

Gerichts- und Verwaltungspraxis 2008



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 – 2008	5
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	79
Abkürzungsverzeichnis	95

A. Gerichtspraxis

I. Staats und Verwaltungsrecht	104
1. Bürgerrecht	104
2. Personalrecht	108
3. Planungs und Baurecht	113
4. Verfahrensrecht	135
5. Steuerrecht	148
6. Sozialversicherung	153
II. Zivilrecht	195
1. Familienrecht	195
2. Sachenrecht	200
3. Obligationenrecht	203
III. Schuldbetreibung und Konkurs	219
IV. Strafrecht	227
V. Rechtspflege	229
1. Internationales Privatrecht	229
2. Zivilrechtspflege	232
3. Strafrechtspflege	258
4. Internationales Zivilprozessrecht	270

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	274
Verfahrensrecht	274
II. Bau- und Planungsrecht	282

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis	290
Vorbemerkungen	290
I. Privates Bauprojekt: Bekanntgabe der Baukosten bei der öffentlichen Auflage	291
II. Bekanntgabe der vormundschaftlichen Massnahmen an die Einwohnerkontrolle	293
III. Darf der Sozialdienst routinemässig Halterabklärungen beim Strassenverkehrsamt vornehmen?	297
IV. Wie kann eine Datensperre aufgehoben werden?	298

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2008

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 – ein 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 neuerechtlichen Verjährungsbestimmungen ein für allemal gewahrt 2007 S. 159
 - Alters- und Hinterlassenenversicherung: Beitragsrechtlicher Status einer Dienstleistungserbringenden (Reinigungskraft) 2008 S. 153
 - Alters- und Hinterlassenenversicherung: Abgrenzung von beitragspflichtigem Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 17 AHVV vom beitragsfreien Ertrag aus privater Vermögensverwaltung 2008 S. 161
 - Art. 52 AHVG – Arbeitgeberhaftung. Den Verwaltungsratsmitgliedern einer konkursiten AG kann bezüglich des Beitragsstatus der Mitarbeiter, welche ursprünglich als Selbständigerwerbende betrachtet und deren Entgelte von der Ausgleichskasse aufgrund des nach der Konkurseröffnung erstellten Revisionsberichts nacherfasst wurden, nicht Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden, wenn sie bis zur Arbeitgeberkontrolle eine Rechtsauffassung vertraten, die in guten Treuen vertreten werden kann 2008 S. 167
 - Aus dem Art. 87 Abs. 4 IVV – Neuanschuldung nach früherer Leistungsverweigerung. Wird auf eine Neuanschuldung eingetreten, gelangt der Untersuchungsgrundsatz vollumfänglich zur Anwendung. Eine Abweisung des neuen Leistungsbegehrens kann dabei nicht allein mit der Begründung erfolgen, eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei nicht glaubhaft gemacht worden 2008 S. 169

Altstadtdreglement

- Kriterien für die Auslegung, Verweigerung einer Umbaubewilligung 1999 S. 73
- §§ 2, 3, 11, 23 und 25 des Altstadtdreglements 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

- Überzeitentschädigungen 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

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 Überwei-

sung 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 Entscheids (Erw. II. 3. d). 2007 S. 274
- § 5 BüG – Das absichtliche Verschweigen von Straftaten erweckt erhebliche Bedenken an der Eignung eines Bewerbers und rechtfertigt eine Verweigerung des Bürgerrechts 2008 S. 104

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 Sammelaukünften 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 Amtsstellen 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
- Dürfen die Baukosten bei der öffentlichen Bauauflage bekanntgegeben werden 2008 S. 291
- Bekanntgabe der vormundschaftlichen Massnahmen an die Einwohnerkontrolle? 2008 S. 293
- Darf der Sozialdienst routinemässig Halterabklärungen beim Strassenverkehrsamt vornehmen? 2008 S. 297

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
- Wie kann eine Datensperre aufgehoben werden? 2008 S. 298

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
- Beruft 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
- Art. 195 ZGB, Art. 400 OR. Nach rechtskräftig geschiedener Ehe ist ein Begehren um Auskunft über eheliches Vermögen grundsätzlich nicht mehr möglich 2008 S. 195

- Art. 277 Abs. 2 und 285 Abs. 1 ZGB. – Mündige Kinder sind bezüglich ihres Unterhaltsanspruches im Verhältnis untereinander gleich zu behandeln. Tritt eine neue Unterhaltspflicht zu einer bestehenden und kommt beiden Unterhaltspflichten der gleiche Rang zu, müssen bei der aktuellen Beitragsfestsetzung beide Verbindlichkeiten in gleichem Masse berücksichtigt werden 2008 S. 198

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 einheit-

liches 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

Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG. Anerkennung einer ausländischen Urkunde (Erbschein). Werden die einzelnen Erbschaftsanteile aufgrund des Geschlechts unterschiedlich festgelegt und sind die Erben mit der Anwendung der sie diskriminierenden islamischen Vorschriften einverstanden, müssen die zur Aufteilung des Nachlasses angerufenen Schweizer Behörden den diskriminierenden Charakter der islamischen Vorschriften nicht von Amtes wegen berücksichtigen 2008 S. 229

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
- Aus dem Art. 87 Abs. 4 IVV – Neuanschuldung nach früherer Leistungsverweigerung. Wird auf eine Neuanschuldung eingetreten, gelangt der Untersuchungsgrundsatz vollumfänglich zur Anwendung. Eine Abweisung des neuen Leistungsbegehrens kann dabei nicht allein mit der Begründung erfolgen, eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei nicht glaubhaft gemacht worden 2008 S. 169

- Art. 28 aIVG i.V.m. Art. 16 ATSG – Für die Ermittlung des Invaliditätsgrades ist das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). – Der rechtssprechungsgemäss entstandene Grundsatz, dass die verbliebene Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausgeschöpft werden soll, kann es einem Arbeitnehmer verbieten, zu Lasten der Invalidenversicherung in einem wesentlich tieferen Pensum als aus medizinischer Sicht für angepasste Tätigkeit möglich beim bisherigen Arbeitgeber zu verbleiben, wenn er im zumutbaren Pensum in einer anderen, angepassten Tätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt mehr verdienen würde 2008 S. 173

- Aus dem Art. 28 Abs. 2 IVG (in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung) i.V.m. Art. 16 ATSG; Art. 26 IVV – Ermittlung des Valideneinkommens bei Vorliegen eines Geburtsgebrechens. Mit dem tatsächlichen Erreichen eines Berufsabschlusses (Handelsschule) hat ein Versicherter zureichende berufliche Kenntnisse erworben. Er gilt daher nicht als so genannter Geburtsinvalid im Sinne von Art. 26 Abs. 1 IVV, auch wenn die Beeinträchtigungen in seiner Erwerbsfähigkeit Folge eines Geburtsgebrechens sind 2008 S. 177

- Art. 14 BV und Art. 21. Abs. 2 IVG – Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet. Hat ein Versicherter infolge seiner Invalidität für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge Bedarf auf kostspielige Geräte, besteht im Rahmen der vom Bundesrat aufzustellenden Liste ohne Rücksicht auf die Erwerbsfähigkeit Anspruch auf ein Hilfsmittel – Der für die Gewährung von Hilfsmitteln bestehende IV-rechtliche Grundsatz, dass die Hilfsmittel einfach und zweckmässig sein müssen resp. dass den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, Bestimmtheit und Geeignetheit Rechnung zu tragen ist, darf nicht zu einer Einschränkung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Familie führen 2008 S. 181

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 indes die obsiegende Partei für ihre prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen 2002 S. 154

Krankengeschichte

- Herausgabe der Originale an Patienten (Datenschutz) 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 ausserkantonal 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
- Art. 18 Abs. 1 OR – Frage der Nichtigkeit eines Ehevertrages unter anderem aufgrund geltend gemachter Simulation sowie Lücke des Vertrages 2008 S. 203
- § 67 Abs. 4 PBG; Art. 41 OR. – Die Einleitung eines zivilprozessualen Verfahrens ist widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR, wenn dieses zweckentfremdet wird oder von vornherein offensichtlich aussichtslos ist. Missbräuchlich handelt daher, wer trotz offensichtlicher Aussichtslosigkeit suspensiv wirkende Rechtsmittel gegen eine Baubewilligung einlegt, um die Ausführung eines Bauvorhabens zu verzögern. Als aussichtslos darf ein Rechtsmittel in diesem Zusammenhang allerdings erst bezeichnet werden, wenn sich seine Einreichung mit keinerlei sachlich vertretbaren Gründen rechtfertigen lässt 2008 S. 209

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 ihr 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 erweise 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
- Art. 400 OR. Rechenschaftsablegungspflicht. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, seinen Klienten periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren 2008 S. 211

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 Geschuchstellers 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
- Art. 827 OR (Haftung als Gründer einer GmbH); Art. 643 Ziff. 2 und Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR. – Auch im Falle der Gründungshaftung besteht der Schaden bei einer Gründung mit Sacheinlage in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Sache und ihrer Anrechnung auf das Grundkapital. Gemäss Art. 634 Ziff. 2 OR gelten Sacheinlagen nur dann als Deckung, wenn die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, ist mit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister der Schaden bei ihr eingetreten, da sie zu diesem Zeitpunkt keinen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch erhalten hat und damit bereits überschuldet im Sinne von Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR war 2008 S. 215

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 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 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
- §§ 11 und 12 des Personalgesetzes – Öffentliches Personalrecht. Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses ist nichtig, wenn sie während einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit und damit während einer Sperrfrist ausgesprochen wird 2008 S. 108

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 Berichtigungsklage 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 Konkubinsverhältnis 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; Auslegung 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 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 Garenhaus 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 gewerbsmässigen 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
- § 29 PBG; § 53 ff. BO – Anforderungen an eine Arealbebauung nach kantonalem Planungs- und Baugesetz und der gemeindlichen Bauordnung. Anforderungen im vorliegenden Fall erfüllt 2008 S. 113
- § 16 Abs. 1 Satz 3 V PBG; § 24 Ziff. 1 BO – Ausnützungsziffer: Begriff der anrechenbaren Geschossfläche unterhalb des Erdgeschosses. Erschliessungsflächen im Dachgeschoss gehören nach der Bauordnung der Stadt Zug nicht zur anrechenbaren Geschossfläche 2008 S. 125
- § 6 Abs. 1 GewG – Bauvorhaben im Gewässerabstand: Liegt eine Verletzung des Gewässerabstandes vor, so kann diese als Ausnahme nur bewilligt werden,

wenn es sonst zu einer unbilligen Härte oder einer offensichtlich unzweckmäßigen Lösung kommen würde 2008 S. 130

- Art. 45 und Art. 18 BO Unterägeri; Fassadenlänge beim Zusammenbau von einem Hauptgebäude mit einer Kleinbaute 2008 S. 282
- § 5 VPBG § 45 Abs. 2 BO Baar – Wie viel darf eine Unterniveaubaute aus dem gewachsenen Terrain herausragen 2008 S. 286

Politische Rechte

- Auch knappes Resultat verschafft keinen Anspruch auf Nachzählung, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Auszählen oder ein gesetzwidriges Verhalten der zuständigen Organe vorliegen 2002 S. 225
- Die blosse Meinungsäußerung von zwei Mitgliedern des Regierungsrats im Vorfeld einer Abstimmung bildet für sich allein noch keinen Ausstundgrund; 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 Vorkehren 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 Strafverfahren 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 auszuscheiden, 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 zuwarten, 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 Probenentnahme als unverhältnismässig und es ist deshalb darauf zu verzichten 2006 S. 219
- § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Rechtsnatur der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde (Erw. 2) 2008 S. 258

- § 6 Abs. 3 und 4 StPO. – Die Bestimmung verleiht dem Anzeigerstatter keinen absoluten Rechtsanspruch auf Aufnahme einer mündlichen Strafanzeige, zumal weder Staatsanwaltschaft noch Polizei verpflichtet sind, trölerische, mutwillige und querulatorische Anzeigen überhaupt entgegenzunehmen. Die Formulierung des Protokolls einer mündlichen Strafanzeige ist Sache des Protokollanten. Der Anzeigerstatter hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass seine eigenen Formulierungen aufgenommen werden (Erw. 5) 2008 S. 258

- § 36^{ter} StPO. – Einsprache gegen den Strafbefehl. Zuständigkeit für den Entscheid über die formelle Gültigkeit der Einsprache. Die Staatsanwaltschaft überprüft lediglich vorfrageweise die formelle Gültigkeit der Einsprache; die Gültigkeit von Strafbefehl und Einsprache ist vom Einzelrichter am Strafgericht zu beurteilen 2008 S. 261

- § 12 StPO und § 80 StPO; § 15 GOG; Art. 7 DNA-Profil-Gesetz; § 3 ZG-DNA-Verordnung. – Die Justizkommission des Obergerichts tritt auf eine Beschwerde gegen eine von der Polizei durchgeführte Abnahme einer DNA-Probe, der sich der Beschwerdeführer erst im Nachhinein widersetzt, nicht ein 2008 S. 264

- § 80 Ziffer 1 und 11 und § 2 Abs. 2 StPO. – Beim Beschluss des Strafgerichts, Akten des pendenten Strafverfahrens an die Staatsanwaltschaft herauszugeben, handelt es sich nicht um eine unter § 2 Abs. 2 StPO fallende Anordnung bzw. stellt ein solcher Beschluss keine Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziffer 1 StPO dar. Er kann deshalb nicht mit Beschwerde nach § 80 Ziffer 11 StPO angefochten werden 2008 S. 266

- § 78 GOG. – Die Frist für die Beschwerde gegen die Auferlegung von Kosten und die Zusprechung von Entschädigungen im Sinne von § 80 Ziffer 4 StPO beginnt bei mündlich eröffneten (und begründeten) oder lediglich im Dispositiv zugestellten Strafurteilen mit Zustellung des motivierten Strafurteils zu laufen 2008 S. 269

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
- Art. 22 SVG – Örtliche Zuständigkeit für die Aussprechung von Administrativmassnahmen 2008 S. 135
- Art. 29 Abs. 2 BV, § 15 Abs. 1 VRG. – Rechtliches Gehör. Vor Erlass einer in seine Rechtsstellung eingreifenden Verfügung hat der Betroffene das Recht, in die Akten Einsicht zu nehmen und sich zum vorgesehenen Ausgang des Verfahrens zu äussern. Will die entscheidende Behörde auf die Ergebnisse eines Augenscheins abstellen, so hat sie die entsprechenden Feststellungen und Äusserungen der beteiligten Parteien zu protokollieren. Andernfalls verletzt sie ebenfalls das rechtliche Gehör 2008 S. 136
- VRG; StGB – Strafvollzug in Form der Halbgefangenschaft, Gesuch um Strafaufschub. Es ist zulässig, sich per elektronischer Post mit einer Amtsstelle oder einem Gericht in Verbindung zu setzen, vorbehaltlich von Fragen der Beweisbarkeit bzw. der Authentizität. Bedeutung der Mitwirkungspflicht im Falle gescheiterter elektronischer Übermittlung. Fehlende materielle Rechtskraft eines negativen Verwaltungsakts und Voraussetzungen eines Wiedererwägungsgesuchs 2008 S. 142

- Art. 61 lit. f ATSG – Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. Durch die ungenügende Mitwirkung des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers sind seine Einkommensverhältnisse und damit seine Bedürftigkeit im Verwaltungsverfahren unbewiesen geblieben. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers aufgrund der nachgereichten Unterlagen ausgewiesen. Die Übernahme der Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege erfolgt aber erst ab Einreichung der Beschwerde gegen die Verfügung betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege 2008 S. 147
- Art. 29 BV, § 10 GG; Befangenheit des Gemeinderates durch den Beizug eines Rechtsvertreters, der verschiedene Mandate der Gemeinde innehat und gleichzeitig in einer Beschwerdesache in der gleichen Gemeinde die Bauherrschaft vertritt 2008 S. 274
- § 20 VRG; Verletzung der Begründungspflicht in einem Einspracheentscheid, Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat? 2008 S. 277

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 Justizkommission 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 privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Anspruch 2003 S. 198
- Reichweite der materiellen Rechtskraft; Die Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich in gewissen Fällen auf die Urteilserwägungen. 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 Oficialmaxime. 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 geforder-ten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Aner-kennungsklage 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 Ausstandsbegeh-ren 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 Zahlungsun-fähigkeit 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 Parteient-schädigung 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 insbe-sondere die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend 2005 S. 214
- Würdigung von Zeugenaussagen anhand von wissenschaftlich unterlegten Kriteri-en, 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 Verfö-

gungen 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 Gerichtskasse 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 Zahlungsverbotes (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. 242
- § 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

- § 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 2008 S. 232

- § 51^{bis} ZPO, §§ 1 ff. der Verordnung des Obergerichts über die Rückerstattung von Kosten in Zivil- und Strafverfahren. – Kommt die Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden ist, durch den Ausgang des Prozesses zu Vermögen, so hat sie dem Staat die erlassenen Kosten nachzuzahlen und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu ersetzen. In einem solchen Fall hat das Gericht die betreffende Partei aufzufordern, die fraglichen Kosten zu bezahlen oder mit geeigneten Belegen nachzuweisen, dass und inwiefern sie trotz des Prozessausgangs nicht zu Vermögen gekommen sei. 2008 S.238

- §§ 40, 49 und 51^{bis} ZPO, §§ 3 und 14 AnwT. – Obsiegt die unentgeltlich verbeiständete Partei in einem Zivilprozess und ist die unterlegene Partei nicht in der Lage, die zu ihren Lasten zugesprochene Prozessentschädigung zu bezahlen, ist eine Parteientschädigung nach § 14 Abs. 2 AnwT, d.h. nach dem Zeitaufwand festzusetzen und dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der obsiegenden Partei direkt aus der Staatskasse zuzusprechen. Die unentgeltlich verbeiständete Partei hat diesfalls nach dem klaren Wortlaut von § 51^{bis} ZPO die an ihren Rechtsvertreter ausgerichtete Parteientschädigung dem Staat zu vergüten, wenn sie zu Vermögen gelangt 2008 S. 234

- § 62 ZPO; Art. 754 ff. OR; Zulässigkeit einer Eventualwiderklage im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses 2008 S. 240

- § 70 ZPO; Art. 285 ff. SchKG. – In § 70 Abs. 3 ZPO werden beispielhaft Verfahren aufgeführt, bei denen ein Friedensrichtervorstand entfällt. Die Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG sind nicht aufgeführt. Dabei handelt es sich aber nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers 2008 S. 241
- Beweiswert ausländischer Arztzeugnisse. – Erfüllt ein ausländisches Arztzeugnis dieselben formellen und materiellen Voraussetzungen wie ein inländisches, kommt ihm grundsätzlich der gleiche Beweiswert zu. Anderes gilt, wo gegenteilige Indizien bestehen. So ist etwa die Beweiskraft von Arbeitsunfähigkeitszeugnissen aus wirtschaftlich instabilen Ländern oder aus dem Heimaturlaub aufgrund der leichten Erhältlichkeit und der erhöhten Missbrauchsgefahr solcher Zeugnisse begrenzt 2008 S. 243
- § 200 Abs. 1 ZPO; § 15 Abs. 3 GOG. – Bei der Kollokationsklage richtet sich der Streitwert nicht nach der Höhe der Forderung, sondern nach der mutmasslichen Dividende darauf 2008 S. 246
- § 208 ZPO; § 92 ZPO. – Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Vor- und Zwischenentscheide im summarischen Verfahren (E. 1.2). Unzulässigkeit der Verfahrensbeschränkung nach § 92 ZPO im summarischen Verfahren (E.1.3). Kostenaufgabe im Beschwerdeverfahren trotz fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung durch die Vorinstanz, da die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung in casu bei Konsultierung des massgeblichen Verfahrensrecht erkennbar gewesen wäre (E.2) 2008 S. 248
- § 208 ZPO. – Gegen den Weisungsschein und die darin enthaltene Kostenverfügung des Friedensrichteramts ist die zivilprozessuale Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig. Gegen eine offensichtlich fehlerhafte Kostenverfügung kann aber beim Friedensrichteramts von Verfassungs wegen ein Revisionsgesuch i.S.v. § 215 ZPO gestellt werden (Bestätigung der Rechtsprechung). Wird im ordentlichen Prozess rechtskräftig die Unzuständigkeit der Zuger Justiz festgestellt, stellt dies einen Revisionsgrund für eine Kostenverfügung dar, in welcher dem Beklagten, der zufolge Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit nicht vor dem Friedensrichter erschien, die Kosten auferlegt wurden 2008 S. 251
- § 208 ZPO. – Gegen die Anordnung eines Gutachtens und die Bestimmung des Experten durch den Referenten im ordentlichen Prozess ist einzig die Einsprache an das Kollegialgericht möglich (§ 94 Abs. 3 ZPO); eine Beschwerde an die Justizkommission ist in diesem Fall hingegen ausgeschlossen 2008 S. 256

- § 14 AnwT. – Der unentgeltliche Rechtsvertreter kann nicht im Namen seines Mandanten eine höhere Parteientschädigung verlangen, da dies zu Lasten des Mandanten ginge. Der Rechtsvertreter hat ein derartiges Begehren in eigenem Namen zu stellen 2008 S. 257
- Art. 50 LugÜ. – Voraussetzungen der Vollstreckung einer ausländischen öffentlichen Urkunde i.S.v. Art. 50 LugÜ im Verfahren zur Erteilung der definitiven Rechtsöffnung 2008 S. 270

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
- Art. 38 ff. SchlT ZGB; Verordnung über die Bereinigung der dinglichen Rechte und die Anlage des Grundbuches vom 29. Juni 1940 – Die Bereinigung der altrechtlichen dinglichen Rechte bei der Anlage des eidgenössischen Grundbuches fällt nicht in die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtes, sondern des Bereinigungsbeamten. Eine Vorwegnahme der Bereinigung der dinglichen Rechte durch ein zivilprozessuales Verfahren auf Veranlassung eines Grundstückseigentümers oder Dienstbarkeitsberechtigten ist daher unzulässig 2008 S. 200

Sammelauskunft

- (Datenschutz) Revision des DSG: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei Sammelaukünften 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 Betreibungsforderung geleistet, ändert das nichts daran, dass die Betreibung 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 Betreibungskosten wird keine Rechtsöffnung erteilt 2004 S. 173
- Betreibung 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 Zustellungs-urkunde 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 eine 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
- Betreibung auf Sicherheitsleistung; Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreibung 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 ein-

getreten 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-Vetreter 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 Konkurseröffnung 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 Gläubigerausschusses 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 Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnungsverfahren 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 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. 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 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. 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 Konkurseröffnung bei Gericht ein Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts anhängig ist. Art. 63 KOV ist nicht anwendbar. 2007 S. 228

- Art. 8a SchKG; Art. 265 Abs. 2 i.V.m. Art. 149a Abs. 3 SchKG. – Sachdienliche Angaben betreffend die Konkurseröffnung und -durchführung dürfen in das Betreibungsbuch eingetragen und durch Aufführung im Betreibungsregisterauszug nach aussen mitgeteilt werden. Kauft ein ehemaliger Konkursit die gegen ihn ausgestellten Konkursverlustscheine zurück, kann er beim Konkursamt gegen Vorlage der zurückgekauften und quittierten Verlustscheine die Löschung der fraglichen Registereinträge und die Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung verlangen. Gegen Vorlage einer solchen Bescheinigung hat das Betreibungsamt die im Betreibungsbuch eingetragenen Bemerkungen zum Konkurs durch einen entsprechenden – auch in der Betreibungsauskunft aufzuführenden – Hinweis zu ergänzen 2008 S. 219

Art. 17 Abs. 2, Art. 22 und Art. 65 SchKG. – Die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls ist nur dann absolut nichtig, wenn die Notifikation an den Schuldner sowie die Zustellungsbescheinigung fehlen oder wenn infolge sonst fehlerhafter Zustellung die Urkunde nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist (Erw. 1). Die Zustellung der Betreibungsurkunde an einen Angestellten, der nicht im Dienste der betriebenen, sondern einer anderen, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, ist gültig, wenn die betreffende Person in den gleichen Räumlichkeiten wie der Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne Weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht versäumen wird, die Betreibungsurkunde unverzüglich an den Vertreter weiterzuleiten, sodass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält (Erw. 2) 2008 S. 221

- Art. 208 und 211 SchKG. – Das rechtliche Schicksal laufender Verträge im Konkurs- und Nachlassverfahren wird sowohl durch Normen des Privatrechts als auch des SchKG bestimmt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Parteien im fraglichen Vertrag die Anwendung des Wiener Kaufrechts (CISG) vereinbart haben, weil ein bewusster Verzicht auf eine einheitsrechtliche Regelung vorliegt. Gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG ist insoweit das jeweilige, nach den Regelungen des IPR massgebliche, nationale Recht anzuwenden (E. 3.1 und 3.2) 2008 S. 224
- Art. 211 und 319 SchKG. – Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist die Umwandlung von Forderungen auf den Tag vorzunehmen, an welchem die Bestätigung des Nachlassvertrages endgültig geworden ist (E. 4.2) 2008 S. 224

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

Sozialbehörde

- Darf der Sozialdienst routinemässig Halterabklärungen betr. Sozialhilfebezügern beim Strassenverkehrsamt vornehmen? (Datenschutz) 2008 S. 297

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 verwarnet 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 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 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 Einspracheentscheids 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
- Art. 42 ATSG; 57 Abs. 1 und Art. 57a Abs. 1 IVG und Art. 73bis Abs. 1 IVV – Gewährung des rechtlichen Gehörs. Bei umstrittener Bemessung der Invalidität hat die IV-Stelle ein Vorbescheidverfahren durchzuführen 2008 S. 170

Sperre von Daten

- (Datenschutz) Zur Aufhebung einer Datensperre 2004 S. 289
- (Datenschutz) Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei «Sammelauskünften» 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
- Liegenschaft Handel – 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

- § 191 Abs. 1 lit. b StG – Steueraufschub. Was ist unter der Formulierung «..., soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird» zu verstehen 2008 S. 148

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
- Art. 44 Abs. 2 und Art. 94 StGB. – Der Strafrichter kann dem Verurteilten die Weisung erteilen, während der Probezeit nur Motorfahrzeuge der Kategorie F zu lenken, wenn erhebliche Bedenken bestehen, dass sich der Betroffene als Fahrzeugführer künftig wohl verhalten wird. Die Weisung soll den bedingten Aufschub der ausgesprochenen Freiheitsstrafe in spezialpräventiver Hinsicht unterstützen und hat – in Abgrenzung zum administrativen Führerausweisentzug als sichernde Massnahme – vor allem die Besserung des Täters zum Ziel 2008 S. 227

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 Eigentumsgarantie (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
- Art. 22 SVG – Örtliche Zuständigkeit für die Aussprechung von Administrativmassnahmen 2008 S. 135

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
- Art. 7 und 8 UVG i.V.m. Art. 4 ATSG – Als Unfall gilt die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. – Das Ausbalancieren eines Fussballtors zu zweit, zu dritt oder zu viert erfüllt den Unfallbegriff nicht 2008 S. 186
- Art. 9 Abs. 1 UVG – Als Berufskrankheiten gelten Krankheiten, die bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sind. – Darunter fallen auch Reaktionen auf für Spitalpersonal im Sinne des Arbeitnehmerschutzes obligatorische Impfungen 2008 S. 190

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 (Datenschutz) 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 VG 2007 S. 113

Vormundschaftliche Massnahme

- Welche vormundschaftlichen Massnahmen sind der Einwohnerkontrolle zu melden? (Datenschutz) 2008 S. 293

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 Konkurseröffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b). 2007 S. 201

Inhaltsverzeichnis 2008

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Bürgerrecht

§ 5 BüG – Das absichtliche Verschweigen von Straftaten erweckt erhebliche Bedenken an der Eignung eines Bewerbers und rechtfertigt eine Verweigerung des Bürgerrechts.

104

2. Personalrecht

§§ 11 und 12 des Personalgesetzes – Öffentliches Personalrecht. Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses ist nichtig, wenn sie während einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit und damit während einer Sperrfrist ausgesprochen wird.

108

3. Planungs- und Baurecht

§ 29 PBG; § 53 ff. BO – Anforderungen an eine Arealbebauung nach kantonalem Planungs- und Baugesetz und der gemeindlichen Bauordnung. Anforderungen im vorliegenden Fall erfüllt.

113

§ 16 Abs. 1 Satz 3 V PBG; § 24 Ziff. 1 BO – Ausnützungsziffer: Begriff der anrechenbaren Geschossfläche unterhalb des Erdgeschosses. Erschliessungsflächen im Dachgeschoss gehören nach der Bauordnung der Stadt Zug nicht zur anrechenbaren Geschossfläche.

125

§ 6 Abs. 1 GewG – Bauvorhaben im Gewässerabstand: Liegt eine Verletzung des Gewässerabstandes vor, so kann diese als Ausnahme nur bewilligt werden, wenn es sonst zu einer unbilligen Härte oder einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung kommen würde.

130

4. Verfahrensrecht

Art. 22 SVG – Örtliche Zuständigkeit für die Aussprechung von Administrativmassnahmen.

135

Art. 29 Abs. 2 BV, § 15 Abs. 1 VRG. – Rechtliches Gehör. Vor Erlass einer in seine Rechtsstellung eingreifenden Verfügung hat der Betroffene das Recht, in die Akten Einsicht zu nehmen und sich zum vorgesehenen Ausgang des Verfahrens zu äussern. Will die entscheidende Behörde auf die Ergebnisse eines Augenscheins abstellen, so hat sie die entsprechenden Feststellungen und Äusserungen der beteiligten Parteien zu protokollieren. Andernfalls verletzt sie ebenfalls das rechtliche Gehör. 136

VRG; StGB – Strafvollzug in Form der Halbgefangenschaft, Gesuch um Strafaufschub. Es ist zulässig, sich per elektronischer Post mit einer Amtsstelle oder einem Gericht in Verbindung zu setzen, vorbehaltlich von Fragen der Beweisbarkeit bzw. der Authentizität. Bedeutung der Mitwirkungspflicht im Falle gescheiterter elektronischer Übermittlung. Fehlende materielle Rechtskraft eines negativen Verwaltungsakts und Voraussetzungen eines Wiedererwägungsgesuchs. 142

Art. 61 lit. f ATSG – Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. Durch die ungenügende Mitwirkung des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers sind seine Einkommensverhältnisse und damit seine Bedürftigkeit imungsverfahren unbewiesen geblieben. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers aufgrund der nachgereichten Unterlagen ausgewiesen. Die Übernahme der Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege erfolgt aber erst ab Einreichung der Beschwerde gegen die Verfügung betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. 147

5. Steuerrecht

§ 191 Abs. 1 lit. b StG – Steueraufschub. Was ist unter der Formulierung «..., soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird» zu verstehen? 148

6. Sozialversicherung

Alters- und Hinterlassenenversicherung: Beitragsrechtlicher Status einer Dienstleistungserbringenden (Reinigungskraft) 153

Alters- und Hinterlassenenversicherung: Abgrenzung von beitragspflichtigem Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 17 AHVV vom beitragsfreien Ertrag aus privater Vermögensverwaltung	161
Art. 52 AHVG – Arbeitgeberhaftung. Den Verwaltungsratsmitgliedern einer konkursiten AG kann bezüglich des Beitragsstatus der Mitarbeiter, welche ursprünglich als Selbständigerwerbende betrachtet und deren Entgelte von der Ausgleichskasse aufgrund des nach der Konkureröffnung erstellten Revisionsberichts nacherfasst wurden, nicht Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden, wenn sie bis zur Arbeitgeberkontrolle eine Rechtsauffassung vertraten, die in guten Treuen vertreten werden kann.	167
Aus dem Art. 87 Abs. 4 IVV – Neu anmeldung nach früherer Leistungsverweigerung. Wird auf eine Neu anmeldung eingetreten, gelangt der Untersuchungsgrundsatz vollumfänglich zur Anwendung. Eine Abweisung des neuen Leistungsbegehrens kann dabei nicht allein mit der Begründung erfolgen, eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei nicht glaubhaft gemacht worden.	169
Art. 42 ATSG; 57 Abs. 1 und Art. 57a Abs. 1 IVG und Art. 73bis Abs. 1 IVV – Gewährung des rechtlichen Gehörs. Bei umstrittener Bemessung der Invalidität hat die IV-Stelle ein Vorbescheidverfahren durchzuführen.	170
Art. 28 aIVG i.V.m. Art. 16 ATSG – Für die Ermittlung des Invaliditätsgrades ist das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). – Der rechtssprechungsgemäss entstandene Grundsatz, dass die verbliebene Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausgeschöpft werden soll, kann es einem Arbeitnehmer verbieten, zu Lasten der Invalidenversicherung in einem wesentlich tieferen Pensum als aus medizinischer Sicht für angepasste Tätigkeit möglich beim bisherigen Arbeitgeber zu verbleiben, wenn er	

im zumutbaren Pensum in einer anderen, angepassten Tätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt mehr verdienen würde	173
Aus dem Art. 28 Abs. 2 IVG (in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung) i.V.m. Art. 16 ATSG; Art. 26 IVV – Ermittlung des Valideinkommens bei Vorliegen eines Geburtsgebrechens. Mit dem tatsächlichen Erreichen eines Berufsabschlusses (Handelsschule) hat ein Versicherter zureichende berufliche Kenntnisse erworben. Er gilt daher nicht als so genannter Geburtsinvalid im Sinne von Art. 26 Abs. 1 IVV, auch wenn die Beeinträchtigungen in seiner Erwerbsfähigkeit Folge eines Geburtsgebrechens sind.	177
Art. 14 BV und Art. 21. Abs. 2 IVG – Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet. Hat ein Versicherter infolge seiner Invalidität für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge Bedarf auf kostspielige Geräte, besteht im Rahmen der vom Bundesrat aufzustellenden Liste ohne Rücksicht auf die Erwerbsfähigkeit Anspruch auf ein Hilfsmittel – Der für die Gewährung von Hilfsmitteln bestehende IV-rechtliche Grundsatz, dass die Hilfsmittel einfach und zweckmässig sein müssen resp. dass den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, Bestimmtheit und Geeignetheit Rechnung zu tragen ist, darf nicht zu einer Einschränkung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Familie führen.	181
Art. 7 und 8 UVG i.V.m. Art. 4 ATSG – Als Unfall gilt die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. – Das Ausbalancieren eines Fussballtors zu zweit, zu dritt oder zu viert erfüllt den Unfallbegriff nicht.	186
Art. 9 Abs. 1 UVG – Als Berufskrankheiten gelten Krankheiten, die bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sind. – Darunter fallen auch Reaktionen auf für Spitalpersonal im Sinne des Arbeitnehmerschutzes obligatorische Impfungen.	190

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

Art. 195 ZGB, Art. 400 OR. Nach rechtskräftig geschiedener Ehe ist ein Begehren um Auskunft über eheliches Vermögen grundsätzlich nicht mehr möglich.

195

Art. 277 Abs. 2 und 285 Abs. 1 ZGB. – Mündige Kinder sind bezüglich ihres Unterhaltsanspruches im Verhältnis untereinander gleich zu behandeln. Tritt eine neue Unterhaltspflicht zu einer bestehenden und kommt beiden Unterhaltspflichten der gleiche Rang zu, müssen bei der aktuellen Beitragsfestsetzung beide Verbindlichkeiten in gleichem Masse berücksichtigt werden.

198

2. Sachenrecht

Art. 38 ff. SchlT ZGB; Verordnung über die Bereinigung der dinglichen Rechte und die Anlage des Grundbuches vom 29. Juni 1940 – Die Bereinigung der altrechtlichen dinglichen Rechte bei der Anlage des eidgenössischen Grundbuches fällt nicht in die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtes, sondern des Bereinigungsbeamten. Eine Vorwegnahme der Bereinigung der dinglichen Rechte durch ein zivilprozessuales Verfahren auf Veranlassung eines Grundstückseigentümers oder Dienstbarkeitsberechtigten ist daher unzulässig.

200

3. Obligationenrecht

Art. 18 Abs. 1 OR – Frage der Nichtigkeit eines Ehevertrages unter anderem aufgrund geltend gemachter Simulation sowie Lücke des Vertrages.

203

§ 67 Abs. 4 PBG; Art. 41 OR. – Die Einleitung eines zivilprozessualen Verfahrens ist widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR, wenn dieses zweckentfremdet wird oder von vornherein offensichtlich aussichtslos ist. Missbräuchlich handelt daher, wer trotz offensichtlicher Aussichtslosigkeit suspensiv wirkende Rechtsmittel gegen eine Baubewilligung einlegt, um die Ausführung eines Bauvorhabens zu verzögern. Als aussichtslos darf ein Rechtsmittel in diesem Zusammenhang allerdings erst bezeichnet werden, wenn sich seine Einreichung mit keinerlei sachlich vertretbaren Gründen rechtfertigen lässt.

209

Art. 400 OR. Rechenschaftsablegungspflicht. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, seinen Klienten periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren.	211
Art. 404 OR. Rechtliche Qualifikation des Internatsvertrages. Die Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf den Internatsvertrag ist in der Lehre umstritten.	212
Art. 827 OR (Haftung als Gründer einer GmbH); Art. 643 Ziff. 2 und Art. 820 i.V.m. 725 Abs. 2 OR. – Auch im Falle der Gründungshaftung besteht der Schaden bei einer Gründung mit Sacheinlage in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Sache und ihrer Anrechnung auf das Grundkapital. Gemäss Art. 634 Ziff. 2 OR gelten Sacheinlagen nur dann als Deckung, wenn die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, ist mit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister der Schaden bei ihr eingetreten, da sie zu diesem Zeitpunkt keinen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch erhalten hat und damit bereits überschuldet im Sinne von Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR war.	215

III. Schuldbetreibung und Konkursrecht

Art. 8a SchKG; Art. 265 Abs. 2 i.V.m. Art. 149a Abs. 3 SchKG. – Sachdienliche Angaben betreffend die Konkurseröffnung und -durchführung dürfen in das Betreuungsbuch eingetragen und durch Aufführung im Betreibungsregistrauszug nach aussen mitgeteilt werden. Kauft ein ehemaliger Konkursit die gegen ihn ausgestellten Konkursverlustscheine zurück, kann er beim Konkursamt gegen Vorlage der zurückgekauften und quittierten Verlustscheine die Löschung der fraglichen Registereinträge und die Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung verlangen. Gegen Vorlage einer solchen Bescheinigung hat das Betreibungsamt die im Betreuungsbuch eingetragenen Bemerkungen zum Konkurs durch einen entsprechenden – auch in der Betreibungsankunft aufzuführenden – Hinweis zu ergänzen.	219
--	-----

Art. 17 Abs. 2, Art. 22 und Art. 65 SchKG. – Die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls ist nur dann absolut nichtig, wenn die Notifikation an den Schuldner sowie die Zustellungsbescheinigung fehlen oder wenn infolge sonst fehlerhafter Zustellung die Urkunde nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist (Erw. 1). Die Zustellung der Betreibungsurkunde an einen Angestellten, der nicht im Dienste der betriebenen, sondern einer anderen, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, ist gültig, wenn die betreffende Person in den gleichen Räumlichkeiten wie der Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne Weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht versäumen wird, die Betreibungsurkunde unverzüglich an den Vertreter weiterzuleiten, sodass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält (Erw. 2).

221

Art. 208 und 211 SchKG. – Das rechtliche Schicksal laufender Verträge im Konkurs- und Nachlassverfahren wird sowohl durch Normen des Privatrechts als auch des SchKG bestimmt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Parteien im fraglichen Vertrag die Anwendung des Wiener Kaufrechts (CISG) vereinbart haben, weil ein bewusster Verzicht auf eine einheitsrechtliche Regelung vorliegt. Gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG ist insoweit das jeweilige, nach den Regelungen des IPR massgebliche, nationale Recht anzuwenden (E. 3.1 und 3.2).

224

Art. 211 und 319 SchKG. – Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist die Umwandlung von Forderungen auf den Tag vorzunehmen, an welchem die Bestätigung des Nachlassvertrages endgültig geworden ist (E. 4.2).

224

IV. Strafrecht

Art. 44 Abs. 2 und Art. 94 StGB. – Der Strafrichter kann dem Verurteilten die Weisung erteilen, während der Probezeit nur Motorfahrzeuge der Kategorie F zu lenken, wenn erhebliche Bedenken bestehen, dass sich der Betroffene als Fahrzeugführer künftig wohl verhalten wird. Die Weisung soll den bedingten Aufschub der ausgesprochenen Freiheitsstrafe in spezialpräventiver Hinsicht unterstützen.

zen und hat – in Abgrenzung zum administrativen Führerausweisentzug als sichernde Massnahme – vor allem die Besserung des Täters zum Ziel.

227

V. Rechtspflege

1. Internationales Privatrecht

Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG. Anerkennung einer ausländischen Urkunde (Erbschein). Werden die einzelnen Erbschaftsanteile aufgrund des Geschlechts unterschiedlich festgelegt und sind die Erben mit der Anwendung der sie diskriminierenden islamischen Vorschriften einverstanden, müssen die zur Aufteilung des Nachlasses angerufenen Schweizer Behörden den diskriminierenden Charakter der islamischen Vorschriften nicht von Amtes wegen berücksichtigen.

229

2. Zivilrechtspflege

§ 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.

232

§§ 40, 49 und 51^{bis} ZPO, §§ 3 und 14 AnwT. – Obsiegt die unentgeltlich verbeiständete Partei in einem Zivilprozess und ist die unterlegene Partei nicht in der Lage, die zu ihren Lasten zugesprochene Prozessentschädigung zu bezahlen, ist eine Parteientschädigung nach § 14 Abs. 2 AnwT, d.h. nach dem Zeitaufwand festzusetzen und dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der obsiegenden Partei direkt aus der Staatskasse zuzusprechen. Die unentgeltlich verbeiständete Partei hat diesfalls nach dem klaren Wortlaut von § 51^{bis} ZPO die an ihren Rechtsvertreter ausgerichtete Parteientschädigung dem Staat zu vergüten, wenn sie zu Vermögen gelangt.

234

§ 51^{bis} ZPO, §§ 1 ff. der Verordnung des Obergerichts über die Rückerstattung von Kosten in Zivil- und Strafverfahren. – Kommt die Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden ist, durch den Ausgang des Prozesses zu Vermögen, so hat sie dem Staat die erlassenen Kosten nach-

zuzahlen und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu ersetzen. In einem solchen Fall hat das Gericht die betreffende Partei aufzufordern, die fraglichen Kosten zu bezahlen oder mit geeigneten Belegen nachzuweisen, dass und inwiefern sie trotz des Prozessausgangs nicht zu Vermögen gekommen sei.	238
§ 62 ZPO; Art. 754 ff. OR; Zulässigkeit einer Eventualwiderklage im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses	240
§ 70 ZPO; Art. 285 ff. SchKG. – In § 70 Abs. 3 ZPO werden beispielhaft Verfahren aufgeführt, bei denen ein Friedensrichtervorstand entfällt. Die Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG sind nicht aufgeführt. Dabei handelt es sich aber nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers.	241
Beweiswert ausländischer Arztzeugnisse. – Erfüllt ein ausländisches Arztzeugnis dieselben formellen und materiellen Voraussetzungen wie ein inländisches, kommt ihm grundsätzlich der gleiche Beweiswert zu. Anderes gilt, wo gegenteilige Indizien bestehen. So ist etwa die Beweiskraft von Arbeitsunfähigkeitszeugnissen aus wirtschaftlich instabilen Ländern oder aus dem Heimaturlaub aufgrund der leichten Erhältlichkeit und der erhöhten Missbrauchsgefahr solcher Zeugnisse begrenzt.	243
§ 200 Abs. 1 ZPO; § 15 Abs. 3 GOG. – Bei der Kollokationsklage richtet sich der Streitwert nicht nach der Höhe der Forderung, sondern nach der mutmasslichen Dividende darauf.	246
§ 208 ZPO; § 92 ZPO. – Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Vor- und Zwischenentscheide im summarischen Verfahren (E. 1.2). Unzulässigkeit der Verfahrensbeschränkung nach § 92 ZPO im summarischen Verfahren (E.1.3). Kostenaufgabe im Beschwerdeverfahren trotz fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung durch die Vorinstanz, da die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung in casu bei Konsultierung des massgeblichen Verfahrensrechts erkennbar gewesen wäre (E.2).	248
§ 208 ZPO. – Gegen den Weisungsschein und die darin enthaltene Kostenverfügung des Friedensrichteramts ist die zivilprozessuale Beschwerde	

de an die Justizkommission nicht zulässig. Gegen eine offensichtlich fehlerhafte Kostenverfügung kann aber beim Friedensrichteramt von Verfassungs wegen ein Revisionsgesuch i.S.v. § 215 ZPO gestellt werden (Bestätigung der Rechtsprechung). Wird im ordentlichen Prozess rechtskräftig die Unzuständigkeit der Zuger Justiz festgestellt, stellt dies einen Revisionsgrund für eine Kostenverfügung dar, in welcher dem Beklagten, der zufolge Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit nicht vor dem Friedensrichter erschien, die Kosten auferlegt wurden. 251

§ 208 ZPO. – Gegen die Anordnung eines Gutachtens und die Bestimmung des Experten durch den Referenten im ordentlichen Prozess ist einzig die Einsprache an das Kollegialgericht möglich (§ 94 Abs. 3 ZPO); eine Beschwerde an die Justizkommission ist in diesem Fall hingegen ausgeschlossen. 256

§ 14 AnwT. – Der unentgeltliche Rechtsvertreter kann nicht im Namen seines Mandanten eine höhere Parteientschädigung verlangen, da dies zu Lasten des Mandanten ginge. Der Rechtsvertreter hat ein derartiges Begehren in eigenem Namen zu stellen. 257

3. Strafrechtspflege

§ 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Rechtsnatur der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde (Erw. 2).
 § 6 Abs. 3 und 4 StPO. – Die Bestimmung verleiht dem Anzeigerstatte keinen absoluten Rechtsanspruch auf Aufnahme einer mündlichen Strafanzeige, zumal weder Staatsanwaltschaft noch Polizei verpflichtet sind, trölerische, mutwillige und querulatorische Anzeigen überhaupt entgegenzunehmen. Die Formulierung des Protokolls einer mündlichen Strafanzeige ist Sache des Protokollanten. Der Anzeigerstatte hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass seine eigenen Formulierungen aufgenommen werden (Erw. 5). 258

§ 36^{ter} StPO. – Einsprache gegen den Strafbefehl. Zuständigkeit für den Entscheid über die formelle Gültigkeit der Einsprache. Die Staatsanwaltschaft überprüft lediglich vorfrageweise die formelle Gültigkeit der Einsprache; die Gültigkeit von Strafbefehl und Einsprache ist vom Einzelrichter am Strafgericht zu beurteilen. 261

§ 12 StPO und § 80 StPO; § 15 GOG; Art. 7 DNA-Profil-Gesetz; § 3 ZG-DNA-Verordnung. – Die Justizkommission des Obergerichts tritt auf eine Beschwerde gegen eine von der Polizei durchgeführte Abnahme einer DNA-Probe, der sich der Beschwerdeführer erst im Nachhinein widersetzt, nicht ein. 264

§ 80 Ziffer 1 und 11 und § 2 Abs. 2 StPO. – Beim Beschluss des Strafgerichts, Akten des pendenten Strafverfahrens an die Staatsanwaltschaft herauszugeben, handelt es sich nicht um eine unter § 2 Abs. 2 StPO fallende Anordnung bzw. stellt ein solcher Beschluss keine Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziffer 1 StPO dar. Er kann deshalb nicht mit Beschwerde nach § 80 Ziffer 11 StPO angefochten werden. 266

§ 78 GOG. – Die Frist für die Beschwerde gegen die Auferlegung von Kosten und die Zusprechung von Entschädigungen im Sinne von § 80 Ziffer 4 StPO beginnt bei mündlich eröffneten (und begründeten) oder lediglich im Dispositiv zugestellten Strafurteilen mit Zustellung des motivierten Strafurteils zu laufen. 269

4. Internationales Zivilprozessrecht

Art. 50 LugÜ. – Voraussetzungen der Vollstreckung einer ausländischen öffentlichen Urkunde i.S.v. Art. 50 LugÜ im Verfahren zur Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. 270

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Verfahrensrecht

Art. 29 BV, § 10 GG; Befangenheit des Gemeinderates durch den Beizug eines Rechtsvertreters, der verschiedene Mandate der Gemeinde innehat und gleichzeitig in einer Beschwerdesache in der gleichen Gemeinde die Bauherrschaft vertritt.	274
§ 20 VRG; Verletzung der Begründungspflicht in einem Einspracheentscheid, Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat?	277

II. Planungs- und Baurecht

Art. 45 und Art. 18 BO Unterägeri; Fassadenlänge beim Zusammenbau von einem Hauptgebäude mit einer Kleinbaute	282
§ 5 VPBG § 45 Abs. 2 BO Baar – Wie viel darf eine Unterniveaubaute aus dem gewachsenen Terrain herausragen?	286

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

Vorbemerkungen	290
Privates Bauprojekt: Bekanntgabe der Baukosten bei der öffentlichen Auflage	291
Bekanntgabe der vormundschaftlichen Massnahmen an die Einwohnerkontrolle?	293
Darf der Sozialdienst routinemässig Halterabklärungen beim Strassenverkehrsamt vornehmen?	297
Wie kann eine Datensperre aufgehoben werden?	298

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 bürgerliche 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 Beschwerdekommission 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
BBV 1	V über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen vom 29. Juni 1983 (SR 831.435.1)
BBV 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 (Bundesrechtspflegengesetz) 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 (Pflegekindverordnung) 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 Rechenschafts- bericht 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. Bürgerrecht

§ 5 BüG – Das absichtliche Verschweigen von Straftaten erweckt erhebliche Bedenken an der Eignung eines Bewerbers und rechtfertigt eine Verweigerung des Bürgerrechts.

Aus dem Sachverhalt.

M. R., Jahrgang 1986, Staatsangehöriger von X., ersuchte im Jahr 2006 um ordentliche Einbürgerung. Nach Vornahme einiger Abklärungen und einer Anhörung durch den Bügerrat K. vom 14. Mai 2007 entschied dieser mit Verfügung vom 11. Juni 2007, dass er aufgrund wiederholter strafbarer Verfehlungen von M. R. die Erteilung des Gemeindebürgerrechts für ihn nicht befürworten könne. Die dagegen erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat des Kantons Zug mit Beschluss vom 11. März 2008 ab. Gegen diesen Beschluss liess M. R. am 14. April 2008 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen. Er stellte die Rechtsbegehren, es sei unter Aufhebung des Regierungsratsentscheides vom 11. März 2008 die Verfügung des Bügerrates Oberägeri vom 11. Juni 2007 aufzuheben und es sei das Einbürgerungsgesuch des Beschwerdeführers zu bewilligen, eventualiter seien die Entscheide der Beschwerdegegner aufzuheben und die Angelegenheit an den Bügerrat K. zurückzuweisen mit der Massgabe, das Einbürgerungsgesuch des Beschwerdeführers erneut zu prüfen, wobei festzuhalten sei, dass die Parkbusse und die SVG-Übertretung nicht als Ablehnungsgrund ausreichend seien.

Aus den Erwägungen:

2. Strittig ist im vorliegenden Fall, ob die für eine Einbürgerung vorausgesetzte Eignung des Beschwerdeführers gegeben ist oder nicht. Der Beschwerdeführer wirft den Beschwerdegegnern vor, diese Frage willkürlich und in Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips geprüft und beurteilt zu haben.

a) Das Bürgerrecht kann durch Einbürgerung erworben werden. Die gesetzlichen Voraussetzungen und Bestimmungen über das Verfahren sind im Gesetz betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und des Kantonsbürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz) vom 3. September 1992 (BGS 121.3) geregelt. Gemäss § 5 BüG darf das Gemeinde- und das Kantonsbürgerrecht nur Bewerbern erteilt werden, die auf Grund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind. Insbesondere ist zu prüfen,

ob der Bewerber mit den schweizerischen, kantonalen und örtlichen Lebensgewohnheiten vertraut ist, die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten kennt und beachten will, genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern besitzt sowie geordnete persönliche, familiäre und finanzielle Verhältnisse nachweisen kann. Der Bürgerrat prüft die Eignung des Bewerbers (§ 5) und die Erfüllung der Wohnsitzerfordernisse (§§ 9 bis 13). Erachtet er eine oder mehrere Voraussetzungen als nicht erfüllt, eröffnet er dies dem Bewerber in einer beschwerdefähigen Verfügung. Sind die Voraussetzungen erfüllt, entscheidet im Übrigen – abgesehen von einigen Ausnahmen – die Bürgergemeindeversammlung über die Einbürgerung (§ 16 BÜG).

b) Das kantonale Bürgerrechtsgesetz gewährt keinen Anspruch auf Einbürgerung. Insofern verfügt die Gemeinde, die das Gemeindebürgerrecht zusichert, über einen weiten Ermessensspielraum. Das bedeutet aber nicht, dass sie in ihrem Entscheid völlig frei ist. Sie hat ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Der Bewerber hat die verfassungsmässigen und gesetzlichen Garantien, dass die Behörde bei ihrem Entscheid die allgemeinen Rechts- und Verfahrensgrundsätze befolgt. So hat sie insbesondere das Willkürverbot und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten und sie muss sich von sachlichen Motiven leiten lassen. Der Betroffene hat Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs und – bei Ablehnung seines Gesuches – auf deren Begründung.

3. Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer, geboren am..., im Jahr 1993 in die Schweiz kam. Er besuchte in K. die Primarschule, danach die Real- und Werkschule. Er begann eine Lehre als Betriebspraktiker bei der Gemeinde L. welche er aber wegen eines Unfalls abbrechen musste. Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung arbeitete er bei einer Firma in M. als Stapelfahrer, wo er nach Angaben seines Arbeitgebers sehr geschätzt wird. Zum Beweggrund für seinen Einbürgerungswunsch äusserte er sich dahingehend, dass er in der Schweiz aufgewachsen sei und diese Kultur angenommen habe; er kenne nichts anderes... Der im Zusammenhang mit dem Einbürgerungsgesuch eingeholte Bericht der Zuger Polizei vom 23. Januar 2007 stellt dem Beschwerdeführer unter der Rubrik «Besondere Bemerkungen» insgesamt ein gutes Zeugnis aus. Bei der persönlichen Anhörung des Beschwerdeführers vom 14. Mai 2007 durch den Beschwerdegegner 1 kamen gemäss Protokoll nebst den Orientierungen über dessen familiäre, berufliche und finanzielle Verhältnisse insbesondere auch die von der Zuger Polizei im Bericht zur ordentlichen Einbürgerung vom 23. Januar 2007 dokumentierten Straftaten zur Sprache, welche der Beschwerdeführer als Jugendlicher begangen hatte (2001 und 2003 je eine Entwendung von einem Mofa/Motorroller sowie verschiedene polizei-

liche Ermittlungen). Diese seien nach Ansicht des Beschwerdeführers als Jugendsünden einzuschätzen. Seit 2005 würden keine Straftaten mehr vorliegen. Einzig eine Parkbusse sei ihm auferlegt worden. Da diese Tatbestände gewisse Bedenken auslösten, tätigte der Beschwerdegegner 1 im Anschluss noch einige weitere Abklärungen. Diese ergaben, dass am 4. Februar 2007 eine Anzeige gegen den Beschwerdeführer erhoben wurde, weil er an diesem Tag trotz signalisierten Überholverbots einen vor ihm fahrenden Personenwagen überholt hatte. Er wurde deswegen mit Strafbefehl des Einzelrichters vom 28. Februar 2007 mit Fr. 150.– gebüsst (vgl. Bericht der Zuger Polizei vom 29. April 2008 zur ordentlichen Einbürgerung zuhanden der Direktion des Innern). Der Beschwerdegegner begründete seinen das Einbürgerungsgesuch ablehnenden Beschluss vom 11. Juni 2007 insbesondere damit, dass der Beschwerdeführer bei der Anhörung die Strafanzeige vom 4. Februar 2007 verschwiegen und so den Bürgerrat nicht wahrheitsgetreu über diese Tatsache orientiert habe. Er stellte fest, dass der Beschwerdeführer aufgrund wiederholter strafbarer Verfehlungen die mit dem Bürgerrecht verbundenen Pflichten nicht genügend beachte. Dieselbe Begründung vertrat auch der Beschwerdegegner 2. Er hielt fest, dass es zu den Pflichten gehöre, die schweizerischen Gesetze zu kennen und zu befolgen, was bei einer strafrechtlichen Verfehlung nicht mehr zutreffe. Die Eignung eines Gesuchstellers zur Einbürgerung müsse ihm dann abgesprochen werden, wenn eine Verzeigung erfolge. Dann müsse nämlich davon ausgegangen werden, dass er nicht beabsichtige, die Gesetze zu befolgen. Dies gelte erst recht, wenn die Verzeigung verschwiegen werde.

4. Es fragt sich nun, ob die Verzeigung wegen eines Strassenverkehrsvergehens die Eignung des Beschwerdeführers zur Einbürgerung so ernsthaft in Frage stellt, dass diese im vorliegenden Fall zu Recht verweigert wurde. Unter den Eignungsbegriff gemäss § 5 Abs. 1 BÜG fällt auch das Erfordernis, dass ein Bewerber nicht straffällig geworden ist. Dabei kann auf Art. 14 lit. c des Bundesgesetzes über den Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (SR 141.0) verwiesen werden, welcher unter Eignung ausdrücklich die Beachtung der schweizerischen Rechtsordnung durch den Bewerber versteht. Zu den mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechten und Pflichten gehört es, die schweizerischen Gesetze zu kennen und sie entsprechend zu beachten. Straffälligkeit oder auch hängige Strafverfahren stehen einer Einbürgerung grundsätzlich in aller Regel entgegen. Massgebend ist aber weniger das Delikt, als die dafür ausgesprochene Strafe (vgl. GVP 2004 S. 236 E 3.a). Tatsächlich erscheint die in Anbetracht der für die Verletzung des Überholverbots durch den Beschwerdeführer ausgefallten Busse von Fr. 150.– als nicht so gravierend, dass allein aufgrund eines solchen Vorfalls die Eignung in jedem Fall abgesprochen werden müsste. Allerdings ist ein derarti-

ges Verhalten im Strassenverkehr nicht so harmlos und alltäglich, dass «es jedem passieren könnte», wie es der Beschwerdeführer darzustellen versucht. Überholverbote sind an gefährlichen Strassenabschnitten angebracht. Mit deren Verletzung entsteht eine erhebliche Gefährdung der anderen Verkehrsteilnehmer, die auf die Einhaltung der Regeln vertrauen dürfen. In diesem Zusammenhang ist auch zu würdigen, dass der Beschwerdeführer diese Strecke bestens kennt, da diese sicher im Zeitraum des Einbürgerungsgesuchs sein wohl täglicher Arbeitsweg zwischen K. und M. war, dass er also in voller Kenntnis der Verhältnisse die Verkehrsregeln verletzte. Zudem steht diese Handlung in einer Reihe verschiedenster Strassenverkehrsdelikte. Auch wenn die früheren Vorfälle durchaus als Jugendsünden qualifiziert werden können und für sich allein genommen der gewünschten Einbürgerung nicht mehr entgegenstünden, lässt dieser erneute Vorfall auf eine nicht unbedeutende Sorglosigkeit im Umgang mit gesetzlichen Regeln schliessen. Sehr bedenklich und entscheidend ist nach Ansicht des Gerichts vor allem aber die Tatsache, dass der Beschwerdeführer diese Verzeigung gegenüber dem Beschwerdegegner 1 verschwieg. Es erscheint nicht glaubhaft und nachvollziehbar, dass er – explizit nach solchen Vorkommnissen befragt – den diesbezüglichen Strafbefehl nach nur knapp drei Monaten vergessen konnte, sich aber an eine weiter zurück liegende Parkbusse erinnerte. Vielmehr liegt der Schluss nahe, dass er die Behörden absichtlich im Unwissen darüber lassen wollte, um seine Einbürgerung nicht zu gefährden. Sollte er diesen Vorfall aber tatsächlich vergessen habe, würde das auch keine andere Beurteilung ergeben, müsste man sich doch die Frage stellen, ob ihn die Verkehrsregelverletzung überhaupt bekümmerte und der Strafbefehl seine Wirkung zeigte. Die Würdigung der gesamten Umstände ergibt, dass die Beschwerdegegner bei der Beurteilung der gesetzlich vorausgesetzten Eignung das ihnen zustehende Ermessen nicht in rechtswidriger Weise ausgeübt haben, so dass es durch das Verwaltungsgericht im Rahmen der Rechtskontrolle nicht zu korrigieren ist. Auch die Verhältnismässigkeit der Ablehnung des Einbürgerungsgesuches erscheint als gegeben, zumal es dem Beschwerdeführer offen steht, zu einem späteren Zeitpunkt ein neues Einbürgerungsgesuch zu stellen. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Juli 2008

V 2008/50

2. Personalrecht

§§ 11 und 12 des Personalgesetzes – Öffentliches Personalrecht. Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses ist nichtig, wenn sie während einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit und damit während einer Sperrfrist ausgesprochen wird.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Zuge einer Reorganisation kündigte die Direktion X. das Arbeitsverhältnis mit B. mit Verfügung vom 29. Oktober 2007 per 30. April 2008 und stellte ihn – bei Gehaltsfortzahlung bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses – mit sofortiger Wirkung frei: Wegen unverschuldeter Entlassung sprach sie B. gestützt auf §§ 24 und 25 des Personalgesetzes eine Abgangsentschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen zu. Gegen diese Verfügung beschwerte sich der betroffene Arbeitnehmer fristgerecht beim Verwaltungsgericht und machte geltend, die Kündigung sei als nichtig zu erklären, da er ab dem 21. September 2007 arbeitsunfähig gewesen und die Kündigung daher während einer Sperrfrist erfolgt sei.

Aus den Erwägungen:

2. Ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis endigt gemäss § 8 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG, BGS 154.21) durch schriftliche Kündigung seitens der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters oder seitens des Kantons. Der Kanton kann das Arbeitsverhältnis gemäss § 10 Abs. 1 PG unter Einhaltung der für den Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine kündigen. Vor der Kündigung ist dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren und die Kündigung ist zu begründen (§ 10 Abs. 3 PG). Bevor eine Kündigung ausgesprochen wird, ist die Angemessenheit weniger weitreichender Massnahmen zu erwägen wie Ermahnung, Verwarnung, Rüge, Verweis, Gehaltskürzungen, Aufschub oder Verweigerung der Treue- und Erfahrungszulage, Zuweisung anderer Arbeit, Versetzung an eine andere Stelle (Funktionsänderung) oder Androhung der Entlassung (§ 10 Abs. 4 PG). Eine Kündigung ist, wenn sie während bestimmter Sperrfristen ausgesprochen wird, nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung (§§ 11 und 12 PG). Die Kündigung ist gemäss § 13 PG missbräuchlich, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt, insbesondere wenn sie ausgesprochen wird wegen einer persönlichen Eigenschaft oder wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, es sei denn, die Eigenschaft oder die Rechtsausübung beeinträchtigt wesentlich die Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis oder die Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeiterinnen und Mit-

arbeitern (lit. a), oder wenn sie erfolgt, um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis und deren Geltendmachung nach Treu und Glauben zu erschweren oder zu verunmöglichen (lit. b). Eine missbräuchliche Kündigung begründet Anspruch auf Entschädigung, die sich nach der Anzahl der zurückgelegten Dienstjahre bemisst (§ 14 Abs. 1 und 2); ein Anspruch auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses kann aus einer missbräuchlichen Kündigung nicht abgeleitet werden und Beschwerden gegen eine solche Kündigung haben keine aufschiebende Wirkung (§ 14 Abs. 3 PG). Wird bei Beschwerden gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rechtsverletzung festgestellt, so sind mit dem Feststellungsentscheid gleichzeitig die gemäss diesem Gesetz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldeten finanziellen Leistungen zuzusprechen; unter Vorbehalt der Nichtigkeit ist die Aufhebung der das Arbeitsverhältnis beendigenden Verfügung ausgeschlossen (§ 70 Abs. 3 PG).

Der Beschwerdeführer stellt sich vorab auf den Standpunkt, die Kündigung sei nichtig, weil sie während einer Krankheit und damit während einer Sperrfrist ausgesprochen worden sei. Die Beschwerdegegnerin räumt demgegenüber zwar ein, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung krank gewesen sei, ist aber der Ansicht, dass die in § 11 PG statuierte Sperrfrist nicht zum Tragen komme, da die Krankheit des Beschwerdeführers nur zu einer Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit dem bisherigen Arbeitsplatz geführt habe; bei Antritt einer neuen Stelle hätte keine Arbeitsunfähigkeit mehr vorgelegen. Im vorliegenden Verfahren ist damit zunächst zu prüfen, ob die von der Beschwerdegegnerin ausgesprochene Kündigung wegen Verletzung einer Sperrfrist nichtig ist.

3. Die Kündigung seitens des Kantons ist unter Vorbehalt einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung aus wichtigen Gründen nichtig, wenn sie während der folgenden – vorliegend interessierenden – Sperrfristen ausgesprochen wird: während 30 Tagen im 1. Dienstjahr, während 90 Tagen im 2. bis 5. Dienstjahr und während 180 Tagen ab dem 6. Dienstjahr im Falle unverschuldeter ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall (§ 11 Bst. c PG). Die Kündigung, die während einer Sperrfrist erklärt wird, entfaltet keine Rechtswirkung (§ 12 Abs. 1 PG).

Bei der Formulierung dieses Tatbestandes orientierte sich der Gesetzgeber erklärtermassen am Zivilrecht, da der Beamtenstatus abgeschafft und das Arbeitsrecht des kantonalen Personals dem Obligationenrecht angeglichen werden sollte. Die Regelung des Kündigungsschutzes bei Krankheit und Unfall ist denn auch praktisch identisch mit Art. 336 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR. Der Kündigungsschutz ist demnach absolut und bedeutet, dass eine während einer Sperrfrist ausgesprochene

Kündigung wirkungslos ist; der Mitarbeiter verbleibt am Arbeitsplatz. Eine während einer Sperrfrist verfügte Kündigung wird nach Ablauf dieser Frist auch nicht ohne weiteres wirksam; vielmehr müsste nach Ablauf der Frist eine neue ordentliche Kündigung unter Einhaltung der Fristen und Termine erfolgen. Selbst bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zur Kündigung wird somit auf Personen mit erhöhtem Schutzbedürfnis besonders Rücksicht genommen (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Februar 1994 zum Personalgesetz; Vorlage Nr. 130.4– 8257, S. 25 und 52 f.). Die Sperrfrist bei Krankheit und Unfall wird damit begründet, dass die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bei vernünftiger Betrachtungsweise seine Neuanstellung wegen der Ungewissheit über Dauer und Mass der Arbeitsunfähigkeit als unwahrscheinlich erscheinen lasse (Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich-Basel-Genf 2006, N 8 zu Art. 336c OR mit zahlreichen Hinweisen). Artikel 336c Abs. 1 lit. b OR wurde nicht eingeführt, weil der Gesundheitszustand den Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung daran hindert, eine andere Anstellung zu suchen, sondern weil eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit in Bezug auf die Dauer und den Grad der Arbeitsunfähigkeit sehr unwahrscheinlich ist. Es geht im Übrigen nicht um die Frage, ob der Arbeitnehmer völlig arbeitsunfähig ist, weil Art. 336 Abs. 1 lit. b OR auch eine teilweise Arbeitsunfähigkeit meint. Diese Bestimmung ist im Krankheitsfall nur dann nicht anwendbar, wenn sich die Beeinträchtigung der Gesundheit als so unbedeutend erweist, dass sie kein Hindernis darstellt, um eine neue Anstellung anzunehmen (Pra 2002 S. 830 mit Hinweisen u.a. auf die Botschaft des Bundesrates vom 9. Mai 1984 in BBl 1984 II 551).

....

c) (Da die ärztlichen Angaben – einerseits des Facharztes Dr. Y., der den Beschwerdeführer behandelte und der damit nach allgemeiner Erfahrung wegen seiner auftragsrechtlichen Vertrauensstellung eher dazu neigt, zu Gunsten seines Patienten auszusagen (vgl. dazu BGE 125 V 353), und andererseits des Vertrauensarztes des Kantons, der allerdings keinen Facharzttitel in Psychiatrie/Psychotherapie führt – erheblich voneinander abwichen, sah sich das Gericht veranlasst, ein gerichtliches Gutachten einzuholen und damit Dr. med. W., Facharzt für Psychiatrie und Neurologie und zertifizierter forensischer Psychiater SGFP, zu beauftragen.)

In seinem Gutachten vom 17. Juli 2008 führt Dr. W. (auszugsweise wiedergegeben) u.a. zur Frage der Arbeitsfähigkeit für den Zeitraum vom 20. September 2007 bis zum Gutachtenszeitpunkt aus, dass beim Beschwerdeführer vom 21. September

2007 bis 30. April 2008 eine (generelle) Arbeitsunfähigkeit zu 100% bestanden habe. Ab dem 1. Mai 2008 betrage die Arbeitsfähigkeit 50% und ab 1. Juli 2008 80%. (...) Die Beurteilung einer «Arbeitsunfähigkeit» beziehe sich im Übrigen in aller Regel generell auf jede Arbeitstätigkeit. Eine differenziertere Einstufung spiele allenfalls bei der Beurteilung der aus dem Rentenversicherungswesen stammenden Begriffe der Erwerbs- oder Berufsfähigkeit eine Rolle, nach denen hier aber gar nicht gefragt sei.

d) Das psychiatrische Gutachten von Dr. W. ist in Kenntnis der Vorakten abgegeben worden, leuchtet in den Zusammenhängen ein, ist in sich nachvollziehbar, widerspruchsfrei und beantwortet die gestellten Fragen erschöpfend. Es ist damit auch schlüssig und überzeugt, sodass darauf abgestellt werden kann. Die von der Beschwerdegegnerin dagegen erhobenen Beanstandungen vermögen hingegen nicht zu überzeugen, da sie in erster Linie Nebensächlichkeiten betreffen. (...) Auch bei den vereinzelt anzutreffenden Unklarheiten handelt es sich wohl um Flüchtigkeiten (des Sekretariats, welches das Gutachten niedergeschrieben hat, oder des Gutachters beim Durchlesen und Korrigieren des Gutachtens), die aber im Zusammenhang ohne weiteres und zwanglos ihrem richtigen Sinn entsprechend verstanden werden können. Die Beschwerdegegnerin weist im Übrigen darauf hin, dass der Gutachter den Ausführungen im Leitfaden «Zumutbare Arbeitstätigkeit nach Unfall und bei Krankheit», herausgegeben von der Interessengemeinschaft Versicherungsmedizin Schweiz, Swiss Insurance Medicine, widerspreche; in diesem Leitfaden werde nämlich ausgeführt, dass bei mittelgradig Depressiven die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt sein könne, während der Gutachter angebe, dass es sich bei einer mittelgradig depressiven Episode mit somatischem Syndrom um eine schwere psychische Erkrankung handle, die regelhaft mit der ärztlichen Verneinung der Arbeitsfähigkeit einhergehe. Die Beschwerdegegnerin übersieht, dass die Ausführungen im Leitfaden allgemein gehalten sind und darin die Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit als abhängig von der Ausprägung der mittelgradig depressiven Erkrankung mit oder ohne somatische Komponente – d.h. abhängig von der konkreten Diagnose und der Schwere der Erkrankung im Einzelfall – beschrieben werden. Demgegenüber liegt gemäss gerichtlichem Gutachter bei der Diagnose einer mittelgradig depressiven Episode mit somatischem Syndrom, wie er sie für den Beschwerdeführer präzise gestellt hat, regelhaft eine Arbeitsunfähigkeit vor. Ein Widerspruch ist darin jedenfalls nicht zu erblicken. An der Aussagekraft des Gutachtens von Dr. W. vermögen die Einwände der Beschwerdegegnerin insgesamt nichts zu ändern. Damit ist erstellt, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung zu 100% arbeitsunfähig war und zwar sowohl am bisherigen wie an jedem anderen Arbeitsplatz.

e) War der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung somit zu 100% arbeitsunfähig, erfolgte die Kündigung während der Sperrfrist gemäss § 11 Bst. c PG; sie erweist sich demzufolge grundsätzlich als nichtig, es sei denn, die in § 11 PG genannten Vorbehalte wären anwendbar. Eine fristlose Entlassung aus wichtigen Gründen, die auch während einer Sperrfrist zulässig wäre, hat die Beschwerdegegnerin nicht ausgesprochen und in der Kündigungsverfügung hat sie selbst explizit darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer die Entlassung nicht verschuldet habe. Im Weiteren ist nicht erkennbar und wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht, dass die Krankheit bzw. die Arbeitsunfähigkeit durch den Beschwerdeführer selbst verschuldet worden wäre. Damit ist keiner der beiden Vorbehalte, die eine Kündigung trotz Sperrfrist zulassen würden, erfüllt und es bleibt bei der Nichtigkeit der Kündigung. Auch der Hinweis der Beschwerdegegnerin auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 25. [recte: 21.] Dezember 2005 (PB.2005.00034) vermag daran nichts zu ändern. Abgesehen davon, dass dieser Entscheid für das Verwaltungsgericht ohnehin nicht verbindlich ist, lässt sich diesem Entscheid nichts zu Gunsten der Beschwerdegegnerin herleiten. Einerseits ist dem zitierten Entscheid nicht schlüssig zu entnehmen, ob eine gleiche oder gleichwertige ärztliche Diagnose gestellt wurde, sodass sich die beiden Fälle von vornherein nicht unbesehen vergleichen lassen. Andererseits haben die Ärzte, darunter der behandelnde Psychiater, festgehalten, dass der Beschwerdeführer in jenem Fall von der Arbeit zu dispensieren sei und dass es ihm unstrittig gesundheitlich möglich gewesen wäre, seine Tätigkeit in einer andern Funktion oder an einem anderen Arbeitsplatz weiterhin auszuüben. Gerade dies ist beim Beschwerdeführer indessen nicht der Fall; er war erwiesenermassen voll arbeitsunfähig und zwar auch für jede andere Tätigkeit, weshalb die gesetzlich vorgesehene Sperrfrist vollumfänglich zum Tragen kommt. Die Beschwerdegegnerin war zwar nicht verpflichtet, von sich aus eine psychiatrische Abklärung anzuordnen; wenn sie die Kündigung aber aussprach, obwohl ihr im Zeitpunkt der Kündigung die fachärztliche Bescheinigung einer vollen Arbeitsunfähigkeit vorlag, und sie sich vollumfänglich auf die Angaben ihres Vertrauensarztes, der nicht über einen Facharzttitel verfügt, verliess, so trug sie auch das Risiko, dass die Kündigung allenfalls wegen einer Sperrfrist nichtig sein könnte. Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die Kündigung während einer Sperrfrist ausgesprochen worden ist und sie deshalb nichtig ist und keinerlei Rechtswirkungen entfaltet. Dies bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer nach wie vor besteht und erst nach Ablauf von 180 Tagen – d.h. ab dem 18. März 2008 (in Berücksichtigung des Schaltjahres) – gekündigt werden kann, wobei bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall gemäss § 58 PG bestehen bleibt. Die Beschwerde erweist sich damit im Hauptpunkt als begründet und

muss gutgeheissen werden. Bei diesem Ausgang kann offen bleiben, ob die Kündigung auch als rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 13 PG zu qualifizieren gewesen wäre.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2008

V 2007/154

3. Planungs- und Baurecht

§ 29 PBG; § 53 ff. BO – Anforderungen an eine Arealbebauung nach kantonalem Planungs- und Baugesetz und der gemeindlichen Bauordnung. Anforderungen im vorliegenden Fall erfüllt.

Aus dem Sachverhalt.

A. Am 25. Mai 2005 reichten die Stadt Zug, die AWZ Wohnbaugenossenschaft Zug und die GEWOBA Wohnbaugenossenschaft Zug ein Gesuch für den Bau der Wohnüberbauung Roost mit 110 Wohnungen ein. Gegen dieses Baugesuch gingen innert der Eingabefrist diverse Einsprachen ein. Am 26. Juni 2006 wurde ein abgeändertes Projekt mit 113 Wohnungen eingereicht. Die Einsprecher wurden über das abgeänderte Projekt in Kenntnis gesetzt und reichten auch gegen dieses Einsprache ein. Am 13. März 2007 erteilte der Stadtrat von Zug die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen und wies gleichzeitig die Einsprachen ab. Gegen diesen Stadtratsbeschluss reichten diverse ehemalige Einsprecher beim Regierungsrat am 2. bzw. 3. April 2007 Verwaltungsbeschwerde ein und beantragten die Aufhebung der Baubewilligung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner. Am 23. August 2007 fand ein Augenschein statt. Mit Beschluss vom 29. April 2008 wies der Regierungsrat die Verwaltungsbeschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer ab. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss liessen die Eigentümergemeinschaft Meisenbergstrasse 2 und 4, A. und B., C., D. und E. am 5. Juni 2008 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Entscheid des Regierungsrates betreffend die Baubewilligung für die Arealbebauung Roost auf dem GS Nr. 1482 vom 29. April 2008 sei aufzuheben, die Baubewilligung des Stadtrates Zug vom 13. März 2007 sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Verfahren zu Lasten der Beschwerdegegner. Mit Vernehmlassungen vom 3. Juli 2008, 14. Juli 2008 und 6. August 2008 lassen alle Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer beantragen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könne.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist ebenfalls in den Erwägungen einzugehen. Am 19. November 2008 fand ein Augenschein statt.

Aus den Erwägungen:

...

7. Weiter stellt sich die Frage, ob das Projekt den erhöhten Anforderungen an eine Arealbebauung genügt oder nicht.

a) Die Beschwerdeführer lassen diesbezüglich ausführen, der Regierungsrat stelle zutreffend fest, dass der eigentliche Hauptstreitpunkt die Frage sei, ob das bewilligte Projekt den erhöhten Anforderungen an eine Arealbebauung entspreche. Mit der Bejahung dieser Frage habe der Regierungsrat Recht verletzt. Als Korrelat zu den gelockerten Massvorschriften würden an eine Arealbebauung erhöhte Anforderungen insbesondere hinsichtlich Gestaltung und Einpassung gestellt. Diese Anforderungen seien in den §§ 53 f. BO festgelegt. Die Arealbebauung habe gegenüber der Einzelbauweise eine besonders gute städtebauliche und architektonische Lösung für eine städtebauliche Einheit mit Rücksicht auf das jeweilige Landschaftsbild und die jeweilige Quartierstruktur aufzuweisen. Mit der Arealbebauung müssten zudem Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung erzielt werden. Ob diese Vorteile gestützt auf § 29 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) oder gestützt auf § 53 Bst. a BO erzielt würden, sei im Ergebnis egal. Die entsprechenden Rügen habe der Regierungsrat nicht geprüft. Bereits aus diesem Grund leide der Regierungsratsbeschluss an einem Rechtsfehler. Die Arealbebauung vermöge aber den erhöhten Anforderungen nicht zu genügen, und es würden auch die gesetzlich geforderten Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung nicht erzielt.

...

c) Gemäss § 29 Abs. 2 PBG gelten für Arealbebauungen spezielle gemeindliche Bauvorschriften. Diese setzen voraus, dass die Arealbebauung Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung erzielt. Paragraph 29 PBG ist gleichsam die programmatische Vorgabe für die speziellen gemeindlichen Bauvorschriften, denen Arealbebauungen zu entsprechen haben. Obwohl § 53 BO Zug vor § 29 Abs. 2 PBG erlassen und in Kraft gesetzt wurde, enthält er genau die speziellen Bauvorschriften, denen eine Arealbebauung gegenüber der Einzelbauweise der jeweiligen Zone zu genügen hat. Die §§ 53 ff. BO konkretisieren gleichsam die programmatischen

Forderungen von § 29 Abs. 2 PBG. In § 53 Bst. a BO sind die architektonischen und städtebaulichen Anforderungen an eine Arealbebauung erwähnt. Diese Bestimmung ist als positive ästhetische Generalklausel formuliert, wobei gegenüber der Einzelbauweise nicht nur eine «gute», sondern eine «besonders gute» Lösung verlangt wird. Die Bauten und Anlagen einer Arealbebauung müssen zunächst für sich allein betrachtet eine besonders gute architektonische Lösung darstellen, was sich in deren Situierung, der äusseren Gestalt der einzelnen Bauten sowie in der Material- und Farbgebung niederschlagen hat. Weiter wird eine gute Einordnung in das jeweilige Landschaftsbild und die jeweilige Quartierstruktur verlangt. Gemäss Hans Hagmann, a. a. O., § 53 N 3, rechtfertigen sich diese erhöhten Anforderungen vor allem wegen der bei Arealbebauungen möglichen verdichteten Bauweise, bei der sich eine schlechte Einordnung in die Umgebung störend auswirken würde. Gemäss § 53 Bst. c BO müssen Arealbebauungen grössere zusammenhängende Freiflächen mit standortgerechter, vielfältiger Bepflanzung und ansprechend gestalteten Spielplätzen, Pflanzarealen und Umgebungsgestaltung enthalten. Des Weiteren müssen Arealbebauungen auch über direkte Fussgängerverbindungen sowohl areal-intern wie auch zum städtischen Fusswegnetz verfügen (lit. d). Verlangt wird weiter eine zweckmässige Erschliessung mit kleiner Landbeanspruchung (lit. e) und eine zweckmässige Anordnung und betriebliche Organisation der Autoabstellplätze und deren Zufahrten, wobei mindestens $\frac{3}{4}$ der Parkplätze in Sammelgaragen anzuordnen sind (Bst. f). Weiter werden ausreichende Abstellplätze für Velos, Mofas und Kinderwagen verlangt, eine umweltfreundliche Energieversorgung und -verteilung sowie ein sparsamer Energieverbrauch (Bst. g – i). Schliesslich müssen sich in einer Arealbebauung allen Bewohnern zugängliche Gemeinschaftsräume befinden (Bst. k).

d) Mit der Feststellung, dass § 29 PBG hier nicht allein, sondern in Verbindung mit § 53 BO anwendbar sei, verletzt der Regierungsrat kein Recht. Ebenfalls ist ihm bezüglich der Feststellung zuzustimmen, dass die allgemeine Gestaltungsvorschrift von § 26 BO nicht anwendbar ist, da die Bestimmung von § 53 BO wesentlich höhere Gestaltungsanforderungen stellt als § 26 BO. Ob diese erfüllt sind, ist nun im Folgenden zu prüfen.

8. Weiter ist die Fragen zu beantworten, ob eine besonders gute städtebauliche und architektonische Lösung vorliegt oder nicht.

a) Die Beschwerdeführer lassen ausführen, offenbar sei es die oberste Maxime der Bauherrschaft, das Baugrundstück voll auszunützen. Es gehe darum, auf Kosten der Qualität die Bilanz der städtischen Wohnungen zu verbessern bzw. den Auftrag der Wohnbauinitiative zu erfüllen. Dafür nehme man in Kauf, dass das Projekt riesige

Ausmasse annehme und die Opposition der Nachbarn provoziere. Die vier Häuser seien in zwei Zeilen angeordnet, wovon sich die obere Zeile entlang der Hofstrasse mit den Häusern A und B über eine Länge von rund 140 Metern und die untere mit den Häusern C und D über eine Länge von rund 190 Metern erstrecke. Zwischen den Häusern bestehe nur ein Abstand von 5 bzw. 8,2 Metern. Die arealinternen Abstände bzw. Durchgänge seien im Verhältnis zur Länge der Gebäude derart schmal, dass sie nicht wahrgenommen würden. Die jeweils neben einander liegenden Häuser würden als einziger riesiger Riegel wahrgenommen. Die Häuser A und B würden aus einem nicht in Erscheinung tretenden Untergeschoss, einem Eingangs-, bzw. Gartengeschoss und vier Vollgeschossen bestehen. Sichtbar seien damit fünf Geschosse. Von den Häusern C und D würden sogar sechs Geschosse sichtbar sein, da hier noch ein Attikageschoss hinzukomme. Über diese fünf bzw. sechs Geschosse würden noch die markanten technischen Aufbauten hinausragen. Zudem seien in den Freiräumen zwischen den Attikawohnungen zusätzliche «Pergolen» vorgesehen. Auf dem Dach seien des Weiteren Sonnenkollektoren vorgesehen, die – schräg gestellt – zumindest als halbes Stockwerk in Erscheinung treten würden. Da die fraglichen Gebäude ein sichtbares Untergeschoss und ein Attikageschoss aufweisen würden, werde deren Höhe mit der Folge in zwei Richtungen ausgedehnt, dass die fraglichen Gebäude für den Betrachter als ein bis zwei Geschosse höher als zulässig erscheinen würden. Angesichts der Tatsache, dass die umliegenden Gebäude Einzelbauten mit höchstens zwei Geschossen seien, würden die vier Häuser weit über die bereits bestehenden Bauten hinausragen. Insbesondere würden die Gebäude vom Zugersee her als überaus voluminöser Riegel wahrgenommen, der die Landschaft verschandle.

...

d) Bei der Beurteilung der Frage, ob eine besonders gute städtebauliche und architektonische Lösung vorliegt, wird nicht auf ein subjektives architektonisches Empfinden abgestellt, sondern es ist zu definieren, aus welchen Gründen eine Arealbebauung eine besonders gute Lösung darstellt oder nicht. Mögliche Kriterien für eine solche Beurteilung sind die Grösse und architektonische Ausgestaltung der Baukörper und ihre Beziehung zur baulichen und landschaftlichen Umgebung. Ein weiteres Beurteilungskriterium ist die Frage nach dem Zweck eines Bauvorhabens, denn ein Bauvorhaben, bei dem im Auftrag des Stimmvolkes günstiger Wohnraum erstellt werden soll, hat in städtebaulicher Hinsicht andere Vorgaben zu erfüllen, als ein Bauvorhaben, bei dem es um den Bau von privaten Ein- und kleinen Mehrfamilienhäusern geht. Mit dem vorliegenden Projekt soll – notabene mit dem ausdrücklichen Segen des Stimmvolkes – günstiger Wohnraum realisiert werden, wobei

die Stadt Zug Eigentümerin von 56 der geplanten 113 Wohnungen sein wird (mit dem Bau der Wohnungen kommt die Stadt Zug der Erfüllung der so genannten Wohnbauinitiative aus dem Jahr 1981 einen Schritt näher, welche seinerzeit den Bau von 400 stadteigenen Wohnungen verlangt hatte). Im vorliegenden Fall stehen für die Beurteilung der städtebaulichen und architektonischen Qualitäten ein (zu) kurzer Bericht der Stadtbildkommission und ein Jurybericht aus dem Jahr 2006 zur Verfügung. Diese beiden Berichte bilden zumindest den Ausgangspunkt für eine fachlich fundierte Auseinandersetzung mit den oben erwähnten Fragen. Die Stadtbildkommission hat dem Bauvorhaben in ihrer Stellungnahme vom 3. August 2006 hohe architektonische Qualität attestiert, kritisiert aber die Aufteilung der Gebäudezeile A und B. Die Kommission zeigt sich überzeugt, dass eine einzige Gebäudezeile zur Entspannung der Aussenraumsituation im nördlichen Bereich beitragen würde. Dem Jurybericht aus dem Jahr 2002 ist unter anderem zu entnehmen, dass es dem Architekten durch die Setzung von zwei Bauzeilen – parallel zum Hang und zur Baulinie – gelungen sei, eine grosszügige Geländekammer frei zu halten und die verschiedenen Siedlungstypologien im Quartier miteinander zu vernetzen. Das 180 Meter lange Gebäude im Westen bilde die Zäsur zwischen dem ruhigen, naturnahen Freiraum zwischen den Häuserzeilen und dem urbanen eher härteren Vorbereich gegen den Bahndamm hin. Die durchgezogenen Balkone würden eine grosszügige Linie schaffen. Das Wohnungsangebot sei vielfältig und vermöge die differenzierten Anforderungen von Eigentums- und Mietwohnungen gut zu befriedigen. Die Individualräume würden durchwegs eine attraktive Grösse aufweisen, auch die Wohn- und Essräume seien als Gemeinschaftsräume der Wohnung gut bemessen. Die einfache, klare Wohnungsstruktur lasse ein erhebliches Potenzial für die Wohnungsgestaltung zu und lasse sich gut an die Bedürfnisse der unterschiedlichen Lebensphasen und Haushaltformen anpassen.

e) Das Gericht schliesst sich diesen Beurteilungen an. Das Bauvorhaben schliesst eine Baulücke innerhalb der sich gegen Süden ausdehnenden Stadt Zug. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer nimmt die Architektur die bauliche Sprache der Linien auf, welche das Areal des alten Kantonsspitals, die Fridbachhochhäuser und die weiter südlich angrenzenden Mehrfamilienhäuser an der Hofstrasse vorgeben. Die Überbauung verbindet ein zentrumsnahes und günstiges Bauen mit einer idealen Anbindung an den öffentlichen Verkehr (Bahnanschluss direkt bei der Überbauung). Die Überbauung präsentiert sich tatsächlich architektonisch feingliedrig und aus einem Guss und vermeidet ein Kunterbunt an Einfamilien- und kleineren Mehfamilienhäusern, die sich alle durch ihre Architektur, ihre äussere Erscheinung, die Gebäudehöhe, die Dachform und die Umgebungsgestaltung unterscheiden würden, und von denen ein jedes – auch in der Einzelbauweise – die

Höhe der geplanten Häuser A und B erreichen dürfte. Als besonders gut gelungen ist aus städtebaulicher Sicht der grosse Grünbereich zwischen den beiden Häuserzeilen zu bezeichnen, der 160 Meter lang und bis zu 40 Meter breit ist und der sich als Spiel- und Erholungsfläche nicht nur für die künftigen Bewohner, sondern auch für die Öffentlichkeit präsentiert. Hervorzuheben ist auch, dass die vier länglichen viergeschossigen Bauten auf die längliche Parzellenform und die Topographie Rücksicht nehmen. Die höheren viergeschossigen Bauten C und D mit Attikageschoss befinden sich im unteren, tiefer gelegenen Bereich der Parzelle, während sich die niedrigeren Bauten A und B ohne Attikageschoss hangwärts im oberen Bereich der Parzelle unterhalb der Hofstrasse befinden, und damit – abstandsmässig gegenüber der Hofstrasse um ein Vielfaches gegenüber dem zulässigen Minimum zurückversetzt – sehr wohl auf die östlich anschliessende Zone W2a Rücksicht nehmen.

9. a) Weiter bringen die Beschwerdeführer vor, das Bauvorhaben nehmen keine Rücksicht auf das Landschaftsbild und die massgebende Quartierstruktur, was unter anderem daher komme, dass die Bauherrschaft und der Regierungsrat von einem unzutreffenden Quartierbegriff ausgehen würden. Mit dem beantragten Augenschein lasse sich schlüssig nachweisen, dass das massgebende Quartier aufgrund von natürlichen Quartiergrenzen, von baulichen Strukturen und von historischen Entwicklungen sowie aufgrund der Topographie im Norden durch den Mänibach, im Süden durch den Fridbach, im Westen durch die Eisenbahnlinie und im Osten durch die hangwärts gelegenen Häuser begrenzt werde. Der so begrenzte Bereich sei geprägt von einer weitgehend einheitlichen Art der Überbauung, nämlich kleine Einfamilienhäuser mit einem bis zwei Geschossen, grosszügiger Begrünung und unauffälliger Einpassung in die Hanglage. Zum massgebenden Quartier würden das Baugrundstück und die östlich davon gelegenen Häuser gehören. Daran ändere auch die unzutreffende Meinung des Regierungsrates nichts, dass das Baugrundstück und die östlich davon gelegenen Häuser in unterschiedlichen Zonen liegen würden. Ein Quartier werde durch landschaftliche, bauliche und historische Kriterien und nicht durch eine zufällig festgelegte Zone bestimmt. Die beiden Hochhäuser bzw. Mehrfamilienhäuser im Süden sowie das Kantonsspitalareal und das alte Fabrikgelände im Norden würden weder topographisch noch von der Überbauungsart her zum gemäss § 53 lit. a BO massgebenden Quartier gehören. Dass das Kantonsspital-Areal nicht zum hier massgebenden Quartier gehöre, ergebe sich bereits aus der grossen räumlichen Distanz zum Baugrundstück. Die Arealbebauung Roost solle auf einem gegen Westen leicht abfallenden Gelände erstellt werden. Während das bestehende Quartierbild von niedrigen schmalen Einzelbauten geprägt sei, solle die Arealbebauung aus hohen, aus der Landschaft ragenden Wohnsilos erstellt

werden. Bezüglich Gebäudehöhe und Gebäudelänge würden sich zwei Quartierbilder gegenüberstehen, die nicht gegensätzlicher sein könnten. Von einer Anpassung oder Einfügung könne keine Rede sein. Die vom Regierungsrat erwähnten Mehrfamilien- und Hochhäuser im Süden, das Kantonsspitalareal und das alte Fabrikgelände im Norden würden nicht zum massgebenden Quartier gehören. Mit den beiden Hochhäusern, die eher schmal gestaltet, mit einem Zwischenraum versehen und unterhalb eines steilen unüberbaubaren Hangs positioniert seien, lasse sich das Projekt auch gar nicht vergleichen. Er handle sich hier vielmehr um zwei riesige Hausriegel, die jegliche Rücksicht auf die dahinter liegenden Häuser vermissen liessen. Die Begründung der Bauherrschaft, wonach die städtebauliche Qualität der Arealbebauung darin liege, dass mit den beiden Baukörpern eine Verbindung zwischen den beiden Hochhäusern im Süden und dem Kantonsspitalareal im Norden hergestellt bzw. eine Lücke geschlossen werde, sei an den Haaren herbeigezogen. Das Projekt orientiere sich an der Bauweise von Gebäuden ausserhalb des Quartiers.

...

d) Gemäss § 53 Bst. a BO hat ein Arealbebauungsvorhaben auch Rücksicht auf das jeweilige Landschaftsbild und die Quartierstruktur zu nehmen. Wie das Verwaltungsgericht im Urteil vom 26. August 2008 (V 2007/118) festgestellt hat, ist in der Regel bezüglich Quartierstruktur von Bauten auszugehen, die sich in der gleichen Nutzungszone befinden (das Bundesgericht hat im Entscheid vom 16. März 2007 [1A.220/2006], Erw. 5, einen solchen baurechtlichen Quartierbegriff als korrekt qualifiziert). Befindet sich allerdings nur ein einziges Grundstück in einer Nutzungszone, so stellt sich die Frage, inwieweit die angrenzenden Zonen bzw. die darin erstellten Bauten zu berücksichtigen sind. Geht man von einem zonenübergreifenden Quartierbegriff aus und fasst verschiedene Nutzungszone zu einem Quartier zusammen (wie es die Beschwerdeführer verlangen), so muss man sehr sorgfältig abwägen, was als «zusammenhängend» qualifiziert werden soll. Auf keinen Fall darf man das vorliegende Bauvorhaben nur mit Bauten vergleichen, die sich alle in einer Nutzungszone mit tieferer Ausnützung (hier W2a) befinden. Im vorliegenden Fall befindet sich nur gerade das Baugrundstück, das allerdings mit über 20'000 m² sehr gross ist, in der Zone W3. Auf der nordöstlichen Seite grenzt das Grundstück an die Zone W2a, in der sich die Liegenschaften der Beschwerdeführer befinden, auf der Nordwestseite liegt die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen, auf der Westseite (unterhalb der Bahnlinie) die Zone W2b und auf der Südseite (jenseits des Fridbachs) die Zone W4. In der nordöstlich angrenzenden Zone W2a haben wir es vorwiegend mit Ein- bis Zweifamilienhäusern

zu tun. In der nordwestlich gelegenen Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen liegen die deutlich längeren und massiver in Erscheinung tretenden Bauten des ehemaligen Kantonsspitals. Die Beschwerdeführer behaupten zu Unrecht, dass diese zu weit entfernt seien, grenzen doch das Baugrundstück und das alte Kantonsspitalareal an ihren Ecken fast direkt aneinander und sind nur durch die ca. 15 Meter breite Bahnlinie getrennt. Die beiden Fridbachhochhäuser im Südosten des GS Nr. 1482 sind nur 30 bzw. 40 Meter vom Baugrundstück entfernt. Selbst die südlich des Baugrundstückes gelegene, mehr als 200 Meter lange Mehrfamilienhaussiedlung zwischen dem Bahntrasse und der Hofstrasse ist nur wenige Meter vom Baugrundstück entfernt (nicht einmal 50 Meter). Auch die zwischen der Hof- und der Meisenbergstrasse liegenden Mehrfamilienhäuser (mit bis zu 29 Wohnungen pro Gebäude) sind nur zwischen 90 bis 150 Meter vom Bauvorhaben entfernt. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer haben wir es im vorliegenden Fall mit einem sehr heterogenen Quartier zu tun, bei dem es in unmittelbarer Nachbarschaft des Bauvorhabens eine Vielzahl von Gebäulichkeiten gibt, die bezüglich Gebäudehöhe, Gebäudelänge und Gebäudevolumen zumindest so massiv in Erscheinung treten wie die geplante Arealbebauung. Das Bauvorhaben nimmt sehr wohl Rücksicht auf das Landschaftsbild und die Quartierstruktur.

10. a) Die Beschwerdeführer lassen weiter ausführen, dass die erhöhten Anforderungen von § 53 lit. a BO durch das Bauvorhaben nicht erreicht würden. Es könne keine Rede davon sein, dass der Jury-Bericht und der Bericht der Stadtbildkommission eine gute Grundlage für die Beurteilung der besonders guten architektonischen und städtebaulichen Qualitäten der Arealbebauung Roost bilden würden. Der Regierungsrat habe in seinem Beschluss zutreffend festgestellt, dass die Durchführung eines Wettbewerbs nicht ohne Weiteres mit Qualität gleichzusetzen sei, was hier in besonderem Mass zutreffe, weil die Bauherrschaft selber im Rahmen des Wettbewerbs die Vorgaben an die Planer definiert und so das ihr passende Projekt ausgewählt habe. Der Jury habe es auch an der nötigen Neutralität und Objektivität gefehlt, um ein hochwertiges Planungsergebnis zu garantieren, was daran liegen könnte, dass sie mehrheitlich aus Vertretern der Bauherrschaft zusammengesetzt gewesen sei. Der Bauherrschaft sei es nur um eine wirtschaftlich optimale Lösung gegangen. Der Architekturwettbewerb habe nicht dazu geführt, dass heute ein geeignetes und qualitativ ansprechendes Projekt vorliegen würde. Dem Jury-Bericht lasse sich entnehmen, dass von den Wettbewerbsteilnehmern eine optimale Ausnützung des Areals verlangt worden sei. Diese Vorgabe sei sicherlich mit eine Ursache dafür, dass sich die Nachbarschaft heute mit einem Projekt konfrontiert sehe, das auf Kosten der Qualität und Einpassung mit einer enormen Ausnützung ausgestattet sei. Es verstehe sich von selbst, dass sich das

Anliegen nach einer bestmöglichen Ausnützung bzw. Wirtschaftlichkeit und das Anliegen für die städtebaulich und architektonisch beste Lösung diametral gegenüberstehen würden. In diesem Licht sei auch die Aussage des verantwortlichen Architekten beim erstinstanzlichen Augenschein zu sehen, wonach die Vorgabe, 110 Wohnungen zu erstellen, zwangsläufig zum vorliegenden Volumen führe. Diese Aussage mache auch deutlich, dass der verantwortliche Architekt das Projekt nur deshalb als Arealbebauung ausgestaltet habe, um in den Genuss des Ausnützungsbonus zu kommen. Eine erhöhte städtebauliche und architektonische Qualität sei nicht angestrebt worden. Vor lauter quantitativen Vorgaben sei die Qualität auf der Strecke geblieben. Hinzu komme, dass das Siegerprojekt nach Abschluss des Wettbewerbs noch um ein Stockwerk erhöht worden sei. Auch der Bericht der Stadtbildkommission (SBK) sei wenig hilfreich. Die SBK sei ein Fachorgan der Stadt Zug, die hier selber als Bauherrin auftrete. Dies bedeute, dass die SBK in eigener Sache geurteilt habe, weshalb ihre Stellungnahme als Parteigutachten mit untergeordnetem Wert zu qualifizieren sei. Auch der Regierungsrat unternehme mit Ausnahme eines wenig hilfreichen Zitats aus dem Jury-Bericht keinen ernsthaften Versuch, die angeblich besonders gute städtebauliche und architektonische Lösung zu begründen. Der wiederholte Einwand des Regierungsrates, es könne der Bauherrschaft nicht verwehrt werden, von den Möglichkeiten der Zonenordnung Gebrauch zu machen, gehe in casu fehl. Die Beschwerdeführer würden sich nicht dagegen wehren, dass das Grundstück nach den Vorschriften der betreffenden Zone überbaut werde. Sie würden sich aber dagegen wehren, dass die Vorteile der Arealbebauungsvorschriften in Anspruch genommen würden, ohne dass die Anforderungen gemäss § 53 BO erfüllt seien.

...

d) Das Verwaltungsgericht hat sich zur Frage der städtebaulichen und architektonischen Qualität des Bauvorhabens bereits unter Erw. 8d geäußert. Darauf kann verwiesen werden. Dass sich diese Frage nicht allein mit Hilfe eines Juryberichts und der Stellungnahme der Stadtbildkommission beantworten lässt, ist unbestritten. Es muss aber klar festgestellt werden, dass es sehr wohl die Bauherrschaft ist, welche im Rahmen eines Wettbewerbs die Vorgaben an die Planer zu definieren und auch das ihr genehme Projekt auszuwählen hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob es die Jury an der nötigen Neutralität und Objektivität hat fehlen lassen, weil sie mehrheitlich aus Vertretern der Bauherrschaft zusammengesetzt gewesen ist. Die Bauherrschaft – und zwar sowohl der Stadtrat von Zug wie auch die beiden beteiligten Wohnbaugenossenschaften – ist vom Gesetz bzw. von den Statuten her verpflichtet, die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel in wirtschaftlich optimaler

Weise einzusetzen. Dass die Anliegen nach einer bestmöglichen Ausnützung bzw. Wirtschaftlichkeit und das Anliegen für die städtebaulich und architektonisch beste Lösung in einem gegenseitigen Spannungsverhältnis stehen können, kann nicht bestritten werden. Dass sie sich bei diesem Projekt diametral gegenüberstehen, trifft nicht zu. Weder bei den Grenzabständen noch bei der Gebäudehöhe und der Ausnützung hat die Bauherrschaft die gesetzlichen Möglichkeiten voll ausgeschöpft und – auch nach Meinung des Gerichts – eine sehr gute städtebauliche und architektonische Lösung gefunden. Die Bauherrschaft stellt auch richtig fest, dass mit dem Tatbestandsmerkmal «für eine städtebauliche Einheit» in § 53 Bst. a BO nicht die Einheit des Quartierbildes gemeint ist, sondern die architektonische Einheit der Arealbebauung bezüglich Stil, Konzept und Nutzung. Das Bauvorhaben präsentiert sich als einheitliche Überbauung eines grossen Areals mit vier aufeinander abgestimmten Häusern und einem einheitlichen Gesamtkonzept mit grossem Freiraum zwischen den beiden Häuserzeilen. Würdigt man das grosse Bauvolumen, so muss man mit dem Regierungsrat feststellen, dass sich die vier Bauten gut in das Landschaftsbild einpassen, die Hanglänge berücksichtigen und mit dem Verzicht auf ein Attikageschoss im oberen Bereich der Häuser A und B auf die anschliessenden Nachbargebäude Rücksicht nehmen. Dass die Beschwerdeführer, die durch den Bau der Arealbebauung einen erheblichen Teil ihrer schönen Aussicht auf den Zugersee verlieren, dies anders sehen, ist an sich verständlich, darf aber angesichts der Tatsache, dass die gesetzlichen Vorschriften des PBG und der BO eingehalten sind, keine Rolle spielen.

...

11. a) Die Beschwerdeführer lassen weiter feststellen, das vorliegende Bauvorhaben stelle gegenüber einem Projekt in Einzelbauweise die klar schlechtere Lösung dar. Aufgrund der überdimensionierten Volumen sei mit einer übermässigen Beschattung der benachbarten Gebäude und mit einem erheblichen Mehrverkehr und den entsprechenden Folgen für die Nachbarschaft zu rechnen. Die beiden geplanten Häuserzeilen würden zudem wegen ihrer Länge und Höhe sowie ihrer Anordnung einem Grossteil der Nachbarn die Sicht auf den Zugersee verhindern, womit selbstredend für die Nachbargebäude eine enorme Wertverminderung verbunden sei. Erst recht seien keine Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung erkennbar. Dies erstaune nicht, wenn man bedenke, dass mit dem Projekt gegenüber der Einzelbauweise die Ausnützung um 23% erhöht, die Gebäudelänge um bis zu 64 Meter erhöht und die arealinternen Gebäudeabstände um bis 15 Meter reduziert würden. Dem könne der Regierungsrat einzig entgegenhalten, dass die Grenzabstände teilweise erhöht und zwischen den Häusern grosse Freiräume vorgesehen

sein. Dies genüge offensichtlich nicht, um die gesetzlich verlangten Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung zu erzielen. Durch die Realisierung der Arealbebauung werde das bestehende Einfamilienhausquartier zerstört. Man halte deshalb an der Feststellung fest, dass mit dem fraglichen Projekt die Anforderungen von § 53 lit. b und d BO Zug ebenfalls nicht erfüllt würden.

...

c) Bei der Beurteilung der Frage, ob das Bauvorhaben Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung mit sich bringt, ist eingangs festzuhalten, dass bei der Anwendung der Arealbebauungsvorschriften eine bauliche Verdichtung von Gesetzes wegen gewollt ist. Dies führt unweigerlich dazu, dass sich ein nach den Vorschriften von §§ 53 ff. BO erstelltes Gebäude masslich deutlich von den bestehenden Überbauungsstrukturen abhebt. Allein aus dieser gesetzlich gewollten Verdichtung darf noch nicht schon auf Nachteile für die Umgebung geschlossen werden. Man darf somit aus der Optik der Einzelbauweise nicht schon per se auf Nachteile schliessen, welche sich aus der zulässigen erhöhten Ausnützung oder dem zusätzlich möglichen Stockwerk ergeben. Wenn noch hinzukommt, dass sich die Arealbebauung im Grenzbereich zu einer anderen Nutzungszone befindet, so kann es ohne Weiteres vorkommen, dass Bauvolumen von markanter Verschiedenheit in relativer Nähe zu den Nachbargrundstücken erstellt werden. Dies ist aber die Folge der Zonenplanung und der Bauordnung und darf nicht als Negativum gegenüber einer Arealbebauung gewertet werden.

d) Die speziellen gemeindlichen Bauvorschriften für Arealbebauungen haben Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass eine Arealbebauung Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung erzielt (§ 29 Abs. 2 PBG). Diese programmatische Vorgabe des PBG richtet sich in erster Linie an den gemeindlichen Gesetzgeber, der in der jeweiligen Bauordnung entsprechende Voraussetzungen zu formulieren hat. Darüber hinaus kann aus dieser Bestimmung auch abgelesen werden, welche Ziele die entsprechenden gemeindlichen Vorschriften zu verfolgen haben, nämlich Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung. Das Gericht ist der Ansicht, dass sich aus den folgenden Besonderheiten des vorliegenden Bauvorhabens entsprechende Vorteile ablesen lassen: Die Bauherrschaft will das GS Nr. 1482 nach einem einheitlich koordinierten Konzept überbauen. Die Überbauung erfolgt in einem Zug, ohne dass die Nachbarschaft während der nächsten zehn bis zwanzig Jahre erdulden muss, dass eine Parzelle nach der anderen mit den entsprechenden Emissionen überbaut wird. Anstelle von vielen oberirdischen Garagen und Abstellplätzen wird der ruhende Verkehr fast ausschliesslich von einer zentralen Tiefgarage aufge-

nommen. Wir haben es mit sehr grosszügigen Grenzabständen und einem Verzicht auf ein zulässiges Attikageschoss zu tun, wodurch die Belichtung und Besonnung der Nachbargrundstücke deutlich verbessert wird. Hier wäre es z.B. im Rahmen der Einzelbauweise durchaus möglich gewesen, bis zu 40 Meter lange Gebäude mit gleicher Höhe wie die Häuser A und B viel näher an die Hofstrasse zu stellen, als dies jetzt vorgesehen ist. Zwischen den beiden Häuserzeilen ist eine grosse zusammenhängende Grünfläche vorgesehen, die mit einheimischen Sträuchern und Bäumen bepflanzt wird. Im Zentrum steht ein grosszügiger Spielplatz, der sowohl von den Bewohnern der Arealbebauung wie auch Dritten benutzt werden kann. Wie von der BO verlangt, besteht eine direkte Fussgänger Verbindung quer durch die Überbauung, die den Anschluss an das öffentliche Fusswegnetz sowie den direkten Zugang zur Stadtbahn-Haltestelle ermöglicht. Aus ökologischer Sicht ist zu beachten, dass drei der Bauten mit Gas und eines mit Hilfe einer Erdsonde beheizt werden. Die Warmwasseraufbereitung wird mit Hilfe von Sonnenkollektoren sichergestellt. Aus den Bauplänen und dem Modell ergibt sich, dass die vier Bauten auf der Hangseite zwar etwas monoton wirken, dass sie aber auf der Seeseite gut strukturiert sind, einen kleinen Durchgang aufweisen, hangwärts auch leicht versetzt sind und keineswegs den Eindruck einer Betonmauer vermitteln. Die geplante Arealbebauung weist somit gegenüber der Einzelbauweise – abgesehen von ihrem Volumen, welches die gesetzlichen Grundlagen ausdrücklich zulassen – deutliche Vorteile auf.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Januar 2009

V 2008/87

§ 16 Abs. 1 Satz 3 V PBG; § 24 Ziff. 1 BO – Ausnützungsziffer: Begriff der anrechenbaren Geschossfläche unterhalb des Erdgeschosses. Erschliessungsflächen im Dachgeschoss gehören nach der Bauordnung der Stadt Zug nicht zur anrechenbaren Geschossfläche.

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist im vorliegenden Fall vorerst, ob bei der Berechnung der zulässigen Ausnützung die Erschliessungsflächen in der Tiefgarage zur anrechenbaren Geschossfläche zu zählen sind oder nicht.

a) Die Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG, BGS 721.111) regelt in den Paragraphen 15 ff. die Baudichte. In § 16 finden sich die Bestimmungen über die anzurechnende Geschossfläche:

«1Bei der Berechnung der Ausnützungsziffer ist als Geschossfläche anzurechnen die Summe sämtlicher Flächen des Erdgeschosses und der darüber liegenden Geschosse, einschliesslich der Treppenhäuser und Laubengänge, soweit sie der Erschliessung dienen, nicht aber soweit es sich um Not- oder Fluchttreppen handelt. Anzurechnen sind auch die Querschnittsflächen von innen liegenden Mauern und Wänden sowie die Lufträume bei Treppenhäusern und Lifts. Ferner sind die Flächen unterhalb des Erdgeschosses anzurechnen, soweit sie Wohn- oder Gewerbebezwecken dienen können oder es sich um Erschliessungsflächen von Gängen, Treppenhäusern und Liften handelt.»

Paragraph 16 Absatz 1 Satz 3 wurde in der heutigen Form erst mit der Änderung vom 1. Juni 2004, in Kraft seit dem 1. Juli 2004, in die Vollziehungsverordnung aufgenommen. In der Fassung vom 16. November 1999, die am 1. Januar 2000 in Kraft trat, war die Frage nach den anzurechnenden Geschossflächen noch in § 12 geregelt. Während § 12 Abs. 1 Satz 1 identisch mit der heutigen Regelung war, stellte Satz 2 die Anrechenbarkeit der Querschnittsflächen von innen liegenden Mauern und Wänden fest sowie der Flächen unterhalb des Erdgeschosses, soweit sie Wohn- oder Gewerbebezwecken dienen konnten. Ein dritter Satz fehlte. Am 1. Juni 2004 wurde die Bestimmung von § 12 bzw. § 16 umfassend ausgedehnt. Neu wurden unter die anrechenbaren Geschossflächen in Satz 2 explizit die Lufträume bei Treppenhäusern und Liften aufgenommen. Dem Absatz 1 von § 16 V PBG wurde ein neuer Satz 3 beigelegt, der die Anrechenbarkeit von Flächen unterhalb des Erdgeschosses definiert. Einerseits verlangt er – wie bereits früher – die Anrechenbarkeit von Flächen unterhalb des Erdgeschosses, soweit sie Wohn- und Gewerbebezwecken dienen können, und dazu neu von Flächen unterhalb des Erdgeschosses,

soweit es sich um Erschliessungsflächen von Gängen, Treppenhäusern und Liftten handelt.

b) Das Verwaltungsgericht hat sich verschiedentlich zu der Frage geäussert, inwieweit Erschliessungsflächen zu der bei der Berechnung der Ausnützung anrechenbaren Geschossfläche zu zählen seien. Bereits unter der Herrschaft der alten Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 29. März 1988 hielt das Gericht fest, dass es nie die Absicht des Ordnungsgebers gewesen sei, Lifte und Treppen von der Ausnützung auszunehmen (VGE vom 17. Dezember 1992, GVP 1991/92, 59). Auch die Fläche des Liftschachtes sowie die Flächen der Treppen würden in jedem Geschoss zur anrechenbaren Fläche gehören. Während der «Herrschaft» des § 12 V PBG stellte das Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 28. Oktober 2003 fest, die Änderung der alten Vollziehungsverordnung vom 29. September 1994 und der Erlass der V PBG hätten zu keiner relevanten Veränderung des Verordnungstextes geführt, so dass die damalige Praxis des Gerichts nach wie vor ihre Geltung habe. Zur anrechenbaren Geschossfläche würden sämtliche Erschliessungsflächen wie Korridore, innen- und aussenliegende Treppenhäuser, offene und geschlossene Laubgänge gehören, soweit es sich nicht um Fluchttreppen handle. Weiter hielt das Gericht fest, es sei nicht entscheidend, ob es sich um eine Haupterschliessung handle. Entscheidend sei nur, dass diese Anlagen tatsächlich der Erschliessung dienen würden und dass sich diese Anlagen im Erdgeschoss oder in einem darüber liegenden Geschoss befinden würden. Weiter hielt das Gericht fest, dies bedeute gleichzeitig, dass Flächen im Untergeschoss im Regelfall nicht zur anzurechnenden Geschossfläche gezählt würden, selbst dann nicht, wenn sie an sich der Erschliessung dienen würden. Eine solche Auslegung verbiete der klare Wortlaut von § 12 Abs. 1 V PBG, der Flächen unterhalb des Erdgeschosses nur dann der Ausnützungsberechnung zuweise, wenn sie Wohn- oder Gewerbe zwecken dienen würden (Seite 8 des Urteils).

c) Per 1. Juli 2004 trat die heute noch gültige Version von § 16 Abs. 1 V PBG in Kraft. Gemäss dieser Bestimmung sind die Erschliessungsflächen von Gängen, Treppenhäusern und Liftten im Erdgeschoss, in den darüber liegenden Geschossen und in den unterhalb des Erdgeschosses liegenden Geschossen zur anzurechnenden Geschossfläche zu zählen. Mit Schreiben vom 20. Juni 2005 gelangte der Vorsitzende der Bauverwalterinnen und Bauverwalter der zugerischen Einwohnergemeinden an die Baudirektion und stellte eine grosse Unsicherheit bezüglich der Anrechenbarkeit von Erschliessungsflächen in den Untergeschossen fest. Er ersuchte um eine detaillierte Auslegung der Bestimmung von § 16 Abs. 1 V PBG. Mit Schreiben vom 1. Juli 2005 an die gemeindlichen Bauverwalterinnen und Bauver-

walter legte die Baudirektion Folgendes dar: «Flächen für die Erschliessung von anrechenbaren Räumen, die Wohn- und Gewerbe zwecken dienen bzw. dienen können, liegen unter Umständen auch unterhalb des Erdgeschosses. Die Anrechenbarkeit dieser Erschliessungsflächen verlangt § 16 Abs. 1 V PBG. Dies ist weitgehend unbestritten. Die gleiche Bestimmung geht aber noch weiter. Sie verlangt die Anrechenbarkeit von Erschliessungsflächen auch dann, wenn ihnen die Funktion einer hauptsächlichen Erschliessung zukommt. Dient der Zugang über die Tiefgarage im Wesentlichen der Haupteerschliessung eines Gebäudes, ist die gesamte Fläche zur anrechenbaren Geschossfläche zu addieren. Dies ist insbesondere in Hanglagen der Fall, wo der offizielle Haupteingang bisweilen nur über die Treppe erreicht wird und die Erschliessung über die Tiefgarage von der Strasse her à niveau erfolgen kann. Der Standort der Briefkästen sowie der Sonnerie kann weiteren Aufschluss über den effektiven Hauptzugang geben. Demgegenüber wird es im weitgehend flachen Gelände wohl niemandem in den Sinn kommen, über die Rampe zur Tiefgarage und durch das Untergeschoss zum Aufzug zu gelangen, wenn der offizielle Hauptzugang zum Gebäude ebenerdig erreicht werden kann. Daraus erhellt, dass man nicht umhin kommt, den jeweiligen Einzelfall zu betrachten und zu beurteilen, ob ein zweiter oder dritter Zugang bei der anzurechnenden Geschossfläche zu berücksichtigen ist».

d) Im angefochtenen Beschluss geht der Regierungsrat nun von einer restriktiveren Interpretation von § 16 Abs. 1 V PBG aus und stellt sich auf den Standpunkt, bei der Anrechenbarkeit der Erschliessungsflächen in Untergeschossen spiele es keine Rolle, ob diese der Erschliessung von anrechenbaren Räumen im Untergeschoss dienten oder ob es sich um reine Erschliessungsflächen zu den darüber liegenden Geschossen handle. Es komme auch nicht darauf an, ob die Erschliessung über das Untergeschoss die Haupteerschliessung sei oder ob es sich um eine Nebereerschliessung handle und die Haupteerschliessung anderweitig erfolge, z.B. durch einen Zugang im Erdgeschoss. Wo die Briefkästen und die Sonnerie seien, sei ebenfalls nicht massgebend. Für die Beurteilung der umstrittenen Frage sei einzig und allein auf den Wortlaut der umstrittenen Bestimmung abzustellen. Aus diesem gehe klar hervor, dass Erschliessungsflächen von Gängen, Treppenhäusern und Liften unterhalb des Erdgeschosses anzurechnen seien. Solche Flächen gebe es in der geplanten Tiefgarage der umstrittenen Arealbebauung und diese Flächen müssten zur anrechenbaren Geschossfläche hinzugezählt werden.

e) Auszugehen ist vom Wortlaut der fraglichen Bestimmung. Dabei kommt dem grammatikalischen Element eine dominierende Rolle zu. Führt nämlich der Wortlaut einer Bestimmung zu einem vernünftigen Ergebnis, so ist die wörtliche Auslegung

gegenüber den anderen Auslegungsmöglichkeiten (der teleologischen, historischen und systematischen Auslegung) vorzuziehen (Imboden/Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband Nr. 21 B I). Der Wortlaut der Bestimmung von § 16 Abs. 1 Satz 3 V PBG ist klar und bedarf keiner weiteren Interpretation. Er besagt, dass Flächen unterhalb des Erdgeschosses unter zwei Voraussetzungen als Geschossflächen anzurechnen sind: Einmal wenn sie Wohn- oder Gewerbezecken dienen können oder wenn es sich um Erschliessungsflächen von Gängen, Treppenhäusern und Liften handelt. Als Erschliessungsflächen gelten sämtliche Flächen wie Gänge, Vorräume, die die einzelnen Geschosse verbindenden Erschliessungsanlagen wie Treppen (in allen Formen und mit den Massen des ganzen Treppenhauses einschliesslich der Treppenaugen) und die Aufzüge mit den Massen des Liftschachts. Die Erschliessungsflächen sind unabhängig davon, ob sie dem Personen- oder Warenverkehr dienen, anzurechnen (vgl. hierzu Felix Huber, Die Ausnützungsziffer, Diss. Zürich 1986, S. 58 f.). Nur die ausschliesslich zu nicht anrechenbaren Räumen führenden Verkehrswege (Gänge oder Treppen, die z.B. nur zu Kellern oder Waschküchen führen), sind von der Anrechnung ausgeschlossen. Sobald Erschliessungsflächen aber benutzt werden können, um von ausserhalb eines Gebäudes zu Räumlichkeiten zu gelangen, die Wohn- und Gewerbezecken dienen, sind sie anzurechnen.

f) Der Stadtrat stellt sich auf den Standpunkt, eine teleologische Auslegung (nach Sinn und Zweck der Norm) führe zu dem Ergebnis, dass die Erschliessungsflächen in der unterirdischen Autoeinstellhalle nicht zu der anrechenbaren Geschossfläche zu zählen seien. Nachdem der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid klar festhalte, dass die Situierung, die Volumetrie, das Erschliessungskonzept und die Umgebungsgestaltung des Bauvorhabens den erhöhten Anforderungen an Arealbauungen entsprächen und somit die mit der Ausnützungsziffer bezweckte Steuerung der Ausnützungintensität und die städtebaulich erwünschte hohe Qualität erzielt werde, erscheine die verlangte Anrechnung der unterirdischen Erschliessungsflächen sinn- und zwecklos. Das vorliegende Beispiel zeige eindrücklich, dass die vom Regierungsrat vorgenommene Auslegung von § 16 Abs. 1 V PBG zu einem widersinnigen Ergebnis führe. Eine sinnvolle Auslegung der fraglichen Bestimmung könne nur darin gesehen werden, dass Erschliessungsflächen unterhalb des Erdgeschosses nur dann zur anrechenbaren Geschossfläche zu zählen seien, wenn sie Flächen auf demselben Geschoss erschliessen würden, die Wohn- und Gewerbezecken dienten.

g) Die vom Stadtrat vertretene Auslegung ist sicher auch vertretbar, doch widerspricht sie dem klaren Wortlaut von § 16 Abs. 1 Satz 3 V PBG, denn dieser bezieht

sich bei den Erschliessungsflächen nicht nur auf die Erschliessung von Räumen, die auf dem selben Geschoss liegen. Ansonsten hätte man eine deutlich andere Formulierung wählen müssen. Zu beachten ist auch, dass der Regierungsrat als Verordnungsgeber selber am besten in der Lage ist, den Verordnungstext seinen gesetzgeberischen Vorstellungen entsprechend auszulegen. Eine andere Auslegung dürfte man nur vornehmen, wenn der Wortlaut unklar wäre. Es ist zweifellos unbefriedigend, wenn die Baudirektion als in Baufragen federführende Direktion im Sommer 2005 die gemeindlichen Bauverwaltungen anweist, den jeweiligen Einzelfall zu betrachten und zwischen Haupt- und Nebenerschliessungen zu unterscheiden, um sich dann im Sommer 2007 auf die strikte und durch den Wortlaut der Verordnungsbestimmung gedeckte Auslegung «zurückzuziehen». Diese enge wörtliche Auslegung hat sicher den grossen Vorteil, dass die Bauverwaltungen keine Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenerschliessung machen müssen, welche immer wieder Ausgangspunkt für Diskussionen, unterschiedliche Handhabungen und Rechtsstreitigkeiten sein würden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die vom Regierungsrat gewählte Auslegung von § 16 Abs. 1 V PBG kein Recht verletzt. Entsprechend ist es dem Gericht auch verwehrt, korrigierend einzugreifen. Die Erschliessungsflächen im Tiefgaragengeschoss sind vom Regierungsrat bei der anzurechnenden Geschossfläche korrekt berücksichtigt bzw. angerechnet worden. Insofern müssen die Beschwerden abgewiesen werden.

3. Weiter zu prüfen ist die Frage, ob die Erschliessungsflächen über dem obersten Geschoss zu Recht zu der anrechenbaren Geschossfläche gezählt wurden oder nicht.

a) Gemäss § 16 Abs. 2 Bst. c V PBG sind Flächen von Räumen, wenn sie auf einem Flach- oder unter einem Mansarden- oder Tonnendach angeordnet sind, nicht mehr als 50% der darunter liegenden anrechenbaren Geschossfläche beanspruchen und auf einer Ebene liegen, nicht anzurechnen. Eine das Mass von 50% übersteigende Mehrfläche zählt zur anrechenbaren Geschossfläche. Die Einwohnergemeinden können aber in ihren Bauordnungen die Nichtanrechenbarkeit von Flächen gemäss Absatz 2 Bst. b und c einschränken oder aufheben (Abs. 3). Die Stadt Zug hat in ihrer Bauordnung vom 30. August 1994 (BO) von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und in § 24 Ziff. 1 bestimmt, dass zu der anrechenbaren Geschossfläche Flächen über dem obersten Geschoss gehören, soweit sie sich als Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsräume eignen und dabei insbesondere die gesundheitspolizeilichen Anforderungen erfüllen. Damit ergibt sich, dass in der Stadt Zug Erschliessungsflächen im Dachgeschoss nicht zu der anrechenbaren Geschossfläche zu zählen sind.

Es erstaunt etwas, dass das Bauamt der Stadt Zug diese klare Bestimmung von § 24 Ziff. 1 BO bis anhin nicht angewendet hat, denn bei den Erschliessungsflächen handelt es sich offensichtlich nicht um Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsräume.

...

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gegen die Anrechnung der Erschliessungsflächen in der Tiefgarage hätte abgewiesen werden müssen. Nachdem die Beschwerdeführer und der Stadtrat aber im Gerichtsverfahren darauf hingewiesen haben, dass die Erschliessungsflächen im Dachgeschoss zu Unrecht bei den anrechenbaren Geschossflächen mitgezählt wurden, ergibt eine entsprechende Überprüfung, dass insgesamt die zulässige Ausnützung nicht überschritten ist. Dies führt im Ergebnis zu einer Gutheissung der Beschwerde und zu einer Bestätigung der Baubewilligung des Stadtrates.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 2008

V 2007/102

§ 6 Abs. 1 GewG – Bauvorhaben im Gewässerabstand: Liegt eine Verletzung des Gewässerabstandes vor, so kann diese als Ausnahme nur bewilligt werden, wenn es sonst zu einer unbilligen Härte oder einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung kommen würde.

Aus dem Sachverhalt.

A.B. reichte am 11. Oktober 2007 bei der Gemeinde K. ein Baugesuch für die Erweiterung des bestehenden Balkons auf der Südseite seines Grundstückes in L. ein. Am 17. Oktober 2007 leitete die Bauabteilung der Gemeinde K. das Baugesuch zur Prüfung einer Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Gewässerabstandes an das Amt für Raumplanung (ARP) weiter. Mit Verfügung vom 12. November 2007 stellte das ARP fest, dass keine Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Gewässerabstandes erteilt werden könne. Zur Begründung der Verfügung führte das ARP unter anderem aus, der geplante Balkon befinde sich innerhalb des Gewässerabstandes und rage teilweise in das Profil des Dorfbaches hinein. Gegen diese Verfügung liess A.B. am 4. Dezember 2007 beim Regierungsrat Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung des ARP sei aufzuheben und es sei für den Anbau/Umbau des Balkons am Haus Assek. Nr. ... die Be-

willigung zu erteilen, es sei die Fachstelle Landerwerb/Immobilien­geschäfte der Baudirektion zu ermächtigen und anzuweisen, für den neuen Balkon ein Näherbau- und Überbaurecht einzuräumen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse. Am 7. Dezember 2007 überwies der Regierungsrat die Beschwerdesache zuständigkeitshalber an das Verwaltungsgericht, weil in der Beschwerdesache mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein ordentliches Rechtsmittel an eine Bundesbehörde gegeben ist. Mit Vernehmlassung vom 20. Dezember 2007 beantragt das ARP die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdeführers. Mit Vernehmlassung vom 7. Januar 2008 beantragt der Gemeinderat K. die Gutheissung der Beschwerde. Am 6. Februar 2008 fand ein Augenschein statt.

Aus den Erwägungen:

1. ...

3. Gemäss § 6 Abs. 1 GewG können die zuständigen Behörden Ausnahmen gewähren, falls die Einhaltung der Vorschriften des GewG samt seinen Ausführungsbestimmungen im Einzelfall zu einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung führen oder eine unbillige Härte bedeuten würde.

a) Gesetzliche Regelungen müssen im Interesse der Einheitlichkeit und Klarheit des Rechts sowie der Rechtssicherheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfassen und vermögen daher den Besonderheiten des Einzelfalles nicht immer gerecht zu werden. Das Institut der Ausnahmegewilligung dient dazu, im Einzelfall unbillige Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten zu vermeiden. Die strikte Anwendung einer Norm würde in solchen Fällen zu einem ungewollten Ergebnis führen. Eine Ausnahmegewilligung darf nur erteilt werden, wenn dies in einem Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Weiter muss die zuständige Behörde mit dem Erteilen von Ausnahmegewilligungen zurückhaltend sein. Die Ausnahme muss Ausnahme bleiben und darf nicht zur Regel werden, sonst läuft dies auf eine unzulässige Normkorrektur hinaus. Erforderlich ist weiter, dass alle erheblichen öffentlichen und privaten Interessen umfassend abgewogen werden. An die Voraussetzungen des sachlich begründeten Bedürfnisses sind hohe Anforderungen zu stellen. Je weittragender die verlangte Sonderregelung ist, desto strengere Anforderungen sind zu stellen. Nur so kann verhindert werden, dass die als Ausnahmebestimmung gedachte gesetzliche Regelung den Charakter eines leicht zugänglichen Auffangtatbestandes erhält. Verlangt wird ein wirklicher Sonderfall bzw. eine Ausnahmesituation. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn die zu beurteilende Situation in einer Vielzahl von Fällen vorkommen kann. Ob eine Ausnahmesituation

vorliegt, ist – trotz der «Kann»-Formulierung in den entsprechenden Gesetzen – eine Rechtsfrage. Wie dieser Ausnahmesituation Rechnung getragen werden soll, ist als Ermessensfrage zu taxieren (vgl. hierzu Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 37).

b) Gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers sollen mit dem Anbau des Balkons die Zimmer auf der Südseite aufgewertet und die Wohnung nach Süden ausgerichtet werden. Auf der Nordseite des Hauses könne wegen des geringen Lichteinfalls und wegen des starken Verkehrs auf der Kantonsstrasse kein Fenster offen gelassen werden. Auf der Sonnenseite des Hauses lasse sich wohnen. Sonst sei rund um das Haus praktisch kein Platz, ausser direkt neben dem Dorfbach, wo eine meterhohe Mauer den «Garten» mit Cheminée abgrenze. Auf der Südseite gebe es auch keine Nachbarn, die sich an dieser Balkonerweiterung stören könnten. In seiner abschliessenden Stellungnahme lässt der Beschwerdeführer ausführen, er habe ein Interesse an einer Optimierung der Qualität seiner kleinen Wohnung durch den Bau eines Balkons auf der Sonnenseite, abgewandt von der nordseitigen verkehrsreichen, lärm- und schadstoffbelasteten Kantonsstrasse.

c) Von einer unbilligen Härte müsste man im vorliegenden Fall sprechen, wenn das Haus des Beschwerdeführers ohne die Ausnahmegewilligung gar nicht mehr in vernünftigerweise bewohnbar wäre. Davon kann jedoch keine Rede sein. Durch den Anbau im Jahre 1994 ergab sich für die Mutter des Beschwerdeführers und dessen sechsköpfige Familie genügend Wohnraum. Neu möchte der Beschwerdeführer mit seiner Frau die 4-Zimmer-Wohnung im ersten Stock beziehen und beabsichtigt, mit dem Anbau des geplanten Balkons eine an sich verständliche Komfortsteigerung zu erreichen. Es ist aber keineswegs so, dass die Mutter des Beschwerdeführers bisher z.B. bezüglich Besonnung in unzumutbaren Verhältnissen gewohnt hätte. Es liegt auch keine offensichtliche Unzweckmässigkeit vor. Die Wohnung kann auch ohne den grossen Balkon bewohnt werden und im Erdgeschoss muss ohne den Anbau sogar von einer besseren Besonnung gesprochen werden. Das Haus in seiner Gesamtheit kann auch weiterhin ohne Einschränkung bewohnt werden und ist in seinem Bestand nicht gefährdet.

d) Was die betroffenen öffentlichen Interessen betrifft, so ist auf Folgendes hinzuweisen: Ein Ziel des Gewässerschutzes – neben anderen – ist die Erhaltung der Gewässer als Landschaftselemente. Der Balkonanbau würde den Dorfbach optisch weiter einschränken, und zwar in einem Bereich, in dem der Bach durch verschiedene andere Bauten optisch und baulich (z.B. Hochwasserschutzmauern) bereits in besonders hohem Mass eingeschränkt ist. Von enormer Bedeutung wäre die

präjudizielle Wirkung einer solchen Bewilligung. In den Orten L. und K. finden sich verschiedene Häuser, die sich ebenfalls direkt im Gewässerabstand des Dorfbaches befinden, und die – im Fall einer Bewilligung – unter Berufung auf die Rechtsgleichheit eine Gleichbehandlung bezüglich Balkonanbau zum Zwecke der Komfortsteigerung geltend machen könnten. Auch beim Ausfluss der Lorze aus dem Ägerisee in Unterägeri und beim Ausfluss aus dem Zugersee in Cham gibt es viele Liegenschaften, die sich direkt am Wasser im Gewässerabstand befinden, und denen unter den gleichen Voraussetzungen der Anbau eines Balkons bewilligt werden müsste. Im Extremfall wäre es vorstellbar, dass auf beiden Uferseiten solche Anbauten bewilligt werden müssten, so dass das Gewässer teilweise völlig überdeckt und de facto eingedohlt würde.

e) Was das Ausmass der beantragten Sonderregelung betrifft, so haben wir es hier nicht mit einem Fall zu tun, bei dem der gesetzlich vorgesehene Gewässerabstand nur am Rande um ein paar Meter oder Zentimeter überschritten würde. Wir haben es mit einem Bauvorhaben zu tun, das vollumfänglich innerhalb des Gewässer- und Grenzabstandes erstellt werden soll. Es geht hier nicht etwa um eine geringfügige Erweiterung eines bestehenden Balkons, sondern es soll – unter vollumfänglicher Verletzung des Grenz- und Gewässerabstandes – ein neuer Balkon von einer Gesamtfläche von ca. 18 m² erstellt werden. Es geht auch nicht, wie die Gemeinde behauptet, um eine Verminderung der Wohnqualität. Niemand hat unter Berufung auf die Steigerung der Wohnqualität Anspruch auf eine Ausnahmegewilligung, insbesondere dann nicht, wenn dadurch die Bestimmungen der Bauordnung und des Gewässergesetzes in erheblichem Ausmass verletzt werden.

f) Der Beschwerdeführer lässt auf die Bestandesgarantie des Art. 26 Abs. 1 der Bundesverfassung hinweisen, der bestimmt, dass das Eigentum gewährleistet ist. Die Eigentumsgarantie garantiert in erster Linie aber ein gegen den Staat gerichtetes Abwehrrecht, d.h. im Sinne einer Bestandesgarantie schützt sie konkrete Vermögenswerte und Rechtspositionen vor staatlichen Eingriffen. Sie vermittelt grundsätzlich keine einklagbaren Leistungsansprüche. Aus der Eigentumsgarantie kann kein Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung abgeleitet werden. Zu unterscheiden ist die Bestandesgarantie von der Besitzstandsgarantie, die in der Praxis häufig angerufen wird, um den Fortbestand von altrechtlichen Bauten und Anlagen zu sichern, oder – trotz geänderter Gesetzgebung – einen Um- oder Ausbau zu ermöglichen. Die entsprechenden gesetzlichen Regelungen finden sich im kantonalen Recht im § 72 PBG, der im Absatz 1 regelt, in welchem Ausmass in einer Bauzone rechtmässig erstellte, aber zonenfremd gewordene Bauten und Anlagen erhalten, angemessen erweitert und umgebaut werden dürfen. Auf den

vorliegenden Fall würde § 72 Abs. 2 PBG Anwendung finden, der bestimmt, dass Bauten und Anlagen, die der Zone, nicht aber den Bauvorschriften entsprechen, unterhalten und erneuert werden dürfen. Sie dürfen auch umgebaut und erweitert werden, soweit dadurch nicht stärker vom geltenden Recht abgewichen wird. Im vorliegenden Fall würde aber durch den Neubau des Balkons offensichtlich stärker vom geltenden Recht abgewichen als bisher, so dass die Bestimmungen über die Besitzstandsgarantie hier nicht zur Anwendung gelangen können. Dem Beschwerdeführer wird nichts verweigert, auf was er nach bisherigem Recht Anspruch gehabt hätte. Das ARP weist auch richtigerweise darauf hin, dass der Weiterbestand, der angemessene Unterhalt und die zeitgemässe Erneuerung des Hauses des Beschwerdeführers möglich und nicht in Frage gestellt sind. Dem Beschwerdeführer wurde im Jahre 1994 vom Regierungsrat in diesem Sinn bereits eine Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Gewässerabstandes durch einen Anbau im Ober- und Dachgeschoss anstelle des bestehenden Balkons erteilt. Zur Erweiterung der Wohnnutzung des Gebäudes wurde unter Einbezug eines bestehenden Balkons eine Erweiterung um zwei Schlafzimmer bewilligt.

g) Das Gericht bestreitet nicht, dass jeder Eigentümer ein legitimes privates Interesse an der Optimierung der Wohnqualität seiner Wohnungen und Häuser hat. Dieses private Interesse genügt aber nicht, um daraus einen Anspruch auf eine von den Gesetzen und Reglementen abweichende privilegierte Behandlung durch die Behörden abzuleiten. Wir haben es hier nicht mit einem Sonderfall zu tun, der andersorts nicht denkbar wäre. Die Verweigerung der Ausnahmegewilligung führt weder zu einer unbilligen Härte noch zu einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung, die es dem Amt für Raumplanung erlauben würden, eine Ausnahmegewilligung zu erteilen. Die Verfügung des ARP ist nicht zu beanstanden und die vorliegende Beschwerde muss abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Juli 2008

V 2008/50

4. Verfahrensrecht

Art. 22 SVG – Örtliche Zuständigkeit für die Aussprechung von Administrativmassnahmen.

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Verfügung der Sicherheitsdirektion des Kantons Zug vom 8. Januar 2008 kann gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG) direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden, da in der Streitsache ein ordentliches Rechtsmittel an eine Bundesbehörde gegeben ist (Art. 24 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958, SVG). Die sachliche Zuständigkeit zur Prüfung dieser Beschwerde durch das Zuger Verwaltungsgericht ist somit ohne weiteres gegeben. Komplexer gestaltet sich vorliegend jedoch die Frage der örtlichen Zuständigkeit. Zu prüfen ist daher die Frage, ob die Sicherheitsdirektion des Kantons Zug zum Erlass der angefochtenen Verfügung örtlich überhaupt zuständig war.

b) Gemäss Art. 22 SVG werden die Ausweise von den Verwaltungsbehörden erteilt und entzogen. Zuständig ist für Fahrzeuge der Standortkanton und für Fahrzeugführer der Wohnsitzkanton. Wechselt ein Fahrzeugführer nach Begehung eines Verkehrsdelikts, aber vor Aussprechung einer Administrativmassnahme den Wohnsitzkanton, stellt sich die Frage, welcher Kanton örtlich für den Entzug des Führerausweises zuständig ist. Das Bundesgericht hat die im Gesetz nicht direkt beantwortete Frage dahingehend entschieden, dass der Wohnsitz in dem Zeitpunkt massgebend sei, in dem das administrative Verfahren eingeleitet werde, also dann, wenn die für den Entzug an sich zuständige Behörde dem Fahrzeugführer Gelegenheit gibt, die Akten einzusehen und sich mündlich oder schriftlich zu der in Aussicht genommenen Massnahme zu äussern (vgl. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts III, N 2637 mit Verweis auf BGE 108 Ib 139 ff. in: Pra 1982, 556 f.).

c) Die Sicherheitsdirektion leitete das vorliegende Administrativverfahren mit Schreiben vom 28. November 2007 ein, indem sie der Beschwerdeführerin die vorgesehene Massnahme ankündigte und ihr Gelegenheit zum rechtlichen Gehör gab. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beschwerdeführerin aber nicht mehr Wohnsitz im Kanton Zug. Wie die Einwohnerkontrolle der Gemeinde Menzingen dem Verwaltungsgericht auf Anfrage vom 31. März 2008 mitteilte, verlegte die Beschwerdeführerin ihren Wohnsitz per 15. November 2007 von der Gutschstrasse 24, 6313 Menzingen, an die K. Strasse in 8044 Zürich. In Anwendung der erwähnten

Bundesgerichtspraxis ergibt sich damit, dass für das Aussprechen einer Administrativmassnahme die Behörden des Kantons Zürich zuständig gewesen wären. Die Verfügung der Sicherheitsdirektion des Kantons Zug vom 8. Januar 2008 muss daher wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit aufgehoben werden. Die Akten sind nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheides vom Strassenverkehrsamt Zug dem für Administrativmassnahmen im Kanton Zürich zuständigen Strassenverkehrsamt, Abteilung Administrativmassnahmen, Postfach, 8091 Zürich, zuzustellen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. April 2008

V 2008/12

Art. 29 Abs. 2 BV, § 15 Abs. 1 VRG. – Rechtliches Gehör. Vor Erlass einer in seine Rechtsstellung eingreifenden Verfügung hat der Betroffene das Recht, in die Akten Einsicht zu nehmen und sich zum vorgesehenen Ausgang des Verfahrens zu äussern. Will die entscheidende Behörde auf die Ergebnisse eines Augenscheins abstellen, so hat sie die entsprechenden Feststellungen und Äusserungen der beteiligten Parteien zu protokollieren. Andernfalls verletzt sie ebenfalls das rechtliche Gehör.

Aus dem Sachverhalt:

Die Erbgemeinschaft X. Y. ersuchte das Amt für Denkmalpflege des Kantons Zug mit Schreiben vom 13. April 2007 um Entlassung des Gebäudes Assek.-Nr. XXX aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler. Nach der Einholung einer Stellungnahme beim Stadtrat von Zug verfügte die Direktion des Innern am 3. Oktober 2007, dass das Gebäude R. R. als Baudenkmal von lokaler Bedeutung unter kantonalen Schutz gestellt werde. Nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses werde gemäss § 27 DSG die Eigentumsbeschränkung «Denkmalschutz» im Grundbuch angemerkt. Die Kosten würden zu Lasten des Kantons gehen. Gegen diese Verfügung liess die Erbgemeinschaft X. Y. am 31. Oktober 2007 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die Unterschutzstellung des Gebäudes R. R. sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Direktion des Innern aufzuheben. In verfahrensmässiger Hinsicht wird die Edition der Augenscheinprotokolle der kantonalen Denkmalkommission vom 9. und 31. Mai 2007 sowie des Sitzungsprotokolls vom 13. Juni 2007 beantragt sowie die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, die Beschwerdeführerin sei über die Abklärungen der kantonalen Denkmalkommission nicht orientiert worden und habe sich nicht dazu äussern können. Gleiches

gelte für die Abklärungen des Amtes für Denkmalpflege, welches vor der Antragstellung an die Direktion des Innern der Beschwerdeführerin keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben habe, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sei.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss § 15 Abs. 1 VRG gewährt die Behörde den Parteien das rechtliche Gehör, bevor sie entscheidet. Auch gestützt auf Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998 (BV, SR 101) haben die Parteien in allen öffentlich-rechtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch beinhaltet das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern. Dazu gehört insbesondere auch das Recht, 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 es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 54 Erw. 2b). Es gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Betroffene vor Erlass einer für ihn nachteiligen Verfügung zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann. Das Akteneinsichtsrecht ist eng mit dem Äusserungsrecht verbunden. Der Betroffene kann sich nur wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf die sich die Behörde bei ihrem Entscheid stützen will. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Verfahren dar. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf alle verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Die Akteneinsicht ist somit auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag. Die Einsicht in die Akten kann nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos, denn es muss vielmehr dem Betroffenen selber überlassen werden, die Relevanz der Akten zu beurteilen (BGE vom 29. Januar 2007, 1P.604/2006 mit Verweisen).

a) Aus den von der Direktion des Innern eingereichten Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin am 13. April 2007 ein Gesuch um Entlassung aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler gestellt hat. Am 17. April 2007 teilte das Amt für Denkmalpflege und Archäologie dem Rechtsvertreter mit, dass sich die Kommission voraussichtlich an der Sitzung vom 9. Mai 2007 mit dem Geschäft befassen werde. Aus dem Protokoll der Sitzung der Denkmalkommission vom 9. Mai 2007 ergibt sich, dass an diesem Tag um 08.15 Uhr ein Augenschein beim Gebäude R. R. stattgefunden hat. Vom Augenschein wurde kein Protokoll erstellt, so dass nicht überprüft werden kann, wer an dem Augenschein teilgenommen hat, welche

Feststellungen die Kommission getroffen und welche Äusserungen die beteiligten Parteien gemacht haben. Aus den Rechtsschriften ergibt sich jedoch, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zusammen mit A. B. am Augenschein teilgenommen hat. Aus dem Protokoll der anschliessend an den Augenschein stattgefundenen Sitzung der Denkmalkommission ergibt sich, dass man nur die Räume im Unter- und Erdgeschoss, nicht jedoch die in den oberen Stockwerken habe besichtigen können. Die Kommission vereinbarte deshalb, dass mit einer Dreier-Delegation nochmals ein Augenschein durchgeführt werden solle. Der Augenschein dieser Delegation, bei dem das ganze Gebäude besichtigt werden konnte, fand am 31. Mai 2007 statt.

b) Mit Schreiben vom 13. Juni 2007 gelangte der kantonale Denkmalpfleger an den Stadtrat von Zug und teilte diesem mit, die Denkmalkommission habe beschlossen, der Direktion des Innern die Unterschutzstellung des Gebäudes R. R. zu beantragen. Nach den §§ 15 und 24 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DSG, BGS 423.11) würden die Standortgemeinden bei der Unterschutzstellung von Denkmälern mitwirken. Der Stadtrat wurde ersucht, der Unterschutzstellung zuzustimmen oder andernfalls schriftlich Stellung zu nehmen. Bei den Akten liegt die Kopie einer Telefonnotiz vom 26. Juni 2007, aus der (zusammen mit einem Schreiben vom 26. Juli 2007) hervorgeht, dass das Sekretariat des Rechtsvertreters vom kantonalen Denkmalpfleger darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass die Kommission die Unterschutzstellung beantrage. Der Stadtrat nehme dazu Stellung. Die Direktion des Innern bzw. der Regierungsrat würden anschliessend darüber entscheiden. Am 17. Juli 2007 erkundigte sich der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer nach einem Bericht, der beim Augenschein in Aussicht gestellt worden sei. Mit Schreiben vom 18. Juli 2007 teilte der kantonale Denkmalpfleger dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit, dass eine Stellungnahme des Stadtrates nach den Sommerferien in Aussicht gestellt worden sei. Man werde die Beschwerdeführerin über die weiteren Verfahrensschritte informieren, sobald man im Besitze dieser Stellungnahme sei. Am 11. September 2007 beschloss der Stadtrat von Zug, der Unterschutzstellung des Gebäudes R. R. zuzustimmen. Eine Kopie dieses Beschlusses ging auch an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin. Am 2. Oktober 2007 stellte das Amt für Denkmalpflege und Archäologie dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer die Verfügung der Direktion des Innern vom 3. Oktober 2007 (!) zu.

c) Der Beschwerdeführerin, welche eine Entlassung des Gebäudes R. R. aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler beantragt hatte, wurde am 2. bzw. 3. Oktober 2007 eine Verfügung der Direktion des Innern zugestellt, die genau das Gegenteil

von dem hoheitlich anordnete, was sie beantragt hatte. Es wurde ihr während des Verfahrens keine Möglichkeit geboten, sich vor dem Erlass der für sie klar nachteiligen Verfügung zu äussern, Akteneinsicht zu nehmen, Beweise zu beantragen und/oder sich zum Beweisergebnis zu äussern. Nach dem Eingang der Stellungnahme des Stadtrates von Zug hätte der Beschwerdeführerin formell Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden müssen. Sie konnte zu den Abklärungen und zum Antrag der Denkmalkommission und zum Beschluss des Stadtrates nicht Stellung nehmen und so ihre gegenteiligen Argumente nicht einbringen. Damit haben die Denkmalkommission und die Direktion des Innern das rechtliche Gehör verletzt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides.

3. Kommt eine Rechtsmittelinstanz zum Schluss, dass ein angefochtener Entscheid das rechtliche Gehör verletzt, so ist sie an sich verpflichtet, diesen Entscheid aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruchs aufzuheben. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann nach der Praxis des Bundesgerichts aber im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, das eine Prüfung im gleichem Umfang wie durch die Vorinstanz erlaubt. Zudem muss der Betroffene über die gleichen Möglichkeiten der Mitwirkung und der Durchsetzung seiner rechtlichen Interessen verfügen wie im vorinstanzlichen Verfahren (vgl. hierzu Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, § 8 N 48). Die Heilung des rechtlichen Gehörs wird im Allgemeinen mit verfahrensökonomischen Überlegungen gerechtfertigt. Namentlich kann eine Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs als formalistischer Leerlauf bezeichnet werden, wenn sie nur zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führt. So kann z.B. die Gutheissung einer materiell aussichtslosen Beschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs bei den Verfahrensbeteiligten falsche Hoffnungen in der Sache wecken. Es gibt aber auch Gründe, die gegen eine Heilung der Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren sprechen. Mit diesem Vorgehen wird dem Betroffenen der Instanzenzug verkürzt und zugleich die «Bürde» auferlegt, sich gegen einen bereits ergangenen negativen Entscheid zur Wehr setzen und einen erhöhten Argumentationsaufwand betreiben zu müssen. Nicht denkbar ist eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren, wenn die Rechtsmittelinstanz dadurch gezwungen wird, die von der Vorinstanz versäumten Sachverhaltsvermittlungen nachzuholen. Allgemein kann gesagt werden, dass eine Heilung der Gehörsverletzung nur dann ins Auge gefasst werden sollte, wenn sie im Interesse des Betroffenen liegt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, S. 204 N 987 mit Hinweisen). Auf keinen Fall rechtfertigt

sich aber, dass die Rechtsmittelbehörde Sachverhaltsabklärungen trifft, die von der Vorinstanz, welche im Rahmen von § 12 VRG eine umfassende Abklärungspflicht trifft, versäumt worden oder falsch durchgeführt worden sind. Dies ist im Folgenden zu prüfen:

a) Die Beschwerdeführerin beanstandet am vorinstanzlichen Verfahren, sie habe keine Einsicht in die Protokolle der Augenscheine nehmen können. Ein Augenschein diene der Sachverhaltsfeststellung und sei ein Beweismittel. Wenn kein Protokoll erstellt werde, so könne sich die Direktion des Innern auch nicht auf «festgestellte» Fakten berufen. Es hätte der Beschwerdeführerin Gelegenheit geboten werden müssen, sich zum Ergebnis des Augenscheins zu äussern und z.B. unrichtige Sachverhaltsfeststellungen zu korrigieren. Beim ersten Augenschein vom 9. Mai 2007 seien nur die Kellerräume, das Untergeschoss und das Restaurant besichtigt worden. Der Augenschein sei wie ein «Stummfilm» abgelaufen. Faktische Feststellungen seien keine gemacht worden, und entsprechend habe es auch kein Ergebnis des Augenscheins gegeben. Obwohl die Sekretärin der Kommission anwesend gewesen sei, sei kein Augenscheinprotokoll erstellt worden. Es könne kein «Ergebnis» des Augenscheins als Beweis anerkannt werden und die Behauptungen in tatsächlicher Hinsicht müssten bestritten werden. Die behauptete Besichtigung einer Kommissionsdelegation vom 31. Mai 2007 sei nicht korrekt angekündigt worden. Weder der Rechtsvertreter noch eine der Beschwerdeführerinnen seien eingeladen worden. Es sei auch nirgends festgehalten, welche Erkenntnisse aus den beiden Augenscheinen gezogen worden seien. Es sei die Pflicht der Vorinstanz, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären und in der Begründung wiederzugeben. Die Verpflichtung zur Sachverhaltsabklärung könne nicht der Beschwerdeinstanz mit dem Hinweis überlassen werden, diese habe umfassende Kognitionsbefugnis und könne die Verletzung des rechtlichen Gehörs heilen. Dies würde zu einer verfahrensmässigen Schlechterstellung der Beschwerdeführerin führen, wenn das Verwaltungsgericht als zweite Instanz die Sachverhaltsabklärungen vornehmen müsste. Die Direktion des Innern führt in ihrer Vernehmlassung diesbezüglich aus, die Beschwerdeführerin sei an den beiden Augenscheinen vertreten gewesen. Der Rechtsvertreter und Frau A.B. seien von den Mitgliedern der Denkmalkommission befragt worden und hätten ausführlich Gelegenheit erhalten, sich zu der allfälligen Unterschützstellung zu äussern. Ihre Einwände seien von den Kommissionsmitgliedern zur Kenntnis genommen und bei der Beratung berücksichtigt worden. Die Kommission führe über die Durchführung eines Augenscheins kein eigenes Protokoll. Die wesentlichsten Ergebnisse würden aber im Protokoll der Kommissionssitzung festgehalten, die in aller Regel unmittelbar im Anschluss an den Augenschein durchgeführt würden.

b) Nach § 13 Abs. 1 VRG kann eine Behörde zur Feststellung des Sachverhalts unter anderem Augenscheine vornehmen. Gemäss § 14 Abs. 1 VRG gelten für das Beweisverfahren, insbesondere auch für den Augenschein, sinngemäss die entsprechenden Bestimmungen der Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 (ZPO; BGS 222.1). Diese bestimmt in § 179, dass der Augenschein entweder durch die Gesamtbehörde oder eine Abordnung unter Beizug des Sekretärs/der Sekretärin und in Gegenwart der Parteien vorgenommen wird. Über die Durchführung des Augenscheins wird ein Protokoll geführt, welches den Parteien nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs zur Einsichtnahme offen steht (Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, S. 164). Nach der Praxis des Bundesgerichts kann auf das Protokoll eines Augenscheins nicht verzichtet werden, wenn die Äusserungen der Parteien im angefochtenen Entscheid nicht hinlänglich wiedergegeben werden (BGE 126 I 213, BGE 1C.134/2007, vom 24. Januar 2008, Erw. 3.2). Die wesentlichen Ergebnisse des Augenscheins sind in einem Protokoll, Aktenvermerk oder zumindest im Entscheid klar zum Ausdruck zu bringen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV ist bei einem Augenschein nur gewahrt, wenn die durchführende Behörde die wesentlichsten Ausführungen der beteiligten Parteien tatsächlich zur Kenntnis nimmt und pflichtgemäss würdigt. Dafür besteht aber nur Gewähr, wenn deren Ausführungen zu Protokoll genommen werden. Dabei müssen nicht alle Äusserungen der Parteien protokolliert werden. Es genügt, wenn sich das Protokoll auf die für die Entscheidungsfindung im konkreten Fall wesentlichen Punkte beschränkt. Das Protokoll dient dabei der entscheidenden Behörde nicht nur als Gedächtnisstütze, sondern es gibt auch Auskunft über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften und versetzt die Rechtsmittelinstanz später in die Lage, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen.

c) Von den beiden Augenscheinen vom 9. bzw. 31. Mai 2007 wurde kein Protokoll erstellt. Im Protokoll über die an den ersten Augenschein anschliessende Sitzung der Denkmalkommission finden sich kaum Hinweise auf den Augenschein. Insbesondere wurden keine Äusserungen der Parteien wiedergegeben. Festgehalten wird lediglich, dass im Innern die gestemmtten Decken und Parkettböden der Restaurationsräume als alte Elemente sichtbar seien und dass sonst das Gebäude tiefgreifend saniert worden sei. Im zweiten Protokoll steht lediglich, dass sich das Gebäude in baulich gutem Zustand befinde. In der angefochtenen Verfügung wird lediglich auf die beiden Augenscheine verwiesen. Weitergehende Ausführungen finden sich dazu nicht. Die Behauptung der Direktion des Innern, die Erkenntnisse der Augenscheine seien in den Protokollen der anschliessenden Kommissionssitzungen festgehalten und diskutiert worden, trifft nicht zu. Die beiden Protokolle enthalten keine Angaben über Äusserungen der Vertreter der Beschwerdeführerin.

Ebenfalls unzutreffend ist die Behauptung, dass sich die Vertreter der Beschwerdeführerin bei beiden Augenscheinen gegen eine allfällige Unterschutzstellung ausgesprochen hätten und dass diese Argumente unter Bst. B der angefochtenen Verfügung aufgeführt worden seien. Unter Bst. B der angefochtenen Verfügung wird wörtlich das Gesuch um Entlassung des Restaurants Rötberg aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler wiedergegeben und keine weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin. Die Sachverhaltsermittlung durch die Vorinstanz war bezüglich der beiden Augenscheine, die gerade bei der Frage nach der Unterschutzstellung eines Objekts von grosser Wichtigkeit sind, vor allem in formeller Hinsicht ungenügend. Es kann nicht einmal mehr zweifelsfrei festgestellt werden, wer an den jeweiligen Augenscheinen anwesend war, geschweige denn, was die Anwesenden geäussert und was die Kommission bzw. die Delegation festgestellt hat. Auch diesbezüglich wurde der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör in erheblichem Mass verletzt.

d) Unter diesen Umständen lässt sich die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz nicht in diesem Verfahren nachträglich heilen, auch wenn das Gericht gestützt auf § 63 VRG volle Kognition hat und die angefochtene Verfügung nicht nur auf Rechtsfehler, auf unrichtige und ungenügende Feststellung des Sachverhalts, sondern auch auf Ermessensfehler überprüfen kann. Es ist nicht Sache des Verwaltungsgerichts die von der Vorinstanz nicht ordnungsgemäss durchgeführten Sachverhaltsermittlungen nachträglich vorzunehmen. Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2008

V 2007/142

VRG; StGB. – Strafvollzug in Form der Halbgefangenschaft, Gesuch um Strafaufschub. Es ist zulässig, sich per elektronischer Post mit einer Amtsstelle oder einem Gericht in Verbindung zu setzen, vorbehaltlich von Fragen der Beweisbarkeit bzw. der Authentizität. Bedeutung der Mitwirkungspflicht im Falle gescheiterter elektronischer Übermittlung. Fehlende materielle Rechtskraft eines negativen Verwaltungsakts und Voraussetzungen eines Wiedererwägungsgesuchs.

Aus den Erwägungen:

3. a) Im vorliegenden Fall hat das kantonale Amt für Straf- und Massnahmenvollzug

(ASMV) den Beschwerdeführer mit eingeschriebener Postsendung vom 30. Januar 2008 auf die Möglichkeit der Strafverbüßung in Form der Halbgefangenschaft hingewiesen. Er wurde aufgefordert, bis 27. Februar 2008 seine schriftliche «Einwilligung» und den Nachweis einer Beschäftigung gemäss beiliegendem Merkblatt einzureichen. Mit E-Mail vom 6. Februar 2008 teilte der Beschwerdeführer dem Sachbearbeiter der Amtsstelle unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 30. Januar 2008 mit, dass er am 27. Februar 2008 ferienabwesend sei und dass der 27. März 2008 ein besseres Datum wäre. Er fügte die Bemerkung hinzu, dass offenbar ein Sozialeinsatz nicht möglich sei, weshalb Rechtsanwalt S. für ihn eine Revision des Urteils verlangen werde, d.h. eine Reduktion auf 6 Monate inklusive der U-Haft, was einen Sozialeinsatz ermöglichen würde. Er erwarte von der Amtsstelle eine Bestätigung ihrer Kenntnisnahme. Daraufhin wandte sich die Amtsstelle mit eingeschriebenem Brief vom 8. Februar 2008 an den Beschwerdeführer. Es wurde ausgeführt, dass ohne anderen Bericht vom Gericht das Urteil zu vollziehen sei. Somit sei auch die von der Amtsstelle angesetzte Frist einzuhalten. Ferien seien kein Verhinderungsgrund, um ein schriftliches Gesuch um Strafverbüßung in Form der Halbgefangenschaft zu stellen. Sobald ein entsprechendes Gesuch inklusive Nachweis einer Beschäftigung gemäss Merkblatt fristgerecht vorliege, würde er zu einem Vollzugsgespräch eingeladen werden. Ein Termin würde ihm vorgeschlagen werden. Fristgerecht hat der Beschwerdeführer daraufhin mit Einschreibebrief vom 19. Februar 2008 (Poststempel vom 22. Februar 2008) ein entsprechendes Gesuch eingereicht und diesem eine Arbeitsbestätigung über ein freies Arbeitsverhältnis als Wirtschaftsjournalist beim BLICK als seinem «Hauptarbeitgeber» beigelegt. Er bemerkte, das allfällige Revisionsgesuch werde von seinem Anwalt noch nachgereicht. Mit Schreiben vom 25. Februar 2008 wurde der Beschwerdeführer per 11. März 2008 zu einer Vollzugsbesprechung betreffend Halbgefangenschaft eingeladen, mit dem Hinweis, dass um Rückmeldung gebeten werde, falls dieser Termin nicht passen sollte. Nachdem der Beschwerdeführer den Termin nicht wahrgenommen hatte, teilte ihm die Amtsstelle mit eingeschriebenem Schreiben vom 12. März 2008 mit, dass er am 25. Februar 2008 zu einem Vollzugsgespräch auf 11. März 2008 eingeladen worden sei und diesem Termin unentschuldigt ferngeblieben sei. Er werde daher erneut auf den 2. April 2008 auf das Amt eingeladen. Sollte dieser Termin nicht passen, werde eine Rückmeldung erwartet. Sollte er erneut unentschuldigt dem Termin fernbleiben, werde davon ausgegangen, dass er kein Interesse an einem Vollzug in Form der Halbgefangenschaft habe, weshalb die Strafverbüßung dann im Normalvollzug stattzufinden hätte. Sein erwähntes Revisionsgesuch sei dem Amt zukommen zu lassen bzw. allenfalls zum Termin mitzubringen. Auch müsse er Belege über einen Beschäftigungsgrad von mindestens 50% an die Amtsstelle einreichen oder ebenfalls zum angesetzten Termin mitbringen. Für

Rückfragen oder Terminverschiebungen stehe man ihm jederzeit gerne zur Verfügung. Nachdem der Beschwerdeführer dem angesetzten Termin erneut nicht nachgekommen war und auch nicht die geforderten Unterlagen eingereicht hatte, wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben der Amtsstelle vom 4. April 2008 (eingeschrieben, nicht abgeholt) bzw. vom 18. April 2008 (A-Post) die Vorladung zum Strafantritt per 19. Mai 2008 bei der Zuger Polizei zugestellt. Am 18. Mai 2008 teilte der Beschwerdeführer per E-Mail dem ASMV mit, dass die ihm unterstellte Nichtkooperation bei der Besprechung der Halbgefangenschaft unwahr sei, wobei er als Beweis auf eine E-Mail vom 27. März 2008 hinwies. Er brachte weiter vor, dass er beim zuständigen Gericht einen Revisionsantrag stellen werde und dass als Termin für einen Haftantritt der Herbst 2008 ideal wäre. Am 19. Mai 2008 brachte er bei der Amtsstelle eine Kopie seines Begnadigungsgesuchs an Obergericht und Regierungsrat vorbei. Dabei wurde er vom Sachbearbeiter der Amtsstelle angehalten, seine behaupteten früheren beiden Mails wenigstens nachträglich noch einzureichen. Am 20. Mai 2008 stellte er diese der Amtsstelle per E-Mail tatsächlich noch zu.

b) Der Beschwerdeführer hat von der Amtsstelle zweimal die Möglichkeit eingeräumt erhalten, zur Anhörung und Beurteilung seines Gesuchs um Gewährung des Strafvollzugs in der Form der Halbgefangenschaft persönlich zu erscheinen und die notwendigen Belege schriftlich oder persönlich beizubringen. Zweimal hat er sich per E-Mail bei der Amtsstelle entschuldigt und um einen Ausweichtermin ersucht. Die beiden Mails sind bei der Amtsstelle nie eingetroffen. Ohne dass den offensichtlich technischen Gründen nachzugehen wäre, die eine Zustellung der beiden Mails verhindert haben, so ist festzustellen, dass es für die Beantragung der Verschiebung eines vorgeschlagenen Termins wie auch für die Zustellung von Informationen heutzutage als zulässig zu erachten ist, dass Verfahrensbeteiligte sich per elektronischer Post mit einer Amtsstelle oder sogar einem Gericht in Verbindung setzen, solange sich keine Fragen der Beweisbarkeit bzw. der Authentizität stellen. Dies traf vorliegend zweifellos zu, zumal der zuständige Sachbearbeiter auf den amtlichen Schreiben nebst seiner Telefonnummer auch jeweils seine E-Mail-Adresse mit angeführt hat. Trotzdem kann vorliegend der Beschwerdeführer aus diesem Umstand nichts zu seinen Gunsten ableiten, weil im zweiten, eingeschrieben zugestellten Schreiben der Amtsstelle vom 12. März 2008, mit dem er noch einmal auf den 2. April 2008 auf das Amt eingeladen wurde, der Hinweis enthalten war, dass für eine allfällige Terminverschiebung eine Rückmeldung erwartet werde und dass «bei erneutem unentschuldigtem Fernbleiben» vom Termin davon ausgegangen werde, dass er kein Interesse an einem Vollzug in Form der Halbgefangenschaft habe, weshalb die Strafverbüßung dann im Normalvollzug stattzufinden hätte.

Wenn er auf dieses zweite Schreiben hin, aus dem absolut klar hervorging, dass seine E-Mail-Nachricht vom 10. März bei der Amtsstelle nicht eingetroffen war, wiederum lediglich ein E-Mail an den Sachbearbeiter richtete, ging er aber bewusst das Risiko ein, dass auch sein zweites Mail bei der Amtsstelle nicht eintreffen könnte. Wenn er unter diesen Umständen darauf verzichtete, sich telefonisch oder postalisch an die Amtsstelle zu wenden, um einerseits klarzustellen, dass kein Säumnis von seiner Seite vorgelegen habe, und andererseits sicherzustellen, dass ihm ein neuer Termin eingeräumt würde, hat er es sich aber selber zuzuschreiben, dass die Amtsstelle tatsächlich von seinem Antrag auf Verschiebung des Termins keine Kenntnis erhalten hatte und seine Behauptung vom 18. Mai ohne Belege über eine E-Mail-Antwort vom 27. März 2008 als nicht glaubwürdig taxierte. Nachdem der Beschwerdeführer bis dahin auch keine Substantiierung seines Gesuchs beigebracht hatte, durfte sie ankündigungsgemäss davon ausgehen, dass er gar kein Interesse an der Vollzugsform der Halbfangenschaft oder an einem Strafaufschub habe. Gestützt darauf hat die Amtsstelle zu Recht verfügt, dass mangels Substantiierung seines Gesuchs der Vollzug als Normalvollzug zu erfolgen habe und kein Strafaufschub erfolgen könne. Die vom Beschwerdeführer in diesem Punkt vorgebrachten Argumente dringen nicht durch. Es lag in seinem Interesse, der Amtsstelle rechtzeitig seinen Anspruch darzulegen und nachzuweisen, dass er Anspruch auf die Vollzugsform der Halbfangenschaft oder auf einen Strafaufschub habe. Er kann den Beweis nicht erbringen, dass seine E-Mails bei der Amtsstelle eingetroffen sind (erst nach dem Ergehen der angefochtenen Verfügung hat er sie noch an die Amtsstelle übermittelt). Die Untersuchungsmaxime der Verwaltungsbehörden wird durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert. Diese kann sich aus dem Gesetz oder aus der Natur der Sache ergeben. Kann von den Privaten nach den Umständen eine Äusserung oder eine Handlung erwartet werden und bleibt eine solche aus, so haben die Behörden nicht nach Tatsachen zu forschen, die nicht aktenkundig sind. Eine Mitwirkungspflicht besteht insbesondere für die Beschaffung von Unterlagen, welche nur die Parteien liefern können, und für die Abklärung von Tatsachen, welche eine Partei besser kennt als die Behörden. Verweigern die Parteien in einem Verfahren, das durch ihr Begehren eingeleitet worden ist, die notwendige und zumutbare Mitwirkung, so muss die Behörde auf das Begehren nicht eingehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1626 ff. mit Hinweisen; BGE 124 II 365). Das rechtliche Gehör dient nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar (GVP 2001 Nr. 12; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1673 mit Hinweis auf BGE 129 I 232, 236; 127 I 54, 56; 124 I 241, 242). Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet das Recht des Betroffenen,

Beweisanträge stellen zu können, verbunden mit dem Anspruch, dass die beantragten Beweise auch abgenommen werden (vgl. M. Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Bern 2000, S. 372 ff.). Vorliegend ist der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht insofern nicht nachgekommen, als er der Amtsstelle innert der ihm angesetzten Frist im Zusammenhang mit seinem Gesuch weder die erforderlichen Unterlagen einreichte noch den wiederholt angebotenen persönlichen Besprechungstermin wahrnahm. Dass seine Mitteilungen über die gewünschten Terminverschiebungen nicht bei der Amtsstelle ankamen, muss er sich wie erwähnt aufgrund des an ihn ergangenen zweiten Schreibens der Amtsstelle selber zuschreiben, indem er es unterliess, beim zweiten Mal für eine sichere Übermittlung besorgt zu sein und deren Erfolg zu kontrollieren. Der Amtsstelle kann kein Vorwurf gemacht werden. Aufgrund seiner E-Mail-Nachricht vom 18. Mai 2008 konnte sie zum Schluss kommen, dass es sich um eine blosser Behauptung im Sinne einer Verfahrensverzögerung handle, so dass sie ihren Verfahrenspflichten aus Gesetz und anwendbaren Richtlinien nachkam, wenn sie daraufhin ohne Weiterungen die angefochtene Verfügung erliess. Demzufolge muss die Beschwerde abgewiesen werden. Die Amtsstelle wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids umgehend verfügungsweise einen neuen Termin für den Strafantritt festzulegen haben.

4. Immerhin ist aber gleichzeitig festzustellen, dass ein Gesuch um Gewährung der Vollzugsform der Halbgefangenschaft wie allenfalls auch um einen Strafaufschub jederzeit wieder neu eingereicht werden kann, indem es keine (materielle) Rechtskraft eines negativen Verwaltungsakts gibt (vgl. Max Imboden/René A. Rhinow, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Band I, 6. Auflage, Basel/Frankfurt a. M. 1985, Nr. 42 B. I mit Hinweisen). Ein Wiedererwägungsgesuch ist jederzeit möglich, da es sich beim hier umstrittenen Gesuch nicht um ein an Fristen gebundenes Rechtsmittel handelt. Allerdings ist eine Behörde nach den von Rechtsprechung und Lehre aus Art. 9 der Bundesverfassung (BV, SR 101) abgeleiteten Grundsätzen nur dann verpflichtet, sich mit einem Wiedererwägungsgesuch zu befassen, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben, oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (vgl. BGE 124 II 6; 120 Ib 46). Vorliegend steht es dem Beschwerdeführer deshalb frei, mit einem neuen, substantiierten Gesuch um Gewährung der Halbgefangenschaft oder einen Strafaufschub an die Amtsstelle zu gelangen, wobei letztere nur im Falle eines liquiden Sachverhalts zur Wiedererwägung verpflichtet ist. Beispielsweise reicht die bereits eingereichte, allgemeine

«Bestätigung» der Chefredaktion über eine regelmässige journalistische «Beschäftigung» für die Zeitung BLICK keineswegs aus, um wie erforderlich eine aktuelle berufliche Beanspruchung mit einem Beschäftigungsgrad von wenigstens 50 Prozent nachzuweisen. Es bedürfte nachprüfbarer Angaben über Arbeitsort und Arbeitszeiten. Dem Beschwerdeführer wäre dabei anzuraten, sicherzustellen, dass seine Kommunikation mit der Amtsstelle wirksam ist, beispielsweise indem er sich von der Amtsstelle die Zustellung seiner postalischen oder anderweitigen Eingaben unmittelbar bestätigen liesse bzw. indem er auf eine erkennbar nicht erfolgte Zustellung rechtzeitig reagieren würde.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. Juli 2008

V 2008/92

(Das Bundesgericht trat auf eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in Strafsachen mit Entscheid vom 5. September 2008 nicht ein.)

Art. 61 lit. f ATSG – Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. Durch die ungenügende Mitwirkung des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers sind seine Einkommensverhältnisse und damit seine Bedürftigkeit im Verwaltungsvorgang unbewiesen geblieben. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers aufgrund der nachgereichten Unterlagen ausgewiesen. Die Übernahme der Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege erfolgt aber erst ab Einreichung der Beschwerde gegen die Verfügung betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Aus den Erwägungen:

...

7.

...

7.4

Es stellt sich nun die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Kostenbefreiung bzw. die Übernahme der Kosten der Rechtsvertretung erfolgt. In der Regel ist der Zeitpunkt der Gesuchstellung relevant. Eine rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist aber prinzipiell abzulehnen, sie ist grundsätzlich nur auf

die Zukunft gerichtet (vgl. BGE 122 I 203). Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, der die rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege rechtfertigen würde, zumal der Kammervorsitzende das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand vom 15. September 2008 zu Recht abgewiesen hat. Vielmehr wäre es Pflicht des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers gewesen, rechtzeitig notwendige Belege in Bezug auf die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers selber anzufordern und dem Gericht zusammen mit den Formularen bei-zubringen oder anzukündigen. Die Beschwerde vom 28. November 2008 ist folglich auch als neues Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand zu betrachten. Damit ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung im Hauptverfahren zu bejahen, allerdings erst ab Einreichung der Beschwerde gegen die Verfügung vom 27. Oktober 2008, demnach ab 28. November 2008.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Dezember 2008

S 2008/215

5. Steuerrecht

§ 191 Abs. 1 Bst. b StG – Steueraufschub. Was ist unter der Formulierung «..., soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird » zu verstehen ?

Aus dem Sachverhalt:

Mit Kaufvertrag vom 3. Mai 2007 verkaufte A.B. einen Miteigentumsanteil von 138/1000 am Grundstück GS Nr. ..., Sonderrecht an einer 5-Zimmer-Wohnung, an C. D. und E.F. zu einem Kaufpreis von Fr. 749'000.-. Am 5. August 2007 reichte er bei der Grundstückgewinnsteuer-Kommission der Gemeinde X. (im Folgenden Kommission genannt) die Steuererklärung ein und machte neben einem Verkaufserlös von netto Fr. 738'518.80 Anlagekosten im Betrag von Fr. 629'998.50 geltend. Insgesamt wies er einen Grundstücksgewinn von Fr. 108'520.30 aus. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um Gewährung eines Steueraufschubs infolge Ersatzbeschaffung. Mit Veranlagungsentscheid vom 27. September 2007 korrigierte die Kommission die Anlagekosten auf den Betrag von Fr. 625'658.- und setzte den Grundstücksgewinn mit Fr. 112'861.- fest. Der Grundstücksgewinnsteuerbetrag wurde auf Fr. 11'286.- festgesetzt. Bezüglich des Gesuchs um Steueraufschub infolge Ersatzbeschaffung stellte die Kommission fest, dass dieser Steueraufschub nicht

gewährt werden könne. Gegen diesen Veranlagungsentscheid reichte A. B. am 23. Oktober 2007 bei der Kommission Einsprache ein, welche mit Einspracheentscheid vom 4. Juli 2008 abgewiesen wurde. Gegen diesen Einspracheentscheid reichte A. B. am 30. Juli 2008 beim Verwaltungsgericht Rekurs ein und beantragte, der Einspracheentscheid sei aufzuheben, das Gesuch um Steueraufschub sei zu bewilligen und die bereits bezahlte Grundstückgewinnsteuer sei zurückzuerstatten. Zur Begründung führte er aus, es habe sich rechtlich und ökonomisch stets um eine Ersatzbeschaffung gehandelt, denn er habe immer beabsichtigt, die Wohnung wegen des Hauskaufs in K. zu verkaufen. Weiter sei es der Stiftung Z. als Mieterin gar nicht möglich gewesen, die Wohnung zu kaufen. Zudem habe es sich bei ihr um eine steuerbefreite soziale Institution gehandelt, wobei diese Komponente bei der Beurteilung seines Gesuchs ausser Betracht gelassen worden sei. Mit Vernehmlassung vom 23. September 2008 lässt die Kommission die vollumfängliche Abweisung des Rekurses beantragen.

Aus den Erwägungen:

1. ...

2. Der Grundstückgewinnsteuer unterliegen Gewinne, die aus der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens oder von Anteilen an solchen erzielt werden (§ 189 Abs. 1 StG). Gemäss § 191 Abs. 1 Bst. b StG besteht Anspruch auf Steueraufschub bei Handänderungen zum Zwecke der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften in der Schweiz infolge Veräusserung von dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum am Wohnsitz der steuerpflichtigen Person, soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Diese Formulierung des StG, welche durch die Änderung vom 30. März 2006 (Inkrafttreten am 1. Januar 2007) gegenüber der alten Fassung etwas flexibler gestaltet wurde, steht im Einklang mit Art. 12 Abs. 3 lit. e des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14). Gemäss dieser Bestimmung wird die Besteuerung aufgeschoben bei Veräusserung einer dauernd und ausschliesslich selbst genutzten Wohnliegenschaft (Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung), soweit der dabei erzielte Erlös innert angemessener Frist zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Die Begriffe «dauernd und ausschliesslich selbstbewohnt» werden vom Bundesgesetzgeber nicht näher definiert, so dass den Kantonen ein breiter Ermessensspielraum bleibt, den sie mit ihrer Gesetzgebung ausfüllen können.

a) Grundvoraussetzung für einen Steueraufschub im Sinne von Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG ist, dass es sich um eine Ersatzbeschaffung handelt, bei der ein Grundstück veräussert wird, und adäquat kausal mit dieser Veräusserung zusammenhängend ein Ersatzobjekt mit derselben wirtschaftlichen Funktion durch den Veräusserer erworben wird (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 2006, § 216 Rz 264 f., 266). Da das Ersatzgrundstück nach zugerischem Steuergesetz auch bereits vor dem Verkauf des bisherigen Eigentums erworben worden sein kann – es gilt eine Frist von in der Regel zwei Jahren vor oder nach der Handänderung gemäss § 191 Abs. 1 lit. b StG – setzt der Steueraufschub nicht direkt voraus, dass der tatsächlich erzielte Erlös für die ersatzweise Beschaffung eines Grundstücks verwendet wird, sondern es können somit auch eigene Mittel berücksichtigt werden, die bereits vor der Veräusserung vorhanden waren und adäquat-kausal für den Erwerb des Ersatzgrundstückes eingesetzt worden sind (vgl. auch Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 216, N. 271 und zur Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichtes RB 1990 Nr. 54, RB 1992 Nr. 48).

b) Der Kanton Zug kannte vor der Revision des § 191 Abs. 1 Bst. b StG eine absolute Frist von zwei Jahren. Auf Antrag der vorberatenden Kommission vom 24. Oktober 2005 (Vorlage: 1341.5; Laufnummer: 11'864 ff.) wurde der Wortlaut wie folgt geändert: «..., soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert 2 Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird». Dieser Antrag wurde im Kantonsrat diskussionslos angenommen, so dass dieser ins Gesetz Eingang fand. Aus dem Bericht der vorberatenden Kommission lässt sich hierzu entnehmen, dass bereits im Rahmen der Steuergesetzrevision im Jahr 2000 die Meinung vertreten worden sei, dass eine Ersatzbeschaffung «in der Regel innerhalb von zwei Jahren» vorzunehmen sei. Man wollte aber eine exakte Festlegung der Fristen der Praxis der Grundstücksgewinnsteuerämter überlassen und verzichtete damals auf den Zusatz «in der Regel». Da aber die Grundstücksgewinnsteuerämter die zweijährige Frist – unabhängig davon, ob die Ersatzbeschaffung vor oder nach der Handänderung geschah – aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes absolut anwendeten, erfüllte sich die von der damaligen Kommission bezweckte Flexibilisierung dieser Frist nicht, weshalb man wieder zur ursprünglich vorgesehenen Formulierung des Gesetzeswortlauts zurückkehren wollte. Ausdrücklich heisst es im Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission weiter, «eine Ausdehnung der Zweijahresfrist dürfe nur in Spezialfällen zur Anwendung kommen, und nicht die Regel werden» (S. 19).

c) Für den Eigentümer bedeutet die vorzeitige Anschaffung des Ersatzgutes eine finanzielle Doppelbelastung. In dieser Zeit muss er beide Güter unterhalten bzw.

finanzieren. In Bezug auf das Eigenheim ist damit namentlich an die doppelte Hypothekarbelastung zu denken. Aus wirtschaftlicher Sicht hat der Eigentümer deshalb ein Interesse, das zu ersetzende Objekt möglichst rasch abzustossen. Umgekehrt lässt eine längere Haltedauer darauf schliessen, dass es nicht um den Ersatz eines Objekts, sondern vielmehr um das Ausnutzen von Marktchancen für das zu verkaufende Objekt geht. In einem solchen Fall stellt das neue Objekt nicht Ersatz für das Alte dar, sondern bildet im Rahmen längerfristigen Vermögensumbaus eine Reserve. Die Problematik liegt darin, dass der Übergang von bloss noch vorübergehendem Halten des Verkaufsobjektes zum gezielten Halten zwecks Ausnutzung von Marktchancen fliessend ist und auch die der anfänglichen Handlung des Steuerpflichtigen zu Grunde liegende Absicht sich wandeln kann. Es ist darum legitim, wenn der kantonale Gesetzgeber, gerade weil die Missbrauchsgefahr bei der vorgängigen Ersatzbeschaffung höher ist als bei der nachträglichen Ersatzbeschaffung, Fristen dafür einführt. Aus diesem Blickwinkel ist auch der Erlass von fixen, nicht verlängerbaren oder gar sehr kurzen Fristen legitim, wird doch dadurch nicht zuletzt eine gewisse Gleichbehandlung aller Steuerpflichtigen erreicht und Missbräuchen vorgebeugt (vgl. BGE 2A.445/2004 vom 7. Juni 2005, Ziff. 6.1 ff., Steuerrevue Nr. 10/2005, S. 777 f.). Der Kanton Zug verzichtete in der seit 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Revision des Steuergesetzes auf eine absolute Fixierung der Fristen in § 191 Abs. 1 lit. b StG, dies vornehmlich aus Flexibilisierungsüberlegungen und zur Milderung von Härtefällen. Der Gesetzgeber machte denn aber auch kund, dass diese Flexibilisierung über die zweijährige Frist hinaus nur sehr zurückhaltend gewährt werden solle und keines Falles zur Regel werden dürfe.

3. a) Im vorliegenden Fall macht der Rekurrent geltend, dass er das Verpassen der zweijährigen Frist nicht bestreite. Dies sei aber nur aufgrund seiner sozialen Einstellung zur Stiftung Z., welcher er seine Wohnung seit dem 1. Juni 2004 zwecks Realisierung einer betreuten Wohngemeinschaft vermietet habe, eingetreten. Der Rekurrent bestreitet vehement, dass er nach seinem Auszug aus der Wohnung am 8. April 2004 eine Vermietung der Wohnung angestrebt habe. Aus den Akten ergibt sich, dass der Rekurrent nach dem Kauf der Ersatzliegenschaft in Y. am 13. Februar 2003 (welche erst am 10. April 2004 bezugsbereit war), die L. GmbH am 10. Juli 2003 mit dem Verkauf der 5-Zimmer-Wohnung beauftragte, worauf die Wohnung von August 2003 bis Januar 2004 im Internet zum Verkauf angeboten wurde. Aus den Monatsreporten der L. GmbH ergibt sich, dass sich verschiedene Interessenten meldeten, dass es aber nicht zum Abschluss eines Kaufvertrages kam (vgl. hierzu z.B. Monatsrechnung für den Monat November 2003). Von Januar bis März 2004 versuchte die Firma P. die Wohnung – vorwiegend mit Hilfe von Inseraten im Amtsblatt – zu verkaufen. Ende April 2004 kam es zu Kontakten mit der Stiftung Z.

betreffend Abschluss eines Mietvertrages. Per 1. Juni 2004 einigte man sich auf ein unbefristetes Mietverhältnis mit einem Netto-Mietzins von Fr. 2'400.– für die Wohnung plus einen separaten Bastelraum. Im Mai 2004 liess der Rekurrent durch die Firma K. in der Wohnung neue Parkettböden verlegen (Rechnung vom 26. Mai 2004 im Betrag von Fr. 12'346.80). Nach dem Abschluss des Mietvertrages sind bis Januar 2007 keine Verkaufsbemühungen mehr dokumentiert. Am 12. Januar 2007 schloss der Rekurrent mit O. B. einen Mäklervertrag ab. Die anschliessenden Bemühungen führten rasch zum Ziel, indem am 3. Mai 2007 der hier zu beurteilende Kaufvertrag abgeschlossen werden konnte. Der Mietvertrag mit der Stiftung Z. wurde per 30. September 2007 gekündigt und per 1. Oktober 2007 erfolgte der Eigentumsübergang auf die neuen Eigentümer mit Rechten und Pflichten sowie Nutzen und Gefahr. Aus diesen Fakten ergibt sich, dass der Rekurrent anfänglich den raschen Verkauf der Wohnung ins Auge fasste, dann aber – nach dem Abschluss des Mietvertrages mit der Stiftung Z. – für längere Zeit von jeglichen Verkaufsbemühungen Abstand nahm.

b) Während acht Monaten hat der Rekurrent in den Jahren 2003 und 2004 Verkaufsbemühungen unternommen und verschiedene Makler mit dem Verkauf beauftragt. Weil diese Verkaufsbemühungen ohne Erfolg blieben, entschied er sich, die Wohnung auf unbefristete Zeit zu vermieten. Mit wem er diesen Mietvertrag abgeschlossen hat, spielt aus der Sicht der Grundstückgewinnsteuer keine Rolle. Entscheidend ist vielmehr, dass er es während mehr als zweieinhalb Jahren (April 2004 bis Januar 2007) unterliess, irgendwelche weiteren Verkaufsbemühungen zu unternehmen. Es wäre stets in seiner Macht gelegen, die Wohnung zu verkaufen. Die Frist von § 191 Abs. 1 Bst. b StG ist bei Weitem überzogen. Zwischen den beiden Verkäufen liegen mehr als vier Jahre. Selbst wenn man den Zeitpunkt des Bezuges des neuen Hauses in Y. berücksichtigt, so sind immer noch mehr als drei volle Jahre verstrichen. Durch das unbefristete Vermieten der Wohnung an die Stiftung Z. und die vollumfängliche Einstellung der Verkaufsbemühungen, kann nicht mehr von einer unbeeinflussbaren Situation von Seiten des Beschwerdeführers gesprochen werden. Es kann nicht von einem unbeeinflussbaren «Verpassen» der zweijährigen Frist gesprochen werden, sondern es muss von einem eigenverantwortlichen und nicht zuletzt ökonomisch motivierten Verstreichen der Frist gesprochen werden. Unter diesen Umständen kann nicht von einem Spezialfall im Sinne von § 191 Abs. 1 Bst. b StG gesprochen werden. Das Gericht ist auch der Meinung, dass der Netto-Mietzins von Fr. 2'250.– für das Gebiet von K. durchaus marktkonform war.

c) Zu beachten gilt es noch Folgendes: Die Gesetzesbestimmung von § 191 Abs. 1 Bst. b StG verlangt eine Veräusserung von dauernd und ausschliesslich selbst ge-

nutztem Wohneigentum. Davon kann aber nicht mehr die Rede sein, wenn die fragliche Wohnung vom 1. Juni 2004 bis zum 30. September 2007 an Dritte vermietet war und nur noch bis zum 10. April 2004 effektiv «selbst bewohnt» wurde. Die Kausalität zwischen der Veräusserung eines Objekts und der Beschaffung eines Ersatzobjekts ist hier durch den Zeitablauf und die Tatsache der Drittvermietung unterbrochen worden. Je länger die frühere Wohnung nach dem Kauf eines Ersatzobjekts nicht verkauft wird, desto mehr muss darauf geschlossen werden, dass man beim alten Objekt die Markchancen ausloten und mit dem Verkauf zuwarten wollte. Wird dabei die Frist von zwei Jahren deutlich überschritten, fällt die Möglichkeit des Steueraufschubs wegen Ersatzbeschaffung dahin. Das Gericht zweifelt nicht an der Äusserung des Rekurrenten, dass es stets sein Wille gewesen sei, die Wohnung zur Finanzierung der neuen Wohnung zu verkaufen. Allerdings hat er dabei zu lange zugewartet. Von einem Spezialfall könnte man nur dann reden, wenn z.B. die Wohnung in Y. während längerer Zeit nicht bezugsbereit gewesen wäre. Dies trifft hier aber offensichtlich nicht zu.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2008

A 2008/21

6. Sozialversicherung

Alters- und Hinterlassenenversicherung: Beitragsrechtlicher Status einer Dienstleistungserbringenden (Reinigungskraft)

Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 14. Februar 2007 lehnte die Ausgleichskasse Zug die Aufnahme von A in das Register der Selbständigerwerbenden mit der Begründung ab, aus der Gesamtheit der Umstände ergebe sich, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht erfüllt seien. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Ausgleichskasse Zug mit Einspracheentscheid vom 24. Juli 2007 ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, vorliegend seien die charakteristischen Merkmale einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht erfüllt. Mit Urteil vom 27. Dezember 2007 hiess das Verwaltungsgericht die dagegen erhobene Beschwerde insofern gut, als A als selbständig Erwerbende zu qualifizieren sei. Zur Begründung wies es im Wesentlichen darauf hin, in Berücksichtigung der gesamten Umstände sei eine betriebswirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeit von A zu verneinen. Betreffend den von ihr ausgeführten Reinigungsarbeiten sowie den leichten Garten- und Betreuungsarbeiten würden die

charakteristischen Merkmale einer selbständigen Erwerbstätigkeit überwiegen, weshalb sie dementsprechend als selbständig Erwerbende zu qualifizieren sei. Dieser Qualifikation stehe nicht entgegen, dass sie zur Zeit weder eigene Geschäftsräumlichkeiten benütze noch Personal beschäftige, befinde sich ihr Geschäft doch offenbar erst in der Anfangs- bzw. Aufbauphase. Am 15. Februar 2008 reichte die Ausgleichskasse Zug beim Schweizerischen Bundesgericht eine Beschwerde gegen das erwähnte Urteil des Verwaltungsgerichts ein und beantragte dessen Aufhebung. Mit Urteil vom 5. August 2008 hiess das Schweizerische Bundesgericht die Beschwerde der Ausgleichskasse Zug vom 15. Februar 2008 in dem Sinne gut, als der erwähnte Entscheid des Verwaltungsgerichts aufgehoben und die Sache an dieses zur Durchführung von weiteren Abklärungen und zur Neuentscheidung zurückgewiesen werde. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, das Verwaltungsgericht habe abzuklären, ob A nur für einen limitierten Kreis von wenigen Stammkunden tätig sei (und diesfalls nicht in wesentlich anderem Licht als das Gros der unselbstständig tätigen Reinigungskräfte erscheine) oder ob sie sich durch regelmässige Akquisitionstätigkeit eine grössere Kundschaft zugelegt habe und Einzelaufträge für wechselnde Kunden ausführe. Treffe Letzteres zu, sei sie als selbständig Erwerbende anzuerkennen.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 9 Abs. 1 AHVG ist Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit jedes Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt. Diese Formulierung stellt inhaltlich nur die Negativ-Formulierung von Art. 5 Abs. 2 AHVG dar. Für die Abgrenzung ist deshalb von Art. 5 Abs. 2 AHVG auszugehen. Nach der Rechtsprechung ist für die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht die Rechtsnatur des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses massgebend. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein (vgl. Rz. 1022 und 1024 der Wegleitung über den massgeblichen Lohn, WML). Bei der Beurteilung ist das Entgelt für jede einzelne Tätigkeit gesondert zu prüfen. Bei Versicherten, welche gleichzeitig mehrere Tätigkeiten ausüben, darf es nicht auf den überwiegenden Charakter ihrer Gesamttätigkeit ankommen. Eine solche Gesamtbeurteilung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Folglich ist es ohne Weiteres möglich, dass ein Versicherter für die Tätigkeit bei einer Firma als Unselbständigerwerbender und für eine andere – oder sogar auch

für die gleiche, jedoch für eine andere Aufgabe – als Selbständigerwerbender abrechnen muss (Hanspeter Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, Verlag Stämpfli, Bern, 1996, S. 109).

2.1 Als unselbständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt (BGE 122 V 171, Rz. 1013 ff. WML). Von unselbständiger Erwerbstätigkeit ist gemäss der Umschreibung des EVG auszugehen, wenn u.a. die für den Arbeitsvertrag typischen Merkmale vorliegen, d.h. wenn der Versicherte Dienst auf Zeit zu leisten hat, wirtschaftlich und weisungsmässig vom Arbeitgeber abhängig ist und während der Arbeitszeit auch in dessen Betrieb eingeordnet ist, praktisch also keine andere Erwerbstätigkeit ausüben kann. Indizien dafür sind die Pflicht zur persönlichen Arbeitserfüllung, das Vorliegen eines bestimmten Arbeitsplans, die Notwendigkeit, über den Stand der Arbeiten Bericht zu erstatten, sowie das Angewiesensein auf die Infrastruktur am Arbeitsort. Das wirtschaftliche Risiko erschöpft sich allenfalls in der alleinigen Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg oder, bei einer regelmässig ausgeübten Tätigkeit, darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine Situation eintritt, wie es bei jedem Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist (BGE 122 V 283 f. mit weiteren Hinweisen, Rz. 1015 WML). Ausserdem wird ein Versicherter durch den Umstand, dass er für mehrere Arbeitgeber tätig ist, nicht zum Selbständigerwerbenden (Rz. 1027 WML).

2.2 Charakteristische Merkmale einer selbständigen Erwerbstätigkeit sind das Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung (u.a. das Tragen der Folgen für Fehlverhalten, z.B. Produkthaftung), die Tätigkeit erheblicher Investitionen (Einsatz von eigenem oder fremdem Kapital), die frei gewählte Organisation, das wirtschaftliche Risiko, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von Personal und die Beschaffung von Aufträgen. Bei Tätigkeiten im Bereich der Dienstleistungen ist aber zu beachten, dass diese ihrer Natur nach nicht notwendigerweise bedeutende Investitionen erfordern. Der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit ist in solchen Fällen gegenüber dem Investitionsrisiko erhöhtes Gewicht beizumessen (vgl. Urteil des EVG vom 14. August 2000, H 30/99, Erw. 6b mit Hinweisen). Das spezifische Unternehmerrisiko besteht dabei darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die der Versicherte selber zu tragen hat. Dazu kommen das Verlustrisiko sowie das Inkasso- und Delkredererisiko (Rz. 1014 WML). Für eine selbständige Erwerbstätigkeit spricht sodann das gleichzeitige Tätigwerden für mehrere Kunden in eigenem Namen, ohne jedoch von ihnen abhängig zu sein.

2.3 Aus diesen Grundsätzen allein lassen sich indessen noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zu Tage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 123 V 163 Erw. 1; Pierre-Yves Greber/Jean-Louis Duc/Gustavo Scartazzini, *Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS]*, Basel und Frankfurt, 1997, S. 177 ff. Rz. 93–105).

3. Im vorliegenden Fall ist der beitragsrechtliche Status der Beschwerdeführerin umstritten. Bei ihren Tätigkeiten handelt es sich unbestrittenerweise um Dienstleistungen. Das Verwaltungsgericht kam in seinem Urteil vom 27. Dezember 2007 zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin als selbständig Erwerbende zu qualifizieren sei. Das Bundesgericht wies in seinem Urteil vom 5. August 2008 darauf hin, es sei abzuklären, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich nur für einen limitierten Kreis von wenigen Stammkunden tätig sei oder ob sie durch regelmässige Akquisitionstätigkeit eine grössere Kundschaft zugelegt habe und Einzelaufträge für wechselnde Kunden ausführe. Treffe Letzteres zu, sei sie als selbständig Erwerbende anzuerkennen (vgl. 9C_141/2008, Erw. 4.2).

4. In tatsächlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im Januar 2007 mit ihrer Dienstleistungstätigkeit begonnen hat. Sie führte für diverse Kunden Einzelaufträge bzw. vereinzelte Aufträge durch. Aufgrund ihrer Zufriedenheit mit den von der Beschwerdeführerin erbrachten Dienstleistungen wandelten viele Kunden nach kurzer Zeit ihre Einzel- in Daueraufträge um.

...

5. An dieser Stelle bleibt abzuklären, ob die Beschwerdeführerin lediglich für einen limitierten Kreis von wenigen Stammkunden tätig ist oder ob sie sich durch regelmässige Akquisitionstätigkeit eine grössere Kundschaft zugelegt hat und Einzelaufträge für wechselnde Kunden ausführt.

5.1 Aus der Erwägung 4 vorstehend geht hervor, dass die Beschwerdeführerin auch Einzelaufträge für wechselnde Kunden ausführt. Sie bekommt nach wie vor regelmässig Anfragen betreffend Einzelaufträgen. Bei freien Kapazitäten nimmt sie diese auch an. Die Tatsache, dass sie bereits ab April 2007 und damit kurz nach

dem Beginn ihrer Tätigkeit aufgrund der von ihr akquirierten Daueraufträgen (vgl. zur Akquisitionstätigkeit Erw. 5.2 nachfolgend) praktisch gänzlich ausgebucht war, hat ihr die Annahme von Einzelaufträgen deutlich erschwert. Dieser Umstand beruht auf der grossen Nachfrage nach ihren Dienstleistungen und damit auf ihrem wirtschaftlichen Erfolg. Wären ihre Dienstleistungen weniger gefragt, hätte sie weniger Daueraufträge und dadurch dementsprechend mehr freie Kapazitäten für die Annahme von Einzelaufträgen. Nach dem Gesagten darf die durch die Annahme von diversen Daueraufträgen aufgebaute Stammkundschaft nicht als Argument gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin verwendet werden. Andernfalls würde sie – angesichts ihres Ersuchens um Qualifizierung als selbständige Erwerbende – für ihren wirtschaftlichen Erfolg bestraft. Das Gleiche gilt für die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin ihre Kunden vor allem in der Aufbauphase ihrer Tätigkeit akquiriert hat. Schliesslich bleibt in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass beispielsweise auch bei Anwälten häufig eine ähnliche Situation wie die vorliegende zu beobachten ist. Selbst wenn diese nämlich ausschliesslich für einige wenige Klienten tätig sind, wird ihre Qualifizierung als selbständig Erwerbende nicht in Zweifel gezogen.

5.2 Die Beschwerdeführerin betrieb vor allem zu Beginn ihrer Tätigkeit eine intensive Akquisitionstätigkeit. Sie veröffentlichte Inserate im Amtsblatt des Kantons Zug, machte Internetwerbung (Registrierung beim Schweizer Index und bei Switch) und ist mit der eigenen Homepage «www. ...» auf dem Internet präsent, worin sie die von ihr angebotenen Dienstleistungen detailliert beschreibt. Durch Inserate konnte sie folgende Kunden akquirieren: B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M und N. Des Weiteren wurden die Kunden O, P und Q durch Mund zu Mund Propaganda und die Kunden R und S durch ihre Webseite auf die Beschwerdeführerin aufmerksam. Wie bereits ausgeführt, ist die Beschwerdeführerin seit längerer Zeit praktisch komplett ausgebucht. Gleichwohl bekommt sie beispielsweise über ihre Homepage regelmässige Anfragen von Interessenten. Des Weiteren hat sie meistens ein bis zwei Interessenten zur Hand, die sie bei frei werdenden Kapazitäten jederzeit berücksichtigen und somit jeden Kunden sofort ersetzen könnte. Diese Umstände bringen es mit sich, dass die Beschwerdeführerin ihre Akquisitionstätigkeit reduziert hat, beispielsweise hat sie zuletzt im Juni/Juli 2007 Inserate im Amtsblatt des Kantons Zug veröffentlicht. Dies ist aber nachvollziehbar und kann ihr nicht vorgeworfen werden. Es macht ja schliesslich keinen Sinn, neue Kunden zu werben und ihnen anschliessend eine Absage zu erteilen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin durch ihre regelmässige – allerdings im Laufe der Zeit weniger intensive – Akquisitionstätigkeit

ihre Aufträge selber beschafft hat. Sie nimmt damit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr mit dem Ziel teil, Dienstleistungen zu erbringen, deren Inanspruchnahme durch geldwerte Gegenleistungen abgegolten wird (vgl. BGE 115 V 170 Erw. 9a).

5.3 Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin sich durch eine regelmässige Akquisitionstätigkeit eine grössere Kundschaft zugelegt hat, die derzeit hauptsächlich aus Stammkunden besteht. Dieser Umstand beruht auf der grossen Nachfrage nach ihren Dienstleistungen und damit auf ihrem wirtschaftlichen Erfolg. Die erwähnte Stammkundschaft darf jedoch in casu nicht als Argument gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin verwendet werden. Andernfalls würde sie – angesichts ihres Ersuchens um Qualifizierung als selbständig Erwerbende – für ihren wirtschaftlichen Erfolg bestraft. Schliesslich führt sie – bei freien Kapazitäten – auch Einzelaufträge für wechselnde Kunden durch.

6. Betreffend einem allfälligen, von der Beschwerdeführerin zu tragenden Unternehmerrisiko ist Folgendes auszuführen:

6.1 Es werden weder Investitionen betreffend die eigentlichen Arbeitsgeräte einer Reinigungskraft – Putzmittel, Putzgeräte und dergleichen – geltend gemacht noch ergeben sich solche aus den Akten. Des Weiteren kann angesichts der Tatsache, dass heutzutage fast jeder Privathaushalt zur Erledigung der üblicherweise anfallenden administrativen Arbeiten über eine Büroeinrichtung mit Computer verfügt, die Anschaffung einer solchen nicht als eine erhebliche Investition im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezeichnet werden. Eine komplette Büroeinrichtung gehört zudem nicht zum Kernbereich der zur Ausübung der Putztätigkeit notwendigen Ausrüstung, ausserdem bietet vor allem der Computer überaus vielfältige private Nutzungsmöglichkeiten (private Internetnutzung und E-Mail-Verkehr usw.). Sowohl selbständig als auch unselbständig Erwerbende müssen – sofern sie überhaupt auf ein Verkehrsmittel angewiesen sind – entweder mit öffentlichen Verkehrsmitteln oder mit einem privaten Fahrzeug zu ihrem Arbeitsort gelangen. Weder die Kosten für ein Abonnement des öffentlichen Verkehrs noch die geplante Anschaffung eines privaten Fahrzeuges vermögen daher zur Klärung der beitragsrechtlichen Qualifikation beizutragen. Dies gilt insbesondere angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, eine Wegpauschale zu verlangen. Zudem benutzt sie für ihre Tätigkeiten die Infrastruktur (Staubsauger, Putzmittel usw.) vor Ort und bringt diese – im Gegensatz zu vielen Putzinstituten – nicht selber mit. Von erheblichen Investitionen kann nach dem Gesagten keine

Rede sein. Bei den Tätigkeiten der Beschwerdeführerin handelt es sich um Dienstleistungen. Dass dabei nur geringe Investitionen – insbesondere für Inserate und den Internetauftritt – anfallen, schliesst nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine selbständige Erwerbstätigkeit nicht aus (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5. August 2008, 9C_141/2008, Erw. 4.2 mit Verweis auf H 30/99).

6.2 Betreffend einem allfällig bestehenden Verlust- und Inkassorisiko ist auf das Urteil des Bundesgerichtes vom 5. August 2008, 9C_141/2008, Erw. 4.2, zu verweisen. Dieses stellt nämlich fest, dass die Beschwerdeführerin bis zu einem gewissen Grade, wenn auch ohne Handelsregistereintrag, nach aussen sichtbar in eigenem Namen und auf eigene Rechnung am wirtschaftlichen Verkehr teilnehme, was auf das Bestehen eines Unternehmerrisikos hindeutet. Des Weiteren konnte die Beschwerdeführerin durch eine regelmässige und zielgerichtete Akquisitionstätigkeit eine für eine Kleinstunternehmerin übliche Geschäftskundschaft aufbauen (vgl. Erw. 5.2 vorstehend). Nehmen Kunden ihre Dienstleistungen nicht mehr in Anspruch, so wirkt sich dies unmittelbar auf ihr Einkommen aus. Ihr obliegt des Weiteren die Mahnung von säumigen Zahlern oder gar das Ergreifen von betriebsrechtlichen Massnahmen und sie hat allfällige Verluste bei Nichteinbringlichkeit von ausstehenden Forderungen zu tragen. Ebenso hat sie die Folgen eines allfälligen Fehlverhaltens (beispielsweise von ihr verursachte Beschädigungen) selber bzw. ihre Betriebshaftpflichtversicherung zu tragen. Ihr wirtschaftliches Risiko erschöpft sich nach dem Gesagten weder in der alleinigen Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg, noch darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine Situation eintritt, wie es bei einem Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist. Sie hat somit ein eigentliches Unternehmerrisiko zu tragen.

7. Betreffend einer allfälligen wirtschaftlichen oder arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit bleibt darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen ihres Auftrages die konkreten Entscheidungen trifft, was zu tun ist. Von einer das im Auftragsrecht Übliche übersteigenden Weisungsgebundenheit kann unter diesen Umständen nicht die Rede sein. Auch ihr gleichzeitiges Tätigwerden für mehrere Kunden in eigenem Namen, ohne jedoch von ihnen abhängig zu sein, da sie jeden Kunden sofort problemlos ersetzen kann (vgl. dazu Erw. 5.2 vorstehend), stellt ein weiteres Indiz für die selbständige Natur ihrer Erwerbstätigkeit dar. Auf ihrer Homepage weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass sie alle Aufträge persönlich ausführt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dies für Dienstleistungen, insbesondere wenn sie in Privathaushalten erbracht werden, nicht unüblich (vgl. 9C_141/2008, Erw. 4.2). Aus diesem Grund schliesst dies eine selbständige Erwerbstätigkeit nicht aus. Schliesslich lässt sich den dem Verwaltungsgericht

vorliegenden Akten kein Konkurrenzverbot entnehmen. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin in der Aufstellung «Anfallende Fixkosten pro Jahr» einen Mietzinsanteil Büro in der von ihr bewohnten Wohnung in der Höhe von Fr. ... (12 x Fr. ...) geltend gemacht hat. Auch wenn ein solcher Anteil lediglich gegenüber den Steuerbehörden geltend gemacht werden kann, wird dadurch die geschäftliche (Mit-) Benützung ihres privaten Büros verdeutlicht. Im vorliegenden Fall kann nach dem Gesagten nicht argumentiert werden, sie benütze keine eigenen Geschäftsräumlichkeiten.

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin sich durch eine regelmässige Akquisitionstätigkeit eine grössere – derzeit hauptsächlich aus Stammkunden bestehende – Kundschaft zugelegt hat. Sofern sie über freie Kapazitäten verfügt, führt sie auch Einzelaufträge für wechselnde Kunden durch und trägt ein eigentliches Unternehmerrisiko. Eine das im Auftragsrecht Übliche übersteigende Weisungsgebundenheit bzw. eine betriebswirtschaftliche oder eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit der Beschwerdeführerin ist aus den Akten nicht ersichtlich. In Berücksichtigung der gesamten Umstände überwiegen bei den von ihr angebotenen Dienstleistungen die charakteristischen Merkmale einer selbständigen Erwerbstätigkeit, weshalb sie dementsprechend als selbständig Erwerbende zu qualifizieren ist. Eine solche Betrachtungsweise rechtfertigt sich umso mehr, als in casu auch Argumente betreffend Arbeitnehmerschutz nicht vorgebracht werden können. Die Beschwerdeführerin möchte ja gerade nicht als unselbständig Erwerbende qualifiziert werden. Angesichts der beschriebenen überwiegenden charakteristischen Merkmale einer selbständigen Erwerbstätigkeit steht dieser Qualifikation zudem nicht entgegen, dass die Beschwerdeführerin zur Zeit kein Personal beschäftigt. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist insofern gutzuheissen, als die Beschwerdeführerin als selbständig Erwerbende zu qualifizieren ist.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 4. Dezember 2008

S 2008/116

Alters- und Hinterlassenenversicherung: Abgrenzung von beitragspflichtigem Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 17 AHVV vom beitragsfreien Ertrag aus privater Vermögensverwaltung

Sachverhalt:

A wurde durch Erbschaft Eigentümerin der Liegenschaft GBP Nr. B in C/ZG. Durch Abparzellierungen entstanden in den Jahren 1997, 1998 und 2004 neue Liegenschaften. Die darauf errichteten Stockwerkeigentumseinheiten wurden bis auf die GBP Nr. D, E und F verkauft. Des Weiteren wurde auf der Liegenschaft GBP Nr. B im Jahr 2004 die Überbauung G realisiert und deren Wohnungen anschliessend vermietet. Mit Beitragsverfügung für Selbständigerwerbende vom 30. Oktober 2007 verpflichtete die Ausgleichskasse des Kantons Zug A zur Entrichtung von Beiträgen für das Jahr 2005 in der Höhe von Fr. Als Beitragsbemessungsgrundlage diente dabei die definitive Steuerveranlagung 2005. A liess am 29. November 2007 gegen die erwähnte Verfügung Einsprache erheben und im Wesentlichen geltend machen, sie habe die Tätigkeit als gewerbsmässige Liegenschaftenhändlerin per 31. Dezember 2004 aufgegeben, weshalb sie im Jahr 2005 kein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erzielt habe. Mit Einspracheentscheid vom 19. März 2008 wies die Ausgleichskasse Zug die Einsprache ab und führte zur Begründung im Wesentlichen aus, das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit werde von den kantonalen Steuerbehörden ermittelt und den Ausgleichskassen gemeldet. Die Angaben der kantonalen Steuerbehörden seien für die Ausgleichskassen verbindlich. Laut definitiver Steuerveranlagung vom 22. Juni 2007 habe A im Jahr 2005 ein Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit in der Höhe von Fr. ... erzielt. Nach Rücksprache mit H von der Steuerverwaltung Zug handle es sich beim erwähnten Betrag um einen Geschäfts- und nicht um einen Privatertrag aus Liegenschaften. Da die Angaben der Steuerbehörde für die Ausgleichskasse verbindlich seien und gegen die Steuerveranlagung vom 22. Juni 2007 keine Einsprache erhoben worden sei, sei nicht zu beanstanden, dass die Ausgleichskasse auf diese Angaben abgestellt und auf dem erwähnten Betrag Sozialversicherungsbeiträge erhoben habe.

Aus den Erwägungen:

...

4.1 Gemäss Art. 8 AHVG werden auf Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit Beiträge erhoben. Nach Art. 27 Abs. 1 AHVV verlangen die Ausgleichskassen für die ihnen angeschlossenen Selbständigerwerbenden von den kantonalen Steuerbehörden die für die Berechnung der Beiträge erforderlichen Angaben. Die kantonalen Steuerbehörden ermitteln das für die Bemessung der Beiträge massgebende

Erwerbseinkommen auf Grund der rechtskräftigen Veranlagung für die direkte Bundessteuer, das im Betrieb investierte Eigenkapital auf Grund der entsprechenden rechtskräftigen kantonalen Veranlagung unter Berücksichtigung der interkantonalen Repartitionswerte (vgl. Art. 23 Abs. 1 AHVV). Das Bundesamt erlässt Weisungen über die erforderlichen Angaben und das Meldeverfahren (Art. 27 Abs. 1, letzter Satz, AHVV, vgl. dazu Wegleitung über die Beiträge der Selbstständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen in der AHV, IV und EO, WSN). An diese Weisungen ist die zuständige kantonale Verwaltung gebunden. Die Angaben der kantonalen Steuerbehörden sind für die Ausgleichskassen verbindlich (Art. 23 Abs. 4 AHVV), dies selbst dann, wenn die Steuermeldung auf einer steuerlichen Ermessenstaxation beruht (vgl. WSN Rz. 1236 sowie ZAK 1988 S. 298). Die Verbindlichkeit der Steuermeldung wird in der Praxis sogar bejaht, wenn die Veranlagung bei rechtzeitiger Rechtsmittelergreifung wahrscheinlich hätte korrigiert werden können (vgl. BGE 110 V 370 f.). Daraus ergibt sich, dass der Selbstständigerwerbende seine Rechte auch in AHV-rechtlicher Hinsicht im Steuerjustizverfahren zu wahren hat. Die absolute Verbindlichkeit der Angaben der Steuerbehörden für die Ausgleichskassen und die daraus abgeleitete relative Bindung des Sozialversicherungsgerichts an die rechtskräftigen Steuertaxationen sind allerdings auf die Bemessung des massgebenden Einkommens und des betrieblichen Eigenkapitals beschränkt. Diese Bindung betrifft also nicht die beitragsrechtliche Qualifikation und beschlägt daher nicht die Fragen, ob überhaupt Erwerbseinkommen und gegebenenfalls solches aus selbständiger oder aus unselbständiger Tätigkeit vorliegt und ob die Person, die das Einkommen bezogen hat, beitragspflichtig ist. Somit haben die Ausgleichskassen ohne Bindung an die Steuermeldung auf Grund des Rechts der Alters- und Hinterlassenenversicherung zu beurteilen, wer für ein von der Steuerbehörde gemeldetes Einkommen beitragspflichtig ist (vgl. Urteil des EVG vom 4. Juli 2002, H 352/02, Erw. 2c mit Hinweis auf BGE 121 V 83 Erw. 2c, BGE 114 V 75 Erw. 2, BGE 110 V 86 Erw. 4 und 370 Erw. 2a, BGE 102 V 30 Erw. 3b, je mit Hinweisen). Allerdings sollen sich die Ausgleichskassen bei der Qualifikation gemeldeter Einkünfte in der Regel auf die Steuermeldungen verlassen und eigene nähere Abklärungen nur dann vornehmen, wenn sich ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Steuermeldung ergeben (vgl. BGE 134 V 250 Erw. 3.3 mit Hinweis auf BGE 121 V 80 Erw. 2c; BGE 114 V 72 Erw. 2; BGE 111 V 289 Erw. 3c; BGE 110 V 83 Erw. 4; BGE 102 V 27 Erw. 3b mit Hinweisen; AHl 1993 S. 221, H 33/91).

4.2 Die blosse Verwaltung des eigenen Vermögens fällt nicht unter den Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG sowie von Art. 17 AHVV, weshalb der dabei resultierende reine Kapitalertrag nicht der AHV-Beitragspflicht unterliegt (vgl. BGE 125 V 383 Erw. 2a). Anders verhält es sich, wenn die

Vermögensverwaltung eine erwerbliche Tätigkeit im AHV-beitragsrechtlichen Sinne darstellt (vgl. BGE 125 V 383 Erw. 6a). Wenn die Abgrenzung zwischen Beitragspflicht und Beitragsfreiheit vorgenommen werden muss, ist von der Frage auszugehen, ob der zu qualifizierende Ertrag als Ergebnis einer selbständigen Erwerbstätigkeit (= Beitragspflicht) oder im Rahmen der blossen Verwaltung eigenen Vermögens (= Fehlen einer Beitragspflicht) angefallen ist (vgl. BGE 125 V 383 Erw. 2d). Von Bedeutung ist also, ob der Ertrag von einer Person erzielt wurde, die mit Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Leistungen abgegolten wird (BGE 125 V 383 Erw. 2a). Die beschriebenen Kriterien, ob beitragsfreier Vermögensertrag oder Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit vorliegt, gelten auch für die Qualifikation von Liegenschaftenertrag bzw. -gewinn (vgl. ZAK 1988 S. 559 ff.). Erwerbseinkommen liegt insoweit vor, wenn der Veräusserer gewerbmässig, d.h. im Rahmen einer (haupt- oder nebenberuflichen) geschäftlichen Tätigkeit mit Liegenschaften gehandelt hat. Nicht Erwerbseinkommen, sondern Vermögenszuwachs bilden solche Gewinne hingegen, wenn sie bei der Verwaltung eigenen Vermögens erzielt worden oder als Frucht der Ausnützung einer zufällig aufgetretenen Gelegenheit angefallen sind (vgl. ZAK 1981 S. 345 Erw. 2c). Das entscheidende Kriterium besteht darin, ob die Liegenschaft für Geschäftszwecke erworben wurde (Erwerbsmotiv) oder dem Geschäft tatsächlich dient (Zweckbestimmung). In Zweifelsfällen ist aufgrund der Gesamtheit der Umstände zu entscheiden. Nicht zulässig ist es, a priori nur die von der versicherten Person veräusserten Liegenschaften als Geschäftsvermögen zu betrachten (vgl. Ueli Kieser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, AHVG, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 9 Rz. 17 mit Hinweis auf BGE 109 V 161). Als Indizien für eine über die (beitragsfreie) blossen Vermögensverwaltung hinausgehende (beitragspflichtige) Erwerbstätigkeit sieht die Rechtsprechung die planmässige Vorgehensweise, die Häufigkeit der Geschäfte, den engen Zusammenhang mit der Berufstätigkeit der betreffenden Person, die Besitzesdauer, den Einsatz erheblicher fremder Mittel, die Verwendung des erzielten Gewinnes und die Wiederanlage in Liegenschaften; im Einzelfall kann auch bereits ein einziges dieser Indizien zur Annahme einer Erwerbstätigkeit ausreichen (SVR 2003 AHV Nr. 15 Erw. 4 unter Hinweis auf BGE 125 II 118 Erw. 3c). Wird ein gewerbmässiger Liegenschaftenhandel betrieben, fallen darunter primär die Käufe und Verkäufe von Liegenschaften; zum Erwerbseinkommen gehört jedoch auch der während der Besitzesdauer anfallende Ertrag (ZAK 1983 S. 387 Erw. 4c). Es soll eine unterschiedliche Haltung von AHV-Ausgleichskasse und Steuerbehörde vermieden werden, weil die Einheit und Widerspruchslosigkeit der gesamten

Rechtsordnung als ein höheres Ziel zu beachten ist (SVR 2003 AHV Nr. 15 Erw. 4.7).

5. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, die Verbindlichkeit der Angaben der Steuerbehörden für die Ausgleichskassen und die daraus abgeleitete relative Bindung des Sozialversicherungsgerichts an die rechtskräftigen Steuertaxationen beschränke sich auf die Bemessung des massgebenden Einkommens und des betrieblichen Eigenkapitals. Diese Bindung betreffe also nicht die beitragsrechtliche Qualifikation (vgl. Erw. 4.1 vorstehend). Soweit die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid vom 19. März 2008 pauschal darauf verweist, die Steuermeldungen seien für sie verbindlich, ist ihr zu widersprechen. Da der Einspracheentscheid allerdings nur hinsichtlich seiner Begründung, nicht aber vom Ergebnis her zu beanstanden ist (vgl. nachfolgende Erwägungen), vermag die Beschwerdeführerin aus dem Gesagten nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

6. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, aus der definitiven Steuerveranlagung vom 22. Juni 2007 gehe das von der Steuerverwaltung an die Beschwerdegegnerin gemeldete Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit in der Höhe von Fr. ... nicht hervor. Es könne ihr daher nicht vorgeworfen werden, sie habe gegen die definitive Veranlagung keine Einsprache erhoben. Eine solche Vorgehensweise verletze den Grundsatz des rechtlichen Gehörs.

In diesem Zusammenhang muss berücksichtigt werden, dass vorliegend lediglich die beitragsrechtliche Qualifikation des von der Beschwerdeführerin in der Steuererklärung 2005 deklarierten – aus den [...] vorstehend genannten Grundstücken erzielten – Nettoertrages von Fr. ... strittig ist, nicht aber dessen Höhe. Wie in Erwägung 4.1 vorstehend ausgeführt, hat die Beschwerdegegnerin die beitragsrechtliche Qualifikation von Einkommen selber vorzunehmen und ist diesbezüglich nicht an die Angaben der Steuerbehörden gebunden. Aus diesem Grund erwächst der Beschwerdeführerin daraus, dass sie sich im Steuerverfahren nicht zur Wehr gesetzt hat, kein Nachteil. Unter diesen Umständen ist eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs zu verneinen. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

7. Die Beschwerdeführerin lässt rügen, die Grundstücke GBP Nr. B, D, E und F seien zu Unrecht als ihrem Geschäftsvermögen zugehörig qualifiziert worden, da sie ihre Tätigkeit als vorübergehende gewerbsmässige Liegenschaftenhändlerin per 31. Dezember 2004 endgültig aufgegeben habe. Das Grundstück GBP Nr. B sei ihr infolge Erbschaft zugefallen und gehöre somit zu ihrem Privatvermögen.

Ausserdem habe sie nie die Absicht gehabt, die GBP Nr. D, E und F sowie die auf dem Grundstück GBP Nr. B errichtete Überbauung G, zu verkaufen. Aus diesem Grund würden auch diese Grundstücke zu ihrem Privatvermögen gehören und beim daraus erzielten Mietertrag handle es sich um einen Ertrag aus privater Vermögensverwaltung.

7.1 Die Vermietung eigener Liegenschaften gehört zur üblichen Verwaltung privaten (Anlage-) Vermögens (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2004, 2A.52/2003, Erw. 2.5). Der vorliegende Sachverhalt stellt sich allerdings insofern anders dar, als die Beschwerdeführerin diverse Grundstücke verkauft hat und damit unbestrittenerweise – zumindest diesbezüglich – als gewerbsmässige Liegenschaftenhändlerin gilt. Es ist daher vorab zu klären, ob die beitragsrechtliche Qualifikation für jedes Grundstück einzeln oder vielmehr eine Würdigung der gesamten Umstände vorzunehmen ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist in Zweifelsfällen aufgrund der Gesamtheit der Umstände zu entscheiden. Ausserdem ist es nicht zulässig, a priori nur die von der versicherten Person veräusserten Liegenschaften als Geschäftsvermögen zu betrachten (vgl. Erw. 4.2 vorstehend). Nach dem Gesagten darf bei der Beantwortung der sich vorliegend stellenden Rechtsfragen nicht a priori jedes Grundstück für sich allein betrachtet werden. Die Situation ist vielmehr unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu würdigen.

7.2 In den Jahren 1997 bis 2004 herrschte auf der Stammparzelle GBP Nr. B eine rege Tätigkeit. Auf den durch die in den Jahren 1997, 1998 und 2004 erfolgten Abparzellierungen neu entstandenen Liegenschaften wurden Stockwerkeigentumseinheiten errichtet, die bis auf die GBP Nr. D, E und F verkauft wurden. Des Weiteren wurde auf der Stammparzelle GBP Nr. B im Jahr 2004 die Überbauung G realisiert und die sich darin befindenden Wohnungen anschliessend vermietet. Bereits diese Häufigkeit der Geschäfte deutet auf ein gewerbsmässiges Handeln hin (vgl. Erw. 4.2 vorstehend). Es ist zudem anzunehmen, dass die erzielten Gewinne jeweils für den Bau der neuen Gebäude verwendet worden sind, was auf eine planmässige Vorgehensweise hindeutet. Die vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin erwähnte Tatsache, dass die Stammparzelle GBP Nr. B heute noch über eine riesige Baulandreserve von ... m² eingezonten Baulandes verfügt, lässt vermuten, dass auch dort in Zukunft mit Bautätigkeiten zu rechnen ist. Schliesslich ist ein Verkauf der GBP Nr. D, E und F vorstellbar. Als Indiz für eine selbständige Erwerbstätigkeit fungiert des Weiteren die von der Steuerverwaltung Zug betreffend das Jahr 2005 vorgenommene Qualifizierung der Grundstücke GBP Nr. D und E (jeweils zumindest seit 1999) und die GBP Nr. F und B (jeweils zumindest seit 2004) als Geschäftsvermögen. Eine Umqualifizierung habe nicht stattgefunden (vgl. Schreiben

der Steuerverwaltung Zug vom 12. September 2008). Das Gesagte verdeutlicht, dass die Stammparzelle GBP Nr. B samt den erwähnten Abparzellierungen dem Geschäft tatsächlich dient (sog. Zweckbestimmung, vgl. Erw. 4.2 vorstehend). Aus diesem Grund vermag die Beschwerdeführerin aus der Tatsache, dass sie diese geerbt hat nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Das oben Ausgeführte indiziert eine über die (beitragsfreie) blosse Vermögensverwaltung hinausgehende (beitragspflichtige) Erwerbstätigkeit. Die Grundstücke GBP Nr. B, D, E und F sind daher als dem Geschäftsvermögen der Beschwerdeführerin zugehörig zu qualifizieren. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

8. Betreffend den aus der Vermietung von Liegenschaften des Geschäftsvermögens erwirtschafteten Erträgen weist das Bundesgericht darauf hin, es handle sich um Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit, die der AHV-Beitragspflicht unterlägen. Stehe fest, dass die Liegenschaften zum Geschäftsvermögen gehörten, müsse nicht zusätzlich geprüft werden, ob es sich bei der Vermietung um eine selbständige Erwerbstätigkeit handle oder nicht. Diese Frage sei an sich bereits mit der Zuordnung der Liegenschaft zum Geschäftsvermögen beantwortet (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 28. April 2008, 9C_538/2007, Erw. 4.3).

In Erwägung 7 vorstehend wurde dargelegt, dass die Grundstücke GBP Nr. B, D, E und F im Jahr 2005 als dem Geschäftsvermögen der Beschwerdeführerin zugehörig zu qualifizieren sind. Das Einkommen von Fr. ... stammt nach dem Gesagten aus beitragspflichtiger selbständiger Erwerbstätigkeit. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. November 2008

S 2008/62

Art. 52 AHVG – Arbeitgeberhaftung. Den Verwaltungsratsmitgliedern einer konkursiten AG kann bezüglich des Beitragsstatus der Mitarbeiter, welche ursprünglich als Selbständigerwerbende betrachtet und deren Entgelte von der Ausgleichskasse aufgrund des nach der Konkursöffnung erstellten Revisionsberichts nacherfasst wurden, nicht Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden, wenn sie bis zur Arbeitgeberkontrolle eine Rechtsauffassung vertraten, die in guten Treuen vertreten werden kann.

Aus den Erwägungen:

(...)

8.

(...)

8.2.1 Zur Frage, welche Anforderungen an den Beweis des Verschuldens eines Gesellschaftsorgans zu stellen sind, hält das Eidgenössische Versicherungsgericht in konstanter Praxis fest, eine Ausgleichskasse, die feststelle, dass sie einen durch Missachtung von Vorschriften entstandenen Schaden erlitten habe, dürfe davon ausgehen, dass der Arbeitgeber die Vorschriften absichtlich oder mindestens grobfahrlässig verletzt habe, es sei denn, es bestünden Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit seines Handelns resp. seiner Schuldlosigkeit. Es sei Sache der belangten Person, im Rahmen der ihr obliegenden Mitwirkungspflicht den Nachweis allfälliger Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe zu erbringen. Als Rechtfertigungsgrund dienen könnten die relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes oder die Tatsache, dass ein Arbeitgeber in der berechtigten Hoffnung auf Beseitigung des Liquiditätsengpasses vorerst die lebenswichtigen Verpflichtungen erfüllen wolle (Urteil des EVG vom 25. Juni 2004, H 230/03). Die im Sozialversicherungsrecht herrschende Untersuchungsmaxime findet somit auch vorliegend ihre Schranken in der Mitwirkungspflicht der belangten Person, konkret in ihrer Rüge- und Substantiierungspflicht. Aufgrund dieser Pflichten ist das fragliche Organ gehalten, Bestreitungen sehr konkret und nicht nur allgemeiner Art vorzubringen und auch konkrete Beweisanträge – ungenügend wäre beispielsweise der blosser Hinweis auf nicht näher bezeichnete, umfangreiche Konkurs-, Bank- oder auch Straftaten – zu formulieren, schliesslich Beweismittel, die in seinem Herrschaftsbereich liegen oder von ihm ohne grösseren Aufwand selbst beigebracht werden können, dem Gericht von sich aus zukommen zu lassen (vgl. auch: Urteile des EVG vom 25. September 2002, H 92/01, und vom 2. November 2004, H 112/03).

8.2.2 Vorliegend haben die Beschwerdeführer ihre Abrechnungspflicht insoweit erfüllt, als sie der Ausgleichskasse regelmässig die Jahresabrechnungen zugestellt haben. Mit Lohnbescheinigung für das Jahr 2001 vom 28. Januar 2002 bzw. korrigierter Eingabe vom 18. März 2003 deklarierte die X. AG für 19 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eine beitragspflichtige Lohnsumme von total Fr. 943'533.-. Die darauf abgerechneten Beiträge haben sie auch bezahlt.

Erst mit dem Bericht der Revisionsstelle der Ausgleichskassen vom 6. Juni 2006 stellte die Ausgleichskasse fest, dass die vier Personen Y. V. X. und Z. von der X. AG angestellt gewesen seien und die Firma demzufolge für sie Beiträge zu entrichten hätte. Bis zum Revisionsbericht vom 6. Juni 2006 waren die Beschwerdeführer offensichtlich der Meinung, die vier Personen seien selbständigerwerbend. Die Ausgleichskasse hat dann zwar anders entschieden, aber es ist noch nicht grobfahrlässig, wenn eine Rechtsauffassung vertreten wird, die in guten Treuen vertreten werden kann (Urteil des EVG vom 2. Februar 2005, H 86/02, Erw. 5.5.1 mit Hinweisen). Dies ist vorliegend der Fall, denn es gab immerhin Argumente, mit denen der Status als Selbständige begründet werden konnte. Soweit den Beschwerdeführern vorgeworfen wird, sie hätten sich nach der rechtlichen Qualifikation erkundigen sollen, ist zu beachten, dass sie immerhin eine Treuhänderin zur Erstellung der Lohnbescheinigungen beigezogen haben und dass nach der Rechtsprechung nicht voraussetzungslos von der Ausgleichskasse eine Feststellungsverfügung über den Beitragsstatus verlangt werden kann (vgl. BGE 132 V 257 Erw. 2). Es kann aber auch nicht verlangt werden, dass jemand entgegen seiner eigenen Rechtsauffassung Löhne deklariert und dann die Beitragsverfügung anfecht (vgl. Urteil des EVG vom 23. April 2007, H 8/07, Erw. 7.1). Die Ausgleichskasse hat in den Jahren 2000 – 2002 auf die Jahresabrechnungen der Beschwerdeführer nicht reagiert. Erst auf den Revisionsbericht vom 6. Juni 2006 hin, der der Ausgleichskasse empfahl, die Entgelte nachzuerfassen, weil es sich um selbständige Tätigkeiten handeln würde, hat sie die Schadenersatzverfügung erlassen. Den Beschwerdeführern kann nach dem Gesagten nicht Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden, wenn sie bis zur Arbeitgeberkontrolle so gehandelt haben, wie sie oder ihre Treuhänderin die Sache beurteilten. Ebenfalls kann nicht von den Beschwerdeführern verlangt werden, Rückstellungen zu bilden (vgl. Urteil des EVG vom 4. August 2005, H 29/05, Erw. 3), da bis zur Konkurseröffnung vom 19. April 2005 in Bezug auf die Tätigkeiten der vier Personen keine Beitrags- bzw. Nachtragsverfügungen seitens der Ausgleichskasse ergangen waren.

Aus dem Art. 87 Abs. 4 IVV – Neuankmeldung nach früherer Leistungsverweigerung. Wird auf eine Neuankmeldung eingetreten, gelangt der Untersuchungsgrundsatz vollumfänglich zur Anwendung. Eine Abweisung des neuen Leistungsbegehrens kann dabei nicht allein mit der Begründung erfolgen, eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei nicht glaubhaft gemacht worden.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.3 Wurde eine Rente wegen eines zu geringen Invaliditätsgrades bereits einmal rechtskräftig verweigert, so wird eine neue Anmeldung nach Art. 87 Abs. 4 der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV) nur geprüft, wenn die Voraussetzungen für ein Revisionsgesuch gemäss Abs. 3 erfüllt sind. Danach ist vom Versicherten im Gesuch glaubhaft zu machen, dass sich der Grad der Invalidität in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert hat. Tritt die Verwaltung auf die Neuankmeldung ein, so hat sie die Sache materiell abzuklären und sich zu vergewissern, ob die vom Versicherten glaubhaft gemachte Veränderung des Invaliditätsgrades auch tatsächlich eingetreten ist. Nach der Rechtsprechung hat sie in analoger Weise wie bei einem Revisionsfall vorzugehen. Stellt sie fest, dass der Invaliditätsgrad seit Erlass der früheren rechtskräftigen Verfügung keine Veränderung erfahren hat, so weist sie das neue Gesuch ab. Andernfalls hat sie zunächst noch zu prüfen, ob die festgestellte Veränderung genügt, um nunmehr eine anspruchsbegründende Invalidität zu bejahen, und hernach zu beschliessen. Im Beschwerdefall obliegt die gleiche materielle Prüfungspflicht auch dem Richter (BGE 117 V 198 Erw. 3a; 109 V 115 Erw. 2b).

(...)

7.2 Vorab gilt es zu beachten, dass es bei einer Neuankmeldung zwar grundsätzlich der versicherten Person im Sinne einer eigentlichen Eintretensvoraussetzung obliegt, die massgebliche Tatsachenänderung glaubhaft zu machen, und der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Verwaltung bzw. im Beschwerdefall das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen hat, insoweit zunächst nicht spielt. Wird im Revisionsgesuch oder in der Neuankmeldung kein Eintretenstatbestand glaubhaft gemacht, sondern bloss auf ergänzende Beweismittel, insbesondere Arztberichte, hingewiesen, die noch beigebracht würden oder von der Verwaltung beizuziehen seien, ist der versicherten Person eine angemessene Frist zur Einreichung der Beweismittel anzusetzen. Kommt der Versicherte dieser Aufforderung nicht nach und ist eine

Änderung der Anspruchsvoraussetzungen damit nicht glaubhaft gemacht worden, so ist der Versicherungsträger auch nicht gehalten, selbst ergänzende Abklärungen vorzunehmen, sondern er kann auf Nichteintreten erkennen (BGE 130 V 68 f. Erw. 5.2.5). Vorliegend hat allerdings die Beschwerdegegnerin, indem sie das Rentenbegehren mit ihrer Verfügung vom 13. Februar 2006 – gestützt durch den angefochtenen Einspracheentscheid vom 22. Juni 2006 – formell abgewiesen hat, nicht etwa einen solchen Nichteintretensentscheid mangels Glaubhaftmachung einer gesundheitlichen Verschlechterung erlassen, sondern vielmehr über den Leistungsanspruch materiell entschieden. Damit entfaltete der Untersuchungsgrundsatz seine vollumfängliche Wirkung und die Beschwerdegegnerin war somit gehalten, den Sachverhalt auch selbst abzuklären und sich nach dem im Sozialversicherungsrecht geltenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu vergewissern, ob sich die Verhältnisse seit dem Zeitpunkt des letzten rechtskräftigen Entscheids vom 6. Januar 2005 tatsächlich nicht in einem für den Rentenanspruch wesentlichen Ausmass verändert haben. Der Verzicht auf weitere Abklärungsmassnahmen, insbesondere auf eine von der Beschwerdeführerin beantragte erneute psychiatrische Abklärung, konnte in dieser Konstellation also nicht etwa einzig damit begründet werden, eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes in Form einer Zunahme einer psychischen Komorbidität sei nicht glaubhaft gemacht worden. Ein Verzicht auf die Erhebung beantragter Beweismittel kann sich bei dieser Ausgangslage lediglich aus Gründen ergeben, die auch eine antizipierte Beweiswürdigung rechtfertigen würden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Januar 2008

S 2006/120

Art. 42 ATSG; Art. 57 Abs. 1 und Art. 57a Abs. 1 IVG und Art. 73bis Abs. 1 IVV – Gewährung des rechtlichen Gehörs. Bei umstrittener Bemessung der Invalidität hat die IV-Stelle ein Vorbescheidverfahren durchzuführen.

Aus den Erwägungen

(...)

4.

(...)

4.2 Nach dem im Rahmen der 5. IVG-Revision eingefügten Art. 57a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG, in Kraft seit 1. Juli 2006) teilt die IV-Stelle der versicherten Person den vorgesehenen Entscheid unter anderem über ein Leistungsbegehren mittels Vorbescheid mit. Die versicherte Person hat Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 42 ATSG.

Gegenstand des Vorbescheids sind indes nur Fragen, die gemäss Art. 57 Abs. 1 lit. a–d IVG in den Aufgabenbereich der IV-Stellen fallen (Art. 73bis Abs. 1 der Verordnung über die Invalidenversicherung, IVV, in Kraft seit 1. Juli 2006).

Demnach obliegt den IV-Stellen insbesondere (Art. 57 Abs. 1 IVG in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung):

- die Abklärung der versicherungsmässigen Voraussetzungen (lit. a);
- die Abklärung der Eingliederungsfähigkeit der Versicherten, die Berufsberatung und die Arbeitsvermittlung (lit. b);
- die Bestimmung und Überwachung der Eingliederungsmassnahmen (lit. c);
- die Bemessung der Invalidität und der Hilflosigkeit (lit. d).

Der Vorbescheid bezieht sich somit einzig auf Fragen, welche im Zusammenhang mit den in Art. 57 Abs. 1 lit. a–d IVG statuierten Aufgaben der IV-Stellen stehen. Nicht im Vorbescheid geregelt ist dagegen die Berechnung der Renten und der Tagelöhner, denn diese Aufgaben obliegen den Ausgleichskassen (Art. 60 Abs. 1 lit. b IVG). Die IV-Stellen beschränken sich daher bei den Renten auf die Mitteilung des Invaliditätsgrades und des Rentenbeginns (Rz. 3013.5 des Kreisschreibens über das Verfahren in der Invalidenversicherung; KSVI).

Bei der erstmaligen Rentenzusprache stellt die IV-Stelle gleichzeitig mit dem Vorbescheid der Ausgleichskasse Kopien aller Anmeldungsunterlagen und alle für die Rentenberechnung relevanten Daten zu. Die Ausgleichskasse bereitet die Leistungsberechnung vor, die mit der Verfügung zugestellt wird (Rz. 3014.4 KSVI).

4.3 Im Urteil vom 15. Januar 2008 (BGE 134 V 97 ff.) hat das Bundesgericht entschieden, das Erfordernis der Gewährung des rechtlichen Gehörs heisse nicht, dass ein Vorbescheidverfahren durchzuführen sei. Dieses diene zwar auch der Ausübung des rechtlichen Gehörs, gehe aber über den verfassungsrechtlichen

Mindestanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) hinaus, indem es Gelegenheit gebe, sich nicht nur zur Sache, sondern auch zum vorgesehenen Endentscheid zu äussern; der verfassungsrechtliche Mindestanspruch gebe keinen Anspruch darauf, zur vorgesehenen Erledigung Stellung zu nehmen. Die Rechtsprechung habe denn auch differenziert zwischen der Pflicht zur Durchführung des Vorbescheidverfahrens und derjenigen zur Gewährung des rechtlichen Gehörs; das rechtliche Gehör sei auch dann zu gewähren, wenn kein Vorbescheidverfahren durchgeführt werden müsse (BGE 134 V 107 Erw. 2.8.2 mit Hinweisen).

4.4 Wenn kein Vorbescheidverfahren durchgeführt werden muss, sind gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung für die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs angemessene Formen zu suchen, welche sowohl die verfassungsmässigen Gehörsansprüche der Betroffenen als auch das ebenfalls verfassungsmässige Anliegen nach Erledigung innert angemessener Frist und dasjenige nach Verwaltungsökonomie erfüllen. In diesem Sinne ist die in der IVV und im KSVI geregelte – vorstehend in 4.1 – 4.2 dargestellte – Vorgehensweise für die Festsetzung der Rente grundsätzlich nicht zu beanstanden: Das Vorbescheidverfahren erlaubt, die häufig umstrittenen Fragen im Zusammenhang mit der Festlegung des Invaliditätsgrades vor Erlass der Verfügung zu diskutieren. Die in aller Regel nicht umstrittene Rentenberechnung kann nach Durchführung des Vorbescheidverfahrens und ohne zusätzliche vorgängige Gehörgewährung erfolgen. Ein anderes Vorgehen drängt sich höchstens ausnahmsweise auf, wenn aus besonderen Gründen zu erwarten ist, dass die Rentenberechnung als solche umstritten sein könnte (BGE 134 V 107 Erw. 2.8.3).

5.

5.1 Aufgrund der Aktenlage ist erstellt, dass die IV-Stelle der Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber am 5. April 2007 die «Mitteilung des Beschlusses» betreffend die Invaliditätsgrade (100% von 1. Januar 2005 bis 31. März 2006 und 33% ab 1. April 2006) sowie den Verfügungsteil 2 übermittelt und die Ausgleichskasse ersucht hat, die Geldleistung zu berechnen, die Verfügung zu erstellen und zu versenden. Die erwähnte «Mitteilung des Beschlusses» wurde dem Beschwerdeführer nicht einmal zur Kenntnisnahme zugestellt.

5.2 Gemäss Art. 57 Abs. 1 lit. d IVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung obliegt den IV-Stellen die Bemessung der Invalidität. Dies hat zur Folge, dass diese Frage zum Gegenstand des Vorbescheids im Sinne von Art. 57a IVG gehört (vgl. Art. 73^{bis} Abs. 1 IVV in der offenbar unveränderten Fassung seit 1. Juli 2006).

Zu den Leistungen im Sinne von Art. 74ter IVV, welche ohne Erlass einer Verfügung zugesprochen werden können, gehören Renten nach einer von Amtes wegen durchgeführten Revision. Selbst wenn es sich dabei auch um Renten handelt, welche nicht nach einer von Amtes wegen durchgeführten Revision berechnet werden, kommt die Ausnahme von Art. 74ter IVV angesichts des ursprünglich gestellten Hauptantrages in der Einsprache des Beschwerdeführers vom 6. April 2005, ihm sei eine halbe Rente zuzusprechen, ohnehin nicht zur Anwendung.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. September 2008

S 2007/82

Art. 28 aIVG i.V.m. Art. 16 ATSG – Für die Ermittlung des Invaliditätsgrades ist das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). – Der rechtsprechungsgemäss entstandene Grundsatz, dass die verbliebene Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausgeschöpft werden soll, kann es einem Arbeitnehmer verbieten, zu Lasten der Invalidenversicherung in einem wesentlich tieferen Pensum als aus medizinischer Sicht für angepasste Tätigkeit möglich beim bisherigen Arbeitgeber zu verbleiben, wenn er im zumutbaren Pensum in einer anderen, angepassten Tätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt mehr verdienen würde.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

A. Der Versicherte, W. H., Jahrgang 1950, Elektromonteur, meldete sich im Mai 2005 bei der IV-Stelle Zug zum Leistungsbezug an. Er verwies auf Rückenbeschwerden und äusserte, seit 2004 sei er bezüglich beider Knie, seit 2005 bezüglich des Rückens in Behandlung. In der Folge veranlasste die IV-Stelle die ihr notwendig erscheinenden beruflichen und medizinischen Abklärungen, darunter eine rheumatologische Begutachtung durch Dr. M.W., Facharzt FMH für Innere Medizin und Rheumatologie. Im Rahmen seines Gutachtens vom 6. April 2006 hielt der Sachverständige fest, für eine körperlich ausschliesslich leichte, möglichst wechselbelastende Tätigkeit mit einem Sitzanteil von 50 bis 70% ohne Arbeiten mit dem rechten Arm an bzw. über der Schulterhorizontalen, ohne Tätigkeiten mit vorgebeugtem oder abgedrehtem Oberkörper und ohne Arbeitsposition in kniender oder

kauernder Stellung bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 4.5 bis 5 Stunden täglich ohne verminderte Leistungsfähigkeit. Mit Verfügung vom 16. August 2006 wurde dem Versicherten Beratung und Unterstützung bei der Stellensuche gewährt. Da der Versicherte am angestammten Arbeitsplatz weiterarbeiten wollte und konnte, wurden die Bemühungen in der Arbeitsvermittlung wieder eingestellt. Mit Vorbescheid vom 14. September 2006 resp. mit Verfügung vom 28. August 2007 wurde dem Versicherten mit Wirkung ab 1. April 2005 gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 64% eine Dreiviertelsrente zugesprochen.

Aus den Erwägungen:

(...)

9.

9.1 Unter Verweis auf Erwägung 4.1 ist noch einmal festzuhalten, dass für die Bestimmung des Invaliditätsgrades das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt wird zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (vgl. Art. 16 ATSG). Rechtsprechungsgemäss wird das Invalideneinkommen indes nur unter besonderen Voraussetzungen dem effektiv erzielten Einkommen gleichgesetzt. Diesbezüglich wird kumulativ vorausgesetzt, dass ein besonders stabiles Arbeitsverhältnis den Bezug auf den allgemeinen Arbeitsmarkt erübrigt, dass die verbleibende Arbeitsfähigkeit zumutbar voll ausgeschöpft wird und dass nicht ein Soziallohn ausgerichtet wird (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 16 Rz. 13 f.). Zum Begriff der Zumutbarkeit halten Lehre und Rechtsprechung fest, verwerte ein Versicherter seine Restarbeitsfähigkeit wirtschaftlich nicht oder nicht voll, werde er nach dem beurteilt, was er bei gutem Willen tun könnte. Bei der Zumutbarkeit gehe es neben dem Gesundheitszustand auch um die persönlichen Verhältnisse, die das Mass dessen bestimmten, was vom Behinderten an Erwerbstätigkeit noch verlangt werden dürfe. Massgebend seien unter anderem das Alter resp. die altersbedingt noch bestehende Anpassungsfähigkeit an eine neue Tätigkeit, der Beruf resp. die Frage ob ein Berufswechsel, gar ein Statuswechsel vom Selbständigen zum unselbständig Erwerbenden verlangt werden könne, die soziale Stellung resp. die Frage, wie weit ein sozialer Abstieg zumutbar sei, sowie die Verwurzelung am Wohnort (vgl. Rudolf Rüedi, Im Spannungsfeld zwischen Schadenminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz bei der Invaliditätsbemessung nach einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt: in Schaffhauser/Schlauri, Rechtsfragen der Invalidität in der Sozial-

versicherung, St. Gallen 1999, S. 32 f.). Zum Kriterium Alter hält die Praxis des Bundesgerichts konkret fest, habe ein Versicherter noch eine lange Aktivitätsdauer vor sich – was bei Versicherten im Alter von 52 und 54 Jahren (Urteile vom 16. August 2006 [I 462/05] und vom 16. Juni 2004 [I 824/02] Erw. 2.2.2) klar bejaht wurde, während es für einen zum Verfügungszeitpunkt 64-jährigen Versicherten (Urteil vom 4. April 2002 [I 401/01] Erw. 4c) ebenso klar verneint wurde – mache das Alter die Aufnahme einer neuen Berufstätigkeit nicht unzumutbar. Beim ausgeglichenen Arbeitsmarkt – einem Instrument, das der Abgrenzung des Leistungsbereichs der Arbeitslosenversicherung vom Leistungsbereich der Invalidenversicherung dient (vgl. Urteil des EVG vom 16. Juni 2004 [I 824/02] Erw. 2.2.1) – schliesslich handelt es sich um einen theoretischen und abstrakten Begriff. Er umschliesst einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot an und der Nachfrage nach Stellen; andererseits bezeichnet er einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her sowohl bezüglich der beruflichen und intellektuellen Voraussetzungen als auch hinsichtlich des körperlichen Einsatzes einen Fächer verschiedenartiger Stellen offen hält. Beim als ausgeglichen unterstellten Arbeitsmarkt geht es allerdings weder um reale, geschweige denn um offene Stellen. Bei der Bestimmung des trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung zumutbarerweise erzielbaren Einkommens darf gleichwohl nicht von realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten ausgegangen werden (vgl. Urteil des EVG vom 29. Januar 2003 [U 425/00] Erw. 4.1.3).

9.2 Wie mehrfach angesprochen besteht beim Beschwerdeführer nach der Beurteilung von Dr. M. W. für die Tätigkeit als Elektromonteur eine volle Arbeitsunfähigkeit. Die aktuelle Tätigkeit bei der F.F. AG qualifizierend hält der Gutachter überdies fest, am angestammten Arbeitsplatz verrichte der Versicherte in erster Linie leichte Montagearbeiten, Transportarbeiten oder stehend oder gehend ausgeübte Magazinerarbeiten, wobei eine Leistungseinschränkung von 25% bestehe. Allerdings würde für eine ausschliesslich leichte, wechselbelastende Tätigkeit mit einem Sitzanteil von 50 bis 70% eine Arbeitsfähigkeit von 50% ohne Leistungseinschränkungen bestehen. Zu beachten sei diesbezüglich, dass der Versicherte nicht mit den Armen an oder über der Schulterhorizontalen arbeiten müsse und dass er keine mit vorgeneigtem oder abgedrehtem Oberkörper resp. keine kniend oder kauernd ausgeübten Verrichtungen erbringen müsse, schliesslich dass er auch nicht zu 100% sitzend tätig sein sollte. Würdigt man das Verlaufsprotokoll des IV-Arbeitsvermittlers, welches bestätigt, dass der Beschwerdeführer neben kleineren Montagearbeiten und Transportarbeiten vor allem stehend und gehend ausgeübte Arbeiten im Magazin verrichte, ergibt sich, dass die jedenfalls bis August 2007 ausgeübte Tätigkeit des Beschwerdeführers nicht in allen Punkten den medizinischen Vorgaben des Gutachters entspricht, somit aus medizinischer Sicht nicht als geeignet

erscheint. Selbiges ergibt sich denn auch aus dem Schreiben der F.F. AG vom 28. September 2006, demgemäss der Beschwerdeführer in sämtlichen Arbeitsabläufen eingeschränkt sei und schmerzbedingt immer wieder Ruhepausen einlegen müsse, für eine Leistung von 25% aber sehr viel Zeit benötige. Dass die aus medizinischer Sicht fehlende Eignung der Tätigkeit dafür verantwortlich ist, dass der Beschwerdeführer nicht im Stande ist, im Rahmen der 50%-igen Arbeitsfähigkeit volle Leistung zu erbringen, liegt mithin auf der Hand.

9.3 Im Sinne der Ausführungen in Erwägung 9.1 darf vorliegend zweifellos davon ausgegangen werden, dass der so genannte ausgeglichene Arbeitsmarkt auch für den Beschwerdeführer eine Stelle enthält, die seinem Leiden entspricht (Maschinen-, leichte Montage-, Kontroll- oder Überwachungsarbeiten), resp. dass er eine solche nicht nur unter realitätsfremden Voraussetzungen besetzen könnte. Berücksichtigt man überdies, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses noch immer eine Aktivitätsdauer von ca. acht Jahren vor sich hatte, dass sein Alter eine Wiedereingliederung an einer neuen Stelle somit nicht als unzumutbar erscheinen lässt, zumal seine bisherige berufliche Erfahrung zur Annahme führt, er könne sich trotz des genannten Alters noch sehr gut in eine andere, körperlich leichte und einfache Tätigkeit eingewöhnen, und würdigt man überdies, dass einfache und repetitive Arbeiten gemäss einer von der höchstrichterlichen Praxis immer wieder betonten Grundregel ohnehin unabhängig von Alter und Berufserfahrung vergeben werden (vgl. Urteil des EVG vom 16. August 2006 [I 92/06] Erw. 6.3 und AHI Praxis 1999 S. 180 f.), so erscheint die Annahme einer Verweistätigkeit für den Beschwerdeführer als durchaus zumutbar. Kann der erlernte Beruf als Elektromonteur ohne Leistungseinschränkungen nun aber nicht mehr ausgeübt werden, erscheint die Umstellung auf eine körperlich ausschliesslich leichte und einfache Tätigkeit im Lichte von Lehre und Praxis zur Schadenminderungspflicht und zur Zumutbarkeit auch in Beachtung des Berufs (siehe oben), der sozialen Stellung und des Wohnorts nicht als unzumutbar. Im Berufsalltag kommt es nämlich oft vor, dass ausgebildete, primär «handwerklich» tätige Berufsleute behinderungs- oder anders bedingt nur noch einfache Tätigkeiten verrichten können und die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit auf tieferer Stufe gilt praxisgemäss nicht generell als unzumutbar (ZAK 1976 S. 276). Auch eine gewisse Mobilität im Sinne eines allfälligen längeren Arbeitsweges wird heute allgemein erwartet. Soweit der Berufsberater der IV-Stelle trotz der Tatsache, dass der Beschwerdeführer seine Restarbeitsfähigkeit an der aktuellen Stelle nicht voll verwerten kann bzw. konnte, von optimaler Eingliederung sprach und schlussfolgerte, angesichts des Alters und der beruflichen Qualifikation des Beschwerdeführers – zwei IV-fremde Aspekte, die die Invalidenversicherung nicht primär resp. allenfalls einzig unter dem Blickwinkel der

Zumutbarkeit zu beachten hat (vgl. obig) – werde es kaum möglich sein, auf dem freien Arbeitsmarkt eine neue Stelle für ihn zu finden, kann er nicht gehört werden. Vielmehr ist ihm vorzuhalten, dass er die Bedeutung der Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes zur Abgrenzung der Leistungsbereiche der Arbeitslosen- und der Invalidenversicherung völlig missachtete. Somit ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin zu Recht festhielt, der Beschwerdeführer verwerte seine Restarbeitsfähigkeit an der aktuellen Stelle bei der F.F. AG nicht voll, resp. dass sie zur Ermittlung des hypothetischen Invalideneinkommens zu Recht auf eine Verweisungstätigkeit nach den Tabellen der LSE (ganzer privater Sektor, Total der Männer, Anforderungsniveau 4) abstellte. Um für das Invalideneinkommen auf den effektiv erzielten Lohn abstellen zu können, müssten wie erwähnt die in Erwägung 9.1 enumerierten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Zwar kann vorliegend von einem stabilen Arbeitsverhältnis bei der F.F. AG ausgegangen werden und Hinweise auf die Auszahlung eines Soziallohns liegen nicht vor. Indes mangelt es daran, dass der Beschwerdeführer seine Restarbeitsfähigkeit bei der F.F. AG nicht in zumutbarer Weise voll verwertet resp. voll verwerten kann.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Mai 2008

S 2007/128

Aus dem Art. 28 Abs. 2 IVG (in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung) i.V.m. Art. 16 ATSG; Art. 26 IVV – Ermittlung des Valideneinkommens bei Vorliegen eines Geburtsgebrechens. Mit dem tatsächlichen Erreichen eines Berufsabschlusses (Handelsschule) hat ein Versicherter zureichende berufliche Kenntnisse erworben. Er gilt daher nicht als so genannter Geburtsinvalid im Sinne von Art. 26 Abs. 1 IVV, auch wenn die Beeinträchtigungen in seiner Erwerbsfähigkeit Folge eines Geburtsgebrechens sind.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.1 Bei der Ermittlung des hypothetischen Valideneinkommens ist grundsätzlich davon auszugehen, was die versicherte Person auf Grund ihrer beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Umstände an Verdienst zu erwarten gehabt hätte. Das Valideneinkommen ist eine hypothetische Grösse und entspricht dem Betrag, den der Versicherte im Zeitpunkt des Rentenbeginns ohne gesundheitliche Beeinträchtigung wahrscheinlich verdienen würde. Die Beurteilung des Valideneinkommens

orientiert sich an der ganzen Biographie der versicherten Person. Aufgrund der damaligen Situation und der Vergangenheit ist die hypothetische Entwicklung bis zum Rentenbeginn abzuschätzen. Welches Einkommen der Versicherte ohne Gesundheitsschaden verdienen könnte, hängt dabei von seiner Ausbildung, seinen beruflichen Fähigkeiten und seiner Stellung vor Eintritt der Invalidität ab (Peter Omlin, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Fribourg 1995, S. 168 ff.). In der Regel ist vom zuletzt vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielten Lohn auszugehen, welcher der Lohnentwicklung bis zum massgebenden Zeitpunkt des Rentenbeginns bzw. des Erlasses der angefochtenen Verfügung (Urteil des EVG vom 8. Mai 2000, I 544/99 Erw. 1, mit Verweis auf BGE 121 V 366 Erw. 1b) anzupassen ist. Es besteht nämlich eine gewisse Vermutung, dass die versicherte Person diese Arbeit in Zukunft ohne Gesundheitsschaden weiter ausgeübt hätte, insbesondere wenn sie ihrer Ausbildung entspricht. Abweichende berufliche Entwicklungen müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein.

4.2 Speziell geregelt ist die Ermittlung des Valideneinkommens für Fälle, in welchen der Versicherte durch ein Geburtsgebrechen daran gehindert worden ist, zureichende berufliche Kenntnisse zu erwerben und einen der Ausbildung entsprechenden Lohn zu erzielen. Gemäss Art. 26 Abs. 1 IVV entspricht das Valideneinkommen in solchen Fällen einem nach Alter abgestuften Prozentsatz des jährlich aktualisierten Medianwertes gemäss der Lohnstrukturhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik. Konnte demgegenüber der Versicherte wegen der Invalidität eine bereits begonnene berufliche Ausbildung nicht abschliessen, so entspricht das Erwerbseinkommen, das er als Nichtinvalider erzielen könnte, dem durchschnittlichen Einkommen eines Erwerbstätigen im Beruf, für den die Ausbildung begonnen wurde (Art. 26 Abs. 2 IVV).

4.3 Im vorliegenden Fall leidet der Beschwerdeführer unbestrittenermassen an den Folgen eines Geburtsgebrechens (kongenitale armbetonte Hemiparese links mit Dysarthrie und Rhinolalie, Geburtsgebrechen Nr. 390), welche ihn auch zum Zeitpunkt der beabsichtigten Aufnahme einer Erwerbstätigkeit noch immer in massgeblicher Weise beeinträchtigten. Zu beachten ist indessen, dass der Beschwerdeführer, nachdem im Kindergarten- und Primarschulalter noch Sonderschulmassnahmen erforderlich waren, die ordentliche Sekundarschule sowie anschliessend die Handelsschule am Institut Dr. Pfister in Oberägeri mit dem Erwerb des Handelsdiploms im Sommer 2003 absolvieren konnte. Gemäss dem Bericht der IV-Berufsberaterin vom 15. September 2004 hatte der Beschwerdeführer nach bestandem Abschluss dieser Ausbildung den Plan, nach England zu gehen, um dort eine Schule für Englisch und Informatik zu besuchen. Sein Traum sei es

gewesen, eine eigene Firma zu haben und Software zu entwickeln. Tatsächlich besuchte der Beschwerdeführer im Oktober und November 2003 einen Englischkurs am Castle's English Institute in Luzern und Anfang 2004 einen Einstiegskurs 3D-Grundlagen an der EB Zürich (Kantonale Berufsschule für Weiterbildung). Vom 28. März bis 19. Juni 2004 besuchte der Beschwerdeführer einen Englischkurs in Cambridge und für Oktober 2004 meldete er sich bei der EB Zürich zu einem Aufbaukurs 3D-Grundlagen an. Gemäss einem weiteren Bericht der Berufsberaterin vom 18. Juli 2005 begann er sodann im Oktober 2004 ein Creative Media Program an der SAE in Zürich, welches er jedoch wegen behinderungsbedingter Überforderung im Sommer 2005 wieder abbrechen musste. Danach unterzog sich der Beschwerdeführer vom 22. August 2005 bis zum 21. November 2005 der beruflichen Abklärung beim ConSol Office in Zug, was schliesslich zu einer Festanstellung in diesem geschützten Betrieb führte. Seine Tätigkeiten während des Arbeitstrainings beim ConSol Office bestanden im Aufnehmen und Prüfen von Daten in Access, diversen Gestaltungsaufgaben (Titelblätter für Broschüren, Gutscheine, Geburtstagskarten), Scannen von Dias, Erstellen von Webseiten nach Anleitung, Produktion und Kontrolle von Schulungsordnern, Gestalten von Präsentationen in PowerPoint, Verpackungs- und Versandarbeiten, Botenfahrten, IT-Support bei Mitarbeitenden und der Mithilfe an der Zuger Messe.

4.4 Bei diesen Voraussetzungen kann nun aber nicht gesagt werden, es handle sich beim Beschwerdeführer um einen so genannten Geburtsinvaliden im eigentlichen Sinne, welcher wegen seiner Invalidität keine zureichenden beruflichen Kenntnisse hätte erwerben können. Vielmehr verfügt der Beschwerdeführer trotz seiner von Geburt an bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit dem Handelsdiplom über eine abgeschlossene Berufsausbildung, welche einer kaufmännischen Berufslehre entspricht. Eine Ermittlung des Valideneinkommens anhand der Vorgabe von Art. 26 Abs. 1 IVV fällt damit zum vornherein ausser Betracht. Aufgrund seines konkreten Werdegangs ist im Gegenteil im Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ohne gesundheitliche Beeinträchtigung nicht nur über die kaufmännische Grundausbildung verfügen würde, sondern sich zudem auch tiefere Kenntnisse der englischen Sprache wie auch spezifische Kenntnisse im gestalterischen und Informatikbereich angeeignet hätte. Es muss dabei auch durchaus als realistisch erachtet werden, dass diese Ausbildungsschritte zum Zeitpunkt des Rentenbeginns am 1. November 2005 – der Beschwerdeführer war damals 23-jährig – bereits erreicht gewesen wären. Damit rechtfertigt es sich aber, der Ermittlung des Valideneinkommens einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'881.– zugrunde zu legen, den der Beschwerdeführer gemäss LSE 2004 in einer Tätigkeit des Anforderungsniveaus 3

(Berufs- und Fachkenntnisse vorausgesetzt) im Bereich Informatik und Dienstleistungen für Unternehmen hätte erzielen können. Angepasst an eine betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit von 41,7 Stunden (Die Volkswirtschaft 12-2007, S. 98, Tabelle B 9.2) sowie an die Lohnentwicklung im Jahr 2005 von plus 0,9% (Die Volkswirtschaft 12-2007, S. 99, Tabelle B 10.2) ergibt sich damit ein hypothetisches Einkommen von rund Fr. 6'186.15 pro Monat bzw. von Fr. 74'233.80 pro Jahr. Der Altersfaktor, d.h. der Umstand, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Rentenbeginns erst 23-jährig war und deswegen wohl noch mit einem eher unterdurchschnittlichen Lohn hätte rechnen müssen, kann im Rahmen dieses Einkommensvergleichs schliesslich ausser Acht gelassen werden, da dieser Umstand ansonsten gleichermassen auch beim Invalideneinkommen in Anrechnung zu bringen wäre.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Februar 2008

S 2006/131

Art. 14 BV und Art. 21. Abs. 2 IVG – Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet. Hat ein Versicherter infolge seiner Invalidität für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge Bedarf nach kostspieligen Geräten, besteht im Rahmen der vom Bundesrat aufzustellenden Liste ohne Rücksicht auf die Erwerbsfähigkeit Anspruch auf ein Hilfsmittel. – Der für die Gewährung von Hilfsmitteln bestehende IV-rechtliche Grundsatz, dass die Hilfsmittel einfach und zweckmässig sein müssen resp. dass den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, Bestimmtheit und Geeignetheit Rechnung zu tragen ist, darf nicht zu einer Einschränkung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Familie führen.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

A. Der Versicherte, B. A., geboren am 8. November 1986, gilt als schwerst körper- und geistig behindert und leidet zusätzlich unter epileptischen Anfällen. Bereits im Säuglingsalter wurde er bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet und schon 1988 standen die Diagnosen der Geburtsgebrechen nach GgV Ziff. 387 (angeborenes Anfallsleiden in Form einer angeborenen Epilepsie) und nach GgV Ziff. 390 (angeborene cerebrale Lähmungen) fest. Weiter ist ein Geburtsgebrechen nach Ziff. 498 (schwere neonatale metabolische Störungen) verzeichnet. Generell wird von einer schweren spastischen Tetraparese bei allgemeinem Entwicklungsrückstand resp. von cerebraler Parese gesprochen. Dem Versicherten wurden über die Jahre Sonderschulung, Heimaufenthalt sowie diverse Hilfsmittel durch die IV finanziert. Zudem musste er sich wiederholt schweren Operationen, sei es internistischer Art, sei es am Bewegungsapparat, unterziehen. Nach seinem Austritt aus dem heilpädagogischen Zentrum H., wo der Versicherte vom 8. August 1991 bis zum Eintritt ins Erwachsenenalter, d.h. bis zum 30. November 2004, Sonderschulung genoss, erfolgte der Eintritt ins Zentrum M. in M. Seit dem 1. Dezember 2004 hat der Versicherte überdies Anspruch auf eine ganze Rente zulasten der Invalidenversicherung.

Unterstützt vom Hausarzt des Behindertenheimes beantragten die Eltern des Versicherten einen Patientenheber, da letzterer die Wochenenden und einen Teil der Ferien zu Hause in S. verbringe und ohne ein entsprechendes Gerät nicht «transferiert» werden könne. Mit Verfügung vom 19. April 2007 an die Adresse des Sozialdienstes S. gewährte die IV-Stelle der Familie A. Kostengutsprache für den beantragten Patientenheber. Mit Vorbescheid vom 31. Januar 2008 wurde indes eröffnet, man beabsichtige die Kostengutsprache vom 19. April 2007 wieder aufzuheben. Bei der Überprüfung der Akten habe man festgestellt, dass die Bewilligung irrtümlicherweise erteilt worden sei. Krankenheber könnten nur abgegeben werden,

wenn die versicherte Person zu Hause lebe. Da der Versicherte seit längerer Zeit im Heim lebe und nur ca. jedes zweite Wochenende und ferienhalber nach Hause gehe, seien die Voraussetzungen nicht erfüllt. ...

Aus den Erwägungen:

(...)

4.

4.1 Nach Art. 21 IVG hat ein Versicherter im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste Anspruch auf jene Hilfsmittel, deren er für die Ausübung der Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich, zur Erhaltung oder Verbesserung der Erwerbsfähigkeit, für die Schulung, die Aus- und Weiterbildung oder zum Zwecke der funktionellen Angewöhnung bedarf (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 IVG). Hat ein Versicherter infolge seiner Invalidität für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge Bedarf auf kostspielige Geräte, besteht im Rahmen der vom Bundesrat aufzustellenden Liste ohne Rücksicht auf die Erwerbsfähigkeit Anspruch auf ein Hilfsmittel (Art. 21 Abs. 2 IVG). Der Bundesrat kann nähere Vorschriften erlassen (Art. 21 Abs. 4 IVG). Die Befugnis zur Aufstellung der Hilfsmittelliste und zum Erlass ergänzender Vorschriften im Sinne von Art. 21 Abs. 4 IVG hat er in Art. 14 der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) allerdings an das Eidgenössische Departement des Innern übertragen und dieses erliess die Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI) vom 29. November 1976 mit der anhangsweise aufgeführten Hilfsmittelliste. Im Anhang unter Ziff. 14, Hilfsmittel für die Selbstsorge, resp. Ziff. 14.02 werden Krankenheber zur Verwendung im privaten Wohnbereich erwähnt und es wird darauf hingewiesen, dass deren Abgabe leihweise erfolge. Nach Art. 2 Abs. 4 HVI besteht ein Anspruch auf Hilfsmittel sodann aber nur in einfacher und zweckmässiger Ausführung, wobei sich dieser auch auf das Zubehör und die invaliditätsbedingten Anpassungen erstreckt. Hilfsmittel müssen überdies bestimmt und geeignet sein, dem gesundheitlich beeinträchtigten Versicherten in wesentlichem Umfange zur Einreichung eines der gesetzlich anerkannten Ziele zu verhelfen. Somit hat der Versicherte in der Regel nur Anspruch auf die dem Zweck angemessenen, notwendigen Massnahmen, nicht aber auf die nach den gegebenen Umständen bestmöglichen Vorkehren, will das Gesetz die Eingliederung doch nur soweit sicherstellen, als diese im Einzelfall notwendig, aber auch genügend ist. Ferner muss der voraussichtliche Erfolg der Massnahme in einem vernünftigen Verhältnis zu ihren Kosten stehen (vgl. BGE 122 V 212 Erw. 2c).

Im Übrigen kann das BSV gestützt auf Art. 92 Abs. 1 IVV (in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung bzw. auf Art. 64a Abs. 1 lit. b IVG in der aktuellen Fassung) den mit der Durchführung der Versicherung betrauten Stellen Weisungen für den einheitlichen Vollzug im Allgemeinen und im Einzelfall erteilen. Diesbezüglich ist das Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (KHMI) zu beachten. Zur Abgabe von Krankenhebern wird unter Rz. 14.02.1 festgehalten, diese sei angezeigt, wenn die versicherte Person nun unwesentlich zur eigenen Körperhygiene beitragen könne und dieser vorwiegend zur Erleichterung der Hilfe von Drittpersonen diene.

4.2 Der Beschwerdeführer bzw. seine Angehörigen berufen sich im Zusammenhang mit ihrem Anspruch auf ein Hilfsmittel auf das verfassungsmässige Recht auf Familie.

4.2.1 Diesbezüglich ist grundsätzlich festzuhalten, dass Art. 14 der schweizerischen Bundesverfassung (BV) – das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet – nicht nur das Recht zur Eheschliessung und zur Begründung einer Familie beinhaltet, sondern auch eine Bestandesgarantie darstellt und den Schutz der Familie garantiert. Dem Staat kommt der Familie gegenüber mithin ein Schutz- und Förderauftrag zu. Damit gilt aber auch das Familienleben als solches als jedenfalls gegen staatliche Eingriffe geschützt (Ruth Reusser, St. Galler Kommentar zu Art. 14 BV, Rzn. 34 ff.). Artikel 8 Abs. 1 der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährt jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs. Auch diese Bestimmung vermittelt der Familie einen institutionellen Schutz und hat das Zusammenleben – nicht nur der Kleinfamilie von Eltern und Kindern – auch naher Verwandter, die in der Familie eine wesentliche Rolle spielen können, im Auge (Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl am Rhein 1996, Rzn. 15 ff. zu Art. 8 EMRK).

4.2.2 Im publizierten Entscheid vom 6. März 2008 [I 725/06] hielt das Bundesgericht in den Erwägungen 5 bis 7 fest, die Verweigerung der Kostengutsprache für Hilfsmittel in einem Haus, in welchem sich die behinderte Person nun jedes zweite Wochenende und ferienhalber im Rahmen der Ausübung des scheidungsrechtlich vereinbarten Besuchsrechts aufhalte, verstosse nicht gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV, da die faktische Benachteiligung nicht vom Staat verursacht worden sei, diesen gestützt auf das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV aber grundsätzlich keine Leistungspflicht treffe. Da sich Grundrechte in erster Linie als Abwehrrechte gegen den Staat richteten und nur ausnahmsweise und punktuell verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche gäben, könne im Gesagten

grundsätzlich auch keine Verletzung des Grundrechts auf Familie und Achtung des Familienlebens (Art. 14 BV und Art. 8 EMRK) gesehen werden. Insbesondere könne auch aus dem Grundrecht auf Achtung des Familienlebens grundsätzlich kein direkter Anspruch auf positive staatliche Leistungen abgeleitet werden. Hingegen sei bei der Auslegung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsnormen sowie bei der Ermessenshandhabung den Grundrechten und verfassungsmässigen Grundsätzen Rechnung zu tragen, soweit dies im Rahmen von Art. 190 BV – wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend seien – möglich sei. Es sei alsdann abzuwägen zwischen den grundrechtlich geschützten Positionen des Versicherten und dem Anliegen der Einfachheit und Zweckmässigkeit; auch unter dem grundrechtlichen Aspekt bestehe aber kein Anspruch auf eine bestmögliche Eingliederung. Im Lichte des Gesagten könne die Argumentation, es gebe keinen Anspruch auf Hilfsmittel in einer zweiten Wohnung, jedoch zweifellos nicht gehört werden. Zwar treffe dies zu auf Ferien- oder andere Wohnungen, in denen sich jemand nur sporadisch aufhalte. Allerdings müsse auch beachtet werden, dass das Grundrecht auf Familie einen geschützten Anspruch auf Verkehr mit beiden Eltern verleihe. In casu könne der Anspruch nicht verwirklicht werden, wenn der Betroffene aufgrund seiner Behinderung im Hause seines Vaters nicht leben könne. Dieser Umstand sei bei der Beurteilung zu berücksichtigen. In Erwägung 8.2 ff. führte das Bundesgericht schliesslich weiter aus, wo es um die Zusprechung oder Anpassung einzelner Eingliederungsleistungen im Rahmen von Verhältnissen gehe, welche auf grundrechtlich geschützte Betätigungen des Versicherten zurückzuführen seien, sei auch bei der Berufung auf die Schadenminderungspflicht Zurückhaltung geboten. Allerdings könnten Familienangehörigen im Rahmen der familienrechtlichen Beistandspflicht rechtsprechungsgemäss umfangreichere Hilfeleistungen zugemutet werden (AHI 2003 S. 218 Erw. 2.3.3 [I 90/02]; SZS 2005 S. 210 Erw. 3.1 [I 3/04]).

(...)

6. Die Beschwerdegegnerin verneint den Anspruch auf Hilfsmittel vorliegend in erster Linie mit der Argumentation, da der Beschwerdeführer vollzeitig in einem Heim lebe, wo Krankenheber vorhanden seien, und der Krankenheber im elterlichen Zuhause nur an Wochenenden und während der Ferien genutzt würde, läge eine Doppelausstattung vor. Dies stehe dem Gebot der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit entgegen. Eine Gutheissung des Begehrens würde in der Konsequenz dazu führen, dass Hilfsmittel zur Selbstsorge stets mehrfach abgegeben werden müssten, da ja die meisten Heimbewohner auch Angehörige hätten, bei welchen sie Wochenenden und Ferien verbringen könnten. ...

Der Argumentation der IV-Stelle ist vorab entgegenzuhalten, dass der beantragte Krankenheber zweifellos einzig der Selbstsorge resp. der Unterstützung der Eltern in der Pflege ihres behinderten Sohnes, somit einem vom Gesetz vorgesehenen Zweck dient (vgl. Erw. 4.1). Die Behauptung, dem Gebot der Zweckmässigkeit werde nicht Genüge getan, geht somit völlig fehl. Inwiefern die Anschaffung resp. Überlassung eines solchen Geräts dem Grundsatz der Einfachheit widersprechen soll, erhellt sich dem Gericht ebenfalls nicht, zumal die IV-Stelle in ihrem ablehnenden Entscheid nicht präzisierte, wieso dieser Grundsatz in casu verletzt sein soll. Dabei ist zu beachten, dass es hier nicht darum geht, ob ein Hilfsmittel in einfacher oder in luxuriöser Ausstattung zur Verfügung gestellt werde. Es geht nur darum, ob überhaupt ein Anspruch auf ein Hilfsmittel für die elterliche Wohnung des Beschwerdeführers bestehe. Der Kritik, eine Doppelausstattung sei weder notwendig, noch verhältnismässig, zumal das Gerät ja immer wieder für etliche Tage und damit mehrheitlich ungenutzt bleibe, ist mit dem Hinweis auf den in Erwägung 4.2.2 zitierten neueren Entscheid des Bundesgerichts zu begegnen und es ist zu bedenken, dass der Beschwerdeführer und seine Eltern das von allen Teilen so geschätzte und für die Entwicklung des Beschwerdeführers so wichtige Familienleben an den Wochenenden und während der Ferien nicht resp. nicht mehr im gewünschten Umfang pflegen könnten, würde der Krankenheber für die elterliche Wohnung – es geht um das gemeinsame Zuhause und nicht um eine allfällige Ferienwohnung – der Familie künftig verweigert. Der Umstand, dass die Praxis von Familienangehörigen im Rahmen der familienrechtlichen Beistandspflicht umfangreichere Hilfeleistungen erwartet, bedeutet nämlich nicht, dass diesen körperliche Anstrengungen über die eigenen Kräfte hinaus abgefordert werden können. Gebieten Art. 14 BV resp. Art. 8 EMRK eine grundrechtskonforme Auslegung der sozialversicherungsrechtlichen Leistungsnormen resp. eine grundrechtskonforme Ermessenshandhabung – und um Ermessen geht es vorliegend unbestrittenemassen – und entschied das Bundesgericht im bereits zitierten Entscheid, würde die Ablehnung einer «Zweitausstattung» einem geschiedenen Vater den persönlichen Kontakt zu seinem Kinde in seiner Wohnung verunmöglichen, könne dies im Lichte der zitierten Grundrechte nicht akzeptiert werden, so bedeutet dies für den hier zu beurteilenden Fall, dass es mit den genannten Grundrechten auch nicht vereinbar wäre, wenn die in intakter Ehe lebenden Eltern des Beschwerdeführers ihren schwer behinderten Sohn nicht mehr regelmässig über die Wochenenden und für Ferien zu sich nehmen könnten. Der Hinweis auf die Schadenminderungspflicht führt sodann ebenfalls nicht zu einer anderen Sachbeurteilung. ... Da den Akten entnommen werden kann, bei käuflicher Überlassung des Krankenhebers müsse mit einem Kaufpreis von Fr. 3'380.– gerechnet werden, kann auch das Argument, die Kosten der Massnahme stünden in keinem Verhältnis zum Nutzen, nicht gehört werden

und im Lichte der mehrfach zitierten neuesten Praxis geht schliesslich auch die Behauptung, es fehle an der medizinischen und wirtschaftlichen Notwendigkeit, völlig an der Sache vorbei. Ob der mehrfach zitierte Entscheid des Bundesgerichts resp. eine diesen Entscheid beherzigende kantonale Gerichtspraxis in den Interessen der Invalidenversicherung zuwiderlaufender Weise präjudiziell wirkt oder nicht, kann und darf für die Beurteilung der hier anstehenden Rechtsfrage nicht entscheidend sein.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 4. Dezember 2008

S 2008/139

Art. 7 und 8 UVG i.V.m. Art. 4 ATSG – Als Unfall gilt die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. – Das Ausbalancieren eines Fussballtors zu zweit, zu dritt oder zu viert erfüllt den Unfallbegriff nicht.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

A. Mit Bagatell-Unfallmeldung vom 25. September 2007 meldete die G.G. AG, Z, der SUVA, ihr Mitarbeiter, V. B., Jahrgang 1965, habe am 20. September 2007, 21.00 Uhr, ausserhalb der Arbeitszeit einen Unfall erlitten. Nach dem Fussballspiel auf dem Sportplatz H. in Z. habe man das Tor aufhängen wollen. Dabei sei dieses gekippt und dem Versicherten auf die Schulter gefallen. Als Verletzung wird eine Zerrung der linken Schulter, als erstbehandelnder Arzt resp. erstbehandelnde Klinik die B.-Klinik in D, als nachbehandelnder Arzt Dr. J. von der orthopädischen Chirurgie der B-Klinik genannt.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1.1 Damit von einem Unfall ausgegangen werden kann, müssen sämtliche in der Legaldefinition nach Art. 4 ATSG enthaltenen Kriterien erfüllt sein. Mit dem ersten Kriterium der Plötzlichkeit wird ein zeitlicher Rahmen gesteckt und es wird eine Einwirkung während eines kurzen, abgrenzbaren Zeitraums verlangt. Dabei handelt es sich in der Regel um eine Zeitspanne weniger Sekunden (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Art. 4 Rz. 7 f.). Das Kriterium der Unfreiwilligkeit verlangt, dass die Folge des Ereignisses, die Körperschädigung, unbeabsichtigt eintritt

(Kieser, a.a.O., Rz. 9 ff.). Mit dem Kriterium der Ungewöhnlichkeit sollen Unfälle von Ereignissen abgegrenzt werden, die im Rahmen des Alltäglichen eintreten. Auszuscheiden sind mithin die tausendfältigen kleinen und kleinsten Insulte des täglichen Lebens, die als solche gänzlich unkontrollierbar sind und deshalb nur beim Hinzutreten von etwas Besonderem Berücksichtigung finden können (Werner Lauber, zitiert in: Alfred Bühler, Der Unfallbegriff, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, S. 195 ff., insbesondere S. 234). Massgebend ist, dass das Ereignis das im jeweiligen Lebensbereich Alltägliche oder Übliche überschreitet. Dabei kann die Ungewöhnlichkeit auch in einer Programmwidrigkeit bestehen oder sich aus einem das Übliche überschreitenden Ausmass (z.B. ausserordentliche Kraftanstrengung) ergeben. Ungewöhnlich ist dabei nicht die Wirkung des betreffenden Faktors, sondern dieser selbst. Die Praxis stellt neben objektiven Elementen auch auf subjektive Umstände wie Gewöhnung, Häufigkeit der Verrichtung etc. ab (Kieser, a.a.O., Rz. 17 ff.). Das Kriterium des äusseren Faktors gilt im Regelfalle schliesslich als erfüllt, wenn äussere, vom menschlichen Körper unabhängige Kräfte – praxismässig können aber auch körpereigene Bewegungen wie das Aufstehen aus der Hocke die schädigende äussere Einwirkung darstellen (BGE 129 V 466) – auf diesen einwirken. In aller Regel wird es sich um eine mechanische Einwirkung handeln (Kieser, a.a.O., Rz. 19). Zwingende Folge dieses Zusammenspiels verschiedener Faktoren ist die Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit.

3.1.2 Nach Lehre und Rechtsprechung ist die Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors bei Körperbewegungen zu bejahen, wenn der normale Bewegungsablauf durch etwas Programmwidriges wie Ausgleiten, Stolpern oder Abwehren eines Sturzes unterbrochen bzw. gestört wird. Bei gewissen typischen Gesundheitsschäden, die erfahrungsgemäss auch als alleinige Folgen von Krankheiten, namentlich von vorbestandenem degenerativen Veränderungen eines Körperteils innerhalb eines normalen Geschehensablaufs eintreten können, muss das Begriffsmerkmal der Aussergewöhnlichkeit besonders deutlich erfüllt bzw. die Schädigung unter besonders sinnfälligen Umständen gesetzt worden sein. Dasselbe gilt für körpereigene resp. körperinnere Traumen wie beispielsweise eine Lumbago. Die Konstitution sowie die berufliche oder ausserberufliche Gewöhnung sind insbesondere im Zusammenhang mit Überanstrengungen ebenfalls zu berücksichtigen (Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3. Auflage, Zürich 2003, S. 27, mit weiteren Hinweisen).

... Im Speziellen verneinte die Praxis das Merkmal der Ungewöhnlichkeit für einen Schreiner-Maschinisten und seinen Kollegen, die zusammen eine ca. 100 bis 150 kg schwere Tür transportieren resp. ins Gleichgewicht bringen mussten (SUVA Jahresbericht 1988 Nr. 8 S. 15); für einen von fünf erwachsenen Männern, die zusammen eine Maschine von 300 bis 400 kg zu tragen hatten (SUVA-Jahresbericht 1984 Nr. 3 S. 5 f.); für einen von vier Arbeitern, die zusammen einen schweren Elektromotor einen Hang hinauf zu tragen hatten (EVGE 1943 69 f.); für jemanden, der eine 30 bis 40 kg schwere Hobelbank von einem oberen Geschoss ins Erdgeschoss tragen und diese dort abstellen musste (SUVA-Jahresbericht 1942 Nr. 3a/2 S. 15); für einen Hilfspfleger, der einen 100 bis 120 kg schweren Patienten vom Operationstisch in ein Bett umlagern musste (BGE 116 V 139 Erw. 3c); für einen Arbeitnehmer eines Fitnesscenters, der vier oder fünf Scheiben à 10 kg anheben und sechs Meter entfernt in gebückter Stellung wieder abstellen musste (BGE 116 V 148 Erw. 3a); für jemanden, der eine 40 kg schwere Korbflasche anhob (SUVA-Jahresbericht 1942 Nr. 3a/1 S. 15); für einen von zwei Arbeitern, die auf unebenem Gelände ein Geleisstück von ca. 80 kg Gewicht hoben (EVGE 1932 76); für einen Berufsmann einer Druckweiterverarbeitungsfirma, welcher einen Papierstapel à 60 kg hob und beim Einbrechen des Stapels reflexartig nachfasste (SUVA-Jahresbericht 1981 Nr. 4 S. 8); für jemanden, der beim Abladen von 10 bis 15 kg schweren Kisten eine Rumpfdrehung vornahm (SUVA-Jahresbericht 1943 Nr. 3a/2 S. 14); für jemanden, der einen 80 kg schweren Motor, der von einem fahrbaren Wagenheber herunterzufallen drohte, ruckartig an sich zog (SUVA-Jahresbericht 1962 Nr. 3a S. 17); für jemanden, der über 100 kg schwere Fässer auf eine leicht erhöhte Rampe zu schieben und dort aufzurichten hatte (SUVA-Jahresbericht 1955 Nr. 3b/2 S. 19) sowie für einen Handlanger, der einen Baumstamm von sieben Meter Länge und 25 cm Durchmesser auf die Schulter zu heben hatte (SUVA-Jahresbericht 1947 Nr. 3a/1 S. 18; vgl. diesbezüglich Rumo-Jungo, a.a.O., S. 36 ff.). Der neueren bundesgerichtlichen Praxis sind zum Aspekt der Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors bei Überanstrengung zudem die folgenden Entscheide zu entnehmen: Mit Entscheid vom 13. Dezember 2002 verneinte das Bundesgericht eine ausserordentliche Anstrengung im Falle eines 31-jährigen Juristen, der eine 30 kg schwere Lautsprecherbox hochgehoben hatte und sich damit nach vorne beugte. In Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids wurde insbesondere betont, das Hochheben und Tragen einer Last von ca. 30 kg – dies entspreche etwa einem gut gefüllten Reisekoffer oder einer mit Büchern gefüllten Bananenschachtel – stelle auch für einen untrainierten, lediglich an Büroarbeit gewohnten jüngeren Mann nichts Aussergewöhnliches dar (Urteil des EVG vom 13. Dezember 2002 [U 65/02] Erw. 2.1 f.). Mit Entscheid vom 21. März 2006 hielt das Bundesgericht für eine 52-jährige Taxifahrerin, die einer Kundin sechs 1,5-Liter-Flaschen Mineralwasser trug und gleich-

zeitig einen auf einer Treppe umkippenden Einkaufswagen mit einem Gewicht von 25 bis 30 kg zu halten versuchte, fest nach der Rechtsprechung liege eine den Unfallbegriff erfüllende Überanstrengung erst bei Lasten von mehr als 100 kg vor (Urteil des EVG vom 21. März 2006 [U 222/05] Erw. 3.2 mit Hinweis auf den Entscheid vom 9. Oktober 2003 [U 360/02]). Auch im Falle eines 64-jährigen Systemspezialisten, der zusammen mit seiner Frau schwere Topfpflanzen auf einem Transportroller von der Garage in den Garten transportieren wollte und einen kippenden Oleander reflexartig hochriss, wurde eine Aussergewöhnlichkeit verneint (Urteil des EVG vom 23. Mai 2006 [U 144/06] Erw. 2). In Beachtung der genannten höchstrichterlichen Praxis entschied auch das Verwaltungsgericht im Falle eines 60-jährigen Assistenten der Betriebsleitung der Restaurationsbetriebe eines Unternehmens, der zusammen mit einer weiteren Person einen ca. 60 kg schweren Geschirrwagen aus einem Fahrzeug heben musste, es mangle vorliegend an der Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 28. Mai 2008 [S 07 179]), und am 30. Oktober 2008 wurde das Vorliegen eines Unfalls auch im Falle einer 39-jährigen Frau, die zusammen mit einem Monteur einen ca. 60 kg schweren Schrank von einem Raum in den nächsten transportieren sollte, verneint (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 30. Oktober 2008 [S 07 132]).

(...)

5.2 In Würdigung des in den Erwägungen 3.1.1 und 3.1.2 Gesagten ist mit der Beschwerdegegnerin festzustellen, dass der Unfallbegriff vorliegend klar nicht erfüllt ist. Im Lichte der höchstrichterlichen Praxis stellt das Hantieren mit Gewichten von 30 bis 40 kg selbst für eine untrainierte, nur an Büroarbeiten gewohnte Person nichts Aussergewöhnliches dar, zumal ja auch ein gut gefüllter Reisekoffer oder eine mit Büchern gefüllte Bananenschachtel jeweils soviel wiegen können und man auch beim Einkaufen oder bei der Gartenarbeit mit ähnlichen Gewichten konfrontiert sein kann. Überdies darf nicht vergessen werden, dass die Rechtsprechung eine den Unfallbegriff erfüllende Überanstrengung erst bei Lasten von mehr als 100 kg anerkennt. Schliesslich veranschaulicht die reichhaltige Praxis – das zu zweit erfolgte Ausbalancieren einer 100 bis 150 kg schweren Tür, das Ausbalancieren eines ca. 60 kg schweren Stapels mit Druckpapier, das Ausbalancieren eines umkippenden Einkaufswagens oder eines auf einem Rollwagen stehenden resp. kippenden Oleanders –, dass auch das Ausbalancieren von Gewichten per se nicht als ungewöhnlich bzw. sinnfällig gilt. Wiegt ein Fussballtor gerade mal 40 – oder wenig mehr – Kilogramm, kann folglich nicht von einem besonders hohen Gewicht resp. einer diesbezüglich hohen Kraftanstrengung gesprochen werden. Zwar

verlangt das Ausbalancieren einer für Schwingungen anfälligen Konstruktion zugegebenermassen eine gewisse Geschicklichkeit bzw. erfordert einen gewissen Kraftaufwand. Behändigten in casu aber vier Männer, die diese Verrichtung eingeständenermassen gewohnt sind, das Fussballtor gemeinsam, kann im geschilderten Vorgang nichts Aussergewöhnliches im Sinne der zitierten Praxis erkannt werden. Zudem räumte auch der Beschwerdeführer ein, dass sich nichts Programmwidriges – im Sinne eines Ausgleitens, eines Sturzes oder eines Anschlagens – ereignet habe, und auch von einem unkoordinierten Bewegungsablauf kann nicht gesprochen werden. Damit kann ein Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Dezember 2008

S 2008/177

Art. 9 Abs. 1 UVG – Als Berufskrankheiten gelten Krankheiten, die bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sind. – Darunter fallen auch Reaktionen auf für Spitalpersonal im Sinne des Arbeitnehmerschutzes obligatorische Impfungen.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Versicherte, J. P., arbeitete ab 1. März 2006 im Spital Y als Stationssekretärin und war deshalb bei der Winterthur, Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft, obligatorisch unfallversichert. Sie liess sich am 11. Mai 2006 durch den Personalarzt gegen Tetanus impfen. Am 16. Mai 2006 wurde eine Schwellung des rechten Oberarms ohne Rötung oder Überwärmung festgestellt und die Versicherte klagte über einen starken Armschmerz. Als vorläufige Diagnose wurde eine allergische Reaktion nach der Impfung festgehalten. ...

Aus den Erwägungen:

(...)

3.2 Artikel 9 UVG schliesslich regelt die Leistungspflicht des Unfallversicherers bei Berufskrankheiten resp. den Berufskrankheiten gleichgestellten Krankheiten. Demnach gelten als Berufskrankheiten jene Krankheiten, die bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sind (Art. 9 Abs. 1 UVG). Der Bundesrat erstellt die

Liste dieser Stoffe und Arbeiten sowie der arbeitsbedingten Erkrankungen (vgl. Anhang 1 zur UVV). Den Berufskrankheiten gleichgestellt sind Krankheiten, von denen nachgewiesen wird, dass sie ausschliesslich oder stark überwiegend durch berufliche Tätigkeiten verursacht worden sind.

3.2.1 Der Kausalzusammenhang zwischen dem verursachenden Stoff resp. der verursachenden Arbeit und der Berufskrankheit gilt als im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UVG qualifiziert (vorwiegend oder ausschliesslich), wenn die Arbeit mindestens 50% aller Ursachen ausmacht. Die Verschlimmerung einer vorbestandenen Krankheit durch Listenstoffe oder Listenarbeiten wird der Verursachung einer Krankheit durch Listenstoffe gleichgesetzt. Bei dauernder richtungsgebender Verschlimmerung dauert die Leistungspflicht des Unfallversicherers solange an, als für die einzelnen Leistungsarten die massgeblichen Voraussetzungen erfüllt sind. Bei temporären Verschlimmerungen dauert die Leistungspflicht bis zum vollständigen Abklingen der Verschlimmerung. Bei einem Schubleiden trifft den Unfallversicherer die Leistungspflicht somit nur, wenn und insoweit durch eine bei ihm versicherte Tätigkeit neu ein Krankheitsschub verursacht wird. Für die den Berufskrankheiten gleichgestellten Krankheiten (Art. 9 Abs. 2 UVG) wird ein ausschliesslicher oder stark überwiegender Kausalzusammenhang gefordert. Diese Voraussetzung gilt als erfüllt, wenn die Krankheit mindestens zu 75% durch die berufliche Tätigkeit verursacht worden ist. Dabei muss die versicherte Person während einer gewissen Dauer einem für ihren Beruf typischen oder damit verbundenen Risiko ausgesetzt sein. Ein einmaliges Ereignis, durch welches die Gesundheitsschädigung ausgelöst wird, genügt nicht. Ist aufgrund der medizinischen Erkenntnisse die Berufsbedingtheit eines Leidens nicht qualifiziert nachweisbar, scheidet die Anerkennung im Einzelfall von vornherein aus. Eine blosser Disposition zu einer Krankheit – beispielsweise zu Ekzemen – kann nicht als Berufskrankheit gewertet werden. Nach der SUVA-Praxis kann für ein Rückenleiden, das durch eine berufliche Tätigkeit bloss ausgelöst wird und für welches die berufliche Tätigkeit mithin nur Anlass und nicht Ursache ist, ein qualifizierter Kausalzusammenhang nicht als überwiegend wahrscheinlich gelten. Gleiches gilt bei Handgelenksschmerzen, die ursächlich auf eine Gelenkentzündung zurückzuführen sind. Zu guter Letzt liegt auch dann keine Berufskrankheit vor, wenn ein Krankenpfleger infolge Umbettens eines schweren Patienten heftige Rückenschmerzen verspürt, die binnen Wochenfrist aber ausheilen (vgl. Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Zürich 2003, S. 83 f. und S. 85 f. mit dort zitierten weiteren Hinweisen).

3.2.2 Dem Anhang 1 zur UVV können keine Hinweise auf Impfungen irgendwelcher Art entnommen werden. Indes nennt Anhang 1 Ziff. 2 lit. b im Sinne von arbeitsbedingten Erkrankungen nach Art. 9 Abs. 1 UVG Infektionserkrankungen von Personen, die in Spitälern, Laboratorien, Versuchsanstalten oder dergleichen arbeiten. Artikel 3 Abs. 1 der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV) vom 19. Dezember 1983 verpflichtet Arbeitgeber generell, zur Wahrung der Arbeitssicherheit Schutzmassnahmen zu treffen, die den für seinen Betrieb geltenden Vorschriften über die Arbeitssicherheit sowie den übrigen anerkannten sicherheitstechnischen und arbeitsmedizinischen Regeln entsprechen. Die Verordnung über den Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SAMV) vom 25. August 1999 verpflichtet Arbeitgeber gestützt darauf, soweit möglich und sinnvoll Impfungen zu veranlassen (Art. 14 Abs. 1 SAMV). Für die Umsetzung dieser Regelungen ist die SUVA zuständig (vgl. Art. 50 Abs. 1 VUV). Gemäss der SUVA-Broschüre «Impfungen des Personals im Gesundheitswesen (Broschüre 34, 1. Auflage: März 1999) bedeutet dies für Spitalbetreiber, Betreiber von Arztpraxen oder von Laboratorien, dass sie für den notwendigen Impfschutz ihres Personals besorgt sein müssen. Die Arbeitnehmer wiederum sind aufgrund von Art. 11 Abs. 1 VUV verpflichtet, den entsprechenden Weisungen und Anordnungen der Arbeitgeber Folge zu leisten (vgl. auch Art. 16 Abs. 1 SAMV).

(...)

6. ... Soweit der Vertrauensarzt die Kausalität schliesslich in Frage stellt mit dem Hinweis, seines Erachtens liege eher eine Lymphreaktion denn eine allergische Reaktion vor, zumal sich eine allergische Reaktion eher systemisch und weniger lokal auswirke, ist zu beachten, dass er die Patientin nie persönlich sah, sich somit kein wirkliches Bild von der Impfreaktion machen konnte, derweil der Personalarzt des Kantonsspitals Zug, der die Impfung selbst vorgenommen hatte, die Beeinträchtigung im Rahmen seiner Sprechstunde eingehend beurteilen konnte. Ging der Personalarzt von einer Kausalität der Reaktion zum Impfvorgang aus, ist diese Beurteilung nicht zu beanstanden und die Kausalität im Sinne der einschlägigen Gesetzesbestimmung gilt für das Gericht als überwiegend wahrscheinlich erstellt.

Unter Verweis auf Erwägung 3.2.2 ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass Anhang 1 Ziff. 2 lit. b zur UVV für das Personal von Spitälern, Laboratorien und Versuchsanstalten Infektionskrankheiten ganz generell und ohne jegliche Differenzierung als Berufskrankheiten nennt. Eine erklärende Gerichtspraxis, wonach nur bestimmte Infektionen gemeint sein könnten, besteht nicht. Mit Dr. T. vom arbeits-

medizinischen Dienst des Kantonsspitals N ist zudem festzustellen, dass die gesundheitlichen Folgen von Massnahmen, denen sich ein Arbeitnehmer im Rahmen der Abklärung, der Behandlung, der Verhütung oder der Vorsorge von Berufsunfällen oder Berufskrankheiten zu unterziehen hat, ebenso wie die direkten Unfallfolgen resp. Folgen der Berufskrankheit zur Leistungspflicht des Unfallversicherers führen. Es gibt keinen Grund, wieso dies im Falle von Schutzimpfungen nicht gelten soll. Würdigt man überdies, dass Arbeitgeber gestützt auf Art. 3 Abs. 1 VUV verpflichtet sind, ihr Personal so gut als möglich vor Berufsunfällen oder Berufskrankheiten zu schützen resp. dass das Personal im Gesundheitswesen – gestützt auch auf Art. 14 Abs. 1 SAMV – soweit möglich gegen die Gefahr von Mikroorganismen, sprich von Infektionserregern, zu impfen ist, dass die SUVA-Richtlinie für «Impfungen des Personals im Gesundheitswesen» die Umsetzung dieser Verpflichtung fest schreibt und die Tetanus-Impfung als ohnehin gebotene Impfung ausdrücklich erwähnt, und beachtet man zu guter Letzt, dass für das Spital Y – in Beachtung der gesetzlichen Pflicht, die Unfall- und Krankheitsrisiken durch Arbeit zu evaluieren resp. zu minimieren – die Regelung getroffen wurde, dass Wundstarrkrampf zu den arbeitsrelevanten Gefahren gehöre, so dass das Personal dagegen zu impfen sei, so ergibt sich, dass die strittige Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin als Folge einer jedenfalls gebotenen Schutzmassnahme gegen eine Berufskrankheit zu werten ist. Soweit die Beschwerdegegnerin ihre Leistungspflicht unter Hinweis auf die nur kurze Exposition verneint, ist ihr entgegenzuhalten, dass auch Infektionen selbst, obgleich vom Verordnungsgeber als Berufskrankheiten im Gesundheitswesen ausdrücklich genannt, in der Regel nur auf ein singuläres Ereignis – eine einmalige Tröpfchenübertragung; ein schneller Stich der Malariafliege – zurückgehen, dass das Kriterium der Exposition resp. Arbeitsdauer bei Infektionskrankheiten mithin nicht von Bedeutung sein kann. Da die Tetanus-Impfung im Sinne einer betrieblichen Schutzmassnahme als mindestens geboten galt, vermag weder der Hinweis auf eine allfällige Prädisposition, noch die Bemerkung, die Tetanus-Impfung werde generell empfohlen und stehe nicht in einem überwiegenden Zusammenhang mit der Arbeit im Spital, den Unfallversicherer von seiner Leistungspflicht zu entbinden. In Beachtung der Tatsache, dass Infektionskrankheiten in Anhang 1 Ziff. 2 lit. b zur UVV ausdrücklich erwähnt werden, verdient auch das Argument der Beschwerdegegnerin, Tetanol figuriere nicht auf der Liste der gefährdenden Stoffe nach Anhang 1 Ziff. 1 zur UVV, keinerlei Beachtung. Damit ist von der Leistungspflicht des Unfallversicherers auszugehen.

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

Art. 195 ZGB, Art. 400 OR. Nach rechtskräftig geschiedener Ehe ist ein Begehren um Auskunft über eheliches Vermögen grundsätzlich nicht mehr möglich.

Aus den Erwägungen:

2. Die Klägerin stützte ihr Auskunftsbegehren auf Art. 195 ZGB in Verbindung mit Art. 400 OR. Hat ein Ehegatte dem anderen ausdrücklich oder stillschweigend die Verwaltung seines Vermögens überlassen, so gelten die Bestimmungen über den Auftrag, sofern nichts anderes vereinbart ist (Art. 195 ZGB). Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Art. 195 ZGB ist lediglich auf die Vermögensverwaltung zwischen Ehegatten anwendbar. Bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes gilt Art. 195 ZGB weiter. Wird die Ehe jedoch geschieden, so fällt die Anwendbarkeit von Art. 195 ZGB mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils weg (Barbatti, Verwaltung des Vermögens eines Ehegatten durch den anderen (Art. 195 ZGB), Zürich 1991, Ziff. 2.2.3, 2.2.3.1 und 2.2.3.4). Die Ehe der Parteien wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Muri vom 24. Februar 2006 geschieden. Der Beklagte führte aus, das Urteil sei im Scheidungspunkt im Sommer 2006 rechtskräftig geworden. Dies wurde von der Klägerin nicht bestritten. Da die Klägerin ihr Begehren erst im Jahre 2007 und somit nach Rechtskraft des Scheidungsurteils gestellt hat, kann sie sich nicht mehr auf Art. 195 ZGB stützen. Hinzu kommt, dass Art. 195 ZGB im Rahmen der Gütergemeinschaft nur betreffend die ausserordentliche Verwaltung des Gesamtgutes in Frage kommt. Da die Klägerin vorliegend weder substantiiert behauptet noch bewiesen hat, dass es sich vorliegend um eine ausserordentliche Verwaltung und nicht nur um eine ordentliche Verwaltung gehandelt hat, kommt die Anwendung von Art. 195 ZGB ohnehin nicht in Frage.

3. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich aus den gesetzlichen Bestimmungen zur Gütergemeinschaft eine Auskunftspflicht des Beklagten ergibt.

Umfassende Auskunfts- und Abrechnungspflichten folgen in Bezug auf das Gesamtgut während des Bestandes der Gütergemeinschaft aus der sich aus dem Gesamthandsverhältnis ergebenden Eigentümerstellung und bedürfen keiner besonderen Regelung. Im Scheidungsverfahren kann sich eine Auskunftspflicht zudem direkt

aus dem Scheidungsrecht ergeben (Hauser/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Bern 1996, N 22 zu Art. 231 ZGB und N 11 zu Art. 232 ZGB). Für Handlungen, die das Gesamtgut betreffen, ist jeder Ehegatte bei Auflösung des Güterstandes gleich einem Beauftragten verantwortlich (Art. 231 ZGB). Die Verantwortlichkeit ist jedoch zusammen mit der güterrechtlichen Auseinandersetzung geltend zu machen. Nach deren Abschluss ist dies grundsätzlich nicht mehr möglich. Insofern verwirkt der Anspruch (Hauser/Reusser/Geiser, a.a.O., N 13 zu Art. 231 ZGB; Hausheer/Aebi-Müller, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel 2006, N 13 zu Art. 231 ZGB). Gemäss Art. 236 ZGB wird bei einer Scheidung die Auflösung des Güterstandes auf den Tag zurückbezogen, an dem das Begehren eingereicht worden ist. Das Scheidungsbegehren wurde im Jahr 2001 anhängig gemacht, so dass der Güterstand der Gütergemeinschaft bereits damals aufgelöst wurde und eine Anwendung von Art. 231 ZGB nicht mehr in Frage kommt. Soweit die Ehe weiter besteht, ergibt sich aus Art. 159 ZGB und Art. 170 ZGB eine entsprechende Auskunftspflicht. Überdies hat das Bundesgericht aus der Treuepflicht und deren Nachwirkung geschlossen, dass die Ehegatten während eines Scheidungsverfahrens mit Bezug auf alle für den Prozess wichtigen wirtschaftlichen Gegebenheiten eine erhöhte Auskunftspflicht trifft. Dieser Grundsatz lässt sich ohne Weiteres auf die güterrechtliche Auseinandersetzung übertragen (Hauser/Reusser/Geiser, a.a.O., N 41 zu Art. 236 ZGB). Die Auskunftspflicht gemäss Art. 170 ZGB endet jedoch grundsätzlich mit Rechtskraft des Scheidungsurteils (BGE 5C.276/2005, Erwägung 2.2). Da die Parteien die vorliegend interessierende Ziffer 3.2 des Dispositivs des Scheidungsurteils anerkanntermassen nicht angefochten haben, ist die genannte Ziffer im Sommer 2006, mithin vor Einreichung der vorliegenden Klage, rechtskräftig geworden. Gründe für eine Weitergeltung der Auskunftspflicht über die Rechtskraft des Scheidungsurteils hinaus wurden nicht vorgebracht. Die Klägerin kann ihr Auskunftsbegehren demnach weder auf Art. 170 ZGB noch auf die Bestimmungen der Gütergemeinschaft stützen.

4. Weiter ist zu prüfen, ob die Klägerin ihr Auskunftsbegehren auf einen vertraglichen Anspruch stützen kann. In Frage kommt insbesondere ein Anspruch aus Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR).

4.1 Die Klägerin brachte vor, gegenüber der UBS sei lediglich der Beklagte an den Vermögenswerten unter der Kundennummer ... berechtigt gewesen. Da die Parteien intern jedoch gemeinsam an den Vermögenswerten berechtigt gewesen seien, liege ein klassischer Fall von fiduziarischer Berechtigung vor. Der Beklagte anerkannte zwar, dass das Depot Nr. ... bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu beachten gewesen sei, bestritt jedoch, das Vermögen der Klägerin fiduziarisch ver-

waltet zu haben. Er sei der Klägerin gegenüber weder rechenschafts- noch auskunftspflichtig. Er habe das Depot einzig in seinem Namen und nicht stellvertretend auch für die Klägerin und damit als deren Fiduziar betrieben.

4.2 Die ordentliche Verwaltung des Gesamtgutes steht bei der Gütergemeinschaft jedem Ehegatten einzeln zu (Art. 227 Abs. 2 ZGB). Erst die Überlassung der ausserordentlichen Verwaltung kann in den Bereich von Art. 195 ZGB oder des Auftragsrechts fallen (Barbatti, a.a.O., Ziff. 2.2.3.3). Die Klägerin behauptete lediglich pauschal, der Beklagte habe ihren Gesamthandsanteil fiduziarisch verwaltet. Insbesondere legte sie keine Umstände dar, die darauf hindeuten würden, dass sie dem Beklagten einen konkreten über die ordentliche Verwaltung hinausgehenden Verwaltungsauftrag erteilt hat. Zwar gehen die Parteien offenbar übereinstimmend von einem Verwaltungsmandat der UBS aus. Hingegen legte die Klägerin nicht dar, wie dieser Verwaltungsauftrag ausgestaltet gewesen sein soll. Demnach lässt sich nicht beurteilen, ob die UBS lediglich zur ordentlichen oder auch zur ausserordentlichen Verwaltung berechtigt war. Die Klägerin behauptete auch nicht, der Beklagte habe den ihm angeblich übertragenen Verwaltungsauftrag an die UBS substituiert. Demnach hat sie weder substantiiert behauptet noch bewiesen, dass sie dem Beklagten einen über die ordentliche Verwaltung hinausgehenden Auftrag zur Vermögensverwaltung erteilt hat, welcher allenfalls an die UBS hätte substituiert werden können. Somit hat die Klägerin auch keinen vertraglichen Anspruch auf Auskunftserteilung nachgewiesen.

Kantonsgericht Zug, 27. März 2008

(Eine gegen dieses Urteil erhobene Berufung wurde vom Obergericht abgewiesen. Zur Zeit ist noch eine Beschwerde beim Bundesgericht hängig.)

Art. 277 Abs. 2 und 285 Abs. 1 ZGB. – Mündige Kinder sind bezüglich ihres Unterhaltsanspruches im Verhältnis untereinander gleich zu behandeln. Tritt eine neue Unterhaltspflicht zu einer bestehenden und kommt beiden Unterhaltspflichten der gleiche Rang zu, müssen bei der aktuellen Beitragsfestsetzung beide Verbindlichkeiten in gleichem Masse berücksichtigt werden.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1 Eltern sind allen ihren Kindern in gleicher Weise zum Unterhalt verpflichtet. Den unterschiedlichen Erziehungs-, Gesundheits- und Ausbildungsbedürfnissen ist dabei Rechnung zu tragen (BGE 126 III 353). Während der Anspruch des mündigen Kindes hinter den des unmündigen zurücktritt, sind mündige Kinder im Verhältnis untereinander gleich zu behandeln. Tritt – wie dies vorliegend der Fall ist – eine neue Unterhaltspflicht zu einer bestehenden und kommt beiden Unterhaltspflichten der gleiche Rang zu, müssen bei der aktuellen Beitragsfestsetzung beide Verbindlichkeiten in gleichem Masse berücksichtigt werden. Der bereits bestehende Unterhaltsbeitrag ist somit mit dem Betrag aufzunehmen, der auf ihn entfiel, wenn er gleichzeitig mit dem in Frage stehenden festgesetzt würde (Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, Art. 285 ZGB N 59). Die mit der Unterhaltsvereinbarung vom 2. April 2008 entstandene Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber dem mündigen Sohn X. kann somit nicht einfach mit dem vereinbarten Betrag als abzugsfähiger Lebenskostenfaktor bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Beklagten berücksichtigt werden. Nach Art. 285 Abs. 1 ZGB soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen der Kinder und der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte des Kindes berücksichtigen. Auszugehen ist zunächst von den Bedürfnissen des Kindes. Auf der anderen Seite figurieren neben dem Unterhaltsbeitrag der Eltern noch weitere Mittel, vorab Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen sowie das Vermögen und die Einkünfte des Kindes. Der Unterhaltsbeitrag hat nur den nach Abzug dieser Mittel verbleibenden Unterhaltsbedarf des Kindes zu decken. Die Lebensstellung und die Leistungsfähigkeit der Eltern sind für die Bemessung des Unterhaltbeitrages an sich, aber auch in ihrem Verhältnis zueinander massgebend. Im Falle von mündigen Kindern ist weiter zu berücksichtigen, dass die Eltern nur soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf, für den Unterhalt aufzukommen haben, bis eine entsprechende Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Zumutbarkeit bedeutet, dass ein gerechter Ausgleich gefunden werden muss zwischen dem Beitrag, der unter Berücksichtigung aller Umstän-

de von den Eltern erwartet werden darf, und der Leistung, die dem Kind in dem Sinne zugemutet werden kann, dass es zu seinem Unterhalt durch eigenen Arbeitserwerb oder andere Mittel beiträgt. Die Zumutbarkeit ist dabei wie auch die Angemessenheit der Ausbildung gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit, d.h. auf Grund aller im Einzelfall erheblichen Umstände, zu beurteilen (Hegnauer, a.a.O., Art. 277 N 90).

2.2 Im vorinstanzlichen Verfahren wurde zunächst der Bedarf der Klägerin betragsmässig bestimmt und anschliessend die Leistungsfähigkeit des Beklagten geprüft. Da zum fraglichen Zeitpunkt noch keine Pflicht zur Zahlung von Unterhaltsleistungen des Beklagten gegenüber dem Sohn X. bestand, wurden in dieser Hinsicht auch keine Abklärungen in tatsächlicher Hinsicht getroffen. Es fehlen somit zum Bedarf des Sohnes X. sowie zu seinen Möglichkeiten, durch eigenen Arbeitserwerb oder andere Mittel zu seinem Unterhalt beizutragen, die tatsächlichen Feststellungen. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Beklagte anlässlich der Berufungsverhandlung auf entsprechende Frage des Rechtsvertreters der Klägerin bestätigte, dass X. ein Philosophiestudium an der Universität Luzern begonnen habe und momentan bei seiner Mutter wohne. Diese Tatsachen allein können für die Bestimmung des Unterhaltsbedarfes nicht ausreichen. Es stellt sich deshalb nun vorliegend die Frage, ob das Obergericht die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen hat. § 206 Abs. 1 ZPO sieht zwar vor, dass das Obergericht das Beweisverfahren selbst durchführen kann. Gemäss § 51 Abs. 1 GOG muss jedoch der Instanzenzug eingehalten werden und keine Oberbehörde kann auf ein Rechtsbegehren eintreten, über welches die untere Instanz noch nicht entschieden hat. Eine Rückweisung hat dabei nicht nur bei einem nicht geprüften Rechtsbegehren im engeren Sinn zu erfolgen, sondern – entsprechend dem Recht der Parteien auf Wahrung des Instanzenzuges – immer auch dann, wenn die Rechtsmittelinstanz über eine prozessentscheidende Frage entscheiden müsste, zu der die untere Instanz noch nicht Stellung genommen hat (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, § 333 N 2; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 487). Aus den tatsächlichen Feststellungen lässt sich zum Bedarf sowie zu den Möglichkeiten des Sohnes X., zu seinem Unterhalt beizutragen, nichts ableiten. Des Weiteren gilt es im Zusammenhang mit der Leistungsfähigkeit des Beklagten zu prüfen, ob und inwiefern die von ihm geltend gemachte Reduktion seines Einkommens zu berücksichtigen ist. Sowohl der Bedarf des Sohnes X. als auch die Leistungsfähigkeit des Beklagten sind für die Bestimmung eines allfälligen Unterhaltsbeitrages des Beklagten an die Klägerin von Bedeutung, womit es sich um prozessentscheidende Fragen handelt, welche von der Vorinstanz unter den damaligen Voraussetzungen nicht zu prüfen waren. Dies hat letztendlich zur

Folge, dass die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 21. Oktober 2008

2. Sachenrecht

Art. 38 ff. SchlT ZGB; Verordnung über die Bereinigung der dinglichen Rechte und die Anlage des Grundbuches vom 29. Juni 1940 – Die Bereinigung der altrechtlichen dinglichen Rechte bei der Anlage des eidgenössischen Grundbuches fällt nicht in die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtes, sondern des Bereinigungsbeamten. Eine Vorwegnahme der Bereinigung der dinglichen Rechte durch ein zivilprozessuales Verfahren auf Veranlassung eines Grundstückseigentümers oder Dienstbarkeitsberechtigten ist daher unzulässig.

Aus den Erwägungen:

5. Die Klägerin macht geltend, mit dem Wasserrechtsvertrag vom 15. Juli 1890 und dem Kaufvertrag vom 30. April 1902 seien ihr bzw. der S. AG als ihrer Rechtsvorgängerin von J.E. bzw. dessen Erben Quellen-, Durchleitungs- sowie Fuss- und Fahrwegrechte als Personaldienstbarkeiten zu Lasten der Grundstücke GS Nr. XXX, GS Nr. YYY und GS Nr. ZZZ eingeräumt worden. Der Beklagte bestreitet den Bestand dieser Personaldienstbarkeiten bzw. deren Übertragbarkeit. Unabhängig von der Frage des Bestehens und der Übertragbarkeit dieser Personaldienstbarkeiten sind die folgenden Überlegungen anzustellen. Bei den fraglichen Dienstbarkeiten handelt es sich um solche, die in den Jahren 1890 und 1902 begründet wurden, mithin noch vor Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907. Die massgeblichen rechtlichen Bestimmungen finden sich daher im Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zug. Das Grundeigentum und die auf den Grundstücken als Rechte oder Lasten bestehenden Dienstbarkeiten wurden im zugerischen Hypothekenbuch, welchem die Funktion eines Grundbuches zukam, eingetragen (Spillmann, Fertigungswesen und Grundbuch im Kanton Zug, Diss. Zürich 1938, S. 63 ff.). Mit Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches wurden die Kantone in Art. 38 ff. SchlT verpflichtet, ihre kantonalen Grundbücher sukzessive aufzuheben und das eidgenössische Grundbuch anzulegen (Schmid, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2007, N 1 ff. zu Art. 38 SchlT). Im Kanton Zug erfolgt die Anlegung des eidgenössischen Grundbuches gemeindeweise (§ 149 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 [EGZGB], BGS 211.1) und ist noch nicht in sämtli-

chen Gemeinden abgeschlossen. Die im vorliegenden Fall betroffenen Grundstücke in der Gemeinde Neuheim liegen in einem Bereich, in welchem das eidgenössische Grundbuch noch nicht angelegt wurde. Sämtliche vor Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches begründeten Dienstbarkeiten sind mithin in den aktuellen Grundbuchauszügen nicht detailliert erfasst, sondern werden pauschal als altrechtliche Einträge aufgelistet. Für eine detailliertere Auskunft müssen daher die Hypothekenbücher bzw. die entsprechenden Dienstbarkeitsverträge konsultiert werden. Art. 43 SchlT sieht vor, dass bei der Einführung des eidgenössischen Grundbuches diese altrechtlichen Dienstbarkeiten zur Eintragung gebracht werden sollen, soweit sie nach neuem Recht begründet werden können. Dies ist offensichtlich auch das Ziel der Anträge in Ziff. 2–6 des klägerischen Rechtsbegehrens, mit welchen die Klägerin beantragt, das Grundbuchamt des Kantons Zug sei gerichtlich anzuweisen, die von der Klägerin behaupteten Quellen-, Durchleitungs- sowie Fuss- und Fahrwegrechte zu ihren Gunsten auf den Grundstücken GS Nr. XXX, GS Nr. YYY und GS Nr. ZZZ des Beklagten einzutragen. Wie nachfolgend auszuführen ist, fehlt es dem Kantonsgericht Zug indes an der sachlichen Zuständigkeit für ein solches Begehren.

Die kantonalen Ausführungsbestimmungen zur Pflicht des Kantons Zug zur Anlegung des eidgenössischen Grundbuches finden sich in der Verordnung über die Bereinigung der dinglichen Rechte und die Anlage des Grundbuches vom 29. Juni 1940 (BGS 215.32). §§ 5–26 der Verordnung enthalten eine detaillierte Regelung des Verfahrens auf Bereinigung der dinglichen Rechte, welches durch einen vom Regierungsrat gewählten Bereinigungsbeamten unter der Aufsicht des Grundbuchverwalters geleitet wird. Eine Beteiligung der gerichtlichen Instanzen oder gar eine Vorwegnahme der Bereinigung der dinglichen Rechte durch ein zivilprozessuales Verfahren auf Veranlassung eines Grundstückeigentümers oder Dienstbarkeitsberechtigten ist grundsätzlich nicht vorgesehen. Lediglich wenn im Bereinigungsverfahren zwischen den Beteiligten über Bestand, Inhalt, Umfang und Rang eines Rechtes oder über den Gesamtwert einer Grundlast keine gütliche Einigung erzielt werden kann, ist die rechtliche Erledigung herbeizuführen. Es soll ihr sodann ein Einigungsversuch des Grundbuchverwalters vorangehen (§ 24 der Verordnung; vgl. auch Spillmann, a.a.O., S. 135 ff.). Diese Regelung legt die Durchführung des Bereinigungsverfahrens sinnvollerweise in die Kompetenz der Verwaltung und nicht der Justiz, denn es kann nicht Sache des Kantonsgerichts als allgemeine gerichtliche Instanz für Zivilsachen sein, auf Antrag einer Partei eine Grundbuchbereinigung eines vereinzelt Grundstückes bezüglich der darauf lastenden Rechte oder Lasten vereinzelter Berechtigter belasteter Grundeigentümer durchzuführen. Vielmehr ist die Bereinigung Aufgabe des für diese Tätigkeit speziell gewählten, mit entsprechenden

Mitarbeitern ausgestatteten und im Grundbuchrecht erfahrenen Bereinigungsbeamten. Dieser hat für eine Gemeinde oder einen zusammenhängenden Teil davon Bereinigungshefte zu erstellen, in welchen die in § 6 der Verordnung aufgezählten Angaben zu einem Grundstück einzutragen sind. Insbesondere hat der Bereinigungsbeamte sämtliche aus dem Hypothekenbuch, Kaufregister und Servitutenprotokoll ersichtlichen beschränkten dinglichen Rechte (Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte) sowie Vormerkungen und Anmerkungen in die Bereinigungshefte einzutragen (§ 6 Ziff. 4 der Verordnung). Mithin ist ein Grossteil der Rechte und Lasten auf den zu bereinigenden Grundstücken von Amtes wegen festzustellen und einer materiellen Vorprüfung zu unterziehen (§§ 12 ff. der Verordnung). Dieses Verfahren, bei welchem lediglich nicht im Bereinigungsheft eingetragene dingliche Rechte von Ansprechern angemeldet werden müssen, entspricht dem Gebot der Rechtssicherheit in wesentlich höherem Masse als der von der Verhandlungsmaxime beherrschte Zivilprozess vor dem Kantonsgericht (§ 53 Abs. 1 ZPO). Es ist daher angebracht, eine gerichtliche Beurteilung strittiger altrechtlicher dinglicher Rechte mit dem Zweck der Eintragung in das eidgenössische Grundbuch erst nach der materiellen Vorprüfung durch den Bereinigungsbeamten und nach der Durchführung eines Einigungsversuches durch den Grundbuchverwalter zuzulassen (§ 12 und § 24 Abs. 1 der Verordnung). Nicht angehen kann es daher, dass das Kantonsgericht das Bereinigungsverfahren auf Antrag einer Partei auf einzelnen Grundstücken vorwegnehmen und anstelle des Bereinigungsbeamten vornehmen soll.

Anzumerken ist, dass der Klägerin aus diesem Verfahrensablauf kein Nachteil erwächst. Zwar muss sie bis zur Durchführung der Bereinigung und Anlage des eidgenössischen Grundbuches auf den betroffenen Grundstücken warten, um einen neurechtlichen Eintrag ihrer Dienstbarkeiten im Grundbuch zu erlangen, doch kann sie die von ihr angesprochenen dinglichen Rechte auch schon vorher zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens machen, um die von ihr angestrebte Rechtssicherheit zu erlangen. So wäre es ihr möglich gewesen, eine Klage auf Feststellung der Quellen-, Durchleitungs- sowie Fussweg- und Fahrwegrechte anzuheben (BGE 114 II 253 Erw. 2a; BGE 110 II 352 Erw. 2; Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Auflage, Bern 2007, N 2059 ff.; Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, N 1233). Sofern der Beklagte sie sodann an der Ausübung ihrer dinglichen Rechte hindert, hätte ihr auch die *actio confessoria* offen gestanden (Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., N 1235; Petitpierre, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2007, N 11 zu Art. 737 ZGB). (...)

Kantonsgerichts Zug, 17. Dezember 2008

3. Obligationenrecht

Art. 18 Abs. 1 OR – Frage der Nichtigkeit eines Ehevertrages unter anderem aufgrund geltend gemachter Simulation sowie Lücke des Vertrages.

Aus den Erwägungen:

...

3.1 Der Kläger beantragt, es sei gerichtlich festzustellen, dass der von den Parteien am 14. Juli 1982 abgeschlossene Ehevertrag gestützt auf Art. 18 Abs. 1 OR nichtig ist und es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung nach den Regeln der Errungenschaftsbeteiligung gemäss Art. 196 ff. ZGB durch das Gericht vorzunehmen.

3.2 Unbestritten ist, dass die Parteien am 14. Juli 1982 einen öffentlich beurkundeten Ehevertrag abgeschlossen haben, in welchem sie in Abänderung des bisherigen gesetzlichen Güterstandes der Güterverbindung gemäss Art. 194 ff. aZGB vereinbarten, dass zwischen ihnen vollständige Gütertrennung gemäss Art. 241 ff. aZGB bestehen soll. Des Weiteren wurde im Ehevertrag festgehalten, dass diese Regelung sowohl hinsichtlich des gegenwärtigen als auch des zukünftigen beweglichen und unbeweglichen Vermögens und sämtlicher Passiven gelten soll. Sodann erklärten sich die Ehegatten güterrechtlich als auseinandergesetzt und hielten fest, dass – mit Ausnahme der gesetzlichen Sondergut bildenden persönlichen Effekten des Mannes – das gesamte Mobiliar und Vermögen der Ehefrau gehört.

3.3 Für sein Begehren betreffend Feststellung der Nichtigkeit des Ehevertrages durch das Gericht führt der Kläger folgende Argumente an:

3.3.1 Die Ungültigkeit des Vertrages ergebe sich aus den Feststellungen über den Parteiwillen (Simulation), denn bei Abschluss des Ehevertrages im Juli 1982 seien sich beide Parteien bewusst gewesen, dass dieser Vertrag nur nach aussen Wirkung haben sollte. Intern hätte man weiterhin den bisherigen Güterstand beibehalten wollen. Das ergebe sich auch daraus, dass dem Kläger gemäss Ehevertrag nur die persönlichen Effekten zu Eigentum gehören sollten, obwohl er damals bereits ein Aktienpaket und ein Sparheft besessen habe. Diese und andere Vermögenswerte seien jedoch nie auf die Beklagte übertragen worden und der Kläger habe über sein Vermögen wie zuvor verfügt. Lediglich die Liegenschaften seien auf den Namen der Ehefrau erworben worden, obwohl sie aus Eigengut des Klägers bezahlt worden seien. Dies, damit sie den Gläubigern des Klägers entzogen blieben, falls es ihm wirtschaftlich nicht gut gehen sollte, da er als Inhaber einer Einzelfirma mit

seinem gesamten Vermögen für allfällige Geschäftsschulden haften würde. Gewollt sei deshalb mit der Vermögensverschiebung eine Sicherung der Familie gewesen und nicht eine Schenkung an die Beklagte.

Die Beklagte dagegen bestreitet, dass die Parteien den Ehevertrag nur gegen aussen hin hätten gelten lassen wollen und intern den damaligen ordentlichen Güterstand der Güterverbindung beibehalten hätten. Des Weiteren weist sie darauf hin, dass im Vertrag stehe, dass sie güterrechtlich auseinandergesetzt seien. Eine Übertragung von Vermögenswerten sei deshalb gar nicht mehr nötig gewesen.

Mit einer Simulation täuschen zwei oder mehrere Personen ein Rechtsgeschäft vor. Vor der Vornahme des simulierten Geschäfts vereinbaren sie, dass das Geschäft keine oder andere Wirkungen erzeugen soll. Auch Eheverträge sind Rechtsgeschäfte, die vorgetäuscht werden können. Die Ehegatten verschweigen der Urkundsperson ihre vorgängige Absprache und antworten auf die Frage, ob der ihnen vorgelesene oder selbst gelesene Text ihrem Willen entspreche, wahrheitswidrig mit ja. Der simulierte Ehevertrag ist aufgrund der von den Parteien vor der Beurkundung getroffenen und der Urkundsperson gegenüber verschwiegenen Absprache, dass der Vertrag keine Wirkung erzeugen soll, nach Art. 18 OR nichtig. Die Nichtigkeit des simulierten Ehevertrages ist von Amtes wegen zu berücksichtigen, wenn die Tatsachen, aus denen die Simulation hervorgeht, zur amtlichen Kenntnis des Richters gelangen (Näf/Hofmann, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Zürich 1998, N 527 ff.).

An der Parteibefragung vom 7. Juni 2006 gaben beide Parteien übereinstimmend an, dass sie den in Frage stehenden Ehevertrag zum Schutz der Familie abgeschlossen hätten, damit bei allenfalls auftretenden beruflichen Problemen des Klägers das Eigenheim der Parteien geschützt wäre. Die Beklagte bestätigte des Weiteren, dass sie gewusst habe, dass der Kläger mit dem Abschluss des Ehevertrages die Haftung gegenüber seinen Geschäftsgläubigern habe beschränken wollen. Ausserdem führten beide Parteien übereinstimmend aus, dass sie neben dem Ehevertrag keine internen Regelungen oder zusätzliche Abreden betreffend die «Vermögensverschiebungen» getroffen hätten, insbesondere habe es keinen Darlehensvertrag gegeben. Auf die Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt (...), was denn der Kläger zur Beklagten gesagt habe, als er von der Beurkundung mit der Urkundsperson (...) zurückgekommen sei, antwortete die Beklagte, dass ihr Mann vor sie hingestanden sei und gesagt habe, wenn er jetzt gehe, habe er nichts mehr, ausser was er noch in der Tasche habe und die Uhr am Handgelenk. Dazu habe er gelacht. Der Kläger meinte daraufhin, er könne sich nicht mehr an diese Äusserung von damals

erinnern, es sei aber natürlich schon so gewesen, dass er durch diesen Vertrag alles seiner Frau gegeben habe und es habe damals niemand gedacht, dass es zu einer Scheidung kommen würde.

Nachdem beide Parteien übereinstimmend ausgesagt haben, dass sie keine inter-nen Regelungen oder zusätzliche Abreden getroffen haben und es ganz klar das Ziel beider Parteien war, mit dem vorliegenden Ehevertrag das Familienvermögen vor allfälligen Gläubigern zu schützen, kann nicht von einer Simulation gesprochen werden. Diese bzw. eine nur nach aussen gewollte Wirkung des Ehevertrages ergibt sich entgegen der Meinung des Klägers auch nicht daraus, dass dem Kläger gemäss Ehevertrag nur die persönlichen Effekten zu Eigentum gehören sollten, obwohl er damals bereits ein Aktienpaket und ein Sparheft besass, welche wie auch andere Vermögenswerte jedoch nie auf die Beklagte übertragen worden sind und der Kläger wie zuvor über sein Vermögen verfügte. Dies aus folgendem Grund: Wie bereits erwähnt, erklärten die Parteien im Ehevertrag, sie seien güterrechtlich auseinandergesetzt. Deshalb hatte der Kläger weder sein Aktienpaket noch sein Sparheft auf die Beklagte zu übertragen. Es war vielmehr die Absicht der Parteien, dass neben den persönlichen Effekten des Klägers auch die bereits auf seinen Namen und die sich in seinem Besitz befindenden Vermögenswerte im Eigentum des Klägers verbleiben und er darüber nach wie vor verfügen können soll. Dem steht die Gütertrennung, bei welcher jeder Ehegatte sein Vermögen selbst verwaltet, nutzt und darüber verfügt, nicht entgegen. Was die (allfällige) Verfügung über das Vermögen der Beklagten betrifft, gilt anzumerken, dass gemäss Art. 242 Abs. 2 aZGB die Eigentumsverhältnisse unter der Gütertrennung selbst dann güterrechtlich nicht verändert werden, wenn ein Ehegatte sein Vermögen oder Teile davon durch den anderen verwalten lässt (Lemp, Berner Kommentar, Bern 1963, N 6 zu Art. 242 aZGB).

Bezüglich der Feststellung im Ehevertrag «Mit Ausnahme der gesetzlichen Sondergut bildenden persönlichen Effekten des Mannes gehört das gesamte Mobiliar und Vermögen der Ehefrau» gilt ausserdem festzuhalten, dass Sondergut nur da bestehen kann, wo nach dem Güterstand eheliches Vermögen möglich ist. Bei der vollständigen Gütertrennung gibt es demnach gar kein Sondergut, weil auch das Sondergut den Regeln der Gütertrennung untersteht (Art. 192 aZGB; Lemp, a.a.O., N 6 zu Art. 190 aZGB). Die Feststellung kann daher auch keine tiefere eigene Wirkung haben. Die Absicht dieser Bestimmung kann vielmehr nur gewesen sein, klarzustellen, dass alles in diesem oder einem späteren Zeitpunkt nicht eindeutig einem der Parteien zugewiesene bzw. zuweisbare bewegliche Vermögen – wie zum Beispiel Möbel oder Hausrat (mit Ausnahme der persönlichen Gegenstände des Klägers) – Eigentum der Ehefrau ist.

Abschliessend gilt festzuhalten, dass der Vertrag zwischen den Ehegatten in keiner Weise simuliert, sondern bewusst gewollt war und die Ehegatten während Jahren danach handelten, um das Familienvermögen vor den Gläubigern zu schützen. Sie waren sich ausserdem beide bewusst, dass die nach Abschluss des Ehevertrages beabsichtigten und vornehmlich direkt vom Vater des Klägers an die Beklagte getätigten Vermögensübertragungen dazu führen, dass der überwiegende Teil des Vermögens (insbesondere das Land und die Liegenschaften) Alleineigentum der Beklagten wird.

3.3.2 Weiter macht der Kläger geltend, dass eine Lücke des Ehevertrages vorliege, da die Folgen für den Fall einer Scheidung nicht geregelt worden seien, bzw. keine der Parteien gedacht habe, dass es zu einer Scheidung kommen könnte. Diese Lücke des Vertrages sei durch das Gericht zu füllen.

Die Ausfüllung einer Vertragslücke durch eine Regel des Gerichts, die nur für den betreffenden Fall gilt, ist gerichtliche Vertragsergänzung. Das Gericht, das den Vertrag ergänzt, hat den «hypothetischen Willen» der Parteien festzustellen: Das heisst das, was die Parteien als vernünftige und redliche Vertragspartner gewollt und deshalb vereinbart hätten, falls sie die offen gebliebene Frage selber geregelt und so die Vertragslücke vermieden hätten. Der gleiche Gedanke wird ausgedrückt durch das Erfordernis, der Vertrag sei nach der «Natur des Geschäfts» zu ergänzen, was Art. 2 Abs. 2 OR für den darin geregelten Sonderfall auch ausdrücklich vorschreibt (Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd I, N 1257).

Unbestritten ist, dass die Parteien das Familienvermögen vor allfälligen Gläubigern des Klägers schützen wollten. Mit der vereinbarten Gütertrennung und der anschliessenden Übertragung der Vermögenswerte – vornehmlich vom Vater des Klägers – direkt auf die Beklagte haben sie dieses Ziel erreicht. Es bleibt jedoch die Frage zu klären, ob das Gericht den Ehevertrag allenfalls in der Weise zu ergänzen hat bzw. ergänzen kann, dass im Falle einer Scheidung der Ehegatten nicht mehr die Gütertrennung, sondern wieder der ordentliche Güterstand (heute derjenige der Errungenschaftsbeteiligung) gilt, da es der Wille der Parteien gewesen sein muss, dass Gütertrennung nur solange gilt, als die Parteien verheiratet sind und somit die Familie des Schutzes bedarf. Mit anderen Worten ist festzustellen, ob der hypothetische Wille der Parteien darin bestand, den Ehevertrag zu befristen oder unter einer Bedingung (nämlich für so lange, als die Parteien verheiratet sind) abzuschliessen.

Grundsätzlich dauert der Ehevertrag bis zur Auflösung der Ehe, wenn er nicht vorher durch Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes hinfällig oder durch Ehevertrag wieder aufgelöst wird. Ungeachtet des ausserordentlichen Güterstandes und des Aufhebungsvertrages kann ein Güterstandswechsel, insbesondere die Rückkehr zum ordentlichen (subsidiären) Güterstand auch aufgrund einer Befristung des Ehevertrages eintreten (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Bern 1992, N 54 zu Art. 182 ZGB).

Der Wechsel von einem Güterstand zum andern kann auch auf einer Bedingung des Ehevertrages beruhen. So kann der Weiterbestand der ehevertraglichen Gütertrennung davon abhängig gemacht werden, dass beide Ehegatten eine Erwerbstätigkeit ausüben. Oder es soll der Ehevertrag erst mit dem Tod eines Elternteils eines Ehegatten Wirkung entfalten bzw. mit der Geburt von Kindern geändert werden (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 55 zu Art. 182 ZGB).

Befristung und Bedingung lassen grundsätzlich beliebige Anpassungen an die Bedürfnisse der Ehegatten zu. Schranken ergeben sich indessen aus der Typengebundenheit des Güterstandes einerseits und andererseits aufgrund des Grundsatzes, dass Befristungen und Bedingungen im Ehevertrag die Stellung der Ehegatten während der Ehe bzw. den während der Ehe geltenden Güterstand betreffen müssen, nicht aber die nachehelichen Verhältnisse ordnen können (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 56 zu Art. 182 ZGB).

Die Beschränkung auf den Güterstand während der Ehe steht bei verschiedenen Sachlagen in Frage. Grundsätzlich unbedenklich ist, die Regeln über die Auseinandersetzung des gewählten Güterstandes unterschiedlich zu vereinbaren, je nachdem ob er durch vertraglichen Übergang zu einem andern oder Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes, oder aber durch Tod, Scheidung bzw. Ungültigkeit der Ehe aufgelöst wird (vgl. Art. 216, 217 ZGB). Unzulässig ist dagegen, diese unterschiedlichen Teilungsregeln innerhalb eines bestimmten Güterstandes dahin zu erweitern, dass der Auflösungsgrund auch darüber entscheidet, dass der eine oder andere Güterstand rückwirkend für die ganze Ehedauer oder von einem bestimmten Zeitpunkt während der Ehe an zur Anwendung gelangt. Die Bedingung oder Befristung, welche über die Modalität der güterrechtlichen Auseinandersetzung befindet, würde letztlich auch erst endgültig festlegen, welcher Güterstand während der Ehe gegolten hat. Gemäss Hausheer/Reusser/Geiser kann somit ehevertraglich nicht die Gütertrennung für den Fall der Auflösung der Ehe durch Scheidung und die Gütergemeinschaft für die Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten vereinbart werden (Hausheer/Reusser/

Geiser, a.a.O., N 57 zu Art. 182 ZGB). Es versteht sich von selbst, dass dies auch für den umgekehrten Fall gilt.

Da die Ehegatten somit gar keine Möglichkeit hatten, den von ihnen gewollten Vertrag der Gütertrennung in der Weise zu ergänzen, dass während der Ehe der Schutz des Vermögens vor den Gläubigern erreicht wird und gleichzeitig das Vermögen bei einer Scheidung unter den Ehegatten (hälftig) nach den Regeln der Errungenschaftsbeteiligung geteilt wird, liegt keine Lücke des Vertrages vor. Dementsprechend kann auch keine Ergänzung nach dem hypothetischen Willen der Parteien vorgenommen werden.

Ausserdem geht aus den Aussagen der Parteien an der Parteibefragung hervor, dass sie sich der Tragweite des Vertrages für den Fall einer Scheidung bewusst waren. Sie haben damals beide nicht an eine Scheidung geglaubt und entschieden sich bewusst dafür, dass der Schutz des Vermögens vor allfälligen Gläubigern höhere Priorität hatte, bzw. der Verlust des Vermögens wegen Geschäftsschulden das grössere Risiko war als eine Scheidung. Die Parteien bzw. der Kläger kommt daher heute nicht darum herum, die entsprechenden Konsequenzen zu tragen.

...

3.3.5 Im Sinne eines Zwischenergebnisses gilt somit festzustellen, dass der von den Parteien am 14. Juli 1982 abgeschlossene Ehevertrag gültig ist. Was das Güterrecht betrifft, sind somit gemäss Art. 10c SchlT die Bestimmungen von Art. 247 bis 251 ZGB über die Gütertrennung anwendbar und es erübrigt sich demnach eine güterrechtliche Auseinandersetzung.

Kantonsgericht Zug, 30. April 2008

§ 67 Abs. 4 PBG; Art. 41 OR. – Die Einleitung eines zivilprozessualen Verfahrens ist widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR, wenn dieses zweckentfremdet wird oder von vornherein offensichtlich aussichtslos ist. Missbräuchlich handelt daher, wer trotz offensichtlicher Aussichtslosigkeit suspensiv wirkende Rechtsmittel gegen eine Baubewilligung einlegt, um die Ausführung eines Bauvorhabens zu verzögern. Als aussichtslos darf ein Rechtsmittel in diesem Zusammenhang allerdings erst bezeichnet werden, wenn sich seine Einreichung mit keinerlei sachlich vertretbaren Gründen rechtfertigen lässt.

Aus den Erwägungen:

1. Wer missbräuchlich Rechtsmittel ergreift und dadurch der Bauherrin oder dem Bauherrn einen Schaden zufügt, kann dafür gemäss § 67 Abs. 4 des zugerischen Planungs- und Baugesetzes (PBG) haftbar gemacht werden, worüber im Streitfall das Zivilgericht entscheidet. Diese Bestimmung hat keine selbstständige Bedeutung; sie ist vielmehr – wie dies die Vorinstanz in Übereinstimmung mit einem Entscheid des Obergerichts Zug vom 31. Januar 2006 (OG 2005/40) zutreffend festgehalten hat – ein Anwendungsfall von Art. 41 OR. Die vom Kläger dagegen vorgebrachte Rüge, mit dieser Auslegung werde die im Rahmen der Totalrevision des PBG eingefügte Haftungsbestimmung derart eingegrenzt, dass sie praktisch toter Buchstabe werde, geht fehl. Der kantonale Gesetzgeber wollte keine von Art. 41 OR abweichende Haftungsnorm schaffen. In dem bereits von der Vorinstanz erwähnten Bericht und Antrag des Regierungsrates zur Totalrevision des PBG vom 9. September 1997 (KRV Nr. 478.1) wird u.a. vermerkt, die Bestimmung sei «eine Interpretation von Art. 41 OR». Nach dieser Norm ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem anderen, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, widerrechtlich Schaden zufügt (Abs. 1); ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt (Abs. 2).

2. Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt die missbräuchliche, böswillige oder gegen Treu und Glauben verstossende Ausübung von Verfahrensrechten im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen oder zivilprozessualen Verfahrens eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR dar, die entsprechende Haftungsfolgen auslösen kann. Die Rechtsprechung sieht in der missbräuchlichen Inanspruchnahme eines staatlichen Verfahrens einen Verstoß gegen ein ungeschriebenes Gebot der Rechtsordnung. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass grundsätzlich jeder Bürger befugt ist, für Ansprüche, die er zu besitzen vermeint, den behördlichen Schutz anzurufen. Es widerspräche daher einem rechtsstaatlichen Grundprinzip, in jedem objektiv ungerechtfertigten Verfahren einen Haftungstatbestand zu erblicken. Widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR ist die

Einleitung eines Verfahrens jedoch, wenn dieses zweckentfremdet wird oder zum vornherein offensichtlich aussichtslos ist. Missbräuchlich handelt daher, wer trotz offensichtlicher Aussichtslosigkeit suspensiv wirkende Rechtsmittel gegen eine Baubewilligung einlegt, um die Ausführung eines Bauvorhabens zu verzögern. Als aussichtslos darf ein Rechtsmittel in diesem Zusammenhang allerdings erst bezeichnet werden, wenn sich seine Einreichung mit keinerlei sachlich vertretbaren Gründen rechtfertigen lässt. Dem entspricht, dass der Haftungsgrund von Art. 41 Abs. 2 OR, welchem ein missbräuchliches prozessuales Verhalten mindestens nahe steht, nur ausnahmsweise und mit grosser Zurückhaltung anzunehmen ist und eine Haftung nach der Rechtsprechung nur bei absichtlichem oder grobfahrlässigem Verhalten, insbesondere bezüglich der Einschätzung der Rechtslage, in Frage kommt (Urteil des Bundesgerichts 4C.353/2002 vom 3.3.2003, E.5 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Lehre).

(...)

3.4 Den Beklagten kann auch keine sittenwidrige Kommerzialisierung ihres Rechtsmittels vorgeworfen werden, wie dies der Kläger geltend zu machen scheint. Eine solche liegt vor, wenn eine Partei sich den Verzicht auf einen Baurekurs entgelten lässt, obschon sie nicht in guten Treuen darauf hoffen konnte, nachteilige Auswirkungen des geplanten Baus auf ihr Grundstück könnten durch das Rechtsmittel verhindert oder gemildert werden (ZR 104 [2005] Nr. 53). Die Beklagten haben dem Kläger zwar einen Vergleichsvorschlag unterbreitet und sich nach bestimmten Projektanpassungen und der Leistung einer Inkonvenienzentschädigung von CHF 15'000.– zum Rückzug der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bereit erklärt. Eine missbräuchliche Kommerzialisierung ihres Rechtsmittels liegt aber bereits deshalb nicht vor, weil sich die Beklagten aus den bereits erwähnten Gründen nicht unberechtigte Hoffnungen auf eine Gutheissung ihrer Beschwerde machen konnten.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 1. April 2008

Art. 400 OR. Rechenschaftsablegungspflicht. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, seinen Klienten periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren.

7.1 Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen. Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten soll dem Auftraggeber ermöglichen zu kontrollieren, ob der Beauftragte seine Verpflichtung vertragsgemäss erfüllt, und ihn unter anderem instand setzen, die notwendigen Weisungen zu erteilen oder den Auftrag nötigenfalls zu widerrufen (Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, N 14 zu Art. 400 OR). Die Rechenschaftspflicht umfasst alle Informationen, die für die Rechtsstellung und die Rechtsausübung, namentlich die Geltendmachung des Weisungs- und Widerrufsrechts sowie des Rechts auf Schadenersatz, von Belang sind (Fellmann, a.a.O., N 19 zu Art. 400 OR). Sie beinhaltet neben der Abrechnungspflicht auch die Pflicht des Beauftragten, den Auftraggeber über die Geschäftsführung (aktiv) zu benachrichtigen und ihm (passiv) Auskunft zu erteilen. Die aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht von Art. 398 OR fließende Informationspflicht ist unaufgefordert zu erfüllen. Die Rechenschaftsablegungspflicht ist nicht wegbedingbar (Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 2 zu Art. 400 OR). Auch nach Art. 12 lit. i des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA), welches unter anderem die Berufsregeln der Anwälte festhält, haben Anwälte ihre Klienten bei Übernahme des Mandats über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufzuklären (Art. 12 BGFA). Weiter sind sie verpflichtet, ihre Klienten periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren. Dies kann u.a. mit periodischen Zwischenrechnungen erfolgen. Zur Aufklärung über die Grundsätze der Rechnungsstellung gehören Hinweise auf allfällig gewünschte Vorschüsse, den Zeitpunkt der Rechnungsstellung, die Art des Honorars (Pauschale oder Honorar nach Stundenaufwand) sowie allfällige Zahlungsfristen (Fellmann, Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), Zürich/Basel/Genf 2005, N 157 zu Art. 12 BGFA).

7.2 Der Sinn und Zweck von Art. 400 OR besteht demnach unter anderem darin, dass dem Auftraggeber die notwendigen Informationen zukommen, um entscheiden zu können, ob der Auftrag weitergeführt werden soll. Die von einem Anwalt generierten Kosten haben einen wesentlichen Einfluss auf die Weiterführung des Auftrags. Verursacht ein Anwalt zu hohe Kosten, kann dies durchaus zu einem Mandatsentzug führen. Es ist daher von zentraler Bedeutung, dass der Klient

immer weiss, wie hoch die bereits angefallenen Kosten ungefähr sind. In der Rechnung vom 8. Juni 2005 erwähnte der Kläger nicht, wie hoch die effektiv angefallenen Kosten im damaligen Zeitpunkt waren. Auch sonst bestehen keine Anhaltspunkte, wonach die Beklagte vom Kläger über die Höhe der angefallenen Kosten informiert worden wäre. Obwohl die Beklagte wissen musste, dass der aufgelaufene Aufwand höher war als CHF 3'000.–, konnte sie die Kosten ohne Angaben des Klägers dennoch nicht genau genug abschätzen. Der Kläger brachte vor, die Beklagte habe keine Abrechnung verlangt. Da die Informationspflicht unaufgefordert zu erfüllen ist und auch nicht wegbedungen werden kann, zielt dieses Argument ins Leere. Der Kläger hätte die Beklagte darüber informieren müssen, dass der tatsächliche Aufwand mehr als doppelt so hoch war wie der verlangte Betrag von CHF 3'000.–. Es ist somit festzuhalten, dass der Kläger seine Informationspflicht verletzt hat.

Kantonsgericht, Einzelrichter, 30. August 2007

Art. 404 OR. Rechtliche Qualifikation des Internatsvertrages. Die Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf den Internatsvertrag ist in der Lehre umstritten.

5.3.1 Grundsätzlich unterstehen Innominatkontrakte der Privatautonomie. Betreffend die Frage der Gültigkeit allfälliger von den Parteien selbst getroffener Regeln kann sich im Einzelfall die Frage stellen, ob zwingendes Typenrecht auch auf einen Innominatvertrag und insbesondere einen gemischten Vertrag anwendbar ist, der Elemente des entsprechenden Vertragstypus aufweist. Der Richter hat daher zu prüfen, ob und wenn ja inwiefern dessen Atypizität die Schutzbedürftigkeitslage verändert, und auf Grund dessen zu entscheiden, ob die Anwendbarkeit des zwingenden Typenrechts sachgerecht ist oder nicht (Amstutz/Schlupe, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2007, N 11 ff. und N 79 Einl. vor Art. 184 ff. OR). Das reine Erteilen von Unterricht ist eine Arbeitsleistung. Da damit aber weder ein Subordinationsverhältnis noch eine Erfolgshaftung verbunden ist, kann diese Verpflichtung weder dem Arbeits- noch dem Werkvertrag unterstellt werden. Da auf die Unterrichtserteilung auch keine weiteren besonderen Arbeitsvertragstypen anwendbar sind, untersteht diese Arbeitsleistung den Bestimmungen des Auftragsrechts. Die weiteren Verpflichtungen des Internatsvertrages, wie das Überlassen von Wohn- und Schulräumen, die Verpflegung, die Abgabe von Lehrmitteln usw. sind grundsätzlich der Miete, dem Kauf bzw. dem Werklieferungsvertrag zuzurechnen.

Welchem gesetzlichen Vertragstyp ein solcher gemischter Vertrag unterstellt werden muss, ist unter Umständen für einzelne Rechtsfolgen unterschiedlich zu beantworten. Vorliegend muss insbesondere beurteilt werden, welche Regeln auf die Beendigung des Internatsvertrages anzuwenden sind. Zu berücksichtigen ist, dass die verschiedenen Vertragselemente eng zusammenhängen. Ohne Unterrichtserteilung haben die weiteren Vertragsleistungen keinen Sinn mehr. Daher muss die Beendigung des Internatsvertrages einheitlichen Regeln unterstehen. Abzustellen ist dabei auf die Bestimmungen desjenigen gesetzlichen Vertragstypus, welchem die Hauptleistung des gemischten Vertrages zuzuordnen ist (SJZ 1983, S. 247). Vorliegend liegt das Schwergewicht auf dem Unterrichtselement. Die anderen vom Internat erbrachten Leistungen bilden nur Voraussetzungen dafür, dass Unterricht erteilt werden kann. Für die Beendigung des vorliegenden Internatsvertrages ist somit die Regelung des Schulvertrages und damit des Auftragsrechts massgebend. In casu stellt sich demnach die Frage, ob Art. 404 OR angewendet werden muss und falls ja, ob die Vereinbarung einer Umtriebspauschale gegen Art. 404 OR verstösst.

5.3.2 Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftrag von den Vertragsparteien jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Dieses jederzeitige Widerrufsrecht ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwingender Natur und darf vertraglich weder wegbedungen noch beschränkt werden (BGE 115 II 464 ff). In der Lehre ist die absolut zwingende Natur des Widerrufsrechts umstritten. Nach einer vermittelnden Lehmeinung ist Art. 404 Abs. 1 OR nur auf Verträge anzuwenden, welche den Typus des Auftrages in seiner reinen Form verwirklichen. Für auftragsähnliche atypische Vertragsverhältnisse, die eine Mischung von Elementen des Auftragsrechts mit Elementen anderer Vertragstypen enthalten, kann auf das freie Widerrufsrecht verzichtet werden (Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, N 108 zu Art. 404 OR). Reine Auftragsverhältnisse finden sich vor allem im Bereich der freien Berufe und im Handel. Beim Internatsvertrag sind die Meinungen darüber, ob Art. 404 Abs. 1 OR anwendbar ist, in der Lehre geteilt.

5.3.2.1 Schaffitz spricht sich im Rahmen des Schulvertrages gegen eine Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR aus. Der Schulvertrag berühre die Parteien nicht in hochwertigen persönlichen Rechtsgütern, es bestehe zudem kein aussergewöhnliches Vertrauensverhältnis und schliesslich überwiege das Interesse der Parteien an der Aufrechterhaltung des Vertrages das Interesse an der voraussetzungslosen Beendigung. Es bestehe somit kein schützenswertes Interesse an einem voraussetzungslosen Kündigungs- und Widerrufsrecht (Schaffitz, Der Schulvertrag, Zürich 1977, S. 99). Wie es sich beim Internatsvertrag verhält, wird von Schaffitz nicht im

Detail thematisiert. Sie führt lediglich aus, die Regelungen des Schulvertrages seien für die Beendigung des Internatsvertrags von grosser Bedeutung (Schaffitz, a.a.O., S. 7).

In Anwendung dieser Lehrmeinung wäre Art. 404 Abs. 1 OR nicht anwendbar. Betreffend die Kündigungsmöglichkeiten müsste daher auf die vertragliche Regelung abgestellt werden. Unbestritten ist, dass der Beklagte die in Ziffer 8 der Aufnahmebedingungen festgesetzte Kündigungsfrist (Kündigung vor dem 1. Dezember) nicht eingehalten hat. Bei Nichtanwendung von Art. 404 OR schuldet der Beklagte der Klägerin somit die «Umtriebspauschale» in der Höhe von CHF 3'500.–.

5.3.2.2 Gemäss Amstutz/Schluep (Amstutz/Schluep, a.a.O., N 428 Einl. vor Art. 184 ff. OR) steht den Parteien des Unterrichtsvertrages jedoch zwingend ein voraussetzungsloses ordentliches Kündigungsrecht mit Wirkung ex nunc zu (Art. 404 OR analog; Amstutz/Schluep, a.a.O., N 428 Einl. vor Art. 184 ff. OR). Bei Kündigung zur Unzeit (z.B. mitten im Semester) sei allenfalls Aufwendungsersatz geschuldet (Analog Art. 404 Abs. 2 OR; Amstutz/Schluep, a.a.O., N 428 Einl. vor Art. 184 ff. OR). Das Kantonsgericht St. Gallen differenzierte beim Internatsvertrag wie folgt: Die Darlegungen von Schaffitz bezögen sich nicht speziell auf den Internatsvertrag. Wenn ein Schüler in ein Internat eintrete, so müsse er von der Schule auch während der Freizeit betreut werden und bleibe den Eltern – abgesehen von den Ferien und den Wochenenden – weitgehend entzogen. Davon, dass bei einem solchen Vertrag keine höchstpersönlichen Rechte in Frage stünden, könne keine Rede sein. Die Schüler seien der Schule für längere Zeit anvertraut und in gewissem Masse auch ausgeliefert. Zudem bringe das reglementarisch geordnete Internatsleben beträchtliche Einschränkungen der persönlichen Freiheit mit sich. Diese Gründe sprächen für die jederzeitige Widerrufbarkeit des Internatsvertrages. Den Interessen der Internatsschule, denen insbesondere auf Grund der Kauf-, Miet- und Werkvertrags Elemente ein besonderes Gewicht zukomme, sei mit der Schadloshaltung infolge eines Widerrufs zur Unzeit Rechnung zu tragen. Der Austritt eines Schülers aus einem Internat bei bereits laufendem Unterrichtsbetrieb könne grundsätzlich als Widerruf zur Unzeit betrachtet werden. Es liege auf der Hand, dass eine Internatsschule ihren Betrieb zum Voraus organisieren und dabei auch Aufwendungen treffen müsse, die nutzlos werden könnten, wenn ein Schüler im Laufe der Unterrichtsperiode die Schule verlasse. Der infolge eines Schüleraustritts entstehende Nachteil der Internatsschule müsse jedoch begrenzt werden, etwa auf Nachteile für das laufende Quartal oder Trimester (SJZ 1983, S. 247 ff.). Der Schadenersatz gemäss Art. 404 Abs. 2 OR kann für den Fall des Widerrufs bzw. der Kündigung zur Unzeit mittels Vereinbarung einer Konventionalstrafe, soweit sie keinen

Strafcharakter hat, pauschaliert werden (Weber, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 18 zu Art. 404).

Unter der Annahme der Anwendbarkeit von Art. 404 OR ergibt sich Folgendes: Die «Umtriebspauschale» von CHF 3'500.– ist gemäss Ziffer 8 der Aufnahmebedingungen lediglich dann geschuldet, wenn der Schüler während des Semesters (also zur Unzeit) austritt und nicht vor dem 1. Dezember kündigt. Sie entschädigt die Schule für die Umtriebe, die ihr im Zusammenhang mit der Kündigung zur Unzeit entstehen und stellt somit eine zulässige Pauschalierung des Schadenersatzes gemäss Art. 404 Abs. 2 OR dar. Anhaltspunkte, wonach der «Umtriebspauschale» Strafcharakter zukommt, bestehen nicht. Die Regelung in Ziffer 8 der Aufnahmebedingungen wäre somit selbst dann zulässig, wenn von der Anwendbarkeit von Art. 404 OR ausgegangen würde.

5.3.2.3 Da der Beklagte sowohl bei der Anwendung als auch bei der Nichtanwendung von Art. 404 OR die «Umtriebspauschale» von CHF 3'500.– schuldet, kann die Frage, ob Art. 404 OR anwendbar ist, letztlich offen bleiben.

Kantonsgericht, 23. August 2007

Art. 827 OR (Haftung als Gründer einer GmbH); Art. 643 Ziff. 2 und Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR. – Auch im Falle der Gründungshaftung besteht der Schaden bei einer Gründung mit Sacheinlage in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Sache und ihrer Anrechnung auf das Grundkapital. Gemäss Art. 634 Ziff. 2 OR gelten Sacheinlagen nur dann als Deckung, wenn die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, ist mit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister der Schaden bei ihr eingetreten, da sie zu diesem Zeitpunkt keinen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch erhalten hat und damit bereits überschuldet im Sinne von Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR war.

Aus dem Sachverhalt:

1. X.Y. und Z.Y. (nachfolgend: Beklagte) gründeten mit öffentlicher Urkunde vom 7. März 1997 die A. GmbH (nachfolgend: Gesellschaft) mit einem Stammkapital

von CHF 20'000.–. Die Gesellschaft übernahm von der Einzelfirma A. Service gemäss Übernahmevertrag vom 7. März 1997 und Übernahmebilanz per 31. Dezember 1996 Aktiven von CHF 659'345.93 und Passiven von CHF 557'880.61. Einziges Aktivum stellte dabei eine in Riesa (Deutschland) gelegene Liegenschaft dar. Am 4. März 2003 wurde über die Gesellschaft, welche in der Zwischenzeit in B. GmbH umfirmiert worden war, der Konkurs eröffnet. Die Sparkasse C. (nachfolgend: Klägerin) wurde im Konkursverfahren mit einer Forderung von CHF 220'526.40 in der 3. Klasse zugelassen. Dieser wurden am 21. November 2003 gestützt auf Art. 260 SchKG die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Gründer und die Organe der Gesellschaft abgetreten.

2. Am 17. März 2004 reichte die Klägerin gegen die Beklagten beim Kantonsgericht Zug eine Klage über CHF 220'526.40 ein. Sie warf den Beklagten vor, diese hätten es unterlassen, die Liegenschaft in Riesa auf die Gesellschaft zu übertragen; sie hafteten demgemäss als Gründer für den dadurch verursachten Schaden. Die Beklagten beantragten, auf die Klage nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.

Aus den Erwägungen:
(...)

3.1 Die Beklagten rügen zunächst, der natürliche Kausalzusammenhang sei nicht gegeben. Die finanzielle Situation der Gesellschaft hätte sich gleich präsentiert, wenn die Liegenschaft im Eigentum der Gesellschaft gewesen wäre, denn im Rahmen der Zwangsvollstreckung der Liegenschaft hätte die Gesellschaft so oder so nichts erhalten. Der im Rahmen der Zwangsversteigerung erzielte, zu geringe Verwertungserlös sei daher das eigentliche Schadensereignis und nicht die Nichtübertragung bzw. die fehlende Bereinigung des Grundbuchs. Weiter habe die Klägerin den geringen Verwertungserlös zu vertreten, da sie es unterlassen habe – obwohl sie über die Zwangsverwertung informiert gewesen sei – im Rahmen der Zwangsverwertung des Grundstücks mitzubieten. Sie müsse sich daher in diesem Zusammenhang Selbstverschulden vorwerfen lassen. Indem die Vorinstanz weiter ausführe, der adäquate Kausalzusammenhang könne erst bejaht werden, wenn überprüft worden sei, ob der Einwand der Beklagten zutreffe, dass der Schaden auch dann entstanden wäre, wenn die Liegenschaft auf die Gesellschaft übertragen worden wäre, kehre sie in unzulässiger Weise die Beweislast für den natürlichen Kausalzusammenhang um. Der natürliche Kausalzusammenhang sei vorliegend nicht gegeben, denn der Umstand, dass ein zu geringer Verwertungserlös für die Liegenschaft erzielt worden sei – was zum Konkurs der Gesellschaft geführt habe – habe mit den Handlungen der Beklagten im Rahmen der Gründung absolut

keinen Zusammenhang. Die Vorinstanz habe, ohne den natürlichen Kausalzusammenhang im geringsten geprüft zu haben, in ihrem Urteil einfach festgestellt, dass die Nichtübertragung der Aktiven geeignet gewesen sei, den Schaden der Gesellschaft zu verursachen, da der Konkurs dadurch zu erwarten gewesen sei. Die Ausführungen der Vorinstanz bezüglich des adäquaten Kausalzusammenhangs seien als willkürlich zu qualifizieren. Denn hätte die Vorinstanz überprüft, ob der natürliche Kausalzusammenhang hier gegeben sei, wäre sie ohne Zweifel zum Ergebnis gelangt, dass die Nichtübertragung der Aktiven in keinem Zusammenhang mit dem Konkurs der Gesellschaft stehe.

Der natürliche Kausalzusammenhang betrifft die Beziehung zwischen Schadenursache und dem tatsächlichen Schaden. Zu seiner Feststellung wird in Lehre und Rechtsprechung die sog. «conditio sine qua non»-Formel verwendet; es wird danach gefragt, ob der Schaden auch eingetreten wäre, wenn sich der betreffende Umstand nicht verwirklicht hätte. Der natürliche Kausalzusammenhang ist zu bejahen, wenn das in Frage stehende Ereignis eine notwendige Bedingung für den Schaden darstellt, wenn also die Ursache nicht weggedacht werden kann, ohne dass damit auch der eingetretene Erfolg entfiele (Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2003, N 518 m.w.H.). Auch im Falle der Gründungshaftung besteht der Schaden in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand der Geschädigten und dem hypothetischen Stand ohne das pflichtwidrige Verhalten (Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, S. 208). Demgemäss besteht der Schaden der Gesellschaft in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Sache und ihrer Anrechnung auf das Grundkapital (Schoop, Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1981, S. 74). Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Sacheinlage um die Aktiven und Passiven der Einzelfirma A. Service. Deren tatsächlicher Wert beträgt CHF -557'880.61, da lediglich die Passiven in dieser Höhe, nicht jedoch die Aktiven übertragen wurden. Gemäss der Gründungsurkunde wurde die Sacheinlage mit CHF 20'000.– auf das Grundkapital angerechnet. Die Differenz zwischen diesen beiden Beträgen, und damit der Schaden der Gesellschaft, beläuft sich mithin auf CHF 577'880.61. Es ist nun unübersehbar, dass der Gesellschaft dieser Schaden nicht entstanden wäre, wenn von den Beklagten – neben den Passiven – die in Riesa gelegene Liegenschaft mit dem in den Gründungsurkunden angegebenen Wert von CHF 659'345.93 als einziges Aktivum tatsächlich übertragen worden wäre. Der natürliche Kausalzusammenhang ist damit entgegen den Beklagten zu bejahen. Art. 753 OR zielt in erster Linie auf die Sicherstellung einer rechtmässigen Aufbringung des Grundkapitals ab (Binder/Roberto, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007,

Art. 753 OR N 1). Gemäss Art. 634 Ziff. 2 OR gelten Sacheinlagen nur dann als Deckung, wenn die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass mit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister der vorstehend genannte Schaden bei ihr eingetreten ist, da sie zu diesem Zeitpunkt keinen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhalten hat und damit bereits überschuldet im Sinne von Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR war, und die Beklagten eigentlich den Richter hätten benachrichtigen müssen. Damit ist auch dem Einwand der Beklagten die Grundlage entzogen, der Schaden der Gesellschaft sei dadurch entstanden, dass der im Rahmen der Zwangsverwertung des Grundstücks erzielte Verwertungserlös zu gering gewesen sei. Die Beklagten übersehen im selben Zusammenhang zudem, dass die Klägerin ausschliesslich aus dem Recht der Gläubigergesamtheit klagt. Daraus ergibt sich nämlich, dass sie Ersatz des gesamten Schadens fordern kann, den die Gründer der Gesellschaft zugefügt haben, und dass ihr weder Einreden gegen sie persönlich noch solche gegen die Gesellschaft entgegengehalten werden können (BGE 117 II 440). Ein allfälliges – und von den Beklagten behauptetes – Mitverschulden der Klägerin steht der vorliegenden im Namen der Gläubigergesamtheit erhobenen Klage somit von vornherein nicht entgegen. Die Prüfung, ob die Klägerin den geringen Verwertungserlös zu vertreten hat, da sie – wie dies die Beklagten geltend machen – es unterlassen habe, im Rahmen der Zwangsverwertung des Grundstücks mitzubieten, erübrigt sich somit. Zusammenfassend ist damit entgegen der Ansicht der Beklagten der natürliche Kausalzusammenhang bis hierher nachgewiesen. (...)

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 23. Dezember 2008

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 8a SchKG; Art. 265 Abs. 2 i.V.m. Art. 149a Abs. 3 SchKG. – Sachdienliche Angaben betreffend die Konkurseröffnung und -durchführung dürfen in das Betreibungsbuch eingetragen und durch Aufführung im Betreibungsregisterauszug nach aussen mitgeteilt werden. Kauft ein ehemaliger Konkursit die gegen ihn ausgestellten Konkursverlustscheine zurück, kann er beim Konkursamt gegen Vorlage der zurückgekauften und quitierten Verlustscheine die Löschung der fraglichen Registereinträge und die Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung verlangen. Gegen Vorlage einer solchen Bescheinigung hat das Betreibungsamt die im Betreibungsbuch eingetragenen Bemerkungen zum Konkurs durch einen entsprechenden – auch in der Betreibungsauskunft aufzuführenden – Hinweis zu ergänzen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1.3 Gemäss Betreibungsregisterauszug des Beschwerdeführers vom 17. August 2007 befindet sich die gegen ihn am 26. November 2004 eingeleitete Betreibung Nr. XXXX im Betrag von CHF 775'000.– im Status der «Konkurs-Eröffnung». Nach Art. 10 der Verordnung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Juni 1996 über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register sowie die Rechnungsführung (VFRR) muss die Betreibung und die Art ihrer Erledigung bzw. ihr Status im Betreibungsbuch eingetragen werden, weshalb die entsprechenden Informationen ohne Weiteres auch im Betreibungsregisterauszug des Beschwerdeführers aufzuführen sind. Das wird offenbar auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten, welcher grundsätzlich nur die vom Betreibungsamt Z. zusätzlich aufgeführte Bemerkung betreffend Konkurseröffnung und Konkursdurchführung rügt. Die Eintragung einer solchen Bemerkung im Betreibungsbuch oder im Personenregister ist zwar durch die Bestimmungen der VFRR nicht vorgeschrieben, sie muss aber mit Blick auf die vom Betreibungsamt Z. geltend gemachte Erleichterung der Amtstätigkeit als sinnvoll und mithin klar zulässig erachtet werden. Auch ihre Mitteilung nach aussen durch Aufführung im Betreibungsregisterauszug ist nicht zu beanstanden, sondern nach dem vorstehend Gesagten im Gegenteil sogar angezeigt. Da nach Art. 206 Abs. 1 SchKG im Konkurs alle gegen den Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben werden, diese Betreibungen allerdings wieder

aufleben können, wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wird (Art. 230 Abs. 4 SchKG), hängt der Status einer durch Konkurs «erledigten» Betreibung nämlich vom rechtlichen Schicksal dieses Konkurses ab. Informationen betreffend Durchführung bzw. Einstellung eines entsprechenden Konkursverfahrens sind daher für allfällige Gläubiger des Beschwerdeführers von entscheidender Bedeutung. So enthält die beanstandete Bemerkung betreffend Durchführung und Abschluss des Konkurses über den Beschwerdeführer indirekt zugleich die Feststellung, dass die Betreibung Nr. XXXX definitiv aufgehoben, mithin definitiv erledigt wurde und nicht nach Art. 230 Abs. 4 SchKG erneut aufleben könnte. Ihre Aufführung im Betreibungsregistrauszug liegt insofern sogar im Interesse des Beschwerdeführers. Darüber hinaus handelt es sich bei den Daten zum Konkurs des Beschwerdeführers, wie das Betreibungsamt Z. zu Recht geltend macht, aufgrund der bereits erfolgten Publikation ohnehin nicht um sensible Daten, deren erneute Bekanntgabe die Persönlichkeit des Beschwerdeführers verletzen könnte, zumal jedermann durch eine einfache Recherche im Internet die entsprechende Publikation im SHAB auffinden kann.

3. Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass der Beschwerdeführer nach Art. 265 Abs. 2 i.V.m. Art. 149a Abs. 3 SchKG die Möglichkeit hat, beim Konkursamt gegen Vorlage der zurückgekauften und quittierten Verlustscheine die Löschung der fraglichen Registereinträge und die Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung zu verlangen (Ueli Huber, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, N 8 zu Art. 265 SchKG; derselbe, SchKG II, N 10 ff. zu Art. 149a und N 3 ff. zu Art. 150; vgl. auch BGE 95 III 43). Obgleich Informationen betreffend Konkursverlustscheine grundsätzlich nicht Gegenstand einer Betreibungsauskunft bilden (vgl. auch Von der Mühl, BISchK 2007, S. 178), erscheint es mit Blick auf die Interessen des Schuldners, aber auch den Informationszweck gerechtfertigt, dass das Betreibungsamt aufgrund der Vorlage einer solchen Bescheinigung des Konkursamtes die fragliche Bemerkung im Betreibungsregister, und damit in der Auskunft, durch einen entsprechenden Hinweis ergänzt.

Justizkommission als AB SchK, 29. Januar 2008

Art. 17 Abs. 2, Art. 22 und Art. 65 SchKG. – Die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls ist nur dann absolut nichtig, wenn die Notifikation an den Schuldner sowie die Zustellungsbescheinigung fehlen oder wenn infolge sonst fehlerhafter Zustellung die Urkunde nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist (Erw. 1). Die Zustellung der Betreibungsurkunde an einen Angestellten, der nicht im Dienste der betriebenen, sondern einer anderen, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, ist gültig, wenn die betreffende Person in den gleichen Räumlichkeiten wie der Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne Weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht versäumen wird, die Betreibungsurkunde unverzüglich an den Vertreter weiterzuleiten, sodass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält (Erw. 2).

Aus den Erwägungen:

1. Die in der Replik der Beschwerdeführerin vom 18. September 2007 gestellten Anträge und die entsprechenden Begründungen sind bis auf das Subeventualbegehren neu und damit grundsätzlich verspätet.

1.1. Unzulässig ist namentlich die Ergänzung der Begründung nach Ablauf der Beschwerdefrist, da die Beschwerdebegründung Gültigkeitserfordernis ist (§ 210 Abs. 1 ZPO; GVP 1985/86 S. 138; JZ 1998/15). Eine Beschwerdeänderung im Sinne einer Erweiterung des Antrags oder der Begründung ist aber bereits von Bundesrechts wegen nur bis zum Ablauf der Beschwerdefrist möglich; danach ist sie ausgeschlossen, da das auf eine gesetzlich nicht vorgesehene Verlängerung der als Verwirkungsfrist ausgestalteten Beschwerdefrist hinausliefe (Franco Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, N 69 zu Art. 20a). Soweit zwar Nichtigkeit der Betreibungshandlung geltend gemacht werden kann, gilt die zehntägige Beschwerdefrist von Art. 17 Abs. 2 SchKG nicht, da die Nichtigkeit jederzeit vorgebracht und von der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen festgestellt und die entsprechende Betreibungshandlung aufgehoben werden kann (Art. 22 Abs. 1 SchKG; BGE 121 III 144 E. 2). Die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls ist zwar grundsätzlich nichtig (BGE 83 III 16; 117 III 10 E. c; 120 III 119 E. c). Allerdings ist sie gleichwohl wirksam, wenn der Schuldner trotzdem in den Besitz der Urkunde gelangt ist und Kenntnis von der Betreibung erlangt hat (BGE 128 III 101; 120 III 114). Mit anderen Worten ist sie nur dann absolut nichtig, wenn die Notifikation an den Schuldner sowie die Zustellungsbescheinigung fehlen oder wenn infolge sonst fehlerhafter Zustellung die Urkunde nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 13 N 28 mit Hinweis auf BGE 110 III 9).

1.2. Im vorliegenden Fall machte die Beschwerdeführerin zwar bereits in ihrem Wiederherstellungsgesuch geltend, sie habe den fraglichen Zahlungsbefehl nicht erhalten. Sie lässt in ihrer Replik dann selbst darlegen, dass sie am 31. Juli 2007 von der Betreuung erstmals telefonisch und anschliessend durch Zustellung einer Kopie des Zahlungsbefehls Kenntnis erlangte. Damit wurde aber auch die Beschwerdefrist zur Anfechtung der Zustellung ausgelöst und sie hätte ihre Anträge und deren Begründung in ihrer Beschwerde vom 17. August 2007 vortragen müssen. Unter diesem Gesichtswinkel kann deshalb auf die Beschwerdeergänzung in der Replik vom 18. September 2007 wegen Verspätung nicht mehr eingetreten werden. Nachdem das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG von der Untersuchungsmaxime beherrscht ist, mag man die Vorbringen der Beschwerdeführerin, zumindest soweit es um die Frage der Zustellung geht, gleichwohl berücksichtigen.

2. Ist die Betreuung gegen eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gerichtet, so erfolgt die Zustellung gemäss Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG an ein Mitglied der Verwaltung, einen Direktor oder Prokuristen. Zur Verwaltung in diesem Sinne gehören alle Gesellschafter, sofern ihnen die Vertretungsbefugnis nicht ausdrücklich entzogen ist (Art. 809 ff. OR). Werden die genannten Personen in ihrem Geschäftslokal nicht angetroffen, so kann gemäss Abs. 2 von Art. 65 SchKG die Zustellung auch an einen anderen Beamten oder Angestellten erfolgen (Ersatzzustellung).

2.1. Im vorliegenden Fall erfolgte die Zustellung des Zahlungsbefehls gemäss Zustellbescheinigung des Zustellbeamten des Betreibungsamtes A. auf der Ausfertigung des Zahlungsbefehls für den Gläubiger als Ersatzzustellung an «Hr. R., Ang. d. X.», d.h. an einen Angestellten der X. GmbH, welche Gesellschaft nach Angabe des Betreibungsamtes in den gleichen Räumen wie die Beschwerdeführerin tätig ist. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass im Zeitpunkt der Zustellung des fraglichen Zahlungsbefehls, am 2. Mai 2007, kein Vertreter im Sinne von Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG in ihren Geschäftsräumen anwesend war. Wenn sie in diesem Zusammenhang bemerkt, das Betreibungsamt habe zu Recht nicht geltend gemacht, es habe erfolglos versucht, der ihm namentlich bekannten Vertreterin, Frau H., den Zahlungsbefehl zuzustellen, geht das an der Sache vorbei. Indem das Betreibungsamt bzw. der mit der Zustellung betraute Weibel ausdrücklich erwähnt, es handle sich um eine Ersatzzustellung, macht es implizite selbstredend geltend, es habe kein Vertreter der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG angetroffen werden können. Das genügt aber, um eine Ersatzzustellung vorzunehmen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin waren keine weiteren Bemühungen angezeigt, «Frau H. ausfindig zumachen, um ihr den Zahlungsbefehl persönlich auszuhändigen» zu können. Die Beschwerdeführerin macht aber auch

nicht geltend, es sei eine eigene Angestellte oder ein eigener Angestellter damals in ihren Geschäftsräumen anwesend gewesen, der bzw. dem der Zahlungsbefehl hätte ausgehändigt werden können. Nach der Praxis, die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gedeckt ist, ist aber eine Ersatzzustellung auch an einen im gleichen Geschäftslokal tätigen, nicht im Dienste der Betriebenen stehenden Angestellten zulässig (BGE 96 III 6). Diese Rechtsprechung hat entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nach wie vor Gültigkeit. Wenn die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, der zitierte Fall liege grundsätzlich anders als der vorliegende, ändert dies nichts. Wie dem Regest des amtlich publizierten Entscheides des Bundesgerichts entnommen werden kann, wird die Gültigkeit der Zustellung an einen Angestellten, der nicht im Dienste der betriebenen, sondern einer anderen, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, ganz allgemein anerkannt. Es kommt denn auch entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht in erster Linie auf die persönliche Subordination der empfangsberechtigten Person an, sondern darauf, dass die betreffende Person in den gleichen Räumlichkeiten wie der Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht versäumen wird, die Betreibungsurkunde unverzüglich an den Vertreter weiterzuleiten, sodass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält. Es darf wohl durchaus angenommen werden, dass verschiedene Firmen, die in den selben Räumen ihre Geschäftstätigkeit ausüben, in einer besonderen Beziehung stehen, die es durchaus erwarten lässt, dass Betreibungsurkunden, die an einen dort tätigen Angestellten zugestellt werden, von diesem an die zuständigen Vertreter der Betriebenen weitergeleitet werden. Damit ist aber der Ratio von Art. 65 SchKG Genüge getan. Diese Rechtsprechung geht denn auch auf einen früheren Entscheid zurück (BGE 88 III 18 E. 3). Im Entscheid BGE 96 III 4 kam lediglich als zusätzliches Element hinzu, dass die Büroangestellte zum Verwaltungsrat der betriebenen Gesellschaft insofern in einem Unterordnungsverhältnis stand, als dieser gleichzeitig Verwaltungsratspräsident der Gesellschaft war, bei der die betreffende Person angestellt war. Damit wurde aber dieses Element nicht als zusätzliche Voraussetzung für eine ordnungsgemässe Ersatzzustellung stipuliert. Das Bundesgericht erachtete die Zustellung an diese Angestellte sogar als rechtswirksam, obwohl diese die Annahme der Urkunde verweigert hatte. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich bei R. um einen Angestellten der X. GmbH handelt, die in den selben Räumen wie sie ihrer Geschäftstätigkeit nachgeht. Dass R. der Geschäftsführerin H. nicht bekannt sei, wie diese geltend macht, ändert an der rechtsgültigen Zustellung nichts. Die Zustellung erfolgte denn auch nicht an einen Stellvertreter im Sinne von Art. 32 ff. OR, wie die Beschwerdeführerin annimmt, sondern gemäss der Rechtsprechung zu Art. 65 SchKG.

2.2 Ist nach dem Gesagten die Zustellung des Zahlungsbefehls am 2. Mai 2007 rechtsgültig erfolgt, kommt es nicht darauf an, wann die Beschwerdeführerin bzw. ihre Geschäftsführerin tatsächlich vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhielt. Die Rechtsvorschlagsfrist lief deshalb am 12. Mai 2007 ab. Die telefonische Erklärung der Beschwerdeführerin vom 3. August 2007 gegenüber dem Betreibungsamt, wonach sie die in Betreibung gesetzte Forderung nicht akzeptiere, war damit als Rechtsvorschlagserklärung jedenfalls verspätet, wenn man denn diese Erklärung überhaupt als Rechtsvorschlag qualifizieren will.

Justizkommission als AB SchK, 11. Januar 2008

Art. 208 und 211 SchKG. – Das rechtliche Schicksal laufender Verträge im Konkurs- und Nachlassverfahren wird sowohl durch Normen des Privatrechts als auch des SchKG bestimmt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Parteien im fraglichen Vertrag die Anwendung des Wiener Kaufrechts (CISG) vereinbart haben, weil ein bewusster Verzicht auf eine einheitsrechtliche Regelung vorliegt. Gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG ist insoweit das jeweilige, nach den Regelungen des IPR massgebliche, nationale Recht anzuwenden (E. 3.1 und 3.2).

Art. 211 und 319 SchKG. – Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist die Umwandlung von Forderungen auf den Tag vorzunehmen, an welchem die Bestätigung des Nachlassvertrages endgültig geworden ist (E. 4.2).

Aus den Erwägungen:
(...)

3.1 Das rechtliche Schicksal laufender Verträge im Konkurs- und Nachlassverfahren wird sowohl durch Normen des Privatrechts als auch des SchKG bestimmt. Das Privatrecht – bei dessen Anwendbarkeit namentlich das OR – regelt, ob ein Vertrag infolge Konkurseröffnung aufgelöst wird oder durch eine Partei aufgelöst werden kann und welche Konsequenzen sich hieraus ergeben. Das OR enthält hierzu allgemeine Regeln (insbesondere Art. 83 und Art. 107 ff. OR) sowie besondere Bestimmungen für einzelne Vertragstypen. Das SchKG seinerseits befasst sich mit denjenigen Fragen, welche sich aus der Zielsetzung des Konkurses und seinen Prinzipien ergeben (Meier, Laufende Verträge in Konkurs- und Nachlassverfahren, in: BISchK 2006, S. 90). Vorliegend ist nun aber zu berücksichtigen, dass die Parteien im Ver-

trag unbestrittenermassen die Anwendung des CISG vereinbart haben. Das CISG enthält jedoch keine Regelung bezüglich der Frage, ob ein Vertrag infolge Konkursöffnung aufgelöst wird oder durch eine Partei aufgelöst werden kann. Bezüglich der Auswirkungen eines Konkurses des Erklärenden auf die Wirksamkeit seiner Erklärung im Vertragsabschlussverfahren (vgl. Art. 14 CISG) ist es so, dass eine Regelung durch das CISG unterblieb, weil eine Vereinheitlichung der unterschiedlichen nationalen Bestimmungen in diesem Bereich als nicht angebracht angesehen wurde (Schnyder Straub, in: Honsell [Hrsg.], Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin/Heidelberg 1996, Art. 14, N 67). Dies muss konsequenterweise auch für die Auswirkungen eines Konkurses und ähnlicher Verfahren auf das Schicksal schuldrechtlicher Verträge gelten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass ein bewusster Verzicht auf eine einheitsrechtliche Regelung vorliegt, weshalb gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG insoweit das jeweilige, nach den Regelungen des IPR massgebliche, nationale Recht zur Beurteilung dieser Sachfrage zur Anwendung gelangt. Aufgrund der Regel von Art. 117 IPRG ist damit das OR massgebend. Dieses enthält bezüglich des Kaufvertrages keine besondere Bestimmung, als allgemeine Regeln sind – wie bereits erwähnt – Art. 83 und Art. 107 ff. OR zu beachten. Da die Klägerin vorliegend nicht gemäss den letztgenannten Bestimmungen vorgegangen ist, muss bezüglich des Schicksals der klägerischen Forderung demnach allein auf die einschlägigen SchKG-Bestimmungen abgestellt werden.

(...)

3.3 Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass gesetzliche Bestimmungen über besondere Auswirkungen des Konkurses einer Partei auf eine Rechtshandlung analog auch für die Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gelten. Nach Lehre und Rechtsprechung hat die Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung denn auch ähnliche Auswirkungen auf bestehende Verträge wie das Konkursdekret. Sie bewirkt die Fälligkeit von Forderungen (Art. 208 Abs. 1 SchKG analog) und verwandelt Forderungen, welche keine Geldzahlung zum Gegenstand haben, in entsprechende Geldforderungen (Art. 211 Abs. 1 SchKG analog; Winkelmann/Lévy/Jeanerret/Merkt/Birchler, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibungs- und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, Art. 31, N 10 m.w.H.). Die Vorinstanz hat demnach richtig erkannt, dass das rechtliche Schicksal des vorliegenden «Alumina Sales Contract» allein durch die Normen des SchKG bestimmt wird, und deshalb zu Recht Art. 211 SchKG analog angewandt. Entgegen der Auffassung der Klägerin bleibt für die Anwendung von Art. 72 CISG und damit auch von Art. 76 CISG kein Raum. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt nicht als stichhaltig

und eine Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Klägerin zur Anwendung von Art. 76 CISG erübrigt sich.

(...)

4.2 Im Konkurs ist nach Lehre und Praxis der Tag der Konkurseröffnung der massgebliche Zeitpunkt für die Umwandlung von Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben (Schwob, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, Art. 211, N 1 m.w.H.). Der Verweis der Klägerin auf einen Bundesgerichtsentscheid wesentlich älteren Datums erweist sich damit als unbehelflich. Beim Liquidationsvergleich ist es der Tag des Bestätigungsentscheids, der bis zu einem gewissen Punkt dem Konkurserkenntnis gleichgestellt werden kann (BGE 110 III 105 = Pra 74 Nr. 109). Dies deshalb, weil dem Schuldner zu diesem Zeitpunkt das Recht zur Verfügung über sein Vermögen zugunsten der Gläubiger entzogen wird (Art. 316d Abs. 1 SchKG) und die Liquidation beginnt, bei welcher die Gläubiger gemeinschaftlich und proportional am Ergebnis der Verwertung der Masse beteiligt sind. Dann also wird zur Herstellung der Gleichheit unter den Gläubigern erforderlich, dass alle Forderungen fällig werden und dass sie im Kollokationsplan sowie in der Verteilungsliste alle in der gleichen Masseinheit, d.h. in der Landeswährung, angegeben werden. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich mit der Vorinstanz und den Lehrmeinungen (Winkelmann/Lévy/Jeanneret/Merkt/Birchler, a.a.O., Art. 319, N 10; Meier, a.a.O., S. 113), beim Liquidationsvergleich die Umrechnung auf den Tag vorzunehmen, an welchem die Bestätigung des Nachlassvertrages endgültig geworden ist.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 4. März 2008

IV. Strafrecht

Art. 44 Abs. 2 und Art. 94 StGB. – Der Strafrichter kann dem Verurteilten die Weisung erteilen, während der Probezeit nur Motorfahrzeuge der Kategorie F zu lenken, wenn erhebliche Bedenken bestehen, dass sich der Betroffene als Fahrzeugführer künftig wohl verhalten wird. Die Weisung soll den bedingten Aufschub der ausgesprochenen Freiheitsstrafe in spezialpräventiver Hinsicht unterstützen und hat – in Abgrenzung zum administrativen Führerausweisentzug als sichernde Massnahme – vor allem die Besserung des Täters zum Ziel.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.9 Gemäss Art. 44 Abs. 2 StGB kann das Gericht dem zu einer bedingten Geld- oder Freiheitsstrafe Verurteilten für die Dauer der Probezeit Weisungen erteilen. Dabei sieht das Gesetz in Art. 94 StGB, wie bereits nach altem Recht, ausdrücklich vor, dass das Führen eines Motorfahrzeuges mittels Weisungen während der Probezeit eingeschränkt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 6B_32/2008 vom 13. Mai 2008 E. 3.3). Diese Massnahme muss darauf gerichtet sein, der Gefahr neuer Verfehlungen des Betroffenen vorzubeugen, und erfolgt zu Recht, wenn sich die Bewährung nicht auf das fahrtechnische Können des Täters, sondern auf seinen Charakter bezieht, dessen Reifung und Festigung möglich erscheint. Die Weisung des Strafrichters hat somit vor allem die Besserung des Täters zum Ziel, während es sich beim administrativen Führerausweisentzug um eine sichernde Massnahme zur Verhütung neuer Verkehrsgefährdungen handelt (Schneider/Garré, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, Vor Art. 42, N 59 f.).

Es bestehen aufgrund des Nachtatverhaltens des Beschuldigten und seiner schweren Verstösse gegen das Strassenverkehrsgesetz vom 28. Oktober 2004, wie bereits dargelegt, erhebliche Bedenken, dass sich der Beschuldigte als Fahrzeuglenker künftig wohl verhalten wird. Offenbar haben das eingeleitete Strafverfahren und die unmittelbare Konfrontation mit den verheerenden Folgen seines rücksichtslosen Fahrverhaltens allein noch keine beeindruckende Wirkung auf ihn gezeigt. Dabei ist nicht primär am fahrtechnischen Können des Beschuldigten zu zweifeln, sondern an seinen Fähigkeiten zur Rücksichtnahme und Voraussicht im Strassenverkehr. An dieser Einschätzung ändert auch der gegen den Beschuldigten

verhängte administrative Führerausweisentzug vom 9. Februar 2005 bis zum 20. Dezember 2006 nichts. Die Massnahme wurde ausgesprochen, nachdem der Beschuldigte am 30. Januar 2005 nach dem Konsum von Kokain und Cannabis noch Auto gefahren war, und erfolgte zur Verhütung neuer Verkehrsgefährdungen. Zudem sollte zunächst verkehrspsychologisch abgeklärt werden, ob der Beschuldigte angesichts seines Drogenkonsums überhaupt über die nötige Fahreignung verfügt. Die Massnahme war dagegen in keiner Weise auf die Widerhandlungen des Beschuldigten gegen das Strassenverkehrsgesetz vom 28. Oktober 2004 und die damit offenbarte mangelhafte Reife seines Charakters gerichtet. Sie ist somit nicht geeignet, den heute ausgesprochenen bedingten Aufschub der Sanktion in spezialpräventiver Hinsicht zu unterstützen. Eine Weisung an den Beschuldigten für das Führen von Motorfahrzeugen zur Verhinderung neuer Verfehlungen im Strassenverkehrsrecht ist daher nach wie vor angebracht. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit und um den Beschuldigten in beruflicher Hinsicht nicht übermässig einzuschränken, wird dabei aber darauf verzichtet, das Führen jedwelcher Motorfahrzeuge zu verbieten, und dem Beschuldigten wird das Führen von Motorfahrzeugen der Kategorie F (Motorfahrzeuge, ausgenommen Motorräder, mit einer Höchstgeschwindigkeit bis 45 km/h) erlaubt. Die Weisung ist auf zwei Jahre der Probezeit zu beschränken. Nach dem Gesagten ergeht an den Beschuldigten daher die Weisung, während der ersten zwei Jahren der Probezeit nur Motorfahrzeuge der Kategorie F zu lenken. Diese Weisung erfolgt unabhängig von einem allfälligen generellen Führerausweisentzug im Administrativverfahren.

Strafrechtliche Abteilung des Obergerichts, 26. August 2008

V. Rechtspflege

1. Internationales Privatrecht

Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG. Anerkennung einer ausländischen Urkunde (Erb-schein). Werden die einzelnen Erbschaftsanteile aufgrund des Geschlechts unterschiedlich festgelegt und sind die Erben mit der Anwendung der sie diskri-minierenden islamischen Vorschriften einverstanden, müssen die zur Aufteilung des Nachlasses angerufenen Schweizer Behörden den diskriminierenden Cha- rakter der islamischen Vorschriften nicht von Amtes wegen berücksichtigen.

Aus den Erwägungen:

2. Die Erblasserin war französische Staatsangehörige und hatte ihren letzten Wohn- sitz in Syrien. Die Gesuchsteller sind ebenfalls französische Staatsangehörige und wohnen in Syrien. Vermögenswerte der Erblasserin liegen offenbar auf der Zuger Kantonalbank. Es liegt somit ein internationaler Sachverhalt im Sinne von Art. 1 IPRG vor.

3. Das Begehren auf Anerkennung oder Vollstreckung ist an die zuständige Behörde 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 summa- rischen Verfahren zuständig (§ 135 Abs. 1 ZPO; § 226^{bis} ZPO analog).

4. Mit der Einreichung des Schreibens der Zuger Kantonalbank vom 30. Januar 2008 und der Mailkorrespondenz zwischen einem der Gesuchsteller und der Zuger Kantonalbank haben die Gesuchsteller glaubhaft gemacht, dass sich bei der Zuger Kantonalbank Vermögenswerte der Erblasserin befinden, und dass diese Bank von den Gesuchstellern ein Exequaturverfahren verlangt hat, um die Gültigkeit des Legitimationsausweises feststellen zu lassen. Demzufolge haben die Gesuchsteller ein genügendes Rechtsschutzinteresse dargelegt, und das angerufene Gericht ist örtlich und sachlich zuständig.

5. Vorliegend geht es um die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung der Anord- nung Nr. 507. Assem Alakkar, Richter am Tribunal Légal Homs (Syrien; Justizministe- rium) bescheinigte in dieser Anordnung auf Begehren der Gesuchstellerin 4 den Tod der Erblasserin. Zudem wurde in der Anordnung festgehalten, dass der Nachlass auf

die Kinder der Erblasserin (mithin die Gesuchsteller) beschränkt sei, und dass der Nachlass in sechs Teile aufgeteilt werde. Je zwei Anteile stünden den beiden Söhnen (Gesuchsteller 2 und 3), und je ein Anteil stehe den Töchtern (Gesuchstellerinnen 1 und 4) zu.

6. 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. 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 (Heini, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, N 2 f. zu Art. 96 IPRG). Bei der in Frage stehenden Anordnung Nr. 507 handelt es sich (in Übereinstimmung mit der Ansicht des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung) um einen Entscheid der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welcher daher grundsätzlich anerkennungsfähig ist.

7. Anerkennungsfähig im Sinne von Art. 25 – 29 IPRG sind ausländische Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden nur, wenn sie auf einem Verfahren beruhen oder von einer Person mit Amtsfunktion erlassen worden sind (Heini, a.a.O., N 4 zu Art. 96 IPRG). Diese Voraussetzung ist gegeben, da die in Frage stehende Anordnung Nr. 507 von einem Richter und damit zweifelsohne von einer Person mit Amtsfunktion erlassen worden ist. Das genaue Verfahren, das zur Anordnung geführt hat, muss von den Gesuchstellern daher nicht nachgewiesen werden.

8. 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). Die von den Gesuchstellern eingereichte Sterbeurkunde bestätigt, dass die Erblasserin am 12. Februar 2006 in Homs (Syrien) verstorben ist. Die Anordnung Nr. 507 wurde demnach vom Richter am letzten Wohnsitz der Erblasserin ausgestellt, weshalb Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG erfüllt ist.

9. Die Anerkennungsvorschrift von Art. 96 IPRG bezieht sich lediglich auf die so genannte indirekte Zuständigkeit ausländischer Behörden. Die übrigen Anerkennungsvoraussetzungen beurteilen sich nach Art. 25 ff. IPRG (Schnyder/Liatiowitsch, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. A., Basel 2007, N 1 zu Art. 96 IPRG). Gemäss Art. 31 IPRG gelten die Art. 25 bis 29 IPRG sinngemäss für

die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung oder einer Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Demnach sind im Folgenden die Voraussetzungen von Art. 25 ff. IPRG zu prüfen.

9.1 Gemäss Art. 25 lit. b IPRG ist für die Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung vorausgesetzt, dass gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann, oder wenn die Entscheidung endgültig ist. Beim Begriff der Endgültigkeit hat der IPR-Gesetzgeber vor allem an die zahlreichen Entscheide der freiwilligen oder höchstens halbstreitigen Gerichtsbarkeit gedacht. Gerade den Entscheiden oder Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommt nicht immer Rechtskraft in dem Sinne zu, dass sie von der verfügenden Behörde nicht mehr geändert oder aufgehoben werden könnten. Gegen solche Entscheide stehen also weiterhin «ordentliche» Rechtsmittel zur Verfügung. Dennoch sollten sie für die Zeit ihrer Geltung und bis zu einer allfälligen Abänderung durch die zuständige Behörde anerkannt werden können. Um auch solche Anerkennungen zu erfassen, verwendet Art. 25 lit. b IPRG den Begriff der Endgültigkeit (Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, N 60 ff. zu Art. 25 IPRG). Hinzu kommt, dass alle Gesuchsteller die Anordnung anerkennen und keine Änderung verlangen. Die in Frage stehende Anordnung Nr. 507 ist daher endgültig im Sinne von Art. 25 lit. b IPRG.

9.2 Art. 25 lit. c IPRG verlangt, dass kein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG vorliegt.

In der Anordnung Nr. 507 wird der Umfang der einzelnen Erbschaftsanteile der Gesuchsteller auf Grund des Geschlechts unterschiedlich festgelegt. In casu stellt sich daher insbesondere die Frage, ob die Anordnung ordentlich und rechtmässig ist. Sind die Erben mit der Anwendung der sie diskriminierenden islamischen Vorschriften einverstanden, müssen die zur Aufteilung des Nachlasses aufgerufenen Schweizer Behörden sowie die zur Übertragung des Nachlasses auf die Erben ersuchten Schweizer Banken den diskriminierenden Charakter der islamischen Vorschriften nicht von Amtes wegen berücksichtigen (Salami Aldeeb Abu-Sahlieh, *La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman*, in: *Rapports suisses présentés au XIème Congrès international de droit comparé*, Zürich 1998, S. 50). Diese Ansicht wird auch vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung vertreten. Vorliegend haben die beiden Gesuchstellerinnen der Diskriminierung ausdrücklich zugestimmt. Somit hat das angerufene Gericht den diskriminierenden Charakter der Anordnung Nr. 507 nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen.

Im Übrigen darf die Anordnung Nr. 507 in der Sache selbst nicht nachgeprüft werden (Art. 27 Abs. 3 IPRG). Dementsprechend ist nicht zu prüfen, ob sich der syrische Richter gestützt auf das syrische Kollisionsrecht richtigerweise für die Anwendung des syrischen materiellen Rechts entschieden hat und ob das syrische materielle Recht in der Folge korrekt angewendet worden ist. Es ist unerheblich, ob in casu tatsächlich französisches Recht hätte angewendet werden müssen und ob es korrekt war, dass das Erbschaftshindernis der Religionsverschiedenheit nicht beachtet worden ist.

10. Im nichtstreitigen Verfahren sind die gerichtlichen Kosten den Gesuchstellern aufzuerlegen.

Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, 17. März 2008

2. Zivilrechtspflege

§ 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 zugelas-

sene 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 stellen, 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, 3. Dezember 2007

§§ 40, 49 und 51^{bis} ZPO, §§ 3 und 14 AnwT. – Obsiegt die unentgeltlich verbeiständete Partei in einem Zivilprozess und ist die unterlegene Partei nicht in der Lage, die zu ihren Lasten zugesprochene Prozessentschädigung zu bezahlen, ist eine Parteientschädigung nach § 14 Abs. 2 AnwT, d.h. nach dem Zeitaufwand festzusetzen und dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der obsiegenden Partei direkt aus der Staatskasse zuzusprechen. Die unentgeltlich verbeiständete Partei hat diesfalls nach dem klaren Wortlaut von § 51^{bis} ZPO die an ihren Rechtsvertreter ausgerichtete Parteientschädigung dem Staat zu vergüten, wenn sie zu Vermögen gelangt.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin ist zunächst der Auffassung, ihr dürfe keine Rückerstattungspflicht für die ihrem unentgeltlichen Rechtsbeistand aus der Staatskasse ausgerichtete Entschädigung auferlegt werden. Der Anspruch des Staates richte sich nach dem klaren Wortlaut von § 49 Abs. 3 ZPO nicht gegen die im betreffenden Verfahren obsiegende Beschwerdeführerin, sondern vielmehr gegen den unterlegenen Beschwerdegegner. Mithin gehe der Anspruch auf eine Prozessentschädigung, welche die Beschwerdeführerin zufolge ihres Obsiegens gegen den Beschwerdegeg-

ner habe (§ 40 Abs. 1 ZPO), mit der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes durch den Staat im Sinne einer Subrogation auf diesen über. Da der unentgeltliche Rechtsbeistand mit der Einsetzung bzw. Genehmigung durch den Staat gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung eine staatliche Aufgabe übernehme und zu diesem in ein Rechtsverhältnis trete, müsse grundsätzlich auch der Staat das Risiko tragen, in gewissen Fällen letztlich auf den Kosten von unentgeltlicher Rechtspflege und -verbeiständung sitzen zu bleiben. § 51^{bis} ZPO dürfte sich ausschliesslich auf den Fall beziehen, in dem diese Partei unterlegen sei und dementsprechend keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung zugesprochen erhalten habe. Im anderen Fall greife eben die Spezialvorschrift von § 49 Abs. 3 ZPO. Falls die Justizkommission diese Auffassung nicht teilt, macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei ihr eine Prozessentschädigung zulasten des Beschwerdegegners zuzusprechen, um letztlich trotz vollumfänglichem Obsiegen im Prozess nicht selber auf den Kosten sitzen zu bleiben, falls sie später tatsächlich die Kosten zurückerstatten müsste.

2. Aus dem angefochtenen Urteil geht hervor, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Klage zur Hauptsache durchgedrungen ist und dementsprechend von der Vorinstanz als obsiegende Partei betrachtet wurde. So hat diese denn in ihren Erwägungen auch ausdrücklich festgehalten, dass der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin für ihre prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen habe. Im Urteilsdispositiv fehlt hingegen eine solche Verpflichtung. Da das Kantonsgericht zum Schluss gelangte, dass eine Parteientschädigung vom Beschwerdegegner nicht erhältlich gemacht werden könne, hat es dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin die Parteientschädigung direkt aus der Staatskasse ausgerichtet. Für den Fall, dass die Beschwerdeführerin später zu Vermögen gelangen sollte, hat sie ihr sodann die Verpflichtung auferlegt, dem Staat diese Kosten zu vergüten.

2.1 Gemäss § 40 Abs. 1 und 2 ZPO ist die unterliegende Partei in der Regel zum Ersatz aller dem Gegner verursachten notwendigen Kosten und Umtriebe zu verpflichten, wobei der Richter die Parteientschädigung unter Berücksichtigung des Streitwertes nach freiem richterlichem Ermessen festsetzt. Zu dieser Entschädigung gehören namentlich die Kosten für den Beizug eines Rechtsanwaltes. Dabei richtet sich die Entschädigung für den von der obsiegenden Partei beigezogenen oder ihr im Falle der unentgeltlichen Prozessführung beigegebenen Rechtsbeistand nach der Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 (AnwT). Obsiegt die unentgeltlich vertretene Partei, wird gemäss § 49 Abs. 1 ZPO die Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter im Umfange seiner Bemühungen

zugesprochen. Gemäss § 49 Abs. 2 ZPO werden dem unentgeltlichen Rechtsbeistand, eine nach dem Zeitaufwand zu bemessende Entschädigung für seine notwendigen Bemühungen und eine Auslagen-Vergütung zu Lasten der Gerichtskasse zugesprochen, wenn eine Prozessentschädigung nicht zugesprochen wird oder sie von der Gegenpartei nicht erhältlich ist. Der Anspruch auf eine nicht erhältliche Prozessentschädigung geht gemäss § 49 Abs. 3 ZPO auf die Gerichtskasse über, wobei das von ihr später über ihre Auszahlung hinaus Eingetriebene, dem Rechtsbeistand ausbezahlt wird.

2.2 Aus dieser Regelung ergibt sich, dass das Gericht zunächst die Prozessentschädigung urteils-mässig festlegen muss, welche die unterliegende Partei dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der obsiegenden zu bezahlen hat. Kommt das Gericht darüber hinaus zum Schlusse, dass diese Parteientschädigung von der unterliegenden Partei nicht erhältlich gemacht werden kann, hat es dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der obsiegenden Partei eine nach dem Zeitaufwand zu bemessende Entschädigung für seine notwendigen Bemühungen und eine Auslagenvergütung aus der Staatskasse zuzusprechen. Gemäss § 14 Abs. 1 AnwT berechnet sich die Parteientschädigung im Falle des Obsiegens der unentgeltlich vertretenen Partei nach denselben Grundsätzen wie das Honorar bei einer entgeltlichen Rechtsvertretung. Ist die Parteientschädigung hingegen von der Gegenpartei nicht erhältlich, werden dem unentgeltlichen Rechtsbeistand gemäss § 14 Abs. 2 AnwT eine nach dem Zeitaufwand zu bemessende Entschädigung für seine notwendigen Bemühungen und eine Auslagen-Vergütung zu Lasten der Gerichtskasse zugesprochen, wobei der Stundenansatz zwischen CHF 180.– bis CHF 300.– beträgt. Das Gericht hat mithin einerseits eine Entschädigung für die obsiegende Partei in der Weise und nach denselben Regeln festzusetzen, wie wenn diese Partei durch einen entgeltlichen Rechtsbeistand vertreten wäre, einzig mit dem Unterschied, dass es diese Entschädigung nicht der Partei selbst, sondern ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter zuzusprechen hat. Zudem hat es im Falle, da die unterlegene Partei offensichtlich nicht in der Lage ist, die zu ihren Lasten zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen, eine Parteientschädigung nach § 14 Abs. 2 AnwT, d.h. nach dem Zeitaufwand festzusetzen und dem unentgeltlichen Rechtsvertreter direkt aus der Staatskasse zuzusprechen.

2.3 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist der unentgeltlich verbeiständeten Partei aber gemäss dem klaren Wortlaut von § 51^{bis} ZPO eine – bedingte – Rückerstattungspflicht für diese aus der Staatskasse an ihren unentgeltlichen Rechtsbeistand ausgerichtete Entschädigung aufzuerlegen. Die Bestimmung macht keinen Unterschied, ob der unentgeltliche Rechtsbeistand der Partei deshalb aus

der Staatskasse entschädigt wird, weil die von ihm vertretene Partei im Prozess unterlegen ist oder weil von der unterlegenen Gegenpartei die ihr auferlegte Parteientschädigung nicht erhältlich ist. Daran ändert auch nichts, dass der Anspruch auf eine nicht erhältliche Prozessentschädigung zunächst aufgrund der gesetzlichen Subrogation gemäss § 49 Abs. 3 ZPO auf die Gerichtskasse übergeht. Sollte die Beschwerdeführerin aufgrund der bedingten Rückerstattungspflicht der Staatskasse den von ihr dem unentgeltlichen Rechtsbeistand ausgerichteten Betrag zurückbezahlen, subrogiert der gesamte Anspruch auf die Parteientschädigung gegenüber dem Beschwerdegegner auf die Beschwerdeführerin bzw. hat die Gerichtskasse den Anspruch allenfalls auf die Beschwerdeführerin zurück zu übertragen.

2.4 Daraus erhellt, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zwar zu Recht eine Rückerstattungspflicht für die ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse ausbezahlte Entschädigung für den Fall auferlegt hat, dass sie zu Vermögen gelangt, dass sie es aber versäumt hat, die vom Beschwerdegegner als unterliegender Prozesspartei zu entrichtende Parteientschädigung im Urteilsdispositiv festzusetzen.

2.5 Insoweit erweist sich die Beschwerde denn auch als begründet und ist dementsprechend gutzuheissen. Nachdem die Parteien keinen Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz stellen und die Grundlagen für die Festsetzung der Parteientschädigung vorliegen, rechtfertigt es sich, dass die Justizkommission diese selbst festsetzt und das vorinstanzliche Urteil entsprechend ergänzt. Da die Beschwerdeführerin im Eventualantrag die Zusprechung einer Parteientschädigung im Umfange von CHF 1'179.45 verlangt und diese sich ohne weiteres im Rahmen von § 3 AnwT hält, kann dem Antrag entsprochen werden.

Justizkommission, 5. November 2008

§ 51^{bis} ZPO, §§ 1 ff. der Verordnung des Obergerichts über die Rückerstattung von Kosten in Zivil- und Strafverfahren. – Kommt die Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden ist, durch den Ausgang des Prozesses zu Vermögen, so hat sie dem Staat die erlassenen Kosten nachzuzahlen und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu ersetzen. In einem solchen Fall hat das Gericht die betreffende Partei aufzufordern, die fraglichen Kosten zu bezahlen oder mit geeigneten Belegen nachzuweisen, dass und inwiefern sie trotz des Prozessausgangs nicht zu Vermögen gekommen sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Nach der zugerischen Prozessordnung bewirkt die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nicht die endgültige Übernahme der Gerichtskosten sowie der Kosten des zugeteilten Rechtsbeistandes durch den Staat. Es handelt sich dabei lediglich um eine vorläufige staatliche Kostenübernahme. Kommt die Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden ist, durch den Ausgang des Prozesses oder auf anderem Wege zu Vermögen, so hat sie gemäss § 51^{bis} ZPO dem Staat die erlassenen Kosten nachzuzahlen und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu ersetzen. In der Zivilprozessordnung ist allerdings weder die Zuständigkeit noch das Verfahren für die Rückforderung der vom Staat für die unentgeltliche Prozessführung vorgeschossenen Kosten geregelt. Die diesbezügliche Regelung findet sich in der Verordnung des Obergerichts über die Rückerstattung von Kosten in Zivil- und Strafverfahren vom 17. Januar 2006 (BGS 161.73). Nach § 1 Abs. 1 dieser Verordnung erinnern die Gerichte und Ämter der Zivil- und Strafrechtspflege bzw. die Gerichtskasse die Parteien, welchen die unentgeltliche Rechtspflege oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden ist, nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens periodisch an die vorläufig erlassenen Kosten. Sie fordern sie auf, die offenen Beträge zu bezahlen oder mit geeigneten Belegen nachzuweisen, dass sie nicht zu Vermögen gekommen sind. Das Gleiche gilt nach Abs. 2 dieser Bestimmung für den Fall, dass das Gericht bzw. Amt Kenntnis von einem Vermögensanfall erhält. Über das Vorhandensein von Vermögen gemäss § 51^{bis} ZPO und darüber, ob und in welchem Umfang die erlassenen bzw. vorgeschossenen Kosten zurückzuerstatten sind, entscheidet nach § 2 der Verordnung im Streitfall das Kantonsgerichtspräsidium in Zivilsachen bzw. das Straferichtspräsidium in Strafsachen. § 3 der Verordnung bestimmt, dass sich das Verfahren sinngemäss nach den Bestimmungen über das summarische Verfahren gemäss § 126 ff. ZPO richtet. Daraus

folgt u.a. auch, dass gegen den Entscheid des Summarrichters die Beschwerde an die Justizkommission zulässig ist (§ 208 Ziff 1 ZPO).

2.1 In Ziffer 3 Abs. 2 des angefochtenen Beschlusses wurde die Beschwerdeführerin – vorbehaltlos – verpflichtet, die ihrem unentgeltlichen Rechtsbeistand aus der Staatskasse ausgerichtete Entschädigung von CHF 6'976.10 dem Staat zu ersetzen. Nach der vorerwähnten Regelung war die 2. Abteilung des Kantonsgerichts indes nicht zuständig, im Beschluss, mit welchem die Klage zufolge Vergleichs am Protokoll abgeschrieben wurde, über die Rückerstattung der dem unentgeltlichen Rechtsvertreter ausgerichteten Kosten – abschliessend – zu befinden. Vielmehr hätte das Gericht die Beschwerdeführerin einzig auffordern dürfen, den fraglichen Betrag zu bezahlen oder mit geeigneten Belegen nachzuweisen, dass und inwiefern sie trotz des Prozessausganges bzw. des Vergleichs nicht zu Vermögen gekommen sei. Es hat durch sein Vorgehen der Beschwerdeführerin im Übrigen auch das rechtliche Gehör verweigert, da sich diese vor dem Entscheid nicht dazu äussern konnte, ob sie aufgrund des Prozessausganges in der Lage sei, die Prozesskosten zu zahlen.

2.2 Die Beschwerde erweist sich mithin insofern als begründet, als Absatz 2 von Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben und wie folgt zu ersetzen ist: «RALic.iur. X.Y. wird mit CHF 6'976.10 (Honorar CHF 6'483.33, MWSt CHF 492.75) aus der Staatskasse entschädigt. Die Klägerin hat dem Staat diese Kosten zu vergüten oder mit geeigneten Belegen nachzuweisen, dass sie nicht zu Vermögen gelangt ist.»

3. Nachdem die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren dargelegt hat, dass und weshalb sie der Auffassung ist, durch den ihr vergleichsweise von der Beklagten zugesprochenen Betrag von CHF 13'000.– nicht im Sinne von § 51^{bis} ZPO zu Vermögen gelangt zu sein, wird das Kantonsgericht bzw. die Gerichtskasse zu prüfen haben, ob es bzw. sie den Standpunkt der Beschwerdeführerin aufgrund deren Darlegungen und der eingereichten Belege teilt und deshalb einstweilen auf die Rückerstattung der Kosten verzichtet. Andernfalls wird es die Sache – allenfalls nach vorgängiger Ergänzung – an den Summarrichter zur Durchführung des Verfahrens und zur Entscheidung überweisen. In diesem Sinne sind die Akten des Beschwerdeverfahrens an das Kantonsgericht Zug, 2. Abteilung, zu überweisen.

Justizkommission, 24. September 2008

§ 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 gebrächt 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 Prozessstandschaft (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

§ 70 ZPO; Art. 285 ff. SchKG. – In § 70 Abs. 3 ZPO werden beispielhaft Verfahren aufgeführt, bei denen ein Friedensrichtervorstand entfällt. Die Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG sind nicht aufgeführt. Dabei handelt es sich aber nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Wer einen Rechtsstreit anheben will, hat dem zuständigen Friedensrichter den Gegenstand der Klage und die Person, gegen die sie sich richtet, namhaft zu machen und die Anordnung eines Vermittlungsvorstandes zu verlangen (§ 69 ZPO). In Fällen, wo eine Behörde oder eine gesetzliche Vorschrift eine Frist zur Klageeinreichung ansetzt, findet ein Vermittlungsvorstand nicht statt (§ 70 Abs. 2 ZPO). In Abs. 3 dieser Bestimmung werden beispielhaft Verfahren aufgeführt, bei denen ein Friedensrichtervorstand entfällt. Die Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG sind nicht aufgeführt. Dabei handelt es sich aber nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Aus der gesetzlichen Formulierung, der Vermittlungsvorstand «entfällt insbesondere», muss vielmehr zwingend geschlossen werden, dass dieser auch in anderen, nicht aufgeführten Verfahren, in denen eine gesetzliche Vorschrift eine Frist zur Klageeinleitung ansetzt, nicht stattfindet. Nach konstanter Praxis des Obergerichts findet sich eine solche Vorschrift in Art. 292 SchKG bezüglich der Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG, bei denen demgemäss ein Friedensrichtervorstand entfällt (OG 2004/36). Nach der genannten Vorschrift ist

das Anfechtungsrecht verwirkt nach Ablauf von zwei Jahren seit Zustellung des Pfändungsverlustscheines (Ziff. 1) bzw. nach Ablauf von zwei Jahren seit der Konkursöffnung (Ziff. 2).

2.1 Die Beklagte wendet ein, Art. 292 SchKG enthalte keine Bestimmung, welche eine Frist ansetze, die in einem Nachlassvertrag zu beachten wäre. Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung fehle es an einer gesetzlichen Bestimmung, welche für das Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung eine Frist zur Klageeinleitung ansetze. Beim Entscheid des Bundesgerichts, dass beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung das Recht zur Anfechtung von Rechtshandlungen nach Ablauf von zwei Jahren nach Bestätigung des Nachlassvertrages verwirkt (BGE 134 III 273 ff.), handelt es sich nach Auffassung der Beklagten um eine richterliche Lückenfüllung mit der Folge, dass § 70 Abs. 2 ZPO nicht anwendbar ist. Dem kann nicht beigeplichtet werden. Nach Art. 331 SchKG unterliegen die vom Schuldner vor der Bestätigung des Nachlassvertrages (mit Vermögensabtretung) vorgenommenen Rechtshandlungen der Anfechtung nach den Grundsätzen der Art. 285 – 292 SchKG (Abs. 1). Massgebend für die Berechnung der Fristen ist an Stelle der Pfändung oder Konkursöffnung die Bewilligung der Nachlassstundung oder des Konkursaufschubes, wenn ein solcher der Nachlassstundung vorausgegangen ist (Abs. 2). Aus dieser Bestimmung – insbesondere aus dem Verweis auf Art. 292 SchKG – ergibt sich, dass auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung eine zweijährige Verwirkungsfrist beachtlich ist. Umstritten war bis zum erwähnten Entscheid des Bundesgerichts einzig die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Verwirkungsfrist zu laufen beginnt, nicht jedoch, dass diese Frist zwei Jahre beträgt. Das Bundesgericht hält denn auch fest, es habe bis anhin keine Gelegenheit gehabt, «über den Beginn der Verwirkungsfrist gemäss Art. 292 SchKG für die Anfechtung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zu entscheiden» (E. 3.2). Es ist durch Auslegung des Gesetzes zum Ergebnis gelangt, dass Art. 331 Abs. 2 SchKG nur für die Verdachtsfristen, d.h. die Fristen, innert denen die anfechtbare Handlung des Schuldners vorgenommen wurde, und nicht auch für die Verwirkungsfristen gemäss Art. 292 SchKG gelten soll. Auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung schreibt mithin eine gesetzliche Bestimmung eine Frist für die Anfechtungsklage vor.

2.2 Die Auffassung der Beklagten, § 70 Abs. 2 ZPO komme auch deshalb nicht zur Anwendung, weil es sich bei der Klagefrist nach Art. 292 SchKG um eine Verjährungsfrist handle, ist verfehlt. Nach Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine Verwirkungsfrist (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. Auflage, 1997/99, Art. 292, N 3; BGE 134 III 273 ff.).

2.3 Die Beklagte stellt sich sodann auf den Standpunkt, die Ausnahmebestimmung von § 70 Abs. 2 ZPO beziehe sich auf kurze Fristen, deren Zweck die beförderliche Fortführung von Prozessen sei; wann diese Ausnahmeregel greifen soll, müsse ausdrücklich geregelt sein. Art. 292 SchKG bezwecke nicht die Verfahrensbeschleunigung, sondern sie wolle Rechtssicherheit schaffen. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Bundesgericht die vom Obergericht im bereits erwähnten Entscheid OG 2004/36 vertretene Auffassung, dass Art. 292 SchKG unter § 70 Abs. 3 ZPO fällt, bestätigte und darauf hinwies, dass § 70 Abs. 3 ZPO die wichtigsten Anwendungsfälle des in § 70 Abs. 2 ZPO statuierten Ausschlusses des Sühnevorstandes in einem nicht abschliessenden Katalog exemplarisch aufzähle (Urteil des Bundesgerichts 5P.31/2005 vom 12. April 2005, E. 2).

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 16. September 2008

Beweiswert ausländischer Arztzeugnisse. – Erfüllt ein ausländisches Arztzeugnis dieselben formellen und materiellen Voraussetzungen wie ein inländisches, kommt ihm grundsätzlich der gleiche Beweiswert zu. Anderes gilt, wo gegenteilige Indizien bestehen. So ist etwa die Beweiskraft von Arbeitsunfähigkeitszeugnissen aus wirtschaftlich instabilen Ländern oder aus dem Heimaturlaub aufgrund der leichten Erhältlichkeit und der erhöhten Missbrauchsgefahr solcher Zeugnisse begrenzt.

(...)

2.3 Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Der Richter spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Gemäss der massgebenden «Basler Rechtsöffnungspraxis» kann aufgrund vollkommen zweiseitiger Verträge provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, solange der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren nicht behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, oder wenn der Schuldner zwar behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, diese Behauptung aber offensichtlich haltlos ist, oder wenn der Gläubiger die Behauptung des Schuldners, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss

erbracht worden, sofort durch Urkunden liquide widerlegen kann, oder wenn der Schuldner gemäss Vertrag vorleisten muss (Stahelin, a.a.O., N 99 zu Art. 82).

2.4 Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, kommt einem ausländischen Arztzeugnis, das dieselben formellen und materiellen Voraussetzungen wie ein inländisches erfüllt, grundsätzlich der gleiche Beweiswert zu. Dem Richter ist es daher verwehrt, gestützt auf die freie Beweiswürdigung und aufgrund der blossen und nicht näher belegten, aber grundsätzlich möglichen Tatsache, dass es sich beim ausländischen Attest um ein unwahres oder ein Gefälligkeitszeugnis handelt, zulasten des Arbeitnehmers zu entscheiden. Der Richter hat aber die gesamten Umstände des Falles zu prüfen, insbesondere auch, ob Indizien vorliegen, die gegen die behauptete und ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit sprechen. Solche Indizien sind – nach Schönenberger – beispielsweise Arbeitsunfähigkeitszeugnisse aus wirtschaftlich instabilen Ländern oder Arbeitsunfähigkeitszeugnisse aus dem Heimaturlaub. Bei Letzteren bestehe häufig eine erhöhte Gefahr eines Gefälligkeitszeugnisses. Dies bewiesen die überdurchschnittlichen Krankenstandswerte, die insbesondere die südländischen Arbeitnehmer während ihres Heimaturlaubs aufwiesen, was sicherlich darauf zurückzuführen sei, dass die Gastarbeiter während ihres Heimaturlaubs in ihrer Bewegungsfreiheit nicht im geringsten eingeschränkt seien. Sodann würden Gastarbeiter regelmässig einen Arzt kennen oder finden, der sie ohne oder ohne grösseren Widerstand krank schreibe, zumal zwischen Landsleuten oftmals eine gewisse Verbundenheit bestehe. Dass solche Arztzeugnisse häufig fraglich seien, gehe – so Schönenberger – aus Deutschen Untersuchungen hervor, wonach der Anteil der in Zusammenhang mit dem Heimaturlaub erkrankten Italiener bei rund 25%, während der Anteil der Deutschen bei 5% gelegen habe. Sofern der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bestreite, werde der Richter daher angesichts der leichten Erhältlichkeit und der erhöhten Missbrauchsgefahr von im Heimaturlaub ausgestellten Arztzeugnissen weiteren Beweis erheben müssen (vgl. Schönenberger, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Bern 2001, S. 122 ff.).

2.5 Die Beschwerdeführerin legt zum Nachweis ihrer Arbeitsunfähigkeit in der Zeit vom 1. September 2006 bis 23. Oktober 2006 sieben Arztzeugnisse ins Recht, die zwischen dem 10. Juli 2006 und 15. November 2006 von Dr. M.P., Spezialistin für Innere Medizin, bzw. von Dr. A.M., Spezialistin für Gynäkologie, während des Aufenthaltes der Beschwerdeführerin bei ihren Eltern in Italien ausgestellt wurden (vgl. Beschwerde-Beilage 5.6 – 5.12). Wie soeben in Erw. 2.4 dargelegt, vermögen solche im Heimaturlaub ausgestellten Arztzeugnisse angesichts der leichten Erhältlichkeit und der erhöhten Missbrauchsgefahr für sich allein den Nachweis der Ar-

beitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht zu erbringen. Gegen die behauptete und ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit spricht auch, dass die Beschwerdeführerin offenbar – aus welchen Gründen auch immer – nicht bereit war, ihre Gynäkologin, Dr. M., vom Arztgeheimnis zu entbinden. Die Beschwerdeführerin hat auch die angeblichen Krankenhausaufenthalte nicht belegt. Nicht nachvollziehbar ist sodann, weshalb sich die Beschwerdeführerin erstmals mit Schreiben vom 24. November 2006 bereit erklärte, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung (in Italien) zu unterziehen. Einen vertrauensärztlichen Untersuchen in der Schweiz lehnte sie offenbar ab. Inwiefern der Beschwerdegegnerin, die einen vertrauensärztlichen Untersuchen in Italien ablehnte, in diesem Zusammenhang – so die Beschwerdeführerin – widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden soll, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin hat im Übrigen auch mit keinem Wort dargetan, weshalb es ihr am 3. November 2006 – trotz der angeblichen Risikoschwangerschaft – möglich war, in die Schweiz einzureisen (um sich persönlich bei der Gemeinde I. abzumelden) und weshalb sie bei dieser Gelegenheit nicht ihre nur beschränkt beweiskräftigen italienischen Arztzeugnisse durch ein zusätzliches schweizerisches Arztzeugnis ergänzt hat. All diese Indizien deuten zusätzlich darauf hin, dass es sich bei den ins Recht gelegten Arztzeugnissen um Gefälligkeitszeugnisse handeln könnte. Daran vermag auch der E-Mailverkehr zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin bzw. deren Krankentaggeldversicherung während der (behaupteten) krankheitsbedingten Abwesenheit der Beschwerdeführerin nichts zu ändern. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern die von der Beschwerdeführerin erwähnte E-Mail von Frau B., Krankentaggeldversicherung, vom 13. Oktober 2006, worin diese bestätigt, die angeforderten Unterlagen von der Beschwerdeführerin erhalten zu haben und einzig auf die beiden Arztberichte zu warten, sowie die Bestätigung von Frau C. vom 27. September 2007, diese Arztberichte am 7. November 2006 bzw. 15. Februar 2007 erhalten zu haben, den erforderlichen Nachweis der Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin erbringen sollen (vgl. Beschwerde-Beilagen 5.15 und 6.8). Weitere – relevante – Beweismittel für die behauptete Arbeitsunfähigkeit liegen nicht vor. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Schreiben von Dr. M.P. vom 18. Oktober 2006 und 18. Dezember 2007 sind neu und können im Beschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigt werden, da es sich um unzulässige Noven handelt. Das Schreiben von Dr. P. vom 18. Dezember 2007 wurde zwar erst nach dem vorinstanzlichen Urteil ausgefertigt, inhaltlich enthält es aber nichts Anderes, als bereits in den Arztzeugnissen enthalten ist. Nach § 212 i.V.m. § 205 Abs. 1 ZPO sind neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel nur zulässig, wenn eine Partei wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht habe anrufen können. Dass diese Voraussetzungen hier gegeben wären, macht

die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend. Selbst wenn aber diese Schreiben noch berücksichtigt werden könnten, wäre der Beschwerdeführerin nicht geholfen. Dr. P. ist Spezialistin für Innere Medizin und wurde von der Beschwerdeführerin wegen einer aufgetretenen Geschwulst konsultiert. Es ist daher fraglich, inwiefern sie überhaupt Angaben über den Verlauf der angeblichen Risikoschwangerschaft der Beschwerdeführerin machen kann. Nicht die Geschwulst, sondern die angebliche Risikoschwangerschaft war aber – so die Beschwerdeführerin – Grund für die behauptete Arbeitsunfähigkeit in der fraglichen Zeit vom 1. September 2006 bis 23. Oktober 2006. Die Beschwerdeführerin hat mithin den erforderlichen Nachweis nicht erbracht, dass sie in der Zeit vom 1. September 2006 bis 23. Oktober 2006 arbeitsunfähig war. Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführerin keine provisorische Rechtsöffnung für die ausstehenden Lohnzahlungen erteilt werden.

Justizkommission, 2. April 2008

§ 200 Abs. 1 ZPO; § 15 Abs. 3 GOG. – Bei der Kollokationsklage richtet sich der Streitwert nicht nach der Höhe der Forderung, sondern nach der mutmasslichen Dividende darauf.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 200 Abs. 1 ZPO kann die Berufung gegen ein kantonsgerichtliches Urteil u.a. dann ergriffen werden, wenn der Streitwert die Berufungssumme erreicht. Dieser muss wenigstens CHF 8'000.– betragen (§ 15 Abs. 3 GOG), wobei derjenige Streitwert massgebend ist, der sich aus den Begehren und Erklärungen der Parteien ergibt, welche dem erstinstanzlichen Urteil zugrunde gelegen haben. Bei Ausmittlung des streitigen Betrages sind gemäss § 15 ZPO Zinse, Früchte, Kosten usw. unberücksichtigt zu lassen, soweit sie als Nebenleistungen geltend gemacht werden. Bei der Kollokationsklage richtet sich der Streitwert nicht nach der Höhe der Forderung, sondern nach der mutmasslichen Dividende darauf (Urteil des Bundesgerichts 5C.68/2002 vom 25. April 2002, E.1; Brunner/Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Auflage, Bern 2002, S. 54; Hierholzer, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, N 49 zu Art. 250 SchKG).

2. Gemäss Angaben des Konkursamtes Zug vom 8. September 2006 beträgt die voraussichtliche Konkursdividende 0%. Der Streitwert beträgt demnach in Überein-

stimmung mit den Angaben der Klägerinnen in der Klageschrift und der Vorinstanz CHF 0. Daran ändert entgegen der beklagtischen Auffassung nichts, dass die Klägerinnen als Abtretungsgläubiger im Konkurs der X. anfangs 2007 u.a. gegen den Beklagten eine Klage über CHF 995'000.– eingereicht haben. Bei einem allfälligen Obsiegen der Klägerinnen in jenem Prozess, das der Beklagte indes zu verhindern versucht, diene das Prozessergebnis zur Deckung der Forderungen der Klägerinnen, an die die Abtretung stattgefunden hat; nur ein allfälliger Überschuss wäre an die Masse abzuliefern (Art. 260 Abs. 2 SchKG). Der Beklagte legt nicht dar, dass sich durch einen allfälligen an die Masse abzuliefernden Überschuss im vorliegenden Prozess eine Konkursdividende von mehr als CHF 8'000.– ergäbe. Die erforderliche Berufungssumme ist demgemäss nicht erreicht.

3. Die objektive Berechnungsweise des Streitwertes schliesst zwar nicht aus, dass weitere wirtschaftliche Interessen der Parteien an der Gutheissung oder Abweisung der Klage berücksichtigt werden können, z.B. der Erhalt eines Konkursverlustscheines oder das Interesse der Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG. Der Beklagte hat indes kein derartiges Interesse geltend gemacht. Er hätte überdies darzutun, dass ein solches ausserhalb des unmittelbaren Prozessserfolges liegendes Interesse die erforderliche Berufungssumme überschreitet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.185/2002 vom 31. Oktober 2002, E.2.2).

4. Aus Gesagtem ergibt sich, dass auf die Berufung nicht eingetreten werden kann (...).

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 1. April 2008

§ 208 ZPO; § 92 ZPO. – Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Vor- und Zwischenentscheide im summarischen Verfahren (E. 1.2). Unzulässigkeit der Verfahrensbeschränkung nach § 92 ZPO im summarischen Verfahren (E.1.3). Kostenaufgabe im Beschwerdeverfahren trotz fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung durch die Vorinstanz, da die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung in casu bei Konsultierung des massgeblichen Verfahrensrecht erkennbar gewesen wäre (E.2).

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen an die Justizkommission ist in § 208 ZPO abschliessend geregelt. Nach § 208 Ziff. 1 ZPO ist die Beschwerde gegen Erledigungsverfügungen des Kantonsgerichtspräsidenten im summarischen Verfahren gegeben, wenn der Streitwert CHF 500.– übersteigt oder unbestimmt ist. Ausgeschlossen ist die Beschwerde dagegen grundsätzlich gegen prozessleitende Verfügungen, die im Laufe des summarischen Verfahrens ergehen, und zwar deshalb weil der Hauptzweck des summarischen Verfahrens, die rasche Erledigung des Streitfalles, durch die selbständige Anfechtbarkeit prozessleitender Verfügungen umgangen werden könnte und zusammen mit dem Endentscheid ohnehin das ganze vorausgegangene Verfahren gerügt werden kann (vgl. GVP 2003, S. 221; Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Baar 1951, S. 64).

1.2 Die Vorinstanz hat den von der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Gesuchsverfahren erhobenen materiellen Einwand der mangelnden Aktivlegitimation der Beschwerdegegner in der angefochtenen Verfügung vom 13. Juni 2008 verworfen und der Beschwerdeführerin Frist zur Einreichung einer einlässlichen Gesuchsantwort angesetzt. Entgegen der Beschwerdeführerin stellt die angefochtene Verfügung somit offensichtlich keine beschwerdefähige Erledigungsverfügung i.S.v. § 208 Ziff. 1 ZPO, sondern vielmehr einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid zur Bejahung einer streitigen, materiellen Anspruchsvoraussetzung dar.

Es handelt sich dabei auch nicht um eine den weiteren Verfahrensgang betreffende prozessleitende Verfügung, die in einem summarischen Verfahren wie erwähnt ohnehin nicht der Beschwerde an die Justizkommission unterläge. Anders als im Falle der Negierung der Aktivlegitimation liegt bei der Bejahung der Sachlegitimation kein Endentscheid vor, sondern lediglich ein Entscheid über eine materielle Vorfrage des Rechtsstreites; mithin ein Zwischen- bzw. Vorentscheid. Damit fehlt es aber an einem zulässigen Anfechtungsobjekt, weshalb unter diesem Aspekt auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

1.3 Die angefochtene Verfügung stellt aber auch unter einem weiteren Gesichtspunkt kein zulässiges Anfechtungsobjekt der zivilprozessualen Beschwerde nach § 208 ZPO dar. Die in § 92 ZPO statuierte Befugnis des Referenten im ordentlichen Verfahren, dieses auf einzelne formelle Einwände oder einzelne gegen den Anspruch erhobene Einreden zu beschränken, setzt voraus, dass durch den vorgezogenen Entscheid über solche Fragen ein Endurteil in der Sache herbeigeführt werden kann, und dient mithin der Verfahrensabkürzung durch Vermeidung zeit- und kostenaufwändiger Beweisverfahren, deren Durchführung sich im Nachhinein als unnötig erweisen könnte. Eine Verfahrensbeschränkung ist deshalb im Einzelfall nur dann sinnvoll, wenn dadurch der Umfang der Beweisführung eingeschränkt wird, und sie darf auch nur mit Bezug auf solche Fragen erfolgen, durch deren vorgezogene Beurteilung der Prozess seinen Abschluss finden kann. Die etappenweise Durchführung des Verfahrens mit dem Erlass von Vor- und Zwischenentscheiden ohne diesen Nutzen ist dagegen verpönt. Da die Beweisführung im summarischen Verfahren indessen ohnehin verkürzt ist und auch kein unnötiger Beweisaufwand droht, den es zu vermeiden gälte, entfällt das nach der ratio legis von § 92 ZPO massgebliche Motiv für eine Verfahrensbeschränkung zum Vornherein. Umgekehrt steigt dagegen, wie gerade auch der vorliegende Fall illustriert, die Gefahr der verpönten etappenweisen Durchführung des Verfahrens, welche aufgrund der daraus resultierenden Verzögerungen dem Wesen des summarischen Verfahrens als abgekürztem und vereinfachtem Verfahren diametral widerspricht. Daraus erhellt, dass die Beschränkung des Verfahrens auf einzelne streitige formelle oder materielle Fragen durch analoge Anwendung von § 92 ZPO im summarischen Verfahren unzulässig ist (Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 264; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Kommentar zur Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000, Art. 182 N 1, Art. 196 N 2a, Art. 306 N 3). Ist aber eine Verfahrensbeschränkung im summarischen Verfahren bereits an sich unzulässig, muss es auch die separate Beurteilung einer zum Gegenstand einer solchen Verfahrensbeschränkung gemachten Frage in einem selbständig ausgefallten Zwischenentscheid sein. Konsequenterweise verbietet sich auch die materielle Behandlung einer Beschwerde, die wie in casu gegen einen solchen unzulässigen Zwischenentscheid gerichtet ist, weshalb auch unter diesem Aspekt auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

2.1 Kann nach dem Gesagten auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, sind die Kosten grundsätzlich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 38 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hat nun allerdings ihre Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und die Beschwerde als zulässiges Rechtsmittel bezeichnet. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfen den Parteien gestützt auf das Prinzip

von Treu und Glauben (Art. 9 BV) aus einer unrichtigen behördlichen Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen (BGE 134 I 199; BGE 119 IV 334). Das bedeutet, dass ein Absehen von der Auferlegung von Kosten in Betracht zu ziehen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.235/2002 vom 13. März 2003, E.2). Allerdings genießt nach dieser Rechtsprechung nur Vertrauensschutz, wer die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht kennt und sie auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Bloss eine grobe prozessuale Unsorgfalt einer Partei oder ihres Vertreters soll aber dazu führen, eine falsche Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Nach bundesgerichtlicher Praxis liegt eine solche dann vor, wenn der Private oder sein Rechtsanwalt die Mängel der Belehrung schon allein durch die Konsultierung des massgeblichen Verfahrensrechts hätte erkennen können (BGE 124 I 255 mit Hinweis). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein erheblicher Fehler vorliege, ist sodann an die Sorgfalt des Anwalts ein strengerer Massstab anzulegen als an jene eines rechtsunkundigen, nicht vertretenen Beschwerdeführers (Urteil des Bundesgerichts 1A.235/2002 E. 2; zum Ganzen auch JZ 2003 110; JS 2006 37).

2.2 Im vorliegenden Fall hätte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bereits nach Konsultation des zugerischen Verfahrensrechts erkennen können, dass eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung vorliegt, zumal die Beschwerde, wie vorstehend ausgeführt, nach dem klaren Gesetzeswortlaut im summarischen Verfahren nur gegen Erledigungsverfügungen, nicht aber gegen materielle Vor- oder Zwischenentscheide, zulässig ist. Unter diesen Umständen muss es aber bei der Kostenauf-
lage an die Beschwerdeführerin sein Bewenden haben. Eine Parteientschädigung hat sie den Beschwerdegegnern dagegen schon mangels Einbezugs derselben in das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht zu bezahlen.

Justizkommission, 20. August 2008

§ 208 ZPO. – Gegen den Weisungsschein und die darin enthaltene Kostenverfügung des Friedensrichteramts ist die zivilprozessuale Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig. Gegen eine offensichtlich fehlerhafte Kostenverfügung kann aber beim Friedensrichteramts von Verfassungen wegen ein Revisionsgesuch i.S.v. § 215 ZPO gestellt werden (Bestätigung der Rechtsprechung). Wird im ordentlichen Prozess rechtskräftig die Unzuständigkeit der Zuger Justiz festgestellt, stellt dies einen Revisionsgrund für eine Kostenverfügung dar, in welcher dem Beklagten, der zufolge Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit nicht vor dem Friedensrichter erschien, die Kosten auferlegt wurden.

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Beschwerdeführerin ficht mit ihrer Beschwerde ausdrücklich nur die Kostenverfügung des Friedensrichteramtes der Stadt Zug vom 5. Februar 2008 an und stützt sich dabei explizit auf § 208 Ziff. 3 ZPO.

1.2.1 Die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen an die Justizkommission ist – mit Ausnahme der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde im Sinne von § 15 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 GOG – in § 208 ZPO abschliessend geregelt. Danach ist die Beschwerde gegen friedensrichterliche Entscheidungen nur gegeben, wenn es sich dabei um eine Zuständigkeits- oder Unzuständigkeitserklärung (Ziff. 3), um eine prozessleitende Verfügung (Ziff. 4) oder um ein Sachurteil im Rahmen der friedensrichterlichen Spruchkompetenz handelt (Ziff. 12). Gesetzlich nicht vorgesehen ist die zivilprozessuale Beschwerde gemäss § 208 ZPO dagegen gegen den Weisungsschein und die darin enthaltene Kostenverfügung des Friedensrichteramts. Die Justizkommission hat daraus in konstanter Praxis geschlossen, dass die zivilprozessuale Beschwerde gegen den Weisungsschein oder die darin enthaltene Kostenverfügung nicht gegeben ist, und diese Rechtsprechung im Wesentlichen damit begründet, dass sich die im Rahmen des Sühneverfahrens ergangene Kostenverfügung unter keinen der in § 208 ZPO gesetzlich vorgesehenen Beschwerdefälle direkt subsumieren lasse und es die grundsätzlich abschliessende gesetzliche Regelung des Rechtsmittelsystems verbiete, einen positivrechtlich nicht vorgesehenen Rechtsbehelf durch Analogieschluss neu einzuführen (vgl. zum Ganzen ausführlich GVP 1997/98 S. 189 ff.; JZ 2001 83; JZ 2001 105; JZ 2004 29; JZ 2007 156). An dieser Praxis ist festzuhalten, und zwar – wie nachfolgend zu zeigen ist – auch mit Blick auf den von der Beschwerdeführerin angerufenen § 208 Ziff. 3 ZPO.

1.2.2 Nach § 208 Ziff. 3 ZPO unterliegen Zuständigkeits- und Unzuständigkeitserklärungen der Friedensrichter, des Kantonsgerichtspräsidenten als Einzelrichter und des Kantonsgerichts der Beschwerde an die Justizkommission. Gemäss ihrem

Wortlaut eröffnet diese Norm somit gegen bestimmte, klar umschriebene Anfechtungsobjekte, nämlich Zuständigkeits- und Unzuständigkeitserklärungen der genannten Instanzen, den Beschwerdeweg an die Justizkommission. Als Zuständigkeitserklärung i.S. dieser Bestimmung kann nun allerdings entgegen der Beschwerdeführerin nicht jede Entscheidung angesehen werden, in welcher die entscheidende Behörde unter anderem implizit auch ihre Zuständigkeit bejaht hat, sondern nur ein selbständig eröffneter, die Zuständigkeit bejahender Zwischenentscheid. Das ergibt sich nebst dem klaren Wortlaut der Bestimmung auch aus den Materialien zur ZPO-Revision 1999, aus denen ersichtlich wird, dass der Zweck dieser Norm darin besteht, einer Partei, welche die Zuständigkeit bestreitet, aus prozessökonomischen Gründen nicht erst gegen den Endentscheid, sondern bereits gegen einen die Zuständigkeit bejahenden, selbständig eröffneten Vor- oder Zwischenentscheid, und mithin vor Durchführung eines allenfalls unnötigen Beweisverfahrens, die Beschwerdemöglichkeit einzuräumen (Bericht und Antrag des Obergerichts vom 11. Mai 1999 zur Änderung der Zivilprozessordnung, S. 7). Dass der Gesetzgeber darüber hinaus mit dieser Bestimmung die Beschwerde unter Berufung auf die Unzuständigkeitseinrede auch für solche Fälle einführen wollte, die ansonsten nicht der zivilprozessualen Beschwerde an die Justizkommission unterliegen, geht dagegen nicht aus den Materialien hervor. Die entsprechende Argumentation der Beschwerdeführerin beruht genau besehen denn auch auf einer Vermengung von Anfechtungsobjekt und Beschwerdegrund, indem sie die Beschwerdefähigkeit einer Entscheidung anstatt aus deren gesetzlicher Qualifikation als Anfechtungsobjekt aus dem Rügegrund der Unzuständigkeit ableiten will. Konsequentergedacht müsste diese Argumentation deshalb, wie soeben angedeutet, dazu führen, dass die zivilprozessuale Beschwerde an die Justizkommission auch in andern Fällen, in denen sie gesetzlich nicht vorgesehen bzw. klar ausgeschlossen ist (z.B. § 208 Ziff. 1 und 9 bei einem Streitwert von unter CHF 500.-), einzuräumen wäre, wenn sich die beschwerdeführende Partei auf die Unzuständigkeit der erkennenden Behörde berufen würde. Dieses Resultat stünde freilich in offensichtlichem Widerspruch zum Wortlaut, zur Systematik und zum Sinn und Zweck des § 208 ZPO, welcher in den verschiedenen Ziffern primär die zulässigen Anfechtungsobjekte der zivilprozessualen Beschwerde aufzählt und nur insoweit Bestimmungen zu den Beschwerdegründen enthält, als er diese hinsichtlich gewisser Anfechtungsobjekte einschränkt. Dementsprechend kann die im Weisungsschein enthaltene Kostenverfügung des Friedensrichteramts nicht als Zuständigkeitserklärung i.S. v. § 208 Ziff. 3 ZPO qualifiziert werden, weshalb sie auch gemäss dieser Bestimmung nicht der Beschwerde an die Justizkommission unterliegt.

1.2.3 Nach dem Gesagten kann auf die vorliegende Beschwerde – im Einklang mit der konstanten Praxis der Justizkommission – nicht eingetreten werden. Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass auf die zivilprozessual unzulässige Beschwerde der Beschwerdeführerin vorliegend auch nicht gestützt auf § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG eingetreten werden kann, zumal die Beschwerdeführerin keine Amtspflichtverletzung, sondern eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch den Friedensrichter geltend macht, und es sich bei der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde nach dieser Bestimmung nicht um ein Rechtsmittel handelt, mit dem materielle Entscheidungen in der Sache angefochten werden können, weshalb sie – nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung der Justizkommission – ein nicht existierendes Rechtsmittel auch nicht ersetzen kann (GVP 1997/98, S. 191 m.w.H.).

2.1 Die soeben festgestellte Unanfechtbarkeit der im Weisungsschein enthaltenen Kostenverfügung des Friedensrichters kann stossend erscheinen, wenn diese Kostenverfügung im Einzelfall offensichtlich fehlerhaft ist. Aus diesem Grund hat die Justizkommission in ihrer neueren Praxis mehrfach erkannt, dass in solchen Fällen entgegen dem engen Wortlaut von § 215 Abs. 1 ZPO unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die Revision zuzulassen ist. Sie hat sich dabei auf das Bundesgericht bezogen, welches in Fortentwicklung seiner langjährigen Rechtsprechung, wonach eine Verwaltungsbehörde von Verfassungs wegen verpflichtet sei, auf einen rechtskräftigen Entscheid zurückzukommen und eine neue Prüfung vorzunehmen, wenn ein klassischer Revisionsgrund vorliege, in BGE 127 I 133 festhielt, es stelle eine grundsätzlich in allen Prozessverfahren Geltung beanspruchende Verfahrensgarantie dar, ein materiell und formell rechtskräftiges Urteil, das mit der materiellen Wahrheit nicht übereinstimme, unter bestimmten Voraussetzungen korrigieren zu können (vgl. zum Ganzen BGE 127 I 133 E. 6 m.w.H.; 130 IV 72 E. 2.2; ZBJV 2002, S. 668; JZ 2001 83; JZ 2004 29; JZ 2007 156). Im Folgenden bleibt somit zu prüfen, ob in casu ein Revisionsgrund vorliegt, welcher die Überweisung der Beschwerde als Revisionsbegehren an das Friedensrichteramt der Stadt Zug erfordert.

2.2.1 Nach § 75 Abs. 2 ZPO hat diejenige Partei, welche ohne Entschuldigung ausbleibt, die Kosten des Vermittlungsvorstandes zu tragen und die Gegenpartei zu entschädigen. Gestützt auf diese Bestimmung hat der Friedensrichter der Stadt Zug die Beschwerdeführerin dazu verpflichtet, der Beschwerdegegnerin die von dieser bereits bezahlten Kosten des Vermittlungsvorstandes zu ersetzen und sie für ihre Umtriebe zu entschädigen.

2.2.2 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, von einem «unentschuldigten Fernbleiben» ihrerseits gemäss § 75 Abs. 2 ZPO könne schon deshalb nicht die Rede sein, weil die Unzuständigkeit des Friedensrichters der Stadt Zug aufgrund einer fehlenden Gerichtsstandsvereinbarung offensichtlich und als solche für den Friedensrichter ohne weiteres erkennbar gewesen sei. Die Erscheinungspflicht zum Vermittlungsverfahren sei nicht Selbstzweck und falle weg, wenn der angerufene Friedensrichter unzuständig sei, weshalb in der Kostenaufgabe an sie in casu eine Rechtsverletzung, insbesondere eine Verletzung von Art. 30 Abs. 2 BV zu sehen sei. Wollte man davon ausgehen, dass die fehlende Zuständigkeit zweifelhaft gewesen sei, so hätte der Friedensrichter das Vermittlungsverfahren zwar durchführen und die Weisung ausstellen, ihr mangels Entscheidkompetenz über die Frage der Zuständigkeit aber auch in diesem Fall keine Kosten auferlegen dürfen.

2.2.3 Die Beschwerdegegnerin berief sich vor dem Friedensrichter darauf, dass die Parteien den Gerichtsstand Zug vereinbart hätten, und legte eine entsprechende Gerichtsstandsklausel ins Recht. Entgegen der Beschwerdeführerin war die von ihr behauptete örtliche Unzuständigkeit des Friedensrichters mithin keinesfalls offensichtlich, weshalb der Friedensrichter die Parteien richtigerweise zum Vermittlungsvorstand vorlud. Ob er im Falle offensichtlicher Unzuständigkeit tatsächlich befugt gewesen wäre, das Begehren um Vorladung zurückzuweisen, wie dies die Beschwerdeführerin offenbar annimmt, kann mangels Relevanz für das vorliegende Verfahren somit offen bleiben. Trotzdem kann die weitere Argumentation der Beschwerdeführerin nicht gänzlich von der Hand gewiesen werden. Zutreffend daran ist, dass einer beklagten Partei kein Nachteil erwachsen kann, wenn sie der Vorladung eines unzuständigen Gerichts keine Folge leistet und sich rein passiv verhält (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung 3. Auflage, Zürich 1997, N 1 zu § 111). Das gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch mit Bezug auf prozessuale Verfügungen wie die Auflage einer Ordnungsbusse oder von Kosten- und Entschädigungsfolgen, welche ebenso wie die materielle Entscheidung in der Sache einen Akt der Jurisdiktionsgewalt darstellen, der die Rechtsstellung der betroffenen Partei berührt und insofern die Gerichtsbarkeit über diese voraussetzt (vgl. BGE 34 I 54 ff.). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Anwendung von § 75 Abs. 2 ZPO gegenüber der Beschwerdeführerin durch das Friedensrichteramt der Stadt Zug an sich die Gerichtsbarkeit der Gerichte des Kantons Zug ihr gegenüber voraussetzt, d.h. konkret die durch Bundesrecht begründete örtliche Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zug zur materiellen Beurteilung der von der Beschwerdegegnerin im Vermittlungsverfahren vorgetragenen Rechtsbegehren. Wie die Beschwerdeführerin nun allerdings selbst richtig erkannt hat, ist der Friedensrichter, soweit er wie vorliegend die Funktion

als Sühnebeamter ausübt, mangels Entscheidkompetenz in der Sache nicht befugt über die örtliche Zuständigkeit der Zuger Gerichte zu befinden (André Bloch, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, Diss. Zürich 2003, S. 50 f. u. S. 230 f.). Dieser Entscheid obliegt vielmehr dem Kantonsgericht Zug in einem allenfalls an den Vermittlungsvorstand anschliessenden ordentlichen Prozess. Bis das Kantonsgericht bzw. in zweiter oder dritter Instanz das Ober- oder das Bundesgericht die Frage der örtlichen Zuständigkeit rechtskräftig beurteilt hat, muss daher auch offen bleiben, ob die gestützt auf § 75 Abs. 2 ZPO erfolgte Kostenauflage an die Beschwerdeführerin zu Recht erfolgte. Dementsprechend ist es dem Friedensrichter der Stadt Zug zur Zeit verwehrt, im Rahmen eines Revisionsverfahrens bezüglich der Kostenverfügung implizit selbst darüber zu befinden. Sollten das Kantonsgericht oder eine ihm übergeordnete Rechtsmittelinstanz aber dereinst rechtskräftig die örtliche Unzuständigkeit der Zuger Justiz hinsichtlich des Prozess zwischen den Parteien feststellen, läge in einer solchen Entscheidung ein Revisionsgrund i.S.v. § 215 Ziff. 3 ZPO und die Beschwerdeführerin könnte beim Friedensrichteramt der Stadt Zug binnen 30 Tagen seit der Eröffnung des Urteils ein Gesuch um Revision der vorliegend angefochtenen Kostenverfügung stellen (§ 216 Abs. 1 ZPO).

2.3 Anzumerken bleibt, dass der Beschwerdeführerin aus der zur Zeit nicht revidierbaren Kostenverfügung des Friedensrichteramts der Stadt Zug einstweilen keine unmittelbaren Nachteile entstehen. Bei der angefochtenen, im Sühneverfahren ergangenen Kostenverfügung handelt es sich nämlich nicht um ein Gerichtsurteil, sondern um den Entscheid einer kantonalen Verwaltungsbehörde (vgl. Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 258). Einem solchen könnte indes bei einer allfälligen Vollstreckung in einem andern Kanton nach Art. 6 Bst. c des Konkordats über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche (SR 281.22) u.a. die Einrede der Unzuständigkeit der erlassenden Behörde entgegen gehalten werden. Konkret bedeutet dies, dass die Kostenverfügung gegenüber der in Herisau AR domizilierten Beschwerdeführerin faktisch nur dann vollstreckbar ist, wenn die Beschwerdegegnerin in einem Rechtsöffnungsverfahren nachweisen kann, dass die örtliche Zuständigkeit der Zuger Justiz im ordentlichen Prozess festgestellt wurde, oder wenn der Rechtsöffnungsrichter am Betreibungsort der Beschwerdegegnerin die örtliche Zuständigkeit der Zuger Justiz im Rechtsöffnungsverfahren selbst feststellt. In diesem Fall wäre die Kostenverfügung aber auch in der Sache nicht zu beanstanden, zumal es dem Friedensrichter dann gar nie an der für die rechtswirksame Kostenauflage erforderlichen Jurisdiktionsgewalt über die Beschwerdeführerin gefehlt hätte.

3. Zusammenfassend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten und es ist davon abzusehen, diese als Revisionsbegehren an das Friedensrichteramt der Stadt Zug zu überweisen.

Justizkommission, 20. August 2008

§ 208 ZPO. – Gegen die Anordnung eines Gutachtens und die Bestimmung des Experten durch den Referenten im ordentlichen Prozess ist einzig die Einsprache an das Kollegialgericht möglich (§ 94 Abs. 3 ZPO); eine Beschwerde an die Justizkommission ist in diesem Fall hingegen ausgeschlossen.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO ist die Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts zulässig gegen prozessleitende Verfügungen und Beschlüsse der Friedensrichter, des Kantonsgerichtspräsidenten als Einzelrichter und des Kantonsgerichtes, wenn klare Prozessvorschriften verletzt worden sind oder die Entscheidung einen der im Gesetz namentlich und abschliessend aufgezählten Fälle (lit. a bis f) zum Gegenstand hat. Nach der Praxis der Justizkommission ist die Beschwerde gestützt auf diese Bestimmung auch gegen prozessleitende Verfügungen des kantonsgerichtlichen Referenten zulässig, sofern es sich nicht um einen Beweisbescheid im Sinne von § 94 Abs. 2 ZPO handelt, gegen den die Einsprache möglich ist (JZ 1996/59.113; JZ 1994/79.141; JZ 1999/3; GVP 1981/82, S. 141 f.). Daran hat die Neufassung von § 208 Ziff. 4 ZPO vom 16. Dezember 1999 nichts geändert. Die Gesetzesnovelle brachte lediglich eine Erweiterung der abschliessenden Aufzählung der Fälle, in denen die Beschwerde zulässig ist.

2. Die Anordnung eines Gutachtens und die Bestimmung des Experten fällt grundsätzlich in die Kompetenz des Referenten (§ 89 ff. ZPO). Es stellt dies eine Beweisverfügung dar. Damit ist es auch Sache des Referenten, über allfällige Ausstands- oder Ablehnungsgründe gegen den nominierten Experten zu befinden. Gegen dessen Verfügung ist aber einzig die Einsprache an das Kollegialgericht möglich (§ 94 Abs. 3 ZPO); eine Beschwerde an die Justizkommission ist mithin ausgeschlossen (JZ 2006/131 unter Hinweis auf GVP 1985/86, S. 125; GVP 1981/82, S. 41 f.; JZ 2004/19; JZ 1996/59; JZ 1994/79; JZ 1993/3). Auch der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts kann in analoger Anwendung von § 154 Abs. 4 ZPO nur mit der Hauptsache weitergezogen werden (JZ 2001/133).

3. Auf die vorliegende Beschwerde kann mithin nicht eingetreten werden. (...)

Justizkommission, 15. Juli 2008

§ 14 AnwT. – Der unentgeltliche Rechtsvertreter kann nicht im Namen seines Mandanten eine höhere Parteientschädigung verlangen, da dies zu Lasten des Mandanten ginge. Der Rechtsvertreter hat ein derartiges Begehren in eigenem Namen zu stellen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich nach der Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 (AnwT). (...) Dem Kläger wurde mit Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 23. Mai 2006 die Unentgeltlichkeit der Rechtspflege und des Rechtsbeistands gewährt. Dem klägerischen Rechtsvertreter sprach das Kantonsgericht eine nach Zeitaufwand bemessene Entschädigung für seine notwendigen Bemühungen und eine Auslagenvergütung zu Lasten der Gerichtskasse zu. Dabei erachtete es jedoch den vom klägerischen Rechtsvertreter geltend gemachten Aufwand von 63,84 Stunden als übersetzt. Gerechtfertigt seien 35 Stunden respektive ein Honorar von total CHF 7'086.15 (inkl. Auslagen und MWSt). Der klägerische Rechtsvertreter rügt in der Berufungsschrift die Kürzung seines Aufwands um rund einen Drittel; es sei ihm der volle Stundenaufwand seit dem 1. Dezember 2005 von CHF 9'732.40 zu vergüten. Eine derartige Erhöhung der klägerischen Parteientschädigung ginge jedoch zu Lasten des Klägers. Selbst wenn der unentgeltliche Rechtsvertreter (teilweise) aus der Staatskasse entschädigt wird, so hat der Kläger dem Staat diese Kosten zu vergüten, wenn er zu Vermögen gelangt. Aus diesem Grund kann der unentgeltliche Rechtsvertreter nicht im Namen des Klägers eine höhere Entschädigung verlangen, wie er dies mit der Berufungsschrift getan hat; er müsste dies vielmehr in eigenem Namen tun. Soweit der klägerische Rechtsvertreter im Namen des Klägers eine Erhöhung seiner Entschädigung verlangt, kann auf die Berufung nicht eingetreten werden. (...)

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 2. September 2008

3. Strafrechtspflege

§ 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Rechtsnatur der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde (Erw. 2).

§ 6 Abs. 3 und 4 StPO. – Die Bestimmung verleiht dem Anzeigeersteller keinen absoluten Rechtsanspruch auf Aufnahme einer mündlichen Strafanzeige, zumal weder Staatsanwaltschaft noch Polizei verpflichtet sind, trölerische, mutwillige und querulatorische Anzeigen überhaupt entgegenzunehmen. Die Formulierung des Protokolls einer mündlichen Strafanzeige ist Sache des Protokollanten. Der Anzeigeersteller hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass seine eigenen Formulierungen aufgenommen werden (Erw. 5).

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Nach § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG entscheidet die Justizkommission über Beschwerden gegen die Amtsführung gerichtlicher Behörden und Beamter, soweit diese der Aufsicht des Obergerichts unterstehen. Diese allgemeine Aufsichtsbeschwerde bezweckt, dass die Aufsichtsbehörde veranlasst werden kann, die ordnungsgemässe Amtsausübung durchzusetzen (vgl. dazu Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 86 ff.). Sie ist kein prozessuales Rechtsmittel, das dazu dient, eine Entscheidung einer untern Instanz durch die obere überprüfen zu lassen. Sie betrifft nicht das Prozessrechtsverhältnis der Parteien, sondern das Verhältnis zwischen einer Partei und dem Richter bzw. Justizbeamten (vgl. Barbara Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., Bern 2007, N 5 zu § 242). Die Aufsichtsinstanz kann im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde nur nachprüfen, ob eine Verletzung der Amtspflicht vorliegt. Die Überprüfung der Richtigkeit und der Formgültigkeit eines Entscheids, und sei dieser auch nur ein verfahrensleitender, ist ihr infolge der richterlichen Unabhängigkeit entzogen. Eine solche Überprüfung darf sie nur im Rahmen des einer Partei im Prozessrecht ausdrücklich zuerkannten und von dieser ergriffenen Rechtsmittels vornehmen. Die Aufsichtsbeschwerde hat auch nicht die Funktion eines Ersatzes für ein nicht existierendes prozessuales Rechtsmittel (BJM 1996, S. 326). Sie stellt sich insofern als reine Disziplinarbeschwerde dar und kann im Sinne einer Anzeige grundsätzlich von jedermann ergriffen werden. Gegenstand der Aufsichtsbeschwerde können daher als Folge der richterlichen Unabhängigkeit nur Akte der Justizverwaltung und die sog. Justizgewährungspflicht (vgl. Hauser/Hauser, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, S. 469; PKG 1996

S. 73) sein. Der Antrag der Partei geht dahin, dass die entsprechende Behörde in Anwendung ihrer Aufsichts- und Disziplinargewalt einem Missstand entgegenwirkt und ihn allenfalls disziplinarisch ahndet (Barbara Merz, a.a.O., N 8 zu § 242). Die Aufsichtsbeschwerde räumt dem Beschwerdeführer indes keinen subjektiven Anspruch auf ein Tätigwerden und eine Entscheidung der Aufsichtsinstanz ein. Diese hat gegen Verletzungen der ordnungsgemässen Amtsausübung von Amtes wegen einzuschreiten, wenn sie davon Kenntnis erhält (vgl. zum Ganzen auch GVP 1987/88 S. 156; JS 2002 88). Voraussetzung einer Aufsichtsbeschwerde ist schliesslich stets ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der beschwerdeführenden Partei.

(...)

5. Der Beschwerdeführer rügt gegenüber der Staatsanwaltschaft in erster Linie, dass er daran gehindert worden sei, eine mündliche Strafanzeige nach § 6 StPO anbringen zu können.

5.1. Gemäss § 6 Abs. 3 und 4 StPO kann jedermann eine Strafanzeige bei den Polizeiorganen oder bei der Staatsanwaltschaft erstatten. Wird die Anzeige mündlich angebracht, so ist sie zu Protokoll zu nehmen und vom Anzeiger zu unterschreiben. Das Gesetz schreibt nicht vor, dass eine mündliche Anzeigeerstattung in ihrem vollen Wortlaut zu protokollieren sei. Das Protokoll muss sämtliche wesentlichen Angaben des Anzeigerstatters enthalten, die für eine effektive Ermittlung und Untersuchung der beanzeigten Straftat und der Täterschaft erforderlich sind. Unnötige, weitschweifige, unwesentliche und nicht zur Sache gehörende Ausführungen sind dabei wegzulassen. Die Anzeige ist zwar vollständig aber in einer konzisen Form zu protokollieren. Die Formulierung des Protokolls ist dabei grundsätzlich Sache des Protokollanten. Soweit diese nicht missverständlich oder gar falsch ist, hat der Anzeigerstatter keinen Anspruch darauf, dass seine eigenen Formulierungen aufgenommen werden. In Streitfällen steht es ihm selbstverständlich frei, seine mündliche Anzeige beispielsweise durch eine schriftliche Eingabe entsprechend zu ergänzen. Die Strafprozessordnung stellt lediglich sicher, dass jedermann zeitgerecht eine Strafanzeige erstatten kann. In welcher Form dies geschieht, überlässt sie zunächst der Wahl des Anzeigerstatters. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass dieser einen absoluten Rechtsanspruch auf eine mündliche Strafanzeige hätte und er dabei auch über die Darstellung, Ausführlichkeit oder gar die konkreten Formulierungen zu bestimmen hätte. Wenn jemand die mündliche Form der Anzeigeerstattung wählt, muss er damit rechnen, dass der die Anzeige entgegennehmende Beamte der Polizei oder der Staatsanwaltschaft Ausführungen des Anzeigerstatters, die klarerweise nicht zur Sache gehören, offensichtlich gar

keinen Straftatbestand erfüllen oder gar unnötig ehrverletzend sind, nicht ins Protokoll aufnimmt. Diesfalls steht es dem Anzeigeerstatter frei, seine Anzeige dennoch in schriftlicher Form einzureichen bzw. entsprechend zu ergänzen, wenn er anderer Meinung ist. Die mündliche Anzeigeerstattung muss selbstverständlich vernünftig und verhältnismässig gehandhabt werden.

5.2. Aus der detaillierten Schilderung der Vorgänge durch die Staatsanwaltschaft in deren Vernehmlassung vom 30. Juni 2008, an denen zu zweifeln kein Anlass besteht, geht hervor, dass der Beschwerdeführer keineswegs gehindert wurde, seine Strafanzeige mündlich zu erstatten. Dasselbe ergibt sich aus der ebenso einlässlichen Schilderung des stellvertretenden Oberstaatsanwalts in dessen Stellungnahme vom 26. Juni 2008. Diese detaillierten Schilderungen sind nachvollziehbar und werden denn auch vom Beschwerdeführer nicht substantiiert in Frage gestellt. Aber auch sonst bestehen keine Anhaltspunkt dafür, dass diese nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen würden. Den Schilderungen kann dabei nicht nur entnommen werden, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich seine Anzeige mündlich zu Protokoll erstatten konnte, sondern namentlich auch, dass er von dieser Möglichkeit in einer offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Art und Weise Gebrauch zu machen versuchte. Auch den protokollierten Aussagen vom 12. Juni 2008 lässt sich unschwer entnehmen, dass die Anzeige über weite Strecken querulatorische Züge trägt. Weder die Staatsanwaltschaft noch die Polizei ist indes verpflichtet, trölerische, mutwillige und querulatorische Anzeigen überhaupt entgegenzunehmen. Sie ist im Gegenteil berechtigt und gehalten, solche in analoger Anwendung von § 58 Abs. 2 GOG zurückzuweisen und gegebenenfalls sogar mit Ordnungsbusse zu ahnden. (...)

Justizkommission, 30. Dezember 2008

§ 36^{ter} StPO. – Einsprache gegen den Strafbefehl. Zuständigkeit für den Entscheid über die formelle Gültigkeit der Einsprache. Die Staatsanwaltschaft überprüft lediglich vorfrageweise die formelle Gültigkeit der Einsprache; die Gültigkeit von Strafbefehl und Einsprache ist vom Einzelrichter am Strafgericht zu beurteilen.

Aus den Erwägungen:

(...)

1.2 Unter der bis 31. Dezember 2007 geltenden Strafprozessordnung war der Einzelrichter des Einzelrichteramtes für den Erlass von Strafbefehlen zuständig (§ 30 Abs. 1 aGOG, § 14 f. aStPO). Er war daher auch diejenige Instanz, welche über die Rechtskraft des Strafbefehls resp. die Rechtzeitigkeit einer Einsprache zu befinden hatte. Auf eine Beschwerde, welche sich gegen eine solche Feststellungsverfügung des Einzelrichters richtete, trat die Justizkommission in konstanter Praxis nicht ein, weil es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um ein Beschwerdeobjekt im Sinne von § 80 aStPO handelte, diese insbesondere nicht als Untersuchungs-handlung im Sinne von § 80 Ziff. 1 StPO qualifiziert werden konnte (JS 2007/29, JS 2006/76, JS 1999/55.222).

1.3 Mit der Einführung des Staatsanwaltschaftsmodells am 1. Januar 2008 ist die Kompetenz zum Erlass von Strafbefehlen auf die Staatsanwaltschaft übergegangen (§ 23^{bis} Abs. 3 GOG). Es erschiene naheliegend anzunehmen, dass die Kompetenz, die formelle Gültigkeit der Einsprache gegen einen Strafbefehl zu beurteilen, ebenfalls auf die Staatsanwaltschaft als Einsprachebehörde übergegangen ist. Die (abschliessende) Beurteilung der formellen Gültigkeit der Einsprache gegen einen Strafbefehl durch die Staatsanwaltschaft ist jedoch nicht mit Art. 29a BV und Art. 30 Abs. 1 BV resp. Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar. Nach Art. 29a BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch ein den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV resp. Art. 6 Ziff. 1 EMRK genügendes Gericht. Eine Rechtsstreitigkeit liegt vor, wenn sie Rechte und Pflichten von natürlichen und juristischen Personen betrifft, wenn mithin in deren schützenswerte Rechtsposition eingegriffen wird (Kley, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, N 6 zu Art. 29a; Tophinke, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, in: ZBI 2/2006, S. 92). Art. 30 Abs. 1 BV resp. Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Der Entscheid, mit welchem die Rechtskraft des Strafbefehls festgestellt wird, greift in die Rechtsposition des Beschuldigten ein; dem Beschuldigten wird dadurch verunmöglicht, den Strafbe-

fehl durch eine gerichtliche Behörde überprüfen zu lassen. Es handelt sich deshalb um eine Rechtsstreitigkeit im obgenannten Sinne. Die Staatsanwaltschaft übt zwar beim Erlass eines Strafbefehls richterähnliche Funktionen aus, ist aber dennoch keine den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV resp. Art. 6 Ziff. 1 EMRK genügende richterliche Behörde. Sie ist und bleibt Partei des Strafverfahrens (§ 9 StPO). Als solche kann sie nicht quasi in eigener Sache die Stellung als Richterin einnehmen. Durch die Ausübung richterähnlicher Funktionen wird der Staatsanwalt nicht zum Richter, selbst wenn die Oberstaatsanwaltschaft ihm in dieser Hinsicht keine Weisungen erteilen darf. Es fehlt ihm die für die Qualifikation als richterliche Behörde erforderliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Der von der Staatsanwaltschaft erlassene Strafbefehl ist denn auch kein Urteil im eigentlichen Sinn, sondern lediglich ein Urteilsvorschlag. Rechtswirkungen entfaltet der Strafbefehl nur, wenn er vom Beschuldigten akzeptiert wird. Sein Einverständnis bringt der Beschuldigte dadurch zum Ausdruck, dass er keine Einsprache erhebt. Der Strafbefehl erhält somit nur dann die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils und wird vollstreckbar, wenn keine (gültige) Einsprache erhoben worden ist. Der Anspruch des Beschuldigten auf Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht wird im Strafbefehlsverfahren durch die Möglichkeit der Einsprache und damit der Überprüfung durch ein Gericht gewahrt (BGE 124 I 76, 78). Diese nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit garantiert die Vereinbarkeit des Strafbefehls mit Art. 5 Ziff. 1 lit. a und Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel/Genf/München 2005, § 86 N 1). Würde man die Staatsanwaltschaft beim Erlass eines Strafbefehls als eine den verfassungsmässigen Anforderungen genügende richterliche Behörde qualifizieren, wäre die Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung des Strafbefehls durch ein erstinstanzliches Gericht nicht erforderlich. Da die Staatsanwaltschaft somit selber keine richterliche Behörde ist, muss die (abschliessende) Beurteilung der formellen Gültigkeit der Einsprache gegen einen Strafbefehl bei einer richterlichen Behörde liegen.

1.4 Der kantonale Gesetzgeber hat die nachträgliche richterliche Überprüfung des Strafbefehls denn auch in der Tat dem Einzelrichter am Strafgericht zugewiesen (§ 30 Abs. 2 GOG). Aus Art. § 36^{ter} StPO ergibt sich, dass diese Überprüfungskompetenz umfassend zu verstehen ist, also auch die formelle Gültigkeit der Einsprache gegen einen Strafbefehl beinhaltet. Die Staatsanwaltschaft prüft lediglich vorfrageweise, ob die Einsprache formell gültig ist, um sich über das weitere Vorgehen Klarheit zu verschaffen. Bei Gültigkeit der Einsprache wird sie, soweit erforderlich, eine ergänzende Untersuchung durchführen und gestützt auf die Einsprache und diese Untersuchung entscheiden, ob die Untersuchung einzustellen ist, ein veränderter neuer Strafbefehl oder eine neue Anklage zu ergehen hat oder ob am

Strafbefehl festgehalten wird (§ 36^{ter} Abs. 3 StPO). Kommt sie hingegen zum Schluss, die Einsprache sei formell ungültig, erübrigen sich Weiterungen nach § 36^{ter} Abs. 3 StPO, und sie muss sogleich nach § 36^{ter} Abs. 4 StPO vorgehen. Danach hält die Staatsanwaltschaft an ihrem Strafbefehl fest und überweist diesen samt den Untersuchungsakten dem Einzelrichter zum Entscheid, wobei der Strafbefehl die Funktion der Anklage übernimmt. Der Einzelrichter prüft dann analog zu § 38 Abs. 1 StPO unter anderem, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob Verfahrenshindernisse bestehen. Dazu gehört auch die Überprüfung der Frage, ob überhaupt eine formell gültige Einsprache vorliegt. Dem Beschuldigten ist dazu das rechtliche Gehör zu gewähren (§ 59 Abs. 2 StPO). Sind die Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt, liegt also unter anderem keine formell gültige Einsprache vor, wird der Einzelrichter auf diese bzw. auf den die Anklage bildenden Strafbefehl nicht eintreten und damit zumindest implizit die Rechtskraft des Strafbefehls feststellen.

Dieses Gesetzesverständnis deckt sich mit der Regelung in der künftigen eidgenössischen Strafprozessordnung (nachfolgend: E-StPO), welche mit dem Wechsel zum Staatsanwaltschaftsmodell im Kanton Zug in diesem Punkt vorweg genommen wurde, wodurch der Übergang bei der Einführung erleichtert werden sollte (vgl. Vorlage an den Kantonsrat Nr. 1446.1, S. 1 und S. 5). Auch nach der künftigen eidgenössischen Strafprozessordnung wird die Staatsanwaltschaft lediglich vorfrageweise über die formelle Gültigkeit der Einsprache befinden. Bei festgestellter Ungültigkeit wird sie am Strafbefehl festhalten, ihn mit den Untersuchungsakten dem erstinstanzlichen Gericht überweisen und der Strafbefehl übernimmt alsdann die Funktion der Anklageschrift (Art. 356 Abs. 1 E-StPO). Das erstinstanzliche Gericht entscheidet danach über die Gültigkeit des Strafbefehls und der Einsprache (Art. 356 Abs. 2 E-StPO). Die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts führt zu Art. 360 (entspricht Art. 356 E-StPO) denn auch aus, das Gericht prüfe zunächst, ob der Strafbefehl und die Einsprache gültig seien. Sei die Einsprache z.B. wegen Verspätung ungültig, werde auf diese nicht eingetreten und es bleibe beim Strafbefehl (Botschaft, S. 1291 f.).

(...)

Justizkommission, 17. September 2008

§ 12 StPO und § 80 StPO; § 15 GOG; Art. 7 DNA-Profil-Gesetz; § 3 ZG-DNA-Verordnung. – Die Justizkommission des Obergerichts tritt auf eine Beschwerde gegen eine von der Polizei durchgeführte Abnahme einer DNA-Probe, der sich der Beschwerdeführer erst im Nachhinein widersetzt, nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 12 Abs. 1 StPO haben die Polizeiorgane unter Leitung des Polizeikommandos Gesetzesverletzungen nachzuspüren, Strafanzeigen und Strafklagen entgegenzunehmen, die notwendigen Tatbestandsfeststellungen zu machen, Beweismittel zu sichern und zu sammeln sowie verdächtige Personen sicherzustellen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung erfolgt die Tätigkeit der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung im Auftrag und gemäss den Weisungen der Staatsanwaltschaft und richtet sich nach dem Gerichtsorganisationsgesetz und der Strafprozessordnung, subsidiär nach dem Polizeigesetz und dem Polizei-Organisationsgesetz. Abs. 6 von § 12 StPO bestimmt ausdrücklich, dass die Polizeiorgane ohne besondere Ermächtigung der Staatsanwaltschaft keine Untersuchungshandlungen vornehmen dürfen, sondern diese der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung vorbehalten sind, wobei allerdings in dringenden Fällen die Ermächtigung nachgeholt werden kann. Hingegen führen gemäss § 12 Abs. 5 Satz 1 StPO die Polizeiorgane unter der Leitung des Polizeikommandos die erkennungsdienstliche Behandlung und die damit zusammenhängende Spurenauswertung zur erkennungsdienstlichen DNA-Erfassung im Rahmen der bundesrechtlichen Vorschriften in eigener Kompetenz durch. Ordnet die Polizei eine Probenahme an, so hat sie gemäss Art. 7 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz die betreffende Person über ihr Recht zu informieren, diesen Entscheid bei der Strafuntersuchungsbehörde anzufechten. Bei einer Anfechtung wird die Entnahme nur vorgenommen, wenn die Strafuntersuchungsbehörde den Entscheid bestätigt. Dementsprechend bestimmt § 12 Abs. 5 Satz 2 StPO, dass die Bestätigung der Anordnung durch die Strafuntersuchungsbehörde notwendig ist, wenn die betroffene Person die durch die Polizei angeordnete Probenahme verweigert, und nach § 3 ZG-DNA-Verordnung [BGS 321.21] kann die Anordnung der Probenahme durch die Polizei bei der Staatsanwaltschaft angefochten werden.

2. Bei der vorliegenden Probenahme handelt es sich offensichtlich um eine erkennungsdienstliche und damit um eine rein polizeiliche Massnahme, die also nicht von der Staatsanwaltschaft angeordnet wurde. Es liegt daher entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keine Untersuchungshandlung vor, die nach § 80 Ziff. 1 StPO bei der Justizkommission angefochten werden könnte. Es fehlt damit an einem Beschwerdeobjekt. Insoweit ist denn auch eine Beschwerde von vornherein

ausgeschlossen und es kann deshalb unter diesem Gesichtswinkel auf die vorliegende Beschwerde nicht eingetreten werden.

3. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers lässt sich die Beschwerde aber auch nicht auf § 80 Ziff. 2 StPO stützen. Unter «Verweigerung der Rechtspflege» ist nach konstanter Praxis der Justizkommission das Nichttätigwerden gerichtlicher Instanzen zu verstehen. Eine Rechtsverweigerung liegt danach vor, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde ein Gesuch, dessen Erledigung in ihre Kompetenz fällt, nicht an die Hand nimmt und behandelt (BGE 117 Ia 117; 114 V 147). Die zugerichte Rechtsverweigerungsbeschwerde ist nicht kassatorischer, sondern disziplinarischer Natur (ROG 1973/74, S. 74). Sie ist letztlich ein Spezialfall der sich auf § 15 Abs. 1 Ziff. 2 GOG stützenden, allgemeinen Aufsichtsbeschwerde. Nach der Praxis kann sie nur der Verfolgung eines praktischen Verfahrenszwecks dienen und nicht zur blossen Feststellung einer Pflichtwidrigkeit erhoben werden (GVP 1985/86, S. 133). Von einer Rechtsverweigerung kann im vorliegenden Zusammenhang aber nicht gesprochen werden. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Beschwerdeführer sich der Probenahme widersetzt und die daraufhin angerufene Staatsanwaltschaft sich geweigert hätte, darüber zu befinden. Das behauptet der Beschwerdeführer indes selbst nicht. Die Justizkommission ist nicht kompetent, im Rahmen rein erkennungsdienstlicher Massnahmen in irgendeiner Weise einzugreifen. Die Staatsanwaltschaft hat nun durch die vorliegende Beschwerde, die sich nach der ausdrücklichen Absicht des Beschwerdeführers auch als «Anfechtung der Probenahme bei der Staatsanwaltschaft i.S.v. § 3 DNA-Verordnung ZG und Art. 7 Abs. 2 DNA-Gesetz» verstehen soll, Kenntnis von der nachträglichen Weigerung des Beschwerdeführer erhalten und wird demnach darüber im Sinne von § 12 Abs. 5 StPO und § 3 ZG-DNA-Verordnung sowie Art. 7 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz zu befinden haben bzw. zu entscheiden haben, ob darauf noch einzutreten sei. Ob gegen diesen Entscheid allenfalls die Beschwerde zulässig ist, braucht hier nicht beantwortet zu werden. Soweit der Beschwerdeführer aber geltend macht, vom zuständigen Polizeibeamten auf das Recht, die Probenahme zu verweigern, nicht aufmerksam gemacht worden zu sein, hätte er sich allenfalls mit Beschwerde an das Polizeikommando bzw. die Sicherheitsdirektion wenden müssen. Auch was den weiteren Umgang mit der – im Rahmen erkennungsdienstlicher Behandlung – abgenommenen DNA-Probe angeht, kann die Justizkommission nicht angerufen werden.

4. Immerhin kann festgehalten werden, dass nach der gesetzlichen Ordnung Personendaten und DNA-Profile, die nicht in das DNA-Profil-Informationssystem des Bundes aufgenommen werden, nach § 12 Abs. 5 StPO umgehend nach einem Vergleich zu löschen sind. Werden Personendaten und DNA-Profile von Personen nicht

in das DNA-Profil-Informationssystem aufgenommen, veranlasst nach § 6 ZG-DNA-Verordnung der Dienst Kriminaltechnik der Polizei (KTD) ihre Löschung umgehend beim Bundesamt und stellt die Vernichtung des biologischen Materials sicher. Ausser im Falle einer Massenuntersuchung wird sodann auf die Analyse der Probe verzichtet, solange noch nicht feststeht, dass die Voraussetzungen für die Aufnahme des DNA-Profiles in das Informationssystem erfüllt sind (Art. 3 Abs. 3 DNA-Profil-Gesetz). Nach Art. 9 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz veranlasst schliesslich die anordnende Behörde drei Monate nach der Probenahme unter anderem dann die Vernichtung der Probe, wenn sie keine Analyse veranlasst hat.

5. Kann mithin auf die Beschwerde unter keinem Titel eingetreten werden, hat der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Justizkommission, 19. November 2008

§ 80 Ziffer 1 und 11 und § 2 Abs. 2 StPO. – Beim Beschluss des Strafgerichts, Akten des pendenten Strafverfahrens an die Staatsanwaltschaft herauszugeben, handelt es sich nicht um eine unter § 2 Abs. 2 StPO fallende Anordnung bzw. stellt ein solcher Beschluss keine Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziffer 1 StPO dar. Er kann deshalb nicht mit Beschwerde nach § 80 Ziffer 11 StPO angefochten werden.

Aus dem Sachverhalt:

1. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug, vertreten durch den a.o. Staatsanwalt lic.iur. X. Y., führt im Zusammenhang mit den Konkursen der I. AG und der J. eine «erweiterte» Strafuntersuchung gegen unbekannt wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung zum Nachteil der F. Im Zusammenhang mit den Konkursen der I. AG und der J. gingen weitere Strafuntersuchungen voraus, die in der Anklageerhebung gegen mehrere Beschuldigte endeten. Diese Strafverfahren sind am Strafgericht des Kantons Zug vereinigt und unter der Verfahrensnummer SG 2007 A–D insofern pendent, als die schriftliche Urteilsbegründung noch aussteht. Z. (nachfolgend: Beschwerdeführer) ist einer der Beschuldigten dieses Strafverfahrens. Nach Schluss der Hauptverhandlung des Strafverfahrens SG 2007 A–D ersuchte der a.o. Staatsanwalt am 21. April 2008 das Strafgericht um Zustellung der Protokolle der im Rahmen der Hauptverhandlung erfolgten Parteibefragungen und der Parteivorträge der Rechtsanwälte der Beschuldigten.

(...)

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss des Strafgerichts vom 3. Juli 2008, mit welchem dem Aktenbeizugsgesuch des a.o. Staatsanwalts stattgegeben wurde. Unter Vorbehalt der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde nach § 15 Abs. 2 GOG ist die Beschwerde an die Justizkommission nur gegen die in § 80 StPO abschliessend aufgezählten Beschwerdeobjekte zulässig. Im vorliegenden Fall wäre die Beschwerde einzig gestützt auf § 80 Ziff. 11 StPO denkbar.

2.1 Nach § 80 Ziff. 11 StPO ist die Beschwerde unter anderem zulässig gegen Anordnungen des Staatsanwalts, des Einzelrichters bzw. des Strafgerichtspräsidenten nach § 2 Abs. 2 StPO. Letztgenannte Bestimmung regelt die Zuständigkeit für die im Laufe des gesamten Strafverfahrens zu treffenden Anordnungen. Beschwerdefähig sind aber nur solche Anordnungen, die, auch wenn sie vom Einzelrichter bzw. vom Strafgerichtspräsidenten ausgehen, als Untersuchungshandlungen im Sinne von § 80 Ziff. 1 StPO qualifiziert werden können (JS 2008 7).

2.2 Die Aktenherausgabe wurde nicht von einer der in § 80 Ziff. 11 StPO aufgezählten Personen angeordnet, sondern vom Kollegialgericht. Grundsätzlich stellte sich vorab die Frage, ob eine unter § 2 Abs. 2 StPO fallende Anordnung des Kollegialgerichts im Laufe des Strafverfahrens ebenfalls von § 80 Ziff. 11 StPO erfasst wird, oder ob aus dem Umstand, dass die Kollegialbehörde nicht erwähnt wird, folgt, dass die Anfechtung ausgeschlossen sein soll. Die Frage kann jedoch offen bleiben, da es sich beim Beschluss des Strafgerichts, Akten des pendenten Strafverfahrens an die Staatsanwaltschaft herauszugeben, nicht um eine unter § 2 Abs. 2 StPO fallende Anordnung handelt bzw. dieser Beschluss keine Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziff. 1 StPO darstellt.

2.3 Der a.o. Staatsanwalt ist Vertreter der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug. Der Kanton Zug kennt nur eine Staatsanwaltschaft, deren Aufgabe es ist, unter Vorbehalt der Zuständigkeit anderer Behörden in allen Strafsachen die Untersuchung zu führen und nach Abschluss der Strafuntersuchung Anklage zu erheben (§ 23bis Abs. 1 und 2 GOG). Die Staatsanwaltschaft wird vertreten durch ihre Staatsanwältinnen und Staatsanwälte; sie führen die Strafuntersuchungen bis zum Abschluss, verfassen gegebenenfalls die Anklage und vertreten die Anklage vor den Gerichten (Bericht und Antrag des Obergerichts vom 23. Mai 2006 [Vorlage Nr. 1446.1]). Erhebt die Staatsanwaltschaft Anklage, ist sie Partei des Strafverfahrens (§ 9 StPO). Als Partei hat sie Anspruch auf Einsicht in die Gerichtsakten der von ihr zur Anklage gebrachten

Verfahren, unabhängig davon, von welchem ihrer Staatsanwälte sie vertreten wird. Die Staatsanwaltschaft kann selber beurteilen, wie sie ihre Erkenntnisse aus den Gerichtsverhandlungen und -akten von pendenten Strafverfahren in weiteren von ihr geführten Strafuntersuchungen verwerten darf. Sie ist dafür verantwortlich, dass ihre Erkenntnisse unter Wahrung der prozessualen Rechte möglicher Beschuldigter verwertungskonform in diese Strafuntersuchungen einfließen.

Nach Abschluss der Untersuchung, während welcher Anordnungen betreffend Akteneinsicht noch anfechtbare Untersuchungshandlungen darstellen können, stellt die Gewährung der Akteneinsicht, auch in der Form der Herausgabe von Akten resp. einer Kopie davon, keine Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziff. 1 StPO mehr dar. Sie kann auch nicht als Amtshilfe im Sinne von § 53 Abs. 1 GOG qualifiziert werden, sondern sie erfüllt lediglich den Anspruch jeder Verfahrenspartei auf Einsicht in die Verfahrensakten als Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Erfüllung dieses Anspruchs hätte nicht in die Form eines Beschlusses gekleidet werden müssen. Dem Anspruch hätte auch formlos durch Zustellung der Akten nachgekommen werden können. Der Beschluss des Strafgerichts vom 3. Juli 2008 kann demzufolge nicht als Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziff. 1 StPO qualifiziert werden, sodass es an einer Anordnung im Sinne von § 2 Abs. 2 StPO und damit an einem zulässigen Beschwerdeobjekt fehlt.

2.4 Der Beschluss des Strafgerichts vom 3. Juli 2008 würde aber auch keine Untersuchungshandlung und damit kein zulässiges Beschwerdeobjekt darstellen, wenn man ihn als Amtshilfe nach § 53 Abs. 1 GOG qualifizieren würde. Nach dieser Bestimmung sind die Organe der Zivil- und Strafrechtspflege gegenüber anderen Organen der Rechtspflege und der Verwaltung zur Herausgabe von Akten und zur Erteilung von Auskünften verpflichtet, wenn das ersuchende Organ ein schutzwürdiges rechtliches Interesse, das sich aus seiner amtlichen Funktion ergibt, glaubhaft macht und keine überwiegenden öffentlichen und privaten Interessen entgegenstehen. Bei gegebenen Voraussetzungen ist die ersuchte Behörde verpflichtet, Amtshilfe zu leisten. Dabei übernimmt sie aber keine eigenständigen Untersuchungshandlungen im Auftrag der um Amtshilfe ersuchenden Behörde. Sie vollzieht lediglich nach Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen der Amtshilfe den Entscheid der ersuchenden Behörde, für ein bei ihr hängiges Verfahren gewisse Akten beizuziehen oder gewisse Auskünfte einzuholen. Die eigentliche, allenfalls anfechtbare Untersuchungshandlung läge im Entscheid der ersuchenden Behörde, die ersuchte Behörde um Amtshilfe anzugehen, nicht aber im Vollzug der Amtshilfe durch die ersuchte Behörde. Indem das Strafgericht gestützt auf § 53 Abs. 1 StPO die Aktenherausgabe beschloss, nahm es keine eigenen Untersuchungshandlungen

vor. Auch unter dem Aspekt der Amtshilfe fehlte es somit an einem zulässigen Beschwerdeobjekt. Denkbar wäre allerdings eine Aufsichtsbeschwerde nach § 15 Abs. 2 GOG. Ihr wäre indes kein Erfolg beschieden, denn es ist nicht ersichtlich, welche schützenswerten privaten Interessen des Beschwerdeführers durch die Herausgabe der von ihm und seinem Rechtsvertreter in einer öffentlichen Verhandlung gemachten Äusserungen tangiert sein könnten.

2.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschluss des Strafgerichts vom 3. Juli 2008 über die Herausgabe der Protokolle der Hauptverhandlung und der Plädoyerprotokolle der Verteidiger an die Staatsanwaltschaft keine Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziff. 1 StPO und damit keine Anordnung nach § 2 Abs. 2 StPO darstellt. Der Beschluss des Strafgerichts vom 3. Juli 2008 kann deshalb nicht gestützt auf § 80 Ziff. 11 StPO mit Beschwerde angefochten werden. Entsprechend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Justizkommission, 24. September 2008

§ 78 GOG. – Die Frist für die Beschwerde gegen die Auferlegung von Kosten und die Zusprechung von Entschädigungen im Sinne von § 80 Ziffer 4 StPO beginnt bei mündlich eröffneten (und begründeten) oder lediglich im Dispositiv zugestellten Strafurteilen mit Zustellung des motivierten Strafurteils zu laufen.

Aus den Erwägungen:
(...)

1.2 (...) Mit Einführung des Staatsanwaltschaftsmodells im Kanton Zug am 1. Januar 2008 wurde aus Gründen der Effizienz die Möglichkeit geschaffen, Urteile mündlich zu eröffnen und zu begründen oder im Dispositiv zuzustellen. Diese Urteile erwachsen in Rechtskraft, wenn nicht innert 10 Tagen, bei Urteilen des Obergerichts innert 30 Tagen, seit mündlicher Eröffnung oder Zustellung eine schriftlich begründete Urteilsausfertigung verlangt wird (§ 78 Abs. 1 GOG). Wird eine schriftliche Urteilsausfertigung verlangt, bestimmt § 78 Abs. 2 GOG weiter, der Fristenlauf für die Rechtsmittel beginne mit der schriftlichen Zustellung des motivierten Entscheides. Aus dem Wortlaut von § 78 Abs. 1 GOG kann abgeleitet werden, dass ein mündlich eröffnetes und begründetes oder im Dispositiv zugestelltes Urteil also nur angefochten werden kann, wenn vorgängig eine schriftlich begründete Urteilsausfertigung

verlangt wird, denn wird keine solche Urteilsausfertigung verlangt, erwächst das Urteil ohne weiteres in Rechtskraft. Mit Bezug auf den Fristenlauf eines Rechtsmittels gilt das Urteil somit erst als eröffnet, wenn der Entscheid motiviert zugestellt worden ist. In diesem Sinne muss nach der Revision von § 78 GOG auch § 82 Abs. 1 StPO verstanden werden, nach welchem die Beschwerde innert 10 Tagen seit der Eröffnung der Verfügung bei der Justizkommission des Obergerichts einzureichen ist.

Justizkommission, 5. November 2008

4. Internationales Zivilprozessrecht

Art. 50 LugÜ. – Voraussetzungen der Vollstreckung einer ausländischen öffentlichen Urkunde i.S.v. Art. 50 LugÜ im Verfahren zur Erteilung der definitiven Rechtsöffnung.

Aus den Erwägungen:
(...)

4. Gemäss Art. 50 des Lugano-Übereinkommens (LugÜ), dem sowohl die Schweiz als auch Deutschland beigetreten sind, werden öffentliche Urkunden, die in einem Vertragsstaat aufgenommen und vollstreckbar sind, in einem anderen Vertragsstaat auf Antrag in den Verfahren nach den Artikeln 31 ff. LugÜ für vollstreckbar erklärt. Der Antrag kann nur abgelehnt werden, wenn die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde der öffentlichen Ordnung des Vollstreckungsstaats widersprechen würde (Abs. 1). Die vorgelegte Urkunde muss die Voraussetzungen für ihre Beweiskraft erfüllen, die in dem Staat, in dem sie aufgenommen wurde, erforderlich sind (Abs. 2), und die Vorschriften des 3. Abschnittes des Titels III (Artikel 46–49 LugÜ) sind sinngemäss anzuwenden (Abs. 3).

4.1 Die vollstreckbare öffentliche Urkunde enthält in der Regel die notarielle Verurkundung eines der Dispositionsfreiheit privater Parteien unterliegenden Anspruchs. Der Schuldner unterwirft sich für den Fall der Nichterfüllung der versprochenen Leistung der sofortigen Zwangsvollstreckung, sei es durch eine ausdrückliche Unterwerfungsklausel in der Erklärung oder durch eine von der Urkundsperson angefügte Vollstreckungsklausel. Der Gläubiger kann alsdann die Zwangsvollstreckung beantragen, ohne zuerst ein Erkenntnisverfahren über die Forderung einleiten zu müssen. Falls

der Schuldner den Bestand der Forderung bestreiten will, kann er die Vollstreckung nur durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage (in Deutschland Vollstreckungsgegenklage genannt) stoppen (Georg Naegeli in: Dasser/Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, N 1 ff. zu Art. 50).

4.2 Der Beschwerdeführer bestreitet zu Recht nicht, dass die vorliegende vollstreckbare zweite Ausfertigung der vom Notar K.S. am 17. April 2001 errichteten Urkundenrolle Nr. 621/2001N betreffend die notarielle Beurkundung einer Grundschuldbestellung die Anforderungen an eine öffentliche Urkunde i.S. von Art. 50 LugÜ erfüllt. Namentlich ist unbestritten, dass die Beurkundung von einer Behörde (hier Notar) vorgenommen wurde und sich auf den Inhalt der Erklärung bezieht und dass die Urkunde in Deutschland als solche vollstreckbar ist (vgl. Georg Naegeli, a.a.O., N 13 zu Art. 50). Auch sind die formellen Voraussetzungen gemäss Art. 46 und 47 LugÜ unbestrittenermassen gegeben, wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festhält. Eine solche öffentliche Urkunde berechtigt mithin zur definitiven Rechtsöffnung, wenn sie gemäss Art. 31 ff. LugÜ in der Schweiz vollstreckbar erklärt wird (vgl. Georg Naegeli, a.a.O., N 48 ff. zu Art. 50; Visinoni-Meyer, Die Vollstreckung einer öffentlichen Urkunde gemäss Art. 50 LugÜ in der Schweiz: Definitiver oder provisorischer Rechtsöffnungstitel, in: Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 424 ff.; Schwander, Vollstreckbare öffentliche Urkunden – Rechtsnatur, Verfahren der Erstellung und der Vollstreckung, in: AJP 2006, S. 676 ff., S. 674). Der nicht näher substantiierte Einwand des Beschwerdeführers, wonach es sich bei diesem Liegenschafts Kauf um ein betrügerisches Geschäft gehandelt habe und die Forderung der Beschwerdegegnerin daher nicht bestehe, vermag dagegen nicht anzukommen. Es handelt sich dabei um blosser Behauptungen des Beschwerdeführers, die durch nichts belegt sind. Er behält sich denn auch lediglich vor, eine Strafanzeige einzureichen. Auch die Auffassung des Beschwerdeführers wonach die Beschwerdegegnerin «zweimal kassieren» wolle, erscheint aufgrund der Akten unbegründet, wie bereits die Vorinstanz ebenfalls festgestellt hat. Die Beschwerdegegnerin, die offenbar bei der Verwertung der Grundpfandsicherheit zu Verlust gekommen ist, kann auf den persönlich haftenden Beschwerdeführer für diesen Ausfall zurückgreifen. Nachdem der Beschwerdeführer aber im Übrigen die Höhe der Schuld und die geforderten Zinsen nicht substantiiert bestreitet, erweist sich seine Beschwerde offensichtlich als unbegründet und ist daher abzuweisen.

Justizkommission, 30. Dezember 2008

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Verfahrensrecht

Art. 29 BV, § 10 GG; Befangenheit des Gemeinderates durch den Beizug eines Rechtsvertreters, der verschiedene Mandate der Gemeinde innehat und gleichzeitig in einer Beschwerdesache in der gleichen Gemeinde die Bauherrschaft vertritt.

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführenden ... weisen in ihrer Eingabe darauf hin, dass die notwendige Unabhängigkeit des Gemeinderates ... nicht gegeben sei. Der Gemeinderat und der Rechtsvertreter der Bauherrschaft in der Person von Rechtsanwalt ... befänden sich in einem Interessenkonflikt, da bekannt sei, dass Rechtsanwalt ... die Gemeinde ... in zahlreichen bau- und planungsrechtlichen Fragen berate. So sei Rechtsanwalt ... auch Mitglied der gemeindlichen Arbeitsgruppe für die Vorbereitung der Ortsplanungsrevision

a) In Art. 29 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist der generelle Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden verankert und in dieser Bestimmung sind auch allgemeine Verfahrensgarantien aufgelistet, die für alle Gerichts- und Verwaltungsbehörden gelten. Von den in Art. 29 BV verankerten Verfahrensgarantien ist im vorliegenden Fall vor allem der Anspruch auf rechtliches Gehör von Belang. Darunter fällt nicht nur das Recht einer Partei, in einem Gerichts und Verwaltungsverfahren angehört zu werden, Einsicht in die Akten zu erhalten usw., sondern auch der Anspruch auf richtige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde in Verwaltungsverfahren (vgl. Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, 2005, S. 238 ff. und die dort zitierten Entscheide des Bundesgerichtes).

Ausstandsnormen sind das verfahrensrechtliche Mittel, um Interessenkollisionen oder Fälle von unzulässiger Vorbefassung im konkreten Einzelfall vorzubeugen. Für die Mitglieder von Gemeindebehörden und Kommissionen sowie Gemeindeangestellte sind in § 10 des Gemeindegesetzes vom 4. September 1980 (GG, BGS 171.1) Ausstandsregeln definiert. Diese Regeln gelten auch für die rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter der zuvor erwähnten Personen (§ 10 Abs. 2 GG). Gemäss § 10

Abs. 1 GG haben die Mitglieder von Gemeindebehörden und Kommissionen sowie Gemeindebeamte und -angestellte vor allen Instanzen in den Ausstand zu treten bei der Vorbereitung, Behandlung und Erledigung von Geschäften, die persönliche Rechte oder Interessen, Rechte oder Interessen des in § 20 der Kantonsverfassung umschriebenen Personenkreises oder Rechte oder Interessen juristischer Personen oder wirtschaftlicher Unternehmen betreffen, an denen sie massgeblich beteiligt oder deren Organ sie sind. Ein unter Verletzung der Ausstandspflicht gefasster Beschluss einer Gemeindebehörde ist nach § 10 Abs. 4 GG vom Regierungsrat auf Beschwerde hin aufzuheben. (vgl. GVP 2003, 68).

b) Der von den Beschwerdeführenden ... an die Adresse des Gemeinderates ... gerichtete Vorwurf der Befangenheit fällt nicht unter die in § 10 GG genannten Ausstandsgründe. So wird in dieser Beschwerdesache zu Recht nicht geltend gemacht, dass Personen von der Gemeindeverwaltung ... beim umstrittenen Bauvorhaben persönliche Interessen verfolgen oder eine Tätigkeit in eigener Sache vorliegt. Ebenso wenig liegt eine Beziehung unter Familienangehörigen vor, die eine Ausstandspflicht bewirken würde. Eine Verletzung der Ausstandsvorschriften gemäss § 10 GG liegt deshalb nicht vor. Eine andere Frage ist, ob die in § 10 GG erwähnten Ausstandsgründe als abschliessende Regelung zu verstehen sind. Aufgrund der geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist diese Frage zu verneinen. Die in § 10 GG erwähnten Ausstandsgründe vermögen nicht alle Interessenverstrickungen zu erfassen. Die Umstände, welche bei einer Verwaltungsbehörde eine Befangenheit hervorrufen können, sind zu vielseitig, als dass sie abschliessend in einer Gesetzesnorm aufgezählt werden könnten. Es gibt weitere Befangenheitsgründe. In jenen Fällen, wo kein im Gesetz explizit erwähnter Ausstandsgrund vorliegt, ist nach der geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichtes entscheidend, ob Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so dass ein korrektes Verfahren nicht mehr gewährleistet erscheint (vgl. BGE vom 19. Mai 1998 in: ZBI 100, S. 74 ff.). In der Rechtsprechung wird somit nicht verlangt, dass eine Verwaltungsbehörde tatsächlich befangen ist, sondern es genügt, dass Umstände vorliegen, die in objektiver Weise eine Besorgnis der Befangenheit zu begründen vermögen. Pflegen die Verfahrensbeteiligten Geschäftsbeziehungen unter einander, wie dies die Beschwerdeführenden ... dem Gemeinderat und Rechtsanwalt ... als Vertreter der Bauherrschaft vorwerfen, so kann ein Entscheidträger durch ein offenes Einzelgeschäft oder regelmässig wiederkehrende Geschäftsbeziehungen gegenüber einem Verfahrensbeteiligten befangen erscheinen, ohne dass ein eigentliches Arbeitsverhältnis oder ein Vertretungsverhältnis in derselben Sache besteht (vgl. Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von

Entscheidsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Bern 2002, S. 116 ff.).

c) Zur Klärung der Befangenheitsfrage ist die instruierende Baudirektion mit einer Anfrage an den Gemeinderat ... gelangt. Darin wurde der Gemeinderat in Bezug auf Rechtsanwalt ... um Angabe der Mandate sowie der Auftraggebenden im Zeitraum von 2006 bis heute ersucht.

In seinem Antwortschreiben führte der Gemeinderat insgesamt neun Mandate an Rechtsanwalt ... an, welche die Themenbereiche Ortsplanungsrevision, ... , Vorbereiten von Landerwerbsverträgen sowie diverse baurechtliche Abklärungen für die gemeindliche Bauabteilung umfassten. Als Auftraggeber wird im Antwortschreiben der Gemeinde mehrheitlich der Gemeinderat angegeben, aber auch die Bauabteilung wird als Auftraggeber genannt.

d) Im Lichte der vorangehenden Ausführungen ist nun zu prüfen, ob der Vorwurf der Befangenheit begründet ist. Richtet sich der Vorwurf an eine Gesamtbehörde, wie dies vorliegend der Fall ist, so ist die Befangenheit bei jedem Einzelmitglied der Behörde zu prüfen (vgl. Benjamin Schindler, a.a.O., S. 27 und die dort zitierten Entscheide). In diese Prüfung sind auch weitere Personen der Gemeindeverwaltung einzubeziehen, auf die der Vorwurf zutreffen könnte.

... Beim gemeindlichen Bauchef ... und den übrigen Mitgliedern des Gemeinderates ist der Anschein der Befangenheit ebenfalls zu bejahen, weil bei den meisten Mandaten der Gemeinde an Rechtsanwalt ... der Gemeinderat selber Auftraggeber war. Dazu gehörte u.a. das wichtige Mandat für die rechtliche Beratung bei der Ortsplanungsrevision. Im Rahmen dieser Ortsplanungsrevision war auch die Erschliessung des GS ... ein Thema, weil die heutigen Beschwerdeführenden ... eine Einwendung gegen die Ortsplanung einreichten. Auf einer Teilfläche des GS ... soll die umstrittene Arealbebauung erstellt werden. Mit anderen Worten heisst dies, dass es einen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen der Ortsplanungsrevision, wo Rechtsanwalt ... beratend für die Gemeinde tätig war, und dem umstrittenen Bauvorhaben gibt, wo der Rechtsanwalt ... die Interessen der Bauherrschaft vertritt. Aufgrund dieser Interessenverstrickung und der weiteren Mandate, die der Gemeinderat an Rechtsanwalt ... erteilt hatte und die im Zeitpunkt der Bewilligungsteilung noch nicht abgeschlossen waren, ist die Befangenheit aller Mitglieder des Gemeinderates zu bejahen. Die Interessenverstrickungen haben im vorliegenden Fall ein Ausmass angenommen, dass bei allen Mitgliedern des Gemeinderates der Anschein der Befangenheit erfüllt ist. Die Folge davon ist, dass die vom Gemeinde-

rat ... an die Bauherrschaft erteilte Bewilligung wegen Verletzung der Ausstandspflichten aufzuheben ist. Der Vollständigkeit halber ist hier noch zu erwähnen, dass die Beschwerdeführenden ... den Einwand der Befangenheit bereits im Vorverfahren vorgebracht haben, es kann ihnen deshalb nicht entgegengehalten werden, sie hätten den Einwand zu spät vorgebracht (vgl. BGE 114 Ia 278 ff; Benjamin Schindler, a.a.O., S. 207 ff.).

Regierungsrat, 18. März 2008

§ 20 VRG; Verletzung der Begründungspflicht in einem Einspracheentscheid, Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat?

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer ... wirft der Vorinstanz vor, dass sie auf die meisten Einsprachepunkte im angefochtenen Entscheid nicht eingegangen sei. Aus diesem Grund sei der angefochtene Beschluss an den Gemeinderat zurückzuweisen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 120 Ib 379, 119 Ia 136, 118 Ia 17). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welches in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Ein unbedingter Anspruch auf vorherige Anhörung steht den Betroffenen insbesondere dann zu, wenn die Verwaltung einen besonders schweren Eingriff in die höchstpersönliche Rechtssphäre der Betroffenen tätigen will. Dazu gehört insbesondere das Recht der Betroffenen, sich vor Erlass eines Entscheides zur Sache selbst äussern, erhebliche Beweise beibringen, Einsicht in die Akten nehmen, mit Beweisanträgen gehört werden und an der Erhebung wesentlicher Entscheidungsgrundlagen entweder mitwirken oder sich zumindest dazu äussern zu können. Diese Mitwirkung der in ihrem Eigentumsrecht Betroffenen kann geeignet sein, den Entscheid der Behörde zu beeinflussen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, Rz. 1672 ff.).

Die Behörde hat alle Vorbringen zu prüfen. Diese Prüfung soll auch in die Begründung des Entscheides einfließen. Die Widerlegung eines Standpunktes kann insbesondere durch die Darlegung der eigenen abweichenden Auffassung geschehen.

Stillschweigend übergehen darf die zur Entscheidung eines Verwaltungsstreites zuständige Behörde nur jene Argumente, die erkennbar unbehelflich sind. Gleichzeitig ist aber festzustellen, dass die Verfügung nur angemessen zu begründen ist. Die Erwägungen der Behörde müssen die Begründung eines Rechtsmittels ermöglichen. Diese Voraussetzungen sind bereits dann erfüllt, wenn aus den Erwägungen oder der Zusammenfassung jene Argumente hervorgehen, auf die sich die Behörde bei ihrem Entscheid gestützt hat (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 82 B IV a; Nr. 87 B III a und b). Der Mindestanspruch der Begründungspflicht von Verfügungen folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV, SR 101). Für die kantonalen Behörden ist das kantonale Verfahrensrecht massgebend. Gemäss § 20 VRG ist der Entscheid in der Regel schriftlich zu begründen. Auf eine schriftliche Begründung kann lediglich in folgenden Fällen verzichtet werden: bei einseitigen Verwaltungsentscheiden, wenn sie dem Begehren des Antragstellers voll entsprechen und keine Rechte Dritter betreffen, sowie wenn die Parteien ausdrücklich auf eine schriftliche Begründung verzichten.

In seiner Einsprache vom ... machte der heutige Beschwerdeführer ... auf sieben Seiten ausführlich geltend, dass die parzellenweise Erschliessung grundsätzlich Sache der interessierten Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer sei und die Gemeinde gemäss kommunalem Strassenreglement bei der Erschliessung lediglich behilflich sein könne. Sie könne nicht gegen den Willen und die Interessen der Beteiligten die Erschliessung regeln. Ausserdem sei der Strassenplan und die Erschliessung weder verhältnismässig, noch liege sie im öffentlichen Interesse. Sie belaste einseitig sein Grundstück mit der oberirdischen Zufahrt. Die vorgeschlagene ungefähre Rampenlage trage weder zu einem besseren Siedlungsbild bei, noch unterstütze sie eine gemeinsame und sinnvolle Lösung. Die Gemeinde verhalte sich ausserdem widersprüchlich, weil sein auf dem ...weg lastendes Fuss- und Fahrwegrecht mit dem Argument im Grundbuch gelöscht worden sei, als der ...weg öffentlich erklärt worden sei. Nun solle der ...weg vornehmlich als Schulweg dienen. Schliesslich präsentierte der Einsprecher mit seinem Eventualantrag ein etappenweises Vorgehen.

Der Gemeinderat ging an sich in seinen rund knapp 13 Zeilen umfassenden Erwägungen des angefochtenen Entscheides mit keinem Wort auf die Argumentation des damaligen Einsprechers ein. Einzig im Sachverhalt unter Bst. F. äussert sich der Gemeinderat kurz zur Einsprache des heutigen Beschwerdeführers. Bezüglich der gesetzlichen Grundlage für den Erlass des Strassenplans verweist der Gemeinderat lediglich auf eine Aufforderung des Regierungsrates in einem Beschwerdeentscheid. Ausserdem liess er sich über den Bauabstand zur oberirdischen Er-

schliessung zu Zügelzwecken und als Feuerwehruzufahrt aus. Auf die weiteren Argumente des damaligen Einsprechers ging der Gemeinderat mit keinem Wort ein. Weder äusserte er sich zum Instrument der Erschliessungshilfe, noch beurteilte er die Verhältnismässigkeit des Strassenplans bzw. der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung. Er ging auch nicht auf die Vorwürfe des Einsprechers ein, die Rampenlage verunstalte das Siedlungsbild oder die Gemeinde habe sich widersprüchlich verhalten. Unbeantwortet blieb auch der Eventualantrag. Dem Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs hatte die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde vom ... lediglich entgegen zu halten, dass in der Einsprache keine neuen Argumente vorgebracht worden seien. Die gegenseitigen Standpunkte der verschiedenen beteiligten Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer seien aufgrund der langen Verfahrensdauer hinlänglich bekannt gewesen (Ziff. 4). Mit dieser Begründung des angefochtenen Entscheides vermochte der heutige Beschwerdeführer die Tragweite der Verfügung nicht zu beurteilen. Die Begründung der Vorinstanz fiel zu pauschal aus, so dass der Beschwerdeführer den Entscheid nicht in voller Kenntnis der Umstände an den Regierungsrat weiterziehen konnte. Es steht also fest, dass der angefochtene Entscheid nicht einmal eine summarische Begründung enthält. Die Vorinstanz vermag im angefochtenen Entscheid die Mindestanforderungen der Begründungspflicht nicht zu erfüllen. Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz mit ihrem Entscheid die Begründungspflicht verletzt hat. Sie hat nicht rechtsgenügend dargelegt, weshalb sie die Einsprache des heutigen Beschwerdeführers ... abgewiesen hat. Sie hat sich damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu Schulden kommen lassen.

An sich liesse sich dasselbe auch für die damalige Einsprache des heutigen Beschwerdeführers ... sagen. Er hat jedoch in seiner Verwaltungsbeschwerde von der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs abgesehen.

3. Auch in der Stellungnahme vom ... des Gemeinderates zur Beschwerdeschrift fehlt eine eingehende Begründung seines ablehnenden Entscheides. Es stellt sich trotzdem die Frage, ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat geheilt werden kann.

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass der Mangel der Gehörsverweigerung geheilt wird, wenn die Begründung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird. Voraussetzung ist jedoch, dass eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz erfolgt. Insbesondere die Lehre vertritt die Ansicht, dass die Heilung des rechtlichen Gehörs nur zugelassen werden soll, wenn sie im Interesse der Betroffenen liegt (Häfelin / Müller, a.a.O. N 1710).

Es darf nicht der Sinn des durch die Rechtsprechung geschaffenen Instituts der Heilung des rechtlichen Gehörs sein, dass Verwaltungsbehörden sich über den elementaren Grundsatz des rechtlichen Gehörs hinwegsetzen und darauf vertrauen dürfen, dass solche Verfahrensmängel in einem vom Verwaltungsakt betroffenen allfällig angehobenen Gerichtsverfahren schon behoben würden. Der Umstand, dass eine solche Heilungsmöglichkeit besteht, rechtfertigt es nicht, auf die Begründung einer Verfügung zu verzichten bzw. einen Entscheid ungenügend zu begründen. Denn die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs bildet häufig nur einen unvollkommenen Ersatz (BGE 105 Ia 197 Erw. 1b /cc). Abgesehen davon, dass ihm dadurch eine Instanz verloren gehen kann, wird dem Betroffenen zugemutet, zur Verwirklichung seiner Mitwirkungsrechte ein Rechtsmittel zu ergreifen. In einem unveröffentlichten Entscheid vom 6. April 1990 hat das Bundesgericht festgehalten, dass von der Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung nach dem Grundsatz der Verfahrensökonomie dann abgesehen ist, wenn dieses Vorgehen zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem gleichlaufenden und der Anhörung gleichgestellten Interesse des Betroffenen an einer möglichst beförderlichen Beurteilung seines Anspruchs nicht zu vereinbaren wären (zit. nach: BGE 116 V 186; RRB vom 31. August 1999 i.S. R.B.R.; RRB vom 25. März 2008 i.S. A.P.GmbH).

Eine Verweigerung der Heilung des rechtlichen Gehörs führt vorliegend nicht zu einem formalistischen Leerlauf. Sie verursacht zwar eine Verzögerung der definitiven Erschliessungslösung. Trotzdem kann eine Heilung der Gehörsverletzung durch die Beschwerdeinstanz nur unter den nachfolgenden drei Voraussetzungen in Frage kommen:

a) Die Beschwerdeinstanz muss mit einer umfassenden und freien Überprüfungsbefugnis ausgestattet sein und davon auch tatsächlich Gebrauch machen (BGE 98 Ib 176).

Dem Regierungsrat kommt im Verwaltungsbeschwerdeverfahren volle Überprüfungsbefugnis zu (Art. 47 Abs. 1 VRG). Er ist nicht an die Parteianträge gebunden und kann den angefochtenen Entscheid zugunsten oder zuungunsten einer Partei ändern. Es kann festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer im Verwaltungsbeschwerdeverfahren seine Rechte wahrnehmen kann und der Regierungsrat grundsätzlich versuchen könnte, den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens zu heilen.

Die erste Voraussetzung für die Heilung der Gehörsverweigerung ist damit erfüllt.

b) Im Übrigen muss die Beschwerdeinstanz das Versäumte der Vorinstanz tatsäch-

lich nachholen. Der Betroffene muss im Beschwerdeverfahren also voll zu Wort kommen können und dieselben Möglichkeiten der Mitwirkungen besitzen wie im vorinstanzlichen Verfahren (BGE 100 Ib 5).

Der Regierungsrat kann dem Beschwerdeführer im Verwaltungsbeschwerdeverfahren in Bezug auf die Untersuchung der notwendigen Sach- und Ortskenntnisse nicht dieselben Mitwirkungsrechte gewähren, wie sie ihm die Vorinstanz bieten kann. Damit würde mit der Heilung eine Beschneidung der Rechte des Beschwerdeführers einhergehen. Der Regierungsrat kann also dem Beschwerdeführer nicht dieselben Möglichkeiten der Mitwirkung bieten wie der Gemeinderat.

Eine Heilung der Gehörsverweigerung ist ausgeschlossen, weil der Regierungsrat das Versäumte der Vorinstanz nicht vollumfänglich nachholen kann.

c) Stehen Ermessensgesichtspunkte zur Diskussion, muss Rückweisung zur Anhörung an die Vorinstanz erfolgen (BGE 100 Ib 5; BGE 98 Ib 171).

Vorliegend sind nicht nur Rechts-, sondern auch Ermessensfragen zu beurteilen. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens müsste der Regierungsrat namentlich materiell prüfen, ob sich die Rampe an der vorgeschlagenen Lage ins Siedlungsbild einfügt. Dabei ginge es u.a. um die Beurteilung von Ermessensfragen. Weil dem Regierungsrat im Verwaltungsbeschwerdeverfahren die notwendigen Sach- und Ortskenntnisse fehlen, kann er dem Beschwerdeführer nicht dieselben Mitwirkungsrechte gewähren, wie sie ihm die Vorinstanz bieten kann. Eine Heilung der Gehörsverweigerung ist ausgeschlossen, weil der Regierungsrat vorliegend nicht nur reine Rechtsfragen zu beurteilen hätte, sondern weil zusätzlich wesentliches Ermessen zur Diskussion steht.

Damit steht fest, dass sich die Heilung der Grundrechtsverletzung durch die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren nicht rechtfertigen lässt. Der Instanzenzug würde zu Ungunsten des Betroffenen verkürzt und dieser müsste sich gegenüber einer negativen Entscheidung durchzusetzen versuchen. Das Verhalten der Vorinstanz darf nicht geheilt, sondern muss sanktioniert werden. Aus diesen Gründen kann der Verfahrensmangel vorliegend nicht geheilt werden. Die Beschwerde ist somit wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Regierungsrat, 29. April 2008

II. Planungs- und Baurecht

Art. 45 und Art. 18 BO Unterägeri; Fassadenlänge beim Zusammenbau von einem Hauptgebäude mit einer Kleinbaute

Aus den Erwägungen:

6. Der Beschwerdeführer rügt, dass vorliegend die Abstandsvorschriften nicht eingehalten seien. Dabei sei unberücksichtigt geblieben, dass gegenüber dem Beschwerdeführer eine Gebäudefront von rund 20 Meter entstehe.

Da nun feststeht, dass es sich bei den fraglichen Doppelgaragen um eine Kleinbaute im baurechtlichen Sinne handelt, ist nachfolgend zu prüfen, ob die Abstandsvorschriften eingehalten sind.

Der Grenzabstand von Kleinbauten beträgt 2 m, er kann mit Zustimmung des Nachbarn verringert oder ganz aufgehoben werden. Der Zusammenbau von Kleinbauten über die Grenze ist mit Zustimmung des Nachbarn bis zur zulässigen Grundfläche von gesamthaft 50 m² gestattet. Bei Kleinbauten darf der Dachvorsprung maximal 50 cm in den vorschriftsgemässen Grenzabstand hineinragen (Art. 18 Abs. 2 BO Unterägeri). Die Doppelgaragen weisen einen Grenzabstand von mindestens 2.40 m zum Grundstück des Beschwerdeführers auf. Daraus erhellt, dass der Grenzabstand für Kleinbauten von 2 m zum Grundstück des Beschwerdeführers an sich bei Weitem eingehalten ist (Art. 18 Abs. 2 BO Unterägeri).

7. Es ist nun aber zu berücksichtigen, dass die BO Unterägeri maximale Fassadenlängen für die Mindestgrenzabstandsvorschriften (Art 45 Abs. 1 BO Unterägeri) und einen Mehrlängenabstand kennt. In der Wohnzone W3 gelten die ordentlichen Grenzabstände für Fassadenlängen bis 12 m. Bei Fassadenlängen von mehr als 12 m erhöhen sich die betreffenden Grenzabstände, rechtwinklig zur Fassade gemessen, um einen Fünftel der Mehrlänge bis auf den in der Wohnzone W3 geltenden Höchstwert von 10 m (Art. 45 Abs. 2 und 3 BO Unterägeri). Dabei ist festzustellen, dass der Regierungsrat die baurechtlichen Begriffe in der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG; BGS 721.111) regelt. Er hat sich im vorliegend zur Diskussion stehenden Zusammenhang nur zu den Gebäudeabmessungen geäußert. Gemäss § 6 V PBG werden die Gebäudelängen an den Seiten des kleinsten Rechtecks gemessen, welches das Gebäude umfasst. Auskra-

gende Gebäudeteile wie Dachvorsprünge, Vordächer, Balkone usw. werden nicht berücksichtigt. Diese Vorschrift zur Ermittlung der Gebäudeabmessungen ist mit Beschluss vom 1. Juni 2004 neu ins kantonale Recht aufgenommen worden. Demgegenüber ist der Begriff der Fassadenlänge im kantonalen Recht nicht geregelt. Bei der Berechnung der Mindestabstände gegenüber Parzellengrenzen und Nachbargebäuden kommt jedoch in der Gemeinde Unterägeri im Zusammenhang mit dem Mehrlängenzuschlag der Begriff der Fassadenlänge zur Anwendung. Da die Fassadenlänge oft mit der Gebäudelänge identisch ist, werden die beiden Begriffe gelegentlich miteinander verwechselt (Hochschule Rapperswil, Themenblatt Nr. 5, Seite 1). Auch in der Gemeinde Unterägeri wird der Mehrlängenzuschlag aufgrund der Fassadenlänge berechnet (Art. 45 Abs. 3 BO Unterägeri). Der Mehrlängenzuschlag gemäss BO Unterägeri fusst jedoch nicht auf der Gebäudelänge bzw. -breite nach kantonalem, sondern auf der Fassadenlänge nach gemeindlichem Recht.

Die Fassadenlänge ist kein kantonaler, sondern ein Begriff der BO Unterägeri. Die Gemeinde Unterägeri hat es jedoch unterlassen, diesen Begriff zu definieren. Deshalb erfolgt die Berechnung der Fassadenlänge nach allgemein anerkannten Regeln. Insbesondere die Gemeinde Unterägeri geht offenbar bis heute davon aus, dass rückspringende Fassadenteile nur dann bei der Fassadenlänge zu berücksichtigen sind, wenn sie von einem Strahl von 45° ab der vorderen Fassadenecke gemessen geschnitten werden. An dieser Praxis ist aus kantonaler Sicht nichts auszusetzen. Zusätzlich geht die Gemeinde Unterägeri offenbar davon aus, dass für die Bestimmung der Fassadenlänge einzig die Fassaden der Hauptbauten, nicht aber die Fassaden der mit den Hauptbauten zusammengebauten Kleinbauten massgebend seien. Für diese Praxis fehlt die gesetzliche Grundlage. Sie hat schon mehrfach zu Diskussionen mit der Baudirektion Anlass gegeben.

Vorliegend ist das Hauptgebäude mit der als Kleinbaute geltenden Doppelgarage zusammengebaut. Nachfolgend bedarf es deshalb der Interpretation des Begriffs der Fassadenlänge mit Hilfe der verschiedenen Auslegungsmethoden.

Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung. Zur Anwendung gelangen die grammatikalische, systematische und teleologische Auslegungsmethode. Auch im Verwaltungsrecht herrscht Methodenpluralismus, d.h. dass keiner Interpretationsmethode ein grundsätzlicher Vorrang zuerkannt wird. Vielmehr sollen bei der Anwendung auf den einzelnen Fall alle jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (BGE 110 Ib 1, 8). Die wertende Gegenüberstellung gegenläufiger privater und öffentlicher

Interessen ist gerade im Verwaltungsrecht von zentraler Bedeutung. Trotzdem steht auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts gemäss bundesgerichtlicher Praxis die teleologische Interpretation im Vordergrund. Dabei wird auf Sinn und Zweck bzw. auf die Wertungen abgestellt, die einer Gesetzesbestimmung zugrunde liegen (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2005, N 75 ff.).

a) Massgebliches Element der grammatikalischen Auslegung ist der Gesetzestext. Aus dem Gesetzestext lässt sich einzig ableiten, dass der Grenzabstand für Hauptbauten von der Fassadenlänge abhängig ist. Danach gelten die Mindestgrenzabstandsvorschriften in der Wohnzone W3 nur für Gebäude mit einer Fassadenlänge von 12 m. Bei längeren Fassaden muss ein Mehrlängenabstand eingehalten werden (Art. 45 Abs. 2 und 3 BO Unterägeri). Die Frage, wie die Fassadenlänge zu ermitteln ist, lässt Art. 45 BO Unterägeri offen. Die grammatikalische Methode bringt also keine Klärung.

b) Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen desselben Erlasses und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiert. Artikel 45 BO Unterägeri legt die Grundmasse für die Einzelbebauung von Grundstücken, insbesondere auch für Bauvorhaben in der Wohnzone W3, fest. Artikel 18 BO Unterägeri ist in Bezug auf die Grenzabstandsvorschriften als *lex specialis* zu Art. 45 BO Unterägeri für Kleinbauten zu betrachten. Beide Bestimmungen äussern sich jedoch nicht zur Frage, wie die Fassadenlänge zu ermitteln ist. Auch die systematische Auslegung hilft nicht weiter.

c) Die teleologische Interpretation stellt auf die Zweckordnung ab, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist. Der Wortlaut soll nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet werden. Es muss aber immer der Zweck in der Norm selbst enthalten sein. Der Gesetzgeber wollte die Abstandsvorschriften in Abhängigkeit mit der Fassadenlänge stellen. Je länger eine Fassade ist, desto grösser muss der Grenzabstand werden. Der Gesetzgeber hat festgelegt, dass die Mindestgrenzabstände gemäss Art. 45 Abs. 1 BO Unterägeri nur für Gebäude mit einer Fassadenlänge bis zu 12 m zur Anwendung gelangen. Überschreitet die Fassadenlänge dieses Mass, kommt zum Mindestgrenzabstand ein Mehrlängenzuschlag hinzu (Art. 45 Abs. 2 und 3 BO Unterägeri). Diese Vorschrift hat nachbarschützende Funktion. Gemäss dem Gesetzgeber soll sich der Nachbar darauf berufen können, dass angrenzend an seine Parzelle ein Gebäude nicht mit einer langen Fassadenflucht in Erscheinung treten darf. Soll trotzdem eine lange Fassadenflucht entstehen, muss der Mindestgrenzabstand gemäss

Art. 45 Abs. 1 BO Unterägeri erhöht werden. Für den Nachbarn ist dabei jedoch unbeachtlich, ob das Gebäude zu Wohnzwecken genutzt oder ob es als Kleinbaute betrachtet wird und mit 5 m Firsthöhe ein Ausmass erreichen kann, das fast einem zweigeschossigen Gebäude gleichkommt. Gestützt auf die teleologische Auslegung ist klar, dass für die Ermittlung der Fassadenlänge das gesamte Ausmass eines Gebäudes, d.h. das Ausmass des Hauptbaus samt angebaute Kleinbaute massgebend ist. Für eine Beschränkung der Fassadenlänge auf den Hauptbau ohne Berücksichtigung der Fassade der angebauten Kleinbaute fehlt die gesetzliche Grundlage. Eine solche Interpretation wäre angesichts der Zielsetzung dieser Bestimmung willkürlich.

Damit steht fest, dass einzig die teleologische Interpretation von Art. 45 BO Unterägeri den Begriff der Fassadenlänge zu erhellen mag. Daraus ergibt sich nun aber, dass die Fassadenlänge des als Wohnhaus dienenden Hauptgebäudes und jene der Kleinbaute zusammenzuzählen sind.

8. Das Gebäude der Bauherrschaft samt geplantem Anbau einer Kleinbaute weist diverse Vor- und Rücksprünge auf. Sie werden jeweils vom gemäss gemeindlicher Praxis angewendeten Strahl von 45° ab der vorderen Fassadenecke gemessen geschnitten. Da auch der abgewinkelte Teil der Kleinbaute von diesem 45° Strahl ab der vorderen Fassadenecke geschnitten wird, zählt auch dieser Teil zur Fassadenlänge. Daraus ergibt sich, dass vorliegend von einer Fassadenlänge von rund 18.20 m auszugehen ist. Es steht also fest, dass sich aufgrund dieser Fassadenlänge die betreffenden Grenzabstände, rechtwinklig zur Fassade gemessen, um einen Fünftel der das Maximalmass von 12 m übersteigenden Länge erhöhen (Art. 45 Abs. 2 und 3 BO Unterägeri). Dies ergibt vorliegend in der Wohnzone W3 bei einem Mindestgrenzabstand von 5 m einen Mehrlängenabstand von 1.24 m $[(18.20 \text{ m} - 12 \text{ m}) : 5]$.

Das Hauptgebäude weist jedoch von seinem nordseitigen Anbau lediglich einen Grenzabstand von 3.40 m bis zur Grenze der Liegenschaft des Beschwerdeführers auf. Daraus erhellt, dass der Hauptbau den ordentlichen, in der Wohnzone W3 geltenden Grenzabstand von 5 m (Art. 45 Abs. 1 BO Unterägeri) bereits unterschreitet. Diesbezüglich kann sich das bestehende Gebäude auf die Bestandesgarantie berufen. Weil die Ortsplanung der Gemeinde Unterägeri noch nicht an das PBG angepasst worden ist (§ 71 Abs. 1 PBG), richtet sich die Bestandesgarantie nicht nach der kantonalen Vorschrift (§ 72 Abs. 2 PBG). Vorliegend gelangt weiterhin die gemeindliche Vorschrift zur Bestandesgarantie zur Anwendung (Art. 2 BO Unterägeri). Danach ist der Weiterbestand von Bauten und Anlagen, welche vor Inkrafttreten der

Bauordnung bewilligt oder erstellt worden sind, gewährleistet. Sie dürfen unterhalten und innerhalb des bestehenden Volumens um- und ausgebaut werden. Die Bestimmungen über die Ausnützung, Geschosse, Höhenlage, Gebäude- und Firsthöhe sowie Grenz- und Gebäudeabstände entfallen (Art. 2 Abs. 2 BO Unterägeri). Demgegenüber ist diese Bauordnung bei wesentlichen Änderungen, namentlich bei Erweiterungen einzuhalten (Art. 2 Abs. 3 BO Unterägeri).

Der Anbau der Kleinbaute an den Hauptbau findet unbestrittenermassen nicht innerhalb des bestehenden Volumens statt. Er stellt gemäss Art. 2 Abs. 3 BO Unterägeri eine Erweiterung des bestehenden Gebäudes ausserhalb des bestehenden Volumens dar. Aus diesem Grund müssen die Massvorschriften der BO Unterägeri insbesondere in Bezug auf die Abstände vollumfänglich eingehalten werden. Der Anbau der Kleinbaute durchbricht den bestandesrechtlichen Schutz des Hauptgebäudes. Um die Kleinbaute in der vorliegend geplanten Grösse und Form an den Hauptbau anbauen zu können, müsste der Hauptbau einen Grenzabstand von mindestens 6.24 m ($5\text{ m} + 1.24\text{ m}$) aufweisen. Mit einem effektiven Grenzabstand von 3.40 m unterschreitet er den notwendigen Mindestabstand von 6.24 m bei Weitem.

Damit steht nun aber fest, dass der Hauptbau, insbesondere durch den Anbau der Kleinbaute und die damit einhergehende erweiterte Fassadenlänge, die Grenzabstandsvorschriften verletzt. Die Beschwerde ist in diesem Umfang begründet, weshalb sie gutzuheissen ist.

Regierungsrat, 8. Januar 2008

§ 5 VPBG § 45 Abs. 2 BO Baar – Wie viel darf eine Unterniveaubaute aus dem gewachsenen Terrain herausragen?

Aus den Erwägungen:

5. Als letzte Rüge macht der Beschwerdeführer geltend, dass die als Unterniveaubaute bezeichnete Einstellhalle und die übrigen Räume im Untergeschoss keine Unterniveaubaute seien, da sie das gewachsene Terrain um bis zu 1.4 m überragen würden.

a) Der Begriff der Unterniveaubaute wird in § 5 V PBG definiert. Danach enthalten Unterniveaubauten unterirdisch angelegte Räume und sie überragen das gewachsene Terrain, in besonderen Fällen das neue Terrain, an keinem Punkt in erheblichem Masse.

b) Ein Blick in die bewilligten Planunterlagen zeigt, dass auf der Nordwestseite die Tiefgarage bzw. das Untergeschoss zwischen 10 cm und max. 80 cm aus dem gewachsenen Terrain herausragt. Auf der Südwestseite überragt das Untergeschoss das gewachsene Terrain um max. 60 cm. Ähnlich sieht die Situation auf der Südostseite des Gebäudes aus, wo das Untergeschoss bis zu 70 cm aus dem gewachsenen Terrain herausragt. Auf der Nordwestseite schliesslich überragt die Tiefgarage bzw. das Untergeschoss das gewachsene Terrain um max. 50 cm. Diese Angaben zeigen, dass das Untergeschoss auf allen Seiten geringfügig aus dem gewachsenen Terrain herausragt, an keinem Punkt überragt es jedoch das gewachsene Terrain in einem erheblichen Masse. Die Frage, wann eine Unterniveaubaute in erheblichen Masse aus dem Terrain herausragt, muss im Anwendungsfall beantwortet werden und dies hängt auch von der jeweiligen Situation ab. Als Richtgrösse ist dabei etwa von einem Masse von einem Meter auszugehen. Dieses Masse ist im vorliegenden Fall überall eingehalten. Die Vorinstanz hat damit das Untergeschoss zu Recht als Unterniveaubaute bezeichnet, die einen Grenzabstand von 1 m einhalten muss (§ 45 Abs. 2 BO Baar).

Regierungsrat, 9. Dezember 2008

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

Vorbemerkungen

Die wichtigste Rechtsgrundlage in Sachen Datenschutz und Datensicherheit ist für die öffentliche Verwaltung das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000 (BGS 157.1; im Folgenden: DSG).

Neue Befugnisse 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 beziehungsweise abgelehnt, hat der DSB die Angelegenheit der vorgesetzten Stelle zum Entscheid vorzulegen:

In gemeindlichen Angelegenheiten

Diesbezüglich ist der Gemeinderat zuständig. Werden die erforderlichen Massnahmen durch den Gemeinderat ganz oder teilweise abgelehnt, so kann der DSB den Entscheid des Gemeinderates gestützt auf § 20 Abs. 4 DSG in Verbindung mit § 40 Abs. 1 VRG beim Regierungsrat anfechten.

Allenfalls kann der DSB auch 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. Deren Entscheid kann der DSB anschliessend dem Regierungsrat zum Entscheid vorlegen.

Lehnt der Regierungsrat die Empfehlung des DSB ganz oder teilweise ab, so hat der DSB aufgrund der DSG-Revision 2008 neu die Möglichkeit, den Entscheid gestützt auf § 20 Abs. 4 DSG in Verbindung mit § 61 des Verwaltungsrechtspflegesetzes (VRG; BGS 162.1) beim Verwaltungsgericht anzufechten und dessen Entscheid an das Bundesgericht weiterzuziehen (Näheres dazu und zur DSG-Revision: Tätigkeitsbericht des Datenschutzbeauftragten 2008, S. 6/7).

In kantonalen Angelegenheiten

Diesfalls ist der Regierungsrat zuständig. Auch hier hat der DSB die Möglichkeit, gegen den Entscheid des Regierungsrates wie vorstehend beschrieben, den Rechtsweg zu beschreiten.

Aufgrund von § 19 Abs. 1 Bst. f DSG besteht zudem stets 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 direkte Weisungsbefugnisse gegenüber den Organen hat, jedoch seit dem Inkrafttreten der DSG-Revision (08. November 2008) seine Empfehlungen gerichtlich überprüfen lassen kann.

Grundsätzlich soll der Datenschutz in der Verwaltung jedoch wie bis anhin in erster Linie durch Information, Beratung und Ausbildung umgesetzt werden.

Im Folgenden werden vier Fälle aus der DSB-Beratung des Jahres 2008 dargestellt. Über 330 weitere Fälle und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis finden sich in den bisher erschienenen ausführlichen Tätigkeitsberichten des DSB der Jahre 1999 bis 2008. Diese können kostenlos beim Datenschutzbeauftragten bestellt werden. Sie stehen auch auf der Website des DSB zu Verfügung: «www.datenschutz-zug.ch».

I. Privates Bauprojekt: Bekanntgabe der Baukosten bei der öffentlichen Auflage

Ausgangslage

Wollen Private bauen, haben sie bei der Gemeinde ein Baugesuch einzureichen. Ist ein Baugesuch grundsätzlich bewilligungsfähig, legt die Gemeinde das Baugesuch öffentlich auf. Jedermann kann ein aufgelegtes Baugesuch einsehen. Ein Bauherr vertritt die Ansicht, dass die Kosten des Bauprojekts gegenüber der Öffentlichkeit abzudecken seien, da diese Information für allfällige Einsprecher nicht relevant sei. Zudem würden aufgelegte Baugesuche in ländlichen Gebieten oft nur eingesehen, um sich ein Bild über die finanziellen Verhältnisse des Bauherrn zu machen.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Zur Bekanntgabe der Baukosten gegenüber der Baubehörde

Es war unbestritten, dass das gemeindliche Bauamt die Kosten des Projekts kennen muss, einerseits aufgrund von Vorgaben des Bundes bezüglich Statistiken, andererseits um allenfalls grundsätzlich abschätzen zu können, ob vorschriftsgemäss geplant und gebaut wird.

2. Zur Bekanntgabe der Baukosten bei der öffentlichen Auflage

§ 45 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG, BGS 721.11) sieht vor, dass Baugesuche grundsätzlich durch den Gemeinderat während 20 Tagen öffentlich aufzulegen sind. Das PBG macht aber keine Aussagen darüber, welche Informationen im Einzelnen aufzulegen sind. Auch in der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz (V PBG, BGS 721.111) finden sich keine näheren Ausführungen dazu.

Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip. Dieses fordert, dass die Verwaltungsmassnahme ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellt, um das zu verwirklichende Ziel zu erreichen, und dass sie insgesamt in einem vernünftigen Verhältnis zu allfälligen Beschränkungen, die Betroffene erleiden können, stehen.

Bauvorhaben können eine Vielzahl von Auswirkungen auf die unmittelbare Nachbarschaft haben. Die öffentliche Auflage von Baugesuchen hat deshalb zum Ziel, den durch ein Bauvorhaben möglicherweise betroffenen Grundeigentümern die Möglichkeit zu geben, zu prüfen, ob das Vorhaben Auswirkungen hat, die ihre geschützten Rechte tangiert und ob sie sich dagegen mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln allenfalls zur Wehr setzen wollen.

Um diese Prüfung vornehmen zu können, müssen Nachbarn Einsicht in alle diesbezüglich geeigneten Informationen erhalten (Pläne, Projektbeschreibung etc.). In aller Regel dürfte das Einhalten von Abständen, Verbauung von Aussicht, Schattenwurf, Zufahrten etc. im Vordergrund des nachbarschaftlichen Interesses stehen.

Die Höhe der Baukosten sind in Bezug auf mögliche Auswirkungen auf benachbarte Grundstücke jedoch nicht von Bedeutung. Sie sind somit für die Wahrung der Rechtsposition von Nachbarn weder geeignet noch erforderlich.

Eine allfällige öffentliche Auflage der Höhe der Baukosten eines Bauvorhabens tangiert die Bauherrschaft in ihren Rechten stark, wird doch daraus ersichtlich, über welche finanzielle Ressourcen ein Bauherr verfügt und in welchen

Verhältnissen er lebt (bescheiden oder luxuriös).

Nachdem die Kenntnis der Höhe der Baukosten eines Vorhabens für allfällige Betroffene weder geeignet noch notwendig ist, der Bauherr auf der anderen Seite in seinen Rechten durch eine öffentliche Bekanntgabe dieser Information stark betroffen wird, ist letztere somit der Öffentlichkeit nicht bekanntzugeben.

Fazit

Für die Öffentlichkeit beziehungsweise allfällige Beschwerdeberechtigte sind die Baukosten keine relevante Information. Die Baukosten sind somit bei der öffentlichen Auflage abzudecken.

Ergänzender Hinweis

Die Baudirektion des Kantons Zug teilte unsere Rechtsauffassung. Sie instruierte anlässlich der Bauverwaltertagung im Oktober 2008 die Bauverwalter aller Zuger Gemeinden entsprechend.

II. Bekanntgabe der vormundschaftlichen Massnahmen an die Einwohnerkontrolle?

Fragestellung

Die Vormundschaftsbehörde verfügt über die Daten bezüglich Bestehen vormundschaftlicher Massnahmen. Über welche diesbezüglichen Daten muss auch die gemeindliche Einwohnerkontrolle verfügen?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Sind alle vormundschaftlichen Massnahmen der Einwohnerkontrolle bekanntzugeben?

Die Einwohnerkontrolle ist zuständig für die Registrierung der Niederlassung und des gesetzlichen Wohnsitzes gemäss Art. 23 ff. ZGB einer Person. Gemäss Art. 25 Abs. 2 ZGB haben bevormundete Personen ihren Wohnsitz am Sitz der Vormundschaftsbehörde. Für die korrekte Registrierung muss die Einwohnerkontrolle daher Kenntnis haben, ob eine Person bevormundet ist oder nicht.

Daneben hat die Einwohnerkontrolle verschiedene weitere Aufgaben zu erfüllen, bei der das Vorliegen der Handlungsfähigkeit einer Person von entscheidender Bedeutung ist:

- Sie führt gemäss § 4 des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen (BGS 131.1) das Stimmregister über die Stimmberechtigten. Personen, die wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt sind, sind gemäss § 27 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Zug (BGS 111.1) nicht stimmberechtigt.
- Sie hat gemäss § 57a Abs. 2 des Gemeindegesetzes (BGS 171.1) die Handlungsfähigkeit einer Person zu bestätigen.
- Sie ist antragstellende Behörde im Sinne des kantonalen Ausführungsrechts zum Bundesgesetz über die Ausweise Schweizer Angehöriger (§ 2 der Verordnung zur Bundesgesetzgebung über die Ausweise Schweizer Angehöriger; BGS 122.3). Gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über die Ausweise für Schweizer Staatsangehörige (Ausweisgesetz; SR 143.1) benötigen unmündige und entmündigte Personen die schriftliche Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertretung, um einen Antrag auf Ausstellung eines Ausweises stellen zu können.

Sofern die Handlungsfähigkeit einer mündigen Person beschränkt wird, ist dies der Einwohnerkontrolle zu melden. Dies betrifft die Vormundschaft und die Beistandschaft gemäss Art. 395 ZGB (im Folgenden ist Art. 395 ZGB miteingeschlossen, wenn von «Vormundschaft» die Rede ist) von Mündigen und Unmündigen. Die Einwohnerkontrolle benötigt diese Angaben somit, um ihre eigenen Aufgaben rechtskonform erfüllen zu können.

Wird einem Elternteil die Obhut über Kinder entzogen, ist dies der Einwohnerkontrolle zu melden, damit diese Kenntnis hat, wer für eine allfällige Abmeldung aus der Gemeinde zuständig ist.

Der Einwohnerkontrolle kommt aber grundsätzlich nicht die Funktion einer allgemeinen «Datendrehscheibe» für andere Zwecke oder für andere Organe zu. Zuständig ist die Vormundschaftsbehörde, verfügt doch sie über alle diesbezüglich relevanten und aktuellen Angaben und Daten.

Ist die Handlungsfähigkeit einer Person dagegen nicht tangiert – wie dies grundsätzlich bei der Beistandschaft und bei der Beiratschaft der Fall ist –, ist die Einwohnerkontrolle unseres Erachtens in der Regel nicht zu informieren. Diese Infor-

mation ist für die Erfüllung ihrer Aufgaben nicht erforderlich. Allenfalls kann es aber für die Vormundschaftsbehörde von Nutzen sein, wenn die Einwohnerkontrolle auch diesbezüglich informiert ist, damit allfällige Abmeldungen der Vormundschaftsbehörde gemeldet werden können.

Vertretungsbeistandschaften gemäss Art. 392 ZGB und Beistandschaften bezüglich Vermögensverwaltungen im Rahmen von Art. 393 ZGB sind der Einwohnerkontrolle nicht zu melden, da diese Angaben für die Aufgabenerfüllung der Einwohnerkontrolle unseres Erachtens nicht erforderlich sind.

2. Verschiedene Behörden haben einen Online-Zugriff auf die Daten der Einwohnerkontrolle. Welche Daten bezüglich vormundschaftlichen Massnahmen dürfen für sie ersichtlich sein?

Eine ganze Reihe von Verwaltungsstellen hat direkten Zugriff auf die Daten der Einwohnerkontrolle. So etwa das Steueramt, das Strassenverkehrsamt, die Zuger Polizei und weitere Stellen.

Unseres Erachtens sind diese Stellen nur berechtigt, im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung diejenigen Informationen zu beziehen, die sich auf die Handlungsfähigkeit einer Person beziehen und über die Person des gesetzlichen Vertreters.

3. Darf im Rahmen einer Adressauskunft auch der Name der Mandatsperson mitgeteilt werden?

Die Bekanntgabe von Angaben über Einwohnerinnen und Einwohner an Private ist in § 8 Abs. 2 des Datenschutzgesetzes ausdrücklich geregelt. Die Tatsache des Vorliegens einer Vormundschaft ist dort nicht erwähnt; ebenso wenig die Angaben zu einer allfälligen Mandatsperson.

Über die Errichtung einer Vormundschaft wird die Öffentlichkeit gestützt auf Art. 375 bzw. Art. 387 Abs. 2 ZGB durch besondere Publikationen – etwa im Amtsblatt – in Kenntnis gesetzt. Verlangen Dritte, etwa im Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen, Auskunft über das Vorliegen einer Vormundschaft und über die Angaben zum Mandatsträger, so kann diesbezüglich auch die Einwohnerkontrolle Auskunft erteilen, da es sich bei der Auskunftserteilung im Einzelfall um einen weniger schwerwiegenden Eingriff als bei einer Veröffentlichung im Amtsblatt handelt (vgl. dazu auch unsere Ausführungen im Tätigkeitsbericht 1999 Fall Nr. 16 S. 17/18).

Im Internet darf gestützt auf § 6 Abs. 3 des Publikationsgesetzes (BGS 152.3) weder die Errichtung einer Vormundschaft noch die Person des Mandatsträgers veröffentlicht werden.

4. Wer darf bezüglich der vormundschaftlichen Massnahme Auskunft erteilen – nur die Behörde oder auch die eingesetzte Mandatsperson?

Datenherrin ist grundsätzlich die Vormundschaftsbehörde. Sie gibt im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung Auskunft. Gleiches gilt grundsätzlich aber auch für die Mandatsperson.

5. Können Daten bezüglich vormundschaftlicher Massnahmen durch die Betroffenen gesperrt werden?

Die Datensperre im Sinne von § 9 des Datenschutzgesetzes bezieht sich ausschliesslich auf eine allfällige Datenbekanntgabe zwischen Privaten. Die Datenbekanntgabe zwischen Organen kann nicht gesperrt werden: Entweder hat ein Organ einen gesetzlich vorgesehenen Anspruch auf Daten eines anderen Organs – oder es gibt keinen Datenaustausch.

Sofern zudem ausdrückliche gesetzliche Publikationspflichten bestehen – etwa Art. 375 ZGB –, können solche Daten gegenüber der Öffentlichkeit nicht gesperrt werden.

Fazit

Bezüglich der Daten vormundschaftlicher Massnahmen ist die Vormundschaftsbehörde Datenherrin. Grundsätzlich kann denn auch nur sie die Richtigkeit der Daten garantieren und allenfalls dafür haften. Sie darf anderen Organen nur gestützt auf ausdrückliche gesetzliche Grundlagen Daten bekanntgeben. Die Einwohnerkontrolle erhält nur diejenigen Daten, die sie selber für die Erfüllung ihrer eigenen gesetzlichen Aufgaben benötigt. Sie ist aber nicht befugt, ihrerseits solche Daten beliebig weiterzugeben.

Benötigen andere Organe Daten betreffend vormundschaftlicher Massnahmen, so haben diese sich in erster Linie an die betroffene Person selber, in zweiter Linie an die zuständige Datenherrin, somit an die zuständige Vormundschaftsbehörde zu wenden.

III. Darf der Sozialdienst routinemässig Halterabklärungen beim Strassenverkehrsamt vornehmen?

Sachverhalt

Wer Sozialhilfe bezieht, muss Auskunft darüber geben, ob sie oder er ein Motorfahrzeug besitzt oder nicht. Darf der gemeindliche Sozialdienst nun bei jeder Neuanmeldung einer Person und zudem periodisch bei Sozialhilfebezüglern – somit systematisch in allen Fällen – beim Strassenverkehrsamt abklären, ob eine Person als Halter eines Motorfahrzeuges geführt wird?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Auskunftspflicht des Sozialhilfebezüglers

Wer um Unterstützung nachsucht, hat gestützt auf § 23 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes (BGS 861.4) über seine Verhältnisse wahrheitsgetreu Auskunft zu geben und die zur Abklärung erforderlichen Unterlagen einzureichen. Sie oder er hat zudem gemäss § 23 Abs. 2 Sozialhilfegesetz erhebliche Änderungen in den Verhältnissen unverzüglich zu melden. Wer um Sozialhilfe ersucht oder solche bezieht, ist somit verpflichtet, der zuständigen Sozialbehörde von sich aus bekannt zu geben, ob ein Motorfahrzeug vorhanden ist.

Unvollständige oder unwahre Angaben führen übrigens aufgrund von § 25 Abs. 3 Sozialhilfegesetz zu einer Rückerstattungspflicht. Zudem kann abgeklärt werden, ob allenfalls strafbares Verhalten – insbesondere: Betrug – vorliegt.

2. Recht auf Datenbezug des Sozialdienstes

Die Sozialbehörden sind zudem gemäss § 23 Abs. 3 Sozialhilfegesetz berechtigt, nötigenfalls bei Dritten Auskünfte einzuholen, in der Regel nach Orientierung des Betroffenen. Damit ist gemäss geltendem Recht klar geregelt, dass nur im Einzelfall, etwa bei allfälligem Verdacht auf unwahre Angaben, eine Abklärung beim Strassenverkehrsamt vorzunehmen ist.

3. Auskunftserteilung durch das Strassenverkehrsamt

Die gleiche Regelung sieht auch das Strassenverkehrsrecht vor. Die Register des Strassenverkehrsamtes sind gemäss Art. 125 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV; SR 741.51) grundsätzlich nicht öffentlich (ergänzender Hinweis: gemäss Art. 126 VZV können Private den Halter eines bestimmten – nicht gesperrten – Kennzeichens beim Strassenver-

kehrsam in Erfahrung bringen). Zur Beurteilung von Verwaltungsverfahren werden gemäss Art. 125 Abs. 2 VZV an Behörden auf schriftliches Gesuch hin die dafür erforderlichen Auskünfte erteilt. Auch hier ist somit nicht eine systematische und zudem periodische Bekanntgabe vorgesehen, sondern nur eine Bekanntgabe im konkreten Einzelfall.

Wollte man in diesem Bereich einen systematischen Datenaustausch vorsehen, müsste das Bundesrecht entsprechend angepasst werden. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass ausgeliehene oder gemietete Fahrzeuge nicht eruiert werden könnten, da der Halter eines solchen Fahrzeugs in aller Regel ein Dritter, nicht aber der Sozialbezüger selber, ist.

Somit würde in der Praxis ein nicht unbedeutender Kontrollaufwand der Sozialbehörden und des Strassenverkehrsamtes – für die bezüglich Motorfahrzeugen offenbar selten vorkommenden Betrugsfälle – zu keinen sinnvollen und lohnenden Verbesserungen führen.

IV. Wie kann eine Datensperre aufgehoben werden?

Hinweis

Die folgenden Ausführungen beruhen auf dem Beitrag «Durchbrechung einer Datensperre» des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich in «Fakten» 1/2000 S. 4–9 (dort findet sich übrigens auch ein Schema, das den Verfahrensablauf illustriert), geben jedoch die Zuger Rechtslage wieder.

Ausgangslage

§ 9 Abs. 1 des Datenschutzgesetzes des Kantons Zug (DSG; BGS 157.1) sieht vor, dass jedermann voraussetzungslos vom Organ verlangen kann, dass die eigenen Daten nur an Organe, nicht aber an Private bekanntgegeben werden dürfen.

§ 9 Abs. 3 Bst. b DSG sieht die Aufhebung der Sperre vor, wenn «die oder der Dritte glaubhaft macht, dass sie oder er dadurch behindert wird, schutzwürdige Ansprüche gegenüber der betroffenen Person geltend zu machen. Der betroffenen Person ist vorher wenn möglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben».

Wo spielt die Datensperre in der Praxis eine Rolle?

Schwergewichtig ist die Datensperre bei der Einwohnerkontrolle, beim Strassenverkehrsamt und bei Veröffentlichungen im Internet wichtig:

Hat eine Privatperson ihre Daten nicht gesperrt, so gibt die gemeindliche Einwohnerkontrolle Privaten im Rahmen von § 8 DSG Auskunft. Im Weiteren können beim Strassenverkehrsamt die Fahrzeughalterdaten durch Private erfragt werden, sofern die betroffene Person keine Sperre ihrer Daten verlangt hat. Zudem kann eine Privatperson durch eine Sperre grundsätzlich verhindern, dass ihre Daten durch ein Organ im Internet veröffentlicht werden.

Fragestellung

Wie ist bei der Durchbrechung einer Sperre konkret vorzugehen und welche Rechte hat diesbezüglich die betroffene Person?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Voraussetzungslose Errichtung der Sperre

Das in § 9 Abs. 1 DSG festgehaltene Sperrrecht beruht auf dem Recht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 Bundesverfassung; BV) beziehungsweise auf dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV sowie Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention/EMRK), das jeder Person ein Herrschaftsrecht über die sie betreffenden Daten gewährt.

Jede Person kann jederzeit die Bekanntgabe ihrer Daten an private Dritte sperren lassen, ohne dass sie irgendwelche konkrete Gründe oder Motive nachweisen müsste. Die angesprochene Behörde hat somit keinen Handlungsspielraum. Sie muss die Sperre einrichten, sobald der Wille schriftlich klar mitgeteilt worden ist (§ 9 Abs. 1 und Abs. 2 DSG). Die Sperre muss durch das Organ gemäss § 9 Abs. 2 DSG schriftlich bestätigt werden.

Daraus folgt, dass die Behörde keinerlei Kenntnisse darüber hat, aus welchen Überlegungen eine Sperre eingerichtet worden ist. Insbesondere erhält sie keine Hinweise auf eine allfällige konkrete Bedrohungssituation bezüglich der Daten sperrenden Person. Dem staatlichen Organ fehlen somit die erforderlichen Hintergrundinformationen, wenn es abklären muss, ob eine bestimmte Anfrage beantwortet und die Sperre in einem Einzelfall durchbrochen werden kann.

2. Verfahren zur Durchbrechung einer Sperre

Damit eine betroffene Person das Sperrrecht jedoch nicht missbrauchen kann, um der Durchsetzung von begründeten Ansprüchen ihr gegenüber zu entgehen, sieht § 9 Abs. 3 DSG Möglichkeiten vor, eine Sperre im Einzelfall zu durchbrechen.

Der Entscheid bezüglich Aufhebung beziehungsweise Nichtaufhebung einer Datensperre gemäss § 9 Abs. 3 DSG ist rechtlich als Verfügung zu qualifizieren. Der Verfügungsadressat kann dagegen den ordentlichen Rechtsweg beschreiten. Nach Möglichkeit ist vor Erlass der belastenden Verfügung der betroffenen Person gestützt auf § 9 Abs. 3 lit. b DSG das rechtliche Gehör zu gewähren.

Zwar ändert eine Durchbrechung der Sperre im Einzelfall nichts an der grundsätzlichen Weitergeltung der Sperre. Trotzdem bleibt die Rechtsstellung der Daten sperrenden Person durch die Auskunftserteilung nicht unberührt, wurde die Sperre doch gerade eingerichtet, um solche Auskünfte an Dritte zu verhindern.

Würde die Sperre ohne Weiteres durchbrochen, würde die betroffene Person der Möglichkeit beraubt, in umfassender Weise autonom zu bestimmen, wer ihre Daten erhält. Die Daten würden dadurch gegen ihren ausdrücklichen Willen an private Dritte bekannt gegeben und die Regelung der Sperre im Gesetz wäre sinnlos.

Aus diesem Grund ist vor einer Durchbrechung der Sperre der betroffenen Person das rechtliche Gehör zu gewähren, und eine allfällige Durchbrechung einer Sperre ist als Verfügung im verwaltungsrechtlichen Sinne zu qualifizieren.

Durch eine allfällige Bekanntgabe gesperrter Daten wird dem Willen der betroffenen Person um Informationssperre nicht Folge geleistet, womit einem Begehren auf Grund des Datenschutzgesetzes nicht entsprochen wird. Folglich muss das Organ gestützt auf § 16 DSG einen begründeten, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Entscheid erlassen.

Gemäss § 23 DSG kann gegen Entscheide der Organe Einsprache erhoben werden, wobei gemäss § 22 DSG sich die Rechtspflege nach dem Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (VRG; BGS 162.1) richtet.

Auch von der praktischen Ausgangslage her erscheint eine vorherige Anhörung der betroffenen Person als erforderlich: Wie dargelegt, kennt die Behörde die Gründe für die Errichtung einer Sperre nicht. Sie kann deshalb im Einzelfall gar keine Interessenabwägung vornehmen, da ihr nur die Vorbringen der gesuchstellenden Per-

son zur Verfügung stehen. Vielmehr braucht sie zwingend auch die Informationen bezüglich der Interessen der betroffenen Person.

Damit werden im Übrigen beiden Parteien gleich lange Spieße zugestanden: Erachtet die Behörde die Gründe für die Durchbrechung einer Sperre nicht als ausreichend, verweigert sie die Bekanntgabe der Daten. Die gesuchstellende Person, welche die Daten zur Durchsetzung ihrer Rechte braucht beziehungsweise behauptet, diese zu benötigen, kann den ablehnenden Entscheid auf dem Rechtsweg anfechten.

Im Gegenzug kann sich auch die Person, die durch eine in Aussicht gestellte Durchbrechung der Sperre betroffen ist, mit Rechtsmitteln zur Wehr setzen.

3. Voraussetzungen der Durchbrechung: Glaubhaftmachung einer Behinderung in der Rechtsdurchsetzung.

Neben der gesetzlichen Verpflichtung zur Herausgabe gesperrter Daten (§ 9 Abs. 3 lit. a DSG) nennt das Gesetz nur einen einzigen ausreichenden Grund für die Durchbrechung einer Sperre: Die Glaubhaftmachung einer Behinderung bei der Geltendmachung schutzwürdiger Ansprüche gegenüber der betroffenen Person (§ 9 Abs. 3 lit. b DSG).

Konkret sind von der rechtsanwendenden Behörde somit die folgenden Voraussetzungen abzuklären:

Erstens müssen eigene Rechte der betroffenen Person gegenüber vorgebracht werden. Blosser Absichten einer Vertragsentstehung reichen beispielsweise nicht aus. Vielmehr muss der Rechtsanspruch bereits bestehen. Dabei erscheinen alle Rechte, unabhängig vom Entstehungsgrund, als zur Durchbrechung einer Sperre geeignet (z.B. Zahlungsanspruch aus einem Vertrag, Besuchsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils usw.).

Zweitens muss die Rechtsdurchsetzung ohne die gesperrten Daten behindert sein. Lediglich eine Unbequemlichkeit würde den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen. Immerhin reicht eine blosser Behinderung aus; es muss somit nicht nachgewiesen werden, dass die Rechtsdurchsetzung ohne die beantragten Daten schlichtweg verunmöglicht wäre. Die Ansprüche müssen zudem schutzwürdig sein.

Die Voraussetzungen müssen nicht bewiesen werden; lediglich ein Glaubhaftmachen ist verlangt. Damit ist kein Beweis im Sinne der Vorlage einer Urkunde gemeint. Eine

schlüssige, glaubwürdige und widerspruchsfreie Sachverhaltsdarstellung kann daher durchaus genügen. Bei bestehenden Zweifeln reicht jedoch die blossе Behauptung nicht. Eine Beurteilung nach den gesamten Umständen muss die Überzeugung ergeben, dass die Angaben der gesuchstellenden Person korrekt sind.

4. Anhörung der betroffenen Person

Das Glaubhaftmachen von eigenen Rechten wie auch von einer Behinderung bei deren Durchsetzung macht nur die Berechtigung der gesuchstellenden Seite wahrscheinlich. Damit ist die Position der Gegenseite noch mit keinem Wort gewürdigt. Deshalb ist die angegangene Behörde zu einer Anhörung der Gegenseite verpflichtet (§ 9 Abs. 3 Bst. b DSG in Verbindung mit § 15 Abs. 1 VRG).

Es empfiehlt sich folgendes Vorgehen: Die Angaben zur gesuchstellenden Person sowie die von dieser vorgebrachten Gründe sind der betroffenen Person per eingeschriebener Post zuzustellen, damit diese ihren Anspruch auf rechtliches Gehör wahrnehmen kann. Der betroffenen Person ist eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme anzusetzen (in aller Regel von zwanzig Tagen).

Ist die betroffene Person im konkreten Einzelfall mit der Bekanntgabe ihrer Daten ausdrücklich einverstanden, kann die gesuchstellende Person die fraglichen Daten ohne Weiteres erhalten. Die Zustimmung der betroffenen Person soll aus beweisrechtlichen Gründen schriftlich vorliegen.

Ist die betroffene Person mit der Durchbrechung der Sperre dagegen nicht einverstanden, muss sie ihre Gründe näher ausführen. Dabei können ihre Einwände (im Gegensatz zu den Vorbringen der gesuchstellenden Seite, die gestützt auf § 9 Abs. 3 lit. b DSG definitionsgemäss nur eine Behinderung in der Rechtsdurchsetzung zum Inhalt haben können) die unterschiedlichsten Bereiche beschlagen. So kann etwa bereits das Bestehen von Ansprüchen bestritten werden, sei es, dass solche gar nie rechtsgültig entstanden oder aber infolge Zeitablaufs oder Erfüllung nicht mehr vorhanden sind. Oder die betroffene Person kann auf ihre besonderen Lebensumstände hinweisen und beispielsweise geltend machen, sie sei zu ihrer persönlichen Sicherheit darauf angewiesen, ihren Wohnort möglichst geheim zu halten. Gründe können sodann gegenüber der konkret gesuchstellenden Person bestehen, wenn beispielsweise die Befürchtung geäussert wird, die Angaben sollten lediglich dazu dienen, um Nachstellungen und Belästigungen zu ermöglichen.

Selbstverständlich ist von der betroffenen Person kein Mehr an Beweiskraft für ihre Verweigerung zu fordern als von der gesuchstellenden Person zum Nachweis

von Rechtsanspruch und Behinderung in der Rechtsverfolgung. Es genügt somit, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Aussagen spricht.

Falls die betroffene Person innert Frist nicht antwortet, muss das Organ aufgrund der Akten entscheiden. Unzulässig wäre es jedoch, die Datensperre automatisch aufzuheben, falls sich die betroffene Person nicht innert Frist äussert.

5. Interessenabwägung der zuständigen Behörde

Wird – je mit nachvollziehbaren Gründen – von der einen Seite eine Bekanntgabe gesperrter Daten gefordert und von der anderen eine Durchbrechung der Sperre abgelehnt, liegt die Entscheidung bei der zuständigen Behörde. Sie hat die von beiden Seiten vorgebrachten Interessen zu gewichten und sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Dabei ist keinem der beteiligten Interessen a priori der Vorrang zu geben. Insbesondere kann das Rechtsverfolgungsinteresse der nachfragenden Person nicht per se den Ausschlag zugunsten einer Durchbrechung der Sperre geben (anders wäre die Lage nur, wenn bereits ein rechtskräftiger Gerichtsentscheid vorläge, da diesfalls die Verwaltungsbehörde auf Grund der Gewaltentrennung daran gebunden wäre).

6. Rechtsweg

Kommt die Behörde nach Abwägung aller Argumente zum Schluss, dass sich im konkreten Einzelfall eine Durchbrechung der Sperre nicht rechtfertigt, erlässt sie einen begründeten Entscheid (§ 19 ff. VRG).

Damit erhält die gesuchstellende Person die Möglichkeit, gestützt auf § 23 DSG Einsprache zu erheben. Gegen eine ablehnende Einsprache kann der Instanzenzug gemäss VRG beschritten werden.

Erachtet die Behörde dagegen die Gründe für eine Durchbrechung der Sperre als gegeben und beschliesst, die Sperre im konkreten Einzelfall zu durchbrechen, hat sie ebenfalls einen begründeten Entscheid zu erlassen. Damit wird die Daten sperrende Person in die Lage versetzt, sich rechtlich gegen die Durchbrechung der Sperre mittels Einsprache zu wehren.

7. Zu beachtende Rahmenbedingungen

Die Behörde muss das Verfahren so gestalten, dass die gesuchstellende Person auf keinen Fall die Angaben zur betroffenen Person versehentlich frühzeitig erhält (etwa durch Nennung auf Dokumenten oder in Briefadressierung etc.). Auch bei Gutheissung des Auskunftsgesuchs dürfen die Daten nicht sogleich bekannt

gegeben werden, vielmehr muss der Ablauf der Rechtsmittelfristen abgewartet werden. Erst wenn die Verfügung nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist rechtskräftig geworden ist, darf sie vollstreckt werden. Folgerichtig dürfen erst in diesem Zeitpunkt die angefragten Daten bekannt gegeben werden.

Gleich verhält es sich, wenn die Sperre geschützt wird. Auch dann muss darauf geachtet werden, dass nicht versehentlich Informationen weitergegeben werden, zum Beispiel die (gesperrte) Adresse der betroffenen Person aus dem Mitteilungssatz der Verfügung ersichtlich wird.

Im Weiteren ist zu beachten, dass die Aufhebung einer Sperre kein Präjudiz für zukünftige Gesuche um Aufhebung einer Datensperre schafft – selbst nicht, wenn später dieselbe Person erneut ein Gesuch auf Durchbrechung der Datensperre stellen sollte.