

---

# Gerichts- und Verwaltungspraxis 2007

---



Kanton Zug

Für die Auswahl und die Einzelredaktion ihrer jeweiligen Entscheide sowie für die Formulierungen der Leitsätze sind das Kantonsgericht, das Obergericht, das Verwaltungsgericht und die Staatskanzlei selber zuständig. Für die Gesamtreaktion liegt die Verantwortung beim juristischen Mitarbeiter der Staatskanzlei.

## Inhaltsübersicht

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999 – 2007	5
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	69
Abkürzungsverzeichnis	85

### A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht	95
1. Datenschutzrecht	95
2. Vergaberecht	100
3. Forstrecht	106
4. Vormundschaftsrecht	113
5. Verfahrensrecht	139
6. Steuerrecht	153
7. Sozialversicherung	157
II. Zivilrecht	195
1. Familienrecht	195
2. Obligationenrecht	198
III. Schuldbetreibung und Konkurs	201
IV. Strafrecht	231
V. Rechtspflege	235
1. Internationales Privatrecht	235
2. Zivilrechtspflege	238

## **B. Verwaltungspraxis**

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	265
1. Bürgerrecht	265
2. Organisationsrecht	278
3. Strassenverkehrsrecht	286
4. Verfahrensrecht	288
II. Bau- und Planungsrecht	300

## **C. Grundsätzliche Stellungnahmen**

Datenschutzpraxis	313
Vorbemerkungen	313
I. Zur Publikation von Personendaten im Internet	314
II. Datenbekanntgabe des Amtes für Lebensmittelkontrolle an das Amt für Berufsbildung?	318
III. Zur Bekanntgabe gesperrter Daten an eine Krankenkasse	323
IV. Zur Datenbekanntgabe im Rahmen wissenschaftlicher Forschung	325
V. Zur Bekanntgabe von Grundstücksangaben durch die Gemeinde	327

## Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2007

### A

#### Aktien

- Bestimmung des wirklichen Wertes durch den Richter; Gesuch hat der Veräusserer zu stellen 1999 S. 119

#### Aktienkapital

- Zinsverbot; nicht Garantieverprechen eines Dritten 1999 S. 118

#### Alters- und Hinterlassenenversicherung

- Parteientschädigung bei gegenstandslos gewordener Schadenersatzforderung 1999 S. 47
- Verwaltungsratsmitglieder als Organe; grobfahrlässiges Handeln 2001 S. 71
- Streichung von (in einem Rechtsmittelverfahren bestrittenen) Beiträgen aus einem Tilgungsplan und deren Geltendmachung nach Vorliegen des Gerichtsurteils 2001 S. 80
- Waisenrente, Anspruchsdauer; Begriff der Ausbildung 2002 S. 78
- Zur Frage nach der Verantwortung von Verwaltungsräten bei der Liquidation einer Firma nach Art. 52 AHVG 2003 S. 91
- Bestimmung der Beitragspflicht von Personen, von deren Erwerbstätigkeit mehrere Staaten betroffen sind, unter dem Geltungsbereich des per 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, FZA) sowie unter dem Geltungsbereich der bis zum Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens massgebenden bilateralen Sozialversicherungsabkommen 2005 S. 127
- Teilhaber von Kommanditgesellschaften haben Beiträge von ihrem Anteil am Einkommen der Gesellschaft zu entrichten. Beschränkt sich aber die Investition auf eine reine Finanzanlage, um – unter Ausnutzung der versicherungstechnischen Solidarität – eine möglichst grosse individuelle Rendite zu erwirtschaften, so kann

sich der Investor nicht auf die Aufnahme in die AHV berufen. Die AHV ist kein Finanzanlageobjekt 2005 S. 140

- Eine Streitverkündung ist im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG nicht möglich 2005 S. 150
- Arbeitgeberhaftung. Erfolgt eine Einsprache gegen eine Schadenersatzverfügung schriftlich, muss sie zwingend die Unterschrift der Einsprache führenden Person enthalten, andernfalls die Verwaltungsbehörde dieser zur entsprechenden Verbesserung eine Nachfrist unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfalle ansetzt 2007 S. 157
- Arbeitgeberhaftung. Verjährung des Schadenersatzanspruches der Ausgleichskasse. Übergangsrecht bei den Verjährungsbestimmungen. Mit (rechtzeitigem) Erlass der Schadenersatzverfügung bleibt der Schadenersatzanspruch der Ausgleichskasse auch bei Anwendung der neurechtlichen Verjährungsbestimmungen ein für allemal gewahrt 2007 S. 159

### **Altstadrtreglement**

- Kriterien für die Auslegung, Verweigerung einer Umbaubewilligung 1999 S. 73
- §§ 2, 3, 11, 23 und 25 des Altstadrtreglements Zug; Anforderungen an Neubauten und Ersatzbauten in der Altstadtzone, Bedeutung des Wettbewerbsverfahrens 2007 S. 300

### **Amtshilfe**

- Datenschutz und Amtshilfe 2001 S. 244
- (Datenschutz) Bedeutung und Umfang im Steuerrecht 2002 S. 296

### **Anwaltsrecht**

- Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung. Einem Rechtsanwalt, der vor der von ihm, im Zusammenhang mit einer Honorarstreitigkeit, verlangten Vermittlungsverhandlung beim Friedensrichteramt kein Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis eingereicht hat, dürfen bei Einstellung der Strafuntersuchung die Kosten auferlegt werden 2003 S. 244
- Prüfungspflicht einer Urkundsperson bei der öffentlichen Beurkundung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft 2003 S. 248

### **Arbeitsverhältnis, öffentlich-rechtliches**

- kein Rechtsanspruch auf effektive Beschäftigung, keine Rechtspflicht zur Annahme der geschuldeten Arbeitsleistung 1999 S. 170

### **Arbeitslosenversicherung**

- Einstellung der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit 1999 S. 52
- Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Falle des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung; dies gilt auch für seine Ehefrau 2000 S. 49
- Insolvenzenschädigung. Geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH sind vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen 2004 S. 125
- Einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist Verwirkungsfrist 2000 S. 50
- Gesetzlicher Zweck der Insolvenzenschädigung; Lohnforderung muss mindestens glaubhaft gemacht werden 2000 S. 56
- Überzeitemtschädigungen und Entschädigungen für geleistete Überstunden sind nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes, der Grundlage für die Berechnung des Taggeldes bildet 2002 S. 85
- Pflicht zur Stellensuche während der Kündigungsfrist 2003 S. 97
- Schadenminderungspflicht. Pflicht des Versicherten zur Stellensuche bereits nach erfolgter Kündigung. Anforderungen an Qualität und Quantität der Stellenbewerbungen. Nachweis dieser Bemühungen 2004 S. 122
- Pflicht des Versicherten zur Teilnahme an Beratungs- und Kontrollgesprächen; Sanktion bei Säumnis 2005 S. 151 und Dauer der Einstellung der Anspruchsberechtigung 2005 S. 153
- Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs und Einreichung der für die Prüfung des Anspruchs notwendigen Unterlagen. Erlöschen des Anspruchs. Art. 41 Abs. 1 ATSG – Wiederherstellung einer Frist 2005 S. 156

### **Aufenthaltsbewilligung**

- Voraussetzungen zur Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung 1999 S. 163

- Verneint für Bäcker/in zur Herstellung von biologischem Vollwertbrot 2000 S. 193

### **Auslagerung**

- von öffentlichen Aufgaben an Private: datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen 2001 S. 240; 2003 S. 356; 2003 S. 362

### **Ausländerrecht**

- Eingrenzungs- oder Ausgrenzungsverfügungen gegen Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung. Beurteilung der Beschwerde durch den ANAG-Einzelrichter 2002 S. 130
- Konkrete Anzeichen, die befürchten lassen, dass sich der betroffene Ausländer einer Ausschaffung entziehen könnte, sind z. B. die wiederholte Straffälligkeit, falsche Angaben bezüglich Identität, Untertauchen und hartnäckige Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren 2004 S. 98
- Vollzug der Wegweisung; besondere Hindernisse, die eine Verlängerung der Ausschaffungshaft rechtfertigen 2003 S. 119
- Voraussetzungen für die Ausweisung eines Ausländers infolge Straffälligkeit. Sie muss nach den gesamten Umständen angemessen erscheinen (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 ANAV). Entscheidend ist letztlich die Verhältnismässigkeitsprüfung, die gestützt auf die gesamten wesentlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist. Abweisung des Antrags auf persönliche Anhörung 2006 S. 115

### **Ausnützungsübertragung**

- nicht zulässig über eine im Eigentum der Gemeinde stehende Strasse mit beidseitigem Trottoir hinweg 1999 S. 77
- die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt unter die Einkommenssteuer 2000 S. 43

### **Ausstandsbegehren**

- Pauschales Ausstandsbegehren gegen alle Mitglieder eines Gemeinderates; Voraussetzungen unter denen die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden 2003 S. 68
- siehe auch unter Organisationsrecht

## B

### **Baurecht**

- siehe Planungs- und Baurecht

### **Bekanntgabe von Daten**

- siehe Datenschutz

### **Berufliche Vorsorge**

- Anlagen beim Arbeitgeber 2001 S. 227
- Aufsicht; örtliche Zuständigkeit 2001 S. 228
- Aufhebung und Liquidation einer Stiftung, wenn ordnungsgemässer Zustand nicht wiederhergestellt werden kann und der Konkurs droht 1999 S. 228
- Auflagen gegenüber Stiftungsrat bei Teilliquidation einer Stiftung infolge Personalabbaus 1999 S. 223
- Gesamtliquidation einer Sammelstiftung und Übertragung des Vermögens auf eine andere Sammelstiftung 1999 S. 226
- Liquidation im Fall von Konkurs 2001 S. 229
- Teilliquidation; Voraussetzungen 2001 S. 230
- Ungenügende Organisation und gesetzeswidrige Vermögensanlagen 1999 S. 227
- Anordnung einer Liquidation infolge Konkurses 2002 S. 274
- Verhängung einer Ordnungsbusse gegen säumigen Stiftungsrat 2002 S. 278
- Umwandlung einer gemischten Vorsorgeeinrichtung in eine klassische Stiftung 2002 S. 281
- Aufhebung einer Sterbekasse und Übertragung an Verein mit gleichem Zweck 2002 S. 283

- Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung mit gleichzeitiger Suspendierung eines säumigen Stiftungsrates, der trotz Verhängung einer Ordnungsbusse diverse Unterlagen zur Jahresrechnung nicht einreichte sowie die Anordnung der unverzüglichen Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma missachtete 2003 S. 323
- Gerichtsstand ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde. – Im Falle der alternativen Klageverbindung ist die örtliche Zuständigkeit für beide Beklagten zu bejahen, selbst wenn sie, bei isolierter Betrachtung der einzelnen Klagen, nur im Falle einer Beklagten gegeben wäre 2004 S. 128
- Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten. Es gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dann die Rede, wenn eine begründete Überzeugung besteht, welcher keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können und welche insoweit mit hinreichender Sicherheit den Schluss darauf zulässt, dass der betreffende Sachverhalt wahrscheinlich der Wirklichkeit entspricht. Kann die Klägerin weder den Nichtempfang einer Freizügigkeitsleistung noch die Beklagte die postalische Überweisung nachweisen, ist nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Barbezug auf der Bank und eine Bareinzahlung auf der Post eines grossen Betrages, ohne dass die Postquittung aufbewahrt wird, als lebensfremd zu bezeichnen und deshalb von einer Nichtbezahlung auszugehen ist 2004 S. 130

### **Besoldungsreglement**

- der evangelisch, reformierten Kirchgemeinde; für Streitigkeiten gilt das Klageverfahren vor Verwaltungsgericht 2000 S. 89

### **Börsen und Effektenhandel**

- Anwendung von Art. 33 BEHG auf eine Gesellschaft, deren Beteiligungspapiere zu keinem Zeitpunkt an einer Börse in der Schweiz kotiert waren. Wenn ein Kaufangebot für die nicht kotierten Aktien einer Gesellschaft gemäss genehmigter Empfehlung der Übernahmekommission den börsengesetzlichen Bestimmungen unterstellt wurde, ist es sachgerecht, dass bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch die restlichen, sich im Publikum befindlichen Beteiligungspapiere der Gesellschaft nach Art. 33 BEHG kraftlos erklärt werden können 2005 S. 185

### **Bürgergemeinde**

- Kognition des Regierungsrats im Einbürgerungsverfahren umfasst auch die Ermessenskontrolle 2004 S. 235

## Bürgergut

- Kapuzinerkloster als Bürgergut der Bürgergemeinde Zug; die für die Renovation des Klosters in Aussicht gestellte Steuererhöhung stellt keine spezielle Kultussteuer dar 1999 S. 174

## Bürgerrecht

- Art. 5 Abs. 2 BÜG: Voraussetzung genügender Sprachkenntnisse, Objektivierung gemäss den Empfehlungen der Eidg. Ausländerkommission (EKA) – Kann sich eine Bürgerrechtsbewerberin nur sehr schwer schriftlich und noch weniger gut mündlich ausdrücken und ist eine Konversation auf Deutsch fast nicht möglich, sind die für die Einbürgerung notwendigen Sprachkenntnisse nicht vorhanden (Erw. II. 3. a). – Zu einer Objektivierung der Sprachkenntnisse tragen die Empfehlungen der Eidgenössischen Ausländerkommission (EKA) bei. Für eine Einbürgerung reicht das Niveau A 1 für den Nachweis der sprachlichen Kommunikationsfähigkeit eindeutig nicht aus (Erw. II. 3. b). – Die sprachlichen Fähigkeiten sind individuell zu beurteilen, gegenüber einer Hausfrau und Mutter rechtfertigt sich jedoch keine grössere Toleranz (Erw. II. 3. c). – Abweisung der Beschwerde (Erw. II. 4.) 2007 S. 265
- Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes. – Mangelnde sprachliche Ausdrucksweise als einzige Begründung der Ablehnung eines Einbürgerungsgesuchs erfüllt die Anforderungen nicht; Verletzung des Anspruchs auf eine Begründung (Erw. II. 3. a). – Fehlende und ungenügende Protokollführung in der Bürgergemeindeversammlung; eine sachgerechte Überprüfung des Entscheids ist somit nicht möglich (Erw. II. 3. b). Willkür liegt auch vor, wenn der Entscheid in klarem Widerspruch mit der tatsächlichen Situation steht; unhaltbare Würdigung der Umstände, Ermessensmissbrauch, überprüfbare Rechtsverletzung (Erw. II. 3. c) – Reformatorischer Charakter der Verwaltungsbeschwerde; die obere Verwaltungsbehörde hebt die angefochtene Verfügung auf und setzt ihren Entscheid an die Stelle des vorinstanzlichen Entscheids. Erteilung des Bürgerrechts der Gemeinde durch den Regierungsrat (Erw. II. 4.) 2007 S. 269
- Verletzung des rechtlichen Gehörs einer minderjährigen Bürgerrechtsbewerberin (Erw. II. 3. a) – Der Anspruch auf rechtliches Gehör leitet sich aus Art. 29 Abs. 2 BV her, wird in Art. 15 VRG bekräftigt und steht auch Kindern und Jugendlichen zu. Diese üben ihre Rechte im Rahmen der Urteilsfähigkeit aus. Urteilsfähigkeit ist in Bezug auf die Einbürgerung bei einer Dreizehnjährigen gegeben (Erw. II. 3. b). – Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, Aufhebung des Entscheides (Erw. II. 3. d) 2007 S. 274

## D

### Datenbekanntgabe

- (Datenschutz) an kantonsrätliche Kommissionen 2002 S. 241; an Umweltschutzorganisation 2000 S. 305; an Krankenversicherer 2002 S. 296 ff.
- siehe auch Datenschutz

### Datenschutz

- Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private, 2001 S. 240
- Datenbekanntgabe an vorgesetzte Stellen; Amtshilfe; Vollmacht/Ermächtigung zur Datenbekanntgabe; Veröffentlichung von Grundbuchdaten im Internet; Herausgabe von Original-Krankengeschichten an Patienten 2001 S. 240; 2002 S. 296 ff.
- Darf die Steuerverwaltung Druckaufträge an ein privates Unternehmen auslagern 2003 S. 356
- Ist es zulässig, das Busseninkasso für ausländische Verkehrssünder an eine private Firma auszulagern 2003 S. 362
- Kantonsgericht und Herausgabe von Akten der Sicherheitsdirektion 2000 S. 238
- Videoüberwachung von öffentlichen Räumen 2000 S. 239
- Einsicht in eigene Personaldossiers 2000 S. 241
- in Einbürgerungsverfahren 2000 S. 242
- Amtsgeheimnis von Referendumsunterzeichnenden 2000 S. 244
- Abstimmungsgeheimnis. Verletzt der Modus der brieflichen Stimmabgabe das Abstimmungsgeheimnis 2003 S. 352
- Online Zugriff des Kantons auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle 2004 S. 278
- Resultate von Lebensmittelkontrollen, Veröffentlichung im Internet 2004 S. 283
- Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 281

- Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis?  
2004 S. 286
- Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei Sammel-  
auskünften 2005 S. 302
- Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen 2005 S. 307
- Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310
- Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen 2005 S. 312
- Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind? 2005 S. 315
- Gemeindliche Bestimmung zum Datenschutz 2006 S. 256
- Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland 2006 S. 257
- Private Webcam erfasst öffentlichen gemeindlichen Raum 2006 S. 260
- Welchen Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit?  
2006 S. 262
- Jeder Patient hat das Recht, in seine Krankenakten Einsicht zu nehmen und davon  
Kopien zu erstellen. Dies bedeutet aber nicht, dass er Anspruch auf Herausgabe  
und/oder Vernichtung der Originalakten hat 2007 S. 95
- Zur Publikation von Personendaten im Internet 2007 S. 314
- Darf das Amt für Lebensmittelkontrolle Inspektionsergebnisse an andere Amts-  
stellen bekanntgeben? 2007 S. 318
- Wirkt eine Datensperre auch gegenüber einem Krankenversicherer? 2007 S. 323
- Zur Datenbekanntgabe im Rahmen wissenschaftlicher Forschung 2007 S. 325
- Zur Bekanntgabe von Grundstücksangaben durch die Gemeinde 2007 S. 327

### **Datenschutzgesetz**

- (Datenschutz) Revision des DSG: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei Sammel-  
auskünften 2005 S. 302

### **Datensperre**

- Zur Aufhebung einer Datensperre 2004 S. 289
- Gilt eine Datensperre auch gegenüber einem Krankenversicherer? 2007 S. 323

### **Denkmalpflege**

- Unterschutzstellung einer Raketenstellung 2000 S. 225
- Unterstellung des alten Pfarrhauses in Oberägeri 2001 S. 108

### **Disziplinarordnung**

- (Datenschutz) Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums  
Menzingen 2005 S. 307

### **DNA-Probenahme**

- (Datenschutz) Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen 2005 S. 312

## **E**

### **Eherecht**

- Scheinehe als Unzumutbarkeitsgrund für die Fortsetzung der Ehe 2000 S. 113
- Fremdgehen, Arbeit in Sex- und Massagesalon 2000 S. 119
- Mitarbeit im Gewerbe und Arbeiten im gemeinsamen Haushalt 2000 S. 121
- Aufhebung des gemeinsamen Haushalts, wenn beide Ehegatten in der ehelichen  
Wohnung bleiben; massgebend ist der Trennungswille 2004 S. 159
- Keine Entschädigung für die Finanzierung einer Weiterbildung 2000 S. 123
- Erwerbstätigkeit nach Auflösen des gemeinsamen Haushalts; hypothetisches  
Einkommen 2000 S. 126

- Kostenvorschuss an andern Ehegatten im Scheidungsverfahren 2001 S. 126

### **Elterliches Sorgerecht**

- (Datenschutz) Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind? 2005 S. 315

### **Eigentumsgarantie**

- Einschränkung durch Öffentlicherklärung einer Waldstrasse 2002 S. 51

### **Einbürgerungsverfahren**

- (Datenschutz) 2000 S. 242; Fotos im Einbürgerungsverfahren 2002 S. 302
- Ungelöschte Vorstrafen sowie hängige Strafverfahren stehen einer Einbürgerung grundsätzlich entgegen. Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips; Abweisung der Beschwerde 2005 S. 265

### **Erbrecht**

- Begriff der Sachgesamtheit gemäss Art. 613 ZGB 2001 S. 130
- Berufet sich der schuldende Erbe auf Art. 614 ZGB, kann er sich der Einforderung der Schuld vor der Teilung widersetzen und im Rahmen der Teilung weder von den Miterben noch vom Richter zur Schuldentilgung gezwungen werden. Dasselbe Recht steht ihm auch gegenüber dem Erbenvertreter zu. In einem allfälligen Rechtsöffnungsprozess oder in einem ordentlichen Verfahren kann er daher die Einrede der Stundung vorbringen und somit die Entreibung der Forderung verhindern 2002 S. 161

### **Erbschaftsverwaltung**

- Streit unter verschieden berufenen Erbschaftsverwaltern; keine Notwendigkeit für einen im Kanton Zug wohnhaft gewesenen deutschen Erblasser 2000 S. 213

### **Ergänzungsleistungen**

- Rückerstattung wegen verschwiegener Pensionskassenrente 1999 S. 57

### **Ermächtigung**

- (Datenschutz) zur Datenbekanntgabe 2001 S. 247

## F

### Familienrecht

- Voraussetzungen für die Anordnung der Gütertrennung bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nach Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts 2002 S. 151
- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht 2002 S. 252
- Anfechtung der Wahl eines neuen Vormundes 2002 S. 250
- Entziehung der elterlichen Sorge durch die Aufsichtsbehörde; Strafandrohung 2002 S. 248
- Vermögensertrag bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen, Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklung 2003 S. 160
- Nebenfolgen der Scheidung; ist das schweizerische Gericht weder für die Zuteilung der elterlichen Sorge noch für die Regelung des persönlichen Verkehrs zuständig, muss auch die Zuständigkeit für die Unterhaltsregelung verneint werden 2003 S. 161
- Kindesvermögen; Zugehörigkeit von Legatsansprüchen zum freien Kindesvermögen; Schutzmassnahmen gegenüber dem Verwalter dieses Vermögens 2003 S. 262
- Die einem Ehegatten auferlegte grundsätzliche Verpflichtung zur Übernahme der Kosten der Fremdplatzierung in der abschliessenden Eheschutzverfügung ist nicht vollstreckbar und bedarf in verschiedener Hinsicht der Ergänzung; namentlich mit Bezug auf die Höhe dieser Kosten und den Anspruchsberechtigten. In welchem Verfahren und auf wessen Antrag diese Ergänzung bzw. ein vollstreckbarer Entscheid (ein definitiver Rechtsöffnungstitel) erstritten werden kann, wurde offen gelassen, da der Einzelrichter die angefochtene Verfügung, mit welcher der Beschwerdeführer zur Zahlung eines bestimmten Betrages an das Heim, das die Kinder A. und B. aufgenommen hat, erlassen hat, ohne dem Beschwerdeführer vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren, weshalb sie bereits aus diesem Grund aufzuheben ist 2006 S. 164

### Finanzausgleich

- Sinn des kalkulatorischen Abschlusses in § 9 des Gesetzes über den direkten Finanzausgleich 1999 S. 215

### **Finanzhaushalt**

- Verpflichtungskredit für ein Programm; Minimalanforderung an «Programm» 2000 S. 105

### **Fischerei**

- Entzug einer Fischereiberechtigung 2001 S. 233
- Private Fischereirechte an öffentlichen Gewässern erfordern kein Patent 2002 S. 125

### **Fotos**

- Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Fotos im Gerichtsarchiv 1999 S. 149
- (Datenschutz) Von einbürgerungswilligen Personen 2002 S. 302

### **Forschung**

- Gilt eine Datensperre auch gegenüber einem Krankenversicherer? 2007 S. 323

### **Forschungsstudie**

- (Datenschutz) Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis? 2004 S. 286

### **Forstrecht**

- Waldbegriff. Im vorliegenden Fall erfüllt die Bestockung Waldfunktion. Der seit mehr als 100 Jahren bestehenden Bestockung kommen landschaftsgestalterische und ökologische Funktionen zu 2007 S. 106

### **Fristen im SchKG**

- Gesetzliche Eingabefristen sind grundsätzlich erstreckbar; Ersteckung einer zehntägigen Frist für die Durchführung des Konkurses und für die Leistung des Barvorschusses 1999 S. 132
- Zulässigkeit der Tilgung einer Schuld ausserhalb der Rechtsmittelfrist, wenn Beweismittel in der Beschwerdeschrift angerufen wurden und ihre Nachreichung innert kurzer Nachfrist in Aussicht steht 1999 S. 137
- Wiederherstellung der Frist für die Erhebung des Rechtsvorschlags 2000 S. 144

### **Führerausweisentzug**

- wegen schwerer Verkehrsgefährdung; Aquaplaning 1999 S. 105

- vorsorglicher Entzug bei Verdacht auf Alkoholabhängigkeit 2001 S. 225

### **Fürsorgerische Freiheitsentziehung**

- persönliche Fürsorge nur in stationärem Klinikaufenthalt, Voraussetzungen 2000 S. 92
- Voraussetzungen der Klinikeinweisung oder -zurückbehaltung im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Geisteskrankheit, Suchterkrankung, schwere Verwahrlosung) 2004 S. 102
- Wird die Beschwerde gegen eine fürsorgerische Freiheitsentziehung zurückgezogen, ist eine erneute Beschwerdeerhebung gegen die nämliche Einweisung grundsätzlich nicht mehr zulässig, auch wenn sie innerhalb der Beschwerdefrist erfolgt 2004 S. 108
- Überprüfung des Nichteintretensentscheides der Vormundschaftsbehörde auf ein Entlassungsgesuch. Wann ist eine mündliche öffentliche Verhandlung bzw. eine mündliche Anhörung durchzuführen? Kein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand bei Aussichtslosigkeit der Beschwerdeführung 2004 S. 110
- Beschwerde gegen Einweisung bzw. Zurückbehaltung; örtliche Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis 2003 S. 131

## **G**

### **Gebühren**

- für die Verwaltung von Grundstücken im Betreibungsverfahren; Erhöhung durch die Aufsichtsbehörde an Antrag des Betreibungsamts 1999 S. 144

### **Gemeinden**

- Behandlung von Motionen im Kirchgemeinderat; Mietvertrag für die Nutzung des Kirchenturms 2002 S. 230
- Pflicht zur sofortigen Rüge von Verfahrensmängeln; Ausstandspflicht 2002 S. 237
- Kann ein Stimmbürger in die Protokolle der gemeindlichen Planungs- und Baukommission (PBK) Einblick nehmen, wenn er gegen ein Bauvorhaben ist 2005 S. 268
- Zur Zulässigkeit gemeindlicher Bestimmungen zum Datenschutz 2006 S. 256

## **Genugtuung**

- Anspruch für nahe Angehörige und Höhe 1999 S. 111

## **Gesamtüberbauungsplan**

- spätere Änderungen in Einzelbauweise 1999 S. 79

## **Gesundheitswesen**

- (Datenschutz) zur Bekanntgabe der Krankengeschichte an den Versicherer 2002 S. 300; 2007 S. 323
- Eine ordentliche Zulassung als Leistungserbringer zulasten der Krankenkassen ist ausgeschlossen, wenn die Höchstzahl der Leistungserbringer in dieser Kategorie nach der Zulassungsverordnung bereits erreicht oder überschritten ist 2003 S. 144
- Zuständigkeit zur Überprüfung von Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen; Zulässigkeit 2003 S. 147
- Zwangsmassnahmen. Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur gerichtlichen Überprüfung von Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen. Anforderungen an die Anordnung einer Zwangsmassnahme 2004 S. 116
- Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen. Wann liegt eine anfechtbare Zwangsmassnahme vor 2004 S. 119
- Die zuständige kantonale Behörde kann der Privatapotheke eines selbstdispensierenden Arztes das Zusammenmischen von verwendungsfertigen Arzneimitteln zu applikationsfertigen Inhalanda bewilligen 2003 S. 152

## **Gerichtsstand**

- örtlicher und sachlicher Bezug zum Gerichtsstand 2001 S. 170
- siehe auch unter Rechtspflege

## **Grundbuchdaten**

- datenschutzrechtlicher Rahmen betr. Veröffentlichung im Internet 2001 S. 250

## **Grundbuchgebührentarif**

- Bemessung der Handänderungssumme aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückserwerb; Beschwerdelegitimation der Gemeinden 1999 S. 198

- Handänderungsgebühr berechnet sich auf der Gesamtheit der Leistungen, die der Erwerber dem Veräusserer für die Eigentumsübertragung am Erwerbsobjekt tatsächlich zu erbringen hat; Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis (Präzisierung der Praxis 1999 S. 198) 2002 S. 235
- Bemessung bei einer Fusion 2001 S. 195
- Bemessung der Handänderungsgebühr beim Verkauf einer Geschäftsliegenschaft durch den Inhaber einer Einzelfirma an eine Kommanditgesellschaft, an welcher der Veräusserer als einziger Komplementär beteiligt ist; Tatbestand der (Firmen) Umwandlung; Kinder des Komplementärs als Kommanditäre 2003 S. 273
- Bemessung bei Abgeltung der ideellen Anteile der aus einer Kollektivgesellschaft ausscheidenden Gesellschafter durch Zuweisung von Stockwerkeigentum im Gesamteigentum der Gesellschaft; rechtliche Qualifikation dieses Vorgangs 2003 S. 283
- Bemessung bei einer Umwandlung einer AG in eine GmbH; Stichtag für die Bestimmung des Grundstückswertes; Assekuranzwert als Hilfsmittel zur Wertbestimmung 2003 S. 289
- Verkauf von unüberbauten Miteigentumsanteilen an Grundstücken, auf denen gemäss separatem Werkvertrag Eigentumswohnungen nach Gesamtüberbauungsvorschriften erstellt werden; Voraussetzungen für die Berechnung der Handänderungsgebühr auf dem Gesamtpreis; Bestätigung der bisherigen Praxis. Das Erfordernis der Konnexität von kauf- und werkvertraglichen Absprachen setzt keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität von Verkäufer und Werkerstellerin voraus. Zulässigkeit der Zusammenrechnung, wenn das rechtliche Schicksal der abgeschlossenen Verträge nach den Umständen ein einheitliches ist. Dies trifft zu, wenn die Herbeiführung des dem Käufer geschuldeten Erfolges ein einvernehmliches Zusammenwirken von Veräusserer und Werkeigentümerin erfordert, so dass auf den Bestand einer diesem Zwecke dienenden einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530ff. OR geschlossen werden kann 2005 S. 273

## Grundbuchverordnung

- Abweisung einer Grundbuchanmeldung über die «Abtretung eines Erbteils» an einem Grundstück, welche den Eintritt der Tochter eines ausscheidenden Miterben in die Erbengemeinschaft bezweckt. – Zulässigkeit der Grundbuchbeschwerde. – Eine gesamthafte «Abtretung des Erbteils» entfaltet nur dann dingliche Wirkung, wenn diese Rechtsfolge von sämtlichen Miterben ausdrücklich gewollt ist und die

Vereinbarung unter Miterben erfolgt 2004 S. 248

### **Grundschulunterricht, unentgeltlicher**

- Umfang des Anspruchs auf unentgeltlichen Schulbus 2002 S. 66

### **Grundstück**

- dingliche Belastung eines Grundstücks im Gesamteigentum, bei der ein Mitglied der Erbengemeinschaft verbeiständet ist 1999 S. 191
- Deltaerweiterung als Landanschwemmung 2007 S. 302

### **Grundstückgewinnsteuer**

- Anlagekosten; Begriff 1999 S. 45
- Besitzesdauer richtet sich nach Grundbucheintrag 1999 S. 39
- Kaufpreis ist auf den Tag der Handänderung zu diskontieren 1999 S. 39
- Die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt nicht unter die Grundstückgewinnsteuer, sondern unter die Einkommenssteuer 2000 S. 43
- Voraussetzung für die Anrechenbarkeit der Anlagekosten eines abgebrochenen Gebäudes 2000 S. 44
- Mietzinsgarantie als Erlösminderung, revisionsweise Berücksichtigung 2000 S. 47
- Besitzesdauer bei Verkauf im Baurecht. Die Besitzesdauer beginnt nicht beim Kauf des Grundstücks, sondern bei der Begründung des Baurechts 2001 S. 53
- Treu und Glauben; Voraussetzungen für die Berufung auf Treu und Glauben wegen einer inhaltlich falschen Bestätigung durch das Sekretariat der Grundstückgewinnsteuerkommission 2003 S. 65

## I

### **Internationales Privatrecht**

- Minderjährigenschutz; örtliche Zuständigkeit 1999 S. 125
- Zuständigkeit der Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zur Änderung des Besuchs- oder Ferienrechts in Scheidungsurteilen 1999 S. 158
- Vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zwecks späterer Adoption 1999 S. 192
- Perpetuatio fori im internationalen Verhältnis; Frage des anwendbaren Rechts offen gelassen. Eine Rechtsnachfolge im Prozess (§ 21 ZPO) kann sowohl bei Binnen- als auch bei internationalen Verhältnissen nur stattfinden, wenn die Klage nach kantonalem Prozessrecht rechtshängig ist 2005 S. 205
- Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG. Anerkennung einer ausländischen Urkunde (Erbschein). Zuständigkeit. Formulierung des Rechtsbegehrens. Weitere Voraussetzungen 2007 S. 235

### **Internet**

- datenschutzrechtlicher Rahmen betr. Veröffentlichung von Grundbuchdaten 2001 S. 250
- (Datenschutz) Dürfen Resultate von Lebensmittelkontrollen im Internet veröffentlicht werden? 2004 S. 283
- (Datenschutz) Publikation von Personaldaten im Internet 2007 S. 316

### **Invalidenversicherung**

- Durchführung medizinischer Massnahmen im Ausland; Voraussetzungen für die Annahme beachtlicher Gründe 1999 S. 61
- Berechnung des Invaliditätsgrades. Schlechte Sprachkenntnisse und bescheidene intellektuelle Fähigkeiten sind invaliditätsfremde Gründe, die neben soziokulturellen und rentenbegehrlichen Aspekten nicht berücksichtigt werden 2001 S. 55
- Kann der Versicherte wegen eines Geburtsgebrechens keine Brille tragen, so hat er zu Lasten der Invalidenversicherung Anspruch auf Kontaktlinsen 2001 S. 62

- Gewährung von medizinischen Massnahmen bei angeborenem POS. Diagnosestellung und Behandlung müssen als Anspruchsvoraussetzungen vor Vollendung des 9. Altersjahres kumulativ erfüllt sein 2002 S. 82
- Leistungspflicht der Eidgenössischen Invalidenversicherung. Auch der atypische Autismus gilt als Geburtsgebrechen gemäss Ziffer 401 GgV Anhang, sofern er bis zum vollendeten fünften Lebensjahr erkennbar war 2006 S. 143
- Beweiswert eines Berichtes des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD). Einem Bericht des regionalen ärztlichen Dienstes kann nicht allein aufgrund des pauschalen Hinweises auf die interdisziplinäre Zusammensetzung seines Ärzteteams zum Vornherein ein erhöhter Beweiswert beigemessen werden. Ist zudem nicht bekannt, welche Person mit welcher fachärztlichen Qualifikation einen solchen Bericht verfasst hat, so handelt es sich lediglich um eine verwaltungsinterne Aktenbeurteilung, welche vom kantonalen Versicherungsgericht höchstens im Sinne einer Parteimeinung, nicht aber als eigentliche ärztliche Beurteilung in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann 2006 S. 145
- Verordnung über Geburtsgebrechen – Begriff der Behandlung 2006 S. 147

## K

### Kinderzulagen

- Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Ob ein Beitragsumgehungstatbestand vorliegt, ist insbesondere in solchen Fällen zu prüfen, in welchen der Kinderzulagenbezüger in leitender Stellung einer Gesellschaft tätig ist und in dieser Eigenschaft selbst bestimmen kann, welchen Lohn er sich auszahlen will 2007 S. 183
- Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Der Umstand, dass jemand einen unterdurchschnittlichen Lohn bezieht, genügt für sich alleine noch nicht, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu behandeln. In solchen Fällen muss bezogen auf die konkreten Umstände ein eigentlicher Beitragsumgehungstatbestand im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen, damit der Kinderzulagenanspruch gekürzt werden kann (Praxisänderung) 2007 S. 185

## **Kindesschutzmassnahmen**

- Besuchsrechtsbeistand 2001 S. 185
- Entziehung der elterlichen Sorge einer mit unbekanntem Aufenthalt abwesender Mutter 2001 S. 188
- Keine Zuständigkeit des Regierungsrats, wenn bereits ein gerichtliches Eheschutzverfahren läuft 2000 S. 203
- Ablehnung der Rückführung eines Kindes nach Australien (Art. 13 Abs. 1 HEntfÜ), weil der Antragssteller dem Verbleib des Kindes in der Schweiz zugestimmt hat und regelmässig Marihuana konsumiert. Im Verfahren betr. Kindesrückführung dürfen keine gerichtlichen Kosten auferlegt werden. Die unterliegende Partei hat die obsiegende Partei für ihre prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen 2002 S. 154

## **Krankengeschichte**

- (Datenschutz) Herausgabe der Originale an Patienten 2001 S. 253
- (Datenschutz) zur Bekanntgabe an den Versicherer 2002 S. 300

## **Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung**

- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 S. 69
- Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten. – Der Beweis der Fristwahrung kann im Falle eines Gesuchs, das nie bei der Behörde eintraf, nicht durch Zeugen, die über die Einzelheiten der Postaufgabe Auskunft geben, erbracht werden 2004 S. 133
- Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe 2002 S. 94
- Das Sozialamt, das für eine Person Sozialhilfe ausrichtet, erhält die volle Prämienverbilligung, wenn es auch erst nach Fristablauf vom Anspruch auf Sozialhilfe erfuhr 2003 S. 99

- Die Differenzzahlungspflicht des Wohnsitzkantons greift nicht, wenn ein medizinischer Notfall anlässlich einer nicht medizinisch indiziert ausserkantonale erfolgten ärztlichen Behandlung eintrat 2006 S. 149
- Prämienverbilligung; Frist zur rechtzeitigen Einreichung eines Gesuches um Neuberechnung 2006 S. 154
- Begriff der Akutspitalbedürftigkeit. Fehlende Pflegeplätze – sei es infolge Bettenbelegung oder infolge fehlender Institutionen – können nicht dazu führen, dass die Krankenversicherung für einen medizinisch nicht indizierten Spitalaufenthalt aufkommen muss 2007 S. 161
- Die Aufsichtspflicht des selbständig und auf eigene Rechnung tätigen Physiotherapeuten über sein angestelltes physiotherapeutisches Personal ist in der Regel weniger streng zu beurteilen als die Aufsichtspflicht des Arztes über seine Hilfspersonen. Der Inhaber einer Physiotherapiepraxis ist nicht in jedem Fall verpflichtet, dauernd in seiner Praxis persönlich anwesend zu sein. Es existiert namentlich auch keine gesetzliche oder tarifvertragliche Regelung, wonach es generell unmöglich sei, gleichzeitig zwei Physiotherapiepraxen zu führen. Ob der Aufsichtspflicht Genüge getan wird, ist jeweils im Einzelfall im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller konkreten Umstände zu entscheiden 2007 S. 167
- § Abs. 3 des Gesetzes betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG, auch IPVG genannt) – Für den Anspruch auf Prämienverbilligung sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Anspruchsjahres massgebend, 2007 S. 175
- Keine subsidiäre Leistungspflicht der Krankenversicherung, wenn ein Versicherter im Zeitpunkt des Unfalls obligatorisch bei der Unfallversicherung versichert war. Die im Heim anfallenden Pflegekosten, auch wenn sie nach BESA abgerechnet werden, sind somit nicht von der Krankenversicherung zu übernehmen 2007 S. 176

## L

### **Lebensmittelkontrolle**

- (Datenschutz) Dürfen Resultate von Lebensmittelkontrollen im Internet veröffentlicht werden? 2004 S. 283

### **Löschen von Daten**

- (Datenschutz) Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310

## M

### **Mobilfunkantennen**

- Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86

### **Motionen**

- Beschwerde gegen Motionsbehandlung in der Gemeindeversammlung; Aufsichtsbeschwerde 1999 S. 179

## N

### **Nachrede, üble**

- Wahrheitsbeweis kann auch durch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil der gleichen Gerichtsstanz erbracht werden, die über die üble Nachrede zu befinden hat 1999 S. 148

### **Natur- und Heimatschutz**

- Moore und Moorlandschaft 2000 S. 84

## O

### **Obhut**

- Wiedereinräumung der elterlichen Obhut an die Mutter; Abweisung des Anspruchs auf Übertragung der elterlichen Gewalt an den Vater 1999 S. 194

- Vorsorgliche Massnahme in Beschwerdeverfahren betr. Aufhebung der elterlichen Obhut 2000 S. 208
- Aufhebung eines Obhutentzuges und Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung 2000 S. 208

## Obligationenrecht

### Allgemeiner Teil

- Vertrag z. G. Dritter durch Abgabe einer Garantieerklärung beim Amt für Ausländerfragen für einen Gast durch den Gastgeber 2000 S. 130
- Der Arbeitsausfall einer Frau im Haushalt ist gestützt auf die Zahlen der SAKE-Studie zu ermitteln, wenn sie nach einem Unfall invalid geworden ist 2002 S. 164

### Die einzelnen Vertragsverhältnisse

- Mit Bezug auf die Zusicherung von Eigenschaften wird zwar kein ausdrücklicher Verpflichtungswillen des Verkäufers verlangt, wohl aber eine (auch konkludente) Erklärung über Sacheigenschaften, die erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend war 2004 S. 163
- Herabsetzung eines vertraglich geschuldeten Nettomietzinses und Schadenersatzansprüche des Mieters 2004 S. 164
- Trifft der Beauftragte bei Fälligkeit seiner Tätigkeitspflicht keine Anstalten zur Herbeiführung des angestrebten Erfolgs, begeht er eine Vertragsverletzung. Der Auftraggeber ist berechtigt – wenn er dies unverzüglich erklärt – auf die Leistung zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten 2004 S. 166
- Versäumnisse des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr und die Folgen 2001 S. 134
- Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung; bezüglich der Dauer ist die sog. «Zürcher Scala» massgebend; der Anspruch des teilweise arbeitsfähigen Arbeitnehmers besteht so lange, bis der erhaltene Lohn dem vollen Salär für die «beschränkte Zeit» entspricht 2003 S. 167
- Kostenlosigkeit des Verfahrens nach Art. 343 Abs. 3 OR; die Kostenlosigkeit des Verfahrens gelangt auch in Fällen zur Anwendung, in denen es einzig um die Frage

- geht, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist 2003 S. 175
- Freistellung eines Handelsreisenden; Bestimmung des Freistellungslohnes 2001 S. 139
  - Freistellungslohn und Leistungen der Arbeitslosenkasse 2001 S. 139
  - Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe; Aktivlegitimation einer lokalen paritätischen Berufskommission 2001 S. 142
  - Ausstelldatum eines erst einige Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten (Schluss) Arbeitszeugnisses 2002 S. 169
  - Mietrecht; Entschädigung von Investitionen, welche vom Mieter in der Liegenschaft getätigt worden sind, wenn das Mietverhältnis durch höhere Gewalt beendet wird 2003 S. 165
  - Lombardkredit – Einen Anlageberater treffen neben der Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden 2005 S. 177
  - Die Zulässigkeit des Widerrufsrechts im Auftragsverhältnis ist mit Bezug auf einen Betreuungsvertrag zu verneinen 2005 S. 178
  - Eine verfrüht ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters ist grundsätzlich ungültig und wirkungslos. Es stellt sich einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist 2006 S. 167
  - Die kündigende Partei hat die Richtigkeit der angegebenen Kündigungsgründe zu beweisen, sofern sie bestritten sind. Bei einer unwahren Begründung bestehen starke Indizien dafür, dass die Kündigung vorgeschoben ist, um das unzulässige Motiv zu verbergen. Die Kündigung erwiese sich diesfalls als rechtsmissbräuchlich und es wäre Sache des Vermieters, diesen Verdacht zu widerlegen 2006 S. 170
  - § 30 Abs. 1 ZPO – Eine zur blossen Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung hat einen gesetzlich unerlaubten Inhalt und ist daher gemäss Art. 20 OR nichtig 2007 S. 198

## Gesellschaftsrecht

- Das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung ist nur rechtsgültig, wenn gleichzeitig mindestens ein Verhandlungsgegenstand (Traktandum) und ein damit verbundener konkreter Antrag in Schriftform dem Verwaltungsrat zugestellt wird 2004 S. 168
- Bei einer Überschuldung der Aktiengesellschaft ist der Verwaltungsrat grundsätzlich zur sofortigen Benachrichtigung des Richters verpflichtet. Der Verwaltungsrat handelt jedoch nicht schuldhaft, wenn er statt dessen unverzüglich saniert und konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanzen beziehungsweise seit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit behoben wird 2004 S. 169
- Sonderprüfung einer Aktiengesellschaft, Voraussetzungen; Obliegenheiten des Gesuchstellers 2000 S. 132
- Materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung 2001 S. 143
- Wer beim Gericht einen Antrag auf Sonderprüfung einreicht, muss nicht mit dem Aktionär identisch sein, welcher das Begehren um Auskunftserteilung gestellt hat. Sonderprüfung ist zweckgerichtete Tatsachenforschung, nicht umfassende Untersuchung der Geschäftsführung oder -politik 2002 S. 170
- Sonderprüfung in Konzernverhältnissen; Hält die Muttergesellschaft 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft und bildet die Beteiligung an der Tochtergesellschaft mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen das einzige wesentliche Aktivum der Muttergesellschaft, haben die verantwortlichen Organe der Muttergesellschaft der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der Tochtergesellschaft auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen 2003 S. 180
- Widerruf der Auflösung einer Gesellschaft infolge nachträglicher Eintragung einer Revisionsstelle im Handelsregister 2000 S. 139
- Fehlende Revisionsstelle; Verfügt eine Aktiengesellschaft über keine Revisionsstelle mehr und sorgt sie trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts auch nicht für deren Wahl, kann das Gericht in richterlicher Lückefüllung die säumige Gesellschaft gerichtlich auflösen, worauf diese nach den gesetzlichen Grundsätzen ordentlich zu liquidieren ist 2003 S. 179

## Online Zugriff

- (Datenschutz) Darf der Kanton online auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle zugreifen? 2004 S. 278

## Organisationsrecht

### Ausstandspflicht

- Die Unabhängigkeit und die Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden entspricht einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. Die Befangenheit betrifft nur natürliche Personen, deshalb kann der Ausstand nur von den Mitgliedern eines Spruchkollegiums, nicht aber von der ganzen Behörde verlangt werden. Wie weit reichen die Mindestanforderungen an die Unbefangenheit von Behördemitgliedern? 2006 S. 225
- Zweck ist, jede Befangenheit oder Interessenkollision zu verhindern und jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. Sie erfasst alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können. Wann ist ein Behördemitglied in einer Angelegenheit vorbefasst? 2006 S. 231
- Im Verwaltungsverfahren finden sich häufiger systembedingte Fälle von Vorbefassung als in Verfahren vor gerichtlichen Instanzen. E. 1 – Die Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates arbeiten eng mit der Direktionsvorsteherin oder dem Direktionsvorsteher zusammen und nehmen aus diesem Grund im Gegensatz zu den Mitarbeitenden der anderen Ämter der Direktion eine besondere Stellung ein. Ein Behördenausstand einer Direktion setzt in der Regel voraus, dass die Direktionsvorsteherin oder der Direktionsvorsteher selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind. Eine Befangenheit, die lediglich bei den Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates besteht, wozu jeweils auch die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär zählen, bewirkt keinen Ausstand der Direktion bzw. ihrer Vorsteherin oder ihres Vorstehers. In solchen Fällen muss die Instruktion des Beschwerdeverfahrens einem unbefangenen Mitarbeitenden des Direktionssekretariates der betreffenden Direktion, falls die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär befangen sind, einem Mitarbeitenden des Direktionssekretariates einer anderen Direktion oder einer aussenstehenden Person übertragen werden. E. 3 2007 S. 278

## Outsourcing

- siehe Auslagerung

## P

### Parteienschädigung

- im Rechtsöffnungsverfahren 1999 S. 129
- Sicherstellung wegen fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz 1999 S. 152
- Frage der Uneinbringlichkeit ist administrativer Art, dagegen ist nur die Aufsichtsbeschwerde zulässig 1999 S. 154

### Personalrecht

- (Datenschutz) Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland 2006 S. 257

### Personenrecht

- Persönlichkeitsverletzung durch Erhöhung der Strahlung einer Hochspannungsleitung? 2001 S. 115
- Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen 2001 S. 183
- Aufsicht; örtliche und sachliche Zuständigkeit 2001 S. 184
- Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen. Rechtsschutzinteresse 2002 S. 143
- Eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat 2002 S. 144
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes 2004 S. 240
- Wohnsitzbegründung als Prozessvoraussetzung; Aufenthalt eines geistig Behinderten 2004 S. 241
- Begehren um Abänderung des Geburtsjahrs im Zivilstandsregister. Die Berichti-

gungsklage steht nicht zur Verfügung, wenn der Eintrag im Zivilstandsregister formell korrekt ist, d. h. auf echten Belegen beruht, die materiell unrichtig sind. Dafür bedarf es der Umstossung jener Belege, auf denen die angeblich materiell unrichtige Registereintragung beruht. – Zuständig zur Anerkennung eines türkischen Urteils betreffend Änderung des Geburtsjahrs ist die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen, mithin die Direktion des Innern des Kantons Zug 2005 S. 167

- Wohnsitz eines allein stehenden Wochenaufenthalters. Haus und Tiere als Anknüpfungskriterium für den Wohnsitz 2005 S. 270
- Namensänderungen werden bewilligt, wenn wichtige Gründe vorliegen. Ein Konkubinatsverhältnis zwischen der Mutter, als Inhaberin, der elterlichen Gewalt und dem Konkubinatspartner, als leiblichem Vater, stellt noch keinen wichtigen Grund für eine Namensänderung dar 2006 S. 123
- Die Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB stellt eine umfassende Gestaltungsklage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand dar, für die kein eigenes Verfahren (z. B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht. Entsprechend dem Zweck des Bereinigungsverfahrens ist allerdings vorausgesetzt, dass damit (auch) ein Eintrag oder eine Berichtigung des Zivilstandsregisters angestrebt wird. Klarstellung, unter welchen Voraussetzungen gemäss Art. 42 ZGB auf Berichtigung des Zivilstandsregisters geklagt werden kann und wann das Namensänderungsverfahren gemäss Art. 30 ZGB einzuleiten ist 2006 S. 158

### **Pfändungsankündigung**

- Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung; Weiterverrechenbarkeit 1999 S. 142

### **Pflegekind**

- Begriff des Pflegekindes im Sinne des Gesetzes über die Kinderzulagen 2001 S. 77

### **Planungs- und Baurecht**

- Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates 2000 S. 71
- Ausnützung; Keller und Abstellräume im Erdgeschoss eines nicht unterkellerten Gebäudes 1999 S. 220
- Ausrichtung der Hauptwohnräume (§ 19 BO Zug) 1999 S. 221
- die Bestandesgarantie in einer Bauordnung beruht auf höherrangigem Recht; Aus-

legung der Bauordnung 1999 S. 84

- Bestandesgarantie; darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau nicht zur Ausnützung zählt? 1999 S. 219
- Besitzstandgarantie; Bauordnung Unterägeri; Tragweite 2001 S. 215
- Bewilligungspflicht für Geländeänderungen durch Deponieren von Aushub 2000 S. 59
- Bewilligungsanforderungen für Hartplatz bei Schulanlage, der teils in der Bauzone und teils in der Freihaltezone liegt 2000 S. 79
- Einzonung eines Gebietes, das in einem BLN-Objekt liegt; Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen 2004 S. 253
- Baureife eines Grundstücks; Erschliessungspflicht des Gemeinwesens 2004 S. 260
- Erschliessungspflicht der Gemeinde eines in der Bauzone gelegenen Grundstücks 2001 S. 214
- Begriff der hinreichenden Zufahrt. Eine Zufahrt ist hinreichend, wenn sie tatsächlich und rechtlich sichergestellt ist. Bedeutung eines im Grundbuch angemerkten öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts, auch wenn dieses im Anhang des gemeindlichen Strassenreglements nicht aufgeführt ist 2004 S. 72
- Geschossflächen, nicht anrechenbare: Entscheidend ist die bauliche Eignung 2001 S. 92
- Jugendcafé in Baustellenwagen; bewilligungspflichtige Baute? Zonenkonformität mit Zone des öffentlichen Interesses? 2001 S. 216
- Lärmbekämpfungsverordnung Cham; Benützungsordnung für den Pausenplatz des Schulhauses Städtli II 2001 S. 209
- Mindestabstand für Gebäude an Gemeindestrassen 2001 S. 96
- Mobilfunkantennen, Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86

- Mobilfunkanlage und Informationsfreiheit 2001 S. 218
- Planungspflicht ausserhalb der Bauzone; wann ist eine Ausnahmegewilligung zulässig und wann bedarf es einer Nutzungsplanung 1999 S. 88
- Planungszone; Freihaltung zwecks Strassenplanung 2000 S. 62
- Tennisanlage, die der breiten Öffentlichkeit dient und Zone des öffentlichen Interesses ist 2001 S. 83
- Überprüfung der Ortsplanung durch die Genehmigungsinstanz und Ermessensspielraum der Gemeinden 1999 S. 95
- Umnutzung einer gewerblichen Liegenschaft ausserhalb der Bauzone 2000 S. 76
- Wohnzone 2; welche gewerbliche Nutzungen sind zulässig? 1999 S. 219
- Mobilfunkanlage in Wohnzone 3 2000 S. 229
- Strassenreklamen; Praxisänderung für die Bewilligung 2000 S. 231
- Unter welchen Voraussetzungen braucht es für die Sanierung einer schadhafte Stützmauer eine Baubewilligung 2004 S. 69
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfosten an bestehendem Gartenhaus 2000 S. 233
- Grenze zwischen Wohnraumerweiterung und auf die Ausnützung nicht anrechenbarem Wintergarten 2002 S. 100
- Minimaler Gewerbeanteil von 60% bei Baumassenziffer. Der Mindestanteil bezieht sich auf die Baumasse des Bauvorhabens, nicht auf die maximal mögliche Baumasse 2002 S. 102
- Haftung für Schäden aus missbräuchlicher Baubeschwerde. Zuständig sind die Zivilgerichte. Das Verwaltungsgericht tritt auf ein Begehren um Feststellung der missbräuchlichen Beschwerdeführung nicht ein 2002 S. 109
- Verhältnis von Eingliederungsgebot, Ortsbildschutz und Denkmalschutz 2002 S. 110

- Zonenkonformität eines Frischmarktladens mit nächtlicher Anlieferung 2002 S. 270
- Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Die Baudirektion darf im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden 2003 S.72
- Bestandesgarantie 2003 S. 76
- Bewilligungspflicht für das Aufstellen eines grossen Kreuzes und dessen Beleuchtung 2003 S. 79
- Eine Zonenplanänderung durch den Gemeinderat ist nicht zulässig, wenn diese mit einer beschlossenen, aber noch nicht rechtskräftigen Baulinie in Widerspruch geraten könnte 2003 S. 84
- Wohnzone 2, Anzahl zulässiger Geschosse 2003 S. 299
- Höhenlage des Erdgeschossfussbodens bei zusammengebauten Gebäudeteilen, die als ein Gebäude gelten 2003 S. 301
- Mobilfunkantennen und an Gemeindeversammlung erheblich erklärte Motion 2003 S. 303
- Kann die Baufreigabe einer Reservezone durch den Gemeinderat von den Nachbarn mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden 2003 S. 310
- Anforderungen an die Umweltverträglichkeit einer Parkierungsanlage in einem Bebauungsplangebiet 2003 S. 313
- Das Interesse an der integralen Erhaltung eines BLN-Gebietes geht dem Interesse an der Produktion einer relativ geringen Menge Ökostrom vor 2005 S. 81
- Einordnung einer Neubaute in die Ortskernzone sowie in die Ortsbildschutzzone Oberwil-Zug 2005 S. 280
- Vorgehen und Zuständigkeiten bei baulichen Änderungen an einem geschützten Baudenkmal 2005 S. 283
- Anzurechnende Geschossfläche bei einem Attikageschoss 2005 S. 286

- Wie steil muss das Gelände sein, damit ein bergseitig gelegener Wasch- und Trocknungsraum im Erdgeschoss eines Gebäudes nicht zur Ausnützung gerechnet werden muss 2005 S. 288
- Schmutzwasserleitungen sind Bauten im Sinne des Raumplanungsrechts. Ausserhalb der Bauzonen dürfen Schmutzwasserleitungen nicht «auf Vorrat» in ein Grundstück eingelegt werden 2006 S. 87
- Die Umnutzung eines Tränkeschopfs/Freizeitlokals in ein Gastgewerbelokal kann in einer Zone «Übriges Gebiet für Golf» nach Art. 24a ff. RPG nicht bewilligt werden, wenn dadurch neue Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen 2006 S. 91
- Erforderlichkeit eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens für die Aufnahme eines Gewerbebetriebes. Bei der gewerbmässigen Herstellung von Pizzas entstehende Gerüche fallen als Emissionen unter die Luftreinhalteverordnung und sind in der Regel über das Dach zu entsorgen 2006 S. 97
- Anforderungen an eine Arealbebauung bei der Aufstockung und beim Umbau von in Einzelbauweise erstellten Mehrfamilienhäusern 2006 S. 239
- Tragweite der Bestandesgarantie 2006 S. 245
- unwesentliche oder wesentliche Änderung eines Bebauungsplanes in der Altstadt von Zug 2006 S. 248

### **Politische Rechte**

- Auch knappes Resultat verschafft keinen Anspruch auf Nachzählung, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Auszählen oder eine gesetzwidriges Verhalten der zuständigen Organe vorliegen 2002 S. 225
- Die blossе Meinungsäusserung von zwei Mitgliedern des Regierungsrats im Vorfeld einer Abstimmung bildet für sich allein noch keinen Ausständergrund; Voraussetzungen für die Nachzählung bei einem knappen Abstimmungsergebnis 2003 S. 257

### **Prozessführung**

- unentgeltliche, rückwirkender Entzug; Frage offen gelassen 1999 S. 154
- siehe auch Rechtspflege

## R

### Rechtspflege

#### Strafrechtsverfahren

- Zur Anordnung und gegebenenfalls zwangsweisen Durchsetzung erkennungsdienstlicher Massnahmen ist alleine die Polizei zuständig, sofern diese nicht zum Zwecke der Erstellung eines DNA-Profiles erfolgt. Der Untersuchungsrichter hat daher in den erstgenannten Fällen keine Vorkehrungen zu treffen. Dementsprechend können derartige Anordnungen und Handlungen der Polizei einzig auf dem Verwaltungsweg angefochten werden 2004 S. 220
- Nach dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen § 11 Abs. 1 StPO gilt als Privatkläger einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen. Der Strafantrag ist der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt 2004 S. 219
- Im zugerischen Strafprozess wird der Prozessstoff durch die Überweisungsverfügung in Kombination mit der Anklageschrift bestimmt und begrenzt. Praxisänderung 2004 S. 222
- Abwesenheitsverfahren 2000 S. 191
- Aktenherausgabe; kein Anspruch auf Herausgabe an den Verteidiger 2000 S. 178
- Ausstand eines Kantonsrichters, der in verschiedenen Verfahren mitwirkt 2001 S. 174
- Einstellung der Strafuntersuchung; die Verweisung auf den Zivilweg ist ein prozessleitender Entscheid, keine Beschwerde an die Justizkommission 2000 S. 182
- Qualität der Beschwerde gegen Urteile des Einzelrichters in Strafsachen 2000 S. 183
- Kompetenz des Einzelrichters bei Zusatzstrafen 2000 S. 187
- Vergewaltigung als Officialdelikt; Recht des Angeschuldigten Fragen an den Belastungszeugen zu stellen 2000 S. 188
- Mit dem Rückzug des Strafantrages entfällt eine Prozessvoraussetzung, das Straf-

- verfahren ist einzustellen; Auswirkung auf Kostenfolge 2002 S. 219
- Aufsichtsbeschwerde ist nicht Ersatz für nicht existierendes Rechtsmittel; Subsidiarität gegenüber Berufung; Vorwurf des Amtsmissbrauchs 2002 S. 220
  - Berufungsverhandlung; entschuldigtes bzw. unentschuldigtes Fernbleiben 2004 S. 228
  - Als Privatkläger gilt einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen 2003 S. 226
  - Das neue Prozessrecht ist auf alle hängigen Fälle anzuwenden. Die Mitwirkungsrechte einer Privatklägerin reichen nur so weit, als es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist 2003 S. 227
  - Die Bestellung eines amtlichen Verteidigers erfolgt grundsätzlich ad personam und beinhaltet keine Substitutionsermächtigung; ein Verteidigerwechsel ist nur mit gerichtlicher Zustimmung zulässig 2003 S. 230
  - Voraussetzungen für die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2003 S. 231
  - Akteneinsicht. Eine Herausgabe von Untersuchungsakten erfolgt nur an patentierte Anwälte, Ämter oder Versicherungsgesellschaften 2003 S. 232
  - Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung. Dem Beschuldigten, welcher zu Unrecht einen Atemlufttest verweigert und damit die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens und insbesondere eine unnötige Blutanalyse verursacht hat, sind die Untersuchungskosten aufzuerlegen 2003 S. 234
  - Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche. Anordnung der stationären Beobachtung eines Jugendlichen zur Abklärung der zweckmässigen Sanktion 2003 S. 235
  - Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Es ist grundsätzlich Sache der schweizerischen Behörden, diejenigen Akten auszuschneiden, die den ausländischen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Sie sind jedoch verpflichtet, den ausländischen Behörden sämtliche Aktenstücke zu übermitteln, die sich auf den im Ersuchen enthaltenen Verdacht beziehen können 2003 S. 241

- Die Ergreifung eines Rechtsmittels im Strafprozess setzt voraus, dass der Rechtsmittelkläger urteilsfähig ist. Anders als im Zivilprozess ist hier hingegen seine Handlungsfähigkeit nicht verlangt. Urteilsfähigkeit im konkreten Fall verneint 2004 S. 225
- Gegen Einstellungsbeschlüsse des Einzelrichters steht weder das Rechtsmittel der Berufung noch das Rechtsmittel der Beschwerde offen 2004 S. 230
- Beschleunigungsgebot; Folgen von dessen Verletzung 2005 S. 238
- Musste der Beschwerdeführer bereits aufgrund der ursprünglichen Armenrechtsbewilligung damit rechnen, dass ihm die Unentgeltlichkeit der Verteidigung bei einer erheblichen Einkommensverbesserung nicht mehr gewährt würde, liegt keine eigentliche, unzulässige Rückwirkung vor, wenn der Untersuchungsrichter in einer späteren Verfügung die Unentgeltlichkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Änderung der Einkommensverhältnisse entzieht 2005 S. 239
- Beweismässige Verwertbarkeit von Fragebogen, die im Laufe der Strafuntersuchung erhoben wurden; Teilnahmerecht der Verteidigung an Zeugeneinvernahmen; beweismässige Verwertbarkeit von Gutachten, die in einem anderen Verfahren erstattet wurden 2005 S. 241
- Kostenaufgabe und Entschädigung bei Einstellung der Strafuntersuchung 2005 S. 244
- Anklagegrundsatz – Anforderungen an die Eingrenzung des vorgehaltenen Sachverhaltes in zeitlicher Hinsicht 2005 S. 247
- Berufungsbeschränkung; Teilrechtskraft; Entschädigung der amtlichen Verteidigung; Fehlen einer gesetzlichen Grundlage zur Kürzung der Entschädigung von Amtes wegen im Berufungsverfahren 2005 S. 250
- Gegen Ausstandsentscheide des Strafgerichts ist die Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig 2005 S. 251
- Gegen die Weigerung der Staatsanwaltschaft, eine Konfrontationseinvernahme durchzuführen bzw. anzuordnen, ist die Beschwerde nach § 80 StPO nicht gegeben. Prüfung der Beschwerde erfolgt einzig unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten 2005 S. 252
- Die Beschwerde gegen die Überweisungsverfügung und damit auch gegen die mit

ihr allenfalls gleichzeitig abgewiesenen Aktenergänzungen ist seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung vom 19. Dezember 2002 nicht mehr zulässig. Hingegen kann gegen eine in der Überweisungsverfügung angeordnete Aufrechterhaltung der Fernhaltemassnahme Beschwerde geführt werden. Der vom Gesetz ausdrücklich im Rahmen der Überweisung vorgesehene Entscheid über die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer allfälligen Haft oder einer Ersatzmassnahme kann als selbständige Untersuchungshandlung angesehen werden, die weiterhin der Beschwerde gemäss § 80 Ziff. 1 StPO unterliegt 2005 S. 255

- Gegen eine einstweilige Einstellungsverfügung steht den Parteien die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung. Diese lässt sich – bei weitherziger Auslegung des Begriffs Untersuchungshandlung – auf § 80 Ziff. 1 StPO stützen, aber namentlich auch – zumindest analog – auf Ziff. 7 von § 80 StPO, welcher in seiner neuen Fassung vom 19. Dezember 2002 die Einstellungsverfügung ausdrücklich als Beschwerdeobjekt nennt 2005 S. 257
- Das Einzelrichteramt hat keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem es aus dem Teilfahrverbot für Motorräder ein Halte- und Parkverbot abgeleitet hat 2005 S. 259
- Auf eine nicht oder nicht genügend begründete Beschwerde kann nicht eingetreten werden. Begründet ist die Beschwerde dann, wenn der Beschwerdeinstanz dargelegt wird, auf welche Argumente sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf die gestellten Anträge stützt 2005 S. 261
- Herausgabepflicht Dritter; Akteneinsicht des Privatklägers in die edierten Unterlagen. Wer zur Edition aufgefordert wird, muss sich grundsätzlich in diesem Zeitpunkt auf sein allfälliges Verweigerungsrecht berufen und die Edition verweigern, allenfalls die Siegelung verlangen. Er kann damit nicht warten, bis den Prozessbeteiligten Akteneinsicht gewährt wird, und sich erst in diesem Zeitpunkt dagegen zur Wehr setzen. Nur wenn das Strafverfahren nachträglich ausgedehnt wird und die edierten Akten eine weitergehende Verwendung finden, als in der Editionsverfügung dargelegt wurde bzw. werden konnte, namentlich etwa nachträglich neu hinzugekommenen Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht gewährt werden soll, wäre denkbar, dass der Editionsverpflichtete sich auch noch mit Beschwerde gegen die Akteneinsichtsverfügung auf sein Editionsverweigerungsrecht im Sinne von § 29 Abs. 3 StPO berufen könnte 2006 S. 211
- Gegen die Ablehnung von beantragten Untersuchungshandlungen ist kein Rechtsmittel gegeben. Die Weigerung des Untersuchungsrichteramtes, eine verlangte

Untersuchungshandlung vorzunehmen, gehört nicht zu den in § 80 StPO ausdrücklich genannten Beschwerdefällen. Eine grosszügige Auslegung der Generalklausel von § 80 Ziff. 1 StPO widerspricht aber klar § 11ter Abs. 1 Ziff. 1 StPO. Damit kann bereits nach Konsultation des zugerischen Verfahrensrechts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung erkannt werden 2006 S. 216

- Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) als erkennungsdienstliche Massnahme. Der WSA stellt einen – wenn auch nur geringfügigen – Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen dar und setzt deshalb neben einer gesetzlichen Grundlage und einem öffentlichen Interesse auch die Verhältnismässigkeit voraus. Steht mithin von vornherein unzweifelhaft fest, dass eine DNA-Analyse für die zulässigen Zwecke gemäss Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz nicht in Betracht kommt, erscheint die Probenahme als unverhältnismässig und es ist deshalb darauf zu verzichten 2006 S. 219

#### Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren

- Ausstand dient der Wahrung von nötiger Distanz und Objektivität in der Fallbearbeitung; Regierungsrat als Beschwerdeinstanz 2004 S. 270
- Ein Gemeinderat, der mit einer privaten Bauherrschaft Verhandlungen über ein gemeinsames Bauprojekt führt, kann deshalb noch nicht als befangen bezeichnet werden. Entscheidend ist, ob sich der Gemeinderat als zuständige Baubewilligungsbehörde an die baurechtlichen Vorschriften hält 2004 S. 147
- Gegenüber Spezialadressaten sind Allgemeinverfügungen individuell und persönlich zu eröffnen, d. h. die anordnende Behörde kann sich nicht allein auf die öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinverfügung beschränken. Beginn des Fristenlaufs 2004 S. 151
- Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen bei der Änderung einer Bauzone 2004 S. 253
- unentgeltliche in einem Besuchsrechtsbeschwerdeverfahren 1999 S. 231
- Kosten und Parteienschädigung bei Abschreibung einer Kindesschutzbeschwerde infolge Gegenstandslosigkeit 2001 S. 193
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 240

- Prozessvoraussetzung und zivilrechtlicher Wohnsitz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 241
- Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Regierungsrat eine Vormundschaftsbeschwerde als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat 2002 S. 135
- Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis verleiht dem legitimizeden Gesuchsteller Anspruch auf einen beschwerdefähigen Entscheid der Aufsichtsbehörde, somit des Regierungsrats. Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen 2002 S. 137
- Legitimation zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde 2002 S. 246
- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht 2002 S. 252
- Keine Wiedererwägung von Rechtsmittelentscheiden 2002 S. 289
- Einreichung einer Beschwerdeschrift; Rechtzeitigkeit 2002 S. 291
- Beweiswürdigung; Beweiswert eines psychiatrischen Gutachtens, das ohne Beizug eines Dolmetschers erstellt wurde 2003 S. 93
- Ablehnung von Beweisanträgen; Notwendigkeit des Beizugs eines Sachverständigen; Anforderungen an dessen Unabhängigkeit und Unbefangenheit 2003 S. 135
- Voraussetzungen, unter denen die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden kann 2003 S. 68
- Garantie des unabhängigen Richters: gilt nicht für Baudirektion, die im Rahmen der Vorprüfung einer gemeindlichen Planung Fragen geprüft hat, die den Beschwerdegegenstand betreffen. Die Baudirektion darf das Verfahren vor dem Regierungsrat instruieren 2003 S. 72
- Wer sich nicht mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt, kann nicht als unterliegende Partei beurteilt werden somit auch nicht zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden 2003 S. 157
- Rechtzeitige Einreichung einer Beschwerdeschrift 2003 S. 333

- Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde im Sozialhilfeverfahren beim Entscheid über eine Unterbrechung oder Einstellung der Sozialhilfeleistungen 2003 S. 334
- Entzug der aufschiebende Wirkung; Zuständigkeit des Regierungsrats zur Anordnung des Entzugs, wenn diese nicht von der zuständigen Behörde angeordnet wurde 2003 S. 339
- Für die Festsetzung der Dauer von Probezeit und Schutzaufsicht kommt dem Amt für Straf- und Massnahmenvollzug ein erhebliches Ermessen zu; Ermessenskontrolle im Beschwerdeverfahren 2003 S. 343
- Rechtsstellung des beigeladenen Dritten im Verfahren 2005 S. 94
- Die Beschwerde eines Stimmbürgers gegen einen Entscheid des Regierungsrates, mit dem dieser einem gemeindlichen Bebauungsplan die raumplanungsrechtliche Genehmigung verweigert, ist keine Stimmrechtsbeschwerde. Es gelten daher die üblichen gesetzlichen Voraussetzungen für die Bejahung der Beschwerdeberechtigung 2007 S. 139
- Beschwerdeberechtigung in Bausachen 2007 S. 143
- Beschwerdeberechtigung des TCS zur Anfechtung einer Verfügung betreffend Geschwindigkeitsbeschränkung (Erw. 2) 2007 S. 150
- Parteistellung bei Mehrparteienverfahren, Parteientschädigung, rechtliches Gehör, Kognition In Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft gelten Eltern als Parteien. Dasselbe gilt für ein später eingeleitetes Beschwerdeverfahren. E. II. 5. Die Argumentation, dass im Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft nicht von einem Obsiegen oder Unterliegen gesprochen werden könne, da es um den Schutz des Kindes gehe, ist nicht zu hören. E. II. 6. Die fehlende Möglichkeit des Beschwerdeführers sich zur beantragten Nichtgewährung einer Parteientschädigung zu äussern, verletzt das rechtliche Gehör. Auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann aufgrund der umfassenden Kognition des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz verzichtet werden. E. II. 10 2007 S. 292
- Aufschiebende Wirkung – Über ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheidet die Präsidentin bzw. der Präsident der Beschwerdeinstanz. E. I. 1 – Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde bedeutet, dass der bisherige Rechtszustand bis zum rechtskräftigen Beschwerdeentscheid unverändert fort dauert. E. II. 1a 2007 S. 288

- Beschwerdelegitimation – Art. 12 Abs. 1 NHG, Art. 659 ZGB, § 88 Abs. 2 EG ZGB
- Einsprache- und Beschwerdelegitimation von gesamtschweizerischen Organisationen Deltaerweiterung bei einem Bach als künstliche Landanlage oder natürliche Landanschwemmung 2007 S. 302

#### Zivilrechtsverfahren

- Gerichtsstand; – Es sind nur Geschäfte des «üblichen Verbrauchs» als Konsumentenverträge zu qualifizieren. Ausserordentliche Anschaffungen, die nicht regelmässig getätigt werden, sowie eigentliche Luxusgüter fallen nicht in den Anwendungsbereich 2004 S. 189
- Im Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG in den Aktivprozess der Konkursitin kann kein Parteiwechsel erblickt werden. Die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung durch den Abtretungsgläubiger lässt sich daher nicht auf § 21 Abs. 2 ZPO stützen 2004 S. 192
- Die Zulässigkeit der Streitverkündung im summarischen Verfahren ist in der Lehre umstritten. Soweit die Streitverkündung jedoch der Einfachheit und Raschheit des summarischen Verfahrens nicht entgegensteht, ist sie zuzulassen 2004 S. 196
- Wird eine Beschwerde von einem nicht zur Vertretung berechtigten Nichtanwalt unterzeichnet, ist eine kurze, gegebenenfalls über die Beschwerdefrist hinausgehende Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen 2004 S. 198
- Wird eine Bank mit der Überweisung des verlangten Kostenvorschusses auf das Postcheckkonto der Gerichtskasse beauftragt, gilt der Kostenvorschuss nur dann als rechtzeitig geleistet, wenn er am letzten Tag der Frist bei der Postfinance eintrifft und als Fälligkeitsdatum ebenfalls spätestens dieses Datum angegeben wird 2004 S. 200
- Vom zahlungsunfähigen Kläger kann die Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden. Der Zahlungsunfähige zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um solche handelt es sich bei der im Streite liegenden Forderung und den damit zusammenhängenden Gerichts- und Parteikosten nicht. Allfällige künftige Verbindlichkeiten bei der heute zu beurteilenden Zahlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit können nicht berücksichtigt werden 2004 S. 201
- Pfandausfallschein als Beweismittel für Zahlungsunfähigkeit 2000 S. 173

- Unentgeltliche Prozessführung; Unterhaltskosten für ein im gleichen Haushalt lebendes Kind 2000 S. 173
- Verfügung des Eheschutzrichters als superprovisorische Massnahme; Nichteintreten auf Beschwerde wegen Rechtsverweigerung 2001 S. 177
- Bedürftigkeit, Unterhaltspflichten: Leistung von Prozesskostenvorschüssen 2001 S. 169
- Wiederaufnahme eines Verfahrens; Ausnahmen für das summarische Verfahren 2001 S. 180
- Keine unentgeltliche Rechtspflege bei Verheimlichung von Vermögenswerten 2000 S. 175
- Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidenten zum Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Berufungsverfahrens 2001 S. 171
- Erläuterung gemäss § 81 GOG. § 49 Abs. 1 ZPO, wonach die Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter zugesprochen wird, wenn die unentgeltliche Partei obsiegt, beinhaltet eine Art Legalzession, d. h. die der obsiegenden Partei zugesprochene Prozessentschädigung geht sogleich und unmittelbar kraft Gesetzes auf dessen unentgeltlichen Rechtsbeistand über bzw. entsteht direkt bei diesem. Handelt es sich bei § 49 Abs. 1 ZPO um eine so verstandene Legalzession, kann ein Urteil, in welchem die Prozessentschädigung versehentlich dem obsiegenden Kläger statt seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter zugesprochen wird, auf dem Wege der Erläuterung korrigiert werden 2004 S. 213
- Der verfassungsmässige Anspruch der bedürftigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege bezieht sich grundsätzlich nur auf die Zukunft 2002 S. 197
- Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, kein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2002 S. 198
- Weist der kantonsgerichtliche Referent ein gegen die von ihm nominierten Gutachter gestelltes Ausstandsbegehren ab und stellt fest, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet hat, handelt es sich dabei um eine Beweisverfügung. Gegen diese Verfügung ist die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben. Die Beschwerde an die Justizkommis-

- sion nach § 208 Ziff. 4 ZPO ist damit ausgeschlossen 2004 S. 202
- Unlauterer Wettbewerb: Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung genügt allein noch nicht als Verfügungsgrund. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung 2002 S. 201
  - Die Frage nach der Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Firmenrecht entscheidet sich ausschliesslich nach dem kantonalen Prozessrecht. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen ist Zurückhaltung geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre 2004 S. 206
  - Der Gesuchsteller verfügt im Rahmen der vorsorglichen Beweissicherung über die Verfahrensherrschaft 2004 S. 208
  - ZPO: § 201 Abs. 2 hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen 2002 S. 207
  - Beschwerdebegründung als gesetzliches Gültigkeitserfordernis; Voraussetzung für die Wiederherstellung einer Beschwerdefrist 2002 S. 210
  - ZPO § 208 Ziff. 2: Kompetenzen der Aufsichtsinstanz 2002 S. 212
  - Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann nach der Praxis der Justizkommission gegen eine Verfügung des Referenten keine Beschwerde erhoben werden und der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weitergezogen werden 2002 S. 215
  - Im Falle der Zustellung eines Rechtsöffnungsentscheides während den Betreibungsferien beginnt die Beschwerdefrist unabhängig vom Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens erst nach Ablauf der Betreibungsferien zu laufen 2004 S. 209
  - Auslegung der Begriffe öffentliche oder private Strasse; Massgebend für die Zuständigkeit ist das Interesse für eine Verkehrsanordnung auf privaten Grund 2002 S. 216
  - Benutzungsverhältnis zwischen einer Gemeinde und dem Benutzer einer gemeindeeigenen Mehrzweckhalle; Kriterien zur Unterscheidung zwischen einem privat-

rechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Anspruch 2003 S. 198

- Reichweite der materiellen Rechtskraft; Die Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich in gewissen Fällen auf die Urteilsbegründungen. Im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts darf das zivilprozessrechtliche Institut der materiellen Rechtskraft nicht eine Spaltung des Synallagmas bewirken 2003 S. 203
- Internationale Zuständigkeit; Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Gültigkeit von mit internationalen Warenkäufen im Zusammenhang stehenden Gerichtsstandsklauseln richten sich nicht nach dem WKR, sondern nach dem Prozessrecht der lex fori. Sind die formellen Anforderungen von Art. 17 LugÜ für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt und liegt zwischen den Parteien keine Einigung über den Ort der Erfüllung gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vor, so ist der Erfüllungsort im Zusammenhang mit internationalen Warenkäufen nach Art. 31 WKR zu bestimmen 2003 S. 208
- Sicherstellung der Parteientschädigung bei definitivem Verlustschein 2003 S. 213
- Unantastbarkeit von kleinen Vermögen i. S. von § 46 Abs. 1 ZPO 2003 S. 214
- Novenrecht im Eheschutzverfahren. In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Offizialmaxime. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig 2003 S. 218
- Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig 2003 S. 219
- Ist die gemäss Scheidungsurteil geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern muss diese erst noch nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden, und kann deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreibung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen 2003 S. 222
- Kann auf die betreibungsrechtliche Beschwerde offensichtlich wegen formellen Mängeln nicht eingetreten werden, erübrigt es sich, auf ein (erneut) gestelltes Ausstandsbegehren gegen die ordentlichen Mitglieder der Justizkommission einzutreten 2004 S. 211

- Werden Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt bzw. ergeben sich solche aufgrund der Urteilsbegründung, sind diese mit dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen. Weiterleitung des Gesuchs von Amtes wegen an die zuständige Behörde 2004 S. 212
- Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers 2005 S. 209
- Von der klägerischen Partei, die einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG erlangt hat, kann keine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden 2005 S. 212
- Bestreitungslast. Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein substantiiertes Bestreiten der klägerischen Sachvorbringen. Mit Bezug auf das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens ist insbesondere die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend 2005 S. 214
- Würdigung von Zeugenaussagen anhand von wissenschaftlich unterlegten Kriterien, Merkmale für die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Unglaubhaftigkeit seiner konkreten Zeugenaussage 2005 S. 215
- § 93 ZPO bildet keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen. Solche Massnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist 2005 S. 220
- Vorsorgliche Massnahmen. Eine Wiederholungsgefahr ist zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht. Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens 2005 S. 222
- Ist eine Ersatzvornahme möglich, kann (noch) nicht die Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangt werden. Dieses Institut ist erst als ultima ratio zulässig 2005 S. 226
- Nichteintreten auf eine Beschwerde wegen ungebührlicher Äusserungen 2005 S. 228

- Wiederherstellung der Berufungsfrist bei Versäumnis infolge höherer Gewalt. Das Restitutionsgesuch ist innert angemessener Frist einzureichen, d. h. sobald die Tatsache der Fristversäumnis dem Betroffenen bekannt geworden und ihm die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs zugemutet werden kann. Als angemessen dürfte eine Frist gelten, die der für die Einreichung des versäumten Rechtsmittels normierten entspricht 2005 S. 231
- Wird ein Zivilgericht angerufen, hat es seine eigenen prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden; die Zivilgerichte sind dem Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht unterstellt (vgl. § 2 VRG). Die Frage der Weiterleitungspflicht richtet sich demnach nicht nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 7 VRG), sondern nach dem Gerichtsorganisationsgesetz 2005 S. 233
- Kostenvorschuss. Erfolgt die Zahlung des Kostenvorschusses über ein Bankkonto auf das Postkonto der Gerichtskasse, ist die Zahlung rechtzeitig erfolgt, wenn das Geld am letzten Tag der Frist zugunsten der Gerichtskasse bei der Post eingegangen ist. Keine Rolle spielt dagegen, wann der Betrag dem Postkonto der Gerichtskanzlei gutgeschrieben wurde 2006 S. 195
- Kosten- und Entschädigungsfolgen. Reicht eine Partei Entscheide anderer kantonalen Gerichte, die ihren Standpunkt im Verfahren vor zugerischen Gerichten stützen, weil sie in vergleichbaren Fällen ergangen sind, verspätet in den hiesigen Prozess ein, kann sie deswegen nicht zur Zahlung von Gerichtskosten und einer Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden 2006 S. 197
- Unentgeltliche Prozessführung. Voraussetzung für das Eintreten auf ein neues Gesuch ist, dass der Antragsteller wesentlich veränderte Verhältnisse seit der Abweisung des ersten Gesuches geltend machen kann 2006 S. 197
- Die Unverbindlichkeit eines vor Kantonsgericht abgeschlossenen Vergleichs wegen Willensmängeln ist auf dem Beschwerdeweg und nicht mit selbständiger Klage geltend zu machen (Praxisänderung) 2006 S. 201
- Kaufvertrag; Zahlungsverprechen. Voraussetzungen für den Erlass eines einstweiligen Zahlungsverbot (Erw. 2). Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch in casu nicht glaubhaft gemacht (Erw. 3 und 4a). Frage nicht abschliessend beurteilt, ob ein Abrufverbot an den Begünstigten mit einem Zahlungsverbot an den Garanten ergänzt bzw. ersetzt werden kann (Erw. 4b) 2006 S. 207

- Säumnisverfahren, Im Urteil, das gestützt auf ein Säumnisverfahren ergeht, ist nicht zu berücksichtigen, was die säumige Partei in einem früheren Stadium des Verfahrens noch rechtzeitig vorgebracht hat. Die Säumnis hat nicht zur Folge, dass auf eine Klageanerkennung geschlossen würde. Es wird lediglich davon ausgegangen, dass die vom Kläger vorgebrachten tatsächlichen Behauptungen nicht bestritten würden 2006 S. 200
- §§ 36 Abs. 1, 208 Ziff. 4 ZPO. – Beschwerde gegen Festsetzung des Prozesskostenvorschusses durch den Kantonsgerichtspräsidenten in einem Haftpflichtprozess 2007 S. 238
- § 62 ZPO; Art. 754 ff. OR; Zulässigkeit einer Eventualwiderklage im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses 2007 S. 241
- Begründungspflicht bei Kostenentscheiden – Die Begründung eines Kostenentscheids soll dessen sachgerechte Anfechtung ermöglichen. Wendet das Gericht bei der Kostenfestsetzung den ordentlichen Tarif an, d. h. sieht es von einer Erhöhung oder Herabsetzung der Spruchgebühr oder des Grundhonorars bzw. von Zuschlägen zu Letzterem ab, ist eine Begründung des Kostenentscheids entbehrlich, 2007 S. 243
- § 96 GOG, § 37 ZPO, § 10 GebV – Gerichtsgebühren stellen kostenabhängige Kausalabgaben dar, weshalb bei ihrer Festsetzung das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zu beachten sind. Das Äquivalenzprinzip kann namentlich verletzt sein, wenn die Gerichtsgebühr in Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwandes nicht erlaubt, in Prozenten und Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt. Im vorliegenden Fall erscheint eine Spruchgebühr von CHF 380'000.– noch als verhältnismässig, 2007 S. 243
- §§ 3 und 5 AnwT – Die Möglichkeit einer Erhöhung bzw. Herabsetzung des Grundhonorars gemäss § 3 AnwT sowie der Berechnung von Zuschlägen nach § 5 AnwT dient der Einzelfallgerechtigkeit des Anwaltstarifs. Sie besteht unabhängig von der Höhe des massgebenden Streitwerts. Bei sehr hohen Streitwerten birgt eine schematische Anwendung solcher Erhöhungs- und Zuschlagsmöglichkeiten indes die Gefahr objektiv unverhältnismässiger Parteientschädigungen, da sich der im streitwertabhängigen Tarif enthaltene Kompensationsgedanke bei der prozentualen Erhöhung des Grundhonorars bzw. bei prozentualen Zuschlägen zu diesem faktisch mehrfach auswirkt. Dieser besonderen Situation gilt es bei der Bemessung

von Erhöhungen und Zuschlägen angemessen Rechnung zu tragen, zumal die Entschädigung des Anwalts stets in einem vernünftigen Verhältnis zu der von ihm erbrachten Leistung zu stehen hat. 2007 S. 243

- § 43 ff. ZPO. – Die Kostenfolgen des Arrestverfahrens werden abschliessend von Art. 68 SchKG i. V.m. Art. 48 ff. GebV SchKG geregelt, weshalb die Kantone keine weiteren Kostenfolgen anordnen können, insbesondere auch keine Sicherstellung der Parteientschädigung 2007 S. 252
- § 46 ff. ZPO – Nach der zugerischen ZPO haben juristische Personen grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Vorbehalten bleiben von der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 29 Abs. 3 BV geschaffene Ausnahmefälle. 2007 S.253
- § 46 ff. ZPO – Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung bei Rechtsmissbrauch. Verbraucht ein Gesuchsteller im Hinblick auf einen anstehenden oder bereits rechtshängigen Prozess ohne Not und im Vertrauen auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung geradezu mutwillig einen vorhandenen Vermögenswert, welcher zur Deckung der anfallenden Prozesskosten problemlos ausreichen würde, kann ihm die unentgeltliche Prozessführung wegen rechtsmissbräuchlicher Herbeiführung der Bedürftigkeit verweigert werden. In casu werden die Bezahlung hoher Anwaltskosten und die Rückzahlung einer nicht fälligen Darlehensschuld als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. 2007 S. 254
- §§ 154 und 208 Ziff. 4 ZPO. – Gegen einen Beschluss des Kantonsgerichts, mit welchem das Begehren um mündliche Befragung des Experten bzw. um Anordnung einer Oberexpertise abgewiesen wurde, ist die Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts nicht zulässig. 2007 S. 258
- § 208 Ziff. 4 ZPO. – Ablehnungsbegehren gegen einen Sachverständigen. Ein Sachverständiger ist keine Gerichtsperson i. S.v. § 208 Ziff. 4 lit. b ZPO, weshalb die Abweisung eines Ablehnungsbegehrens durch das Kantonsgericht nicht gestützt auf diese Bestimmung mit Beschwerde angefochten werden kann (E. 1a). Da der Abweisungsbeschluss nicht in einem separaten Ausstandsverfahren, sondern im Rahmen des Beweisverfahrens ergeht, kann er überhaupt nicht selbständig – auch nicht nur unter dem Gesichtswinkel der Verletzung klarer Prozessvorschriften nach § 208 Ziff. 4 ZPO – sondern nur zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden (E. 1b). 2007 S. 260

## **Rechtsöffnungsverfahren**

- Bemessung der Parteientschädigung 1999 S. 129

## **S**

### **Sachenrecht**

- Ideelle Immissionen. Die mit der Errichtung von «Dozulékreuzen» (auch «Liebeskreuze» genannt) verbundene Wirkung ist als ideelle Immission zu qualifizieren. Ob eine übermässige Einwirkung vorliegt, ist aufgrund der konkreten Umstände zu prüfen. Im vorliegenden Fall stellt das Kreuz bei Tageslicht keine übermässige Immission im Sinne von Art. 684 Abs. 1 OR dar. Hingegen übersteigen die Immissionen, die in der Dunkelheit vom beleuchteten Kreuz ausgehen, die Grenze dessen, was die Nachbarn gemäss Art. 684 ZGB noch dulden müssen 2005 S. 170

### **Sammelauskunft**

- (Datenschutz) Revision des DSG: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei Sammelauskünften 2005 S. 302

### **Schaden**

- Feststellung bei erlittenem Vergehen oder Verbrechen; Ausführungen in den Erwägungen genügen 1999 S. 147

### **Schuldbetreibung und Konkurs**

- Konkursamt ist nicht legitimiert, gegen das Konkursdekret eine Beschwerde einzureichen zur Feststellung dessen Nichtigkeit (Änderung der Rechtsprechung), Rechtsfolgen, 2000 S. 141
- Anforderungen an die Angaben im Betreibungsbegehren; i. c. Adresse des Gläubigers 2000 S. 147
- Korrektur einer fehlerhaften Gläubiger- und Parteibezeichnung 2000 S. 149
- Deutscher Vergütungsfeststellungsbeschluss; Vollstreckbarerklärung, Rechtsöffnung 2000 S. 150
- Erfolgte die Sitzverlegung der Schuldnerin – wie im konkreten Fall – bevor ihr der Konkurs angedroht wurde, kann die Betreibung am neuen Betreibungsort ohne

Einleitungsverfahren fortgesetzt werden. Wurden seit der Beseitigung des Rechtsvorschlages Teilzahlungen auf die Betreuungsforderung geleistet, ändert das nichts daran, dass die Betreuung für den Restbetrag ohne weiteres fortgesetzt werden kann 2004 S. 171

- Liegt ein Mahngeschäft i. S. von Art. 102 Abs. 1 OR vor und ist eine Mahnung nicht nachgewiesen, wird nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung qualifiziert. Für Betreuungskosten wird keine Rechtsöffnung erteilt 2004 S. 173
- Betreuung einer AG, über die der Konkurs eröffnet worden ist, die aber noch im HReg eingetragen ist 2000 S. 153
- Bei Trennung von Haupt- und Widerklage ist bei verrechenbaren Ansprüchen die Vollstreckbarkeit des zuerst gefällten Urteils aufzuschieben bis über den anderen Anspruch ebenfalls entschieden worden ist 2004 S. 175
- Lohnsperre. Voraussetzungen, unter denen das Betreibungsamt eine Sperre der Lohnansprüche des Schuldners gegenüber seinem Arbeitgeber verfügen kann 2004 S. 177.
- Streitwert der Kollokationsklage; Zuständigkeit des Friedensrichters 2000 S. 158
- Provisorische Pfändung; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung 2000 S. 169
- Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreuung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreuung angehoben worden ist 2001 S. 149
- Eine erst nach Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld kann nur berücksichtigt werden, wenn diese innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist 2001 S. 161
- Auf offensichtlichem Irrtum beruhender Eintrag im Handelsregister und deren Folgen für das Betreibungsamt 2001 S. 150
- Einforderung grundpfandgesicherter Zinsen und Annuitäten 2001 S. 152
- Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils 2001 S. 154

- Nachlassstundungsverfahren; Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung und Gewährung einer neuerlichen Stundung 2001 S. 162
- Änderung des Wohnsitzes des Schuldners während des Einleitungsverfahrens 2002 S. 175
- Rechtsstillstand wegen schwerer Erkrankung; Voraussetzungen 2002 S. 177
- Die in einem Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgte Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils erwächst in Rechtskraft und bindet den Richter in einem späteren Rechtsöffnungsverfahren 2002 S. 179
- Es ist in erster Linie Sache des Urteilsstaates, die ordnungsgemässe Zustellung des Urteils zu prüfen, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll. Zustellungsnachweis mittels Zustellungsurkunde und deren Bedeutung 2002 S. 182
- Prozessgewinn des Klägers besteht in der Differenz zwischen jener Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre und jener, welche ihm nach der gerichtlich bereinigten Kollokation zukommt 2002 S. 185
- Die Frage, ob eine Forderung als Kostenforderung oder Massaschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, ist als ein solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Die aus der Zwangsverwertung einer Liegenschaft anfallende Mehrwertsteuer gehört zu den Massekosten und ist vorab aus dem Gesamterlös der Liegenschaft zu bezahlen 2002 S. 187
- Arrest kann nur auf Sachen und Rechte gelegt werden, die zumindest nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Dritteigentum darf nur im Falle des sog. «Durchgriffs» verarrestiert werden, d. h. wenn der Schuldner seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat 2002 S. 190
- Enthält eine betreibungsrechtliche Beschwerde weder einen bestimmten Antrag noch eine Begründung, kann darauf nicht eingetreten werden 2003 S. 186
- Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist 2003 S. 187

- Betreuung auf Sicherheitsleistung; Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreuung auf Sicherheitsleistung verlangt, darf das Betreibungsamt nur die formellen Voraussetzungen hierfür prüfen. Für die Prüfung der materiellen Voraussetzungen ist im Streitfall der Richter zuständig 2003 S. 189
- Anforderungen an die Umschreibung des Forderungsgrundes bzw. der Forderungsurkunde 2003 S. 190
- Voraussetzung für die Aussetzung des Konkurses gemäss Art. 173a SchKG 2003 S. 193
- Ein allfälliger Prätendentenstreit über die Zugehörigkeit einer gewöhnlichen, nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung erfolgt nicht im Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG 2003 S. 194
- Fehlt es an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, kann die Konkursöffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen, wenn sich die Überschuldung aus den übrigen Akten klar ergibt. Ein Konkursaufschub ist jedoch schon aus diesem Grunde ausgeschlossen 2004 S. 179
- Die Verrechnung ist mit Bezug auf den Erwerb von Aktien ausgeschlossen, da der Rechtsgrund der Forderung in Tatsachen liegt, die nach der Konkursöffnung eingetreten sind. Vor der beschlossenen Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Aktionäre hat dieser Anspruch auch nicht virtuell bestanden 2004 S. 184
- Gegen die Ablehnung des Arrestbegehrens ist die Beschwerde an die Justizkommission gegeben. Das Novenrecht bestimmt sich nach § 212 i. V. § 205 Abs. 1 ZPO. Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen. Glaubhaftmachung im konkreten Fall bejaht 2004 S. 186
- Der Entscheid des Richters über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens ist endgültig; dagegen ist nur noch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zulässig 2003 S. 197
- Legitimation zur Beschwerde. Der übergangene Drittinteressent bei einem Freihandverkauf ist nicht zur Beschwerde legitimiert, da er nicht in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird 2005 S. 187
- Nach der neueren Lehre kann der Promissar beim unechten oder echten Vertrag

zugunsten eines Dritten die Leistung an sich selber beanspruchen, beim zuletzt erwähnten Vertrag allerdings nur solange als der Dritte dem Promittenten nicht erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Der unechte oder echte Vertrag zugunsten eines Dritten stellt daher grundsätzlich einen provisorischen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Promissars dar 2005 S. 188

- Weist die ausseramtliche Konkursverwaltung die Forderungseingabe des Betreibungsamtes gemäss Art. 100 SchKG ohne materielle Prüfung ab und kolloziert im Gegenzug die Forderungseingabe des deutschen Konkursverwalters, so stellt die Abweisung der Forderungseingabe des Betreibungsamtes eine rein verfahrensrechtliche Nichteintretens-Verfügung dar, welche der Beschwerde nach Art. 17 SchKG unterliegt (Erw. 2). Ohne Anerkennung gemäss Art. 166 ff. IPRG kann ein deutsches Konkursdekret in der Schweiz keine Wirkungen entfalten, insbesondere kann ein deutscher Insolvenzverwalter nicht als Gläubiger-Vertreter in einem schweizerischen Konkurs anerkannt werden (Erw. 3) 2005 S. 189
- Nach konstanter Rechtsprechung der Justizkommission muss sich der geltend gemachte Konkurshinderungsgrund (Tilgung, Hinterlegung oder Verzichtserklärung) spätestens bis zum Ablauf der 10-tägigen Weiterzugsfrist verwirklicht haben. Wird nur die Schuld – inkl. Zinsen und Betreibungskosten, aber ohne Gerichtskosten – innerhalb der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen getilgt, mangelt es an einer Voraussetzung, um die Konkursöffnung aufheben zu können 2005 S. 192
- Das Konkursamt ist beim Freihandverkauf verpflichtet, das aus kaufmännischer Sicht beste Ergebnis anzustreben. Es darf sich nicht einfach mit dem erstbesten Angebot zufrieden geben, sondern muss geeignete Abklärungen treffen, um mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilen zu können, ob ein bestimmtes Angebot von einem Kaufinteressenten angemessen ist 2005 S. 195
- Einrede mangelnden neuen Vermögens. Das Betreibungsamt hat nicht zu überprüfen, ob der Konkurs des Schuldners mangels Aktiven eingestellt wurde. Darüber kann einzig der Richter entscheiden 2005 S. 198
- Der Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 Abs. 1 SchKG in den Prozess ist erst mit der Bezahlung des von ihm geforderten Kostenvorschusses vollzogen 2005 S. 199
- Entschädigung als Mitglied des Gläubigerausschusses. Die Konkursverwaltung hat nicht die Kompetenz, die Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses

abschliessend zu prüfen und darüber zu befinden. Über die Berechtigung und Angemessenheit der Rechnungen entscheidet vielmehr die Aufsichtsbehörde (Erw. 1). Weigert sich die Konkursverwaltung aus einem materiellrechtlichen Grund, die Forderung eines Mitglieds des Gläubigersausschusses zu begleichen, hat darüber der Zivilrichter und nicht die Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Erw. 2) 2005 S. 200

- Zustellung eines Zahlungsbefehls. Es liegt kein unzulässiger Interessenkonflikt vor, wenn der Zahlungsbefehl an eine Angestellte der betreibenden Gläubigerin in den Geschäftsräumlichkeiten der betriebenen Schuldnerin zugestellt wird, welche den Zahlungsbefehl an einen Vertreter der betriebenen Schuldnerin weiterleitet, der nicht im Dienste der betreibenden Gläubigerin steht 2006 S. 172
- Urkundenedition im Rechtsöffnungsverfahren. Im Rechtsöffnungsverfahren gelten Editionsbegehren grundsätzlich als unzulässig, namentlich wenn sie sich auf den Rechtsöffnungstitel beziehen 2006 S. 176
- Wird das Gesuch um Konkursöffnung wegen Überschuldung auf Begehren der Revisionsstelle vom Konkursrichter abgewiesen, ist die Revisionsstelle mangels Parteistellung bzw. mangels Rechtsschutzinteresses nicht zur Beschwerde legitimiert 2006 S. 178
- Die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ist nicht schiedsfähig 2006 S. 179
- Ein Begehren um neue Schätzung durch Sachverständige wird gegenstandslos, wenn über die Grundpfandschuldnerin der Konkurs eröffnet wird. Ergibt die neue Schätzung durch den Sachverständigen nur eine geringfügige Abweichung, kann von vornherein keine Aussage darüber gemacht werden, welche von beiden Schätzungen den höheren Anspruch auf Richtigkeit hat 2006 S. 188
- Zustellfiktion bei eingeschriebenen, nicht abgeholten Briefpostsendungen. – Die von der Rechtsprechung entwickelte Zustellfiktion, nach der eingeschriebene, nicht abgeholte Briefpostsendungen am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten, setzt den Bestand eines Prozessrechtsverhältnisses voraus. Durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung wird für das Konkursöffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b) 2007 S. 201
- Art. 65 Abs. 1 SchKG – Mangelt es der betriebenen Gesellschaft an einer zu Vertretung befugten Person, weil der betreibende Gläubiger gleichzeitig einziger Ver-

- waltungsrat der betriebenen Gesellschaft ist, ist die Situation so zu halten, als mangle der Schuldnerin überhaupt jegliche Vertretung. Der Gläubiger ist daher gehalten, im Betreibungsbegehren die Zustellung an die Vormundschaftsbehörde zu beantragen oder der Gesellschaft vorgängig einen Beistand bestellen zu lassen, wenn er persönlich gegen diese vorgehen will und er dadurch als gleichzeitiger Vertreter der Gesellschaft in einen Interessenkonflikt gerät. 2007 S. 204
- Art. 80 SchKG; Art. 277 Abs. 2 ZGB – Ein Scheidungsurteil bildet nur dann einen definitiven Rechtsöffnungstitel für Mündigenunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB, wenn sich aus dem Urteil mit hinreichender Klarheit ergibt, dass solcher geschuldet ist. Aus der Formulierung «bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung» lässt sich nicht herleiten, dass der Unterhalt über den Abschluss einer Erstlehre hinaus bis zu demjenigen einer zweijährigen Zusatzlehre geschuldet ist. 2007 S. 207
  - Art. 80 SchKG – Aus prozessökonomischen Gründen wird für Verzugszinsen praxismässig auch dann Rechtsöffnung erteilt, wenn im Rechtsöffnungstitel kein Verzugszins ausgewiesen ist. Da in solchen Fällen kein eigentlicher Rechtsöffnungstitel vorliegt, ist diese Praxis auf Fälle zu beschränken, in denen der Verzugszins gleichzeitig mit der Hauptforderung geltend gemacht wird und es sich um einen geringfügigen, leicht feststellbaren und liquiden Betrag handelt. Sie ist deshalb nicht anwendbar, wenn die Verzugszinsforderung im Rechtsöffnungsverfahren nicht bloss als Nebenforderung zusammen mit der durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesenen Hauptforderung, sondern selbständig geltend gemacht wird. 2007 S. 211
  - Art. 80 SchKG; Art. 24, 25 ff. LugÜ – Ein im Rahmen eines ordentlichen italienischen Zivilprozesses gestützt auf Art. 648 des italienischen Codice di Procedura Civile vorläufig vollstreckbar erklärtes «decreto ingiuntivo» ist kein Massnahmeentscheid gemäss Art. 24 LugÜ, sondern eine anerkennungsfähige Entscheidung i. S.v. Art. 25 LugÜ. Als solche muss es in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden, soweit kein Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 27 f. LugÜ vorliegt (E. 5a, 5b). 2007 S. 213
  - Art. 28 LugÜ – Die Schiedseinrede ist vor den Gerichten des Urteilsstaates zu erheben und stellt deshalb keinen Anerkennungsverweigerungsgrund i. S. v. Art. 28 LugÜ dar (E. 5c). 2007 S. 213
  - Art. 38 Abs. 3 LugÜ – Die Vollstreckbarerklärung einer im Urteilsstaat bloss vorläufig vollstreckbar erklärten Entscheidung kann in analoger Anwendung von Art. 38 Abs. 3 LugÜ von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden (E. 5e) 2007 S. 213

- Art. 85a SchKG. – Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG steht auch bei öffentlich-rechtlichen Forderungen zur Verfügung, wobei das Verfahren grundsätzlich bis zum Vorliegen einer rechtsbeständigen Verfügung der zuständigen Behörde zu sistieren ist. Der Zivilrichter kann danach lediglich feststellen, ob eine solche Verfügung zur Begründung der Forderung vorliegt oder nicht (E. 2a). Die Möglichkeit zur vorsorglichen Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG besteht grundsätzlich auch bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen. Liegt bereits eine rechtskräftige Verfügung vor, ist sie aber nur in besonderen Fällen anzuordnen (E. 2b). Dabei genügt es bei einer Betreibung auf Sicherheitsleistung nicht, dass eine rechtskräftig verfügte Sicherstellungsforderung erheblich höher ist als die sicherzustellende öffentlich-rechtliche Forderung. Ist der nach Durchführung der Verwertung zugunsten der Gläubiger hinterlegte Betrag ohnehin kleiner als die zu sichernde Forderung, fehlt es für die vorläufige Einstellung der Betreibung nämlich schon an einem schutzwürdigen Interesse (E. 4) 2007 S. 220
- Art. 229 SchKG. – Ausweisung des Gemeinschuldners aus dessen Einfamilienhaus. Ausweisung im konkreten Fall bejaht 2007 S. 225
- Art. 63 KOV – Das Konkursamt hat über den Bestand von Bauhandwerkerpfandrechten im Lastenverzeichnis definitiv zu verfügen, wenn zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bei Gericht ein Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes anhängig ist. Art. 63 KOV ist nicht anwendbar 2007 S. 228

## Schule

- Kognition bei Schülerbeurteilungen; Beschwerde gegen Maturitätsnote 2000 S. 221
- Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung) 2003 S. 126
- Zum Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit 2006 S. 262

## Schulrecht

- (Datenschutz) Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Mellingen 2005 S. 307

## Sozialhilfe

- Ausbildungskosten als Sozialhilfeleistungen 2004 S. 264
- Einschränkung wegen Verweigerung zumutbarer Mitwirkung 2000 S. 102
- Unterstützungswohnsitz; Beweislast 2002 S. 285
- Kürzung von Sozialhilfeleistungen; eine Sozialhilfeempfängerin muss vorgängig schriftlich klar informiert und verwarnt werden, bevor Kürzungen der Sozialhilfe zulässig sind 2003 S. 328

## Sorgerecht

- (Datenschutz) Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind? 2005 S. 315

## Sozialrecht

- Im Falle der Verbeiständung einer jur. Person hat das Gemeinwesen und nicht der Antrag stellende Dritte für die Verfahrenskosten und die Entschädigung des Beistandes einzustehen, wenn der jur. Person die nötigen Mittel fehlen 2003 S. 123
- Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung) 2003 S. 126
- Parteifähigkeit des Konkubinatspartners; Subsidiaritätsprinzip. Voraussetzungen für das Vorliegen eines stabilen Konkubinats. Führt eine unterstützte Person den Haushalt für den Partner der familienähnlichen Gemeinschaft, hat sie einen Anspruch auf Haushaltsentschädigung 2005 S. 291
- Behandlung der Verwaltungs- und Aufsichtsbeschwerde in einem Regierungsratsbeschluss. Verbindlichkeit der jeweils gültigen Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe. Prüfung, ob es sich bei den durch den Wochenaufenthalt bedingten zusätzlichen Kosten um situationsbedingte Leistungen gemäss SKOS Richtlinien handelt. Prinzip der Angemessenheit der Hilfe. Keine Übernahme zusätzlicher Kosten bei Wochenaufenthalt an einem anderen Ort 2005 S. 294
- Abkommen vom 27. Mai 1970 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande über Soziale Sicherheit. – Weil schweizerische Staatsangehörige in der Lage des Beschwerdeführers Anspruch auf Hilflosen-

entschädigung und einen Intensivpflegezuschlag haben, muss dasselbe auch für den niederländischen Beschwerdeführer gelten, auch wenn er die für ausländische Staatsangehörige geltenden gesetzlichen Vorschriften nicht erfüllt 2007 S. 191

### **Sozialversicherungsrecht; Allgemeiner Teil**

- Eine Bearbeitungsdauer von 16 Monaten für einen Einspracheentscheid ist auch bei einem besonders komplexen Fall zu lange und stellt eine Rechtsverzögerung dar 2004 S. 138
- Mit Inkrafttreten des ATSG wurden die Fristen im Verwaltungsverfahren des Sozialversicherungsrechts einheitlich geregelt. Anderslautende Weisungen des BSV sind nicht mehr anwendbar. Wird eine Eingabe am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben, gilt die Frist als gewahrt 2004 S. 142
- Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihrer Vertretung vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächsten Werktag 2004 S. 145
- Mitwirkungspflicht der versicherten Person an ärztlichen und fachlichen Untersuchungen sowie Mahnverfahren 2005 S. 121
- Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteientschädigung zu 2005 S. 122, 124
- Beschwerdefrist und Fristenlauf. Mit der Eröffnung des Einsprachentscheids innerhalb des Fristenstillstands wird die Beschwerdefrist ausgelöst und beginnt am ersten Tag nach Ende des Fristenstillstandes zu laufen 2006 S. 142
- Nichtanwendbarkeit von Art. 44 ATSG bei versicherungsinternen Gutachten in Verfahren nach IVG und UVG; Zulässigkeit von Aktengutachten 2007 S. 182

### **Sperre von Daten**

- (Datenschutz) Zur Aufhebung einer Datensperre 2004 S. 289
- (Datenschutz) Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei «Sammelaukünften» 2005 S. 302

## Steuern und Abgaben

- Rekursverfahren. Der Rekurs ist zulässig gegen den Einspracheentscheid. Frage offen gelassen ob ausserhalb dieser Ordnung Rekurs erhoben werden kann 2001 S. 43
- Eine Ermessensveranlagung kann im Einspracheverfahren abgeändert werden, wenn der Steuerpflichtige den Beweis erbringt, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich unrichtig war. Im vorliegenden Fall konnte der Beweis mit einer sog. «Schuhschachtelbuchhaltung» nicht erbracht werden 2004 S. 87
- Ein Aktionär, der eine Beteiligung aus seinem Privatvermögen in eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu einem über ihrem Nominalwert liegenden Anrechnungswert (in Form von Liberierung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder gegen eine Gutschrift auf einem Aktionärsdarlehenskonto) einbringt, erzielt eine steuerbare geldwerte Leistung aus seiner Beteiligung (sog. Transponierung) 2004 S. 92
- Verlustrechnung nach vollständiger Veräusserung eines Grundstücks. Anwendung beim Verkauf von mehreren geerbten Stockwerkeinheiten 2001 S. 47
- Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Identität zwischen Veräusserer und Erwerber 2001 S. 49
- Verjährungsfrist, absolute; Einführung 2002 S. 73
- Regeln für die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert bei der Vermögensbesteuerung. Ob ausserordentliche künftige Verhältnisse vorliegen, die ein Abweichen von den entsprechenden Regeln erlauben, muss aus der Sicht des Bewertungsstichtages und nicht im Rahmen einer zeitlich verzögerten Einschätzung beurteilt werden 2005 S. 100
- Der Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit einer Ermessensveranlagung obliegt ausschliesslich dem Steuerpflichtigen. Ohne substantiierte Sachdarstellung und ohne Nennung und Edition von Beweismitteln wird auf eine Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung – anders als bei einer Einsprache gegen eine ordentliche Veranlagung – nicht eingetreten 2005 S. 104
- Das fristgerechte Einreichen von herausverlangten Unterlagen ist keine Prozessvoraussetzung für das gewöhnliche steuerrechtliche Einspracheverfahren. Die Aufforderung zur Aktenedition ist eine Frage des Beweisverfahrens. Für die Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung gelten andere Regeln 2005 S. 107

- Die zugerische Praxis, einen Sattelschlepper stets nach seinem möglichen Zuggewicht zu besteuern, indessen einen Sattel-Sachentransportanhänger als vom Sattelschlepper abhängigen Auflieger nicht zu besteuern, erweist sich als gesetzmässig und verfassungskonform 2005 S. 113
- Wenn die Eigentümerin einer Wohnung mit ihrem Sohn aus Gründen der Steuerersparnis einen Mietvertrag abschliesst, dessen Einhaltung nicht nachgewiesen werden kann, so liegt trotzdem ein steuerbarer Eigenmietwert vor 2006 S. 107
- Liegenschaftshandel – Einkommen als selbständiger Erwerbstätigkeit oder Verwaltung von Privatvermögen – Abgrenzungskriterien 2006 S. 109
- Ablehnung der Wiederherstellung der Beschwerdefrist, wenn der beauftragte Vertreter das Fristversäumnis verschuldet hat 2007 S. 153

### **Steuergeheimnis**

- (Datenschutz) Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis? 2004 S. 286

### **Steuerrecht**

- (Datenschutz) Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310

### **Stiftung**

- Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen 2001 S. 183
- Aufsicht; örtliche und sachliche Zuständigkeit 2001 S. 184
- Verlängerung einer limitierten Stiftungstätigkeit; Interessenabwägung 1999 S. 191
- Legitimation zur Aufsichtsbeschwerde 2002 S. 246

### **Stipendiengesuch**

- (Datenschutz) Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 282

### **Strafrecht**

- Begriff des Arbeitsergebnisses i. S. von Art. 23 UWG 2000 S. 165
- Check- und Kreditkartenmissbrauch; Verhältnis zu Betrug 2000 S. 166

- Unlauterer Wettbewerb; Begriff der besonders aggressiven Verkaufsmethode 2002 S. 193
- Der Handel mit Derivaten ist für die Beurteilung der Unerfahrenheit gemäss Art. 157 StGB getrennt vom Handel mit traditionellen Finanzinstrumenten zu betrachten, das heisst es sind das Wissen und die Erfahrungen der Kunden in Bezug auf den Geschäftsbereich des Optionen- und Futureshandels massgebend 2006 S. 191
- Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB; Art. 17 Abs. 3 BV – Quellenschutz. Voraussetzungen für die Aufhebung des Schutzes des Journalisten vor Strafe bzw. prozessualen Zwangsmassnahmen. 2007 S. 231

### **Strassenverkehrsrecht**

- Führerausweisentzug und Wiedererteilung unter Auflagen; es ist nicht zulässig, mit einem Warnungsentzug gleichzeitig aus Sicherheitsgründen vorgesehene Massnahmen zu verbinden 2003 S. 139
- Vorsorglicher Entzug des Führerausweises. Bei regelmässigem Kokainkonsum ist der Führerausweis bis zur definitiven Abklärung der Fahreignung vorsorglich zu entziehen 2006 S. 138
- Die Anordnung eines Parkierungsverbotes stellt eine funktionelle Verkehrsanordnung nach Art. 3 Abs. 4 SVG dar, die auf einer Strasse im privaten Eigentum angeordnet werden kann, wenn diese dem öffentlichen Verkehr zur Benützung offen steht. Solche Massnahmen können u. a. zwecks Gewährleistung der Zugänglichkeit der hinterliegenden Wohnliegenschaften für schwere Fahrzeuge der öffentlichen Dienste (Kehrichtversorgung, Feuerwehr) angeordnet werden. Im konkreten Fall keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; Bejahung der erforderlichen Verfügungsmacht des Gemeinwesens aufgrund einer ungemessenen Dienstbarkeit sowie des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit der Massnahme, unter Verneinung eines unzulässigen Eingriffs in die Eigentumsгарantie (Art. 26 BV) 2006 S. 126
- Art. 108 SSV. – Eine Tempo-30-Zone darf nur eingeführt werden, wenn sie nötig, zweck- und verhältnismässig ist. 2007 S. 286

## T

### **Tempo 30-Zone**

- rechtliche Zulässigkeit für Quartier Rosenberg in Zug 2000 S. 97

## U

### **Umweltrecht**

- (Datenschutz) Bekanntgabe von Daten an eine Umweltschutzorganisation 2002 S. 305

### **Unfallversicherung**

- Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Unfalls 2000 S. 53
- Berechnung des versicherten Verdienstes bei Versicherten, die am Tage eines Unfalls nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit beziehen 2001 S. 66
- Beginn der Versicherung 2002 S. 87
- Unfallähnliche Körperschädigung. Voraussetzungen, unter denen Meniskusrisse als UVG-versicherte Ereignisse gelten 2002 S. 90
- Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteientschädigung zu 2005 S. 122, 124
- Ein Schlag in die Luft beim Fussballspiel stellt mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors keinen Unfall dar. Handelt es sich bei der erlittenen Verletzung im Knie um eine Knorpelschädigung, liegt auch keine unfallähnliche Körperschädigung vor, da die abschliessende Aufzählung von Art. 9 Abs. 2 UVV Knorpelschäden nicht enthält 2005 S. 160
- Versicherter Verdienst. Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Voraussetzungen zur Berücksichtigung von Überstunden bei der Berechnung des versicherten Verdienstes 2005 S. 163

- Gestützt auf das Kausalitätsprinzip entsteht für vorbestehende oder nach einem Unfall aufgetretene (interkurrente) Krankheiten, auf welche der Unfall keinen Einfluss ausgeübt hat, für den Unfallversicherer keine Leistungspflicht 2006 S. 155
- Den obligatorischen Unfallversicherer trifft keine Leistungspflicht in Bezug auf eine nach einem Unfall durchgeführte Osteopathie-Behandlung 2007 S. 179

### **Unlauterer Wettbewerb**

- Unlauter und somit widerrechtlich handelt, wer aus fremden Kennzeichen gebildete Vanity Phone Numbers registrieren lässt, um die betroffenen Kennzeicheninhaber zu Vermögensdispositionen zu veranlassen («Number Grabbing») 2005 S. 180

## **V**

### **Vergaberecht**

- Auch privatrechtliche Aktiengesellschaften, die nicht im ganzen oder teilweisen Eigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen, können unter die Submissionsgesetzgebung fallen, wenn sie Aufträge oder Leistungen erteilen, die mit mehr als 50% der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert werden. Eine Firma, die mit der Projektleitung betraut ist, das Leistungsverzeichnis für einen Auftrag ausarbeitet, das Submissionsverfahren durchführt und die technische Bewertung der Angebote vornimmt, darf als Anbieterin nicht am Verfahren teilnehmen bzw. muss vom Verfahren ausgeschlossen werden 2004 S. 82
- Ungewöhnlich niedrige Angebote 2001 S. 99
- Auswahl im selektiven Verfahren; Fusion von Firmen während eines zweistufigen Verfahrens 2001 S. 100
- Ungewöhnlich niedriges Angebot. Ein Unterangebot ist nicht zulässig, aber Anlass zur näheren Prüfung 2002 S. 120
- Die Vergabekriterien sind vor der Submission festzulegen 2002 S. 122
- Die Zuschlagskriterien müssen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein. Fehlen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen, so darf der Anbieter davon ausgehen,

dass die Vergabe hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgt 2004 S. 79

- Gewichtung und Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises; Zahlungsplan als Variante 2003 S. 104
- Bedeutung des Offertöffnungsprotokolls; rechtswidriger Zuschlag, wenn sich die Offerte auf qualitativ minderwertige Materialien stützt 2003 S. 113
- Die Berücksichtigung eines Pauschalangebots für die Vergabe von mehreren Aufträgen ist grundsätzlich zulässig, sofern allen Anbietern die gleiche Möglichkeit offen steht 2005 S. 90
- Wichtige Gründe für den Abbruch des Verfahrens 2006 S. 103
- Liegt der Auftragswert unter dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren, so entfällt der Rechtsschutz (Erw. 1 und 2). Enthält ein Auftrag mehrere Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend (Erw. 3) 2007 S. 100

### **Vernichten von Daten**

- (Datenschutz) Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310

### **Versicherungsbedingungen, Allgemeine**

- Auslegung einer Ausschlussklausel; Krankheit infolge Alkoholismus 1999 S. 122

### **Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren**

- siehe unter Rechtspflege

### **Vollmacht**

- (Datenschutz) des Betroffenen zur Datenbekanntgabe 2001 S. 247

### **Vollstreckungsverfahren**

- Im Vollstreckungsverfahren kann der Sachentscheid nicht neu aufgerollt werden 1999 S. 108

### **Vormundschaftsrecht**

- Anordnung einer kombinierten Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft; Antrags- und Beschwerdeberechtigung; Anspruch auf rechtliches Gehör; Weitergeltung von Vollmachten über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus; Parteientschädigung 2007 S. 113

## W

### Waffentragbewilligung

- Der Schutz von Personen, auch der eigenen Person, gehört nicht zu den Aufgaben eines Liegenschafts- und Immobilienverwalters 2001 S. 205

### Wahlen

- Irreführung der Wählerschaft; förmliche Beschwerde od. Aufsichtsbeschwerde 1999 S. 166

### Wasserrecht

- Konzessionsgebühr für eine Boje im Bojenfeld 1999 S. 104

### Webcam

- Zur Unzulässigkeit von Webcams Privater, die den öffentlichen Raum erfassen 2006 S. 260

### Wohnsitz

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

## Z

### Zahlungsunfähigkeit

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

### Zivilstandsregister

- Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister 2004 S. 157

### Zuständigkeit

- sachliche Unzuständigkeit des Strafgerichts zur Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Forderungen im Rahmen eines Adhäsionsprozesses 1999 S. 160

### Zustellung

- Zustellfiktion bei eingeschriebenen, nicht abgeholten Briefpostsendungen. – Die von der Rechtsprechung entwickelte Zustellfiktion, nach der eingeschriebene, nicht abgeholte Briefpostsendungen am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten, setzt den Bestand eines Prozessrechtsverhältnisses voraus. Durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung wird für das Konkursöffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b) 2007 S. 201

## Inhaltsverzeichnis 2007

# A. Gerichtspraxis

## I. Staats- und Verwaltungsrecht

### 1. Datenschutzrecht

Art. 2 Abs. 1 DSGVO des Bundes; §§ 3, 7 Abs. 1, 11, 13, 14, 17 DSGVO des Kantons Zug – Jeder Patient hat das Recht, in seine Krankenakten Einsicht zu nehmen und davon Kopien zu erstellen. Dies bedeutet aber nicht, dass er Anspruch auf Herausgabe und/oder Vernichtung der Originalakten hat. 95

### 2. Vergaberecht

Art. 12 und 15 IVöB, § 6 Abs. 1 lit. a SubG, §§ 2 und 4 SubV – Liegt der Auftragswert unter dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren, so entfällt der Rechtsschutz (Erw. 1 und 2). Enthält ein Auftrag mehrere Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend (Erw. 3) 100

### 3. Forstrecht

Art. 2 Abs. 1 WaG – Waldbegriff. Im vorliegenden Fall erfüllt die Bestockung Waldfunktion. Der seit mehr als 100 Jahren bestehenden Bestockung kommen landschaftsgestalterische und ökologische Funktionen zu. 106

### 4. Vormundschaftsrecht

Art. 392 Ziff. 2 und 393 Ziff. 2, 397 Abs. 1 i. V. mit 373 Abs. 1 ZGB, Art. 4 BV, Art. 35 Abs. 1 OR, § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG – Anordnung einer kombinierten Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft; Antrags- und Beschwerdeberechtigung; Anspruch auf rechtliches Gehör; Weitergeltung von Vollmachten über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus; Parteientschädigung. 113

### 5. Verfahrensrecht

Art. 89 und 111 BGG; § 41 und 61 VRG – Die Beschwerde eines Stimmbürgers gegen einen Entscheid des Regierungsrates, mit dem 139

dieser einem gemeindlichen Bebauungsplan die raumplanungsrechtliche Genehmigung verweigert, ist keine Stimmrechtsbeschwerde. Es gelten daher die üblichen gesetzlichen Voraussetzungen für die Bejahung der Beschwerdeberechtigung.

Art. 89 und 111 BGG; § 41 und 62 VRG – Beschwerdeberechtigung in Bausachen. 143

Art. 89 und 111 BGG; § 41 und 62 VRG – Beschwerdeberechtigung des TCS zur Anfechtung einer Verfügung betreffend Geschwindigkeitsbeschränkung (Erw. 2). 150

## 6. Steuerrecht

Art. 140 Abs. 4 i. V. mit 133 Abs. 3 DBG – Ablehnung der Wiederherstellung der Beschwerdefrist, wenn der beauftragte Vertreter das Fristversäumnis verschuldet hat. 153

## 7. Sozialversicherung

Art. 10 Abs. 4 i. V.m. Art. 52 Abs. 1 ATSG und Art. 52 AHVG – Arbeitgeberhaftung. Erfolgt eine Einsprache gegen eine Schadenersatzverfügung schriftlich, muss sie zwingend die Unterschrift der Einsprache führenden Person enthalten, andernfalls die Verwaltungsbehörde dieser zur entsprechenden Verbesserung eine Nachfrist unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfalle ansetzt. 157

Art. 82 Abs 1. aAHVV und Art. 52 Abs. 3 AHVG – Arbeitgeberhaftung. Verjährung des Schadenersatzanspruches der Ausgleichskasse. Übergangsrecht bei den Verjährungsbestimmungen. Mit (rechtzeitigem) Erlass der Schadenersatzverfügung bleibt der Schadenersatzanspruch der Ausgleichskasse auch bei Anwendung der neu-rechtlichen Verjährungsbestimmungen ein für allemal gewahrt. 159

Art. 49 Abs. 3 KVG: Begriff der Akutspitalbedürftigkeit. Fehlende Pflegeplätze – sei es infolge Bettenbelegung oder infolge fehlender Institutionen – können nicht dazu führen, dass die Krankenversicherung für einen medizinisch nicht indizierten Spitalaufenthalt aufkommen muss. 161

- Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG; Art. 46 und 47 KVV – Die Aufsichtspflicht des selbständig und auf eigene Rechnung tätigen Physiotherapeuten über sein angestelltes physiotherapeutisches Personal ist in der Regel weniger streng zu beurteilen als die Aufsichtspflicht des Arztes über seine Hilfspersonen. Der Inhaber einer Physiotherapiepraxis ist nicht in jedem Fall verpflichtet, dauernd in seiner Praxis persönlich anwesend zu sein. Es existiert namentlich auch keine gesetzliche oder tarifvertragliche Regelung, wonach es generell unmöglich sei, gleichzeitig zwei Physiotherapiepraxen zu führen. Ob der Aufsichtspflicht Genüge getan wird, ist jeweils im Einzelfall im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller konkreten Umstände zu entscheiden. 167
- § 4 Abs. 3 des Gesetzes betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG, auch IPVG genannt) – Für den Anspruch auf Prämienverbilligung sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Anspruchjahres massgebend. 175
- Art. 1a Abs. 2 lit. b KVG – Keine subsidiäre Leistungspflicht der Krankenversicherung, wenn ein Versicherter im Zeitpunkt des Unfalls obligatorisch bei der Unfallversicherung versichert war. Die im Heim anfallenden Pflegekosten, auch wenn sie nach BESA abgerechnet werden, sind somit nicht von der Krankenversicherung zu übernehmen. 176
- Art. 10 Abs. 1 UVG – Den obligatorischen Unfallversicherer trifft keine Leistungspflicht in Bezug auf eine nach einem Unfall durchgeführte Osteopathie-Behandlung. 179
- Nichtanwendbarkeit von Art. 44 ATSG bei versicherungsinternen Gutachten in Verfahren nach IVG und UVG; Zulässigkeit von Aktengutachten. 182
- § 5 Abs. 1 und 2 KZG – Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Ob ein Beitragsumgehungsstatbestand vorliegt, ist insbesondere in solchen Fällen zu prüfen, in welchen der Kinderzulagenbezüger in leitender Stellung einer Gesellschaft tätig ist und in dieser Eigenschaft selbst bestimmen kann, welchen Lohn er sich auszahlen will. 183

§ 5 Abs. 1 und 2 KZG – Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Der Umstand, dass jemand einen unterdurchschnittlichen Lohn bezieht, genügt für sich alleine noch nicht, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu behandeln. In solchen Fällen muss bezogen auf die konkreten Umstände ein eigentlicher Beitragsumgehungsstatbestand im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen, damit der Kinderzulagenanspruch gekürzt werden kann (Praxisänderung). 185

Art. 3 der Verordnung Nr. 1408/71 (EWG; vom 14. Juni 1971); Art. 6 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 IVG; Art. 11 Abs. 2 des Abkommens vom 27. Mai 1970 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande über Soziale Sicherheit. – Weil schweizerische Staatsangehörige in der Lage des Beschwerdeführers Anspruch auf Hilflosenentschädigung und einen Intensivpflegezuschlag haben, muss dasselbe auch für den niederländischen Beschwerdeführer gelten, auch wenn er die für ausländische Staatsangehörige geltenden gesetzlichen Vorschriften nicht erfüllt. 191

## II. Zivilrecht

### 1. Familienrecht

Art. 123 Abs. 2 und Art. 124 ZGB – Gründe und Voraussetzungen für die Verweigerung der Teilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge bei der Ehescheidung bzw. für die Verweigerung der Zusage einer Entschädigung bei bereits eingetretenem Vorsorgefall. Es ist nicht offensichtlich unbillig im Sinne von Art. 123 Abs. 2 ZGB, einen Ehegatten, dessen Renteneinkommen nicht zur Deckung seines Lebensbedarfes ausreicht, zur Leistung einer Entschädigung nach Art. 124 Abs. 1 ZGB an den anderen Ehegatten aus seinem noch vorhandenen Vermögen zu verpflichten, selbst wenn voraussehbar ist, dass er infolgedessen durch den schnelleren Verbrauch seines Vermögens in Zukunft früher auf staatliche Unterstützung angewiesen sein wird. 195

## 2. Obligationenrecht

- § 30 Abs. 1 ZPO – Eine zur blossen Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung hat einen gesetzlich unerlaubten Inhalt und ist daher gemäss Art. 20 OR nichtig. 198

## III. Schuldbetreibung und Konkurs

- Zustellfiktion bei eingeschriebenen, nicht abgeholten Briefpostsendungen. – Die von der Rechtsprechung entwickelte Zustellfiktion, nach der eingeschriebene, nicht abgeholte Briefpostsendungen am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten, setzt den Bestand eines Prozessrechtsverhältnisses voraus. Durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung wird für das Konkurseröffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b). 201

- Art. 65 Abs. 1 SchKG – Mangelt es der betriebenen Gesellschaft an einer zu Vertretung befugten Person, weil der betreibende Gläubiger gleichzeitig einziger Verwaltungsrat der betriebenen Gesellschaft ist, ist die Situation so zu halten, als mangle der Schuldnerin überhaupt jegliche Vertretung. Der Gläubiger ist daher gehalten, im Betreibungsbegehren die Zustellung an die Vormundschaftsbehörde zu beantragen oder der Gesellschaft vorgängig einen Beistand bestellen zu lassen, wenn er persönlich gegen diese vorgehen will und er dadurch als gleichzeitiger Vertreter der Gesellschaft in einen Interessenkonflikt gerät. 204

- Art. 80 SchKG; Art. 277 Abs. 2 ZGB – Ein Scheidungsurteil bildet nur dann einen definitiven Rechtsöffnungstitel für Mündigenunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB, wenn sich aus dem Urteil mit hinreichender Klarheit ergibt, dass solcher geschuldet ist. Aus der Formulierung «bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung» lässt sich nicht herleiten, dass der Unterhalt über den Abschluss einer Erstlehre hinaus bis zu demjenigen einer zweijährigen Zusatzlehre geschuldet ist. 207

- Art. 80 SchKG – Aus prozessökonomischen Gründen wird für Verzugszinsen praxisgemäss auch dann Rechtsöffnung erteilt, wenn im Rechtsöffnungstitel kein Verzugszins ausgewiesen ist. Da in solchen Fällen kein eigentlicher Rechtsöffnungstitel vorliegt, ist diese Praxis auf Fälle zu beschränken, in denen der Verzugszins gleichzeitig mit der Hauptforderung geltend gemacht wird und es sich um einen geringfügigen, leicht feststellbaren und liquiden Betrag handelt. Sie ist deshalb nicht anwendbar, wenn die Verzugszinsforderung im Rechtsöffnungsverfahren nicht bloss als Nebenforderung zusammen mit der durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesenen Hauptforderung, sondern selbständig geltend gemacht wird. 211
- Art. 80 SchKG; Art. 24, 25 ff. LugÜ – Ein im Rahmen eines ordentlichen italienischen Zivilprozesses gestützt auf Art. 648 des italienischen Codice di Procedura Civile vorläufig vollstreckbar erklärtes «decreto ingiuntivo» ist kein Massnahmeentscheid gemäss Art. 24 LugÜ, sondern eine anerkennungsfähige Entscheidung i. S.v. Art. 25 LugÜ. Als solche muss es in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden, soweit kein Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 27 f. LugÜ vorliegt (E. 5a, 5b). 213
- Art. 28 LugÜ – Die Schiedseinrede ist vor den Gerichten des Urteilsstaates zu erheben und stellt deshalb keinen Anerkennungsverweigerungsgrund i. S.v. Art. 28 LugÜ dar (E. 5c). 213
- Art. 38 Abs. 3 LugÜ – Die Vollstreckbarerklärung einer im Urteilsstaat bloss vorläufig vollstreckbar erklärten Entscheidung kann in analoger Anwendung von Art. 38 Abs. 3 LugÜ von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden (E. 5e). 213
- Art. 85a SchKG. – Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG steht auch bei öffentlich-rechtlichen Forderungen zur Verfügung, wobei das Verfahren grundsätzlich bis zum Vorliegen einer rechtsbeständigen Verfügung der zuständigen Behörde zu sistieren ist. Der Zivilrichter kann danach lediglich feststellen, ob eine solche Verfügung zur Begründung der Forderung vorliegt oder nicht (E. 2a). Die Möglichkeit zur vorsorglichen Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG besteht grundsätzlich auch bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen. Liegt bereits eine rechtskräftige Verfügung vor, ist 220

sie aber nur in besonderen Fällen anzuordnen (E. 2b). Dabei genügt es bei einer Betreuung auf Sicherheitsleistung nicht, dass eine rechtskräftig verfügte Sicherstellungsforderung erheblich höher ist als die sicherzustellende öffentlich-rechtliche Forderung. Ist der nach Durchführung der Verwertung zugunsten der Gläubiger hinterlegte Betrag ohnehin kleiner als die zu sichernde Forderung, fehlt es für die vorläufige Einstellung der Betreuung nämlich schon an einem schutzwürdigen Interesse (E. 4).

Art. 229 SchKG. – Ausweisung des Gemeinschuldners aus dessen Einfamilienhaus. Ausweisung im konkreten Fall bejaht. 225

Art. 63 KOV – Das Konkursamt hat über den Bestand von Bauhandwerkerpfandrechten im Lastenverzeichnis definitiv zu verfügen, wenn zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bei Gericht ein Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes anhängig ist. Art. 63 KOV ist nicht anwendbar. 228

## **VI. Strafrecht**

Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB; Art. 17 Abs. 3 BV – Quellenschutz. Voraussetzungen für die Aufhebung des Schutzes des Journalisten vor Strafe bzw. prozessualen Zwangsmassnahmen. 231

## V. Rechtspflege

### 1. Internationales Privatrecht

Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG. Anerkennung einer ausländischen Urkunde (Erbschein). Zuständigkeit. Formulierung des Rechtsbegehrens. Weitere Voraussetzungen. 235

### 2. Zivilrechtspflege

§§ 36 Abs. 1, 208 Ziff. 4 ZPO. – Beschwerde gegen Festsetzung des Prozesskostenvorschusses durch den Kantonsgerichtspräsidenten in einem Haftpflichtprozess. 238

§ 62 ZPO; Art. 754 ff. OR; Zulässigkeit einer Eventualwiderklage im Rahmen eines aktien-rechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses 241

Begründungspflicht bei Kostenentscheiden – Die Begründung eines Kostenentscheids soll dessen sachgerechte Anfechtung ermöglichen. Wendet das Gericht bei der Kostenfestsetzung den ordentlichen Tarif an, d. h. sieht es von einer Erhöhung oder Herabsetzung der Spruchgebühr oder des Grundhonorars bzw. von Zuschlägen zu Letzterem ab, ist eine Begründung des Kostenentscheids entbehrlich. 243

§ 96 GOG, § 37 ZPO, § 10 GebV – Gerichtsgebühren stellen kostenabhängige Kausalabgaben dar, weshalb bei ihrer Festsetzung das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zu beachten sind. Das Äquivalenzprinzip kann namentlich verletzt sein, wenn die Gerichtsgebühr in Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwandes nicht erlaubt, in Prozenten und Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt. Im vorliegenden Fall erscheint eine Spruchgebühr von CHF 380'000.– noch als verhältnismässig. 243

§§ 3 und 5 AnwT – Die Möglichkeit einer Erhöhung bzw. Herabsetzung des Grundhonorars gemäss § 3 AnwT sowie der Berechnung von Zuschlägen nach § 5 AnwT dient der Einzelfallgerechtigkeit des Anwaltstrifs. Sie besteht unabhängig von der Höhe des massgebenden Streitwerts. Bei sehr hohen Streitwerten birgt eine schematische Anwendung solcher Erhöhungs- und Zuschlagsmöglichkeiten 243

indes die Gefahr objektiv unverhältnismässiger Parteientschädigungen, da sich der im streitwertabhängigen Tarif enthaltene Kompensationsgedanke bei der prozentualen Erhöhung des Grundhonorars bzw. bei prozentualen Zuschlägen zu diesem faktisch mehrfach auswirkt. Dieser besonderen Situation gilt es bei der Bemessung von Erhöhungen und Zuschlägen angemessenen Rechnung zu tragen, zumal die Entschädigung des Anwalts stets in einem vernünftigen Verhältnis zu der von ihm erbrachten Leistung zu stehen hat.

- § 43 ff. ZPO.— Die Kostenfolgen des Arrestverfahrens werden abschliessend von Art. 68 SchKG i. V. m. Art. 48 ff. GebV SchKG geregelt, weshalb die Kantone keine weiteren Kostenfolgen anordnen können, insbesondere auch keine Sicherstellung der Parteientschädigung. 252
- § 46 ff. ZPO – Nach der zugerischen ZPO haben juristische Personen grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Vorbehalten bleiben von der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 29 Abs. 3 BV geschaffene Ausnahmefälle. 253
- § 46 ff. ZPO – Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung bei Rechtsmissbrauch. Verbraucht ein Gesuchsteller im Hinblick auf einen anstehenden oder bereits rechtshängigen Prozess ohne Not und im Vertrauen auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung geradezu mutwillig einen vorhandenen Vermögenswert, welcher zur Deckung der anfallenden Prozesskosten problemlos ausreichen würde, kann ihm die unentgeltliche Prozessführung wegen rechtsmissbräuchlicher Herbeiführung der Bedürftigkeit verweigert werden. In casu werden die Bezahlung hoher Anwaltskosten und die Rückzahlung einer nicht fälligen Darlehensschuld als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. 254
- §§ 154 und 208 Ziff. 4 ZPO. – Gegen einen Beschluss des Kantonsgerichts, mit welchem das Begehren um mündliche Befragung des Experten bzw. um Anordnung einer Oberexpertise abgewiesen wurde, ist die Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts nicht zulässig. 258

§ 208 Ziff. 4 ZPO. – Ablehnungsbegehren gegen einen Sachverständigen. Ein Sachverständiger ist keine Gerichtsperson i. S.v. § 208 Ziff. 4 lit. b ZPO, weshalb die Abweisung eines Ablehnungsbegehrens durch das Kantonsgericht nicht gestützt auf diese Bestimmung mit Beschwerde angefochten werden kann (E. 1a). Da der Abweisungsbeschluss nicht in einem separaten Ausstandsverfahren, sondern im Rahmen des Beweisverfahrens ergeht, kann er überhaupt nicht selbständig – auch nicht nur unter dem Gesichtswinkel der Verletzung klarer Prozessvorschriften nach § 208 Ziff. 4 ZPO –, sondern nur zusammen mit dem Endentscheid angefochten werde (E. 1b).

260

# B. Verwaltungspraxis

## I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

### 1. Bürgerrecht

- Art. 5 Abs. 2 BÜG: Voraussetzung genügender Sprachkenntnisse, Objektivierung gemäss den Empfehlungen der Eidg. Ausländerkommission (EKA). – Kann sich eine Bürgerrechtsbewerberin nur sehr schwer schriftlich und noch weniger gut mündlich ausdrücken und ist eine Konversation auf Deutsch fast nicht möglich, sind die für die Einbürgerung notwendigen Sprachkenntnisse nicht vorhanden (Erw. II. 3. a). – Zu einer Objektivierung der Sprachkenntnisse tragen die Empfehlungen der Eidgenössischen Ausländerkommission (EKA) bei. Für eine Einbürgerung reicht das Niveau A 1 für den Nachweis der sprachlichen Kommunikationsfähigkeit eindeutig nicht aus (Erw. II. 3. b). – Die sprachlichen Fähigkeiten sind individuell zu beurteilen, gegenüber einer Hausfrau und Mutter rechtfertigt sich jedoch keine grössere Toleranz (Erw. II. 3. c). 265
- Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes. – Mangelnde sprachliche Ausdrucksweise als einzige Begründung der Ablehnung eines Einbürgerungsgesuchs erfüllt die Anforderungen nicht; Verletzung des Anspruchs auf eine Begründung (Erw. II. 3. a). – Fehlende und ungenügende Protokollführung in der Bürgergemeindeversammlung; eine sachgerechte Überprüfung des Entscheids ist somit nicht möglich (Erw. II. 3. b). – Willkür liegt auch vor, wenn der Entscheid in klarem Widerspruch mit der tatsächlichen Situation steht; unhaltbare Würdigung der Umstände, Ermessensmissbrauch, überprüfbare Rechtsverletzung (Erw. II. 3. c). – Reformatorischer Charakter der Verwaltungsbeschwerde; die obere Verwaltungsbehörde hebt die angefochtene Verfügung auf und setzt ihren Entscheid an die Stelle des vorinstanzlichen Entscheids. Erteilung des Bürgerrechts der Gemeinde durch den Regierungsrat (Erw. II. 4.) 269
- Verletzung des rechtlichen Gehörs einer minderjährigen Bürgerrechtsbewerberin (Erw. II. 3. a) – Der Anspruch auf rechtliches 274

Gehör leitet sich aus Art. 29 Abs. 2 BV her, wird in Art. 15 VRG bekräftigt und steht auch Kindern und Jugendlichen zu. Diese üben ihre Rechte im Rahmen der Urteilsfähigkeit aus. Urteilsfähigkeit ist in Bezug auf die Einbürgerung bei einer Dreizehnjährigen gegeben (Erw. II. 3. b). – Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, Aufhebung des Entscheides (Erw. II. 3. d).

## 2. Organisationsrecht

Ausstandspflicht – Im Verwaltungsverfahren finden sich häufiger systembedingte Fälle von Vorbefassung als in Verfahren vor gerichtlichen Instanzen. E. 1 – Die Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates arbeiten eng mit der Direktionsvorsteherin oder dem Direktionsvorsteher zusammen und nehmen aus diesem Grund im Gegensatz zu den Mitarbeitenden der anderen Ämter der Direktion eine besondere Stellung ein. Ein Behördenausstand einer Direktion setzt in der Regel voraus, dass die Direktionsvorsteherin oder der Direktionsvorsteher selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind. Eine Befangenheit, die lediglich bei den Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates besteht, wozu jeweils auch die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär zählen, bewirkt keinen Ausstand der Direktion bzw. ihrer Vorsteherin oder ihres Vorstehers. In solchen Fällen muss die Instruktion des Beschwerdeverfahrens einem unbefangenen Mitarbeitenden des Direktionssekretariats der betreffenden Direktion, falls die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär befangen sind, einem Mitarbeitenden des Direktionssekretariats einer anderen Direktion oder einer aussenstehenden Person übertragen werden. E. 3

278

## 3. Strassenverkehrsrecht

Art. 108 SSV. – Eine Tempo-30-Zone darf nur eingeführt werden, wenn sie nötig, zweck- und verhältnismässig ist.

286

## 4. Verfahrensrecht

Aufschiebende Wirkung – Über ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheidet die Präsidentin bzw. der Präsident der Beschwerdeinstanz. E. I. 1 – Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde bedeutet, dass der bisherige Rechtszustand bis zum rechtskräftigen Beschwerdeentscheid unverändert fort dauert. E. II. 1a

288

Parteistellung bei Mehrparteienverfahren, Parteientschädigung, rechtliches Gehör, Kognition – In Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft gelten Eltern als Parteien. Dasselbe gilt für ein später eingeleitetes Beschwerdeverfahren. E. II. 5 – Die Argumentation, dass im Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft nicht von einem Obsiegen oder Unterliegen gesprochen werden könne, da es um den Schutz des Kindes gehe, ist nicht zu hören. E. II. 6 – Die fehlende Möglichkeit des Beschwerdeführers sich zur beantragten Nichtgewährung einer Parteientschädigung zu äussern, verletzt das rechtliche Gehör. Auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann aufgrund der umfassenden Kognition des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz verzichtet werden. E. II. 10	292
---	-----

## II. Bau- und Planungsrecht

§§ 2, 3, 11, 23 und 25 des Altstadtreglements Zug; Anforderungen an Neubauten und Ersatzbauten in der Altstadtzone, Bedeutung des Wettbewerbsverfahrens	300
Art. 12 Abs. 1 NHG, Art. 659 ZGB, § 88 Abs. 2 EG ZGB – Einsprache- und Beschwerdelegitimation von gesamtschweizerischen Organisationen? Deltaerweiterung bei einem Bach als künstliche Landanlage oder natürliche Landanschwemmung?	302



## C. Grundsätzliche Stellungnahmen

### Datenschutzpraxis

Kann die betroffene Person verlangen, dass ihre Daten auf dem kantonalen Internetauftritt gelöscht werden? Wie ist die Rechtslage bezüglich der bei «Google» publizierten Daten?	314
Darf das Amt für Lebensmittelkontrolle unaufgefordert Resultate der Inspektionen von Gastronomiebetrieben, die Lehrlinge ausbilden, dem Amt für Berufsbildung bekanntgeben?	318
Verhältnis zwischen dem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts des Bundes und des Krankenversicherungsgesetzes des Bundes gegenüber dem kantonalen Datenschutzgesetz. Geltung der Datensperre.	323
Datenbekanntgabe im Rahmen wissenschaftlicher Forschung	325
Bekanntgabe von Grundstücksdaten ohne Interessennachweis	327



## Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angeführten Ort
ABI	Amtsblatt des Kantons Zug
Abs.	Absatz
AGSchV	Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972 (SR 814.201)
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	V über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20)
ANAV	VV zum ANAG vom 1. März 1949 (SR 142.201)
AVIG	BG vom 25. Juni 1982 über die Obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)
AVIV	BG vom 25. Juni 1982 über die Obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 (SR 837.02)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AnwG	G über die Ausübung des Anwaltsberufes im Kanton Zug vom 28. November 1996 (BGS 163.1)
AnwT	V des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 (BGS 163.4)
AR	Altstadtreglement der Stadt Zug
Archiv	Schweizerisches Archiv für Abgaberecht
Art.	Artikel
AVIG	BG vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)
Bau G	Baugesetz für den Kanton Zug vom 18. Mai 1967 (GS 19, 349). (Dieses Gesetz ist durch das Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 aufgehoben) vgl. PBG; BGS 721.11
BB	Bundesbeschluss
BB1	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BEHG	BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (SR 994.1)

BGBB	BG über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.421.11)
BGBM	BG über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz: BGBM; SR 943.02)
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BKBVG	Eidgenössische Beschwerdekommision für die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BMM	BB über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 (SR 221.213.1)
BO	Bauordnung
BPR	BG vom 17. Dezember 1976 über die Politischen Rechte (SR 161.1)
BRAGO	(deutsche) Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
Bst.	Buchstabe
BStP	BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0)
BüG	BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz) vom 29. September 1952 (SR 141.0)
BV	Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BVV 1	V über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen vom 29. Juni 1983 (SR 831.435.1)
BVV 2	V über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SRR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
DBG	BG über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
DSG	Datenschutzgesetz vom 28. September 2000 (BGS 157.1)
DSG; eidg.	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
Denkmal G	G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz) vom 26. April 1990 (BGS 423.11)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EG	Einführungsgesetz

EG FFE	EG zum BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) vom 28. Januar 1982 (BGS 213.11)
EGG	BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (SR 211.412.11)
EG ZGB	G betr. die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (BGS 211.1)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ES	Entscheidungssammlung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
f.; ff.	(und) folgende (Seiten)
FHG	G über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden (Finanzhaushaltsgesetz) vom 28. Februar 1985 (BGS 611.1)
FIG	BG über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (SR 836.1)
FZG	BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
G	Gesetz (des Kantons Zug)
GBP	Grundbuchparzelle
GestG	BG vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
GewG	G über die Gewässer vom 25. November 1999 (BGS 731.1)
GG	G über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden (Gemeindegesezt) vom 4. September 1980 (BGS 171.1)
GO	KRB über die Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 1. Dezember 1932 (BGS 141.1)
GO RR	KRB über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (BGS 151.1)
GOG	G über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. Oktober 1940 (BGS 161.1)
GOSTVw	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
GS	Gesetzessammlung
GSchG	BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 8. Oktober 1971 (SR 814.20)

GstG	Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (GS 23, 66s). Dieses Gesetz ist durch das Steuergesetz vom 25. Mai 2000 per 1. Januar 2001 aufgehoben (vgl. §187 ff. Stg; BGS 632.1)
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IRSG	BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz) vom 20. März 1981 (SR 351.1)
IRSV	V über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfeverordnung) vom 24. Februar 1982 (SR 351.11)
IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IR 831.20)
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994
IVV	V vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (SR 831.201)
i. S	in Sachen
i. V. m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
JKE	Entscheid der Justizkommission
K	Kantonsgericht
kant. BÜG	G betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und Kantonsbürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz vom 3. September 1992 (BGS 211.3)
kant. ZStV	VV über das Zivilstandswesen (kantonale Zivilstandsverordnung) vom 28. April 1981 (BGS 212.1)
KBG	G über die Zuger Kantonalbank vom 20. Dezember 1973 (BGS 651.1)
KOV	V über die Geschäftsführung des Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32)
KRB	Kantonsratsbeschluss
KRV	Kantonsratsvorlage
KSV	Kreisschreiben über die Versicherungspflicht
KV	Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (BGS 1/1.1)
KZG	G über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (BGS 844.4)
LBG	G über die Besoldung der Lehrer an den Volksschulen (Lehrerbesoldungsgesetz) vom 21. Oktober 1976 (BGS 412.31)
lit.	litera (Buchstabe)

LPG	BG über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (SR 221.213.2)
LSV	Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41)
MP	Mietrechtspraxis
MSÜ	Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (SR 0.211.231.01)
N	(Band-) Note(n) in Kommentaren
NHG	BG über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NISV	V des Bundesrates vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (SR 814.710)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung Zürich
O	Obergericht
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OHG	BG über die Hilfe an Opfern von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (Opferhilfegesetz, SR 312.5)
OR	BG betr. die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PAV	V über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (SR 211.222.338)
PBG	Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (BGS 721.11)
PfIKV	V über das Pflegekinderwesen (Pflegekinderverordnung) vom 7. Mai 1985 (BGS 213.41)
Pr	Praxis des Bundesgerichtes
PStG	Polizeistrafgesetz vom 26. Februar 1981 (BGS 311.1)
PvKG	G betr. individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 15. Dezember 1994 (BGS 842.6)
R	Regierungsrat
Regl	Reglement
R OG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts
RPG	BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPK	Rechnungsprüfungskommission
RPV	V über die Raumplanung vom 2. Oktober 1989 (SR 700.1)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RTVG	BG vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.4)
Rz	Randziffer
S	Strafgericht

SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 16. Dezember 1994 (SR 281.1)
SchIT	Schlusstitel
SchulG	Schulgesetz für den Kanton Zug vom 31. Oktober 1968 (BGS 412.11)
SHG	G über die Sozialhilfe im Kanton Zug (Sozialhilfegesetz) vom 16. Dezember 1982 (BGS 861.4)
SHV	V zum Sozialhilfegesetz (Sozialhilfeverordnung) vom 20. Dezember 1983 (BGS 861.41)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSV	V über die Strassensignalisation vom 31. Mai 1963 (SR 714.21)
StE	Der Steuerentscheid; Sammlung aktueller steuerrechtlicher Entscheidungen
StG	Steuergesetz vom 25. Mai 2000 (BGS 632.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 321.1)
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
TVA	Technische Verordnung über die Abfälle vom 10. Dezember 1990 (SR 814.600)
URG	BG betr. das Inhaberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 14. Oktober 1922 (SR 231.1)
USG	BG über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)
UVG	BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UVV	V über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202)
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
V	Verwaltungsgericht
VAM	Verein für Arbeitsmarktmassnahmen
VBB	V über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (SR 211.412.110)
VE	Sammlung der Verwaltungsentscheide (Anh. zum Rechenschaftsbericht des Regierungsrates des Kantons Zug; letztmals erschienen 1975 für die Jahre 1971–1974)

VRöB	Vergaberichtlinien aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 14. September 1995
VG	G über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 1. Februar 1979 (BGS 154.11)
VormV	V über das Vormundschaftswesen vom 20. November 1943 (BGS 213.2)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRG	G über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 1. April 1976 (BGS 162.1)
VRV	V über die Strassenverkehrsregeln vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VV	Vollziehungsverordnung
VwOG	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
VwVG	BG über die Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WAG	G über die Wahlen und Abstimmungen vom 23. Januar 1969 (BGS 131.1)
WRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (bis 1989: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 222.1)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSA	Zeitschrift für Sozialarbeit
ZStV	V über das Zivilstandswesen (Zivilstandsverordnung) vom 1. Juni 1953 (SR 211.112.1)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen



# A. Gerichtspraxis



# I. Staats- und Verwaltungsrecht

## 1. Datenschutzrecht

Art. 2 Abs. 1 DSG des Bundes; §§ 3, 7 Abs. 1, 11, 13, 14, 17 DSG des Kantons Zug – Jeder Patient hat das Recht, in seine Krankenakten Einsicht zu nehmen und davon Kopien zu erstellen. Dies bedeutet aber nicht, dass er Anspruch auf Herausgabe und/oder Vernichtung der Originalakten hat.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 24. April 2004 gelangte J. B. an die Ambulanten Psychiatrischen Dienste des Kantons Zug (APD) und verlangte die Herausgabe ihrer kompletten Krankenakten. Weiter forderte sie, dass von den Akten auch keine Kopien erstellt werden dürften. Mit Verfügung vom 10. April 2006 wies der APD das Begehren um Herausgabe der Originalkrankenakten und um Vernichtung aller Daten über die Behandlung von J. B. ab. Gegen diese Verfügung reichte J. B. am 1. Mai 2006 beim Regierungsrat «Einsprache» ein und verlangte die Herausgabe der Originalkrankenakten und die Vernichtung sämtlicher Daten über ihre Behandlung beim APD. Mit Beschluss vom 24. Oktober 2006 wies der Regierungsrat die «Einsprache» ab. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss reichte J. B. am 7. November 2006 Beschwerde ein. Am 10. November 2006 schickte sie eine korrigierte Eingabe und beantragte eine Herausgabe der Originalkrankenakte sowie die Vernichtung sämtlicher Dateien in diesem Zusammenhang, unter Entschädigungsfolge zu Lasten des Regierungsrates. Zur Begründung wird ausgeführt, die Forderung auf Herausgabe und Vernichtung der Patientenakten stütze sich auf ein Schreiben des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten und dessen Leitfaden über die Behandlung von Personendaten im medizinischen Bereich. Hinzuweisen sei zudem auf das Schreiben des Kantonsspitals, welches ihr die Originalkrankenakten herausgegeben und sämtliche Daten vernichtet habe.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1) gilt das Gesetz für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch: a. private Personen; b. Bundesorgane. Unter Privatpersonen sind nicht nur frei praktizierende Ärzte zu verstehen, sondern auch Psychologen, Psychotherapeuten, Privatkliniken, Versicherungen und Krankenkassen. Soweit Versicherungen und Krankenkassen die obligatorische Krankenversiche-

nung betreiben, gelten sie als Bundesorgane (vgl. hierzu den Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten für die Bearbeitung von Personendaten im medizinischen Bereich [Leitfaden], 2002, S. 7). Das Datenschutzgesetz des Bundes findet jedoch keine Anwendung auf die Bearbeitung von Personendaten durch kantonale Organe. Für öffentlich-rechtliche Spitäler oder psychiatrische Anstalten gelten die entsprechenden kantonalen Datenschutzbestimmungen, denn die Behandlung von Patienten in einem öffentlichen Spital gilt nach der Praxis des Bundesgerichts (BGE 115 Ib 179 Erw. 2) nicht als gewerbliche Verrichtung im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR, sondern als Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Schäden, die dabei entstehen, sind auf die Ausübung staatlicher Hoheit und nicht auf die Verletzung eines privatrechtlichen Vertrages zurückzuführen, und zwar selbst dann nicht, wenn der Patient der Aufnahme ins Spital zugestimmt hat und dafür eine Vergütung leistet, sein Rechtsverhältnis zum Spital also einem Vertrag gleicht (BGE 111 II 151 mit Hinweisen). Gegen wen und unter welchen Voraussetzungen der Patient wegen fehlerhafter Behandlung in einem öffentlichen Spital Schadenersatz und Genugtuung verlangen kann, beurteilt sich daher nach dem kantonalen öffentlichen Recht.

b) Das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000 (DSG, BGS 157.1) gilt für das Bearbeiten von Daten durch Organe des Kantons Zug (§ 3 Abs. 1). Als Organe gelten Behörden und Dienststellen, die für den Kanton oder die Gemeinden handeln, und natürliche und juristische Personen oder Personengesellschaften des Handelsrechts, soweit ihnen öffentliche Aufgaben übertragen sind. Gemäss § 7 Abs. 1 Ziff. 3 der Verordnung über die Ämterzuteilung vom 9. Dezember 1998 sind die Ambulanten Psychiatrischen Dienste des Kantons Zug (APD) ein Amt der Gesundheitsdirektion. Damit untersteht der APD dem kantonalen Datenschutzgesetz. Das Kantonsspital Zug ist gemäss dem Kantonsratsbeschluss vom 17. Dezember 1998 als öffentlich subventioniertes Spital anerkannt und untersteht damit auch als privatrechtlich organisierte juristische Person dem kantonalen Datenschutzgesetz.

3. Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR hat jeder Beauftragte die Pflicht, auf Verlangen des Auftraggebers über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen. Privatrechtlich ergibt sich die Pflicht des Arztes, eine Heilbehandlung zu dokumentieren und eine Krankengeschichte zu führen, direkt aus der erwähnten Bestimmung des Obligationenrechts. Die meisten Kantone – so auch der Kanton Zug – kennen keine ausdrückliche gesetzliche Norm über die Dokumentationspflicht an öffentlichen Krankenhäusern. Hier kann daher Art. 400 Abs. 1 OR gleichsam als kantonales öffentliches Recht angewandt werden. Die Dokumentationspflicht umfasst einmal

die Pflicht, eine Krankengeschichte zu führen, die in den Schutzbereich der jeweiligen Datenschutzgesetze des Bundes und der Kantone fällt. Der Arzt muss über die gesamte präventive und kurative Tätigkeit Aufzeichnungen machen. Die Krankenunterlagen erfüllen verschiedene Funktionen und sind wichtig als Arbeitsinstrument für die ärztliche Behandlung, zur Erfüllung der Dokumentationspflicht des Arztes, als Informationsquelle bei einem Arztwechsel, als Basis für Leistungsvorbehalte und -verweigerungen von Versicherungen sowie als Grundlage für vormundschaftliche Massnahmen. Damit ein Arzt seine Aufgaben erfüllen kann, erkundigt er sich in der Regel direkt beim Patienten nach den Personalien, der Vorgeschichte einer Krankheit, der Krankenkasse, Impfungen, regelmässig eingenommenen Medikamenten, Unverträglichkeiten, Allergien usw. Seine eigenen Beobachtungen und Überlegungen hält er in einer Krankengeschichte fest. Weitere Bestandteile einer Krankengeschichte sind ferner rein objektive Einträge oder Zusatzdokumente wie Röntgenbilder, Laborbefunde, EKG- und EEG-Befunde, Computertomogramme, Therapien und Informationen über abgegebene Medikamente. Im Ergebnis muss die Krankengeschichte mindestens drei Elemente aufweisen: Erstens die Sachverhaltsfeststellungen des Arztes samt Anamnese, Krankheitsverlauf, persönlichem Umfeld des Patienten und differenzierte Diagnose, zweitens die angeordneten Therapien und drittens Informationen über die Aufklärung des Patienten (vgl. hierzu Wiegand, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 198 f.).

4. Im Weiteren ist nun zu prüfen, inwieweit die Beschwerdeführerin Anspruch auf Einsicht in die Krankengeschichte und auf Herausgabe bzw. Vernichtung der Krankengeschichte hat.

a) Gemäss § 13 Abs. 1 lit. b DSG kann jede betroffene Person mündlich oder schriftlich beim Organ Auskunft verlangen, ob über sie Daten bearbeitet werden und gegebenenfalls über ihre Daten. Soweit Mittel und Verfahren des Bearbeitens es zulassen, wird Einsicht in die Daten beim Organ gewährt, das die Datensammlung führt. Daten über die Gesundheit kann die Inhaberin oder der Inhaber der Datensammlung aus wichtigen Gründen der betroffenen Person durch eine von ihr bezeichnete Ärztin oder einen von ihr bezeichneten Arzt mitteilen lassen (§ 13 Abs. 3 DSG). Auskunft und Einsicht über Daten können aus überwiegenden Interessen der Öffentlichkeit oder Dritter begründet eingeschränkt, mit Auflagen versehen, aufgeschoben oder verweigert werden (§ 14 Abs. 1 DSG). Entspricht ein Organ einem Gesuch gemäss DSG nicht, so erlässt es einen begründeten und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Entscheid (wie es im vorliegenden Fall geschehen ist). Auskunft und Einsicht in sie persönlich betreffende Daten durch die betroffene Person sind kostenlos. Jede betroffene Person kann von den sie betreffen-

den Daten auch Kopien verlangen (§ 17 Abs. 1 und 2). Die Einsicht in die Krankengeschichte und die entsprechenden Unterlagen ist im vorliegenden Fall auch gar nicht umstritten. Der APD hat der Beschwerdeführerin die Einsichtnahme in ihre Akten offeriert und ihr auch zugesichert, auf Antrag hin kostenlos Kopien von ihren Akten zur Verfügung zu stellen.

b) Für die Beurteilung der Frage, ob in die Krankengeschichte eines Patienten nicht nur Einsicht gewährt und Kopien erstellt werden müssen, sondern ob sie an den Patienten herausgegeben werden bzw. auf dessen Wunsch sogar gelöscht werden müssen, ist die Frage zu prüfen, ob und wie lange der behandelnde Arzt bzw. die behandelnde Ärztin die entsprechenden Akten von Gesetzes wegen aufbewahren müssen oder nicht. Paragraph 4 lit. a DSGVO verlangt von allen ihm unterstellten Personen und Organen, dass die angelegten Daten aktuell, richtig und vollständig sein müssen, soweit es der Bearbeitungszweck erfordert. Daten, die nicht mehr benötigt werden, müssen anonymisiert oder vernichtet werden, soweit die Daten nicht unmittelbaren Beweis Zwecken dienen oder dem zuständigen Archiv abzuliefern sind (§ 11 DSGVO). Die entscheidende Frage ist somit erst einmal, ob die Krankenakten der Beschwerdeführerin nicht mehr benötigt werden.

aa) Krankenakten dienen als Beweismittel für die Rechnungsstellung der Leistungserbringer in der Krankenversicherung gemäss Art. 59 Abs. 1 der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV). Weiter bilden sie die Basis für die Beurteilung von Haftungsklagen im Falle von geltend gemachten Behandlungsfehlern. Die entsprechende Verwirkungsfrist liegt gemäss § 11 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 1. Februar 1979, BGS 154.11, bei zehn Jahren. Innert dieser Frist sind Krankengeschichten durch Medizinalpersonen, die dem kantonalen Verantwortlichkeitsgesetz unterstehen, zwingend aufzubewahren. Weiter können Versicherer die Vorlage von Krankenakten als Basis für die Beurteilung von Vorbehalten beim Abschluss von Zusatzversicherungen verlangen. Krankenakten insbesondere aus dem Fachbereich der Psychiatrie sind vielfach auch die absolut notwendige Grundlage für die Beurteilung der Angemessenheit von vormundschaftlichen Massnahmen. Zudem werden sie für die Erstellung von fachärztlichen Gutachten benötigt, die als Beurteilungsbasis für Verwaltungs- und Gerichtsentscheide in solchen Verfahren dienen.

bb) Schliesslich bilden die Krankenakten die entscheidende Grundlage für die zweckmässige und wirtschaftliche Arbeit von anderen Ärzten und Behandlungsinstitutionen. In den verschiedenen medizinischen Disziplinen spielt das Vorhandensein von medizinischen Unterlagen eine sehr verschiedene Rolle. In der Psychiatrie

besteht ein länger dauerndes Interesse an der Aufbewahrung von Patientenakten. Dies hat einmal damit zu tun, dass in diesem medizinischen Fachbereich die Krankengeschichte das zentrale Element für die Diagnosestellung und Behandlung ist. In der Psychiatrie darf die Diagnose in den meisten Fällen nur gestützt auf langjährige Gespräche und Beobachtungen verlässlich gestellt werden. Ein verfrühtes Vernichten solcher Akten würde dem in Art. 32 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10) verankerten Grundsatz widersprechen, dass ärztliche Behandlungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein müssen. Für eine fachgerechte psychiatrische Behandlung ist die Verfügbarkeit von langjährigen Patientenakten von entscheidender Bedeutung. Hier sind Hinweise auf frühere Erkrankungen und die seinerzeit angeordnete Behandlung, auf deren Wirksamkeit und allfällige Komplikationen (z. B. unerwünschte Nebenwirkungen von Medikamenten) die absolute Notwendigkeit. Gerade die psychischen Erkrankungen charakterisieren sich vielfach durch ihren chronischen Verlauf, der eine Behandlung über grössere Zeiträume erforderlich macht. In diesen Zeiträumen kann sich die diagnostische Einschätzung ändern, so dass es medizinisch unabdingbar ist, den früheren Krankheitsverlauf zum Vergleich heranzuziehen.

cc) Hier ist auch noch auf § 4 des Archivgesetzes des Kantons Zug vom 29. Januar 2004 (ArchivG, BGS 152.4) hinzuweisen, wonach Organe, die in Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit Unterlagen bearbeiten, verpflichtet sind, diese bis zum Entscheid über die Archivwürdigkeit aufzubewahren. Diese Bestimmung des Archivgesetzes nimmt Bezug auf § 11 DSG. Es besteht somit eine gesetzliche Pflicht für den APD, die Patientenakten bis zum Entscheid über deren Archivwürdigkeit aufzubewahren.

c) Paragraph 11 DSG verlangt, dass Daten, die nicht mehr benötigt werden, anonymisiert oder vernichtet werden, wenn sie nicht unmittelbar Beweiszwecken dienen oder dem zuständigen Archiv abzuliefern sind. Über die Frage der Archivwürdigkeit kann zurzeit noch nicht entschieden werden, da die Krankenakten der Beschwerdeführerin noch für längere Zeit unmittelbar Beweiszwecken dienen. Die Behandlung beim APD ist erst im Verlaufe des Jahres 2003 abgeschlossen worden, so dass sich frühestens am Ende des Jahres 2013 die Frage der Archivwürdigkeit der Akten stellt. Bis dahin müssen die Akten dem APD, anderen Ärzten, gerichtlichen Gutachtern, Amtsstellen und Gerichten zur Verfügung stehen. Dass für eine solche Einsicht die gesetzlichen Vorschriften erfüllt sein müssen, erachtet das Gericht als selbstverständlich. Die Akten können zum jetzigen Zeitpunkt weder der Beschwerdeführerin im Original herausgegeben noch vernichtet werden. Insofern erweist sich die Beschwerde als unbegründet und muss abgewiesen werden.

5. Zu den einzelnen Vorbringen der Beschwerdeführerin ist noch Folgendes zu ergänzen: Das Datenschutzgesetz des Bundes gestattet es ebenfalls nicht, dass Personendaten, die von Bundesorganen erstellt wurden, im Original herausgegeben oder auf Wunsch des Betroffenen vernichtet werden. In Art. 21 wird unter dem Titel «Anonymisieren und Vernichten von Personendaten» vorgesehen, dass Bundesorgane Personendaten, die sie nicht mehr benötigen, anonymisieren oder vernichten müssen, soweit die Daten nicht a. Beweis- oder Sicherungszwecken dienen; und b. dem Bundesarchiv abzuliefern sind. Auch das Bundesrecht enthält bezüglich des Auskunfts- und Einsichtsrechts eine nahezu identische Regelung wie das kantonale DSG. Auch in dem Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten wird nur von einer Berechtigung des Arztes zur Aktenherausgabe, nicht von einer Pflicht gesprochen (S. 34). Auch im Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 22. September 2005 stellt ein Mitarbeiter des Datenschutzbeauftragten fest, dass das Datenschutzgesetz des Bundes nur die Herausgabe von Kopien, nicht aber die Herausgabe von Originalakten vorsehe. Dass das Kantonsspital Zug der Beschwerdeführerin die Originalakten über ihre Behandlung ausgehändigt und die Aufzeichnungen der Akten offenbar vernichtet hat, ist mit dem kantonalen DSG und dem Archivgesetz nicht vereinbar. Daraus kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Abschliessend soll noch einmal darauf hingewiesen werden, dass die Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin gewahrt sind, indem ihre Patientenakten unter dem Schutz des Amts- und Berufsgeheimnisses stehen. Hier erübrigen sich weitere Ausführungen.

Das Bundesgericht wies eine gegen dieses Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde mit Urteil vom 16. April 2007 ab, soweit es darauf eintrat.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2006

V 2006/119

## 2. Vergaberecht

Art. 12 und 15 IVöB, § 6 Abs. 1 lit. a SubG, §§ 2 und 4 SubV – Liegt der Auftragswert unter dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren, so entfällt der Rechtsschutz (Erw. 1 und 2). Enthält ein Auftrag mehrere Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend (Erw. 3)

Aus dem Sachverhalt:

Am 4. Juni 2007 beschloss der Gemeinderat X. von der Firma A. AG ein Leckor-

tungssystem für die Druckzone 2 der Wasserversorgung X. zum Betrag von CHF 50'000.– pauschal anzuschaffen. Mit Schreiben vom 20. Juni 2007 teilte die Wasserversorgung X. der Firma A. AG mit, dass man die Arbeiten für Lieferung und Installation des Kontrollsystems K für die Druckzone 2 an sie vergeben habe. Gleichentags teilte man der Firma B. AG mit, dass man ihr Angebot nicht habe berücksichtigen können. Am 2. Juli 2007 liess die B. AG beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Vergabeentscheid sei aufzuheben und der Auftrag sei an sie zu vergeben. In prozessualer Hinsicht wird beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren, dem Gemeinderat sei bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils in dieser Sache zu verbieten, den Vertrag zur Ausführung der Auftragsarbeiten abzuschliessen bzw. zu vollziehen, die Verfügung sei superprovisorisch zu erlassen und es sei ihr vollständige Akteneinsicht zu gewähren. Für den Fall, dass der Vertrag mit der A. AG bereits abgeschlossen sei, sei festzustellen, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig und der Vertrag aufzuheben sei. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, um die Rechtsschutzbestimmungen des Zuger Submissionsgesetzes zu umgehen, habe der Gemeinderat eine unzulässige Etappierung des Auftrags vorgenommen. Alle Anbieter seien aber im verfahrensrelevanten Einladungsverfahren zur Abgabe einer Offerte für den die Druckzonen 1–5 umfassenden Gesamtauftrag eingeladen worden. Es sei nie von einer Etappierung die Rede gewesen und es seien auch keine Gründe ersichtlich, die eine Aufteilung des Auftrags rechtfertigen würden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, BGS 721.52) ist gegen Verfügungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers die Beschwerde an eine unabhängige Instanz zulässig. Gemäss § 6 Abs. 1 Bst. a des Submissionsgesetzes vom 2. Juni 2005 (SubG, BGS 721.51) beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gemäss Art. 15 IVöB. Der Rechtsschutz nach Abs. 1 Bst. a entfällt, wenn der Auftragswert unterhalb des Schwellenwertes für das Einladungsverfahren liegt. Gemäss Art. 7 IVöB i. V. mit Anhang 2 liegen die Schwellenwerte für die freihändige Vergabe bei Lieferungen unter einem Auftragswert von CHF 100'000.–, für Dienstleistungen unter CHF 150'000.–, für Bauarbeiten (Baunebengewerbe) unter CHF 150'000.– und für das Bauhauptgewerbe unter CHF 300'000.–.
2. Der Gemeinderat stellt sich auf den Standpunkt, die Vergabe sei im freihändigen Verfahren erfolgt. Im freihändigen Verfahren vergibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB).

a) Die konkrete Durchführung eines freihändigen Verfahrens ist in den Submissionserlassen mehrheitlich nicht geregelt. Das freihändige Verfahren ist ein einfaches Verfahren, das grundsätzlich an keine Form gebunden ist. Es kann daher formlos durchgeführt werden. Die direkte Mitteilung an die Anbieter erfolgt formlos (z. B. telefonisch), Offerten werden nur teilweise schriftlich eingereicht und es werden keine Eignungs- und Zuschlagskriterien bekannt gegeben. Die Vergabebehörden haben sich aber auch im freihändigen Bereich an den Grundsätzen verfassungsmässigen Handelns zu orientieren wie dem Willkürverbot, dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie dem Gebot der Gleichbehandlung und des fairen Verfahrens (vgl. hierzu Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2005, S. 46 ff.).

b) Wählt eine Vergabebehörde das freihändige Verfahren, so stellt sich die Frage, ob es ihr erlaubt ist, Konkurrenzofferten einzuholen, oder ob sie in einem solchen Fall ein formelles Einladungsverfahren durchzuführen hätte. Einerseits wird argumentiert, dass eine Vergabebehörde, die zur Erzielung von mehr Wettbewerb Konkurrenzofferten einhole, ein formelles Wettbewerbsverfahren wählen sollte, denn es sei gerade das Wesen des freihändigen Verfahrens, dass es nicht unter Wettbewerbsbedingungen erfolge. Die Vergabebehörde dürfe nicht im freihändigen Verfahren vergeben und sich gleichzeitig punktuell der Vorteile eines Wettbewerbsverfahrens bedienen. Andererseits wird die Ansicht vertreten, dass die Vergabebehörde auch im freihändigen Verfahren die Möglichkeit haben sollte, Konkurrenzofferten einzuholen, ohne dass damit gleich von Beginn weg ein Einladungsverfahren durchzuführen sei. Der Wortlaut der Bestimmungen der IVöB und der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 (SubV, BGS 721.53) stehen jedenfalls der Einholung mehrerer Offerten nicht entgegen. Die Vergabe erfolgt zwar direkt und ohne Ausschreibung an einen Anbieter, was aber nicht heisst, dass die Vergabebehörde nicht mit mehreren Anbietern in Kontakt treten und Offerten einholen darf. In der Praxis ist das Einholen von Konkurrenzofferten im Submissionsrecht verbreitet (vgl. Kuonen, a. a. O., S. 49). Trotz des Einholens von verschiedenen Offerten sind im freihändigen Verfahren nicht zwingend die Vorschriften des Einladungsverfahrens anzuwenden, d. h. die Vergabebehörde darf mehrere Offerten einholen und anschliessend im freihändigen Verfahren vergeben. Es findet in der Regel keine Offertöffnung statt, die Eignungs- und Zuschlagskriterien werden nicht bekannt gegeben und Abgebotsrunden sind zulässig. Schliesslich ist die Frage, ob Konkurrenzofferten zulässig sind und ob in einem solchen Fall die Regeln des Einladungsverfahrens zu beachten sind, nicht von entscheidender Bedeutung, weil nach dem klaren Wortlaut von § 6 Abs. 3 SubG für den Rechtsschutz nur die Frage entscheidend ist, ob der Auftragswert unterhalb des Schwellenwertes für das Einladungsverfahren liegt oder nicht.

c) Der Gemeinderat X. beauftragte den Brunnenmeister der Wasserversorgung X. mit der Einholung von Offerten zur Überwachung des Wasserleitungsnetzes. Gemäss dem Budget für das Jahr 2007 stand dafür ein Betrag von CHF 50'000.– zur Verfügung. Der Brunnenmeister ersuchte in der Folge die A. AG und die R. AG um entsprechende Offerten. Die A. AG reichte am 16. April 2007 eine überarbeitete Offerte ein, nachdem eine erste Eingabe im Rahmen eines Gedankenaustausches vom 3. April 2007 hatte angepasst werden müssen. Die R. AG reichte am 30. April 2007 eine Offerte ein, nachdem ebenfalls eine Besprechung vor Ort stattgefunden hat. Im Verlaufe des Monats April 2007 meldete sich auch die B. AG bei der Wasserversorgung X. und reichte – nach einer Besprechung vom 24. April 2007 – am 2. Mai 2007 ebenfalls ein Angebot ein. Am 4. Juni 2007 beschloss der Gemeinderat, den Auftrag zu einem Pauschalbetrag von CHF 50'000.– an die Firma A. AG zu vergeben. In der Folge wurden die Zuschlagsempfängerin und die B. AG schriftlich über die Vergabe orientiert; die R. AG wurde telefonisch vom Ergebnis der Vergabe in Kenntnis gesetzt.

d) Aus diesen Fakten ergibt sich, dass der Auftragswert von CHF 50'000.– den Schwellenwert für ein Einladungsverfahren bei Weitem nicht erreicht. Dies führt dazu, dass der Rechtsschutz nach § 6 Abs. 3 SubG entfällt, d. h. dass der Vergabeentscheid des Gemeinderates nicht beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Weil es sich um ein freihändiges Verfahren handelt, war der Gemeinderat auch nicht verpflichtet, Ausschreibungsunterlagen zu erstellen, Eignungs- und Zuschlagskriterien zu formulieren und ein Offertöffnungsprotokoll zu erstellen. Entsprechend durfte auch die Mitteilung des Vergabeentscheides formlos erfolgen. Unter diesen Umständen kann auf die Beschwerde mangels Erreichens des Auftragswertes nicht eingetreten werden.

3. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, der Gemeinderat habe den Auftrag unzulässigerweise etappiert, um ihr den Rechtsweg zu versperren.

a) Gemäss § 2 Abs. 1 SubV wird bei der Berechnung des Auftragswertes jede Art der Vergütung ohne die Mehrwertsteuer berücksichtigt. Ein Auftrag darf nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendung der Vergabebestimmungen zu umgehen (§ 2 Abs. 2 SubV). Werden mehrere gleichartige Aufträge vergeben oder wird ein Auftrag in mehrere gleichartige Einzelaufträge unterteilt, gilt als Auftragswert der Gesamtwert für die Dauer von zwölf Monaten (§ 4 Abs. 1 SubV). Enthält ein Auftrag die Option auf einen oder mehrere Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend. Die Vergabebehörde darf einen Auftrag nicht künstlich in mehrere kleine Einzelaufträge aufteilen, um auf diese Weise die Bestimmungen des öf-

fentlichen Beschaffungswesens zur Wahl der Verfahrensart und zur Publikationspflicht zu umgehen. Eine künstliche Aufteilung in Einzelaufträge mit dem Ziel, die Schwellenwerte zu unterschreiten und z. B. freihändig zu vergeben, verstösst gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs und steht dem Ziel der Wettbewerbsförderung (Art. 11 lit. b IVöB) entgegen.

b) Aus den Akten ergibt sich, dass die Wasserversorgung X. im Hinblick auf die Verringerung von Wasserverlusten ein Leckortungssystem beschaffen wollte. Bei Gesprächen mit den möglichen Anbietern wurden diese – gemäss den Angaben der Verantwortlichen der Wasserversorgung – ersucht, eine Offerte für die Druckzone 2 einzureichen, die neben der Lecküberwachung auch die Hydrantenüberwachung beinhalten sollte. Die maximalen Kosten wurden auf CHF 50'000.– inkl. MwSt. festgesetzt. Zusätzlich sollten die Betriebs- und Wartungskosten aufgezeigt werden. Für einen eventuellen späteren Ausbau der Leckortung auf die restlichen Druckzonen sollten die Kosten zusätzlich offeriert werden. Die Beschwerdeführerin lässt dies bestreiten und ausführen, die Anbieter seien gebeten worden, Offerten für die künftige Realisierung des Gesamtprojekts einzureichen. Es habe bereits festgestanden, dass es um ein Gesamtprojekt gehe.

c) Aus allen Aktenstücken der Gemeinde X., die vor der Einreichung der Beschwerdeschrift erstellt wurden, ergibt sich, dass man seitens der Gemeinde vorerst nur ein Leckortungssystem für die Druckzone 2 beschaffen wollte. Aus dem Beschluss des Gemeinderates vom 4. Juni 2007 ergibt sich, dass in der Druckzone 2 in den letzten Jahren die meisten Leitungsunterbrüche aufgetreten sind. Entsprechend beschloss der Gemeinderat zuerst diese Druckzone mit einem Leckortungssystem auszurüsten. Erst nach einer Erfolgskontrolle sollte die Ausrüstung von weiteren Druckzonen budgetiert werden. Auch in den Schreiben der Gemeinde vom 20. Juni 2007 ist immer nur von der Druckzone 2 die Rede. Alle drei Anbieterinnen reichten separate Angebote für die Druckzone 2 ein und zusätzlich auch Angebote für die übrigen Druckzonen. Die A. AG bezeichnet das Angebot für die Druckzone 2 als Einstiegsangebot und erklärte in ihrem Begleitschreiben zur Offerte vom 16. April 2007, dass man der Gemeinde im Hinblick auf das Ziel, das Kontrollsystem auf das ganze Trinkwassernetz auszudehnen, ein Pauschalangebot unterbreite. Die Offerte der Beschwerdeführerin vom 1. Mai 2007 enthält eine Variante A (herkömmliches Ortomat-System) und eine Variante B (Ortomat-System mit SMS Übertragung via Mobile). Unter der Variante B findet sich ein Angebot für die Zone 2, für die Zone 1 und eines für die übrigen Zonen. Auch die Firma R. AG reichte ein detailliertes Angebot für die Druckzone 2 und eine Offerte für die restlichen Druckzonen (in der Form einer Kostenzusammenstellung) ein.

d) Aus diesen Fakten ergibt sich, dass die Gemeinde im Sommer 2007 nur ein Leckortungssystem für die Druckzone 2 beschaffen wollte. Dies ergibt sich klar aus dem Faktum, dass der Gemeinde gemäss Budget nur ein Betrag von CHF 50'000.– zur Verfügung stand. Bevor ein Ausbau des Leckortungssystems in den übrigen vier Druckzonen ernsthaft zur Diskussion steht, müssen mit der Druckzone 2 entsprechende Erfahrungen gesammelt werden. Anschliessend muss der entsprechende Betrag für die Ausrüstung der vier übrigen Druckzonen budgetiert werden. Dies ist gemäss Voranschlag 2008 für das kommende Jahr nicht vorgesehen. Bis zu diesem Zeitpunkt werden auch die Offerten der Anbieter nicht mehr Gültigkeit haben, so dass hierfür eine neue Vergabe durchgeführt werden muss. Dass die Gemeinde nur beabsichtigte, die Druckzone 2 mit einem Leckortungssystem auszurüsten, ergibt sich auch daraus, dass alle drei Anbieter für diese Druckzone eine separate Offerte eingereicht haben. Eine solche Sonderofferte hätte keinen Sinn gemacht, wenn die Gemeinde beabsichtigt hätte, einen Gesamtauftrag für alle Druckzonen zu erteilen. Der Gemeinderat hatte weder die Absicht noch die finanziellen Mittel, um einen Gesamtauftrag für alle fünf Druckzonen zu erteilen. Die Gemeinde hat die Beschaffung des Leckortungssystems nicht als Gesamtprojekt verstanden und auch nicht entsprechend kommuniziert. Wenn die A. AG ihr Angebot als Einführungsangebot im Hinblick auf den späteren Gesamtauftrag verstanden hat, so tut sie dies auf eigenes Risiko. Irgendeine Verpflichtung der Gemeinde, sie im Rahmen von Folgeaufträgen bevorzugt zu behandeln, ergibt sich daraus jedenfalls nicht.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Gegenstand der hier umstrittenen Vergabe nur das Leckortungssystem für die Druckzone 2 war. Ob überhaupt und wann allenfalls die übrigen Druckzonen der Wasserversorgung X. mit einem Leckortungssystem ausgerüstet werden, steht zur Zeit noch nicht fest. Mit Sicherheit wird eine Erweiterung nicht innerhalb der nächsten zwölf Monate ab Vergabe stattfinden, so dass der Auftragswert nicht zusammengerechnet werden darf. Der Auftragswert bleibt damit bei CHF 50'000.–. Damit kann auch unter diesem Aspekt auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. November 2007

V 2007/82

### 3. Forstrecht

Art. 2 Abs. 1 WaG – Waldbegriff. Im vorliegenden Fall erfüllt die Bestockung Waldfunktion. Der seit mehr als 100 Jahren bestehenden Bestockung kommen landschaftsgestalterische und ökologische Funktionen zu.

Aus dem Sachverhalt:

Die Direktion des Innern des Kantons Zug leitete im Rahmen der Ortsplanungsrevision der Gemeinde M. ein Waldfeststellungsverfahren ein. Zweck dieses Verfahrens war die Abgrenzung von Wald- und Bauzonen im Sinne von Art. 13 des Bundesgesetzes über den Wald. Im Übergangsbereich zwischen Wald- und Bauzonen wurden die Waldgrenzen im Gelände festgelegt und dort, wo sich Abweichungen zu den bereits bestehenden Planeinträgen ergaben, neu vermessen. Gestützt darauf wurden die festgestellten Grenzen provisorisch in die Grundbuchpläne eingetragen und den betroffenen Grundeigentümern zur Orientierung und Überprüfung zugestellt. Vom 13. April 2005 bis zum 12. Mai 2005 wurden die Pläne bei der Gemeindeverwaltung öffentlich zur Einsichtnahme aufgelegt. Zudem wurde in den Amtsblättern vom 13. und 20. April 2005 die öffentliche Auflage bekannt gemacht mit dem Hinweis, dass allfällige Einwendungen bis zum 12. Mai 2005 bei der Direktion des Innern zu erheben seien. Am 12. Mai 2005 liess A.B. gegen die Waldfeststellung im Gebiet seines Grundstücks Einsprache einreichen und beantragen, das auf dem beigehefteten integrierten Plan schwarz markierte Gebiet sei aus der Waldfeststellung zu entlassen, es sei weiter festzustellen, dass diese Bestockung keinen Wald darstelle. Mit Verfügung vom 17. Februar 2006 wies die Direktion des Innern die von A.B. erhobene Einsprache ab und stellte fest, dass die Grenze des Waldes auf dem GS Nr. 37 übereinstimmend mit dem vom 13. April bis zum 12. Mai 2005 öffentlich aufgelegten Plan festgesetzt werde.

Gegen diese Verfügung liess A.B. am 22. März 2006 Beschwerde einreichen und beantragen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei die Einsprache vom 12. Mai 2005 gutzuheissen. Das auf dem beigehefteten integrierten Plan schwarz markierte Gebiet sei aus der Waldfeststellung zu entlassen und es sei festzustellen, dass diese Bestockung keinen Wald darstelle, unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde die Durchführung eines Augenscheins beantragt.

Aus den Erwägungen:

2. a) Artikel 2 Abs. 1 WaG bestimmt unter dem Marginalie «Begriff des Waldes», dass als Wald jede Fläche gilt, die mit Waldbäumen oder Waldsträuchern bestockt

ist und Waldfunktionen erfüllen kann. Waldfunktionen sind namentlich Schutz-, Wohlfahrts- und Nutzfunktionen (Art. 1 Abs. 1 lit. c WaG). Wohlfahrtsfunktionen erfüllt ein Wald, wenn er durch seine Lage, seinen Aufbau, seine Bestockung und Gestaltung dem Menschen als Erholungsraum dient, durch seine Form die Landschaft prägt, vor schädlichen Umwelteinflüssen wie Lärm und Immissionen schützt, Wasservorräte qualitativ und quantitativ sichert sowie wildlebenden Tieren und Pflanzen einen unersetzlichen Lebensraum schafft. Zu den Wohlfahrtsfunktionen gehört insbesondere auch der Landschaftsschutz, d. h. die optisch-ästhetische Funktion der Bestockung und ihre biologische Bedeutung als Lebensraum für Fauna und Flora (BGE vom 20. März 2002, 1A.141 / 2001, Erw. 3.1 mit Verweis auf BGE 124 II 85 ff.). Entstehung, Nutzungsart und Bezeichnung im Grundbuch sind nicht massgebend. Nicht als Wald gelten isolierte Baum- und Strauchgruppen, Hecken, Alleen, Baumkulturen, die auf offenem Land zur kurzfristigen Nutzung angelegt worden sind, sowie Bäume und Sträucher auf Einrichtungen zur Stauhaltung und in deren unmittelbarem Vorgelände (Art. 2 Abs. 3 WaG). Ebenfalls nicht als Wald gelten gemäss diesem Artikel Garten-, Grün- und Parkanlagen. Damit eine Bestockung unter diese Ausnahme fällt, muss es sich um einen eigens angelegten Bestand handeln. Das Anlegen einer Bestockung schliesst stets ein willentliches, gestalterisches Handeln oder zumindest ein willentliches Dulden einer aufkommenden Bestockung zu bestimmten Zwecken und mit bestimmtem Bezug zur Umgebung mit ein. Solche Baumstände bezwecken die Verschönerung des gestalteten Raumes oder dienen der Erholung, nicht der forstlichen Nutzung. Das Willenselement kann bei einer Grünanlage bereits als erfüllt betrachtet werden, wenn der Grundeigentümer natürlich aufkommenden Waldwuchs bewusst duldet, d. h. in seine Arealbebauung miteinbezieht. Die Gestaltung der Grünanlage muss einen Bezug zur Umgebung aufweisen, indem sie das Gebiet gezielt aufwertet. Sie muss einer planerischen Vorstellung entsprechen und Verschönerungs- oder Erholungszwecken dienen. Vorausgesetzt wird aber ein gezieltes und feststellbares Gestalten mit Bezug zur Umgebung. Ist auf einer Parzelle bloss die Landpflege vernachlässigt und dadurch das Einwachsen von Waldbäumen ermöglicht worden, so liegt keine Grünanlage vor (BGE 124 II 85 Erw. 4d).

b) Für die Annahme von Wald genügt, dass eine Bestockung geeignet ist, eine oder einzelne Aufgaben des Waldareals zu übernehmen. Nicht erforderlich ist, dass der Baumbestand auch Schutz vor Naturereignissen bietet und der Holzerzeugung dienen kann. Bei der Waldfeststellung ist einzig auf die tatsächlichen Verhältnisse (Wuchs, Dichte, Alter, Ausmass und Funktion der Bestockung), den bundesrechtlichen Waldbegriff und allenfalls auf die durch kantonales Ausführungsrecht bestimmten Waldkriterien abzustellen. Eine Abwägung von berührten privaten und

anderen öffentlichen Interessen findet nicht statt (BGE 118 Ib 433). Ausnahmsweise ist trotz ganzen oder teilweisen Fehlens einer Bestockung Wald anzunehmen, wenn z. B. Flächen ohne Bewilligung gerodet worden sind. Welche Ursache die Bewaldung hat, ist nicht entscheidend. Das gesetzliche Gebot der Walderhaltung besteht unabhängig vom Willen des Eigentümers, nicht Wald schaffen zu wollen. Auch früher unbewaldete Flächen werden zu geschütztem Waldareal, wenn sich dort Waldbäume oder -sträucher ansiedeln und der Eigentümer nicht alles zur Verhinderung der Bewaldung vorgekehrt hat, was unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise von ihm erwartet werden konnte (BGE 120 Ib 339).

c) Das kantonale Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Wald vom 17. Dezember 1998 (EG Waldgesetz, BGS 931.1) enthält als kantonaler Ausführungserlass in Paragraph 1 ebenfalls einen Waldbegriff. So gilt eine mit Waldbäumen oder Waldsträuchern bestockte Fläche in der Regel als Wald, wenn sie eine Fläche von 800 m<sup>2</sup> und eine Breite von 12 Metern aufweist. Auf der Einwuchsfäche wird ein Alter der Bestockung von 20 Jahren verlangt. Ausnahmsweise gelten auch kleinere, schmälere und jüngere Bestockungen als Wald, wenn aufgrund von Baum- und Strauchartenzusammensetzung, Ausbildung von Boden und Bodenvegetation sowie geographischer Lage anzunehmen ist, dass sie in bedeutendem Mass Waldfunktionen wahrnehmen können. Erfüllt eine Bestockung in hohem Mass Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen, so gilt sie unabhängig von ihrer Fläche, ihrer Breite und ihrem Alter als Wald. Fläche und Breite einer Bestockung werden unter Einschluss eines Waldsaumes von zwei bis drei Metern bestimmt. Bei der Abgrenzung sind der Wurzelraum, die Kronenausladung und die Geländesituation zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 4 EG Waldgesetz).

3. Vorerst ist die Frage zu klären, ob und in welchem Ausmass die umstrittene Fläche mit Waldbäumen und Waldsträuchern bestockt ist.

...

c) Aus den Akten ergibt sich, dass die fragliche Bestockung zwischen 20 und 45 Metern breit und gut 50 Meter lang ist. Sie erreicht damit in jedem Fall ein Ausmass von über 1'000 m<sup>2</sup>. Die Bestockung befindet sich zum Teil nördlich, zum Teil südlich und zum Teil westlich eines alten Steinbruchs. Für die Frage der Walddefinition spielt es keine Rolle, ob sich die noch stehenden Bäume und/oder die Strünke der gefällten Bäume oberhalb oder unterhalb der Bruchkante dieses alten Steinbruchs befinden, der an der höchsten Stelle eine Höhe von vielleicht acht bis zehn Metern hat. Der Steinbruch ist schon zu einem grossen Teil mit Humus überdeckt,

der sich über die Jahre aus den Blättern der Laubbäume gebildet hat und der eine Art Isolationsschicht bildet, die bei Temperaturschwankungen der Verwitterung durch Spaltenfrost entgegenwirkt. Auf den Luftbildern vom Januar 1956, vom 17. Juli 1967 und vom 3. Mai 1995 ist zudem klar ersichtlich, dass die heute umstrittene Bestockung bereits in diesen Jahren im gleichen Ausmass wie heute bestanden hat. Über die Höhe der einzelnen Bäume lässt sich den Bildern keine schlüssige Antwort entnehmen. Deutlich ergibt sich aus den Bildern aber, dass es zu keiner Zeit eine eigentliche Zäsur zwischen der Bestockung auf dem GS Nr. 37 und dem angrenzenden Wald am K...bach gegeben hat. Wenn sich aus der Sicht der Liegenschaft des Beschwerdeführers in diesem Bereich vielleicht eine Lücke bezüglich hochstämmiger Bäume ergibt, so muss daran erinnert werden, dass gerade im unteren Teil dieses «Grenzbereichs» die drei Bäume fehlen, die im Jahr 2003 auf Veranlassung des Beschwerdeführers gefällt wurden. Das Fehlen von zwei Bergahornen mit Durchmesser von 30 bzw. 35 cm und einer Buche von 25 cm führt in dieser unbestrittenenmassen nicht sehr breiten Bestockung zu auffälligen optischen Auswirkungen. Zudem wurden im Winter 1998/99 durch den Eigentümer zusammen mit dem zuständigen Förster in dieser Bestockung noch 12 weitere Bäume gefällt. Aus dem Forstbericht 1998 ergibt sich, dass in der fraglichen Bestockung im Rahmen einer Plenterdurchforstung insgesamt 12 Stöcke mit total 28 m<sup>3</sup> genutzt wurden (davon waren 12 m<sup>3</sup> Nadel- und 16 m<sup>3</sup> Laubholz). Auffallend war auch, dass innerhalb des Perimeters der Bestockung ein sehr viel kühleres und angenehmeres Klima herrschte als ausserhalb, wobei hier einzuschränken ist, dass der Augenschein an einem sehr heissen Junitag stattgefunden hat. Es kann aber sicher festgestellt werden, dass man in der Bestockung ein deutlich anderes Klima vorfand als ausserhalb.

d) Unbestritten ist, dass sich in der Bestockung heute Bergahorne, Eschen, Buchen, Kirschbäume (der *Prunus avium* ist eine wilde Form des kultivierten Kirschaumes und findet sich häufig im Wald und an Waldrändern – alle Angaben unter Erw. 3d zu den Standorten der jeweiligen Pflanzen stammen aus: Flora Helvetica, 3. Auflage, Bern, 2001), eine Eiche und – vor allem am Rand – viele Haselstauden befinden. Nachdem 1998 mehrere Fichten gefällt wurden, präsentiert sich die Bestockung heute weitgehend als Laubwald. Allein aus der Zusammensetzung der Bäume kann man aber noch nicht auf Wald schliessen, weil sich diese Baumarten an verschiedenen Standorten auch als Einzelbäume finden. Als seltene Sträucher finden sich die Alpen-Johannisbeere, die wilde Stachelbeere und das breitblättrige Pfaffenhütchen (teils in den Akten der Direktion des Innern fotografisch dokumentiert). Bei der Alpenjohannisbeere und der Stachelbeere handelt es sich um die wilde Form der Pflanzen, die in kultivierter Form (z. B. als *Ribes rubrum*) sehr häu-

fig in Gärten und Parks vorkommen. Wilde Alpenjohannisbeeren finden sich in Gebüsch und an Waldrändern, wilde Stachelbeeren vorwiegend in Gebüsch und an steinigen Orten. Das breitblättrige Pfaffenhütchen ist eine typische Waldpflanze. Weissdorn und Hundsrose finden sich in Hecken und an Waldrändern. In der Krautschicht finden sich gemäss der ökologischen Waldaufnahme durch den Förster Martin Ziegler vom 28. April 2006 der Aronstab (feuchte Laubmischwälder), die Berggoldnessel (lichte Wälder und Hecken), das Buschwindröschen (Wälder und Wiesen), Waldhainsime (Wälder) und die Waldsegge (Wälder), der breite Wurmfarne (Wälder und Gebüsch), der echte Waldmeister (Wälder, Buchhaine), die ährige Rapunzel (Wälder und Bergwiesen) und der gemeine Nelkenwurz (Wälder und Gebüsch). Aus der ökologischen Waldaufnahme, deren Korrektheit durch den Augenschein auch optisch bestätigt wurde, ergibt sich zweifelsfrei, dass es sich bei den Sträuchern und der Krautschicht in der fraglichen Bestockung in überwiegender Masse um eine typische Waldflora handelt.

e) Das Feststellen einer Waldfauna ist im Rahmen eines Augenscheins so gut wie unmöglich. Das Ergebnis der Feldbeobachtungen von Sales Nussbaumer, Feldornithologe, Oberägeri, vom Mai 2006, das an sich nicht bestritten wurde, weist darauf hin, dass sich zumindest viele Vogelarten in der fraglichen Bestockung aufhalten. Die Bachnähe, der felsige Untergrund des Steinbruchs sowie die artenreiche Bestockung mit vielen beerentragenden Sträuchern stellen eine gute Nahrungsgrundlage für eine Vielzahl von Vögeln dar, so dass die entsprechenden Feststellungen sicher nicht in Zweifel gezogen werden können.

Zusammenfassend kann zu der Frage, ob und in welchem Ausmass die umstrittene Fläche mit Waldbäumen und Waldsträuchern bestockt ist, gesagt werden, dass wir es hier nicht mit einer isolierten Baum- oder Strauchgruppe zu tun haben. Es handelt sich hier vielmehr um eine Bestockung, die mehr als 50 Jahre alt ist, und bezüglich Dichte und Ausmass zweifellos den Vorgaben der eidgenössischen und kantonalen Waldgesetzgebung für die Feststellung von Wald entspricht. Die Bestockung bildet mit dem östlich angrenzenden Wald optisch und ökologisch eine Einheit. Die vom Beschwerdeführer behauptete Zäsur zwischen den beiden Waldstücken ist marginal und würde sich als noch geringfügiger präsentieren, wenn im Jahr 2003 das unbewilligte Abholzen von drei hochstämmigen Laubbäumen nicht stattgefunden hätte. Ob der Beschwerdeführer hierfür zu Recht oder zu Unrecht geblüsst wurde, braucht in diesem Verfahren nicht neu aufgerollt zu werden.

4. Weiter zu prüfen ist, ob die umstrittene Fläche Waldfunktionen erfüllen kann. Als Waldfunktionen gelten die Schutz-, Wohlfahrts- und die Nutzfunktion. Es genügt

diesbezüglich, wenn die Bestockung geeignet ist, einzelne Aufgaben eines Waldareals zu übernehmen. Nicht erforderlich ist es, dass eine Bestockung Schutz vor Naturereignissen bietet und dass sie in grösserem Mass der Holzerzeugung dient.

a) ...

b) Während sich die Nutz- und Schutzfunktion des Waldes allein aus dem Wortlaut ergibt, muss die Wohlfahrtsfunktion näher definiert werden, wie dies das Bundesgericht in dem erwähnten Entscheid vom 20. März 2002 getan hat. Danach erfüllt ein Wald Wohlfahrtsfunktion, wenn er als Erholungsraum dient, durch seine Form die Landschaft prägt, vor schädlichen Umwelteinflüssen schützt, unersetzlichen Lebensraum für Pflanzen und Tiere bietet, optisch-ästhetische Funktionen im Bereich des Landschaftsschutzes übernimmt und für Fauna und Flora biologisch bedeutsam ist. Der Augenschein und die Luftbilder belegen, dass der Bestockung optisch-ästhetische Funktion als Landschaftsgestaltungselement zukommt. Durch die Blätter der Bäume und Sträucher der Bestockung und durch den jahrzehntelangen Blattwurf ist der ehemalige Steinbruch optisch und faktisch in erheblichem Ausmass mit einer Humusschicht überdeckt. Durch den Aufbau dieser kompakten Humusschicht entstand eine natürliche Isolation aus Bodenmaterial, die sich bei der Verwitterung durch Spaltenfrost sicher positiv auswirkt. Die Feststellung des Beschwerdeführers, dass im alten Steinbruch überhaupt keine Steinschlaggefahr bestehe, ist in dieser Absolutheit nicht zutreffend, fanden sich doch beim Augenschein im südwestlichen Bereich des ehemaligen Steinbruchs einzelne lose Steine, die durch den Waldboden und die bestehenden Baumstrünke am weiteren Abgleiten gehindert wurden. Dass der Bestockung Nutzfunktion zukommt, wurde bereits weiter oben ausgeführt. Immerhin hat man 1998 28 m<sup>3</sup> Holz geschlagen und mit Hilfe einer sog. Plenterdurchforstung den Baumbestand aufgelockert und so einen Stufenschluss erreicht und gleichzeitig die Mittel- und Unterschicht der Bestockung belebt und damit auch eine natürliche Verjüngung erreicht. Diese Bestockung ist zweifelsohne geeignet, einzelne Funktionen eines Waldareals zu übernehmen. Dass die Bestockung für eine Vielzahl von Pflanzen und Vögel auch biologisch bedeutsam ist, wurde unter Erw. 3 bereits dargelegt.

5. Zu prüfen bleibt noch die Frage, ob es sich bei der Bestockung um einen gezielt angelegten Baumbestand handelt, der als Grünanlage unter Umständen im Sinne von Art. 2 Abs. 3 WaG nicht als Wald gelten würde. Zu klären ist dabei insbesondere die Frage, ob es sich bei der Bestockung um eine von Menschenhand geschaffene künstliche Anlage handelt, die zwischenzeitlich – trotz Vernachlässigung – diesen Charakter noch nicht verloren hat.

...

b) Beim Augenschein konnte die Frage, wer die Bäume als obere Begrenzung des Steinbruchs gepflanzt habe, nicht geklärt werden. Die Befragung des Beschwerdeführers ergab, dass vermutlich schon die frühere Eigentümerin zur Abgrenzung und zum Schutz jeweils Tannen gepflanzt habe. Aus einem vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Kaufvertrag aus dem Jahre 1905 ergibt sich jedenfalls, dass bereits damals im Bereich der heutigen Bestockung Obstbäume und ein Waldgebüsch mit Hochstämmen bestanden haben. Aus dieser Bestockung wurden jeweils – je nach Bedarf – verschiedene Bäume gefällt. Der Augenschein ergab diesbezüglich, dass sich – entgegen der Behauptungen des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers – in der Bestockung relativ viele Baumstrünke befanden. Man kann ohne weiteres davon ausgehen, dass die Bestockung älter als 100 Jahre ist, und dass im Verlauf der Jahre viele hochstämmige Bäume gefällt wurden. In seinen Rechtsschriften wirft der Beschwerdeführer der Direktion des Innern vor, sie habe sich bei ihrem Entscheid nicht an den Grundsätzen orientiert, die das Bundesgericht im Entscheid vom 20. März 2002 bezüglich Waldfeststellung vorgegeben habe. In diesem Entscheid stellte das Bundesgericht fest, dass die Bepflanzung einer Modelleisenbahnanlage mit Bäumen, die offensichtlich angelegt worden sei, um die Anlage zu gestalten oder die von der kreisrunden Anlage her monotone Linienführung mit abwechslungsreicher Gestaltung der Umgebung attraktiver zu machen, kein Wald im Sinne des Gesetzes, sondern eine Grünanlage sei, die nicht als Wald gelte. Diese Voraussetzungen treffen hier offensichtlich nicht zu. Weder der Ist-Zustand noch die Flugaufnahmen aus den Jahren 1956, 1967 und 1995 lassen auf ein Willenselement bei der Bestockung schliessen. Es ist zwar durchaus möglich, dass man am oberen Rand des Steinbruchs irgendwann zur Abgrenzung ein paar Bäume gepflanzt hat. Ein weitergehendes absichtliches Gestalten lässt sich nicht erkennen. Die Bestockung, die sich um den ganzen Steinbruch herumzieht, vermittelt vielmehr den Eindruck, als seien jeweils nach Bedarf oder auf Wunsch der Nachbarn höhere Bäume ohne Konzept gefällt worden. Aus Sicherheitsüberlegungen wäre am Nordrand des Steinbruchs auch eher ein Zaun als eine Baumgruppe angebracht gewesen, zumal zwischen Bäumen und Stauden sowohl Mensch als auch Vieh ohne weiteres in die Tiefe stürzen können. Jedenfalls hat man auf der Parzelle GS Nr. 37 eine regelmässige Pflege der Bestockung vernachlässigt und so das Einwachsen von hochstämmigen Waldbäumen ermöglicht, die nicht mehr als Grünanlage qualifiziert werden können. Die Entstehung der Bewaldung spielt dabei gemäss Art. 2 WaG keine Rolle. Offensichtlich haben sich hier Waldbäume und Waldsträucher angesiedelt, ohne dass die Eigentümer all das zur Verhinderung der Bewaldung vorgekehrt haben, was von ihnen vernünftigerweise erwartet werden konnte.

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass es sich bei der umstrittenen Bestockung auf dem GS Nr. 37 um Wald im Sinne von Art. 2 Abs. 1 WaG handelt. Die Bestockung ist für sich allein schon mehr als 1'000 m<sup>2</sup> gross und 20 Meter breit. Zwischen dem östlich angrenzenden Wald und der Bestockung ist nur bezüglich Hochstämmen eine Zäsur auszumachen. Man hat es nicht mit einer isolierten Bestockung, sondern mit einer ökologischen Einheit zu tun. In der Bestockung findet man eine reichhaltige Waldflora und einen typischen Waldboden, der sich über Jahrzehnte aus den herabfallenden Blättern der Laubblätter gebildet hat. Mutmasslich besteht die Bestockung seit 100 Jahren und wurde regelmässig holzwirtschaftlich genutzt, letztmals im Jahr 1998. Der Bestockung kommen landschaftsgestalterische und ökologische Funktionen zu. Es handelt sich auch nicht um eine ausschliesslich von Menschenhand geschaffene Anlage, sondern es ist vielmehr davon auszugehen, dass hier über Jahrzehnte eine natürliche Bestockung entstanden ist, die man rechtzeitig zu pflegen vernachlässigt hat. Heute haben wir es mit Wald im Sinne des Gesetzes zu tun, der nicht einfach nach Belieben und Bedarf ausgedünnt werden darf. Die Verfügung der Direktion des Innern erweist sich deshalb als korrekt und ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. August 2006

V 2006/27

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 31. Mai 2007 abgewiesen.

#### 4. Vormundschaftsrecht

Art. 392 Ziff. 2 und 393 Ziff. 2, 397 Abs. 1 i. V. mit 373 Abs. 1 ZGB, Art. 4 BV, Art. 35 Abs. 1 OR, § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG – Anordnung einer kombinierten Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft; Antrags- und Beschwerdeberechtigung; Anspruch auf rechtliches Gehör; Weitergeltung von Vollmachten über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus; Parteientschädigung.

Aus dem Sachverhalt:

Am 20. Juni 2006 ersuchte X. den Stadtrat von Zug um die Prüfung allenfalls erforderlicher vormundschaftlicher Massnahmen für seine im Altersheim lebende Mutter M.. Er verwies auf das hängige erbrechtliche Klageverfahren zwischen Z., seiner Mutter, seiner Schwester und ihm, und auf die sich daraus ergebenden

Interessenkonflikte hinsichtlich der Mutter. Bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs an M. im Altersheim am 29. Juni 2006 stellten die Vertreter der Vormundschaftsbehörde fest, dass ihr gesundheitlicher Zustand stark vermindert war. Beim Hausarzt wurde daraufhin ein Arztbericht eingeholt. Dieser stellte fest, dass sich M. aufgrund fortgeschrittener Demenz in einem körperlich und geistig stark reduzierten Zustand befinde und ihre persönlichen und finanziellen Angelegenheiten nicht mehr selber besorgen könne. Ihr geistiger Zustand könne mit Geistesschwäche umschrieben werden und es bestehe bei ihr Hilflosigkeit, so dass die Errichtung einer Beiratschaft erforderlich sei. Im Laufe der weiteren behördlichen Abklärungen unter dem Einbezug sämtlicher Söhne und der Tochter von M. stellte sich heraus, dass diese zu einem früheren Zeitpunkt zwei Vollmachten erteilt hatte: am 13. März 2001 an Rechtsanwalt Dr. iur. V. betreffend Erbteilung in Sachen Nachlassregelung ihres verstorbenen Gatten, sowie am 12. August 2002 an ihren Sohn Z. für die Erledigung der finanziellen, administrativen und persönlichen Angelegenheiten im Alltag. Beide Vollmachten sollten gemäss dem in ihnen geäusserten Willen von M. über den Verlust ihrer Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit hinaus Gültigkeit haben. Mit Schreiben vom 11. August 2006 lehnte der Departementsvorsteher den Antrag von X. auf Errichtung einer vormundschaftlichen Massnahme für M. ab. Zur Begründung führte er aus, dass die Notwendigkeit hierfür nicht gegeben sei, da Z. über eine rechtsgültige, über den allfälligen Verlust ihrer Urteilsfähigkeit hinaus gültige Vertretungsvollmacht von M. verfüge. Eine Kopie des Schreibens ging auch an die Geschwister Z. und Y.. Mit Eingabe vom 14. August 2006 an den Stadtrat von Zug beantragte X. erneut die Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen für die handlungsunfähige M.. Er bemängelte insbesondere das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung. Im eigenen Namen sowie im Namen seiner Schwester bestritt er die Rechtsgültigkeit sämtlicher bestehender Vollmachten, da diese die Erfordernisse einer «gesetzlichen Vertretung» nicht erfüllten. Er und seine Schwester stellten als Verwandte im Sinne von Art. 328 ZGB wie auch als Beteiligte im Sinne von Art. 392 ZGB die gesetzlichen Vertreter von M. dar.

Mit Beschluss vom 3. Oktober 2006 ordnete der Stadtrat von Zug als Vormundschaftsbehörde nach weiteren Abklärungen unter Einschluss der Anhörung der Kinder von M. für diese eine kombinierte Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft gemäss Art. 392 Ziff. 2 ZGB und Art. 393 Ziff. 2 ZGB an und ernannte einen Amtsvormund zum Beistand. Begründet wurde die Massnahme damit, dass Z. im Erbteilungsverfahren gegenüber M. eine prozessual gegensätzliche Parteistellung innehatte, weshalb ein Interessenkonflikt vorliege und sich eine vormundschaftliche Massnahme aufdränge. Hierfür genüge bereits das Vorliegen einer bloss abstrakten Gefährdung der schutzbedürftigen Person. Einer allfälligen Beschwerde

wurde die aufschiebende Wirkung entzogen, mit der Begründung, dass eine Gefährdung der finanziellen Interessen von M. durch längere Rechtsmittelverfahren nicht ausgeschlossen sei.

Mit Beschluss vom 10. Juli 2007 hiess der Regierungsrat die am 11. Oktober 2006 von Z. erhobene Beschwerde gegen den Beschluss des Stadtrates von Zug gut. Bereits zuvor hatte die Frau Landammann als Präsidentin der Beschwerdeinstanz mit Zwischenverfügung vom 15. November 2006 gestützt auf § 45 Abs. 2 VRG das von Z. gestellte Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gutgeheissen. Der Regierungsrat erwog, Z. lasse zu Recht rügen, dass in der Literatur eine analoge Anwendung von Art. 392 Ziff. 2 ZGB auf die Beiratschaft und die Beistandschaft, nicht aber auf die gewillkürte Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR bejaht werde. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts (neu: Kindes- und Erwachsenenschutzrecht) als zentrales Anliegen die Förderung des Selbstbestimmungsrechts in Form der eigenen Vorsorge (Art. 7, 10 BV) sowie die Entlastung des Staates (Botschaft zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 11 f.) verfolge, also in Richtung Privatautonomie ziele. Des Weiteren sei zu bedenken, dass sich Z. gemäss Auskunft des Altersheimes bisher anstandslos um die finanziellen sowie persönlichen Belange seiner Mutter M. gekümmert habe. Ein Interessengegensatz zwischen der Vertretenen und dem Stellvertreter bestehe zudem nur dem Anschein nach, durch die rein formale Stellung als Prozessgegner. Dass die realen Fronten nicht zwischen Z. und seiner Mutter, sondern zwischen diesen beiden und den Geschwistern von Z. verliefen, werde neben den zahlreichen aktenkundigen Schreiben auch dadurch bekräftigt, dass die betreffende Vollmacht nach (bzw. trotz) der Erhebung des Erbteilungsprozesses ausgestellt worden sei. In Anbetracht dieser Erwägungen falle die Interessenabwägung zu Gunsten von Z. aus; eine analoge Anwendung von Art. 392 Ziff. 2 ZGB auf die gewillkürte Stellvertretung werde folglich abgelehnt und die Beschwerde diesbezüglich gutgeheissen. Weiter sei die Ernennung des Beistandes gestützt auf Art. 393 Ziff. 2 ZGB nur sinnvoll, wenn jemand faktisch nicht in der Lage sei, Handlungen nach Art. 393 Ziff. 2 ZGB vorzunehmen, was das Unvermögen des Betroffenen erfordere, selber zweckmässig zu handeln. Die Handlungsunfähigkeit beinhalte auch das Unvermögen, einen gewillkürten Vertreter nach Art. 32 ff. OR mit der Interessenwahrung zu beauftragen. Das Vorliegen einer wirksamen gewillkürten Vertretung schliesse demnach die Anwendung einer Beistandschaft nach Art. 392 ff. ZGB aus. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass M. bereits in den Jahren 2001 und 2002, als die beiden Vollmachten ausgestellt worden seien, handlungsunfähig bzw. beschränkt handlungsfähig gewesen sei. Gemäss Art. 35 Abs. 1 OR erlösche eine Vollmacht mit dem Verlust der Hand-

lungsfähigkeit des Vollmachtgebers, sofern nicht das Gegenteil vereinbart worden sei oder sich aus der Natur des Geschäfts ergebe. Das Bundesgericht habe jedoch in seinem neueren Entscheid BGE 132 III 224 f. ausgeführt, dass es im Interesse des Vollmachtgebers liegen könne, dass eine Vollmacht durch den Verlust seiner Handlungsfähigkeit nicht dahin falle; wer in handlungsfähigem Zustand eine Vollmacht erteile, sei auch in der Erweiterung seiner Handlungsfähigkeit nicht beschränkt. Dem klaren Gesetzeswortlaut sowie der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend sei die vorliegende Vollmacht demnach auch über die Handlungsunfähigkeit von M. hinaus klar als gültig zu bezeichnen, womit sie sinngemäss sowie der Form nach einen Vorsorgeauftrag nach Art. 360 ff. E-ZGB darstelle. Da die beiden Vollmachten weiterhin Gültigkeit besässen und M. im erbrechtlichen Verfahren durch RA Dr. V. sowie in finanziellen und persönlichen Belangen durch Z. vertreten werde, seien die Voraussetzungen von Art. 393 Ziff. 2 ZGB nicht gegeben. Es könne keine Beistandschaft für M. errichtet werden. Der Regierungsratsentscheid wurde an Z., den Stadtrat von Zug und die Direktion des Innern eröffnet, nicht jedoch an X. und Y.

X. und seine Schwester Y. verlangten in mehreren Schreiben von der Direktion des Innern die Eröffnung des Entscheids des Regierungsrates. Die Direktion des Innern teilte zunächst den beiden Gesuchstellern mit, dass ihre Beschwerdelegitimation bzw. Parteistellung als Antragsteller für vormundschaftliche Massnahmen für ihre Mutter nach einer älteren, auf ihre Unterstützungsverpflichtung und -berechtigung gemäss Art. 328 ZGB abstützenden Praxis zu bejahen sei. Diese Auffassung erscheine jedoch angesichts der Entwicklungen in Rechtsetzung und Rechtspraxis nicht mehr zeitgemäss. So widerspreche die Verwandtenunterstützungspflicht dem aktuellen Gesellschafts- und Rechtsverständnis. Weiter seien der Schutzbereich der persönlichen Freiheit bzw. der informationellen Selbstbestimmung und folglich das Datenschutzniveau erhöht worden. Es lasse sich aus der reinen Tatsache des Kindesverhältnisses kein Anspruch auf Akteneinsicht oder Zustellung eines Beschwerdeentscheides herleiten. In der Lehre werde die Beschwerdebefugnis mit Bezug auf Art. 388 ZGB und Art. 420 ZGB für Dritte nicht ohne weiteres bejaht, insbesondere dann nicht, wenn beliebige eigene Interessen geltend gemacht würden, deren Wahrung in der Regel im Zivilprozess zu erfolgen habe. Da sich Bundesgericht und Lehre «dennoch überwiegend» auf die «alte Praxis» stützten, lasse man den beiden Gesuchstellern den Regierungsratsentscheid vom 10. Juli 2007 zukommen. Die Frage der Beschwerdelegitimation werde im Falle einer Beschwerde das Verwaltungsgericht zu prüfen haben. In der Folge reichte X. am 17. September bzw. am 15. Oktober 2007 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein. Während der Regierungsrat und Z. die Abweisung der Beschwerde verlang-

ten, beantragte der weiter verfahrensbeteiligte Stadtrat von Zug sinngemäss die Gutheissung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

...

2. Von den Beschwerdegegnern wird dem Beschwerdeführer X. die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde wie schon zuvor die Parteistellung in dem vom Beschwerdegegner Z. gegen den Verbeiständungsbeschluss der Vormundschaftsbehörde angestregten Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat abgesprochen.

a) Gegen die Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde betreffend die Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 392 f. ZGB kann nach dem anwendbaren kantonalen Recht (§ 36 der Verordnung über das Vormundschaftswesen vom 20. November 1943, VormV, BGS 213.2, § 43 Abs. 1 VRG) binnen 20 Tagen beim Regierungsrat Beschwerde erhoben werden (vgl. dazu sowie zur Frage der Anwendung der binnen zehn Tagen nach der Mitteilung zu erhebenden Vormundschaftsbeschwerde [Art. 420 Abs. 2 ZGB] Thomas Geiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I, 3. Aufl. 2006, Art. 397 N 19 und Art. 420 N 14; Schnyder/Murer, Berner Kommentar, Band II/3/1, Bern 1984, Art. 397 ZGB N 58 f.; Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl. Bern 1997, § 6 N 47). Im Rahmen der bundesrechtlichen Verfahrensregeln sind die Kantone frei zu bestimmen, wer zur Anfechtung einer vormundschaftlichen Massnahme befugt ist (vgl. Schnyder/Murer, a. a. O., N 168 zu Art. 373 ZGB). Nach Bundesrecht kommt die Rechtsmittelbefugnis dem zu Verbeiständenden sowie den nach Bundesrecht und nach kantonalem Recht antragsberechtigten Privaten zu. Denn dieselben Personen, die von Bundesrechts wegen berechtigt sind, einen Antrag auf Entmündigung (oder Verbeiständung) zu stellen, müssen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch im Beschwerdeverfahren zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert sein. Verfahrensrechtliche Vorschriften, deren Festlegung gemäss Art. 397 Abs. 1 i. V. mit Art. 373 Abs. 1 ZGB in die Kompetenz der Kantone fällt, würden die Verwirklichung des Bundesrechts missachten, wenn sie den Kreis der Beschwerdebefugten unzulässig einengen würden (vgl. BGE 112 II 485). Von Bundesrechts wegen sind jene Verwandten berechtigt, einen Antrag auf Entmündigung (oder Verbeiständung) zu stellen, die gemäss Art. 328 ZGB unterstützungsberechtigt bzw. unterstützungspflichtig sind, da die Massnahme dem Schutze ihrer Interessen dienen kann (BGE 112 II 481 mit weiteren Hinweisen). Beschwerdeberechtigt sind Antragsberechtigte aber nur

insoweit, als sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren beteiligt waren [Schnyder/Murer, Berner Kommentar, Band II/3/1, Bern 1984, Art. 373 ZGB N 88, 100, 170 und 171, mit Hinweis auf BGE 62 II 270; Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW) 1979 S. 151 f. und BGE 112 II 479 ff.]. Die Antragstellung eines hierzu Berechtigten verschafft diesem Parteistellung, und es steht dem Antragsteller das Beschwerderecht zu (vgl. Schnyder/Murer, a. a. O., Art. 373 ZGB N 101 und 116; Philippe Meier, La position des tiers en droit de la tutelle – une systémation, ZVW 1996, S. 94 f.).

b) Im angefochtenen Regierungsratsentscheid wird hinsichtlich der Beschwerdelegitimation von Z. zutreffend ausgeführt, von Bundesrechts wegen sei zur Ergreifung von Rechtsmitteln gegen einen Entscheid bezüglich Vormundschaft im weiteren Sinne befugt, wer auch berechtigt wäre, einen Antrag auf Entmündigung zu stellen; dabei handle es sich um alle nach Art. 328 ZGB unterstützungspflichtigen und – sollten sie selber in Not geraten – unterstützungsberechtigten Personen (BGE 112 II 481; 62 II 268). Z. erfülle als Sohn der von der Beistandschaft Betroffenen diese Bedingungen. Er habe aber auch deshalb ein Rechtsschutzinteresse und sei zur Beschwerde legitimiert, weil die Feststellung eines Interessenkonflikts zwischen ihm und seiner Mutter gemäss Art. 392 Ziff. 2 ZGB das Dahinfallen seiner Vertretungsmacht im betreffenden Bereich nach sich zöge (BGE 107 II 112 f.; Riemer, a. a. O. Bern 1997, § 6 N 9).

c) Auch der Beschwerdeführer ist aufgrund seiner Stellung als Sohn der vom Stadtrat verbeiständeten M., der – zusammen mit seiner Schwester – als Antragsteller aufgetreten und somit von Anfang an verfahrensbeteiligt gewesen ist, mit derselben Begründung verfahrens- bzw. rechtsmittellegitimiert, wie sie im Regierungsratsentscheid für Z. angeführt wurde. Er ist durch den angefochtenen Beschluss im Sinne der Rechtsprechung in seinen eigenen schutzwürdigen Interessen berührt, und er war aus demselben Grund in dem gegen den Stadtratsbeschluss vom 3. Oktober 2006 gerichteten Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat – ebenso wie seine Schwester Y. – als Partei zur Teilnahme legitimiert. Daraus ergibt sich, dass ihm – wie seiner Schwester – vor der Vorinstanz zu Unrecht das rechtliche Gehör verweigert worden ist. Während der Regierungsrat sich im angefochtenen Entscheid vom 10. Juli 2007 zur verfahrensrechtlichen Stellung des Beschwerdeführers (X.) nicht einmal äussert, widersprechen die bezüglichen Belehrungen der Direktion des Innern an den Beschwerdeführer und an Y. im Nachgang an den Regierungsratsentscheid insbesondere den in letzterem enthaltenen Ausführungen zu der bejahten Legitimation von Z. selber. In der Sache sind sie in Berücksichtigung der höchstrichterlichen Praxis (vgl. E. 2a) offensichtlich nicht haltbar.

d) Der aus Art. 4 BV fließende Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 119 Ia 139 E. 2d und 261 E. 6a, 119 V 168 E. 4a und 211 E. 3b, je mit Hinw.).

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Darum erübrigt sich auch der vom Beschwerdegegner Z. beantragte Beizug der Akten des Erbteilungsprozesses, um das prozessuale Verhalten des Beschwerdeführers zu ergründen. Von diesem hängt für die Beurteilung seiner Legitimation zu dieser Beschwerde nichts ab. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Heilung von Verfahrensmängeln im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich möglich, wenn die Rechtsmittelinstanz über dieselbe Kognition verfügt wie die erste Instanz und dem Beschwerdeführer aus der Heilung kein Nachteil erwächst; ausgeschlossen ist die Heilung bei besonders schwerwiegenden Verletzungen der Parteirechte (BGE 126 I 72 E. 2; 126 V 132 E. 2, je mit Hinweisen). Ein schwerer Mangel wird beispielsweise angenommen, wenn der Betroffene von einer Verfügung gar nichts weiss bzw. keine Gelegenheit erhalten hat, an einem gegen ihn laufenden Verfahren teilzunehmen (BGE 129 I 364 E. 2.1, mit Hinweisen; BGE 115 V 305 E. 2h; vgl. auch Lorenz Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung, in ZBI 99/1998, S. 101). Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist aber im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 116 V 187 E. 3d; ZBI 90/1989, S. 367; ZBI 99/1998, S. 101).

Vorliegend wiegt die mit der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör verbundene Rechtsverletzung zwar schwer genug, doch kann gerade im Vormundchaftsrecht mit den dabei auf dem Spiel stehenden Interessen der schutzbedürftigen Person im Sinne der erwähnten Rechtsprechung keine weitere Verfahrensverzögerung verantwortet werden. Der formelle Verfahrensmangel kann demzufolge vor dem an sich nur über eine eingeschränkte Kognition verfügenden (§ 63 Abs. 1 VRG) Verwaltungsgericht geheilt werden.

e) Der angefochtene Beschluss vom 10. Juli 2007 wurde am 16. Juli 2007 versandt und neben dem Stadtrat von Zug nur dem Beschwerde führenden Z. eröffnet. Wie erwähnt erfolgte keine Zustellung des Beschlusses an den im Verfahren überangegangenen X.. Die Eröffnung an ihn und seine Schwester Y. erfolgte auf ihre wiederholten Reklamationen hin schliesslich mit Brief der Direktion des Innern vom 11. September 2007 mit einer erneuerten Rechtsmittelbelehrung, was als nachträgliche, ordnungsgemässe Eröffnung anzusehen ist. Die 30-tägige Rechtsmittelfrist begann aufgrund der unbestritten gebliebenen Zustellung vom 14. September am 15. September 2007 zu laufen. Die Beschwerde vom 17. September bzw. 15. Oktober 2007 ist damit rechtzeitig eingereicht worden.

f) Ist somit die Legitimation des Beschwerdeführers wie auch die fristgerechte Ergriffung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu bejahen, ist der angefochtene Entscheid des Regierungsrates antragsgemäss in materieller Hinsicht zu überprüfen.

3. a) Der Stadtrat von Zug hat für M. eine kombinierte Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft gemäss Art. 392 Ziff. 2 und 393 Ziff. 2 ZGB errichtet, mit der Begründung, dass Z. im Erteilungsverfahren gegenüber M., die stark ausgeprägte Demenzsymptome zeige, eine prozessual gegensätzliche Parteistellung innehave, weshalb ein Interessenkonflikt vorliege und sich eine vormundschaftliche Massnahme aufdränge.

b) Der Regierungsrat machte sich in seinem Entscheid, mit dem er die vom Stadtrat von Zug getroffene Massnahme aufhob, die Rechtsauffassung des Rechtsvertreters von Z. zu eigen, wonach sich der Geltungsbereich von Art. 392 Ziff. 2 ZGB gemäss klarem und nicht auslegungsbedürftigem Wortlaut nicht auf die gewillkürte Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR beziehe. Da die Vollmachten vom 13. März 2001 und 12. August 2002 rechtskräftig seien und folglich eine gültige Vertretung bestehe, könne im Weiteren auch nicht gemäss Art. 393 Ziff. 2 ZGB eine Beistandschaft errichtet werden. Zudem habe eine Beistandschaft gemäss § 14 VormV auf die Handlungsfähigkeit des Betroffenen keinen Einfluss, weshalb auch ihre Anordnung nur sinnvoll sei, wenn jemand faktisch nicht in der Lage sei, Handlungen nach Art. 393 Ziff. 2 ZGB vorzunehmen bzw. selber zweckmässig zu handeln, so insbesondere einen gewillkürten Vertreter nach Art. 32 ff. OR mit der Interessenwahrung zu beauftragen. Das Vorliegen einer wirksamen gewillkürten Vertretung schliesse im vorliegenden Fall demnach eine Beistandschaft nach den Art. 392 ff. ZGB aus.

c) In dem vom Vormundschaftsamt der Stadt Zug eingeholten ärztlichen Bericht vom 3. Juli 2006 führte der Hausarzt aus, die im Altersheim lebende M. sei körper-

lich und geistig in stark reduziertem Zustand. Hauptproblem sei eine fortgeschrittene Demenz. Sie nehme ihre Gedächtnisstörungen nicht in dem Masse wie die sie umgebenden Personen wahr. Sie könne ihre persönlichen und finanziellen Angelegenheiten nicht mehr selber besorgen. Es sei deshalb nicht nur eine Beistandschaft, sondern eine Beiratschaft erforderlich. Hinsichtlich der Errichtung einer Vormundschaft könne der geistige Zustand von M. mit «Geistesschwäche» umschrieben werden, und es bestehe Hilflosigkeit. Eine eigentliche «Einvernahme» von ihr dürfte schwierig sein.

In seinem ärztlichen Zeugnis vom 30. Dezember 2003 an den Kantonsrichter hatte der Hausarzt ausgeführt, dass sich M. in einem «altersentsprechenden Zustand» befinde und in ihrer eigenen Wohnung lebe.

d) Für die Beurteilung der Urteilsunfähigkeit ist im Einzelfall von den konkreten Umständen hinsichtlich einer bestimmten Handlung auszugehen (vgl. Eugen Bucher, Berner Kommentar zum ZGB, 3. Aufl. 1976, Rz. 12 zu Art. 16). Urteilsunfähigkeit kann angenommen werden, wenn es an der Fähigkeit fehlt, eine bestimmte Lage richtig zu beurteilen und in Angelegenheiten der in Frage stehenden Art ein vernünftiges Urteil zu bilden sowie die Beweggründe und Folgen eines bestimmten Verhaltens richtig zu erkennen (vgl. Bucher, a. a. O., Rz. 44 f.). Unter den Parteien ist nicht umstritten, dass sich M. wegen ihrer schweren geistigen Beeinträchtigung nicht mehr in der Lage befindet, ihr doch beträchtliches Vermögen selbständig zu verwalten. Anzuführen ist diesbezüglich u. a. nur schon die ihr in der Teilung des Nachlasses ihres verstorbenen Gatten zugesprochene Eigentumswohnung in R. zum Anrechnungswert von CHF 140'000.– und die von ihr in der Erbteilung übernommene Forderung gegenüber Z. in der Höhe von CHF 570'000.–. Gemäss den unbestritten gebliebenen Feststellungen des Hausarztes ist M. offensichtlich nicht dazu fähig, die im Zusammenhang mit ihrem Vermögen gegenwärtig und inskünftig anfallenden Rechtsgeschäfte zu beurteilen. Daraus folgend kann keinem Zweifel unterliegen, dass sie im Bereiche ihrer gesamten persönlichen und finanziellen Angelegenheiten dauernd und umfassend handlungsunfähig und fürsorgebedürftig ist.

e) Von M. sind in den Jahren 2001 und 2002 zwei Vollmachten ausgestellt worden. Zum einen hat sie unter dem Titel «Bestimmung» am 12. August 2002 (und damit nach der von Z. am 27. September 2001 eingereichten Erbteilungsklage) bestimmt, dass es für den Fall, dass sie in die Situation kommen würde, dass sie «Betreuung» irgendwelcher Art zu «treffen» hätte und sie nicht entscheidungs- oder urteilsfähig sein sollte, allein ihr Sohn Z. sei, der darüber bestimmen dürfe, welche Massnahmen zu treffen seien. Seine Frau oder die Kinder sollten ihn falls nötig in dieser

Reihenfolge vertreten. Sie lasse nicht zu, dass X. oder Y. über sie zu irgend einem Zeitpunkt bestimmen oder entscheiden würden. Das gelte auch für alle persönlichen Belange wie Geldgeschäfte oder Verträge jeder Art. Um weitere Streitigkeiten zu verhindern, dürfe nur Z. die Verantwortung uneingeschränkt und in jeder Beziehung übernehmen.

An Rechtsanwalt Dr. V. hat M. am 13. März 2001 die übliche Anwaltsvollmacht mit der Spezifizierung: «in Sachen Nachlass von N. sel.» erteilt. Im vordruckten Formular heisst es u. a.: «Abweichende prozessrechtliche Bestimmungen vorbehalten, erlischt die Vollmacht nicht mit dem Ableben, der Verschollenerklärung, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs der Klientschaft».

Nicht bestritten ist unter den Parteien, dass M. im Zeitpunkt (2001 und 2002), als sie die beiden Vollmachten ausgestellt hat, handlungsfähig gewesen ist und dass die Vollmachten gültig zustande gekommen sind.

f) Wie der Regierungsrat zutreffend feststellt, verkennt der Beschwerdeführer mit seinem auch vor Verwaltungsgericht vorgebrachten Einwand der durch ihn und seine Schwester widerrufenen Vollmachten offensichtlich, dass aus dem Kindesverhältnis nicht automatisch die Stellung als gesetzlicher Vertreter, sondern höchstens ein Anspruch auf Bevorzugung bei der Wahl eines Vormunds oder Beistands nach Art. 380 ZGB fliesst. In Tat und Wahrheit verwechselt der Beschwerdeführer seine Rechtsposition mit derjenigen als Erbe: Aus dem für die Erbengemeinschaft geltenden Einstimmigkeitsprinzip folgt, dass auch eine vom Erblasser über den Tod hinaus erteilte Vollmacht nur solange wirksam sein kann, als sie vom Willen sämtlicher Erben mitgetragen wird. Sie fällt nach dem Tod des Erblassers dahin, sobald ein Erbe sie widerruft (vgl. Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. Bern 2002, § 14 Rz. 30). Es stellt sich aber die Frage nach der rechtlichen Bedeutung und Wirksamkeit der beiden von M. erteilten Vollmachten in Berücksichtigung ihrer dahin gefallenen Handlungsfähigkeit.

4. a) Nach Art. 35 Abs. 1 OR erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Tod, der Verschollenerklärung, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten. Entgegen diesem Gesetzeswortlaut wird in der Lehre teilweise die Ansicht vertreten, der Verlust der Handlungsfähigkeit auf Seiten des Vollmachtgebers führe zwingend zum Erlöschen der Vollmacht (vgl. v. a. Zäch, Berner Kommentar, N. 16, 83 zu Art. 35 OR, und gestützt auf ihn Fellmann, Berner Kommentar, Art. 405 OR N 89),

wobei unklar bleibt, ob die Vertreter dieser Lehrmeinung nur den Entzug der Handlungsfähigkeit durch einen behördlichen Akt meinen, oder tatsächlich den Eintritt der Urteilsunfähigkeit (vgl. dazu Thomas Geiser, Demenz und Recht, in ZVW 2003, 2.6., S. 100 f.). Zur Begründung dieser These wird angeführt, mit dem Wegfall der Handlungsfähigkeit müsse auch die Vollmacht entfallen, weil das Erteilen der Vollmacht eine Erweiterung der Handlungsfähigkeit darstelle und dies demjenigen verwehrt sei, der von Gesetzes wegen in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt sei; auch werde der Schutzzweck einer Bevormundung durch die Weitergeltung der Vollmacht vereitelt. Dagegen wird vorgebracht, dass die Vollmacht in einem Zeitpunkt erteilt worden ist, in dem der Vollmachtgeber (noch) handlungsfähig und damit auch in der Erweiterung seiner Handlungsfähigkeit gesetzlich nicht eingeschränkt war (vgl. Watter/Schneller, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 4. Aufl. 2007, Art. 35 N 4). Ob der Schutzzweck einer Bevormundung stets dadurch beeinträchtigt wird, dass eine entsprechend dem Willen des noch urteilsfähigen Vollmachtgebers erteilte Vollmacht beim Eintritt der Urteilsunfähigkeit weiterbesteht, hat das Bundesgericht in seinem Entscheid BGE 132 III 224 f. dahingestellt gelassen. Es stellte aber fest, dass die Lehrmeinung, welche diese Ansicht vertrete, die zwingende Beendigung der Vollmacht jedenfalls an die formelle Bevormundung knüpfe und damit gleichzeitig auch an die Möglichkeit, die Vollmacht neu zu erteilen, wenn dies nach wie vor im wohlverstandenen Interesse des Vollmachtgebers liege (unter Hinweis auf Gauch/Schluop/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., N. 1371; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., S. 161 N. 12). Weiter führte das Bundesgericht aus, für die Lehrmeinung, welche die dispositive Natur der Beendigung der Vollmacht im Falle der (dauernden) Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers befürworte, spreche nicht nur der Gesetzeswortlaut, sondern es könnten auch praktische Gründe dafür angeführt werden. So könne es im Interesse des Vollmachtgebers liegen, dass die durch Rechtsgeschäft erteilte Vollmacht mit dem Verlust seiner Urteilsfähigkeit nicht ohne weiteres erlösche. Beispielsweise sei auch in Formularen kantonaler Anwaltsverbände der Weiterbestand aufgrund der typischen Interessenlage des Mandanten vorgesehen (so auch Watter/Schneller, a. a. O., N. 4 zu Art. 35 OR; vgl. auch BGE 75 II 190 E. 1 für den Tod des Auftraggebers). Der Vollmacht liege meist ein Auftragsverhältnis zugrunde. Diesbezüglich bestätige Art. 405 OR die in der römisch- und gemeinrechtlichen Tradition stehende Regelung, dass der Vertrag ohne gegenteilige Vereinbarung erlösche, wenn der Auftraggeber handlungsunfähig werde, «sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes gefolgert werden kann». Damit könne dem allenfalls gewichtigen Interesse des Auftraggebers am Weiterbestand des Auftragsverhältnisses gerade auch für den Fall der Urteilsunfähigkeit Rechnung getragen werden,

während ein Widerruf durch den gesetzlichen Vertreter ohnehin vorbehalten bleibe (Hinweis auf Fellmann, a. a. O., N. 31/91 zu Art. 405 OR).

b) Zwar mag man sich mit Geiser bewusst bleiben, dass nicht über jeden Zweifel erhaben ist, ob solche vorausschauenden Vollmachten auch wirklich gültig sind (vgl. Thomas Geiser, ZVW 2003, S. 100, 2.4.). Doch rechtfertigt weder die Gefahr, dass die später eintretende Handlungsunfähigkeit des Vollmacht- bzw. Auftraggebers einen (rechtzeitigen) Widerruf der Vollmacht bzw. des Auftrags bei einer interessenwidrigen Ausübung derselben verunmöglicht, noch der Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 OR die Annahme, dass der Wegfall der Handlungsfähigkeit ein «zwingender» Erlöschungsgrund sei (vgl. Peter Breitschmid, Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, ZVW 2001, S. 148). Auch Rolf H. Weber hält überzeugend fest, dass diese vertragliche Vorsorge nicht als widerrechtlich betrachtet werden müsse, zumal – und hier liegt der springende Punkt – der gesetzliche Vertreter bzw. die Konkursbehörde ein jederzeitiges Widerrufsrecht hat (Rolf H. Weber, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 4. Aufl. 2007, Art. 405 N 9). Der Grund dafür, dass die obligationenrechtliche Vollmacht unter dem Vorbehalt gegenteiliger Vereinbarung mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit, insbesondere wegen des Verlustes der Urteilsfähigkeit, erlischt, liegt denn auch darin, dass der Vollmachtgeber die Handlungen des Bevollmächtigten nicht mehr überwachen und kontrollieren kann. Darum ist die Frage des Weiterbestands einer über den Verlust der Urteils- und Handlungsfähigkeit hinaus gültig erteilten Vollmacht im Sinne des Wortlauts von Art. 35 Abs. 1 OR aus «praktischen» Gründen, d. h. mit dem allenfalls gewichtigen Interesse des Auftraggebers am Weiterbestand des Auftragsverhältnisses (vgl. ausdrücklich den oben erwähnten BGE 132 III 224 f.; zur Anwaltsvollmacht post mortem vgl. BGE 110 V 389 ff.) in dem Sinne zu bejahen, dass nicht einzusehen ist, weshalb der im Zeitpunkt der Erteilung noch voll urteilsfähige Vollmachtgeber den Zeitraum «bis zur allfälligen Bestellung eines Vormundes» (vgl. Watter/Schneller, Basler Kommentar, Art. 35 N 4) bzw. Beistandes nicht im Voraus sollte regeln können. Würden Auftragsverhältnisse und die bezüglichlichen Vollmachten beim Eintritt der – in der Regel allmählich eintretenden – Handlungsunfähigkeit des Auftrag- bzw. Vollmachtgebers in jedem Fall sogleich dahinfallen, könnten für diesen selbst wie für den Rechtsverkehr erhebliche Schwierigkeiten, Rechtsunsicherheit und grosser Schaden entstehen. Es würden im täglichen Leben sehr rasch Mahnungen und Beteiligungen resultieren. Es macht denn auch zweifellos Sinn, dass ein Auftragsverhältnis noch Bestand hat, bis entweder die Urteilsfähigkeit wiederhergestellt ist oder andernfalls die gesetzliche Vertretung für die handlungsunfähig gewordene Person geregelt werden kann. Letzteres kann mitunter einige Zeit in Anspruch nehmen.

c) Der Regierungsrat bezieht sich im angefochtenen Entscheid u. a. auf den erwähnten Bundesgerichtsentscheid 132 III 224 und die darin enthaltene Feststellung, dass es im Interesse des Vollmachtgebers liegen könne, dass eine Vollmacht durch den Verlust seiner Handlungsfähigkeit nicht dahin falle. Er hält demgemäss fest, dass die von M. an ihren Sohn Z. erteilte Vollmacht wie auch jene an ihren Rechtsvertreter im Erteilungsprozess trotz dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit bzw. über diesen Zeitpunkt hinaus klar als gültig zu bezeichnen seien. Die Vollmacht an Z. stelle erst noch sinngemäss sowie der Form nach einen Vorsorgeauftrag nach Art. 360 ff. E-ZGB dar. Zu überprüfen ist im Folgenden die Schlussfolgerung des Regierungsrates, aufgrund der beiden Vollmachten erübrigten sich vormundschaftsrechtliche Massnahmen bzw. die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für M.. Zunächst ist die Vollmacht an den Sohn Z. (E. 5), anschliessend jene an RA Dr. V. (E. 6) einer rechtlichen Beurteilung zu unterziehen, um anschliessend eine Würdigung in Berücksichtigung der massgeblichen vormundschaftsrechtlichen Grundlagen vorzunehmen (E. 7).

5. a) Die allgemeine, generelle Vollmacht von M. an ihren Sohn Z. für den Fall des Verlustes ihrer Handlungsfähigkeit kann als eine begrüssenswerte, private «Vorsorgevollmacht» betrachtet werden, d. h. als Vollmacht und damit als Auftrag zu umfassenden, vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Anordnungen berührenden Vorkehren im Namen der Auftrag- bzw. Vollmachtgeberin. Ein solcher Auftrag als Instrument des Obligationenrechts ausserhalb der vormundschaftsspezifischen Typengebundenheit kann unter Umständen die Anordnung von Vermögensschutzvorkehren, oft auch von solchen des Personenschutzes überflüssig machen oder zumindest eine innerhalb der vormundschaftlichen Stufenfolge (vgl. E. 7a) mildere Variante ermöglichen (vgl. Peter Breitschmid, ZVW 2001, 149 f.). Die Überwachung privat mandatierter Vertreter und Betreuer folgt an sich nicht den Regeln des Vormundschaftsrechts, doch geht auch die Ordnung von Vollmacht und Auftrag notwendigerweise von der Überwachung durch den Geschäftsherrn aus. Allerdings fehlt es diesbezüglich an einer spezifischen Ordnung für den Fall eintretender Handlungsunfähigkeit des Auftraggebers.

b) Das geltende (Vormundschafts-)Recht sieht für den Fall einer länger dauernden, nicht auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft bezogenen Interessenwahrung noch keine die unabdingbare Rechtssicherheit gewährleistenden Rechtsinstitute vor, welche es erlauben würden, eine Vertrauensperson vorsorglich damit zu beauftragen, sich während einer voraussichtlich nicht mehr umkehrbaren, mit anderen Worten während der allfälligen dem Tod vorausgehenden Urteilsunfähigkeit, zeitlich unbeschränkt um die finanziellen Angelegenheiten und weitere Rechtsgeschäfte zu

kümmern. Dies im Gegensatz zum vorgesehenen neuen Erwachsenenschutzrecht mit der Möglichkeit eines gesetzlich eigens geregelten, voraussichtlich öffentlich zu beurkundenden oder doch zu protokollierenden Vorsorgeauftrags (vgl. dazu insbesondere Peter Breitschmid, Vorsorgevollmachten, ZVW 2003, S. 274 ff.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die für eine vertretene Person nötig werdenden Rechtsgeschäfte im Voraus weder bestimmt sind noch bestimmbar sind. Eine Person kann darum nicht generell durch Erteilung einer einfachen Vollmacht nach Art. 35 OR eine beliebige Drittperson damit beauftragen, im Falle ihrer Urteils- und Handlungsunfähigkeit auf unbestimmte Zeit ihr Einkommen zu verwalten, ihr Vermögen (z. B. Liegenschaften) zu bewirtschaften und sich um alle ihre persönlichen Belange zu kümmern. Es braucht für eine solche Interessenwahrung mit den damit verbundenen, weitreichenden Folgen auf die persönlichen Verhältnisse und die Vermögensentwicklung notgedrungen jeweils aktueller bzw. aktualisierter konkreter Anweisungen, und vor allem bedarf es der Kontrolle. Nicht zuletzt geht es um sehr persönliche Entscheide z. B. darüber, welche Unterbringung für die vertretene Person in einer jeweiligen, nicht vorhersehbaren Situation angemessen und verantwortbar ist und in ihrem Interesse liegt. Zwar trifft es – erfreulicherweise – in der Praxis oft zu, dass sich die Familienangehörigen einträchtig und im gegenseitigen Vertrauen um alle persönlichen und finanziellen Belange eines Angehörigen kümmern, und dass in diesem Zusammenhang auf entsprechende, vom Urteilsunfähigen vorher noch rechtzeitig erteilte Bankvollmachten usw. an Angehörige, Vertrauenspersonen oder einen Treuhänder ohne Beanstandung abgestellt werden kann. Dazu können auch die seitens von Z. erwähnten «Altersverfügungen» gehören, die in Altersheimen aufliegen. In Berücksichtigung der Tatsache, dass der Verlust der Urteilsfähigkeit oft nicht linear verläuft, sondern schleichend, so dass in der Praxis Vermögensverwaltungsaufträge und -vollmachten häufig trotz eingetretener Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person weiterlaufen, ist es sicher sinnvoll, dass die Geschäftspraxis, vor allem jene der Banken, diese Tatsache an sich zu akzeptieren scheint. Die Banken beispielsweise erfahren oft auch gar nicht, dass eine Person nicht mehr urteilsfähig ist. Es kann angenommen werden, dass solche Aufträge und Vollmachten in aller Regel nicht missbraucht werden, und dass im Normalfall das Beziehungsnetz einer Person über eine korrekte Interessenwahrung wacht. Vor allem die Angehörigen haben die Möglichkeit, sich jederzeit gegenseitig in der Ausübung solcher Ermächtigungen und Aufträge auch in den Einzelheiten zu kontrollieren. Eine Vielzahl von Rechtsgeschäften kann aber schon gar nicht mittels Vollmacht delegiert werden. Gerade wenn eine Erbteilung ansteht, reicht eine allgemeine Vollmacht zur prozessualen Interessenwahrung nicht mehr aus. Es muss von Gesetzes wegen eine gesetzliche Vertretung bzw. eine Beistandschaft errichtet werden, wenn eine urteilsunfähige Person als Erbe in eine Erbteilung involviert wird.

c) Wenn Angehörige oder Vertrauenspersonen der betreffenden Person, aber auch etwa eine Altersheimverwaltung, mittels Anzeige an die Vormundschaftsbehörde gelangen, so dass diese von einer Betreuungsbedürftigkeit bzw. einer unzulänglichen privaten Vertretung, von Missbräuchen oder einer Interessenkollision oder -gefährdung erfahren (vgl. Geiser, ZVW 2003, S. 101, 2.8.), hat diese von Amtes wegen die zum Schutz der hilfsbedürftigen Person notwendigen Massnahmen zu prüfen und anzuordnen. In einem solchen Fall ist dem Handlungsunfähigen aufgrund seines Unvermögens, die Handlungen seines Vertreters zu kontrollieren, ein Beistand gemäss Art. 392 Ziff. 1 ZGB, ein Beirat oder sogar ein Vormund zu bestellen. Dieser ist als gesetzlicher Vertreter zum Widerruf eines bestehenden Auftrages oder – allenfalls als mildere Massnahme – wenigstens zur Überwachung des Beauftragten berechtigt (vgl. Breitschmid, ZVW 2001, S. 165). Aufgrund dieser Problematik wird denn auch ein umfassender Vorsorgeauftrag trotz der «Persönlichkeitsnähe» des Mandats mit Vorteil an professionelle, mit den Verhältnissen vertraute und neutrale Vertreter wie Banken, Treuhänder und Anwälte vergeben und eine Kontrolle wenn möglich durch die nächsten Angehörigen vorgesehen, während sich bei beauftragten Verwandten hinsichtlich vermögensrechtlicher Dispositionen, ja selbst blosser Verwaltungsentscheide wie Wohnungsräumung, Vermietung von Liegenschaften usw. schnell Interessenkonflikte ergeben können (vgl. Breitschmid, ZVW 2001, S. 155).

d) Dem Beschwerdegegner Z. ist durchaus zu folgen, wenn er selber festhält, dass die an ihn erteilte Vollmacht nach dem Willen der Vollmachtgeberin gültig bleibe, «solange eine formelle Entmündigung nicht vorliegt». Es geht bei der Frage der Notwendigkeit einer vormundschaftlichen Massnahme für M. aber nicht um die dogmatische, vom Regierungsrat und vom Beschwerdegegner 1 aufwändig diskutierte und von ihnen zutreffend verneinte Streitfrage der Möglichkeit der analogen Anwendung von Art. 392 Ziff. 2 ZGB auf Vollmachten nach Art. 35 OR (vgl. dazu unten E. 7b), oder etwa darum, dass die Frage der Gültigkeit der umstrittenen Vollmacht – wie auch derjenigen an ihren Rechtsvertreter – tatsächlich Gegenstand eines Zivilprozesses wäre. Es geht einzig darum, ob die von M. erteilte Vollmacht ihre sonst offensichtlich gegebene Schutzbedürftigkeit ausschliesst oder nicht. Es geht um die vom Stadtrat von Zug als Vormundschaftsbehörde pflichtgemäss geprüfte und von ihm bejahte Frage der Gefahr von Interessenkollisionen zwischen ihr und dem von ihr beauftragten und bevollmächtigten Sohn Z., und ob die Kontrolle seitens der Vollmachtgeberin gewährleistet ist oder nicht. Dabei ist auch – sachlich und ohne jede Wertung – zu würdigen, dass Z. nicht das Vertrauen der übrigen, der Mutter genauso nahe stehenden Angehörigen geniesst, im Gegenteil.

e) Zu berücksichtigen ist in diesem Fall weiter Folgendes: Ob Entscheide privatautonome beauftragter Vertreter von der zugrunde liegenden Ermächtigung als gedeckt gelten können, ist mit Breitschmid dergestalt zu beantworten, dass dies immer dann der Fall ist, wenn jede Gefahr nicht nur einer Interessenkollision, sondern auch einer blossen «Interessenüberlappung» ausgeschlossen ist. Gemäss dem von Breitschmid propagierten «Rückgriff» auf vormundschaftliche Normen und Praxis muss im Verhältnis von M. zu ihrem – sie vertretenden – Sohn im direkten Zusammenhang mit dem Erbteilungsprozess bzw. der Bewirtschaftung der ihr im Urteil zugeteilten Forderung über CHF 570'000.– im Sinne einer «riskanten» Situation (vgl. Peter Breitschmid, Ersatzlösungen anstelle der Errichtung einer Vormundschaft oder von vormundschaftlichen Massnahmen, ZVW 2003, 54 f.) eine Interessenkollision klar bejaht werden. Dieses Darlehen war vom damaligen, nach dem Rücktritt des Willensvollstreckers S. durch das Kantonsgerichtspräsidium eingesetzten Erbenvertreter T. per Ende September 2001 gekündigt worden. Der nach dessen eigenem Rücktritt ernannte Nachfolger U. insistierte nach erfolglosen Mahnungen nicht mehr auf der von Z. verweigerten unverzüglichen Rückzahlung. Der Beschwerdeführer behauptet bezüglich dieses Darlehens eine fehlende Sicherung und namhafte Zinsausstände, ohne dass jemand über Auskünfte darüber verfügen würde oder könnte. Nur schon aufgrund der Aufgabe der Bewirtschaftung dieser Forderung durch Z. gegenüber sich selber als Schuldner ist eine Situation gegeben, die als verpöntes «Insichgeschäft» zu bezeichnen ist. Solche Geschäfte liegen ausserhalb des Umfangs einer Vollmacht. Im Zusammenhang mit dieser Forderung über CHF 570'000.– ergeben sich zwangsläufig immer wieder Situationen des Selbstkontrahierens, das nach schweizerischer Gerichtspraxis grundsätzlich unzulässig ist, weil das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig zur Gefahr von Interessenkollisionen führt. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Übervorteilung bzw. Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt (vgl. BGE 127 III 333). Gerade Letzteres ist bezüglich der Bewirtschaftung der gegen ihren Sohn Z. bestehenden Forderung aufgrund der Urteilsunfähigkeit von M. aber ausgeschlossen. Insbesondere kann eine «Genehmigung» nicht als in der Ermächtigung vom 12. August 2002 bereits enthalten fingiert werden, da dies als ein durch Art. 34 Abs. 2 OR verbotener Verzicht auch auf die Widerruflichkeit des Mandats zu qualifizieren wäre. Unzulässige Insichgeschäfte sind nicht einfach ungültig, aber – bis zu einer allfälligen Genehmigung durch die vertretene Person oder ihren gesetzlichen Vertreter – schwebend unwirksam im Sinne von Art. 38 OR (vgl. dazu Rolf H. Weber, Art. 398 N 15 ff.). Jede abstrakte Interessenkollision muss

von Gesetzes wegen vermieden werden. Eine solche ist in der Person von Z. sicher gegeben. Daran ändert nichts, dass er sich gemäss der vom Regierungsrat erwähnten und unbestrittenen Auskunft des Altersheimes «bisher anstandslos» um die – das Altersheim selber, d. h. die Heimunterbringung betreffenden – finanziellen, sowie mit seiner Ehefrau auch um die persönlichen Belange von M. gekümmert hat. Ebensovienig hängt etwas davon ab, dass ein Interessengegensatz zwischen der Vertretenen und dem Stellvertreter «nur dem Anschein nach» bestehe, weil die «realen Fronten nicht zwischen Z. und seiner Mutter, sondern zwischen diesen beiden und den Geschwistern von Z. verliefen».

f) Es geht im vorliegenden Fall schon gar nicht um eine «Interessenabwägung» zwischen dem von M. beauftragten Sohn Z. und ihr oder den anderen Familienmitgliedern, die gemäss Regierungsratsbeschluss (E. 2.3) zugunsten von Sohn Z. ausfalle, sondern vielmehr und einzig darum, dass eine wirkungsvolle Kontrolle gegenüber dem bevollmächtigten Sohn Z. seit dem Dahinfallen der Urteilsfähigkeit von M. offensichtlich überhaupt nicht mehr besteht. Wie erwähnt gehört zur Fähigkeit der Bestellung eines Vertreters auch die Fähigkeit zu dessen Überwachung (vgl. Schnyder/Murer, Art. 392 N 48, 393 N 42). Der bevollmächtigte Z. wird und kann auch nach Treu und Glauben in keinem Zeitpunkt annehmen, er wäre dereinst nach dem Tod seiner Mutter als Vollmachtgeberin niemandem gegenüber für die Verwendung von deren Vermögen verantwortlich und auskunftspflichtig; denn wer über die Bankkonten seiner betagten Eltern verfügungsberechtigt ist, muss – im Rahmen erbrechtlicher Verfahren – mit einer späteren Pflicht zur Offenlegung seiner Geldbezüge bzw. Transaktionen rechnen, namentlich dann, wenn der Elternteil zum Ende praktisch urteilsunfähig gewesen ist (vgl. BGE vom 2. November 2005, 5P.200/2005). Ab dem Zeitpunkt des Verlustes der Urteilsfähigkeit von M. fehlte es somit – zusätzlich zur Tatsache der Interessenkollision hinsichtlich der erwähnten Forderung – an der bezüglich der Ordnung von Vollmacht und Auftrag gesetzlich vorausgesetzten Überwachung des Bevollmächtigten. All dies macht die Anordnung geeigneter vormundschaftlicher Massnahmen unabdingbar. Dies hat der Regierungsrat zu Unrecht verkannt.

6. a) Was den von Z. am 27. September 2001 als Kläger angehobenen Erbteilungsprozess betrifft, so hatte die Beklagte M. ihrem Rechtsvertreter RA Dr. V. am 13. März 2001 eine nicht weiter durch konkrete Anweisungen spezifizierte Vollmacht «betreffend Erbteilung in Sachen Nachlass des Gatten sel.» erteilt. Im Text des vordruckten Formulars ist enthalten, dass die Vollmacht unter anderem auch mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers nicht erlösche. Als M. die Vollmacht erteilte, war sie unbestrittenermassen urteilsfähig. Da gemäss

Art. 35 Abs. 1 OR (vgl. oben E. 4) eine solche Vollmacht gültig vereinbart werden kann, konnte ihr Rechtsvertreter den Prozess als ihr Vertreter grundsätzlich über den Eintritt ihrer Handlungsunfähigkeit hinaus weiterführen. Wie sich die während des Prozesses eintretende Urteilsunfähigkeit einer Prozesspartei auf die Anwaltsvollmacht auswirkt, ist im Folgenden zu prüfen.

b) Mit der Prozessfähigkeit der Parteien hat sich der Richter von Amtes wegen zu befassen (vgl. BGE 116 II 387, aber ohne eine Äusserung zur Anwaltsvollmacht). Von den Gerichten des Erbteilungsprozesses im Nachlass von N. sel. ist die Vollmacht von M. vom 13. März 2001 an RA Dr. V. offensichtlich als Prozessvollmacht für ihre Interessenwahrung gegenüber den Miterben anerkannt worden. Der Prozessvollmacht liegt mangels anderer Anhaltspunkte notwendigerweise ein Auftragsverhältnis zugrunde. Zur Fähigkeit zur Bestellung eines Vertreters gehört wie erwähnt auch die Fähigkeit zu dessen Überwachung (vgl. Schnyder/Murer, Art. 392 N 48, 393 N 42). Im vorliegenden Fall konnte diese «Überwachung» spätestens ab Juli 2006 (Arztzeugnis) sicher nicht mehr von der Auftraggeberin wahrgenommen werden, aber ebenso wenig – infolge offensichtlicher Interessenkollision – von dem am Prozess selber als Kläger beteiligten Sohn Z. mit seiner Generalvollmacht. Folglich konnte der ursprünglich rechtsgültig beauftragte Rechtsanwalt nicht mehr von der Auftraggeberin Weisungen einholen (Art. 397 Abs. 1 OR), und vor allem konnte er nicht mehr ihr gegenüber im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR Rechenschaft ablegen. Die Rechenschaftspflicht ist aber als primäre Nebenpflicht aus dem Auftragsverhältnis unverzichtbar (vgl. Rolf H. Weber, Art. 400 N 21). So hat der Beauftragte den Auftraggeber über die Geschäftsführung – aktiv – zu benachrichtigen und ihm – passiv – Auskunft zu erteilen; diese aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht von Art. 398 OR fließende Informationspflicht ist unaufgefordert zu erfüllen; diese Information muss zudem jeweils rechtzeitig erfolgen (vgl. BGE 110 II 372; Rolf H. Weber, Art. 400 N 2, 4 f. mit Hinweisen). Auch falls Sohn Z. aufgrund seiner generellen Vollmacht die Anwaltsrechnungen bezahlt haben sollte – was nicht vom Gericht in diesem Verfahren abzuklären ist –, konnte er aufgrund der offensichtlichen Interessenkollision durch die Zahlungen jedenfalls nicht gleichzeitig anerkennen, dass der Beauftragte seinen Auftrag vorschriftsgemäss (Art. 398 OR) erfüllt hätte und deshalb für seine Geschäftsführung entlastet wäre. Es ist unerfindlich, von wem der Rechtsvertreter am Ende seines Auftrages, als M. längst nicht mehr urteils- und handlungsfähig war (vgl. Arztzeugnis vom 3. Juli 2006), hätte Entlastung ausgesprochen erhalten können.

Unter den Treuepflichten des Beauftragten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR stehen neben den Obhuts- und Schutzpflichten, die den Beauftragten verpflichten, das Integ-

ritätsinteresse und die Rechtsgüter des Auftraggebers nicht zu beeinträchtigen, vor allem die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten im Vordergrund, die sowohl im Zusammenhang mit der Rechenschaftsablegung als auch mit der sorgfältigen Auftragsausführung zu beachten sind (vgl. Rolf H. Weber, Art. 398 N 9). Deshalb hätte der Rechtsvertreter ab dem Zeitpunkt der für die Beurteilung des Erbschaftsprozesses nicht mehr genügenden Urteilsfähigkeit von M. selber an die Vormundschaftsbehörde gelangen und diese um die Prüfung der Frage der Errichtung geeigneter Massnahmen ersuchen müssen, unter Information auch der jeweiligen Instanz im Erbteilungsprozess. Eine solche «umgekehrte» Überwachungs- und Meldepflicht des Beauftragten im Interesse seines Auftraggebers ist aus den Pflichten eines Beauftragten gemäss Art. 397 und 398 OR abzuleiten. Tatsächlich hat Rechtsanwalt Dr. V. gemäss der Aktennotiz des Vormundschaftsamtes der Stadt Zug vom 7. Juli 2006, nachdem er von der Vormundschaftsbehörde auf die vom Beschwerdeführer beantragte Abklärung von vormundschaftlichen Massnahmen für M. angesprochen worden ist, der Behörde gegenüber eine Beistandschaft auch selber befürwortet. Der Beschwerdeführer hat auch gegenüber Rechtsanwalt Dr. V. mit persönlichem Schreiben vom 14. August 2006 – aus den bereits erwähnten Gründen zwar wirkungslos – die Vollmacht «entzogen», worauf es sogar zu einer ergebnislosen Friedensrichterverhandlung betreffend Feststellung der Rechtsgültigkeit seines Vollmachtswiderrufs kam. Gleichsam ein «Blindflug» einer einmal erteilten Prozessvollmacht bzw. eines entsprechenden Auftrags über den Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Auftraggebers hinaus ist undenkbar. Der Sinn der in Anwaltsvollmachten vorgesehenen Erstreckung von Vollmacht und Auftrag über den Eintritt der Handlungsunfähigkeit hinaus besteht nicht darin, dass damit keine Rechenschaftsablegung und Kontrolle mehr möglich oder nötig wäre, sondern einzig darin, dass bis zur Wiederherstellung der notwendigen Kontrolle seitens des Auftraggebers die Interessenwahrung zu seinen Gunsten nicht automatisch entfallen soll (mit den bereits erwähnten, oft negativen Folgen für ein Geschäft oder einen Prozess bzw. für den Auftraggeber). Auch wird im Rahmen einer generellen Vollmacht für die Vertretung im Erbteilungsprozess die Geltendmachung von allenfalls gerechtfertigten Haftpflichtansprüchen nicht faktisch dadurch ausgeschlossen, dass eine Überwachung der Mandatserfüllung mangels gesetzlicher Vertretung der urteilsunfähig gewordenen Auftraggeberin nicht mehr möglich ist.

Zu berücksichtigen ist nicht zuletzt auch, dass nach Gesetz der mit der erteilten Vollmacht implizit erteilte Auftrag an den Rechtsvertreter im Falle mangelhafter Erfüllung gemäss gesetzlicher Vorschrift jederzeit widerrufen werden kann (Art. 404 OR). Dies ist aber überhaupt nur möglich, wenn der nicht mehr urteils- und handlungsfähige und damit im Sinne von Art. 392 Abs. 1 ZGB handlungsunfähig

gewordene Auftraggeber bei Bedarf über einen gesetzlichen Vertreter verfügt. Gemäss Eugen Bucher kann denn auch das in Vollmachtformularen von Anwälten regelmässig vorgesehene Weiterdauern der Vollmacht im Fall des Handlungsfähigkeitsverlustes nicht hindern, dass – schliesslich – der gesetzliche Vertreter seinerseits die Vollmacht revoziert (Eugen Bucher, Schweiz. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, § 33, S. 608). Im mehrfach, auch vom Regierungsrat zitierten Entscheid BGE 132 III 224 f. ging es konkret übrigens um die ganz andere Fragestellung, wonach der Einwand der Gegenparteien eines Klägers aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, das Gerichtsverfahren sei wegen der vor Einleitung der Klage eingetretenen Urteils- und Prozessunfähigkeit des Klägers nichtig und könne ihnen deshalb nicht entgegen gehalten werden, verworfen wurde, da der Kläger vor dem erlittenen Schlaganfall gültig eine Prozessvollmacht für diesen Prozess an seinen Anwalt erteilt hatte. Die hier für das Innenverhältnis der Vollmacht interessierende Problematik fehlender Kontrolle seitens des Vollmachtgebers stellte sich nicht bzw. nicht mit vergleichbarer Bedeutung (der Kläger hatte die Klage zudem gemeinsam mit seiner prozessfähigen Ehegattin eingereicht).

c) Im Erbteilungsprozess um den Nachlass von N. sel. ergingen das Kantonsgerichtsurteil 2004, das Obergerichtsurteil 2006 und die abschliessenden Bundesgerichtsurteile 2007. Zumindest das Obergerichtsurteil ist bereits nach dem klar nachgewiesenen Zeitpunkt des Verlustes der Urteils- und Handlungsfähigkeit von M. (Arztzeugnis vom 3. Juli 2006) ergangen. Die Urteilsunfähigkeit stellt sich aber wie erwähnt schleichend ein, was vom Beauftragten entsprechend seiner Verantwortung (und allenfalls im Sinne der oben erwähnten Anzeigepflicht) festzustellen war. Die Forderung gegen Z. in Höhe von CHF 570'000.– ist an M. gemäss ihrem eigenen Wunsch gestützt auf den von ihrem Rechtsvertreter schon am 22. Oktober 2001 gemachten prozessualen Antrag zugeteilt worden, weshalb sich bezüglich der Zuteilung als solcher – entgegen der Vorbringen des Beschwerdeführers – keine Bemerkungen im Verhältnis zu ihrem Rechtsvertreter ergeben. Wie erwähnt muss M. aber zumindest für die letzte Phase und den Zeitpunkt des Abschlusses des Prozesses und damit des Anwaltsmandates klar als urteilsunfähig bezeichnet werden. Daraus ergibt sich aber, dass die Entlastung des Rechtsvertreters aus seinem Anwaltsmandat am Ende des Erbschaftsprozesses nicht schon rechtsgültig erfolgt sein kann. Die Genehmigung durch den Vollmachtgeber setzt zweifellos Urteilsfähigkeit oder gesetzliche Vertretung voraus. Vorliegend kann die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR für Ansprüche aus dem Anwaltsmandat folglich nach Treu und Glauben erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, in dem die nicht mehr handlungsfähige Vollmachtgeberin wieder – gesetzlich – vertreten ist.

d) Die Gerichte im Erteilungsprozess hatten aufgrund der Anwaltsvollmacht und ohne Kenntnis bzw. Information über die veränderte Situation keinen Anlass, die Prozessfähigkeit der anwaltlich vertretenen M. – als prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit – in Frage zu stellen. Immerhin hatte das Kantonsgericht am 30. Dezember 2003 ein ärztliches Zeugnis für M. eingeholt (vgl. vorne E. 3c). Diesbezüglich lag die Verantwortung bei ihrem Rechtsvertreter. Ob die Gerichte im Wissen um die mangelnde Handlungsfähigkeit und eine fehlende gesetzliche Vertretung ihrerseits eine Anzeigepflicht bejaht und wahrgenommen hätten, kann offen bleiben. Das Bundesgericht konnte auf die vom Beschwerdeführer ohne anwaltlichen Beistand eingereichten und darum schon formell ungenügenden Rechtsmittel allerdings auch zum grössten Teil nicht eintreten. Den sich bezüglich der Vollmacht an den Rechtsvertreter ergebenden Unsicherheiten bzw. den vom Beschwerdeführer konkret vorgebrachten Verdächtigungen oder Vorwürfen muss hier nicht nachgegangen werden. Zu Recht hat der Stadtrat von A im Zeitpunkt seiner Beschlussfassung die fehlende Überwachung des bevollmächtigten Rechtsvertreters erkannt. Es wird vom Beistand von M. – allenfalls unter Beizug eines juristischen Beraters – zu prüfen sein, ob und allenfalls welche Fragen sich bezüglich dieses Mandates noch stellen. Somit bedarf es auch bezüglich der Vertretung von M. mittels Anwaltsmandats im mittlerweile abgeschlossenen Erteilungsprozess im Nachlass ihres verstorbenen Gatten zur Gewährleistung ihrer Interessenwahrung der Anordnung geeigneter vormundschaftlicher Massnahmen.

7. a) Grundsätzlich rechtfertigt sich nach dem Subsidiaritätsprinzip ein behördlicher Eingriff nur, wenn die betroffene Person selber und ihre Angehörigen nicht ausreichend für die Interessenwahrung sorgen (können). Allgemein kann gesagt werden, dass das Handeln rechtsgeschäftlich beauftragter Personen immer heikel wird, wenn die betroffene Person selber nicht mehr in der Lage ist, die für sie handelnde Person zu überwachen und dies auch nicht durch die – vorliegend zerstrittene – Umgebung sichergestellt werden kann; hier garantiert nur das behördliche Eingreifen die Überwachung der handelnden Personen und die weitere Vertretung (vgl. Geiser, ZVW 2003, S. 102, 2.10.). Dieser Fall war bzw. ist bei M. zweifellos gegeben. Hinsichtlich beider erteilten Vollmachten kann nur eine neutrale Interessenvertretung Gewähr dafür bieten, dass keine auch nur abstrakte Interessenkollision bzw. -gefährdung bestehen kann, ganz unabhängig von – durch den Beschwerdeführer (und vorher auch durch seine Schwester) behaupteten – Unregelmässigkeiten, denen in diesem Verfahren nicht nachzugehen ist. Spätestens ab dem Zeitpunkt der ärztlichen Beurteilung durch den Hausarzt vom 3. Juli 2006 war M. nicht mehr in der Lage, im Sinne der unabdingbaren Kontrolle zu erkennen und zu erfassen, ob ihr Vertreter bzw. ihre beiden Vertreter ihre Interessen verfolgten

(vgl. Ernst Langenegger, Basler Kommentar, Art. 392 ZGB N 6). Somit sind die beiden vormundschaftsrechtlichen Voraussetzungen des Schwächezustandes und der Schutzbedürftigkeit (vgl. Schnyder/Murer, Syst. Teil N 15 ff.) in ihrem Fall klar gegeben, und es bestand (schon) im Zeitpunkt der Anordnung der Beistandschaft durch den Stadtrat von Zug als Vormundschaftsbehörde dringender Handlungsbedarf (Schnyder/Murer, Berner Kommentar, N. 53 zu Art. 392 ZGB), genauso aber auch heute noch. Zum Vergleich anzufügen ist, dass im Gegensatz dazu eine behördlich installierte Beistandschaft (auf eigenes Begehren) nach Art. 394 ZGB auch dann Bestand hat, wenn die Urteilsfähigkeit entfällt, weil eben die Überwachung durch die Vormundschaftsbehörde gesichert ist.

Ein vormundschaftsrechtlicher Eingriff in die Freiheit des Einzelnen erweist sich als verhältnismässig, wenn er so schwach als möglich, aber auch so stark als nötig ist (Schnyder, Die Stufenfolge der vormundschaftlichen Massnahmen und die Verhältnismässigkeit des Eingriffs, in: ZBJV 105/1969, S. 268/269; Stettler, L'impact du principe de la proportionnalité sur la gradation et le champ d'application des mesures tutélaires, in: ZVW 1984 S. 45 unter Hinweis auf Schnyder). Beistandschaften, die nicht in die Handlungsfähigkeit der schutzbedürftigen Person eingreifen (vgl. Art. 417 ZGB), genügen jedenfalls dann, wenn wie hier die vom Gesetz an sich vermutete Urteilsfähigkeit (vgl. Art. 12–18 ZGB) offensichtlich nicht mehr gegeben ist, so dass Anordnungen des Beistands nicht zum Schaden der schutzbedürftigen Person von ihr selbst durchkreuzt werden können (vgl. Schnyder/Murer, Art. 392 N 22, 393 N 26, 45 f.). Selbst wenn dies im Falle von M. nicht in allen Belangen zutreffen sollte, wären eigene Handlungen von ihr trotzdem nicht zu erwarten, da sie dafür kaum mehr genügend mobil ist. Wichtig ist einzig, dass jemand für sie als gesetzlicher Vertreter die notwendigen Rechtsgeschäfte vornehmen kann (vgl. Geiser, ZVW 2003, S. 103, 2.13). Somit kann im vorliegenden Fall sicher auf die Errichtung einer Vormundschaft verzichtet werden.

b) Die Vormundschaftsbehörde ernennt gestützt auf Art. 392 Ziff. 1 ZGB auf Ersuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen einen (Vertretungs-)Beistand, wenn eine mündige Person in einer dringenden Angelegenheit infolge Krankheit, Abwesenheit oder dergleichen weder selbst zu handeln, noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag. Dasselbe muss auch für den Fall gelten, dass sie nicht in der Lage ist, einen solchen Vertreter zu überwachen (vgl. Gudrun Sturm, Vormundschaftliche Hilfsmassnahmen für Betagte in der Schweiz, ZVW 2002, 177). Die Vertretungsbeistandschaft zielt auf Hilfe im Einzelfall, auf punktuelles Eingreifen, und zwar sowohl im Bereich der persönlichen Fürsorge als auch auf vermögensrechtlichem Gebiet (vgl. Sturm, a. a. O.; Riemer, Vormundschaftliche Hilfe für Betagte,

ZVW 37/1982, 126; Schnyder/Murer, Art. 392 N 22, 61; BGE 111 II 14). Ebenso kann die Vormundschaftsbehörde bei längerer Abwesenheit einer Person mit unbekanntem Aufenthalt oder bei Unfähigkeit einer Person, die Verwaltung ihres Vermögens selbst zu besorgen oder einen Vertreter zu bestellen, einen (Verwaltungs-) Beistand ernennen (Art. 393 ZGB).

Was die angeordnete Vertretungsbeistandschaft betrifft, so ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass das Unvermögen, die Handlungen eines selbst eingesetzten Vertreters zu überwachen, dem in Art. 392 Ziff. 1 ZGB umschriebenen Unvermögen entspricht, selbst zu handeln oder einen gewillkürten Vertreter zu bestellen. Dies bedeutet, dass die vom Stadtrat angeordnete Massnahme entgegen seiner Formulierung in der Beschlussfassung nicht auf die Ziffer 2 von Art. 392 ZGB abzustützen ist, die sich explizit auf Interessenkollisionen zwischen gesetzlichem Vertreter und Vertretenem bezieht. So ist in Fällen, in denen die Vormundschaftsbehörde neben einem gewillkürten Vertreter einen Beistand bestellen muss, weil der Vertreter mit sich selbst kontrahieren will und es gilt, ihm im Namen des Vertretenen die Genehmigung zu erteilen, nicht Art. 392 Ziff. 2 anwendbar, sondern Ziffer 1 (Schnyder/Murer, Art. 392 N 49; Riemer, ZVW 1977, 109 Anm. 26; zu Ziffer 2 vgl. Ernst Langenegger, Art. 392 ZGB N 25; vgl. immerhin zur Überwachung von Interessenkollisionen gestützt auf Art. 392 Ziff. 2 ZGB Breitschmid, ZVW 2001, S. 165 Anm. 103). Die Anordnung der Vertretungsbeistandschaft durch den Stadtrat von A erweist sich aber nicht wegen der falschen Bezeichnung als nichtig oder nicht rechtmässig. Entscheidend ist die zu Recht ergriffene Massnahme der Vertretungsbeistandschaft (im Rahmen der kombinierten Beistandschaft) als solche und der richtig erteilte Auftrag. Im Vormundschaftsrecht muss der materiellen Richtigkeit der Vorrang vor der formellen Richtigkeit zukommen. Die falsche Subsumtion bzw. Bezeichnung kann ohne weiteres korrigiert werden.

c) Von Rechtsprechung und Lehre wird die Kombination von Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft als eigenes Institut für altersdemente Personen zugelassen, ja befürwortet (vgl. Schnyder/Murer, Vorb. zu Art. 392–397 N 23, Art. 393 N 46; Riemer, S. 138 f.; Regierungsrat des Kantons Zug in ZVW 45/1990, 32). Gerade die kombinierte Beistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 2 ZGB lässt die Vormundschaft nach Art. 369 ZGB in vielen Fällen als überflüssig erscheinen und ist aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips bei altersdementen Personen immer dann vorzuziehen, wenn es «lediglich» um eine umfassende Vertretung und Betreuung geht (Martin Stettler, könnte ein weniger stigmatisierendes Vormundschaftsrecht einen ausreichenden juristischen Schutz bieten, in Vormundschaft 2000, S. 55 ff., 63; Hans Michael Riemer, Vormundschaftliche Hilfe für Betagte,

ZVW 1982 S. 121 f.). Der Beistand erhält zwei Wirkungskreise: Die Verwaltungsbeistandschaft gestützt auf Art. 393 Ziff. 2 ZGB ermöglicht ihm die bewahrende Vermögensverwaltung (Art. 419 ZGB), die hier auch im Zusammenhang mit dem gerichtlich abgeschlossenen Erbschaftsprozess und dem sich daraus ergebenden (Vermögens-) Anspruch (u. a. Forderung gegenüber dem bisherigen Vertreter) zu betrachten ist. Dazu gehört auch etwa die Vertretung gegenüber den Steuerbehörden. Weiter können dem Beistand mit der Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB – unter zulässiger, weiter Auslegung der «dringlichen Angelegenheit» gemäss Gesetzestext – einzelne Sonderaufgaben vermögensrechtlicher oder persönlicher Fürsorge anvertraut werden (vgl. Sturm, a. a. O.). Dazu gehört vorliegend nebst der Vertretung der Verbeiständeten in allen persönlich notwendigen Rechtsbeziehungen auch eine Überprüfung des materiell abgeschlossenen Anwaltsmandats von RA Dr. V., ohne dass diesem hier in irgendeiner Weise ein Misstrauen ausgesprochen würde. Er hatte die Massnahme gegenüber den Vertretern des Vormundschaftsamtes der Gemeinde A am 7. Juli 2006 selber befürwortet. Mit der Anordnung der kombinierten Beistandschaft wird für M. die notwendige, umfassende Vertretung in allen der Vertretung zugänglichen Bereichen unter Einschluss der Personensorge sichergestellt (vgl. Geiser, ZVW 2003, S. 103, 2.14).

d) Der Beistand ist zwar kein gesetzlicher Vertreter wie der Inhaber der elterlichen Sorge oder der Vormund, denn seine Vertretungsmacht ist nicht umfassend, sondern bezieht sich nur auf die Angelegenheiten, für die er bestellt worden ist. Im Rahmen seiner Kompetenzen tritt er jedoch für den Vertretenen selbständig auf und schliesst für ihn Rechtsgeschäfte ab, die sofort verbindlich werden und keiner Genehmigung mehr bedürfen (Schnyder/Murer, a. a. O., N. 18 zu Art. 392 ZGB). Entgegen der seitens des Beschwerdegegners Z. noch am 11. Oktober 2006 gegenüber dem Regierungsrat geäusserten Ansicht, wonach im Hinblick auf die Erbteilung allenfalls eine Interessenkollision zwischen ihm und der Mutter gegeben sein könnte und hierfür die Errichtung einer Mitwirkungsbeiratschaft gemäss Art. 395 Abs. 1 ZGB genügen würde, ist diese Massnahme jedoch ausgeschlossen, da ein Mitwirkungsbeirat in keinerlei Hinsicht als gesetzlicher Vertreter für die längst urteilsunfähige M. handeln könnte. Der Mitwirkungsbeirat wäre stets auf das Zusammenwirken mit ihr angewiesen.

e) Vom Beistand kann eine erteilte Vollmacht widerrufen werden (vgl. BGE 132 III 225), wenn die rechtsgeschäftliche Lösung keinen hinreichenden Schutz für die schutzbedürftige Person bietet. Allenfalls könnte der eingesetzte Beistand die Verwaltung dem bis anhin Beauftragten überlassen, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben wären. Auch die Vormundschaftsbehörde hat bei ihren Massnahmen von

der schutzbedürftigen Person erteilte Anordnungen zu würdigen und beispielsweise bei der Wahl des Beistands nach Möglichkeit eine von dieser beauftragte Vertrauensperson zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall ist allerdings ausgeschlossen, dass angesichts des erbitterten innerfamiliären Zwists der direkt involvierte Sohn Z. als Beistand oder weiterhin als – vom Beistand überwachter – Vertreter fungieren könnte. Zweifellos bedarf es im vorliegenden Fall nunmehr einer gänzlich neutralen beistandschaftlichen Vertretung für M., wie sie vom Stadtrat zu Recht – und keineswegs als «Erfüllungsgehilfe von X.» – angeordnet worden ist. Der Vollständigkeit halber anzufügen ist, dass M. in ihrer Vollmacht an Sohn Z. vom 12. August 2002 ausdrücklich ausgeschlossen hat, dass Sohn X. (der Beschwerdeführer) oder Tochter Y. über sie bestimmen oder entscheiden dürften. Diesem Anliegen ist aufgrund der zur Genüge bekannten familiären Situation ohnehin zu entsprechen. Die Person des von der Vormundschaftsbehörde eingesetzten Beistands ist in diesem Verfahren zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt worden, weshalb sich Ausführungen dazu erübrigen.

f) Der Regierungsrat hat dem Beschwerdeführer bzw. der Vorinstanz entgegengehalten, dass es am Zivilrichter und nicht an der Vormundschaftsbehörde liege, die Gültigkeit der beiden umstrittenen Vollmachten zu überprüfen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Vormundschaftsbehörde einzig den Bedarf der hinreichenden Vertretung einer schutzbedürftigen Person zu prüfen hat. Gelangt sie zum Schluss, aufgrund der existierenden Vollmacht(en) sei diese Vertretung nicht (mehr) sichergestellt, so spricht sie sich nicht über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Vollmachten aus, sondern einzig und pflichtgemäss über den Bedarf einer Vertretung und damit einer vormundschaftlichen Massnahme. Ohnehin wäre indessen in einem zivilprozessualen Feststellungsverfahren um die Gültigkeit einer Vollmacht – oder gar in einem Haftpflichtverfahren – die altersdemente, (noch) nicht gesetzlich vertretene Person als Partei oder Beigeladene durch einen Vertretungsbeistand zu vertreten.

g) Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Vormundschaftsrecht insofern zwingendes Recht darstellt, als nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip behördliche Massnahmen nur zu treffen sind, wenn dafür ein Bedürfnis besteht, indessen jene Massnahmen tatsächlich und rechtzeitig getroffen werden müssen, welche bereits präventiv, subsidiär und komplementär wirksam sind (vgl. Peter Breitschmid, ZVW 2003, 48 f.). Daraus ergibt sich aber, dass die vormundschaftlichen Behörden – sei es die Vormundschaftsbehörde oder die Aufsichtsbehörde – durch ihre Untätigkeit verantwortlich bzw. schadenersatzpflichtig werden können (vgl. Art. 426 ff. ZGB). Dem ist nur anzufügen, dass eine vormundschaftliche

Massnahme nie dem (optimierten) Schutz der Erben dient, sondern immer der Interessenwahrung der schutzbedürftigen Person (vgl. ZVW 1997, 11). Die vormundschaftlichen Behörden tragen also eine grosse Verantwortung.

8. Somit ergibt sich, dass der angefochtene Regierungsratsentscheid aufzuheben und festzustellen ist, dass der Stadtratsbeschluss vom 3. Oktober 2006 rechtmässig ist. Was den Auftrag des Beistands als gesetzlicher Vertreter gemäss der Ziffer 2 des Stadtratsbeschlusses betrifft, so ist noch festzustellen, dass die sofortige Aufkündigung der an Z. erteilten Vollmacht reicht, ohne dass es hierfür eines Aberkennungsprozesses bedürfte. Beistand und Vormundschaftsbehörde werden aber je nach Fragestellung im Rahmen der kombinierten Beistandschaft unter Umständen von der Vormundschaftsbehörde bereits in Aussicht gestellten Beizug eines Rechtsanwaltes in Erwägung zu ziehen haben.

9. a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der unterliegende Beschwerdegegner 1 gestützt auf § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG kostenpflichtig, während dem Regierungsrat keine Kosten belastet werden können (§ 24 Abs. 1 VRG).

b) Der im Rechtsmittelverfahren ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist im Rechtsmittelverfahren nach Massgabe ihres Obsiegens eine Parteientschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei aufzuerlegen, wenn Parteien mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt sind (§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG), bzw. zu Lasten des Gemeinwesens, wenn dessen Behörde als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung begangen hat (Ziff. 2). Im vorliegenden Verfahren liegt seitens des Regierungsrates schon zumindest ein klarer Verfahrensfehler (Verletzung des rechtliches Gehörs unter Verneinung der Parteistellung) vor. Der Beschwerdeführer ist indessen nicht durch einen Rechtsvertreter vertreten. Vor Verwaltungsgericht ist ihm im Weiteren kein derartiger Aufwand entstanden, der es rechtfertigte, ihm gestützt auf § 7 Abs. 2 der Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12) im Sinne einer «umfangreichen Angelegenheit» (komplizierte Sache mit hohem Streitwert, hoher Arbeitsaufwand, der den Rahmen dessen überschreitet, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat) eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

c) Dem Stadtrat von A ist schon deshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen, da er nicht anwaltlich vertreten ist. Keine Ansprüche hat auch Y., die trotz ihrer Parteistellung als Antragstellerin vor der Vormundschaftsbehörde vom Regierungs-

rat ebenfalls nicht angehört worden ist und der erst auf ihr Drängen hin der Beschwerdeentscheid durch den Regierungsrat eröffnet wurde, da sie keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt hat. Ihr ist aber ein Exemplar dieses Urteils zuzustellen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2007

V 2007/128

## 5. Verfahrensrecht

Art. 89 und 111 BGG; § 41 und 61 VRG – Die Beschwerde eines Stimmbürgers gegen einen Entscheid des Regierungsrates, mit dem dieser einem gemeindlichen Bebauungsplan die raumplanungsrechtliche Genehmigung verweigert, ist keine Stimmrechtsbeschwerde. Es gelten daher die üblichen gesetzlichen Voraussetzungen für die Bejahung der Beschwerdeberechtigung.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 12. Juni 2007 verweigerte der Regierungsrat des Kantons Zug dem «Bebauungsplan Bundesplatz West» der Stadt Zug die kantonale Genehmigung. Vom 24. August bis zum 24. September 2007 wurde dieser Entscheid öffentlich aufgelegt und die Öffentlichkeit wurde hierüber mit Publikation in den Amtsblättern vom 24./31. August 2007 durch die Baudirektion informiert. Gegen den Regierungsratsbeschluss vom 12. Juni 2007 reichte A. B. am 20. September 2007 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragte, der Beschluss sei aufzuheben und der Volkswille sei in die Tat umzusetzen. Zur Begründung führt er aus, mit der Bekanntmachung der Namen der Beschwerdeführer werde die Bevölkerung informiert, wer sich nicht an die Argumente des gegnerischen Referendumskomitees gehalten habe, die im Bericht des Zuger Stadtrates zur Abstimmung vom 21. Mai 2006 nachzulesen seien: «Dem Referendumskomitee als Motiv undemokratisches Verhalten unterstellen zu wollen, ist widersinnig. Bei einer Referendumsabstimmung handelt es sich ja gerade um einen urdemokratischen Vorgang. Alle legen ihre Karten auf den Tisch. Am Ende entscheidet das Volk». Mit dieser verbindlichen Erklärung sei der Souverän damals gebeten worden zu entscheiden, wer in der Auseinandersetzung Recht habe. Volle Beachtung finde deshalb Art. 34 der neuen Bundesverfassung mit der deutlichen Auflage, dass die politischen Rechte gewährleistet seien. Die Garantie der politischen Rechte schütze die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Dieser Verfassungsartikel sei über alles – auch bei dieser Uneinigkeit – erhaben und hätte mit dem ihm gebührenden Res-

pekt als Grundrecht des Stimmvolkes hervorgehoben und verwirklicht werden sollen. Es werde dabei nämlich verbürgt (gewährleistet), die Gewähr (Garantie) gegeben, etwas in die Tat umzusetzen, Wirklichkeit werden zu lassen, was mit der Referendumsabstimmung direkt verbunden gewesen sei, dass also dem Bebauungsplan Bundesplatz West als Folge des Volksentscheides entsprochen werden müsse, nachdem sich der Souverän mit 76,2% der Stimmen an der Urne dafür entschieden habe. Die politischen Rechte hätten bei diesem urdemokratischen Vorgang Priorität, wie dies die Beschwerdeführer mit dem Hinweis «am Ende entscheidet das Volk» vor der Abstimmung definiert hätten. Wer dazu – wie der Regierungsrat und die Beschwerdeführer – nicht Stellung beziehe, verrate auch heute noch nichts anderes als sich selbst: Ein klar umschriebener Vorgang, ein im Voraus erklärter Ablauf an der Urne werde vorliegend als quasi ungeschrieben abqualifiziert. Die federführende Baudirektion hätte ihr Augenmerk auf die in der Abstimmungsbroschüre zitierte verbindliche Erklärung richten sollen. Nachträglich sei dieses Manko ein wichtiger fehlender Faktor in der Beurteilung durch den Regierungsrat. Dies sei ein Umstand und zugleich eine mitbestimmende Ursache, die für die Aufhebung des gefassten Beschlusses plädiere. Der Volksentscheid sei bekanntlich unter Berücksichtigung von 13 Seiten Erläuterungen und Argumenten getroffen worden. Weder der Regierungsrat noch die Beschwerdeführer dürften für sich das Recht beanspruchen, sich über den Volkswillen hinwegzusetzen und damit bewusst Art. 34 der Bundesverfassung zu ignorieren. Die Gutheissung durch den Souverän binde den Regierungsrat an den Volksentscheid. Dieser sei nicht berechtigt, die politischen Rechte gemäss Bundesverfassung zu bevormunden.

Aus den Erwägungen:

...

2. Zu prüfen ist vorerst, ob der Beschwerdeführer überhaupt zur Beschwerdeführung berechtigt ist.

a) Zur Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nach kantonalem Recht allgemein berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist (§ 62 in Verbindung mit § 41 VRG). Per 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) in Kraft getreten. Dieses bestimmt in Art. 111, dass, wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist, sich auch am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei muss beteiligen können. Damit müssen die Kantone mindestens die gleiche Beschwerdelegitimation anerkennen, wie sie das BGG vorschreibt. Artikel 89 Abs. 1

BGG bestimmt, dass zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt ist, wer a. vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; b. durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist; und c. ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

b) Beschwerdeberechtigt ist zunächst der Adressat des ursprünglichen Entscheides, also diejenige Person, deren Rechtsstellung durch den Entscheid berührt ist. Bei Nutzungsplänen oder anderen grundeigentümerverbindlichen Plänen sind die Adressaten die Eigentümer oder die dinglich Berechtigten der vom Plan betroffenen Grundstücke (vgl. hierzu Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, Art. 89 N 16 f.). Legitimiert können auch Dritte sein, die nicht Verfügungsadressaten sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der Beschwerdeführer durch einen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten Beziehung zur Streitsache stehen und selber unmittelbar einen (rechtlichen oder faktischen) Nachteil erleiden. Die Popularbeschwerde ist ausgeschlossen. Entsprechend besteht keine Legitimation, wenn durch das betreffende Vorhaben zwar eine gewisse Beeinträchtigung entsteht, die aber für den Einzelnen nicht höher ist als für die Allgemeinheit. Mit Bezug auf die Anfechtung von Nutzungsplänen bzw. von Genehmigungsentscheiden über Nutzungspläne hat die Rechtsprechung festgestellt, dass neben dem Eigentümer des von einem Zonenplan direkt erfassten Grundstücks nur die Eigentümer von benachbarten Liegenschaften zur Beschwerde befugt sind, die geltend machen können, die Genehmigung oder Nichtgenehmigung verletze sie in ihren eigenen Rechten, sei es, weil der Plan die Nutzung ihrer Liegenschaft beschränkt, sei es weil durch ihn Normen, die auch dem Schutz der Nachbarn dienen, verletzt oder gefährdet werden könnten (BGE 113 Ia 238).

c) Der Beschwerdeführer wirft dem Regierungsrat vor, er missachte den Volkswillen und verstosse gegen Art. 34 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 100). Nach Art. 34 Abs. 1 BV sind die politischen Rechte gewährleistet. Die Garantie der politischen Rechte schützt die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Die politischen Rechte des Einzelnen und auch die der Stimmberechtigten einer Gemeinde gelten indes nicht unbegrenzt. Sie werden z. B. durch andere Bestimmungen der Bundesverfassung und durch Gesetze eingeschränkt. Zu beachten ist aber vor allem der hierarchische und föderalistische Aufbau unser Staatswesens. Die Stimmberechtigten einer Gemeinde sind nicht befugt, abschliessend über Materien zu befinden, die sich zumindest teilweise in der Kompetenz der Kantone oder sogar des Bundes befinden. So regelt im vorliegenden Fall § 42

Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zug vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11), dass neue geänderte oder aufgehobene gemeindliche Bauvorschriften, Zonen- und Bebauungspläne sowie Baulinien- und Strassenpläne durch den Regierungsrat genehmigt werden müssen. Die Prüfung durch den Regierungsrat erstreckt sich dabei auf die Übereinstimmung der von einer Gemeinde beschlossenen Bauvorschriften und Pläne mit dem eidgenössischen und kantonalen Recht, insbesondere mit dem Raumplanungsgesetz des Bundes vom 22. Juni 1979 (RPG), dem kantonalen PBG und dem Richtplan. Die Genehmigungskompetenz des Regierungsrates stützt sich auf Art. 26 Abs. 1 RPG, der den Kantonen vorschreibt, dass eine kantonale Behörde die Nutzungspläne und ihre Anpassungen zu genehmigen hat. Die Genehmigung ist für die Gültigkeit eines Nutzungsplanes konstitutiv, d. h. ohne Genehmigung sind z. B. ein Zonenplan oder ein Bebauungsplan nicht gültig. Bei dieser Genehmigung ist der Regierungsrat nicht an einen positiven Vor-Entscheid der Stimmberechtigten gebunden. Auch wenn alle Stimmberechtigten der Stadt Zug dem Bebauungsplan Bundesplatz West zugestimmt hätten, so wäre der Regierungsrat verpflichtet gewesen, diesen Entscheid auf die Übereinstimmung mit dem kantonalen und eidgenössischen Recht zu überprüfen.

d) Sinngemäss erhebt der Beschwerdeführer eine Stimmrechtsbeschwerde. Mit der Stimmrechtsbeschwerde kann jedoch nur die Verletzung politischer Rechte geltend gemacht werden wie z. B. die Beeinträchtigung des aktiven und passiven Wahlrechts, des Initiativ- und Referendumsrechts. Dagegen kann ein Stimmbürger den Entscheid einer kantonalen Aufsichts- oder Rechtsmittelbehörde, welche den Beschluss einer Gemeindeversammlung wegen inhaltlicher Unvereinbarkeit mit übergeordnetem kantonalen oder Bundesrecht aufhebt oder nicht genehmigt, nicht wegen Verletzung seines Stimmrechts anfechten. Wenn der Regierungsrat daher als Genehmigungsinstanz oder auf Beschwerde eines betroffenen Grundeigentümers hin einer Änderung eines gemeindlichen Zonen- oder Bebauungsplans durch die Gemeindeversammlung seine Genehmigung versagt und feststellt, dass diese Änderung mit dem eidgenössischen und kantonalen Raumplanungsrecht nicht vereinbar sei, so kann dieser Entscheid nicht von den einzelnen Stimmberechtigten mit der Begründung angefochten werden, er missachte den vom Gemeindestimmvolk bekundeten Willen. Der Wille einer Gemeindeversammlung hat sich in jedem Fall dem übergeordneten materiellen Recht zu beugen (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 1988, in ZBI 1989, 275 f.).

e) Zu prüfen bleibt damit noch, ob der Beschwerdeführer durch den Genehmigungsentscheid des Regierungsrat persönlich in seinen rechtlich geschützten Interessen mehr als jeder beliebige Dritte betroffen ist. Dies wäre z. B. dann der Fall,

wenn er Eigentümer des betroffenen Grundstücks oder Eigentümer eines unmittelbar angrenzenden Grundstücks wäre. Dies wird aber nicht geltend gemacht. Der Beschwerdeführer wohnt aber mehr als einen halben Kilometer Luftlinie vom Perimeter des Bebauungsplanes Bundesplatz West entfernt. Er ist daher vom angefochtenen Beschluss des Regierungsrates nicht mehr als jeder andere Stimmberrechtigte der Stadt Zug betroffen, weshalb auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2007

V 2007/122

Art. 89 und 111 BGG; § 41 und 62 VRG – Beschwerdeberechtigung in Bausachen.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 5. September 2006 erteilte der Stadtrat Zug der H. AG die Baubewilligung für den Abbruch von zwei Wohnhäusern, den Neubau eines Mehrfamilienhauses, einer Autoeinstellhalle, eines Besucherparkplatzes sowie eines Velo- und Containerunterstandes an der Artherstrasse 7/9 in Zug. Gleichzeitig wies er eine Einsprache von A. und K. B. ab. Gegen diesen Entscheid liessen A. und K. B. am 2. Oktober 2006 beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde einreichen und beantragen, die Baubewilligung sei zu widerrufen und es sei festzustellen, dass das Baugesuch nicht bewilligt werden könne, eventualiter sei die Beschwerdesache zur Neubeurteilung an den Stadtrat zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Mit Beschluss vom 11. September 2007 trat der Regierungsrat wegen fehlender Beschwerdeberechtigung der Beschwerdeführer auf die Beschwerde nicht ein. Gegen diese Verfügung liessen A. und K. B. am 15. Oktober 2007 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, der Entscheid des Regierungsrates sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführer für die baurechtliche Beschwerde aktivlegitimiert seien. Die Angelegenheit sei zur materiellen Beurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Zur Begründung wird ausgeführt, der Entscheid des Regierungsrates stütze sich auf falsche faktische Feststellungen. Am 1. Februar 2007 sei unter Anwesenheit aller Parteien ein Augenschein durchgeführt worden. Im Rahmen dieses Augenscheins sei die Sichtverbindung zwischen dem Bauvorhaben und der Liegenschaft der Beschwerdeführer nicht überprüft worden. Dennoch halte die Vorinstanz fest, dass vom Wohngebäude der Beschwerdeführer keine direkte Sichtverbindung auf die abzubrechenden Gebäude bestehe. Diese Behauptung sei

schlichtweg falsch. Die Beschwerdeführer könnten nämlich aus sämtlichen Räumen bei geschlossenen Fenstern ohne Mühe und ohne nennenswerte Verrenkungen die Abbruchobjekte einsehen. Sie müssten sich nicht aus dem Fenster lehnen, um Blickkontakt herstellen zu können. Das Verwaltungsgericht werde diesbezüglich eingeladen, einen Augenschein vorzunehmen. Richtigerweise sei die Legitimation vom Stadtrat im Rahmen des Einspracheverfahrens bejaht worden. Nach der Gerichtspraxis gelte, dass selbst eine Distanz von 300 – 400 m allein für die Frage der Legitimation nicht entscheidend sein könne. Ebenfalls sei die raumplanerische Situation zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall bestehe zwischen der Liegenschaft der Beschwerdeführer und den Abbruchobjekten eine sehr enge raumplanerische Beziehung, weil beide Liegenschaften in der Altstadtzone liegen würden. Dieser Umstand allein rechtfertige schon die Bejahung einer intensiven raumplanerischen Beziehung. Beide würden zu einem Ganzen gehören, das sogar mittels eines separaten Reglements geregelt und geschützt werden solle. Für die Frage der Legitimation ohne Relevanz sei die Feststellung der Vorinstanz, dass auf den zwischen den beiden Liegenschaften liegenden Strassen starker Verkehr herrsche. Die Betroffenheit der Beschwerdeführer aufgrund der besonders engen und unmittelbaren Nachbarschaft sei offensichtlich, weshalb an das Berührtsein in qualifizierten eigenen Interessen nur noch geringe Anforderungen zu stellen seien. Die Beschwerdeführer seien offensichtlich durch den Abbruch der Liegenschaften um ein Weites mehr betroffen, als dies andere Drittpersonen seien. Schliesslich müsse der Vorinstanz widersprochen werden, wenn sie behaupte, dass die Beschwerdeführer nur Punkte rügen würden, wonach Vorschriften des öffentlichen Rechts verletzt seien. Die Vorinstanz übersehe, dass die Beschwerdeführer ebenfalls eine Liegenschaft in der Altstadt besitzen würden und folglich ein schützenswertes Interesse daran hätten, dass die benachbarte Liegenschaft nicht durch ein würfelförmiges, unpassenden flachdachiges Objekt ersetzt werde. Die Beschwerdeführer hätten ein enormes Interesse daran, dass nicht nur sie zur Einhaltung des Altstadtreglements verpflichtet würden, sondern auch diejenigen Grundeigentümer, die Liegenschaften in der unmittelbaren Nachbarschaft mit direktem Sichtkontakt haben würden.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss § 41 VRG ist zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Die Beschwerdeberechtigung hat sich aber nicht nur nach den Vorschriften des VRG zu richten, son-

dern es sind auch die bundesrechtlichen Vorgaben zu beachten. So war bis zum 31. Dezember 2006 Art. 98a Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG) in Kraft, der bestimmte, dass in den Verfahren vor den letzten kantonalen Instanzen die Beschwerdelegitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 103 OG) zu gewährleisten sei. Diese Bestimmungen wurden vom Verwaltungsgericht bereits seit mehr als zehn Jahren in dem Sinne ausgelegt, dass die Beschwerdelegitimation im kantonalen Verfahren nach den Bestimmungen von Art. 103 OG beurteilt wurde. Per 1. Januar 2007 ist nun das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) in Kraft getreten. Dieses regelt in Art. 89 die Beschwerdeberechtigung. Bedeutung für das kantonale Verfahren erhält Art. 89 BGG dadurch, dass Art. 111 BGG von den Kantonen verlangt, dass sie mindestens die gleiche Beschwerdelegitimation anerkennen. Der Kanton Zug kommt dieser Forderung insofern nach, als er im Rahmen der kantonalen Umsetzung der Rechtsweggarantie auch die Bestimmungen von §§ 41 bzw. 62 VRG dem Art. 89 des Bundesgerichtsgesetzes anpassen wird. Im Übrigen wird in der Gerichtspraxis ohnehin die Beschwerdeberechtigung schon heute nach den Bestimmungen von Art. 89 BGG beurteilt. Zu beachten ist, dass Art. 89 BGG nach dem Willen des Gesetzgebers gegenüber den früheren Regelungen eine Verschärfung erfahren hat. Ein Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen Entscheid «besonders berührt» sein (siehe hierzu Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, 4329). Bis anhin genügte ein blosses «Berührt sein».

a) Gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer a. vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; b. durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist; und c. ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung und Änderung hat. Die drei Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Legitimiert ist zunächst einmal der Adressat des ursprünglichen Entscheides, also diejenige Person, deren Rechtsstellung durch den Entscheid berührt wird. Das sind z. B. die Personen, die ein Gesuch um Erteilung einer Baubewilligung eingereicht haben. Legitimiert können aber auch Dritte sein, die nicht Verfügungsadressaten sind. Hierbei handelt es sich im Regelfall um Drittpersonen, die entgegengesetzte Interessen verfolgen, und die sich gegen das wehren, was dem Gesuchsteller zugestanden werden soll. Nach der Rechtsprechung muss der Beschwerdeführer stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten Beziehung zur Streitsache stehen und selber z. B. durch die Erteilung einer Bewilligung unmittelbar einen (rechtlichen oder faktischen) Nachteil

erleiden. Ausgeschlossen ist die sog. Popularbeschwerde, d. h. es besteht keine Beschwerdeberechtigung, wenn durch das betreffende Bauvorhaben zwar eine gewisse Beeinträchtigung entsteht, diese aber für den Einzelnen nicht höher ist als für die Allgemeinheit. Auch nicht ausreichend ist, dass sich jemand aus ideellen Gründen für eine bestimmte Frage besonders interessiert oder aus persönlicher Überzeugung für oder gegen etwas eintritt (vgl. hierzu Hansjörg Seiler, Handkommentar zum BGG, Art. 89 N 16 ff.).

b) Der Begriff des «Dritten» umfasst Nachbarn, Verbände oder Gemeinwesen, die gegen die drittbegünstigende Verfügung vorgehen wollen. Der Nachbar ist grundsätzlich zur Beschwerde befugt, wenn er – wie bereits erwähnt – in einer für die vorgebrachte Rüge relevanten örtlichen Beziehung zum Bauobjekt steht und der Ausgang des Verfahrens seine Interessen beeinträchtigen könnte. Zu untersuchen ist daher jeweils vorerst, ob eine enge nachbarliche Raumbeziehung besteht und ob der Nachbar durch die Erteilung einer Baubewilligung mehr als irgendjemand oder die Allgemeinheit in eigenen Interessen besonders berührt ist. Die erforderliche Beziehungsnähe ist in erster Linie gegeben, wenn ein Bauvorhaben mit Sicherheit oder mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Immissionen führt und der Beschwerdeführer durch diese betroffen wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um Lärm-, Staub-, Erschütterungs-, Licht- oder andere Einwirkungen handelt (Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, Art. 33 N 35 mit umfangreichen Hinweisen auf die Praxis des Bundesgerichts). Die räumliche Distanz zwischen dem Bauvorhaben und der Liegenschaft des Beschwerdeführers ist zwar stets ein gewichtiges, jedoch nicht das einzige Kriterium für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation. Vielmehr ist stets eine Würdigung sämtlicher rechtserheblicher Sachverhaltselemente vorzunehmen. Eine hinreichend enge nachbarliche Raumbeziehung wird grundsätzlich bejaht, sofern das Grundstück des Beschwerdeführers unmittelbar an das Baugrundstück angrenzt oder sich in dessen unmittelbarer Nähe befindet (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 1995, in ZBI 1995, 528 f.). Nach der bisherigen Praxis erachtete das Bundesgericht Nachbarn bis zu einem Abstand von 100 Metern als zur Beschwerde berechtigt. Das Bundesgericht legte aber immer Wert darauf, dass sich die Legitimation nicht bloss aus der räumlichen Nähe ergebe, sondern erst aus einer daraus resultierenden besonderen Betroffenheit z. B. durch Immissionen (BGE 125 II 10 f.).

c) Die Legitimation des Nachbarn folgt auf alle Fälle nicht bereits daraus, dass er in jenem Ortsteil wohnt oder Grundeigentum besitzt, in welchem das unerwünschte Bauwerk errichtet werden soll. Auch ein rein ideelles Interesse an der richtigen Anwendung des Raumplanungsrechts des Bundes, des Bau- und Planungsrechts

des Kantons und an der Bauordnung einer Gemeinde führt noch nicht zur Bejahung der Beschwerdelegitimation, sofern der Beschwerdeführer nicht persönlich betroffen ist. Zu beachten ist auch, dass die nahe Beziehung zu einem Bauvorhaben auch durch räumlich bedeutende Verkehrsträger zwischen dem Grundstück des Beschwerdeführers und dem Baugrundstück unterbrochen werden kann. Eine minimale Intensität der besonderen Betroffenheit ist unbedingte Voraussetzung der Beschwerdelegitimation. Von der Verletzung der Bestimmungen über den Grenzabstand, den Schattenwurf und den Lichtentzug ist ein relativ enger Kreis von Nachbarn betroffen, während übermässige Immissionen von Grossanlagen sich auch in grösserer Entfernung noch in einem Mass auswirken können, welches eine Bejahung der Beschwerdeberechtigung mit sich bringt. Die Tatsache, dass ein Bauvorhaben die Aussicht der Nachbarn beeinträchtigt, stellt – anders als beim Lichtentzug oder beim Schattenwurf – in der Regel keine negative Immission dar, ansonsten sich der Kreis der Legitimierten kaum abgrenzen liesse. Auch die Tatsache, dass durch die Verneinung der Beschwerdeberechtigung eine materielle Prüfung des Bauvorhabens verhindert und unter Umständen eine rechtswidrige Baute errichtet wird, kann an den Voraussetzungen der Beschwerdeberechtigung nichts ändern. Die Beschwerdeberechtigung ergibt sich nicht aus der Rechtswidrigkeit eines angefochtenen Entscheides, sondern sie ist umgekehrt Voraussetzung dafür, dass eine Partei diese (behauptete) Rechtswidrigkeit überhaupt prozessual beanstanden kann (BGE vom 17. Juni 2004, 1P.164/2004, Erw. 2.4).

3. Diese Grundsätze sind nun auf das vorliegende Verfahren anzuwenden:

a) Die Beschwerdeführer sind Eigentümer der Liegenschaft M. in Zug. Die Liegenschaft erlaubt zweifelsfrei direkte Sicht auf das Bauvorhaben. Durch die stattlichen Gebäude an der L. Strasse wird die Sicht auf die Baugrundstücke zwar etwas verdeckt, doch mindestens zur Hälfte ist das Bauvorhaben von allen Stockwerken und vom Vorgarten der Liegenschaft der Beschwerdeführer aus einsehbar. Dieses Faktum ist gerichtsnotorisch und bedarf keiner Erwähnung durch einen Augenschein. Sowohl die Liegenschaft der Beschwerdeführer wie auch das Baugrundstück liegen an prominenter Lage und sind dem Verwaltungsgericht und seinen Mitgliedern bestens bekannt. Hier erübrigt sich ein Augenschein. Sehr präzise kann mit Hilfe von «ZugMap» auch festgestellt werden, dass die beiden Grundstücke mindestens 100 Meter auseinander liegen (dies wurde im Übrigen auch schon im Rahmen des vorinstanzlichen Augenscheins festgestellt und von keiner Seite beanstandet).

b) Was die Beziehungsnähe zum Bauobjekt betrifft, so liegt die Liegenschaft der Beschwerdeführer zu weit vom Bauobjekt entfernt, als dass sie wie ein Anstösser geltend machen könnten, es seien Bestimmungen betreffend die Gebäude- und

Grenzabstände verletzt, es seien falsche Berechnungen bezüglich Ausnützungen vorgenommen worden oder es seien die Regeln betreffend First- und Gebäudehöhe sowie Geschosshöhe verletzt worden. Das Bauvorhaben liegt auch zu weit von ihrer Liegenschaft entfernt, als dass die Beschwerdeführer eine besondere Betroffenheit durch Lärm-, Staub-, Licht- oder anderen Einwirkungen geltend machen könnten (zumal ja die Einfahrt in die Tiefgarage auf der der Liegenschaft der Beschwerdeführern abgewendeten Südseite liegt). Auch von negativen Auswirkungen durch Lichtentzug oder Schattenwirkung sind die Beschwerdeführer offensichtlich nicht betroffen. In diesem Zusammenhang spielt es hier tatsächlich auch eine Rolle, dass zwischen den beiden Grundstücken die vor allem in den Stosszeiten sehr stark befahrende Verkehrsachse M. liegt, die zusätzlich durch die Einmündung der B. Strasse belastet wird. Auch die eigentliche Aussicht der Beschwerdeführer wird nicht in relevanter Weise tangiert. Auch wenn sich optisch das Strassenbild auf der Ostseite der M. Strasse verändern wird, kann man nicht behaupten, dass sich daraus ein negativer Anblick ergibt, der die Beschwerdeführer mehr als jeden beliebigen Dritten betreffen würde. Sie werden von diesem Anblick nicht mehr beeinträchtigt sein, als die vielen Verkehrsteilnehmer, die zum Teil mehrmals täglich die B. bzw. M. Strasse befahren. Die Beschwerdeführer bezeichnen zwar das Bauprojekt als unpassendes würfelförmiges Objekt mit einem Flachdach. Hierzu ist aber zu sagen, dass diese Aussage sehr subjektiv gefärbt ist, zumal sich die Stadtbildkommission wiederholt mit dem Projekt beschäftigt hat und ihm am Schluss hohe architektonische Qualitäten attestiert hat. Zudem wird es bezüglich Materialisierung und Farbwahl den umgebenden Gebäuden angepasst. Im Übrigen müssen sog. optische Immissionen besonders gravierend sein, damit aus ihnen von der weiteren Nachbarschaft eine Beschwerdeberechtigung abgeleitet werden kann.

c) Die Tatsache, dass sowohl das Bauobjekt wie auch die Liegenschaft der Beschwerdeführer in der Zuger Altstadt liegen, führt nicht zur Beschwerdeberechtigung der Beschwerdeführer. Die Tatsache, dass zwei Grundstücke in der gleichen Nutzungszone liegen, gibt für sich noch keine Beschwerdeberechtigung. Wenn sich die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts vom 4. September 1997 (GVP 1997/98, 87 f.) berufen, so übersehen sie dabei, dass es dort nicht um die Frage ging, ob eine Legitimation besteht, wenn zwei Gebäude in der gleichen Zone liegen, sondern es ging um eine Betonaufbereitungsanlage in einer Industriezone, gegen die eine Person Beschwerde führte, deren Liegenschaft mehr als 300 Meter entfernt in der Bauzone lag. Das Gericht kam dort zum Schluss, dass diese Person durch die behaupteten Immissionen nicht stärker betroffen sei als jeder beliebige Dritte. Auch aus der Tatsache, dass der Stadtrat im Rahmen der Baubewilligung auf die Einsprache der Beschwerdeführer

eingetreten ist, ergibt sich keine Beschwerdeberechtigung, ansonsten jemand «nur» Einsprache zu erheben brauchte, um im anschliessenden Beschwerdeverfahren beschwerdeberechtigt zu sein. Eine solche abgeleitete Beschwerdelegitimation kennen weder das kantonale Recht noch das Bundesrecht.

d) Die Beschwerdeführer erklärten in ihrer Einsprache, dass sich die beiden zu ersetzenden Bauten in einem guten, absolut sanierbaren Zustand befänden. Sie berufen sich dabei auf die städtebauliche Situation, wonach es sich bei den beiden Häusern um eine ortstypische und prägende Gruppierung am Eingang der Altstadt handle, welche durch einen völlig unpassenden Kubus in zeitgenössischer Formensprache ersetzt werden solle. Für die Einhaltung des Altstadtreglements ist aber in erster Linie der Stadtrat von Zug verantwortlich. Beruft sich eine Privatperson darauf, dass bei einem Bauvorhaben die Vorschriften des Altstadtreglements und des Denkmalschutzgesetzes nicht eingehalten worden seien, so führt diese behauptete Verletzung von Vorschriften noch nicht zu einer Beschwerdeberechtigung, ansonsten der Popularbeschwerde Tür und Tor geöffnet würde. Zur Wahrung öffentlicher Interessen steht das Beschwerderecht nach § 41 Abs. 2 VRG nur den jeweiligen Gemeinderäten zu. Es ist also Sache des Stadtrates – zusammen mit dem Amt für Denkmalpflege und dem Regierungsrat – dafür zu sorgen, dass die Bestimmungen des Altstadtreglements rechtsgleich und gesetzeskonform gehandhabt werden. Es ist aber auch Sache des Stadtrates, entsprechende Ausnahmegenehmigungen zu erteilen. Auf die Einhaltung der entsprechenden Normen des Altstadtreglements kann sich ein Privater nur berufen, wenn er ohnehin schon in der nötigen Beziehungsnähe zu einem Bauobjekt steht und in besonderem Mass von dem Bauvorhaben berührt ist. Dies trifft hier wegen der räumlichen Distanz – trotz direkter Sichtverbindung – nicht zu. Dass sich die Beschwerdeführer aus ideellen Gründen in besonderem Mass für die Belange der Altstadt engagieren und sich auch aus denkmalpflegerischen Überlegungen für eine Sanierung der beiden bestehenden Gebäude einsetzen, gibt ihm gemäss konstanter Gerichtspraxis keine zusätzliche Beschwerdeberechtigung.

e) Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Regierungsrat mit der Verneinung der Legitimation der Beschwerdeführer kein Recht verletzt hat. Nach den verschärften Bestimmungen über die Beschwerdeberechtigung genügt ein Sichtkontakt über mehr als 100 Meter zur Begründung einer Beschwerdelegitimation nicht mehr, wenn nicht noch zusätzliche negativen Einwirkungen «gerügt» werden können. Soweit die Beschwerdeführer Verstösse gegen das Altstadtreglement und das Denkmalschutzgesetz rügen, steht ihnen kein selbständiges Beschwerderecht zu. Die Beschwerde gegen die Verneinung der Beschwerdeberechtigung

muss daher abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2007

V 2007/135

Art. 89 und 111 BGG; § 41 und 62 VRG – Beschwerdeberechtigung des TCS zur Anfechtung einer Verfügung betreffend Geschwindigkeitsbeschränkung (Erw. 2).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 8. März 2006 ordnete die Sicherheitsdirektion des Kantons Zug an, dass auf der Kantonsstrasse C (Hünenbergstrasse) der Strassenabschnitt ab Ortsendetafel «Cham» bis zur Erschliessungsstrasse Huobrain als Innerortsgebiet «Kemmaten, Gde Hünenberg» bezeichnet und die Höchstgeschwindigkeit «50 generell» signalisiert werde unter gleichzeitiger Aufhebung der Höchstgeschwindigkeit 60 km/h. Gegen diese Verfügung liessen der Touring Club Schweiz und acht Privatpersonen am 10. April 2006 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die Verkehrsanordnung auf der Kantonsstrasse C (Hünenbergstrasse) sei vollumfänglich aufzuheben, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegenerin.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss § 62 in Verbindung mit § 41 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Weiter ist bei der Beurteilung der Beschwerdeberechtigung Art. 89 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zu beachten, da in den kantonalen Verfahren wegen der von Art. 111 BGG geforderten Einheit des Verfahrens mindestens die gleichen Legitimationsvoraussetzungen gelten müssen wie im Verfahren vor dem Bundesgericht (vgl. hierzu Seiler/von Werdt/Günterich, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Art. 89 N 5). Gemäss Art. 89 Abs. 1 ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist (lit. b), und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Die Voraussetzungen von lit. a brauchen vorliegend nicht geprüft zu werden. Was das besondere «Berührtsein» gemäss lit. b betrifft, so sind von einer Verfügung in erster Linie die Adressaten des Entscheides betroffen, d. h. die Personen, deren Rechts-

stellung durch den Entscheid berührt wird. Das sind z. B. Personen, die ein Gesuch um eine Leistung oder Bewilligung (z. B. Baugesuch) gestellt haben oder denen bestimmte Pflichten auferlegt werden. Bei Allgemeinverfügungen sind die Adressaten namentlich nicht bekannt. Die Beschwerdeberechtigung richtet sich dabei nach analogen Kriterien wie bei der Drittbeschwerde.

b) Nach der bisherigen Rechtsprechung zur Beschwerdeberechtigung nach Bundesrecht musste der Beschwerdeführer durch eine Verfügung stärker als jeder andere betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten Beziehung zu der Streitsache stehen und selber unmittelbar einen rechtlichen oder faktischen Nachteil erleiden (BGE 127 II 268 f.). Ausgeschlossen war schon nach der bisherigen Praxis die sog. Popularbeschwerde. Es besteht z. B. keine Beschwerdeberechtigung, wenn jemandem durch einen Entscheid zwar eine gewisse Beeinträchtigung entsteht, diese für ihn aber nicht oder kaum grösser ist als für die Allgemeinheit. So kann jemand gegen eine Verkehrsordnung Beschwerde erheben, wenn er dadurch nicht mehr oder nur mehr erschwert zu seinem Grundstück gelangen kann (BGE 126 I 213 ff.). Der von einer Verfügung ausgehende Nachteil muss für den Betroffenen eine besondere Schwere erreichen. Es reicht nicht aus, wenn nur eine geringe Beeinträchtigung droht. Mit der im BGG erwähnten Voraussetzung des besonderen Berührtseins ist nach dem Willen des Gesetzgebers eine gewisse Verschärfung gegenüber der als oft zu grosszügig erachteten Praxis des Bundesgerichts beabsichtigt worden. Der gesetzliche Wortlaut unterscheidet sich zwar kaum von den Prinzipien, die das Bundesgericht bis anhin seiner Rechtsprechung zugrunde gelegt hat, doch ist aufgrund der gesetzgeberischen Absicht davon auszugehen, dass die Konkretisierung dieser Prinzipien von den Gerichten in Zukunft zurückhaltender vorgenommen wird (Seiler/von Werdt/Güngerich, a. a. O., Art. 89 N 20 ff., 28).

c) Die Zuger Sektion des TCS ist nach der bisherigen Rechtsprechung zwecks Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt, wenn die nachstehenden Kriterien erfüllt sind: Die Vereinigung ist eine juristische Person; die Mitglieder müssen selber zur Beschwerde berechtigt sein; die Mehrheit oder doch eine grosse Anzahl der Mitglieder ist von der Verfügung berührt; die Vereinigung ist statutarisch zur Wahrung der in Frage stehenden Interessen berufen (BGE 113 Ia 426). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (VPB 65.114 5c). Der Touring Club Schweiz (TCS), Sektion Zug, hat unter anderem zum statutarischen Zweck «die Wahrung der Rechte und Interessen ihrer Mitglieder im Strassenverkehr und in allen verkehrspolitischen, wirtschaftlichen und mit der Mobilität zusammenhängenden Bereichen». Dementsprechend betreffen Fragen der Verkehrsführung und der Verkehrssicherheit auf dem fraglichen Streckenabschnitt zweifellos die Inte-

ressen des TCS, Sektion Zug. In Bezug auf die konkrete Beschwerdeführung liegt somit eine hinreichende statutarische Grundlage vor. Es ist nämlich nicht erforderlich, dass sich die Zweckumschreibung ausdrücklich auf die Einlegung eines Rechtsmittels bezieht. Vielmehr genügt es, wenn der Verein bezweckt, die Interessen der Mitglieder wahrzunehmen. Ferner bedarf es eines engen Zusammenhangs zwischen Vereinszweck und Streitgegenstand. Er hat einen Bezug zu den Beschwerdeinteressen der betroffenen Verbandsmitglieder aufzuweisen, was grundsätzlich zu bejahen ist (vgl. zum Ganzen: Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 788 mit Hinweisen). Der TCS, Sektion Zug, ist als Verein gem. Art. 60 ff. ZGB somit in grundsätzlicher Hinsicht partei- und prozessfähig. Zu prüfen ist weiter die konkrete Betroffenheit der einzelnen Mitglieder.

d) Die Rechtsprechung verlangt in dieser Hinsicht nicht, dass mehr als die Hälfte der Verbandsmitglieder betroffen sein muss, sondern lässt eine grosse Anzahl genügen (ZBI 1998 S. 397 f.). Bloss virtuelle Betroffenheit reicht allerdings nicht aus (vgl. Häner, a. a. O., Rz. 789–791 mit Hinweisen). Der TCS, Sektion Zug, zählt ca. 21'000 Mitglieder. Der fragliche Strassenabschnitt auf der Kantonsstrasse C (Hünenbergstrasse) dient als Verbindungsstrasse zwischen Cham und Hünenberg, liegt jedoch nicht zentral in der Agglomeration Zug. Das Verkehrsaufkommen von 4'600 Fahrzeugen pro Tag (DTV 2005) lässt auf eine eher geringe Bedeutung der Verkehrsachse für den Gesamtkanton schliessen. Diese Berechnung berücksichtigt dabei nicht die Mehrfahrten gleicher Fahrzeuge. Somit benützt nur ein Bruchteil der TCS-Mitglieder diese Strasse regelmässig. Es kann festgestellt werden, dass nicht eine grosse Anzahl von Mitgliedern des TCS, Sektion Zug, konkret betroffen sind. Dem TCS, Sektion Zug, kann somit keine Aktivlegitimation zugesprochen werden. Der vorliegende Fall unterscheidet sich deutlich von der Ausgangslage, die dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. März 2002 i. S. ACS und TCS c. Sicherheitsdirektion zugrunde lag. Damals ging es um eine Geschwindigkeitsbeschränkung auf der N4a und der T 4. Dieser Autobahnabschnitt liegt zentral in der Agglomeration Zug und das Gericht kam damals zum Schluss, dass ein Grossteil der Mitglieder der beiden Verbände dieses Autobahnstück regelmässig befahren würde. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Auch ging es damals um die Reduktion der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen von 120 km/h auf 100 km/h auf einer Strecke von mehr als fünf Kilometern, währenddem wir es hier mit einem eher kurzen Abschnitt von 400 Metern zu tun haben.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. Februar 2007

V 2006/35

## 6. Steuerrecht

Art. 140 Abs. 4 i. V. mit 133 Abs. 3 DBG – Ablehnung der Wiederherstellung der Beschwerdefrist, wenn der beauftragte Vertreter das Fristversäumnis verschuldet hat.

Aus dem Sachverhalt:

Am 25. Oktober 2006 hatte die X. AG durch ihren damaligen Vertreter Einsprache gegen die Veranlagungsverfügung der kantonalen Steuerverwaltung vom 1. September 2006 (zugestellt am 25. September 2006) erhoben. Mit Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2006 wies die Rechtsmittelkommission der Steuerverwaltung die Einsprache ab. Gegen den Einspracheentscheid liess die X. AG mit Eingabe vom 23. Januar 2007, der Post aufgegeben am 24. Januar 2007, durch die Y. SA, Genf, beim Verwaltungsgericht in französischer Sprache Beschwerde einreichen mit dem Antrag auf Überprüfung des Einspracheentscheids auf der Basis der Steuererklärung vom 18. Januar 2002. Mit Schreiben vom 25. Januar 2007 räumte die Gerichtskanzlei der Vertreterin der Beschwerdeführerin Gelegenheit ein, bis am 7. Februar 2007 zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde eine allfällige Stellungnahme einzureichen, wobei sie auf Art. 133 Abs. 3 DBG hingewiesen wurde, wonach auf verspätet eingereichte Rechtsmittel eingetreten werden könne, wenn die steuerpflichtige Person nachweise, dass sie durch Militär- oder Zivildienst, Krankheit, Landesabwesenheit oder andere erhebliche Gründe an der rechtzeitigen Einreichung verhindert gewesen sei und das Rechtsmittel innert 30 Tagen nach Wegfall der Hinderungsgründe eingereicht habe. Gleichzeitig wurde darauf aufmerksam gemacht, dass rechtsgültige Eingaben an das Zuger Verwaltungsgericht in der Amtssprache, d. h. in deutsch eingereicht werden müssten. Dies gelte für eine allfällige Stellungnahme zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde ebenso wie für die Beschwerde insgesamt. Mit Schreiben vom 6. Februar 2007 in deutscher Sprache reichte die Vertreterin der Beschwerdeführerin dem Gericht eine Stellungnahme unter Beilage der deutschen Übersetzung ihrer Beschwerde vom 23. Januar 2007 ein. Auf die Einholung von Vernehmlassungen wurde verzichtet.

Aus den Erwägungen:

...

2. Praxisgemäss sind Eingaben an die Behörden des Kantons Zug gestützt auf das im schweizerischen Sprachenrecht geltende Territorialitätsprinzip in der Amtsspra-

che zu verfassen. Die Amtssprache im Kanton Zug ist deutsch (vgl. § 17 der kantonalen Zivilstandsverordnung, BGS 212.1). Das Grundrecht der Sprachenfreiheit gemäss Art. 18 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) wird durch die Voraussetzung der Amtssprache nicht verletzt, noch verstösst das Territorialitätsprinzip gegen die EMRK (BGE 108 V 208, 106 Ia 302 E. 2, 99 V 56 Erw. 2). Nachdem die Beschwerdeführerin innert der ihr hierfür angesetzten Nachfrist eine verbesserte, d. h. in deutscher Sprache verfasste Eingabe eingereicht hat, ist diese Eintretensvoraussetzung erfüllt. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerde rechtzeitig eingereicht worden ist oder nicht.

3. Gemäss Art. 133 Abs. 1 i. V. mit Art. 140 Abs. 4 DBG beginnt die Beschwerdefrist mit dem auf die Eröffnung folgenden Tage. Sie gilt als eingehalten, wenn die Beschwerde am letzten Tag der Frist bei der Veranlagungsbehörde eingelangt ist, den schweizerischen PTT-Betrieben oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung im Ausland übergeben wurde. Fällt der letzte Tag auf einen Samstag, Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag, so läuft die Frist am nächstfolgenden Werktag ab. Auf verspätete Eingaben wird nur eingetreten, wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass er durch Militär- oder Zivildienst, Krankheit, Landesabwesenheit oder andere erhebliche Gründe an der rechtzeitigen Einreichung verhindert war und dass die Eingabe innert 30 Tagen nach Wegfall der Hinderungsgründe eingereicht wurde (Art. 133 Abs. 3 DBG).

a) Aus den von der Gerichtskanzlei erhobenen Akten ergibt sich, dass der Einspracheentscheid am 21. Dezember 2006 als eingeschriebener Brief an die damalige Vertreterin der Beschwerdeführerin versandt worden ist. Aus den Zustellinformationen der Schweizerischen Post vom 25. Januar 2007 ergibt sich weiter, dass der Einspracheentscheid am 22. Dezember 2006 in Genf an die Vertreterin der Beschwerdeführerin am Domizil zugestellt worden ist. Aufgrund der Sendungsnummer auf dem Zustellcouvert (Strichcode-Kleber) lässt sich das Empfangsdatum über das Internet ermitteln (vgl. [www.post.ch/d.track/trace.html](http://www.post.ch/d.track/trace.html)). Demzufolge begann die Beschwerdefrist von dreissig Tagen am folgenden Tag, d. h. am 23. Dezember 2006, zu laufen und endete am 21. Januar 2007. Da es sich um einen Sonntag handelte, hat sich der Fristablauf auf den Montag, 22. Januar 2007 verschoben (Art. 133 Abs. 1 DBG). Die am 23. Januar 2007 datierte und erst am 24. Januar 2007 der Post übergebene Beschwerdeeingabe an das kantonale Verwaltungsgericht wurde damit verspätet eingereicht. Die Fristversäumnis bestreitet die Beschwerdeführerin bzw. die sie vertretende Y. SA nicht. Wird die Beschwerdefrist nicht eingehalten und ist deren Erstreckung bzw. Wiederherstellung nicht möglich, so ist durch einen Prozessentscheid auf die Beschwerde nicht einzutreten.

b) Die Beschwerdeführerin bzw. die sie vertretende Y. SA hat sich einladungsgemäss zu den Gründen für die verspätete Eingabe und damit zur Frage geäussert, ob allenfalls rechtsgenügeliche Gründe für eine Wiederherstellung der Beschwerdefrist vorliegen. Die Vertreterin macht geltend, dass ihr die Beschwerdeführerin am 26. Dezember 2006 durch ihre vorherige Vertreterin den nicht datierten, am 22. Dezember 2006 erhaltenen Einspracheentscheid der kantonalen Steuerverwaltung übermittlelt habe. Daraufhin habe sie vom Verwaltungsrat der X. AG, Herrn B., ein Mandat verlangt, worauf ihr mitgeteilt worden sei, dass dieser krank und für ungefähr zwei Wochen abwesend sei. Ohne eine Nachricht von Herrn B. habe sie angenommen, dass ihr das Mandat nicht erteilt würde. Am 23. Januar 2007 sei sie schliesslich von Herrn B. kontaktiert worden, der an diesem Tag seine Arbeit wieder aufgenommen habe. Herr B., einziger Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin mit Einzelunterschrift, war gemäss dem Arztzeugnis vom 19. Dezember 2006 für ca. drei Wochen ab 19. Dezember 2006, bzw. gemäss dem Arztzeugnis vom 5. Januar 2007 noch für ca. 10 Tage zu 100% arbeitsunfähig. Schliesslich erklärte ihn das letzte Zeugnis vom 22. Januar 2007 ab 23. Januar 2007 wieder für voll arbeitsfähig.

c) Die seitens der Beschwerdeführerin dargelegten Hinderungsgründe vermögen keine Wiederherstellung der versäumten Beschwerdefrist zu rechtfertigen. Aufgrund der Bedeutung der Angelegenheit wären von ihr trotz der – nicht weiter umschriebenen – Krankheit des einzigen Verwaltungsrats (vgl. unten d) rechtzeitig die notwendigen Anordnungen zu treffen gewesen, zumal sie bereits im Einspracheverfahren professionell vertreten war. Die offenbar unklare Information bzw. Mandatierung der neuen Vertreterin durch die bisherige Vertreterin muss sich die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall anrechnen lassen. Insbesondere hätte zur Aushändigung des Einspracheentscheids an die offenbar als neue Vertreterin vorgesehene Y. SA zweifellos auch das sog. Eröffnungsblatt mit der eigentlichen Steuerberechnung gehört, zumal auf dem Einspracheentscheid klar vermerkt ist: «Zustellungsdatum gemäss Eröffnungsblatt». Die Beschwerdeführerin bzw. allenfalls ihre bisherige Vertreterin hätten dafür besorgt sein müssen, dass die neue Vertreterin rechtzeitig über ihren Auftrag informiert wird. An der offenbar von Anfang an als neue Vertreterin vorgesehenen Y. SA hätte es allenfalls gelegen, rechtzeitig und mit entsprechendem Nachdruck um genauere Instruktion nachzusuchen bzw. das Eröffnungsblatt nachzufordern. Beispielsweise hätte zunächst eine provisorische Beschwerde eingereicht werden können, falls innert Frist keine genaue Instruktion erhältlich zu machen war.

d) Zwar war der einzige Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin gemäss den drei Arztzeugnissen in der Zeit vom 19. Dezember 2006 bis 22. Januar 2007 nicht ar-

beitsfähig. Über die Natur der Krankheit ist jedoch nichts bekannt. Bei einer Erkrankung ist aber erforderlich, dass sie den Säumigen nicht nur davon abgehalten hat, selbst innert Frist zu handeln, sondern dass dieser auch nicht einen Dritten beauftragen konnte (vgl. BGE 119 II 86 E. 2a S. 87 f.; 112 V 255 f.). Seitens der Beschwerdeführerin sind keinerlei Angaben gemacht worden, welche eine Beurteilung der gesundheitsbedingten Einschränkung des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin sowie der organisatorischen Unmöglichkeit seiner Vertretung innerhalb der Gesellschaft zulassen würden. Auch beschränken sich die eingereichten Arztzeugnisse darauf, Herrn B. – ohne nähere Angabe von Gründen – eine gänzliche Arbeitsunfähigkeit zu bescheinigen. Nachdem jedenfalls nicht ein Spitalaufenthalt mit krankheitsbedingter, weitgehender Handlungsunfähigkeit über die ganze oder doch eine wesentliche Länge der Beschwerdefrist nachgewiesen ist, musste von der Beschwerdeführerin erwartet werden, dass sie selbst oder ihre bisherige oder neue Vertreterin rechtzeitig, und sei es bloss zur vorläufigen Rechtswahrung, das Notwendige vorkehre. Eine unverschuldete Säumnis seitens der Beschwerdeführerin ist nicht nachgewiesen. Schon aus Gründen der Rechtsgleichheit kann das Gericht damit auf die verspätet erhobene Beschwerde gestützt auf Art. 133 i. V. mit Art. 140 Abs. 4 DBG nicht eintreten.

e) Als Folge des Nichteintretens unterbleibt die Prüfung des angefochtenen Einspracheentscheides auf seine formelle und materielle Richtigkeit hin (vgl. hierzu Martin Zweifel, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I 2b, N 2 zu Art. 135).

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens (Nichteintreten wegen Verspätung) unterliegt die Beschwerdeführerin. Die Kosten des Verfahrens vor der kantonalen Steuerrekurskommission werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 144 Abs. 1 DBG).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. März 2007

A 2007/5

[Eine gegen dieses Urteil eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wies das Bundesgericht mit Urteil vom 10. Oktober 2007 (2C\_220/2007) ab.]

## 7. Sozialversicherung

Art. 10 Abs. 4 i. V.m. Art. 52 Abs. 1 ATSG und Art. 52 AHVG – Arbeitgeberhaftung. Erfolgt eine Einsprache gegen eine Schadenersatzverfügung schriftlich, muss sie zwingend die Unterschrift der Einsprache führenden Person enthalten, andernfalls die Verwaltungsbehörde dieser zur entsprechenden Verbesserung eine Nachfrist unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfalle ansetzt.

Aus den Erwägungen:

(...)

6.

6.1 Art. 52 Abs. 1 ATSG stellt in formeller Hinsicht keinerlei Anforderungen an eine Einsprache. Die Einfachheit des Einspracheverfahrens rechtfertigt sich unter anderem damit, dass der Versicherungsträger die Gewährung des rechtlichen Gehörs in das Einspracheverfahren verlegen kann (Art. 42 ATSG). Immerhin verlangt Art. 10 Abs. 1 ATSV als Grundsatz, dass Einsprachen ein Rechtsbegehren und eine Begründung enthalten müssen. Indes können an die Begründungspflicht keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, zumal es altrechtlich ausreichte, wenn der Wille, die Verfügung nicht zu akzeptieren, zum Ausdruck kam (vgl. hierzu Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Art. 52 ATSG Rz. 13). Nach Art. 10 Abs. 3 ATSV kann die Einsprache in allen nicht in Art. 10 Abs. 2 lit. a und b ATSV abschliessend enumerierten Fällen wahlweise schriftlich oder bei persönlicher Vorsprache mündlich erfolgen. Gemäss der altrechtlichen Praxis sind auch Mischformen zulässig (vgl. RKUV 1988 444 f., zitiert bei Kieser a. a. O. Rz. 12). Artikel 10 Abs. 4 ATSV statuiert, dass die schriftliche Einsprache die Unterschrift der Einsprache führenden Person enthalten muss. Genügt die Einsprache den Anforderungen von Art. 10 Abs. 1 ATSV nicht oder fehlt die Unterschrift, so setzt der Versicherer eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels an und verbindet damit die Androhung, dass sonst auf die Einsprache nicht eingetreten werde (Art. 10 Abs. 5 ATSV). Die letztgenannte Verordnungsbestimmung steht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Praxis, wonach das Bestehen auf einer Unterschrift bei einem Rechtsmittel – wie bei einem Rechtsbehelf – nicht gegen das Verbot des überspitzten Formalismus resp. nicht gegen aArt. 4 BV verstosse (BGE 120 V 413 ff).

6.2 In casu ergibt sich aus den Akten und gilt als unbestritten, dass der Beschwerdeführer gegen die Schadenersatzverfügung vom 14. Dezember 2005 am 3. Januar

2006 fristgerecht Einsprache erhob, dass er die Einsprache aber nicht unterzeichnete. Gestützt auf Art. 10 Abs. 5 ATSV forderte die Ausgleichskasse den Beschwerdeführer deshalb mit eingeschriebenem Brief vom 19. Januar 2006 auf, ihr das retournierte Exemplar der Einspracheschrift bis zum 25. Januar 2006 unterzeichnet wieder einzureichen. Im Unterlassungsfall werde nicht auf die Einsprache eingetreten. Das Einschreiben kam mit dem Vermerk «Annahme verweigert» zur Ausgleichskasse zurück. Daraufhin setzte die Kasse dem Beschwerdeführer mit A-Postbrief vom 6. Februar 2006 noch einmal Frist an und forderte ihn auf, den gerügten Mangel bis zum 13. Februar 2006 zu beheben, unter nochmaliger Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfalle. Es gilt überdies als unbestritten, dass auch diese Frist nicht gewahrt wurde. Erst nach Erlass des Einspracheentscheids, resp. des Nichteintretensentscheids vom 14. Februar 2006 ging die Eingabe vom 15. Februar 2006, eine nachträglich unterzeichnete Einspracheschrift, am 16. Februar 2006 der Ausgleichskasse zu.

6.3 Mit der Beschwerdegegnerin ist wie mehrfach angesprochen festzustellen, dass die Einsprache vom 3. Januar 2006 an einem formellen Mangel im Sinne von Art. 10 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 4 ATSV litt und dass der Beschwerdeführer diesen trotz zweier ihm gesetzter Nachfristen, unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfalle, nicht fristgerecht behob. Folglich war die Ausgleichskasse in Beachtung von Art. 10 Abs. 5 ATSV berechtigt, auf die Einsprache nicht einzutreten, resp. den angefochtenen Nichteintretensentscheid zu fällen. Mit der Beschwerdegegnerin ist darüber hinaus festzuhalten, dass formelle Verfahrensmängel, die gestützt auf eine gesetzliche Grundlage resp. Verordnungsgrundlage zu einem Nichteintreten führen, im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden können. Die vom Beschwerdeführer mit Schreiben vom 19. März 2007 vorgebrachten Rechtfertigungen – die Frist sei bei Mitteilung bereits abgelaufen gewesen resp. er werde am Ende ohnehin als Verlierer dastehen – aber können nicht gehört werden bzw. können in keiner Weise zu seinen Gunsten berücksichtigt werden. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Juli 2007

S 2007/62

Art. 82 Abs 1. aAHVV und Art. 52 Abs. 3 AHVG – Arbeitgeberhaftung. Verjährung des Schadenersatzanspruches der Ausgleichskasse. Übergangsrecht bei den Verjährungsbestimmungen. Mit (rechtzeitigem) Erlass der Schadenersatzverfügung bleibt der Schadenersatzanspruch der Ausgleichskasse auch bei Anwendung der neurechtlichen Verjährungsbestimmungen ein für allemal gewahrt.

Aus den Erwägungen:

(...)

5. Vorab ist zu prüfen, ob der Schadenersatzanspruch der Ausgleichskasse verjährt ist. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass mit dem seit 1. Januar 2003 geltenden neuen Art. 52 Abs. 3 AHVG von den zuvor geltenden Verwirkungsfristen (Art. 82 Abs. 2 aAHVV) abgekehrt worden und neu unterbrechbare Verjährungsfristen eingeführt worden seien. Mit Erlass der Schadenersatzverfügung werde die Verjährung unterbrochen und beginne neu zu laufen. Die Beschwerdegegnerin sei nun nach Erlass ihrer Schadenersatzverfügung mehr als zwei Jahre völlig untätig geblieben (was von der Ausgleichskasse im Übrigen nicht bestritten werde), habe somit den Verjährungslauf ihrer Forderung nicht mehr unterbrochen, so dass ihr nun kein Anspruch mehr gegen ihn zustünde.

5.1 Gemäss Art. 82 Abs. 1 AHVV in der bis zum 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung verjäherte die Schadenersatzforderung, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Verfügung geltend gemacht wurde, auf jeden Fall aber mit Ablauf von fünf Jahren nach Eintritt des Schadens. Dabei handelte es sich nach der Rechtsprechung um Verwirkungsfristen. Die diese Norm ablösende, auf 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bestimmung des Art. 52 Abs. 3 AHVG sieht vor, dass der Schadenersatzanspruch zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, und jedenfalls fünf Jahre nach Eintritt des Schadens verjährt. Diese Fristen können unterbrochen werden. Der Arbeitgeber kann auf die Einrede der Verjährung verzichten. Weder das AHVG noch das ATSG enthalten eine spezielle Übergangsbestimmung betreffend die Anwendbarkeit der (altrechtlichen) Verwirkungsfrist und der Verjährungsfrist nach Art. 52 Abs. 3 AHVG.

In der Wegleitung über den Bezug der Beiträge (WBB) in der AHV, IV und EO wird in Rz. 7057.1 zum Übergangsrecht festgehalten, dass die Verjährungsregeln nach Art. 52 Abs. 3 AHVG für diejenigen Schadenersatzansprüche gelten, die am 1. Januar 2003 (gemäss aArt. 82 AHVV) nicht bereits verjährt waren. Dieser Grundsatz

stimmt mit der Rechtsprechung und Lehre überein: Danach sind die neurechtlichen Verjährungsbestimmungen für altrechtliche Forderungen anwendbar, sofern diese zwar vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstanden und fällig geworden sind, aber vor diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt sind (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Februar 2004, AK 2003.00025, E. 2.2.3, mit weiteren Hinweisen zur bundesgerichtlichen Praxis, Urteil des EVG vom 27. September 2005 [H 53/05] = BGE 131 V 425).

5.2 Im vorliegenden Fall wurde der Konkurs über die X. AG am 27. Mai 2002 eröffnet und das Verfahren mangels Aktiven bereits am 27. Juli 2002 eingestellt. Mit der Konkurseröffnung ist grundsätzlich der Schaden eingetreten, da die geschuldeten Beiträge weder aus rechtlichen noch tatsächlichen Gründen mehr bei der arbeitgebenden Gesellschaft erhoben werden können (BGE 129 V 195). Die Ausgleichskasse erhielt für die von ihr gegenüber der X. AG geltend gemachten Forderung bereits mit der Ausstellung des Pfändungsverlustscheines vom 8. April 2002 Kenntnis des Schadens. Gestützt auf Lehre und Rechtsprechung kommen offensichtlich die neurechtlichen Verjährungsbestimmungen zur Anwendung. Mit Schadenersatzverfügung vom 3. Oktober 2003 machte die Kasse ihre Forderung somit eindeutig innert der fünfjährigen Frist seit Schadenseintritt und ebenfalls innert der zweijährigen Frist seit Schadenskennntnis geltend.

5.3 In Frage wird gestellt, ob mit Erlass der Schadenersatzverfügung die dadurch unterbrochene Verjährungsfrist wieder neu zu laufen beginnt oder nicht. Wäre diese Frage zu bejahen, hätte dies vorliegend zur Folge, dass – nachdem die Beschwerdegegnerin in dieser Angelegenheit unbestrittenermassen keine nach aussen wahrnehmbare Handlungen vorgenommen hatte und erst nach über zwei Jahren ihren Einspracheentscheid erliess (damit notabene klar nicht mehr innert der in Art. 52 Abs. 2 ATSG geforderten angemessenen Frist) der Anspruch der Ausgleichskasse verjährt und so nicht mehr gegen den Willen des Beschwerdeführers durchsetzbar wäre.

Artikel 82 Abs. 1 AHVV in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung regelte allein die Festsetzungsverjährung. Mit der rechtzeitigen Geltendmachung der Schadenersatzverfügung blieb der Anspruch ein für allemal gewahrt, auch während der Rechtshängigkeit der Klage. Erst nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens kam die Vollstreckungsverjährung zum Zug (vgl. ZAK 1991 S. 129 Erw. 2c). Mit der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts drängte sich die Wiederingleichung des Artikels an sein Vorbild (Art. 60 OR) auf (vgl. BBl 1994 V 983). Auch mit der Revision der Verjährungsfristen wurde aber keine völlige Angleichung an

die zivilrechtliche Haftpflichtregelung und insbesondere auch keine Schlechterstellung der geschädigten Gläubigerin beabsichtigt. Um die Arbeitgeberhaftung nicht illusorisch werden zu lassen, wurde der Beginn der absoluten Frist nicht auf den Zeitpunkt der schädigenden Handlung vorverlegt, wie das Art. 60 OR bestimmt. Die Rechtsprechung, wonach das schädigende Ereignis dem Eintritt des Schadens entspricht, behält somit ihre volle Gültigkeit (BBl, a. a. O). Das Bundesgericht hat denn auch in neueren Entscheidungen (vgl. z. B. Urteil vom 23. Mai 2003 [H 57/00] Erw. 3.4 und BGE 131 V 7 Erw. 3.3) nach wie vor festgehalten, dass Art. 52 Abs. 3 AHVG in der seit 1. Januar 2003 geltenden Fassung lediglich die Festsetzungs- und nicht die Vollstreckungsfrist behandelt, wobei der Gesetzgeber diese Fristen neu zwar als Verjährungs- und nicht mehr als Verwirkungsfristen behandelt wissen will. Es muss somit unverändert davon ausgegangen werden, dass mit der rechtzeitigen Festsetzung der Schadenersatzverfügung durch die Ausgleichskasse, womit sie ihre Beitragsforderung umwandelt (vgl. AHI-Praxis 1993 S. 108), ihr Anspruch ein für allemal gewahrt bleibt. Dass die Beschwerdegegnerin die Festsetzungsfristen vorliegend eingehalten hat, ist nicht bestritten. Ihr Anspruch ist demnach entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht verjährt.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. September 2007

S 2005/217

Art. 49 Abs. 3 KVG: Begriff der Akutspitalbedürftigkeit. Fehlende Pflegeplätze – sei es infolge Bettenbelegung oder infolge fehlender Institutionen – können nicht dazu führen, dass die Krankenversicherung für einen medizinisch nicht indizierten Spitalaufenthalt aufkommen muss.

Sachverhalt:

Die Versicherte A ist bei der B Kranken-Versicherung AG obligatorisch krankenpflegeversichert. Sie ist aufgrund der Diagnosen schizoaffektive Psychose depressiver Typ, Paranoide Schizophrenie, Zustand nach vorsätzlicher Selbstvergiftung Exposition Lithium und histrionische Persönlichkeitsstörung seit 1975 regelmässig in psychiatrischer Behandlung. Seit 8. April 2003 wird sie in der Psychiatrischen Klinik C stationär behandelt. Nach der Prüfung durch den Vertrauensärztlichen Dienst der B teilte der Vertrauensarzt Dr. D der Psychiatrischen Klinik C mit, die Versicherte könne nach den krankenversicherungsrechtlichen Grundsätzen Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit auch in einem geeigneten Pflegeheim betreut werden. Zudem teilte er ihr den Entscheid der B

mit, dass die Akuttaxe noch bis 9. Februar 2004, danach noch die Pflorgetaxe übernommen werde.

Aus den Erwägungen:

...

3.1 Gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG richtet sich die Vergütung bei Spitalaufenthalten nach dem (für den Aufenthalt in Akutspitälern im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG geltenden) Spitaltarif gemäss Art. 49 Abs. 1 und 2 KVG, solange der Patient oder die Patientin nach medizinischer Indikation der Behandlung und Pflege oder der medizinischen Rehabilitation im Spital bedarf. Ist diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt, so kommt für den Spitalaufenthalt der Tarif nach Art. 50 KVG zur Anwendung. Gemäss dieser Bestimmung vergütet der Versicherer bei Aufenthalt in einem Pflegeheim (Art. 39 Abs. 3 KVG) die gleichen Leistungen wie bei ambulanter Krankenpflege und bei Krankenpflege zu Hause; er kann mit dem Pflegeheim pauschale Vergütungen vereinbaren.

3.2 Der Grundsatz von Art. 49 Abs. 3 KVG entspricht der Rechtsprechung, wie sie im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebotes von Art. 32 KUVG entwickelt wurde (vgl. BGE 124 V 362 Erw. 1b). Danach hat der spitalbedürftige Versicherte diejenige Heilanstalt oder Spitalabteilung zu wählen, in die er vom medizinischen Standpunkt aus gehört. So hat die Kasse aus der Grundversicherung nicht für Mehrkosten aufzukommen, die sich daraus ergeben, dass der Versicherte sich in eine für intensive Pflege und Behandlung spezialisierte und damit teure Klinik begibt, obwohl er einer solchen Behandlung nicht bedarf und ebenso gut in einer einfacher eingerichteten und daher weniger kostspieligen Heilanstalt sachgerecht hätte behandelt werden können. Ebenso hat der spitalbedürftige Versicherte nicht mehr als die gesetzlichen bzw. statutarischen Leistungen zugute, wenn er gezwungenermassen in einer teuren Klinik hospitalisiert werden muss, weil in der Heilanstalt oder in der Spitalabteilung, die vom medizinischen Standpunkt aus genügen würde und billiger wäre, kein Bett frei ist. Ferner hat die Kasse nicht dafür aufzukommen, wenn ein Versicherter trotz nicht mehr bestehender Spitalbedürftigkeit weiterhin in einer Heilanstalt untergebracht ist, weil z. B. kein Platz in einem geeigneten und für den Versicherten genügenden Pflegeheim (ohne Spitalcharakter) vorhanden ist und mithin der Spitalaufenthalt nur noch auf sozialen Überlegungen beruht (vgl. BGE 115 V 48 f. Erw. 3b/aa). Fehlende Pflegeplätze – sei es infolge Bettenbelegung oder infolge fehlender Institutionen – können somit nach dem Gesagten nicht dazu führen, dass die Krankenversicherung für einen medizinisch nicht indizierten

Spitalaufenthalt aufkommen muss (vgl. Urteil des EVG vom 20. Oktober 2005, K 44/05, Erw. 2.3 und Urteil des EVG vom 20. Oktober 2006, K 20/06, Erw. 1). Das KVG hat die Leistungen teilweise neu umschrieben, am Wirtschaftlichkeitsgebot und dessen Anwendung auf den Leistungsanspruch bei Spitalaufenthalt jedoch nichts geändert, so dass die genannte Rechtsprechung weiterhin Geltung hat. Aus Art. 56 in Verbindung mit Art. 49 Abs. 3 KVG folgt unter anderem, dass ein Aufenthalt im Akutspital zum Spitaltarif nach Art. 49 Abs. 1 und 2 KVG nur so lange durchgeführt werden darf, als vom Behandlungszweck her ein Aufenthalt im Akutspital notwendig ist (vgl. BGE 124 V 362 Erw. 1b mit Verweis auf Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 71 Fn. 181 sowie Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, S. 165 N 28).

3.3 Die Akutspitalbedürftigkeit lässt sich von der anschliessenden blossen Pflegebedürftigkeit nicht streng abgrenzen. Bei ihrer Unterscheidung ist dem behandelnden Arzt daher ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen (vgl. Urteil des EVG vom 27. Dezember 2000, K 11/00, Erw. 2a).

3.3.1 Die Leistungspflicht für eine stationäre Behandlung setzt zunächst voraus, dass sich die versicherte Person in einem Spital, d. h. einer Anstalt oder deren Abteilung aufhält, das der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dient (Art. 39 Abs. 1 KVG).

3.3.2 Des Weiteren muss eine Krankheit vorliegen, welche eine Akutbehandlung oder medizinische Rehabilitation unter Spitalbedingungen erforderlich macht. Spitalbedürftigkeit in diesem Sinne ist einerseits dann gegeben, wenn die notwendigen diagnostischen und therapeutischen Massnahmen nur in einem Spital zweckmässig durchgeführt werden können, andererseits auch dann, wenn die Möglichkeiten ambulanter Behandlung erschöpft sind und nur noch im Rahmen eines Spitalaufenthaltes Aussicht auf einen Behandlungserfolg besteht. Dabei kann eine Leistungspflicht für den Spitalaufenthalt auch dann bestehen, wenn der Krankheitszustand der versicherten Person einen solchen nicht unbedingt erforderlich macht, die medizinische Behandlung jedoch wegen besonderer persönlicher Lebensumstände nicht anders als im Spital durchgeführt werden kann (BGE 126 V 323 Erw. 2a f. mit Verweis auf BGE 120 V 206 Erw. 6a und RKUV 1984 Nr. K 591 S. 197).

3.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass aus krankenversicherungsrechtlicher Sicht nicht massgebend ist, an welchem Ort die Behandlung der versicherten Person erfolgt. Die Leistungspflicht des Krankenversicherers richtet sich vielmehr

danach, in welche Abteilung die versicherte Person aus medizinischer Sicht gehört. Demnach besteht kein Anspruch auf Ersatz der Spalkkosten, wenn die notwendige Behandlung und Betreuung auch von einer Pflegeabteilung erbracht werden kann (vgl. Urteil des EVG vom 27. Dezember 2000, K 11/00, Erw. 2a mit Verweis auf BGE 124 V 364 Erw. 1b). Für den Übertritt vom Akutspital in ein Pflegeheim oder eine Pflegeabteilung ist eine angemessene Anpassungszeit (30 Tage) einzuräumen (Urteil des EVG vom 20. Oktober 2006, K 20/06, Erw. 4.1; BGE 124 V 362 Erw. 2c mit Hinweis auf BGE 115 V 52 Erw. 3d). Ausserdem ist der Pflgetarif auch dann anwendbar, wenn die Patientin oder der Patient nur deshalb in einem Akutspital verbleibt, weil eine geeignete Pflegeinstitution nicht zur Verfügung steht (Urteil des EVG vom 20. Oktober 2006, K 20/06, Erw. 1).

4. Wie aus den Urteilen des EVG vom 20. Oktober 2005, K 44/05, und vom 20. Oktober 2006, K 20/06, hervorgeht, gilt die in Erwägung 3 dargestellte Rechtslage auch für psychiatrische Erkrankungen. In den erwähnten Fällen war strittig, ob der Krankenversicherer die Behandlung der an einer chronischen, paranoiden und halluzinatorischen Schizophrenie mit sehr ungünstiger Prognose (K 44/05) bzw. an einer seit Jahren bestehenden chronifizierten Schizophrenie (K 20/06) leidenden Versicherten in einem Pflegeheim zu Pflegeheimtaxen oder in einem Akutspital in Anwendung von Spalktaxen zu übernehmen habe. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass das Krankheitsbild einer seit Jahren bestehenden chronifizierten Schizophrenie selbst in fortgeschrittenem Stadium für sich allein nicht zu Akutspitalbedürftigkeit führe. Das gelte grundsätzlich auch für den Fall, dass eine regelmässige Überwachung wegen Selbst- oder Fremdgefährdung oder zwecks Medikamenteneinnahme notwendig ist, da solche Massnahmen auch in Pflegeheimen erbracht werden könnten. Spalkbedürftigkeit liege demgegenüber vor, solange von einer laufenden Behandlung noch eine wesentliche Verbesserung der Gesundheit erwartet werden könne (vgl. Urteil des EVG vom 20. Oktober 2006, K 20/06, Erw. 3.1 mit Verweis auf Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 72 Rz 139 in Verbindung mit Fn 304). Für psychiatrische Dauerpatienten würden jedoch, auch wenn der Gesundheitszustand Schwankungen unterworfen sei, prinzipiell die Regeln für Pflegeheimpatienten gelten, sofern nicht vorübergehende Verschlimmerungen des Leidens wieder eine Akutspitalbedürftigkeit bewirkten (Urteil des EVG vom 20. Oktober 2006, K 20/06, Erw. 3.1 mit Verweis auf Eugster, a. a. O., S. 72, Rz 139 und Fn 305).

...

## 7.2

...

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich aus den medizinischen Berichten übereinstimmend ein chronischer und therapieresistenter Krankheitszustand der Beschwerdeführerin ergibt. Des Weiteren ist dieser Zustand seit Jahren stationär. Ihre Behandlung beschränkt sich im Wesentlichen auf die medikamentöse Behandlung, die pflegerische Betreuung, Beobachtung und Kontrolle (jeweils rund um die Uhr), Ruhigstellung und (sofern notwendig) Isolation.

7.3 Uneinig sind sich die Parteien, welche Art von Institution den erwähnten, unbestrittenerweise bestehenden Bedürfnissen der Beschwerdeführerin hinsichtlich Behandlung und Pflege gerecht werden kann.

7.3.1 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, sie sei akutespitalbedürftig und müsse daher durch psychiatrisches Fachpersonal in einer Fachklinik mit der Möglichkeit zur Isolation behandelt werden. Zur Begründung lässt sie auf den extrem hohen Betreuungsaufwand verweisen und lässt überdies darlegen, sie benötige derzeit intensive fachärztliche Behandlung. Dies überfordere sowohl die Umgebungsbedingungen als auch das Pflegepersonal eines Pflegeheims hinsichtlich dessen psychiatrischer Schulung sowie dessen Anzahl (vgl. unter anderem Berichte der Psychiatrischen Klinik C vom 6. Mai 2003 und vom 1. März 2005 sowie der Psychiatrischen Klinik E vom 30. Dezember 2004).

7.3.2 Zur genaueren Einschätzung des Pflegebedarfs ist das «Bewohner/-innen-Einstufungs- und Abrechnungssystem» (BESA) zu beachten. Aus dem BESA-Modul Ziff. 8 («Gesundheits- und Behandlungspflege»), ergibt sich, dass «bestellen, richten und verabreichen persönlicher Medikamente» wie auch «ärztliche Leistungen» zum Leistungskatalog gehören. Ausserdem sieht das BESA unter dem Titel «Psychogeriatrische Leistungen I – Zeitliche und örtliche Orientierung» im Rahmen der verschiedenen Einstufungsmöglichkeiten eine «umfassende intensive Beaufsichtigung/Kontrolle/Unterstützung/Betreuung/Begleitung/Orientierungshilfe durch die Mitarbeitenden» vor, wenn die Bewohner «dauernd schwer desorientiert/verwirrt» sind, «keinen Realitätsbezug» haben, «mobil, überaktiv (Identitätsverlust, Unruhe, Wahnvorstellungen usw., gestörter Tag-/Nacht rhythmus)» sind, «keine übliche verbale Kommunikation» möglich ist und «mit ausgeprägter Belastung des Umfeldes» sowie einer möglichen «Selbst- und Fremdgefährdung (z. B. Verhalten auf der Strasse)» einhergeht.

Mit dieser Umschreibung werden die in Erwägung 7.1 übereinstimmend beschriebenen Bedürfnisse der Beschwerdeführerin hinsichtlich Behandlung und Pflege klar abgedeckt. Die bei ihrem beschriebenen Krankheitsbild notwendige ärztliche Betreuung und Pflege kann daher auch in einem geeigneten Pflegeheim mit geschlossener Abteilung erbracht werden. Dies gilt umso mehr, als Pflegeheime gemäss gesetzlichem Auftrag (Art. 39 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 KVG) über qualifiziertes Personal zu verfügen haben. Es ist nach dem Gesagten nicht dargelegt, dass und aus welchen Gründen eine angemessene Pflege der Beschwerdeführerin in einem geeigneten Pflegeheim nicht möglich sein soll, was gegen eine weiterhin vorhandene Akutspitalbedürftigkeit spricht. Ausserdem ist diese entsprechend der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur schon aufgrund der bei der Beschwerdeführerin festgestellten Therapieresistenz zu verneinen (vgl. Urteil des EVG vom 20. Oktober 2006, K 20/06, Erw. 3.1, wonach eine Spitalbedürftigkeit vorliegt, solange von einer laufenden Behandlung noch eine wesentliche Verbesserung der Gesundheit erwartet werden kann). Dem erwähnten Urteil des Bundesgerichts lässt sich des Weiteren entnehmen, dass das Krankheitsbild einer seit Jahren bestehenden chronifizierten Schizophrenie selbst in fortgeschrittenem Stadium für sich allein nicht zu einer Akutspitalbedürftigkeit führt. Dies gilt grundsätzlich auch für den Fall, dass eine regelmässige Überwachung wegen Selbst- oder Fremdgefährdung oder zwecks Medikamenteneinnahme notwendig ist, da solche Massnahmen auch in Pflegeheimen erbracht werden können. Für psychiatrische Dauerpatienten gelten, auch wenn der Gesundheitszustand Schwankungen unterworfen ist, prinzipiell die Regeln für Pflegeheimpatienten, sofern nicht vorübergehende Verschlimmerungen des Leidens wieder eine Akutspitalbedürftigkeit bewirken. Nach dem Gesagten kann die Beschwerdeführerin aus der Tatsache, dass ihr Gesundheitszustand Schwankungen unterworfen ist, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dies gilt um so mehr, als im Falle einer deutlichen Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes die jederzeitige Möglichkeit zur Verlegung in ein Akutspital – unter Anwendung des Akuttarifs nach Art. 49 Abs. 1 KVG – besteht.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund der fehlenden medizinischen Indikation zur Behandlung und Pflege der Beschwerdeführerin in einem Akutspital zu Recht ihre Leistungspflicht für die entsprechenden Kosten ab 15. November 2004 verneint und ab diesem Datum Kostengutsprache für die Pflorgetaxe nach BESA erteilt hat.

7.3.3 Die medizinischen Berichte der Psychiatrischen Kliniken C und E weisen wiederholt auf die ihrer Ansicht nach bei der Beschwerdeführerin bestehende Akutspitalbedürftigkeit hin. Mit der Begründung, die intensive fachärztliche Behandlung

und der extrem hohe Betreuungsaufwand seien von einem Pflegeheim nicht zu leisten, berücksichtigen diese allerdings nicht medizinische Aspekte, sondern das aktuelle Angebot an Plätzen in Pflegeheimen. Fehlende Pflegeplätze – sei es infolge Bettenbelegung oder infolge fehlender Institutionen – können allerdings nicht dazu führen, dass die Krankenversicherung für einen medizinisch nicht indizierten Spitalaufenthalt aufkommen muss (vgl. Erw. 3.2 mit der dort zitierten Rechtsprechung). Gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG ist es nämlich Aufgabe der Kantone, durch entsprechende Planung dafür besorgt zu sein, dass die vom KVG vorgesehenen Einrichtungen zur Verfügung stehen. Es kann nicht angehen, dass die Kosten diesbezüglicher Versäumnisse auf die Krankenversicherer - und damit auf die Versicherungsgemeinschaft – überwältzt werden (vgl. Urteil des EVG vom 20. Oktober 2005, K 44/05, Erw. 2.3 in fine). Da es vorliegend indes einzig um die Frage des zu vergütenden Tarifs geht, ist die Problematik, ob es für die Beschwerdeführerin überhaupt eine geeignete Institution gibt, insofern irrelevant. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bezüglich des Umfangs der von der Beschwerdegegnerin zu erbringenden Pflichtleistungen bzw. des anzuwendenden Tarifs auch Abteilungen eines Akutspitals den Pflegeheimen gleichgestellt werden können, wobei dieser nicht zwangsläufig mit dem Alterspflegeheimtarif identisch sein muss. Nötigenfalls ist ein besonderer Pflorgetarif auszuhandeln oder festzulegen (Art. 46 f. KVG; zum Ganzen: Urteil des EVG vom 20. Oktober 2006, K 20/06, Erw. 3.4).

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2007

S 2006/52

Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG; Art. 46 und 47 KVV – Die Aufsichtspflicht des selbständig und auf eigene Rechnung tätigen Physiotherapeuten über sein angestelltes physiotherapeutisches Personal ist in der Regel weniger streng zu beurteilen als die Aufsichtspflicht des Arztes über seine Hilfspersonen. Der Inhaber einer Physiotherapiepraxis ist nicht in jedem Fall verpflichtet, dauernd in seiner Praxis persönlich anwesend zu sein. Es existiert namentlich auch keine gesetzliche oder tarifvertragliche Regelung, wonach es generell unmöglich sei, gleichzeitig zwei Physiotherapiepraxen zu führen. Ob der Aufsichtspflicht Genüge getan wird, ist jeweils im Einzelfall im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller konkreten Umstände zu entscheiden.

Aus dem Sachverhalt:

A.B. betrieb eine Physiotherapiepraxis in X. (Kanton Zug) und eine weitere Praxis in Y. (Kanton Luzern). Nachdem bereits der damalige Zentralschweizer Krankenversicherer-Verband (ZKV) gegenüber A.B. die Ansicht vertreten hatte, dass das gleichzeitige Betreiben mehrerer Praxen nicht zulässig sei, weil dabei die erforderliche Überwachung der angestellten Physiotherapeuten nicht gewährleistet sei, liess am 1. Mai 2003 die *santésuisse* Zentralschweiz als Vertreterin der betroffenen Krankenkassen beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug in seiner Eigenschaft als Schiedsgericht gemäss Art. 89 KVG Klage einreichen und beantragen, es sei der Betrag, welchen A.B. den Klägerinnen aus der Führung ihrer Praxen in X. und Y. zurückzuerstatten habe, zu ermitteln und die Beklagte sei zur Bezahlung des entsprechenden Betrages zu verpflichten. Die Beklagte liess demgegenüber die Abweisung der Klage beantragen, soweit darauf einzutreten sei. Mit Zwischenentscheid vom 6. September 2004 trat das Gericht auf die Klage, soweit sie die Physiotherapiepraxis in Y. betrifft, wegen örtlicher Unzuständigkeit nicht ein und überwies die entsprechenden Akten an das Schiedsgericht gemäss Art. 89 KVG des Kantons Luzern. Soweit die Klage die Physiotherapiepraxis in X. betrifft, trat das Gericht auf die Klage ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt gemäss Art. 25 Abs. 1 KVG die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen. Diese Leistungen umfassen insbesondere die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim von Ärzten, aber auch von Personen durchgeführt werden, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes Leistungen erbringen (Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 und 3 KVG). Gemäss Art. 35 KVG sind zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nur die Leistungserbringer zugelassen, welche die Voraussetzungen nach den Artikeln 36 bis 40 erfüllen. Die Zulassung der Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes Leistungen erbringen, regelt dabei gemäss Art. 38 KVG der Bundesrat. Physiotherapeuten werden gemäss dem entsprechenden Art. 46 Abs. 1 KVV als Leistungserbringer zugelassen, wenn sie ihren Beruf selbständig und auf eigene Rechnung ausüben. Sie müssen zudem nach kantonalem Recht zugelassen sein und die übrigen Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, die in der KVV festgelegt sind (Art. 46 Abs. 2 KVV). Gemäss Art. 47 KVV haben die Physiotherapeuten

nachzuweisen, dass sie über das Diplom einer Schule für Physiotherapie, das von einer von den Kantonen gemeinsam bezeichneten Stelle anerkannt oder als gleichwertig anerkannt worden ist, oder ein nach dem Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung anerkanntes Diplom verfügen. Ausserdem müssen sie eine zweijährige praktische Tätigkeit bei einem Physiotherapeuten, der nach dieser Verordnung zugelassen ist, in einer physikalisch-therapeutischen Spezialabteilung eines Spitals oder in einer fachärztlichen Praxis unter der Leitung eines Physiotherapeuten, welcher die Zulassungsvoraussetzungen dieser Verordnung erfüllt, vorweisen können.

4.1 Die Leistungserbringer erstellen gemäss Art. 43 Abs. 1 und 4 KVG ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen, welche in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt werden. Der vorliegend anwendbare Tarifvertrag zwischen dem Schweizerischen Physiotherapeutenverband (SPV) und dem Konkordat Schweizerischer Krankenversicherer (KSK) vom 1. September 1997 legt in Art. 8 für die Leistungsvergütung das System des «tiers payant» fest, indem als Honorarschuldner der zuständige Versicherer bestimmt wird. Diesem ist die Rechnung vom Physiotherapeuten nach Abschluss einer Behandlung bzw. Behandlungsserie nach Vorgabe der entsprechenden Ausführungsbestimmungen zuzustellen. Gemäss Art. 2 Abs. 3 des Tarifvertrages erfolgt die Abgeltung von physiotherapeutischen Leistungen jedoch nur dann, wenn durch Erteilung einer KSK-Zahlstellennummer bestätigt ist, dass ein Physiotherapeut die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt und dem Vertrag beigetreten ist.

4.2 Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Tarifvertrages findet der Tarif ebenfalls Anwendung für angestellte, diplomierte Physiotherapeuten. Für Leistungen von angestellten therapeutisch tätigen Personen, welche nicht über eine anerkannte Fachausbildung verfügen, dürfen nur die im Tarifvertrag besonders bezeichneten Tarifpositionen in Rechnung gestellt werden («Besitzstandwahrer»). Die erwähnten Personen mussten vor Inkrafttreten des Tarifvertrages in dem vom KSK geführten Verzeichnis der Physiotherapeuten aufgeführt sein (Art. 3 Abs. 3 des Tarifvertrages). In Art. 3 Abs. 4 des Vertrages wird festgelegt, dass das KSK im Auftrag aller Vertragspartner ein Verzeichnis der angestellten Physiotherapeuten führt, mit Angabe der jeweiligen Arbeitgeber und der Abrechnungsart. Die selbständig erwerbenden Physiotherapeuten sind verpflichtet, sämtliche Mutationen des angestellten therapeutisch tätigen Personals dem KSK zu melden. Andernfalls besteht keine Entschädigungspflicht seitens der Versicherer. Das KSK informiert seinerseits die Tarifparteien in geeigneter Form über die zugelassenen Physiotherapeuten (Art. 2

Abs. 4 des Tarifvertrages). In Bezug auf solchermassen angestelltes Physiotherapiepersonal besteht schliesslich eine Aufsichtspflicht des selbständig und auf eigene Rechnung tätigen Physiotherapeuten – mithin des Inhabers der Physiotherapiepraxis–, wobei die Rechtsprechung diesbezüglich analog auf die Grundsätze der ärztlichen Aufsichtspflicht über sein ärztliches Hilfspersonal verweist (vgl. dazu nicht veröffentlichtes Urteil des EVG vom 23. Juni 1999, K 170/97).

(...)

7.1 Der vorliegend anwendbare Tarifvertrag selbst enthält keine Bestimmungen darüber, wie die Aufsichtspflicht der zugelassenen Physiotherapeuten über ihre angestellten Therapeuten im Einzelnen wahrzunehmen ist. Das Eidgenössische Versicherungsgericht verwies aber in diesem Zusammenhang in seinem nicht veröffentlichten Urteil vom 23. Juni 1999 (K 170/97) immerhin auf die Rechtsprechung zur Aufsichtspflicht des Arztes über seine Hilfspersonen, welche mit Bezug auf den seinerzeitigen Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1 lit. a und b KUVG ergangen war und wonach eine von einem Arzt angeordnete, durch von ihm angestelltes Personal ausgeführte Behandlung nur dann als Pflichtleistung der Krankenpflegeversicherung gilt, wenn die betreffende Massnahme unter seiner direkten Kontrolle vorgenommen wird und der Arzt bei der Durchführung in persönlichen Kontakt zum Patienten tritt (BGE 114 V 270 f. Erw. 2a mit Hinweisen; RKUV 1995 Nr. K 971 S. 182 Erw. 4a). Dies setzt in der Regel voraus, dass die behandelnde Person in räumlicher Nähe zum Arzt tätig ist (RKUV 1993 Nr. K 916 S. 108 Erw. 3c), da nur unter dieser Voraussetzung Gewähr dafür besteht, dass der Arzt unverzüglich eingreifen oder auf die angeordnete Massnahme zurückkommen kann (BGE 104 V 5 oben). Vom Arzt kann jedoch vernünftigerweise nicht als Regel verlangt werden, dass er den Ablauf der übertragenen Therapie in jedem Fall mit eigenen Augen dauernd überwacht und unmittelbar mitverfolgt. Wie intensiv Überwachung und Kontrolle im konkreten Fall zu gestalten sind, hat der Arzt nach medizinischen und berufsethischen Gesichtspunkten zu entscheiden (BGE 114 V 271 vor Erw. 2a in fine; 110 V 191, 107 V 52 und 100 V 4 Erw. 2a). Diese Grundsätze lassen sich nun aber insofern nicht unbesehen auf das Verhältnis eines selbständigen Physiotherapeuten zu einem angestellten Therapeuten übertragen, als zu berücksichtigen ist, dass es sich bei einem Arztangestellten im Verhältnis zum Arzt tatsächlich lediglich um eine Hilfsperson im eigentlichen Sinne ohne vollwertige eigene ärztliche Ausbildung handelt, während der angestellte Physiotherapeut seinerseits immerhin über dieselbe fachliche Qualifikation verfügt wie der selbständig und auf eigene Rechnung tätige Praxisinhaber selbst. Wenn bei dieser Voraussetzung der Inhaber einer Physiotherapiepraxis seine Aufsichtspflicht in der Regel weniger streng handhabt

als der Arzt über seine Hilfspersonen, ist dies mit den erwähnten berufsethischen Gesichtspunkten grundsätzlich durchaus vereinbar. Ob die konkrete Ausgestaltung der Überwachung des angestellten Therapiepersonals den Anforderungen entspricht, wird aber schliesslich jeweils im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände zu prüfen sein.

7.2 Das Eidgenössische Versicherungsgericht erachtete in diesem Sinne in seinem nicht veröffentlichten Urteil vom 23. Juni 1999 (K 170/97) die gesetzlichen und tarifvertraglichen Überwachungs- und Kontrollpflichten eines zur Kassenpraxis zugelassenen Physiotherapeuten in Bezug auf die durch einen angestellten Physiotherapeuten ohne kantonale Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung in der Wohnung der Patienten ausgeführten Behandlungen immerhin als verletzt, indem sich in jenem Fall der Bewilligungsinhaber gemäss Sachverhaltsfeststellung in keiner Weise um die vom angestellten Physiotherapeuten vorgenommenen Behandlungen ausserhalb der Praxis gekümmert hatte. Seine einzige Funktion in diesem Zusammenhang bestand darin, unbesehen die von seinem Angestellten erstellten Abrechnungen für die Krankenkassen zu unterschreiben. Von einer auch nur ansatzweisen Instruktion und Überwachung konnte keine Rede sein, und zwar selbst dann nicht, wenn von einer den Arbeitsrealitäten der Physiotherapeuten Rechnung tragenden Auslegung des Begriffs der dauernden Überwachung ausgegangen wird (nicht veröffentlichtes Urteil des EVG vom 23. Juni 1999, K 170/97, Erw. 4). Das Eidgenössische Versicherungsgericht führte in jenem Fall insbesondere aus, auch wenn sich die Grundsätze in Bezug auf die Aufsicht über ärztliches Hilfspersonal nicht direkt auf das Verhältnis eines selbständigen Physiotherapeuten zu einem angestellten Berufskollegen übertragen liessen, müsse es als klare Verletzung der Aufsichtspflicht gewertet werden, dass der Praxisinhaber «seine» ausserhalb der Praxis behandelten Patienten weder jemals gesehen habe noch Einsicht in die sie betreffenden Aufzeichnungen genommen habe. Diese Versäumnisse wögen umso schwerer, als es sich offenbar um vorwiegend schwerst- und chronischkranke Patienten gehandelt habe. Dem Umstand, dass der angestellte Physiotherapeut an sich selbst zur Führung einer eigenen Praxis hätte zugelassen werden können, mass des Eidgenössische Versicherungsgericht dabei keine entscheidende Bedeutung zu (nicht veröffentlichtes Urteil des EVG vom 23. Juni 1999, K 170/97, Erw. 5).

7.3 Eine weitergehende höchstrichterliche Praxis speziell zur Frage der Aufsichts- bzw. Überwachungspflicht des Physiotherapeuten über sein angestelltes physiotherapeutisches Personal gibt es bis zum heutigen Zeitpunkt nicht. Aus dem bisher Gesagten lassen sich nun aber immerhin gewisse Kriterien festlegen. So erscheint unter anderem insbesondere von Bedeutung, in welchem Umfang der Praxisinhaber

ber in seiner Praxis persönlich anwesend ist, ob zumindest seine Erreichbarkeit sichergestellt ist, inwiefern der Praxisinhaber mit den verordnenden Ärzten selbst in Kontakt steht, ob der Praxisinhaber die Patienten seiner Praxis persönlich kennt oder zumindest Kenntnis der Patientendossiers bzw. Einsicht in die Aufzeichnungen der jeweils behandelnden Therapeuten hat, wie die Zuweisung der Patienten zu den jeweils behandelnden Therapeuten geregelt ist, ob der Praxisinhaber notfalls auf die einzelnen Behandlungen Einfluss nehmen kann und ob die Möglichkeit zur persönlichen Einflussnahme des Praxisinhabers namentlich in Bezug auf schwerst- und chronischkranke Patienten sichergestellt ist. Anhand dieser Kriterien wird im Einzelfall im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller konkreten Umstände zu entscheiden sein, ob der Aufsichtspflicht Genüge getan wurde oder nicht. Die Frage hingegen, ob es generell unmöglich sei, gleichzeitig zwei Physiotherapiepraxen zu führen, wovon die Klägerinnen ausgehen, erscheint dabei eher von untergeordneter Bedeutung und braucht nicht in allgemeiner Weise entschieden zu werden. Zu erwähnen ist lediglich, dass eine entsprechende gesetzliche oder tarifvertragliche Regelung jedenfalls nicht existiert. In Bezug auf Zahnarztpraxen erachtet das Bundesgericht im Gegenteil ein allgemeines Verbot zur Führung von mehr als zwei Zahnarztpraxen sogar ausdrücklich als im Widerspruch stehend zur Handels- und Gewerbefreiheit nach Art. 31 aBV (BGE 113 Ia 38). Inwiefern dies auch auf den vorliegenden Fall zu übertragen ist, kann schliesslich offen bleiben, da im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ohnehin einzig zu prüfen ist, ob die Beklagte ihren Aufsichtspflichten in ihrer Physiotherapiepraxis in X. in genügender Weise nachgekommen ist. Dies lässt sich unabhängig von der Frage beurteilen, ob sie ihre Aufsichtspflicht auch in der Physiotherapiepraxis in Y. erfüllt hat.

7.4 Aus den Unterlagen sowie aufgrund der Angaben der Beklagten bei der Parteibefragung vom 21. Dezember 2006 ergibt sich in Bezug auf die Organisation ihrer Physiotherapiepraxis in X., dass sie in den Jahren 2000 und 2001 jeweils drei bis vier angestellte Therapeuten in Voll- und Teilzeitpensen beschäftigte. Die Führung von Physiotherapiepraxen mit zum Teil noch bedeutend mehr angestelltem Personal entspricht dabei durchaus den üblichen Gegebenheiten, was auch bei den Krankenversicherern ohne weiteres als bekannt vorausgesetzt werden kann und von diesen offenbar in dieser Weise auch allgemein toleriert wird. Bei einer solchen Ausgestaltung der physiotherapeutischen Tätigkeit ist es einem Praxisinhaber jedoch zum vornherein nicht möglich, jede Therapieeinheit, die durch sein Fachpersonal durchgeführt wird, persönlich und unmittelbar zu überwachen, zumal der Praxisinhaber zumeist selbst mit der Behandlung von Patienten beschäftigt und während dieser Zeit für sein Personal in der Regel nicht für Fragen erreichbar sein dürfte. Eine Besprechung der Probleme, die sich im Rahmen der physiothera-

peutischen Behandlung ergeben, sind in der Regel wohl ohnehin nicht solcherart, dass sie noch während der einzelnen Physiotherapiesitzung ein sofortiges Eingreifen des Praxisinhabers, der ja nicht zwingend über bessere berufliche Qualifikationen verfügt als der angestellte Therapeut, erfordern würden. Vielmehr darf im Regelfalle davon ausgegangen werden, dass der angestellte Therapeut bei Auftreten allfälliger Schwierigkeiten das weitere Vorgehen in Bezug auf einen bestimmten Patienten nach erfolgter Therapieeinheit mit dem Praxisinhaber und gegebenenfalls mit dem zuweisenden Arzt besprechen wird. Eine durchgehende persönliche Anwesenheit des Inhabers in den Räumlichkeiten seiner Physiotherapiepraxis – wie dies die Klägerinnen fordern – kann unter diesen Umständen aber nicht von ausschlaggebender Bedeutung für die Beurteilung der genügenden Überwachung sein. Vielmehr ist eine zweckmässige physiotherapeutische Überwachung grundsätzlich auch mit einer nicht durchgehenden Anwesenheit des Inhabers in seiner Praxis denkbar, sofern der Praxisinhaber zumindest jederzeit über die laufenden, durch sein angestelltes Personal durchgeführten Behandlungen im Bilde ist. Dies dürfte die persönliche Anwesenheit des Praxisinhabers lediglich – aber immerhin – insoweit erfordern, als er jedenfalls regelmässig und in der Regel auch täglich in einem der Grösse seiner Praxis angemessenen zeitlichen Umfang persönlich anwesend sein muss. Vorliegend vermochte die Beklagte insgesamt glaubhaft darzulegen, dass sie mehrheitlich und auch täglich in ihrer Praxis in X. persönlich anwesend war, dies zumindest ab dem 1. Juli 2000, als sie die physiotherapeutische Tätigkeit in ihrer zweiten Praxis in Y. reduzierte. Nicht weiter zu prüfen ist dabei die von der Beklagten im Laufe des Verfahrens erwähnte seinerzeitige zeitliche Aufteilung von je 70%-iger Anwesenheit in Y. und in X. Dass die Beklagte zumindest ab dem 1. Juli 2000 überwiegend in X. anwesend war, kann jedenfalls als erstellt betrachtet werden, auch wenn in Y. nach diesem Zeitpunkt weiterhin sämtliche Behandlungen über die Nummer der Beklagten selbst abgerechnet wurden. Die Frage, wie dieser Fehler schliesslich zu werten ist, bildet dabei nicht Gegenstand dieses Verfahrens, sondern wird vom Luzerner Schiedsgericht zu prüfen sein.

7.5 Zur konkreten Ausgestaltung ihrer Aufsicht über das angestellte Therapiepersonal ist sodann aufgrund der Unterlagen im Weiteren festzuhalten, dass die Beklagte jederzeit Einblick hatte in die Patientendossiers, welche sie gemäss ihren Angaben auch wahrnahm. Dass die Beklagte selbst darüber hinaus auch jeden einzelnen der Patienten mit Namen hätte kennen müssen, kann von ihr vernünftigerweise nicht verlangt werden, zumal den angestellten Physiotherapeuten, welche ja ebenfalls über die entsprechende berufliche Qualifikation verfügten, bei Patienten ohne besondere Behandlungsschwierigkeiten durchaus zugetraut werden durfte, die Behandlungen auch ohne spezielle Hilfe durch die Praxisinhaberin durchzuführen.

Wenn einer ihrer angestellten Physiotherapeuten mit einem Patienten indessen keine Fortschritte erzielen konnte oder von sich aus Fragen hatte, wurde der Fall jeweils mit der Beklagten besprochen und sie übernahm die Patienten schliesslich sogar selbst, wenn ein Therapeut mit der Behandlung nicht mehr weiterkam. Schwierige Behandlungen wurden damit in der Regel durch die Beklagte persönlich durchgeführt. Dies gilt nach ausdrücklichen Angaben der Beklagten insbesondere auch für die wenigen von ihrer Physiotherapiepraxis durchgeführten Heimbehandlungen. Im Übrigen erfolgte die Zuteilung der Patienten an die einzelnen Therapeuten zwar durch das Sekretariatspersonal und nicht durch die Beklagte persönlich, jedoch immerhin nach deren generellen Vorgaben, was in Physiotherapiepraxen mit mehreren Angestellten realistischweise durchaus die Regel sein dürfte. Indem die Beklagte zudem bei wöchentlich stattfindenden Besprechungen der Physiotherapeuten mit dem für ihre Praxis in beratender Weise tätigen Dr. C. ebenfalls anwesend war, bei Problemfällen auch selbst mit den zuweisenden Ärzten Kontakt aufnahm und grundsätzlich jederzeit über ihr Mobiltelefon erreichbar gewesen wäre – wobei von dieser Möglichkeit offenbar gar nie Gebrauch gemacht werden musste, was wiederum dafür spricht, dass ein unmittelbares Eingreifen in eine einzelne Therapieeinheit ohnehin nicht der Lebenswirklichkeit bei Physiotherapiebehandlungen entsprechen dürfte –, konnte sie jedenfalls auf sämtliche Physiotherapiebehandlungen in ihrer Praxis in zweckmässiger Weise Einfluss nehmen. Wie die Beklagte glaubhaft darzulegen vermochte, hat sie diese Überwachungsmöglichkeiten auch durchaus im notwendigen Ausmass genutzt. Gegenteiliges konnte ihr von Seiten der Klägerinnen jedenfalls nicht nachgewiesen werden.

7.6 Ist demnach festzuhalten, dass die Beklagte zwar nicht vollzeitlich, aber doch immerhin überwiegend in ihrer Physiotherapiepraxis in X. persönlich anwesend war, sie darüber hinaus jederzeit bei entsprechender Notwendigkeit auf die laufenden Behandlungen durch ihre angestellten Therapeuten Einfluss nehmen konnte und dies auch tat, kann ihr zumindest bezogen auf die Physiotherapiepraxis in X. nicht der Vorwurf der Verletzung ihrer Aufsichtspflicht gemacht werden. Eine Rückforderung der von den Klägerinnen erbrachten Leistungen lässt sich somit auch unter diesem Gesichtspunkt nicht rechtfertigen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts als Schiedsgericht gemäss Art. 89 KVG vom 20.  
November 2007

S 2003/29

§ 4 Abs. 3 des Gesetzes betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG, auch IPVG genannt) – Für den Anspruch auf Prämienverbilligung sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Anspruchsjahres massgebend.

Sachverhalt:

Am 25. Januar 2007 wurde A geboren. B reichte für sich, seine Ehegattin C und seinen Sohn A das Formular «Individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung 2007» fristgerecht bei der Einwohnerkontrolle Zug ein. Mit Verfügung vom 29. Mai 2007 gewährte die Ausgleichskasse Zug B und C für das Jahr 2007 je eine Prämienverbilligung von CHF 528.–. A wurde nicht berücksichtigt.

Aus den Erwägungen:

...

4. Nach § 4 Abs. 3 PvKG sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Anspruchsjahres massgebend. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Behandlung muss für die Beurteilung der Anspruchsberechtigung im Regelfall auf einen konkret bestimmten Zeitpunkt abgestellt werden können. Wie des Weiteren aus dem Marginale zu § 4 PvKG «Anspruchsberechtigte Personen» hervorgeht, beschlägt diese Bestimmung allein den Kreis der anspruchsberechtigten Personen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 29. Januar 1998, S 1997 3, Erw. 2a). Es ist somit massgebend, aus wie vielen obligatorisch krankenpflegeversicherten und prämienpflichtigen (und somit exklusive ungeborene Kinder) Personen eine gemeinsam besteuerte Familie am erwähnten Stichtag besteht.

Aus den Akten ergibt sich, dass A am 25. Januar 2007 geboren worden ist. Am für den Prämienverbilligungsanspruch entscheidenden 1. Januar 2007 waren demnach lediglich die beiden in der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 29. Mai 2007 berücksichtigten Beschwerdeführer obligatorisch krankenpflegeversichert und prämienpflichtig. Die Prämienzahlungspflicht von A wurde erst rückwirkend auf den 1. Januar 2007 festgelegt (vgl. Versicherungspolice vom 30. Januar 2007). Dass die Beschwerdeführer unter diesen Umständen für den Januar 2007 bzw. für das ganze Jahr 2007 die vollen Prämien für A zahlen müssen, ist nach dem Gesagten irrelevant. In Beachtung des unmissverständlich formulierten § 4 Abs. 3 PvKG hat die Beschwerdegegnerin bei der Berechnung des Anspruches auf eine

Prämienverbilligung im Jahr 2007 zu Recht lediglich die beiden Beschwerdeführer – nicht aber A – berücksichtigt. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist daher abzuweisen.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. November 2007

S 2007/92

Art. 1a Abs. 2 lit. b KVG – Keine subsidiäre Leistungspflicht der Krankenversicherung, wenn ein Versicherter im Zeitpunkt des Unfalls obligatorisch bei der Unfallversicherung versichert war. Die im Heim anfallenden Pflegekosten, auch wenn sie nach BESA abgerechnet werden, sind somit nicht von der Krankenversicherung zu übernehmen.

Aus den Erwägungen:

(...)

5.4 Die Heilbehandlung kann sowohl in einer Heilanstalt als auch zu Hause durchgeführt werden (vgl. Art. 15 und 18 UVV). Die Hauspflege i. S. von Art. 18 UVV umfasst die Heilbehandlung und die medizinische Pflege, jedoch nicht die nicht-medizinische Pflege wie etwa die Hilfeleistungen an den Betroffenen bei den alltäglichen Lebensverrichtungen, z. B. die Führung des Haushalts. Unter Heilbehandlung und medizinischer Pflege zu Hause versteht das Unfallversicherungsrecht nicht bloss die während einer beschränkten Zeit dauernde Heilbehandlung, welche die Genesung des Versicherten zum Ziel hat. Die Unfallversicherung hat auch dann, wenn eine dauernde Pflege nötig und eine Heilung im Sinne einer vollen Rehabilitation nicht zu erwarten ist, die bei einer Hauspflege anfallenden Kosten zu übernehmen (vgl. Alexandra Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, UVG, 3. Aufl., Art. 10 UVG, S. 94). Nicht ausdrücklich geregelt ist, ob die Unfallversicherung auch die ausser Hause, d. h. bei einem Pflegeheimaufenthalt, anfallenden Kosten für eine dauernde notwendige medizinische Pflege zu übernehmen hat. Ob dies der Fall ist, kann vorerst dahin gestellt bleiben. Zu prüfen gilt es vorab grundsätzlich, ob die im Heim Kastanienbaum erbrachten Leistungen überhaupt eine Heilbehandlung bzw. medizinische Pflege im Sinne von Art. 18 UVV darstellen oder nicht.

(...)

5.6 Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass der Beschwerdeführer in den Kategorien Körperpflege (Aufforderung dazu und Kontrolle), zeitliche Orientierung (sinnvolle Tagesstruktur) und Gesundheits- und Behandlungspflege (Kontrolle der Einnahme der antiepileptischen Medikation) Leistungen beansprucht. Diese Leistungen können nicht als medizinische im Sinne von Art. 18 UVV gesehen werden, denn es handelt sich um die in diesem Artikel umschriebenen Hilfeleistungen an den Betroffenen bei alltäglichen Lebensverrichtungen, somit um nichtmedizinische Pflege. Die vom Beschwerdeführer beanspruchten Hilfeleistungen werden im Grunde bereits von der Hilflosenentschädigung gedeckt [Hilfe Dritter in verschiedenen Lebensverrichtungen, vgl. dazu Kreisschreiben über Invaliderität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH), Rz. 8010, 8014–8024; Art. 26 UVG i. V. mit Art. 42 IVG und Art. 37 IVV.] Die SUVA hat demnach von Gesetzes wegen für diese Pflegeleistungen nicht gesondert aufzukommen. Ob die Krankenversicherung hingegen dafür aufzukommen hat, was im Folgenden zu prüfen sein wird, ist für die SUVA irrelevant.

(...)

6.1 Da es sich – wie oben ausgeführt – bei den vorliegenden Pflegeleistungen nicht um eine Heilbehandlung im Sinne von Art. 10 UVG handelt, sind die Ausführungen der Parteien zu den Artikeln 64 Abs. 1 ATSG und 67 Abs. 2 ATSG irrelevant, geht es dort «lediglich» um Heilbehandlung in Heilanstalten, d. h. Spitälern, und nicht – wie vorliegend – um Pflege in einem Pflegeheim. Eine Berufung auf Art. 67 ATSG ist nur möglich, wenn ein Aufenthalt in einer Heilanstalt vorliegt. Insofern ist auch nicht näher auf den von den Parteien zitierten Entscheid des EVG (BGE 125 V 297) einzugehen (vgl. dazu Kieser, Kommentar zum ASTG, Art. 67 Rz. 7, 8 und 20).

6.2 Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG) regelt die soziale Krankenversicherung. Sie umfasst die obligatorische Krankenpflegeversicherung und eine freiwillige Taggeldversicherung (Art. 1a Abs. 1 KVG). Die soziale Krankenversicherung gewährt Leistungen bei Krankheit (lit. a), bei Unfall, soweit dafür keine Unfallversicherung aufkommt (lit. b), und bei Mutterschaft (lit. c) (Art. 1a Abs. 2 KVG).

(...)

6.2.2 Auf die Frage, ob die Beschwerdegegnerin grundsätzlich Leistungen bei einem Unfall gewährt, ist im Folgenden näher einzugehen bzw. ist Art. 1a Abs. 2 lit. b KVG (aArt. 1 Abs. 2 lit. b KVG) genauer zu betrachten. Der Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991 ist auf S. 48 zu entnehmen, dass die soziale Krankenversicherung nicht nur die Krankheit, sondern auch den Unfall und die Mutterschaft abdecke. Unfälle seien jedoch nur gedeckt, soweit sie nicht von einer obligatorischen oder privaten Unfallversicherung übernommen würden. In diesem Bereich sei die soziale Krankenversicherung subsidiär, das heisst sie könne zur Deckung von Kosten gezwungen sein, die nicht von einer Unfallversicherung getragen würden. Dieser subsidiären Unfallversicherung komme eine besondere Bedeutung zu für Kinder, für Hausfrauen, für Betagte und für Personen «zwischen zwei Anstellungen», die sehr häufig nicht gegen Unfall versichert seien (vgl. S. 29 Botschaft, a. a. O.).

6.2.3 Der schwere Motorradunfall, den der Beschwerdeführer am 18. Januar 1991 erlitten hat, ist von der obligatorischen Unfallversicherung, der SUVA, gedeckt. Die SUVA kam für sämtliche Heilbehandlungen auf und richtet dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 27. Oktober 1994 eine Integritätsentschädigung, eine Invalidenrente und eine Hilflosenentschädigung aus. Eine subsidiäre Leistungspflicht der Krankenversicherung greift somit im vorliegenden Fall nicht, da der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Unfalls obligatorisch bei der SUVA versichert war und sein Unfall, d. h. die daraus entstandenen Kosten, gedeckt sind.

6.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Heim Kastanienbaum anfallenden Pflegeleistungskosten, auch wenn diese nach BESA abgerechnet werden, von der Beschwerdegegnerin nicht zu übernehmen sind. Der Beschwerdeführer hat für diese Kosten selbst aufzukommen bzw. diese mit der von der Unfallversicherung ausgerichteten Hilflosenentschädigung zu begleichen. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und muss abgewiesen werden.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Juni 2007

S 2005/158

Art. 10 Abs. 1 UVG – Den obligatorischen Unfallversicherer trifft keine Leistungspflicht in Bezug auf eine nach einem Unfall durchgeführte Osteopathie-Behandlung.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG) hat der Versicherte Anspruch auf die zweckmässige Behandlung der Unfallfolgen, namentlich auf die ambulante Behandlung durch den Arzt, den Zahnarzt oder auf deren Anordnung durch eine medizinische Hilfsperson sowie im weitern durch den Chiropraktor (lit. a). Fraglich und vorliegend zu entscheiden ist, ob unter diese Leistungspflicht des obligatorischen Unfallversicherers auch eine Osteopathie-Behandlung fällt.

2.1 Während für das frühere KUVG der Grundsatz galt, dass die ärztliche Behandlung in diagnostischer wie in therapeutischer Hinsicht wissenschaftlich sein muss, und im übrigen auch bestimmt war, wer über die Frage der wissenschaftlichen Anerkennung entscheidet, enthalten UVG und UVV keine entsprechende Regelung mehr. Dennoch wird das Erfordernis der Wissenschaftlichkeit der ärztlichen Tätigkeit auch im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung als selbstverständlich vorausgesetzt. Gemäss Art. 10 Abs. 3 Satz 1 UVG könnte der Bundesrat die Leistungspflicht der Versicherung näher umschreiben und damit unter anderem auch festlegen, welche Vorkehren als wissenschaftlich anerkannt gelten und wer im Zweifelsfall hierüber zu entscheiden hätte. Von dieser Befugnis hat er bis heute jedoch keinen Gebrauch gemacht, dies weil den betreffenden Fragen in der Unfallversicherung aufgrund von Art. 48 Abs. 1 UVG nicht dieselbe Bedeutung zuzukommen scheint wie in der Krankenversicherung. Denn nach dieser Bestimmung kann der Versicherer die nötigen Anordnungen zur zweckmässigen Behandlung des Versicherten treffen. Er darf daher – aufgrund des in der obligatorischen Unfallversicherung geltenden Naturalleistungsprinzips – die diagnostischen und therapeutischen Massnahmen im Einzelfall festlegen und damit insbesondere auch über deren wissenschaftliche Anerkennung entscheiden. Dabei wird er sich freilich regelmässig an die Praxis der Krankenversicherung halten und gerade mit Blick auf die bei ihm liegende Verantwortlichkeit für allfällige Schädigungen durch die Heilbehandlung (Art. 6 Abs. 3 UVG) kaum Vorkehren zulassen, die dort als unwissenschaftlich oder als wissenschaftlich umstritten gelten (BGE 123 V 59 Erw. 2b/bb mit zahlreichen Hinweisen). Den im Bereich des Krankenversicherungsrechts gel-

tenden Regeln kommt nach dem Gesagten im hier interessierenden Zusammenhang auch für den Bereich der Unfallversicherung entsprechende Bedeutung zu.

2.2 Art. 32 Abs. 1 KVG setzt für eine Übernahme der Kosten bei sämtlichen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu erbringenden Leistungen (Art. 25 bis 31 KVG) voraus, dass diese wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein müssen (Satz 1). Die Wirksamkeit muss nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen werden (Satz 2), wobei sie – ebenso wie die Zweckmässigkeit und die Wirtschaftlichkeit der Leistungen – periodisch überprüft wird (Art. 32 Abs. 2 KVG). Nach Art. 33 Abs. 1 KVG kann der Bundesrat die von Ärzten und Ärztinnen erbrachten Leistungen bezeichnen, deren Kosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen übernommen werden. Gemäss Art. 33 Abs. 3 KVG bestimmt der Bundesrat, in welchem Umfang die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten einer neuen oder umstrittenen Leistung übernimmt, deren Wirksamkeit, Zweckmässigkeit oder Wirtschaftlichkeit sich noch in Abklärung befindet. Er setzt Kommissionen ein, die ihn bei der Bezeichnung der Leistungen beraten (Art. 33 Abs. 4 Satz 1 KVG), wobei er die Aufgaben nach den Abs. 1–3 von Art. 33 KVG dem Departement oder dem Bundesamt übertragen kann (Art. 33 Abs. 5 KVG). Nach Ausübung dieser Subdelegationskompetenz durch den Bundesrat (vgl. Art. 33 der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, KVV) hat das EDI im Rahmen der Verordnung über die Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV) unter anderem die in Art. 33 Abs. 1 und 3 KVG (bzw. Art. 33 lit. a und c KVV) angesprochenen Leistungen bezeichnet und die Voraussetzungen sowie den Umfang der Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung bestimmt (Art. 1 KLV in Verbindung mit Anhang 1). Nach dem in Erwägung 2.1 Gesagten kann davon ausgegangen werden, dass auch ein obligatorischer Unfallversicherer jedenfalls dann nicht zur entsprechenden Leistungserbringung verpflichtet ist, wenn die in Frage stehende Heilmethode nicht im erwähnten Anhang 1 zur KVV enthalten ist.

3. Bei der Osteopathie handelt es sich nun um eine Heilmethode, welche vom amerikanischen Arzt Andrew Taylor Still (1828–1912) entwickelt wurde. Während in den USA die Osteopathie zum Teil an den Universitäten gelehrt wird, wird die Osteopathie in der Schweiz erst seit einigen Jahren angeboten und gilt noch nicht als anerkannte Heilmethode. In der Osteopathie werden funktionelle Beschwerden behandelt, indem versucht wird, allein mit den Händen verspannte und blockierte Stellen im Körper zu lockern. Es liegt dabei die Ansicht zugrunde, dass die Strukturen des Körpers, also Knochen, Bänder und Muskeln, bedeutend wichtiger und ein-

flussreicher auf die Körperfunktionen seien, als dies in der Schulmedizin allgemein angenommen wird. Visuell und über die Berührung mit den Händen wird die Beweglichkeit von Wirbelsäule und Gelenken geprüft. Die Hand ertastet die Elastizität und Beweglichkeit des Gewebes und auch einzelner Organe. Die Therapie erfolgt mit verschiedenen Handgriffen und Techniken.

3.1 Im Anhang 1 zur KVV wird die Osteopathie unter der Rubrik Komplementärmedizin nicht erwähnt und sie wird dementsprechend auch von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach KVG nicht übernommen. Diverse Krankenkassen haben zwar die Osteopathie inzwischen in ihren Leistungskatalog aufgenommen, dies allerdings lediglich im Rahmen von Zusatzversicherungen nach VVG. Der Schweizer Verband für Osteopathie (SAOM, seit 1. Januar 2007 Schweizer Verband für Osteopathen, FSO-SVO) weist dementsprechend denn auch die Patienten auf seiner Homepage ([www.saom.ch](http://www.saom.ch)) ausdrücklich darauf hin, bezüglich einer Rückerstattung persönlich und vor der Behandlung mit der Krankenkasse Rücksprache zu halten. Wird die Osteopathie demnach aber von der obligatorischen Pflegeversicherung nach KVG nicht übernommen, so kann nach dem Gesagten auch für den Bereich der obligatorischen Unfallversicherung keine entsprechende Leistungspflicht statuiert werden. Auch das Eidgenössische Versicherungsgericht bezeichnet die Osteopathie als alternativmedizinische Massnahme, deren Wirksamkeit umstritten ist (Urteil des EVG vom 28. Juni 2005, U 376/04, Erw. 3.2.2), und es geht dementsprechend – worauf die Beschwerdegegnerin zutreffend hinweist – ohne weiteres davon aus, dass in Bezug auf Osteopathie-Behandlungen keine Leistungspflicht der obligatorischen Unfallversicherung besteht (Urteil des EVG vom 10. April 2006, U 398/04, Erw. 1).

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Januar 2007

S 2006/170

Nichtanwendbarkeit von Art. 44 ATSG bei versicherungsinternen Gutachten in Verfahren nach IVG und UVG; Zulässigkeit von Aktengutachten.

Aus den Erwägungen:

(...)

6.2 Nach Art. 44 ATSG ist der Versicherungsträger, der zur Abklärung des Sachverhalts ein Gutachten einer oder eines unabhängigen Sachverständigen einholen muss, verpflichtet, der Partei deren oder dessen Namen bekannt zu geben. Diese kann den Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und sie kann Gegenvorschläge machen. Zu beachten gilt, dass Art. 44 ATSG ausschliesslich auf die unabhängigen Gutachter Anwendung findet. Bei verwaltungsinternen Gutachtern – wie auch bei Vertrauensärzten – kommen die umschriebenen Mitwirkungsrechte indes praxisgemäss nicht zur Anwendung. Immerhin ergibt sich aus der Praxis, dass sowohl versicherungsinterne wie versicherungsexterne Gutachter an sich unabhängig sein müssen, so dass der Terminus «unabhängig» für die Unterscheidung zwischen versicherungsinternen und -externen Personen nicht massgebend ist. Verlangt ist allemal eine Unabhängigkeit im Sinne der Beachtung von Ausstandsgründen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Art. 44 Rz. 6 und 7 sowie dort zitierte Literatur und Praxis, insbesondere BGE 123 V 331 ff.).

6.3 Nach Lehre und Rechtsprechung ist ein Aktengutachten nicht an sich unzuverlässig. Entscheidend ist, ob schon genügend Unterlagen aufgrund anderer persönlicher Untersuchungen und Abklärungen vorliegen, diese Daten unbestritten sind und der Gutachter sich demgemäss aufgrund der vorhandenen Unterlagen ein vollständiges Bild über die Anamnese, den Krankheitsverlauf und die medizinische Situation im massgebenden Zeitpunkt verschaffen konnte. Ferner muss der Untersuchungsbefund lückenlos vorliegen, d. h. der Experte muss sich aufgrund der Unterlagen ein gesamthaft lückenloses Bild machen können (vgl. Fredenhagen, Das ärztliche Gutachten, 2. Auflage 1985, S. 68; RKUV 1988 Nr. U 56 S. 370 f. Erw. 5b; Urteile des EVG vom 31. Juli 2001 [U 122/00] Erw. 1c und vom 14. August 2001 [U 139/01] Erw. 2a, sowie vom 26. November 2003 [U 312/02] Erw. 2.3 und vom 22. Februar 2005 [U 189/04] Erw. 3.2.2).

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. September 2007

S 2005/219

§ 5 Abs. 1 und 2 KZG – Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Ob ein Beitragsumgehungstatbestand vorliegt, ist insbesondere in solchen Fällen zu prüfen, in welchen der Kinderzulagenbezüger in leitender Stellung einer Gesellschaft tätig ist und in dieser Eigenschaft selbst bestimmen kann, welchen Lohn er sich auszahlen will.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

A. ist Leiter der Zweigniederlassung der X. Ltd in Zug mit Einzelzeichnungsberechtigung. Im Jahr 2005 rechnete die X. Ltd für A. unter Angabe eines vollen Arbeitspensums mit der Ausgleichskasse einen Lohn von CHF 30'000.– ab. Mit Verfügung vom 30. März 2006 bzw. mit Einspracheentscheid vom 12. Mai 2006 setzte die Familienausgleichskasse des Kantons Zug den Kinderzulagenanspruch für das Jahr 2005 auf 49% der vollen Zulagen fest, was sie im Wesentlichen damit begründete, dass im Vergleich zum möglichen Einkommen als Leiter einer Zweigniederlassung nur ein unterdurchschnittlicher Lohn abgerechnet worden sei. Dagegen führt A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag auf Zusprechung der vollen Kinderzulagen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Einer näheren Überprüfung bedarf nun vorliegend insbesondere der Umstand, dass der Beschwerdeführer Leiter der Zweigniederlassung der X. Ltd, (...), in Zug ist und ihm gemäss Auszug aus dem Handelsregister Einzelzeichnungsberechtigung eingeräumt worden ist. Es stellt sich dabei einerseits die Frage, inwieweit der Beschwerdeführer selbst an der Arbeitgebergesellschaft beteiligt ist, andererseits aber namentlich auch, inwiefern er in seiner Eigenschaft als Leiter der Zweigniederlassung selbst bestimmen kann, welchen Lohn er sich auszahlen will. Dies bliebe nämlich einem normalen Arbeitnehmer verwehrt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich aus einer solchen Konstellation in der Tat ein Beitragsumgehungstatbestand ergeben, jedenfalls dann, wenn der Betreffende keine plausiblen und belegten Erklärungen in Bezug auf die Höhe des Lohnes abzugeben vermag. Es ist offensichtlich, dass die Festsetzung eines unverhältnismässig niedrigen Lohnes Auswirkungen auf die vom Arbeitgeber an die Ausgleichskasse zu leistenden Beiträge und den Unternehmensgewinn hat. So werden durch die Auszahlung eines tieferen Lohns auf der einen Seite die von der Lohnhöhe abhängigen Beiträge verringert (vgl. § 18 KZG) und auf der anderen Seite der Unternehmensgewinn gesteigert. Hiervon profitiert der Arbeitnehmer, welcher wirtschaftlich massgeb-

lich an der Arbeitgeberin beteiligt ist und zugleich Kinderzulagen bezieht, was unter bestimmten Umständen durchaus als stossend zu bezeichnen ist (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 11. August 2006, 2P.108/2006).

(...)

3.3 Indem die Familienausgleichskasse den Kinderzulagenanspruch vorliegend bereits mit dem allgemeinen Hinweis auf den ungewöhnlich tiefen Lohn des Beschwerdeführers gekürzt hat – was nach dem Gesagten indessen in dieser Weise als Begründung für eine Kürzung alleine noch nicht genügt –, hat sie die näheren Umstände des Zustandekommens des unterdurchschnittlichen Lohnes keiner näheren Abklärung unterzogen. So lässt sich den vorhandenen Unterlagen insbesondere nicht entnehmen, worin genau die Arbeit des Beschwerdeführers für die X. Ltd besteht, ob der Beschwerdeführer tatsächlich über die Höhe seines eigenen Lohnes selbst bestimmen kann, ob die Zweigniederlassung der X. Ltd in Zug neben dem Beschwerdeführer noch weitere Arbeitnehmer beschäftigt, welche allenfalls einen höheren Lohn als der Beschwerdeführer beziehen, und ob der vom Beschwerdeführer bezogene Lohn zumindest in einem vernünftigen Verhältnis steht zum wirtschaftlichen Wert seiner für die Arbeitgeberin geleisteten Arbeit. Aufgrund der Aktenlage lässt sich unter diesen Umständen aber nicht beurteilen, ob der Bezug der vollen Kinderzulagen als rechtsmissbräuchlich im Sinne einer Beitragsumgehung zu werten ist. Die Vornahme der fraglichen Abklärungen wird die Familienausgleichskasse daher nachzuholen haben, indem sie beispielsweise die Buchhaltungsabschlüsse der Zweigniederlassung der X. Ltd in Zug sowie weitere Erklärungen durch den Beschwerdeführer selbst oder allfälliger anderer massgeblicher Personen einzuholen haben wird. In diesem Rahmen wird insbesondere auch dem Vorbringen des Beschwerdeführers nachzugehen sein, dass er schliesslich durch die Organe der Arbeitslosenversicherung zur Annahme der Stelle bei der X. Ltd angehalten worden sei. Die Beschwerde ist demnach insofern gutzuheissen, als die Verfügung vom 30. März 2006 sowie der Einspracheentscheid vom 12. Mai 2006 aufzuheben sind und die Sache zur Vornahme der genannten Abklärungen und zum entsprechenden Neuentscheid im Sinne der Erwägungen an die Familienausgleichskasse zurückzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. April 2007

S 2006/78

§ 5 Abs. 1 und 2 KZG – Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Der Umstand, dass jemand einen unterdurchschnittlichen Lohn bezieht, genügt für sich alleine noch nicht, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu behandeln. In solchen Fällen muss bezogen auf die konkreten Umstände ein eigentlicher Beitragsumgehungstatbestand im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen, damit der Kinderzulagenanspruch gekürzt werden kann (Praxisänderung).

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss § 5 Abs. 1 KZG haben haupt- und nebenberufliche Arbeitnehmer mit einem Kind oder mehreren Kindern, deren nichtlandwirtschaftliche Arbeitgeber diesem Gesetz unterstellt sind, Anspruch auf Kinderzulagen für jeden vollen Arbeitsmonat. Die Kinderzulage beträgt gemäss § 10 Abs. 1 KZG für das erste und zweite zulagenberechtigte Kind je CHF 250.– pro Monat und für die folgenden zulagenberechtigten Kinder je CHF 300.– pro Monat. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer haben Anspruch auf eine der Arbeitszeit entsprechende Teilzulage (§ 5 Abs. 2 Satz 1 KZG). Bei regelmässiger Beschäftigung als Arbeitnehmer während des ganzen Monats sind die Kinderzulagen nach dem Monatssatz zu berechnen. Bei Teilzeitbeschäftigung werden die Ansätze entsprechend gekürzt (§ 3 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum KZG vom 28. März 1983, VVKZG; BGS 844.411). Ist die tatsächliche Arbeitszeit nicht oder nur schwer feststellbar, so wird sie in der Regel aufgrund der tatsächlichen Lohnsumme und eines angenommenen, angemessenen Taglohnes ermittelt (§ 3 Abs. 3 VVKZG).

2.1 Diese gesetzlichen Regelungen sehen dem Wortlaut nach eine Kürzung der Kinderzulagen nur für Fälle vor, in denen jemand nicht das ganze Jahr über einer Vollzeitbeschäftigung nachgeht bzw. diese nicht nachweisen kann (vgl. § 5 Abs. 2 KZG und § 3 Abs. 3 VVKZG). Ansonsten kommen Teilzulagen laut Gesetz bloss noch in Fällen vor, in denen mehrere Personen einen Anspruch auf Kinderzulagen für das gleiche Kind geltend machen können (sog. Anspruchskonkurrenz, vgl. dazu § 8 KZG). Es bedarf somit triftiger Gründe, um – nachweislich – vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern wegen eines unterdurchschnittlichen Lohnes Teilzulagen statt Vollzulagen auszurichten, sei es auf dem Wege der (ergänzenden) Gesetzesauslegung oder der Lückenfüllung. Dabei ist fraglich, ob der Umstand, dass sich die Familienausgleichskasse aus Beiträgen der Arbeitgeber finanziert, die 1,6% der gesamten

vom Arbeitgeber jeweils ausbezahlten Löhne ausmachen (vgl. § 18 KZG), für sich alleine genügt, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einem unterdurchschnittlichen Lohn entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu behandeln. Auch wenn nämlich in einigen Bereichen der Sozialversicherung die Höhe der Leistungen in Relation zur Höhe der geleisteten Beiträge steht, trifft das für die Kinderzulagen nach der Konzeption der gesetzlichen Regelung im Kanton Zug prinzipiell nicht zu. Der Betrag der Kinderzulagen ist vielmehr für alle vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ungeachtet der Höhe ihres Lohnes und der vom Arbeitgeber geleisteten Beiträge gleich. Entgegenzuwirken ist aber jedenfalls einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf das Kinderzulagengesetz, denn das Rechtsmissbrauchsverbot als Teilgehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben untersagt die zweckwidrige Berufung auf ein Rechtsinstitut zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will. Das Rechtsmissbrauchsverbot beansprucht auch im öffentlichen Recht ohne ausdrückliche Normierung allgemeine Geltung (Urteil des Bundesgerichts vom 11. August 2006, 2P.108/2006, mit Hinweisen). Wie in einem Fall rechtsmissbräuchlichen Verhaltens schliesslich vorzugehen ist, hat sich nach der Art des Umgehungstatbestandes zu richten. In Betracht fallen dabei eine Kürzung der Kinderzulagen in entsprechender Anwendung von § 5 Abs. 2 KZG, die Erhebung von Beiträgen an die Ausgleichskasse auf anderweitige Gewinnausschüttungen und dergleichen (vgl. BGE 113 V 96 Erw. 4c) oder die analoge Anwendung der Regelungen für Selbständige (§ 6 KZG).

2.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Organe der Sozialversicherungen ebenso wenig wie die Steuerbehörden verpflichtet, die zivilrechtliche Form, in der ein Sachverhalt erscheint, unter allen Umständen als verbindlich anzusehen. Dies gilt namentlich dann, wenn eine Beitragsumgehung vorliegt. Eine Beitragsumgehung ist in Analogie zu den in der steuerrechtlichen Praxis und Doktrin entwickelten Kriterien anzunehmen, wenn

- die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint,
- anzunehmen ist, dass diese Wahl missbräuchlich und lediglich deshalb getroffen worden ist, um Beiträge einzusparen, welche bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären,
- und das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Beitragsersparnis führen würde.

Sind diese drei Voraussetzungen erfüllt, so ist zu entscheiden, wie wenn die Umgehungshandlung nicht stattgefunden hätte, und der Beitragspflicht ist die Ordnung zugrunde zu legen, die sachgemäss dem vom Beitragspflichtigen erstrebten wirtschaftlichen Zweck entsprochen hätte (BGE 113 V 94 Erw. 4b mit Hinweisen).

3. Die Familienausgleichskasse hält dem Beschwerdeführer in ihrer Argumentation vorab zumindest unterschwellig vor, er habe die GmbH im Jahr 2001 allenfalls auch deshalb gegründet, um u. a. den in einem Verfahren des Jahres 2000 streitgegenständlichen Anspruchsgrenzen für Selbständigerwerbende zu entgehen. Damit macht die Familienausgleichskasse sinngemäss die Rechtsmissbräuchlichkeit der vom Beschwerdeführer gewählten Rechtsform als solche geltend.

Übt jemand eine Erwerbstätigkeit als Angestellter der von ihm beherrschten und nach ihm benannten Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung aus, so entspricht dies nach der Rechtsprechung einer allgemein üblichen rechtlichen Ausgestaltung der eigenen Tätigkeit, welche weder als ungewöhnlich, sachwidrig noch als absonderlich zu bezeichnen ist, denn eine Einzelperson kann sich dieser Rechtsformen insbesondere auch für ihre Haftungsbeschränkung bedienen, welche grundsätzlich auch zugunsten des Alleineigentümers gilt (BGE 113 V 95 Erw. 4c mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 11. August 2006, 2P.108/2006). Auch wenn also vorliegend der Beschwerdeführer die Rechtsform der GmbH im Jahr 2001 vor allem deshalb gewählt haben mag, weil seine jährlichen Einkünfte als bisher Selbständigerwerbender in Zukunft die Anspruchsgrenze überschreiten könnten und er dadurch nicht mehr in den Genuss der Kinderzulagen käme, so ist darin jedenfalls kein Umgehungstatbestand bzw. rechtsmissbräuchliches Verhalten zu sehen. Die rechtliche Selbständigkeit der X. GmbH ist daher vorliegend in jedem Fall zu respektieren und der Beschwerdeführer als Unselbständigerwerbender zu behandeln. Die Familienausgleichskasse ist denn auch tatsächlich so verfahren, ansonsten sie dem Beschwerdeführer bei einem Einkommen von jedenfalls mehr als CHF 41'500.– einen Kinderzulagenanspruch wegen Überschreitens der Anspruchsgrenze nach § 6 KZG ganz hätte verweigern müssen.

4. Einer näheren Überprüfung bedarf indessen insbesondere der Umstand, dass der Beschwerdeführer geschäftsführender Gesellschafter und zusammen mit seiner Ehefrau wirtschaftlicher Eigentümer der Gesellschaft ist und in dieser Eigenschaft selbst bestimmen kann, welchen Lohn er sich auszahlen will. Dies bleibt einem normalen Arbeitnehmer verwehrt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich aus einer solchen Konstellation in der Tat ein Beitragsumgehungstatbestand ergeben, jedenfalls dann, wenn der Betreffende keine plausiblen

und belegten Erklärungen in Bezug auf die Höhe des Lohnes abzugeben vermag. Es ist offensichtlich, dass die Festsetzung eines unverhältnismässig niedrigen Lohnes Auswirkungen auf die vom Arbeitgeber an die Ausgleichskasse zu leistenden Beiträge und den Unternehmensgewinn hat. So werden durch die Auszahlung eines tieferen Lohns auf der einen Seite die von der Lohnhöhe abhängigen Beiträge verringert (vgl. § 18 KZG) und auf der anderen Seite der Unternehmensgewinn gesteigert. Hiervon profitiert der Arbeitnehmer, welcher wirtschaftlicher Eigentümer der Arbeitgeberin ist und Kinderzulagen bezieht, was unter bestimmten Umständen durchaus als stossend zu bezeichnen ist (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 11. August 2006, 2P.108/2006).

4.1 Im vorliegenden Fall hat die Familienausgleichskasse den Kinderzulagenanspruch im Wesentlichen mit der Begründung gekürzt, Kinderzulagen könnten generell nur in dem Ausmass ausgerichtet werden, wie der Arbeitnehmende einen marktüblichen Lohn erzielt habe, da es stossend wäre, wenn derjenige, für welchen verhältnismässig tiefe Beiträge unter Angabe einer 100%-Beschäftigung abgerechnet würden, die vollen Kinderzulagen beziehen könnte. Die Familienausgleichskasse ist der Ansicht, dass bei einem nicht marktüblichen Lohn in jedem Fall eine Teilzeitarbeit zu fingieren sei, womit die Kürzungsbestimmung von § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG Anwendung finde. Dabei spiele es keine Rolle, ob der Beschwerdeführer effektiv vollzeitlich gearbeitet habe oder nicht. Konkret führte die Familienausgleichskasse aus, der Lohn von CHF 42'000.– pro Jahr, den sich der Beschwerdeführer selbst auszahle, liege unverhältnismässig tief unter den marktüblichen Löhnen. Die Funktion eines Geschäftsführers einer GmbH entspreche einem Anforderungsniveau 1 und 2 gemäss den Lohntabellen der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE), wobei – gehe man zugunsten des Beschwerdeführers von einem Wert von zwei Dritteln der entsprechenden Durchschnittslöhne aus – mit einem Einkommen von mindestens CHF 61'200.– zu rechnen sei. Soweit also der Lohn des Beschwerdeführers dieses Vergleichseinkommen unterschreite, müsse von einer entsprechenden – fingierten – Teilzeitarbeit ausgegangen werden, weshalb die Kinderzulagen in Anwendung von § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu kürzen seien.

4.2 Wie in Erwägung 2 dargelegt, ist nach der Konzeption der gesetzlichen Regelung im Kanton Zug der Betrag der Kinderzulagen grundsätzlich für alle vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ungeachtet der Höhe des Lohnes und der vom Arbeitgeber geleisteten Beiträge gleich hoch. Der Umstand, dass jemand einen unterdurchschnittlichen Lohn bezieht, genügt daher für sich alleine noch nicht, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 zu behandeln. Der Hinweis der Familienausgleichskasse

darauf, dass auch das Verwaltungsgericht dieses Vorgehen bisher in ständiger Rechtsprechung geschützt habe, vermag daran nichts zu ändern, da diese Praxis inzwischen vom Bundesgericht im bereits mehrfach erwähnten Urteil vom 11. August 2006 (2P.108/2006) einer kritischen Überprüfung unterzogen und insofern präzisiert worden ist, als in solchen Fällen bezogen auf die konkreten Umstände ein eigentlicher Beitragsumgehungstatbestand im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen muss, damit der Kinderzulagenanspruch gekürzt werden kann. Einen solchen Umgehungstatbestand hat das Bundesgericht in jenem Fall angenommen, weil dort der geschäftsführende Gesellschafter nicht zu erklären vermochte, weshalb einem anderen Mitarbeiter seiner Gesellschaft ein bedeutend höherer Lohn ausbezahlt wurde als ihm selbst. Eine Beitragsumgehung liesse sich aber beispielsweise auch dann annehmen, wenn sich der wirtschaftlich an seiner Arbeitgebergesellschaft Berechtigte einen unverhältnismässig tiefen Lohn ausrichtet, obwohl er mit seiner effektiv geleisteten Arbeit ein Vielfaches dieses Lohnes zugunsten der Gesellschaft erwirtschaftet. Die Absicht der Beitragsumgehung wäre in einem solchen Fall offenkundig. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten wurde sodann vom Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich in einem Urteil vom 15. Juni 2004 (KA.2002.00026) angenommen, in welchem eine ausgebildete Juristin als Leiterin des Rechtsdienstes einer religiösen Vereinigung lediglich ein als symbolisch zu bezeichnendes Jahressalär von zwischen CHF 13'000.– und CHF 21'000.– bezogen hatte und dementsprechend davon auszugehen war, dass der Dienst in dieser Vereinigung überwiegend aus unentgeltlicher Freiwilligenarbeit bestanden hat. In jenem Fall hat das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich jedoch nicht nur eine entsprechende Herabsetzung des Kinderzulagenanspruchs, sondern sogar ein gänzliches Verweigern der Kinderzulagen durch die Familienausgleichskasse unter der Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung der Kinderzulagen als solche geschützt.

4.3 Der Fall des Beschwerdeführers präsentiert sich nun aber nicht solcherart. Zwar zahlt er als Geschäftsführer, einziger Angestellter und zusammen mit seiner Ehefrau wirtschaftlich Berechtigter der X. GmbH sich selbst einen zugestandenermassen relativ tiefen Lohn von lediglich CHF 42'000.– pro Jahr aus, während er nach seinen Angaben immerhin in einem Pensum von ca. 50 Stunden pro Woche arbeitet. Zu berücksichtigen ist aber, dass er glaubhaft darzulegen vermag, dass er mit seiner Tätigkeit als Autor/Schriftsteller – zu einem Anteil von ca. 15% seines gesamten Pensums führt er zudem journalistische Arbeiten aus – realistischerweise nicht mit einem höheren Einkommen rechnen könne und dies als marktüblicher Lohn für einen Zuger Schriftsteller zu betrachten sei. Die Einnahmen seiner Gesellschaft bestehen dementsprechend nach seinen Angaben hauptsächlich aus Tanti-

emen für Bücher, fremdsprachige Übersetzungen der Bücher, Hörspiele etc. und Honorare für Lesungen. Soweit der Beschwerdeführer nun für diese Tätigkeit zumindest seit dem Jahr 2003 ein Jahresgehalt von jeweils lediglich CHF 42'000.– bezieht, ist zu berücksichtigen, dass sich aus den eingereichten Buchhaltungsabschlüssen der X. GmbH zwar für das Jahr 2004 ein Gewinn von CHF 5'291.75 und für das vorliegend zu beurteilende Jahr 2005 ein Gewinn von immerhin CHF 17'339.88 ergibt. Vor dem Hintergrund aber, dass nebst Verlusten aus den Vorjahren auch für das Jahr 2003 noch ein Geschäftsverlust von CHF 9'866.15 resultiert hatte und die Gesellschaft bei einem Stammkapital von CHF 20'000.– im Jahr 2003 lediglich noch über ein Eigenkapital von CHF 3'318.55 verfügte, welches sich dank der vorerst geringen Gewinne im Jahr 2004 zwar wieder auf CHF 8'609.75 und im Jahr 2005 immerhin auf CHF 25'949.63 erhöhte, entsprach der an sich selbst ausbezahlte Lohn auch im Jahr 2005 noch immer mehr oder weniger der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit seiner Gesellschaft und damit offensichtlich auch dem Marktwert seiner geleisteten Arbeit. Auch wenn sich die Erfolgsrechnung im hier zu beurteilenden Jahr schliesslich doch in eine positivere Gewinnzone hinbewegte, kann der Bezug eines Lohnes von CHF 42'000.– jedenfalls noch immer nicht als rechtsmissbräuchlich tief bezeichnet werden, zumal diese Entwicklung auch erst gegen Ende des Jahres 2005 absehbar war und der weitere Verlauf des Geschäftsganges durchaus ungewiss bleibt. Es ist dabei im Übrigen auch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer seinen Lohn keineswegs nur in seiner Funktion als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer einer GmbH bezieht, wie dies die Familienausgleichskasse geltend macht, sondern vielmehr auch – und gemessen an seinem zeitlichen Arbeitsaufwand wohl sogar in erster Linie – für seine Arbeit als angestellter Autor/Schriftsteller und Journalist. Wie viel der Beschwerdeführer als angestellter Schriftsteller beispielsweise bei einem namhaften Verlagshaus verdienen könnte, braucht dabei – nachdem die Tatsache eines unterdurchschnittlichen Lohnes für sich alleine für eine Leistungskürzung nicht ausreicht – nicht geprüft zu werden. Indem sein Lohn jedenfalls bezogen auf das Jahr 2005 noch immer in einem vernünftigen Verhältnis zu dem von seiner Gesellschaft basierend auf seiner tatsächlich geleisteten Arbeit erwirtschafteten Ertrag steht, unterscheidet sich dieser Sachverhalt wesentlich von den in der zitierten Rechtsprechung beurteilten Fällen, in welchen ein Umgehungstatbestand bzw. ein rechtsmissbräuchliches Verhalten bejaht wurde. Die Abrechnung eines Lohnes von CHF 42'000.– kann unter diesen Umständen nicht als rechtsmissbräuchlich im Sinne einer Beitragsumgehung bezeichnet werden.

5. Ist somit zusammenfassend festzuhalten, dass der abgerechnete Lohn offensichtlich dem wirtschaftlichen Wert der vom Beschwerdeführer geleisteten Arbeit

mehr oder weniger entspricht, ist ihm ein Beitragsumgehungstatbestand nicht vorzuwerfen und eine Kürzung des Kinderzulagenanspruchs unter fiktiver Annahme einer Teilzeiterwerbstätigkeit gemäss § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG – dass der Beschwerdeführer tatsächlich eine Vollzeiterwerbstätigkeit ausübt, wird von der Familienzulagenkasse schliesslich ausdrücklich zugestanden – fällt damit vorliegend nicht in Betracht. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und dem Beschwerdeführer sind für das Jahr 2005 die vollen Kinderzulagen auszurichten.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. April 2007

S 2006/23

Art. 3 der Verordnung Nr. 1408/71 (EWG; vom 14. Juni 1971); Art. 6 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 IVG; Art. 11 Abs. 2 des Abkommens vom 27. Mai 1970 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande über Soziale Sicherheit. Weil schweizerische Staatsangehörige in der Lage des Beschwerdeführers Anspruch auf Hilflosenentschädigung und einen Intensivpflegezuschlag haben, muss dasselbe auch für den niederländischen Beschwerdeführer gelten, auch wenn er die für ausländische Staatsangehörige geltenden gesetzlichen Vorschriften nicht erfüllt.

Aus den Erwägungen:

(...)

6. Am 1. Juni 2002 ist das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen; FZA; SR 0.142.112.681) in Kraft getreten.

Die Vertragsparteien wenden gestützt auf Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhang II («Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit») des FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs untereinander insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Fa-

milienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71), und die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung Nr. 1408/71 an (vgl. Urteil vom 17. Februar 2006, H 289/03, Erw. 4.1 und 4.2).

(...)

7.3 Der Beschwerdeführer erfüllt unbestrittenermassen weder die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 IVG noch diejenigen gemäss Art. 11 Abs. 2 des Abkommens vom 27. Mai 1970 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande über Soziale Sicherheit. Zu prüfen ist deshalb, ob die Verordnung Nr. 1408/71 auf den Beschwerdeführer anwendbar ist bzw. ob der Beschwerdeführer seinen Anspruch auf Hilflosenentschädigung und Intensivpflegezuschlag bzw. bis 31. Dezember 2003 auf Hauspflege und Pflegebeiträge aus dem Freizügigkeitsabkommen bzw. dessen Verordnung Nr. 1408/71 ableiten kann.

8.1 Vorliegend ist die zeitliche Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1408/71 zu bejahen, erging doch die Verfügung der IV-Stelle betreffend Anspruch auf Hilflosenentschädigung und Intensivpflegezuschlag am 28. Juli 2004 bzw. der Einspracheentscheid am 25. Juli 2006.

8.2 Zum persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 gilt Folgendes: Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 19. April 2007 (I 816/06; vom Beschwerdeführer nach Abschluss der Schriftenwechsels eingereicht) auf die neuste Rechtsprechung des EuGH verwiesen (Urteil «Hosse»; in SZS 2007 S. 78 ff., 81 f.) und festgestellt, dass auch ein Familienangehöriger eines niederländischen Erwerbstätigen in der Schweiz in Bezug auf die Leistungen bei Geburtsgebrechen ungeachtet der Unterscheidung zwischen eigenen und abgeleiteten Ansprüchen in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 falle und sich damit grundsätzlich auf das Verbot einer nach Staatsangehörigkeit unterschiedlichen Behandlung berufen könne (Art. 3 der Verordnung Nr. 1408/71; vgl. I 816/06, Erw. 5.5). Auch in der Lehre wird der persönliche Anwendungsbereich für Leistungen der IV, namentlich Eingliederungsmassnahmen, bejaht (vgl. Bettina Kahil-Wolff in SZS 2007, S. 78 ff., 81 f.). Bettina Kahil-Wolff ist der Ansicht, dass für die Zukunft keine Zweifel mehr an der Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 1408/71 *ratio personae* bestehen dürften.

Gestützt auf diese neuste Rechtsprechung kann sich somit der Beschwerdeführer als Kind (Familienangehöriger) eines in der Schweiz tätigen niederländischen

Arbeitnehmers persönlich – was auch die Beschwerdegegnerin vernehmlassend am 3. Juli 2007 feststellte – auf die Verordnung Nr. 1408/71 berufen.

8.3 Voraussetzung für die Anwendung von Art. 3 der Verordnung Nr. 1408/71 ist gemäss Bundesgericht (vgl. Erw. 5.6 des Entscheids vom 19. April 2007, I 816/06) zudem, dass die fragliche Leistung in den sachlichen Geltungsbereich gemäss deren Art. 4 fällt.

Dieser Punkt war zwischen den Parteien am 3. Juli 2007 noch streitig und ist im Folgenden zu prüfen.

8.3.1 Im zitierten Entscheid ging es um medizinische Massnahmen zur Behandlung eines Geburtsgebrechens, welche vom Bundesgericht als Leistungen bei Krankheit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 qualifiziert wurden. Gemäss Bundesgericht seien die Voraussetzungen des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs der Verordnung Nr. 1408/71 gegeben, weshalb gemäss Art. 3 dieser Verordnung eine auf die Staatsangehörigkeit abstellende Ungleichbehandlung unzulässig sei. Weil schweizerische Staatsangehörige in der Lage des dortigen Beschwerdegegners Anspruch auf medizinische Massnahmen bei Geburtsgebrecen hätten, müsse dasselbe auch für den niederländischen Beschwerdegegner gelten, auch wenn er die für ausländische Staatsangehörige geltenden gesetzlichen Vorschriften nicht erfülle.

8.3.2 Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht vorbrachte, stellt sich trotz neuem Entscheid vom 19. April 2007 die Frage, ob es sich bei der schweizerischen Hilflosenentschädigung (und dem akzessorischen Intensivpflegezuschlag) der Invalidenversicherung ebenfalls um Leistungen der sozialen Sicherheit, genauer um Leistungen bei Krankheit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 handelt.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) befasste sich in den Urteilen H 289/03 und I 667/05 mit dieser Frage. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beziehen sich die Hilflosenentschädigung (und damit auch der akzessorische Intensivpflegezuschlag) der Invalidenversicherung (Art. 42 IVG und Art. 39 IVV) als auch jene der Alters- und Hinterlassenenversicherung (Art. 43<sup>bis</sup> AHVG) auf das Risiko der Krankheit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a der Verordnung Nr. 1408/71 und stellen in den sachlichen Anwendungsbereich dieser Verordnung fallende Leistungen der sozialen Sicherheit dar (vgl. dazu SZS 2007, S. 438, Aufsatz von Silvia Bucher).

Dieser geltenden Rechtsprechung folgend sind in casu die Voraussetzungen des sachlichen Geltungsbereichs der Verordnung Nr. 1408/71 ebenfalls gegeben, weshalb sich der Beschwerdeführer auf Art. 3 dieser Verordnung, d. h. auf das Verbot der Ungleichbehandlung, berufen kann. Weil schweizerische Staatsangehörige in der Lage des Beschwerdeführers Anspruch auf Hilflosenentschädigung und einen Intensivpflegezuschlag haben, muss somit dasselbe auch für den niederländischen Beschwerdeführer gelten, auch wenn er die für ausländische Staatsangehörige geltenden gesetzlichen Vorschriften nicht erfüllt.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. November 2007

S 2006/122

## II. Zivilrecht

### 1. Familienrecht

Art. 123 Abs. 2 und Art. 124 ZGB – Gründe und Voraussetzungen für die Verweigerung der Teilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge bei der Ehescheidung bzw. für die Verweigerung der Zusprechung einer Entschädigung bei bereits eingetretenem Vorsorgefall. Es ist nicht offensichtlich unbillig im Sinne von Art. 123 Abs. 2 ZGB, einen Ehegatten, dessen Renteneinkommen nicht zur Deckung seines Lebensbedarfes ausreicht, zur Leistung einer Entschädigung nach Art. 124 Abs. 1 ZGB an den anderen Ehegatten aus seinem noch vorhandenen Vermögen zu verpflichten, selbst wenn voraussehbar ist, dass er infolgedessen durch den schnelleren Verbrauch seines Vermögens in Zukunft früher auf staatliche Unterstützung angewiesen sein wird.

Aus den Erwägungen:

5. Währenddem die Klägerin einer Erwerbstätigkeit nachgeht, ist beim Beklagten bereits seit geraumer Zeit der Vorsorgefall eingetreten, in dem er zuerst eine Invalidenrente der Invalidenversicherung sowie seiner Pensionskasse bezog und nunmehr nach Erreichen des ordentlichen AHV-Alters eine Altersrente erhält. Unter diesen Umständen ist die in Art. 122 ZGB vorgesehene hälftige Teilung der während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen der Pensionskassen nicht möglich. Art. 124 ZGB bestimmt, dass in diesem Falle anstelle der hälftigen Teilung der Austrittsleistungen eine angemessene Entschädigung geschuldet ist.

5.1 Die Klägerin bringt vor, der Beklagte verfüge bei seiner Pensionskasse über ein Sparkapital von CHF 231'539.85, sie selbst per 31. Dezember 2007 hingegen bloss über CHF 143'187.–. Das ausgewiesene Sparkapital des Beklagten könne dabei als massgeblicher Wert, wenn es um die Festlegung einer angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB gehe, herangezogen werden. Ihre angemessene Entschädigung betrage daher rund CHF 45'000.–. Da der Beklagte gemäss seiner Steuererklärung per 31. Dezember 2006 über Barmittel von CHF 28'456.– verfügte und noch einen Anspruch aus dem Verkauf der Liegenschaft in Italien habe, sei er ohne Weiteres im Stande, eine Entschädigung zu leisten. Sie habe daher Anspruch auf diese Entschädigung, zumal sie nach Erreichen des AHV-Alters über weniger Einkommen verfügen werde als der Beklagte.

Der Beklagte macht geltend, dass er als invalider und geschiedener AHV-Bezüger nicht über ausreichend Einkommen verfüge, um seine monatlichen Lebenskosten zu decken. Er habe bislang nur überleben können, weil sein Aufenthalt im Wohn- und Werkhaus X. von der Gemeinde Y. subventioniert werde. Würde er zur Bezahlung einer Entschädigung aus seinem Vermögen – insbesondere nach der Liquidierung der Liegenschaft in Italien – an die Klägerin verpflichtet, führte dies dazu, dass er auch in Zukunft von der Sozialhilfe unterstützt werden müsste. Die Entschädigung an die Klägerin würde damit letzten Endes der Staat bezahlen. Seine individuelle Situation gestatte daher die Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung nach Art. 124 ZGB nicht.

5.2 Der Vorsorgeausgleich gemäss Art. 122 ZGB bzw. die Pflicht zur Leistung einer Entschädigung bei Eintritt eines Vorsorgefalles gemäss Art. 124 ZGB ist ein selbständiges Rechtsinstitut. Art. 124 ZGB hält in seinem Wortlaut fest, dass grundsätzlich auch bei Eintritt eines Vorsorgefalles nicht auf eine Bereinigung der während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen der Altersvorsorge verzichtet werden kann, sondern die Leistung einer Entschädigung die Regel ist. Dennoch ist in Anwendung von Art. 123 ZGB ein Ausschluss möglich, wenn Umstände vorliegen, die dies rechtfertigen (Baumann/Lauterburg, in: Schwenzer, FamKommentar Scheidung, Bern 2005, N 51 f. zu Art. 124 ZGB). Eine Entschädigung kann verweigert werden, wenn sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre oder sich als rechtsmissbräuchlich erweise (Art. 123 Abs. 2 ZGB; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juni 2007, 5C.224/2006). Das Gesetz erlaubt es dem Gericht daher in Art. 123 Abs. 2 ZGB, ein offensichtlich, d. h. in höchstem Masse unbilliges Ergebnis ausnahmsweise aufgrund qualifizierter Billigkeitserwägungen zu korrigieren (Baumann/Lauterburg, FamKommentar, a. a. O., N 47 zu Art. 123 ZGB). Eine reine Billigkeitsrechtsprechung ist hingegen ausgeschlossen (Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juni 2007, 5C.224/2006, Erwägung 4.6 in fine). Abzulehnen ist die Leistung einer Entschädigung daher nur, wenn sie offensichtlich stossend, absolut ungerecht oder völlig unhaltbar erscheint (Baumann/Lauterburg, FamKommentar, a. a. O., N 9 zu Art. 123 ZGB; OGer SO, SJZ 2002, 50, 51).

Im vorliegenden Fall macht der Beklagte lediglich geltend, eine Entschädigung wäre aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung unbillig. Rechtsmissbrauch oder Unbilligkeit aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung macht er zu Recht nicht geltend, liegen solche Verhältnisse doch offensichtlich nicht vor. Der Beklagte bringt vielmehr vor, er müsse aufgrund seines niedrigen Renteneinkommens und des kostspieligen Aufenthalts im Werk- und

Wohnhaus X. bereits jetzt vom Sozialdienst seiner Wohnsitzgemeinde finanziell unterstützt werden. Im Falle eines Verkaufs der Liegenschaft in Italien könne er den Fehlbetrag eine Zeit lang aus seinem Vermögen decken. Bei einer Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung an die Klägerin ergebe sich diese Möglichkeit jedoch nicht, weshalb wiederum der Staat für ihn aufkommen müsste. Die Behauptung des Beklagten, wonach er als invalider geschiedener AHV-Bezüger einen monatlichen Fehlbetrag von ca. CHF 1'000.– habe und die Sozialhilfe bisher dafür aufkommen sei, ist aufgrund der ins Recht gelegten Belege zutreffend. Mit seinem derzeit liquiden Vermögen sowie dem Erlös aus dem Verkauf der Liegenschaft der Parteien in Italien könnte der Beklagte diesen Fehlbetrag auch eine gewisse Zeit, kaum aber mehr als 2 – 3 Jahre decken. Sollte der Klägerin eine Entschädigung zugesprochen werden, würde sich sein Vermögen weiter verringern und nur noch kurze Zeit zur Deckung des monatlichen Fehlbetrages reichen. Nach Verbrauch seines Vermögens müsste der monatliche Fehlbetrag des Beklagten durch staatliche Unterstützung übernommen werden. Dem Beklagten ist daher insoweit zuzustimmen, als er bei der Verpflichtung zur Bezahlung einer Entschädigung früher durch Ergänzungsleistungen oder gar durch die Sozialhilfe unterstützt werden müsste. Die Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung an die Klägerin würde damit zwangsläufig zu einer längeren Unterstützungspflicht durch den Staat führen. Auf der anderen Seite muss auch die finanzielle Situation der Klägerin betrachtet werden. Sie wird nach Erreichen des Pensionsalters noch weniger Renteneinkommen zur Verfügung haben als der Beklagte. Eine finanzielle Entschädigung nach Art. 124 ZGB trüge daher wesentlich zu ihrer finanziellen Absicherung nach der Pensionierung und zur Vermeidung einer staatlichen Unterstützungspflicht ihrerseits bei.

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Beklagte selbst im Falle der Verpflichtung zur Ausrichtung einer Entschädigung nach Art. 124 ZGB keine wesentlichen finanziellen Nachteile erleiden würde. Sein Lebensbedarf wäre jederzeit entweder aus eigenen Mitteln oder aber durch staatliche Unterstützung gedeckt. Er wäre auch nur in unwesentlich höherem Ausmasse, d. h. während einer nur wenig längeren Zeitspanne, auf staatliche Unterstützung angewiesen, da er sein Vermögen in jedem Falle innert kurzer Zeit aufbrauchen würde. Für die Klägerin, welche nach ihrer Pensionierung ebenfalls in einer finanziell dürftigen Lage sein wird, würde eine Entschädigung nach Art. 124 ZGB hingegen einen deutlichen Unterschied machen. Eine Abwägung der Interessen der Klägerin und des Beklagten zeigt daher ein deutliches Überwiegen derjenigen der Klägerin an. Die Tatsache, dass der Beklagte bei einer Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung vermehrt auf staatliche Unterstützung angewiesen sein wird, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Der Beklagte übersieht mit seiner Argumentation näm-

lich, dass der Vorsorgeausgleich gemäss Art. 124 ZGB zwingendes Recht, voraussetzungslos geschuldet und damit nicht von der Leistungsfähigkeit des verpflichteten Ehegatten abhängig ist (Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Land vom 29. Oktober 2003, 2/2003/BND, mit Anmerkungen von Lauterburg/Baumann, FamPra.ch 2/2004 Nr. 42, S. 398 ff.; Baumann/Lauterburg, Darf's ein bisschen weniger sein?, FamPra.ch 2/2000 S. 191 ff.). Sofern die Zusprechung einer Entschädigung an die Klägerin in Zukunft eine vermehrte staatliche Unterstützungspflicht für den Beklagten mit sich ziehen wird, muss dieser Umstand akzeptiert werden und darf sich nicht zuungunsten der Klägerin auswirken (a.M. Urteil des Kreisgerichts X Thun vom 31. Oktober 2005, FamPra.ch 3/2006 Nr. 86 S. 714 ff.). Wohl mag argumentiert werden, dass privatrechtliche Ansprüche der Klägerin nicht durch öffentlich-rechtliche Unterstützungsleistungen zu finanzieren seien, doch liegt dieser Fall hier nicht vor. Der Beklagte verfügt derzeit über ausreichend eigenes Vermögen, um eine Entschädigung an die Klägerin auszurichten. Eine direkte Finanzierung der Entschädigung durch das Gemeinwesen erfolgt damit nicht. Es ist lediglich absehbar, dass dies zu einem früheren vollständigen Vermögensverzehr durch den Beklagten führen und dann eine Unterstützungspflicht durch das Gemeinwesen zur Folge haben wird. Der Klägerin gestützt auf eine derartige Überlegung eine Entschädigung nach Art. 124 ZGB zu verweigern, würde de facto darauf hinauslaufen, ihr zur zukünftigen Schonung öffentlicher Finanzen einen privatrechtlichen Anspruch abzuerkennen.

Kantonsgericht Zug, 10. Oktober 2007

## 2. Obligationenrecht

§ 30 Abs. 1 ZPO – Eine zur blossen Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung hat einen gesetzlich unerlaubten Inhalt und ist daher gemäss Art. 20 OR nichtig.

Aus dem Sachverhalt:

Die X. AG (nachfolgend «Klägerin») bezweckt gemäss Eintrag im Handelsregister insbesondere das Inkasso von Forderungen. Beim Kantonsgericht Zug reichte die Klägerin gegen den Beklagten Klage auf Bezahlung von CHF 17'480.– nebst Akzesorien ein. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, sie sei durch die Forderungsabtretung der Y. AG aktivlegitimiert, den vorliegenden Prozess zu führen und trete damit automatisch in das Rechtsverhältnis zwischen der Y. AG und dem Beklagten ein.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beklagte bestreitet in erster Linie die Gültigkeit der von der Klägerin ins Recht gelegten «Zession». Die Abtretung der Forderung von der Y. AG an die Klägerin sei offensichtlich zur Umgehung der kantonalrechtlichen Vorschriften über den Anwaltsberuf erfolgt, was nicht zulässig sei. In einem ordentlichen Prozessverfahren vor den zuständigen Gerichten des Kantons Zug seien gemäss § 30 Abs. 1 ZPO nur vom Obergericht des Kantons Zug zur Ausübung des Anwaltsberufes zugelassene Rechtsanwälte zur Prozessführung berechtigt. Die Klägerin führt demgegenüber an, die Abtretung der Forderung sei auf Grund eines Forderungskaufs der Klägerin erfolgt und von den Verantwortlichen der Y. AG unterzeichnet worden.

(...)

3. Gemäss § 30 Abs. 1 ZPO kann eine Partei, soweit das Gesetz es nicht ausdrücklich ausschliesst, die Prozessführung oder Verbeiständung im Prozess dem Ehegatten, einem Verwandten der auf- oder absteigenden Linie, Geschwistern oder einem vom Obergericht zur Ausübung des Anwaltsberufes zugelassenen Rechtsanwalt übertragen. Das Bundesgericht hat wiederholt die Nichtigkeit der Abtretung einer streitigen Forderung an eine Person ohne Anwaltspatent bestätigt, da der Umweg über eine Forderungsabtretung dem klagenden Zessionar hätte ermöglichen sollen, die den Rechtsanwälten vorbehaltene berufsmässige Parteivertretung vor Gericht auszuüben. Präzisierend hat das Bundesgericht überdies festgehalten, dass eine zur blossen Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung einen gesetzlich unerlaubten Inhalt hat und daher gemäss Art. 20 OR nichtig ist (vgl. Pra 1997 Nr. 107 E. 4c, S. 583 f.; BGE 87 II 203 E. 2b, S. 207, mit Hinweisen). Hat sich also der nicht zur Ausübung des Anwaltsberufes zugelassene Zessionar eine Forderung abtreten lassen, um den Prozess vor Gericht selber in eigener Sache führen zu können, so ist darin eine unzulässige Umgehung des Gebotes der Anwaltsvertretung im Sinne von § 30 Abs. 1 ZPO zu erblicken. In einem derartigen Fall ist die Aktivlegitimation des Zessionars zu verneinen (vgl. auch SJZ 1961, S. 210).

Die Klägerin stellt sich vorliegend auf den Standpunkt, sie habe die Forderung von der Y. AG gekauft. Sie trägt damit sinngemäss vor, sie mache im vorliegenden Verfahren eine eigene Forderung geltend und führe den Prozess nicht als Bevollmächtigte der Y. AG. Dieser Ansicht kann indessen nicht gefolgt werden. Der Beklagte hat – wie bereits erwähnt – ausdrücklich den Einwand erhoben, es liege eine Umgehung von § 30 Abs. 1 ZPO vor. Unter diesen Umständen wäre die Klägerin gehalten gewesen, substantiiert darzulegen und rechtsgenügend zum Beweis zu verstellen, unter welchen Umständen und aus welchen Gründen ihr die Y. AG die zu

beurteilende Forderung übertragen hat (zur Substanziierungslast statt Vieler: Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989, S. 165 ff.; vgl. auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 3. Oktober 2000 [OG 1998/53] E. 3, mit zahlreichen Hinweisen). Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als die Klägerin «insbesondere das Inkasso von Forderungen» bezweckt. Den rudimentären Angaben der Klägerin in der Replik («Die ins Recht gelegte Zession [...] erfolgte auf Grund eines Forderungskaufs der Klägerin und wurde von den Verantwortlichen der Y. AG unterzeichnet.») kann nun aber insbesondere nicht entnommen werden, zu welchen Konditionen die Y. AG die in Frage stehende Forderung an die Klägerin übertragen hat. Auch die als «Zession» bezeichnete Urkunde – es handelt sich dabei wohl eher um die Notifikation der Zession an den Beklagten – gibt über die Umstände und/oder Konditionen der Zession keinerlei Aufschluss und führt namentlich auch keinen Verkaufspreis an. Auch insoweit ist zu Lasten der Klägerin festzuhalten, dass diese ihre Behauptung, sie habe die besagte Forderung gekauft, nicht hinreichend dargelegt und erst Recht nicht im Sinne von Art. 8 ZGB bewiesen hat. Unter diesen Umständen ist mit dem Beklagten davon auszugehen, dass es sich bei der Abtretung der streitigen Forderung um ein Umgehungsgeschäft handelt, das der Klägerin ermöglichen sollte, zum Inkasso vor Gericht aufzutreten, obwohl sie offenkundig nicht «ein vom Obergericht zur Ausübung des Anwaltsberufes zugelassener Rechtsanwalt» im Sinne von § 30 Abs. 1 ZPO ist (...). Eine solche Abtretung ist im Sinne von Art. 20 OR nichtig, weshalb die Klägerin nicht aktivlegitimiert ist. Dies führt zur Abweisung der Klage.

Kantonsgericht Zug, 3. Dezember 2007

### III. Schuldbetreibung und Konkurs

Zustellfiktion bei eingeschriebenen, nicht abgeholten Briefpostsendungen. — Die von der Rechtsprechung entwickelte Zustellfiktion, nach der eingeschriebene, nicht abgeholte Briefpostsendungen am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten, setzt den Bestand eines Prozessrechtsverhältnisses voraus. Durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung wird für das Konkurseröffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b).

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, sie habe die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht erhalten. Wegen verschiedener Auslandsaufenthalte ihres einzigen Verwaltungsratsmitgliedes, B. T., sei ihr Postfach XXX in Zug nicht täglich geleert worden. Als das dann wieder der Fall gewesen sei, habe eine Abholungseinladung für eingeschriebene Sendungen vom 12.5.–19.5.2007 im Postfach gelegen. Als B. T. diese Sendungen am Postschalter habe in Empfang nehmen wollen, seien diese bereits an den Absender zurückgesandt worden. Auf die Nachfrage von B. T. beim Kantonsgericht, ob eine wichtige für die Beschwerdeführerin oder ihn bestimmte Sendung an das Kantonsgericht zurückgeleitet worden sei, habe ihm Frau K. vom Kantonsgericht Zug erklärt, dass sie zur Zeit nichts finden könne, und angegeben, dass die Zustellung nochmals erfolgen würde, falls «etwas zuzustellen sei». In der Folge habe die Beschwerdeführerin aber keine Post mehr erhalten, sondern erst später das Schreiben des Konkursamtes vom 30. Mai 2007 sowie die Verfügung des Konkursrichters.

b) Aus den vorinstanzlichen Akten geht hervor, dass die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 29. Mai 2007 am 11. Mai 2007 mit eingeschriebener Post an die Beschwerdeführerin gesandt wurde, indes in der Folge am 22. Mai 2007 mit dem postalischen Vermerk «Nicht abgeholt» an das Kantonsgerichtspräsidium Zug zurückgeleitet wurde. Am 23. Mai 2007 wurde die Vorladung sodann per A-Post der Beschwerdeführerin erneut zugesandt.

2. a) Nach der von der zugerischen Rechtsprechung in Ermangelung einer ausdrücklichen kantonalen Regelung übernommenen Praxis des Bundesgerichts gilt eine eingeschriebene Briefpostsendung, wenn der Adressat nicht angetroffen wird

und daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt wird, in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird; geschieht dies nicht innert der siebentägigen Abholfrist, die als Grundsatz in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post festgehalten ist und als allgemein bekannt gilt (BGE 127 I 31 E. 2a/aa), so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt. Diese Zustellfiktion setzt grundsätzlich voraus, dass der Adressat mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes rechnen musste. Indessen entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d. h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht entsteht mithin als prozessuale Pflicht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 130 III 396 E. 1.2.3 mit weiteren Hinweisen). Im eben zitierten Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass mit dem Rechtsöffnungsverfahren ein neues Verfahren eröffnet wird und die Zustellfiktion hinsichtlich des Rechtsöffnungsent-scheides nicht gilt. Der Rechtsvorschlag bewirke die Einstellung der Betreibung (Art. 78 Abs. 1 SchKG), womit dem Gläubiger der Betreibungsweg verschlossen werde. Die Betreibung stehe still und drohe dahin zu fallen, wenn sie nicht binnen nützlicher Frist wieder in Gang gebracht werde, wozu die Rechtsöffnung diene. Zur Aufhebung des Rechtsvorschlages durch den Richter auf dem Wege des Rechtsöffnungsverfahrens (Art. 80–84 SchKG) oder auf dem ordentlichen Prozessweg (Art. 79, 153 Abs. 3 und 186 SchKG) werde ein neues Verfahren in die Wege geleitet. Das Bundesgericht hat damit klargestellt, dass mit dem Einleitungsverfahren des Betreibungsamtes kein Prozessrechtsverhältnis für einen allfälligen Rechtsöffnungs- oder Anerkennungsprozess begründet wird. In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat die Justizkommission ihre bisherige, davon abweichende Praxis zum Rechtsöffnungsverfahren dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung angepasst (JZ 2005/69).

b) Analog verhält es sich nun allerdings auch im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren zur Konkurseröffnung in ordentlicher Betreibung. Nach der bisherigen Rechtsprechung der Justizkommission wurde angenommen, dass ein Prozessrechtsverhältnis für das Konkurseröffnungsverfahren durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung begründet wird. Dementsprechend wurde erklärt, dass der Schuldner nach Zustellung der Konkursandrohung jederzeit damit rechnen müsse, dass der Gläubiger – solange die Frist von 15 Monaten seit Zustellung des Zahlungsbefehls noch nicht abgelaufen ist – das Konkursbegehren beim

Konkursrichter stellen werde, wenn er, der Betreibungsschuldner, die Konkursandrohung nicht anfechtet und die Schuld nicht innert 20 Tagen tilgt (Art. 160 und Art. 166 SchKG). An dieser Rechtsprechung kann nicht weiter festgehalten werden. Die Konkursandrohung ist Teil des eigentlichen Betreibungsverfahrens und schliesst dieses vor den Betreibungsbehörden ab. Der Fortgang des Vollstreckungsverfahrens und dessen Wechsel von den Betreibungs- zu den Konkursbehörden hängt vom richterlichen Entscheid über die Konkurseröffnung ab. Hierzu muss der Gläubiger innert nützlicher Frist das Konkursbegehren beim Konkursrichter stellen (Art. 166 SchKG), sonst droht die Betreibung letztlich auch hier dahinzufallen. Es muss also analog dem Rechtsöffnungs- bzw. Anerkennungsprozess ein neues gerichtliches Verfahren in Gang gesetzt werden, um das Zwangsvollstreckungsverfahren fortzusetzen und vor dem Erlöschen zu bewahren. Demnach kann die Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung nicht fingiert werden. Gleich hat im Übrigen auch das Zürcher Obergericht in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung neuerdings entschieden. Es erwog – in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts –, dass die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt beim Gericht, bzw. dem Einzelrichter im summarischen Verfahren als Konkursrichter, noch kein hängiges Verfahren mit den genannten prozessualen Pflichten zu begründen vermöge. Mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses müsse der Schuldner nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen. Eine Zustellfiktion der Vorladung zur Konkursverhandlung sei daher ausgeschlossen (ZR 104 [2005] Nr. 43).

c) Kann nach dem Gesagten die Zustellung der Vorladung zur Verhandlung über das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin nicht fingiert werden, stellt sich noch die Frage, ob die Beschwerdeführerin gleichwohl Kenntnis vom Verhandlungstermin hatte und sich zum Konkursbegehren rechtzeitig hätte äussern können. Nachdem sie aber bestreitet, die ihr mit A-Post zugestellte Vorladung erhalten zu haben, und ihr dies nicht rechtsgenügend widerlegt werden kann, ist das angefochtene Konkursdekret unter Verletzung ihres rechtlichen Gehörsanspruchs zustande gekommen und leidet dadurch an einem Nichtigkeitsgrund. Es ist daher ohne weiteres aufzuheben.

Justizkommission, 6. Juli 2007

Art. 65 Abs. 1 SchKG – Mangelt es der betriebenen Gesellschaft an einer zu Vertretung befugten Person, weil der betreibende Gläubiger gleichzeitig einziger Verwaltungsrat der betriebenen Gesellschaft ist, ist die Situation so zu halten, als mangle der Schuldnerin überhaupt jegliche Vertretung. Der Gläubiger ist daher gehalten, im Betreibungsbegehren die Zustellung an die Vormundschaftsbehörde zu beantragen oder der Gesellschaft vorgängig einen Beistand bestellen zu lassen, wenn er persönlich gegen diese vorgehen will und er dadurch als gleichzeitiger Vertreter der Gesellschaft in einen Interessenkonflikt gerät.

Aus den Erwägungen:

2. Im Folgenden ist nun aber zu prüfen, ob die Zustellung des Zahlungsbefehls Nr. XXXXXX vom 3. Juli 2006 tatsächlich gesetzwidrig oder nichtig war und dementsprechend vom Betreibungsamt Zug zu Recht aufgehoben und eine neuerliche Zustellung in Aussicht genommen wurde. Ist die Frage zu bejahen, ist selbstredend auch die Aufhebung der Konkursandrohung durch das Betreibungsamt nicht zu beanstanden, da diese diesfalls auf einer ungültigen Zustellung des Zahlungsbefehls beruht.

a) Nach Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG erfolgt die Zustellung in der gegen eine Aktiengesellschaft gerichteten Betreibung an jedes Mitglied der Verwaltung sowie jeden Direktor oder Prokuristen. Soweit diese Personen in ihrem Geschäftslokale nicht angetroffen werden können, kann die Zustellung ersatzweise auch an einen anderen Angestellten erfolgen (Art. 65 Abs. 2 SchKG). Die präzisen Anweisungen, die Art. 65 SchKG für die Zustellung von Betreibungsurkunden an eine juristische Person oder eine Gesellschaft erteilt, erklären sich aus dem System des schweizerischen Zwangsvollstreckungsrechts. Dieses ermöglicht es, dass ausschliesslich auf die einseitige Behauptung des Gläubigers im Betreibungsbegehren, wonach ihm ein vollstreckbarer, materiellrechtlicher Anspruch zustehe, ein Zahlungsbefehl ausgestellt wird, wogegen sich der Schuldner innert zehn Tagen mit Rechtsvorschlag zur Wehr setzen muss, um den Gläubiger auf den Prozessweg an den Richter zu verweisen. Die Zustellungsvorschriften von Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG sollen sicherstellen, dass die für die Aktiengesellschaft bestimmte Betreibungsurkunde tatsächlich in die Hände jener natürlichen Personen gelangt, die in Betreibungssachen für die Aktiengesellschaft handeln, insbesondere Rechtsvorschlag erheben können (BGE 118 III 10 mit Hinweis auf BGE 117 III 12 f. E. 5a). Das Bundesgericht hat denn auch schon in BGE 43 III 22 erkannt, dass die Fälle, in welchen die Zustellung an eine andere Person zuhanden des Schuldners zulässig sind, von den Artikeln 64 und 65 SchKG abschliessend aufgezählt werden. Hinzu kommt allerdings noch die Zustellungsart bei Domizilgesellschaften nach Art. 66 Abs. 1 i. V. m. Art.

64 und Art. 65 SchKG: Hat eine Aktiengesellschaft am Orte ihres statutarischen Sitzes kein Geschäftsbüro, muss nämlich zudem im Handelsregister eingetragen werden, bei wem sich an diesem Ort das Domizil befindet (Art. 43 Abs. 1; Art. 78 Abs. 1 lit. f HRegV). Mitteilungen aller Art sind grundsätzlich an dieses Domizil zu richten (BGE 100 Ib 458 E. 4), da es gleichsam die Empfangsstelle der juristischen Person ist. Der Domizilhalter nimmt also gleichsam die Stellung eines Bevollmächtigten ein, wie ihn der am Betreuungsort nicht anwesende Schuldner bestimmen kann (Art. 66 Abs. 1 SchKG; BGE 120 III 64; BGE 69 III 35 f.).

b) Der Beschwerdeführer macht nun – zu Recht – nicht geltend, dass für die Gesellschaft ein Domizilhalter bestimmt und eingetragen sei. Er legt aber auch nicht dar, dass neben ihm als einzigem Mitglied des Verwaltungsrates weitere zur Vertretung der Schuldnerin berechnete natürliche Personen vorhanden waren, an die Betreuungsurkunden gemäss Art. 65 SchKG hätten zugestellt werden können. Es wäre denn auch Sache des Beschwerdeführers gewesen, dem Betreibungsamt bereits in seinem Betreibungsbegehren die entsprechenden Angaben zu machen (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG; BGE 118 III 10). Das hat er offenbar nicht getan, wurde doch der Zahlungsbefehl zunächst erfolglos an der Geschäftsadresse der Gesellschaft zuzustellen versucht. Nachdem das Betreibungsamt ohne weiteres aus dem Handelsregister entnehmen konnte, dass der Beschwerdeführer als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft fungierte, war es nach den gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich berechtigt und gehalten, den Zahlungsbefehl an diesen zuzustellen.

c) Ist der Vertreter einer juristischen Person selbst betreibender Gläubiger, so ist die Zustellung der Betreuungsurkunden an ihn nichtig. Aufgrund der bestehenden Interessenkollision hat in einem solchen Fall die Zustellung der Betreuungsurkunden an diejenige Person zu erfolgen, die ihn zu vertreten hat (Paul Angst, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 10 zu Art. 65 mit Hinweisen; vgl. ferner JA 1991/25.139 und JA 2003/14.105; Brügger, SchKG Gerichtspraxis 1946–2005, Zürich 2006, N 26 und 28 zu Art. 65). Da im vorliegenden Fall wie erwähnt keine andere zur Vertretung der Schuldnerin berechnete Person vorhanden war, hätte der Zahlungsbefehl entweder analog zu der von der Justizkommission in einer Meinungsäusserung vom 29. November 1996 sanktionierten Praxis des Betreibungsamtes Zug zur Zustellung von Betreuungsurkunden an Aktiengesellschaften ohne Organe und ohne Domizil an die Vormundschaftsbehörde zugestellt oder der Schuldnerin vorerst eine Vertretung bestellt werden müssen, um dieser den Zahlungsbefehl zuzustellen. Mangelt es der betriebenen Gesellschaft an einer zu Vertretung befugten Person, weil der betreibende Gläubiger gleichzeitig einziger Verwaltungsrat der betriebenen Gesellschaft

ist, sehen Praxis und Lehre für eine derartige ad hoc-Interessenkollision entweder die Verbeiständung der Gesellschaft nach Art. 393 Ziff. 4 ZGB vor oder deren Verbeiständung nach analoger Anwendung von Art. 392 Ziff. 1 bzw. 2 ZGB (Schnyder/Murer, Berner Kommentar, 3. Auflage, Bern 1994, N 61 zu Art. 393). Es ist mithin so zu halten, als mangle der Schuldnerin überhaupt jegliche Vertretung. Der Gläubiger ist daher gehalten, im Betreibungsbegehren die Zustellung an die Vormundschaftsbehörde zu beantragen oder der Gesellschaft vorgängig einen Beistand bestellen zu lassen, wenn er persönlich gegen diese vorgehen will und er dadurch als gleichzeitiger Vertreter der Gesellschaft in einen Interessenkonflikt gerät. Der Beschwerdeführer war denn auch selbst dieser Auffassung, weshalb er sich an die zuständige Vormundschaftsbehörde mit einem entsprechenden Gesuch wandte. Dass diese dem Begehren nicht entsprach, bzw. hierfür vorerst weitere Angaben verlangte, die der Beschwerdeführer, wie er geltend macht, nicht in der Lage war zu liefern, ändert daran nichts. Der Beschwerdeführer behauptet denn auch nicht, dass die «Konzerngeschäftsleitung», von der er diese Angaben hätte erhalten sollen, die aber dazu seiner Ansicht nach aufgrund seiner bisherigen Erfahrungen nicht bereit gewesen wäre, in den Besitz des Zahlungsbefehls gelangt war. Selbst das hätte aber nichts daran geändert, dass die fragliche Betreibungsurkunde nicht in die Hände der zuständigen Personen gelangte. Die «Konzerngeschäftsleitung» wäre denn wohl auch nicht ohne weiteres berechtigt gewesen, gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag zu erheben. Der Beschwerdeführer hat das alles – wie bereits erwähnt – nicht verkannt. Allein, er durfte sich nicht einfach damit abfinden, dass er möglicherweise die vom Vormundschaftsamt verlangten Angaben nicht erhältlich machen konnte. Am Interessenkonflikt und an der daraus folgenden Unzulässigkeit der Zustellung des Zahlungsbefehls an ihn änderte das nichts. Nachdem das Betreibungsamt diese unzulässige Doppelvertretung nachträglich erkannt hatte, war dessen Reaktion, die Aufhebung der Zustellung des Zahlungsbefehls und der darauf fussenden Konkursandrohung, durchaus folgerichtig und angezeigt. Die angefochtene Verfügung ist daher nicht zu beanstanden.

Justizkommission als AB SchK, 23. Mai 2007

Art. 80 SchKG; Art. 277 Abs. 2 ZGB – Ein Scheidungsurteil bildet nur dann einen definitiven Rechtsöffnungstitel für Mündigenunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB, wenn sich aus dem Urteil mit hinreichender Klarheit ergibt, dass solcher geschuldet ist. Aus der Formulierung «bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung» lässt sich nicht herleiten, dass der Unterhalt über den Abschluss einer Erstlehre hinaus bis zu demjenigen einer zweijährigen Zusatzlehre geschuldet ist.

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz hat zur Begründung ihrer Entscheidung zunächst festgestellt, dass ins Recht gelegte Scheidungsurteil vom 31. Januar 2005 stelle für die darin festgelegten, und von der mittlerweile volljährigen X zulässigerweise an die Beschwerdegegnerin abgetretenen Unterhaltsbeiträge einen definitiven Rechtsöffnungstitel i. S.v. Art. 80 SchKG dar. Anschliessend prüfte sie, ob X ihre «ordentliche Erstausbildung» i. S. des Scheidungsurteils mit Beendigung ihrer Verkaufslehre im Sommer 2006 abgeschlossen habe, oder ob die von ihr am 1. August 2006 begonnene Zusatzlehre als Detailhandelsangestellte mit eidg. Fähigkeitsausweis auch noch zur ordentlichen Erstausbildung zu zählen sei. Dabei erwog sie, dass bei der Auslegung des Begriffs der ordentlichen Erstausbildung die von der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 277 ZGB entwickelten Grundsätze zum Begriff der «entsprechenden Ausbildung» analog heranzuziehen seien, und kam in Anwendung dieser Grundsätze zum Schluss, dass X als Unterhaltsberechtigte ihre Erstausbildung noch nicht abgeschlossen habe, weshalb die im Scheidungsurteil festgelegte Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers weiterhin bestehe und die definitive Rechtsöffnung zu erteilen sei.

2. Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, im Scheidungsurteil sei klar festgehalten, dass die Unterhaltspflicht bis zum 18. Altersjahr und längstens bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung bestehe. Mit dem erfolgreichen Abschluss der Verkaufslehre habe X nun die von ihr zu Beginn angestrebte Lehrausbildung abgeschlossen. Die Möglichkeit einer 3-jährigen Detailhandelslehre habe schon beim Lehrbeginn von X bestanden. Diese habe sich aber für die 2-jährige Verkaufslehre als Erstausbildung entschieden. Da jedoch die Erstausbildung ordentlich und mit einem eidgenössischen Fähigkeitsausweis, welcher zur Ausübung eines Berufes befähige, abgeschlossen sei, sehe er keine Veranlassung, seiner Unterhaltspflicht weiter nachzukommen.

3. a) Erhebt der Betriebene Rechtsvorschlag gegen eine Forderung, die auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruht, so kann der Gläubiger beim Gericht die

Aufhebung des Rechtsvorschlages, die sog. definitive Rechtsöffnung, verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Nach Art. 81 Abs. 1 SchKG kann der Betriebene die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für ein Urteil des Betreibungskantons nur verhindern, indem er durch Urkunden die Tilgung, Stundung oder Verjährung der Schuld beweist. Dabei gilt als Tilgung nicht nur Zahlung, sondern jeder zivilrechtliche Untergang der Forderung nach Erlass des Entscheides, sofern er eo ipso zum Erlöschen der Schuld führt und nicht bloss einen Anspruch auf Abänderung des Urteils gibt (Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 14 ff. zu Art. 81). Als Tilgung in diesem Sinne gilt auch der Bedingungseintritt bei einer resolutiv bedingten Forderung. Entsprechend kann der Betriebene die Rechtsöffnung für eine solche Forderung zu Fall bringen, wenn er durch Urkunden liquide beweist, dass die Bedingung eingetreten ist (Staehelin, a. a. O. N 45 zu Art. 80; Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 115 f.). Ein Urkundenbeweis ist dann nicht erforderlich, wenn der Gläubiger den Eintritt der Bedingung vorbehaltlos anerkennt oder wenn er notorisch oder gerichtsnotorisch ist (Staehelin, a. a. O. N 45 zu Art. 80; Dieter Gessler, Scheidungsurteile als definitive Rechtsöffnungstitel, in SJZ 1983, S. 249).

b) aa) Das Scheidungsurteil vom 31. Januar 2005 verpflichtet den Beschwerdeführer in Ziffer 2.c , «an den Unterhalt seiner Tochter X bis zu deren Eintritt ins Erwerbsleben, mindestens jedoch bis zum erfüllten 18. Altersjahr und längstens bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung, einen monatlichen Beitrag von CHF 800.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar je im Voraus auf den Ersten des Monats.» Demnach dauert die Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers in jedem Fall – selbst bei Eintritt von X ins Erwerbsleben – bis zu deren 18. Geburtstag, und danach längstens bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung. Daraus folgt, dass die Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers gemäss Scheidungsurteil resolutiv bedingt ist, was auch der gesetzlichen Ordnung entspricht (Staehelin, a. a. O. N 47 zu Art. 80). Bedingung für den Wegfall der Unterhaltspflicht ist entweder der 18. Geburtstag von X oder bei Andauern der ordentlichen Erstausbildung am 18. Geburtstag deren Abschluss. Die Beweislast für den Eintritt dieser Bedingungen trifft nach dem Gesagten den Beschwerdeführer.

bb) Streitig ist der Bedingungseintritt einzig mit Bezug auf die zweite Bedingung, den Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung. In tatsächlicher Hinsicht ist allerdings auch diesbezüglich unbestritten, dass X ihre 2-jährige Verkaufslehre im Sommer 2006 erfolgreich abgeschlossen hat. Ob dieser Lehrabschluss als Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung im Sinne des Scheidungsurteils zu quali-

fizieren ist, bleibt nachfolgend als reine Rechtsfrage durch Auslegung des Begriffs der ordentlichen Erstausbildung zu prüfen. Dabei gilt es zu beachten, dass die Kognition des Rechtsöffnungsgerichts beschränkt ist. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat es grundsätzlich nur zu prüfen, ob sich die in Betreibung gesetzte Forderung aus dem vorgelegten Rechtsöffnungstitel ergibt. Dabei hat es weder über den materiellen Bestand der Forderung zu befinden noch sich mit der materiellen Richtigkeit des Urteils zu befassen, da es dem Sachgericht vorbehalten bleibt, über schwierige materiellrechtliche Fragen, oder solche, für deren Lösung der Ermessensspielraum eine erhebliche Rolle spielt, zu befinden. Ist der Rechtsöffnungstitel unklar oder unvollständig, bleibt es daher Aufgabe des Sachgerichts, eine Erläuterung oder Vervollständigung vorzunehmen, resp. ist der Betreibungsgläubiger auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.356/2002 vom 5. Dezember 2002, E. 1; BGE 124 III 501 E. 3.a S. 503; BGE 113 III 6 E. 1.b S. 9 f.).

cc) Die die Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers festlegende Ziffer im Scheidungsurteil vom 31. Januar 2005 ist in redaktionell leicht veränderter Form aus der genehmigten Parteivereinbarung vom 28. August bzw. 10. September bzw. 22. November 2004 übernommen worden. Entsprechend ist bei ihrer Auslegung nach Treu und Glauben zu ermitteln, welche Bedeutung unter den konkreten Umständen dem Sinn und dem Wortlaut der Willensäusserungen der Parteien resp. den von ihnen gewählten Begriffen vernünftigerweise zukam (BGE 107 II 465, E. 6.c., S. 475 f.). Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich geltend, im Scheidungsurteil sei klar festgehalten, dass seine Unterhaltspflicht längstens bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung bestehe. Bei Aushandlung der Scheidungskonvention habe sich X als Erstausbildung bereits für die zweijährige Verkaufslehre entschieden gehabt, obgleich damals auch die Möglichkeit einer dreijährigen Detailhandelslehre bestanden habe. Mit dem erfolgreichen Abschluss der Verkaufslehre habe sie die von ihr zu Beginn angestrebte Lehrausbildung, und mithin die ordentliche Erstausbildung gemäss Scheidungsurteil, abgeschlossen. Dieser Argumentation ist insofern zuzustimmen, als sowohl in der Parteivereinbarung als auch im Scheidungsurteil ausdrücklich der Begriff der ordentlichen Erstausbildung verwendet wird, und in tatsächlicher Hinsicht unbestritten ist, dass X eine erste Lehre, welche sie zur Berufsausübung befähigt, erfolgreich abgeschlossen hat (ER 06 688, Beilage 1). Der gegenteilige, von der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin vertretene Standpunkt, wonach der im Scheidungsurteil verwendete Begriff der ordentlichen Erstausbildung über die Erstausbildung hinaus auch die nun von X in Angriff genommene Zweitausbildung zur Detailhandelsfachfrau umfassen soll, stützt sich auf die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur

Auslegung des Begriffs der «angemessenen Ausbildung» i. S. v. Art. 277 Abs. 2 ZGB. Diese Grundsätze, nach welchen die angemessene Ausbildung unter gewissen Voraussetzungen ausnahmsweise nebst der Erst- auch eine Zweitausbildung umfasst (vgl. dazu Markus Krapf, Die Koordination von Unterhalts- und Sozialversicherungsleistungen für Kinder, Freiburg 2004, Rz. 116 ff.; Cyrill Hegnauer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Kommentar zu Art. 276-295 ZGB, Bern 1997, N 66 ff. zu Art. 277 ZGB), wären vorliegend allerdings nur dann zur Auslegung des Begriffs der ordentlichen Erstausbildung heranzuziehen, wenn die Parteien resp. anschliessend das Gericht diesen Begriff gleichbedeutend mit demjenigen der angemessenen Ausbildung im Sinne von Art. 277 ZGB verwendet hätten. Aus dem Wortlaut der fraglichen Konventionsklausel resp. Dispositivziffer ergeben sich dafür allerdings keinerlei Anhaltspunkte. Im Gegenteil sprechen die Verwendung des Begriffs Erstausbildung und das Fehlen eines Verweises auf Art. 277 ZGB in casu gerade dagegen, dass der verwendete Begriff nach Ansicht der Parteien resp. des Gerichts nebst einer Erst- auch eine Zweitausbildung umfassen sollte. Dabei ist auch zu beachten, dass im Scheidungsverfahren beide Parteien anwaltlich vertreten waren, und die Konvention gerichtlich genehmigt wurde, wobei dem Gericht u. a. auch die Überprüfung der Klarheit der Formulierung im Hinblick auf eine spätere Vollstreckung oblag. Es ist mithin anzunehmen, dass sich ein von den Parteien oder vom Gericht gewünschter Bezug zu Art. 277 ZGB aus einer eindeutigen, entsprechenden Formulierung ergeben würde. Unter diesen Umständen ist es aber im rein vollstreckungsrechtlichen Rechtsöffnungsverfahren nach dem Gesagten nicht zulässig, den Begriff der ordentlichen Erstausbildung allein gestützt auf allgemeine Lehrmeinungen zu Art. 277 Abs. 2 ZGB im Sinne dieser Bestimmung auszulegen. Vielmehr wäre es Sache der Beschwerdegegnerin gewesen, mittels liquider Beweise zu belegen, dass der Begriff der ordentlichen Erstausbildung nach Ansicht der Parteien und des Gerichts entgegen seinem Wortlaut nebst einer Erst- auch eine darauf aufbauende Zweit- bzw. Zusatzausbildung umfasste, und das Scheidungsurteil somit bis zum ordentlichen Abschluss einer solchen Zusatzausbildung einen Rechtsöffnungstitel für Unterhaltsbeiträge darstellt. Soweit ihr dies im summarischen Rechtsöffnungsverfahren nicht möglich war, wird sie die von ihr behaupteten Ansprüche im ordentlichen Verfahren verfolgen müssen. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch deshalb, weil sie als Betreibungsgläubigerin die Beweislast für das Bestehen eines Rechtsöffnungstitels trägt (Stücheli, a. a. O., S. 112).

Justizkommission, 1. Februar 2007

Art. 80 SchKG – Aus prozessökonomischen Gründen wird für Verzugszinsen praxisgemäss auch dann Rechtsöffnung erteilt, wenn im Rechtsöffnungstitel kein Verzugszins ausgewiesen ist. Da in solchen Fällen kein eigentlicher Rechtsöffnungstitel vorliegt, ist diese Praxis auf Fälle zu beschränken, in denen der Verzugszins gleichzeitig mit der Hauptforderung geltend gemacht wird und es sich um einen geringfügigen, leicht feststellbaren und liquiden Betrag handelt. Sie ist deshalb nicht anwendbar, wenn die Verzugszinsforderung im Rechtsöffnungsverfahren nicht bloss als Nebenforderung zusammen mit der durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesenen Hauptforderung, sondern selbstständig geltend gemacht wird.

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Vorinstanz hat zur Begründung ihrer Verfügung vom 10. August 2007 zusammengefasst angeführt, die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten Muri vom 25. September 2002 stelle einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar und berechtere zur Rechtsöffnung für die darin festgelegte Unterhaltsforderung der Beschwerdegegnerin von CHF 36'000.–. Nachdem nun aber der Beschwerdeführer den Unterhaltsbeitrag unbestrittenermassen schon bezahlt habe, erhebe die Beschwerdegegnerin noch Anspruch auf den aufgelaufenen Verzugszins. Praxisgemäss könne für Verzugszinsen auch dann Rechtsöffnung erteilt werden, wenn kein Verzugszins im Urteil ausgewiesen sei (...)

2. a) Erhebt der Betriebene Rechtsvorschlag gegen eine Forderung, die auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruht, so kann der Gläubiger beim Gericht die Aufhebung des Rechtsvorschlages (definitive Rechtsöffnung) verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Die definitive Rechtsöffnung kann nur erteilt werden, wenn das Urteil die zu bezahlende Summe beziffert, was der Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen zu prüfen hat. Dabei muss sich die Summe nicht notwendig aus dem Rechtsöffnungstitel selbst ergeben, sondern es genügt, wenn sie sich aus Urkunden herleiten lässt, auf welche der Titel klar Bezug nimmt. Damit für vereinbarte oder verfügte Zinsen irgendwelcher Art definitive Rechtsöffnung erteilt werden kann, müssen der Beginn des Zinsenlaufs und deren Berechnungsweise im Rechtsöffnungstitel oder in Dokumenten, auf die dieser verweist, festgelegt werden. Abweichend von diesen Grundsätzen kann für Verzugszinsen praxisgemäss auch dann Rechtsöffnung erteilt werden, wenn im Urteil kein Verzugszins ausgewiesen ist. Dabei kann angenommen werden, der Schuldner befinde sich seit Rechtskraft des Urteils in Verzug. Das entspricht auch der zugerischen Praxis (JZ 1994/60.104 m. w. H.; ferner JZ 2004/119; JZ 2000/44; GVP 97/98 S. 151 f.). In der Lehre ist die Zulässigkeit dieser Praxis indessen umstritten. Dogmatisch ist sie nämlich insofern

problematisch, als die Frage der Zinspflicht ein materiellechtliches Problem ist, über welches der Rechtsöffnungsrichter, welcher nur die Ausgewiesenheit der Forderung durch den vorgelegten Titel zu prüfen hat, nicht entscheiden darf. Zwar lässt sich diese Praxis aus prozessökonomischen Überlegungen dadurch rechtfertigen, dass es sinnlos wäre, den Gläubiger für die Nebenforderung der Verzugszinsen, welche bei fast allen Betreibungen gefordert wird, jedes Mal auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen. Da jedoch kein eigentlicher Rechtsöffnungstitel vorliegt, ist sie auf Fälle zu beschränken, in denen der Zins gleichzeitig mit der Hauptforderung geltend gemacht wird, und es sich um einen geringfügigen, leicht feststellbaren und liquiden Betrag handelt. Ist jedoch der Eintritt des Verzuges, insbesondere die Zustellung der Mahnung, bestritten und nicht ausgewiesen, ist die Rechtsöffnung für die Verzugszinsen zu verweigern (vgl. zum Ganzen: Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 192 f.; Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N 49 zu Art. 80 SchKG und N 32 zu Art. 82 SchKG; ferner Eugen Fischer, Rechtsöffnungspraxis Basel-Stadt, BJM 1980, S. 122; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, S. 257).

b) Die von der Beschwerdegegnerin ins Recht gelegte Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichts Muri weist die von ihr im Betreibungsverfahren selbständig eingeforderte Verzugszinsforderung im Betrag von CHF 7'200.– nicht aus. Damit fehlt es ihr aber für diese Forderung an einem Rechtsöffnungstitel, weshalb ihr die definitive Rechtsöffnung dafür nicht erteilt werden kann. Die von der Vorinstanz angerufene Praxis kann nach dem vorstehend Gesagten vorliegend schon deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil die behauptete Verzugszinsforderung nicht als Nebenforderung zusammen mit der durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesenen Hauptforderung, sondern – nachdem diese Hauptforderung bereits vor Einleitung der Betreibung getilgt wurde – selbständig geltend gemacht wird. Damit entfällt aber in casu der Rechtfertigungsgrund der Prozessökonomie für diese aus dogmatischer Sicht nicht unproblematische, mithin zurückhaltend anzuwendende Praxis. Darüber hinaus ist die geltend gemachte Verzugszinsforderung vorliegend auch nicht liquide, sondern wird vom Beschwerdeführer mit verschiedenen materiellechtlichen Argumenten bestritten, womit es an einer weiteren von Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Voraussetzung für die Anwendung dieser Praxis fehlt. In diesem Zusammenhang weist der Beschwerdeführer denn auch zu Recht darauf hin, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Beurteilung der materiellechtlichen Argumente der Parteien, und damit die Entscheidung der materiellechtlichen Frage, ob überhaupt und in welchem Umfang vorliegend eine

Verzugszinsforderung besteht, nicht Aufgabe des Rechtsöffnungsrichters ist, sondern dem Sachrichter vorbehalten bleibt (vgl. Stücheli, a. a. O., S. 193; Fischer, a. a. O., S. 122; Fritzsche/Walder, a. a. O., S. 257 Fn. 2). Die Beschwerdegegnerin ist zur Geltendmachung ihrer Verzugszinsforderung somit auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen.

Justizkommission, 19. Dezember 2007

Art. 80 SchKG; Art. 24, 25 ff. LugÜ – Ein im Rahmen eines ordentlichen italienischen Zivilprozesses gestützt auf Art. 648 des italienischen Codice di Procedura Civile vorläufig vollstreckbar erklärtes «decreto ingiuntivo» ist kein Massnahmeentscheid gemäss Art. 24 LugÜ, sondern eine anerkennungsfähige Entscheidung i. S. v. Art. 25 LugÜ. Als solche muss es in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden, soweit kein Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 27 f. LugÜ vorliegt (E. 5a, 5b).

Art. 28 LugÜ – Die Schiedseinrede ist vor den Gerichten des Urteilsstaates zu erheben und stellt deshalb keinen Anerkennungsverweigerungsgrund i. S. v. Art. 28 LugÜ dar (E. 5c).

Art. 38 Abs. 3 LugÜ – Die Vollstreckbarerklärung einer im Urteilsstaat bloss vorläufig vollstreckbar erklärten Entscheidung kann in analoger Anwendung von Art. 38 Abs. 3 LugÜ von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden (E. 5e).

Aus dem Sachverhalt:

1. Mit Eingabe vom 28. Juli 2006 stellte die Beschwerdeführerin beim Kantonsgerichtspräsidium Zug ein Gesuch um Vollstreckbarerklärung eines Mahnbekheids des Tribunale di Brescia vom 24. Februar 2003 gegen die Beschwerdegegnerin und die daraus folgende Zahlungsaufforderung (Atto di Precetto) vom 17. Januar 2006 sowie um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung in der Betreibung Nr. XXXX des Betreibungsamtes Risch für den Betrag von CHF 538'053.– nebst Zins zu 5% seit 22. Januar 2006.

2. Mit Verfügung vom 13. November 2006 wies der Rechtsöffnungsrichter beim Kantonsgerichtspräsidium das Gesuch der Beschwerdeführerin ab, auferlegte ihr

die Gerichtskosten von CHF 760.– und verpflichtete sie, der Beschwerdegegnerin für die prozessualen Umtriebe eine Entschädigung von CHF 3'000.– zu bezahlen.

(...)

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide werden unter Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge durch das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht geregelt (Art. 1 IPRG). Nach richtiger und unstreitiger Feststellung der Vorinstanz kommt bei der Beurteilung der vorliegend verlangten Vollstreckbarerklärung des decreto ingiuntivo des Tribunale di Brescia vom 24. Februar 2003 ein solcher völkerrechtlicher Vertrag, nämlich das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (Lugano-Übereinkommen [LugÜ]) zur Anwendung, da die Vollstreckung eines Entscheids aus einem Vertragsstaat in Frage steht (vgl. Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Auflage, Bern/Stuttgart/ Wien 2002, S. 397 f.).

b) Zur Durchsetzung ausländischer Entscheidungen, die zu einer Geldleistung verpflichten, kann der Gläubiger im Anwendungsbereich des LugÜ entweder direkt das Exequaturverfahren nach Art. 31 ff. LugÜ anheben, oder er kann zuerst eine Betreuung einleiten und anschliessend zusammen mit der Rechtsöffnung die Zulassung der Entscheidung zur Zwangsvollstreckung beantragen, so dass ein inzidentes Anerkennungsverfahren nach Art. 26–30 LugÜ zur Anwendung gelangt (GVP 2001, S. 156). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin nach ebenfalls richtiger und unstreitiger Feststellung der Vorinstanz die zweite Variante, das inzidente Anerkennungsverfahren, gewählt. Dies bedeutet, dass nicht die für die Beschwerdeführerin vorteilhafteren Verfahrensbestimmungen gemäss Art. 31 ff. LugÜ, sondern jene der Rechtsöffnung zur Anwendung kommen (BGE 125III 386, E. 4 a). In materieller Hinsicht, d. h. bezüglich der Voraussetzungen der Vollstreckbarerklärung, bleibt es freilich bei der Anwendbarkeit der Bestimmungen des LugÜ (GVP 2001, S. 157).

c) Voraussetzungen der inzidenten Anerkennung einer Entscheidung nach Art. 26 Abs. 3 LugÜ sind zum einen das Vorliegen einer anerkennungsfähigen Entscheidung i. S. v. Art. 25 LugÜ, zum anderen das Nichtvorliegen von Anerkennungsverweigerungsgründen nach Art. 27 und 28 LugÜ. Für die Vollstreckbarerklärung ist zudem erforderlich, dass die Entscheidung im Ursprungsstaat selbst vollstreckbar ist (zum Ganzen Walter, a. a. O., S. 401 ff., 414 ff. und 440 f.). Ferner hat die Par-

tei, welche die Zwangsvollstreckung betreiben will, nach Art. 46 Abs. 1 i. V. m. Art. 47 Abs. 1 LugÜ eine Ausfertigung der Entscheidung, welche die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, sowie die Urkunden, aus denen sich ergibt, dass die Entscheidung nach dem Recht des Ursprungsstaats vollstreckbar ist und dass sie zugestellt worden ist, vorzulegen.

(...)

5. a) Unstreitig ist nach dem Gesagten, dass das «decreto ingiuntivo» des Tribunale di Brescia vom 24. Februar 2003 durch die Verfügung des italienischen Instruktionsrichters vom 30. November 2005 in Italien vorläufig vollstreckbar erklärt wurde und dass diese Verfügung den Charakter einer vorsorglichen Massnahme hat. Streitig ist dagegen, ob die Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung des «decreto ingiuntivo» in der Schweiz nach LugÜ vorliegend erfüllt sind.

b) aa) Nach Lehre und Rechtsprechung gelten unter gewissen hier nicht interessierenden Einschränkungen (vgl. zum vorliegend erfüllten Erfordernis der Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art. 27 LugÜ die zutreffenden und unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz in Ziff. 3.1–3.4 der angefochtenen Verfügung) auch Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes als anerkennungs- und damit vollstreckungsfähige Entscheidungen i. S. v. Art. 25 LugÜ (BGE 129 III 626 E. 5 unter Hinweis auf Walter, a. a. O., S. 405; ferner Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel, 8. Auflage, Frankfurt a. M. 2005, N 20 ff. zu Art. 32 EuGVO [Art. 25 LugÜ]). Als solche gelten namentlich vorsorgliche Massnahmen eines nach den Art. 2 und 5–18 LugÜ in der Hauptsache international zuständigen Gerichts (sog. Hauptsachegericht), und zwar unabhängig davon, ob dieses Gericht tatsächlich mit der Hauptsache befasst ist oder nicht (BGE 129 III 626 E. 5.3.2 unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 17. November 1998 in der Rechtssache C-391/95, Van Uden Maritime BV gegen Decoline, Slg. 1998, I-7091 ff. [nachfolgend: Van Uden-Entscheidung] sowie auf das Urteil des EuGH vom 27. April 1999 in der Rechtssache C-99/96, Mietz gegen Intership Yachting Sneek BV, Slg. 1999, I-2277 ff. [nachfolgend: Mietz-Entscheidung]; vgl. zur Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gerichte der übrigen Vertragsstaaten, resp. des EuGH bei der Auslegung der Bestimmungen des LugÜ, Art. 1 des Protokolls Nr. 2 zum LugÜ sowie BGE 129 III 626 E. 5.2.1). Ferner kann eine vorsorgliche Massnahme trotz fehlender internationaler Zuständigkeit des Erststaatgerichts nach Art. 2 und 5–18 LugÜ auch dann eine anerkennungs- resp. vollstreckungsfähige Entscheidung i. S. v. Art. 25 LugÜ darstellen, wenn es sich um eine einstweilige Massnahme i. S. v. Art. 24 LugÜ han-

delt (Mietz-Entscheidung, Randnr. 46 ff., 49). Eine solche liegt grundsätzlich vor, wenn zwischen dem Gegenstand der beantragten Massnahme und der auf nationales Recht gestützten gebietsbezogenen Zuständigkeit des Erststaatgerichts eine reale Verknüpfung besteht. Betrifft die Massnahme die vorläufige Erbringung einer vertraglichen Hauptleistung, ist sie allerdings trotz Bestehens einer solchen realen Verknüpfung nur dann als einstweilige Verfügung im Sinne des Art. 24 LugÜ zu qualifizieren, wenn überdies die Rückzahlung des zugesprochenen Betrages an den Antragsgegner in dem Fall, dass der Antragsteller nicht in der Hauptsache obsiegt, gewährleistet ist (vgl. Van Uden-Entscheidung, Leitsatz 2; bestätigt in Mietz-Entscheidung, Randnr. 42 f.). Der Zweck dieser beiden zusätzlichen Voraussetzungen für die Begründung der Eilzuständigkeit nach Art. 24 LugÜ besteht darin zu verhindern, dass durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne dieser Bestimmung die ordentliche Zuständigkeitsordnung nach Art. 2 und 5 – 18 LugÜ umgangen wird. Daraus folgt umgekehrt, dass die Zuständigkeit eines Hauptsachegerichts zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gerade nicht von der Erfüllung dieser beiden Voraussetzungen abhängt, was es bei der Anerkennung und Vollstreckung entsprechender Massnahmen zu berücksichtigen gilt (Van Uden-Entscheidung, Randnr. 22, 46 f.; Mietz-Entscheidung, Randnr. 41; Kropholler, a. a. O., N 12 zu Art. 31 EuGVO [Art. 24 LugÜ]). Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass eine unter Gewährung des rechtlichen Gehörs erlassene vorsorgliche Massnahme eines Erststaatgerichts nach dem LugÜ im Zweitstaat dann eine vollstreckbare Entscheidung darstellt, wenn es sich dabei entweder um eine Massnahme eines Hauptsachegerichts oder um eine unter Beachtung der vorstehend genannten Voraussetzungen erlassene Massnahme i. S.v. Art. 24 LugÜ eines sonstigen, in der Hauptsache nicht zuständigen Gerichts handelt. Dass es sich um Massnahmen eines Hauptsachegerichts handelt, ist nach Lehre und Rechtsprechung insbesondere dann anzunehmen, wenn das Erststaatgericht seine Zuständigkeit für die Massnahmen ausdrücklich mit seiner aus dem LugÜ folgenden Zuständigkeit in der Hauptsache begründet oder wenn sich eine solche Zuständigkeit eindeutig aus dem Wortlaut der Entscheidung des Erststaatgerichts ergibt, z. B. indem daraus hervorgeht, dass der Schuldner seinen Wohnsitz im Erststaat hat (Mietz-Entscheidung, Randnr. 50 u. 55; Urteil des Bundesgerichts 5P.402/2002 vom 18.12.2002, E. 2.2.1; Kropholler, a. a. O., N 22 zu Art. 31 EuGVO [Art. 24 LugÜ]).

bb) Die Vorinstanz hat in ihrer Erwägung 3.1 zutreffend nachgezeichnet wie das Verfahren auf Erlass und vorläufige Vollstreckbarerklärung eines «decreto ingiuntivo» abläuft. In Erwägung 3.2 hat sie ebenfalls zutreffend festgestellt, dass im vorliegenden Fall durch den Einspruch der Beschwerdegegnerin gegen das «decreto ingiuntivo» in Italien ein Hauptverfahren nach den Vorschriften des ordentlichen

Prozesses eröffnet wurde. Auf diese Erwägungen kann verwiesen werden (§ 79 Abs. 2 GOG). Die darin enthaltenen Feststellungen betreffend Funktionsweise des fraglichen italienischen Verfahrens decken sich im Übrigen mit den diesbezüglichen Feststellungen zweier deutscher Gerichte in vergleichbaren Fällen aus der jüngeren Vergangenheit (vgl. Beschluss 8 W 86/06 des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 3. Januar 2007, Erwägung II.3 sowie Beschluss 3 W 239/05 des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 25. Januar 2006, beide abrufbar im Internet). Zusammenfassend ist dazu kurz Folgendes festzuhalten: Das «procedimento di ingiunzione» nach Art. 633 ff. c. p. c. erlaubt es einem Gläubiger in bestimmten Fällen, namentlich wenn er seine Forderung durch schriftlichen Beweis liquide nachweisen kann, einen gerichtlichen Mahnbescheid, das sog. «decreto ingiuntivo», zu erlangen. Örtlich zuständig für den Erlass eines solchen «decreto ingiuntivo» ist das Gericht, welches auch für eine ordentliche Klage zuständig wäre (Art. 637 c. p. c.). Erhebt die Gegenpartei nach Zustellung des «decreto ingiuntivo» gegen diesen Einspruch, wird ein ordentlicher Prozess mit verkürzten Fristen eröffnet (Art. 645 c. p. c.). Im Rahmen dieses ordentlichen Prozesses kann der Instruktionsrichter das «decreto ingiuntivo» nach summarischer Prüfung des Einspruchs unter bestimmten Voraussetzungen vorläufig vollstreckbar erklären (Art. 648 c. p. c.).

cc) Nach dem Gesagten steht fest, dass im vorliegenden Fall durch den Einspruch der Beschwerdegegnerin vom 23. Mai 2003 gegen das «decreto ingiuntivo» vom 24. Februar 2003 ein Hauptverfahren nach den Vorschriften des ordentlichen Prozesses eröffnet wurde. Dies ist auch unstrittig, machten die Parteien vor der Vorinstanz doch übereinstimmend geltend, zwischen Ihnen sei in Italien ein ordentlicher Zivilprozess hängig. Die Verfügung vom 30. November 2005, mit welcher die vorläufige Vollstreckbarkeit des «decreto ingiuntivo» angeordnet wurde, erging mithin innerhalb eines ordentlichen Zivilprozesses. Damit hat das durch diese Verfügung vorläufig vollstreckbar erklärte «decreto ingiuntivo» vom 24. Februar 2003 den Charakter einer vorsorglichen Massnahme des Hauptsachegerichts, soweit man hier überhaupt von einer eigentlichen vorsorglichen Massnahme im Sinne des einstweiligen Rechtsschutzes sprechen kann. Entgegen der Vorinstanz ist das «decreto ingiuntivo» jedenfalls nicht eine vorsorgliche Massnahme i. S. v. Art. 24 LugÜ. Diese Bestimmung begründet einen Vorbehalt zugunsten der nationalen Eilzuständigkeit (BGE 129 III 626 E. 5.3; BGE 125 III 451 E.3). Mit der Eröffnung eines ordentlichen Zivilverfahrens, welche durch den Einspruch der Beschwerdegegnerin gegen das «decreto ingiuntivo» ausgelöst wurde, hat das italienische Verfahren aber den Charakter eines Eilverfahrens verloren, und ist zu einem normalen Hauptverfahren geworden. Allein die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin die Zuständigkeit des Tribunale di Brescia in der Hauptsache unter Verweis auf eine

angeblich einschlägige Schiedsklausel bestreitet, vermag den Charakter dieses Verfahrens offensichtlich nicht zu verändern. Ist die fragliche Entscheidung, in casu die Verfügung vom 30. November 2005, aber in einem ordentlichen Zivilprozess ergangen, kann die Zuständigkeit des Tribunale di Brescia vorliegend wegen des grundsätzlichen Nachprüfungsverbots nur im engen Rahmen des Art. 28 LugÜ überprüft werden (Kropholler, a. a. O., N 1 ff. und 5 zu Art. 35 EuGVO [Art. 28 LugÜ]; Walter, a. a. O., S. 414). Das von der Rechtsprechung des EuGH aufgestellte Erfordernis, wonach sich die Zuständigkeit des Ursprungsgerichts nach LugÜ ausdrücklich oder eindeutig aus der zur Vollstreckung vorgelegten Entscheidung ergeben muss, bezieht sich deshalb genau besehen auch nur auf Fälle, in denen der Massnahmeentscheid «(...) in einem Verfahren ergangen [ist], das seiner Art nach kein Hauptsacheverfahren, sondern ein Eilverfahren zum Erlass einstweiliger Massnahmen ist» (vgl. Mietz-Entscheidung, Randnr. 53 und 55). Ist dagegen ein ordentlicher Zivilprozess hängig, gilt grundsätzlich das Nachprüfungsverbot. Entsprechend sind die im Rahmen eines ordentlichen Zivilprozesses erlassenen Entscheidungen eines Gerichts auch ohne, dass dieses seine Zuständigkeit nach LugÜ speziell begründet hat, solange als Entscheidungen eines Hauptsachegerichts anzusehen, als sie nicht in Verletzung der in Art. 28 Abs. 1 und 2 LugÜ abschliessend aufgezählten Zuständigkeitsvorschriften ergangen sind. Dies gilt auch für das ins Recht gelegte «decreto ingiuntivo», welches gleich wie ein allfälliger Endentscheid des Tribunale di Brescia in diesem ordentlichen Verfahren nach den Art. 25 ff. resp. 31 ff. LugÜ in der Schweiz unter Vorbehalt der Anerkennungsverweigerungsgründe nach Art. 27 und 28 LugÜ vollstreckbar ist (vgl. die vorstehend zitierten Beschlüsse des Oberlandesgerichts Celle vom 3. Januar 2007 und des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 25. Januar 2006; ferner Kropholler, a. a. O. N 21 zu Art. 32 EuGVO [Art. 25 LugÜ], insbesondere Fn. 35). Zu prüfen bleibt nachfolgend, ob hier solche Anerkennungsverweigerungsgründe bestehen.

c) aa) Die Beschwerdegegnerin bringt diesbezüglich insbesondere vor, das Tribunale di Brescia sei aufgrund der im Lizenzvertrag vom 13. Oktober 1998 enthaltenen Schiedsklausel gar nicht zuständig. Die Frage, ob die Unzuständigkeitseinrede aus einer Schiedsvereinbarung im Exequaturverfahren nach LugÜ gehört werden kann, ist nicht unumstritten. Das Bundesgericht hat sie im Entscheid BGE 127 III 186 ausdrücklich offen gelassen (E.2). In der Lehre wird sie allerdings überwiegend mit dem Argument verneint, Schutz gegen die Missachtung einer Schiedsklausel sei vor den Gerichten des Erststaates und nicht vor denen des Zweitstaates zu suchen, da die Gründe für die Versagung der Anerkennung staatlicher Entscheidungen aus den Vertragsstaaten in den Art. 27 und 28 LugÜ abschliessend aufgezählt seien, und eine Nachprüfung der Zuständigkeit des Erststaatgerichts nur

in den engen Grenzen des Art. 28 Abs. 1 und 2 LugÜ möglich sei (Walter, a. a. O., S. 416; Kropholler, a. a. O., N 47 zu Art. 1 EuGVO [Art. 1 LugÜ], m. w. H.; vgl. zum Grundsatz der Nichtüberprüfbarkeit der Zuständigkeit auch BGE 124 III 123, E. 2 a/aa/ccc, S. 142). In der Tat ist der Wortlaut von Art. 28 LugÜ diesbezüglich nicht weiter auslegungsbedürftig, da dessen Absatz 4 eindeutig bestimmt, dass die Zuständigkeit der Gerichte des Erststaates «unbeschadet der Bestimmungen der Absätze 1 und 2» nicht nachgeprüft werden darf, und die Schiedseinrede in diesen beiden Absätzen nicht erwähnt wird. Entsprechend kann die gestützt auf die Schiedsklausel erhobene Unzuständigkeitseinrede der Beschwerdegegnerin vorliegend nicht gehört werden. Deshalb kann die Beschwerdegegnerin auch aus der Tatsache, dass sie diese Einrede bereits vor dem italienischen Sachgericht erhob, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Immerhin belegen die von ihr diesbezüglich eingereichten Unterlagen aber, dass der italienische Instruktionsrichter beim Tribunale di Brescia die Vollstreckbarkeitsverfügung vom 30. November 2005 erst erliess, nachdem das Verfahren wegen der Unzuständigkeitseinrede der Beschwerdegegnerin zwischenzeitlich ausgesetzt und dem Kassationshof in Rom vorgelegt worden war, und dass der Beschwerdegegnerin in Italien somit auch hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage das rechtliche Gehör gewährt wurde. Auch unter diesem Gesichtspunkt liegt mithin kein Anerkennungsverweigerungsgrund vor.(...)

(...)

e) aa) Nach Art. 38 Abs. 1 LugÜ kann das mit dem Rechtsbehelf im Vollstreckungsverfahren nach Art. 32 ff. LugÜ befasste Gericht auf Antrag der Partei, die ihn eingelegt hat, das Verfahren aussetzen, wenn gegen die Entscheidung im Ursprungsstaat ein ordentlicher Rechtsbehelf eingelegt oder die Frist für einen solchen Rechtsbehelf noch nicht verstrichen ist. Stattdessen kann das Gericht die Zwangsvollstreckung nach Absatz 3 dieser Bestimmung aber auch von der Leistung einer Sicherheit, die es bestimmt, abhängig machen. Da diese Bestimmung dem Schutz des Schuldners dient, kann ihre Anwendbarkeit nicht davon abhängen, ob der Gläubiger das Vollstreckungsverfahren nach den Art. 32 ff. LugÜ oder das Rechtsöffnungsverfahren gewählt hat (vgl. dazu vorstehend Erwägung 1. b). Ihre Anwendung ist daher nachfolgend auch für den vorliegenden Fall zu prüfen.

bb) Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist zum einen ein entsprechender Parteiantrag, zum anderen die erfolgte Einlegung eines ordentlichen Rechtsbehelfs gegen die Entscheidung im Ursprungsstaat, resp. die Möglichkeit der Einlegung eines solchen Rechtsbehelfs. Mit ihrem Einwand betreffend Sicherheitsleistung hat die Beschwerdegegnerin sinngemäss zugleich die Anordnung ei-

ner solchen für den Fall der Vollstreckbarerklärung des «decreto ingiuntivo» beantragt. Damit ist die erste Voraussetzung erfüllt. Da das «decreto ingiuntivo» durch die Verfügung des Instruktionsrichters vom 30. November 2005 nur vorläufig vollstreckbar erklärt wurde, steht es bis zum Endentscheid im italienischen Verfahren unter dem Vorbehalt der Abänderung. Die Situation ist mithin analog wie bei der Einlegung eines ordentlichen Rechtsmittels, womit auch die zweite Voraussetzung für die Anordnung einer Sicherheitsleistung nach Art. 38 Abs. 3 LugÜ erfüllt ist. Das vorläufig vollstreckbar erklärte «decreto ingiuntivo» vom 24. Februar 2003 nimmt die Entscheidung in der Hauptsache vor Abschluss des Hauptverfahrens, und in casu auch vor Durchführung des Beweisverfahrens, vorweg. Es handelt sich mithin um eine der schweizerischen Rechtsordnung unbekannte Leistungsverfügung, mit welcher die vorläufige Erbringung einer vertraglichen Hauptleistung angeordnet wird. Ihre vorbehaltlose Vollstreckung durch Erteilung der definitiven Rechtsöffnung erschiene mit Blick auf ihren vorläufigen Charakter problematisch. Deshalb ist es angezeigt, die Zwangsvollstreckung von einer Sicherheitsleistung in der Höhe von CHF 540'000.– abhängig zu machen (vgl. auch den zitierten Beschluss des Oberlandesgerichts Celler vom 3. Januar 2007, E.6). (...)

Justizkommission, 16. März 2007

(Das Schweizerische Bundesgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde am 31. August 2007 abgewiesen).

Art. 85a SchKG. – Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG steht auch bei öffentlich-rechtlichen Forderungen zur Verfügung, wobei das Verfahren grundsätzlich bis zum Vorliegen einer rechtsbeständigen Verfügung der zuständigen Behörde zu sistieren ist. Der Zivilrichter kann danach lediglich feststellen, ob eine solche Verfügung zur Begründung der Forderung vorliegt oder nicht (E. 2a). Die Möglichkeit zur vorsorglichen Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG besteht grundsätzlich auch bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen. Liegt bereits eine rechtskräftige Verfügung vor, ist sie aber nur in besonderen Fällen anzuordnen (E. 2b). Dabei genügt es bei einer Betreibung auf Sicherheitsleistung nicht, dass eine rechtskräftig verfügte Sicherstellungsforderung erheblich höher ist als die sicherzustellende öffentlich-rechtliche Forderung. Ist der nach Durchführung der Verwertung zugunsten der Gläubiger hinterlegte Betrag ohnehin kleiner als die zu sichernde Forderung, fehlt es für die vorläufige Einstellung der Betreibung nämlich schon an einem schutzwürdigen Interesse (E. 4).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit zwei Sicherstellungsverfügungen verpflichtete das Steueramt des Kantons X. (in Vertretung des Kantons X. und der Eidgenossenschaft als Beschwerdegegner) den Beschwerdeführer, zur Deckung der in zwei Verfahren wegen Steuerhinterziehung noch auszufällenden Bussen einen Betrag von je CHF 160'000.– sicherzustellen. Gestützt auf diese beiden Sicherstellungsverfügungen wurden drei Konti des Beschwerdeführers mit Guthaben im Gesamtwert von CHF 125'385.85 sowie ein Personenwagen des Beschwerdeführers mit einem Schätzwert von CHF 8'000.– gepfändet. Die Ehefrau des Beschwerdeführers wurde mit Forderungen von insgesamt CHF 86'809.60 zum privilegierten Anschluss an dieser Pfändung zugelassen. In der Folge wurde der Beschwerdeführer rechtskräftig zur Bezahlung von zwei Bussen von je CHF 66'000.– verurteilt. Daraufhin stellte er beim Steueramt des Kantons X. zwei separate Revisionsbegehren, in denen er um Reduktion der beiden Sicherstellungsverfügungen auf je CHF 66'000.– ersuchte. Beim Kantonsgericht Zug erhob der Beschwerdeführer sodann gestützt auf Art. 85a SchKG Klage gegen die Beschwerdegegner auf Feststellung des Nichtbestandes der beiden Betreibungsforderungen im jeweils CHF 66'000.– übersteigenden Betrag sowie auf endgültige Einstellung der beiden Betreibungen im selben Betrag. Zugleich beantragte er die vorläufige Einstellung der beiden Betreibungen nach Art. 85a Abs. 2 SchKG, was das Kantonsgericht ablehnte. Gegen diesen abweisenden Beschluss betreffend vorläufige Einstellung erhob er Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 85a SchKG kann der Betriebene jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist (Abs. 1). Erscheint dem Gericht die Klage als sehr wahrscheinlich begründet, so stellt es die Betreibung vorläufig ein (Abs. 2). Heisst das Gericht die Klage gut, so hebt es die Betreibung auf oder stellt sie ein (Abs. 3). Der Prozess wird im beschleunigten Verfahren geführt (Abs. 4). Die Klage nach Art. 85a SchKG weist eine Doppelnatur auf. Einerseits bezweckt sie als materiellrechtliche Klage die Feststellung der Nichtschuld bzw. Stundung, andererseits hat sie betreibungsrechtliche Wirkung, indem der Richter mit ihrer Gutheissung die Betreibung aufhebt oder einstellt (BGE 132 III 89 E. 1.1). Hauptziel der Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG bildet trotz ihrer Doppelnatur die Aufhebung bzw. Einstellung der Betreibung (BGE 127 III 41). Sie steht deshalb auch bei öffentlich-rechtlichen Ansprüchen zur Verfügung, wobei das Verfahren grundsätzlich bis zum Vorliegen einer rechtsbeständigen, d. h. unwiderrufbaren, Verfügung der zuständigen Behörde zu sistieren ist. Sobald eine solche Verfügung ergeht, ist sie für den Zivilrichter

bindend. Dieser kann mit Blick auf öffentlich-rechtliche Geldforderungen in «materiell-rechtlicher» Hinsicht somit lediglich feststellen, dass eine rechtsbeständige Verfügung zur Begründung der Forderung vorliegt oder nicht (Luca Tenchio, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Zürich 1999, S. 132 ff.; Bernhard Bodmer, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 26 zu Art. 85a SchKG). Die Möglichkeit der vorsorglichen Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG besteht grundsätzlich auch bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen. Voraussetzung ist, dass dem Gericht die Klage als «sehr wahrscheinlich begründet» erscheint, d. h. die Prozesschancen des Klägers deutlich besser sind als diejenigen des Beklagten. Die Hürde ist allerdings nicht allzu hoch anzusetzen, da die vorläufige Einstellung der Betreibung erst nach dem Pfändungsvollzug angeordnet werden und mithin die vermögensrechtlichen Interessen des Gläubigers nicht gefährden kann (Tenchio, a. a. O., S. 169). Liegt bereits eine rechtskräftige Verfügung vor, wird der Massnahmerichter die vorläufige Einstellung der Betreibung allerdings nur in besonderen Fällen anordnen, etwa wenn die Hauptklage auf Tilgung oder Stundung geht und diesbezügliche eine günstige Hauptsacheprognose besteht (Tenchio, a. a. O., S. 175 f.).

(...)

4. a) Die in den beiden Betreibungen Nrn. XXXX und YYYYY des Betreibungsamtes Zug prosequierten Sicherstellungsforderungen basieren auf zwei rechtskräftigen Sicherstellungsverfügungen des Steueramtes des Kantons Aargau vom 18. November 2005. Diese stützen sich auf Art. 169 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG) bzw. auf § 232 des Steuergesetzes des Kantons Aargau vom 15. Dezember 1998. Da beide Gesetze die Möglichkeit der Revision rechtskräftiger Verfügungen vorsehen (Art. 147 ff. DBG; § 201 ff. des Aargauischen Steuergesetzes), sind die beiden Sicherstellungsverfügungen des Steueramtes Aargau nicht in dem Sinne rechtsbeständig, als dass der Bestand der durch sie begründeten Sicherstellungsforderungen für den Zivilrichter bindend feststeht (Tenchio, a. a. O., S. 135 ff.). Vielmehr besteht aufgrund der vom Beschwerdeführer eingereichten Revisionsbegehren vom 3. Oktober 2006 die Möglichkeit, dass die fraglichen Sicherstellungsforderungen teilweise reduziert werden. Dies führt vorliegend allerdings nur dann zur vorläufigen Einstellung der beiden Betreibungen, wenn die Gutheissung der vom Beschwerdeführer beim Steueramt des Kantons Aargau eingereichten Revisionsbegehren deutlich wahrscheinlicher erscheint als die Abweisung dieser Begehren.

b) Im Gegensatz zur Betreibung auf Geldzahlung dient die Betreibung auf Sicherheitsleistung der Durchsetzung eines Anspruchs darauf, dass der Schuldner für die Erfüllung einer ihm obliegenden Pflicht eine Sicherheit leiste, auf die gegriffen werden kann, wenn er seine Pflicht nicht erfüllt. Ziel der Betreibung auf Sicherheitsleistung ist grundsätzlich die Leistung der beanspruchten Sicherheit in Geld. Die Sicherheitsleistung in Geld ist allerdings nicht mit der eigentlichen Geldzahlung zur Tilgung der Geldschuld zu verwechseln. Das beim Betreibungsamt sicherheitshalber erlegte Geld oder der Erlös aus den verwerteten Gegenständen werden bei der kantonalen Depositanstalt auf den Namen des Schuldners als Sicherheit für die geschuldete Geldzahlung hinterlegt. Dem Gläubiger darf nichts davon ausgezahlt werden; denn die ihm sicher gestellt Geldforderung bleibt weiter bestehen. Nur wer auf Geldzahlung betreibt, wird befriedigt (BGE 129 III 193 E. 2 [= Pra 2003, Nr. 162]; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Auflage, Bern 2003, S. 58 f.; Ferdinand Fessler, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2b, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], Art. 88–222, Basel 2000, N 60 ff. zu Art. 169 DBG).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die in Betreibung gesetzten Sicherstellungsorderungen entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht denkbare durch die definitiv festgesetzte Bussenhöhe begrenzt sind. Es handelt sich dabei nämlich um selbständige, durch die Sicherstellungsverfügungen vom 18. November 2005 begründete, öffentlich-rechtliche Forderungen, welche von den Bussen, deren Vollstreckung sie sichern sollen, zu unterscheiden sind. Inwiefern die definitive Festsetzung der vom Beschwerdeführer zu bezahlenden Steuerbussen nach den massgeblichen Gesetzen tatsächlich einen Revisionsgrund hinsichtlich der fraglichen Sicherstellungsverfügungen darstellt, ist durch die zuständigen Steuerbehörden zu beurteilen. Immerhin haben die beiden Betreibungen vorliegend nur zur Sicherstellung eines Betrages von CHF 125'385.85 geführt, womit die Bussenforderungen der Beschwerdegegner von insgesamt CHF 132'080.00 (inkl. Verfahrenskosten) nicht vollständig gesichert sind. Durch den gerichtlich zugelassenen Pfändungsanschluss der Ehefrau des Beschwerdeführers wird der zugunsten der Beschwerdegegner sichergestellte Betrag weiter verringert, und er würde es noch mehr, wenn die Sicherstellungsverfügungen im vom Beschwerdeführer beantragten Sinn revidiert würden. Unter diesen Umständen erscheint es aber entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers keinesfalls evident, dass das Steueramt des Kantons Aargau eine solche Revision, welche in casu dem Zweck der Sicherstellungsverfügung zuwiderlaufen würde, tatsächlich vornehmen wird. Ist aber die Gutheissung der Revisionsbegehren des Beschwerdeführers nicht deutlich wahrscheinlicher als ihre Abweisung, ist auch die gesetzlich vorgesehene Voraussetzung für die vorläufige Einstellung der Betreibung, die positive Hauptsacheprognose, nicht erfüllt.

Abgesehen davon fehlt es vorliegend auch an einem schutzwürdigen Interesse des Beschwerdeführers am Erlass der beantragten Massnahme. Da die vorläufige Einstellung der Betreibung in der Betreibung auf Pfändung erst nach Vollzug der Pfändung zulässig ist (Art. 85a Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), kann ihre Wirkung je nach Verfahrensstand entweder darin bestehen, die Verwertung bereits gepfändeter Vermögensgegenstände oder zumindest die Verteilung des dabei erzielten Erlöses zu verhindern. Vorliegend wurden die Guthaben auf den Konti bei der Credit Suisse Zug vom Betreibungsamt Zug anlässlich des Pfändungsvollzugs wie erwähnt gestützt auf Art. 100 SchKG von Amtes wegen eingezogen. Ein Verwertungsbegehren seitens der Gläubiger des Beschwerdeführers war diesbezüglich nicht erforderlich. Eines solchen hätte es hingegen für die Verwertung des gepfändeten Personenwagens bedurft. Die Gläubiger des Beschwerdeführers haben die diesbezügliche Frist, welche am 13. Februar 2007 ablief, allerdings unbenutzt verstreichen lassen, womit die Betreibung mit Bezug auf den Personenwagen erloschen ist (Art. 121 SchKG). Nach dem Gesagten könnte die Wirkung der vorläufigen Einstellung der Betreibung in casu somit einzig darin bestehen, dass das Betreibungsamt mit der Erstellung eines Kollokations- und Verteilungsplans hinsichtlich des gepfändeten Betrags von CHF 125'385.85 sowie mit dessen Verteilung zuwarten müsste. Ein schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers an einem solchen Aufschub des Verteilungsverfahrens ist nun aber gerade im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Die von den CHF 125'385.85 zugunsten der Beschwerdegegner als Vollstreckungs-substrat zu hinterlegenden Teilbeträge sind nämlich ohnehin kleiner als die dem Beschwerdeführer auferlegten Bussen (inkl. Verfahrenskosten) von CHF 132'080.—. Die Gefahr, dass die Sicherstellungsforderungen der Beschwerdegegner durch das hängige Betreibungsverfahren in einem die sicherzustellenden Bussenforderungen übersteigenden Betrag vollstreckt werden, ist damit von vornherein ausgeschlossen. Es ist deshalb vorliegend auch nicht ersichtlich, worin das schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers an einer allfälligen Feststellung der Reduktion der beiden Sicherstellungsverfügungen überhaupt bestehen soll. Sein Einwand, wonach die Verweigerung der vorläufigen Einstellung den Beschwerdegegnern ermöglichen, das gepfändete Substrat verteilen zu lassen und so seine Feststellungsklage obsolet zu machen, läuft damit ebenfalls ins Leere. Kein schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers stellt schliesslich das Interesse seiner Ehefrau dar, aufgrund der aus heutiger Sicht zu hohen Sicherstellungsforderungen der Beschwerdegegner im Kollokationsplan nicht benachteiligt zu werden, steht seiner Ehefrau zur Durchsetzung ihrer eigenen Interessen doch die Kollokationsklage nach Art. 148 SchKG zur Verfügung.

Justizkommission, 25. April 2007

Art. 229 SchKG. – Ausweisung des Gemeinschuldners aus dessen Einfamilienhaus. Ausweisung im konkreten Fall bejaht.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 229 SchKG kann die Konkursverwaltung dem Schuldner, namentlich wenn sie ihn anhält, zu ihrer Verfügung zu bleiben, einen billigen Unterhaltsbeitrag gewähren (Abs. 2). Die Konkursverwaltung bestimmt sodann, unter welchen Bedingungen und wie lange der Schuldner und seine Familie in der bisherigen Wohnung verbleiben dürfen, sofern diese zur Konkursmasse gehört (Abs. 3).

Besitzt der Schuldner ein eigenes, zur Konkursmasse gehörendes Haus, das er mit seiner Familie bewohnt, kollidieren deren Interessen auf Weiterbenützung mit denen der Gläubiger an einer ungehinderten Verwertung dieses Vermögensgegenstandes. Aus diesem Grunde kann die Konkursverwaltung bestimmen, wie lange und zu welchen Konditionen (insbesondere gegen welche durch den Schuldner zu leistende Entschädigung) der Schuldner und seine Familie im fraglichen Haus verbleiben dürfen. Dabei handelt es sich um einen ausgesprochenen Ermessensentscheid. Das bedeutet, dass die Regelung den Umständen angemessen sein und den besonderen Verhältnissen gerecht werden muss (Urs Lustenberger, Basler Kommentar zum SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 12 f. zu Art. 229). Die mit der Revision des SchKG 1994 geänderte Bestimmung macht mithin deutlich, dass der Gemeinschuldner keinen Rechtsanspruch auf unentgeltliches Wohnen besitzt. Die Konkursverwaltung kann also von ihm durchaus einen Mietzins verlangen (Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991, Separatdruck, S. 140). Fest steht auch, dass der in der Betreibung auf Pfändung oder auf Grundpfandverwertung anwendbare Art. 19 VZG, wonach der Schuldner bis zur Verwertung des Grundstücks weder zur Bezahlung einer Entschädigung für die von ihm benutzte Wohnung noch zu deren Räumung verpflichtet werden kann, auf das Konkursverfahren keine Anwendung findet (BGE 117 III 65 E.1, Botschaft, a. a. O., S. 140). Widersetzt sich der Schuldner also einer Räumung der Liegenschaft, so kann ihn die Konkursverwaltung entweder direkt (nötigenfalls mit Unterstützung der Polizei) oder gemäss kantonalem Zivilprozessrecht ausweisen, wobei die rechtskräftige Verfügung der Konkursverwaltung als Vollstreckungstitel ausreicht und sich ein richterlicher Befehlsentscheid erübrigt (Urs Lustenberger, a. a. O., N 15 zu Art. 229 mit Hinweis auf BISchK 1995, S. 180).

2. Im vorliegenden Fall konnten die Beschwerdeführer seit der Konkurseröffnung vom 8. April 2004 bis zum 1. Juni 2006, mithin über zwei Jahre kostenlos in der Liegenschaft wohnen bleiben. Die Beschwerdeführer hatten mithin reichlich Zeit,

sich nach einer geeigneten Wohnung umzusehen und einen Wechsel ihres Domizils von langer Hand vorzubereiten. Daran vermögen auch die massiven gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers 2, sein Alter und die Tatsache, dass es sich bei der Liegenschaft – wie geltend gemacht wird – um das Familienheim handelt, in dem die Beschwerdeführer während mehr als 40 Jahren lebten, nichts zu ändern. Bei allem Verständnis für die schwierige und belastende Situation für die beschwerdeführenden Eheleute, ist nicht zu verkennen, dass das Konkursamt deren Interessen sehr weit entgegen gekommen ist und die Interessen der Gläubiger, namentlich der Grundpfandgläubiger, auf der anderen Seite bislang reichlich strapaziert hat. Gemäss Art. 270 SchKG soll das Konkursverfahren nämlich innert einem Jahr nach der Eröffnung des Konkurses durchgeführt sein. Auch wenn es sich bei dieser Frist um eine Ordnungsfrist handelt, die gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung nötigenfalls durch die Aufsichtsbehörde verlängert werden kann, kommt damit doch zum Ausdruck, in welchen Zeiträumen das Konkursverfahren nach der Vorstellung des Gesetzgebers durchgeführt werden sollte. Das Konkursamt liess sich offenbar denn auch namentlich deshalb dazu bereit finden, die Beschwerdeführer derart lange Zeit in der Liegenschaft zu belassen, weil es dem Beschwerdeführer 2 gelang, das Konkursamt glauben zu machen, dass ihm von dritter Seite Mittel in der Höhe von mehreren Millionen Franken in Aussicht stünden, um einen Konkurswiderruf bewerkstelligen zu können. Wenn der Beschwerdeführer 2 sich an diese Hoffnung klammerte und sich – wie dessen Rechtsvertreter ausführt – geradezu darauf versteift und schliesslich die Realität fast vollständig ausgeblendet haben soll, kann er dem Konkursamt dessen äusserst entgegenkommendes und nachsichtiges Verhalten wohl nicht zum Vorwurf machen. Er hat daraus doch wohl nur Vorteile gezogen. Er hat es sich aber auch selbst zuzuschreiben, wenn er unter diesen – wie sich zumindest nachträglich gezeigt hat – unrealistischen Erwartungen mit dem Konkursamt am 4. Oktober 2006 vereinbarte, das eheliche Haus bis Mitte Oktober 2006 zu verlassen, falls bis dahin die erwähnten Mittel nicht zur Verfügung stehen würden. Wenn der Beschwerdeführer 2 sodann geltend macht, er sei psychisch und physisch derart angeschlagen gewesen, dass seine Handlungs- und Urteilsfähigkeit phasenweise stark eingeschränkt sei, womit er allenfalls geltend machen will, die Vereinbarung vom 4. Oktober 2006 sei unbeachtlich, ändert das ebenfalls nichts. Das Konkursamt ist eben ohne Zustimmung des Schuldners berechtigt zu bestimmen, wann das Haus geräumt werden muss. Es änderte denn auch nichts, wenn der Beschwerdeführer 2 diese Vereinbarung nicht unterzeichnet hätte. Das Konkursamt war ohnehin verpflichtet, die notwendigen Schritte in die Wege zu leiten, um die Liegenschaft nun endlich der Verwertung zuführen zu können. In der Tat kann nach dieser langen Dauer, wie das Konkursamt zu Recht festhält, auch nicht mehr von einer grossen Härte gesprochen werden,

welche gegenüber den Interessen der Gläubiger auf Verwertung der Liegenschaft und Verteilung des Erlöses schwerer wöge. Ebenso wenig können die Beschwerdeführer zu ihren Gunsten aus der Tatsache etwas herleiten, dass der Beschwerdeführer 2 seine Ehefrau, die Beschwerdeführerin 1, offenbar über die Situation nicht informierte. Dem Konkursamt kann diesbezüglich kein Vorwurf gemacht werden. Mit Recht weist es darauf hin, dass es in erster Linie Sache des Beschwerdeführers 2 war, die Beschwerdeführerin 1 über diese wichtigen Ereignisse zu informieren (Art. 159 Abs. 3 ZGB) und das Konkursamt in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass dies auch tatsächlich geschehe. Nach der über zweijährigen Dauer des Verbleibens in dem zur Konkursmasse gehörenden ehelichen Haus hätte aber selbst der Einbezug der Beschwerdeführerin 1 nichts mehr an der Ausweisung ändern können. Nachdem mittlerweile durch das vorliegende Beschwerdeverfahren und der damit verbundenen aufschiebenden Wirkung weitere vier Monate verstrichen sind, während denen die Beschwerdeführer im fraglichen Haus wohnen bleiben konnten, ist diese Argumentation ohnehin obsolet.

3. Die Beschwerdeführer sind schliesslich der Auffassung, dass nichts dagegen spreche, dass sie bis zum definitiven Verkauf der Liegenschaft im Haus verblieben. Indes ist notorisch, dass eine vom Gemeinschuldner bewohnte Liegenschaft auf einer Versteigerung oder bei einem Freihandverkauf einen geringeren Erlös erzielt, weil das Risiko besteht, dass der Erwerber sich mit einer – allenfalls langwierigen und belastenden – Ausweisung des bisherigen Eigentümers herumschlagen muss. Mit Recht bemerkt das Konkursamt in diesem Zusammenhang, dass der Beschwerdeführer durch sein bisheriges Verhalten zur Genüge gezeigt habe, dass er die Liegenschaft denn auch kaum freiwillig verlassen werde. Dass der Beschwerdeführer 2 weiterhin die vereinbarte Entschädigung für das Bewohnen der Liegenschaft bezahlt, wie er geltend macht, ändert daran nichts. Im Übrigen geht aus den Konkursakten hervor, dass der Beschwerdeführer 2 seit März 2007 die «Mietzinszahlungen» offenbar erneut eingestellt hat. Das Konkursamt ist verpflichtet, die Liegenschaft nun so rasch als möglich und zu den besten Konditionen zu verwerten.

Justizkommission als AB SchK, 2. Mai 2007

Art. 63 KOV – Das Konkursamt hat über den Bestand von Bauhandwerkerpfandrechten im Lastenverzeichnis definitiv zu verfügen, wenn zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bei Gericht ein Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes anhängig ist. Art. 63 KOV ist nicht anwendbar.

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Beschwerdeführerin verweist in ihrer Begründung auf ein Urteil des Bundesgerichts (BGE 119 III 126). Gemäss diesem sei auch über beschränkte dingliche Rechte im Lastenbereinigungsverfahren und somit im Kollokationsprozess zu entscheiden. Die Gebote der Prozessökonomie und der raschen Abklärung der Ansprüche im Konkurs verlangten, dass auch mit Bezug auf die Bauhandwerkerpfandrechte im Lastenbereinigungsverfahren entschieden werde, sofern der Prozess über die endgültige Eintragung nicht schon vor Konkursöffnung im Sinne von Art. 63 KOV hängig sei. Da beim Bezirksgericht Brugg erst ein Verfahren betreffend endgültige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes anhängig sei, wobei die Klageeinleitung im Januar 2007 erfolgt sei, würden keine Prozesse im Sinne des Art. 63 KOV vorliegen. Über die endgültige Eintragung der vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte sei im Lastenbereinigungs- bzw. Kollokationsverfahren zu entscheiden.

b) Dem entgegnet das Konkursamt, das Gerichtspräsidium habe die summarischen Verfahren betreffend Bauhandwerkerpfandrechte gestützt auf Art. 207 Abs. 1 SchKG sistiert. Art. 63 KOV normiere, dass Prozesse, die nach Art. 207 SchKG sistiert worden seien, nur pro memoria aufzunehmen seien. Der Entscheid über die Fortsetzung derselben obliege den Gläubigern. Die Konkursverwaltung habe deshalb nicht anders verfahren können, als diese Forderungen im Sinne von Art. 63 KOV pro memoria im Lastenverzeichnis aufzunehmen. Vor dem Hintergrund des vorliegenden Beschwerdeverfahrens habe die Konkursverwaltung beim Gerichtspräsidium Brugg eine Wiedererwägung der Sistierungsverfügungen gemäss Art. 207 SchKG und eine Sistierung gemäss Art. 272 Abs. 1 der Aargauischen Zivilprozessordnung beantragt. Auf dieses Begehren sei jedoch nicht eingetreten worden.

2. a) Zum Zeitpunkt der Konkursöffnung waren beim Gerichtspräsidium Brugg sieben Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes anhängig, nachdem Letztere im Sinne einer superprovisorischen Massnahme im Grundbuch vorgemerkt wurden. Beim Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes handelt sich um ein dem eigentlichen Pfandrechtsprozess vorgelagertes Verfahren. Es ist auf die Bestätigung der superprovisorischen Anordnung ausgerichtet und hat somit lediglich eine vorsorgliche

Massnahme zum Gegenstand (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. A., Zürich 1982, Nr. 744). Beurteilt werden darin somit weder der materielle Bestand des Pfandrechts noch der Bestand der obligationenrechtlichen Forderung. Mit anderen Worten war zum Zeitpunkt der Konkursöffnung kein Prozess über den Bestand des Bauhandwerkerpfandrechts und erst recht keiner über die obligationenrechtliche Forderung hängig. Dies hat mithin zur Folge, dass Art. 63 KOV vorliegend nicht zum Zuge kommen kann, setzt dieser doch voraus, dass im Zeitpunkt der Konkursöffnung ein Prozess anhängig ist, welcher eine streitige Forderung zum Gegenstand hat.

Die Ansicht des Konkursamtes, wonach es im Falle der Sistierung eines Prozesses gemäss Art. 207 SchKG gezwungen sei, die entsprechenden Forderungen im Sinne von Art. 63 KOV pro memoria im Lastenverzeichnis aufzunehmen, hält aufgrund des eben Ausgeführten nicht Stich. Es trifft zwar zu, dass die Konkursverwaltung über Forderungen, die im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits Gegenstand eines Prozesses bilden, nichts zu entscheiden hat. Die vorliegend gemäss Art. 207 SchKG eingestellten Verfahren haben jedoch wie erwähnt nur die vorsorglichen Massnahmen zum Gegenstand. Prozesse über die definitive Eintragung im Grundbuch und damit über Bestand des Pfandrechts waren damit zum Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht anhängig und entsprechend auch nicht im Sinne von Art. 207 SchKG sistiert. Im Übrigen ist das Konkursamt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinzuweisen, dass die Gebote der Prozessökonomie und der raschen Abklärung der Ansprüche im Konkurs dazu führen, dass mit Bezug auf die Bauhandwerkerpfandrechte im Lastenbereinungsverfahren zu entscheiden ist (BGE 119 III E. 2).

b) Was das einzige nach Konkursöffnung anhängig gemachte Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts betrifft, welches ebenfalls im Sinne einer superprovisorischen Massnahme im Grundbuch vorgemerkt wurde, kommt eine Anwendung von Art. 63 KOV schon deshalb nicht in Frage, da es eben gerade nach Konkursöffnung anhängig gemacht wurde. Auch über dieses Bauhandwerkerpfandrecht ist mithin im Lastenbereinungsverfahren zu entscheiden.

c) Aufgrund des Ausgeführten ist das Konkursamt anzuweisen, über den Bestand der Bauhandwerkerpfandrechte im Lastenverzeichnis definitiv zu verfügen. Eine allfällige Abweisung des Anspruches durch das Konkursamt eröffnet dem Anspruchsberechtigten die Möglichkeit, diesen Entscheid mit Kollokationsklage beim Zivilgericht anzufechten (Art. 250 SchKG). Zwar wird über die Kollokationsklage nicht im ordentlichen, sondern gemäss Art. 250 Abs. 3 SchKG im beschleunigten

Verfahren entschieden und das Urteil entfaltet seine Wirkung grundsätzlich nur im Konkurs, jedoch wird auch über die Kollokationsklage in einem den Anforderungen an einen Zivilprozess genügenden Verfahren mit voller Beweisabnahme entschieden (BGE 119 III 124).

Justizkommission als AB SchK, 23. August 2007

## VI. Strafrecht

Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB; Art. 17 Abs. 3 BV – Quellenschutz. Voraussetzungen für die Aufhebung des Schutzes des Journalisten vor Strafe bzw. prozessualen Zwangsmassnahmen.

Aus den Erwägungen:

1. Die schweizerische Bundesverfassung gewährleistet in Art. 17 Abs. 3 das Redaktionsgeheimnis. Es schützt die Medienschaffenden unter anderem davor, ihre Quellen im Rahmen eines Strafverfahrens preisgeben zu müssen. Das Recht der Medienschaffenden auf Zeugnisverweigerung geht damit grundsätzlich dem Interesse an der Strafverfolgung vor. Der Schutz der Quelle des Journalisten kann nur aufgehoben werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht, es im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig erscheint, den Beschwerdeführer zur Aussage zu verpflichten. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob vorliegend die eben genannten Voraussetzungen gegeben sind.

2. a) Gemäss Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB gilt der Schutz des Journalisten vor Strafe bzw. prozessualen Zwangsmassnahmen unter anderem dann nicht, wenn ohne das Zeugnis ein Verbrechen, das mit einer Mindeststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, nicht aufgeklärt werden oder der einer solchen Tat Beschuldigte nicht ergriffen werden kann. Diese Bestimmung stellt in abstrakter Weise eine genügende gesetzliche Grundlage dar, um bei Verdacht auf qualifizierte Brandstiftung im Sinne von Art. 221 Abs. 2 StGB den Quellenschutz zu durchbrechen.

b) Vorliegend führt das Untersuchungsrichteramt ein Strafverfahren gegen eine unbekannte Täterschaft wegen mehrfacher Brandstiftung bzw. mehrfachen Brandstiftungsversuchs im Aegerital, beginnend im Mai 2005. Bezüglich des jüngsten Brandereignisses vom 20. Februar 2007, über welches der Beschwerdeführer kurz nach dem vermuteten Brandausbruch per SMS informiert wurde, kommt die Zuger Polizei in ihrem Rapport zum Schluss, dass der Brand eindeutig absichtlich gelegt wurde, da im Zuge der Spurensicherung in unmittelbarer Nähe eine Kunststoffgetränkeflasche, eine Holzlatte und ein Rundholz mit Resten eines Brandbeschleunigers sichergestellt werden konnten. Aufgrund dieser Erkenntnisse ist der dringende Tatverdacht auf Brandstiftung im Sinne von Art. 221 Abs. 1 StGB zu bejahen. Anhaltspunkte, dass der Täter wissentlich Leib und Leben von Menschen in Gefahr

gebracht hätte, so dass die Strafandrohung dieses qualifizierten Tatbestandes von drei Jahren Freiheitsstrafe zum Zuge käme (vgl. Abs. 2), bestehen jedoch nicht. Das behauptet denn das Untersuchungsrichteramt auch nicht. Es ist also von einem dringenden Tatverdacht auf den Grundtatbestand der Brandstiftung gemäss Abs. 1 auszugehen, welcher Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr vorsieht. Eine isolierte Betrachtung des Ereignisses vom 20. Februar 2007 führt damit zum Ergebnis, dass keine Tat im Sinne des Kataloges gemäss Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB vorliegt.

c) Das Untersuchungsrichteramt führt in seiner Vernehmlassung vom 28. März 2007 aus, es gehe nicht an, bei der Überprüfung der Voraussetzung zur Aufhebung des Quellenschutzes nur auf den Brand vom 20. Februar 2007 abzustellen, sondern diese sei im Kontext der ganzen ungeklärten Brandserie im Ägerital vorzunehmen. Zumindest anlässlich der Brandstiftung vom 13. August 2006 habe die unbekannte Täterschaft wissentlich Leib und Leben von Menschen in Gefahr gebracht. Die absichtlich in Brand gesetzte Scheune stehe in unmittelbarer Nähe zu verschiedenen Wohnliegenschaften, zur Liegenschaft X. sogar lediglich in einer Entfernung von 10 Metern. Aufgrund der raschen Brandentwicklung bis zum Vollbrand innert kurzer Zeit hätten die gefährdeten Wohnhäuser evakuiert werden müssen. Der Beschwerdeführer bestreitet demgegenüber mit Nichtwissen, dass die Brandstiftung vom 13. August 2006 in einem direkten Zusammenhang mit dem Brand vom 20. Februar 2007 stehe. Die Voraussetzung einer mit drei Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Straftat zur Aufhebung des Quellenschutzes sei somit nicht erfüllt.

d) Die Brandereignisse vom 13. August 2006 und vom 20. Februar 2007 weisen bezüglich Zeitpunkt und Brandobjekt auffällige Parallelen auf. In beiden Fällen war es eine Scheune, welche am frühen Morgen (03.15 Uhr bzw. 06.30 Uhr) in Brand geriet. Hinzu kommt, dass sich beide Brandobjekte auf dem Gemeindegebiet Oberägeris befinden, also nahe beieinander liegen. Beim Brand vom 13. August 2006 ist gemäss Rapport der Zuger Polizei die Brandursache zwar nicht bekannt, es dürfte aber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Brandstiftung als Ursache in Frage kommen. Aufgrund dieser Umstände besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die beiden genannten Brandereignisse in Zusammenhang stehen, mithin von der selben Täterschaft verursacht wurden. Somit stellt sich die Frage, ob im Falle des Brandereignisses vom 13. August 2006 der Verdacht auf Erfüllung des Tatbestandes von Art. 221 Abs. 2 StGB gegeben ist, also ob der Täter mit der von ihm verursachten Feuersbrunst willentlich Leib und Leben von Menschen in Gefahr gebracht hat.

e) Die Verurteilung wegen qualifizierter Brandstiftung gemäss Art. 221 Abs. 2 StGB als vollendete Tat setzt voraus, dass durch die vom Täter mit Wissen und Willen verursachte Feuersbrunst, so wie sie sich ereignet hat, tatsächlich Leib und Leben von Menschen im genannten Sinn konkret gefährdet worden sind und dass der Täter diese Gefährdung gekannt und gewollt hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist angesichts der vergleichsweise hohen Strafdrohung von mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe für diesen Tatbestand eine grosse Wahrscheinlichkeit der Verletzung von Leib und Leben und damit ein nahe Gefahr erforderlich. Es genügt nicht, dass Menschen gefährdet worden wären, wenn das Feuer später, als es tatsächlich geschah, entdeckt bzw. gelöscht worden wäre. Massgebend ist insoweit nicht, was alles hätte geschehen können, sondern einzig, was sich tatsächlich ereignet hat. Wurde dank rascher Hilfeleistung niemand konkret gefährdet, so kommt, sofern die subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, allenfalls versuchte qualifizierte Brandstiftung in Betracht (BGE 123 IV 130 f.). Aus den im genannten Rapport der Zuger Polizei enthaltenen Aussagen von Auskunftspersonen geht hervor, dass bereits kurz nach Brandausbruch und noch vor Eintreffen der Feuerwehr sämtliche Personen der umliegenden Häuser evakuiert worden waren. Im Brandobjekt selber befanden sich nachweislich keine Menschen. Es steht mithin fest, dass dank der raschen Hilfeleistung niemand konkret gefährdet wurde. Die entfernte Möglichkeit, dass ein im Ausnahmekatalog aufgelisteter Straftatbestand erfüllt sein könnte, reicht zur Aufhebung des Redaktionsgeheimnisses nicht aus; erforderlich ist vielmehr ein dringender Tatverdacht (BGE 132 I 190). Entgegen der Ansicht des Untersuchungsrichteramtes liegt aufgrund der eben geschilderten Umstände des Brandes vom 13. August 2006 kein dringender Verdacht für die Erfüllung des Tatbestandes der qualifizierten Brandstiftung gemäss Art. 221 Abs. 2 StGB als vollendeter Tat vor. Ein im Ausnahmekatalog von Art. 28a Abs. 2 StGB enthaltener Straftatbestand liegt dementsprechend insoweit nicht vor.

Wie bereits erwähnt, ist allenfalls versuchte qualifizierte Brandstiftung in Betracht zu ziehen. Diesbezüglich gilt es zu beachten, dass gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB das Gericht die Strafe mildern kann, wenn der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht eintritt. Strafmilderung in diesem Sinne hat laut Art. 48a Abs. 1 StGB zur Folge, dass das Gericht nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden ist; die Bestimmung bewirkt also eine Erweiterung des Strafrahmens nach unten (Rehberg, Strafrecht II, 7. A. Zürich 2001, S. 55). Im Ergebnis bedeutet dies für den vorliegenden in Frage kommenden Tatbestand der versuchten qualifizierten Brandstiftung im Sinne von Art. 221 Abs. 2 StGB, dass die angedrohte Mindeststrafe weniger als drei Jahre Freiheitsstrafe beträgt. Dies hat letztlich zur Folge, dass eine versuchte qualifizierte Brandstiftung ebenfalls keinen im Ausnahmekatalog von Art. 28a Abs.

2 StGB aufgelisteten Straftatbestand darstellt, welcher eine Aufhebung des Redaktionsgeheimnisses zu rechtfertigen vermöchte. Bei diesem Ergebnis kann die Prüfung der weiteren Voraussetzungen (öffentliches Interesse sowie Verhältnismässigkeit) für die Aufhebung des Quellenschutzes unterbleiben.

Justizkommission, 11. Juli 2007

## V. Rechtspflege

### 1. Internationales Privatrecht

Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG. Anerkennung einer ausländischen Urkunde (Erb-schein). Zuständigkeit. Formulierung des Rechtsbegehrens. Weitere Vorausset-zungen.

Aus den Erwägungen:

...

3. Das Begehren auf Anerkennung oder Vollstreckung ist an die zuständige Behör-de des Kantons zu richten, in dem die ausländische Entscheidung geltend gemacht wird (Art. 29 Abs. 1 IPRG). Im Kanton Zug ist hierfür der Einzelrichter im summari-schen Verfahren zuständig (§ 135 Abs. 1 ZPO; § 226<sup>bis</sup> ZPO analog).

3.1 Die Gesuchsteller führten aus, «bei einer zugerischen Bank» befänden sich noch Vermögenswerte des Erblassers. Um über diesen Nachlass verfügen zu kön-nen, müssten sich die Gesuchsteller als berechtigt ausweisen. Sie hätten das vor-liegende Nachlassverzeichnis «einer Bank in Zug» zukommen lassen. Diese habe ein Exequaturverfahren verlangt, um die Gültigkeit des Legitimationsausweises feststellen zu lassen.

Im vorliegenden Fall haben die anwaltlich vertretenen Gesuchsteller lediglich behauptet, aber keineswegs glaubhaft gemacht, dass sich bei einer Bank in Zug Ver-mögenswerte des Erblassers befinden und diese Bank von den Gesuchstellern ein Exequaturverfahren verlangt hat, um die Gültigkeit des Legitimationsausweises feststellen zu lassen. Die Gesuchsteller haben weder den Namen dieser Bank ge-nannt, noch über die Art der Vermögenswerte Angaben gemacht. Entsprechende Beweise wurden auch nicht offeriert. Somit ist weder die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidiums Zug noch ein Rechtsschutzinteresse der Gesuch-steller gegeben. Auf das Gesuch kann somit nicht eingetreten werden.

3.2 Es kommt hinzu, dass der Antrag der Gesuchsteller unklar formuliert ist. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ist das Rechtsbegehren so zu formulieren, dass es bei vollständiger Gutheissung zum Inhalt des Dispositivs ge-

macht und ohne weitere Verdeutlichung auch vollstreckt werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 6 zu § 100 ZPO-ZH). Die Gesuchsteller beantragten, es sei das Nachlassverzeichnis von X. vom 13. Oktober 2006 als «Legitimationsausweis der Antragsteller» anzuerkennen. Worauf sich die Legitimation der Antragsteller beziehen soll, kann dem Antrag nicht entnommen werden. Auch aus diesem Grund kann auf das Gesuch nicht eingetreten werden.

4. Aber selbst wenn auf das Gesuch eingetreten werden könnte, müsste dieses aus folgenden Gründen abgewiesen werden:

4.1 Ausländische Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden, die den Nachlass betreffen, sowie Rechte aus diesem im Ausland eröffneten Nachlass werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers oder im Staat, dessen Recht er gewählt hat, getroffen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder wenn sie in einem dieser Staaten anerkannt werden (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG). Gegenstand der Anerkennung sind nicht nur Entscheidungen der streitigen und Massnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern auch Urkunden sowie Rechte aus einem im Ausland eröffneten Nachlass. Anerkennungsfähig im Sinne von Art. 25–29 IPRG sind ausländische Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden aber nur, wenn sie auf einem Verfahren beruhen oder von einer Person mit Amtsfunktion erlassen worden sind. Von grosser praktischer Bedeutung sind Urkunden, mit denen der Vertreter des Nachlasses (Ausweis des Nachlassverwalters oder Willensvollstreckers) oder eine am Nachlass materiell berechnigte Person (Erbschein) legitimiert wird. Mit der Anerkennung einer ausländischen Urkunde als Legitimationsausweis wird lediglich deren Gültigkeit festgestellt. Ob jedoch eine solche Urkunde die erforderliche Legitimationswirkung entfaltet, entscheidet das Geschäfts- oder Vertragsstatut (Heini, Zürcher Kommentar, 2. A., Zürich 2004, N 2 ff. zu Art. 96 IPRG).

Anders als ein Urteil gibt der Erbschein keine definitive, sondern eine provisorische, jederzeit abänderbare Entscheidung über die materielle Erbberechtigung wieder. Wie weit das im Erbschein verurkundete Erbrecht tatsächlich geht, insbesondere auch im Verhältnis zu Dritten endgültig wirken soll, ergibt sich erst aus den mit dem Erbschein zusammenhängenden Normen des Rechts, aufgrund dessen er ausgestellt wurde. Um den Umfang des beurkundeten und anzuerkennenden Rechts zu bestimmen, muss folglich auf das der Beurkundung zugrunde liegende Recht zurückgegriffen werden. Die Anerkennung eines Erbscheines bedeutet damit soweit nötig auch die Anerkennung des zugrunde liegenden Rechtes. Der

entscheidende Unterschied zur Anerkennung eines Urteils liegt somit darin, dass bei Benutzung des Erbscheines immer wieder auf das seiner Ausstellung zugrunde liegende Recht zurückgegriffen werden muss. Für das internationale Zertifikat ist das Problem so gelöst, dass die dem Inhaber gemäss dem angewandten Recht zustehenden Befugnisse direkt auf dem Zertifikat aufgeführt werden. Mit der Anerkennung werden die im Entscheidungsstaat eingetretenen Wirkungen des Erbscheines auf die Schweiz erstreckt (Dallafior, Die Legitimation des Erben, Diss. Zürich 1990, S. 159 ff.).

4.2 Die Gesuchsteller führten in ihrem Gesuch aus, nach schwedischem Recht (Kapitel 19, § 2 Ärvdabalk) sei ein registriertes Inventar geeignet, bestimmte Personen als Rechtsnachfolger des Erblassers auszuweisen. Die Gesuchsteller wollen somit diesem Inventar zumindest ähnliche Rechtswirkungen beimessen wie einer Erbenbescheinigung nach schweizerischem Recht (Art. 559 ZGB), beabsichtigen sie doch, über die angeblich bei einer Bank in Zug liegenden Vermögenswerte des Erblassers zu verfügen. Beim von den Gesuchstellern eingereichten Inventar des Finanzamtes K. handelt es sich nicht um einen Erbschein, sondern um ein Nachlassinventar, ähnlich dem Inventar der schweizerischen Bundessteuer. Richtig ist zwar, dass die Gesuchsteller in diesem Inventar als zur Nachlassinventur geladene Personen und «Nachlass-Teilhaber» aufgeführt sind. Die Gesuchsteller haben es jedoch unterlassen, die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtsnachfolge im schwedischen Erbrecht darzulegen. Dem eingereichten Inventar kann nicht entnommen werden, welche Rechte den Gesuchstellern in der fraglichen Nachlassangelegenheit zustehen. Kapitel 19, § 2 Ärvdabalk bestimmt lediglich, dass einem Antrag auf Einsetzung eines Nachlassverwalters eine Kopie des Inventars beizulegen sei. Aus dem Inventar geht zudem hervor, dass offenbar ein Testament des Erblassers und seiner vorverstorbenen Ehefrau Y. vorliegt und deren Bruder das Testament auch vorgelegt worden sei. Es ist somit unklar, ob neben den Gesuchstellern noch weitere Teilhaber des Nachlasses vorhanden sind oder ob für den Nachlass eine Nachlassverwaltung angeordnet worden ist. Schliesslich sind auch die Rechtswirkungen des Nachlassinventars nach schwedischem Recht unbekannt. Bei dieser Sachlage müsste der Antrag der Gesuchsteller, sofern die formellen Voraussetzungen (vgl. E. 3) gegeben wären, abgewiesen werden.

Kantonsgericht, Einzelrichter, 7. Mai 2007

## 2. Zivilrechtspflege

§§ 36 Abs. 1, 208 Ziff. 4 ZPO. – Beschwerde gegen Festsetzung des Prozesskostenvorschusses durch den Kantonsgerichtspräsidenten in einem Haftpflichtprozess.

Aus den Erwägungen:

2. a) Die Festsetzung des Prozesskostenvorschusses erfolgt durch den Kantonsgerichtspräsidenten bei der Einschreibung des Prozesses (§ 6 lit. e der Geschäftsordnung des Kantonsgerichts vom 28. August 2000). Es handelt sich dabei um eine prozessleitende Verfügung. Sie wird nach der Praxis mit dem entsprechenden Formular des Rechnungsführers der Gerichtskanzlei der kostenpflichtigen Partei mitgeteilt.

b) Gegen prozessleitende Verfügungen des Kantonsgerichtspräsidenten ist die Beschwerde gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO – ausser in den namentlich und abschliessend aufgezählten Fällen – nur zulässig, soweit klare Prozessvorschriften verletzt worden sind. Nach der Praxis der Justizkommission zählt die Auferlegung eines Kostenvorschusses nicht zu den in § 208 Ziff. 4 lit. c ZPO ausdrücklich genannten Entscheidungen über die «Sicherstellung von Prozesskosten»; darunter ist nur die Sicherstellung der Parteientschädigung gemäss § 43 ZPO zu verstehen. Dementsprechend ist die Beschwerde gegen eine solche Verfügung nur unter dem Aspekt der Verletzung klarer Prozessvorschriften zulässig und auch nur unter diesem Gesichtswinkel zu prüfen (JK 44/1987; JK 10/1989; JZ 1995/111.222; GVP 1995/96, S. 98). In JZ 2000/105.169 hat die Justizkommission offen gelassen, ob der Entscheid über die Vorschusspflicht nicht doch unter § 208 Ziff. 4 lit. c ZPO fällt und damit einer freien Prüfung der Rechtsmittelinstanz unterstellt ist. Diese Frage kann im vorliegenden Fall weiterhin offen bleiben, da der angefochtene Entscheid – wie nachfolgend sogleich darzulegen ist – auch einer uneingeschränkten Kognition standhält.

3. Wer ein gerichtliches Verfahren einleitet, hat gemäss § 36 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf entsprechende Aufforderung hin die voraussichtlichen Gerichtskosten gemäss Gebührentarif vorzuschüssen.

a) Der Referent des Kantonsgerichts begründete die Abweisung des Antrages auf Herabsetzung des Kostenvorschusses im Wesentlichen damit, nach § 10 des Gebührentarifs bemesse sich die Spruchgebühr nach dem Streitwert. Der Streitwert sei nicht allein aufgrund des Rechtsbegehrens zu bestimmen, sondern anhand der

effektiv geltend gemachten Ansprüche zu berechnen. Vorliegend belaufe sich der Streitwert auf ca. CHF 10 Mio., weshalb der Kostenvorschuss vom Kantonsgerichtspräsidenten auf CHF 50'000.– habe festgelegt werden müssen.

b) Der Beschwerdeführer rügt, er habe ausdrücklich ein Rechtsbegehren nach richterlichem Ermessen gestellt. Sowohl in der Klage als auch im Schreiben vom 22. Dezember 2006 habe er den Streitwert auf ca. CHF 2 Mio. angegeben. Eine Erklärung der Beschwerdegegnerin über die Höhe der Kalkulation liege nicht vor. Er habe in seiner Klage lediglich summarisch die hypothetischen Valideneinkommen sowie die tatsächlichen Invalideneinkommen aufgeführt, dagegen aber nie die Differenz und damit den Erwerbsschaden erwähnt. Ebenso wenig habe er die anrechenbaren Sozialversicherungsleistungen detailliert aufgezählt. Gehe man von einem Streitwert von CHF 2 Mio. aus, so betrage die Spruchgebühr zwischen CHF 7'500.– bis CHF 20'000.–, maximal aber 1.5 % des Streitwertes. Die Festlegung einer Spruchgebühr aufgrund eines Streitwertes von CHF 10 Mio. entspreche auch nicht Sinn und Zweck des unbezifferten Rechtsbegehrens. Nachdem jederzeit die Klage geändert oder der Richter feststellen könne, dass von einem erhöhten Streitwert auszugehen sei und die entsprechenden Kostenvorschüsse nachgefordert werden könnten, könne ohne weiteres einmal auf die Parteierklärung abgestellt werden, ohne dass der Richter in einer 80-seitigen Klage mühsam Zahlen zusammenzähle und diese «fantasievoll» mit irgendwelchen Multiplikatoren versee.

Richtig ist, dass der Beschwerdeführer – wie den vorinstanzlichen Akten zu entnehmen ist – in seiner Klage vom 18. Dezember 2006 einen «Betrag nach richterlichem Ermessen» verlangt hat. Den Streitwert hat er allerdings – soweit ersichtlich – nicht beziffert (auf S. 75 seiner Klageschrift spricht er lediglich im Zusammenhang mit seinen vorprozessualen Anwaltskosten von einem «Interessenwert» von CHF 6'000'000.–). Erst in seinem Schreiben vom 22. Dezember 2006, also nach Erhalt der Rechnung der Gerichtskasse, gab der Beschwerdeführer an, er gehe vorliegend von einem Streitwert von ca. CHF 2 Mio. aus. Geht die Klage nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, so hat nach § 11 ZPO der Kläger in der Klage den Streitwert in einer Geldsumme anzugeben oder zu erklären, welches Gericht er in letzter Instanz als zuständig erachte. Es geht nun aber nicht an, im Zusammenhang mit der Leistung des Prozesskostenvorschuss keinen bzw. einen tiefen Streitwert anzugeben, effektiv aber einen deutlich höheren Schaden geltend zu machen. In einem solchen Fall ist im Rahmen der Gerichtskostenbevorschussung auf den geltend gemachten Schaden abzustellen, ungeachtet dessen, dass ein unbeziffertes Rechtsbegehren gestellt wurde. Vorliegend geht der Beschwerdeführer von einem Erwerbsausfall von rund CHF 6.7 Mio. aus. Ferner macht er einen

Rentenausfall von rund CHF 300'000.– pro Jahr, einen Haushaltsschaden von rund CHF 380'000.–, eine Genugtuung für sich von CHF 50.– pro Tag sowie eine Genugtuung für seine Ehefrau und die beiden Kinder in Höhe von CHF 80'000.– geltend. Schliesslich beziffert er die vorprozessualen Anwaltskosten auf rund CHF 300'000.–. Berücksichtigt man all diese Zahlen, ist es nicht zu beanstanden, wenn der Kantonsgerichtspräsident von einem geschätzten Streitwert von ca. CHF 10 Mio. ausging. Wird nach der Praxis der zugerischen Gerichte für die Festsetzung des Kostenvorschusses auf die – einfache – Grundgebühr abgestellt und eine Erhöhung gemäss § 5 GebT auch in Fällen ausser Acht gelassen, die bei Einleitung bereits eine solche als wahrscheinlich erscheinen lassen, erscheint es durchaus gerechtfertigt, von diesem Streitwert auszugehen. Haftpflichtprozesse wie der vorliegende sind in aller Regel anspruchsvoll und aufwändig. Die vom Gericht letztlich festzusetzende Spruchgebühr wird sich daher am oberen Rahmen des Gebührentarifs zu orientieren haben. Wenn wie im vorliegenden Fall der Kostenvorschuss in Höhe der – einfachen – Grundgebühr angesetzt wird, entspricht dies durchaus den gesetzlichen Vorgaben.

c) Der Beschwerdeführer rügt sodann, ein Prozesskostenvorschuss von CHF 50'000.– verletze sein Recht auf einen nicht übermässig erschwerten Zugang zum Gericht im Sinne von Art. 29 BV und Art. 6 EMRK. Für einen invaliden Menschen, der zudem noch von den Sozial- und Privatversicherern und auch der Haftpflichtversicherung seit nun ziemlich genau sechs Jahren «ausgehungert und zermürbt» werde, sei angesichts eines Invalideneinkommens von ca. CHF 40'000.– pro Jahr eine Summe von CHF 50'000.– «ein schier unfehlbarer Betrag».

Zu dieser Frage hat die Justizkommission in einem früheren Urteil Folgendes festgehalten: «Das aus Art. 6 EMRK abgeleitete Recht auf Zugang zu einem Gericht gilt nicht absolut. Einschränkungen sind mit Bezug auf die Kosten – auch auf die für die Schweiz typische Auflage von Vorschusskosten – zulässig, soweit diese nicht prohibitiven Charakter haben und den Zugang faktisch ausschliessen. In dieser Situation muss der betreffenden Partei angemessen unentgeltliche Rechtspflege gewährt oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt werden. Dabei kann auf ihre finanzielle Situation, auf die mangelnden Erfolgsaussichten der Klage oder den rechtsmissbräuchlichen Charakter einer Eingabe abgestellt werden (Mark E. Villiger, Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention, 2. A., Zürich 1999, § 19 N 433). Die zugerische Ordnung des Armenrechtes genügt aber den konventionsrechtlichen Anforderungen, die weitgehend mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV bzw. Art. 30 Abs. 1 BV übereinstimmt, vollauf. Wenn der Beschwerdeführer mithin nicht in der Lage gewesen wäre, den verlangten Kosten-

vorschuss zu bezahlen, hätte er das Institut der Unentgeltlichkeit der Rechtspflege beanspruchen können» (vgl. Urteil der Justizkommission vom 20. Juli 2001 im Verfahren Nr. JZ 2000/105.169, in welchem Verfahren der damalige Beschwerdeführer durch den gleichen Rechtsanwalt wie der heutige Beschwerdeführer vertreten war). An diesen Ausführungen ist uneingeschränkt festzuhalten. Der Beschwerdeführer hätte, wenn er nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügt hätte, ohne weiteres ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (§§ 46 ff. ZPO) stellen können. Offenbar verfügt er aber über solche Mittel, hat er doch den Kostenvorschuss in der Zwischenzeit bereits bezahlt.

d) Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, durch den Prozesskostenvorschuss von CHF 50'000.– werde auch die Waffengleichheit unter den Prozessparteien in verfassungsrechtlich relevanter Art tangiert.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern im vorliegenden Fall der Grundsatz der Waffengleichheit unter den Prozessparteien verletzt worden sein soll. Zum einen kann – wie in Erw. 3b und c dargelegt – die wirtschaftliche Potenz eines beklagten Haftpflichtversicherers aufgrund der geltenden gesetzlichen Regelung keine Rolle spielen. Zum anderen ist der Beschwerdeführer vorliegend ebenfalls durch einen Anwalt vertreten und keineswegs gehalten, «ein noch so billiges Angebot der Versicherung zu akzeptieren, nur um Ruhe zu haben und wenigstens in den nächsten zwei bis drei Jahren über genügende finanzielle Mittel zu verfügen». Es gibt andere Wege und Möglichkeiten, um einen allfälligen kurzfristigen finanziellen Engpass zu überwinden.

Justizkommission, 15. Juni 2007

§ 62 ZPO; Art. 754 ff. OR; Zulässigkeit einer Eventualwiderklage im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses

Aus den Erwägungen:

...

16. Die Beklagten 1 und 2 verlangen für den Fall der vollständigen oder teilweisen Gutheissung der Klage die Zusprechung desselben Betrages in Gutheissung der

Eventualwiderklage. Diese stützen sie darauf, dass es die Kläger als faktische Verwaltungsräte der X. AG gewesen seien, welche die Gesellschaft in finanzielle Schiefelage gebracht hätten. Die ins Recht gefassten Beklagten 1 und 2 könnten deshalb auf diese Rückgriff nehmen. Bevor darauf eingegangen wird, ob die Kläger Verantwortung am Fortsetzungsschaden der X. AG tragen, gilt es abzuklären, ob allfällige Regressansprüche der Beklagten 1 und 2 im vorliegenden Verfahren beurteilt und der Schadenersatzforderung der Kläger, welche als Anspruch der Gläubigergesamtheit zu verstehen ist, zur Verrechnung gegenübergestellt werden können.

16.1 In der Lehre wird zum Teil die Meinung vertreten, ein von einer anderen Organperson qua kolloziertem Konkursgläubiger verklagtes Gesellschaftsorgan könne bei einschlägiger Sachlage einwenden, der Prozessführungsberechtigte hafte aus Mitverursachung selber für die Schädigung der Gesellschaft, und ihren Regressanspruch mit (Eventual-)Widerklage zum Prozessthema erheben (Berti, SZW 2/92, S. 78). In der Tat steht der in Ziff. 5.1.5 der Erwägungen dargelegten Einredenausschluss einem solchen Vorgehen nicht entgegen. Die Einrede des Selbstverschuldens und der Mitverursachung der klagenden Organperson kann zwar einem Anspruch der Gläubigergesamtheit nicht entgegengehalten werden, was aber die zum Schadenersatz verurteilten Gesellschaftsorgane nicht daran hindern kann, auf eine Organperson, welche den Schaden mitverschuldet hat, Regress zu nehmen. Es spricht sodann nichts dagegen, dass ein derartiger Regressanspruch Gegenstand einer Widerklage zur Verantwortlichkeitsklage bilden könnte, denn der erforderliche Sachzusammenhang ist offensichtlich gegeben. Die Kläger sind, auch wenn ein Fall der Prozesstandschaft (für die Konkursmasse) vorliegt, Partei im vorliegenden Prozess und können als solche zu einer Leistung an die Beklagten verurteilt werden. Eine andere Frage ist, ob die Klageforderung durch Verrechnung mit der Regressforderung getilgt werden kann. Dagegen könnte man einwenden, dass es an der Gegenseitigkeit der einander zur Verrechnung gegenübergestellten Forderungen fehlt, weil die Klageforderung der Gläubigergesamtheit zusteht. Das ändert aber nichts daran, dass der Schadenersatz den Klägern zugesprochen wird, welche Leistung an sich verlangt haben, damit sie ihre kollozierten Forderungen befriedigen können und nur einen Überschuss an die Konkursmasse herauszugeben hätten. Aus diesem Grund erscheint die Gegenseitigkeit nicht ausgeschlossen (Berti, a. a. O., S. 78). Selbst wenn man aber die Gegenseitigkeit der Klage- und Widerklageforderung verneinen würde, würde dies nicht zur Abweisung der allenfalls begründeten Widerklageforderung, sondern lediglich dazu führen, dass die Schadenersatz- und die Regressforderung nicht gegeneinander aufgerechnet, sondern je separat zugesprochen werden. Dies wiederum hätte einen unsinnigen Austausch von gleichartigen Leistungen zur Folge. Zur Vermeidung eines solchen wird

ein allfälliger Regressanspruch der Beklagten 1 und 2, dessen Bestand im Folgenden zu prüfen ist, an die Schadenersatzforderung der Kläger anzurechnen sein.

Kantonsgericht, 18. Januar 2007

Begründungspflicht bei Kostenentscheiden – Die Begründung eines Kostenentscheids soll dessen sachgerechte Anfechtung ermöglichen. Wendet das Gericht bei der Kostenfestsetzung den ordentlichen Tarif an, d. h. sieht es von einer Erhöhung oder Herabsetzung der Spruchgebühr oder des Grundhonorars bzw. von Zuschlägen zu Letzterem ab, ist eine Begründung des Kostenentscheids entbehrlich.

§ 96 GOG, § 37 ZPO, § 10 GebV – Gerichtsgebühren stellen kostenabhängige Kausalabgaben dar, weshalb bei ihrer Festsetzung das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zu beachten sind. Das Äquivalenzprinzip kann namentlich verletzt sein, wenn die Gerichtsgebühr in Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwandes nicht erlaubt, in Prozenten und Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt. Im vorliegenden Fall erscheint eine Spruchgebühr von CHF 380'000.– noch als verhältnismässig.

§§ 3 und 5 AnwT – Die Möglichkeit einer Erhöhung bzw. Herabsetzung des Grundhonorars gemäss § 3 AnwT sowie der Berechnung von Zuschlägen nach § 5 AnwT dient der Einzelfallgerechtigkeit des Anwaltstarifs. Sie besteht unabhängig von der Höhe des massgebenden Streitwerts. Bei sehr hohen Streitwerten birgt eine schematische Anwendung solcher Erhöhungs- und Zuschlagsmöglichkeiten indes die Gefahr objektiv unverhältnismässiger Parteientschädigungen, da sich der im streitwertabhängigen Tarif enthaltene Kompensationsgedanke bei der prozentualen Erhöhung des Grundhonorars bzw. bei prozentualen Zuschlägen zu diesem faktisch mehrfach auswirkt. Dieser besonderen Situation gilt es bei der Bemessung von Erhöhungen und Zuschlägen angemessene Rechnung zu tragen, zumal die Entschädigung des Anwalts stets in einem vernünftigen Verhältnis zu der von ihm erbrachten Leistung zu stehen hat.

Aus den Erwägungen:

2. a) Die Beschwerdeführerin rügt zunächst in einer Vorbemerkung, dass sich das Kantonsgericht im angefochtenen Urteil mit keinem Wort zur Höhe der Gerichtskosten geäussert, sondern offensichtlich ohne weitere Begründung auf den ge-

mäss § 10 Abs. 1 der Verordnung betreffend Kosten und Entschädigungen in der Zivil- und Strafrechtspflege vom 28. November 1995 (nachfolgend: Gebührenverordnung; GebV) höchsten Satz für die Bestimmung der Gerichtskosten abgestellt habe. Auch bei der Bestimmung der Prozessentschädigung für die Beschwerdegegnerin habe es sich nur ganz absolut pauschal dahingehend geäussert, dass ein Zuschlag von 100% zum Grundhonorar angezeigt sei, ohne dass dies im Einzelnen gehörig substantiiert begründet worden wäre. Unter den gegebenen Umständen werde ihr eine entsprechend substantiierte Anfechtung des Kostenentscheides ungebührlich erschwert.

b) Die Rüge ist vorliegend sowohl hinsichtlich der Gerichtskosten als auch hinsichtlich der Festsetzung der Parteientschädigung unbegründet. Zwar wäre eine kurze Begründung des Kostenentscheids durch die Vorinstanz angesichts der aussergewöhnlich hohen Gerichts- und Parteikosten in der Tat angezeigt gewesen. Entscheidend ist indessen einzig die Möglichkeit der sachgerechten Anfechtbarkeit der Entscheidung. Diese war vorliegend sowohl hinsichtlich der Gerichts- als auch der Parteikosten gewährleistet, was die Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerin denn auch belegt. Da die Vorinstanz die Gerichtskosten innerhalb des ordentlichen Rahmens von § 10 Abs. 1 GebV festgesetzt hat und sich die relevanten Bemessungskriterien aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (§ 96 GOG und § 37 ZPO) ergeben, war deren sachgerechte Anfechtung nämlich sehr wohl möglich. Einer speziellen Begründung hätte generell nur eine Erhöhung oder Herabsetzung der Spruchgebühr nach § 5 bzw. § 6 GebV bedurft. Analoges galt bei der Festsetzung der Parteientschädigung, wo die Vorinstanz die vorgenommene Erhöhung des Grundhonorars um 100% denn auch sehr knapp – und unter Verweis auf die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 (AnwT) – begründete.

3. a) Die Vorinstanz hat die Spruchgebühr für das Verfahren A2 2003 92 auf CHF 380'000.– festgesetzt und sich dabei wie, vorstehend ausgeführt, offenkundig auf § 10 Abs. 1 GebV gestützt, welcher beim vorliegend massgebenden Streitwert von CHF 76'410'537.– eine einfache Spruchgebühr von höchstens CHF 382'052.– vorsieht.

b) Die Beschwerdeführerin rügt zusammengefasst, die Vorinstanz habe auf die angesichts des unbestrittenen Streitwerts von rund CHF 76 Mio. höchstmögliche Spruchgebühr von CHF 380'000.– abgestellt, ohne deren Anwendung auf den vorliegenden Fall auch nur mit einem Wort zu begründen. Aufgrund des hohen Streitwerts sei zum Vornherein klar, dass es sich hier durchaus um eine Streitigkeit von

gewisser Komplexität handle, wie dies bei derart gewichtigen Fällen aus dem Wirtschaftsleben auch als Normalfall anzusehen sei. Diese Komplexität werde durch die streitwertabhängige Berechnung der Spruchgebühr somit bereits berücksichtigt. Vorliegend könne durchaus von einer gewissermassen komplexeren Rechtsstreitigkeit ausgegangen werden, wobei aber von besonders komplexen Zusammenhängen und Rechtsfragen nicht ernsthaft die Rede sein könne.(...)

c) aa) Die Spruchgebühr bestimmt sich nach den Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (§ 96) und der Zivilprozessordnung (§ 37) im Rahmen der Ansätze der Gebührenverordnung (§ 3 GebV). Nach § 10 Abs. 1 GebV beträgt die Spruchgebühr im ordentlichen Verfahren bei einem Streitwert über CHF 8 Mio. CHF 20'000.– bis höchstens 0,5% des Streitwertes, vorliegend also höchstens CHF 382'052.–. Innerhalb dieses Rahmens bestimmt das Gericht die Höhe der Gebühr nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei es namentlich die Zahl der notwendigen Verhandlungen, den Umfang der Akten und des Beweisverfahrens, die Beanspruchung der Richter oder richterlichen Beamten, das tatsächliche Streitinteresse und das Verhalten der Parteien bei der Prozessführung zu berücksichtigen hat. Zu beachten ist, dass die ordentlichen Höchst- und Mindestansätze nach § 5 und § 6 GebV im Einzelfall über- bzw. unterschritten werden können. In besonders umfangreichen oder schwierigen Fällen ist eine Erhöhung der Spruchgebühr bis auf das Doppelte des jeweils anwendbaren ordentlichen Höchstansatzes, und in Ausnahmefällen auch um mehr, zulässig (§ 5 GebV).

bb) Die Gerichtsgebühren stellen kostenabhängige Kausalabgaben dar. Bei ihrer Festsetzung sind daher das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zu beachten. Gemäss dem Kostendeckungsprinzip darf der mit der Gebühr eingenommene Betrag die Gesamtheit der dem Gemeinwesen durch die betreffende Verwaltungstätigkeit entstandenen Ausgaben nicht übersteigen. Das Äquivalenzprinzip konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, 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. Bei der Festsetzung von Verwaltungsgebühren darf deshalb innerhalb eines gewissen Rahmens auch der wirtschaftlichen Situation des Pflichtigen und dessen Interesse am abzugeltenden Akt Rechnung getragen werden, und bei Gerichtsgebühren darf namentlich der Streitwert eine massgebende Rolle spielen, wobei dem Gemeinwesen nicht verwehrt ist, mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte den Ausfall in weniger bedeutsamen Fällen auszugleichen. In Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwandes nicht erlaubt, kann die Belastung allerdings unverhältnismässig werden, namentlich dann, wenn die Gebühr in Prozenten oder Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt (zum Ganzen BGE 120 Ia 171 E. 2; zum Äquivalenzprinzip BGE 130 III 225 E. 2.3; ALAIN WURZBURGER, *De la constitutionnalité des émoluments judiciaires en matière civile*, Festschrift für Jean-François Poudret, Lausanne 1999, S. 307 f.).

cc) Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin handelte es sich beim Prozess A2 2003 92 um ein aufwändiges und komplexes Verfahren. In tatsächlicher Hinsicht bestand die Komplexität insbesondere darin, dass sich der Sachverhalt grösstenteils im Ausland abspielte, was namentlich für die behaupteten Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien, die der Beschwerdegegnerin vorgeworfenen Verletzungshandlungen, den behaupteten Schaden durch entgangenen Gewinn und auch für die hinsichtlich der Frage der Aktivlegitimation entscheidenden Beziehungen zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer russischen Schwestergesellschaft bzw. Geschäftsagentin galt. Ein grösstenteils ausländischer Sachverhalt ist aber mangels genauer Kenntnis der lokalen Gegebenheiten und Verhältnisse regelmässig schwieriger zu beurteilen als ein reiner Binnensachverhalt. Vorliegend ergibt sich dies u. a. daraus, dass umfangreiches Aktenmaterial russischer Herkunft eingereicht wurde, dessen Würdigung selbst in übersetzter Form schwieriger war als dies bei entsprechenden inländischen Dokumenten der Fall gewesen wäre. Auch in rechtlicher Hinsicht war der Fall komplex. Obgleich das Verfahren auf Vorfragen beschränkt war, musste die internationalprivatrechtliche Frage des anwendbaren Rechts geprüft werden, welche im Bereich der unerlaubten Handlungen anspruchsvoll und vielschichtig ist. Zusätzlich erschwert wurde ihre Beantwortung vorliegend durch die unklaren organisatorischen Verhältnisse auf Seiten der Beschwerdeführerin, welche die Prüfung der Rechtslage unter verschiedenen Aspekten (direkter Schaden, Reflexschaden) und Rechtsordnungen (russisches und liechtensteinisches Recht) erforderte. Ohnehin hat die Beschwerdeführerin durch die Art und Weise ihrer Prozessführung dazu beigetragen, dass stets wieder neue rechtliche Fragen zu klären waren. Als Hauptbeispiel hierfür seien die kurz vor der angesetzten Hauptverhandlung eingereichten Abtretungsver-

einbarungen genannt, welche die Sachlage im Hinblick auf die Aktivlegitimation wesentlich veränderten, und diverse neue Rechtsfragen aufwarfen (prozessuale Zulässigkeit des Vorgehens, rechtliches Gehör der Gegenpartei, Unzuständigkeitsinrede, Verjährungseinrede). Vermindert wurde der Verfahrensaufwand dagegen durch die Beschränkung des Verfahrens auf bestimmte Vorfragen, welche sich ja auch mit dieser Begründung rechtfertigte (vgl. § 80 GOG) und welche im Ergebnis dazu führte, dass ein Beweisverfahren hinsichtlich der geltend gemachten Anspruchsgrundlagen wie auch eine materielle Prüfung derselben hinfällig wurde. Diese Verfahrensbeschränkung führte zweifellos zu einer Verminderung des Umfangs und der Schwierigkeit des Prozesses, welche dessen überdurchschnittliche Komplexität bis zu einem gewissen Grad ausglich. Im Ergebnis erscheint es daher gerechtfertigt, wenn die Vorinstanz sowohl von einer Erhöhung der Spruchgebühr nach § 5 GebV wie auch von einer Reduktion der ordentlichen Höchstgebühr, welche praxisgemäss die einfache Grundgebühr darstellt, absah. Im Lichte der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen hat sie dadurch das ihr eingeräumte Ermessen korrekt ausgeübt. Aufgrund der absoluten Höhe der verfügbaren Spruchgebühr bleibt nachfolgend noch deren Verhältnismässigkeit zu prüfen.

Nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung können Gerichtsgebühren namentlich dann gegen das Äquivalenzprinzip verstossen, wenn die Gebühr in Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwandes nicht erlaubt, in Prozenten und Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt. In diesem Sinne wurde in BGE 130 III 225 eine Verwertungsgebühr von CHF 204'587.80, welche 2 Promille des Verwertungserlöses von CHF 102'293'918.10 entsprach, als unverhältnismässig qualifiziert, weil die Verwertungshandlung des Betreibungsamtes einzig in einer Bankanweisung bestand. Umgekehrt wurde im Urteil 4P.325/2006 vom 22. Mai 2007 eine Gerichtsgebühr von CHF 80'000.— bei einem Streitwert von CHF 2,9 Mio. als an der oberen Grenze des Vertretbaren bewertet (E. 2.3.2 des zitierten Urteils). Der vorliegende Fall hat unvergleichlich viel Mehraufwand als der erste zitierte Fall verursacht und weist den gut 25-fachen Streitwert des zweiten Falles auf. Zudem enthält die zugerische Gebührenverordnung keinen starren Tarif, sondern schreibt ausgehend vom Streitwert die Berücksichtigung der konkreten Umstände, namentlich des Verfahrensaufwandes vor. Wie vorstehend gezeigt, handelte es sich vorliegend denn auch um ein ausserordentlich aufwändiges Verfahren, welches die damit befassten Richter und Gerichtsschreiber weit überdurchschnittlich beanspruchte. Aufgrund des sehr hohen Streitwerts war auch das tatsächliche Streitinteresse der Parteien aussergewöhnlich hoch. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände erscheint die sehr hohe Spruchgebühr von CHF 380'000.— nicht nur vertretbar, sondern dem Fall

auch angemessen. Letzteres ergibt sich auch aus der Überlegung heraus, dass die Gewährleistung einer qualitativ hoch stehenden Rechtsprechung in derart komplexen, umfangreichen Fällen wie dem Prozess A2 2003 92 aufgrund des damit verbundenen Aufwandes auch für den Staat sehr kostenintensiv ist. So ist dem Kantonsgericht vorliegend während der dreijährigen Verfahrensdauer allein für die mitwirkenden Richter und das juristische Personal zweifellos ein Arbeitsaufwand von mehreren Monaten entstanden (dreijährige Verfahrensleitung, Urteilsberatung und -fällung durch ein dreiköpfiges Richterkollegium, schriftliche Urteilsmotivierung), was dem Kanton Zug schätzungsweise Bruttokosten (Personal- und Infrastrukturkosten) im Umfang von mehreren Hunderttausend Franken verursacht haben dürfte. Zu beachten ist schliesslich, dass der Aufwandüberschuss in der zugerischen Zivilrechtspflege jährlich mehrere Millionen Franken beträgt, und dass es dem Kanton Zug nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht verwehrt ist, mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte wie den Prozess A2 2003 92 zumindest einen Teil dieses Aufwandüberschusses auszugleichen. Mit Blick auf die gesamten Umstände des Falles erscheint es daher verhältnismässig und mithin verfassungsrechtlich zulässig, diese Kosten grösstenteils der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die von der Vorinstanz verfügte Spruchgebühr von CHF 380'000.— ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden, weshalb sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet erweist.

4. a) Die Vorinstanz hat der Beschwerdegegnerin für den Prozess A2 2003 92 eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 946'993.40 (inkl. MWSt) zu Lasten der Beschwerdeführerin zugesprochen. Dabei hat sie das ordentliche Grundhonorar von CHF 435'052.70 gemäss § 3 Abs. 1 AnwT unter Verweis auf die Schwierigkeit des Falles und das umfangreiche Aktenmaterial gestützt auf § 3 Abs. 3 und § 5 Abs. 1 Ziffern 2 und 3 AnwT um 100% auf CHF 870'105.40 (zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer) erhöht.

b) Die Beschwerdeführerin rügt die Erhöhung des Grundhonorars um 100% im Wesentlichen mit derselben Argumentation, mit welcher sie auch die Höhe der Gerichtsgebühren gerügt hat, wobei sie in diesem Zusammenhang mehrfach unterstreicht, dass kein Beweisverfahren stattgefunden habe. Sie anerkennt indessen im Zusammenhang mit dem Rechtsschriftenwechsel einen Zuschlag von 25% zum Grundhonorar, und mithin eine Prozessentschädigung von CHF 543'815.90 inkl. Mehrwertsteuer. Nach ihrer Auffassung müsste jede darüber hinausgehende Prozessentschädigung als klar unverhältnismässig angesehen werden und würde eine Bereicherung der Beschwerdegegnerin darstellen.

(...)

d) aa) In tatsächlicher Hinsicht kann auf Ziffer 3.c/cc der vorstehenden Erwägungen verwiesen werden, wo bereits festgestellt wurde, dass der Prozess A2 2003 92 überdurchschnittlich aufwändig und komplex war. Unstreitig ist überdies, dass ein mehrfacher Schriftenwechsel stattfand und dass fremdsprachiges Aktenmaterial und fremdes Recht zu studieren waren. Zu prüfen sind nachfolgend einzig die streitigen Rechtsfolgen des bereits festgestellten Sachverhalts.

bb) § 3 Abs. 1 AnwT legt für die Bemessung des Grundhonorars der Anwälte und Anwältinnen in vermögensrechtlichen Zivilprozessen einen streitwertabhängigen Tarif fest. Die Abstufung des Anwaltstarifs nach Streitwerten bewirkt, dass das Anwaltshonorar mit zunehmendem Streitwert selbst bei gleichem Arbeits- und Kostenaufwand kontinuierlich ansteigt. Dadurch soll nebst der wirtschaftlichen Bedeutung der Streitsache insbesondere dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Anwälte sich nicht nur mit lukrativen, sondern auch mit finanziell unbedeutenden Prozessen zu befassen haben, für die sie wegen der Geringfügigkeit des Streitwertes keine ihren Diensten und Kosten entsprechende Gegenleistung verlangen können. Der steigende Satz bei hohen Streitwerten erlaubt es ihnen, den Ausfall aus Prozessen mit kleineren Streitwerten auszugleichen (BGE 101 II 109 E. 3; Lorenz Höchli, Das Anwaltshonorar, Zürich 1991, S. 34). Obgleich der Streitwert in diesem System den Ausgangspunkt für die Bemessung des Grundhonorars bildet (JZ 2001/37.90), sieht die Verordnung auch andere Bemessungskriterien vor. Zur Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles, namentlich der Verantwortung des Rechtsanwaltes, der Schwierigkeit des Falles und des notwendigen Zeitaufwandes, kann das gemäss § 3 Abs. 1 AnwT berechnete Grundhonorar um höchstens ein Drittel über- oder unterschritten werden (§ 3 Abs. 3 AnwT). Nach § 5 können zum Grundhonorar gemäss § 3 AnwT zudem kumulativ verschiedene Zuschläge berechnet werden, wobei der einzelne Zuschlag bis zu 50% des Grundhonorars betragen darf und alle Zuschläge zusammen in der Regel nicht mehr als das Grundhonorar ausmachen sollen.

Die Möglichkeit einer Erhöhung bzw. Herabsetzung des Grundhonorars gemäss § 3 AnwT sowie der Berechnung von Zuschlägen nach § 5 AnwT dient der Einzelfallgerechtigkeit des Tarifs (JZ 2007/1). Da die Verordnung diesbezüglich keine Einschränkungen vorsieht, besteht diese Möglichkeit unabhängig von der Höhe des massgebenden Streitwerts. Dadurch kann sich indessen der Einfluss des Streitwerts auf die nach diesem Tarif zu bemessende Parteientschädigung erheblich erhöhen, da er sich durch die prozentuale Veränderung des streitwertabhängigen Grundhonorars faktisch mehrfach auswirkt. Bei einer allzu schematischen Anwendung solcher Erhöhungs- und Zuschlagsmöglichkeiten bei sehr hohen Streitwerten

birgt dies die Gefahr objektiv unverhältnismässiger Parteientschädigungen, was der ratio legis der entsprechenden Bestimmungen, d. h. der Gewährleistung der Einzelfallgerechtigkeit des Tarifs, diametral widerspricht. Daraus folgt, dass die prozentuale Erhöhung des Grundhonorars nach § 3 Abs. 3 AnwT und die Berechnung von Zuschlägen nach § 5 AnwT zwar auch bei sehr hohen Streitwerten zulässig ist, dass bei deren Bemessung aber zugleich der Besonderheit einer solchen Situation Rechnung zu tragen ist (vgl. JZ 1996/113.209 und 1996/114.210 E. 5d).

cc) Unstreitig ist, dass aufgrund der Umstände des vorliegenden Falles eine gewisse Erhöhung des in absoluten Zahlen bereits ungewöhnlich hohen Grundhonorars zur Bemessung der Parteientschädigung der Beschwerdegegnerin angemessen ist. Die Beschwerdeführerin selbst anerkennt diesbezüglich eine Erhöhung um 25% auf CHF 543'815.90 (exkl. MWSt), rügt indessen die von der Vorinstanz vorgenommene Erhöhung um 100% auf CHF 870'105.40 (exkl. MWSt.) als unverhältnismässig. Im Lichte der vorangehenden Erwägung erscheint diese Verdoppelung des bereits aussergewöhnlich hohen, streitwertabhängigen Grundhonorars von CHF 435'052.70 in der Tat nicht unproblematisch. Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang nämlich zu Recht darauf hin, dass durch die streitwertabhängige Berechnung des Grundhonorars der mit hohen Streitwerten regelmässig verbundenen erhöhten Verantwortung und Komplexität des Falles bis zu einem gewissen Grad bereits Rechnung getragen wird, und dass die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin im Ergebnis nicht zu deren Bereicherung führen darf. Dem steht auch der von der Beschwerdegegnerin ins Feld geführte Einwand des «Kompensationsgedankens» des Anwaltstarifs nicht entgegen, zumal die Entschädigung des Anwalts nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stets in einem vernünftigen Verhältnis zu der von ihm erbrachten Leistung zu stehen hat (BGE 117 Ia 25; BGE 93 I 116 E. 5a). Dies alles schliesst – wie vorstehend ausgeführt – indessen eine begründete Erhöhung des bereits sehr hohen Grundhonorars von CHF 435'052.70 im vorliegenden Fall keineswegs aus. Erforderlich ist aber, dass sich eine solche Erhöhung bzw. Zuschläge zum Grundhonorar in einem angemessenen, objektiv begründeten Rahmen halten. Dabei gilt es zunächst zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin von der Beschränkung des Verfahrens nach § 80 GOG wenig profitiert hat, musste sie doch in ihren Rechtschriften bereits zum gesamten Sachverhalt und zu sämtlichen Rechtsfragen Stellung nehmen. In Anbetracht der vorstehend festgestellten Komplexität des Verfahrens und seines auch angesichts des Streitwertes überdurchschnittlichen Umfangs rechtfertigt sich daher gestützt auf § 3 Abs. 3 AnwT eine Erhöhung des einfachen Grundhonorars um 20% auf CHF 522'063.–. Zu diesem Grundhonorar sind sodann gestützt auf § 5 Abs. 1 Ziff. 2 (weitere Schriftenwechsel) und Ziff. 3 (fremdsprachiges Aktenmaterial, Studium

fremden Rechts, umfangreiche Korrespondenz) zwei Zuschläge von je 15% zu berechnen, womit im Ergebnis ein Honorar von CHF 678'682.– (exkl. MWSt. und Auslagen) resultiert. Das streitwertabhängige Grundhonorar gemäss § 3 Abs. 1 AnwT wird somit im Endeffekt um rund 56% erhöht, was angesichts der gesamten Umstände als angemessen erscheint. Bei einem angenommenen sehr hohen, aber angesichts des massgeblichen Streitwerts gerade noch vertretbaren Stundenansatz von CHF 1'000.– entspricht dieses Honorar nämlich einem Zeitaufwand von rund 680 Std., und mithin einer Arbeitsleistung von gut 4 Monaten zu 20 Tagen à 8,5 Arbeitsstunden. Da die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin in dieser Hinsicht keine detaillierte Kostennote eingereicht haben, kann ihr Zeitaufwand nur annäherungsweise geschätzt werden. Dass er mehr als die vorstehend resultierenden je zwei Monate à 8,5 Arbeitsstunden pro Tag betragen hat, ist aufgrund der gesamten Umstände jedenfalls nicht anzunehmen. Gegenteiliges wurde im vorliegenden Verfahren seitens der Beschwerdegegnerin denn auch nicht vorgebracht. Selbst wenn man annähme, ihr Arbeitsaufwand habe das Doppelte betragen, entspräche die Entschädigung immer noch einem ungewöhnlich hohen Stundensatz von CHF 500.–, welcher dem von der Beschwerdegegnerin angeführten «Kompensationsgedanken» immer noch hinreichend Rechnung tragen würde. Dagegen würde ausgehend von von der Vorinstanz berechneten Grundhonorar von CHF 870'105.40 bei einem geschätzten Zeitaufwand von 680 Stunden ein Stundenhonorar von rund CHF 1'280.– (exkl. MWSt.) resultieren, was eindeutig als zu hoch erscheint. Dem vorliegenden Fall nicht angemessen wäre umgekehrt aber auch die von der Beschwerdeführerin beantragte Kürzung des Grundhonorars auf 543'815.90, da sie den Besonderheiten des vorinstanzlichen Verfahrens (mehrfacher Schriftenwechsel, umfangreiche Korrespondenz, fremdsprachiges Aktenmaterial und fremdes Recht) zu wenig Rechnung tragen würde. Im Ergebnis erweist sich ihre Rüge daher nur als teilweise begründet. Zur Berechnung der Parteientschädigung der Beschwerdegegnerin ist nach dem Gesagten von einem Honorar von CHF 678'682.– auszugehen.

Justizkommission, 10. Oktober 2007

§ 43 ff. ZPO. – Die Kostenfolgen des Arrestverfahrens werden abschliessend von Art. 68 SchKG i. V.m. Art. 48 ff. GebV SchKG geregelt, weshalb die Kantone keine weiteren Kostenfolgen anordnen können, insbesondere auch keine Sicherstellung der Parteientschädigung.

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin beruft sich für ihr Gesuch auf § 43 ff. ZPO. Danach kann die Sicherstellung der Parteientschädigung von Amtes wegen oder auf Antrag der Gegenpartei u. a. dann verlangt werden, wenn der Kläger, Interventient oder Widerkläger in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat (§ 43 Abs. 1 ZPO). Nach der Rechtsprechung gilt diese Bestimmung auch analog im Rechtsmittelverfahren und besteht die Sicherstellungspflicht auch im summarischen Verfahren (GVP 1993/94 S. 183; JZ 1995/6.10). Im vorliegenden Fall handelt es sich aber um ein Verfahren, das vom Bundesrecht vorgesehen und in den Grundzügen auch vom Bundesrecht geregelt ist (Art. 278 SchKG). Das Verfahren richtet sich zwar gemäss Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG nach dem von den Kantonen zu erlassenden Bestimmungen über das summarische Prozessverfahren. Der Verweis von Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG auf das kantonale Prozessrecht im Arrestverfahren gilt indes nur insoweit, als das Bundesrecht selbst keine Verfahrensvorschriften aufstellt. Zu den Betreuungskosten i. S. von Art. 68 Abs. 1 SchKG gehören auch die Kosten des Arrestverfahrens vor allen kantonalen Instanzen (BGE 119 III 63 E. 2 und 4 b/aa; BGE 119 III 68 E. 3). Sowohl für die Kosten des Einspracheentscheids als auch für diejenigen der Weiterziehung des Einspracheentscheids gelten Art. 48 bzw. 61 und Art. 62 GebV SchKG (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 51 Rz 73/74; Hans Reiser, Basler Kommentar SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 19 zu Art. 278). Die Kostenfolgen des Arrestverfahrens werden abschliessend von Art. 68 SchKG i. V. m. Art. 48 ff. GebV SchKG geregelt (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischen Recht, Band I, 3. A., Zürich 1984, § 15 Rz 3 und 6 S. 178 f. mit Fn 7 sowie § 18 Rz 17 S. 228). Auch Amonn/Walther gehen davon aus, dass die Kantone neben den genannten Bestimmungen keine weiteren Kostenfolgen anordnen könnten (a.a.O., § 13 Rz 2 f. und 11 sowie § 19 Rz 20). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliesst die Vorschusspflicht nach Art. 68 Abs. 1 SchKG die Sicherstellung der Parteientschädigung aufgrund kantonalen Rechtes aus und regelt das Bundesrecht die Kosten des Betreibungsverfahrens abschliessend (BGE 123 III 271 [für das Rechtsöffnungsverfahren]; vgl. auch JZ 1996/108; JZ 2007/76). Dem vorliegenden Kautionsbegehren gebricht es mithin an der gesetzlichen Grundlage. Das Begehren ist daher ohne weiteres abzuweisen.

Justizkommission, 29. Juni 2007

§ 46 ff. ZPO – Nach der zugerischen ZPO haben juristische Personen grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Vorbehalten bleiben von der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 29 Abs. 3 BV geschaffene Ausnahmefälle.

Aus den Erwägungen:

4. a) Parteien, die sich durch ein Zeugnis des zuständigen Gemeinderates oder der Armenbehörde darüber ausweisen, dass sie nicht die nötigen Mittel besitzen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Prozesskosten aufzubringen, wird gemäss § 46 Abs. 1 ZPO auf Gesuch hin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, wenn der Prozess nicht als offenbar aussichtslos oder mutwillig erscheint. Unter den selben Voraussetzungen wird gemäss § 48 Abs. 1 ZPO einer Partei auf besonderes Gesuch ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt, sofern sie für die Führung des Prozesses eines solchen bedarf. Die Regelung ist schon nach ihrem Wortlaut eindeutig auf natürliche Personen zugeschnitten. Für juristische Personen steht dieses Institut nach dem kantonalen Prozessrecht nicht zur Verfügung (Kurt Meyer, Das zivilprozessuale Armenrecht im Kanton Zug, Diss. Zürich 1953, S. 81 f.). Nun richtet sich die unentgeltliche Prozessführung zunächst nach kantonalem Recht. Nur wo dieses nicht genügt, greift das übergeordnete Bundesrecht im Sinne einer Minimalgarantie ein. Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderliche Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Auch dieser verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung steht grundsätzlich nur natürlichen und nicht den juristischen Personen zu (vgl. BGE 119 Ia 337 E. 4 b; BGE 116 II 651 E. 2; Nichtzulassungsentcheid der EKMR i. S. Edilstudio SA gegen Schweiz vom 2. September 1998, publ. in: VPB 63/1999 Nr. 106 S. 975 ff.). Juristische Personen sind nicht arm oder bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und haben in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen (BGE 119 Ia 337 E. 4 b). Juristische Personen verfügen deshalb – wie grundsätzlich auch die Konkurs- oder Nachlassmasse (BGE 61 III 170; BGE 116 II 651 E. 2 d S. 656) – über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung (BGE 131 II 306 mit Hinweisen auf die Literatur). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann für eine juristische Person ausnahmsweise dann ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeistandung bestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (vgl. BGE 119 Ia 337 E. 4 c und e S. 340; vgl. auch BGE 126 V 42 E. 4 S. 47 und Alfred Bühler, Die neuere Rechtsprechung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege, in: SJZ 94/1998 S. 228 f.). Dabei ist der Begriff der «wirtschaftlich

Beteiligten» weit zu verstehen; er umfasst neben den Gesellschaftern auch die Organe der juristischen Person oder gegebenenfalls interessierte Gläubiger (BGE 131 II 306 E. 5.2.2 S. 327 mit weiteren Hinweisen).

b) Die Beschwerdeführerin hat nun in keiner Weise dargetan, dass ein solcher Ausnahmefall hier vorliegt. Es ist offensichtlich, dass im fraglichen Aberkennungsprozess nicht ihr einziges Aktivum im Streit liegt. Sie behauptet aber auch nicht, dass weder die Aktionäre noch der Verwaltungsrat mittellos seien, geschweige denn, dass sie dafür den Nachweis leistet. Die Tatsache, dass sie ein Gesuch um Einleitung des Nachlassverfahrens einzureichen beabsichtigt, stellt entgegen ihrer Auffassung offensichtlich keinen solchen Ausnahmegrund dar (vgl. BGE 116 II 651 E. 2 d S. 656). Abgesehen davon hat sie nicht einmal dargetan, dass sie tatsächlich nicht über die notwendigen Mittel verfügt, um den Aberkennungsprozess zu finanzieren. Sie hat in ihrem Gesuch vom 12. Januar 2007 zwar Belege betreffend ihre finanzielle Situation in Aussicht gestellt, solche aber auch mit ihrer Beschwerde nicht eingereicht. Der vorinstanzliche Entscheid ist mithin in keiner Weise zu beanstanden.

Justizkommission, 1. Februar 2007

§ 46 ff. ZPO – Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung bei Rechtsmissbrauch. Verbraucht ein Gesuchsteller im Hinblick auf einen anstehenden oder bereits rechtshängigen Prozess ohne Not und im Vertrauen auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung geradezu mutwillig einen vorhandenen Vermögenswert, welcher zur Deckung der anfallenden Prozesskosten problemlos ausreichen würde, kann ihm die unentgeltliche Prozessführung wegen rechtsmissbräuchlicher Herbeiführung der Bedürftigkeit verweigert werden. In casu werden die Bezahlung hoher Anwaltskosten und die Rückzahlung einer nicht fälligen Darlehensschuld als rechtsmissbräuchlich qualifiziert.

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Vorinstanz führte zur Begründung der Gesuchsabweisung aus, die Beschwerdeführer würden u. a. sinngemäss geltend machen, Anfang März 2007 sei auf ihre Rechnung ein Guthaben von CHF 83'539.70 auf das Treuhandkonto von Rechtsanwalt Z. überwiesen worden. Mit Schreiben vom 26. Februar 2007 sei die Raiffeisenbank am Rigi angewiesen worden, diesen Betrag umgehend nach Erhalt

einerseits an K. E. als Rückzahlung für gewährte Darlehen und andererseits an «ZLAW» als Anzahlung an die Honorarkosten aus den diversen Mandaten, welche nicht Gegenstand der unentgeltlichen Rechtspflege seien, weiterzuleiten. Es stelle einen offenbaren Rechtsmissbrauch i. S. v. Art. 2 Abs. 2 ZGB dar, einerseits eine Zahlung an seine Rechtsanwälte bzw. Gläubiger zu leisten und andererseits zugleich zu behaupten, man sei i. S. v. § 46 ff. ZPO bedürftig. Dem Gesuch sei bereits unter diesem Aspekt die Grundlage entzogen. (...)

2. a) Parteien, die sich durch ein Zeugnis des zuständigen Gemeinderates oder der Armenbehörde darüber ausweisen, dass sie nicht die nötigen Mittel besitzen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Prozesskosten aufzubringen, wird gemäss § 46 Abs. 1 ZPO auf Gesuch hin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, wenn der Prozess nicht als offenbar aussichtslos oder mutwillig erscheint. (...)

b) Als bedürftig gilt, wer die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne die Mittel anzugreifen, deren er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie bedarf. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse. Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhaltes soll nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt, sondern den individuellen Umständen Rechnung getragen werden. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Zwangsbedarf, bzw. ein vorhandener Vermögenswert, ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung sodann nicht davon abhängen, ob die Unfähigkeit, die Gerichts- und Anwaltskosten zu bestreiten, auf ein Verschulden des Gesuchstellers zurückzuführen ist oder nicht; auch derjenige, der seine Bedürftigkeit verschuldet hat, muss nach dieser Rechtsprechung seine Rechte auf prozessuaalem Weg durchsetzen können. Die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung wegen rechtsmissbräuchlicher Herbeiführung der Bedürftigkeit ist nach Ansicht des Bundesgerichts zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, sie muss indessen auf Fälle beschränkt bleiben, in welchen der Gesuchsteller gerade im Hinblick auf den Prozess eine Arbeitsstelle aufgegeben oder eine andere Stelle nicht angetreten hat (BGE 99 Ia 437; BGE 104 Ia 31; zum Ganzen auch Urteil 5P.218/2001 vom 03.09.2001).

c) aa) Der Streitwert im Prozess Nr. A3 2006 10 beträgt CHF 1'250'000.–. Die voraussichtlichen, ordentlichen Prozesskosten der Beschwerdeführer für dieses Verfahren belaufen sich mithin auf schätzungsweise CHF 48'500.– (CHF 18'000.– Gerichtskostenvorschuss zuzüglich CHF 30'500.– Grundhonorar RA X. gemäss § 3 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996). Diese Prozesskosten hätten die Beschwerdeführer aus den CHF 83'539.70, welche das Obergericht des Kantons Zürich der Beschwerdeführerin 2 am 28. November 2006 zusprach, ohne weiteres decken können, wenn sie diesen Betrag nicht anderweitig verwendet hätten. Nachfolgend bleibt somit zu prüfen, ob der Verbrauch dieses Betrages im vorliegenden Fall als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist.

bb) Ausgehend von der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein rechtsmissbräuchliches Verhalten im Zusammenhang mit der Erlangung der unentgeltlichen Prozessführung nur sehr zurückhaltend anzunehmen. Immerhin kann ein solches Verhalten mit Blick auf die Umstände des vorliegenden Falles in analoger Anwendung der vom Bundesgericht entwickelten Kriterien auch darin erblickt werden, dass ein Geschwäger einen vorhandenen Vermögenswert, welcher zur Deckung der anfallenden Prozesskosten problemlos ausreichen würde, im Hinblick auf den Prozess ohne Not verbraucht. Ein solches Verhalten muss der vom Bundesgericht erwähnten Aufgabe einer Stelle zumindest dann gleichgesetzt werden, wenn die bereits bestehende Möglichkeit der selbständigen Prozessfinanzierung im Hinblick auf den anstehenden oder bereits rechtshängigen Prozess im Vertrauen auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung geradezu mutwillig aufgegeben wird.

Im vorliegenden Fall trifft dies in erster Linie auf die Bezahlung der Anwaltskosten in der Höhe von CHF 35'000.– zu. Das diesbezügliche Argument der Beschwerdeführer, durch notwendige, umfangreiche anwaltliche Beratungen sowohl für die Vergangenheitsbewältigung als auch für die Gestaltung der wirtschaftlichen Zukunft des Beschwerdeführers 1 hätten sich beim Rechtsvertreter der Beschwerdeführer Ausstände «über der sechsstelligen Grenze» angehäuft, ist nicht stichhaltig. Zwar trifft es zu, dass die anwaltliche Tätigkeit entgeltlich ist, und den Beschwerdeführern daraus mithin Schuldverpflichtungen erwachsen können. Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung darf indessen nicht dazu führen, dass den Beschwerdeführern mittelbar mehr oder andere Mittel zur Verfügung stehen, als sie für die Führung eines normalen, bescheidenen Lebens wirklich benötigen (vgl. Alfred Bühler, Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 177). Ausserprozessuale Anwaltskosten für Beratungstätigkeiten in sechsstelliger Höhe gehören aber unter keinen Umständen mehr zu einer normalen, bescheidenen

Lebensführung. Daran vermag selbstredend auch die geltend gemachte Fremdsprachigkeit des Beschwerdeführers 1 nichts zu ändern, welche vorliegend schon deshalb unbeachtlich ist, weil die Beschwerdeführerin 2 die deutsche Sprache problemlos beherrschen dürfte. Vielmehr handelt es sich bei den bezahlten Anwaltskosten eindeutig um Ausgaben für nicht notwendige Dienstleistungen mit Luxuscharakter, deren Berücksichtigung in einer normalen Bedarfsrechnung ausgeschlossen wäre, da sie andernfalls – über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung – indirekt durch die Allgemeinheit finanziert würden. Exakt zu diesem verpönten Ergebnis würde es im vorliegenden Fall indessen führen, wenn die während der Rechtshängigkeit des Prozesses bzw. des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung vorgenommene Bezahlung der Anwaltskosten im Umfang von CHF 35'000.– toleriert würde. Die in Anbetracht der (behaupteten) Bedürftigkeit der Beschwerdeführer vollkommen unangemessenen Kosten für anwaltliche Beratungstätigkeiten würden damit zumindest indirekt durch die öffentliche Hand finanziert, was nicht dem Sinn und Zweck der unentgeltlichen Prozessführung entspricht. Da die Beschwerdeführer dieses verpönte Resultat durch einen Verzicht auf die ohne Not vorgenommene Zahlung ohne Weiteres hätten verhindern können, muss ihr genteiliges Verhalten in diesem Punkt als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden.

Dasselbe gilt vorliegend auch für die Rückzahlung der Darlehensschuld von CHF 50'000.– an K. E.. Die Beschwerdeführer machen diesbezüglich geltend, K. E. habe ihnen insgesamt Darlehen in der Höhe von über CHF 307'000.– gewährt, und sie seien – zufolge Erwerbslosigkeit des Beschwerdeführers 1 – weiterhin darauf angewiesen, Darlehen von K. E. zu erhalten, um den Lebensunterhalt zu finanzieren. Eine Rückzahlung von ca. 10% der Darlehenssumme sei auch deshalb nicht rechtsmissbräuchlich, weil K. E. in der Zwischenzeit weitere Darlehen an sie ausgerichtet habe. Diese Ausführungen der Beschwerdeführer leiden schon deshalb an einem inneren Widerspruch, weil objektiv betrachtet kein vernünftiger Grund dafür besteht, dass eine bedürftige Familie einem Darlehensgeber, welcher angeblich ihren Lebensunterhalt mit mehreren Hunderttausend Franken bereits vollumfänglich finanziert, CHF 50'000.– «zurückbezahlt», nur um diesen Betrag anschliessend als – notabene verzinsliches – Darlehen umgehend zurückzuerhalten. Sinnvoll erscheint ein solches Verhalten allerdings dann, wenn sich die Beschwerdeführer mit Blick auf das hängige UP-Verfahren dieses relativ hohen Betrages gleichsam «entledigen» wollten. Für diesen Erklärungsansatz spricht auch die Tatsache, dass die Beschwerdeführer erstaunlicherweise nicht geltend machen, sie hätten einen bestimmten (Rück-)Zahlungstermin seitens von K. E. einhalten müssen. (...)

Justizkommission, 21. November 2007

§§ 154 und 208 Ziff. 4 ZPO. – Gegen einen Beschluss des Kantonsgerichts, mit welchem das Begehren um mündliche Befragung des Experten bzw. um Anordnung einer Oberexpertise abgewiesen wurde, ist die Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts nicht zulässig.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

In einem vor Kantonsgericht Zug hängigen Forderungsprozess betreffend aktienrechtliche Verantwortlichkeit stellte die Beklagte 4 das Begehren, es sei die Expertin zur mündlichen Befragung an der Hauptverhandlung vorzuladen und eine Oberexpertise zur Zusatzfrage der Beklagten 4 betreffend Ereignisse nach dem Bilanzstichtag anzuordnen. Das Kantonsgericht wies dieses Begehren mit Beschluss vom 30. August 2007 ab. Dagegen erhob die Beklagte 4 mit Eingabe vom 10. September 2007 Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts und beantragte im Wesentlichen die Aufhebung des Beschlusses des Kantonsgerichts, die Vorladung der Expertin zur mündlichen Befragung an der Hauptverhandlung und die Anordnung einer Oberexpertise zur Zusatzfrage betreffend Ereignisse nach dem Bilanzstichtag.

Aus den Erwägungen:

1. Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich – wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt – um einen prozessleitenden Entscheid. Gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO ist die Beschwerde an die Justizkommission gegen prozessleitende Beschlüsse des Kantonsgerichtes zulässig, wenn diese bestimmte, namentlich aufgeführte Fälle zum Gegenstand haben, im Übrigen aber nur wenn klare Prozessvorschriften verletzt worden sind. Der Entscheid über die Abweisung des Begehrens um mündliche Befragung des Experten bzw. des Begehrens um Anordnung einer Oberexpertise gehört nicht zu den abschliessend aufgezählten Fällen, in denen ausnahmsweise prozessleitende Entscheide selbständig anfechtbar sind. Eine Beschwerde käme also von vornherein nur insoweit in Betracht, als damit die Verletzung klarer Prozessvorschriften geltend gemacht wird. Indes geht es beim vorliegenden Entscheid ausschliesslich um Fragen im Rahmen des Beweisverfahrens. Nach § 154 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht in einem Beweisbescheid an, über welche Tatsachen, durch welche Partei, allenfalls mit welchen Beweismitteln und binnen welcher Frist der Beweis anzutragen oder zu führen ist. Es ist dabei an die von den Parteien angerufenen Beweismittel und an die im Vorverfahren getroffenen Verfügungen des prozessleitenden Richters nicht gebunden. Es kann den Beweisbescheid sodann bis zur Urteilsfällung unter Angabe der Gründe ändern (Abs. 3). Der Beweisbescheid kann aber gemäss § 154 Abs. 4 ZPO nur mit der Hauptsache weitergezogen werden. Eine Beschwerde dagegen ist also ausgeschlossen, obschon

es sich dabei zweifelsohne um einen prozessleitenden Entscheid handelt. In der zugerischen Praxis ist der eigentliche Beweisbescheid allerdings eher die Ausnahme. In der Regel wird an seiner Stelle lediglich mittels einzelner Beweisverfügungen bzw. -beschlüsse die Abnahme der verschiedenen Beweise angeordnet (Margrit Spillmann, Das Beweisrecht in der zugerischen Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 und de lege ferenda, Diss. Zürich 1973, S. 58 f. und 68). Eine selbständige Anfechtung dieser Beweisverfügungen bzw. Beweisbeschlüsse muss nun aber gleichermaßen ausgeschlossen sein, andernfalls es der Richter in der Hand hätte, je nachdem in der selben Sache einen Beweisbescheid zu erlassen und damit ein Rechtsmittel auszuschliessen, das gegeben wäre, wenn er über die selbe Beweisfrage lediglich in einer Beweisverfügung entscheiden würde. Verfügungen über Beweisfragen sind in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit wie Beweisbeschlüsse zu behandeln. Die Justizkommission hat es denn auch in langjähriger Praxis abgelehnt, auf eine Beschwerde gegen eine Beweisverfügung des Referenten einzutreten, da gegen diese die Einsprache an das Kollegialgericht (§ 94 Abs. 3 ZPO) gegeben sei (GVP 1985/6 S. 125; GVP 1981/82 S. 41 f.; JZ 2004/19; JZ 1999/3; JZ 1996/59; JZ 1994/79). Der Einspracheentscheid ist aber nach der Rechtsprechung in analoger Anwendung von § 154 ZPO ebenfalls nur mit der Hauptsache weiterziehbar (GVP 1985/86 S. 125; JZ 2001/133). Es wäre nun aber widersprüchlich, dem Einspracheentscheid des Kantonsgerichts die selbständige Weiterziehbarkeit abzusprechen und den Beweisbeschluss, der über dieselbe Beweisfrage entscheidet, als beschwerdefähig zu betrachten. Die Justizkommission hat auch in einem kürzlich ergangenen Entscheid ausgeführt, dass ein Weiterzug des Beschlusses des Kantonsgerichts über die Frage der Anordnung eines Obergutachtens bzw. der Vorladung des Experten zur Schlussverhandlung ohne weiteres ausgeschlossen sei (JZ 2006/131). Diese Lösung erscheint denn auch zweckmässig und richtig. Es würde wenig Sinn machen, dass Entscheide über Beweisfragen selbständig an eine obere Instanz weiter gezogen werden könnten, ohne dass diese mit dem gesamten Prozess befasst ist. Sie käme daher vielfach nicht umhin, sich mit dem gesamten Prozessstoff zu befassen, um über einzelne Beweisfragen zu befinden, ohne dass ihr aber in der Sache selbst Entscheidungsbefugnis zukäme.

Justizkommission, 31. Oktober 2007

§ 208 Ziff. 4 ZPO. – Ablehnungsbegehren gegen einen Sachverständigen. Ein Sachverständiger ist keine Gerichtsperson i. S.v. § 208 Ziff. 4 lit. b ZPO, weshalb die Abweisung eines Ablehnungsbegehrens durch das Kantonsgericht nicht gestützt auf diese Bestimmung mit Beschwerde angefochten werden kann (E. 1a). Da der Abweisungsbeschluss nicht in einem separaten Ausstandsverfahren, sondern im Rahmen des Beweisverfahrens ergeht, kann er überhaupt nicht selbständig – auch nicht nur unter dem Gesichtswinkel der Verletzung klarer Prozessvorschriften nach § 208 Ziff. 4 ZPO –, sondern nur zusammen mit dem Endentscheid angefochten werde (E. 1b).

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer stützt sich für die Zulässigkeit der Beschwerde ausdrücklich auf § 208 Ziff. 4 und § 182 ZPO.

a) Nach § 208 Ziff. 4 ZPO ist die Beschwerde gegen prozessleitende Entscheide des Kantonsgerichts nur in den dort unter lit. a–f abschliessend aufgezählten Fällen sowie allgemein, wenn klare Prozessvorschriften verletzt worden sind, zulässig. Zu den ausdrücklich genannten Fällen, in denen die Beschwerde gegen den prozessleitenden Entscheid gegeben ist, gehört gemäss lit. b dieser Bestimmung derjenige, der die Ablehnung einer «Gerichtsperson» zum Gegenstand hat. Was dabei unter Gerichtsperson zu verstehen ist, ergibt sich aus der Aufzählung in den §§ 41/42 GOG. Danach fallen darunter der Richter, Untersuchungs- oder Anklagebeamter, Gerichtsschreiber und deren Stellvertreter. Der gerichtlich bestellte Experte zählt hingegen nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung nicht dazu. So spricht auch das zürcherische Gerichtsverfassungsgesetz in diesem Zusammenhang zwar statt von Gerichtspersonen von «Justizbeamten», subsumiert aber die gerichtlichen Sachverständigen ebenfalls nicht darunter (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 10 zu Vorbem. zu §§ 95 ff.). Wenn § 182 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass als Sachverständige nur mündige Personen wählbar sind, die im Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte sind und gegen die kein Ausstands- oder Ablehnungsgrund vorliegt, wird damit lediglich auf die in §§ 41 und 42/43 GOG angeführten Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe verwiesen. Es gelten demnach für den Sachverständigen, der insofern als Gehilfe des Richters angesprochen werden kann, die gleichen Ausstandsgründe wie für diesen (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006, 10 N 154; Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4.A., Bern 1984, S. 134). Namentlich mit Bezug auf die Unbefangenheit sind an den Sachverständigen die gleichen Voraussetzungen zu stellen wie an den Richter (BGE 118 II 252; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002,

N 10 zu § 22 a). Der gesetzgeberische Grund für die Ausstandsvorschriften liegt vor allem in der Besorgnis einer Trübung der Unparteilichkeit mit Rücksicht auf wirkliche oder mögliche persönliche Interessen des betreffenden Funktionärs (vgl. Fritzsche, Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung, Band I, S. 31 ff.; Hauser/Schweri, a. a. O., N 15 zu Vorbem. zu §§ 95 ff.). Damit wird aber der gerichtlich bestellte Sachverständige nicht einfach den Gerichtspersonen im Sinne von § 208 Ziff. 4 lit. b ZPO gleichgestellt. Es gelten für ihn lediglich dieselben Ausstands- und Ablehnungsgründe wie für diese. Die Zulässigkeit der vorliegenden Beschwerde kann sich deshalb nicht auf diese Bestimmung stützen.

b) Zu prüfen bleibt mithin, ob die Beschwerde gegen den kantonsgerichtlichen Beschluss allgemein, aber nur unter dem Gesichtswinkel der Verletzung klarer Prozessvorschriften zulässig ist (§ 208 Ziff. 4 ZPO).

aa) Stehen Tatsachen in Frage, zu deren Wahrnehmung oder Beurteilung besondere Fachkenntnisse erforderlich sind, so sollen gemäss § 181 ZPO auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen Sachverständige beigezogen werden. Die Anordnung eines Gutachtens und die Bestimmung des Experten fällt grundsätzlich in die Kompetenz des Referenten (§ 89 ff. ZPO). Damit ist es auch Sache des Referenten, über allfällige Ausstands- oder Ablehnungsgründe gegen diesen zu befinden. Gegen dessen Verfügung ist aber einzig die Einsprache an das Kollegialgericht möglich (§ 94 Abs. 3 ZPO); eine Beschwerde an die Justizkommission ist ausgeschlossen (GVP 1985/86, S. 125; GVP 1981/82, S. 41 f.; JZ 2004/19; JZ 1999/3; JZ 1996/59; JZ 1994/79). Auch der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts kann in analoger Anwendung von § 154 Abs. 4 ZPO nur mit der Hauptsache weitergezogen werden (GVP 1985/86, S. 125; JZ 2001/133). Es stellt sich nun die Frage, ob der angefochtene Beschluss des Kantonsgerichtes nicht insgesamt als Beweisbeschluss im Sinne von § 154 ZPO zu qualifizieren ist und demnach nur gemäss Abs. 4 dieser Bestimmung mit der Hauptsache weitergezogen werden kann, womit eine Beschwerde auch unter eingeschränkter Kognition unzulässig wäre.

bb) Soweit es um die Frage der Anordnung eines Obergutachtens bzw. der Vorladung der Experten zur Schlussverhandlung zur Ergänzung des Gutachtens geht, welche Anträge das Kantonsgericht im angefochtenen Beschluss ebenfalls abwies, ist ein Weiterzug mit Beschwerde an die Justizkommission ohne weiteres ausgeschlossen. Es handelt sich in diesem Punkte offenkundig um einen Beschluss über reine Beweisfragen und damit um einen Beweisbeschluss im Sinne von § 154 ZPO, gegen den ein eigenständiger Weiterzug nach der Prozessordnung ausdrücklich ausgeschlossen ist. Die vorliegende Beschwerde richtet sich denn auch nicht

gegen diesen Punkt, sondern einzig gegen die Abweisung des Ablehnungsbegehrens gegen den Gutachter Prof. X.

cc) Da der Sachverständige – wie bereits erwähnt – als Gehilfe des Richters betrachtet werden kann, gelten für ihn dieselben Ausstands- und Ablehnungsregeln. § 182 Abs. 1 ZPO verweist allerdings nur auf die Ausstands- und Ablehnungsgründe gemäss § 41/42 f. GOG, nicht aber auf das in § 44 ff. GOG geregelte Ausstandsverfahren. Da die Ernennung gemäss § 82 Abs. 2 ZPO Sache des Referenten bzw. Prozessgerichts ist, hat dieses auch über einen allfälligen Ausstand oder über die Ablehnung zu befinden. Der Entscheid ist demnach im Rahmen des Beweisverfahrens zu fällen und ist damit selber ein beweisrechtlicher Entscheid bzw. Bestandteil eines solchen. Ablehnungsgründe sind sodann an sich innert der Einsprachefrist vorzubringen (§ 94/95 ZPO). Gleichwohl wird der Richter aber auch nachträgliche Vorbringen im Rahmen von § 186 ZPO zu prüfen haben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 173 ZPO). Ein neues Gutachten ist anzuordnen, wenn das erste Gutachten trotz erfolgter Verbesserung nicht genügt oder eine Verbesserung im vornherein keinen Erfolg verspricht. Entscheidend ist, ob der Richter das vorliegende Gutachten als ungenügend betrachtet, sei es dass dem Experten die erforderlichen Kenntnisse oder die nötige Unbefangenheit abgeht, sei es dass sein Gutachten aus anderen Gründen nicht zu überzeugen vermag (Frank/Sträuli/Messmer, a. a. O., N 4 zu § 181). Wird der Ablehnungsgrund der Parteilichkeit oder Befangenheit des Sachverständigen aus dem Gutachten selbst hergeleitet, bedingt das eben eine Auseinandersetzung mit diesem Gutachten. Diese Auseinandersetzung ist aber abschliessend dem Prozessgericht vorbehalten. Würde man deshalb auf den Umweg der Ablehnung eine Beschwerdemöglichkeit einräumen, liefe das darauf hinaus, das Gutachten auf seine Fehlerlosigkeit und Überzeugungskraft hin durch die Beschwerdeinstanz überprüfen zu lassen, was nach der prozessualen Regelung offenkundig unzulässig ist. Eine Beschwerde gegen den Entscheid über die Ablehnung des Sachverständigen ist deshalb auch unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Verletzung klarer Prozessvorschriften im Sinne von § 208 Ziff. 4 ZPO unzulässig.

Justizkommission, 25. April 2007

## B. Verwaltungspraxis



# I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

## 1. Bürgerrecht

Art. 5 Abs. 2 BÜG: Voraussetzung genügender Sprachkenntnisse, Objektivierung gemäss den Empfehlungen der Eidg. Ausländerkommission (EKA) – Kann sich eine Bürgerrechtsbewerberin nur sehr schwer schriftlich und noch weniger gut mündlich ausdrücken und ist eine Konversation auf Deutsch fast nicht möglich, sind die für die Einbürgerung notwendigen Sprachkenntnisse nicht vorhanden (Erw. II. 3. a). – Zu einer Objektivierung der Sprachkenntnisse tragen die Empfehlungen der Eidgenössischen Ausländerkommission (EKA) bei. Für eine Einbürgerung reicht das Niveau A 1 für den Nachweis der sprachlichen Kommunikationsfähigkeit eindeutig nicht aus (Erw. II. 3. b). – Die sprachlichen Fähigkeiten sind individuell zu beurteilen, gegenüber einer Hausfrau und Mutter rechtfertigt sich jedoch keine grössere Toleranz (Erw. II. 3. c). – Abweisung der Beschwerde (Erw. II. 4.)

Aus den Erwägungen:

II.

1.a) Gemäss § 5 Abs. 1 BÜG darf das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht nur Bewerberinnen erteilt werden, die auf Grund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind. In § 5 Abs. 2 BÜG werden die entsprechenden Voraussetzungen näher umschrieben. Danach ist insbesondere zu prüfen, ob der Bewerber oder die Bewerberin «mit den schweizerischen, kantonalen und örtlichen Lebensgewohnheiten vertraut ist, die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten kennt und beachten will, genügend Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern besitzt sowie geordnete persönliche, familiäre und finanzielle Verhältnisse nachweisen kann». Im vorliegenden Verfahren geht es einzig um die Frage, ob die Bewerberin genügende Sprachkenntnisse besitzt; die übrigen Einbürgerungskriterien wurden im angefochtenen Entscheid nicht überprüft.

b) Ob ein Bewerber oder eine Bewerberin über «genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern» besitzt, ist eine Ermessensfrage. Der Bürgerrat hat sein Ermessen pflichtgemäss auszuüben; das heisst unter Beachtung von Verfassung und Gesetz; zu beachten sind insbesondere das Willkürverbot,

der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie Sinn und Zweck der Bürgerrechtsge-  
setzung (BGE 1P.214/2003; 129 I 232 E. 3.3 sowie 122 I 267 E. 3b).

c) Die Kognition des Regierungsrates richtet sich nach § 42 Abs. 1 VRG; danach  
kann der Regierungsrat auch das Ermessen der Vorinstanz überprüfen.

2.a) Der Bürgerrat X hält nach eigenen Aussagen die Sprachkenntnisse einer ein-  
bürgerungswilligen Person dann für ausreichend, wenn diese die ihnen gestellten  
Fragen ohne weiteres verstehen und im Rahmen eines Gesprächs auf verschiede-  
ne Fragen verständlich Antwort zu geben vermag. Ob das der Fall ist, versucht der  
Bürgerrat in einem persönlichen Gespräch mit der betreffenden Person zu ergrün-  
den; er betont, sich diesbezüglich auf eine langjährige, konstante Praxis mit zahl-  
reichen Einbürgerungswilligen stützen zu können und bezeichnet seine Haltung in-  
nerhalb des Kantons Zug als «eher liberal». Im vorliegenden Fall seien die für eine  
Einbürgerung geforderten Sprachkenntnisse eindeutig nicht erfüllt. Die Beschwer-  
deführerin könne sich nur sehr schwer schriftlich und noch weniger gut mündlich  
ausdrücken; eine Konversation auf Deutsch sei fast nicht möglich. Zwar seien ge-  
genüber den letzten Gesprächen (2002 und 2004) gewisse Fortschritte erkennbar;  
über die für eine Einbürgerung notwendigen Sprachkenntnisse verfüge Frau A.  
jedoch eindeutig noch nicht. Auch im Abschlussbericht der von der Beschwerde-  
führerin besuchten Sprachschule Inlingua werde festgehalten, eine Verständigung  
mit ihr sei nur möglich, wenn der Gesprächspartner langsam und deutlich spreche.  
Im Vergleich mit anderen Bewerbern und Bewerberinnen falle sie klar ab; auch aus  
Gründen der Gleichbehandlung komme eine Gutheissung des Gesuchs nicht in Fra-  
ge. Der Stadtrat von X – mit der Einbürgerung grundsätzlich einverstanden – hält  
ebenfalls dafür, dass die Deutschkenntnisse der Bewerberin «nochmals zu über-  
prüfen» seien.

b) Die Beschwerdeführerin wendet ein, der Bürgerrat habe bei der Beurteilung ihrer  
Sprachkompetenz ausser Acht gelassen, dass die Empfehlungen der Eidg. Ausländer-  
kommission EKA «Einbürgerung und Sprachnachweis» nicht auf die Einführung von  
Sprachtests abzielten, sondern auf die Verbesserung der Beurteilung der umgangs-  
sprachlichen Kompetenz. Diesbezüglich erfülle die Beschwerdeführerin die Voraus-  
setzungen, sei sie doch in der Lage, sich in ihrem sozialen Umfeld auf Deutsch zu ver-  
ständigen. Auch ihre Sprachlehrerin bestätige, am Ende des Sprachkurses sei sie  
imstande gewesen, einfache Fragen betreffend ihrer Person, der Familie und ihrer  
Herkunft zu beantworten. Ausserdem trage die Ablehnung des Gesuchs ihrer Rolle als  
Frau und Mutter zu wenig Rechnung, honoriere ihre langjährigen Anstrengungen zum  
Erlernen der deutschen Sprache nicht und binde sie im Integrationsprozess zurück.

3. a) Wie auch das Bundesgericht festgestellt hat, fällt es nicht leicht, den Vorwurf unzureichender Sprachkenntnisse in genaue Kriterien zu fassen (BGE 1P.787/2006). Bei jeder Beurteilung der sprachlichen Kompetenz einer Person wirken auch subjektive Elemente mit. Zu einer Objektivierung tragen jedoch – wie nachfolgend zu zeigen ist – auch im vorliegenden Fall die Empfehlungen der EKA bei, in denen die unterschiedlichen sprachlichen Niveaus nach Absolvierung von Sprachkursen umschrieben werden. Die Beschwerdeführerin hat verschiedene Sprachkurse besucht, u. a. bei der «Inlingua», Sprachen und Übersetzungen in Zug, und dabei die Stufe A 1 erreicht. Bei der Stufe A 1 handelt es sich um das tiefste von insgesamt sechs Niveaus, auf welchem nur einfache Aussagen zu persönlichen Belangen und sehr vertrauten Themen gemacht werden können. Gemäss dem Abschlussbericht der Inlingua vom 5. Januar 2006 sei die Beschwerdeführerin in der Lage, Hauptaussagen und Inhalte der Standardsprache und die meisten Situationen aus dem sozialen Umfeld und dem Alltag zu verstehen; sie könne sich über vertraute Themen äussern und in einfacher Weise verständigen, wenn der Gesprächspartner langsam und deutlich spricht. Diese Beurteilung entspricht dem gemeinsamen europäischen Referenzrahmen. Danach verfügt, wer das Niveau A 1 erreicht hat, nur über ein sehr begrenztes Repertoire an Wörtern und Wendungen, die sich auf Informationen zur Person und einzelne konkrete Situationen beziehen. Das Niveau A 1 bedeute, dass jemand vertraute, alltägliche Ausdrücke und ganz einfache Sätze verstehen und verwenden kann, die auf die Befriedigung konkreter Bedürfnisse zielen; beherrscht würden nur wenige einfache grammatische Strukturen und Satzmuster («in einem auswendig gelernten Repertoire»). Die Kommunikation sei völlig davon abhängig, dass etwas langsam wiederholt, umformuliert oder korrigiert werde.

b) Für eine Einbürgerung reicht das Niveau A 1 gemäss dem von der EKA erstellten Rahmenkonzept für den Nachweis der sprachlichen Kommunikationsfähigkeit in keinem der beschriebenen Kantone und Gemeinden aus; frühestens ab Niveau A 2 bzw. B 2 könne von einem für die Einbürgerung genügenden Sprachprofil gesprochen werden. Der Entscheid des Bürgerrates X hält sich an diesen Rahmen. Er steht im Einklang mit § 5 Abs. 2 BÜG, der als Voraussetzung der Einbürgerung nicht bloss die Möglichkeit der einfachen Verständigung im gewohnten sozialen Umfeld nennt, sondern genügende Sprachkenntnisse «zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern» verlangt. Der Bürgerrat überschreitet den Rahmen des pflichtgemässen Ermessens nicht, wenn er feststellte, das sprachliche Niveau der Beschwerdeführerin – dem Niveau A 1 entsprechend – genüge den Anforderungen des BÜG nicht. Der Bürgerrat stützt sich auf seine langjährige Praxis und Erfahrung mit zahlreichen Gesuchstellern und Gesuchstellerinnen und macht zu Recht geltend,

dass auch dem Gleichbehandlungsgebot Rechnung zu tragen sei. Dieser Argumentation kann ohne weiteres gefolgt werden, zumal durch die Praxis des Bürgerrates die Anforderungen durchaus nicht überspannt werden und die Einbürgerung keineswegs unverhältnismässig erschwert wird (vgl. BGE 1P.214/2003, E. 3.5.2). Das lässt sich vorliegend auch daraus schliessen, dass der Bürgerrat X im Jahre 2004 die Voraussetzungen für eine Einbürgerung beim Ehemann und den Kindern der Beschwerdeführerin als erfüllt betrachtete.

c) Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht durchzudringen. Zwar kann sie sich offenbar in ihrem sozialen Umfeld verständigen; für die vom Gesetz geforderte Verständigung mit Behörden und Mitbürgerinnen und Mitbürgern reichen ihre Sprachkenntnisse nach dem Gesagten jedoch offensichtlich nicht aus. Das muss auch aus dem Gespräch geschlossen werden, das sie am 4. Oktober 2007 mit dem kantonalen Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst geführt hat. In diesem Gespräch vermochte sie zwar einfache Fragen sinngemäss richtig zu beantworten; sobald es jedoch etwas schwieriger wurde – z. B. bei Fragen nach dem politischen System der Schweiz, nach den Begriffen «Wahlen» oder «Demokratie» – war sie offensichtlich überfordert. Nicht zu hören ist der Vorwurf, die Ablehnung des Gesuchs trage ihrer Rolle als Frau und Mutter zu wenig Rechnung. Die sprachlichen Fähigkeiten sind nämlich – nachdem die selbständige Einbürgerung eines Ehegatten nach § 6 BÜG zulässig ist – individuell zu beurteilen; auch nach der Praxis des Bundesgerichts rechtfertigt sich diesbezüglich gegenüber einer Hausfrau und Mutter keine grössere Toleranz (vgl. BGE 131 I 22 und 1P.468/2004).

4. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Bürgerrat X mit seinem ablehnenden Entscheid den Rahmen pflichtgemässen Ermessens nicht überschritten hat. Die Beschwerde ist damit abzulehnen.

Regierungsrat, 18. Dezember 2007

Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes. – Mangelnde sprachliche Ausdrucksweise als einzige Begründung der Ablehnung eines Einbürgerungsgesuchs erfüllt die Anforderungen nicht; Verletzung des Anspruchs auf eine Begründung (Erw. II. 3. a). – Fehlende und ungenügende Protokollführung in der Bürgergemeindeversammlung; eine sachgerechte Überprüfung des Entscheides ist somit nicht möglich (Erw. II. 3. b).

Willkür liegt auch vor, wenn der Entscheid in klarem Widerspruch mit der tatsächlichen Situation steht; unhaltbare Würdigung der Umstände, Ermessensmissbrauch, überprüfbare Rechtsverletzung (Erw. II. 3. c) – Reformatorischer Charakter der Verwaltungsbeschwerde; die obere Verwaltungsbehörde hebt die angefochtene Verfügung auf und setzt ihren Entscheid an die Stelle des vorinstanzlichen Entscheides. Erteilung des Bürgerrechts der Gemeinde durch den Regierungsrat (Erw. II. 4.)

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Gemäss Protokoll vom 23. Oktober 2006 verweigerte die Bürgergemeindeversammlung X dem serbisch-montenegrinischen Staatsangehörigen A. D., geb. am 2. November 1975, entgegen dem Antrag des Bürgerrates das Bürgerrecht der Gemeinde X. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2006 teilte der Bürgerrat dem Gesuchsteller diesen Entscheid wie folgt mit: Die Einbürgerung sei mit 60 Ja- gegen 74 Neinstimmen (bei vier Leerstimmen und zwei ungültigen Stimmen) abgelehnt worden. Die anschliessenden Wortmeldungen aus den Reihen der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger zur Frage der Begründung des Entscheides seien vom Bürgerrat zu folgendem Antrag zusammengefasst worden: «Mangelnde sprachliche Ausdrucksweise, Eignung nach § 5 kant. BüG nicht erfüllt». Diese Begründung sei mit 93 gegen 39 Stimmen (bei sechs Leerstimmen und einer ungültigen Stimme) angenommen worden.

Gegen diesen Beschluss erhob A. D. vertreten durch Rechtsanwalt A. P. Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug. Er beantragt, der Entscheid der Bürgergemeindeversammlung der Gemeinde X vom 23. Oktober 2006 betreffend Erteilung des Bürgerrechtes sei aufzuheben und A. D. sei das Bürgerrecht der Gemeinde X zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Aus den Erwägungen:

II.

1. Gemäss § 5 Abs. 1 BÜG darf das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht nur Bewerbern erteilt werden, die auf Grund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind. In § 5 Abs. 2 werden – ohne abschliessende Aufzählung – die Voraussetzungen der Einbürgerung näher umschrieben. Dazu gehören ausdrücklich «genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern». Ob eine Bewerberin oder ein Bewerber geeignet ist oder nicht, ist eine Ermessensfrage. Die Bürgergemeindeversammlung hat – wie der Bürgerrat – ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben, das heisst unter Beachtung von Verfassung und Gesetz; zu beachten sind insbesondere das Willkürverbot, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie Sinn und Zweck der Bürgerrechtsgesetzgebung (BGE 1P.214/2003; 129 I 232 E.3.3 sowie 122 I 267 E. 3b).

2. Der ablehnende Entscheid der Bürgergemeindeversammlung X wird einzig damit begründet, der Bewerber habe eine «mangelnde sprachliche Ausdrucksweise». Auf die übrigen Einbürgerungskriterien im Sinne von § 5 Abs. 2 BÜG nimmt der Entscheid keinen Bezug, und sie bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Den Akten kann indessen entnommen werden, dass diese Kriterien ohne weiteres als erfüllt gelten können, was übrigens der Bürgerrat X in seiner Stellungnahme vom 23. November 2005 zuhanden des kantonalen Zivilstands- und Bürgerrechtssdienstes ausdrücklich bestätigt: Der Bürgerrat habe auf Grund der eingereichten Unterlagen und eines persönlichen Gesprächs mit A. D. «einstimmig beschlossen, das Gesuch von Herrn D. zu genehmigen und dieses den Bürger/innen anlässlich einer nächsten Bürgergemeindeversammlung zur Annahme zu empfehlen». Aus Sicht des Gemeinderates X. sind gegen die Einbürgerung ebenfalls keine Einwendungen anzubringen; gegen den Gesuchsteller sei nichts Nachteiliges bekannt (Brief vom 14. Juni 2005 an den Zivilstands- und Bürgerrechtssdienst). Auch der Bericht der Zuger Polizei vom 17. Mai 2005 fällt für den Beschwerdeführer vorteilhaft aus: Die Auskunftspersonen charakterisierten den Bewerber «als durchaus positive Person»; sein Verhalten in der Öffentlichkeit habe noch nie zu Klagen Anlass gegeben. Die Arbeitszeugnisse der Firmen P. vom 17. Februar 2005 und R. vom 28. Februar 2002 sind einwandfrei.

3. a) Zu prüfen bleibt, ob die Bürgergemeindeversammlung mit der Ablehnung des Gesuchs einzig wegen angeblicher «mangelnder sprachlichen Ausdrucksweise» im Rahmen pflichtgemässen Ermessens gehandelt hat und ob die Begründung des

Entscheidendes allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien zu genügen vermag. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich nicht um einen politischen Akt, sondern um einen (rechtsanwendenden) Verwaltungsakt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind ablehnende Einbürgerungsentscheide zu begründen; dabei gelten grundsätzlich die Regeln, die sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) herleiten (vgl. BGE 132 I 196 f.). Es entspricht allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien, dass dem Rechtsuchenden die Entscheidungsgründe eröffnet werden (BGE 96 I 723 f., 101 Ia 48 f.); dabei kann sich die Behörde auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 99 V 188). Die Begründung gehört zu den elementaren Bestandteilen des Entscheides; sie muss angemessen sein und darf keine Widersprüche enthalten. Sie muss dem Betroffenen die Möglichkeit geben, sich über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft zu geben und allenfalls in voller Kenntnis der Gründe ein Rechtsmittel zu ergreifen (Rhinow/Krähenmann, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband Nr. 85 B III a sowie BGE 114 Ia 242; 113 II 2054 und Haefelin/Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, N. 1294). Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Die Verletzung des Anspruchs auf eine Begründung führt unabhängig vom Nachweis eines materiellen Interesses des Beschwerdeführers zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 116 V 182 E. 1 b; 104 Ia 214 und weitere Hinweise in Rhinow/Krähenmann, a. a. O., Nr. 85 B V)

b) Vorliegend begnügt sich die Begründung des ablehnenden Entscheids der Bürgergemeindeversammlung mit der Feststellung «mangelnde sprachliche Ausdrucksweise, Eignung nach § 5 kant. BÜG nicht erfüllt». Weder das Protokoll der Bürgergemeindeversammlung vom 23. Oktober 2006 noch die Mitteilung des Bürgerrates vom 24. Oktober 2006 enthalten Anhaltspunkte dafür, dass sich der Beschwerdeführer «anscheinend nicht vorbereitet hat, nicht viel gesagt und sich sehr schlecht ausgedrückt» habe. Das Protokoll enthält weder Voten von Versammlungsteilnehmenden noch Fragen an den Beschwerdeführer; auch dessen Antworten sind aus dem Protokoll nicht ersichtlich. Diese Protokollführung steht im Widerspruch zum Kreisschreiben des Regierungsrates vom 12. August 2003 an die Bürgerräte, wo (in Ziffer 3) ausdrücklich festgehalten wird, dass die Voten der Stimmberechtigten zu protokollieren sind. Äusserungen aus der Mitte der Versammlung, die sich mit den angeblich ungenügenden Sprachkenntnissen des Bewerbers befassten, hätten umso mehr protokollarisch festgehalten werden müssen, als der ablehnende Beschluss der Bürgergemeindeversammlung entgegen dem Antrag des Bürgerrates gefasst wurde; denn dieser hatte einstimmig beantragt, dem Gesuch sei stattzugeben. Eine sachgerechte Überprüfung des Entschei-

des – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Bedingung für eine rechtsgenügli­che Begründung – ist unter diesen Umständen nicht möglich (vgl. dazu BGE 129 I 232, 239 E. 3).

c) Der Entscheid der Bürgergemeindeversammlung entbehrt aber nicht bloss einer vor dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs standhaltenden Begründung; er erweist sich noch aus einem anderen Grund als willkürlich. Willkür liegt vor, weil der Entscheid in klarem Widerspruch mit der tatsächlichen Situation steht (Haefelin/Müller, a. a. O., N. 426 und BGE 122 I 61, 66 f., 121 I 113 f). Sämtliche Amtsstellen, die sich mit dem Einbürgerungsgesuch befasst haben, attestieren dem Gesuchsteller nämlich gute Kenntnisse der deutschen Sprache und insbesondere des Schweizerdeutschen. So wird in der Aktennotiz des Zivilstands- und Bürgerrechtsdienstes vom 8. September 2005 über das staatsbürgerliche Gespräch festgehalten: «Die Verständigung war gut», und «er war gut vorbereitet»; im Bericht der Zuger Polizei vom 17. Mai 2005 steht: «Er beantwortete meine Fragen sehr spontan und ehrlich. Er spricht Schweizerdeutsch mit Bündnerakzent (!). Der ausländische Dialekt ist minim». Auch der Bürgerrat X hat auf Grund eines persönlichen Gesprächs vom 12. November 2005 die Voraussetzungen für eine Einbürgerung – und damit auch die genügenden Sprachkenntnisse im Sinne von § 5 Abs. 2 BÜG – einstimmig als gegeben erachtet. Ausserdem hat A. D. den Fähigkeitsausweis als Strassenbauer erworben und mit Erfolg die Vorarbeiterschule und die Polierschule 1 absolviert, was nur mit genügenden Sprachkenntnissen möglich war.

Bei der Auslegung der Frage, ob der Bewerber über genügende Sprachkenntnisse verfüge, kommt der Bürgergemeindeversammlung zweifellos ein gewisses Ermessen zu. Dieses Ermessen ist jedoch schon deshalb erheblich eingeschränkt, weil der Bürgerrat die Eignung des Bewerbers geprüft und bejaht hat. Der Entscheid der Bürgergemeindeversammlung ist willkürlich, weil seine Begründung in klarem Widerspruch zu sämtlichen Vorakten steht; Aktenwidrigkeit ist aber eine Form der Verletzung des rechtlichen Gehörs (BGE 100 I a 34). Der Entscheid beruht auf einer unhaltbaren Würdigung der Umstände; damit liegt Ermessensmissbrauch vor, was einer durch den Regierungsrat überprüf­baren Rechtsverletzung gleichkommt (Imboden/Rhinow, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 67 B II a; Haefelin/Müller, a. a. O., N. 377 f.). Der Entscheid der Bürgergemeindeversammlung X ist damit aufzuheben.

4. Nach § 39 VRG ist die obere Verwaltungsbehörde, die eine Verwaltungsbeschwerde zu beurteilen hat, verpflichtet, «den angefochtenen Entscheid zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden». Die Verwaltungsbeschwerde hat

grundsätzlich reformatorischen Charakter; die obere Verwaltungsbehörde – hier: der Regierungsrat – beschränkt sich demnach nicht auf die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, sondern setzt ihren Entscheid an die Stelle des vorinstanzlichen. Die Beschwerdeinstanz ist grundsätzlich gehalten, in der Sache selbst zu entscheiden, wenn sie eine Beschwerde gutheisst (Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, N. 304). Eine Rückweisung an die Vorinstanz bildet die Ausnahme und kommt insbesondere bei Beschwerden gegen politische Akte (Kreditbeschlüsse, rechtsetzende Akte) zur Anwendung; sie kann auch dann in Betracht gezogen werden, wenn der Sachverhalt ungenügend abgeklärt wurde oder die angefochtene Verfügung unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist. Als wesentliche Verfahrensgrundsätze gelten etwa die Bestimmungen über den Ausstand und die Zuständigkeit; hier ist regelmässig Rückweisung geboten (Schär, *Erläuterungen zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh.*, N. 5 f. zu Art. 28). Im vorliegenden Fall besteht kein Grund, von der Regel des § 39 VRG abzuweichen. Der Entscheid der Bürgergemeindeversammlung ist ein rechtsanwendender Verwaltungsakt, der durch die Beschwerdeinstanz ohne Rückweisung geändert werden kann, wenn er sich als rechtswidrig erweist. Weitere Sachverhaltsabklärungen, insbesondere hinsichtlich der Eignungsvoraussetzungen, sind nicht erforderlich, steht doch auf Grund der Akten einwandfrei fest, dass der Beschwerdeführer über hinreichende Sprachkenntnisse verfügt und auch die übrigen Voraussetzungen für eine Einbürgerung im Sinne von § 5 Abs. 2 BÜG erfüllt sind. Eine Rückweisung brächte die Bürgergemeindeversammlung zudem in eine Zwangslage: Entweder müsste sie – in Nachachtung der vorstehenden Erwägungen – dem Beschwerdeführer das Bürgerrecht erteilen, oder sie könnte das Gesuch erneut ablehnen und würde damit mit grösster Wahrscheinlichkeit wiederum eine Rechtsverletzung begehen. Beide Möglichkeiten befriedigen nicht. Im ersten Fall würde die Bürgergemeindeversammlung zur blossen Vollstreckerin, was aus demokratischer Sicht problematisch ist; im zweiten Fall könnte die Versammlung zwar theoretisch neu entscheiden, müsste dabei aber in Kauf nehmen, dass sich ihr Entscheid erneut als rechtswidrig erweist. Zudem wäre die Rückweisung mit einer für den Beschwerdeführer unzumutbaren Verlängerung des Verfahrens verbunden. Bei dieser Rechtslage ist dem Beschwerdeführer antragsgemäss das Bürgerrecht der Gemeinde X zu erteilen.

### III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird keine Spruchgebühr erhoben (§ 23 Abs. 1 in Verbindung mit § 24 VRG). Dem durch einen Anwalt vertretenen Beschwerdeführer, der vollumfänglich obsiegt hat, ist antragsgemäss im Sinne von

§ 28 Abs. 2 Ziffer 2 VRG zulasten der Bürgergemeinde X eine Parteientschädigung zuzusprechen. Eine Entschädigung von CHF 1'200.– erweist sich als angemessen.

Regierungsrat, 20. November 2007

Verletzung des rechtlichen Gehörs einer minderjährigen Bürgerrechtsbewerberin (Erw. II. 3. a) – Der Anspruch auf rechtliches Gehör leitet sich aus Art. 29 Abs. 2 BV her, wird in Art. 15 VRG bekräftigt und steht auch Kindern und Jugendlichen zu. Diese üben ihre Rechte im Rahmen der Urteilsfähigkeit aus. Urteilsfähigkeit ist in Bezug auf die Einbürgerung bei einer Dreizehnjährigen gegeben (Erw. II. 3. b). – Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, Aufhebung des Entscheides (Erw. II. 3. d).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 4. April 2006 reichten M. und H. R. für ihre Tochter D., geboren am 11. März 1993 in Zug, das Gesuch um Erteilung der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung ein. Nach einer Anhörung in der Bürgerkanzlei X, an welcher ausser einer Vertretung der Bürgergemeinde die minderjährige D. und ihr Vater M. R. teilnahmen, entschied der Bürgerrat X am 11. September 2006, er könne die Erteilung des Gemeindebürgerrechts nicht befürworten, weil die vom Vater vorgebrachten Argumente nicht stichhaltig seien. Der Vater lege grosses Gewicht auf die Einbürgerung, weil der bosnische Pass seiner Tochter im Oktober 2007 ablaufe; die Beschaffung eines neuen Passes sei schwierig und mit hohen Kosten verbunden. Werde der Pass nicht verlängert, sei auch die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung in Frage gestellt, und es sei für die Familie nicht möglich, mit ihrer Tochter Ferien im Ausland zu verbringen. Abklärungen des Bürgerrates beim kantonalen Amt für Ausländerfragen hätten aber ergeben, dass die Beschaffung eines bosnischen Passes in der Regel problemlos möglich sei, und die Aufenthaltsbewilligung werde auch aufgrund eines abgelaufenen Passes verlängert. Der Bürgerrat habe der Familie empfohlen, das Gesuch von D. zurückzuziehen und in absehbarer Zeit zwecks Wahrung der Einheit der Familie ein gemeinsames Gesuch einzureichen. Mit Schreiben vom 18. September 2006 reichte M. R. gegen den Beschluss des Bürgerrates X beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde ein.

Aus den Erwägungen:

II.

1.a) Gemäss § 5 Abs. 1 BÜG darf das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht nur Bewerberinnen erteilt werden, die auf Grund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind. In § 5 Abs. 2 werden die entsprechenden Voraussetzungen näher umschrieben. Ob eine Bewerberin oder ein Bewerber geeignet ist oder nicht, ist eine Ermessensfrage. Der Bürgerrat hat sein Ermessen pflichtgemäss, das heisst unter Beachtung von Gesetz und Verfassung, insbesondere des Willkürverbots und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, auszuüben (BGE 122 I 267 E. 3b).

b) Die Kognition des Regierungsrates richtet sich nach § 47 Abs. 1 VRG; danach kann der Regierungsrat auch das Ermessen der Vorinstanz überprüfen.

2.a) In seiner Entscheidung vom 11. September 2006 nimmt der Bürgerrat X ausschliesslich Stellung zu den vom Vater der minderjährigen D. vorgebrachten Argumenten, insbesondere dass die Beschaffung eines neuen bosnischen Passes und die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung mit Schwierigkeiten verbunden sei. Dagegen setzt sich der Bürgerrat überhaupt nicht mit den Gründen auseinander, die von D. selbst angeführt werden und die nach ihrer Auffassung für eine Einbürgerung sprechen. Bereits im Fragebogen zum Einbürgerungsgesuch begründete das damals dreizehnjährige Mädchen das Gesuch damit, dass es in der Schweiz geboren wurde und Bosnien nur vom Hörensagen kenne; es habe nie in Bosnien gelebt und immer die Schule in seiner Wohngemeinde besucht, wo es viele Kolleginnen habe. Nach dem Protokoll der Anhörung vom 21. August 2006 werden diese Aussagen sinngemäss bestätigt; insbesondere wird festgestellt, die noch minderjährige Dervisa begründe ihr Einbürgerungsgesuch damit, dass sie in der Schweiz geboren sei.

b) Mit den in § 5 Abs. 2 BÜG umschriebenen Einbürgerungsvoraussetzungen befasst sich der angefochtene Entscheid nicht. Den Akten kann jedoch entnommen werden, dass das in Zug geborene und in X aufgewachsene Mädchen mit den hiesigen Lebensgewohnheiten vertraut ist und insbesondere Schweizerdeutsch ohne Akzent spricht; polizeiliche Vorkommnisse sind nicht bekannt, und in der Schule und mit ihren Mitschülern bekunde sie keine Probleme. Dem entsprechenden Bericht der Zuger Polizei vom 1. Juni 2006 schliesst sich der Gemeinderat X ohne Ergänzungen an. Auf Grund der Akten ist somit anzunehmen, dass D. R. die Eignungskriterien gemäss § 5 BÜG wie auch die Wohnsitzerfordernisse (§§ 10 bis 13 BÜG) erfüllt.

3.a) Unbestrittenermassen geht der Bürgerrat überhaupt nicht auf die schriftlich und mündlich vorgebrachten Argumente der dreizehnjährigen D. ein. Dadurch verletzt er deren Anspruch auf rechtliches Gehör, der sich direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV herleitet und auch in § 15 Abs. 1 VRG verankert ist. Nach konstanter und unbestrittener Rechtsprechung und Lehre hat die Behörde die Pflicht, alle für die Sachverhaltsabklärung wesentlichen Vorbringen der Parteien zu prüfen (BGE 112 Ia 3). «Was die Parteien im Rahmen beanspruchten rechtlichen Gehörs vorbringen, hat die Behörde zu prüfen und zu würdigen» (Komm. zur revidierten Bundesverfassung, Rz. 34 zu Art. 29). Der Anspruch auf Prüfung und begründeten Entscheid gilt als wichtiger Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Das Ergebnis der Prüfung muss sich in der Begründung des Entscheides niederschlagen (BGE 112 Ia 109; vgl. auch § 48 VRG). Setzt sich die Behörde mit den Vorbringen der Parteien nicht auseinander, verletzt sie den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (BGE 110 V 115). Die minderjährige D. hat ihre für eine Einbürgerung sprechenden Motive unmissverständlich dargelegt: Sie möchte Schweizerin werden, weil sie hier geboren wurde und aufgewachsen ist, weil sie hier die Schule besucht und viele Kolleginnen hat. Auf diese – altersgerecht formulierten und durchaus nachvollziehbaren – Argumente geht die Vorinstanz nicht ein, sondern ausschliesslich auf die vom Vater vorgebrachten Gründe. Das wäre allenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn es sich bei den Argumenten des Mädchens um solche handeln würde, die für den Entscheid nicht von Belang sind; denn die Behörde kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 99 V 188). Vorliegend hat das minderjährige Mädchen jedoch wesentliche Gründe vorgebracht, die nach seiner Auffassung für die Einbürgerung sprechen; es wäre Pflicht der Vorinstanz gewesen, sich damit auseinander zu setzen, und das Ergebnis ihrer Prüfung hätte sich in der Begründung des Entscheides niederschlagen müssen (BGE 112 Ia 109).

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör, der sich aus Art. 29 Abs. 2 BV herleitet und im Kanton Zug in Art. 15 VRG bekräftigt wird, steht auch Kindern und Jugendlichen zu. Sie sind Träger von Grundrechten, und zwar unabhängig von ihrer Nationalität und ihrem Aufenthaltsstatus (Komm. BV, Rz. 7 zu Art. 11); sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus (Art. 11 Abs. 2 BV). Die Urteilsfähigkeit untersteht dem Recht am Wohnsitz (Art. 35 IPRG).

Im öffentlichen Recht wird hinsichtlich der Urteilsfähigkeit auf den zivilrechtlichen Begriff und die Praxis zu Art. 16 ZGB abgestellt (Basler Kommentar, N. 60 zu Art. 16 ZGB). Urteilsfähig ist, wer über die Fähigkeit verfügt, Sinn und Nutzen sowie die Wirkungen eines bestimmten Verhaltens einzusehen und abwägen zu können, und ausserdem die Fähigkeit besitzt, gemäss dieser Einsicht und mit freiem Willen zu

handeln (Basler Komm., N. 3 zu Art. 16 ZGB). Mit Bezug auf die Urteilsfähigkeit besteht keine absolute Altersgrenze; vielmehr ist von Fall zu Fall zu untersuchen, «ob im Blick auf die konkrete Handlung die Entwicklung des Kindes und seine geistig-psychische Reife der vom Gesetz geforderten Vernunft und Selbstverantwortlichkeit entspricht» (a. a. O., N. 15). Kinder vermögen schon sehr früh ihre Bedürfnisse, Wünsche und Absichten zu artikulieren (Komm. BV, Rz. 10 zu Art. 11). So wird etwa einem zehnjährigen Kind die Urteilsfähigkeit bezüglich der Tragweite seiner Adoption zugebilligt (BGE 107 II 22). Im Lichte dieser Praxis kann kein Zweifel daran bestehen, dass sich die dreizehnjährige D. durchaus im Klaren war, was sie mit der Einreichung des Einbürgerungsgesuches bewirken wollte. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie die Konsequenzen einer Einbürgerung in allen Einzelheiten erfassen konnte; wesentlich ist, dass sie unmissverständlich ihren Willen kund tat, Schweizerin zu werden und offensichtlich wusste, was dieser Schritt bedeutet.

c) Der Anspruch des urteilsfähigen Kindes auf rechtliches Gehör ergibt sich im übrigen auch aus dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107), das für die Schweiz seit dem 26. März 1997 in Kraft steht (Kinderrechtskonvention). Nach Art. 12 dieses Übereinkommens sichern die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife (Abs. 1). Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden (Abs. 2). Bei Art. 12 der Kinderrechtskonvention handelt es sich um eine direkt anwendbare Staatsvertragsbestimmung; eine Umsetzung im innerstaatlichen Recht ist nicht erforderlich (BGE 124 III 90 E. 3a). Die Vorinstanz hatte somit auch nach dieser Bestimmung die Pflicht, das Mädchen anzuhören und seine Meinung angemessen zu berücksichtigen.

d) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur; seine Verletzung führt unabhängig vom Nachweis eines materiellen Interesses des Beschwerdeführers zur Aufhebung des Entscheides (vgl. BGE 116 V 182 E. 1b sowie Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 85 B V mit Hinweisen). Der Entscheid des Bürgerrates von X ist somit aufzuheben.

4. Nach § 39 VRG ist die obere Verwaltungsbehörde, die eine Verwaltungsbeschwerde zu beurteilen hat, verpflichtet, «den angefochtenen Entscheid zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden». Eine Rückweisung an die Vorinstanz bildet die Ausnahme

und kommt insbesondere bei Beschwerden gegen politische Akte (Kreditbeschlüsse, rechtsetzende Akte) zur Anwendung; sie kann auch dann in Betracht gezogen werden, wenn der Sachverhalt ungenügend abgeklärt wurde oder die angefochtene Verfügung unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist. Vorliegend wurde der Sachverhalt durch die Vorinstanz ungenügend abgeklärt, weshalb die Sache zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist.

Regierungsrat, 20. November 2007

## 2. Organisationsrecht

Ausstandspflicht – Im Verwaltungsverfahren finden sich häufiger systembedingte Fälle von Vorbefassung als in Verfahren vor gerichtlichen Instanzen. E. 1 – Die Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates arbeiten eng mit der Direktionsvorsteherin oder dem Direktionsvorsteher zusammen und nehmen aus diesem Grund im Gegensatz zu den Mitarbeitenden der anderen Ämter der Direktion eine besondere Stellung ein. Ein Behördenausstand einer Direktion setzt in der Regel voraus, dass die Direktionsvorsteherin oder der Direktionsvorsteher selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind. Eine Befangenheit, die lediglich bei den Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates besteht, wozu jeweils auch die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär zählen, bewirkt keinen Ausstand der Direktion bzw. ihrer Vorsteherin oder ihres Vorstehers. In solchen Fällen muss die Instruktion des Beschwerdeverfahrens einem unbefangenen Mitarbeitenden des Direktionssekretariats der betreffenden Direktion, falls die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär befangen sind, einem Mitarbeitenden des Direktionssekretariats einer anderen Direktion oder einer aussenstehenden Person übertragen werden. E. 3

A. Aus dem Sachverhalt:

Mit Eingabe vom 26. Juni 2006 erhob die Beschwerdeführerin gegen den Beschluss des Bürgerrates Unterägeri vom 14. Juni 2006 betreffend Obhutsentzug und Errichtung einer Beistandschaft in Bezug auf die drei Kinder X., Y. und Z. beim Regierungsrat des Kantons Zug Beschwerde (nachfolgend Beschwerdeverfahren I). Mit einer zweiten Eingabe vom 14. August 2006 erhob die Beschwerdeführerin gegen einen weiteren Beschluss des Bürgerrates Unterägeri vom 29. Juni 2006 betreffend Unterbringung der zwei Kinder X. und Y. im Kinderheim Grüna, Au ZH, wiederum Beschwerde beim Regierungsrat (nachfolgend Beschwerdeverfahren II).

## B. Erwägungen:

1. Der Zweck der Ausstandspflicht besteht darin, jede Befangenheit oder Interessenkollision sowie jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. Gemäss Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) sowie der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Streitsache von einem richtig besetzten, zuständigen, unabhängigen sowie unparteiischen Gericht beurteilt wird. Dieser Anspruch bezieht sich nur auf die Beurteilung von Streitsachen durch Gerichte – einschliesslich Verwaltungsgerichte.

Im Verwaltungsverfahren finden sich häufiger systembedingte Fälle von Vorbefassung als in Verfahren vor gerichtlichen Instanzen. Das bedeutet, die Vorbefassung ist aufgrund der Natur eines Rechtsinstitutes oder der Behördenorganisation teilweise unvermeidlich. Es fällt zudem im Gegensatz zu Gerichten besonders ins Gewicht, dass Regierungs- und Verwaltungsbehörden nicht einzig Rechtsprechungsfunktionen wahrnehmen (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss., Zürich 2002, S. 150 f.).

Indessen entspricht die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden heute einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. Andererseits können die Verwaltungsbehörden die an Gerichte gestellten Anforderungen betreffend einer institutionellen Unabhängigkeit nicht erfüllen (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 582). Unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in den Ausstand zu treten haben, bestimmt sich ausschliesslich nach dem kantonalen Organisations- und Verfahrensrecht. Zusätzlich haben die Privaten einen aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleiteten bundesrechtlichen Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, N 1668; Jörg Paul Müller, a. a. O., S. 582; BGE 127 I 196). Ist die Anrufung einer unabhängigen Gerichtsinstanz vom Gesetzgeber ausgeschlossen worden, so dass eine verwaltungsinterne Behörde letztinstanzlich entscheidet, gelangt zudem Art. 13 EMRK zur Anwendung (Benjamin Schindler, a. a. O., S. 168).

2. Bei der Befangenheit handelt es sich um einen inneren Gemütszustand, der definitionsgemäss nur bei natürlichen Personen vorkommen kann. Demzufolge hat sich gemäss der Praxis ein Ausstandsbegehren immer gegen eine einzelne, natürliche

Person zu richten und nicht gegen eine Gesamtbehörde (Benjamin Schindler, a. a. O., S. 75 f.). In diesem Sinn kann nur der Ausstand einzelner Mitglieder eines Spruchkollegiums, nicht aber einer ganzen Behörde verlangt werden (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.87 vom 14. Juni 2002; BGE 105 Ib 301; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt am Main 1990, S. 302). Dementsprechend gilt auch im kantonalen Recht der Grundsatz, wonach nur der Ausstand einzelner Personen, nicht aber einer ganzen Behörde verlangt werden kann. Die Ausstandspflicht erfasst aber alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N 7 zu Art. 9 VRPG).

Die Unzulässigkeit von Ausstandsbegehren gegen Gesamtbehörden schliesst aber nicht aus, dass in seltenen Ausnahmesituationen sämtliche Einzelmitglieder einer Behörde befangen sein können. Ein formelles Ausstandsbegehren gegen eine Gesamtbehörde kann daher nicht ohne weiteres und ohne eingehende Prüfung zurückgewiesen werden. Es muss als Ausstandsbegehren gegen alle Einzelmitglieder der entsprechenden Behörde behandelt werden. Die Gutheissung eines solchen Begehrens führt zur Beschlussunfähigkeit der Behörde. Der Entscheid muss dann einer anderen Behörde übertragen werden (Benjamin Schindler, a. a. O., S. 76 f.). Eine Gesamtbehörde hat jedoch nur bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände in den Ausstand zu treten (BGE 122 II 477).

3. Die an den Regierungsrat gerichteten Verwaltungsbeschwerden werden im Kantonalen Zug jeweils von der zuständigen Direktion – genau genommen vom betreffenden Direktionssekretariat – instruiert. Gemäss § 3 Abs. 4 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998 (Organisationsgesetz; BGS 153.1) in Verbindung mit der Verordnung über die Ämterzuteilung vom 9. Dezember 1998 (BGS 153.2) handelt es sich bei einem Direktionssekretariat, das von einer Direktionssekretärin oder einem Direktionssekretär geleitet wird (§ 3 Abs. 6 Organisationsgesetz), ebenfalls um ein unabhängiges Amt der entsprechenden Direktion. Die Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates arbeiten eng mit der Direktionsvorsteherin oder dem Direktionsvorsteher zusammen und nehmen aus diesem Grund im Gegensatz zu den Mitarbeitenden der anderen Ämter der Direktion eine besondere Stellung ein.

Jede Direktion steht nach § 3 Abs. 3 Organisationsgesetz unter der Leitung und Aufsicht eines Mitglieds des Regierungsrates als Direktionsvorsteherin oder Direktionsvorsteher. Obwohl die betreffende Direktion, vertreten durch ihre Vorsteherin

oder ihren Vorsteher, verpflichtet ist, dem Regierungsratskollegium im Beschwerdeverfahren Antrag zu stellen, steht ihr selbst im Beschwerdewesen keine Spruchkompetenz zu, da über die Beschwerde letztlich der Regierungsrat im Kollegium entscheidet (§ 2 Abs. 3 Organisationsgesetz). Bei einer Direktion handelt es sich somit nicht um eine Gesamtbehörde mit Spruchkompetenz. Ein Behördenausstand einer Direktion ist unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Er setzt in der Regel voraus, dass die Direktionsvorsteherin oder der Direktionsvorsteher selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind.

Eine Befangenheit, die lediglich bei den Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates besteht, wozu jeweils auch die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär zählen, bewirkt keinen Ausstand der Direktion bzw. ihrer Vorsteherin oder ihres Vorstehers. In solchen Fällen muss die Instruktion des Beschwerdeverfahrens einem unbefangenen Mitarbeitenden des Direktionssekretariats der betreffenden Direktion, falls die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär befangen sind, einem Mitarbeitenden des Direktionssekretariats einer anderen Direktion oder einer aussenstehenden Person übertragen werden.

4. Gemäss § 36 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz; BGS 154.21) sind Mitarbeitende des Kantons verpflichtet, in den Ausstand zu treten, wenn sie in einer Angelegenheit ein persönliches Interesse haben. Präzisierend verweist § 12 der Verordnung zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 12. Dezember 1994 (Personalverordnung; BGS 154.211) auf die Ausstandsregelungen von § 8 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BGS 162.1) und § 11 i. V. m. § 13 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrats und der Direktionen vom 25. April 1994 (GO RR; BGS 151.1). Danach hat eine beim Kanton angestellte Person dann in den Ausstand zu treten, wenn sie mit einer eigenen Sache oder mit Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater sie ist, befasst ist, oder wenn sie sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Geschäft hat. Zudem hat sie in den Ausstand zu treten, wenn sie mit einer am Geschäft interessierten Person in auf- oder absteigender Linie im zweiten Grad einschliesslich blutsverwandt ist oder mit ihr im Verwandtschaftsverhältnis eines Stiefvaters oder Stiefsohnes, Schwiegervaters oder Schwiegersonnes oder Schwagers steht.

5. Die aus Art. 29 Abs. 1 BV fließenden Mindestanforderungen an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Behördenmitgliedern reichen nicht so weit wie die

Garantie von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Im Zusammenhang mit diesen bundesrechtlichen Mindestanforderungen ist klar zu trennen, ob ein Behördenmitglied mit einer Angelegenheit i. e. S. vorbefasst ist, was bedeutet, dass es tatsächlich am Vorentscheid mitgewirkt hat, oder ob es lediglich eine systembedingte oder institutionelle Nähe zum Entscheidträger aufweist, also der gleichen Verwaltungseinheit angehört oder dieser vorsteht (Benjamin Schindler, a. a. O., S. 164).

a) Vorbefasst i. e. S. ist die Amtsperson, die in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion dieselbe Frage in der gleichen Angelegenheit tatsächlich beurteilt hat. Eine solche unzulässige Vorbefassung sollte grundsätzlich aufgrund von Art. 29 Abs. 1 BV in jedem Fall zu einer Ausstandspflicht führen (Benjamin Schindler, a. a. O., S. 165).

b) Dagegen spricht man von der systembedingten oder institutionellen Nähe, welche eine mit der Instruktion oder dem Entscheid selber befasste Amtsperson zur Vorinstanz hat. Diesfalls kann die den Rechtsmittelentscheid instruierende Person derselben Verwaltungseinheit angehören wie die Person, die den angefochtenen Entscheid gefällt oder instruiert hat. Es fehlt an einer institutionellen Unabhängigkeit der am Entscheid mitwirkenden Personen. Befangenheit muss deswegen aber nicht vorliegen. Vielmehr besteht ein erhöhtes Risiko, dass der mit dem Vorentscheid befasste Amtsträger auf seinen mit der Instruktion des Beschwerdentscheides betrauten Amtskollegen einwirkt. Inwiefern eine solche systembedingte oder institutionelle Nähe zu einem Ausstand führen kann, ist den Kantonen überlassen, da sich aus Art. 29 Abs. 1 BV kein Anspruch auf eine minimale institutionelle Unabhängigkeit ableiten lässt. Es muss in diesen Fällen die Interessenabwägung stattfinden, ob die Unabhängigkeit und Unbefangenheit der entscheidenden Behörde höher zu gewichten ist, als die Besonderheit der verwaltungswirtschaftlichen Rechtspflege mit ihrem spezifischen Sachverstand und der damit verbundenen vollen Ermessensausübung (Benjamin Schindler, a. a. O., S. 166 ff.).

6. Befangenheitsvorwürfe sind ernst zu nehmen. Die Beachtung der Ausstandsregeln gewährleistet nämlich nicht nur inhaltlich unabhängige Entscheidungen, sondern trägt auch wesentlich zu deren Glaubhaftigkeit und Akzeptanz bei. Befangenheit wird nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Behörde bzw. eines Behördenmitglieds oder eines Mitarbeitenden in der Verwaltung zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktionaler und organisatorischer Natur begründet sein. Der aus Art. 29 Abs. 1 BV

abzuleitende Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit ist mithin immer dann verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung mindestens ein Anschein von Befangenheit besteht. Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen. Demnach genügt bei objektiver Betrachtung lediglich der Anschein der Befangenheit. Eine tatsächliche Befangenheit in der Sache ist nicht erforderlich (BGE 1P.711/2004 vom 17. März 2005).

Die Frage der Beweisführungslast wird im Verwaltungsverfahren insofern entschärft, dass grundsätzlich die Untersuchungsmaxime, wonach Ausstandsgründe somit von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, zur Anwendung kommt.

Es ist jedoch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege, Ausstandsgründe nicht leichthin anzunehmen. Die Gutheissung eines Ausstandsbegehrens kann zu einer Verlängerung des Verfahrens führen, die mit dem Beschleunigungsgebot in Konflikt gerät (BGE 1P.115/2005 vom 3. März 2005). Die Ausstandspflicht steht auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf Beurteilung durch die ordentlichen, durch Rechtssatz bestimmten Verwaltungsrechtspflegeorgane. Ausstandsbestimmungen sind zwar streng auszulegen, eine überspitzte Handhabung solcher Vorschriften, welche die richterliche Tätigkeit oder die Verwaltungstätigkeit unverhältnismässig erschweren oder lahmlegen würde, entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck der Verfahrensordnung. Von der regelhaften Zuständigkeitsordnung soll nicht leichthin abgewichen werden (BGE 1P.711/2004 vom 17. März 2005).

7. Gemäss ihrem Ausstandsbegehren verlangte die Beschwerdeführerin, die Instuktion und die Antragsstellung im Beschwerdeverfahren I sei auf eine andere Direktion zu übertragen. Dies deshalb, weil infolge dieser Kostengutsprachen durch die Direktion des Innern für die Heimaufenthalte der X. und Y. im Kinderheim Grünau sowie Z. im Kinderheim Titlisblick nicht mehr davon ausgegangen werden könne, dass sie den Obhutsentzug im Beschwerdeverfahren noch unvoreingenommen beurteilen und damit indirekt auch die eigenen Kostengutsprachen in Frage stellen könne. Im Hinblick auf die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Heimaufenthalte sei die Direktion des Innern damit vorbefasst, da sie mit ihren Kostengutsprachen bereits vollendete Tatsachen geschaffen habe. Des Weiteren sei die Direktion des Innern im Vorstand des Vereins «punkto Jugend und Kind» vertreten. Dieser Verein sei Arbeitgeberin der Beiständin, die die Abklärungen im Vorfeld des erfolgten Obhutsentzuges und der Errichtung der Beistandschaft gemacht habe.

Im Kanton Zug ist für die Instruktion eines Beschwerdeverfahrens das Direktionssekretariat der zuständigen Direktion verantwortlich. Für die Antragstellung an das Regierungsratskollegium jedoch die Direktionsvorsteherin oder der Direktionsvorsteher (vgl. Ziff. 3 vorstehend). Dementsprechend sind der Antrag der Beschwerdeführerin und der geltend gemachte Behördenausstand zu präzisieren, und es ist demnach zu prüfen, inwiefern die Mitarbeitenden des Direktionssekretariats in Bezug auf die Instruktion und die Vorsteherin der Direktion des Innern in Bezug auf die Antragstellung im Beschwerdeverfahren I befangen sind. Eine Befangenheit, die sich allenfalls lediglich bei den Mitarbeitenden des Direktionssekretariats der Direktion des Innern äussert, bewirkt keinen Ausstand dieser Direktion (vgl. Ziff. 3 vorstehend).

Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin weder bei der Vorsteherin der Direktion des Innern noch bei ihren Mitarbeitenden des Direktionssekretariats ausdrücklich einen Ausstandsgrund geltend machte, befreit die Beschwerdeinstanz – aufgrund der herrschenden Untersuchungsmaxime – nicht davon, von Amtes wegen zu prüfen, ob tatsächlich Ausstandsgründe vorliegen.

8. Es liegen unbestrittenermassen weder der Ausstandsgrund der Verwandtschaft noch der Schwägerschaft vor. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorsteherin der Direktion des Innern und ihre Mitarbeitenden des Direktionssekretariats am Ausgang des Verfahrens ein persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse haben sollen. Ausstandsgründe des kantonalen Rechts gemäss § 8 VRG und § 11 i. V. m. § 13 GO RR sind nicht vorhanden. Sie werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht.

9. Im Weiteren ist nun zu prüfen, ob die Vorsteherin der Direktion des Innern und ihre Mitarbeitenden des Direktionssekretariats die nach Bundesrecht verlangte Distanz und Objektivität wahren können, um im Beschwerdeverfahren den Regierungsrat unabhängig und unbefangen zu instruieren.

a) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin in ihrem Ausstandsbegehren werden Kostengutsprachen für Heimaufenthalte gemäss § 36 Sozialhilfegesetz nicht von der Vorsteherin der Direktion des Innern und ihren Mitarbeitenden des Direktionssekretariats genehmigt, sondern vom kantonalen Sozialamt, einem Amt der Direktion des Innern. Dies ergibt sich auch aus § 19 Abs. 2 Sozialhilfeverordnung, in welchem bestimmt wird, dass die Direktion des Innern nur über Kostengutsprachen nach § 35 Sozialhilfegesetz entscheidet. Aufgrund interner Abklärungen ist in dieser Hinsicht mithin erstellt, dass die Kostengutsprachen für die Heimaufenthalte der X. und Y. im Kinderheim Grünau sowie Z. im Kinderheim Titlisblick alle mit

Datum vom 15. November 2006 durch das kantonale Sozialamt erfolgt sind. Diese systembedingte Zuständigkeit des kantonalen Sozialamtes bewirkt keine Befangenheit bzw. deren Anschein bei der Vorsteherin der Direktion des Innern und ihren Mitarbeitenden des Direktionssekretariats.

b) Obwohl, wie bereits vorstehend dargelegt, die Tätigkeit des kantonalen Sozialamtes mit gutem Grund keine Befangenheit bzw. deren Anschein bei der Vorsteherin der Direktion des Innern und ihren Mitarbeitenden des Direktionssekretariats bewirken kann, ist an dieser Stelle der Vollständigkeit halber noch darauf hinzuweisen, dass die erfolgten Kostengutsprachen sowieso nichts über die Rechtmässigkeit der Unterbringung der Kinder in Kinderheimen aussagen. Vollendete Tatsachen zu Gunsten solcher Heimaufenthalte, wie sich die Beschwerdeführerin in ihrem Ausstandsbegehren äusserte, liegen damit offensichtlich nicht vor.

c) Ein Behördenausstand einer Direktion setzt in der Regel voraus, dass die Direktionsvorsteherin oder der Direktionsvorsteher selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind. Aufgrund der tatsächlich bestehenden Verhältnisse kann die heutige Vorsteherin der Direktion des Innern, die erst seit dem 1. Januar 2007 im Amt ist, überhaupt nicht von einem Ausstandsgrund betroffen sein, war sie doch mit der Angelegenheit nicht befasst und hat sie sich zum in Frage stehenden Fall noch nicht geäussert, was die eingehende Prüfung der Akten bestätigt. Hinzu kommt, dass auch der Direktionssekretär definitiv per Ende März 2007 und die bis anhin den Fall betreuende juristische Mitarbeiterin des Direktionssekretariats vorübergehend bis Herbst 2007 die Direktion des Innern verlassen haben. Es ist deshalb nicht ersichtlich inwiefern zum jetzigen Zeitpunkt, der gemäss § 38 Abs. 3 VRG für den vorliegenden Beschwerdeentscheid massgebend ist, bei der Vorsteherin der Direktion des Innern und ihren Mitarbeitenden des Direktionssekretariats eine Befangenheit bzw. der Anschein einer solchen bestehen soll.

d) Auch der Einwand der Beschwerdeführerin in ihrem Ausstandsbegehren, dass die Direktion des Innern im Vorstand des Vereins «punkto Jugend und Kind» vertreten sei, ist nicht zutreffend. Einerseits war nicht ein Mitarbeiter des Direktionssekretariats der Direktion des Innern im Vorstand tätig, sondern ein Mitarbeiter des kantonalen Sozialamtes. Es handelte sich dabei um eine zulässige Behördenorganisation. Andererseits hat der Regierungsrat kürzlich (30. Januar 2007) entschieden, dass in Zukunft keine staatliche Vertretung mehr in den Verein «punkto Jugend und Kind» zu delegieren sei. Dementsprechend nahm auch der Mitarbeiter des kantonalen Sozialamtes letztmals mit Datum vom 20. Februar 2007 an einer Vorstandssitzung des Vereins «punkto Jugend und Kind» teil. Wiederum sind für diesen Be-

schwerdeentscheid die heutigen Verhältnisse massgebend (§ 38 Abs. 3 VRG), und ein Vorliegen von Befangenheit bzw. deren Anschein ist nicht ersichtlich.

10. Zusammenfassend ergibt sich, dass im Beschwerdeverfahren I einer unabhängigen Instruktion durch die Mitarbeitenden des Direktionssekretariats sowie einer unabhängigen Antragsstellung durch die Vorsteherin der Direktion des Innern nichts entgegensteht. Dem Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin ist deshalb nicht zu entsprechen. Dasselbe gilt für das Beschwerdeverfahren II, das infolge Konnexität sowie prozessökonomischen Gründen zusammen mit dem Beschwerdeverfahren I zu behandeln ist.

Regierungsrat, 1. Mai 2007

### 3. Strassenverkehrsrecht

Art. 108 SSV. – Eine Tempo-30-Zone darf nur eingeführt werden, wenn sie nötig, zweck- und verhältnismässig ist.

Aus den Erwägungen:

2. Der Bundesrat erliess die Bestimmungen von Art. 108 SSV, die neben der Notwendigkeit eines Gutachtens noch weitere Vorschriften betreffend Abweichungen von den allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten enthalten, im Bestreben, dass abweichende Geschwindigkeitsbeschränkungen im schweizerischen Verkehrsraum nach möglichst einheitlichen Kriterien erfolgen sollten (René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, 2.A., Bern 2002, Rz. 61). Die Anforderungen von Art. 108 SSV und Art. 3 der Verordnung über die Tempo-30-Zonen und die Begegnungszonen sind nichts anderes als Repetitionen bzw. konkretisierende Ausformulierungen oder Umschreibungen des Gebots von Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung, wonach staatliches Handeln verhältnismässig sein muss (Schaffhauser, a. a. O., Rz. 62). Das für die Anordnung tieferer Höchstgeschwindigkeiten erforderliche Gutachten ist Mittel zur richtigen Sachverhaltsfeststellung und soll verhindern, dass ohne hinreichende Begründung von den allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten abgewichen wird (VPB 59.63).

Das Gutachten des Verkehrsingenieurbüros vom 5. April 2006 entspricht den Vorgaben von Art. 108 Abs. 4 SSV und von Art. 3 der Verordnung über die Tempo-30-Zonen und Begegnungszonen. Es enthält alle notwendigen Angaben, welche die Beurteilung erlauben, ob die Massnahme nötig, zweck- und verhältnismässig ist.

Das Verkehrsgutachten legt überzeugend dar, warum die Einführung einer Tempo-30-Zone auf dem Abschnitt Eschenstrasse – Höfenstrasse der Blickensdorferstrasse, Steinhausen, weder nötig noch zweck- und verhältnismässig ist. So ist die Blickensdorferstrasse in diesem Abschnitt einseitig bebaut. Die Häuser sind mit hohen Hecken oder Mauern vom Strassenraum abgetrennt. Sie sind rückwärtig orientiert und erschlossen. Teilweise verfügen die Grundstücke jedoch über einen Zugang für Fussgänger zum Trottoir entlang der Blickensdorferstrasse. Eine Beziehung für Fussgänger über die Strasse ist jedoch nicht vorhanden. Dieser Abschnitt der Blickensdorferstrasse ist klar verkehrsorientiert. Die gerade und übersichtliche Streckenführung, die grosszügige Fahrbahnbreite von 7 m und die wenigen Ein- und Ausfahrten führten zwar zu hohen gefahrenen Geschwindigkeiten auf dem Abschnitt. Auf der Höhe des Sportplatzparkplatzes wurde jedoch aufgrund der vielen Geschwindigkeitsüberschreitungen im Jahre 2001 eine Anlage für polizeiliche Geschwindigkeitsmessungen installiert. Weiter führt das Verkehrsgutachten aus, im Abschnitt Eschenstrasse – Höfenstrasse habe der Strassenraum keine Funktion als Aufenthaltsraum. Die Bewegungsströme des Langsamverkehrs lägen längs zur Strasse und querten diese fast nicht. Ein Schutzbedürfnis sei deshalb nicht vorhanden. Die Einführung der Tempo-30-Zone auf diesem Abschnitt sei daher weder nötig noch zweck- und verhältnismässig.

Das Gutachten zeigt damit klar auf, dass auf dem Abschnitt Eschenstrasse – Höfenstrasse der Blickensdorferstrasse die Voraussetzungen von Art. 32 Abs. 3 SVG und Art. 108 Abs. 4 SSV für die Einführung einer Tempo-30-Zone nicht gegeben sind. Der Entscheid des Gemeinderats Steinhausen, auf diesem Abschnitt trotzdem eine Tempo-30-Zone vorzusehen, erweist sich als rechtswidrig, denn er verstösst gegen das Verhältnismässigkeitsgebot von Art. 5 Abs. 2 BV. Daran ändern auch die Tatsachen nichts, dass es einerseits die Gemeindeversammlung war, die den Gemeinderat Steinhausen beauftragt hatte, die Tempo-30-Zone auch auf diesem Abschnitt einzuführen, und andererseits die Verkehrsordnung von der Sicherheitsdirektion genehmigt wurde.

3. Somit ergibt sich, dass die vorgesehene Einführung einer Tempo-30-Zone auf dem Abschnitt Eschenstrasse – Höfenstrasse in Steinhausen unverhältnismässig und daher rechtswidrig ist. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen. Der Gemeinderatsbeschluss vom 2. Oktober 2006 betreffend Verlängerung der Tempo-30-Zone auf der Blickensdorferstrasse wird insofern, als er den Abschnitt Eschenstrasse bis Höfenstrasse betrifft, aufgehoben.

Regierungsrat, 10. April 2007

#### 4. Verfahrensrecht

Aufschiebende Wirkung – Über ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheidet die Präsidentin bzw. der Präsident der Beschwerdeinstanz. E. I. 1 – Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde bedeutet, dass der bisherige Rechtszustand bis zum rechtskräftigen Beschwerdeentscheid unverändert fort dauert. E. II. 1a

##### A. Aus dem Sachverhalt:

Gegen eine Ausweisungsverfügung des Amtes für Ausländerfragen (KA-FA) erhob der Beschwerdeführer Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug. Er beantragte, die Verwaltungsbeschwerde sei gutzuheissen und von einer Ausweisung sei abzusehen. Im Rahmen dieser Eingabe stellte er zudem das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

##### B. Erwägungen:

###### I.

1. Nach § 19 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 28. November 1996 (EG ANAG; BGS 122.5) in Verbindung mit § 40 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BGS 162.1) kann gegen Entscheide des KAFA beim Regierungsrat Beschwerde erhoben werden. Über das im Rahmen einer Beschwerde gestellte Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheidet nach § 45 Abs. 2 VRG demgegenüber die Präsidentin bzw. der Präsident der Beschwerdeinstanz.

Der Entscheid des KAFA vom 24. Mai 2007 stellt einen Entscheid im Sinne von § 4 VRG dar, weshalb der Regierungsrat zur Beurteilung der Beschwerde vom 14. Juni 2007 bzw. des Gesuches um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zuständig ist. Über dieses Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, welches im Rahmen der Beschwerdeschrift vom 14. Juni 2007 gestellt wurde, entscheidet der Landammann als Vorsitzender des Regierungsrats.

2. Laut § 41 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung einer Verwaltungsbeschwerde bzw. eines Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn jemand ein schutzwürdiges aktuelles Interesse an der Aufhebung der

angefochtenen Verfügung geltend machen kann. Ein Betroffensein im Sinne dieser Gesetzesbestimmung bedeutet, dass ein Beschwerdeführer von der angefochtenen Verfügung auch tatsächlich beschwert ist, also einen spezifischen Nachteil erleidet. Nur eine abstrakte Möglichkeit des nachteiligen Betroffenseins bzw. ein virtuelles Berührtsein genügt für die Beschwerdelegitimation nicht.

Gegenstand der angefochtenen Verfügung, die sich an den Beschwerdeführer richtet, ist der Entscheid des KAFA vom 24. Mai 2007, der die Ausweisung des Beschwerdeführers und den Entzug der aufschiebenden Wirkung anordnet. Der Beschwerdeführer ist damit durch diese Verfügung direkt und unmittelbar in seiner Rechtsstellung betroffen. Er ist deshalb zur Beschwerdeführung und auch zur Einreichung eines Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung legitimiert.

3. Da das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Beschwerde vom 14. Juni 2007 form und fristgerecht eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

## II.

1. Nach § 45 Abs. 1 VRG hat die Verwaltungsbeschwerde aufschiebende Wirkung, sofern die anordnende Behörde nicht aus zwingenden Gründen den sofortigen Vollzug des anfechtbaren Entscheids angeordnet hat. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung bildet die aufschiebende Wirkung die Regel, deren Entzug die Ausnahme. Wie bereits vorstehend erwähnt, kann die Präsidentin bzw. der Präsident der Beschwerdeinstanz die aufschiebende Wirkung von Amtes wegen oder auf Gesuch hin wiederherstellen (§ 45 Abs. 2 VRG).

a) Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde bedeutet, dass der bisherige Rechtszustand bis zum rechtskräftigen Beschwerdeentscheid unverändert fort dauert. Für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens verhält es sich also so, wie wenn der angefochtene Entscheid nicht gefällt worden wäre. Zwar wird der angefochtene Entscheid mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung einer dagegen erhobenen Beschwerde noch nicht formell rechtskräftig, aber sofort rechtswirksam. Deshalb darf einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nur dann entzogen werden, wenn die Gründe, die für den sofortigen Vollzug sprechen, gewichtiger sind als jene, die für das Gegenteil geltend gemacht werden können. Das bedeutet aber nicht, dass nur ganz aussergewöhnliche Umstände den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen könnten. Erforderlich sind aber «überzeugende Gründe»

(BGE 110 V 40).

b) Die zuständige Behörde hat also die Interessen, die für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit des Entscheides sprechen, gegeneinander abzuwägen. Einer Beschwerde ist die aufschiebende Wirkung zu entziehen, sobald ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Verwirklichung des Entscheids besteht. Dabei ist die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch die Präsidentin bzw. den Präsidenten der Beschwerdeinstanz gemäss § 45 Abs. 2 VRG an keine speziellen Bedingungen geknüpft (Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss., Zürich 1983, S. 148). Insbesondere gelten keine strengeren Voraussetzungen als bei ihrem Entzug. Bei der Beurteilung sind deshalb die für den Entzug der aufschiebenden Wirkung entwickelten Kriterien anzuwenden. Die Präsidentin bzw. der Präsident der Beschwerdeinstanz kann demnach die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde wiederherstellen, «wenn sie (er) den sofortigen Vollzug im Unterschied zur Vorinstanz nicht für zwingend notwendig erachtet» (GVP 1981/82).

2. In seiner Vernehmlassung vom 21. Juni 2007 erwähnte das KAFA im Wesentlichen folgende Punkte, die den Entzug der aufschiebenden Wirkung nötig machen:

– Es könne nicht darauf vertraut werden, dass der Beschwerdeführer infolge von mangelnden Therapieerfolgen usw. nach der Verbüssung von zwei Dritteln seiner Gefängnisstrafe nicht im August 2007 bedingt aus der Haft entlassen werde. Der angeordnete Entzug der aufschiebenden Wirkung sei aufgrund der bestehenden Sachverhaltskonstellation ein wesentlicher Bestandteil der Ausweisungsverfügung.

– Es gelte unter allen Umständen zu vermeiden, dass es zu einer Konfrontation des Beschwerdeführers mit seiner vergewaltigten Tochter X. komme. Mündliche oder schriftliche Auflagen, dass er sich X. nicht nähern dürfe, würden im kleinen Kanton Zug nicht ausreichen. Ein zufälliges Aufeinandertreffen (z. B. in der Stadt) könne nicht vermieden werden.

– Hinzu komme, dass Y., der Sohn von X. sowie des Beschwerdeführers, zurzeit bei der Ehefrau des Beschwerdeführers aufwachse. Es sei nicht verantwortbar, wenn der Beschwerdeführer wieder zu Hause bei seiner Ehefrau auftauche. Ein solches Zusammenleben sei sozial und ethisch undenkbar. X., die momentan auswärts lebe, würde damit ausserdem verunmöglicht nach Hause zu kommen, um ihre Mutter und ihren eigenen Sohn zu besuchen.

- Ein Kantonswechsel des Beschwerdeführers sei beim aktuellen Verfahrensstand ausgeschlossen. Den anderen Familienmitgliedern sei ein solcher Wechsel nicht zumutbar.
- Aussagen von X. und der Ehefrau würden verdeutlichen, dass eine weitere Anwesenheit des Beschwerdeführers in der Schweiz nicht erwünscht sei. Von einer intakten Familie könne gemäss der Stellungnahmen der Betreuungsstellen nicht gesprochen werden. Die Nichtbeantragung der Scheidung durch die Ehefrau habe im Weiteren keine relevante Bedeutung.
- Die während unvorstellbar langer Zeit wiederholten Inzesthandlungen würden eine beträchtliche kriminelle Energie sowie eine krankhafte Veranlagung des Beschwerdeführers offenbaren. Dadurch sei neben den Interessen der direkt Betroffenen auch die öffentliche Sicherheit gefährdet. Die privaten Interessen des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz seien deshalb zurückzustellen.
- In einem zumindest annähernd vergleichbaren Fall (BGE 2A.363/2003) habe das Bundesgericht die gegen die Ausweisung geführte Beschwerde abgewiesen.

3. Die Ausführungen des KAFA in seiner Stellungnahme vom 21. Juni 2007 sind ohne weiters nachvollziehbar (vgl. vorstehend II. Ziff. 2), und es kann ihnen vollumfänglich zugestimmt werden. Es ist zu betonen, dass insbesondere zum physischen und psychischen Wohl des Kindes bzw. des Opfers X. jegliche Konfrontation mit dem Beschwerdeführer zu vermeiden ist. Ebenfalls muss verhindert werden, dass der Beschwerdeführer wieder nach Hause zu seiner Ehefrau zurückkehrt. Einerseits würde dies die sehr spezielle Situation, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers sich momentan um Y. kümmert, nicht zulassen. Andererseits könnte X. aufgrund der Anwesenheit ihres Vergewaltigers bzw. des Beschwerdeführers nicht mehr nach Hause kommen und ihren Sohn und ihre Mutter besuchen. Die überwiegenden Interessen von X., ihrem Sohn und ihrer Mutter stehen dem Verbleib des Beschwerdeführers in der Schweiz offensichtlich entgegen.

An dieser Stelle ist noch darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall eine Berufung des Beschwerdeführers auf Art 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) bzw. das Bestehen eines intakten Familienlebens ohnehin als verfehlt erscheint. In einem solchen Fall werden im Ergebnis wohl kaum die Aussagen eines unmündigen Opfers oder der Ehefrau für die Qualifizierung des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK massgebend sein. Vielmehr hat der Staat gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK das Recht und die Pflicht, für das Wohl der betroffenen Personen zu sorgen. Bei sol-

chen schweren Delikten, wie sie der Beschwerdeführer begangen hat, kann bereits aus objektiver Sicht nicht von einem intakten Familienleben gesprochen werden. Weitere diesbezügliche Ausführungen erübrigen sich somit.

Zusammenfassend erweist sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch das KAFA als gerechtfertigt und verhältnismässig. Zum einen erscheint in Anbetracht von BGE 2A.363/2003 die verfügte Ausweisung des Beschwerdeführers durchaus als vertretbar. Zum anderen überwiegen die Interessen von X., ihrem Sohn und ihrer Mutter sowie vor allem auch die öffentlichen Interessen (öffentliche Sicherheit) die privaten Interessen des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz. Wie das KAFA bereits in seiner Vernehmlassung vom 21. Juni 2007 zutreffend ausgeführt hat, gibt es im vorliegenden Fall keine effektiven mildernden Massnahmen wie z. B. Auflagen und oder ein Kantonswechsel des Beschwerdeführers. Vielmehr ist es für den Beschwerdeführer zumutbar, bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in sein Heimatland zurückzukehren. Der Kontakt zu seinem Rechtsanwalt während des Beschwerdeverfahrens ist auch diesfalls zur Genüge gewährleistet.

4. Gemäss Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts kann der vorliegende Zwischenentscheid beim Verwaltungsgericht angefochten werden (§ 61 Abs. 1 Ziff. 2 VRG).

Der Landammann, 28. Juni 2007

Parteistellung bei Mehrparteienverfahren, Parteientschädigung, rechtliches Gehör, Kognition – In Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft gelten Eltern als Parteien. Dasselbe gilt für ein später eingeleitetes Beschwerdeverfahren. E. II. 5 – Die Argumentation, dass im Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft nicht von einem Obsiegen oder Unterliegen gesprochen werden könne, da es um den Schutz des Kindes gehe, ist nicht zu hören. E. II. 6 – Die fehlende Möglichkeit des Beschwerdeführers sich zur beantragten Nichtgewährung einer Parteientschädigung zu äussern, verletzt das rechtliche Gehör. Auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann aufgrund der umfassenden Kognition des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz verzichtet werden. E. II. 10

A. Aus dem Sachverhalt:

In einer Beschwerde gegen eine Abschreibungsverfügung der Direktion des Innern

verlangte der Beschwerdeführer die Zusprechung einer Parteientschädigung. Der Beschwerdeführer begründete seine Anträge im Wesentlichen damit, dass die Beschwerdegegnerin ihre Beschwerde zurückgezogen habe. Sie habe deshalb als unterliegende Partei zu gelten und sei kosten- und entschädigungspflichtig. Die Beschwerdegegnerin vermöge die mutwillige Beschwerdeführung nicht nachträglich zu rechtfertigen. Sie habe sich ursprünglich nämlich ausdrücklich gegen die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft gewehrt.

## B. Erwägungen:

### I.

1. Nach § 40 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BGS 162.1) kann gegen Entscheide (§ 4 VRG) einer Direktion beim Regierungsrat Beschwerde erhoben werden.

Die Abschreibungsverfügung der Direktion des Innern vom 12. Oktober 2005 stellt einen Entscheid im Sinne von § 4 VRG dar, weshalb der Regierungsrat zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

2. Laut § 41 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung einer Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn jemand ein schutzwürdiges aktuelles Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung geltend machen kann. «Betroffen sein» im Sinne dieser Gesetzesbestimmung bedeutet, dass ein Beschwerdeführer von der angefochtenen Verfügung auch tatsächlich beschwert ist, also einen spezifischen Nachteil erleidet. Nur eine abstrakte Möglichkeit des nachteiligen Betroffenseins bzw. ein virtuelles Berührtsein genügt für die Beschwerdelegitimation nicht. Ebenso ist nicht beschwerdeberechtigt, wer bloss von den mittelbaren Wirkungen einer Verfügung Nachteile erleidet.

Mit der Abschreibungsverfügung vom 12. Oktober 2005 wurde das Beschwerdeverfahren von der Direktion des Innern kosten- und entschädigungsfrei abgeschlossen. Indem der Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zugesprochen erhielt, ist er unmittelbar in seiner Rechtsstellung betroffen. Er ist deshalb zur Beschwerdeführung legitimiert.

3. Da die Beschwerde form- und fristgerecht eingereicht wurde, ist auf sie einzutreten.

II.

1. Als Parteien gelten gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Im Verwaltungsverfahren des Kantons Zug ist der Begriff der Partei in § 5 VRG umschrieben. Dieser Paragraph stimmt wörtlich mit Art. 6 VwVG überein und beinhaltet zusätzlich noch Angaben zur Parteistellung von Behörden (Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss., Zürich 1983, S. 82).

Art. 6 VwVG ist immer im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation von Art. 48 VwVG zu sehen. Danach ist Partei, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat sowie jede andere Person, Organisation oder Behörde, die das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt. Indem § 5 VRG den Wortlaut von Art. 6 VwVG übernimmt, ist im Kanton Zug die Parteieigenschaft grundsätzlich auch an die Rechtsmittelbefugnis bzw. Beschwerdeberechtigung des § 41 Abs. 1 VRG gekoppelt. Dem steht der Umstand nicht entgegen, dass § 41 Abs. 1 VRG über die Beschwerdeberechtigung nicht wörtlich mit § 5 VRG übereinstimmt. Dementsprechend sind auch Dritte, die nicht Adressaten eines Entscheides sind, Partei, wenn ihnen eine Rechtsmittelbefugnis zukommt. Dagegen sind andere Personen, Organisationen oder Behörden nach § 5 VRG nur dann Partei, wenn ihnen eine spezialgesetzliche Rechtsmittelbefugnis zusteht. Zudem ist die Behörde, deren Entscheid angefochten wird, nach § 5 VRG immer Partei (Marco Weiss, a. a. O., S. 83 f.)

2. Eine Besuchsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) dient dazu, eine ordentliche Ausübung des Besuchsrecht zu gewährleisten, insbesondere dann, wenn bei der Festlegung des persönlichen Verkehrs zwischen den Eltern Probleme entstehen. Obwohl eine Besuchsbeistandschaft auch von Amtes wegen errichtet werden kann und der Entscheid, ob sie angeordnet wird, in erster Linie vom Kindeswohl abhängt, berührt die Errichtung einer solchen Besuchsbeistandschaft zweifelsohne die Rechte und Pflichten der Eltern im Sinne von § 5 VRG. Entsprechend sind Eltern gemäss § 41 Abs. 1 VRG in ihrer Rechtsstellung betroffen und zu einer allfälligen Beschwerde gegen eine solche Anordnung legitimiert. In Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft gelten Eltern somit als Parteien nach § 5 VRG.

3. Gemäss § 28 Abs. 2 VRG ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob eine solche beantragt worden ist oder nicht (GVP 1995/96, S. 142). Nach herrschender Lehre gilt dies im Allgemeinen nur, wenn ein Sachentscheid ergeht. Indessen rechtfertigt es sich nicht, bei Erledigung einer Beschwerde ohne Anspruchsprüfung eine Parteientschädigung generell zu verweigern. Für die Parteientschädigung sind in einem solchen Fall die Grundsätze massgebend, welche bei einem Sachentscheid anzuwenden sind. Es ist mithin gemäss § 28 Abs. 2 VRG zu entscheiden, welche Partei ganz oder teilweise obsiegt hätte, wäre ein Sachentscheid ergangen (GVP 1995/96, S. 194). Nach der gefestigten Praxis des Regierungsrates ist der mutmassliche Prozessausgang auch im Fall eines Beschwerderückzugs zu prüfen. Die beschwerdeführende Partei gilt bei einem Rückzug ihrer Beschwerde nicht automatisch als unterliegende Partei.

Nach § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG geht die Parteientschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei, wenn Parteien mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt sind. Die in Ausübung hoheitlicher Pflichten und nicht als «Partei mit gegensätzlichen Interessen» am Verfahren teilnehmende Behörde hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Martin Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Diss., Zürich 1986, S. 18). Aus diesem Grund ist diese Bestimmung auf die sog. Mehrparteienverfahren zugeschnitten. Entschädigungsberechtigt ist in solchen Verfahren je nach Prozessausgang entweder der (die) private Beschwerdeführer(in) oder der (die) private Beschwerdegegner(in) (Martin Bernet, a. a. O., S. 130).

4. Wie der Beschwerdeführer in seiner Replik vom 17. Februar 2006 zutreffend ausführte, wurde der Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten im Abschreibungsentscheid der Direktion des Innern vom 12. Oktober 2005 vom Beschwerdeführer – mangels Rechtsschutzinteresse – in seiner Beschwerdeschrift vom 21. Oktober 2005 nicht angefochten. Die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdegegnerin sowie der Direktion des Innern sind demnach irrelevant.

5. Dem Beschwerdeführer steht für seine Tochter X. ein Besuchsrecht zu (Art. 133 f. und 273 ff. ZGB). Er hat somit ein rechtlich geschütztes Interesse, dieses im Rahmen der gesetzlichen Ordnung auszuüben. Infolge von Problemen bei der Festsetzung des Besuchsrechts stellte der Beschwerdeführer am 17. Januar 2005 beim Vormundschaftssekretariat der Gemeinde Steinhausen das Gesuch, über seine Tochter X. sei eine Besuchsbeistandschaft zu errichten. Das in der Folge eröffnete

Verfahren greift unmittelbar in die Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegnerin als Eltern ein. Deshalb wurden sie von der Behörde auch mehrmals angehört, und es wurde ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Zudem wurde ihnen der Beschluss des Gemeinderates Steinhausen vom 8. August 2005 mit einer Rechtsmittelerklärung schriftlich eröffnet. Im Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft für die Tochter X. gelten der Beschwerdeführer sowie die Beschwerdegegnerin erwiesenermassen als Parteien (§ 5 und 41 Abs. 1 VRG). Dasselbe gilt für das von der Beschwerdegegnerin mit Datum vom 18. August 2005 eingeleitete Beschwerdeverfahren. Schliesslich führte dieses Verfahren das erstinstanzliche Verfahren in einer zweiten Instanz fort. Entgegen der Ansicht der Direktion des Innern in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2006 ändert der Umstand, dass der Gemeinderat Steinhausen im Beschwerdeverfahren vom 18. August 2005 als Vorinstanz automatisch zum Beschwerdegegner wurde, an dieser Tatsache nichts.

6. Infolge des Beschwerderückzugs der Beschwerdegegnerin vom 7. Oktober 2005 schrieb die Direktion des Innern die Beschwerde vom 18. August 2005 ab. Da kein Sachentscheid ergangen bzw. keine Anspruchsprüfung erfolgt ist, wird für eine allfällige Parteientschädigung auf den mutmasslichen Prozessausgang abgestellt.

Die Beschwerdegegnerin kam in ihrem Beschwerderückzug vom 7. Oktober 2005 zum Ergebnis, dass die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft nun doch als nötig erscheine. Damit stimmt sie der vom Beschwerdeführer mit Datum vom 17. Januar 2005 beantragten Besuchsbeistandschaft ausdrücklich zu. Ob die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft bereits im Zeitpunkt des Beschlusses des Gemeinderates Steinhausen vom 8. August 2005 geboten war, kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, denn nach § 47 Abs. 2 VRG sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend. Aufgrund der Prüfung des mutmasslichen Prozessausgangs und entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 21. November 2005 muss von einem Obsiegen des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Die Beschwerdegegnerin gilt somit als unterliegende Partei mit gegensätzlichen Interessen und schuldet dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung (§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG). Die Argumentation der Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 21. November 2005, dass im Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft nicht von einem Obsiegen oder Unterliegen gesprochen werden könne, da es um den Schutz des Kindes gehe, ändert an dieser Auffassung nichts. Ausserdem kann auch der Einwand der Direktion des Innern in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2006, unter «*gegensätzlichen Interessen*» gemäss § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG verstehe man wirtschaftliche Inte-

ressen, nicht gehört werden. Wie der Beschwerdeführer in der Replik vom 17. Februar 2006 zutreffend ausführte, hat sich die dahingehende Meinung von Marco Weiss auf S. 186 in seiner Dissertation «Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug» aus dem Jahre 1983 nicht in der Praxis durchgesetzt. Für eine restriktive Auslegung von § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG bestehen demnach keine Gründe.

7. Ebenfalls nicht von Bedeutung ist, ob bei der Beschwerdegegnerin eine mutwillige Prozessführung, die definitionsgemäss zur Auferlegung höherer Verfahrenskosten führen kann, vorlag (§ 23 Abs. 3 VRG), geht es doch im vorliegenden Fall um die Parteienschädigung und nicht um die Verfahrenskosten. Entgegen den Ausführungen der Direktion des Innern in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2006 sind die Begriffe der «mutwilligen Prozessführung» und des «mutmasslichen Prozessausgangs» zu trennen, da es sich dabei um zwei verschiedene Problemkreise handelt.

Des Weiteren führte die Beschwerdegegnerin in ihrem Beschwerderückzug vom 7. Oktober 2005 aus, dass sie auf die Wahrnehmung des Besuchsrechtes an den geraden Samstagen angewiesen sei, da sie an diesen Tagen arbeiten müsse. Infolge dieser Berufstätigkeit erhalte sie reduzierte Unterhaltsbeiträge. Obwohl diese Ausführungen durchaus berechtigt sein mögen, verkennt die Beschwerdegegnerin in rechtlicher Hinsicht, dass das Besuchsrecht einzig ein Recht und keine Pflicht des Beschwerdeführers darstellt. Indikation für die Anordnung einer Besuchsbeistandschaft ist und bleibt in erster Linie das Kindeswohl und nicht die Motivation, den Beschwerdeführer aus etwelchen Beweggründen wieder zur Aufnahme seines Besuchsrechtes zu bewegen.

8. Die Parteien haben das Recht, sich im Verwaltungsverfahren durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen (Marco Weiss, a. a. O., S. 86 f.). Dementsprechend sind die Ausführungen der Parteien betreffend der Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung des Beschwerdeführers irrelevant. Die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung ist lediglich im Rahmen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach § 27 VRG zu prüfen.

9. Die Beschwerdegegnerin machte in ihrer Stellungnahme vom 21. November 2005 eventualiter geltend, die vom Beschwerdeführer geforderte Parteienschädigung im Betrage von CHF 979.05 (inkl. Auslagen und 7,6% Mehrwertsteuer) sei auf CHF 600.– herabzusetzen (GVP 2001, S. 193). Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, legt doch der von der Beschwerdegegnerin zitierte Entscheid die Parteienschädigung unter Berücksichtigung des Umstandes fest, dass der Beschwerdeführer mit

seinem Hauptantrag unterlegen ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der Beschwerdeführer gilt durch den Beschwerderückzug als vollumfänglich obsiegende Partei. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 979.05 (inkl. Auslagen und 7,6% Mehrwertsteuer) ist angemessen. Dem Beschwerdeführer steht mithin für das Verfahren vor der Direktion des Innern eine Parteientschädigung von CHF 979.05 (inkl. Auslagen und 7,6% Mehrwertsteuer) zu.

10. Wie unter II. Ziff. 5 vorstehend festgestellt wurde, gelten der Beschwerdeführer sowie die Beschwerdegegnerin im gesamten Verfahren betreffend Erteilung einer Besuchsbeistandschaft als Parteien. Diese Parteistellung bleibt auch hinsichtlich des Abschreibungsentscheides der Direktion des Innern vom 12. Oktober 2005 bestehen. Die Tatsache, dass die Direktion des Innern dem Beschwerdeführer diese Abschreibungsverfügung lediglich in Form einer Kopie mittels B-Post zugestellt hat, lässt vermuten, dass sie nicht von einer solchen Parteistellung ausgegangen ist. Deshalb wurde der Beschwerdeführer von der Direktion des Innern auch nicht eingeladen, zum Beschwerderückzug vom 7. Oktober 2005 Stellung zu nehmen. Der Beschwerdeführer hatte somit keine Möglichkeit, sich zur beantragten Nichtgewährung einer Parteientschädigung zu äussern. Dieses Vorgehen der Direktion des Innern stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]; § 15 Abs. 1 VRG). Daran ändert auch der Einwand der Direktion des Innern in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2006 nichts, der Beschwerdeführer habe das rechtliche Gehör bereits in seiner Stellungnahme vom 6. September 2005 wahrgenommen, kann sich doch diese Stellungnahme schon aus zeitlicher Hinsicht nicht zu einer rund zwei Monate später erfolgten Eingabe äussern. Gegen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann eingewendet werden, dass es für die Geltendmachung einer Parteientschädigung im Verwaltungsverfahren des Kantons Zug weder einen Antrag noch eine Begründung braucht und eine Stellungnahme des Beschwerdeführers zur Wahrung seiner Rechte demnach nicht unbedingt nötig ist. Dieser Einwand ist hier aber nicht von Bedeutung. Indem die Direktion des Innern die Verweigerung der Parteientschädigung in ihrer Abschreibungsverfügung vom 12. Oktober 2005 überhaupt nicht begründet hat und dem Beschwerdeführer damit die Möglichkeit nahm, ihren Entscheid nachzuvollziehen, verletzt sie allein damit offensichtlich das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers. Auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann aufgrund der umfassenden Kognition des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz verzichtet werden.

## III.

1. Im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat trägt die unterliegende Partei die Kosten (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Nach § 23 Abs. 4 VRG bleibt die Kostenbefreiung gemäss den Paragraphen 24 und 25 VRG vorbehalten. § 24 Abs. 1 VRG bestimmt, dass die entscheidende Behörde dem Gemeinwesen, dem sie angehört, sowie dessen übrigen Behörden im Sinne von § 2 dieses Gesetzes keine Kosten belastet.

Unterliegende Parteien sind im vorliegenden Fall die Beschwerdegegnerin und die Direktion des Innern. Bei mehreren unterliegenden Parteien werden die Kosten grundsätzlich hälftig geteilt. Jede unterliegende Partei hätte diesfalls von den gesamten Verfahrenskosten von CHF 800.– somit jeweils CHF 400.– zu tragen. Da der Direktion des Innern aufgrund von § 24 Abs. 1 VRG keine Kosten auferlegt werden können, wird nur die Beschwerdegegnerin mit Verfahrenskosten von CHF 400.– belastet. Der Betrag von CHF 400.– wird der Beschwerdegegnerin in Rechnung gestellt.

Bei diesem Verfahrensausgang ist dem Beschwerdeführer der am 3. November 2005 einbezahlte Kostenvorschuss von CHF 1'200.– zurückzuerstatten.

2. Gemäss § 28 Abs. 2 VRG ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen. Nach § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG geht die Parteientschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei, wenn Parteien mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt sind. Zu Lasten des Gemeinwesens ist nach Ziff. 2 dieser Bestimmung eine Parteientschädigung dann auszurichten, wenn dessen Behörde als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Gesetzesverletzung begangen hat.

Im vorliegenden Verfahren ist der Beschwerdeführer obsiegende Partei. Als unterliegende Partei schuldet ihm die Beschwerdegegnerin deshalb eine Parteientschädigung (§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG). Da die Direktion des Innern mit der Verletzung des rechtlichen Gehörs (II. Ziff. 10 vorstehend) einen Verfahrensfehler begangen hat, schuldet der Kanton Zug dem Beschwerdeführer als Gemeinwesen ebenfalls eine Parteientschädigung. Die Parteientschädigung wird auf insgesamt CHF 1'200.– festgesetzt (RRB vom 12. August 2003 betreffend Tarife), wobei anteilmässig von der Beschwerdegegnerin CHF 600.– und vom Kanton Zug CHF 600.– zu tragen sind.

Regierungsrat, 29. August 2006

## II. Bau- und Planungsrecht

§§ 2, 3, 11, 23 und 25 des Altstadtreglements Zug; Anforderungen an Neubauten und Ersatzbauten in der Altstadtzone, Bedeutung des Wettbewerbsverfahrens

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden weiter eine Verletzung von verschiedenen Vorschriften des Altstadtreglements durch das Bauvorhaben der Stadt Zug.

a) Das Vorhaben sieht den Abbruch des Brandobjektes Assek. Nr. 264a, des Backstubenanbaus Assek. Nr. 263a, eines Teilbereichs des Untergeschosses des Stadthauses und des seitlichen Eingangs des Gebäudes Assek. Nr. 265a vor. Anschliessend soll auf diesem Areal ein drei- bzw. viergeschossiger Neubau mit Büros, Laden/ Gewerbe an das Haus Kirchenstrasse 3 angebaut werden, welcher mit dem Stadthaus verbunden ist. Im Erdgeschoss ist ein offener Durchgang von der Grabenstrasse zur Fortunagasse vorgesehen. Im Stadthaus sowie im Gebäude Kolinplatz 19 sind auch grössere Umbauten geplant.

b) Das Gelände, auf dem die Neubauten sowie die An- und Umbauten vorgesehen sind, befindet sich in der Altstadt von Zug bzw. in der Altstadtzone gemäss Zonenplan der Stadt Zug. Für Bauten und Anlagen in der Altstadtzone gilt das Altstadtreglement vom 30. Juni 1981 (Altstadtreglement). Das Altstadtreglement bestimmt in § 2, dass die Altstadt in ihrem Gesamtbild, ihrer Massstäblichkeit und inneren Struktur sowie – wo immer möglich – in ihrer historischen Substanz zu erhalten ist. Die städtebauliche und architektonische Eigenart und Qualität ist zu bewahren oder wieder herzustellen. Zweckmässige Massnahmen, wie die Schaffung von Läden und Wohnraum sowie die Unterbringung von Kleingewerbe sollen eine Aufwertung und Belebung herbeiführen (Abs. 1). Renovationen, Restaurierungen und Umbauten sind im Interesse möglichst vollständiger Substanzerhaltung Neubauten oder Rekonstruktionen vorzuziehen (§ 3 Abs. 1 Altstadtreglement). Wo sich die Substanzerhaltung als unmöglich oder im Sinne dieses Reglements als unzweckmässig erweist, wo sie wenig sinnvoll ist, oder wo sie unverhältnismässige Kosten verursacht, kann ein altstadtgerechter Neubau bewilligt werden (§ 3 Abs. 2 Altstadtreglement). Vor der Bewilligung von Abbrüchen und Neubauten sind durch die zuständigen Amtsstellen zu deren Lasten die notwendigen Abklärungen und städtebaulichen Studien durchzuführen (§ 3 Abs. 3 Altstadtreglement). Weiter wird in

§ 10 des Altstadtreglements bestimmt, dass die bestehenden Baufluchten, Strassenräume und Plätze zu erhalten sind. Änderungen sind dann zulässig oder zu verlangen, wenn Verbesserungen im Sinne dieses Reglements erreicht werden können. Bestehende Vorgärten, Gärten und andere Grünflächen sind zu erhalten. Gebäudevorplätze, Innenhöfe und dergleichen sind altstadtgerecht zu gestalten und zu nutzen (§ 11 Altstadtreglement). Im Zusammenhang mit umfassenden Unterhaltsarbeiten, Erneuerungen, Um- und Neubauten sind störende Gebäude- oder Bauteile, Anbauten, Garagen, Abstellplätze, Anlagen oder Nutzungen zu entfernen oder im Sinne dieses Reglements zu ändern (§ 23 Altstadtreglement). Bei Bau- und Abbrucharbeiten, die denkmalpflegerische oder archäologische Aspekte berühren, ist eine Stellungnahme der kantonalen Denkmalpflege bzw. Archäologie einzuholen (§ 25 Altstadtreglement).

c) Das vom Stadtrat bewilligte Projekt ist als Sieger aus einem Wettbewerbsverfahren hervorgegangen. Der Stadtrat führt im Einspracheentscheid selber aus, dass das Projekt bezüglich Baufluchten, Plätze, Geschoss-, Traufhöhen usw. teilweise nicht den Vorschriften von § 10 bis § 12 des Altstadtreglements entspreche. Der Stadtrat geht davon aus, dass diese Abweichungen gestützt auf die Bestimmung von § 3 Abs. 3 des Altstadtreglements zulässig seien. Nach dieser Bestimmung sind vor der Bewilligung von Abbrüchen oder Neubauten die notwendigen Abklärungen und städtebaulichen Studien durchzuführen. Entgegen der Auffassung des Stadtrates kann nach der Durchführung eines Wettbewerbs- oder Studienverfahrens nicht nach Belieben von den Vorschriften des Altstadtreglements abgewichen werden. Die Vorschriften und Grundsätze des Altstadtreglements, wie sie zuvor unter Bst. b) dargelegt wurden, gelten sinngemäss auch für Neubauten. Das heisst mit anderen Worten, dass das Gesamtbild, die Massstäblichkeit und die innere Struktur der Altstadt gewahrt sein müssen, auch wenn Neubauten erstellt werden können. Auch die städtebauliche und architektonische Eigenart und Qualität muss beibehalten oder wieder hergestellt werden (§ 2 Abs. 1 Altstadtreglement). Der allgemeine Grundsatz von § 2 des Altstadtreglements wird mit einer ganzen Reihe von konkreten Vorschriften über die Baufluchten, die öffentlichen Strassen und Plätze, die privaten Aussenräume, die Geschosszahl und Gebäudehöhe, die Fassaden, Fenster und Fensterläden, Dächer usw. im Altstadtreglement ergänzt und präzisiert. Wie der Stadtrat im Einspracheentscheid selber festhält, verstösst das Vorhaben gegen verschiedene Vorschriften des Altstadtreglements. Der gewichtigste Verstoß ist wohl der, dass nicht einfach eine Baulücke nach einem Brandfall durch einen Neubau geschlossen wird. Der Hinterhof im ganzen Strassengeviert wird vielmehr neu gestaltet, indem dort ein dreigeschossiger Bau erstellt werden soll, wo heute kleinere Anbauten, Veloabstellplätze und kleine Gärten vorhanden

sind. Derartige bauliche Umgestaltungen sind in der Altstadtzone mit den bereits mehrfach erwähnten Vorschriften von § 2 Abs. 1, §§ 10–12 des Altstadtreglements nicht vereinbar und diese Gesetzesverstösse können auch nicht mit der Durchführung eines Planungs- oder Studienwettbewerbs sanktioniert werden. Dafür bietet die Bestimmung von § 2 Abs. 2 und 3 des Altstadtreglements keine Grundlage. Die Bestimmung von § 2 Abs. 3 des Altstadtreglements besagt nur, dass vor der Bewilligung von Abbrüchen und Neubauten städtebauliche Studien durchzuführen sind. Mehr kann daraus nicht abgeleitet werden. Je nach Ergebnis der städtebaulichen Studien muss dann anschliessend bestimmt werden, ob ein Projekt mit den Vorschriften des Altstadtreglements vereinbar ist oder für ein Vorhaben ein Sondernutzungsplan wie z. B. ein Bebauungsplan mit Sondervorschriften erlassen werden muss. Der Erlass von Sondernutzungsplänen ist in § 8 des Altstadtreglements ausdrücklich vorgesehen. Falls der Erlass eines Bebauungsplanes in Erwägung gezogen wird, so müssen selbstverständlich die nachbarlichen und öffentlichen Interessen mit den allfälligen Abweichungen gegenüber dem Altstadtreglement im Bebauungsplan sorgfältig abgewogen werden, damit der Bebauungsplan die geforderten Vorteile für die Umgebung und das Siedlungsbild mit sich bringt (§ 32 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998, PBG, BGS 721.11).

d) Als Zwischenergebnis steht damit fest, dass das Vorhaben der Stadt Zug an den Vorschriften des Altstadtreglements scheitert. Da das Vorhaben in der vorgesehenen Art nicht verwirklicht werden kann, sind die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen nicht mehr zu prüfen.

Regierungsrat, 10. Juli 2007

Art. 12 Abs. 1 NHG, Art. 659 ZGB, § 88 Abs. 2 EG ZGB – Einsprache- und Beschwerdelegitimation von gesamtschweizerischen Organisationen? Deltaerweiterung bei einem Bach als künstliche Landanlage oder natürliche Landanschwemmung?

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Rechtschrift geltend, dass sie aufgrund der Natur- und Heimatschutzgesetzgebung beschwerdelegitimiert sei. Neben zivilen Ansprüchen gehe es vorliegend auch um öffentliches Recht. Der Schutz des natürlichen Deltas sowie der Fischlaichgebiete und der Ufervegetation werde durch die Landabtretung, die neu konzessionierten Bootsstandplätze sowie die daraus resultierenden Belastungen und künstlichen Verbauungen missachtet.

Die Beschwerdeführerin stützt sich bei ihrer Argumentation auf Art. 12 Abs. 1 Natur- und Heimatschutzgesetz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451). Danach stand den Gemeinden sowie den gesamtschweizerischen Organisationen, die sich dem Naturschutz, dem Heimatschutz, der Denkmalpflege oder verwandten, rein ideellen Zielen widmen und mindestens seit zehn Jahren bestehen, das Beschwerderecht zu, soweit gegen kantonale Verfügungen oder gegen Verfügungen von Bundesbehörden letztinstanzlich die Beschwerde an den Bundesrat oder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist. Unter der Herrschaft dieser Norm hat die Vorinstanz die Legitimationsfrage beurteilt. Im Zug der auf den 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Totalrevision der Bundesrechtspflege ist auch diese Bestimmung geändert worden. Danach steht den Gemeinden sowie den gesamtschweizerischen Organisationen, die sich dem Naturschutz, dem Heimatschutz, der Denkmalpflege oder verwandten, rein ideellen Zielen widmen und mindestens seit zehn Jahren bestehen, das Beschwerderecht zu, soweit gegen kantonale Verfügungen oder gegen Verfügungen von Bundesbehörden letztinstanzlich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht oder an das Bundesgericht zulässig ist (Art. 12 Abs. 1 NHG, geändert mit der Ziff. 43 des Anhangs zum Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005, VGG). Damit ist die Beschwerdelegitimation der Organisationen, welche sich bis anhin lediglich auf die Anwendung von Bundesverwaltungsrecht durch die kantonalen Instanzen beschränkte, auf alle der Beschwerde an das Bundesgericht unterstehenden Tatbestände ausgeweitet worden. Es wird nun zu prüfen sein, ob der Beschwerdeführerin die Beschwerdeberechtigung zur Anfechtung der Landanschwemmung und der Konzessionserteilung zusteht. Die Beschwerdeberechtigung kann sich im vorliegenden Verfahren nur aus dem öffentlichen Recht ergeben.

3. Bevor die Beschwerdelegitimation in Bezug auf die Erweiterung des Seeufers (künstliche Landanlage oder natürliche Landanschwemmung) beurteilt wird, ist die Bildung neuen Landes näher zu betrachten. Diese Eigentumsfrage ruft der klaren Unterscheidung des privaten vom öffentlichen Rechts.

Das Amt für Raumplanung hat im Rahmen seiner Kontrollen eine langjährige Nutzung einer Landerweiterung auf Seegebiet vor den Grundstücken GS Nrn. ... und ... in ... festgestellt. Nun stellt sich dabei die Frage, wie mit dieser Nutzung von Seegebiet umzugehen und ob dafür allenfalls eine Konzession notwendig ist.

Im Vordergrund steht Art. 659 Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210). Danach gehört der Ausbeutung fähiges Land, welches durch Anschwemmung, Anschüttung, Bodenverschiebung u. a.m. entsteht, dem Kanton, in dessen

Gebiet es liegt. Die Kantone sind frei, solches Land den Anstössern zu überlassen (Art. 659 Abs. 1 und 2 ZGB). Es ist unbeachtlich, ob es sich bei dieser Landfläche um eine allmähliche und unmerkliche Anschwemmung von Bodenbestandteilen, wie Erdreich und Geschiebe handelt oder ob im Oberlauf eines Gewässers ein Stück Land abgerissen ist und sich talabwärts am Ufer als kompakte Masse abgelagert hat. Wichtig ist einzig, dass sich das angeschwemmte oder angeschüttete Land dauernd über das den Verlauf der Uferlinie bestimmende Niveau erhebt. Damit erleidet die Uferlinie insofern eine Änderung, indem sie im Umfang des entstandenen neuen Landes seewärts ausgebuchtet wird (Haab/Simonius, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1977, N 2 zu Art. 659 ZGB). Neu gebildetes Land liegt jedoch nur dann vor, wenn es der Ausbeutung fähig ist, anders gesagt, wenn es tatsächlich nutzbar ist. Dieses Erfordernis gilt schon dann als erfüllt, wenn Gewähr für seinen dauernden Bestand gegeben ist. Es wird hingegen nicht verlangt, dass das neu gebildete Land auch kulturfähig im Sinne etwa der Pflanzenzucht ist (Honsell, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 2003, 2. Auflage, N 2 zu Art. 659 ZGB).

Sofern das durch Anschwemmung und Bodenverschiebung entstandene Land nach kantonalem Recht den Anstössern zufällt, bildet es einen Bestandteil des Ufergrundstücks. Es erhält daher kein eigenes Grundbuchblatt. Die Vergrößerung des Ufergrundstücks wird durch Neuvermessung im Grundbuch vermerkt (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bern 1964, N 19 zu Art. 659 ZGB).

Der Kanton Zug hat von der Möglichkeit gemäss Art. 659 Abs. 2 ZGB Gebrauch gemacht. Während andere Kantone den Eigentümern der Ufergrundstücke ein Kaufs- oder ein Vorkaufsrecht eingeräumt haben, bestimmt der Kanton Zug, dass die durch Anspülen oder Zurücktreten öffentlicher Gewässer erfolgte natürliche Erweiterung des Ufers dem anstossenden Grundeigentümer zuwächst (§ 88 Abs. 2 Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB; BGS 211.1). Demgegenüber unterliegen künstliche, d. h. von Menschenhand geschaffene Landanlagen und Seebauten (Erweiterung der Seeufer, Erhöhung und Austiefung des Seegrundes oder andere Bauten, welche das Seegebiet in Anspruch nehmen) einer ausdrücklichen Konzession des Staates nach vorheriger Begutachtung seitens der Gemeinde (§ 88 Abs. 1 EG ZGB).

4. Es ist nun als nächstes zu prüfen, ob es sich bei der vorliegend zur Diskussion stehenden Erweiterung des Seeufers um eine von Menschenhand geschaffene Landanlage oder eine natürliche Landanschwemmung handelt.

Für die Beurteilung dieser Frage sind jedoch nur jene Veränderungen vor den Grundstücken GS Nrn. ... und ... massgebend, welche sich innerhalb der letzten 30 Jahre ereignet haben. Die Erbengemeinschaft kann zumindest für einen gewissen Teil der Erweiterung des Seeufers – unabhängig davon, wie die Erweiterung entstanden ist – die Bestandesgarantie in Anspruch nehmen. Denn gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts verwirkt die Befugnis der Behörden, die Wiederherstellung zu verlangen, jedenfalls dann, wenn mehr als dreissig Jahre seit deren Fertigstellung vergangen sind. Die Folge, dass nach dreissigjährigem bewusstem oder unbewusstem Dulden die Befugnis einzuschreiten verjährt, bedeutet, dass eine allenfalls illegale Baute oder Anlage zeitlich unbegrenzt stehen bleiben und genutzt werden darf. Sie wird somit gleichsam wie bewilligt behandelt (BGE 107 Ia 121; Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 67; Urteil des Verwaltungsgerichts i. S. R. I. und Pro N. vom 22. Dezember 2003, S. 22 ff.). Nachdem die vorliegend zur Diskussion stehende Erweiterung des Seeufers teilweise bis in die 30er Jahre des letzten Jahrhunderts zurückgeht, ist deren Bestand heute mindestens teilweise zu schützen (vgl. hierzu: Urteil des Verwaltungsgerichts i. S. R. I. und Pro N. vom 22. Dezember 2003, S. 25). Damit steht also fest, dass vorliegend lediglich der Zeitraum der letzten 30 Jahren zur Diskussion stehen kann.

Nachfolgend sind als erstes die Fragen zu beantworten, ob es sich bei der umstrittenen Erweiterung des Seeufers um eine ganz oder teilweise durch Menschenhand «geschaffene Landanlage und Seebaute (Erweiterung der Seeufer, Erhöhung und Austiefung des Seegrundes oder andere Bauten, welche das Seegebiet in Anspruch nehmen)» im Sinne von § 88 Abs. 1 EG ZGB handelt oder ob die Erweiterung des Ufers vor den Grundstücken GS Nrn. ... und ... in den letzten 30 Jahren ganz oder teilweise auf natürliche Weise «durch Anspülen oder Zurücktreten öffentlicher Gewässer» im Sinne von § 88 Abs. 2 EG ZGB entstanden ist. Die rechtliche Beurteilung der Qualität der Erweiterung des Seeufers erfolgt mit Hilfe des Gutachtens der ..., Geologie und Baugrunduntersuchungen, ..., vom 5. Juli 2007.

a) Die Gutachterin kam aufgrund des Aktenstudiums, geodätischer Präzisionsmessungen, Begehungen und geologischer Beurteilungen sowie gestützt auf das Ausheben und die Beurteilung von zwei Baggerschlitzen zum Schluss, dass vor den Grundstücken GS Nrn. ... und ... in den letzten 30 Jahren weder eine Landanlage noch eine Seebaute im Sinne von § 88 Abs. 1 EG ZGB geschaffen worden ist. Es wurde einzig ...bachgeschiebe im Rahmen der Aufräumarbeiten nach Übersarungsereignissen maschinell aus dem Bachgerinne geräumt. Diese Arbeiten erfolgten nach Unwettern unter Berufung auf Unterhaltspflichten am privaten Gewässer.

Hinweise auf eine Zuführung von Fremdmaterial gab es nicht. Im Gegenteil. Im See vor der Bacheinmündung wurden sogar mehrere 100 m<sup>3</sup> Material ausgebaggert und abgeführt. Ohne diesen Eingriff wäre wohl der Zuwachs des ...bachdeltas noch substantieller ausgefallen.

Aufgrund der Häufung von Extremabflussereignissen kam es auf und vor den Grundstücken GS Nrn. ... und ... in den letzten Jahren auf natürliche Weise zur Ablagerung grosser Mengen von Bachgeschiebe. Diese natürlichen Prozesse führten zu einem substantiellen und natürlichen Vorrücken des Deltas in den See, was insbesondere vor den Parzellen der Erbgemeinschaft in ergiebigem Mass geschah. Allein in den letzten 10 Jahren brachten drei Starkniederschlagsereignisse Geschiebe im geschätzten Umfang von 1'350–2'250 m<sup>3</sup> auf den Grundstücke GS Nrn. ... und ... zur Ablagerung. Diese Menge entspricht einer rund 0.90 m bis 1.50 m hohen Geschiebeschicht im rund 1'500 m<sup>2</sup> grossen und flachen Deltabereich. Eine vergleichbare Menge von Geschiebe wurde zusätzlich durch das Gerinne in den See transportiert oder teilweise maschinell durch die Grundeigentümer abgeführt. Die Deltaerweiterung vollzog sich oberhalb der mittleren Wasserspiegellage auf der ganzen Deltabreite und unterhalb des Wasserspiegels vornehmlich in der axialen Verlängerung der Bachmündung. Die Zunahme war aufgrund der Deltageometrie und der angelieferten Geschiebemengen in den letzten 30 Jahren erheblich.

b) Neben diesen natürlichen Vorgängen und Prozessen wurde teilweise auch künstlich in das Delta eingegriffen. Es hat sich herausgestellt, dass ein Teil des nach den Unwetterereignissen liegen gebliebenen Materials in Richtung Seeufer geschoben und verteilt worden ist. Ein anderer Teil im Umfang von rund 500 m<sup>3</sup> wurde nach dem Ereignis 2005 von der Firma ... auf Kosten der Erbgemeinschaft abtransportiert. Bereits im Jahre 2004 hat die Firma ... im See vor der Bachmündung in Absprache mit den zuständigen Behörden den Kiessand bis in eine Tiefe von 6 m ausgebaggert. Damit sollte die Ableitung des bei künftigen Ereignissen auftretenden Geschiebetriebes in das tiefere Seebecken gewährleistet werden. Entlang des untersten Abschnittes des ...bachs wurde der bei den Unwettern 2002 und 2005 beschädigte Geschiebetriebkanal behelfsmässig repariert. Auch die Sohle des Geschiebetriebkanals wurde während des Ereignisses 2002 sowie bei den daraufhin folgenden Aufräumarbeiten beschädigt und bis heute nicht vollständig wieder in Stand gestellt. Nur mit solchen Eingriffen kann ein mehr oder weniger einwandfreies Funktionieren des Geschiebetriebkanals bei Extremereignissen gewährleistet werden. Gleichzeitig wird damit eine Verlegung der Verklauungsstelle bei künftigen Ereignissen stromaufwärts ins Siedlungsgebiet verhindert. Auch wenn dieses Vorgehen nachvollzogen und gutgeheissen bzw. als Unterhaltsarbeit eingestuft

werden kann, so ändert dies nichts an der Tatsache, dass Bewilligungen für diese Arbeiten nicht eingeholt worden sind. Im Rahmen des Unterhalts gab es Eingriffe von Menschenhand im Seebereich.

Zugleich muss festgestellt werden, dass die Art und der Umfang der Unterhaltsarbeiten am ...bach mit den fischereirechtlichen Anforderungen mangelhaft koordiniert worden sind. Die Behörden haben nie näher geprüft, ob eine Bewilligung nach Art. 8 Abs. 3 lit. f Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (BGF; SR 923.0) hätte eingeholt werden müssen. Nachträglich lässt sich der Sachverhalt nicht mehr schlüssig feststellen. Es kann aber gesagt werden, dass wohl die maschinellen Unterhaltsarbeiten am Bach mit grosser Wahrscheinlichkeit einer vorgängigen fischereirechtlichen Bewilligung bedurft hätten. Hinsichtlich der Interpretation, was im Rahmen der Unterhaltspflicht an Eingriffen in die Gewässer aus der Sicht der Fischerei bewilligungsfrei erlaubt ist, herrscht offenbar Unklarheit. Eine diesbezügliche Vollzugshilfe der kantonalen Fachstellen ist deshalb notwendig. Sie wird für künftige ähnlich gelagerte Fälle Klarheit schaffen.

c) Damit steht im Zwischenergebnis fest, dass das verbleibende aktive Delta des ...bachs axial zum Gerinne unterhalb des mittleren Seespiegels in den See hinaus wächst. Auch gestützt auf die Vermessung lassen sich keine Spuren menschlicher Eingriffe mehr erkennen. In beiden durchgeführten Sondierungen konnten keine Anzeichen auf Fremdmaterial nachgewiesen werden. Im Gegenteil, es konnte sogar festgestellt werden, dass das gesamte sondierte Material zweifelsfrei durch den ...bach auf die Grundstücke GS Nrn. ... und ... transportiert worden ist. Davon zeugen der hohe Rundungsgrad des Gerölls und des Kieses sowie sein Gesteinsinhalt. Eine Sondierung wies zudem eindeutig sedimentäre Strukturen mit einer organischen Flutlage auf.

Aufgrund dieser Feststellungen kann mit Hilfe des Gutachtens die Schlussfolgerung gezogen werden, dass es sich vorliegend bei der Deltaerweiterung von rund 500 m<sup>2</sup> trotz der unbestrittenermassen von Menschenhand ausgeführten Unterhaltsarbeiten am ...bach nicht um eine künstliche Landanlage oder Seebaute im Sinne von § 88 Abs. 1 EG ZGB, sondern im Wesentlichen um eine natürliche Landschaftschwemmung im Sinne von § 88 Abs. 2 EG ZGB handelt. Das Gutachten hat aufgezeigt, dass allein in den letzten 10 Jahren drei Starkniederschlagsereignisse Geschiebe im geschätzten Umfang von 1'350–2'250 m<sup>3</sup> auf den Grundstücke GS Nrn. ... und ... zur Ablagerung brachten. Diese Menge entspricht einer rund 0.90 m bis 1.50 m hohen Geschiebeschicht auf einer Fläche von rund 1'500 m<sup>2</sup>. Durch diese Anschwemmung entstand auf dem grossen und flachen Deltabereich der

Ausbeutung fähiges, d. h. nutzbares Land im Umfang von rund 500 m<sup>2</sup>, das sich dauernd über die Uferlinie erhebt. Es muss mit dem Gutachter sogar angenommen werden, dass ohne Eingriffe von Menschenhand im Rahmen der Unterhaltmassnahmen am Bach das Delta wohl noch weiter gewachsen wäre. An dieser Beurteilung vermag auch die von der Beschwerdeführerin nachgereichte Parteiaussage eines Anwohners nichts zu ändern, wonach die Erbgemeinschaft in den letzten 27 Jahren immer wieder Material auf den Grundstücken GS Nrn. ... und ... verteilt und befestigt habe.

5. Vorliegend handelt es sich also im Wesentlichen um eine natürliche Landanschwemmung mit einer Fläche von rund 500 m<sup>2</sup>, welche sich seit der amtlichen Vermessung Anfang der 30er Jahre des letzten Jahrhunderts durch Ablagerungen im Mündungsbereich des ...bachs gebildet hat. Es geht also um eine durch Anspülen oder Zurücktreten eines öffentlichen Gewässers erfolgte Erweiterung des Ufers im Sinne von § 88 Abs. 2 EG ZGB, welche dem anstossenden Grundeigentümer zufällt. Beim Zugersee handelt es sich gemäss § 11 Gesetz über die Gewässer vom 25. November 1999 (GewG; BGS 731.1) unbestrittenermassen um ein öffentliches Gewässer. Zudem liegt die neu entstandene Landfläche eindeutig über der Uferlinie und es ist heute Gewähr für einen dauernden Bestand dieser Landfläche geboten.

Aufgrund dieser Sachlage ergibt sich, dass die durch Anschwemmung neu entstandene Landfläche von Gesetzes wegen den Anstössern, vorliegend den Mitgliedern der Erbgemeinschaft ... als Eigentümer der anstossenden Parzellen GS Nrn. ... und ... zu Eigentum zufällt. Ihr Eigentum entstand mit der Landanschwemmung originär. Es sind also keine zusätzlichen Rechtsakte erforderlich (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bern 1964, N 19 zu Art. 659 ZGB). Es kann deshalb vorliegend auch nicht – wie es die Beschwerdeführerin verstanden haben will – von einer Landabtretung gesprochen werden. Die Erben ... sind sukzessive mit der jeweiligen Landanschwemmung Eigentümer des der Ausbeutung fähigen Landes geworden. Der Kanton musste also für die Erweiterung der Ufergrundstücke GS Nrn. ... und ... durch angeschwemmtes Material weder eine Konzession erteilen, noch könnte er eine Konzessionsgebühr oder eine anderweitige Entschädigung verlangen, noch bedurfte es für die Eigentumsübertragung der neu gebildeten Landfläche einer Verfügung des Kantons oder eines anweitigen Entscheides, namentlich einer fischereirechtlichen Bewilligung.

Damit steht nun aber fest, dass sich der Eigentumserwerb der angeschwemmten Landfläche einzig aus dem Privatrecht ergibt (Art. 659 Abs. 1 und 2 ZGB i. V. m. § 88 Abs. 2 EG ZGB). Weil es dabei keiner kantonalen Verfügung bedurfte, fehlt es

vorliegend an einer wesentlichen Voraussetzung von Art. 12 Abs. 1 NHG. Danach ist das Beschwerderecht der gesamtschweizerischen Organisationen nur gegeben, soweit gegen kantonale Verfügungen oder gegen Verfügungen von Bundesbehörden letztinstanzlich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht oder an das Bundesgericht zulässig ist. Eine solche Verfügung ist in Bezug auf die Landanschwemmung nicht gegeben. Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin die Beschwerdelegitimation zur Anfechtung der Landanschwemmung abgeht. Zu Recht hat auch das Amt für Raumplanung der Beschwerdeführerin die Einspracheberechtigung dafür abgesprochen. Auf die Beschwerde kann in diesem Umfang nicht eingetreten werden.

Regierungsrat, 2. Oktober 2007



## C. Grundsätzliche Stellungnahme



## Datenschutzpraxis

### Vorbemerkungen

Bezüglich Datenschutz und Datensicherheit ist für die öffentliche Verwaltung das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000 (BGS 157.1; im Folgenden: DSG) die wichtigste Rechtsgrundlage.

### Zu den Befugnissen des Datenschutzbeauftragten

Stellt der Datenschutzbeauftragte (im Folgenden: DSB) eine Verletzung von Datenschutzvorschriften fest, so hat er gemäss § 20 Abs. 2 DSG das betreffende Organ aufzufordern, die erforderlichen Massnahmen zur Behebung des Missstandes zu ergreifen. Wird die Aufforderung nicht oder nur teilweise befolgt, hat der DSB die Angelegenheit dem Gemeinderat (in gemeindlichen Angelegenheiten) beziehungsweise dem Regierungsrat (in kantonalen Angelegenheiten) zu unterbreiten. Werden in gemeindlichen Angelegenheiten die erforderlichen Massnahmen durch den Gemeinderat nicht ergriffen, so kann der DSB in einem nächsten Schritt eine Stellungnahme an die Direktion des Innern als allgemeinem Aufsichtsorgan der Gemeinden (§ 42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen; BGS 151.1) richten. Anschliessend kann der DSB die Angelegenheit dem Regierungsrat zum Entscheid vorlegen.

Sind sich in kantonalen Angelegenheiten das datenbearbeitende Organ und der DSB nicht einig, entscheidet der Regierungsrat abschliessend. Lehnt der Regierungsrat die Empfehlung des DSB ab, ist somit für diesen der verwaltungsinterne Weg erschöpft. Aufgrund von § 19 Abs. 1 Bst. f DSG besteht allerdings die Möglichkeit, die Öffentlichkeit über wesentliche Anliegen des Datenschutzes zu orientieren.

Ist von der fraglichen Datenbearbeitung eine Bürgerin, ein Bürger direkt betroffen, so steht es ihr oder ihm selbstverständlich jederzeit frei, in der Sache den ordentlichen Rechtsweg einzuschlagen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der DSB grundsätzlich keine Weisungsbefugnisse hat (Ausnahme: gemäss § 19 Abs. 1 Bst. g DSG kann der DSB gegenüber Datenschutzstellen der Gemeinden und der kantonalen Direktionen

Weisungen erteilen. Bis anhin haben jedoch bedauerlicherweise weder Gemeinden noch kantonale Direktionen von der Möglichkeit, eigene Datenschutzstellen zu schaffen, Gebrauch gemacht [Stand: Frühjahr 2008]).

Der Datenschutz soll bis anhin durch Information, Beratung, Empfehlung und Ausbildung umgesetzt werden.

Im Folgenden werden fünf Fälle aus der DSB-Beratung des Jahres 2007 (teilweise gekürzt) dargestellt. Über 250 weitere Fälle und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis finden sich in den bisher erschienenen ausführlichen Tätigkeitsberichten des DSB der Jahre 1999 bis 2007. Diese können kostenlos beim DSB bestellt werden. Sie stehen auch auf der Website des DSB zu Verfügung: «[www.datenschutz-zug.ch](http://www.datenschutz-zug.ch)».

## I. Zur Publikation von Personendaten im Internet

### Ausgangslage

Beim Datenschutzbeauftragten beschwerte sich eine Privatperson, dass auf der kantonalen Website viele persönliche Informationen über sie veröffentlicht seien, insbesondere über ihren Gesundheitszustand. Wenn man in «Google» ihren Namen eingabe, erscheine die fragliche kantonale Website an erster Stelle und so könne sich weltweit jedermann über ihre Gesundheitsprobleme informieren. Sie verlangte deshalb die Löschung auf der kantonalen Website. Zudem sei zu veranlassen, dass diese Informationen über sie auch in den Suchmaschinen, insbesondere bei «Google», zu löschen seien.

### Vorgeschichte

Was war geschehen? Die Privatperson führte früher gegen die kantonale Verwaltung ein Rechtsverfahren, bei dem ihr Gesundheitszustand eine zentrale Rolle spielte. Weil das Verfahren nicht zu ihren Gunsten ausging, erhob sie schliesslich beim Kantonsrat eine Aufsichtsbeschwerde gegen den Regierungsrat. Der Kantonsrat (bzw. insbesondere dessen Justizprüfungskommission, im Folgenden JPK) prüfte diese sorgfältig, gab ihr jedoch in einem sehr detaillierten Entscheid – der die ganze Vorgeschichte und somit auch die Aspekte der Gesundheit enthielt – nicht statt.

Da die Staatskanzlei die Sitzungsunterlagen und die Protokolle des Kantonsrats im Internet veröffentlicht, wurde auch dieser Beschluss des Kantonsrats ungekürzt ins Internet gestellt.

Wie kam nun dieser Beschluss – und damit die ganze Krankengeschichte – zu «Google»? Diese Suchmaschine, wie auch viele andere, kopiert grundsätzlich sämtliche im Internet zugänglichen Informationen. Diese Kopien, die sich physisch in der Regel auf den Servern von «Google» in den USA befinden, indexiert «Google» und ermöglicht dadurch, dass die User innerhalb von Sekunden Hinweise auf ihre Anfragen erhalten.

### Fragestellung

Kann die betroffene Person verlangen, dass ihre Daten auf dem kantonalen Internetauftritt gelöscht werden? Wie ist die Rechtslage bezüglich der bei «Google» publizierten Daten?

### Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

#### 1. Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes

##### a) Vor Beschlussfassung durch den Kantonsrat

Gemäss § 3 Abs. 2 Bst. b DSG wird das Datenschutzgesetz (u. a.) nicht angewendet bei Geschäften, über die der Kantonsrat zu beschliessen hat, soll doch dieser grundsätzlich in Kenntnis aller erforderlichen Informationen beraten können.

Im Rahmen der Vorbereitung eines Geschäfts durch eine kantonsrätliche Kommission (vorliegendenfalls durch die Justizprüfungskommission/JPK) und die anschliessende Information des Kantonsrates ist das DSG somit nicht anwendbar.

Die Frage, von welchen Daten die JPK Kenntnis erhalten und welche Daten sie ihrerseits dem Kantonsrat bekannt geben darf, ist in § 24 Abs. 1 und Abs. 3 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Kantonsrates (KRB GO; BGS 141.1) ausdrücklich geregelt.

Im vorliegenden Fall erscheint fraglich, ob die JPK berechtigt war, die Gesundheitsdaten und weitere heikle Personendaten des Betroffenen gegenüber dem Kantonsrat – sowie den Medien und einer weiteren Öffentlichkeit – umfassend bekannt zu geben.

Ohne Weiteres ergibt sich, dass eine Veröffentlichung von besonders schützenswerten Personendaten im Internet zum damaligen Zeitpunkt im Lichte von § 24 KRB GO unzulässig gewesen wäre.

b) Nach abgeschlossener Beratung durch den Kantonsrat

Ist die Willensbildung des Kantonsrates vollständig abgeschlossen und das Geschäft bereits seit vielen Jahren erledigt, so kommt der Ausschluss der Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes von § 3 Abs. 2 Bst. b DSG nicht mehr zur Anwendung. Bei der Publikation von abgeschlossenen Geschäften des Kantonsrates handelt es sich zudem um eine Datenbearbeitung durch die Staatskanzlei, die dem DSG unterliegt. Die Rechtslage gemäss DSG wird deshalb im folgenden Abschnitt beleuchtet.

2. Publikation besonders schützenswerter Daten im Internet

a) Ausdrückliche gesetzliche Grundlage?

Im Bericht und Antrag der JPK sind Daten über die Gesundheit des Betroffenen, somit besonders schützenswerte Personendaten enthalten. Für die Veröffentlichung der Daten im Internet bedürfte es daher einer ausdrücklichen formellgesetzlichen Grundlage. Eine solche findet sich im Zuger Recht jedoch nicht.

b) Publikation im Internet offensichtlich unentbehrlich?

Die Veröffentlichung des vollständigen, somit nicht anonymisierten Berichts der JPK im Internet ist für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der JPK, des Kantonsrates bzw. der Staatskanzlei nicht erforderlich. Es genügt, wenn diejenigen Personen mit Bericht und Antrag bedient werden, die an der entsprechenden Ratsdebatte mitwirken. Dazu gehört die weltweite Öffentlichkeit hingegen klarerweise nicht.

c) Zustimmung des Betroffenen?

Die Zustimmung zur fraglichen Internetpublikation liegt im vorliegenden Fall gerade nicht vor.

3. Ergänzende Hinweise zu den Internet-Suchmaschinen

«Google» ist wohl die zurzeit populärste Suchmaschine. Daneben gibt es jedoch noch eine sehr grosse Anzahl weiterer Suchmaschinen, die genau gleich vorgehen wie «Google», somit öffentlich zugängliche Dokumente kopieren und indexieren (so neben vielen weiteren insbesondere etwa: [www.webcrawler.com](http://www.webcrawler.com); <http://search.msn.de>; [www.altavista.com](http://www.altavista.com); [www.yahoo.com](http://www.yahoo.com); [www.alltheweb.com](http://www.alltheweb.com) etc.).

Wer durch eine unrechtmässige Veröffentlichung seiner Daten verletzt worden ist, hat grundsätzlich einen Anspruch auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, somit (jedenfalls) auf die Entfernung seiner Daten im Internet. Dafür ist das Organ zuständig, das die Publikation der fraglichen Daten im Internet vorgenommen bzw. veranlasst hat, vorliegendenfalls somit die Staatskanzlei.

Da der Schaden im Nachhinein nur sehr schwer oder meist kaum mehr wieder gut zu machen ist, muss daher die Zulässigkeit jeder Publikation im Internet vorgängig sorgfältig abgeklärt werden.

Die Veröffentlichung von Daten im Internet kann eine Persönlichkeitsverletzung zur Folge haben. Es stellt sich die Frage nach der zivilrechtlichen Haftung.

Für die Folgen einer Publikation von Personendaten im Internet bleibt grundsätzlich das Organ verantwortlich, das sie vorgenommen hat. Der Betroffene verlangte deshalb zu Recht von der Staatskanzlei, dass diese dafür zu sorgen habe, dass die Daten über ihn auch bei den Suchmaschinen, insbesondere bei «Google», zu löschen seien. Wenn man bedenkt, wie viele Suchmaschinen weltweit im Einsatz sind, wird klar, dass ein solcher Antrag sehr viel Arbeitsaufwand verursacht. «Google» ermöglicht es übrigens als eine der wenigen Suchmaschinen, dass der Webmaster der betroffenen Website durch eine entsprechende Programmierung selber die Löschung der Daten auf den «Google»-Servern veranlassen kann.

#### Fazit

Bei öffentlichen Organen ist eine Publikation von Personendaten im Internet grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sie auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage beruht oder die ausdrückliche und freiwillige Zustimmung des Betroffenen vorliegt.

Datenschutzrechtlich unproblematisch ist die Veröffentlichung von reinen Sachdaten und korrekt anonymisierten Personendaten. Voraussetzung ist dabei, dass keinerlei Bezug mehr zu einer bestimmten Person besteht.

Verantwortlich für Schäden aufgrund unzulässiger Veröffentlichung von Daten im Internet ist das Organ, das die Publikation veranlasst hat.

Eine Veröffentlichung des fraglichen Berichts beziehungsweise des Antrags der Justizprüfungscommission im Internet in nicht anonymisierter Form war somit unzulässig.

### Empfehlungen des Datenschutzbeauftragten

- Das fragliche Dokument sei nicht weiter im öffentlich zugänglichen Teil des Zuger Internetauftritts zu veröffentlichen.
- Es seien durch die Staatskanzlei die notwendigen technischen Massnahmen zu ergreifen, dass dieses Dokument (insbesondere) nicht mehr durch «Google» im Internet zur Verfügung gestellt wird bzw. die Staatskanzlei habe «Google» anzuweisen, dieses Dokument «im Cache» zu löschen.
- Es seien zukünftig durch die Staatskanzlei keine parlamentarischen Dokumente im Internet zu veröffentlichen, die besonders schützenswerte Personendaten enthalten.
- Soweit Dokumente datenschutzkonform anonymisiert sind, handelt es sich nicht mehr um Dokumente mit Personendaten. Solche Dokumente können auf herkömmliche Weise – wie auch im Internet – veröffentlicht werden.

## II. Datenbekanntgabe des Amtes für Lebensmittelkontrolle an das Amt für Berufsbildung?

### Fragestellung

Darf das Amt für Lebensmittelkontrolle unaufgefordert Resultate der Inspektionen von Gastronomiebetrieben, die Lehrlinge ausbilden, dem Amt für Berufsbildung bekanntgeben?

### Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

#### 1. Die wichtigsten Rechtsgrundlagen

Bezüglich der Funktionen des Lebensmittelinspektorates sind insbesondere die folgenden Rechtsgrundlagen zu beachten: Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (im Folgenden: LMG; SR 817.0), Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV; SR 817.02), Verordnung des EDI über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung (im Folgenden: VO EDI; SR 817.025.21), Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (VV LMG; BGS 824.2).

#### 2. Schweigepflicht, Datenbekanntgabe und Amtshilfe

Die Schweigepflicht des Amtes für Lebensmittelkontrolle richtet sich grundsätzlich

nach § 29 des Personalgesetzes (PG; BGS 154.21). Daran ändert Art. 42 LMG nichts: Mit dieser Bestimmung wird sichergestellt, dass sämtliche mit dem Vollzug betrauten Personen, insbesondere auch Private, der Schweigepflicht und damit der Strafandrohung nach Art. 320 StGB unterstehen. Der materielle Inhalt der Schweigepflicht bzw. die Definition des Begriffs «Geheimnis» richtet sich bei den kantonalen Vollzugsbehörden nach dem kantonalen Recht (vgl. Botschaft zum LMG, BBl 1989 I 955).

Nach § 29 Abs. 1 PG ist es Mitarbeitenden untersagt, Dritten und anderen Amtsstellen Tatsachen mitzuteilen, die sie bei Ausübung ihres Amtes erfahren und an denen ein öffentliches Geheimhaltungs- oder Persönlichkeitsschutzinteresse besteht oder die aufgrund besonderer Vorschriften geheim zu halten sind. Ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse ergibt sich aus Art. 42 LMG: Diese Bestimmung wäre nicht geschaffen worden, wenn kein solches Geheimhaltungsinteresse bestehen würde. Daraus folgt, dass das Amt für Lebensmittelkontrolle die von ihm im Rahmen des Vollzugs erfahrenen Tatsachen gestützt auf § 29 PG geheim zu halten hat.

Die in der Lebensmittelgesetzgebung vorgesehene Datenbekanntgabe sieht wie folgt aus:

Das Ergebnis von Kontrollen ist primär dem Betroffenen bekannt zu geben (vgl. Art. 25 Abs. 3 LMG, Art. 27 Abs. 3 LMG, Art. 54 Abs. 3 VO EDI). Dieser hat allfällige Massnahmen zu ergreifen (vgl. Art. 28 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 LMG, Art. 29 Abs. 1 LMG). Nötigenfalls erfolgen Massnahmen zur Verhinderung der Herstellung, der Verwertung oder der Verbreitung direkt durch die Kontrollorgane, durch Einziehung und Vernichtung der Ware oder durch Betriebsschliessung (vgl. etwa Art. 29 Abs. 1 Bst. c LMG, Art. 28 Abs. 3 LMG, Art. 29 LMG).

Weitere ausdrücklich vorgesehene Datenbekanntgaben sind:

- an Polizeiorgane, sofern strafbare Handlungen vorliegen (Art. 31 LMG);
- an den Kantonsarzt oder den Kantonstierarzt im Rahmen epidemiologischer Abklärungen (vorgesehen ist die gegenseitige Datenbekanntgabe: Art. 57a Abs. 2 und 3 VO EDI);
- an den Bund: Kontrollergebnisse und Vollzugsmassnahmen (Art. 36 Abs. 3 Bst. a LMG, Art. 54 Abs. 3 VO EDI) oder, falls nach der Abgabe von Lebensmitteln, Gebrauchsgegenständen oder Zusatzstoffen eine akute Gesundheitsgefährdung

vorliegt oder eine unbestimmte Anzahl von Personen in mehreren Kantonen betroffen ist oder über epidemiologische Abklärungen (Art. 55 und Art. 57a Abs. 4 VO EDI), Daten, die im Rahmen der Lebensmittelgesetzgebung bearbeitet wurden, allerdings nur auf Anfrage und unter den in Art. 19 DSG beschriebenen Voraussetzungen (Art. 78 Abs. 3 und Abs. 4 LGV);

– an die Öffentlichkeit: wenn nach der Abgabe von Lebensmitteln, Gebrauchsgegenständen oder Zusatzstoffen eine unbestimmte Anzahl von Personen betroffen ist (Art. 43 Abs. 1 LMG). Die Orientierung erfolgt durch Bundesorgane, wenn Personen mehrerer Kantone betroffen sind (Art. 43 Abs. 3 LMG);

– an die anderen kantonalen Vollzugsbehörden, das Bundesamt für Veterinärwesen, das Bundesamt für Landwirtschaft, an Swissmedic und an die Zollverwaltung: Daten, die im Rahmen der Lebensmittelgesetzgebung bearbeitet wurden, allerdings nur auf Anfrage und unter den in Art. 19 DSG beschriebenen Voraussetzungen (Art. 78 Abs. 3 und 4 LGV).

Diese im Gesetz und in den Verordnungen vorgesehenen Regelungen treffen den vorliegenden Fall nicht und können somit nicht als Grundlage für die Datenbekanntgabe des Amts für Lebensmittelkontrolle an das Amt für Berufsbildung dienen.

Die Bekanntgabe von Personendaten im Rahmen des Vollzugs des Lebensmittelrechts richtet sich, sofern sie nicht explizit geregelt ist, nach Art. 78 LGV. Aufgrund von Art. 78 Abs. 1 LGV darf das Amt für Lebensmittelkontrolle Daten bearbeiten, wenn es diese benötigt, um die ihm nach dem LMG oder der LGV übertragenen Aufgaben erfüllen zu können. Dies gilt auch für die Datenbekanntgabe. Eine Datenbekanntgabe darf daher erfolgen, wenn dies der Erfüllung einer im LMG oder in der LGV umschriebenen Aufgabe dient.

Im vorliegenden Fall soll die Datenbekanntgabe dem Amt für Berufsbildung dienen. Dass diese Datenbekanntgabe auch der Erfüllung eines im LMG bzw. in der LGV beschriebenen Aufgabe dienen soll, ist u. E. hingegen nicht gegeben.

Die Amtshilfe an Amtsstellen ausserhalb der Erfüllung einer im LMG oder in der LGV beschriebenen Aufgabe ist gestützt auf Art. 78 Abs. 4 LGV grundsätzlich nur unter den in Art. 19 des Eidg. DSG (im Folgenden: E-DSG; SR 235.1) beschriebenen Voraussetzungen möglich. Daraus folgt insbesondere, dass die Daten nur bekannt gegeben werden dürfen, wenn sie – bei der anfragenden Amtsstelle – für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind (Art. 19 Abs. 1 Bst. a

E-DSG). Die Amtshilfe erfolgt auf Anfrage hin und nur einzelfallweise. Vorausgesetzt ist zudem, dass die Information für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe der anfragenden Behörde unentbehrlich ist (vgl. Basler Kommentar zum DSG, JÖHRI/STUDER N 9 zu Art. 19 DSG). Sie kann verweigert, eingeschränkt oder mit Auflagen versehen werden, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person es verlangen oder wenn gesetzliche Geheimhaltungsvorschriften oder besondere Datenschutzvorschriften dies verlangen (Art. 19 Abs. 3 DSG). Eine Amtshilfe ist trotz einer allfälligen Geheimhaltungspflicht zulässig, wenn sich die anfragende Amtsstelle auf eine Bestimmung berufen kann, die andere Amtsstellen zur Auskunft verpflichtet (vgl. Basler Kommentar zum DSG, JÖHRI/STUDER, N 81 zu Art. 19 DSG).

Aus Art. 78 Abs. 1 LGV folgt, dass eine Datenbekanntgabe grundsätzlich nur dann erfolgen darf, wenn dies der Erfüllung einer im LMG oder in der LGV umschriebenen Aufgabe dient. Das schliesst an sich eine Datenbekanntgabe, die nicht diesem Zweck dient, aus.

Für die darüber hinausgehenden Datenbekanntgaben gilt die Schweigepflicht gemäss § 29 PG und Art. 42 LMG. Diese dürfte, wegen Art. 19 Abs. 3 E-DSG, eine Amtshilfe grundsätzlich ausschliessen. Aus dieser Sicht ist die Frage, ob Art. 42 LMG eine Geheimhaltungspflicht im Sinne von Art. 19 Abs. 3 E-DSG darstellt, zu verneinen. Umgekehrt ist die Möglichkeit der Amtshilfe unter den in Art. 19 E-DSG genannten Voraussetzungen zu bejahen.

Die Amtshilfe darf aber nur auf schriftlich begründete Anfrage und zudem nur einzelfallweise erfolgen.

Für den Fall, dass Art. 42 LMG als Geheimhaltungspflicht im Sinne von Art. 19 Abs. 3 E-DSG zu qualifizieren ist, muss festgehalten werden, dass in der Gesetzgebung über die Berufsbildung eine Bestimmung, die einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Amt für Lebensmittelkontrolle begründen würde, fehlt. Zwar ist das Amt für Berufsbildung für den Vollzug und somit auch für die Aufsicht über die Berufsbildung zuständig. Daraus lässt sich indes kein Anspruch auf Datenbekanntgabe gegenüber anderen Amtsstellen ableiten.

Gemäss § 29 Abs. 3 PG können Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung durch die Direktionsvorsteherin bzw. den Direktionsvorsteher gegenüber anderen Amtsstellen von der Geheimhaltungspflicht entbunden werden. Diese Bestimmung kommt lediglich dann zur Anwendung, wenn geheim zu haltende Tatsachen be-

kannt gegeben werden sollen, nicht aber dann, wenn der Mitarbeitende schon aufgrund einer gesetzlichen Grundlage zur Datenbekanntgabe berechtigt ist.

Im vorliegenden Fall ist eine Datenbekanntgabe nach vorgängiger Entbindung vom Amtsgeheimnis nicht von vorneherein ausgeschlossen, basiert doch die Verschwiegenheitspflicht nicht auf Art. 42 LMG, sondern auf den kantonalrechtlichen Bestimmungen über das Amtsgeheimnis. Die Befreiung vom Amtsgeheimnis kann lediglich einzelfallweise gewährt werden.

### Fazit

Grundsätzlich sind die mit dem Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung betrauten Organe zum Schweigen verpflichtet. Die Schweigepflicht basiert auf § 29 PG.

Die Lebensmittelgesetzgebung kennt keine Bestimmung, die eine Datenbekanntgabe an das Amt für Berufsbildung vorsieht.

Die Amtshilfe ist unter den vorstehend genannten Voraussetzungen möglich. Sie darf nur auf schriftlich begründete Anfrage einzelfallweise erfolgen.

Eine Datenbekanntgabe, die ausserhalb der Amtshilfe erfolgen soll, bedarf der Befreiung vom Amtsgeheimnis gemäss § 29 Abs. 3 PG.

Das Amt für Lebensmittelkontrolle ist somit nicht befugt, von sich aus das Amt für Berufsbildung über seine Inspektionsresultate zu informieren.

### III. Zur Bekanntgabe gesperrter Daten an eine Krankenkasse

#### Sachverhalt

Eine Versicherungsgesellschaft verlangte von einer gemeindlichen Einwohnerkontrolle mit einer Anfrage gestützt auf Art. 32 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (im Folgenden: ATSG; SR 830.1) und Art. 84 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (im Folgenden: KVG; SR 832.10) die Bekanntgabe der Adresse einer bestimmten Person. Sie begründete die Adressanfrage damit, dass die Postsendungen offenbar nicht mehr zugestellt werden können.

Die Einwohnerkontrolle lehnte die Bekanntgabe der Daten mit dem Hinweis ab, die Daten der fraglichen Person seien gemäss § 9 DSGVO gesperrt.

Die Versicherungsgesellschaft bestand auf der Bekanntgabe der Adresse mit dem Hinweis, Art. 32 ATSG bzw. Art. 84a KVG gingen dem kantonalen Datenschutzrecht vor.

#### Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Die Datensperre gemäss § 9 DSGVO (Datenschutzgesetz; BGS 157.1) gilt nur gegenüber Privaten, nicht aber zwischen Organen. Verlangt ein Organ Auskunft über gesperrte Daten, so beurteilt sich die Bekanntgabe insbesondere nach § 5 DSGVO sowie allfälligen besonderen datenschutzrechtlichen Vorschriften. Falls die Versicherungsgesellschaft im vorliegenden Fall als Organ im Sinne des KVG handelt, spielt die bestehende Sperrung der Daten somit keine Rolle.

2. Art. 32 Abs. 1 Bst. a–d ATSG verpflichtet die Verwaltungs- und Rechtspflegebehörden des Bundes, der Kantone, der Bezirke, Kreise und Gemeinden, den Organen der einzelnen Sozialversicherungen auf schriftliche und begründete Anfrage im Einzelfall kostenlos Auskunft zu geben, die erforderlich sind für

- die Festsetzung, Änderung oder Rückforderung von Leistungen
- die Verhinderung ungerechtfertigter Bezüge
- die Festsetzung und den Bezug der Beiträge
- den Rückgriff auf haftpflichtige Dritte.

Im Rahmen von Art. 32 ATSG i. V. m. Art. 84a KVG ist einer Krankenkasse somit Auskunft zu erteilen, selbst wenn die Daten gesperrt sind.

Vorausgesetzt ist aber, dass der Versicherer seine Organfunktion im Sinne des KVG nachweist. Dies ist insofern von Bedeutung, weil die Krankenversicherungen auch Rechtsverhältnisse gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) umfassen können. Für letztere gilt Art. 32 ATSG jedoch nicht. Diesfalls ist der Versicherer wie eine Privatperson zu behandeln und die Datensperre ist zu beachten.

Art. 32 ATSG setzt zudem voraus, dass das Auskunftsbegehren begründet sein muss. Der Versicherer muss somit glaubhaft darlegen, aus welchem der in Art. 32 Abs. 1 Bst. a–d ATSG genannten Gründen sie der betroffenen Person Post zustellen will.

Zur Beweispflicht: es ist kein strikter Beweis erforderlich, vielmehr genügt es, wenn die Organstellung des Versicherers und der Grund für die Auskunft glaubhaft gemacht werden.

Im vorliegenden Fall hat der Versicherer weder seine Organstellung noch den Grund für das Auskunftsbegehren genügend dargelegt. Die Datenbekanntgabe wurde deshalb zu Recht verweigert.

#### Fazit

Die Datensperre gilt nur gegenüber Privaten, nicht aber gegenüber Organen (§ 9 Abs. 1 DSG). Krankenkassen ist gemäss Art. 32 ATSG i. V. m. Art. 84a KVG Auskunft zu erteilen, sofern sie als Organe handeln. Sie haben dafür glaubhaft darzulegen, dass sie als Organe im Sinne des KVG handeln und dass sie die Daten für einen in Art. 32 ATSG bzw. Art. 84a KVG genannten Zweck benötigen.

#### IV. Zur Datenbekanntgabe im Rahmen wissenschaftlicher Forschung

##### Ausgangslage

Ein wissenschaftliches Forschungsprojekt befasst sich mit dem Thema Suizid. Im Rahmen dieser geplanten Studie wird um Einsicht in die Justizakten von Suizidopfern im Kanton Zug seit 1991 nachgesucht.

##### Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

###### 1. Rechtslage bezüglich Einsicht in Daten der Verwaltung

Für eine allfällige Einsichtnahme in kantonale Gerichts- und Polizeiakten ist Folgendes zu beachten:

Daten, die noch bei den betreffenden Stellen in Gebrauch sind, somit noch benötigt werden, unterliegen dem Datenschutzgesetz (BGS 157.1). § 4 Bst. d DSG ist zu beachten.

Abgeschlossene Dossiers, die archiviert sind bzw. archiviert sein müssten, unterliegen dem Archivgesetz (BGS 152.2), und zwar unabhängig davon, ob sie bereits im Staatsarchiv oder noch beim Organ sind. Dies gilt ohne weiteres auch für die Justizorgane.

Unseres Erachtens ist davon auszugehen, dass Akten, die Suizide betreffen, nach zehn Jahren bei den Untersuchungsbehörden nicht mehr (aktiv) benötigt werden und deshalb beim Staatsarchiv archiviert sind bzw. sein müssten.

Das heisst: Für Unterlagen, die abgeschlossene Verfahren betreffen, sich aber (zu Recht) noch beim Organ befinden, ist das Organ für die Bewilligung der Einsicht zuständig (hier somit: die Untersuchungsbehörden). Für Unterlagen, die beim Archiv sind bzw. sein müssten, ist hingegen das Staatsarchiv gemäss § 17 des Archivgesetzes Bewilligungsinstanz für eine allfällige Einsicht.

Vorliegend geht es um die Einsichtnahme durch Dritte. Weder Organ noch Archiv sind grundsätzlich verpflichtet, Dritten Einsicht zu gewähren. Auch bei grundsätzlichem Gewähren der Einsicht ist es Organ und Archiv überlassen, besondere Fälle begründet von der Einsicht auszunehmen.

Für die Einsichtnahme in Akten des Organs (der Untersuchungsbehörden) gilt: Eine Einsichtnahme in laufende bzw. noch nicht abgeschlossene Verfahren ist unseres

Erachtens im vorliegenden Bereich ausgeschlossen. Es können somit nur Akten von rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren Gegenstand einer allfälligen Einsicht bilden.

Für die Einsichtnahme in Akten des Staatsarchivs gilt: Die gewünschte Einsicht betrifft aktuelle und sehr heikle Personendaten von Suizidopfern, Personen aus dem Umfeld (etwa: Familie und Bekannte) sowie von völlig Unbeteiligten (zum Beispiel Zeugen). Fraglos geht es um besonders schützenswerte Personendaten, für die im Archiv eine verlängerte Schutzfrist von 100 Jahren gilt (§ 12 Archivgesetz).

Das Archiv kann Dritten innerhalb der Schutzfrist Einsicht in das Archivgut gewähren, wenn keine schutzwürdigen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Das abliefernde Organ und im Zweifelsfall die Betroffenen werden angehört. Die Einsichtnahme wird bewilligt, sofern ein wichtiger Grund vorliegt, namentlich für Forschungsarbeiten. Das Archiv kann mit der Bewilligung Auflagen, insbesondere über die weitere Verwendung der Informationen, verfügen (§ 17 Archivgesetz).

Erteilt das Organ bzw. das Archiv die Zustimmung zur Einsicht an Dritte, so sind die nachstehend aufgeführten Rahmenbedingungen zu beachten. Die sehr hohen Schutzinteressen der betroffenen Privatpersonen sind mit den erforderlichen Sicherheitsauflagen zu gewährleisten:

- Einsichtnahme und Datenerhebung erfolgen an Ort und Stelle. Es werden weder Originale noch Kopien herausgegeben.
- Die Datenerhebung erfolgt von allem Anfang an anonym. Das heisst: Die Anonymisierung der Daten wird nicht im Nachhinein durchgeführt. Nur anonymisierte Daten, die nicht mehr einer bestimmten, identifizierbaren Person zugeordnet werden können, verlassen den Erhebungsort.
- Somit verfügen nur diejenigen Personen, welche die Datenerhebung durchführen, über die volle Kenntnis der Unterlagen und der betroffenen Personen. Sie sind über die Auflagen und die Rechtslage zu informieren und darauf hinzuweisen, dass sie von ihrem Wissen keinerlei weiteren Gebrauch machen dürfen. Sie haben eine diesbezügliche persönliche Verpflichtungserklärung zu unterzeichnen.
- Eine allfällige Publikation von Daten muss so erfolgen, dass keine Rückschlüsse auf Personen vorgenommen werden können.

## 2. Erhebung von Daten bei Privaten

Sollten Daten erhoben werden, die sich nicht bei der Verwaltung befinden, so ist die Zustimmung der Betroffenen erforderlich (so etwa betr. Krankengeschichten, die sich bei Hinterbliebenen befinden).

## 3. Erhebung von medizinischen Daten einer Klinik/von Ärzten

Sofern Personendaten erhoben werden sollen, die dem Arzt- bzw. Patientengeheimnis unterliegen und die im Rahmen einer ärztlichen Behandlung erhoben wurden (somit etwa Daten, über die eine Klinik oder der Hausarzt verfügt), gehen wir davon aus, dass gemäss Art. 321bis Strafgesetzbuch (SR 311.0) sowie der Verordnung vom 14. Juni 1993 über die Offenbarung des Berufsgeheimnisses im Bereich der medizinischen Forschung (VOBG; SR 235.154) entweder die Zustimmung des Berechtigten bzw. die Bewilligung der Eidg. Expertenkommission für das Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung erforderlich ist (vgl. dazu etwa die im Bundesblatt vom 19. Juni 2007/Nr. 25 veröffentlichte Bewilligung).

## V. Zur Bekanntgabe von Grundstücksangaben durch die Gemeinde

### Fragestellung

Darf die Gemeinde Ortsbezeichnung, Fläche und Namen der Eigentümer von Grundstücken, die in der Bauzone liegen, an Private bekannt geben?

### Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

Die öffentlich zugänglichen Grundstücksdaten

a) Gemäss Art. 970 Abs. 2 Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210) i. V. m. Art. 106a der Grundbuchverordnung (GBV; SR 211.432.1) können ohne Nachweis eines Interesses folgende Daten aus dem Grundbuch bekannt gegeben werden:

- die Bezeichnung des Grundstücks und die Grundstücksbeschreibung, den Namen und die Identifikation des Eigentümers, die Eigentumsform und das Erwerbsdatum (Art. 970 Abs. 2 ZGB)
- die Dienstbarkeiten und Grundlasten
- die Anmerkungen (mit Ausnahme von: Grundbuchsperrungen nach Art. 80 Abs. 6 GVB und nach kantonalem Recht; Veräusserungsbeschränkungen zur Sicherung

des Vorsorgezwecks bei der Förderung von Wohneigentum nach Art. 30e Abs. 2 BVG; Eigentumsbeschränkungen zur Sicherung der Zweckerhaltung nach den Vorschriften des Bundes und der Kantone zur Förderung des Wohnbaus und des Wohneigentums; die auf kantonalem Recht beruhenden Eigentumsbeschränkungen mit Pfandrechtscharakter).

Die Auskunft darf aber nur hinsichtlich eines bestimmten Grundstücks abgegeben werden.

b) Gemäss Art. 33 der Verordnung über die amtliche Vermessung (VAV; SR 211.432.2) sind die Daten der Vermessung öffentlich. Sie dürfen für öffentliche und private Zwecke verwendet werden (Art. 1 Abs. 2 VAV). Zu den Vermessungsdaten gehören gemäss Art. 5 VAV:

– die Fixpunkt- und Grenzzeichen

– Daten gemäss Datenmodell der amtlichen Vermessung (Fixpunkte, Bodenbedeckung, Einzelobjekte, Höhen, Nomenklatur, Liegenschaften inkl. selbständige und dauernde Rechte sowie Bergwerke, soweit sie flächenmässig ausgeschieden werden können, Rohrleitungen und administrative Einteilungen; vgl. Art. 6 VAV)

– der Plan für das Grundbuch (er enthält die Informationsebenen, Fixpunkte, Bodenbedeckung, Einzelobjekte, Nomenklatur, Liegenschaften, Rohrleitungen und Teile der administrativen Einteilungen und grenzt die Liegenschaften sowie die flächenmässig ausgeschiedenen selbständigen und dauernden Rechte und Bergwerke ab; vgl. Art. 7 VAV) und die weiteren zum Zwecke der Grundbuchführung erstellten Auszüge aus den Daten der amtlichen Vermessung

– die zu erstellenden technischen Dokumente

– die Bestandteile und Grundlagen der amtlichen Vermessung alter Ordnung.

c) Gemäss Art. 4 Abs. 3 Raumplanungsgesetz (RPG; SR 700) sind die aufgrund dieses Gesetzes erstellten Pläne öffentlich. Zu den Plänen gehören auch die Nutzungspläne, welche die zulässige Nutzung des Bodens ordnen und mit denen unter anderem Bauzonen, Landwirtschaftszonen und Schutzzonen ausgeschieden werden (Art. 14 ff. RPG). Die Nutzungszonen in den Einwohnergemeinden werden im gemeindlichen Zonenplan festgelegt (§ 16 und § 18 des Planungs- und Baugesetzes; BGS 721.11).

Zwar bezieht sich die Bekanntgabe von Daten aus dem Grundbuch und der Vermessungsdaten an sich nur auf das Grundbuchamt beziehungsweise das Vermessungsamt. Es kann daraus aber wohl abgeleitet werden, dass hier eine Datenbekanntgabe im gleichen Umfang auch durch die zuständigen Gemeindebehörden erfolgen kann. Die Gemeindeverwaltung ist aber klarerweise nicht verpflichtet, solche Daten bekannt zu geben.

Für die Bekanntgabe von Daten des gemeindlichen Zonenplans hingegen ist die Gemeindeverwaltung zuständig.

#### Fazit

Die Ortsbezeichnung, die Grundstücksgrösse und der Name des Eigentümers sind Daten, die zu denjenigen Grundbuchdaten gehören, die ohne Interessennachweis bekannt gegeben werden können.

Sie können durch die Gemeinde zusammen mit den Angaben über die Nutzungszone, in der das Grundstück liegt, an Private bekannt gegeben werden.

Auflage 700

klimateutral gedruckt

333-53142-0708-1001



Kalt-Bucher Druck AG, 6301 Zug

