruch, Einsichtnahme in die Traktandenlisten zur Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012**

*Mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips mit Geheimhaltungsvorbehalt durch das Informations- und Datenschutzgesetz (IDG) am 1. Januar 2012 ist eine grundlegende Änderung des Verhältnisses zwischen der öffentlichen Verwaltung und den um Information nachsuchenden Bürgerinnen und Bürger verbunden, welches sich*



erst langsam entwickelt. Die Regelung, dass grundsätzlich ein Recht auf Zugang zu allen Informationen bei allen Organisationseinheiten des Kantons, die öffentliche Aufgaben erfüllen, besteht, bedingt ein tiefgreifendes Umdenken auf Seiten der Behörden. Nur unter eng umschriebenen Einschränkungen, nämlich wenn eine besondere gesetzliche Geheimhaltungspflicht oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse der Offenlegung der behördlichen Aktivitäten entgegensteht sowie wenn Aufzeichnungen noch nicht fertig sind, kann der Zugang zu Informationen verweigert werden. Eine wesentliche Änderung liegt ausserdem darin, dass eine Ablehnung der Erteilung von Informationen der gesuchstellenden Person durch das angefragte öffentliche Organ mitgeteilt und anschliessend auf Verlangen in einer anfechtbaren Verfügung eröffnet werden muss.

Im konkreten Fall hatte der Gesuchsteller um Einsicht in die Traktandenliste einer Sitzung der Kommission für Jugendfragen ersucht. Das zuständige Erziehungsdepartement (ED) verweigerte diese Einsicht zunächst vollständig mit dem Hinweis, dass die Sitzungen der Kommission für Jugendfragen nicht öffentlich seien und dies zur Wahrung der freien Meinungs- und Willensbildung der Kommissionsmitglieder auch für deren Traktandenlisten sowie die weiteren zur Sitzungsvorbereitung dienenden Dokumente gelten müsse. In der Folge zog das ED diese Verfügung in Wiedererwägung und gewährte dem Gesuchsteller teilweise Einsicht in das fragliche Dokument, d.h. mit Ausnahme von zwei Traktanden. Diesbezüglich machte die Verwaltung geltend, dass es sich um hängige Geschäfte handle, zu denen sich die Kommission für Jugendfragen bloss im Vorfeld der Geschäftserledigung beratend äussern könne, da sie von andern öffentlichen Organen behandelt und erledigt würden. Deren Meinungs- und Willensbildungsprozess würde erheblich gestört und beeinträchtigt, wenn die Kommission für Jugendfragen die Öffentlichkeit vorzeitig über Gegenstand und Inhalt der Geschäfte gemäss Traktandenliste informieren würde. Dem hielt das Verwaltungsgericht entgegen, dass in Bezug auf die Vertraulichkeit der Verhandlungen der Kommission für Jugendfragen keine Regelung existiere, weshalb in Bezug auf deren Dokumente die allgemeinen Bestimmungen des IDG gelten würden. Ferner wurde die Gefahr, dass eine Bekanntgabe der konkret zur Diskussion stehenden Traktanden die Meinungs- oder Willensbildung der damit befassten Verwaltungsstellen beeinträchtigen könnte, verneint. Eine frühzeitige Veröffentlichung konkreter Positionen oder Absichten könne sich je nach den Umständen zwar negativ auswirken, nicht jedoch die bloss Information über die Behandlung eines Geschäfts durch ein öffentliches Organ. Jedenfalls gab es im konkreten Fall keinen Hinweis und hatte das ED auch nicht geltend gemacht, dass allein schon die Nennung des Gegenstands der fraglichen Traktanden heikel sei und dass dadurch die Behörden unter Druck geraten könnten.

Nicht gefolgt ist das Verwaltungsgericht hingegen der Auffassung des Gesuchstellers, wonach die Kommission für Jugendfragen ihre Traktandenlisten stets von sich aus veröffentlichen müsse. Dazu hat es erwogen, dass nach dem IDG die Behörden die Öffentlichkeit nicht über ihre sämtlichen Geschäfte orientieren müssen, sondern eine aktive Informationstätigkeit nur bei Angelegenheiten von allgemeinem Interesse,

*also von allgemeiner Bedeutung und Schwere, erforderlich ist. Dies sei in Bezug auf die Traktanden der Kommission für Jugendfragen nicht der Fall.*

*In diesem Sinne wurde der Rekurs teilweise gutgeheissen und das ED verpflichtet, dem Rekurrenten vollumfängliche Einsicht in die umstrittene Traktandenliste zu gewähren.*

## **Sachverhalt**

Mit E-Mail vom 1. Juni 2012 wandte sich X.\_\_\_\_\_ mit einem Gesuch um Einsicht in die Traktandenlisten und Protokolle der Kommission für Jugendfragen betreffend die Jahre 2011 und 2012 an den Leiter Kommunikation und Koordination des Bereichs Jugend, Familie und Sport (JFS). Mit Schreiben vom 25. Juni 2012 teilte dieser dem Gesuchsteller mit, im Jahr 2011 habe keine Sitzung der Kommission für Jugendfragen stattgefunden. Das Protokoll der letzten Sitzung vom 14. Juni 2012 liege noch nicht vor. Sobald das Sitzungsprotokoll vorliege, könne auf Nachfrage hin Einsicht gewährt werden, soweit nicht ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse einer Einsicht entgegen stehe. Demgegenüber könne in die Traktandenliste der Sitzung vom 14. Juni 2012 keine Einsicht gewährt werden. Daraufhin verlangte X.\_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 30. Juni 2012 den Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend die Zugänglichkeit der Traktandenliste. Mit Verfügung vom 10. Juli 2012 wies das Erziehungsdepartement das Gesuch um Einsichtnahme in die Traktandenliste zur Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012 ab.

Gegen diese Verfügung richtet sich der mit Eingaben vom 16. Juli und 8. August 2012 angemeldete und begründete Rekurs von X.\_\_\_\_\_ an den Regierungsrat, den das Präsidialdepartement dem Verwaltungsgericht mit Schreiben vom 22. August 2012 zum Entscheid überwiesen hat. Der Rekurrent beantragt mit seinem Rekurs, dass Traktanden und Protokolle der Kommission für Jugendfragen grundsätzlich öffentlich zugänglich zu machen seien, „da von der Veranlagung her beide Teile keine schutzwürdigen Informationen [enthielten], welche die Klassifizierung in die Kategorien ‚geheim‘ oder ‚vertraulich‘ rechtfertigen würden.“ Das Erziehungsdepartement solle die Sitzungsdaten mit Traktandenliste von Amtes wegen veröffentlichen. Mit Eingabe vom 27. September 2012 teilte das Erziehungsdepartement dem Gericht mit, dass gleichentags ein neuer Entscheid betreffend Einsichtnahme in die Traktandenliste zur Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012 ergangen sei. Damit sei dem Rekurrenten eine Traktandenliste unter Abdeckung der Traktanden 3 und 4a ausgehändigt worden. Das Erziehungsdepartement ersuchte das Gericht um Mitteilung, ob das Rekursverfahren damit gegenstandslos geworden sei. Der Rekurrent hielt mit Eingabe vom 17. Oktober 2012 an seinem Begehren fest. Daraufhin beantragte das Erziehungsdepartement mit Eingabe vom 1. November 2012, der Rekurs sei kostenfällig abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Auf Verfügung des Instruktionsrichters liess das Erziehungsdepartement dem Gericht eine vollständige

Traktandenliste der Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012 zukommen. Mit Eingabe vom 4. Januar 2013 hielt der Rekurrent an seinem Begehren weiterhin fest.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus §§ 41 f. des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt (Organisationsgesetz, OG; SG 153.100) sowie § 10 Abs. 1 und § 12 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG; SG 270.100). Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels einer spezialgesetzlichen Regelung nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach ist zu prüfen, ob die Verwaltung den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (VGE VD.2012.126 vom 10. Dezember 2012 E. 1; VGE VD.2012.116 vom 19. November 2012 E. 1; VGE VD.2011.115 vom 24. Oktober 2011 E. 1.1). Die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids hat das Verwaltungsgericht in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Grundlage nicht zu überprüfen (§ 8 Abs. 5 VRPG; VGE VD.2012.90 vom 26. November 2012 E. 5.1.2; VGE VD.2010.174 vom 13. Dezember 2011 E. 1.1; VGE VD.2010.104 vom 15. Juni 2011 E. 1.3).

**1.2** Der Rekurrent ist als Gesuchsteller, dem die beantragte Einsicht in die Traktandenliste der Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012 auch nach der Wiedererwägung der angefochtenen Verfügung nur zum Teil gewährt worden ist, vom angefochtenen Entscheid nach wie vor berührt. Er hat diesbezüglich auch ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Damit ist er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs berechtigt. Inwieweit im Übrigen auf seine Begehren eingetreten werden kann, wird im Folgenden weiter zu prüfen sein.

### **2.**

**2.1** Gemäss § 75 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt (KV; SG 111.100) besteht ein Recht auf Einsicht in amtliche Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Diese Bestimmung bildet die Grundlage für die Geltung des Öffentlichkeitsprinzips mit Geheimhaltungsvorbehalt in der öffentlichen Verwaltung. Dieses bezweckt, das Handeln der öffentlichen Organe für die Bürgerinnen und Bürger transparent zu gestalten und damit die freie Meinungsbildung und die Wahrnehmung der demokratischen Rechte zu fördern und die Kontrolle staatlichen Handelns zu erleichtern (Rudin, Datenschutz und E-Government, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts

des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 1083 S. 1141). Das Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt wird im Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 9. Juni 2010 (Informations- und Datenschutzgesetz, IDG; SG 153.260) konkretisiert. Gemäss § 25 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 lit. a IDG hat jede Person Anspruch auf Zugang zu den bei Organisationseinheiten des Kantons, die eine öffentliche Aufgabe erfüllen, vorhandenen Informationen, wobei Aufzeichnungen, die nicht fertig gestellt sind, von diesem Informationszugangsrecht ausgenommen werden. Zu verweigern oder aufzuschieben ist die Bekanntgabe von Daten oder der Zugang zu Informationen im Einzelfall ganz oder teilweise, wenn eine besondere gesetzliche Geheimhaltungspflicht oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse entgegensteht (§ 29 Abs. 1 IDG). In § 29 Abs. 2 IDG konkretisiert das Gesetz, dass ein öffentliches Interesse an der Verweigerung oder dem Aufschub insbesondere dann vorliegt, wenn die Bekanntgabe der oder der Zugang zur Information die Sicherheit des Staates oder die öffentliche Sicherheit gefährdet (lit. a) oder die Beziehungen zu einem anderen Kanton, zum Bund oder zum Ausland (lit. b), den freien Meinungs- und Willensbildungsprozess der öffentlichen Organe (lit. c), die Position des Gemeinwesens in Verhandlungen (lit. d) oder die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher, insbesondere polizeilicher Massnahmen (lit. e) beeinträchtigt. Wer Zugang zu Informationen im Sinne von § 25 IDG erlangen will, stellt gemäss § 31 Abs. 1 IDG ein mündliches oder schriftliches Gesuch, das die gewünschte Information hinreichend genau zu bezeichnen hat. Will das ersuchte öffentliche Organ diesem Gesuch aufgrund seiner eigenen Prüfung oder aufgrund eingeholter Stellungnahmen nicht oder nicht vollständig entsprechen, so hat es dies der gesuchstellenden Person mitzuteilen (§ 33 Abs. 2 IDG). Diese kann sodann innert 30 Tagen nach Eingang dieser Mitteilung den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen. Die Anfechtung dieser Verfügung bestimmt sich mangels einer besonderen Regelung im IDG nach den allgemeinen Regeln in den §§ 41 ff. OG.

**2.2** Gemäss § 75 Abs. 1 KV informieren die Behörden die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit. In Konkretisierung dieser Verfassungsbestimmung verpflichtet das IDG die öffentlichen Organe neben der vorstehend (vgl. oben E. 2.1) dargestellten „reaktiven Informationstätigkeit“ auch zur „aktiven Informationstätigkeit“ (vgl. die Abschnittsüberschriften der §§ 15 ff. der Verordnung über die Information und den Datenschutz [Informations- und Datenschutzverordnung, IDV; SG 153.270]) über Angelegenheiten von allgemeinem Interesse in ihrem Tätigkeitsbereich (§ 20 Abs. 1 IDG). Als von allgemeinem Interesse gelten dabei Informationen, die Belange von öffentlichem Interesse betreffen und für die Meinungsbildung und zur Wahrung der demokratischen Rechte der Bevölkerung von Bedeutung sind (§ 20 Abs. 2 IDG).

### **3.**

**3.1** Unbestritten ist, dass der Rekurrent in formeller Hinsicht die Voraussetzungen für die Geltendmachung seines Einsichtsrechts erfüllt hat.

## **3.2**

**3.2.1** Mit der angefochtenen Verfügung stellte sich das Erziehungsdepartement auf den Standpunkt, dass auf der Grundlage der genannten Regelung des Informationsanspruchs in Anwendung von § 29 Abs. 2 lit. c IDG keine Einsicht in die Traktandenliste der Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012 gewährt werden könne. Die Sitzungen dieser Kommission seien wie jene des Regierungsrats nicht öffentlich. Zur Wahrung der freien Meinungs- und Willensbildung der Kommissionsmitglieder seien auch die Traktanden der Sitzungen und die weiteren Dokumente, die der Sitzungsvorbereitung dienten, nicht öffentlich und zugänglich. Sie würden zur Gewährleistung der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit der Kommission für Jugendfragen praxismässig auch nicht vorgängig oder nachträglich bekannt gegeben oder zur Einsichtnahme vorgelegt bzw. ausgehändigt. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung enthielten Traktandenlisten im Übrigen auch keine Informationen, die für die freie Meinungsbildung der Öffentlichkeit und die Wahrnehmung der demokratischen Rechte von Belang wären. Sie seien insofern in der Regel auch nicht von allgemeinem öffentlichen Interesse.

**3.2.2** Mit seinem Bescheid vom 27. September 2012 hat das Erziehungsdepartement diese Verfügung teilweise in Wiedererwägung gezogen. Es sei bei erneuter Überprüfung des Informationszugangsgesuchs festgestellt worden, dass die Sitzung der Kommission für Jugendfragen, deren Traktanden der Rekurrent habe in Erfahrung bringen wollen, gut drei Monate zurückliege und dass der Meinungsbildungsprozess der Kommission bezüglich der Traktanden 1, 2a bis 2c, 4b, 5 und 6 abgeschlossen sei. Insoweit stünden der Gewährung des Informationszugangs keine überwiegenden Interessen im Sinne von § 29 Abs. 1 und 2 IDG mehr entgegen und könne dem Gesuch um Informationszugang nunmehr entsprochen werden. Anders verhalte es sich bei den Traktanden 3 und 4a. Dabei handle es sich um hängige Geschäfte, die von anderen öffentlichen Organen behandelt und erledigt würden und zu denen sich die Kommission für Jugendfragen lediglich im Vorfeld der Geschäftserledigung beratend äussern könne. Der freie Meinungsbildungs- und Willensbildungsprozess der für die Erledigung dieser Geschäfte zuständigen öffentlichen Organe sei noch im Gang. Er würde erheblich gestört und beeinträchtigt, wenn die Kommission für Jugendfragen als mögliches beratendes Gremium mit einer uneingeschränkten Einsichtsgewährung noch vor dessen Abschluss die Öffentlichkeit über den Gegenstand und Inhalt der Geschäfte gemäss den Traktanden 3 und 4a informieren würde. Dem Interesse des Rekurrenten an der sofortigen und uneingeschränkten Einsichtnahme in die Traktandenliste stehe das überwiegende öffentliche Interesse an der freien Meinungs- und Willensbildung der öffentlichen Organe entgegen. Dem Rekurrenten ist daher nur eine teilweise Einsicht in die Traktandenliste gewährt worden, bei der die Traktanden 3 und 4a abgedeckt worden sind.

**3.3** Der Rekurrent macht mit seinem Rekurs geltend, dem Entscheid des Erziehungsdepartements lägen zwei Ermessensfehler zu Grunde. Einerseits liege er zwar

innerhalb des Ermessensspielraums, sei aber unzweckmässig. Andererseits liege ein Ermessensmissbrauch vor. Die Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens seien zwar beachtet worden, das Ermessen sei aber willkürlich und rechtsungleich ausgeübt worden. Es liege daher eine Rechtsverletzung vor. Aus dem Gesetz betreffend kantonale Jugendhilfe (JHG; SG 415.100) gehe deutlich hervor, dass die Jugendhilfeplanung mit der Kommission für Jugendfragen in einem breit gefächerten Dialog von Verwaltung und Öffentlichkeit auf Augenhöhe anzugehen sei. Mit der generellen Einstufung der Traktandenlisten der Kommission für Jugendfragen als vertraulich werde deren Mitgliedern eine generelle Schweigepflicht auferlegt. Es werde ihnen verunmöglicht, ihre beratende Aufgabe als Vertretungen von nichtstaatlichen Organisationen gemäss § 23 Abs. 2 JHG gewissenhaft wahrzunehmen. So sei es zum Beispiel Vertreterinnen und Vertretern aus dem Jugendparlament, dem Jungen Rat oder von Trägern der offenen Kinder- und Jugendarbeit nicht möglich, in ihren Organisationen die zeitnahe Diskussion der traktandierten Themen zu führen. Gleichzeitig werde den Bürgern die Meinungsbildung über sie direkt betreffende Themen verunmöglicht. Sie würden so in der Wahrnehmung ihrer demokratischen Rechte unverhältnismässig eingeschränkt, weil sie mangels Kenntnis der traktandierten Gegenstände keinen aktiven Beitrag zur Meinungsbildung leisten könnten. Im JHG fehle auch ein Hinweis auf die Einstufung der Sitzungen als vertraulich. Im Gegenteil seien in den 1980er- und 1990er-Jahren interessierte Gäste und die Presse in Sitzungen der Kommission geladen worden. Gestützt auf diese Erwägungen verlangt der Rekurrent, dass Traktanden und Protokolle der Kommission für Jugendfragen grundsätzlich öffentlich zugänglich zu machen seien und das Erziehungsdepartement die Sitzungsdaten mit Traktandenliste von Amtes wegen zu veröffentlichen habe.

#### **4.**

##### **4.1**

**4.1.1** Der Rekurrent beanstandet mit seiner Rekursbegründung zunächst, dass sich die angefochtene Verfügung lediglich auf die Traktandenliste der Sitzung vom 14. Juni 2012 bezogen habe, nicht aber auf die Traktandenlisten der Sitzungen aus dem Jahre 2010. Die entsprechenden beiden Protokolle habe er inzwischen erhalten, nicht aber die dazugehörigen Traktandenlisten. Er habe im Vorfeld der angefochtenen Verfügung unverkennbar darum gebeten, über die grundsätzliche Verweigerung der Herausgabe von Protokollen der Kommission für Jugendfragen beschwerdefähig zu verfügen.

**4.1.2** Darin kann dem Rekurrenten nicht gefolgt werden. In seiner per E-Mail erfolgten Anfrage vom 1. Juni 2012 hat er sich ausschliesslich auf die Protokolle sowie die „Sitzungstermine 2011 und 2012 ... und die dazugehörenden Traktandenlisten“ bezogen. Nachdem der Bereich JFS mit Schreiben vom 25. Juni 2012 seine Bereitschaft zur Einsichtgewährung in das noch zu erstellende Protokoll der Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012 erklärt, aber jene in die Traktandenlisten der Kommission verweigert hatte, hat der Rekurrent mit E-Mail vom 30. Ju-

ni 2012 sein Begehren auf die Protokolle der Sitzungen im Jahre 2010 erweitert. Zudem hat er um Erlass einer anfechtbaren Verfügung ersucht. Daraus folgt, dass Gegenstand der angefochtenen Verfügung nur das Auskunftsbegehren hat sein können, das der Rekurrent mit E-Mail vom 1. Juni 2012 gestellt hat und zu dem der Bereich JFS mit Schreiben vom 25. Juni 2012 Stellung genommen hat. Die E-Mail des Rekurrenten vom 1. Juni 2012 hat kein Begehren um Einsicht in die Traktandenlisten des Jahres 2010 enthalten und die Verwaltung hat sich dazu in ihrem Schreiben vom 25. Juni 2012 nicht geäußert. Auch die angefochtene Verfügung hat sich daher nicht damit befassen müssen. Da der Streitgegenstand im Laufe des Rechtsmittelzugs nicht erweitern, sondern bloss verengt und um nicht mehr streitige Punkte reduziert werden kann (vgl. Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 477 S. 505 und Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 403 ff.), ist auf das Begehren um Einsicht in die Traktandenlisten des Jahres 2010 nicht einzutreten.

## **4.2**

**4.2.1** Soweit der Rekurrent mit seinem Rekurs eine aktive Veröffentlichung der Traktandenlisten der Kommission für Jugendfragen verlangt, stellt sich die Frage, ob er hierzu überhaupt legitimiert ist. Es steht dem Rekurrenten offen, gestützt auf sein Informationszugangsrecht gemäss § 75 Abs. 2 KV und § 25 Abs. 1 IDG die Mitteilung dieser Traktandenlisten an ihn zu verlangen. Inwieweit er darüber hinaus beschwert ist, wenn die Behörden diese Traktandenlisten nicht von sich aus veröffentlichen, erscheint fraglich. Diese Frage kann jedoch offen bleiben. Auf das Begehren um aktive Veröffentlichung der Traktandenlisten kann bereits deshalb nicht eingetreten werden, weil es nicht Gegenstand der Eingaben des Rekurrenten vom 1. und 30. Juni 2012 gebildet hat, sondern im Rekursverfahren erstmals gestellt worden ist.

**4.2.2** Im Übrigen wäre der Antrag auch in der Sache abzuweisen. Der Sinn und Zweck der verfassungsrechtlichen Informationspflicht der Behörden besteht nicht darin, dass diese die Öffentlichkeit über sämtliche Geschäft informieren, mit denen sie sich befassen. Informiert werden soll vielmehr nur über Angelegenheiten von allgemeinem Interesse. Als von allgemeinem Interesse gelten „Beschlüsse, wichtige Geschäfte, bedeutende Entscheide und Massnahmen, Ziele, Lagebeurteilungen, Planungen usw.“ Die Information soll dabei rasch nach einem Entscheid oder Ereignis erfolgen (Ratschlag betreffend Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 10. Februar 2009, 08.0637.01, S. 35 f.). Demgegenüber erfolgt die Traktandierung der von der Kommission für Jugendfragen zu beratenden Themen gerade vor dem Treffen von Entscheiden. Es kann daher offensichtlich nicht Aufgabe der Behörden sein, von sich aus über deren Sitzungstraktanden generell zu berichten. Zu beachten ist weiter, dass in der vorbereitenden Kommission des Grossen Rates die Befürchtung bestanden hat, dass mit der Formulierung von § 20 Abs. 1 im ursprünglichen Entwurf des IDG, wonach öffentliche Organe über ihre „Tätigkeiten und Ange-

legenheiten von allgemeinem Interesse“ berichten sollen, eine aktive Öffentlichkeitsarbeit auch bei ganz normalen, alltäglichen Tätigkeiten eines öffentlichen Organs postuliert werde. Die Kommission hat die Bestimmung deshalb dahingehend umformuliert, dass das öffentliche Organ über „Angelegenheiten von allgemeinem Interesse in seinem Tätigkeitsbereich“ informiere, um klarzustellen, dass sich die Informationsstätigkeit nur auf Angelegenheit im allgemeinen Interesse, also von allgemeiner Bedeutung und Schwere, beschränken solle (Bericht der Justiz-, Sicherheits- und Sportkommission zum Ratschlag 08.0637.01 vom 14. April 2010, 08.0637.02, S. 13). Daraus folgt, dass eine Pflicht zur proaktiven Information durch die Behörden über die Beratungsgegenstände regierungsrätlicher Fachkommissionen nicht bestehen kann.

### **4.3**

**4.3.1** Zu prüfen ist somit allein, ob dem Rekurrenten reaktiv der Zugang zu den Traktandenlisten für die Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012 und künftige Sitzungen dieser Kommission zu gewähren ist. Diese beiden Fragen müssen von einander geschieden beurteilt werden (vgl. E. 4.4. und 4.5).

**4.3.2** Vorweg festzustellen ist dabei aber, dass auf den Rekurs nicht eingetreten werden kann, soweit der Rekurrent die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz rügt. Wie bereits erwähnt (vgl. E. 1.1) obliegt dem Verwaltungsgericht die Überprüfung der Angemessenheit eines angefochtenen Entscheids gemäss § 8 Abs. 1 und 5 VRPG nur dann, wenn damit eine Strafe verhängt worden ist oder die Angemessenheitskontrolle in einer besonderen Vorschrift des anwendbaren Rechts vorgesehen ist. Beides ist hier nicht der Fall. Es kann daher nur geprüft werden, ob das Erziehungsdepartement mit der Verweigerung einer vollumfänglichen Information über die Traktanden der Sitzung der Kommission für Jugendfragen sein Ermessen über- oder unterschritten oder dieses missbraucht und mithin eine Rechtsverletzung begangen hat (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 463 ff., insb. 473).

**4.3.3** Unbehelflich ist der Hinweis des Rekurrenten auf den Umstand, dass die Grossratsprotokolle in Textform wie auch als Audioprotokolle mit Ausnahme von Begnadigungen im vollen Umfang auf dem öffentlichen Internetportal der Verwaltung zugänglich gemacht würden, woraus hervorgehe, dass eine Geheimhaltung zum Schutz der Handlungsfähigkeit öffentlicher Organe nicht notwendig sei. Der Grosse Rat tagt als Plenum gemäss § 96 KV und § 2 des Gesetzes über die Geschäftsordnung des Grossen Rates (GO; SG 152.100) öffentlich und seine Protokolle sind aufgrund der expliziten Regelung in § 4 Abs. 3 GO der Öffentlichkeit zugänglich. Eine vergleichbare gesetzliche Grundlage fehlt mit Bezug auf die Sitzungen der Kommission für Jugendfragen.



#### **4.4.**

**4.4.1** Zunächst richtet sich das Einsichtsbegehren des Rekurrenten auf die Traktandenliste der Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012.

**4.4.2** Mit Bezug auf diese Traktandenliste ist das Rechtsschutzinteresse des Rekurrenten im Verlauf dieses Verfahrens insoweit weggefallen, als das Erziehungsdepartement ihm im Rahmen der Wiedererwägung des angefochtenen Entscheids mit Schreiben vom 27. September 2012 teilweise Einsicht in die Traktandenliste der Sitzung vom 14. Juni 2012 gewährt hat. Insoweit ist das Rechtsbegehren gegenstandslos geworden und auf die entsprechenden Rügen nicht mehr einzutreten.

#### **4.4.3**

**4.4.3.1** Zu prüfen bleibt allein, ob das Erziehungsdepartement dem Rekurrenten hätte vollständige Einsicht in diese Traktandenliste gewähren müssen, ob also die Schwärzung zweier Traktanden auf der ihm zur Kenntnis gebrachten Traktandenliste zulässig gewesen ist.

**4.4.3.2** Mit der Geltung des Öffentlichkeitsprinzips sollen das Handeln der öffentlichen Organe transparent gestaltet sowie die freie Meinungsbildung und die Wahrnehmung der demokratischen Rechte gefördert werden (§ 1 Abs. 2 lit. a IDG). Diesem Zweck dient der Anspruch auf Zugang zu den bei einem öffentlichen Organ vorhandenen Informationen. Damit dieser Anspruch eingeschränkt werden darf, muss ihm im Einzelfall ein konkretes öffentliches Interesse entgegenstehen. Dabei reicht es nicht, dass sich die Behörde zur Verweigerung eines Auskunftsbegehrens pauschal auf eines der in § 29 Abs. 2 IDG genannten öffentlichen Interessen bezieht. Sie hat dieses Interesse darüber hinaus vielmehr zu konkretisieren und zu belegen (vgl. BVGE 2011/52 vom 7. Dezember 2011 E. 6.1.5). An diese Konkretisierung dürfen zwar keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, weil ansonsten leicht aus der entsprechenden Darstellung auf den Inhalt der Information, deren Bekanntgabe verweigert werden soll, geschlossen werden könnte. Da aber vom Grundsatz der Öffentlichkeit auszugehen ist, muss gleichwohl im Einzelnen plausibel gemacht werden, wie das angerufene öffentliche Interesse im Einzelfall tangiert werden kann. Bezogen auf das angerufene öffentliche Interesse am Schutz eines freien Meinungs- und Willensbildungsprozesses der öffentlichen Organe gemäss § 29 Abs. 2 lit. c IDG und den vorliegenden Sachverhalt muss plausibel gemacht werden, wie dieser durch die Bekanntgabe der beiden Traktanden beeinträchtigt werden könnte. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Offenlegung ein ernsthaftes Risiko einer erheblichen Beeinträchtigung des entsprechenden Interesses mit sich bringt (Cottier/Schweizer/Widmer, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, Art. 7 N 4). Es hat daher in diesem Sinne eine Schadensprüfung und trotz der Verwendung des Begriffs des „überwiegenden“ öffentlichen Interesses in § 29 Abs. 1 IDG nicht eine eigentliche Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen stattzufinden (Cottier/Schweizer/Widmer, a.a.O., Art. 7 N 5). Im Unterschied zum Recht des Bundes (vgl. Art. 8

Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3]) kennt das kantonale Recht auch keinen generellen Ausschluss des Zugangs zu amtlichen Dokumenten, solange der politische oder administrative Entscheidung, für den sie die Grundlage darstellen, noch nicht getroffen worden ist.

**4.4.3.3** Das Erziehungsdepartement beruft sich zur Begründung seiner bloss eingeschränkten Einsichtsgewährung auf den Schutz des freien Meinungs- und Willensbildungsprozesses gemäss § 29 Abs. 2 lit. c IDG. Wie der Vernehmlassung des Erziehungsdepartements entnommen werden kann, soll diese Einschränkung der Einsichtsgewährung lediglich vorübergehender Natur sein. Sie soll bloss bis zur Verabschiedung der Geschäfte, auf die sich die beiden geschwärzten Traktanden beziehen, verhindern, dass die Kommission für Jugendfragen und die für die Geschäftserledigung zuständigen Organe durch die verfrühte Bekanntgabe von Informationen an den Rekurrenten während des Entscheidungsprozesses unter allzu starken Druck geraten und dadurch die freie Meinungs- und Willensbildung beeinträchtigt wird, was aufgrund der bereits zahlreich eingegangenen Informationszugangsgesuche des Rekurrenten und dessen Begehren, vollständig über die abgeschlossene und zukünftige Geschäftstätigkeit der Kommission für Jugendfragen informiert zu werden, ernsthaft befürchtet werden müsse. Weiter werde befürchtet, dass die Bekanntgabe der beiden geschwärzten Traktanden das kollegiale Verhältnis und die Beratung unter den einzelnen Kommissionsmitgliedern einerseits und zwischen der Kommission und den für die Geschäftserledigung zuständigen Organen andererseits gefährde.

**4.4.3.4** Die Kommission für Jugendfragen ist gemäss § 23 JHG eine vom Regierungsrat ernannte Kommission mit beratendem Auftrag. Sie besteht aus Vertretern staatlicher und nichtstaatlicher Institutionen und berät die zuständigen Departemente insbesondere in Fragen der Organisation und Planung der kantonalen Jugendhilfe (vgl. auch § 2 der Verordnung betreffend die Kommission für Jugendfragen [SG 415.150]). Im Unterschied zur Situation bei den Kommissionen des Grossen Rates, deren Verhandlungen gemäss § 60 GO vertraulich zu behandeln sind, existiert für die Kommissionen des Regierungsrates keine entsprechende besondere Regelung. Die Vertraulichkeit von Dokumenten der Kommission für Jugendfragen kann sich daher aufgrund der Geltung des Öffentlichkeitsprinzips nur aus den allgemeinen, in § 29 Abs. 2 IDG konkretisierten öffentlichen Interessen ergeben. Dies gilt umso mehr, als die Pflicht zur Verschwiegenheit gemäss § 19 des Personalgesetzes (SG 162.100), aus der das Geheimhaltungsprinzip in der öffentlichen Verwaltung bisher abgeleitet worden ist (vgl. Rudin, a.a.O., 1140), unmittelbar nur auf jene Mitglieder der Kommission Anwendung findet, die staatliche Institutionen vertreten, so dass sie zum vornherein nicht per se die Arbeit der Kommission bestimmen kann.

**4.4.3.5** Mit der Bekanntgabe eines Traktandums einer Kommissionssitzung, die bereits stattgefunden hat, wird offen gelegt, dass die Sitzungsleitung im Hinblick auf

jene Sitzung die Diskussion über einen bestimmten Gegenstand vorgesehen hat. Mehr wird damit nicht offen gelegt. Es bleibt offen, ob das Traktandum tatsächlich wie vorgesehen behandelt worden ist und insbesondere, wie sich die Mitglieder der Kommission zum traktandierten Geschäft geäußert haben und welche Beschlüsse oder Empfehlungen die Kommission getroffen hat. Nicht geltend gemacht wird, dass die Kommission die geschwärzten Traktanden vertagt hätte oder vorgesehen wäre, dass sie die Diskussionen zu diesen Punkten noch einmal aufnehmen würde. Daraus folgt, dass der Meinungs- und Willensbildungsprozess innerhalb der Kommission abgeschlossen ist. Es ist daher nicht ersichtlich, wie im Falle der Bekanntgabe der entsprechenden Traktanden die Kommissionsmitglieder unter „allzu starken Druck geraten“ könnten und dadurch ihre freie Meinungs- und Willensbildung beeinträchtigt werden könnte.

**4.4.3.6** Nicht abgeschlossen ist aber gemäss der Darstellung des Erziehungsdepartements die Behandlung der beiden Traktanden innerhalb der Verwaltung. Insoweit ist eine Beeinflussung des Meinungs- und Willensbildungsprozesses innerhalb der Exekutive bezogen auf diese beiden Traktanden bei deren Bekanntgabe nicht ausgeschlossen. Aus ihrer Traktandierung kann geschlossen werden, dass das Thema innerhalb der Verwaltung aktuell ist und eine Einflussnahme auf die entsprechenden Entscheidungsträger daher im gegenwärtigen Zeitpunkt in erhöhtem Masse wirksam sein kann. Eine frühzeitige Veröffentlichung konkreter Positionen oder Absichten im Rahmen eines laufenden Meinungs- und Willensbildungsprozesses des Gemeinwesens kann je nach den Umständen geeignet sein, die öffentliche Auseinandersetzung vorzeitig zu blockieren, weil es für die jeweiligen Akteure schwierig sein kann, einmal getroffene Meinungen im Scheinwerferlicht zu ändern (vgl. BGer 6B\_186/2012 vom 11. Januar 2013 E. 3.1.3 mit Hinweis auf die Botschaft zum BGÖ vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 S. 2007; BVGer A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 2.2, in: ZBl 2010 684 S. 686 und Cottier/Schweizer/Widmer, a.a.O., Art. 7 N 13). Im Unterschied dazu vermag die Bekanntgabe, dass ein bestimmter Gegenstand von einem öffentlichen Organ behandelt wird, die laufende Meinungs- und Willensbildung in vielen Fällen kaum negativ zu beeinflussen. Blosser Unannehmlichkeiten für die Behörden aufgrund des Zugangs zu Akten staatlicher Organe genügen aber für die Verweigerung der Information nicht (Cottier/Schweizer/Widmer, a.a.O., Art. 7 N 4 und 15). Die Information über Dokumente, die Auskunft darüber geben, dass sich die Behörden mit einem konkreten Gegenstand befassen, mag zwar Anlass dafür sein, dass auf diesen Gegenstand gerichtete Anliegen und Bedürfnisse öffentlich oder im direkten Verkehr mit den Behörden artikuliert werden. Dies erscheint aber an sich nicht als Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung. Vielmehr ist die schweizerische Politik seit je her offen auf die Berücksichtigung der öffentlichen Meinungen ausgerichtet, was etwa in der weiten Verbreitung der Einholung von Vernehmlassungen Ausdruck findet. Dem gleichen Zweck dient auch die Schaffung der Kommission für Jugendfragen als beratende Kommission des Regierungsrates. Der Umstand, dass eine Thematik des staatlichen Handelns in der öffentlichen Diskussi-

on zur Sprache kommt und daraus eine öffentliche Auseinandersetzung entsteht, beeinträchtigt für sich allein die interne Meinungs- und Willensbildung der Behörden deshalb nicht (BGE 133 II 209 E. 2.3.3 S. 215; VGE BE 100.2009.413 vom 15. Januar 2010, BVR 2010 241 S. 247 f. E. 4.1.2). Eine solche Auseinandersetzung muss vielmehr gemeinhin als Normalfall angesehen werden. Daraus folgt, dass die Offenlegung des Gegenstandes einer in der Kommission für Jugendfragen bereits geführten Diskussion ohne Hinweise auf konkrete Erwägungen staatlicher Organe in dieser Sache nur ausnahmsweise unter Hinweis auf den Schutz der Meinungs- und Willensbildung der öffentlichen Verwaltung verhindert werden kann. Dies wäre nur dann möglich, wenn bereits der Umstand ihrer Befassung mit einem Gegenstand als besonders heikel erscheinen muss.

**4.4.3.7** Soweit sich die Vorinstanz auf die bisherigen Auskunftsbegehren des Rekurrenten beruft, kann daraus allein offensichtlich nicht schon auf die Wahrscheinlichkeit eines Schadensrisikos im Falle der Gewährung des Zugangs zu einem amtlichen Dokument geschlossen werden. Das Erziehungsdepartement macht nicht geltend, dass der Rekurrent erhaltene amtliche Dokumente in einer für die Meinungs- und Willensbildung der Behörden schädlichen Weise verwendet hätte. Die Geltendmachung eines – bestehenden oder nicht bestehenden – Rechts alleine belegt ein solches Schadensrisiko aber selbstredend nicht. Dies gilt umso mehr, als der Zugang zu einem Dokument nicht von persönlichen Merkmalen der gesuchstellenden Person abhängig gemacht werden kann und bei Gewährung des Zugangs einer Person grundsätzlich allen anderen Personen ebenfalls Zugang gewährt werden muss (Cottier/Schweizer/Widmer, a.a.O., Art. 7 N 6).

**4.4.3.8** Wie das Gericht der ihm gegenüber erfolgten Offenlegung der beiden geschwärzten Traktanden entnehmen kann, bezieht sich das Traktandum 3 auf ein infrastrukturelles Projekt der Jugendarbeit. Gibt man den traktandierten Begriff als Suchbegriff in „Google“ ein, so findet man kaum direkte Treffer. Dies lässt auf eine gewisse Vertraulichkeit des Projekts schliessen. Immerhin wird aus den mit der erwähnten Stichwortsuche gefundenen Dokumenten rasch deutlich, dass sich das Traktandum auf ein derzeit öffentlich diskutiertes Projekt bezieht, das im Übrigen auch Gegenstand öffentlicher Mitwirkung ist. Inwieweit die Behörden bei dieser bekannten Ausgangslage allein durch die Nennung des Gegenstands als Traktandum einer Sitzung der Kommission für Jugendfragen unter Druck kommen können, ist nicht ersichtlich.

Das Traktandum 4b bezieht sich zunächst auf ein bestehendes Gremium der Jugendarbeit. Dass dieses Gegenstand der Planung der kantonalen Jugendhilfe ist und daher gemäss § 23 Abs. 2 JHG auch der Beratung durch die Kommission für Jugendfragen, ergibt sich bereits aus der verfassungsrechtlichen Verpflichtung der zuständigen Behörden des Staates, die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben periodisch auf ihre Notwendigkeit, Wirksamkeit und Effizienz sowie ihre finanziellen Auswirkun-

gen und deren Tragbarkeit hin zu überprüfen (§ 16 KV). Immerhin kann aus der Bezeichnung des Traktandums auf eine mögliche Stossrichtung der Diskussion geschlossen werden. Die entsprechende Option erscheint aber nicht wirklich überraschend und erheischt daher für sich allein keine besondere Geheimhaltung, wird das im Traktandum erwähnte bestehende Gremium doch auf einer Webseite der Homepage [www.bs.ch](http://www.bs.ch) ebenfalls mit dieser Option in Verbindung gebracht.

**4.4.3.9** Daraus folgt, dass die beiden geschwärzten Traktanden von der Vorinstanz dem Rekurrenten bekannt gegeben werden müssen. Dies kann nicht unmittelbar mit dieser Entscheidung geschehen, weil ansonsten allfällige Rechtsmittel, die dem Departement offen stehen mögen, untergraben würden.

## 4.5

**4.5.1** Soweit der Rekurrent darüber hinaus auch verlangt, dass die Traktanden und Protokolle der Kommission für Jugendfragen grundsätzlich öffentlich zugänglich gemacht werden, womit implizit die Feststellung seines Anspruchs auf Zugang zu künftigen Traktandenlisten und Protokollen der Kommission verlangt wird, kann dagegen auf den Rekurs wiederum nicht eingetreten werden.

**4.5.2** Feststellungsbegehren sind nach Lehre und Rechtsprechung im verwaltungsinternen und –gerichtlichen Verfahren nur subsidiär zulässig, wenn ein schutzwürdiges, rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses oder der Klarstellung einer Rechtslage besteht, dem nicht mit dem Verweis auf ein Leistungs- oder Gestaltungsbegehren entsprochen werden kann. Notwendig ist dabei, dass die rechtsuchende Person ohne eine vorgängige Feststellung einen unzumutbaren Nachteil erlitte. Ohne die verlangte Feststellung muss ein „konkretes Schadensrisiko“ bestehen (Wullschleger/Schröder, *Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt*, BJM 2005 277 S. 297 Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 2. Aufl., Basel 2010, N 1279 ff.; VGE vom 4. Oktober 1994 E. 2, in: BJM 1995 323 S. 325; VGE 622/2009 vom 25. August 2009 E. 2.2; VGE 724/2000 vom 17. August 2001 E. II.1.d).

**4.5.3** Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Ob ein vollumfängliches Einsichtsrecht in Protokolle und Traktandenlisten besteht, kann immer nur in Bezug auf ein konkretes Dokument entschieden werden. Es muss dabei jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob dem grundsätzlichen Anspruch auf Information gemäss § 25 IDG im Einzelfall ein öffentliches oder privates Interesse an deren Verweigerung gemäss § 29 IDG entgegensteht. Eine Feststellung im heutigen Zeitpunkt hätte sich dagegen auf die Erörterung theoretischer respektive abstrakter Rechtsfragen zu beschränken, was nicht Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens sein kann (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 1281).

**5.**

Soweit auf den Rekurs eingetreten werden kann, dringt der Rekurrent somit mit seinen Begehren durch. Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist auf die Erhebung von Kosten zu verzichten.

**Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

://: In teilweiser Gutheissung des Rekurses wird das Erziehungsdepartement verpflichtet, dem Rekurrenten vollumfänglichen Einblick in die Traktandenliste zur Sitzung der Kommission für Jugendfragen vom 14. Juni 2012 zu gewähren.

Im Übrigen wird auf den Rekurs nicht eingetreten.

Auf die Erhebung von Kosten wird verzichtet.

**3. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2012.61 vom 8. März 2013 i.S. Finanz- und Kirchendirektion des Kantons Basel-Landschaft betr. Unterstützungswohnsitz**

*In diesem Verfahren ging es um die Frage, ob eine von der Sozialhilfe unterstützte Person durch den Aufenthalt in einer Institution, welche ein sog. begleitetes Wohnen anbot, einen neuen Wohnsitz begründet hatte. Die Beantwortung dieser Frage war wesentlich dafür, ob der Kanton Basel-Landschaft, wo jene vom Verein „Kassiopeia“ gebotene Unterkunft lag, oder der Kanton Basel-Stadt, wo der Betroffene vor dem Aufenthalt in jener Unterkunft gelebt hatte und wo er danach auch wieder hinzog, zur Leistung der Sozialhilfe verpflichtet war. Nach dem Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG) gilt der Grundsatz, dass jener Kanton zur Unterstützung von Schweizer Bürgern verpflichtet ist, in welchem sich der Bedürftige mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Dabei besteht die gesetzliche Vermutung, dass die polizeiliche Anmeldung den Unterstützungswohnsitz begründet. Eine Ausnahme davon besteht jedoch nach Art. 9 Abs. 3 ZUG beim Aufenthalt einer Person in einem Heim, einem Spital oder einer anderen Anstalt sowie bei Unterbringung in Familienpflege aufgrund der Kindes- und Erwachsenenschutzbestimmungen. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass Bedürftige an ausserkantonale Pflegeplätze verlegt werden, um die Unterstützungspflicht des bisherigen Wohnkantons zu beenden. Auch sollen jene Kantone, welche sinnvolle niederschwellige Betreuungs- und Therapieformen anbieten, nicht durch eine Pflicht zur Übernahme der Unterstützungskosten für die Bewohner solcher Institutionen demotiviert werden. Ein Heim oder eine andere Institution im Sinne von Art. 9 Abs. 3 ZUG liegt in der Regel vor bei einem organisierten, von Angestellten besorgten kollektiven Haushalt, welcher den Bewohnern gegen Entgelt Unterkunft, Verpflegung und Dienstleistung*

*gen, namentlich Betreuung, bietet. Kriterien für diesen „Heimbegriff“, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts aus den oben erwähnten Gründen eng ausgelegt werden soll, sind die Art und das Mass der angebotenen Dienstleistungen sowie der Grad der Fremdbestimmung und der Abhängigkeit der Bewohner. Nicht wesentlich ist hingegen, ob ein Betroffener freiwillig oder aufgrund behördlicher Anordnung in die Institution eingetreten ist.*

*Im zur Beurteilung stehenden Fall wurde der Heimcharakter des vom Verein „Kassiopeia“ angebotenen betreuten Wohnens bejaht. Zwar wurde dort Wert gelegt auf die Eigenverantwortung der Bewohner, doch bestand ein Betreuungsangebot, um deren diesbezügliche Kompetenzen zu stärken, wie insbesondere ein interner Sozialdienst und eine Beratung durch einen Psychotherapeuten. Erst diese Unterstützung ermöglichte es den Bewohnern, in der gewählten Wohnform zusammenzuleben. Dementsprechend hatte die betroffene Person durch den Aufenthalt in dieser Institution im Kanton Basel-Landschaft keinen neuen Wohnsitz begründet, auch wenn sie sich dort polizeilich angemeldet hatte. Damit war der Unterstützungswohnsitz in Basel-Stadt verblieben, weshalb dieser die entsprechenden Leistungen der Sozialhilfe zu erbringen hatte.*

## **Sachverhalt**

Der Verein Kassiopeia mietete im Sommer 2010 in Ramllinsburg (Kanton Basel-Landschaft) eine Liegenschaft mit dem Zweck, diese sozial benachteiligten und individuell beeinträchtigten Menschen zum selbstverwalteten Wohnen zur Verfügung zu stellen. Per 1. August 2010 bezog A\_\_\_\_\_, der bis anhin unter finanzieller Unterstützung durch die Sozialhilfe Basel im Haus B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_-Str. in Basel gelebt hatte, im Haus "Kassiopeia" ein Zimmer. Die Sozialhilfe Basel hatte A\_\_\_\_\_ bereits zuvor mit Schreiben vom 13. Juli 2010 darauf hingewiesen, dass sie ihm nur noch bis und mit August 2010 Unterstützungsleistungen werde zukommen lassen und dass ab 1. September 2010 der neue Aufenthaltsort für seinen Unterhalt zuständig sei bzw. er selber für die rechtzeitige Zahlung seiner Rechnungen verantwortlich sei. Sie empfahl ihm, sich rechtzeitig in Basel ab- und in Ramllinsburg anzumelden. In der Folge meldete sich A\_\_\_\_\_ in Basel ab, konnte sich jedoch in Ramllinsburg nicht anmelden. Die dortigen Behörden stellten sich auf den Standpunkt, dass der Umzug von Basel in das Haus "Kassiopeia" in Ramllinsburg kein Grund für eine Änderung der Niederlassung sei. Eine hiergegen erhobene Beschwerde hiess der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft mit Entscheid vom 29. März 2011 gut, worauf A\_\_\_\_\_ per 1. Mai 2011 ins Einwohnerregister der Gemeinde Ramllinsburg eingetragen wurde.

In der Folge stellte A\_\_\_\_\_, nachdem er bis anhin weiterhin von der Sozialhilfe Basel unterstützt worden war, bei der Sozialhilfebehörde Ramllinsburg Antrag auf Unterstützung, welche diesen jedoch, auch auf Einsprache hin, ablehnte. Die Sozialhilfe-

behörde Ramlinsburg beglich auch die von der Sozialhilfe Basel am 19. Mai 2011 gestellte Rückforderung der von dieser in der Zeit vom 1. September 2010 bis dahin bevorschussten Unterstützungsleistungen nicht.

Infolge Aufgabe des Wohnprojektes Kassiopeia durch den Trägerverein zog A\_\_\_\_\_ per Anfang September 2011 von Ramlinsburg wieder nach Basel, wo er an der selben Adresse im Haus B\_\_\_\_\_ wie zuvor ein möbliertes Zimmer bezog.

Am 6. September 2011 wandte sich die Sozialhilfe Basel mit einem Richtigstellungsbegehren nach Art. 28 Abs. 1 ZUG an das Kantonale Sozialamt des Kantons Basel-Landschaft. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass A\_\_\_\_\_ vom 1. September 2010 bis zum 31. August 2011 seinen Unterstützungswohnsitz in Ramlinsburg gehabt habe und demgemäss die Gemeinde Ramlinsburg dem Kanton Basel-Stadt die von der Sozialhilfe Basel vorschussweise erbrachten Unterstützungsleistungen zu vergüten habe. Hiergegen erhob das Kantonale Sozialamt Basel-Landschaft am 4. Oktober 2011 Einsprache, welche jedoch mit Entscheid der Sozialhilfe vom 27. März 2012 abgewiesen wurde. Darin wurde das Kantonale Sozialamt Basel-Landschaft zugleich um Zahlung der durch die Sozialhilfe Basel erbrachten Unterstützungsleistungen von September 2010 bis September 2011 (Übergangsmonat) in der Höhe von CHF 31'814.– ersucht.

Hiergegen hat das Kantonale Sozialamt Basel-Landschaft am 18. April 2012 Beschwerde erhoben mit dem Antrag, den angefochtenen Abweisungsbeschluss unter o/e-Kostenfolge aufzuheben. Die Sozialhilfe Basel schliesst in ihrer Beschwerdeantwort vom 22. Mai 2012 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde und Gutheissung ihres Richtigstellungsbegehrens bzw. Bestätigung des angefochtenen Abweisungsbeschlusses sowie die Verpflichtung des Beschwerdeführers zum Kostenersatz von CHF 31'814.–. Mit Eingabe vom 29. Juni 2012 hat das Kantonale Sozialamt Basel-Landschaft auf die Einreichung einer detaillierten Replik verzichtet. In der Verhandlung vom 8. März 2013 sind zunächst Herr A\_\_\_\_\_ sowie Frau D\_\_\_\_\_, die frühere Projektleiterin, als Zeugen befragt worden. Anschliessend sind die Vertreterinnen der Parteien zum Vortrag gelangt. Für sämtliche Ausführungen wird auf das Protokoll verwiesen. Die Tatsachen ergeben sich, soweit sie für das vorliegende Urteil von Bedeutung sind, aus dem angefochtenen Entscheid und den nachfolgenden Erwägungen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Gegenstand der vorliegenden Auseinandersetzung bildet die Frage, ob der Kanton Basel-Landschaft dem Kanton Basel-Stadt die Unterstützungsleistungen an A\_\_\_\_\_ in der Periode vom 1. September 2010 bis zum 31. August 2011, zu welcher



Zeit sich dieser im Haus Kassiopeia in Ramllinsburg (BL) aufgehalten hat, zu erstatten hat, nachdem sich A\_\_\_\_\_ zuvor in Basel aufgehalten hatte und sich seit dem 1. September 2011 auch wieder hier aufhält. Diese Frage nach der örtlichen Zuständigkeit für die Leistung von Sozialhilfe wird durch die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz [ZUG; SR 851.1]) geregelt.

**1.2** In verfahrensmässiger Hinsicht kann ein beteiligter Kanton nach Art. 28 Abs. 1 ZUG eine sog. Richtigstellung verlangen, wenn ein Unterstützungsfall offensichtlich unrichtig geregelt oder beurteilt worden ist. Vorliegend hat die zuständige Stelle im Kanton Basel-Stadt, die Sozialhilfe Basel, gestützt auf die genannte Gesetzesbestimmung eine Richtigstellung und die Rückzahlung bevorschusster Unterstützungsleistungen gefordert (Schreiben vom 6. September 2011), nachdem der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft mit Entscheid vom 29. März 2011 in Gutheissung einer Beschwerde von A\_\_\_\_\_ die Gemeinde Ramllinsburg angewiesen hatte, diesen in ihrem Einwohnerregister als Niedergelassenen aufzunehmen, sich die Gemeinde in der Folge jedoch geweigert hatte, für seinen Aufenthalt im Haus "Kassiopeia" aufzukommen. Das Kantonale Sozialamt Basel-Landschaft hat als zuständige Behörde diese Richtigstellung gestützt auf Art. 33 ZUG mittels Einsprache vom 4. Oktober 2011 bestritten, welche jedoch mit Beschluss der Sozialhilfe Basel vom 27. März 2012 abgewiesen wurde (Art. 34 Abs. 1 ZUG). Das Kantonale Sozialamt Basel-Landschaft hat in Vertretung des Kantons Basel-Landschaft innert der gesetzlichen Frist von 30 Tagen gegen den Abweisungsbeschluss Beschwerde gemäss Art. 34 Abs. 2 ZUG erhoben, so dass darauf einzutreten ist.

**1.3** Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ergibt sich aus der Vorschrift von Art. 34 Abs. 2 ZUG i.V.m. § 72 Ziff. 3 des Gesetzes betreffend Wahl und Organisation der Gerichte sowie der Arbeitsverhältnisse des Gerichtspersonals und der Staatsanwaltschaft (Gerichtorganisationsgesetz [GOG; SG 154.100]) und § 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG; SG 270.100). Auf das Verfahren finden mangels anders lautender spezialgesetzlicher Bestimmungen die Vorschriften des VRPG Anwendung. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich demzufolge nach der allgemeinen Bestimmung von § 8 Abs. 1 VRPG. Demnach ist zu prüfen, ob die Sozialhilfe Basel bei ihrem Abweisungsbeschluss öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den massgeblichen Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat.

## **2.**

Nach Art. 12 Abs. 1 i.V.m Art. 4 Abs. 1 ZUG obliegt die Unterstützung von Schweizer Bürgern dem Kanton, in welchem sich der Bedürftige mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält; dort liegt sein sogenannter Unterstützungswohnsitz. Die gesetz-

liche Definition dieses Unterstützungswohnsitzes enthält somit sowohl ein objektives (Aufenthalt) als auch ein subjektives (Absicht des dauernden Verbleibens) Element, die untrennbar miteinander verbunden sind (Thomet, Kommentar zum ZUG, 2. A., Zürich 1994, Rz 96). Nach der gesetzlichen Vermutung von Art. 4 Abs. 2 ZUG begründet die polizeiliche Anmeldung den Unterstützungswohnsitz. Umgekehrt verliert den bisherigen Unterstützungswohnsitz, wer aus dem Wohnkanton wegzieht (Art. 9 Abs. 1 ZUG), wobei im Zweifelsfall als Zeitpunkt des Wegzugs derjenige der polizeilichen Abmeldung gilt (Art. 9 Abs. 2 ZUG). Diese allgemeinen Regelungen des Unterstützungswohnsitzes finden in Art. 5 ZUG (wie auch in der entsprechenden Bestimmung von Art. 9 Abs. 3 ZUG) eine Ausnahme für Heim- und Anstaltsinsassen sowie Familienpfleglinge (BGer 2A.603/1999 vom 7. Juni 2000 E. 2.a [in: Praxis 2000 Nr. 170 und ZBI 102/2001 S. 331 ff.]; ferner Thomet, a.a.O., Rz 106). Nach dieser Bestimmung begründet der Aufenthalt in einem Heim, einem Spital oder einer anderen Anstalt und die behördliche oder vormundschaftliche Versorgung einer mündigen oder entmündigten Person in Familienpflege keinen Unterstützungswohnsitz (Art. 5 ZUG in der bis zum 31. Dezember 2012 geltenden Fassung). Mit diesen Regelungen sollen die Behörden des bisherigen Wohnorts daran gehindert werden, durch Unterbringung von Bedürftigen in einem ausserkantonalen Pflegeplatz den Wohnsitz zu verlegen und damit die Unterstützungspflicht des bisherigen Wohnkantons zu beenden (vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger, in: BBl 1990 I 49, S. 58; Thomet, a.a.O., Rz 109 f.).

### 3.

**3.1** Unter den Parteien ist es unbestritten, dass A\_\_\_\_\_ vor dem Umzug nach Ramlinsburg in Basel seinen Unterstützungswohnsitz hatte. Streitig ist nur die Frage, ob das Haus Kassiopeia, in welchem er sich von August 2010 bis und mit August 2011 aufgehalten hat, ein "Heim" im Sinne von Art. 5 ZUG darstellt. Bejaht man diese Frage, muss die Beschwerde des Kantons Basel-Landschaft nach dem vorstehend Gesagten gutgeheissen und demgemäss die vom Kanton Basel-Stadt verlangte Richtigstellung abgewiesen werden. Verneint man hingegen die Frage, muss die Beschwerde des Kantons Basel-Landschaft abgewiesen werden, mit der Rechtsfolge, dass die vom Kanton Basel-Stadt verlangte Richtigstellung, allenfalls unter Vorbehalt einer Überprüfung in quantitativer Hinsicht, rechtskräftig wird.

**3.2** Der Beschwerdeführer verweist zur Begründung seiner Beschwerde zunächst auf sein eigenes basellandschaftliches Gesetz über die Sozial-, die Jugend- und Behindertenhilfe (Sozialhilfegesetz [SHG; SGS 850]), nach dessen § 26 Abs. 1 die Führung eines Heimes für Kinder, Jugendliche oder Erwachsene bewilligungspflichtig ist. Als bewilligungspflichtiges Heim gelte gemäss § 26 Abs. 4 SHG jede privatrechtliche Institution oder Abteilung davon, die regelmässig Erwachsenen Pflege oder Betreuung tags- oder nachtsüber gewähre. Die Bezugnahme auf das kantonale Sozialhilfegesetz ist unbehelflich. Vorliegend geht es um einen Begriff im Sinne von Art. 5 ZUG

und damit einer bundesrechtlichen Gesetzesbestimmung. Bei der Auslegung kann es deshalb nicht darauf ankommen, wie die Kantone in ihren Gesetzen den Begriff des Heims umschreiben (vgl. auch BGer 2P.240/1995 vom 22. Januar 1996 E. 2.c.cc, in: ZBI 98/1997 S. 414 ff. mit Bezug auf die Interkantonale Heimvereinbarung). Gerade weil es vorliegend um die interkantonale Abgrenzung der örtlichen Zuständigkeit für die Unterstützung von Bedürftigen geht, müssen kantonale Legaldefinitionen des Heimbegriffs unbeachtet bleiben.

**3.3** Der Beschwerdeführer beruft sich sodann und im Wesentlichen auf den Entscheid BGer 2A.603/1999 vom 7. Juni 2000 (auch in: Praxis 2000 Nr. 170 und ZBI 102/2001 S. 331 ff.). Danach liegt ein Heim in der Regel vor bei einem organisierten, von Angestellten besorgten kollektiven Haushalt, welcher den Bewohnern gegen Entgelt Unterkunft, Verpflegung und Dienstleistungen, namentlich Betreuung bietet (so bereits Thomet, a.a.O., Rz 111). Allerdings ist der Begriff des Heims im Sinne von Art. 5 ZUG (wie auch von Art. 9 Abs. 3 ZUG) nach Lehre und Praxis weit auszulegen (BGer 2A.300/1999 vom 17. Januar 2000 E. 3.b; Thomet, a.a.O., Rz 110). Wie das Bundesgericht unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien (BBI 1990 I 59) festgestellt hat, hat der Gesetzgeber bewusst auf eine Legaldefinition verzichtet, um den sich rasch wandelnden Wohn- und Therapieformen gerecht zu werden. Das Bundesgericht fordert daher, die Anwendung von Art. 5 ZUG immer mit Bezug auf den konkreten Sachverhalt zu prüfen. Als Beurteilungskriterien kommen beispielsweise die Art und das Mass der angebotenen Dienstleistungen, der Grad der feststellbaren Fremdbestimmung sowie der Abhängigkeitsgrad der betroffenen Person in Frage (BGer 2A.603/1999 vom 7. Juni 2000 E. 3.a; so auch BBI 1990 I 59).

So hat das Bundesgericht die Aussenstelle einer Grossfamilie als Heim im Sinne des Zuständigkeitsgesetzes eingestuft, zumal dort ein Grundprogramm, ein Therapiekonzept und eine Hausordnung bestünden und der Tagesablauf in geordnete Bahnen gelenkt werde (BGer 2P.240/1995 vom 22. Januar 1996 E. 2.c.aa und bb [ZBI 98/1997 S. 414 ff.]). Ebenfalls bejaht wurde der Heimcharakter einer Austrittswohnung einer Therapiegemeinschaft angesichts obligatorischer Gruppensitzungen und Einzelgespräche sowie der Vorschriften betreffend Freizeitgestaltung und Konsums von Suchtmitteln (BGer 2A.300/1999 vom 17. Januar 2000 E. 3.b). Weiter ging das Bundesgericht im von den Parteien im vorliegenden Verfahren namentlich angeführten Entscheid BGer 2A.603/1999 vom 7. Juni 2000 E. 3, wo das niederschwellige Angebot der Stadt Zürich für ein "Begleitetes Wohnen" ebenso als Heim im Sinn von Art. 5 ZUG eingestuft wurde, auch wenn das Angebot sich auf die Vermietung von möblierten Zimmern (Abschluss eines Untermietvertrags mit Allgemeinen Bestimmungen und Hausordnung), auf Hausverwaltungsfunktion und auf regelmässige, d.h. wöchentliche, sozialarbeiterische Betreuung (mit der Möglichkeit von täglichen Hausbesuchen bzw. Interventionen in Krisensituationen) beschränkte.

Die kantonalen Gerichte orientieren sich regelmässig an den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen. So hat etwa das Bündner Verwaltungsgericht eine Wohngemeinschaft für psychisch behinderte Menschen, die ein geschütztes Wohnumfeld benötigen und auf eine Förderung der Selbst- und Wohnkompetenz angewiesen sind, aufgrund des – wenn auch zeitlich eher bescheidenen – Betreuungsangebots als Heim im Sinn von Art. 5 ZUG qualifiziert (PVG 2009 S. 105 ff.). Ebenso hat das St. Galler Verwaltungsgericht den Heimcharakter einer "Herberge" aufgrund ihres Zwecks (kostengünstige Unterkunft für Menschen in Not und Bedrängnis), ihres Betreuungs- und Hilfsangebots sowie ihrer Strukturen (Aufenthaltsvereinbarung mit den Bewohnern, strikte Hausordnung) bejaht (Entscheid vom 13. November 2012, zitiert nach: swisslex – B 2012/12). Verneint wurde der Heimcharakter hingegen im Fall einer Luzerner "Pension", da der Aufenthalt der – meist sozial randständigen (psychische Probleme, Drogensucht) – Bewohner mangels jeglicher Begleitung und Betreuung nicht über den reinen Wohnzweck hinausging (LVGE 2010 II Nr. 19).

**3.4** Der vorliegende Fall präsentiert sich in wesentlichen Belangen vergleichbar mit dem von den Parteien diskutierten Fall in der Stadt Zürich (BGer 2A.603/1999 vom 7. Juni 2000), mögen sich im Einzelnen auch Abweichungen namentlich hinsichtlich der Fremdbestimmung ergeben. Auch vorliegend besteht das Angebot in einem begleiteten Wohnen, welches sich an "sozial benachteiligte und individuell beeinträchtigte Menschen" richtet, "die aufgrund ihres familiären und sozialen Umfeldes (...) Benachteiligungen erfahren haben, die ihnen die Integration in die Gesellschaft erschweren" (Konzept "Haus Kassiopeia", S. 2 [Beschwerdebeilage 6]). Das Projekt "Kassiopeia" sollte nicht einfach der genannten Zielgruppe Wohnraum verschaffen, sondern war darauf angelegt, das Selbstwertgefühl der Bewohner durch Mitbestimmung und Selbstverwaltung zu steigern und damit ihre eigenen Kompetenzen, namentlich wie im Zürcher Fall ihre Wohnkompetenz, zu stärken. Bezeichnenderweise geht denn auch aus den Äusserungen von A\_\_\_\_\_ in der Befragung vor Gericht hervor, dass sich hier Menschen zusammenfinden sollten, die mit eigenständigem Wohnen überfordert gewesen wären ("Ich habe mir schon überlegt, eigene Wohnung in Basel zu nehmen; ich will aber mit anderen Leuten zusammen sein; es ist aber noch zu früh; ich brauche mehr Zeit, ich leide unter Panikattacken und Depressionen." [Protokoll der Hauptverhandlung, S. 3]).

Das Haus Kassiopeia war zwar bewusst als niederschwelliges Angebot ausgelegt, das ausdrücklich auf die Eigenverantwortung seiner Bewohner zählte (z.B. Selbstorganisation des Zusammenlebens, Verteilung der Aufgaben in Haus und Garten). Gleichwohl konnte nicht auf Betreuung und Unterstützung von aussen verzichtet werden. Im Konzept "Haus Kassiopeia" (S. 4) war namentlich von einem "Internen Sozialdienst für die Bewohner/Innen" die Rede. Die beiden Zeugen A\_\_\_\_\_ und D\_\_\_\_\_ berichten in ihrer Befragung übereinstimmend, dass letztere wöchentlich ins Haus kam, um Anstehendes im Haus gemeinsam mit den Bewohnern zu besprechen und zu regeln ("Ich musste schauen, dass es dort funktioniert." [Protokoll der Haupt-

verhandlung, S. 4]). D\_\_\_\_\_ war als ausgebildete Sozialbegleiterin den Bewohnern erklärtermassen auch bei administrativen Problemen, etwa bei den Schwierigkeiten von A\_\_\_\_\_ mit der Anmeldung in der Gemeinde Ramlinsburg, behilflich. Ausserdem stand Dr. med. E\_\_\_\_\_ (Psychotherapeut) nach Aussage beider Zeugen den Bewohnern in gewissen Abständen im Haus beratend zur Verfügung, was gemäss D\_\_\_\_\_ "wichtig für ihre Stabilisierung" war (Protokoll der Hauptverhandlung, S. 4; ebenso Aussage A\_\_\_\_\_ auf Frage "halfen Sitzungen persönlich?": "Das hat mir etwas gebracht." [Protokoll der Hauptverhandlung, S. 3]).

Es ist naheliegend, dass angesichts der Ausrichtung des Hauses "Kassiopeia" auf die Mitbestimmung seiner Bewohner und ihre Eigenverantwortung der Grad der Fremdbestimmung gering war. So gab es, dies im Gegensatz zum erwähnten Projekt der Stadt Zürich, keine von der Trägerinstitution erstellte Hausordnung, die das Zusammenleben geregelt hätte. Gleichwohl zeichnete sich das Projekt durch einen grösseren Grad an Fremdorganisation aus. Zur Sicherung des Funktionierens dieser Wohngemeinschaft fanden namentlich wöchentliche Sitzungen statt. Die Teilnahme daran war zwar offenbar nicht obligatorisch erklärt, doch wurde sie vorausgesetzt. Bei Abwesenheit hatte man sich abzumelden. Hätte es Probleme im Zusammenleben gegeben, etwa bei Drogenkonsum (vgl. Aussage D\_\_\_\_\_ : "Von unserer Seite aus wollten wir einfach keinen Drogenkonsum." [Protokoll der Hauptverhandlung, S. 4], hätte seitens des Trägervereins eingegriffen werden können.

Aus diesen Umständen ergibt sich, dass das Haus "Kassiopeia" seinen Bewohnern zwar vergleichsweise grosse Spielräume liess, sich ihr Zusammenleben selbst zu organisieren. An Dienstleistungen wurde nur, aber doch wesentlich eine regelmässige Betreuung angeboten, die bei Bedarf auch persönliche Fürsorge, z.B. in administrativen oder Suchtbelangen (Stichwort "Interner Sozialdienst"), umfassen konnte. Erst diese Unterstützung ermöglichte es den Bewohnern, in dieser von ihnen gewählten Wohnform zusammenzuleben. Auch wenn man das Haus "Kassiopeia" nicht als Heim im gewöhnlichen Sprachgebrauch bezeichnen kann, so ist das Haus angesichts des weiten Heimbegriffs in Art. 5 ZUG doch als Heim im Sinne dieser Gesetzesbestimmung zu qualifizieren. Dies rechtfertigt sich insbesondere auch angesichts der Zielsetzung des Gesetzes, die Standortkantone vor übermässiger Inanspruchnahme für Unterstützungsleistungen zu schützen (vgl. Thomet, a.a.O., Rz 110). Wie das Bundesgericht in BGer 2A.603/1999 E. 3.c ausgeführt hat, gilt es mit der weiten Begriffsfassung zu vermeiden, dass jene Kantone, welche sinnvolle niederschwellige Betreuungs- und Therapieformen entwickeln und anbieten, durch eine restriktive Auslegung des Heimbegriffs und der damit verbundenen Kostenfolgen demotiviert werden. Im vorliegenden Fall stellte das Haus "Kassiopeia" zwar kein eigenes Angebot des Kantons Basel-Landschaft dar, sondern wurde von privater Hand initiiert und finanziert. Doch ändert dies nichts daran, dass der Kanton Basel-Landschaft nicht alleine deshalb zur fürsorgerechtlichen Unterstützung für aus einem anderen Kanton zuziehende Bewohner gezwungen werden können soll, weil das Haus zufällig auf

seinem Hoheitsgebiet errichtet wurde. Dies gilt umso mehr, als vorliegend der frühere und auch heutige Vermieter von A\_\_\_\_\_ im Haus B\_\_\_\_\_, Herr F\_\_\_\_\_, als Vertreter des Vereins Kassiopeia, auch den Untermietvertrag im Haus Kassiopeia mit ihm unterzeichnete (vgl. Untermietvertrag vom 15. September 2010 [Beschwerdeantwortbeilage 5]; ferner auch Bestätigung D\_\_\_\_\_, dass F\_\_\_\_\_ Mitglied des Vereins war [Protokoll der Hauptverhandlung, S. 5]). Wechselte A\_\_\_\_\_ unter Mitwirkung von F\_\_\_\_\_ und D\_\_\_\_\_ innerhalb des von diesen beiden Personen und ihrem Umfeld für sozial benachteiligte Menschen zur Verfügung gestellten Wohnangebots den Wohnort, so bleibt dies für seinen Unterstützungswohnsitz ohne weiteren Belang. Der bisherige Unterstützungswohnsitz blieb trotz des Wohnortswechsels damit am bisherigen Ort in Basel. Daran ändert entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners nichts, dass der Wegzug von A\_\_\_\_\_ nach Ramlinsburg seinerzeit freiwillig erfolgte. Denn es entspricht der erklärten Absicht des Gesetzgebers, dass auch ein freiwilliger Heimeintritt anderenorts bei Bedürftigkeit keinen neuen Unterstützungswohnsitz begründet (Thomet, a.a.O., Rz 109).

#### 4.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Haus "Kassiopeia" aufgrund des – wenn auch bescheidenen – Betreuungsangebots für seine sozial benachteiligte Bewohner als Heim im Sinne von Art. 5 ZUG einzustufen ist, womit durch den Wegzug von A\_\_\_\_\_ nach Ramlinsburg kein neuer Unterstützungswohnsitz begründet worden ist. Demzufolge ist in Gutheissung der Beschwerde der Einspracheentscheid der Sozialhilfe Basel vom 27. März 2012 aufzuheben und ihr Richtigstellungsbegehren vom 6. September 2011 abzuweisen. Unter diesen Umständen werden keine Verfahrenskosten erhoben.

#### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

://: Der Einspracheentscheid der Sozialhilfe Basel vom 27. März 2012 wird in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben und das Richtigstellungsbegehren der Sozialhilfe Basel vom 6. September 2011 abgewiesen.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

#### **4. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2012.212 vom 12. Dezember 2013 betr. Höhe einer Gebühr der Stiftungsaufsicht beider Basel für die Kontrolle einer Berichterstattung**

*Die Bemessung von Gebühren für Dienstleistungen des Staates bildet immer wieder Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen, sowohl auf kantonaler wie eidgenössischer Ebene. Im vorliegenden Fall war eine Gebühr von CHF 650.- strittig, welche*

die Stiftungsaufsicht für die Kontrolle der Berichterstattung einer in Basel domizilierten Stiftung für das Jahr 2010 in Rechnung gestellt hatte. Vorweg musste zudem die Zuständigkeit zum Entscheid darüber geklärt werden.

Durch Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BSA-Vertrag) wurden per 1. Januar 2012 die bisherige BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Basel-Stadt und das bisherige Amt für Stiftungen und berufliche Vorsorge des Kantons Basel-Landschaft als Aufsichtsbehörden aufgehoben und in die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BSABB) überführt. Diese ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt der beiden Kantone mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Basel. Verfügungen der BSABB im hier einschlägigen Bereich der klassischen Stiftungen (also nicht jener im Bereich der beruflichen Vorsorge) können nach Massgabe der Rechtspflegebestimmungen des Vertragskantons, in dem sich der Sitz der Stiftung befindet, angefochten werden (§ 24 Abs. 2 BSA-Vertrag; § 19 Abs. 1 Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, EG ZGB; SG 211.100). Daraus ergab sich hier grundsätzlich die Anwendbarkeit der Verfahrensbestimmungen des Kantons Basel-Stadt. Unklar war hingegen, welche Rekursinstanzen zuständig sein sollen, und insbesondere ob eine verwaltungsinterne Rekursmöglichkeit bestehen soll. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass der Verwaltungsrat der BSABB, welcher die Aufsicht über die BSABB ausübt, im Verhältnis zu dieser die nächsthöhere Behörde im Sinne von § 41 Abs. 2 des Organisationsgesetzes (OG) und damit erste Rekursinstanz sei. Diese Lösung entspreche auch der Unabhängigkeit und verwaltungsrechtlichen Selbständigkeit der BSABB. Einen solchen Rechtsmittelweg, wie er z.B. auch bei der Auslagerung der öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt vorgesehen ist, wurde auch als sachlich gerechtfertigt bezeichnet, weil damit eine Rekursinstanz angerufen werden kann, die im Unterschied zum Verwaltungsgericht auch über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung befindet. Im konkreten Fall behandelte allerdings das Verwaltungsgericht den bei ihm erhobenen Rekurs, obschon dieser richtigerweise an den Verwaltungsrat der BSABB hätte gerichtet werden müssen, weil die Rekurrentin auf die entsprechende Rechtsmittelbelehrung in der angefochtenen Verfügung vertraut hatte. Auch sprachen prozessökonomische Gründe für ein solches Vorgehen.

Als gesetzliche Grundlagen für die angefochtene Gebühr bezeichnete das Verwaltungsgericht den BSA-Vertrag sowie die Bestimmungen im kantonalen Einführungsgesetz zum ZGB. Darin seien der Kreis der Abgabepflichtigen (die beaufsichtigten Stiftungen), der Gegenstand der Abgabe (die Aufsichtstätigkeit) und die Bemessungsgrundlage (das Bruttovermögen der Stiftung) ausreichend umschrieben. Die weitere Begrenzung der Gebühren ergebe sich aus den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Kostendeckung und Äquivalenz.

Dass der Ertrag aller Gebühren der BSABB die gesamten Kosten derselben übersteigen würde, machte die Rekurrentin nicht geltend und dafür bestanden auch keine Anhaltspunkte. Zwar waren die Prüfgebühren nach den Ausführungen der Rekurrentin vor der Übertragung der Stiftungsaufsicht auf die BSABB deutlich tiefer gewesen,

doch konnte die BSABB plausibel aufzeigen, dass die Kosten der Stiftungsaufsicht aufgrund deren Verselbständigung (Wegfall von verwaltungsinternen Vergünstigungen und Transferleistungen) gestiegen waren. Ausserdem sei sie verpflichtet, kostendeckend zu arbeiten, d.h. entsprechende Gebühren zu erheben. Damit war die Gebührenhöhe unter dem Gesichtspunkt des Kostendeckungsprinzips nicht zu beanstanden.

Das Äquivalenzprinzip stellt eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Abgaberecht dar. Danach darf eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen und muss sich in vernünftigen Grenzen halten. Die Höhe der staatlichen Gebühr kann sich nach dem Kostenaufwand der konkreten Leistung des Verwaltungszweiges oder nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den diese Leistung dem Abgabepflichtigen bringt, richten. Der Wert der Leistung kann sich auch nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges bemessen, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen. Sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze beurteilte das Verwaltungsgericht die angefochtene Gebühr als rechtmässig. Insbesondere sei es nicht zu beanstanden, dass der Verwaltungsrat der BSABB den Gebührentarif für die Kontrolle der Berichterstattung der Stiftungen in Abhängigkeit von deren Stiftungsvermögen resp. Bilanzsumme abgestuft hat. Das Verwaltungsgericht stellte zwar fest, dass die Prüfgebühr im konkreten Fall gegenüber den Vorjahresgebühren erheblich gestiegen war, jedoch sei sie sowohl vom Kostenaufwand der Aufsichtsstelle als auch vom wirtschaftlichen Nutzen für die Beaufsichtigte her vertretbar. Hinzu kam, dass in jenem Fall ein überdurchschnittlicher Aufwand entstanden war, weil die Stiftung mit drei Schreiben zur Einreichung der ordnungsgemässen Unterlagen zwecks Vornahme der Prüfung hatte aufgefordert werden müssen.

Schliesslich erwies sich die erhobene Gebühr auch im Vergleich mit den Gebührenregelungen anderer Kantone nicht als übersetzt.

## **Sachverhalt**

Mit Verfügung vom 11. Oktober 2012 erhob die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BSABB) von der A\_\_\_\_\_ eine Prüfgebühr von CHF 650.– für die Kontrolle der Berichterstattung 2010.

Gegen diese Verfügung richtet sich der am 17. Oktober 2012 erhobene und begründete Rekurs der A\_\_\_\_\_ an das Verwaltungsgericht mit dem Begehren um kostenfäll-



lige Reduktion der Prüfgebühr von CHF 650.– „auf den Rahmen der Gebühren in den früheren Jahren von CHF 120.– bis CHF 220.–“, unter Kostenfolge.

Mit Vernehmlassung vom 14. Februar 2013 beantragt die BSABB die kostenpflichtige Abweisung des Rekurses. Am 5. März 2013 hat die A\_\_\_\_\_ dazu repliziert und mit „Noveneingabe“ vom 31. Januar 2013 weitere Dokumente eingereicht. Es handelt sich dabei namentlich um eine Gebührenrechnung der BSABB, welche gegenüber einer anderen Stiftung für die Prüfung der Jahresrechnung 2010 gestellt wurde. Diese Rechnung ist nach Ansicht der Rekurrentin ein weiteres Beispiel dafür, dass die Gebühren der BSABB gemessen am Arbeitsaufwand überhöht seien und unzulässigen Steuern gleichkämen. Beide Eingaben der Rekurrentin – Noveneingabe und Replik – wurden am 12. März 2013 bei der Post aufgegeben. Dazu hat die BSABB mit Schreiben vom 25. März 2013 unaufgefordert Stellung genommen.

Die Einzelheiten der Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Der Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Per 1. Januar 2012 trat der Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel in Kraft (BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag; SG 833.100, hiernach BSA-Vertrag). Mit diesem Vertrag wurden die bisherige BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Basel-Stadt und das bisherige Amt für Stiftungen und berufliche Vorsorge des Kantons Basel-Landschaft als Aufsichtsbehörden per 31. Dezember 2011 aufgehoben und in die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BSABB) überführt.

Gemäss § 1 des BSA-Vertrags ist die BSABB eine öffentlich-rechtliche Anstalt der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Basel. Verfügungen der BSABB im hier einschlägigen Bereich der klassischen Stiftungen können nach Massgabe der Rechtspflegebestimmungen des Vertragskantons, in dem sich der Sitz der Stiftung befindet, angefochten werden (§ 24 Abs. 2 BSA-Vertrag; § 19 Abs. 1 Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, EG ZGB; SG 211.100). Sitz der Rekurrentin ist Basel-Stadt, weshalb die Rechtspflegebestimmungen des Kantons Basel-Stadt zur Anwendung gelangen. Welche Rekursinstanzen damit gemeint sind und namentlich ob eine verwaltungsinterne Rekursmöglichkeit besteht, geht aus diesen Bestimmungen nicht ausdrücklich hervor. Ebenso wenig ergibt sich dies aus dem Gemeinsamen Bericht vom 31. Mai 2011 der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft betreffend den BSA-

Vertrag und dem entsprechenden Bericht der Justiz-, Sicherheits- und Sportkommission des Grossen Rates vom 12. Oktober 2011.

**1.2** Im Unterschied zu Verfügungen der BSABB im Bereich der Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen, welche gemäss Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können, enthält das Bundesrecht für die Aufsicht über die klassischen Stiftungen keine Regelung des Rechtsmittelweges. Eine solche Regelung ist auch dem kantonalen Recht nicht zu entnehmen. Weder der BSA-Vertrag noch das EG ZGB sehen eine direkte Anfechtbarkeit der Verfügungen der Stiftungsaufsichtsbehörde beim Verwaltungsgericht vor (vgl. demgegenüber etwa § 17 des Gesetzes über die BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Aargau; SAR 210.700, und § 17 des Einführungsgesetzes über die BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Solothurn; BGS 212.151). Im Kanton Basel-Stadt verweisen die anwendbaren Bestimmungen vielmehr, wie bereits ausgeführt, auf die allgemeinen Rechtspflegebestimmungen, zu welchen sowohl die Bestimmungen des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100) als auch diejenigen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) zu zählen sind.

**1.3** Gemäss § 41 Abs. 2 OG können Verfügungen von Verwaltungseinheiten bei der nächsthöheren Behörde angefochten werden. Steht als Rekursinstanz eine solche verwaltungsinterne Behörde, namentlich der Regierungsrat, zur Verfügung, ist der Rekurs an das Verwaltungsgericht nicht zulässig. Der baselstädtische Regierungsrat und jener des Kantons Basel-Landschaft wählen zwar gemeinsam den Verwaltungsrat der BSABB und halten in einem Leistungsauftrag die „Voraussetzungen der gesetzlichen Aufsicht, die übergeordneten Sachziele sowie die Indikatoren zur Leistungsmessung“ fest (§ 11 BSA-Vertrag). Weiter genehmigen sie gemeinsam die Entschädigungsregelung für den Verwaltungsrat (§ 5 Abs. 4 BSA-Vertrag). Beide Kantonsregierungen nehmen damit gemeinsam einzelne Aspekte eines Aufsichtsgremiums resp. einer höheren Behörde wahr. Allerdings wird im BSA-Vertrag nirgends ausgeführt, dass die Regierungsräte der beiden Vertragskantone generell gemeinsam die Aufsicht über die BSABB ausüben würden. Die Aufsicht über die BSABB wird gemäss § 6 Abs. 1 lit. a BSA-Vertrag vielmehr vom Verwaltungsrat der BSABB wahrgenommen. Dies steht auch im Einklang mit der von der BSABB geltend gemachten Unabhängigkeit und ihrer verwaltungsrechtlichen Selbständigkeit. Aus dem BSA-Vertrag geht somit hervor, dass der Verwaltungsrat die strategische Leitung und Aufsicht über die BSABB innehat und auch ansonsten die Aufgaben wahrnimmt, welche typischerweise von der hierarchisch höheren Behörde übernommen werden. Demnach ist der Verwaltungsrat der BSABB – gegenüber der BSABB als verfügender Behörde – als nächsthöhere Behörde im Sinne von § 41 Abs. 2 OG und damit grundsätzlich als Rekursinstanz zu bezeichnen.

Die Möglichkeit der Anrufung des Verwaltungsrats einer öffentlich-rechtlichen Anstalt als erste Rekursinstanz ergibt sich im vorliegenden Fall zwar lediglich aus der Anwendung der Bestimmungen des OG. Es ist aber zu beachten, dass dieser Rechtsmittelweg etwa bei der Auslagerung der öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt explizit so vorgesehen ist (vgl. § 23 Öffentliche Spitäler-Gesetz; SG 331.100). Auch im Kanton Zürich wurde für die Anfechtung von Entscheiden der Aufsichtsbehörde über kantonale Stiftungen der Verwaltungsrat als erstinstanzliche Rekursinstanz eingesetzt (vgl. § 22 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Zürich über die BVG- und Stiftungsaufsicht; LS 833.1). Die sich aus der Anwendung des OG sowie des VRPG auf den vorliegenden Fall ergebende Lösung steht somit im Einklang mit ähnlichen Regelungen und ist nicht als ungewöhnlich zu bezeichnen. Ein solcher Rechtsmittelweg ist auch sachlich gerechtfertigt, da damit eine Rekursinstanz angeufen werden kann, welche, anders als das Verwaltungsgericht, auch über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung befinden kann.

**1.4** Die BSABB hat in der Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Verfügung als Rekursinstanz das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt angegeben und ist damit vom ordentlichen Rechtsmittelweg abgewichen. Entsprechend ist der vorliegende Rekurs direkt beim Verwaltungsgericht und nicht bei der nächsthöheren Behörde, dem Verwaltungsrat der BSABB, eingelegt worden. Es liegt ein sog. Sprungrekurs vor, bei dem die einzige „verwaltungsinterne“ Rekursinstanz übersprungen worden ist. Ein solcher Sprungrekurs ist nicht generell, sondern nur ausnahmsweise zulässig. Zum einen ist die generelle Auslassung des Verwaltungsrats der BSABB als Rekursinstanz im Gesetz nicht vorgesehen. Die in § 42 OG vorgesehene Möglichkeit der Überweisung betrifft den Regierungsrat, welcher regelmässig als zweite verwaltungsinterne Rekursinstanz entscheidet, insoweit also nicht mit dem Verwaltungsrat der BSABB vergleichbar ist. Zum anderen dient das verwaltungsinterne Rechtsmittel auch der Aufsicht. In diesem Rahmen hat der Verwaltungsrat der BSABB als hierarchisch übergeordnete Behörde die Möglichkeit, einen Entscheid im Einzelfall zu korrigieren. Selbst wenn der angefochtene Entscheid auf einer eigenen generell-abstrakten Regelung beruht, können sich im Rahmen der Einzelfallkontrolle Fragen stellen, die durch die übergeordnete Behörde selber zu klären sind. In der Rechtsmittelbelehrung ist daher richtigerweise der Verwaltungsrat der BSABB als ordentliche „verwaltungsinterne“ Rekursbehörde anzugeben. Der im Vertrauen auf die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung eingereichte Sprungrekurs kann im vorliegenden Einzelfall aber aus prozessökonomischen Gründen zugelassen werden, so dass im Sinne einer Ausnahme vom ordentlichen Instanzenzug darauf eingetreten werden kann.

**1.5** Für das Verfahren vor Verwaltungsgericht gelten die Bestimmungen des VRPG. Die Rekurrentin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheides von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie ist daher gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert, so dass auf diesen

einzutreten ist. Dabei umfasst die Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts nicht nur die Gesetzesanwendung, sondern auch die Kontrolle des im Einzelfall angewandten Ordnungsrechts auf seine Gesetzmässigkeit hin (§ 13 Abs. 2 VRPG; Wohlfart, Die Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts im Baselstädtischen Verwaltungsprozess, in: BJM 1995, S. 57, 62). Diese akzessorische Normenkontrolle kann allerdings nur zur Aufhebung der Verfügung führen, die sich auf eine nicht gesetzeskonforme Ordnungsbestimmung stützt, nicht aber zur Aufhebung der Ordnung selbst (Dressler, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Eichenberger et al. [Hrsg.], Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, S. 411, 420). Im Rekursverfahren vor Verwaltungsgericht gilt das Rügeprinzip. Das Verwaltungsgericht prüft einen angefochtenen Entscheid nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504). Die Kognition des Verwaltungsgerichts umfasst nach § 8 VRPG jedenfalls die Sachverhalts- und Rechtskontrolle. Eine Angemessenheitsprüfung ist nur ausnahmsweise angezeigt (vgl. § 8 Abs. 5 VRPG), wird aber gerade im Zusammenhang mit Sprungrekursen erwogen (vgl. Art. 47 Abs. 3 VwVG und Wullschleger/ Schröder, a.a.O., S. 277, 289). Ob Verfügungen der BSABB auch auf Angemessenheit zu prüfen sind, kann im vorliegenden Fall aber offen bleiben. Die Vorbringen der Rekurrentin können im Sinne einer Rüge der Verletzung des gebührenrechtlichen Äquivalenzprinzips entgegengenommen und als Rechtsfrage umfassend geprüft werden.

**1.6** Die Rechnung der BSABB vom 17. Oktober 2012 betrifft nicht die Rekurrentin, sondern die Stiftung C\_\_\_\_\_. Sie wurde von der Rekurrentin am 12. März 2013 (Poststempel) als Novum eingelegt. Zwar kann die Rekurrentin die nicht gegenüber ihr in Rechnung gestellte Gebühr nicht anfechten. Soweit es sich dabei aber um ein Beweismittel zur Darlegung der Gebührenpraxis der BSABB handelt, welche bereits mit dem Rekurs angefochten worden und unbestritten geblieben ist, ist die eingereichte Rechnung im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen.

## **2.**

**2.1** Die Rekurrentin beantragt die Reduktion der Prüfgebühr von CHF 650.– auf ein dem „Rahmen der Gebühren in den früheren Jahren von CHF 120.– bis CHF 220.–“ angemessenes Mass. Im Wesentlichen bringt sie vor, dass die Gebühren der BSABB generell auf eine Höhe angehoben wurden, welche nicht mit dem Arbeitsaufwand der Behörde in Einklang gebracht werden könne. Die in der angefochtenen Verfügung vom 11. Oktober 2012 vorgesehene Gebühr von 650.– würde gemäss Ausführungen der Rekurrentin einem Aufwand von bis zu vier Stunden entsprechen; ein solcher Aufwand würde bei der BSABB aber nicht anfallen. Der tatsächliche Aufwand liege nämlich beträchtlich tiefer.

**2.2** Nachdem sich die BSABB in der Rekursantwort noch versehentlich auf die Ordnung über die berufliche Vorsorge berufen hatte, macht sie später geltend, dass die Erhebung der Gebühr auf der Ordnung über die Stiftungsaufsicht beruhe, da es sich bei der Rekurrentin um eine klassische Stiftung handle, und dass im vorliegenden Fall durchaus ein Aufwand entstanden sei. Die neu gegründete BSABB als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit sei dazu verpflichtet, kostendeckend zu arbeiten, und zwar vom ersten Tag ihrer Existenz an. Insbesondere bestünden keinerlei Verpflichtungen der Kantone, allfällige Deckungslücken auszugleichen. Die durchschnittliche Bearbeitungszeit einer eingehenden Jahresberichterstattung vom Eingang (inkl. Erfassung im Aufsichtssystem) bis zum Versand des Prüfbefundes sei unter Berücksichtigung aller Querschnittsdienstleistungen, die in diesem Zusammenhang erbracht werden müssten (dazu gehörten neben den Sekretariatsdienstleistungen alle Aufwendungen wie IT, Kopien, Postgebühren etc.), auf mindestens drei Stunden festgelegt worden, was zur Anhebung der Grundgebühr auf CHF 450.– geführt habe. Weiter macht die BSABB geltend, dass die BVG- und Stiftungsaufsicht des Kanton Berns in einem analogen Fall eine Gebühr von CHF 680.–, bestehend aus einem fixen Grundansatz von CHF 180.– sowie einem variablen Ansatz von CHF 500.–, verlangt habe. Diesem Vorbringen entgegnet die Rekurrentin, dass ein erhöhter Tarif in einem einzelnen anderen Kanton keine Rechtfertigung für eine unangemessene Erhöhung der Gebühren sei.

**2.3** Bei den Aufsichtsgebühren gemäss der Ordnung über die Stiftungsaufsicht handelt es sich um eine Verwaltungsgebühr für die der BSABB übertragenen Aufgabe der Aufsicht über die Rekurrentin gemäss Art. 80 ff. ZGB. Sie beruht auf Rechtsgrundlagen im EG ZGB und im BSA-Vertrag. Beim EG ZGB handelt es sich um ein formelles Gesetz. Der BGA-Vertrag wurde durch die Regierung abgeschlossen, aber durch das Kantonsparlament genehmigt (referendumsfähiger Grossratsbeschluss Nr. 11/45/11G vom 9. November 2011), weshalb ihm die notwendige demokratische Legitimation ebenfalls zukommt. Wenn auf dieser gesetzlichen Stufe der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe und die Bemessungsgrundlage umschrieben werden, beruht die Gebühr auf einer genügenden Rechtsgrundlage (§ 83 Abs. 2 lit. b Kantonsverfassung; SG 111.100; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N 2695).

Gemäss § 18a EG ZGB erlässt die BSABB für die ihr unterstellten Stiftungen die erforderlichen Vorschriften über die für die Aufsichtstätigkeit zu erhebenden Gebühren. Ergänzend dazu ordnet § 17 BSA-Vertrag an, dass die Gebühren die Kosten decken, einschliesslich der Einlagen in den Reservefonds (Abs. 2) und dass die Aufsichtsgebühr aufgrund des Bruttovermögens bemessen wird (Abs. 3). Damit wird der Kreis der Abgabepflichtigen (die beaufsichtigten Stiftungen), der Gegenstand der Abgabe (die Aufsichtstätigkeit) und die Bemessungsgrundlage (das Bruttovermögen der Stiftung) ausreichend umschrieben. Die weitere Begrenzung der Gebühren ergibt sich

aus den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Kostendeckung und Äquivalenz (Häfelin/ Müller/Uhlmann, N 2703, 2705).

### 3.

Im Anhang zur Ordnung über die Stiftungsaufsicht hat der Verwaltungsrat der BSABB den Gebührentarif für die Aufsichtsgebühr wie folgt festgelegt:

	Bilanzsumme in CHF	Gebühr in CHF
bis	100'000	450
	100'001 – 500'000	650
	500'001 – 1'000'000	850
	1'000'001 – 5'000'000	1'150
	5'000'001 – 10'000'000	1'650
	10'000'001 – 20'000'000	2'150
	20'000'001 – 50'000'000	2'650
	50'000'001 – 100'000'000	3'150
	100'000'001 – 500'000'000	4'650
ab	500'000'001	6'150

Gemäss § 17 Abs. 2 BSA-Vertrag gilt das Kostendeckungsprinzip, welches auch in § 2 des Verwaltungsgebührengesetzes (SG 153.800) erwähnt wird und für die Festlegung des Gebührentarifs der BSABB sowohl als untere wie auch als obere Grenze zu beachten ist. Gemäss dem Kostendeckungsprinzip darf der Ertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs als Summe der mittelbaren und unmittelbaren Kosten, die durch die entsprechenden Amtshandlungen entstehen, nicht oder nur geringfügig übersteigen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2637 ff.). Von der Rekurrentin wird nicht geltend gemacht, dass das Kostendeckungsprinzip im vorliegenden Fall verletzt sei und dass die BSABB bei Anwendung des obigen Gebührentarifs Einnahmen generiere, welche über die Deckung der Gesamtkosten der BSABB inkl. der erforderlichen Einlagen in den Reservefonds hinausgehen würden. Die Rekurrentin weist zwar darauf hin, dass die Prüfgebühren in der Zeit vor der Übertragung der Stiftungsaufsicht auf die BSABB deutlich tiefer gewesen wären. Daraus lässt sich aber keine Rüge der Verletzung des Kostendeckungsprinzips ableiten, zumal die BSABB plausibel aufzeigt, dass die Kosten der Stiftungsaufsicht aufgrund deren Verselbständigung (Wegfall von verwaltungsinternen Vergünstigungen und Transferleistungen) gestiegen sind und eine Pflicht zur Festlegung von kostendeckenden Gebühren bestehe.

### 4.

Die Rekurrentin macht geltend, dass die Prüfgebühr im vorliegenden Fall nicht auf einem entsprechenden Aufwand der BSABB basiere. Die Rekurrentin macht damit

implizit eine Verletzung des Äquivalenzprinzips geltend. Die BSABB führt aus, dass die Grundgebühr von CHF 450.– auf der Annahme eines Gesamtaufwandes von drei Stunden für die Vornahme der Prüfung basiere, wobei alle Querschnittsdienstleistungen, die in diesem Zusammenhang erbracht werden müssten, wie etwa Sekretariatsdienstleistungen, IT-Dienstleistungen, Kopien, Postgebühren etc., mitberücksichtigt würden. Die Rekurrentin bestreitet demgegenüber, dass in ihrem Fall ein Aufwand von ca. drei bis vier Stunden erforderlich gewesen sei zur Vornahme der Prüfung.

**4.1** Das Äquivalenzprinzip stellt eine Konkretisierung des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im Abgaberecht dar. Danach darf eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen und muss sich in vernünftigen Grenzen halten (VGE VD.2010.168 vom 10. Mai 2011 E. 4.1). Die Höhe der staatlichen Gebühr kann sich nach dem Kostenaufwand der konkreten Leistung des Verwaltungszweiges oder nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den diese Leistung dem Abgabepflichtigen bringt, richten. Der Wert der Leistung kann sich auch nach dem Gesamtkostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges bemessen, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen. Sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind. Dabei sind Pauschalisierungen aus Gründen der Verwaltungsökonomie zulässig (Häfelin/ Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2641 ff.; BGE 130 III 225 E. 2.3 S. 228; 126 I 180 E. 3a/bb S. 188 mit Hinweisen; VGE VD.2011.83 vom 8. Mai 2012 E. 3.1.2).

**4.2** Die Abstufung der Prüfgebühr ist in Abhängigkeit zur Bilanzsumme der beaufsichtigten Stiftungen gesetzt, wobei die Minimalgebühr (bei einer Bilanzsumme von bis zu CHF 100'000.–) CHF 450.– beträgt. Die Gebühr erhöht sich dann degressiv in Abhängigkeit von der Bilanzsumme bis zu einer Maximalgebühr von CHF 6'150.– bei einer Bilanzsumme ab CHF 500'000'001.–. Man kann sich tatsächlich fragen, ob diese Abstufung der Gebühr im Verhältnis zur Bilanzsumme resp. zum Stiftungsvermögen mit dem Erfordernis einer sachlichen Begründung vereinbar ist, zumal auch von der BSABB nicht geltend gemacht wird, dass bei einem grösseren Stiftungskapital der Prüfungsaufwand automatisch von einer wesentlich aufwändigeren Prüfungstätigkeit auszugehen ist, welche damit eine nach Höhe des Stiftungsvermögens abgestufte Gebühr rechtfertigt. Dazu ist aber zu bemerken, dass die Abstufung der Gebühr in Abhängigkeit vom Stiftungsvermögen im BSA-Vertrag explizit statuiert worden ist (§ 17 Abs. 3 BSA-Vertrag). Zudem kann im Rahmen der Prüfung der Einhaltung des Äquivalenzprinzips auch berücksichtigt werden, welchen wirtschaftlichen Nutzen eine Leistung für den Abgabepflichtigen bringt. Auch wenn die Aufsicht durch die Stiftungsaufsicht für die beaufsichtigten Stiftungen obligatorisch ist und zu einem grossen Teil im öffentlichen Interesse, nämlich dem Interesse an der Gewährleistung

der zweckgemässen Verwendung des Stiftungsvermögens erfolgt (Art. 84 Abs. 3 ZGB), hat diese Dienstleistung für die beaufsichtigten Stiftungen dennoch eine Bedeutung mit wirtschaftlichen Folgen. Die Vornahme der Prüfung durch die Aufsichtsbehörde bringt eine gewisse Entlastung der Mitglieder des Stiftungsrates mit sich und stärkt das Vertrauen in die Institution der Stiftung und damit auch in die betroffene Stiftung selbst. Es ist nachvollziehbar, dass diese Bedeutung der Aufsicht im Verhältnis zum Stiftungsvermögen zunimmt. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Verwaltungsrat der BSABB den Gebührentarif in Abhängigkeit vom Stiftungsvermögen resp. der Bilanzsumme abgestuft hat.

**4.3** Die BSABB geht von einem durchschnittlichen Aufwand von ca. 3 Stunden für die Vornahme der jährlichen Jahresprüfung aus und hat basierend auf diesen Erfahrungswert eine Minimalgebühr von CHF 450.– festgelegt, welche dann unter Berücksichtigung des Stiftungsvermögens erhöht wird. Auch wenn die Jahresrechnung in der Regel bei einer kleineren Stiftung relativ überblickbar ausfällt, ist doch eine sorgfältige Prüfung der Angaben und ein Vergleich mit dem Stiftungszweck erforderlich. Die im Gebührentarif angelegten Vermögenskategorien haben eine gewisse Pauschalisierung zur Folge: Stiftungen mit einem Vermögen von CHF 100'001.– haben die gleiche Prüfgebühr zu entrichten wie Stiftungen, welche ein vielfach höheres Stiftungsvermögen (bis zu CHF 500'000.–) aufweisen. Dementsprechend variiert das Verhältnis zwischen dem Stiftungsvermögen und der jährlichen Prüfgebühr von etwa 0.65 % (bei einem Stiftungsvermögen von CHF 100'001) bis zu 0.13 %. Bei den Stiftungen mit einem Vermögen zwischen CHF 1 und CHF 100'000.– ist dieser Unterschied naturgemäss noch grösser, da sich die Minimalgebühr von CHF 450.– bei einem absteigenden Stiftungsvermögen diesem immer mehr annähert. Die BSABB weist aber zu Recht darauf hin, dass der Prüfungsaufwand bei Stiftungen mit kleinerem Vermögen nicht zwingend kleiner sein muss und dass eine Grundlage für die Quersubventionierung von kleineren Stiftungen durch grössere fehlt. Die im Gebührentarif der BSABB vorgenommene Pauschalisierung mag zwar in Einzelfällen problematisch sein; sie führt im vorliegenden Fall aber nicht zu einem unrechtmässigen Ergebnis.

**4.4** Im konkreten Fall ist zwar einzuräumen, dass die Prüfgebühr von CHF 650.– gegenüber den Vorjahresgebühren von rund CHF 120.– bis 220.– in empfindlicher Weise gestiegen ist. Die Irritation der Rekurrentin ist gerade auch darum nachvollziehbar, weil im Vorfeld der Unterzeichnung des Staatsvertrags darauf hingewiesen wurde, dass schon die früheren Aufsichtsbehörden kostendeckend gearbeitet hätten (Gemeinsamer Bericht der Kantone betreffend den BSA-Vertrag, S. 10) und dass die Gebühren nach Auskunft von Experten bloss leicht steigen würden (Bericht der Justiz-, Sicherheits- und Sportkommission, S. 6). Zu denken gibt auch, dass die Prüfgebühren verglichen mit § 9 Abs. 1 der früheren baselstädtischen Verordnung über die Stiftungsaufsicht, welche bis Ende 2011 gegolten hat, heute um ein Vielfaches höher liegen. Im Falle der Rekurrentin mit einem Bruttovermögen von CHF 195'855.80 be-



trägt der Unterschied mehr als das Sechsfache (CHF 100.– nach altem, CHF 650.– nach neuen Recht). Bei einer Stiftung mit einem Bruttovermögen von CHF 50'000 ist die heutige Gebühr sogar neunmal höher (CHF 50.– gegenüber CHF 450.–). Unter das Fünffache sinkt der Unterscheid erst bei einem Vermögen über CHF 300'000.– (CHF 150.– gegenüber CHF 650.–), unter das Dreifache bei Vermögen über CHF 2 Millionen (CHF 400.– gegenüber CHF 1'150.–).

Gleichwohl kann nicht gesagt werden, die ausgesprochene Prüfgebühr von CHF 650.– stehe in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung. Sie erscheint sowohl vom Kostenaufwand der Aufsichtsstelle als auch vom wirtschaftlichen Nutzen für die Beaufsichtigten her als vertretbar. Wenn zudem berücksichtigt wird, dass die BSABB die Rekurrentin mit drei Schreiben zur Einreichung der ordnungsgemässen Unterlagen zur Vornahme der Prüfung anhalten musste und dass somit ein wohl überdurchschnittlicher Aufwand angefallen ist, kann im vorliegenden Fall bei der verfügbaren Prüfgebühr von CHF 650.– nicht von einer Verletzung des Äquivalenzprinzips gesprochen werden.

**4.5** Auch im Vergleich mit der Situation in anderen Kantonen erweist sich die ausgefallte Gebühr nicht als überhöht. So beträgt die Prüfgebühr bei einer Bilanzsumme von CHF 100'001.– bis 500'000.– im Kanton Bern CHF 680.– (Art. 10 f. Gebührenreglement Bern; BSG 212.223.3), im Kanton Solothurn und im Kanton Aargau CHF 400.– (§ 3 Gebührenordnung Solothurn; BGS 212.153; § 3 Gebührenordnung Aargau; SAR 210.120). Die Ostschweizer Aufsichtsbehörde erhebt für die Prüfung der jährlichen Berichterstattung über die klassischen Stiftungen eine Gebühr von CHF 250.– bis 2'500.– (Art. 3 Gebührentarif der Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht; sGS 355.12 [Sankt Gallen]), die Zentralschweizer Behörde eine Grundgebühr von CHF 300.–, zuzüglich 0.1 Promille des Bruttovermögens, abgerundet auf den nächsten vollen Franken, höchstens aber CHF 3'300.– (§ 13 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen betreffend die Aufsicht über die Stiftungen, SRL 202a [Luzern]). Dieser Gebührenvergleich zeigt, dass die Gebührentarife der BSABB eher im oberen Bereich angesiedelt sind, aber nicht aus dem Rahmen der vergleichbaren Tarife fallen.

**4.6** Somit erweist sich die der Rekurrentin auferlegte Prüfgebühr als rechtmässig. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin basiert die Gebühr auf dem Äquivalenzprinzip und kann daher auch nicht als Steuer qualifiziert werden. Dem Argument der Rekurrentin, dass die Aufsichtsgebühren für Stiftungen, welche öffentliche Aufgaben erfüllen, moderat ausfallen sollten, ist entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber im BSA-Vertrag für eine Bevorzugung solcher Stiftungen keine Grundlage geschaffen, sondern als einziges Kriterium für die Bemessung der Gebührenhöhe bei der jährlichen Prüfgebühr das Stiftungsvermögen angegeben hat. Es besteht daher kein Rechtsanspruch darauf, dass die Prüfgebühr je nach Charakter oder Tätigkeit einer Stiftung reduziert wird (vgl. demgegenüber § 3 Abs. 2 des Gebührenreglements

des Kantons Zürich [LS 833.15], wonach die Gebühren für Stiftungen, die vom Kanton Staatsbeiträge erhalten, halbiert werden).

## 5.

Der Rekurs ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang trägt die Rekurrentin die Kosten des Rekursverfahrens (§ 30 Abs. 1 VRPG).

### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Die Rekurrentin trägt die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 600.–, einschliesslich Auslagen.

### **5. Entscheid des Appellationsgerichts BEZ.2013.18 vom 21. August 2013 betr. Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung wegen fehlender Mittellosigkeit aufgrund des Anspruchs auf Rechtsschutz als Mitglied der Mieterinnen- und Mieterverbands**

*Gemäss Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung und Art. 117 der Zivilprozessordnung hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, gehört dazu auch die Bestellung einer anwaltlichen Rechtsvertretung zu Lasten der Staatskasse. Diese staatlichen Leistungen sind jedoch subsidiär, d.h. sie kommen nur zum Tragen, wenn die am Prozess beteiligte Person keine Ansprüche auf Prozessfinanzierung gegen Dritte hat, z.B. aus familienrechtlichen Beistands- oder Unterhaltspflichten oder aus Rechtsschutzversicherung.*

*Im vorliegenden Fall war strittig, ob einer Mieterin, welche selbst keine genügenden finanziellen Mittel zur Führung eines Prozesses hat, jedoch als Mitglied des Mieterinnen und Mieterverbands Basel (MV) in den Genuss von dessen Rechtsschutzleistungen kommen kann, die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werden muss. Die Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten hatte angenommen, dass die Mieterin aufgrund ihres Anspruchs auf Leistungen aus dem sog. Prozesshilfefond des MV nicht als mittellos gelten könne und ihr daher keine anwaltliche Rechtsvertretung zu Lasten der Staatskasse gestellt werden müsse. Dagegen erhob die Mieterin Beschwerde beim Appellationsgericht mit der Begründung, dass nach den Statuten des MV Zahlungen aus dem Prozesshilfefonds nur geleistet würden, wenn das betreffende Mitglied keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung gegen den Staat geltend machen könne.*

*Das Appellationsgericht hat diese Statutenbestimmung, durch welche die den Mitgliedern des MV zustehenden Rechtsschutzleistungen gegenüber der unentgeltli-*

*chen Rechtspflege des Staates subsidiär erklärt werden, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts als unzulässig beurteilt. Nach dieser ist insbesondere von Bedeutung, ob die Institution, welche ihre Rechtsschutzleistungen als subsidiär erklärt, einen gemeinnützigen Zweck verfolgt und ob sie ihren Mitgliedern ohne wesentlichen Kostenersatz eine Rechtsvertretung zur Verfügung stellt. Wenn nämlich eine gemeinnützige Institution bedürftigen Personen unentgeltlich Prozesshilfe leistet, so übernimmt sie die verfassungsrechtliche Aufgabe des Staates, den Bedürftigen die Durchsetzung ihrer Rechte in einem Gerichtsverfahren zu ermöglichen. Unter diesen Voraussetzungen kann sie ihre Leistungen im Verhältnis zur unentgeltlichen Rechtspflege als subsidiär erklären. Demgegenüber soll eine Institution, die ein Entgelt für ihre möglichen Leistungen erhalten hat, ihr diesbezügliches Risiko nicht auf den Staat abwälzen können mit der Folge, dass sie zwar Beiträge einkassiert hat, aber keine Leistungen erbringt.*

*Im Fall des MV war unbestritten, dass dieser keinen gemeinnützigen Zweck verfolgt und dass die Kosten der Rechtsschutzleistungen aus den Mitgliederbeiträgen finanziert werden, also der MV sie den Mitgliedern nicht unentgeltlich erbringt. Damit erwies sich die Subsidiaritätsklausel in deren Statuten als rechtswidrig und deshalb nichtig. Die diesbezüglich erhobenen Einwendungen der Beschwerdeführerin, dass dem MV als Verein die statutarische Ausgestaltung der Mitgliedschaftsrechte freistehen müsse, erachtete das Appellationsgericht als nicht stichhaltig, da eben im dargelegten Sinne ein Verstoss gegen zwingende öffentlichrechtliche Bestimmungen vorlag.*

*Darüber hinaus wurde die Regelung auch aus vereinsrechtlicher Sicht als unzulässig beurteilt. Die Bestimmung, wonach der Rechtsschutz des MV nur geleistet wird, wenn kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege des Staates besteht, hat zur Folge, dass der MV seinen vermögenden Mitgliedern Prozesshilfe zahlen muss, wohingegen die mittellosen Mitglieder keine solchen Leistungen erhalten, obschon sie genau gleich ihre Mitgliedschaftsbeiträge bezahlt und damit den Prozesshilfefonds gespiesen haben. Für eine solche Ungleichbehandlung der Mitglieder des MV erkannte das Gericht keine sachliche Rechtfertigung. Aus all diesen Gründen wurde die Beschwerde im Hauptpunkt abgewiesen.*

*Schliesslich wurde die Beschwerde in einem marginalen Punkt gutheissen, weil nämlich die Schlichtungsstelle nicht geprüft hatte, ob die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse in der Lage war, den vom MV bei den gewährten Rechtsschutzleistungen verlangten Selbstbehalt von 10 % bzw. mindestens CHF 200.- und maximal CHF 500.- zu bezahlen, oder ob ihr in diesem Umfang die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden müsse.*

## **Sachverhalt**

Mit Verfügung vom 6. März 2013 wies die Staatliche Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten (SSM) ein Kostenerlassgesuch von A\_\_\_\_\_ ab, welches sie im Rahmen

einer Kündigungsanfechtung gestellt hatte. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass A\_\_\_\_\_ als Mitglied des Mieterinnen- und Mieterverbands (MV) Basel Anspruch auf Leistungen des Prozesshilfefonds (PHF) habe, weshalb sie ihren Anspruch diesem gegenüber geltend zu machen habe.

Gegen diese Verfügung hat A\_\_\_\_\_ am 20. März 2013 beim Appellationsgericht Beschwerde eingereicht. Darin verlangt sie die Aufhebung der Verfügung und die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. Verbeiständung sowie die Zusprennung einer angemessenen Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren, eventualiter die Rückweisung der Angelegenheit an die SSM zur Festsetzung der Parteientschädigung. Die Vermieterschaft, die Erbengemeinschaft B\_\_\_\_\_, hat mit Eingabe vom 11. April 2013 auf eine Stellungnahme verzichtet. Die Einzelheiten der Vorbringen und Tatsachen ergeben sich, soweit sie für den vorliegenden Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Der Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Verfügung der SSM vom 6. März 2013, mit welcher das Kostenerlassgesuchs der Beschwerdeführerin in dem von ihr angehobenen Kündigungsanfechtungsverfahren abgewiesen wurde. Gemäss basel-städtischer Praxis war die SSM im Rahmen des vor ihr abzuwickelnden Schlichtungsverfahrens sachlich zuständig zur Beurteilung des Kostenerlassgesuchs (AGE BE.2011.123 vom 29. Juni 2012 E. 2, in: BJM 2013 S. 43 ff.).

**1.2** Die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege stellt eine verfahrenleitende Verfügung dar, die mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 121 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Auf die innert der gesetzlichen Frist von 10 Tagen seit Zustellung der Abweisungsverfügung (Art. 119 Abs. 3 i.V.m. Art. 321 Abs. 2 ZPO) eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten. Mit der Beschwerde kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegen die Abweisungsverfügung der SSM ist der Ausschuss des Appellationsgerichts (§ 10 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [EG ZPO]; G 221.100)).

### **2.**

**2.1** Art. 29 Abs. 3 BV gewährleistet finanzschwachen Personen unentgeltlichen Zugang zu den Gerichten, um ihre Rechte zu wahren. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderli-

chen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Mit Bezug auf die Frage der finanziellen Leistungsfähigkeit des Ansprechers gilt es einerseits den Effektivitätsgrundsatz zu beachten. Danach dürfen nur die eigenen und gegenwärtigen Mittel, die dem Gesuchsteller tatsächlich zur Verfügung stehen, berücksichtigt werden. Es darf nur auf die effektiv vorhandenen Einkünfte und Vermögenswerte abgestellt werden. Noch nicht fällige oder streitige Ansprüche und nicht realisierbare Vermögenswerte haben ausser Betracht zu bleiben (Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung. Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 117 N 19; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 117 N 5; Bühler, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 117 N 8; dazu auch aus dem früheren Schrifttum Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 79 f.; Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 131 ff., 138 f.; BGE 118 Ia 369 E. 4b S. 371 und BGer 1B\_315/2009 vom 18. März 2010 E. 2.4). Andererseits gebietet der Subsidiaritätsgrundsatz, dass der Gesuchsteller vorgängig leistungspflichtige Dritte zur Prozessfinanzierung heranziehen muss. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist demzufolge nachrangig gegenüber anderen Ansprüchen, welche die prozessuale Rechtsverfolgung abdecken. Zu denken ist dabei etwa an familienrechtliche Beistands- und Unterhaltspflichten, aber auch an Ansprüche aus Rechtsschutzversicherung (Emmel, a.a.O., Art. 117 N 5; Huber, a.a.O., Art. 117 N 55; ferner Meichssner, a.a.O., S. 80 f. und 155 f.).

**2.2** Die Ablehnung des Kostenerlassgesuchs erfolgte vorliegend mit der Begründung, dass die Beschwerdeführerin als Mitglied des MV Basel Anspruch auf Leistungen des PHF habe und dementsprechend ihren Anspruch diesem gegenüber geltend zu machen habe. Die Beschwerdeführerin hält demgegenüber die in Ziff. 21 und 22 der Richtlinien des PHF festgeschriebene Subsidiarität der Leistungen des Fonds gegenüber den Leistungen des Staates oder einer Rechtsschutzversicherung für rechtmässig. Zur Begründung ihrer Beschwerde verweist sie über weite Strecken auf ein Gutachten des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht der Universität St. Gallen, erstellt von Prof. Dr. C\_\_\_\_\_ und D\_\_\_\_\_, M.A. HSG, vom 29. März 2010 sowie ein Ergänzungsgutachten dieses Instituts, erstellt von Prof. Dr. C\_\_\_\_\_, vom 24. Dezember 2012 (Beschwerdebeilagen 10 und 14)

**2.3** Das Appellationsgericht hat sich in der Vergangenheit schon verschiedentlich mit der Frage der Zulässigkeit von Bestimmungen in Statuten (und ähnlichen Satzungen) des MV Basel sowie von Gewerkschaften befasst, welche ihre Rechtsschutzleistungen nachrangig zur staatlichen unentgeltlichen Rechtspflege erklären. Auf diese Rechtsprechung bezieht sich auch die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde. Im – auch von der Beschwerdeführerin zitierten – Entscheid AGE BE.2011.123 ist in E. 3.4 die Entwicklung der appellations- und bundesgerichtlichen

Rechtsprechung auf diesem Gebiet nachgezeichnet worden. Danach ist es einer Gewerkschaft grundsätzlich untersagt, ihre Rechtsschutzleistungen als subsidiär zur prozessualen Fürsorge des Staates zu erklären, anderenfalls das durch den Mitgliederbeitrag versicherte Prozesskostenrisiko in unzulässiger auf den Staat überwältigt würde (BGer 9C\_347/2007 vom 6. März 2008 E. 6.). Aufgrund des präzisierenden Entscheids BGE 135 I 1 E. 7 S. 2 ff. dürfen Rechtsschutzleistungen von Dritten nur unter engen kumulativen Voraussetzungen gegenüber der unentgeltlichen Rechtspflege des Staates subsidiär erklärt werden:

1. Verfolgung eines gemeinnützigen Zwecks,
2. Zurverfügungstellung eines Angebots der Rechtsverteidigung ohne erheblichen Kostenersatz und
3. Bezweckung der spezifischen Interessenwahrung im sozialrechtlichen Bereich.

Gestützt auf diese Rechtsprechung hat das Appellationsgericht im genannten Entscheid unter E. 3.5 mit Bezug auf den MV Basel die Gemeinnützigkeit seiner Zweckverfolgung verneint, mit der Konsequenz, dass es dem MV Basel deshalb nicht gestattet ist, seine unvermögenden Mitglieder bezüglich der von ihm angebotenen Prozesshilfe auf die unentgeltliche Rechtspflege zu verweisen (E. 3.6).

**2.4** Die Beschwerdeführerin hält dem Entscheid AGE BE.2011.123 zunächst entgegen, dass es mit seinen Darlegungen den Entscheid BGer 9C\_347/2007 vom 6. März 2008 nur unvollständig wiedergebe bzw. dessen Aussagen in ihr Gegenteil verkehre (Ziff. III.1.3 S. 7 f. der Beschwerde). Es trifft zwar zu, dass das Bundesgericht unter E. 6 im genannten Entscheid in grundsätzlicher Weise auch ausgeführt hat, dass bei Bedürftigkeit kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehe, wenn eine Rechtsschutzversicherung, ein Verband oder eine Gewerkschaft für die Gerichts- und Anwaltskosten tatsächlich aufkomme, wobei die entsprechenden Leistungen zugesichert sein müssten. Schliesst der PHF des MV Basel nach Ziff. 21 und 22 seiner Richtlinien (Beschwerdebeilage 13) nun Prozesshilfe aus, wenn das Mitglied Anspruch auf staatliche unentgeltliche Rechtspflege hat, womit es nach Auffassung der Beschwerdeführerin an einer tatsächlichen Zusicherung der entsprechenden Leistungen mangle, übersieht sie, dass das Bundesgericht im genannten Entscheid trotz der von der Gewerkschaft als subsidiär bezeichneten Prozesshilfe eine Rechtsschutzzusicherung bejaht und entsprechend die unentgeltliche Rechtspflege verweigert hat, um einer Überwälzung des Prozesskostenrisiko auf den Staat zuvorzukommen (a.a.O., E. 6). Auch die Beschwerdeführerin anerkennt letztlich, dass "eine Gewerkschaft oder vergleichbare Institution die Kosten ihrer Leistungen nicht auf den Staat abwälzen darf" (Ziff. III.1.4 S. 8 der Beschwerde). Unter diesen Umständen kann sie aus dem Entscheid BGer 9C\_347/2007 vom 6. März 2008 nichts zu ihren Gunsten ableiten.

## 2.5

**2.5.1** Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass der MV Basel nach dem Entscheid AGE BE.2011.123 vom 29. Juni 2012 E. 3.5 keine Organisation mit gemeinnütziger Zweckverfolgung im Sinne der Rechtsprechung von BGE 135 I 1 ff. ist. Diese Einschätzung hat nach dem genannten Entscheid zur Konsequenz, dass es dem MV Basel nicht gestattet ist, seine unvermögenden Mitglieder bezüglich der von ihm angebotenen Prozesshilfe auf die unentgeltliche Rechtspflege des Staates zu verweisen. Er hat seine Mitglieder vielmehr ungeachtet ihrer finanziellen Verhältnisse gleich zu behandeln und ihnen Leistungen aus dem Prozesshilfefonds auszurichten (E. 3.6). Die Beschwerdeführerin hält dieser Schlussfolgerung entgegen, dass es beim Verein keinen gesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebe, welcher uneingeschränkt Geltung habe. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Vereinsrecht gelte nur, sofern in den Statuten nichts anderes vorgesehen sei, was beim MV Basel bzw. den Richtlinien des PHF aber gerade der Fall sei. Die Regelung gemäss Ziff. 21 und 22 dieser Richtlinien enthalte eine zulässige Differenzierung nach den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Mitglieder, womit keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vorliege. Es lasse sich in keiner Weise rechtfertigen, einen nicht gemeinnützigen und damit nicht steuerbefreiten Verein in der statutarischen Ausgestaltung seiner Mitgliedschaftsrechte einzuschränken (Ziff. III.1.5 S. 8 f. der Beschwerde).

Mit ihrer – in der Beschwerde eher kurz gefassten – Argumentation nimmt die Beschwerdeführerin die Schlussfolgerungen des Ergänzungsgutachtens von Prof. Dr. C\_\_\_\_\_ auf; dieses stellt das vom Bundesgericht für massgeblich erklärte (BGE 135 I 1 E. 7 S. 2 ff.) Kriterium der Gemeinnützigkeit der Institution, welche subsidiär Rechtsschutzleistungen verspricht, in Frage. Dem Gutachter zufolge ist eine Einschränkung der statutarischen Ausgestaltungsmöglichkeit der Mitgliedschaftsrechte im Sinn eines Verbots, Leistungen nicht allen Mitgliedern gleichermassen zuzusichern, nur zulässig, wenn entweder die entsprechende Differenzierung dem Zweck des konkreten Vereins widerspricht oder wenn der Verein seinen Mitglieder wirtschaftliche Dienstleistungen wie eine Genossenschaft zur Verfügung stellt und damit eine nach Art. 854 OR unzulässige Differenzierung vorgenommen wird. Mit diesen Fragen habe die Frage der Gemeinnützigkeit nur einen beschränkten und indirekten Zusammenhang (Ziff. 3.20 ff. des Ergänzungsgutachtens vom 24. Dezember 2012).

**2.5.2** Mit diesen Ausführungen vermittelt das Ergänzungsgutachten den Eindruck, dass es für die Frage nach der Zulässigkeit von statutarischen oder reglementarischen Bestimmungen, welche der staatlichen Prozesshilfe nachgehende Rechtsschutzleistungen versprechen, einzig auf die gemeinnützige Zweckverfolgung der betreffenden Institution ankommt. Indessen kommt es nicht allein auf ihre Gemeinnützigkeit an. Ebenso und kumulativ bedeutsam ist, ob die Erbringung von Rechtsschutzleistungen durch mittels zuvor erbrachter Beiträge oder Prämien derjenigen Personen gedeckt wird, die als Gegenleistung Rechtshilfe in Anspruch nehmen können, wie das auch bei Rechtsschutzversicherungen, Berufsverbänden oder Gewerk-

schaften der Fall ist. Diesfalls sind die Kosten gedeckt und ein Eintreten für eine allenfalls bestehende Bedürftigkeit anstelle des Staats findet nicht statt (BGE 135 I 1 E. 7.4.2 S. 5). Verlangt die gemeinnützige Institution, welche einer mittellosen Person im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung Rechtsbeistand leistet, keine Beiträge, übernimmt sie nach Auffassung des Bundesgerichts die verfassungsrechtliche Aufgabe des Staats, den Bedürftigen den Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz zu ermöglichen. Die Institution steht anstelle des Staats gleichsam für die Mittellosigkeit ein. Soweit sie nun im Anwendungsbereich des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf unentgeltlichen Rechtsbeistand tätig ist, sind ihre Leistungen zur staatlichen Prozesshilfe demzufolge subsidiär (BGE 135 I 1 E. 7.3 S. 3. f.). Verlangt die Institution hingegen Beiträge für ihren Rechtsbeistand, ist es ihr untersagt, ihre Rechtshilfe in Statuten oder Reglementen gegenüber der staatlichen Prozesshilfe subsidiär zu erklären. Solche Klauseln sind als sittenwidrig und damit nach Art. 20 OR als nichtig einzustufen, wenn die Institution einerseits Beiträge verlangt, andererseits aber ihr Vertragsrisiko auf den Staat abwälzt (Ackermann, in: Schaffhauser/Kieser [Hrsg.], Sozialversicherungsrechtstagung 2010, St. Gallen 2011, Aktuelle Fragen zur unentgeltlichen Vertretung im Sozialversicherungsrecht, S. 149 ff., 157, welcher solche Subsidiaritätsklauseln allenfalls sogar als rechtswidrig bezeichnet).

**2.5.3** Da es unzulässig ist, Rechtsschutzleistungen, für welche im Voraus Beiträge entrichtet werden, gegenüber der staatlichen Rechtshilfe subsidiär zu erklären, hat es das Appellationsgericht in seinem Entscheid AGE BE 2011.123 vom 29. Juni 2012 auch für unstatthaft erachtet, dass der MV Basel seine unvermögenden Mitglieder bezüglich der von ihm angebotenen Rechtshilfe auf die unentgeltliche Rechtspflege des Staats verweist. Der genannte Entscheid hält entsprechend dafür, dass der MV Basel seine Mitglieder vielmehr ungeachtet ihrer finanziellen Verhältnisse gleich zu behandeln und ihnen Leistungen aus dem Prozesshilfefonds auszurichten hat (E. 6). Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass das Appellationsgericht in diesem Entscheid nicht ausgeführt habe, worauf sich dieser Gleichbehandlungsanspruch im Vereinsrecht stützen soll (Ziff. III.1.5 S. 9 der Beschwerde). Mit diesem Vorbringen verkennt die Beschwerdeführerin, dass das Appellationsgericht seinen Entscheid nicht auf vereins-, sondern auf prozessrechtliche Grundlagen abgestützt hat. Nur wenn die betreffende Institution ihre Prozesshilfe ohne jegliche Gegenleistung des Rechtssuchenden anbietet, steht sie anstelle des Staates für seine Mittellosigkeit ein. Insofern dürfen ihre Leistungen auch gegenüber der staatlichen Prozesshilfe für subsidiär erklärt werden. Deckt sie hingegen ihre Auslagen über Beiträge und andere Gegenleistungen, findet ein Eintreten für eine allenfalls bestehende Bedürftigkeit nicht statt, womit es ihr untersagt ist, ihre Rechtsschutzleistungen für nachgehend zu deklarieren (oben E. 2.5.2). Dass der MV Basel seinen PHF über Mitgliederbeiträge finanziert, ist unbestritten. Damit ist es ihm nach dem Gesagten untersagt, seine Rechtshilfe gegenüber der staatlichen Prozesshilfe für subsidiär zu erklären und die unvermögenden Mitglieder auf die unentgeltliche Rechtspflege zu verweisen.



**2.5.4** In Ergänzung hierzu kann immerhin festgehalten werden, dass die hier in Frage stehende Subsidiaritätsklausel auch aus vereinsrechtlicher Sicht sich als rechtswidrig erweist. Im Vereinsrecht gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung zwar als ungeschriebener allgemeiner Grundsatz (Riemer, Berner Kommentar [BK] zu Art. 60-79 ZGB, Bern 1990, Art. 70 N 164; BGE 131 III 459 E. 5.4.2 S. 464 f.). Doch besteht im Verein kein Anspruch auf absolute Gleichbehandlung der Mitglieder. Vielmehr sind nach dem Grundsatz der relativen Gleichbehandlung anerkanntermassen Unterscheidungen zwischen den Mitgliedern zulässig, solange die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist, mithin auf triftigen sachlichen Gründen beruht (Riemer, BK, Art. 70 N 153; ders., Vereins- und Stiftungsrecht [Art. 60–89bis ZGB], Bern 2012, Art. 70 N 28). Soweit diese Unterscheidungen in den Statuten festgelegt werden, sind Ungleichbehandlungen wie die Abstufung der Mitgliederbeiträge nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder des Stimmrechts nach Massgabe der durch das Mitglied vertretenen Interessen (z.B. Verbands- oder Einzelmitglied) zulässig (Riemer, BK, Art. 70 N 154). Hingegen dürfen die Vereinsstatuten keine Ungleichheiten schaffen, die gegen zwingendes öffentliches Recht verstossen (Riemer, BK, Art. 70 N 156). Diese Grundsätze gelten auch für statutenausführende Vereinsbeschlüsse, namentlich auch für Vereinsreglemente (Riemer, BK, Art. 70 N 157).

Soweit vorliegend die Bestimmung von Art. 21 der von der Mitgliederversammlung des Vereins PHF der MV beschlossenen Richtlinien für die Rechtshilfe der MV seine Rechtsschutzleistungen als subsidiär erklärt, wenn ein Mitglied Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege des Staats hat, führt dies im Ergebnis dazu, dass faktisch nur vermögende Vereinsmitglieder in den Genuss der – für einen Vereinsbeitritt zentralen – Prozesshilfe des MV Basel kommen. Es erscheint grundsätzlich als zulässig, die Inanspruchnahme bestimmter vermögenswerter Leistungen eines Vereins wie die Benutzung von Einrichtungen oder Dienstleistungen von der Höhe des geleisteten Mitgliederbeitrags abhängig zu machen. So dürfen Mitglieder, welche einen höheren Beitrag zahlen, ohne Weiteres bevorzugt werden und es dürfen diesen weitergehende oder zusätzliche Benutzungsrechte zugestanden werden. Im vorliegenden Fall zahlen alle Mieter und Mieterinnen, die Mitglied des MV Basel werden wollen, unbestrittenermassen den gleichen Mitgliederbeitrag und haben demzufolge grundsätzlich die gleichen vermögenswerten Rechte. Nach der Bestimmung von Art. 21 der Richtlinien kommen hingegen alleine die vermögenden Mieter und Mieterinnen in den Genuss der Prozesshilfe des MV, während die unvermögenden Mieter und Mieterinnen hiervon ausgeschlossen sind, da sie hierfür auf die staatliche Prozesshilfe verwiesen werden. Für diese Ungleichbehandlung lässt sich keine sachliche Rechtfertigung finden. Dies ist umso stossender, als die durch den PHF gewährte Rechtshilfe als ein Akt der Solidarität dargestellt wird (vgl. Art. 1.2 des Vereins PHF der Mieter/Innenverbände [Beschwerdebeilage 12] und Ingress der Richtlinien), de facto aber nur die vermögenden Mieter und Mieterinnen durch den Fonds unterstützt werden. Dieser Fonds wird auch durch die Beiträge der unvermögenden Mieter und Mie-

terinnen gespiesen, notabene just durch die Beiträge jener Mitglieder, welche letztlich gar nicht in den Genuss der von ihnen mitgetragenen Solidarität gelangen, weil Art. 21 der Richtlinien sie von der Prozesshilfe ausschliesst. Ohnehin verhält es sich auch so, dass diese Bestimmung wie oben ausgeführt (E. 2.5.2) sich als sittenwidrig im Sinn von Art. 19/20 OR erweist und damit gegen zwingendes objektives Recht verstösst. Damit verstösst sie auch gegen die vereinsrechtlichen Gestaltungsfreiheiten (Riemer, Vereins- und Stiftungsrecht, Art. 70 N 28), so dass sie auch unter diesem Gesichtspunkt nicht haltbar ist.

**2.6** Unter Ziff. III.1.6 ihrer Beschwerde führt die Beschwerdeführerin aus, dass "weiter davon auszugehen" sei, "dass es einem Verein unbenommen ist, einen Prozesshilfefonds einzurichten, der ausschliesslich freiwillige Leistungen erbringt und diese Leistungen wegen der Freiwilligkeit auch nicht einklagbar sind, von denen von vornherein Personen ausgeschlossen sind, welche aufgrund ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben". Die Beschwerdeführerin nimmt damit wortwörtlich eine Passage des Ergänzungsgutachtens von Prof. Dr. C\_\_\_\_\_ unter dessen Ziff. 4.14 auf, ohne weiter darzutun, worauf dessen Schlussfolgerung an dieser Stelle ("Es hat sich folglich ergeben ...") im Einzelnen gründen. Nach Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde schriftlich und begründet einzureichen. Die rechtsmittelführende Partei muss mit ihrer Begründung angeben, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Dazu gehört auch eine rechtliche Begründung ihres Standpunktes (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 311 N 36). Wie sie sich nicht damit begnügen kann, auf frühere Rechtsschriften im erstinstanzlichen Verfahren zu verweisen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; Kunz, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO Rechtsmittel Berufung und Beschwerde. Kommentar, Basel 2013, Art. 311 N 92), kann sich die Beschwerdeführerin vorliegend nicht mit einem blossen Verweis auf das Ergänzungsgutachten ("*vgl. Ziffer 4.14 Ergänzungsgutachten C\_\_\_\_\_ vom 24. Dezember 2012*") zur Begründung ihres Vorbringens begnügen. Es obliegt nicht der Beschwerdeinstanz, rechtliche Einwände aus dem – notabene zu Händen eines Dritten, dem MV Basel, erstatteten – Auftragsgutachten herauszudestillieren. Es wäre vielmehr der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin oblegen, gegebenenfalls diejenigen Argumente aus dem Ergänzungsgutachten herauszugreifen und dem Gericht vorzutragen, die sie in dem sie betreffenden Zusammenhang näher beurteilt haben will. Mangels rechtsgenügender Begründung ist deshalb auf das eingangs zitierte Vorbringen nicht näher einzugehen.

**2.7** Im vorliegenden Fall hat der PHF unter Hinweis auf die Bestimmungen von Art. 21 und 22 seiner Richtlinien eine Kostengutsprache abgelehnt (vgl. Beschwerdebeilage 9). Aus den vorstehenden Erwägungen 2.4–2.6 ergibt sich, dass es dem MV Basel bzw. dem PHF, zu dessen Trägerorganisation der MV Basel gehört, verwehrt ist, seine (private) Prozesshilfe subsidiär gegenüber der staatlichen unentgeltli-

chen Rechtspflege zu erklären, wenn er seinen Rechtsbeistand nur als Gegenleistung zu einem Mitgliederbeitrag gewährt. Ansonsten würde das durch den Mitgliederbeitrag versicherte Prozesskostenrisiko bezüglich der unvermögenden Vereinsmitglieder in unstatthafter Weise auf den Staat überwältigt. Entsprechende Subsidiaritätsklauseln gelten daher als sittenwidrig im Sinn von Art. 19 und 20 OR und damit als nichtig. Zwar wird es dem PHF damit im Ergebnis untersagt, seine unvermögenden und vermögenden Mitglieder unterschiedlich zu behandeln. Da derartige Subsidiaritätsklauseln aber gegen zwingendes öffentliches Recht verstossen, ist diese Beschränkung seiner vereinsrechtlichen Gestaltungsfreiheiten zulässig. Im Endergebnis steht somit fest, dass die Beschwerdeführerin infolge rechtlicher Unzulässigkeit der Bestimmungen von Art. 21 und 22 der Richtlinien des PHF einen vorbehaltlosen Anspruch auf Rechtshilfe durch den PHF und somit ein verwertbares Aktivum hat, das bei der Ermittlung ihrer Mittellosigkeit entsprechend zu berücksichtigen ist.

Die Beschwerdeführerin wendet hiergegen ein, dass sie, um ihren Anspruch auf Rechtshilfe gegen den PHF durchzusetzen, zuerst den Prozessweg beschreiten müsste, wodurch ihr der von Art. 29 Abs. 1 BV gewährleistete Zugang zum Gericht erschwert oder gar verunmöglicht würde (Ziff. III.1.6 S. 10 der Beschwerde). Die Gefahr, dass der Rechtsschutz der unvermögenden Partei im zu deckenden Prozess ungebührlich verzögert oder gar vereitelt wird, ist in der Tat nicht von der Hand zu weisen. Wie das Appellationsgericht indessen bei früherer Gelegenheit unmissverständlich festgestellt hat, wäre es höchst unbefriedigend, wenn sich der Prozesshilfe versprechende Dritte auch in Fällen klarer Leistungspflicht vor der Zahlung drücken könnte, indem er einfach die Deckungszusage verweigert, mit der Folge, dass der Staat den Prozess finanzieren müsste. Als Ausweg aus diesem Dilemma hat das Appellationsgericht dargelegt, dass in diesem Fall das Gericht die Durchführung des Prozesses nicht von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig machen darf. Der mittellosen Partei könne es aber zugemutet werden, parallel zum laufenden Prozess seine Ansprüche gegen den Dritten, welcher ihm Prozesshilfe in Aussicht gestellt hat, durchzusetzen. Auch der Anwalt wäre zunächst auf diese Deckungsansprüche zu verweisen (analog dem Vorgehen bei der Pflicht der Gegenpartei zu Zahlung der ausserordentlichen Kosten) und ein Honorar aus der Gerichtskasse wäre ihm nur für den Fall der Uneinbringlichkeit zuzusprechen (AGE vom 23. August 2006 E. 4.2, in: BJM 2008 S. 54 ff., 58 f.). Im vorliegenden Fall entstehen der Beschwerdeführerin aus dieser Rechtsprechung keine nicht wiedergutzumachenden Nachteile. Infolge Kostenlosigkeit des Schlichtungsverfahrens (Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO) wurde dieses ohne Ansetzung eines Kostenvorschusses durchgeführt. Auch ihr Anwalt nahm ihre Sache an die Hand und vertrat sie vor der SSM, ohne vorgängig einen Honorarvorschuss zu verlangen (vgl. § 17 Abs. 1 des Advokaturgesetzes [SG 291.100]; zum Verbot, von mittellosen Klienten Honorarvorschüsse zu verlangen, wenn diese in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege kommen könnten, Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich et al. 2011, Art. 12 N 148 ff.). Die Beschwerdeführerin konnte ihre Rechte of-

fensichtlich ohne wesentliche Verzögerung auf dem Rechtsweg verfolgen, so dass ihr der Zugang zum Gericht erhalten blieb.

### 3.

Die Beschwerdeführerin macht unter Ziff. III.2 S. 10 ihrer Beschwerde geltend, dass gemäss Art. 16 und 17 der Richtlinien alle Mitglieder des Mieter/Innenverbandes verpflichtet seien, an allfällig vom PHF beanspruchte Leistungen einen Selbstbehalt von 10 %, mindestens jedoch CHF 200.– und maximal CHF 500.–, zu tragen. Die Verweigerung des Kostenerlasses gemäss der angefochtenen Verfügung führe dazu, dass trotz bestehender Mittellosigkeit die reglementarischen Selbstbehalte auf jeden Fall vom Mitglied zu tragen seien, was den verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 29 Abs. 3 BV verletzte.

Die vorliegenden Ausführungen haben deutlich gemacht, dass die Beschwerdeführerin gegenüber dem PHF einen vorbehaltlosen Anspruch auf Rechtshilfe hat und insofern auch über ein liquides Aktivum verfügt, womit ihre Hablosigkeit grundsätzlich zu verneinen ist. Soweit der PHF indessen in den genannten Bestimmungen von Art. 16 f. seiner Richtlinien allen Mitgliedern gleichermassen, d.h. auch unabhängig von ihren finanziellen Verhältnissen, einen Selbstbehalt von 10 % an den beanspruchten Rechtsschutzleistungen auferlegt, besteht keine Subsidiarität dieser Leistungen gegenüber dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege des Staates. In diesem Umfang können unvermögende Mitglieder der an den PHF angeschlossenen Mieterverbände auch Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 117 ff. ZPO geltend machen, soweit die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Hat die Vorinstanz mit ihrer Verfügung vom 6. März 2013 das Kostenerlassgesuch der Beschwerdeführerin abgewiesen, ohne deren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Umfang des für Leistungen des PHF vorgesehenen Selbsthalts von 10 % zu prüfen, hat sie die Bestimmungen von Art. 117 ff. ZPO unrichtig angewendet (Art. 320 lit. a ZPO). Die angefochtene Verfügung wird damit aufgehoben und die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Dabei wird namentlich auch die Angemessenheit der eingereichten Honorarnote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin vom 5. März 2013 (Beschwerdebeilage 8) zu prüfen sein (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO).

### 4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde im Hauptpunkt – der Frage nach der Rechtmässigkeit der Subsidiaritätsklausel in Art. 21 und 22 der Richtlinien des PHF – abzuweisen ist. Sie ist allein bezüglich der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im Umfang des von der Beschwerdeführerin zu tragenden Selbsthalts gutzuheissen. Da die Beschwerdeführerin nur in diesem Nebenpunkt mit ihrer Beschwerde durchdringt, ansonsten aber unterliegt (vgl. Jenny, in: Sutter-Somm/Leuenberger/Hasenböhler [Hrsg.], a.a.O., Art. 106 N 9 f.), gehen die Prozesskosten zu ihren Lasten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ist das Ge-

suchsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege zwar grundsätzlich kostenlos. Die Bestimmung bezieht sich allerdings nur auf das Gesuchsverfahren und nicht auch auf das Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470 E. 6 S. 470 ff.). In Fortführung der früheren Praxis wird auch unter dem neuen Recht für das Beschwerdeverfahren dann eine Gerichtsgebühr erhoben, wenn allein die Frage der Mittellosigkeit zu prüfen war und verneint wird. Sofern das Verfahren die Beurteilung der Prozesschancen zum Gegenstand hat, wird hingegen praxisgemäss darauf verzichtet (AGE BE.2011.15 vom 21. Februar 2011 E. 3 m.w.H.). Im vorliegenden Fall stand allein die Frage nach der Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin zur Prüfung. Der Beschwerdeführerin ist deshalb eine Gerichtsgebühr von CHF 400.– aufzuerlegen.

Die Beschwerdeführerin hat auch für das Beschwerdeverfahren um unentgeltliche Rechtspflege ersucht. Diese kann ihr nach dem Gesagten nur im Umfang des von ihr zu tragenden Selbstbehalts von 10 % an den Rechtsschutzleistungen des PHF gewährt werden. Mangels eingereichter Honorarnote sind die Bemühungen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin praxisgemäss zu schätzen. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Beschwerdeschrift über weite Strecken das Argumentarium des Ergänzungsgutachtens von Prof. Dr. C\_\_\_\_\_ übernimmt, erscheint ein Aufwand von insgesamt 8 Stunden für deren Ausarbeitung als angemessen, so dass bei vollumfänglicher Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein Anwalts-honorar von pauschal CHF 1'600.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu vergüten wäre. In Anbetracht des von der Beschwerdeführerin zu tragenden Selbstbehalts von 10 % kann ihr aus der Gerichtskasse zusammengerechnet für Gerichts- und Anwaltskosten eine anteilmässige Vergütung von CHF 200.– entrichtet werden, welcher Betrag mit der von ihr zu tragenden Gerichtsgebühr von CHF 400.– verrechnet wird.

#### **Demgemäss erkennt das Appellationsgericht (Ausschuss):**

://: Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Fall zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 400.–.

Der Beschwerdeführerin wird der Kostenerlass teilweise gewährt und es wird ihr ein Betrag von CHF 200.– aus der Gerichtskasse ausgerichtet, welcher mit den Gerichtskosten verrechnet wird.

Gegen diesen Entscheid wurde **Beschwerde beim Bundesgericht** erhoben. Darauf trat dieses jedoch nicht ein mit der Begründung, es liege erst ein nicht separat anfechtbarer Zwischenentscheid vor, weil die mietrechtliche Hauptsache noch nicht be-

urteilt worden sei (BGer 4A\_483/2013 vom 1. November 2013). Erst nach Abschluss des mietrechtlichen Verfahrens vor den kantonalen Gerichten wird daher die hier strittige Frage dem Bundesgericht zur letztinstanzlichen Beurteilung vorgelegt werden können.

#### **6. Urteil des Appellationsgerichts AS.2011.7 vom 20. Dezember 2011 und Entscheid des Bundesgerichts BGer 6B\_315/2012 vom 21. Dezember 2012 betr. Verwahrung nach Verbüsung der Freiheitsstrafe, Verhältnismässigkeit**

*Das Strafgericht hatte einen Angeklagten wegen Gefährdung des Lebens, einfacher Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand, mehrfacher Nötigung und mehrfachen Konsums von Betäubungsmitteln zu 5 Jahren Freiheitsstrafe, unter Einrechnung der Untersuchungshaft, und zu einer Busse von CHF 200.– verurteilt, jedoch dessen Verwahrung nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe gemäss Art. 64 StGB abgelehnt. Dagegen appellierte die Staatsanwaltschaft erfolgreich an das Appellationsgericht. Hiergegen erhob der Angeklagte Beschwerde beim Bundesgericht, welche jedoch abgewiesen wurde, so dass es schliesslich bei der Anordnung der Verwahrung nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe geblieben ist. Konkret war dem Angeklagten zur Last gelegt worden, er habe ohne jeden Anlass einen handgreiflichen Streit mit einem ihm unbekanntem Automobilisten provoziert und diesem mit voller Absicht und ohne jegliche Vorwarnung ein scharfes Messer an die Kehle gedrückt. Dadurch wurde dem Opfer eine blutende Wunde von knapp 4 cm Länge beigebracht, die nur durch dessen instinktiv richtiges Verhalten nicht tiefer und dadurch akut lebensbedrohlich gewesen war.*

*Eine Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB ist auszusprechen, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung, eine Gefährdung des Lebens oder eine andere mit einer Höchststrafe von 5 oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte. Zusätzlich wird verlangt, dass entweder auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale, der Tatumstände und der gesamten Lebensumstände des Täters ernsthaft zu erwarten ist, er werde weitere Straftaten dieser Art begehen (lit. a), oder dass auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, er werde weitere Taten dieser Art begehen und die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB verspreche keinen Erfolg (lit. b).*

*Alle Instanzen haben übereinstimmend festgehalten, dass zwischen den vom Angeklagten verübten Straftaten und seiner psychischen Störung ein enger Zusammenhang bestand und dass gemäss den überzeugenden Ausführungen des psychiatrischen Gutachters das Rückfallrisiko für weitere schwere Gewaltdelikte als sehr hoch*

einestufen war. Ferner hatte der Gutachter festgehalten, dass nach jahrelangen, erfolglos gebliebenen Therapiebemühungen die Behandlungsmöglichkeiten als erschöpft zu erachten seien und demgemäss eine stationäre Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB nicht mehr in Betracht komme. Das Strafgericht ging jedoch davon aus, dass kein Nachweis einer schweren Beeinträchtigung der Integrität des Opfers oder einer diesbezüglichen Absicht des Angeklagten im Sinne des Gesetzes vorlag, weshalb es die Verwahrung ablehnte.

Das Bundesgericht schloss sich zwar den rechtlichen Erwägungen des Appellationsgerichts über die Bedeutung der gesetzlichen Formulierung, wonach die Verwahrung nach Verbüssung der Freiheitsstrafe voraussetzt, dass der Täter die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, nicht an. Es hielt vielmehr fest, dass dieses Erfordernis auch dann gegeben sein müsse, wenn der Täter eines der im Gesetz aufgelisteten Delikte begangen habe. Bezogen auf den konkreten Fall bestätigte es jedoch die Auffassung des Appellationsgerichts, dass der Angeklagte durch seine schwerwiegende Tat die physische Integrität des Opfers habe schwer beeinträchtigen wollen. Dafür wies das Bundesgericht darauf hin, dass der Angeklagte aus absolut nichtigem Anlass äusserst gewalttätig gehandelt hatte, wobei es jede zufällig seinen Weg kreuzende Person hätte treffen können. Er habe skrupellos und mit direktem Gefährdungsvorsatz gehandelt. Wie das Appellationsgericht bezeichnete das Bundesgericht die individuelle Empfindlichkeit des Opfers als nicht entscheidend. Es war daher irrelevant, dass dieses keine schwerwiegende Beeinträchtigung durch den Vorfall beklagt und keine therapeutische oder medikamentöse Hilfe in Anspruch genommen hatte.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit erachteten das Bundesgericht und das Appellationsgericht eine Verwahrung zum Schutz der Öffentlichkeit als geboten, weil das Rückfallrisiko für weitere schwere Gewaltdelinquenz sehr hoch war. Entscheidend dafür waren gemäss den Feststellungen des Gutachters die beim Angeklagten bestehende dissoziale Persönlichkeitsstörung, Suchtproblematik, Aggressionsproblematik und hohe Gewaltbereitschaft sowie eine „Psychopathy“. Zwar hatte der Angeklagte rund 12 Jahre deliktsfrei gelebt. Dieser Umstand war im gerichtlichen Gutachten jedoch berücksichtigt worden. Dazu hielt der Experte fest, dass sämtliche in den letzten 18 Jahren erfolgten Therapiebemühungen ohne erkennbare Wirkung geblieben seien. Für die Richtigkeit dieser Beurteilung sprach nicht zuletzt die zur Beurteilung stehende Gewalttat, zumal der Angeklagte im Vorfeld derselben gegenüber einer anderen Person ebenfalls ohne nachvollziehbaren Anlass schwere Drohungen, sie mit dem Messer „abzustechen“, und unflätige Beschimpfungen ausgestossen hatte.

## **Sachverhalt**

Mit Urteil des Strafgerichts vom 13. April 2010 wurde u.a. X.\_\_\_\_\_ der Gefährdung des Lebens, der einfachen Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand, der

mehrfachen Nötigung und des mehrfachen Konsums von Betäubungsmitteln schuldig erklärt und verurteilt zu 5 Jahren Freiheitsstrafe, unter Einrechnung der Untersuchungshaft seit dem 27. August 2009, und zu einer Busse von CHF 200.– (bei schuldhafter Nichtbezahlung 2 Tage Ersatzfreiheitsstrafe). Von der Anklage des Raufhandels wurde er freigesprochen. Hiergegen hat die Staatsanwaltschaft rechtzeitig appelliert mit dem Antrag, es sei das angefochtene Urteil im Grundsatz zu bestätigen und nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe die Verwahrung des Angeklagten gemäss Art. 64 StGB anzuordnen. Der Angeklagte schliesst auf Abweisung der Appellation und Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils. In der Verhandlung des Appellationsgerichts vom 20. Dezember 2011 sind der Angeklagte befragt worden sowie die Staatsanwaltschaft, vertreten durch lic. iur. Lea Lanz, und der Verteidiger des Angeklagten zum Vortrag gelangt, wofür auf das Protokoll verwiesen wird. Die Tatsachen ergeben sich, soweit sie für den vorliegenden Entscheid von Bedeutung sind, aus dem erstinstanzlichen Urteil und den nachfolgenden Erwägungen.

## **Erwägungen**

### **1.**

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft getreten, welche die bis dahin geltenden kantonalen Strafprozessordnungen abgelöst hat. Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 453 StPO werden allerdings Rechtsmittel gegen Entscheide, welche vor ihrem Inkrafttreten gefällt worden sind, von den bisher zuständigen Behörden nach dem bisherigen Recht beurteilt. Das vorliegend angefochtene Urteil des Strafgerichts datiert vom 13. April 2010, so dass die Baselstädtische Strafprozessordnung (StPO BS) zur Anwendung kommt.

### **2.**

Die Appellation der Staatsanwaltschaft richtet sich einzig dagegen, dass das Strafgericht den Angeklagten nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe nicht verwahrt hat. Von keiner Partei angefochten sind hingegen die erfolgten Schuldsprüche und die ausgesprochene Strafe. Auch wenn das Appellationsgericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist (vgl. § 183 Abs. 1 StPO BS) und das Urteil aufgrund der Appellation durch die Staatsanwaltschaft zu Gunsten oder Ungunsten des Angeklagten abändern kann (vgl. § 164 StPO BS), sind vorliegend keine Anhaltspunkte vorhanden, welche das erstinstanzliche Urteil im genannten Umfang als unzutreffend erscheinen liessen. Insbesondere lässt sich die rechtliche Beurteilung des Vorfalls vom 27. August 2009 (der Angeklagte hielt seinem Opfer ein Messer an den Hals, wobei dieses eine Hautdurchtrennung von 3,8 cm Länge erlitt) durch die Vorinstanz als Gefährdung des Lebens und nicht, wie angeklagt, als versuchte vorsätzliche Tötung angesichts der in der erstinstanzlichen Verhandlung erfolgten Aussagen von A.\_\_\_\_ nachvollziehen. Für den Sachverhalt, dessen rechtliche Würdigung und die Strafzumes-



sung kann somit ohne weitere Bemerkungen auf das ausführlich begründete Urteil der Vorinstanz verwiesen werden.

## **2.**

**2.1** Eine Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB ist dann auszusprechen, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung, eine Gefährdung des Lebens oder eine andere mit einer Höchststrafe von 5 oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte. Des Weiteren wird entweder verlangt, dass auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale, der Tatumstände und der gesamten Lebensumstände des Täters ernsthaft zu erwarten ist, er werde weitere Straftaten dieser Art begehen (lit. a), oder dass auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, er werde weitere Taten dieser Art begehen und die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB verspreche keinen Erfolg (lit. b).

**2.2** Die Vorinstanz hat einen engen Konnex zwischen den vom Angeklagten verübten Straftaten und seiner psychischen Störung bejaht und ist in Bezug auf die Legalprognose mit dem Gutachter zum Schluss gelangt, dass das Rückfallrisiko für weitere schwere Gewaltdelikte als sehr hoch einzustufen und daneben auch ein hohes Risiko für weitere Drogendelinquenz gegeben sei. Ferner hat sie festgehalten, dass die Therapiemöglichkeiten als erschöpft zu erachten seien und demgemäss eine stationäre Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB nicht mehr in Betracht komme. In diesen Punkten kann ohne weitere Bemerkungen auf die zutreffenden und vom Angeklagten unbestritten gebliebenen Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden.

**2.3** Die Vorinstanz hat auf die Anordnung einer Verwahrung einzig deshalb verzichtet, weil Art. 64 StGB verlange, dass der Täter durch die von ihm verübte Tat die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt habe oder habe beeinträchtigen wollen. Das Erfordernis der schweren Schädigung beziehe sich sowohl auf die Katalogtaten wie auf die Auffangklausel (Urteil S. 32) und sei vorliegend nicht gegeben. Während der Angeklagte dieser Auffassung folgt und insbesondere darauf hinweist, eine Verwahrung könne nicht in Frage kommen, wenn man den Begriff der ultima ratio ernst nehme und sich nicht von der Versuchung leiten lasse, die Erfüllung des Deliktskatalogs führe fast automatisch zur Verwahrung bei entsprechender Legalprognose, widerspricht ihr die Staatsanwaltschaft in mehrfacher Hinsicht. Zum Einen beurteile sich das Tatbestandsmerkmal der schweren Beeinträchtigung des Opfers entgegen der Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts nicht *tel quel* nach der objektiv beigefügten Verletzung. Die erhebliche Schwere der Beeinträchtigung beurteile sich vielmehr nach der Richtschnur der im

Katalog aufgeführten Anlasstaten. Eine schwere Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität liege demzufolge bereits dann vor, wenn der Täter eine solche auch nur beabsichtigt habe. Das subjektive Empfinden des Betroffenen sei dabei nicht von Bedeutung. Somit sei auch irrelevant, ob das merklich versöhnlich gestimmte Opfer im Nachhinein vor Gericht schwerwiegende Verletzungen beklagt habe oder nicht. Entscheidend sei mithin, dass der Angeklagte seinem Kontrahenten in casu mit voller Absicht und ohne jegliche Vorwarnung ein scharfes Messer an die Kehle gedrückt und diesen dadurch verletzt habe. Dass er dabei dessen Leben in objektiver Hinsicht lediglich abstrakt und nicht konkret gefährdet habe, sei einzig der instinktiven Reaktion des Geschädigten und somit Umständen, die der Angeklagte nicht im geringsten zu beeinflussen vermochte, zu verdanken. Dass der Angeklagte dabei skrupellos und mit direktem Gefährdungsvorsatz gehandelt habe, werde im Übrigen auch von Seiten des erstinstanzlichen Gerichts bestätigt (vgl. Urteil, S. 22). Unverständlich seien somit auch die Darlegungen des erstinstanzlichen Gerichts, wonach dem Angeklagten die Absicht einer schweren Beeinträchtigung der psychischen/physischen Integrität des Geschädigten nicht nachgewiesen werden könne, während es die fragliche Tathandlung gleichzeitig als Gefährdung des Lebens gemäss Art. 129 StGB qualifiziere, welche den direkten Gefährdungsvorsatz eben gerade voraussetze. Für die Staatsanwaltschaft unbegreiflich sei denn auch, dass die Annahme des Gerichts, der Angeklagte habe nicht beabsichtigt, seinem Kontrahenten schwere Verletzungen zuzufügen, offensichtlich auf dessen Angaben basiere. Die Beurteilung der Absicht des Täters aus (retrospektiver) Sicht des Betroffenen lasse sich mit den Grundzügen des Strafrechts nicht vereinbaren.

**2.4** Es stellt sich vorab die Frage, ob die in Art. 64 Abs. 1 StGB als Anlasstat ausdrücklich genannten Delikte bereits per se eine schwere Beeinträchtigung beinhalten, weshalb eine Verurteilung wegen eines solchen Deliktes als Voraussetzung für die Anordnung einer Verwahrung genügt, oder ob es auch in diesem Fall zusätzlich des Nachweises einer schweren Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität einer anderen Person bedarf. Der Wortlaut von Art. 64 Abs. 1 StGB lässt beide Varianten als möglich erscheinen. In der Lehre führt Albrecht zur erforderlichen Schwere der Opferschädigung im Einzelfall aus, diese zusätzliche Limitierung beziehe sich sowohl auf die ausdrücklich genannten Katalogtaten wie auch auf die daran anschliessende Auffangklausel. Das Gesetz spreche mit dem Merkmal der „schweren“ Beeinträchtigung offenkundig den Verhältnismässigkeitsgrundsatz an. Gestützt darauf solle eine Verwahrung erst dann in Betracht gezogen werden, wenn im konkreten Fall die Anlasstaten – bei Annahme voller Schuldfähigkeit – zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren führen müssten (ALBRECHT, Die Verwahrung nach Art. 64 StGB, AJP 2009, S. 1118). Auch Trechsel/Pauen Borer stellen fest, zusätzliches Erfordernis sei sowohl bei den Straftaten gemäss Auffangklausel als auch bei den Katalogtaten, dass der Täter das Opfer physisch, psychisch oder sexuell schwer beeinträchtigte oder beeinträchtigen wollte (TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PK, Art. 64 N 5). Demgegenüber vertritt Heer die Meinung, dass im Zusammenhang

mit dem Deliktskatalog dieser Voraussetzung häufig nicht besondere Relevanz zukomme, da diese Delikte zumeist ohnehin mit diesem Zusatzerfordernis verbunden seien (BSK Strafrecht I–HEER, Art. 64 N 25). Noch deutlicher in diese Richtung gehend hält schliesslich die Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 29. Juni 2005 fest, um die Öffnung der Verwahrung auf Verbrechen, die mit einer Höchststrafe von mindestens 5 Jahren (statt wie im ersten Entwurf vorgesehen von mindestens 10 Jahren) bedroht sind, in Grenzen zu halten, werde die Klausel andererseits auf Verbrechen eingeschränkt, mit denen die Täter die physische, psychische oder sexuelle Integrität ihrer Opfer schwer beeinträchtigten oder beeinträchtigen wollten. Es gehe also nicht mehr um schwere Schädigungen schlechthin. Die Auffangklausel (Unterstreichungen beigefügt) werde mehr oder weniger auf Gewalt- und Sexualverbrechen eingeschränkt (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 29. Juni 2005, BBl 2005 S. 4711). Diese Auffassung ist grundsätzlich überzeugend. So ist es kaum denkbar, dass bei Begehung einer der Katalogtaten nicht zugleich auch eine schwere Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität einer anderen Person verwirklicht oder zumindest gewollt wird. Wenn somit nicht ganz aussergewöhnliche Verhältnisse vorliegen, indiziert die Begehung eines des in Art. 64 Abs. 1 StGB ausdrücklich genannten Straftatbestandes in der Regel auch die begangene oder gewollte Beeinträchtigung.

**2.5** Die obigen Ausführungen sind im vorliegenden Fall mehr theoretischer Natur. Denn auch wenn eine schwere Beeinträchtigung des Opfers nach den von Albrecht genannten Kriterien (ALBRECHT, a.a.O.) geprüft wird, kann entgegen der Meinung der Vorinstanz das Vorliegen einer solchen nicht zweifelhaft sein: Der Angeklagte drückte diesem eine scharfe Messerklinge an die Kehle, wobei sich der Geschehensablauf kaum mehr durch ihn beeinflussen liess. Das Opfer erlitt denn auch eine Hautdurchtrennung am Hals von 3,8 cm Länge, welche mit sechs Einzelknopfnähten verschlossen werden musste. Der Tatablauf liegt sehr nahe an einer versuchten eventualvorsätzlichen Tötung und der Angeklagte wird, unter Berücksichtigung einer leichten Verminderung der Zurechnungsfähigkeit, zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren verurteilt. Dass die Vorinstanz vom Opfer den Eindruck hatte, dieses habe keine schwerwiegende Beeinträchtigungen als Folge des Vorfalles beklagt, und festhält, es habe zu keinem Zeitpunkt therapeutische oder medikamentöse Hilfe in Anspruch nehmen müssen, kann nicht ausschlaggebend sein. Bei der Beurteilung der schweren Beeinträchtigung ist eine besondere individuelle Empfindlichkeit nicht beachtlich; vielmehr muss ein objektiver Massstab angelegt werden (TRECHSEL/PAUEN BORER, a.a.O.).

**2.6** Die Vorinstanz hat möglicherweise wegen des langen Zeitraums von rund 12 Jahren, in denen der Angeklagte deliktsfrei gelebt hat, die Anordnung einer Verwahrung als nicht verhältnismässig erachtet. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Gutachter seine negative Prognose in Berücksichtigung dieses Umstands gestellt hat. Von der Vorinstanz ist er zu dieser Frage nochmals explizit befragt worden (Akten S. 585 f.). Aus Sicht des Gutachters fallen die belastenden Elemente stärker ins

Gewicht (Gutachten S. 64 ff., Akten S. 554). Zusammenfassend muss deshalb festgehalten werden, dass sämtliche Voraussetzungen einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB im vorliegenden Fall erfüllt sind. Die Appellation der Staatsanwaltschaft ist deshalb gutzuheissen und der Angeklagte ist im Anschluss an den Vollzug der Freiheitsstrafe zu verwahren.

### 3.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Angeklagte dessen Kosten zu tragen. Sein Officialverteidiger wird gemäss dem geltend gemachten Aufwand aus der Gerichtskasse entschädigt.

**Demgemäss erkennt das Appellationsgericht,** in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils:

**://:** Das erstinstanzliche Urteil wird im Schuld- und Strafpunkt bestätigt, unter Einrechnung der seither ausgestandenen Haft.

Der Angeklagte wird im Anschluss an den Vollzug der ausgesprochenen Freiheitsstrafe gemäss Art. 64 Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuches verwahrt.

Im Übrigen wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Der Angeklagte trägt die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens mit Einschluss einer Urteilsgebühr von CHF 1'300.– (inkl. Kanzleiauslagen, zuzüglich allfällige übrige Auslagen).

Dem Officialverteidiger Dr. Stefan Suter werden für die zweite Instanz ein Honorar von CHF 3'105.– und ein Auslagenersatz von CHF 170.75, zuzüglich 8 % MWST von CHF 262.05, aus der Gerichtskasse zugesprochen.

**Entscheidung des Bundesgerichts 6B\_315/2012 vom 21. Dezember 2012 in derselben Angelegenheit (publiziert BGE 139 IV 57):**

**Sachverhalt:**

#### A.

Unmittelbar nachdem X. \_\_\_\_\_ von einem Wirt wegen eines Streites mit den Kellnerinnen aus dem Wirtshaus gewiesen worden war, verwickelte er am 27. August 2009 um 21.15 Uhr den Automobilisten A. \_\_\_\_\_ beim Überqueren eines Fuss-

gängerstreifens in eine Auseinandersetzung. Als der nachfolgende Automobilist B.\_\_\_\_\_ dazwischentrat und X.\_\_\_\_\_ wegschob, spürte er etwas am Hals, wich reflexartig zurück und sah erst jetzt das Taschenmesser in der Hand X.\_\_\_\_\_s.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt klagte X.\_\_\_\_\_ unter anderem wegen versuchter vorsätzlicher Tötung an.

## **B.**

Das Strafgericht Basel-Stadt verurteilte X.\_\_\_\_\_ am 13. April 2010 wegen Gefährdung des Lebens, einfacher Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand, mehrfacher Nötigung und mehrfachen Konsums von Betäubungsmitteln zu 5 Jahren Freiheitsstrafe.

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt bestätigte auf Appellation der Staatsanwaltschaft am 20. Dezember 2011 das strafgerichtliche Urteil im Schuld- sowie Strafpunkt und verwahrte X.\_\_\_\_\_ gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB.

## **C.**

X.\_\_\_\_\_ erhebt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das obergerichtliche Urteil aufzuheben, die fünfjährige Freiheitsstrafe zu bestätigen, von einer Verwahrung abzusehen und ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1.** Der Beschwerdeführer macht geltend, Art. 64 Abs. 1 StGB setze neben einer Katalogtat voraus, dass der Täter die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte. Das Opfer B.\_\_\_\_\_ habe objektiv wie subjektiv keine schwere Beeinträchtigung erlitten. Anders als die Vorinstanz habe das Strafgericht eine Verwahrung zu Recht als unverhältnismässig angesehen.

**1.2.** Die Vorinstanz führt aus, das Strafgericht habe zutreffend einen engen Konnex zwischen den Straftaten sowie der psychischen Störung bejaht und sei mit dem Gutachten zum Schluss gelangt, dass das Rückfallrisiko für weitere schwere Gewaltdelikte als sehr hoch einzustufen und ein hohes Risiko für weitere Drogendelinquenz gegeben seien. Die Therapiemöglichkeiten seien erschöpft. Eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB komme nicht mehr in Betracht. Das Strafgericht habe auf eine Verwahrung einzig deshalb verzichtet, weil eine schwere Beeinträchtigung des Opfers nicht gegeben sei. Vorliegend sei die Frage aber theoretischer Natur, ob

eine Katalogtat gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB als solche eine schwere Beeinträchtigung darstelle oder ob es zusätzlich des Nachweises einer schweren Beeinträchtigung im Einzelfall bedürfe. Eine schwere Beeinträchtigung könne nicht zweifelhaft sein. Der Beschwerdeführer habe dem Opfer eine scharfe Messerklinge an die Kehle gedrückt, wobei sich der Geschehensablauf kaum mehr durch ihn habe beeinflussen lassen. Das Opfer habe eine Hautdurchtrennung am Hals von 3,8 cm Länge erlitten, welche mit sechs Einzelknopfnähten habe verschlossen werden müssen. Die Tat liege sehr nahe an einer versuchten eventualvorsätzlichen Tötung. Es könne nicht massgebend sein, dass das Opfer weder schwere Folgen beklagte noch therapeutische oder medikamentöse Hilfe habe beanspruchen müssen.

**1.3.** Das Gericht ordnet die Verwahrung an, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung, eine Gefährdung des Lebens oder eine andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte (Art. 64 Abs. 1 StGB), und wenn auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht und die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB (stationäre therapeutische Massnahme) keinen Erfolg verspricht (Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB).

Die Verwahrung setzt als Anlasstat eine in Art. 64 Abs. 1 StGB umschriebene so genannte Katalogtat oder eine andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat (Auffangtatbestand oder Generalklausel) voraus. Sie ist nach dem weiteren Wortlaut von Art. 64 Abs. 1 StGB anzuordnen, wenn der Täter eine "Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte".

Es stellt sich die Frage, wie das Kriterium der schweren Beeinträchtigung neben der Voraussetzung der im Gesetz umschriebenen Anlasstaten auszulegen ist. Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage bisher nicht vertieft befasst (vgl. aber Urteil 6B\_1071/2009 vom 22. März 2010 E. 3.1.1).

**1.3.1.** Das Kriterium geht zurück auf den Gesetzesentwurf vom 29. Juni 2005 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (BBI 2005 4727). Die Botschaft vom 29. Juni 2005 (BBI 2005 4689) schlug eine Erweiterung und eine Einschränkung der Generalklausel vor. Als Anlasstaten für die Verwahrung sollten neben den Katalogtaten einerseits nicht nur Verbrechen mit einer Höchststrafe von mindestens zehn Jahren, sondern schon solche mit einer Höchststrafe von mindestens fünf Jahren in Betracht kommen. Um diese Öffnung in Grenzen zu halten, wurde die Generalklausel andererseits auf Verbrechen eingeschränkt, mit denen Täter die physische, psychi-

sche oder sexuelle Integrität der Opfer schwer beeinträchtigten oder beeinträchtigen wollten (BBI 2005 4711).

Im Ständerat gab dieser Gesetzesvorschlag zu keinen Erörterungen Anlass (AB 2005 S 1145). Im Nationalrat wandte sich eine Minderheit erfolglos gegen die Ausweitung des Verwahrungstatbestands, insbesondere gegen die Aufnahme der Gefährdung des Lebens (AB 2006 N 219 ff.). Der Vertreter des Bundesrats erklärte, die in Frage kommenden Anlasstaten seien durch den Hinweis auf eine schwere physische, psychische oder sexuelle Schädigung eingeschränkt worden. Straftaten, die nur eine schwere materielle Schädigung zur Folge hätten, wie beispielsweise Diebstahl, könnten nicht zu einer Verwahrung führen (AB 2006 N 221).

Die Botschaft vom 29. Juni 2005 macht deutlich, dass der Gesetzgeber die Voraussetzung der schweren Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität nur im Hinblick auf die Generalklausel thematisierte. Es ist zweifelhaft, ob sich bei einer Katalogtat die Frage der schweren Beeinträchtigung überhaupt stellt. Es würde indessen der gesamten Entstehungsgeschichte des Verwahrungstatbestandes nicht gerecht, sie auszublenden. Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. September 1998 anfänglich vorgeschlagen, die Verwahrung von der schweren körperlichen, seelischen und materiellen Schädigung abhängig zu machen. Damit sollte verhindert werden, dass "etwa eine Brandstiftung, an unbedeutenden Vermögenswerten begangen" zu einer Verwahrung führt (BBI 1999 2094). Das Parlament war mit diesem Vorschlag grundsätzlich einverstanden, strich aber den Hinweis auf die Art der Schädigung und begnügte sich damit, dass der Täter durch die Anlasstat jemanden "schwer geschädigt hat oder schädigen wollte" (BBI 2002 8264). Nach dem ständerätlichen Berichterstatte geschah dies aufgrund einer ausführlichen Debatte in der vorberatenden Kommission, weil kein Konsens bestand, welche Bedeutung der näheren Umschreibung der Schädigung zukommen sollte. Weil die in Art. 64 Abs. 1 StGB genannten Straftaten stets so gravierend seien, dass sie schwere Schädigungen zur Folge hätten, sei zwischen den einzelnen Schädigungskategorien nicht zwingend zu differenzieren. Der Richter habe ohnehin sowohl die schwere Schädigung als auch alle übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB zu beurteilen (AB 1999 S 1224).

Insgesamt lässt sich der Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber davon ausging, eine Verwahrung sei nur unter qualifizierten Voraussetzungen möglich. Die bloße Erfüllung eines Anlasstatbestandes genügt nicht. Die Konkretisierung dieser Qualifizierung sollte den Gerichten überlassen werden.

**1.3.2.** In der Literatur wird das Kriterium der schweren Beeinträchtigung als zusätzliches Erfordernis sowohl bei den Katalogtaten als auch für Straftaten im Sinne des Auffangtatbestandes betrachtet (TRECHSEL/PAUEN BORER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 64 N. 5 mit Hinweisen). Nach der Konzeption des Gesetzes sollte die Verwahrung nur noch Täter treffen, die

schwere Straftaten begangen hatten. Aufgrund der Generalklausel gilt dies praktisch für alle Verbrechen (STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Aufl. 2006, § 12 N. 3). Somit bleibt die Schwierigkeit, welche Beeinträchtigung als schwer zu qualifizieren ist. STRATENWERTH verweist auf den Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit, so dass nur Anlasstaten in Betracht kommen, die so schwer wiegen, dass die Gefahr ihrer Wiederholung diesen schwersten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte eines Menschen zu rechtfertigen vermag (STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 64 N. 4). Auch für PETER ALBRECHT (Die Verwahrung nach Art. 64 StGB, AJP 9/2009 S. 1118) spricht das Gesetz mit der schweren Beeinträchtigung den Verhältnismässigkeitsgrundsatz an und bezieht sich die Limitierung sowohl auf die Katalogtaten wie auf die Generalklausel. Aus seiner Sicht sollte eine Verwahrung erst bei einer Freiheitsstrafe von drei Jahren in Betracht gezogen werden.

**1.3.3.** Das Gesetz ist nach seinem Sinn und Zweck auszulegen, wobei vom Wortlaut auszugehen ist ([BGE 137 IV 290](#) E. 3.3). Die Gesetzesmaterialien sind gegebenenfalls beizuziehen ([BGE 137 IV 249](#) E. 3.2). Der Wortlaut ist eindeutig. Das in einem Relativsatz formulierte Kriterium bezieht sich sowohl auf die Katalogtaten wie auf die Generalklausel (Tat begangen hat, durch die er; infraction ..., par laquelle il; reato ..., con il quale). Nach den Gesetzesmaterialien ist die Verwahrung nur unter qualifizierten Voraussetzungen anzuordnen und das Kriterium der schweren Beeinträchtigung einschränkend auszulegen. Auch die Literatur versteht dieses Kriterium einschränkend und bezieht es auf Katalogtaten wie Straftaten im Sinne der Generalklausel. Das Gesetz verweist damit ausdrücklich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

Die Verwahrung zählt zu den schwersten Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte eines Straftäters überhaupt. Das Gesetz sieht die Verwahrung als ultima ratio ([BGE 134 IV 121](#) E. 3.4.4; [118 IV 108](#) E. 2a) nach Begehung schwerer Straftaten vor, und zwar unter der Voraussetzung, dass auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände (Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB) oder auf Grund einer psychischen Störung von erheblicher Schwere (Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB) ernsthaft zu erwarten ist, dass er "weitere Taten dieser Art begeht". Diese Voraussetzungen gelten für Katalogtaten und Straftaten nach der Generalklausel in gleicher Weise, weshalb das Kriterium der schweren Beeinträchtigung auch auf beide Kategorien von Straftaten Anwendung finden muss (ebenso bereits Urteil 6B\_1071/2009 vom 22. März 2010 E. 3.1.1).

Nach Wortlaut, Sinn und Zweck der Bestimmung kommen nur "schwere" Straftaten in Betracht, und zwar sowohl als Anlasstaten wie als ernsthaft zu erwartende Folgetaten. Dem entspricht das Kriterium der schweren Beeinträchtigung in Art. 64 Abs. 1 StGB. Ihm kommt weiter eine eigenständige Bedeutung insoweit zu, als es die Verwahrung bei einer rein "materiellen" Beeinträchtigung ausschliesst.



Bei der Beurteilung der schweren Beeinträchtigung ist ein objektiver Massstab anzulegen (Urteil 6B\_1071/2009 vom 22. März 2010 E. 3.1.1; HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art. 64 N. 24; QUELOZ/BROSSARD, in: Commentaire romand, Code pénal I, 2009, Art. 64 N. 18).

**1.4.** Der Beschwerdeführer bestreitet eine schwere Beeinträchtigung und beruft sich auf die Argumentation des Strafgerichts. Dieses verzichtete auf eine Verwahrung, weil es davon ausging, es lasse sich weder eine schwere Schädigung des Opfers belegen noch nachweisen, dass der Beschwerdeführer eine schwere Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität beabsichtigt habe. Das Opfer habe vor Gericht keine schwerwiegende Beeinträchtigung als Folge des Vorfalls beklagt und zu keinem Zeitpunkt therapeutische oder medikamentöse Hilfe in Anspruch nehmen müssen.

Die Vorinstanz folgt dieser Ansicht zu Recht nicht (oben E. 1.2). Nach Feststellungen des Strafgerichts, auf welche die Vorinstanz verweist, handelte der Beschwerdeführer aus absolut nichtigem Anlass äusserst gewalttätig. Es hätte jede zufällig seinen Weg kreuzende Person treffen können. Die Tat hätte ohne Weiteres einen tödlichen Ausgang nehmen können. Er handelte skrupellos und mit direktem Gefährdungsvorsatz. Hinzu kam die einfache Körperverletzung. Von Einsicht oder Reue konnte keine Rede sein. Die Tat ist als schwerwiegend zu bezeichnen. Sie wurde unter Berücksichtigung der leicht verminderten Schuldfähigkeit mit fünf Jahren Freiheitsstrafe geahndet. Es lässt sich nicht folgern, der Beschwerdeführer habe die physische oder psychische Integrität einer anderen Person weder schwer beeinträchtigt noch beeinträchtigen wollen.

Wie die Vorinstanz annimmt, ist bei der Beurteilung der schweren Beeinträchtigung nicht die besondere individuelle Empfindlichkeit des Opfers ausschlaggebend. Dass die Rechtsauffassung des Strafgerichts nicht zutreffen kann, zeigt die Konsequenz seines Urteils. Nach seiner Argumentation hätte es unter den gleichen Voraussetzungen die Verwahrung anordnen müssen, wenn das Opfer auf therapeutische Hilfe angewiesen gewesen wäre. Bei einer solchen Tat ist nach der Lebenserfahrung mit einer Traumatisierung des Opfers zu rechnen. Für die Verwahrung letztlich auf eine ungewöhnlich robuste psychische Konstitution oder auf die "Empfindlichkeit" des Opfers abzustellen, widerspricht Sinn und Zweck von Art. 64 StGB.

**1.5.** Die Verwahrung setzt gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB zudem voraus, dass aufgrund einer schweren psychischen Störung ernsthaft zu erwarten ist, der Täter werde weitere Taten dieser Art begehen und eine stationäre therapeutische Massnahme verspreche keinen Erfolg.

Auch in dieser Hinsicht verweist die Vorinstanz auf die Erwägungen des Strafgerichts. Dieses erwähnte zwei frühere Schuldsprüche. Am 21. Oktober 1994 wurde der Beschwerdeführer vom Strafgericht Baselland wegen Raubes zu 18 Monaten Gefängnis verurteilt, weil er eine Frau unvermittelt mit Faustschlägen angegriffen sowie mit einem Messer bedroht und verletzt hatte, um sich ihrer Handtasche zu bemächtigen. Aufgrund eines prognostisch günstigen Gutachtens wurde die Strafe bedingt ausgesprochen und die Weiterführung einer ambulanten psychiatrischen Behandlung angeordnet. Kurze Zeit später beging er einen zweiten Raubüberfall, bei welchem er einer ihm den Rücken zukehrenden Kellnerin ein Messer in den Rücken stiess, ihr eine Schnittverletzung am Hals und zahlreiche, teils erhebliche Verletzungen an den Händen zufügte und anschliessend mit dem Serviceportemonnaie floh. Das Strafgericht Basel-Stadt verurteilte ihn am 20. Oktober 1995 zu einer Zuchthausstrafe von fünfeneinhalb Jahren, widerrief den bedingten Vollzug und schob beide Sanktionen zugunsten einer stationären Massnahme auf.

Es folgten langjährige Therapiebemühungen. Die Fachkommission zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern bejahte mehrmals die Gemeingefährlichkeit des Beschwerdeführers. Der aktuelle Gutachter diagnostizierte eine seit Kindheit und Jugend bestehende dissoziale Persönlichkeitsstörung und eine multiple Stoffabhängigkeit. Das Rückfallrisiko für weitere schwere Gewaltdelinquenz betrachtete er in einer Gesamtbeurteilung der legalprognostisch bedeutsamen Faktoren als sehr hoch, namentlich wegen der dissozialen Persönlichkeitsstörung, der Suchtproblematik, der Aggressionsproblematik, der hohen Gewaltbereitschaft sowie wegen einer "Psychopathy". Die Bedeutung der deliktsfreien Zeit seit dem Jahre 2002 relativierte er klar. Sämtliche Therapien der letzten rund 18 Jahre blieben ohne erkennbare Wirkung. Es ist von einer gänzlich fehlenden Therapiebereitschaft auszugehen. Die Voraussetzungen der Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB sind auch in dieser Hinsicht gegeben.

## **2.**

Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist gutzuheissen, da die Voraussetzungen erfüllt sind. Es sind keine Kosten zu erheben. Der Rechtsvertreter ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 64 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.

**3.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

**4.**

Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Dr. Stefan Suter, wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- ausgerichtet.

**5.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.

## Gericht für Strafsachen

Das Gericht für Strafsachen beurteilt erstinstanzlich von der Staatsanwaltschaft überwiesene Anklagen sowie Einsprachen gegen Strafbefehle der Staatsanwaltschaft. Die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen sind das Schweizerische Strafgesetzbuch und die Schweizerische Strafprozessordnung sowie eidgenössische und kantonale Nebenstrafgesetze. Ausserdem entscheidet das Strafgericht als Zwangsmassnahmengericht über die Anordnung und Verlängerung von Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft sowie über Überwachungsmassnahmen (z.B. Telefonüberwachung). Die neun Präsidentinnen und Präsidenten rotieren im jährlichen Turnus innerhalb der verschiedenen Abteilungen (ordentliches Verfahren, Einspracheverfahren, Zwangsmassnahmengericht).

## Tätigkeiten und Projekte

### a) Entwicklung der Fallzahlen

Seit die eidgenössische StPO in Kraft ist, erörtert das Strafgericht die Entwicklung der Fallzahlen anhand der Statistik. Dabei muss grundsätzlich darauf hingewiesen werden, dass im Unterschied zur Staatsanwaltschaft bei den ordentlichen Verfahren nicht nach Verfahren gegen die einzelnen Personen gezählt wird, sondern nach eingegangenen bzw. beurteilten Gesamtverfahren (= Fälle), die auch mehrere beschuldigte Personen umfassen können. Die Anzahl der im ordentlichen Verfahren beurteilten Personen (2013: 458) ist daher immer höher als diejenige der beurteilten Fälle (2013: 355). Anders ist die Situation bei den Eingängen in den Verfahren auf Einsprache. Da die Strafbefehle von der Staatsanwaltschaft jeweils nur gegen einzelne Beschuldigte ergehen, entsprechen die Zahlen über die eingegangenen Fälle zugleich den beschuldigten Personen, deren Verfahren ans Gericht überwiesen worden sind.

2013 gingen im ordentlichen Verfahren 353 Fälle ein. Dies sind 7 Fälle mehr als 2012. Es scheint, dass sich die Anzahl der ans Gericht überwiesenen Verfahren nun bei jährlich ca. 350 Fällen eingependelt hat. Vom Strafgericht erledigt wurden 2013 insgesamt 368 Fälle (2012: 323).

Die eingegangenen Anklagen auf Einsprache haben 2013 mit 867 Fällen (2012: 836 Fälle, 2011: 358 Fälle) nochmals etwas zugenommen. Die Zunahme der Falleingänge dürfte darauf zurückzuführen sein, dass der personelle Aufbau des Strafbefehlsdezernats bei der Staatsanwaltschaft abgeschlossen ist und die Verfahren nun im gleichen Umfang bearbeitet werden können, wie dies vor 2011 durch die Strafbefehlsrichterinnen und -richter des Strafgerichts der Fall war. Dank der internen Aufstockung bzw. Verschiebung der Präsidialstellenprozente für die Einsprachefälle auf 200 konnten im Jahre 2013 insgesamt auch mehr Fälle beurteilt werden als 2012 (2013: 867 erledigte Fälle, 2012: 760 erledigte Fälle). Die 200 Präsidialstellenprozente für die Einsprachefälle müssen auch weiterhin beibehalten werden, um die Abwicklung dieser Verfahren innert nützlicher Zeit zu gewährleisten.

Die blosse Registrierung der Fallzahlen eignet sich allerdings sowohl bei den ordentlichen Verfahren wie auch bei den Verfahren auf Einsprache nur bedingt, um die Entwicklung der Arbeitsbelastung am Gericht nachzuvollziehen. Diese kann am besten aufgrund der Anzahl der Sitzungshalbtage bemessen werden. An deren Zahl wird der Zeitaufwand für die

Verhandlungen deutlich, der für die Beurteilung der Verfahren innerhalb eines Jahres erforderlich war.

Bei den ordentlichen Verfahren gab es einen Anstieg um 33 Sitzungshalbtage (2013: 627, 2012: 594). Diese Erhöhung ist einerseits auf die höhere Zahl erledigter Verfahren zurückzuführen. Andererseits zeigt sich darin aber auch, dass für die einzelnen Verfahren mehr Zeit aufgewendet werden musste, was auf eine Zunahme des Umfangs wie auch auf eine höhere Komplexität der Verfahren hinweist. Die Entwicklung in den nächsten Jahren wird zeigen, ob diese Tendenz anhält und weiterhin mit einem Anwachsen der Sitzungshalbtage und damit des Aufwands gerechnet werden muss.

Bei den Anklagen auf Einsprache erhöhte sich die Anzahl Sitzungshalbtage von 128 (2012) sogar auf 164 Halbtage und wird sich wohl in den nächsten Jahren um diese Zahl herum einpendeln. Damit liegt der Arbeitsaufwand für die Urteile bei den Einspracheverfahren deutlich über dem langjährigen Durchschnitt vor 2011 (Durchschnitt 2000-2010: 125 Halbtage), was wir bereits dem Inkrafttreten der eidg. StPO so prognostiziert haben. In den gerichtlichen Einspracheverfahren sind im Übrigen auch 2013 umfangreiche und komplexe Verfahren zu beurteilen gewesen.

Zusammenfassend ist 2013 im ordentlichen wie im Einspracheverfahren eine Zunahme der ans Strafgericht überwiesenen Fälle festzustellen, wobei die Zunahme bei den Einspracheverfahren höher ausfällt als bei den ordentlichen Verfahren. Der Anteil der ordentlichen Verfahren, bei denen sich die beschuldigten Personen in Haft befanden, hat sich gegenüber 2012 geringfügig erhöht. In etwas mehr als 2/5, also beinahe der Hälfte der Fälle, waren die Beschuldigten in Haft.

## **b) Entwicklung bei den einzelnen Sanktionen**

Da seit dem Inkrafttreten der eidg. StPO im Jahre 2011 keine Strafbefehle mehr durch das Strafgericht verfügt werden, haben sich seither die Anzahl und Art der verschiedenen ausgesprochenen Sanktionen verändert.

Insgesamt überwogen 2013 – wie schon 2011 und 2012 – die Freiheitsstrafen (bedingte und unbedingte) mit 311 Verurteilungen (2012: 306 Verurteilungen). Es folgen die Geldstrafen mit 204 Verurteilungen (2012: 178 Verurteilungen). Ausschliesslich Geldbussen wurden 2013 in 128 Fällen ausgesprochen (2012 in 79 Fällen), wobei diese überwiegend in Verfahren auf Einsprache ausgefällt wurden, welche ausschliesslich Übertretungen zum Gegenstand hatten.

Nach wie vor nur geringe Bedeutung unter den möglichen Sanktionen hatte die gemeinnützige Arbeit. Da sie nur auf Antrag der Beurteilten angeordnet wird, kommt sie in der Regel als Hauptstrafe erst dann zum Einsatz, wenn keine bedingte Strafe ausgesprochen wird.

Keine wesentlichen Veränderungen zeigen sich auch bei den Verurteilungen zu Massnahmen. Während eine Verwahrung generell nur vereinzelt ausgesprochen wird – nur je einmal 2008 und 2013 – bewegen sich die Zahlen für stationäre Massnahmen ziemlich konstant zwischen 14 Anordnungen (2013) und 18 Anordnungen (2009). Da ein grosser Teil der stationären Massnahmen jedoch nach 5 Jahren nicht beendet werden kann, dürfen die Verlängerungsentscheide im selbständigen nachträglichen Verfahren nach Art. 363

ff. StPO nicht vernachlässigt werden. Für die Statistik von 2014 ist denn auch vorgesehen, diese Verfahren gesondert auszuweisen.

Bei den ambulanten Massnahmen fällt auf, dass weder 2012 noch 2013 eine ambulante Massnahme unter Aufschiebung des Vollzugs ausgesprochen wurde. Gründe sind nicht auszumachen. Es könnte sich daher sowohl noch um zufällige Zahlen oder auch um eine längerfristige Entwicklung handeln.

### **c) Entwicklung der unbed. Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen**

Die Zunahme der unbedingten Freiheitsstrafen und der freiheitsentziehenden Massnahmen wird im Zusammenhang mit dem Mangel an Vollzugsplätzen regelmässig in den Medien und in den politischen Gremien diskutiert. Anträge im Grossen Rat haben Anfang 2014 zu einem Bericht des Regierungsrats an den Grossen Rat geführt (Bericht vom 29.1.2014 betr. Regierungsratsbeschluss vom 28.1.2014 zu den Anträgen Brigitta Gerber und Jöel Thüring), in welchem der Anstieg der Vollzugstage dokumentiert und verschiedene Massnahmen zur Erweiterung der Vollzugsmöglichkeiten vorgeschlagen werden.

Im Bericht des Regierungsrates wird ausgeführt, dass der steigende Bedarf an Vollzugsplätzen einerseits auf die steigende Zahl von Urteilen mit unbedingten Freiheitsstrafen und andererseits auf eine restriktivere Entlassungspraxis inhaftierter Straftäter zurückzuführen sei. Während die Anzahl der Strafurteile insgesamt stabil geblieben sei, seien die Vollzugskosten überproportional gestiegen. Abgesehen von den kurzen unbedingten Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten seien in den letzten fünf Jahren im Kanton Basel-Stadt auch die unbedingten Freiheitsstrafen zwischen 6 Monaten und 1 Jahr um beinahe das Dreifache angestiegen.

Aus den Statistiken des Strafgerichts ist ersichtlich, dass in den letzten Jahren 2010 mit 168 am meisten unbedingte Freiheitsstrafen ausgefällt wurden. 2013 betrug die Anzahl der unbedingten Freiheitsstrafen (Einsprachen und ordentliche Verfahren) 143 Verurteilungen, 2012 158 Verurteilungen, 2011 130 Verurteilungen, 2009 137 Verurteilungen und 2008 141 Verurteilungen. Eine Zunahme von Verurteilungen durch das Strafgericht zu unbedingten Freiheitsstrafen ist demnach nicht zu erkennen; vielmehr bewegen sich diese sowohl vor als auch nach dem Inkrafttreten der eidg. StPO immer etwa in der gleichen Bandbreite. Dies bezieht sich allerdings nur auf Zahl der unbedingten Freiheitsstrafen; nicht statistisch erhoben wird von uns bis jetzt deren Dauer.

### **d) Amtliche Verteidigungen**

374 der beurteilten 458 Personen waren 2013 unentgeltlich verteidigt (2012: 352 Personen). Trotzdem sind die Kosten für amtliche Verteidigungen mit CHF 2,19 Mio. um rund CHF 200'000.-- niedriger ausgefallen als im Vorjahr, was wohl damit zu erklären ist, dass die Verteidigungen 2013 insgesamt etwas weniger zeitaufwändig waren als 2012. Ob sich aus dem Rückgang gegenüber 2012 bereits eine Tendenz ableiten lässt, dass die Kosten für amtliche Verteidigungen nach dem steten Anstieg von Jahr zu Jahr – seit 2000 haben sich die ausgerichteten Honorare mehr als verdoppelt – nun einen Plafond erreicht haben, kann jetzt noch nicht gesagt werden. 2014 werden die Kosten auf jeden Fall nochmals ansteigen, da das Stundenhonorar für unentgeltliche Verteidigungen per 1. Januar von CHF 180.-- auf CHF 200.-- erhöht wurde. Grundsätzlich bleibt jedenfalls festzustellen,

dass die Verteidigungskosten in der überwiegenden Anzahl der Verfahren vom Staat getragen werden müssen, da die betroffenen Personen finanziell nicht in der Lage sind, für die Honorare der Verteidigung aufzukommen.

#### **e) Administratives**

Die laufenden Geschäfte wurden in einer Plenargerichtssitzung und sieben Präsidentenkonferenzen, durch Zirkulationsbeschlüsse sowie durch die vorsitzende Präsidentin und den Verwaltungschef erledigt.

Per 1. April 2013 trat der bisherige Strafrichter lic. iur. André Equey sein Amt als Präsident an. Er ersetzte Dr. Lukas Faesch, der per 31. März 2013 seinen Rücktritt gab.

# 1. Strafgericht

(ordentliches Verfahren)

<i>Fälle</i>	<i>2013</i>	<i>2012</i>
Unerledigte Fälle per Ende Vorjahr .....	120	97
Im Berichtsjahr neu eingegangene Fälle .....	353	346
<b>Total</b> .....	<b>473</b>	<b>443</b>

Erledigte Fälle im Berichtsjahr		
- davon 7 (3) Fälle im abgekürzten Verfahren erledigt.....	355	309
Mit einem andern Fall zusammengelegte Fälle .....	13	14
Unerledigte Fälle per Ende Berichtsjahr .....	105	120
<b>Total</b> .....	<b>473</b>	<b>443</b>

<i>Personen</i>	<i>2013</i>	<i>2012</i>
Zur Beurteilung gekommene Personen .....	458	422

<i>Verhandlungen</i>	Anzahl Fälle		Sitzungs- Halbtage	
	<i>2013</i>	<i>2012</i>	<i>2013</i>	<i>2012</i>
Einzelrichter/in .....	170	153		
Dreiergericht .....	156	124		
Kammer .....	29	32		
<b>Total</b> .....	<b>355</b>	<b>309</b>	<b>627</b>	<b>594</b>

<i>Erledigungsarten</i>	<i>2013</i>	<i>2012</i>
Bedingte Freiheitsstrafen .....	127	111
Teilbedingte Freiheitsstrafen .....	40	35
Unbedingte Freiheitsstrafen .....	140	148
Bedingte Geldstrafen .....	70	59
Teilbedingte Geldstrafen .....	1	0
Unbedingte Geldstrafen .....	10	8
Nur Geldbussen .....	4	2
Bedingte gemeinnützige Arbeit .....	1	0
Unbedingte gemeinnützige Arbeit .....	3	1
Umgangnahme von Strafe .....	0	0
Verzicht auf Ausfällung einer Zusatzstrafe .....	0	1
Stationäre Massnahmen .....	14	17
Ambulante Massnahmen .....	0	0
Verwahrung .....	1	0
Freisprüche .....	18	11
Einstellungen .....	7	9
Selbständige Konfiskations-, Vollzugs-, Widerrufs- und Bussenumwand- lungsverfahren etc. ....	22	20

<i>Unentgeltliche Verteidigungen in den im Berichtsjahr beurteilten Fällen</i>	374	352
--	-----	-----



## 2. Einsprachen

<i>Fälle</i>	<i>2013</i>	<i>2012</i>
Unerledigte Fälle per Ende Vorjahr .....	226	150
Im Berichtsjahr eingegangene Fälle .....	867	836
<b>Total</b> .....	<b>1'093</b>	<b>986</b>

Erledigte Fälle per Ende Berichtsjahr .....	855	760
Unerledigte Fälle per Ende Berichtsjahr .....	238	226
<b>Total</b> .....	<b>1'093</b>	<b>986</b>

<b>Personen</b>	<i>2013</i>	<i>2012</i>
Zur Beurteilung gekommene Personen .....	855	770

<b>Sitzungshalbtage</b>	<i>2013</i>	<i>2012</i>
<b>Gesamt</b> .....	<b>164</b>	<b>128</b>

<b><i>Erledigungsarten</i></b>	<i>2013</i>	<i>2012</i>
Bedingte Freiheitsstrafen .....	1	2
unbedingte Freiheitsstrafen .....	3	10
Bedingte Geldstrafen .....	110	103
Teilbedingte Geldstrafen .....	3	0
Unbedingte Geldstrafen .....	10	8
Nur Geldbussen .....	124	77
Unbedingte gemeinnützige Arbeit .....	2	5
Bedingte gemeinnützige Arbeit .....	1	0
Umgangnahme von Strafe .....	8	3
Freisprüche .....	88	56
Einstellung, Abtretung usw. ....	499	491
Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen (Bussen) .....	6	15

### 3. Zwangsmassnahmengericht

#### a) Untersuchungs-/Sicherheitshaft

<i>Mündliche Verhandlungen</i>	2013	2012
Anordnung von Untersuchungshaft .....	328	294
Anordnung von Sicherheitshaft .....	5	4
Anordnung von Untersuchungshaft Zoll .....	0	0
Verlängerung der Untersuchungshaft .....	5	13
Verlängerung der Sicherheitshaft .....	0	1
Entlassung aus dem Polizeigewahrsam .....	14	32
Entlassung aus der Untersuchungshaft .....	2	0
Entlassung aus der Sicherheitshaft .....	0	1
Gutheissung Entlassungsgesuch .....	3	5
Ablehnung Entlassungsgesuch .....	4	30
<b>Total</b> .....	<b>361</b>	<b>380</b>

<i>Schriftliche Verfahren</i>	2013	2012
Anordnung von Untersuchungshaft .....	31	40
Anordnung von Sicherheitshaft .....	150	179
Verlängerung der Untersuchungshaft .....	115	119
Verlängerung der Sicherheitshaft .....	33	48
Entlassung aus Polizeigewahrsam .....	3	1
Entlassung aus Untersuchungshaft .....	7	6
Entlassung aus der Sicherheitshaft .....	0	0
Gutheissung Entlassungsgesuch .....	0	3
Ablehnung Entlassungsgesuch .....	27	22
Rückzüge Entlassungsgesuch .....	0	0
<b>Total</b> .....	<b>366</b>	<b>418</b>

<i>Zusammenfassung</i>	2013	2012
Anordnung von Untersuchungshaft .....	359	334
Anordnung von Sicherheitshaft .....	155	183
Anordnung von Untersuchungshaft Zoll .....	0	0
Verlängerung der Untersuchungshaft .....	120	132
Verlängerung der Sicherheitshaft .....	33	49
Entlassung aus dem Polizeigewahrsam .....	17	33
Entlassung aus der Untersuchungshaft .....	9	6
Entlassung aus der Sicherheitshaft .....	0	1
Gutheissung Entlassungsgesuch .....	3	8
Ablehnung Entlassungsgesuch .....	31	52
Rückzüge Entlassungsgesuch .....	0	0
<b>Total</b> .....	<b>727</b>	<b>798</b>

## b) Bewilligung von Überwachungen etc.

	2013	2012
Gesuche um Bewilligung der Post- und Telefonüberwachung usw. ....	68	23
Gesuche um Verlängerung der Telefonüberwachung .....	4	2
Gesuche um Bewilligung der Überwachung mittels GPS .....	19	14
Gesuche um Verlängerung der Überwachung mittels GPS .....	2	4
Gesuche um Bewilligung eines V-Manneinsatzes .....	9	8
Gesuche um Bewilligung der Verlängerung eines V-Manneinsatzes	3	0
Gesuche um Bewilligung von Randdatenerhebungen .....	72	71
Gesuche um Bewilligung der Standortbestimmung .....	6	0
Gesuche um Bewilligung der Videoüberwachung .....	2	4
Gesuche um Verlängerung der Videoüberwachung .....	0	1
Gesuche um Audioüberwachung	2	0
Gesuche um Bewilligung der Verwendung nachträglicher Erkenntnisse/ Zufallsfunde .....	14	32
Gesuche um Bewilligung der Notsuche (Standortbestimmung) .....	4	0
Gesuche um Entsiegelung .....	5	1
<b>Total</b> .....	<b>210</b>	<b>160</b>

## 4. Weitere wichtige Zahlen

	2013 CHF	2012 CHF
Totalbeträge der ausgesprochen Geldbussen:		
a) durch das Strafgericht .....	67'445.00	81'890.00
b) durch den/die Einzelrichter/in in Privatklagesachen (alte StPO) .....	500.00	0.00
c) im Einspracheverfahren	69'380.00	90'910.00
<b>Total</b> .....	<b>137'325.00</b>	<b>172'800.00</b>

Totalbeträge der ausgesprochenen unbedingten Geldstrafen:		
a) durch das Strafgericht .....	74'950.00	120'130.00
b) durch den/die Einzelrichter/in in Privatklagesachen (alte StPO) .....	6'100.00	300.00
c) im Einspracheverfahren .....	122'810.00	195'460.00
<b>Total</b> .....	<b>203'860.00</b>	<b>315'890.00</b>

### Ausgerichtet wurden:

a) Unentgeltliche Verteidigungen / Opfervertretungen	2'194'373.55	2'412'525.55
b) Parteientschädigungen .....	230'812.25	149'881.45