

Gerichts- und Verwaltungspraxis 2011



Kanton Zug

Gerichts- und Verwaltungspraxis 2011



Kanton Zug

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

Inhaltsübersicht

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999 – 2011	5
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	102

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht	
1. Verfahrensrecht	116
2. Personalrecht	132
3. Bau- und Planungsrecht	163
4. Ausländerrecht	196
5. Strassenverkehrsrecht	211
6. Handelsregister	215
7. Steuerrecht	219
8. Sozialversicherung	234
II. Zivilrecht	
1. Familienrecht	269
2. Obligationenrecht	271
3. Börsen und Effektenhandel	282
III. Schuldbetreibung und Konkurs	284
IV. Rechtspflege	
1. Zivilrechtspflege	308
2. Internationales Zivilprozessrecht	335
3. Strafrechtspflege	341

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	
1. Grundrechte; Versammlungsfreiheit	346
2. Bürgerrecht	352
3. Schulrecht	360
II. Zivilrecht	
Kindesschutzmassnahmen	366
III. Planungs- und Baurecht	370

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis	
I. Vorbemerkungen	396
II. Nicht-Veröffentlichung von bestimmten Geschäften des Kantonsrats im Internet	398
III. Zur Weitergabe von E-Mails Privater innerhalb der Gemeindeverwaltung	400
IV. Der Rechtsanwalt einer bevormundeten Person verlangt Einsicht in deren Daten	402
V. Zur Bekanntgabe von Adressen durch die Einwohnerkontrolle für eine medizinische Studie	403
VI. Zum Anspruch gegenüber der Einwohnerkontrolle auf Bekanntgabe von nicht gesperrten Adressen	405
VII. Adressbekanntgabe trotz Datensperre?	407

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999 – 2011

A

Akteneinsicht

- Bevormundete Person verlangt Einsicht in ihre Daten 2011 S. 402

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

- Parteienentschädigung 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 neurechtlichen 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 Konkureröffnung 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 – Neuanmeldung nach früherer Leistungsverweigerung. Wird auf eine Neuanmeldung eingetreten, gelangt der Untersuchungsgrundsatz vollumfänglich zur Anwendung. Eine Abweisung des neuen Leistungsbegeh-

rens kann dabei nicht allein mit der Begründung erfolgen, eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei nicht glaubhaft gemacht worden 2008 S. 169

- Art. 10 Abs. 1 AHVG - Nichterwerbstätige bezahlen je nach ihren sozialen Verhältnissen einen Beitrag von Fr. 324.- bis Fr. 8'400.- pro Jahr. Erwerbstätige, die im Kalenderjahr, gegebenenfalls mit Einschluss des Arbeitgeberbeitrages, weniger als Fr. 324.- entrichten, gelten als Nichterwerbstätige. Der Bundesrat kann den Grenzbetrag anpassen und nach Art. 10 Abs. 3 AHVG, nähere Vorschriften zum Kreis der Personen, die als Nichterwerbstätige gelten, erlassen. Wer nach Erhalt der Beitragsverfügung als Nichterwerbstätiger nachträglich einen minimalen Jahreslohn von Fr. 5'000.- deklarieren lässt, um als Erwerbstätiger anerkannt zu werden, handelt missbräuchlich 2010 S. 213
- Wird der Anspruch auf Betreuungsgutschriften nicht inner fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres angemeldet, in welchem eine Person betreut wurde, so wird die Gutschrift für das betreffende Jahr nicht mehr im individuellen Konto vermerkt (Art. 29 septies Abs. 5 AHVG). Darauf weist die Informationsstelle AHV/IV in ihren zusammen mit dem BSV herausgegebenen Merkblättern hin, welche bei den Zweigstellen oder auch via Internet verfügbar sind. Damit kommt der Versicherungsträger seiner in Art. 27 Abs. 1 ATSG stipulierten allgemeinen und permanenten Aufklärungspflicht in genügender Weise nach 2010 S. 220

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

- datenschutzrechtliche Grundlagen 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

- Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Leiharbeit ist der Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen, sodass beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Das Vorliegen eines Dienstleistungs- bzw. Werkvertrags ist in casu zu verneinen. 2009 S. 226
- Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG: Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt den tatsächlichen Aufenthalt in der Schweiz voraus, sowie die Absicht, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und in dieser Zeit auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen in der Schweiz zu haben 2011 S. 264

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

- Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG. – Der nachträgliche Familiennachzug gemeinsamer, im Ausland zurückgelassener Kinder durch in der Schweiz niedergelassene und zusammen lebende Eltern steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Je länger mit der Ausübung des Nachzugsrechts ohne sachlichen Grund zugewartet wird und je knapper die verbleibende Zeit bis zur Volljährigkeit ist, umso eher stellt sich die Frage, ob wirklich die Herstellung der Familiengemeinschaft beabsichtigt ist oder nicht zweckwidrig bloss die Verschaffung einer Niederlassungsbewilligung 2010 S. 150
- Art. 33 Abs. 3, 43 Abs. 1, 62 lit. b, 96 Abs. 1 AuG – Eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf den Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. b AuG – wenn gegen eine ausländische Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde – rechtfertigt sich nur, wenn die vorzunehmende Interessenabwägung die Massnahme auch als verhältnismässig erscheinen lässt. Auch unter dem neuen Ausländergesetz bedeutet die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren in jedem Fall einen sehr schwerwiegenden Verstoß gegen die schweizerische Rechtsordnung 2011 S. 196

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

s. Datenschutz

Berufliche Vorsorge

- Anlagen beim Arbeitgeber 2001 S. 227
- Aufsicht; örtliche Zuständigkeit 2001. S. 228
- Aufhebung und Liquidation einer Stiftung, wenn ordnungsgemässer Zustand nicht wiederhergestellt werden kann und der Konkurs droht 1999 S. 228
- Auflagen gegenüber Stiftungsrat bei Teilliquidation einer Stiftung infolge Personalabbaus 1999 S. 223
- Gesamtliquidation einer Sammelstiftung und Übertragung des Vermögens auf eine andere Sammelstiftung 1999 S. 226
- Liquidation im Fall von Konkurs 2001 S. 229
- Teilliquidation; Voraussetzungen 2001 S. 230
- Ungenügende Organisation und gesetzeswidrige Vermögensanlagen 1999 S. 227
- Anordnung einer Liquidation infolge Konkurses 2002 S. 274
- Verhängung einer Ordnungsbusse gegen säumigen Stiftungsrat 2002 S. 278
- Umwandlung einer gemischten Vorsorgeeinrichtung in eine klassische Stiftung 2002 S. 281
- Aufhebung einer Sterbekasse und Übertragung an Verein mit gleichem Zweck 2002 S. 283
- Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung mit gleichzeitiger Suspendierung eines säumigen Stiftungsrates, der trotz Verhängung einer Ordnungsbusse diverse Unterlagen zur Jahresrechnung nicht einreichte sowie die Anordnung der unverzüglichen Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma missachtete 2003 S. 323

- Gerichtsstand ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde. – Im Falle der alternativen Klageverbindung ist die örtliche Zuständigkeit für beide Beklagten zu bejahen, selbst wenn sie, bei isolierter Betrachtung der einzelnen Klagen, nur im Falle einer Beklagten gegeben wäre 2004 S. 128
- Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten. Es gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dann die Rede, wenn eine begründete Überzeugung besteht, welcher keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können und welche insoweit mit hinreichender Sicherheit den Schluss darauf zulässt, dass der betreffende Sachverhalt wahrscheinlich der Wirklichkeit entspricht. Kann die Klägerin weder den Nichtempfang einer Freizügigkeitsleistung noch die Beklagte die postalische Überweisung nachweisen, ist nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Barbezug auf der Bank und eine Bareinzahlung auf der Post eines grossen Betrages, ohne dass die Postquittung aufbewahrt wird, als lebensfremd zu bezeichnen und deshalb von einer Nichtbezahlung auszugehen ist 2004 S. 130
- BVG -Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Sachliche Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit geltend gemachten Einkäufen in die zweite Säule des einen Ehegatten aus Eigengut des anderen Ehegatten. 2009 S. 207
- BVG – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Erzielen die Parteien eine Einigung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 ZGB, ist das Verwaltungsgericht zur Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 25a Abs. 1 FZG sachlich nicht zuständig 2010 S. 234
- BVG – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Der frisch geschiedene B liess sich nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils und vor der Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge sein Freizügigkeitsgut haben auszahlen (sog. Vorbezug), ohne dass seiner Vorsorgeeinrichtung eine Verletzung der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann. Dieser Vorbezug verhindert die Teilung der beruflichen Vorsorge jedoch nicht. Er bewirkt einzig, dass B und nicht seine Vorsorgeeinrichtung – da dieser keine Verletzung

der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann – gegenüber A leistungspflichtig wird 2010 S. 237

Besoldungsreglement

- der ev. ref. 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
- Art. 33 BEHG – Voraussetzungen für die Kraftloserklärung von Beteiligungspapieren gemäss Art. 33 BEHG 2011 S. 282

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 gestellt 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
- Art. 8 Abs. 2 BV - Überprüfung und Aufhebung eines Nichteintretensentscheides einer Bürgergemeinde auf das Einbürgerungsgesuch einer unmündigen, urteilsunfähigen Gesuchstellerin (Erw. II. 1, 2, 3). 2009 S. 308
- § 5 BÜG - Nicht nur die Schwere strafrechtlicher Verfehlungen, sondern auch deren Anzahl können die Verweigerung einer Einbürgerung rechtfertigen (Erw. II. 3) 2009 S. 311
- Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 4 BV - Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes (Erw. II. 1.3). - Willkürlicher Entscheid einer Bürgergemeindeversammlung (Erw. II. 3.3). 2009 S. 314
- Bürgerrecht; Datenschutz: Einbürgerung: Worüber ist die Bürgergemeindeversammlung zu informieren? 2009 S. 388

- Art. 29 Abs. 2 B; Art. 15b Abs. 1 eidg. BÜG; Art. 5 Abs. 1 kant. BÜG – Unverhältnismässig strenge Anforderungen an das Erfordernis des Vorliegens geordneter persönlicher Verhältnisse (Erw. II. 2). Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes (Erw. II. 3) 2011 S. 352

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 «Sam-melauskünften» 2005 S. 302
- Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen 2005 S. 307
- Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310
- Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen 2005 S. 312
- Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind? 2005 S. 315
- Gemeindliche Bestimmung zum Datenschutz? 2006 S. 256
- Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland 2006 S. 257
- Private Webcam erfasst öffentlichen gemeindlichen Raum 2006 S. 260
- Welchen Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit? 2006 S. 262
- Jeder Patient hat das Recht, in seine Krankenakten Einsicht zu nehmen und davon Kopien zu erstellen. Dies bedeutet aber nicht, dass er Anspruch auf Herausgabe und/oder Vernichtung der Originalakten hat 2007 S. 95.
- Zur Publikation von Personendaten im Internet 2007 S. 314
- Darf das Amt für Lebensmittelkontrolle Inspektionsergebnisse an andere Amts-stellen bekanntgeben? 2007 S. 318

- Wirkt eine Datensperre auch gegenüber einem Krankenversicherer? 2007 S. 323
- Zur Datenbekanntgabe im Rahmen wissenschaftlicher Forschung 2007 S. 325
- Zur Bekanntgabe von Grundstücksangaben durch die Gemeinde 2007 S. 327
- 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
- Zur Einsicht eines Betroffenen in die eigenen Daten im Polizeijournal 2009 S. 371
- Rechtsfolgen unzulässiger Datenbekanntgabe durch Verwaltungsmitarbeitende 2009 S. 381
- Lässt das geltende Recht verdeckte Überwachung von Sozialhilfebezüglern zu? 2009 S. 383
- Datensicherheitsrecht: Dürfen Verwaltungsmitarbeitende Daten bei sich zu Hause bearbeiten? 2009 S. 385
- Datenerhebung zur Wohnsituation der Bevölkerung (Volkszählung) 2009 S. 387
- Einbürgerung: Worüber ist die Bürgergemeindeversammlung zu informieren? 2009 S. 388
- Zur Rechtslage bezüglich Videoüberwachung des öffentlichen Raums 2009 S. 389
- Datenbeschaffung durch die Steuerverwaltung 2010 S. 330
- Zur Zulässigkeit von Videoaufnahmen im Rahmen von Audits 2010 S. 332
- Zur Datenbekanntgabe von vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchungen aufgrund des Strassenverkehrsrechts 2010 s. 333

- Zum Datenaustausch zwischen Asylbehörde und Polizei 2010 S. 334
- Einsicht in Akten abgeschlossener Strafverfahren 2010 S. 336
- Nicht-Veröffentlichung bestimmter Geschäfte des Kantonsrat im Internet 2011 S. 398
- Zur Weitergabe von E-Mails Privater innerhalb der Verwaltung 2011 S. 400
- Bevormundete Person verlangt Einsicht in ihre Daten 2011 S. 402
- Zur Bekanntgabe von Adressen durch die Einwohnerkontrolle für eine medizinische Studie 2011 S. 403
- Anspruch gegenüber der Einwohnerkontrolle auf Bekanntgabe von nicht gesperrten Adressen 2011 S. 405

Datenschutzgesetz

- (Datenschutz) Revision des DSG: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei Sammelaukünften 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
- Eheschutzmassnahmen; Änderung; ausnahmsweise Zulässigkeit rückwirkender Änderung von Eheschutzmassnahmen 2011 A. S. 269

Einsichtsrecht (Datenschutz)

- Zur Einsicht eines Betroffenen in die eigenen Daten im Polizei-Journal 2009 S. 371

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) 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
- Berufung des schuldenden Erben 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 verschiedenen berufenen Erbschaftsverwaltern; keine Notwendigkeit für einen im Kanton Zug wohnhaft gewesenen deutschen Erblasser 2000 S. 213

Ergänzungsleistungen

- Rückerstattung wegen verschwiegener Pensionskassenrente 1999 S. 57
- Ergänzungsleistungen: Einkommensverzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG durch ein Risikogeschäft. 2009 S. 201

Ermächtigung

- zur Datenbekanntgabe (Datenschutz) 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
- Art. 137 ZGB. – Bemessung des Unterhalts während des Scheidungsverfahrens. 2009 S. 236
- Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 445 ZGB; §§15 und 16 VRG. – Das Vormundschaftsgeheimnis verpflichtet die Beiständin oder den Beistand, ihre resp. seine Aufzeichnungen vertraulich zu behandeln. Dem steht das Akteneinsichtsrecht als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör gegenüber. Die Beiständin oder der Beistand ist verpflichtet, in jene Akten Einsicht zu gewähren, die sie resp. er der Vormundschaftsbehörde offen legt, und die somit Einfluss auf den angefochtenen Entscheid haben könnten. 2009 S. 352

- § 9 Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetz – Unrechtmässig bzw. ungerechtfertigt bevorschusste Unterhaltsbeiträge sind von gutgläubig Bereicherten nur im Umfang einer eventuell noch vorhandenen Bereicherung zurückzuerstatten (Erw. II. 2). 2009 S. 357
- Art. 125 Abs. 3 ZGB – Verweigerung eines nachehelichen Unterhaltsbeitrages wegen fortgesetzter massiver und schuldhafter Vereitelung des Besuchsrechts 2010 S. 261
- Art. 163 ZGB; Art. 205 Abs. 3 ZGB. – Unbezahlt gebliebene Unterhaltsleistungen sind «gegenseitige Schulden» im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB. Als solche müssen sie bei der Auflösung des Güterstandes in die Abrechnung einbezogen werden 2010 S. 264

Familienzulagen

- Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG; Art. 1 Abs. 1 und 2 FamZV – Ausbildungszulage. Ein Au pair-Aufenthalt einer Französischsprachigen in der Deutschschweiz, welcher im Hinblick auf die später beabsichtigte Aufnahme einer Grafikerausbildung an einer zweisprachigen Schule absolviert wird, gilt aus Ausbildung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG 2010 S. 255

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
- 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
- §§ 33 ff. des Gemeindegesetz – Aufsichtsrecht; § 26 des Finanzhaushaltsgesetzes – Begriff der (gebundenen) Ausgabe. Der Regierungsrat hat ein aufsichtsrechtliches Einschreiten von Amtes wegen gegen die Gemeinde X. abgelehnt. Der Gemeinderat hatte die Abschreibung einer verjährten und daher nicht mehr einbringlichen Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeindeversammlung im Rahmen der Jahresrechnung 2007 vorgelegt. Es war ferner korrekt, dass einem Einwohner der Gemeinde gestützt auf das Amts- und Steuergeheimnis keine weitergehende Auskunft über den Grundstücksfall erteilt wurde. Schliesslich ist ein ordnungsgemäss zustande gekommenes Abstimmungsergebnis anzuerkennen, und die Beschlüsse der Gemeindeversammlungen sind zu respektieren. 2009 S. 345
- Gemeindeversammlung: Unterscheidung und Behandlung von Anträgen in der Gemeindeversammlung auf Schluss der Beratung, von Änderungs- sowie echten und

unechten Rückweisungsanträgen. Über echte Rückweisungsanträge hat die Versammlung unverzüglich zu entscheiden. Allerdings müssen die Stimmberechtigten auch über einen solchen diskutieren können 2011 S. 116

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

Gerichtsstand

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

Grundbuchdaten

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

Grundbuchgebührentarif

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

Grundbuchverordnung

- Abweisung einer Grundbuchanmeldung über die «Abtretung eines Erbteils» an einem Grundstück, welche den Eintritt der Tochter eines ausscheidenden Miterben in die Erbengemeinschaft bezweckt. – Zulässigkeit der Grundbuchbeschwerde. – Eine gesamthafte (Abtretung des Erbteils) entfaltet nur dann dingliche Wirkung, wenn diese Rechtsfolge von sämtlichen Miterben ausdrücklich gewollt ist und die Vereinbarung unter Miterben erfolgt 2004 S. 248

Grundrechte

- Art. 9 BV – Vertrauensschutz und Gesetzesänderung. Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Der Vertrauensgrundsatz kann aber nur angerufen werden, wenn die betroffenen Personen durch eine Gesetzesänderung in schwerwiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit zur Anpassung an die neue Rechtslage haben 2010 S. 104
- Art. 22 BV – Kirchenzentrum als öffentlicher Raum; das Betriebsreglement des Kirchenzentrums ist keine genügende Rechtsgrundlage zur Beschränkung der Versammlungsfreiheit 2011 S. 346

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 Grundstückgewinnsteuernkommission 2003 S. 65

H

Handelsregister

- Art. 21 Abs. 1 GebT – Wer eine Anmeldung an das Handelsregister einreicht oder eine Amtshandlung verlangt, haftet persönlich für die Bezahlung der Gebühren und Auslagen. Diese Regelung gilt auch für Vertreter wie z.B. Notare, wenn diese sich im Auftrag Dritter oder von sich aus an ein Handelsregisteramt wenden 2011 S. 215

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
- Nicht-Veröffentlichung bestimmter Geschäfte des Kantonsrat im Internet 2011 S. 398

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 pauscha-

len 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 – Neuanmeldung nach früherer Leistungsverweigerung. Wird auf eine Neuanmeldung 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

- Art. 28 Abs. 1 lit. c IVG i.V.m. Art. 8 ATSG – Begriff der Invalidität. Die im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule auch ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann, ist auch im Bereich der Eidgenössischen Invalidenversicherung zu berücksichtigen. Liegt demgemäss ein so genannt typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung etc. vor, kann im Hinblick auf die Festsetzung der Arbeitsfähigkeit nicht unbesehen die Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung zur Anwendung gebracht werden. 2009 S. 174
- Art. 28 Abs. 2 IVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung; Art. 16 ATSG – Bestimmung des Invaliditätsgrads nach der ausserordentlichen Bemessungsmethode. In Anwendung der ausserordentlichen Bemessungsmethode darf für die erwerbliche Gewichtung des Betätigungsvergleichs nicht auf die schweizerische Lohnstrukturhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE) abgestellt werden. Die Vergleichseinkommen sind vielmehr unter Berücksichtigung der einzelfallbezogenen Kriterien (Betriebsgrösse, Branche, Erfahrung des Betriebsinhabers etc.) zu ermitteln. Für die Bemessung des wirtschaftlichen Werts einer Tätigkeit ist dabei von den diesbezüglichen, möglichst einzelfallbezogenen Ansätzen auszugehen, welche etwa bei den branchenspezifischen Berufsverbänden erfragt werden können. 2009 S. 180
- Invalidenversicherung: Nicht jede Gewährung von Hilfsmitteln hat eine wesentliche Veränderung der Hilflosigkeit im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 2 IVV zur Folge. 2009 S. 183
- Invalidenversicherung: Auch ein Statuswechsel vom Erwerbstätigen zum Nicht-erwerbstätigen gilt als Revisionsgrund im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG. 2009 S. 189

- Invalidenversicherung: Art. 17 ATSG und Art. 53 Abs. 2 ATSG – Wird die zweifellose Unrichtigkeit der ursprünglichen Rentenverfügung erst vom Gericht festgestellt, so kann es die auf Art. 17 ATSG gestützte Revisionsverfügung der Verwaltung mit dieser substituierten Begründung schützen. 2009 S. 197
- Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV; Invalidenversicherung. – Schutz vor Willkür und Vertrauensschutz. Nachdem die IV-Stelle dem Versicherten A im Dezember 2005 Kostengutsprache für ein Hilfsmittel zur Aufrechterhaltung seiner angestammten selbständigen Erwerbstätigkeit erteilt hatte, widerspricht ihr Verhalten dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sie rund drei Jahre später die Aufgabe der angestammten Tätigkeit und die Ausübung einer Verweistätigkeit rückwirkend seit Dezember 2002 als zumutbar bezeichnet 2010 S. 223
- Artikel 13 IVG gewährt Versicherten bis zum vollendeten 20. Lebensjahr Anspruch auf die Behandlung ihrer Geburtsgebrechen (Art. 3 Abs. 2 ATSG). Soweit das Kreisschreiben über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSME) in Randziffer 404.11 die Behandlung von Psychoorganischen Syndromen (POS) auf zwei Jahre, verlängerbar um höchstens ein weiteres Jahr, mithin auf maximal drei Jahre beschränkt, erscheint dies als nicht gesetzeskonform 2010 S. 226
- Art. 31 IVG: Der zu zwei Dritteln zu berücksichtigende Betrag i.S.v. Art. 31 IVG bezieht sich auf die Einkommensverbesserung und nicht auf das gesamte Erwerbseinkommen 2011 S. 234
- Art. 2 Abs. 4 lit. a Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) vom 5. Juni 2003 (BRB AVE GAV FAR): Bei Erdwärmesondenbohrungen handelt es sich nicht um Tiefbauarbeiten im Sinne dieser Bestimmung 2011 S. 240

K

Kantonsrat

- Nicht-Veröffentlichung bestimmter Geschäfte des Kantonsrat im Internet 2011 S. 398

Kinderzulagen

- Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Ob ein Beitragsumgehungsstatbestand vorliegt, ist insbesondere in solchen Fällen zu prüfen, in welchen der Kinderzulagenbezüger in leitender Stellung einer Gesellschaft tätig ist und in dieser Eigenschaft selbst bestimmen kann, welchen Lohn er sich auszahlen will 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 Beitragsumgehungsstatbestand im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen, damit der Kinderzulagenanspruch gekürzt werden kann (Praxisänderung) 2007 S. 185
- § 5 Abs. 1 und § 17 des bis 31. Dezember 2008 in Kraft gewesenen kantonalen Gesetzes über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (KZG; BGS 844.4); Art. 11 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 des am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (FamZG; SR 836.2) – Die Bezüge einer Verwaltungsrätin stellen definitionsgemäss massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung dar und sind dementsprechend AHV-rechtlich als Verdienst aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Die Verwaltungsrätin ist daher, auch wenn sie in keinem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, in jedem Fall als Arbeitnehmerin im Sinne von § 5 Abs. 1 KZG bzw. Art. 13 Abs. 1 FamZG zu behandeln und sie hat dementsprechend Anspruch auf Kinderzulagen, sofern die weiteren Bezugsvoraussetzungen erfüllt sind. Der Verweis der Familienzulagengasse darauf, dass im Bereich der Arbeitslosenversicherung Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung keine Arbeitslosenentschädigung beziehen können, vermag hieran nichts zu ändern. 2009 S. 221

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
- § 4 Abs. 3 des Gesetzes betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG, auch IPVG genannt) – Für den Anspruch auf Prämienverbilligung sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Anspruchsjahres massgebend 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
- Art. 34 Abs. 2 KVG, Art. 36 Abs. 1 und 2 KVV: Kostenübernahme von medizinischen Behandlungen im Ausland. Wenn sich ein Versicherter im Wissen um eine baldige Behandlungsbedürftigkeit ins Ausland begibt, darf die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Übernahme der Kosten von im Ausland erbrachten Leistungen verweigern 2011 S. 246

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
- Obhutsentzug als einstweilige Verfügung 2011 S. 366

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
- Art. 107 und Art. 160 Abs. 1 OR – Voraussetzungen für das Einfordern einer Konventionalstrafe sind die schriftliche Mahnung und das Ansetzen einer Nachfrist von 30 Tagen 2011 S. 271

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 anderseits bestimmt werden 2005 S. 177
- Die Zulässigkeit des Widerrufsrechts im Auftragsverhältnis ist mit Bezug auf einen Betreuungsvertrag zu verneinen 2005 S. 178
- Eine verfrüht ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters ist grundsätzlich ungültig und wirkungslos. Es stellt sich einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist 2006 S. 167

- Die kündigende Partei hat die Richtigkeit der angegebenen Kündigungsgründe zu beweisen, sofern sie bestritten sind. Bei einer unwahren Begründung bestehen starke Indizien dafür, dass die Kündigung vorgeschoben ist, um das unzulässige Motiv zu verbergen. Die Kündigung erwiese sich diesfalls als rechtsmissbräuchlich und es wäre Sache des Vermieters, diesen Verdacht zu widerlegen 2006 S. 170
- § 30 Abs. 1 ZPO – Eine zur blossen Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung hat einen gesetzlich unerlaubten Inhalt und ist daher gemäss Art. 20 OR nichtig 2007 S. 198.
- 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
- Art. 313 f. OR – Der Zinsbegriff des Darlehensrechts umfasst jedes Entgelt, das der Borger dem Darleiher für die Wertgebrauchsüberlassung aus Zeit zu leisten verspricht, unbeschadet um die Bezeichnung, welche sie dafür wählen. Gemäss Bundesgericht hat eine sittenwidrige Zinsvereinbarung Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR zur Folge. Der zulässige Höchstzins beträgt, mangels besonderer Verhältnisse, 18 – 20 %. 2009 S. 247
- Art. 1, 2 und 12 ff. PauRG – Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über Pauschalreisen (PauRG; SR 944.3). Rechtsfolgen der Schlechterfüllung des Pauschalreisevertrages. 2009 S. 256

Gesellschaftsrecht

- Das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung ist nur rechtsgültig, wenn gleichzeitig mindestens ein Verhandlungsgegenstand (Traktandum) und ein damit verbundener konkreter Antrag in Schriftform dem Verwaltungsrat zugestellt wird 2004 S. 168
- Bei einer Überschuldung der Aktiengesellschaft ist der Verwaltungsrat grundsätzlich zur sofortigen Benachrichtigung des Richters verpflichtet. Der Verwaltungsrat handelt jedoch nicht schuldhaft, wenn er statt dessen unverzüglich saniert und konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanzen beziehungsweise seit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit behoben wird. 2004 S. 169

- Sonderprüfung einer Aktiengesellschaft, Voraussetzungen; Obliegenheiten des Gesuchstellers 2000 S. 132
- Materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung 2001 S. 143
- Wer beim Gericht einen Antrag auf Sonderprüfung einreicht, muss nicht mit dem Aktionär identisch sein, welcher das Begehren um Auskunftserteilung gestellt hat. Sonderprüfung ist zweckgerichtete Tatsachenforschung, nicht umfassende Untersuchung der Geschäftsführung oder -politik 2002 S. 170
- Sonderprüfung in Konzernverhältnissen; Hält die Muttergesellschaft 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft und bildet die Beteiligung an der Tochtergesellschaft mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen das einzige wesentliche Aktivum der Muttergesellschaft, haben die verantwortlichen Organe der Muttergesellschaft der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der Tochtergesellschaft auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen 2003 S. 180
- Widerruf der Auflösung einer Gesellschaft infolge nachträglicher Eintragung einer Revisionsstelle im Handelsregister 2000 S. 139
- Fehlende Revisionsstelle; Verfügt eine Aktiengesellschaft über keine Revisionsstelle mehr und sorgt sie trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts auch nicht für deren Wahl, kann das Gericht in richterlicher Lückefüllung die säumige Gesellschaft gerichtlich auflösen, worauf diese nach den gesetzlichen Grundsätzen ordentlich zu liquidieren ist 2003 S. 179
- 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

- Art. 731b Abs. 1 OR – Beim Entscheid, welche Massnahme das Gericht ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Da es um die Einhaltung von zwingenden Gesetzesvorschriften geht, hat das Gericht bei seinem Entscheid nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. 2009 S. 251
- Art. 951 Abs. 2 OR. – Ob zwei Firmen sich hinreichend deutlich unterscheiden, ist aufgrund des Gesamteindrucks zu prüfen, den sie beim Publikum hinterlassen [Permatech (Schweiz) AG gegen PEMATECH GmbH]. 2009 S. 253
- Art. 731b OR – Einsetzung einer Liquidatorin und einer Revisionsstelle – Bei Entscheid, welche Massnahmen der Richter ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Er hat dabei nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. Weiter hat er den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen 2011 S. 272
- Art. 754 OR – Gesellschaftsrecht – Einreden der Organe gegen ihre Verantwortlichkeit 2011 S. 276
- Art. 697a und 697b OR – Gesellschaftsrecht – Eine Sonderprüfung ist nur zulässig, wenn erstens ein Aktionär in der Generalversammlung einen entsprechenden Antrag stellt und die Generalversammlung zweitens über diesen Antrag abstimmt 2011 S. 279

Online Zugriff

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

Opferhilfe

- Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 4 OHG – Das Opferhilfegesetz erweitert den auf das kantonale Verfahrensrecht und die Mindestgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV gestützten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht. Entschädigungen für Anwalts- und Verfahrenskosten nach dem Opferhilfegesetz sind aufgrund der Subsidiarität nur zu prüfen, sofern die unentgeltliche Rechtspflege und der unentgeltliche Rechtsbeistand nicht gewährt worden sind 2010 S. 173

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

- s. 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
- § 10 des Personalgesetzes – Öffentliches Personalrecht; rechtliches Gehör. Wenn eine gekündigte Person über den konkreten Inhalt der für die Kündigung relevanten Aktenstücke im Bild war und seine Sicht der Dinge demzufolge in das Kündigungsverfahren einbringen konnte, liegt keine Verletzung des Akteneinsichtsrechts und damit auch keine solche des rechtlichen Gehörs vor. Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern dem Betroffenen klar war, dass er mit einer solchen Massnahme rechnen musste. 2009 S. 319
- §§ 10, 13 und 16 des Personalgesetzes; Art. 5 des Gleichstellungsgesetzes – Öffentliches Personalrecht; Anforderungen an das rechtliche Gehör bei der gegenseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Erscheint die Fortführung des Arbeitsverhältnisses als zumutbar, entfällt ein wichtiger Grund für dessen Auflösung. – Festlegung des Lohnersatzes im Lichte des Gleichstellungsgesetzes. – Sexuelle Belästigung durch mündliche Äusserungen. 2009 S. 324
- § 52 des Personalgesetzes und § 16 der Personalverordnung – Öffentliches Personalrecht. Wer nicht mehr im gleichen Haushalt mit seinen Kindern wohnt und auch nicht mehr die elterliche Obhut über diese hat, führt keinen gemeinsamen

Haushalt mehr mit seinen Kindern. Entsprechend ist die Anspruchsvoraussetzung der gemeinsamen Haushaltsführung gemäss § 52 Abs. 3 PG für den Bezug einer Familienzulage nicht mehr erfüllt und der entsprechende Anspruch verloren. Die infolge unterlassener Meldung an das Personalamt zu Unrecht ausbezahlte Familienzulage ist vollumfänglich zurückzuerstatten. Die Verjährung richtet sich nach Art. 127 OR. 2009 S. 341

- §§ 10 Abs. 3 und 13 PG – Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses muss sich auf sachliche Gründe stützen. Eine Strafanzeige gegen eine Lehrperson wegen angeblicher sexueller Handlungen mit einer ehemaligen Schülerin ist für sich allein noch kein sachlicher Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses 2011 S. 132
- Art. 29 Abs. 2 BV; § 16 Abs. 2 PG – Vor einer fristlosen Entlassung aus wichtigen Gründen ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern das rechtliche Gehör zu gewähren. Für die Art und Weise der Gewährung des rechtlichen Gehörs sind die Umstände des Einzelfalls massgebend. Das rechtliche Gehör kann im Einzelfall auch im Rahmen einer mündlichen Besprechung durch entsprechende Äusserungen oder per Email gewährt werden, wenn die Angelegenheit – auch im Interesse der betroffenen Person – unter grossem Zeitdruck erledigt werden muss 2011 S. 140
- Art. 50 Abs. 1 BV. § 4 Abs. 1 KV. § 10 Lehrpersonalgesetz, §§ 4 und 5 PG, § 3 GG, §§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 und 42 VRG – Zulässigkeit der wiederholten befristeten Anstellung von Lehrkräften an den gemeindlichen Schulen im Kanton Zug beim Vorliegen sachlicher Gründe und unter Beachtung von Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Verhältnismässigkeitsprinzip. Gemeindeautonomie und Kognition des Regierungsrates 2011 S. 146

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

- Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB – Voraussetzungen und Modalitäten eines Annäherungsverbotes 2009 S. 233

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 breiten Öffentlichkeit dient und Zone des öffentlichen Interesses 2001 S. 83
- Überprüfung der Ortsplanung durch die Genehmigungsinstanz und Ermessenspielraum 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 schadhaften Stützmauer eine Baubewilligung 2004 S. 69
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfeilen 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 Bauungsplangebiet 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
- § 45 Abs. 2 PBG; §§ 41 und 62 VRG – Einsprache- und Beschwerdeberechtigung in einem Baubewilligungsverfahren. Legitimation eines Initiativkomitees verneint. Wer am Einspracheverfahren nicht teilgenommen hat, dem wird die Beschwerdeberechtigung wegen fehlender formeller «Beschwer» abgesprochen. 2009 S. 125
- Art. 19 Abs. 2 und 22 RPG; §§ 19 und 29 Abs. 4 PBG; § 19 BO Cham– Die hobby-mässige Haltung von Pferden kann in einer Wohnzone grundsätzlich als zonenkonform bezeichnet werden. Im vorliegenden Fall konnte der Bau eines Pferde-Unterstandes (mit Geräteraum und WC) nicht bewilligt werden, weil sich das Bauvorhaben innerhalb einer Arealbebauung befand und nicht alle Mit-Eigentümer der Arealbebauung mit einer derartigen Änderung der Arealbebauung einverstanden waren. 2009 S. 134
- § 12 BO Baar – Bei dieser Bestimmung um eine positive ästhetische Generalklausel, die sich nicht in einem Verunstaltungsverbot erschöpft, das lediglich verlangt,

dass ein Bauvorhaben nicht einen stossenden Gegensatz zur Nachbarschaft bildet oder auffallend störend in Erscheinung treten darf. Die positive ästhetische Generalklausel verlangt eine architektonische Gestaltung, welche sich gut in die Umgebung einordnet. Definition der Umgebung bzw. des Quartier, in welche/welches sich ein Bauvorhaben einpassen muss. 2009 S. 144

- § 19 V PBG, §§ 14 – 18 BO Cham; Ausnützungsübertragung von einer Landfläche ausserhalb einer Arealbebauung in eine Arealbebauung, Berechnungsgrundlage für den Ausnützungsbonus 2009 S. 361
- § 29 Abs. 4 PBG – Änderung einer Arealbebauung oder bewilligungsfreier Vorgang (Begrünung einer Fassade)? 2009 S. 363
- Art. 21 Abs. 2 RPG – Bei einer erheblichen Änderung der Verhältnisse ist ein Bebauungsplan zu überprüfen und eventuell anzupassen. 2009 S. 364
- § 44 ff. PBG – Reicht die Bauherrschaft während eines laufenden Baubewilligungsverfahrens ein derart verändertes Bauprojekt ein, dass eine neue Profilierung erforderlich wird, so hat die Baubewilligungsbehörde vorerst eines der beiden Projekte zu beurteilen und das Alternativgesuch zu sistieren, bis das Ergebnis aus dem «ersten» Verfahren rechtskräftig feststeht. Die Bauherrschaft ist aufzufordern, sich zu entscheiden, welches der verschiedenen Baugesuche sie favorisiert. Dieses ist zu behandeln und die übrigen Verfahren sind zu sistieren, bis der Entscheid über das «erste» Gesuch in Rechtskraft erwachsen ist 2010. S. 139
- Art. 34 Abs. 4 lit. a – c RPV – Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone. Eine Bewilligung darf nur erteilt werden, wenn die Bauten und Anlagen für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig sind, den Bauten und Anlagen am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen und der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Erw. 3 – 5) 2011 S. 163
- §§ 12 und 14 PBG – Die Unterschreitung des minimalen gesetzlichen Waldabstandes ist nur zulässig, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, eine Ausnahmesituation und überwiegende öffentliche und/oder private Interessen vorliegen (Erw. 2). Im vorliegenden Fall liegt keine Ausnahmesituation vor. An der Erweiterung eines Hotel- und Restaurationsbetriebes durch eine sich im Waldabstand befindliche Lounge besteht kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse (Erw. 3) 2011 S. 172

- Art. 24c RPG – Bestandesgarantie für nichtforstliche Bauten im Wald 2011 S. 181
- Art. 5 Abs. 2 BV – Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss alles staatliche Handeln verhältnismässig sein, d.h. staatliche Anordnungen müssen geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Im vorliegenden Fall verstösst die Forderung nach Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht gegen das Verhältnismässigkeitsgebot (Erw. 4) 2011 S. 193
- Art. 22 Abs. 1 RPG, § 1 Abs. 1 V PBG, § 67 Abs. 1 lit. g BO Zug; § 34 Abs. 1 PBG, § 20 BO Zug – Bewilligungspflicht einer Wertstoff-Sortieranlage mit Containern und Mulden? Zulässigkeit der Anlage im Baulinienraum und Zonenkonformität? Einordnung der Anlage in die Umgebung? 2011 S. 370
- Art. 4 Abs. 2 RPG, § 39 Abs. 2 PBG; Art. 21 Abs. 2 RPG, § 25 PBG, § 37 BO Baar
– Rechtsfolgen bei Missachtung eines öffentlichen Mitwirkungsverfahrens? Liegt eine erhebliche Änderung der Verhältnisse seit Erlass des Zonenplanes vor? Verhältnismässigkeit einer Umzonung von der Zone W2b in eine Zone OeB für Alterswohnungen? 2011 S. 380

Politische Rechte

- Auch knappes Resultat verschafft keinen Anspruch auf Nachzählung, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Auszählen oder eine gesetzwidrige 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 Aussttandgrund; 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 Probenahme 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 Anzeigersteller 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 Anzeigersteller 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
- § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO, § 37 Abs. 1 und 2 GesG, Art. 321 Ziff. 1 StGB. – Das in § 37 GesG statuierte Berufsgeheimnis anderer Berufe des Gesundheitswesens verleiht kein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht von Angestellten gegenüber den Strafuntersuchungsbehörden. Verhältnis von § 37 GesG zum Zeugnisverweigerungsrecht gemäss § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO. 2009 S. 298
- §§ 14 Abs. 2, 34 Abs. 5 und 80 Ziff. 3 StPO. – Seit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Teilrevision der Strafprozessordnung ist die Beschwerde des Anzeigerstatters gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft nicht mehr zulässig. 2009 S. 302
- Art. 94 Abs. 1 StPO. – Der Beschwerdeführer, welcher die Frist zur Einsprache gegen einen Strafbefehl verpasst hat, kann eine Wiederherstellung der Frist nur dann verlangen, wenn ihn an der Säumnis kein Verschulden trifft 2011 S. 341

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 öffent-

liche 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 legitimen 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
- § 46 Abs. 3 VRG – Entscheidend dafür, ob ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden soll oder nicht, ist die Frage, ob der Sachverhalt nach dem ersten Schriftenwechsel nicht hinreichend geklärt ist oder mit der Beschwerdeantwort neue Tatsachen vorgetragen werden. 2009 S. 112
- § 62 Abs. 1 lit. c VRG – Der Beschwerdeführer muss an der Aufhebung und Änderung des angefochtenen Entscheides ein schutzwürdiges, d.h. aktuelles und praktisches Interesse haben. Ein aktuelles Interesse an der Überprüfung eines Beschwerdeentscheides betreffend Ungültigkeit einer Volksinitiative ist nicht mehr gegeben, wenn der Zweck der Initiative offensichtlich nicht mehr erreicht werden kann. Dies trifft z.B. zu, wenn ein Gebäude, das mit einer Initiative geschützt werden sollte, gestützt auf eine rechtskräftige Bewilligung abgerissen worden ist. 2009 S. 117
- Art. 38 Abs. 1 KV – Gegen Beschlüsse des Kantonsrats kann weder beim Regierungsrat noch beim Verwaltungsgericht Beschwerde bzw. Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden 2010 S. 116
- Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; § 27 Abs. 1 VRG, § 9 GO – Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes vor Verwaltungsgericht 2010 S. 120

- §§ 40, 61 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VRG, § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung, § 3 Abs. 4 lit. c der Delegationsverordnung des Regierungsrates; § 10 Abs. 1 und 3 VRG – Entscheide einer Direktion des Regierungsrates, die gestützt auf § 3 der Delegationsverordnung erlassen werden, können direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden 2010 S. 126
- §§ 39, 51 und 52 VRG, Art. 420 Abs. 2 ZGB, §§ 16 und 17 DSG – Voraussetzungen und Legitimation der vormundschaftlichen Beschwerde an die Aufsichtsbehörde. Verhältnis zwischen Verwaltungsbeschwerde, Rechtsverweigerungsbeschwerde und Aufsichtsbeschwerde. Der Entscheid über die Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens hat nach Verwaltungs- wie Datenschutzgesetz durch anfechtbare Verfügung zu erfolgen 2010. S.131
- § 62 VRG Beschwerdelegitimation des Nachbarn: wenn er in einer für die vorgebrachten Rügen relevanten örtlichen Beziehung zum Bauobjekt steht und der Ausgang des Verfahrens seine Interessen beeinträchtigen könnte 2011 S. 127

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 Rechtsmittelinstantz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig 2003 S. 218

- Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig 2003 S. 219
- Ist die gemäss Scheidungsurteil geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern muss diese erst noch nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden, und kann deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreibung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen 2003 S. 222
- Kann auf die betreibungsrechtliche Beschwerde offensichtlich wegen formellen Mängeln nicht eingetreten werden, erübrigt es sich, auf ein (erneut) gestelltes Ausstandsbegehren gegen die ordentlichen Mitglieder der Justizkommission einzutreten 2004 S. 211
- Werden Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt bzw. ergeben sich solche aufgrund der Urteilsbegründung, sind diese mit dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen. Weiterleitung des Gesuchs von Amtes wegen an die zuständige Behörde 2004 S. 212
- Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers 2005 S. 209
- Von der klägerischen Partei, die einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG erlangt hat, kann keine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden 2005 S. 212
- Bestreitungslast. Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein substantiiertes Bestreiten der klägerischen Sachvorbringen. Mit Bezug auf das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens ist insbesondere die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend 2005 S. 214
- Würdigung von Zeugenaussagen anhand von wissenschaftlich unterlegten Kriterien, Merkmale für die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Unglaubhaftigkeit seiner konkreten Zeugenaussage 2005 S. 215
- § 93 ZPO bildet keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen. Solche Massnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche

Verfügungen ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist 2005 S. 220

- Vorsorgliche Massnahmen. Eine Wiederholungsgefahr ist zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht. Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens 2005 S. 222
- Ist eine Ersatzvornahme möglich, kann (noch) nicht die Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangt werden. Dieses Institut ist erst als ultima ratio zulässig 2005 S. 226
- Nichteintreten auf eine Beschwerde wegen ungebührlicher Äusserungen? 2005 S. 228
- Wiederherstellung der Berufungsfrist bei Versäumnis infolge höherer Gewalt. Das Restitutionsgesuch ist innert angemessener Frist einzureichen, d.h. sobald die Tatsache der Fristversäumnis dem Betroffenen bekannt geworden und ihm die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs zugemutet werden kann. Als angemessen dürfte eine Frist gelten, die der für die Einreichung des versäumten Rechtsmittels normierten entspricht 2005 S. 231
- Wird ein Zivilgericht angerufen, hat es seine eigenen prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden; die Zivilgerichte sind dem Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht unterstellt (vgl. § 2 VRG). Die Frage der Weiterleitungspflicht richtet sich demnach nicht nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 7 VRG), sondern nach dem Gerichtsorganisationsgesetz 2005 S. 233
- Kostenvorschuss. Erfolgt die Zahlung des Kostenvorschusses über ein Bankkonto auf das Postkonto der Gerichtskasse, ist die Zahlung rechtzeitig erfolgt, wenn das Geld am letzten Tag der Frist zugunsten der Gerichtskasse bei der Post eingegangen ist. Keine Rolle spielt dagegen, wann der Betrag dem Postkonto der Gerichtskanzlei gutgeschrieben wurde 2006 S. 195
- Kosten- und Entschädigungsfolgen. Reicht eine Partei Entscheide anderer kantonalen Gerichte, die ihren Standpunkt im Verfahren vor zugerischen Gerichten stützen, weil sie in vergleichbaren Fällen ergangen sind, verspätet in den hiesigen Prozess ein, kann sie deswegen nicht zur Zahlung von Gerichtskosten und einer Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden 2006 S. 197

- Unentgeltliche Prozessführung. Voraussetzung für das Eintreten auf ein neues Gesuch ist, dass der Antragsteller wesentlich veränderte Verhältnisse seit der Abweisung des ersten Gesuches geltend machen kann 2006 S. 197
- Die Unverbindlichkeit eines vor Kantonsgericht abgeschlossenen Vergleichs wegen Willensmängeln ist auf dem Beschwerdeweg und nicht mit selbständiger Klage geltend zu machen (Praxisänderung) 2006 S. 201
- Kaufvertrag; Zahlungsverprechen. Voraussetzungen für den Erlass eines einstweiligen 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 Prozentsätzen 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 angemessenen 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
- §§ 129 ff. ZPO, § 4 GWS. – Wesen und Natur des allgemeinen gerichtlichen Verbots. 2009 S. 289
- § 157 Abs. 3 ZPO. – Ausnahmsweise sind in summarischen Verfahren schriftliche Zeugenerklärungen zulässig. 2009 S. 295
- § 13 GebT, § 8 AnwT; Art. 343 Abs. 2 OR. – Der im Sinne von Art. 343 Abs. 2 OR massgebliche Streitwert ist lediglich in Bezug auf die in Art. 343 OR zwingend vorgesehenen Verfahrensgrundsätze massgebend. Die einschlägigen kantonalen Bestimmungen stellen bei der Bemessung der Spruchgebühr und der Parteientschädigung auf den «noch in Betracht kommenden» bzw. «fallenden Streitwert» ab. 2009 S. 297
- § 129 ff. ZPO. – Unbeteiligte Drittpersonen können nur dann in eine vorsorgliche Massnahme einbezogen werden, wenn ihre Rechtsstellung dadurch nicht beeinträchtigt wird 2010 S. 285
- § 160 ZPO. – Pflicht Dritter zur Edition von Urkunden 2010 S. 287
- § 185 Abs. 2 ZPO. – Die Bestimmung erlaubt eine Kürzung zu hoher Entschädigungsforderungen eines Sachverständigen (E. 4.3.1). Die Kompetenz zur Festsetzung des Sachverständigenhonorars liegt beim Spruchkörper. Zuständigkeit für die Erteilung des Gutachtenauftrags (E. 4.3.2). – Gericht trägt das Preisrisiko für einen allfälligen Mehraufwand bis zu einer Toleranzgrenze von 10 – 20% allein (E. 4.4.3) 2010 S. 289
- § 86 Abs. 2 aGOG – Voraussetzungen für die Ediktalladung im Falle unbekannten Aufenthalts des Empfängers 2011 S. 308
- Art. 81 und 82 ZPO – Zulassung zur Streitverkündungsklage – Bei der Streitverkündungsklage sind die Fragen des Rechtsschutzinteresses und der Prozessökonomie bereits im Zulassungsverfahren zu prüfen. Ist davon auszugehen, dass der Streitverkündungsklageprozess inhaltlich so viele zusätzliche Themen umfassen wird, dass der Entscheid im ersten Prozess nur einen geringen Teil des Streitverkündungsklageprozesses ausmacht und wird die Prozessführung übermässig er-

schwert, so ist die Zulassung der Streitverkündungsklage zu verweigern und mangels Rechtsschutzinteresse nicht auf die Streitverkündungsklage einzutreten 2011 S. 310

- Art. 99 Abs. 1 ZPO; Art. 126 ZPO; Art. 312 ZPO; Art. 322 ZPO – Stellt der Rechtsmittelgegner nach Zustellung der Berufungsschrift bzw. der Beschwerde und Ansetzung der gesetzlichen Frist zur Rechtsmittelbeantwortung ein Kautionsbegehren, drängt sich in der Regel die Sistierung des Verfahrens bis zur Entscheidung über die Kautionspflicht bzw. bei deren Bejahung bis zur Leistung der Kaution auf 2011 S. 319
- Art. 126 Abs. 1 ZPO – Sistierung im ordentlichen Verfahren; Kostenregelung 2011 S. 320
- Art. 257 ZPO – Voraussetzungen für den klaren Rechtsschutz ; Einberufung einer Verwaltungsratssitzung 2011 S. 322
- Art. 725 OR; Art. 192 SchKG; Art. 59 ZPO – Anfechtung des Konkursdekretes im Falle einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung wegen Überschuldung 2011 S. 325
- Art. 261 ZPO – Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen 2011 S. 330

Rechtsöffnungsverfahren

- Bemessung der Parteientschädigung 1999 S. 129

Registerharmonisierung (Datenschutz)

- Datenerhebung zur Wohnsituation der Bevölkerung (Volkszählung) 2009 S. 387

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. SchIT 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
- § 214 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug vom 22. Dezember 1873 (PRG-ZG) – Übertragbarkeit und Vererblichkeit von altrechtlichen Personaldienstbarkeiten. 2009 S. 239

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 Betreibung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreibung angehoben worden ist 2001 S. 149
- Eine erst nach Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld kann nur berücksichtigt werden, wenn diese innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist 2001 S. 161
- Auf offensichtlichem Irrtum beruhender Eintrag im Handelsregister und deren Folgen für das Betreibungsamt 2001 S. 150
- Einforderung grundpfandgesicherter Zinsen und Annuitäten 2001 S. 152
- Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils 2001 S. 154
- Nachlassstundungsverfahren; Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung und Gewährung einer neuerlichen Stundung 2001 S. 162

- Änderung des Wohnsitzes des Schuldners während des Einleitungsverfahrens 2002 S. 175
- Rechtsstillstand wegen schwerer Erkrankung; Voraussetzungen 2002 S. 177
- Die in einem Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgte Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils erwächst in Rechtskraft und bindet den Richter in einem späteren Rechtsöffnungsverfahren 2002 S. 179
- Es ist in erster Linie Sache des Urteilsstaates, die ordnungsgemässe Zustellung des Urteils zu prüfen, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll. Zustellungsnachweis mittels Zustellungsurkunde und deren Bedeutung 2002 S. 182
- Prozessgewinn des Klägers besteht in der Differenz zwischen jener Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre und jener, welche ihm nach der gerichtlich bereinigten Kollokation zukommt 2002 S. 185
- Die Frage, ob eine Forderung als Kostenforderung oder Massaschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, ist als ein solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Die aus der Zwangsverwertung einer Liegenschaft anfallende Mehrwertsteuer gehört zu den Massekosten und ist vorab aus dem Gesamterlös der Liegenschaft zu bezahlen 2002 S. 187
- Arrest kann nur auf Sachen und Rechte gelegt werden, die zumindest nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Dritteigentum darf nur im Falle des sog. «Durchgriffs» verarrestiert werden, d.h. wenn der Schuldner seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat 2002 S. 190
- Enthält eine betreibungsrechtliche Beschwerde weder einen bestimmten Antrag noch eine Begründung, kann darauf nicht eingetreten werden 2003 S. 186
- Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist 2003 S. 187
- Betreuung auf Sicherheitsleistung; Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreuung auf Sicherheitsleistung verlangt, darf das Betreibungsamt nur die formellen Voraussetzungen hierfür prüfen. Für die Prüfung der materiellen Voraussetzungen ist im Streitfall der Richter zuständig 2003 S. 189

- Anforderungen an die Umschreibung des Forderungsgrundes bzw. der Forderungsurkunde 2003 S. 190
- Voraussetzung für die Aussetzung des Konkurses gemäss Art. 173a SchKG 2003 S. 193
- Ein allfälliger Prätendentenstreit über die Zugehörigkeit einer gewöhnlichen, nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung erfolgt nicht im Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG 2003 S. 194
- Fehlt es an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, kann die Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnung eingetreten sind. Vor der beschlossenen Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Aktionäre hat dieser Anspruch auch nicht virtuell bestanden 2004 S. 184
- Gegen die Ablehnung des Arrestbegehrens ist die Beschwerde an die Justizkommission gegeben. Das Novenrecht bestimmt sich nach § 212 i.V. § 205 Abs. 1 ZPO. Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen. Glaubhaftmachung im konkreten Fall bejaht 2004 S. 186
- Der Entscheid des Richters über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens ist endgültig; dagegen ist nur noch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zulässig 2003 S. 197
- Legitimation zur Beschwerde. Der übergangene Drittinteressent bei einem Freihandverkauf ist nicht zur Beschwerde legitimiert, da er nicht in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird 2005 S. 187
- Nach der neueren Lehre kann der Promissar beim unechten oder echten Vertrag zugunsten eines Dritten die Leistung an sich selber beanspruchen, beim zuletzt erwähnten Vertrag allerdings nur solange als der Dritte dem Promittenten nicht erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Der unechte oder echte Vertrag zugunsten eines Dritten stellt daher grundsätzlich einen provisorischen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Promissars dar 2005 S. 188

- Weist die ausseramtliche Konkursverwaltung die Forderungseingabe des Betreibungsamtes gemäss Art. 100 SchKG ohne materielle Prüfung ab und kolloziert im Gegenzug die Forderungseingabe des deutschen Konkursverwalters, so stellt die Abweisung der Forderungseingabe des Betreibungsamtes eine rein verfahrensrechtliche Nichteintretens-Verfügung dar, welche der Beschwerde nach Art. 17 SchKG unterliegt (Erw. 2). Ohne Anerkennung gemäss Art. 166 ff. IPRG kann ein deutsches Konkursdekret in der Schweiz keine Wirkungen entfalten, insbesondere kann ein deutscher Insolvenzverwalter nicht als Gläubiger-Vertreter in einem schweizerischen Konkurs anerkannt werden (Erw. 3) 2005 S. 189
- Nach konstanter Rechtsprechung der Justizkommission muss sich der geltend gemachte Konkurshinderungsgrund (Tilgung, Hinterlegung oder Verzichtserklärung) spätestens bis zum Ablauf der 10-tägigen Weiterzugsfrist verwirklicht haben. Wird nur die Schuld – inkl. Zinsen und Betreibungskosten, aber ohne Gerichtskosten – innerhalb der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen getilgt, mangelt es an einer Voraussetzung, um die 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. 2004

- 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 Massnahmenentscheid gemäss Art. 24 LugÜ, sondern eine anerkennungsfähige Entscheidung i.S.v. Art. 25 LugÜ. Als solche muss es in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden, soweit kein Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 27 f. LugÜ vorliegt (E. 5a, 5b) 2007 S. 213
- Art. 28 LugÜ – Die Schiedseinrede ist vor den Gerichten des Urteilsstaates zu erheben und stellt deshalb keinen Anerkennungsverweigerungsgrund i.S.v. Art. 28 LugÜ dar (E. 5c) 2007 S. 213
- Art. 38 Abs. 3 LugÜ – Die Vollstreckbarerklärung einer im Urteilsstaat bloss vorläufig vollstreckbar erklärten Entscheidung kann in analoger Anwendung von Art. 38 Abs. 3 LugÜ von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden (E. 5e) 2007 S. 213
- Art. 85a SchKG. – Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG steht auch bei öffentlich-rechtlichen Forderungen zur Verfügung, wobei das Verfahren grundsätzlich bis zum Vorliegen einer rechtsbeständigen Verfügung der zuständigen Behörde zu sistieren ist. Der Zivilrichter kann danach lediglich feststellen, ob eine

solche Verfügung zur Begründung der Forderung vorliegt oder nicht (E. 2a). Die Möglichkeit zur vorsorglichen Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG besteht grundsätzlich auch bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen. Liegt bereits eine rechtskräftige Verfügung vor, ist sie aber nur in besonderen Fällen anzuordnen (E. 2b). Dabei genügt es bei einer Betreibung auf Sicherheitsleistung nicht, dass eine rechtskräftig verfügte Sicherstellungsforderung erheblich höher ist als die sicherzustellende öffentlich-rechtliche Forderung. Ist der nach Durchführung der Verwertung zugunsten der Gläubiger hinterlegte Betrag ohnehin kleiner als die zu sichernde Forderung, fehlt es für die vorläufige Einstellung der Betreibung nämlich schon an einem schutzwürdigen Interesse (E. 4). 2007 S. 220

- Art. 229 SchKG. – Ausweisung des Gemeinschuldners aus dessen Einfamilienhaus. Ausweisung im konkreten Fall bejaht. 2007 S. 225
- Art. 63 KOV – Das Konkursamt hat über den Bestand von Bauhandwerkerpfandrechten im Lastenverzeichnis definitiv zu verfügen, wenn zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bei Gericht ein Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes anhängig ist. Art. 63 KOV ist nicht anwendbar. 2007 S. 228
- Art. 8a SchKG; Art. 265 Abs. 2 i.V.m. Art. 149a Abs. 3 SchKG. – Sachdienliche Angaben betreffend die Konkursöffnung 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 Betreibungs-
urkunde 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
- Art. 17 SchKG. – Gegenstand des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens können nur verfahrensrechtliche Fragen bilden, nicht aber materiellrechtliche. 2009 S. 265
- Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG. – Die Betreibungsämter sind nach der per 1. Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG, gemäss welchem geschäftsführende Mitglieder einer GmbH der Konkursbetreibung unterliegen, nicht verpflichtet, vor dem 1. Januar 2008 eingeleitete Betreibungsverfahren, in denen dem Betreibungsschuldner die Konkursandrohung zugestellt wurde, von Amtes wegen als Betreibungen auf Pfändung fortzusetzen. 2009 S. 266
- Art. 49 Abs. 1 BV, Art. 79 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG. – Die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG steht auch dann still, wenn der Gläubiger im vorgängig zum Betreibungsverfahren eingeleiteten Forderungsprozess aus prozessualen Gründen nicht die Beseitigung des im fraglichen Betreibungsverfahren erhobenen Rechtsvorschlages verlangen kann. 2009 S. 269
- Art. 82 Abs. 1 SchKG. – Der Schuldner ist bei der inhaltlichen Ausgestaltung einer einseitigen Schuldanerkennung frei und kann seine Zahlungspflicht auch nur bedingt, z.B. erst ab einem bestimmten Zeitpunkt, anerkennen. Provisorische Rechtsöffnung kann in einem solchen Fall grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Bedingungseintritt nachgewiesen ist. 2009 S. 272

- Art. 82 SchKG. – Ist der Schuldner nicht Vertragspartei eines Grunddienstbarkeitsvertrages, kann dieser gegenüber ihm nur dann als provisorischer Rechtsöffnungstitel taugen, wenn der Schuldner entweder von Gesetzes für die darin vereinbarte Entschädigung haftet oder wenn urkundlich nachgewiesen ist, dass er betreffend der fraglichen Schuld als Rechtsnachfolger des ursprünglich verpflichteten Vertragspartners zu betrachten ist. 2009 S. 276
- Art. 82 SchKG. – Für einen vertraglichen Selbstbehalt, der weder in dem vom Versicherungsnehmer unterzeichneten Antrag noch in den AVB, deren Erhalt der Versicherungsnehmer unterschriftlich bestätigt hat, sondern nur in der vom Versicherungsnehmer nicht unterzeichneten Versicherungspolice beziffert ist, kann keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. 2009 S. 278
- Art. 88 SchKG. – Frage, ob für die Fortsetzung der Betreibung eine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheids verlangt werden darf. 2009 S. 280
- Art. 242 Abs. 1 SchKG, Art. 47 ff. KOV. – Will das Konkursamt im summarischen Verfahren einen Dritteigentumsanspruch anerkennen, hat es dazu vorgängig die Stellungnahme der Konkursgläubiger einzuholen. 2009 S. 283
- Art. 271 f. SchKG, Art. 132 Abs. 2 ZGB. – Die Ausstellung eines Arrestbefehls für eine Forderung auf Sicherheitsleistung zukünftiger Unterhaltsansprüche ist zulässig. 2009 S. 285
- Art. 65 SchKG; Art. 33 Abs. 4 SchKG. – Verfügt die juristische Person über einen Domizilhalter, ist der Zahlungsbefehl an diesen zuzustellen (E. 1). Voraussetzung für die Gutheissung eines Fristwiederherstellungsgesuches (E. 2) 2010 S. 271
- Art. 17 SchKG; Art. 65 SchKG. – Beschwerdelegitimation nach Art. 17 SchKG; Wesen der Aufsichtsbeschwerde (E. 1 – 2.1). Zustellung eines Zahlungsbefehls: Übernimmt eine Gesellschaft das Domizil einer anderen Gesellschaft, so darf der Zahlungsbefehl nicht mehr direkt der Betriebenen, sondern nur einem nach Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 – 4 SchKG zur Entgegennahme berechtigten Vertreter der Domizilhalterin ausgehändigt werden (E. 2.2.1) 2010 S. 273
- Art. 80 SchKG; Art. 25 IPRG und Art. 26 lit a i.V.m. Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG – Anerkennung und Vollstreckbarkeiterklärung einer ausländischen Entscheidung ausserhalb der Staatsverträge. Bedeutung «am Sitz der Niederlassung» (E. 2.1) 2010 S. 276

- Art. 80 SchKG; Art. 46 LugÜ – Vollstreckbarerklärung eines deutschen Teilversäumnisurteils (E.5.1). Die Zustellungsurkunde ist eine öffentliche Urkunde deutschen Rechts, die den vollen Beweis für die darin bezeugten Tatsachen begründet (E. 5.2) 2010 S. 281
- Art. 8a SchKG – Voraussetzungen für die Streichung von Informationen aus dem Betreibungsregister 2011 S. 284
- Art. 31 SchKG, Art. 144 Abs. 2 und 324 ZPO – Die Frist zur Beantwortung einer betreibungsrechtlichen Beschwerde durch das Konkursamt ist erstreckbar 2011 S. 289
- Art. 197, 221, 242 SchKG, Art. 62 KOV – Nachträgliche Geltendmachung eines Pfandrechts 2011 S. 289
- Art. 232, 252, 255 und 255a SchKG – Anspruch der Gläubiger auf Durchführung zusätzlicher Gläubigerversammlungen 2011 S. 293
- Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 und Ziff. 6 SchKG; Art. 31 aLugÜ. – Staatenarrest. Beantragt ein Gläubiger gestützt auf ein ausländisches Urteil einen Arrest und will er ausdrücklich nicht, dass das ausländische Urteil für vollstreckbar erklärt wird, kann das Gesuch mangels Arrestgrundes nicht bewilligt werden (E. 2). Solange kein ausdrücklicher Verzicht des ausländischen Staates auf seine Vollstreckungsimmunität vorliegt und die Binnenbeziehung zur Schweiz offenkundig fehlt, muss es im Ermessen des Arrestgerichts liegen, das Fehlen dieser Voraussetzung von Amtes wegen zu berücksichtigen (E. 4) 2011 S. 298
- Art. 80 Abs. 1 SchKG; Art. 46 Ziff. 2 und Art. 47 Ziff. 1 aLugÜ. – Definitive Rechtsöffnung gestützt auf ein deutsches Teilversäumnisurteil 2011 S. 301

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 Menzingen 2005 S. 307
- Art. 62 Abs. 3 BV i.V.m. § 34 ff. SchulG – Die Gemeinde ist verpflichtet, für behinderte Jugendliche über die obligatorische Schulzeit hinaus und bis längstens zum 20. Altersjahr die Kosten der Sonderschulung hälftig zu tragen (Erw. 2 Bst. a bis d). Das gilt auch für behinderte Jugendliche, die integrativ sondergeschult wurden (Erw. 4) 2011 S. 360
- § 5 Abs. 2 SchulG – Die Schulpflicht umfasst ein Jahr Kindergarten und neun Jahre der Primar- und Sekundarstufe. Eine über die obligatorische Schulzeit hinaus geltende Verpflichtung zum Besuch einer Sonderschule ist im Schulgesetz nicht vorgesehen 2011 S. 363

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
- Datenschutz: Lässt das geltende Recht verdeckte Überwachung von Sozialhilfebezügern zu? 2009 S. 383

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 Einspruchsentscheids innerhalb des Fristenstillstands wird die Beschwerdefrist ausgelöst und beginnt am ersten Tag nach Ende des Fristenstillstandes zu laufen 2006 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
- Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 ATSG; Art. 45 Abs. 1 VwVG. – Die vorläufige Rentensistierung für die Dauer der Abklärung, ob laufende Rentenleistungen allenfalls zu Unrecht bezogen werden, stellt eine vorsorgliche Massnahme dar, worüber im Rahmen eines Zwischenentscheids formell zu verfügen ist. Eine solche Verfügung kann nur unter den Voraussetzungen von Art. 45 oder 46 VwVG beim Sozialversicherungsgericht angefochten werden. Der durch eine vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung bewirkte finanzielle Nachteil ist durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge reversibel und stellt daher in der Regel noch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG dar 2010 S. 199
- Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 ATSG; Art. 45 Abs. 1 VwVG – Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung über eine vorsorgliche Massnahme. Die vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung bewirkt zwar beim Versicherten einen finanziellen Nachteil, welcher aber durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge reversibel ist und daher in der Regel noch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG darstellt. Das Verwaltungsgericht kann auf eine diesbezügliche Beschwerde nicht eintreten (Erw. 2).

Der Sozialversicherungsträger hat allerdings insbesondere in Fällen, in welchen die vorsorgliche Renteneinstellung aufgrund kaum erhärteter Verdachtsmomente erfolgt ist, für eine rasche Klärung des Rentenanspruchs zu sorgen (Erw. 3) 2010 S. 208

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. «Schuhshachtelbuchhaltung» 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 Bewer-

tungsstichtages und nicht im Rahmen einer zeitlich verzögerten Einschätzung beurteilt werden 2005 S. 100

- Der Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit einer Ermessensveranlagung obliegt ausschliesslich dem Steuerpflichtigen. Ohne substantiierte Sachdarstellung und ohne Nennung und Edition von Beweismitteln wird auf eine Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung – anders als bei einer Einsprache gegen eine ordentliche Veranlagung – nicht eingetreten 2005 S. 104
- Das fristgerechte Einreichen von herausverlangten Unterlagen ist keine Prozessvoraussetzung für das gewöhnliche steuerrechtliche Einspracheverfahren. Die Aufforderung zur Aktenedition ist eine Frage des Beweisverfahrens. Für die Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung gelten andere Regeln 2005 S. 107
- Die zugerische Praxis, einen Sattelschlepper stets nach seinem möglichen Zuggewicht zu besteuern, indessen einen Sattel-Sachentransportanhänger als vom Sattelschlepper abhängigen Auflieger nicht zu besteuern, erweist sich als gesetzmässig und verfassungskonform 2005 S. 113
- Wenn die Eigentümerin einer Wohnung mit ihrem Sohn aus Gründen der Steuerersparnis einen Mietvertrag abschliesst, dessen Einhaltung nicht nachgewiesen werden kann, so liegt trotzdem ein steuerbarer Eigenmietwert vor 2006 S. 107
- Liegenschaftshandel – Einkommen als selbständiger Erwerbstätigkeit oder Verwaltung von Privatvermögen – Abgrenzungskriterien 2006 S. 109
- Ablehnung der Wiederherstellung der Beschwerdefrist, wenn der beauftragte Vertreter das Fristversäumnis verschuldet hat 2007 S. 153
- § 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
- Art. 167 Abs. 1 DBG; § 164 StG – Zuständigkeit für die Beurteilung von Rekurses gegen Entscheide betreffend Steuererlass. Voraussetzungen für den Erlass einer Steuerforderung. Weder das Bundesrecht noch das kantonale Steuerrecht räumen einen Rechtsanspruch auf ganzen oder teilweisen Erlass ein. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für einen Erlass nicht erfüllt. 2009 S. 155

- § 191 Abs. 1 lit. b StG – Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Entscheidendes Kriterium für die Annahme eines Steueraufschubs ist, ob es sich bei der neu erworbenen Ersatzliegenschaft wieder um ein dauernd und ausschliesslich selbst genutztes Wohneigentum handelt. Eine Kaskadenersatzbeschaffung ist somit nicht zum Vorneherein ausgeschlossen. 2009 S. 162
- Art. 9 BV; § 202 Abs. 2 StG – Bei dem «Depot» in der Höhe des mutmasslichen Grundstückgewinnsteuerbetrages handelt es sich um ein Instrument des Steuerbezuges, das im Interesse der Gemeinde (kein gesetzliches Grundspfad für die Steuer) liegt und andererseits dem Schutz der an sich nicht steuerpflichtigen, aber gleichwohl solidarisch haftenden Käufer dient. Aufgrund dieser spezifischen Sicherungsfunktion lässt sich aus dem «Depotbetrag» von der Natur der Sache her keine Vertrauensgrundlage bezüglich des definitiven Steuerbetrages ableiten. 2009 S. 167
- § 16 Abs. 1 StG, Art. 17 Abs. 1 DBG – Unter welchen Voraussetzungen und unter welchem Titel können die Kosten eines zu Geschäftszwecken benutzten Büros in der eigenen Wohnung beim steuerbaren Einkommen in Abzug gebracht werden 2010 S. 177
- Art. 30 lit. e StG, Art. 33 Abs. 1 lit. b DBG, Art. 79b Abs. 3 BVG – Einlagen, Prämien und Beiträge zum Erwerb von Ansprüchen aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge können vom steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden abgezogen werden. Werden Einkäufe getätigt, so dürfen die daraus resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden 2010 S. 181
- § 196 Abs. 1 StG – Aufwendungen, die als werterhaltend bei der Einkommenssteuer zum Abzug gebracht worden sind, können nicht noch einmal als wertvermehrend bei der Grundstückgewinnsteuer zum Abzug gebracht werden (Erw. 2). Anforderungen an den Nachweis von wertvermehrenden Aufwendungen: zum rechtsgültigen Nachweis von Aufwendungen gehört im Regelfall die Vorlage quittierter Rechnungen oder anderer Zahlungsbelege. Aus der Rechnung muss sich auch klar ergeben, dass die Aufwendungen das Objekt betreffen, für welches die entsprechenden Abzüge vom Grundstückgewinn geltend gemacht werden (Erw. 3) 2010 S. 187
- Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG; § 191 Abs. 1 lit. b StG – Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Steueraufschub bei Handänderungen zum Zweck der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften in der Schweiz infolge Veräusser-

rung von dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum besteht. Der Steueraufschub ist auch bei einer ausserkantonalen Ersatzbeschaffung zu gewähren 2010 S. 192

- Art. 2 Abs. 2 lit. c ExpaV – Die Kosten für die Benützung eines Schulbusses gelten nicht als ordentliche Aufwendungen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c ExpaV. Werden sie vom Arbeitgeber rückvergütet, so müssen sie beim steuerbaren Einkommen aufgerechnet werden 2011 S. 219
- §§ 193 und 196 StG – Der Wert von abgebrannten oder abgebrochenen Gebäulichkeiten kann bei der Grundstückgewinnsteuer nicht berücksichtigt werden. Nach dem Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse können Aufwendungen für Bauten, die im Handänderungszeitpunkt nicht mehr vorhanden sind, nicht den Anlagekosten zugerechnet werden (Erw. 2). Es ist Aufgabe der steuerpflichtigen Person Aufwendungen, die den Grundstücksgewinn mindern, hinsichtlich Bestand und Umfang nachzuweisen. Weiter ist es dann Aufgabe der Grundstückgewinnsteuer-Kommission dem Steuerpflichtigen unter Hinweis auf seine Mitwirkungspflicht Frist anzusetzen, innert der er die erforderlichen Belege und Beweise vorlegen muss (Erw. 3) 2011 S. 224
- Art. 29 Abs. 2 BV, § 134 Abs. 2 StG – Die gesetzliche Regelung, wonach die steuerpflichtige Person berechtigt ist, ihre Einsprache mündlich zu vertreten, bedeutet nicht, dass im Einspracheverfahren jede einsprechende Person mündlich angehört werden muss (Erw. 4) 2011 S. 230
- Art. 144 Abs. 1 DBG und § 120 Abs. 1 StG – Die Kosten des Beschwerde- bzw. Rekursverfahrens werden in der Regel der unterliegenden Partei ganz bzw. bei teilweiser Gutheissung im Verhältnis des Obsiegens auferlegt. Voraussetzungen, unter denen die Kosten den obsiegenden Rekurrenten trotzdem vollumfänglich auferlegt werden können (Erw. 4). 2011 S. 231

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. 281

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 (Kehrrichtversorgung, 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
- Art. 16c Abs. 1 lit. d und Abs. 2 lit. a SVG – Die vorsätzliche Vereitelung einer Blut- oder Atemalkoholprobe sowie das vorsätzliche sich Entziehen vor einer entsprechenden Untersuchung ist immer eine schwere Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz und führt zu einem Entzug des Führerausweises von mindestens drei Monaten. Nach der Rechtskraft des Strafverfahrens wird anschliessend ein Administrativverfahren durchgeführt. Von diesem Faktum hätte der Beschwerdeführer Kenntnis haben müssen. Die Administrativbehörde ist grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil gebunden. 2009 S. 149
- Art. 23 VVV Anhang 4 – Voraussetzungen für die Bewilligung eines Kollektivfahrgewerbescheines in Verbindung mit einem Händlerschild sind unter anderen entgeltliche Reparaturarbeiten an 50 Fahrzeugen pro Jahr, die Probe- oder Überführungsarbeiten notwendig machen. In casu wurden die Voraussetzungen nicht erfüllt 2010 S. 145
- § 27 Abs. 1 VRG, § 9 Abs. 3 GO Verwaltungsgericht, Art. 106 Abs. 2 SVG, Art. 11a und 27 Abs. 1 VZV, § 4 Abs. 2 Ziff. 2 und § 4a Abs. 1 Ziff. 1 der kantonalen Ver-

ordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation – Zulässigkeit der Anordnung des Strassenverkehrsamtes gegenüber Inhabern von Motorfahrzeugausweisen ab dem 70. Altersjahr, sich alle zwei Jahre einer vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung zu unterziehen 2011 S. 211

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
- Unfallversicherung: Die telefonische Benachrichtigung vom Unfalltod der Tochter stellt kein Unfallereignis im Sinne von Art. 4 ATSG dar. 2009 S. 209
- Art. 6 UVG – Adäquater Kausalzusammenhang psychischer Unfallfolgen zu einem Raubüberfall. 2009 S. 213
- Art. 4 ATSG; Art. 9 Abs. 2 UVG; Unfallversicherung. – Qualifikation eines Ereignisses als Unfall oder als unfallähnliche Körperschädigung 2010 S. 240
- Art. 57 Abs. 3 UVG – Das Schiedsgericht gemäss Art. 57 UVG setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden der sozialversicherungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts, ergänzt durch je eine von den Parteien ernannte Vertretung in gleicher Zahl (Erwägung 2). Die Durchführung eines vorgängigen Vermittlungsverfahrens ist nach Art. 57 Abs. 3 UVG nach wie vor zwingend (Erw.4) 2010 S. 247

- Art. 1a Abs. 1 UVG i.V.m. Art. 1 UVV: Kriterien zur Beurteilung der sozialversicherungsrechtlichen Stellung eines Akkordanten. Selbständige Erwerbstätigkeit ist dann anzunehmen, wenn der Akkordant über eine eigene Betriebsorganisation verfügt. Entscheidend ist jedoch nicht die Erheblichkeit der Betriebsorganisation, sondern ob überhaupt eine solche vorliegt 2011 S. 253
- Art. 9 Abs. 1 und 2 UVG: Zusammenhang zwischen beruflicher Tätigkeit und Krankheit. Ein «ausschliesslicher oder stark überwiegender» Zusammenhang gemäss Art. 9 Abs. 2 UVG ist erfüllt, wenn die Berufskrankheit mindestens zu 75% durch die Arbeit verursacht worden ist 2011 S. 258

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
- § 52 Abs. 1 VRG, Art. 8 Abs. 2 Bst. a) und b) IVöB; Kann die Verletzung des kantonalen Submissionsrechts durch eine Gemeinde von einer Privatperson mit einer Aufsichtsbeschwerde gerügt werden? Wäre das neue Eisstadion in Zug unter das öffentliche Submissionsrecht gefallen? 2010 S. 320

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

Videoüberwachung (Datenschutz)

- Zur Rechtslage bezüglich Videoüberwachung des öffentlichen Raums 2009 S. 389

Vollmacht

- 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 2007 S. 113
- Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 445 ZGB; §15 und 16 VRG. – Das Vormundschaftsgeheimnis verpflichtet die Beistandin oder den Beistand, ihre resp. seine Aufzeichnungen vertraulich zu behandeln. Dem steht das Akteneinsichtsrecht als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör gegenüber. Die Beistandin oder der Beistand ist verpflichtet, in jene Akten Einsicht zu gewähren, die sie resp. er der Vormundschaftsbehörde offen legt, und die somit Einfluss auf den angefochtenen Entscheid haben könnten. 2009 S. 352
- Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB, Art. 17 Abs. 2 DSG – Akteneinsichtsanspruch der Nachkommen gegenüber einer verbeiständeten Person bzw. dem Beistand und der Vormundschaftsbehörde. Geheimhaltungspflicht der vormundschaftlichen Organe 2010 S. 156

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 oder 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

Zivilprozessrecht, internationales

- § 43 ZPO. – Der Einleger des Rechtsbehelfs gemäss Art. 36 LugÜ kann nicht zur Sicherstellung der Parteientschädigung im Rechtsbehelfsverfahren verpflichtet werden 2010 S. 294
- Art. 32 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 aLugÜ; §§ 221 ff. ZPO ZG – Vollstreckung eines ausländischen Auskunftsbefehrs 2011 S. 335

Zuständigkeit

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

Zustellung

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

- Eine eingeschrieben versandte Verfügung wird in jenem Zeitpunkt als zugestellt betrachtet, in welchem Sie am Postschalter abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, so gilt praxisgemäss die Fiktion, dass sie am letzten Tag der Abholfrist zugestellt bzw. abgeholt worden sei. Auf verspätete Beschwerdeeingaben kann nicht eingetreten werden 2010 S. 126

Inhaltsverzeichnis 2011

A. Gerichtspraxis

I Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfahrensrecht

Art. 34 Abs. 2 BV, § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG, § 17bis Abs. 1 und 2, 73 Abs. 1, 75 und 76 GG, §§ 67 – 69 WAG, Art. 15 Abs. 3 der Gemeindeordnung von Baar – Abstimmungsfreiheit und Stimmrechtsbeschwerde. Unterscheidung und Behandlung von Anträgen in der Gemeindeversammlung auf Schluss der Beratung, von Änderungs- sowie echten und unechten Rückweisungsanträgen. Über echte Rückweisungsanträge hat die Versammlung unverzüglich zu entscheiden. Allerdings müssen die Stimmberechtigten auch über einen solchen diskutieren können. Verzicht auf die Erhebung von Gerichtsgebühren wegen des öffentlichen Interesses an der Klärung der Streitfrage. 116

§ 62 VRG – Beschwerdeberechtigung – Der Nachbar eines Bauvorhabens ist grundsätzlich zur Beschwerde befugt, wenn er in einer für die vorgebrachten Rügen relevanten örtlichen Beziehung zum Bauobjekt steht und der Ausgang des Verfahrens seine Interessen beeinträchtigen könnte. Legitimation in casu verneint. 127

2. Personalrecht

§§ 10 Abs. 3 und 13 PG – Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses muss sich auf sachliche Gründe stützen. Eine Strafanzeige gegen eine Lehrperson wegen angeblicher sexueller Handlungen mit einer ehemaligen Schülerin ist für sich allein noch kein sachlicher Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. 132

Art. 29 Abs. 2 BV; § 16 Abs. 2 PG – Vor einer fristlosen Entlassung aus wichtigen Gründen ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern das rechtliche Gehör zu gewähren. Für die Art und Weise der Gewährung des rechtlichen Gehörs sind die Umstände des Einzelfalls massgebend. Das rechtliche Gehör kann im Einzelfall auch im Rahmen einer mündlichen Besprechung durch entsprechende Äusserun-

gen oder per Email gewährt werden, wenn die Angelegenheit – auch im Interesse der betroffenen Person – unter grossem Zeitdruck erledigt werden muss. 140

Art. 50 Abs. 1 BV. § 4 Abs. 1 KV. § 10 Lehrpersonalgesetz, §§ 4 und 5 PG, § 3 GG, §§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 und 42 VRG – Zulässigkeit der wiederholten befristeten Anstellung von Lehrkräften an den gemeindlichen Schulen im Kanton Zug beim Vorliegen sachlicher Gründe und unter Beachtung von Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Verhältnismässigkeitsprinzip. Gemeindeautonomie und Kognition des Regierungsrates gegenüber gemeindlichen Entscheiden. In der Regel keine Parteient-schädigung an eine Gemeinde. 146

3. Bau- und Planungsrecht

Art. 34 Abs. 4 lit. a – c RPV – Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone. Eine Bewilligung darf nur erteilt werden, wenn die Bauten und Anlagen für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig sind, den Bauten und Anlagen am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen und der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Erw. 3 – 5). Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt. Erteilung der Baubewilligung unter der Auflage, dass der Laufstall innert Jahresfrist zurückgebaut werden muss, wenn er nicht ausschliesslich landwirtschaftlich genutzt wird (Erw. 6). 163

§§ 12 und 14 PBG – Die Unterschreitung des minimalen gesetzlichen Waldabstandes ist nur zulässig, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, eine Ausnahmesituation und überwiegende öffentliche und/oder private Interessen vorliegen (Erw. 2). Im vorliegenden Fall liegt keine Ausnahmesituation vor. An der Erweiterung eines Hotel- und Restaurationsbetriebes durch eine sich im Waldabstand befindliche Lounge besteht kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse (Erw. 3). 172

Art. 24c RPG – Bestandesgarantie für nichtforstliche Bauten im Wald. Die Bestandesgarantie gemäss Art. 24c RPG findet auf nichtforstliche Kleinbauten im Wald keine Anwendung. Die Forderung nach einem Rückbau der illegal erstellten Ausbauten verstösst in diesem Fall nicht gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. 181

Art. 5 Abs. 2 BV – Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss alles staatliche Handeln verhältnismässig sein, d.h. staatliche Anordnungen müssen geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Im vorliegenden Fall verstösst die Forderung nach Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht gegen das Verhältnismässigkeitsgebot (Erw. 4). 193

4. Ausländerrecht

Art. 33 Abs. 3, 4 Abs. 1, 62 lit. b, 96 Abs. 1 AuG – Eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf den Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. b AuG – wenn gegen eine ausländische Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde – rechtfertigt sich nur, wenn die vorzunehmende Interessenabwägung die Massnahme auch als verhältnismässig erscheinen lässt. Auch unter dem neuen Ausländergesetz bedeutet die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren in jedem Fall einen sehr schwerwiegenden Verstoß gegen die schweizerische Rechtsordnung, weshalb sie den weiteren Verbleib des ausländischen Straftäters in der Schweiz ausschliessen kann. 196

5. Strassenverkehrsrecht

§ 27 Abs. 1 VRG, § 9 Abs. 3 GO Verwaltungsgericht, Art. 106 Abs. 2 SVG, Art. 11a und 27 Abs. 1 VZV, § 4 Abs. 2 Ziff. 2 und § 4a Abs. 1 Ziff. 1 der kantonalen Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation – Zulässigkeit der Anordnung des Strassenverkehrsamtes gegenüber Inhabern von Motorfahrzeugausweisen ab dem 70. Altersjahr, sich alle zwei Jahre einer vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung zu unterziehen und sich zu diesem Zweck an einen im Kanton Zug behandelnden Arzt (Hausarzt) oder einen auf einer Liste des Strassenverkehrsamtes aufgeführten Vertrauensarzt im Kanton Zug zu wenden. Beurteilung im Zusammenhang mit der Frage der Aussichtslosigkeit einer Beschwerde als Grund für die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. 211

6. Handelsregister

Art. 21 Abs. 1 GebT – Wer eine Anmeldung an das Handelsregister einreicht oder eine Amtshandlung verlangt, haftet persönlich für die Bezahlung der Gebühren und Auslagen. Diese Regelung gilt auch für Vertreter wie z.B. Notare, wenn diese sich im Auftrag Dritter oder von sich aus an ein Handelsregisteramt wenden. 215

7. Steuerrecht

Art. 2 Abs. 2 lit. c Expav – Die Kosten für die Benützung eines Schulbuses gelten nicht als ordentliche Aufwendungen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c Expav. Wer-

den sie vom Arbeitgeber rückvergütet, so müssen sie beim steuerbaren Einkommen aufgerechnet werden. 219

§§ 193 und 196 StG – Der Wert von abgebrannten oder abgebrochenen Gebäulichkeiten kann bei der Grundstückgewinnsteuer nicht berücksichtigt werden. Nach dem Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse können Aufwendungen für Bauten, die im Handänderungszeitpunkt nicht mehr vorhanden sind, nicht den Anlagekosten zugerechnet werden (Erw. 2). Es ist Aufgabe der steuerpflichtigen Person Aufwendungen, die den Grundstücksgewinn mindern, hinsichtlich Bestand und Umfang nachzuweisen. Weiter ist es dann Aufgabe der Grundstückgewinnsteuer-Kommission dem Steuerpflichtigen unter Hinweis auf seine Mitwirkungspflicht Frist anzusetzen, innert der er die erforderlichen Belege und Beweise vorlegen muss (Erw. 3). 224

Art. 29 Abs. 2 BV, § 134 Abs. 2 StG – Die gesetzliche Regelung, wonach die steuerpflichtige Person berechtigt ist, ihre Einsprache mündlich zu vertreten, bedeutet nicht, dass im Einspracheverfahren jede einsprechende Person mündlich angehört werden muss (Erw. 4). 230

Art. 144 Abs. 1 DBG und § 120 Abs. 1 StG – Die Kosten des Beschwerde- bzw. Rekursverfahrens werden in der Regel der unterliegenden Partei ganz bzw. bei teilweiser Gutheissung im Verhältnis des Obsiegens auferlegt. Voraussetzungen, unter denen die Kosten den obsiegenden Rekurrenten trotzdem vollumfänglich auferlegt werden können (Erw. 4). 231

8. Sozialversicherung

Art. 31 IVG: Der zu zwei Dritteln zu berücksichtigende Betrag i.S.v. Art. 31 IVG bezieht sich auf die (um Fr. 1500.– reduzierte) Einkommensverbesserung und nicht auf das gesamte Erwerbseinkommen 234

Art. 2 Abs. 4 lit. a des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) vom 5. Juni 2003 (BRB AVE GAV FAR): Bei Erdwärmesondenbohrungen handelt es sich nicht um Tiefbauarbeiten im Sinne dieser Bestimmung. 240

Art. 34 Abs. 2 KVG, Art. 36 Abs. 1 und 2 KVV: Kostenübernahme von medizinischen Behandlungen im Ausland. Wenn sich ein Versicherter im Wissen um eine baldige Behandlungsbedürftigkeit ins Ausland begibt, darf die obligatorische

Krankenpflegeversicherung die Übernahme der Kosten von im Ausland erbrachten Leistungen verweigern. 246

Art. 1a Abs. 1 UVG i.V.m. Art. 1 UVV: Kriterien zur Beurteilung der sozialversicherungsrechtlichen Stellung eines Akkordanten. Selbständige Erwerbstätigkeit ist dann anzunehmen, wenn der Akkordant über eine eigene Betriebsorganisation verfügt. Entscheidend ist jedoch nicht die Erheblichkeit der Betriebsorganisation, sondern ob überhaupt eine solche vorliegt. 253

Art. 9 Abs. 1 und 2 UVG: Zusammenhang zwischen beruflicher Tätigkeit und Krankheit. Ein «ausschliesslicher oder stark überwiegender» Zusammenhang gemäss Art. 9 Abs. 2 UVG ist erfüllt, wenn die Berufskrankheit mindestens zu 75% durch die Arbeit verursacht worden ist. 258

Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG: Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt den tatsächlichen Aufenthalt in der Schweiz voraus, sowie die Absicht, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und in dieser Zeit auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen in der Schweiz zu haben. 264

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

Art. 179 Abs. 1 ZGB und Art. 137 aZGB i.V.m. Art. 170 Abs. 1 ZGB – Ausnahmsweise Zulässigkeit der rückwirkenden Abänderung von Eheschutzmassnahmen oder vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens auf einen Zeitpunkt vor Gesuchseinreichung hin (E. 3.1.1). Ein Ehegatte ist gestützt auf Art. 170 Abs. 1 ZGB verpflichtet, dem anderen Ehegatten eine während des Eheschutz- oder Massnahmeverfahrens eingetretene Einkommenssteigerung mitzuteilen. Unterlässt ein Ehegatte diese Mitteilung, so verhält er sich treuwidrig. Der andere Ehegatte kann diesfalls in einem Abänderungsverfahren gestützt auf Art. 179 Abs. 1 ZGB die rückwirkende Anpassung der getroffenen Massnahmen auch auf einen Zeitpunkt vor Einreichung des Gesuches hin verlangen (E. 3.1.2). 269

2. Obligationenrecht

Art. 107 und Art. 160 Abs. 1 OR. – Ziffer 6.2 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) des Musterkaufvertrages für Neufahrzeuge des AGVS, Autogewerbever-

band der Schweiz. Gemäss Ziffer 6.2 der AVB kann die Konventionalstrafe nur dann gefordert werden, wenn die Käuferin schriftlich gemahnt und ihr zudem eine Nachfrist von 30 Tagen angesetzt wurde. Die Nachfrist kann nicht bereits mit der schriftlichen Mahnung angesetzt werden (E. 2.1). 271

Art. 731b OR – Bei Entscheid, welche Massnahmen der Richter ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Er hat dabei nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. Weiter hat er den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen (Einsetzung einer Liquidatorin und einer Revisionsstelle) 272

Art. 754 OR, Art. 260 SchKG – Einreden der Organe gegen ihre Verantwortlichkeit. Wird über eine Aktiengesellschaft nach Fällung des erstinstanzlichen Urteils in Bezug auf eine Verantwortlichkeitsklage sowie nach Einreichung der Berufung der Konkurs eröffnet und lassen sich einzelne Gläubiger die entsprechenden Rechtsansprüche der Masse gemäss Art. 260 SchKG abtreten, hat dies den Ausschluss von Einreden der Organe gegen ihre Verantwortlichkeit zur Folge, die sich gegen die Gesellschaft richten. 276

Art. 697a und 697b OR – Eine Sonderprüfung ist nur zulässig, wenn erstens ein Aktionär in der Generalversammlung einen entsprechenden Antrag stellt und die Generalversammlung zweitens über diesen Antrag abstimmt. Anderes gilt nur dann, wenn der Verwaltungsrat oder die GV eine Abstimmung über den Sonderprüfungsantrag verweigern, zumal der Aktionär einen Anspruch auf Durchführung einer Abstimmung hat. 279

3. Börsen und Effektenhandel

Art. 33 BEHG – Voraussetzungen für die Kraftloserklärung von Beteiligungspapieren. 282

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 8a SchKG – Wer zum Zwecke der Information Dritter über die eigene Kreditwürdigkeit einen Betreibungsregisterauszug über die eigene Person verlangt, kann sich auf Art. 8a Abs. 4 SchKG berufen (E. 2.1). Gestützt auf diese Bestimmung kann verlangt werden, dass Informationen, die länger als fünf Jahre zurück liegen, und die, ohne einen genügenden Rückschluss auf die – aktuelle – Kreditwürdigkeit der verzeichneten Person zuzulassen, geeignet erscheinen, deren wirtschaftli-

chen Ruf zu schädigen, aus dem Betreibungsregistrauszug gestrichen werden. In casu wurde dies für eine Bemerkung, wonach über das Vermögen des Beschwerdeführers vor rund 9 Jahren der Konkurs eröffnet worden sei, bejaht (E. 2.2). 284

Art. 31 SchKG, Art. 144 Abs. 2 und 324 ZPO – Die Frist zur Beantwortung einer betreibungsrechtlichen Beschwerde durch das Konkursamt ist erstreckbar. 289

Art. 197, 221, 242 SchKG, Art. 62 KOV – Geltendmachung eines Pfandrechts. Die nachträgliche Geltendmachung eines Pfandrechts für eine bereits rechtskräftig kollozierte Forderung ist grundsätzlich unzulässig und einzig für den Fall vorbehalten, in dem die rechtzeitige Anmeldung dem Gläubiger nicht möglich war. 289

Art. 232, 252, 255 und 255a SchKG – Anspruch der Gläubiger auf Durchführung zusätzlicher Gläubigerversammlungen. Die weiteren Gläubigerversammlungen gemäss Art. 255 SchKG gelten als Fortsetzung der zweiten Gläubigerversammlung. Es ist den Gläubigern daher verwehrt, gestützt auf Art. 255 SchKG die Durchführung einer Gläubigerversammlung zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung zu verlangen. Von der Literatur wird indes der Anspruch auf Einberufung einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung bejaht. Antragsberechtigt ist dabei ein Viertel der Teilnehmer gemessen an der Zahl derjenigen Gläubiger, denen das Konkursamt die Spezialanzeige gemäss Art. 233 SchKG zugestellt hat und die zu den Beschlussfassungen anlässlich der ersten Gläubigerversammlung zugelassen waren. Eine ausserordentliche Gläubigerversammlung zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung kann indes nur einberufen werden, wenn ein dringender Fall vorliegt. 293

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 und Ziff. 6 SchKG; Art. 31 aLugÜ. – Staatenarrest. Beantragt ein Gläubiger gestützt auf ein ausländisches Urteil einen Arrest und will er ausdrücklich nicht, dass das ausländische Urteil für vollstreckbar erklärt wird, kann das Gesuch mangels Arrestgrundes nicht bewilligt werden (E. 2). Solange kein ausdrücklicher Verzicht des ausländischen Staates auf seine Vollstreckungsimmunität vorliegt und die Binnenbeziehung zur Schweiz offenkundig fehlt, muss es im Ermessen des Arrestgerichts liegen, das Fehlen dieser Voraussetzung von Amtes wegen zu berücksichtigen (E. 4). 298

Art. 80 Abs. 1 SchKG; Art. 46 Ziff. 2 und Art. 47 Ziff. 1 aLugÜ. – Definitive Rechtsöffnung gestützt auf ein deutsches Teilversäumnisurteil. Liegt kein ausdrücklicher Antrag auf Vollstreckbarerklärung vor, hat der Rechtsöffnungsrichter die Vollstreckbarkeit des deutschen Entscheids lediglich vorfrageweise zu prüfen und darf die Vollstreckbarerklärung nicht ins Urteilsdispositiv aufnehmen (Erw. 1).

Ordnungsgemässe Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks? (Erw. 2). Ordnungsgemässe Zustellung des Teilversäumnisurteils? (Erw. 3). Eine vorfrageweise Prüfung der Anerkennbarkeit eines ausländischen Konkursdekrets ist nicht zulässig (Erw. 4). 301

IV. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

§ 86 Abs. 2 aGOG. – Das Gesetz sieht die Ediktalladung ausdrücklich nur für Fälle vor, in denen die Zustellung in keiner der in § 86 Abs. 1 aOG genannten Formen möglich ist. Bei unbekanntem Aufenthaltsort des Empfängers darf dies erst dann angenommen werden, wenn der Aufenthaltsort auch durch sachdienliche Erkundigungen oder Nachforschungen nicht eruierbar ist. Die Behörden trifft mithin eine Erkundigungspflicht. Deren Verletzung kann allerdings im Rechtsmittelverfahren geheilt werden (E. 3.3). 308

Art. 81 und 82 ZPO; Zulassung der Streitverkündungsklage – Bei der Streitverkündungsklage sind die Fragen des Rechtsschutzinteresses und der Prozessökonomie bereits im Zulassungsverfahren zu prüfen. Ist davon auszugehen, dass der Streitverkündungsklageprozess inhaltlich so viele zusätzliche Themen umfassen wird, dass der Entscheid im ersten Prozess nur einen geringen Teil des Streitverkündungsklageprozesses ausmacht und wird die Prozessführung übermässig erschwert, so ist die Zulassung der Streitverkündungsklage zu verweigern und mangels Rechtsschutzinteresse nicht auf die Streitverkündungsklage einzutreten. 310

Art. 99 Abs. 1 ZPO; Art. 126 ZPO; Art. 312 ZPO; Art. 322 ZPO. – Stellt der Rechtsmittelgegner nach Zustellung der Berufungsschrift bzw. der Beschwerde und Ansetzung der gesetzlichen Frist zur Rechtsmittelbeantwortung ein Kautionsbegehren, drängt sich daher in der Regel die Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid über die Kautionspflicht bzw. bei deren Bejahung bis zur Leistung der Kautions auf. Grundlage dafür bildet Art. 126 Abs. 1 ZPO. 319

Art. 126 Abs. 1 ZPO. – Sistierung im ordentlichen Verfahren; Kostenregelung. 320

Art. 257 ZPO – Voraussetzungen für den klaren Rechtsschutz (Einberufung einer Verwaltungsratssitzung) 322

Art. 725 OR, Art. 192 SchKG, Art. 59 ZPO; Anfechtung des Konkursdekrets im Falle einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung wegen Überschuldung.

Zur Anfechtung eines gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 192 SchKG ergangenen Konkursdekrets wegen Überschuldung bedarf es eines Verwaltungsratsbeschlusses. Ein einzelner Verwaltungsrat ist dazu nicht legitimiert, auch wenn er dem Verwaltungsratsbeschluss, mit welchem die Bilanzdeponierung beschlossen wurde, nicht zugestimmt hat (E. 1 – 2). Ein Rechtsmittel gegen einen erstinstanzlichen Entscheid steht nur derjenigen Partei zu, die formell beschwert ist. Hat der Konkursrichter gestützt auf eine vom Verwaltungsrat beschlossene Deponierung der Bilanz dem eingereichten Konkursantrag entsprochen, hat sich die Aktiengesellschaft dieses Verhalten anrechnen zu lassen. Demgemäss fehlt es ihr an der formellen Beschwerde zur Anfechtung des Konkursdekrets. Auf die von der Aktiengesellschaft gegen das Konkursdekret erhobene Beschwerde kann nicht eingetreten werden (E. 3.1 u. 3.2). Die Anfechtbarkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses ist nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ausgeschlossen. Geltend gemacht werden kann einzig dessen Nichtigkeit. Nichtigkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses ist nur im äussersten Fall und mit grösster Zurückhaltung bei Vorliegen schwerwiegender und dauerhafter Verstösse gegen zwingendes, im öffentlichen Interesse aufgestelltes Recht oder gegen die strukturwesentlichen Normen und fundamentale Ordnung des Aktienrechts anzunehmen (E. 3.3 – 3.4). 325

Art 261 ZPO – Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Als formelle Voraussetzungen gelten dabei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Geschworenen. Als materielle Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eines wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln. 330

2. Internationales Zivilprozessrecht

Art. 32 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 aLugÜ; §§ 221 ff. ZPO ZG.- Vollstreckung eines ausländischen Auskunftsbefehrs. 335

3. Strafrechtspflege

Art. 94 Abs. 1 StPO. – Der Beschwerdeführer, welcher die Frist zur Einsprache gegen einen Strafbefehl verpasst hat, kann eine Wiederherstellung der Frist nur dann verlangen, wenn sie an der Säumnis kein Verschulden trifft, sie mit anderen

Worten aus hinreichenden objektiven oder subjektiven Gründen davon abgehalten worden ist, fristgerecht zu handeln oder eine Vertretung zu bestellen. Weitergeltung der bundesgerichtlichen Praxis zur Art. 35 OG (E. 2 und 3.1–3.3). 341

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Grundrechte; Versammlungsfreiheit

Kirchenzentrum als öffentlicher Raum; das Betriebsreglement des Kirchenzentrums ist keine genügende Rechtsgrundlage zur Beschränkung der Versammlungsfreiheit. 346

2. Bürgerrecht

Art. 29 Abs. 2 B; Art. 15b Abs. 1 eidg. BÜG; Art. 5 Abs. 1 kant. BÜG – Unverhältnismässig strenge Anforderungen an das Erfordernis des Vorliegens geordneter persönlicher Verhältnisse (Erw. II. 2). Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes (Erw. II. 3). 352

3. Schulrecht

Art. 62 Abs. 3 BV i.V.m. § 34 ff. SchulG – Die Gemeinde ist verpflichtet, für behinderte Jugendliche über die obligatorische Schulzeit hinaus und bis längstens zum 20. Altersjahr die Kosten der Sonderschulung hälftig zu tragen (Erw. 2 Bst. a bis d). Das gilt auch für behinderte Jugendliche, die integrativ sondergeschult wurden (Erw. 4). 360

Nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit ist die Zuweisung eines Jugendlichen in eine Sonderschule gegen den Willen der Erziehungsberechtigten gestützt auf das Schulgesetz ausgeschlossen – § 5 Abs. 2 SchulG – Die Schulpflicht umfasst ein Jahr Kindergarten und neun Jahre der Primar- und Sekundarstufe. Eine über die obligatorische Schulzeit hinaus geltende Verpflichtung zum Besuch einer Sonderschule ist im Schulgesetz nicht vorgesehen. 363

II. Zivilrecht

Kindesschutzmassnahmen

Obhutsentzug als einstweilige Verfügung	366
---	-----

III. Planungs- und Baurecht

Art. 22 Abs. 1 RPG, § 1 Abs. 1 V PBG, § 67 Abs. 1 lit. g BO Zug; § 34 Abs. 1 PBG, § 20 BO Zug – Bewilligungspflicht einer Wertstoff-Sortieranlage mit Containern und Mulden? Zulässigkeit der Anlage im Baulinienraum und Zonenkonformität? Einordnung der Anlage in die Umgebung?	370
--	-----

Art. 4 Abs. 2 RPG, § 39 Abs. 2 PBG; Art. 21 Abs. 2 RPG, § 25 PBG, § 37 BO Baar – Rechtsfolgen bei Missachtung eines öffentlichen Mitwirkungsverfahrens? Liegt eine erhebliche Änderung der Verhältnisse seit Erlass des Zonenplanes vor? Verhältnismässigkeit einer Umzonung von der Zone W2b in eine Zone OeB für Alterswohnungen?	380
---	-----

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

I. Vorbemerkungen	396
II. Nicht-Veröffentlichung von bestimmten Geschäften des Kantonsrates im Internet	398
III. Zur Weitergabe von E-Mails Privater innerhalb der Gemeindeverwaltung	400
IV. Der Rechtsanwalt einer bevormundeten Person verlangt Einsicht in deren Daten	402
V. Zur Bekanntgabe von Adressen durch die Einwohnerkontrolle für eine medizinische Studie	403

VI. Zum Anspruch gegenüber der Einwohnerkontrolle auf Bekanntgabe von nicht gesperrten Adressen	405
VII. Adressbekanntgabe trotz Datensperre?	407

A. Gerichtspraxis

I Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfahrensrecht

Art. 34 Abs. 2 BV, § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG, § 17^{bis} Abs. 1 und 2, 73 Abs. 1, 75 und 76 GG, §§ 67 – 69 WAG, Art. 15 Abs. 3 der Gemeindeordnung von Baar – Abstimmungsfreiheit und Stimmrechtsbeschwerde. Unterscheidung und Behandlung von Anträgen in der Gemeindeversammlung auf Schluss der Beratung, von Änderungs- sowie echten und unechten Rückweisungsanträgen. Über echte Rückweisungsanträge hat die Versammlung unverzüglich zu entscheiden. Allerdings müssen die Stimmberechtigten auch über einen solchen diskutieren können. Verzicht auf die Erhebung von Gerichtsgebühren wegen des öffentlichen Interesses an der Klärung der Streitfrage.

Aus dem Sachverhalt:

Am 30. Juni 2010 fand in der Einwohnergemeinde Baar eine Gemeindeversammlung statt. Unter Traktandum 5 fanden vier Abstimmungen zu «Zonenplanänderung und Festsetzung Bebauungsplan Bannäbni Süd, Baar» statt. Über die Anträge des Gemeinderates wurde gemäss dem Protokollauszug der Gemeindeversammlung vom 10. Juli 2010 wie folgt abgestimmt: 1. Die Einwendungen zur Zonenplanänderung Bannäbni Süd wurden mit 175 zu 117 Stimmen abgewiesen; 2. Die Einwendungen zum Bebauungsplan Bannäbni Süd wurden mit 205 zu 136 Stimmen abgewiesen; 3. Der Zonenplanänderung Bannäbni Süd wurde vorbehältlich der Zustimmung zu Antrag 4 mit 249 zu 123 Stimmen zugestimmt; 4. Der Bebauungsplan Bannäbni Süd wurde mit 236 zu 146 Stimmen genehmigt.

Mit Stimmrechtsbeschwerde vom 2. Juli 2010 beantragte X. beim Regierungsrat des Kantons Zug wegen Unregelmässigkeiten bei der Abstimmung zu Traktandum 5 «Zonenplanänderung und Festsetzung Bebauungsplan Bannäbni Süd, Baar», dass sämtliche in der Gemeindeversammlung gefassten Beschlüsse im Zusammenhang mit Traktandum 5 aufzuheben seien und das besagte Traktandum bei der nächsten Gemeindeversammlung erneut zu behandeln sei. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass der Gemeindeversammlungsbeschluss unter Missachtung der in § 76 Abs. 2 des Gemeindegesetzes enthaltenen Verfahrensbestimmung ergangen sei und damit der freie Wille der Stimmberechtigten nicht zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck gekommen sei.

Mit Beschluss vom 28. September 2010 wies der Regierungsrat die Stimmrechtsbeschwerde ab.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. November 2010 liess X. beantragen, der Regierungsratsentscheid sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. Die Direktion des Innern und der Gemeinderat Baar beantragten die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Aus den Erwägungen:

1. a) Gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) ist gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausnahmsweise ausschliesst. Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Gemäss § 63 Abs. 1 VRG kann mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde jede Rechtsverletzung gerügt werden. Bei der Frage, ob die politischen Rechte der Stimmberechtigten verletzt worden seien, handelt es sich um eine Rechts- und nicht um eine Ermessensfrage.

b) Gemäss § 17^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesetz, GG, BGS 171.1) kann wegen Verletzung des Stimmrechts und wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von Wahlen und Abstimmungen beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden. Frist, Form und Verfahren richten sich nach den §§ 67 – 69 des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen (§ 17^{bis} Abs. 2). Bezüglich der Rechtspflege bestimmt § 67 Abs. 2 des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen vom 28. September 2006 (Wahl- und Abstimmungsgesetz, WAG; BGS 131.1), dass die Beschwerde innert drei Tagen seit der Entdeckung des Beschwerdegrundes, spätestens jedoch am dritten Tage nach der amtlichen Veröffentlichung der Ergebnisse im Amtsblatt, beim Regierungsrat einzureichen ist.

c) Die Beschwerdeführerin ist gegenüber dem angefochtenen Gemeindeversammlungsbeschluss vom 30. Juni 2010 wie auch vom Regierungsratsbeschluss vom 28. September 2010 als stimmberechtigte Einwohnerin im Sinne von § 62 Abs. 1 VRG zur Erhebung der Stimmrechtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht befugt (BGE 113 Ia 149 E. 1b, 395 E. 2b bb, je mit Hinweisen). Die erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist fristgerecht eingereicht worden und entspricht auch den übrigen formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist.

2. a) Die in Art. 34 Abs. 2 BV als Grundrecht verankerte Abstimmungsfreiheit gibt den Stimmberechtigten Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Es soll garantiert werden, dass jeder Stimmberechtigte seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann. Die Abstimmungsfreiheit gewährleistet die für den demokratischen Prozess und die Legitimität direktdemokratischer Entscheidungen erforderliche Offenheit der Auseinandersetzung (BGE 135 I 292 E. 2 S. 293, mit Hinweisen).

b) Bezüglich der Gemeindeversammlung sieht das zugerische Gemeindegesetz vor, dass der Gemeindepräsident die Gemeindeversammlung leitet (§ 73 Abs. 1 GG). Er eröffnet die freie Beratung und erteilt jedem Anwesenden das Wort in der Reihenfolge, in der es verlangt wird (§ 75 Abs. 1 GG). Über einen Antrag auf Schluss der Beratung wird ohne Diskussion unverzüglich abgestimmt (Abs. 2). Jeder Stimmberechtigte kann Änderungsanträge stellen, soweit das Gesetz es nicht ausschliesst (§ 76 Abs. 1 GG). Über Ordnungsanträge, wie Anträge auf Verschiebung der Beratung oder Abstimmung, Redezeitbeschränkung, Rückweisung an den Gemeinderat oder eine Kommission, Überweisung an eine Kommission, entscheidet die Versammlung unverzüglich (Abs. 2). Der Gemeinderat kann die weitere Beratung und die Abstimmung auf eine spätere Gemeindeversammlung verschieben, wenn er die Auswirkungen von Änderungsanträgen näher abklären will (Abs. 3). Die Gemeindeordnung von Baar vom 2. Dezember 2001 enthält keine Vorschriften über Wahlen und Abstimmungen in der Gemeindeversammlung, verweist aber für deren Durchführung auf die Bestimmungen des Gemeindegesetzes (Art. 15 Abs. 3 der Gemeindeordnung).

c) Vorliegend ist zunächst zu bemerken, dass das kantonale Recht insofern eine ausdrückliche Vorschrift über die Behandlung von Rückweisungsanträgen enthält, als die Versammlung über solche unverzüglich zu entscheiden hat (§ 76 Abs. 2 GG). Diese Regelung entspricht den in der Praxis entwickelten Grundsätzen für die Durchführung von Abstimmungsverfahren, gemäss denen grundsätzlich über formelle Anträge vor der Beschlussfassung über die materiellen zu befinden ist (vgl. AGVE 1980, S. 508 f.). In Berücksichtigung der Tatsache, dass die Stimmberechtigten gestützt auf Art. 75 Abs. 1 GG zu sämtlichen Beratungsgegenständen ein Rede- und Antragsrecht haben, muss ihnen vor der Beschlussfassung aber noch die Möglichkeit offen stehen, auch über einen (echten) Rückweisungsantrag als solchen zu diskutieren. Das demokratische Mitwirkungsrecht und die Seriosität der Meinungsbildung verbietet es, dass nach der Einreichung eines

Rückweisungsantrages die Diskussion sofort abgebrochen und ohne weiteres darüber abgestimmt wird (vgl. AGVE 1998, 535 ff.), zumal wegen des im Einzelfall oft zuerst noch unklaren Sinns und Zwecks des konkreten – echten oder unechten – Antrags. Deshalb ist der Versammlungsleiter je nach dem Stand der Diskussion unter Umständen berechtigt und sogar verpflichtet, diese noch so lange weiter walten zu lassen, bis der Charakter des Rückweisungsantrags feststeht und zudem die Stimmberechtigten über den allenfalls anzuerkennenden (echten) Rückweisungsantrag in Kenntnis aller Fakten und Meinungen entscheiden können. Tatsächlich ist nach dem Wortlaut des Gemeindegesetzes über einen Antrag auf Schluss der Beratung «ohne Diskussion unverzüglich» abzustimmen (§ 75 Abs. 2), während über Ordnungsanträge wie Anträge auf Rückweisung an den Gemeinderat «unverzüglich» zu entscheiden ist (Abs. 2). Von daher ist nach der Überzeugung des Gerichts dem Gemeindepräsidenten nicht vorzuwerfen, die Diskussion nicht sofort unterbrochen zu haben, nachdem der «Rückweisungsantrag» unterbreitet worden war. Dies zumal, da dieser nicht – wie in der Beschwerde dargestellt – wörtlich «gestützt auf § 76 Abs. 1 und 2 des Gemeindegesetzes» geäußert worden war. Allerdings wäre es dem Gemeindepräsidenten in der folgenden Diskussion oder auch noch unmittelbar nach dem Erinnerungsvotum der Beschwerdeführerin bzw. noch vor der Abstimmung aufgetragen gewesen, den Rückweisungsantrag gegenüber der Beschwerdeführerin zu hinterfragen bzw. seinen wahren Charakter als unechten Rückweisungsantrag festzustellen. Er hätte die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auch anfragen sollen, welcher Auftrag genau mit einer allfälligen Rückweisung zu verbinden sei, d.h. was mit dem Geschäft zu tun sei, so beispielsweise welche zusätzlichen Abklärungen oder neu aufgetauchten Varianten konkret zu prüfen seien (vgl. Patrick Schönbachler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, 2. Aufl. 2001, veröffentlicht auf der Website <http://www.schoenbaechler.ch/gdevers.pdf>, N. 48). Dies hätte unmittelbar dazu beigetragen, den unechten Charakter des Rückweisungsantrags offen zu legen. Davon hängt für die Beurteilung des Falles letztlich aber nichts ab.

d) Was die gesetzliche Regelung betrifft, so kommt hinzu, dass das Gemeindegesetz nicht unmittelbar bestimmt, zu welchen Sachgeschäften Änderungs- oder Rückweisungsanträge zulässig sind. Es kann sich aber aufgrund der Natur des entsprechenden Sachgeschäfts oder aus anderen materiellen Erlassen deren Unzulässigkeit ergeben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.820/2005 vom 4. Mai 2006 in Sachen Politische Gemeinde Rüti, E. 3.1; BGE 115 Ia 201, E. 3d). Dies hängt keineswegs von der gesetzlichen Regelung ab, sondern ergibt sich aus Sinn und Zweck dieses demokratischen Mitwirkungsrechts. Wie von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestätigt, kann also auch das vom Gemeindegesetz garan-

tierte Recht der Stimmberechtigten, gemäss § 76 Abs. 2 Rückweisungsanträge zu stellen, nicht absolute Gültigkeit beanspruchen.

e) Die Rückweisung eines Geschäftes fällt grundsätzlich in Betracht, wenn die Gemeindeversammlung eine behördliche Vorlage als diskussionswürdig, mangels hinreichender Informationen aber noch nicht als entscheidungsreif erachtet und sie nicht selber in der Lage ist, die Vorlage spontan sachgerecht zu ändern. Dies gilt namentlich für Geschäfte, welche tatsächlich in die Zuständigkeit des Gemeinderates fallen und für welche der Gemeinderat zusätzliche Entscheidungsgrundlagen beschaffen und allfällige Änderungen vorschlagen kann. Es geht darum, dass der Gemeinderat ein Geschäft nochmals einer Prüfung unterzieht. Als nicht entscheidungsreif erweist sich ein Geschäft insbesondere, wenn sich in der Gemeindeversammlung ergibt, dass wegen unzureichender Vorbereitung oder wegen in der Beratung neu aufgetauchter, wesentlicher Gesichtspunkte zusätzliche Abklärungen erforderlich sind oder in materieller Hinsicht eine andere Gestaltung oder eine weniger aufwendige Lösung zu prüfen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 21. Februar 2011, 1C_373/2010, E. 5.2; Schönbächler, N. 42; vgl. H.R.Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl. 2000, N. 1 und 2.1 zu § 52).

Davon muss die sog. unechte Rückweisung unterschieden werden, mit der eine Änderung der Vorlage bezweckt wird oder die sinngemäss auf eine Ablehnung der Vorlage zielt (Thalmann, N. 2.1 und 2.2 zu § 52; Urteil des Bundesgerichts 1P.820/2005, E. 3.2). Ergibt sich also aus der Begründung des Antrages, dass der Antragsteller etwas anderes verlangt, das weiter geht, sei es, dass der Vorlage grundsätzlich nicht zu folgen sei oder ein anderer Vorschlag an ihre Stelle tritt, so liegt kein Rückweisungsantrag vor (vgl. Thalmann, N. 1 zu § 52).

f) Der Grund für die in der Praxis unabdingbare Unterscheidung zwischen echten und unechten Rückweisungsanträgen, wobei man bei letzterem auch von einem «versteckten Ablehnungsantrag» spricht, liegt gerade darin, dass die freie, zuverlässige und unverfälschte Willenskundgabe der Stimmberechtigten gewährleistet sein muss. Eine strenge Praxis bei der Unterscheidung zwischen echten Rückweisungsanträgen und «versteckten» Ablehnungsanträgen verhindert nicht zuletzt die sonst mögliche missbräuchliche Berufung auf dieses demokratische Recht, ohne dass dies hier aber der Beschwerdeführerin unterstellt würde.

g) Hinsichtlich des rechtlichen Charakters eines Antrags an der Gemeindeversammlung kommt es aber nicht auf die Bezeichnung des Antrages an, sondern es ist wesentlich, was mit dem Antrag bezweckt worden ist. So ist zu prüfen, was die Beschwerdeführerin gemäss ihren Ausführungen in der Gemeindeversammlung

tatsächlich beabsichtigte bzw. wie diese Ausführungen mit Blick auf das Traktandum verstanden werden durften und mussten (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 21. Februar 2011, 1C_373/2010, E. 5.4). Wann ein Rückweisungs- oder Verschiebungsantrag als verdeckter Ablehnungs- oder Nichteintretensantrag zu qualifizieren und demzufolge unzulässig ist, lässt sich somit nicht generell, sondern nur einzelfallweise anhand der konkreten Umstände beurteilen (Schönbächler, a.a.O. N. 48). Wie der Regierungsrat richtig feststellte, gelten diese grundsätzlichen rechtlichen Unterscheidungen, die sich aus dem Charakter des demokratischen Instruments ergeben, ungeachtet davon, dass das Zugerische Gemeindegesetz sie nicht trifft. Und ebenso wenig hängt diesbezüglich etwas von der Regelung im Zürcherischen Gemeindegesetz ab, das ebenfalls keine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne kennt.

3. a) Vorliegend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin wie zahlreiche andere Redner an der Gemeindeversammlung vom 30. Juni 2010 sich selber zwar als Befürworterin der Überbauung Bannäbni Süd bezeichnete, die Vorlage von Zonenplanänderung und Bebauungsplan aber als «Schildbürgerei» und «ungeniessbares Sandwich» beschrieb. Sie verlangte eine «bessere Lösung» für das Planungsgebiet Bannäbni, nämlich eine solche, die berücksichtige, dass in ein paar Jahren eine dritte Etappe mit weiteren Einzonungen und der Anschluss an die bestehende Bannäbni stattfinden werde. Sie verlangte Lösungen, die auch weitere, von ihr «hier nicht alle» weiter ausgeführte Einwendungen berücksichtigten. Beispielsweise sei die Mehreinzonung von 8 % alles andere als geringfügig. Es müsse auch bereits die Erschliessung der 3. Etappe Bannäbni Nord jetzt gelöst werden. Sie kritisierte vor allem die Verkehrerschliessung, aber auch den im Projekt vorgesehenen Quartierplatz und die «Einkesselung» eines schützenswerten Kulturobjekts, von der Bauordnung abweichende Geschosshöhen, unterschrittene Grenzabstände, die Pflicht zur «monotonen» Flachdach-Bauweise oder das vorgesehene Energiekonzept. Als ihr Ziel verkündete die Beschwerdeführerin, dank der Stimme der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger «zusammen mit allen Betroffenen und den Verantwortlichen des Kantons ... für die Bannäbni eine Lösung [zu] finden, an der wir alle Freude haben», unter Einschluss der Landwirtschaft.

Wenn die Beschwerdeführerin am Schluss dieses Votums ihren Antrag wie folgt formulierte: «Der Bebauungsplan muss heute Abend zur genauen Überprüfung zurück gewiesen werden», dann kam dies in Berücksichtigung der von ihr in mehreren, wesentlichen Punkten geübten Kritik an Zonenplanänderung wie auch Bebauungsplan klar einem Ablehnungsantrag gleich. Es ging ihr aufgrund ihres Votums nicht mehr um mehr und bessere Information bzw. um eine bessere Vorbereitung des Geschäfts durch den antragstellenden Gemeinderat, sondern um

eine grundsätzlich andere Vorlage. Hierfür steht aber nicht das Institut der Rückweisung an den Gemeinderat als Ordnungsantrag zur Verfügung, sondern der materielle Antrag auf Ablehnung der Vorlage, gestützt auf welche die verschiedenen Beteiligten, d.h. Gemeinderat wie Investoren bzw. Eigentümer sowie Kanton über ein allfälliges neues Projekt beraten und entscheiden müssten.

b) Die Beschwerdeführerin machte zur Begründung ihres Antrages weder ausdrücklich noch konkludent geltend, die Vorlage des Gemeinderates sei an sich nicht entscheidungsreif, d.h. sie weise Mängel im Sinne von Unklarheiten und offenen Fragen auf, die im Rahmen einer neuen Vorbereitung des Geschäfts zu prüfen wären. Es ging ihr aufgrund ihrer ausführlichen Darlegungen vielmehr darum, die Vorlage in vielen, in Tat und Wahrheit aber offensichtlich geklärten Aspekten und vor allem in einem grundlegenden Teil, nämlich bezüglich Erschliessung und Baustellenerschliessung, anders aufzugleisen. Dies kam aufgrund der bereits vorhandenen Abklärungen im Ergebnis einer einschneidenden Änderung des Projekts mit weitreichenden Folgen gleich. Bei dieser Sachlage kam dem Antrag der Beschwerdeführerin nicht der Charakter eines echten Rückweisungsantrages zu. Es stellte daher keine Verletzung von § 76 Abs. 2 GG dar, dass über den Antrag der Beschwerdeführerin nicht separat abgestimmt worden ist. Da sich ihr Vorschlag im Ergebnis vom Antrag des Gemeinderates wesentlich unterschied, kam ihm vielmehr die Bedeutung zu, dass der offizielle Antrag abzulehnen sei und damit der Weg für eine Alternative geöffnet würde. Die Realisierung des von der Beschwerdeführerin und vieler weiterer Votanten an der Gemeindeversammlung gewünschten veränderten Projekts bedurfte daher der vorherigen Ablehnung des Antrages des Gemeinderates. In diesem Sinne verstand der Gemeindepräsident als Versammlungsleiter den Vorstoss der Beschwerdeführerin wie wohl die meisten anderen Teilnehmer der Gemeindeversammlung, und durfte er ihn so verstehen. Wer hinsichtlich einer anstehenden Abstimmung solcherart etwas «zurückweist», verlangt in der Regel dessen Ablehnung im Sinne eines «Neins». Allerdings wäre der Gemeindepräsident nach der gesetzlichen Ordnung gehalten gewesen, in rechtlicher Hinsicht zu erläutern, warum der Antrag der Beschwerdeführerin nicht zur Rückweisung geeignet und dass deshalb darüber nicht als Rückweisungsantrag, sondern in der Schlussabstimmung zu befinden sei. Es stellt bei dieser Sachlage aber keine Verletzung des Gemeindegesetzes dar, dass über den Antrag nicht separat abgestimmt worden ist.

c) Ein Rückweisungs- oder ein Verschiebungsantrag an einer Gemeindeversammlung ist schon grundsätzlich unzulässig, wenn damit eine Antwort abgewartet werden soll, die vom betreffenden Organ bereits mehrfach und in jüngster Zeit erteilt worden ist (Schönbächler, a.a.O. N. 46).

Die Stimmbürger verfügten aber über alle notwendigen Informationen über das Geschäft und wussten auch, dass gemeindliche und kantonale Behörden sämtliche Aspekte, auch jene der Erschliessung, abgeklärt und die Vorlage gestützt auf vollständige Informationen erarbeitet hatten. So hatte der Gemeinderat das umstrittene Traktandum in der an alle Haushalte verteilten Broschüre zur Vorbereitung der Gemeindeversammlung vom 30. Juni 2010 hinreichend und sachgerecht dargestellt und somit in objektiver Weise vorgestellt. Aus den Ausführungen des Gemeinderates zum hier umstrittenen Traktandum 5 in der Abstimmungsbroschüre ging klar hervor, welche Einwendungen erhoben wurden, worunter jene der Beschwerdeführerin, vertreten durch die Rechtsanwälte Y., und der IG Sonnrain, vertreten durch das Anwaltsbüro Z.. Die drei Einwendungen enthielten im Wesentlichen dieselben Vorbringen, wurden in der Broschüre einzeln aufgeführt und in der Folge ausführlich behandelt. Verwiesen wurde im Weiteren darauf, dass die Einwendungen auch in der Planungskommission eingehend beraten worden waren.

Weiter ergibt sich entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin aus der gemeindlichen Broschüre für die Gemeindeversammlung vom 30. Juni 2010 klar, dass insbesondere die Frage der Erschliessung über den Sonnrain wie auch die Frage der Baustellenzufahrt vom Gemeinderat umfassend abgeklärt worden sind, auch wenn nicht im Einzelnen jede erdenkliche Alternativvariante aufgezählt wurde und die Beschwerdeführerin «nicht direkt von der Gemeinde Baar kontaktiert oder über die Varianten orientiert worden» ist. Die umfassende Vorbereitung des Geschäfts auch in den gerügten Punkten ergab sich auch klar aus den auf die erhobenen Einwendungen und Voten eingehenden Stellungnahmen des Sprechers der Planungskommission Baar, des Baarer Bauchefs und des Gemeindepräsidenten an der Gemeindeversammlung. Den im Beschwerdeverfahren gemachten Vorhaltungen über unterlassene Abklärungen über Erschliessungsvarianten usw. wird von den Vorinstanzen zu Recht entgegengehalten, dass mit Schreiben vom 5. März 2010 die gemeindliche Abteilung Planung / Bau die Einwendungen bestätigte und mitteilte, dass die Einwendungen und Anträge vom Gemeinderat geprüft und beraten würden. Dass der Gemeinderat auf Gespräche mit den Einwendern verzichtete, da er bezüglich deren Hauptanliegen zur Erschliessung und Baustellenzufahrt über den Sonnrain keinen Handlungsspielraum sah, ist nachvollziehbar. Der Gemeinderat teilte mit Schreiben vom 5. Mai 2010 den Einwendern immerhin mit, dass eine Baustellenzufahrt ausserhalb der Bauzone von der kantonalen Baudirektion im April 2010 abschliessend als nicht bewilligungsfähig beurteilt worden sei und dass die Erschliessung der Bannäbni über die bestehende Strasse Sonnrain rechtskonform über alle Planungsstufen festgelegt worden sei. So hatte die Baudirektion gemäss ihrem Schreiben vom 19. April 2010 eine Erschliessung über das Grundstück Nr. 1455, Landwirtschaftszone (Variante 1), und eine Erschliessung

über das Grundstück Nr. 2159, Waldareal, (Variante 2), konkret geprüft und verworfen. Sie stellte fest, dass die Erschliessung des Neubaugebietes über die Sonnrainstrasse Voraussetzung für die Einzonung sei. Es werde sonst ein Präjudiz geschaffen, wenn nun, wo es um die Realisierung der ersten Etappe ginge, plötzlich zu Lasten der Landschaft und über einen unbestimmbar langen Zeitraum eine neue Erschliessung geplant werde. Dies hätte für die Natur- und Landschaftsräume im Kanton Zug sehr nachteilige Folgen. Beide Varianten seien aus der Sicht von Natur und Landschaft nicht bewilligungsfähig. Für die Variante 2 könne zudem keine Rodungsbewilligung in Aussicht gestellt werden. Weiter durfte der Gemeinderat in seinem Schreiben auch darauf hinweisen, dass bei einer Informationsveranstaltung vom 14. September 2009 die Thematik mit Anwohnern des Sonnrains und Gemeindevertretern besprochen worden war. Bei dieser öffentlichen Informationsveranstaltung über den Bebauungsplan Bannäbni Süd, bei der die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben zugegen war, wurde das Thema Erschliessung von den Gesuchstellenden mit den direkt betroffenen Anwohnerinnen und Anwohnern des Sonnrains unter Beisein einer Gemeindevertretung besprochen, wie die Broschüre mit den damaligen Traktanden beweist.

Es waren wie erwähnt nicht aufgrund der Diskussion neue, noch offene oder ungeklärte Fragen aufgetaucht oder mangelhafte Abklärungen ersichtlich geworden, die vor einem Entscheid noch hätten geklärt oder bereinigt werden müssen. Es wurden zwar die behördlichen Entscheidungen (betreffend Erschliessung usw.) bei der Vorbereitung des Geschäfts kritisiert, nicht aber – auch wenn dies von der Beschwerdeführerin behauptet wird – unterlassene Abklärungen oder noch offene Rechtsfragen. Und die Vorlage war genügend klar, um in Kenntnis der Vor- und Nachteile und der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen darüber entscheiden zu können. Dies wurde in der weiteren Diskussion von anderen Rednern und dem Gemeindepräsidenten betont, ohne dass die Beschwerdeführerin oder andere Votanten in diesen Punkten konkret widersprochen hätten. Damit ging es bei diesem Stand des Verfahrens nur noch um Zustimmung oder Ablehnung. Es genügt diesbezüglich nicht, nunmehr im Beschwerdeverfahren mangelhafte Abklärungen und Verletzungen des rechtlichen Gehörs zu rügen, während im Votum vor der Gemeindeversammlung lediglich beklagt wurde, dass es «bessere Lösungen» gebe und dass man «zusammen mit allen Betroffenen und den Verantwortlichen des Kantons» eine Lösung finden werde, «an der wir alle Freude haben werden». Dies kam also auch von der Begründung her einem Antrag auf Abweisung des Geschäfts in seiner unterbreiteten Form und damit auf eine grundsätzliche Überarbeitung gleich. Solcherart ging der Antrag auf Abweisung des Geschäfts in der unterbreiteten Gestalt, was zur Folge gehabt hätte, dass sämtliche Beteiligten notgedrungen allenfalls ein neues Projekt prüfen und auf den Weg hätten bringen können. Ein Rückweisungsantrag hätte

demgegenüber eine unzureichende Vorbereitung des Geschäfts oder in der Beratung neu aufgetauchte, wesentliche Gesichtspunkte namhaft machen müssen, die eine Rückweisung als Ordnungsantrag gerechtfertigt hätten. Solche Elemente wurden weder namhaft gemacht noch waren oder sind sie ersichtlich. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin brachten weder klare Alternativen noch echte Fragen zum Ausdruck, welche mit einer Rückweisung hätten geprüft und geklärt werden können und sollen. Der Rückweisungsantrag zielte daher – aus legitimen Gründen – auf ein Nein zur Vorlage. Dasselbe ergab sich z.B. auch aus dem von der Beschwerdeführerin vor dem Regierungsrat noch angeführten Votum von V.W. von der IG Sonnrain, der entgegen ihrer Auslegung nicht eine Rückweisung im Sinne von § 76 Abs. 2 GG beantragte, sondern die Ablehnung der Vorlage, indem er – ebenfalls aus vor allem die Erschliessung betreffenden Gründen – formulierte: «Wir von der IG Sonnrain sind deshalb ganz klar gegen den Bebauungsplan und beantragen, den Bebauungsplan zurückzuweisen, damit die Fehlplanungen der letzten Jahre korrigiert werden können ... ». Zu diesem Zweck bedurfte es indes keiner Rückweisung an den Gemeinderat und vor allem diente diesem Zweck eine solche nicht. Vielmehr hatten die Stimmberechtigten in Abwägung des Pro und Contra mit Ja oder Nein über die Vorlage zu entscheiden. Anschliessend hätte sich unter den gegebenen Verhältnissen die Frage einer neuen, anderen Vorlage gestellt.

Somit ist festzustellen, dass wohl Alternativerschliessungen ausserhalb der Bauzone von den zuständigen Instanzen von Gemeinde und Kanton geprüft und diskutiert, nicht aber als bewilligungsfähig beurteilt wurden. Die Anwohnerinnen und Anwohner wurden zudem ausreichend informiert. Es bestanden somit keine Unklarheiten in Bezug auf den Inhalt und die Auswirkungen der Anträge des Gemeinderates zu der Vorlage. Die Behauptung der Beschwerdeführerin an der Gemeindeversammlung, die Gemeinde habe keine andere Lösung für die Erschliessung gesucht, ist demzufolge nicht zutreffend. Die Vorlage kann als entscheidungsreif betrachtet werden. Dies wäre beispielsweise dann nicht der Fall, wenn in der Vorlage noch keine Erschliessung in der Planung vorgesehen gewesen wäre oder verschiedene Erschliessungsmöglichkeiten in Betracht gezogen worden wären und die Gemeinde sich noch nicht auf eine dieser Möglichkeiten hätte festlegen wollen. Der Rückweisungsantrag der Beschwerdeführerin zielte deswegen auf eine Änderung der Vorlage ab, weshalb er gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als unechter Rückweisungsantrag zu qualifizieren ist.

4. Bei Abstimmungs- und Wahlbeschwerden ist nach dem Gesetz ausserdem glaubhaft zu machen, dass die behaupteten Unregelmässigkeiten nach Art und Umfang geeignet waren, das Abstimmungs- oder Wahlergebnis wesentlich zu beeinflussen (§ 68 Abs. 2 WAG i.V.m. § 17^{bis} Abs. 2 GG). Selbst wenn im vorliegen-

den Fall also angenommen würde, dass von den gesetzlichen Regeln abgewichen worden sei, wäre dies nur von Bedeutung, wenn dadurch das Abstimmungsergebnis verfälscht worden wäre. Selbst wenn zwar nicht ausgeschlossen ist, dass einige Stimmberechtigte mit einer Abstimmung über den Rückweisungsantrag fest gerechnet und darum durch das Vorgehen des Gemeindepräsidenten verunsichert worden sein könnten, wäre dies sicher nicht von ausschlaggebender Bedeutung gewesen, zumal in Berücksichtigung der doch klaren Abstimmungsergebnisse. Aus der geltend gemachten starken Präsenz der Stimmberechtigten an der Versammlung, was die Wichtigkeit dieses Traktandums 5 für die Stimmberechtigten belegen mag, den zahlreichen und zumeist kritischen Votanten, der angeblichen teilweisen politischen «Unerfahrenheit» gewisser Stimmberechtigter und einer grösseren Zahl von Enthaltungen lässt sich indessen nicht ableiten, dass eine Abstimmung über einen Rückweisungsantrag zu einer Zustimmung hätte führen können. Die Stimmberechtigten haben sich im Anschluss an die Diskussion in der Schlussabstimmung klar für die Abweisung der Einwendungen zur Zonenplanänderung und der Einwendungen zum Bebauungsplan ausgesprochen, und selbst eine grössere Anzahl von Enthaltungen ist nur Ausdruck einer legitimen politischen Haltung, die auch eine gewisse Unzufriedenheit mit dem Projekt ausdrücken mag, zumal angesichts von dessen Grösse und Bedeutung. Mit dem Gemeinderat ist eher davon auszugehen, dass eine Abstimmung über einen Rückweisungsantrag etwa im gleichen Stimmenverhältnis abgelehnt worden wäre, gerade weil es sich aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin nur um einen unechten Rückweisungsantrag handelte, da nicht eine bessere Vorbereitung und Begründung des Geschäfts, sondern im Ergebnis ein in wesentlichen Belangen anderes Projekt das Ziel des Antrags war. Auch eine höchstwahrscheinliche Ablehnung des Rückweisungsantrags hätte also in der Folge kein anderes Abstimmungsergebnis in der Schlussabstimmung nach sich gezogen.

5. Zu Recht erklärt der Gemeinderat schliesslich, dass das rechtsverbindliche Publikationsorgan der Einwohnergemeinde Baar für amtliche Bekanntmachungen einzig das Amtsblatt sei. Die von der Beschwerdeführerin gerügte Mitteilung über den vorinstanzlichen Entscheid im Zugerbieter hatte lediglich Orientierungsscharakter und entsprach nach der zutreffenden Beurteilung des Gemeinderates einer offenen Informationspolitik im Sinne von Art. 9 der Gemeindeordnung.

6. a) Erweist sich somit, dass an der Gemeindeversammlung der Gemeinde Baar vom 30. Juni 2010 zu Recht nicht separat über den Rückweisungsantrag der Beschwerdeführerin abgestimmt worden ist, liegt keine Unregelmässigkeit im Sinne von § 67 WAG i.V.m § 17^{bis} des Gemeindegesetzes vor und muss die Beschwerde abgewiesen werden.

b) Die Kosten des Verfahrens trägt im Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsbehörden in der Regel die unterliegende Partei (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). In besonderen Fällen, insbesondere wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitfrage es rechtfertigt, können die Kosten herabgesetzt oder ganz erlassen werden (§ 25 lit. c VRG). Im konkreten Fall geht es um die rechtliche Qualifizierung eines Antrags auf Rückweisung eines Gemeindeversammlungs-geschäfts. Wie schon der Regierungsrat hält das Gericht dafür, dass die Klärung dieser Frage von erheblicher praktischer Bedeutung ist und damit im öffentlichen Interesse der Stimmberechtigten der zugerischen Gemeinden liegt. Auf die Erhebung von Verfahrenskosten wird deshalb verzichtet.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Juni 2011

V 2010 168

§ 62 VRG – Beschwerdeberechtigung – Der Nachbar eines Bauvorhabens ist grundsätzlich zur Beschwerde befugt, wenn er in einer für die vorgebrachten Rügen relevanten örtlichen Beziehung zum Bauobjekt steht und der Ausgang des Verfahrens seine Interessen beeinträchtigen könnte. Legitimation in casu verneint.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 27. April 2011 reichte X. Y. bei der Gemeinde Z. ein Gesuch für den Neubau von zwei Doppel Einfamilienhäusern sowie eines Gerätehauses auf dem Grundstück GS Nr. 222 ein. Das Baugesuch wurde in den Amtsblättern vom 6. und 13. Mai 2011 publiziert. Am 23. Mai 2011 reichte K. L. gegen dieses Bauvorhaben Einsprache ein. Am 6. Mai 2011 wurde das Baugesuch dem Amt für Raumplanung des Kantons Zug zur Prüfung und Stellungnahme überwiesen. Am 23. August 2011 erteilte der Gemeinderat die Bewilligung für den Bau von zwei Doppel Einfamilienhäusern mit Einstellhalle sowie Gerätehaus unter verschiedenen Auflagen. Gleichzeitig wies der Gemeinderat die Einsprache von K. L. ab, soweit er darauf eintrat. Der Gemeinderat stellte fest, dass der Einsprecher keine Verletzung von Bestimmungen des öffentlichen Rechts vorbringe, die einer Bewilligung des Baugesuchs im Wege stehen würden. Die beiden Entscheide des Gemeinderates wurden dem Einsprecher am 2. September 2011 eröffnet. Mit Verfügung vom 31. August 2011 stellte das Amt für Raumplanung fest, dass der Erteilung der gemeindlichen Baubewilligung unter Berücksichtigung von verschiedenen Auf-

lagen und Bedingungen nichts entgegenstehe. Die Gemeinde wurde beauftragt, diese Verfügung den Parteien zu eröffnen.

B. Gegen die Baubewilligung und den Einspracheentscheid reichte K. L. am 18. September 2011 beim Regierungsrat Beschwerde ein und beantragte, vom Regierungsrat bzw. der Baudirektion sei unverzüglich ein Baustopp zu erlassen. Am 29. November 2011 überwies die Baudirektion die Beschwerde in Anwendung von § 7 VRG zur direkten Beurteilung an das Verwaltungsgericht. Die Parteien wurden über diese Überweisung mittels einer Kopie des Überweisungsschreibens ins Bild gesetzt.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Gemäss § 62 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wer a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; b) durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist; und c) ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Für die Legitimationsprüfung ist im Einzelnen auf die vom Verwaltungsgericht entwickelte Praxis bei Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerden abzustellen. Zudem ist per 1. Januar 2007 das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) in Kraft getreten. Gemäss Art. 111 BGG muss sich, wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist, auch am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können. Demgemäss müssen die Kantone mindestens die gleiche Beschwerdelegitimation anerkennen, wie sie das BGG vorschreibt. Die Bestimmung von § 62 VRG stimmt wörtlich mit der bundesrechtlichen Regelung von Art. 89 BGG überein. Die im Gesetz aufgeführten drei Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

b) Die Kriterien von § 62 VRG bzw. Art. 89 Abs. 1 BGG grenzen die Beschwerdelegitimation von nicht zu den direkten Verfügungsadressaten – wie dem Bausuchsteller – zählenden Dritten, insbesondere von Nachbarn, gegen die unzulässige Populärbeschwerde ab. Verlangt ist neben der formellen Beschwerde (§ 62 Abs. 1 lit. a VRG), dass der Beschwerdeführer über eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache verfügt (§ 62 Abs. 1 lit. b VRG) und einen praktischen tatsächlichen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids zieht (§ 62 Abs. 1 lit. c VRG; vgl. BGE 133 II 252 f. E 1.3.1 und E 1.3.2, BGE 133 II 413 E 1.3). Die Nähe der Beziehung zum Streitgegenstand muss bei Bauprojekten

insbesondere in räumlicher Hinsicht gegeben sein. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (vgl. die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4236), bzw. besteht im materiellen Nutzen, den die erfolgreiche Einsprache dem Einsprecher eintragen würde. Neben rechtlich geschützten Interessen kann er auch bloss faktische Interessen wirtschaftlicher oder ideeller Natur geltend machen, die mit der Schutzrichtung der als verletzt gerügten Norm nicht übereinzustimmen brauchen (BGE 104 Ib 255 E 7c; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kanton Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 21 Rz. 21). Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind aber Beschwerdegründe Privater, mit denen ein bloss allgemeines öffentliches Interesse an der richtigen Anwendung des Rechts verfolgt wird, ohne dass dem Beschwerdeführer im Falle des Obsiegens ein praktischer Nutzen entsteht, bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und damit auch bei der kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig (vgl. BGE 133 II 253 E 1.3.2).

c) Der Nachbar ist grundsätzlich zur Beschwerde befugt, wenn er – wie bereits erwähnt – in einer für die vorgebrachte Rüge relevanten örtlichen Beziehung zum Bauobjekt steht und der Ausgang des Verfahrens seine Interessen beeinträchtigen könnte. Zu untersuchen ist daher jeweils vorerst, ob eine enge nachbarliche Raumbeziehung besteht und ob der Nachbar durch die Erteilung einer Baubewilligung mehr als irgendjemand oder die Allgemeinheit in eigenen Interessen besonders berührt ist. Die erforderliche Beziehungsnähe ist in erster Linie gegeben, wenn ein Bauvorhaben mit Sicherheit oder mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Immissionen führt und der Beschwerdeführer durch diese betroffen wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um Lärm-, Staub-, Erschütterungs-, Licht- oder andere Einwirkungen handelt (Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, Art. 33 N 35 mit umfangreichen Hinweisen auf die Praxis des Bundesgerichts). Die räumliche Distanz zwischen dem Bauvorhaben und der Liegenschaft des Beschwerdeführers ist ein gewichtiges, jedoch nicht das einzige Kriterium für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation. Vielmehr ist stets eine Würdigung sämtlicher rechtserheblicher Sachverhaltselemente vorzunehmen. Eine hinreichend enge nachbarliche Raumbeziehung wird grundsätzlich bejaht, sofern das Grundstück des Beschwerdeführers unmittelbar an das Bauvorhaben angrenzt oder sich in dessen unmittelbarer Nähe befindet (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 1995, in ZBl 1995, 528 f.). Nach der bisherigen Praxis erachtete das Bundesgericht in der Regel Nachbarn bis zu einem Abstand von 100 Metern als zur Beschwerde berechtigt. Verneint wurde die Legitimation z.B. bei einem Abstand zum Bauvorhaben von 220 m (BGE 1A.46/1998 vom 9. November 1998),

von 200 m (Urteil A.122/1983 vom 2. November 1989, ZBl 85/1984), von 150 m (BGE 112 Ia 119 E 4b), und von 100 m (Urteil 1C_342/2008 E 2). Das Bundesgericht legte aber immer Wert darauf, dass sich die Legitimation nicht bloss aus der räumlichen Nähe ergebe, sondern erst aus einer daraus resultierenden besonderen Betroffenheit z.B. durch Immissionen (BGE 125 II 15 E 3a; BGE 116 Ib 324 E 2d; für das Verwaltungsgericht vgl. GVP 1997/98, 87 f.). Gleichwohl hat es einer Nachbarin, die in 800 Meter Entfernung eines in der Landwirtschaftszone projektierten Schweinestalls wohnte und die sich gegen die damit verbundenen Lärm- und Geruchsemissionen zur Wehr setzen wollte, die Beschwerdelegitimation wegen der fehlenden räumlichen Nähe abgesprochen (BGE 111 Ib 160 E 1b).

d) Die Legitimation des Nachbarn folgt also nicht bereits daraus, dass er im gleichen «Gebiet» wohnt oder Grundeigentum besitzt, in welchem das unerwünschte Bauwerk errichtet werden soll. Auch ein rein ideelles Interesse an der richtigen Anwendung des Raumplanungsrechts des Bundes, des Bau- und Planungsrechts des Kantons und der Bauordnung einer Gemeinde führt noch nicht zur Bejahung der Beschwerdelegitimation, sofern der Beschwerdeführer nicht persönlich betroffen ist. Eine gewisse Intensität der besonderen Betroffenheit ist unbedingte Voraussetzung der Beschwerdelegitimation. Von der Verletzung der Bestimmungen über den Grenzabstand, den Schattenwurf und den Lichtentzug ist z.B. nur ein relativ enger Kreis von Nachbarn betroffen, während übermässige Immissionen von Grossanlagen sich auch in grösserer Entfernung noch in einem Mass auswirken können, welches eine Bejahung der Beschwerdeberechtigung mit sich bringt. Die Tatsache, dass ein Bauvorhaben die Aussicht der Nachbarn beeinträchtigt, stellt – anders als beim Lichtentzug oder beim Schattenwurf – in der Regel keine negative Immission dar, ansonsten sich der Kreis der Legitimierten kaum abgrenzen liesse. Auch die Tatsache, dass durch die Verneinung der Beschwerdeberechtigung eine materielle Prüfung des Bauvorhabens verhindert und unter Umständen eine rechtswidrige Baute errichtet wird, kann an den Voraussetzungen der Beschwerdeberechtigung nichts ändern. Die Beschwerdeberechtigung ergibt sich nicht aus der Rechtswidrigkeit eines angefochtenen Entscheides, sondern sie ist umgekehrt Voraussetzung dafür, dass eine Partei diese (behauptete) Rechtswidrigkeit überhaupt prozessual beanstanden kann (BGE vom 17. Juni 2004, 1P.164/2004, E 2.4). Zur Beschwerde gegen ein Bauvorhaben nicht legitimiert ist, wer durch den geplanten Bau und die von ihm ausgehenden Immissionen nicht direkt betroffen ist, sondern seine Berührtheit einzig auf privatrechtliche Streitigkeiten mit dem Bauherren zurückführt. Schliesslich vermag auch eine rein emotionale Verbundenheit zu einem Bauobjekt keine Einsprache- bzw. Beschwerdelegitimation zu begründen (vgl. zur Legitimationsregelung im Bundes-

recht und am Beispiel des Kantons Zürich generell: Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 21, N 1 - 49).

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

a) Der Beschwerdeführer ist eines von sechs Mitgliedern der Erbengemeinschaft von M. L. und hiermit auch Eigentümer des Grundstücks GS Nr. ... in A. Gesamthandverhältnisse wie Erbengemeinschaften sind als solche nicht parteifähig, d.h. die Beteiligten bilden eine notwendige Streitgenossenschaft. Bei zeitlicher Dringlichkeit kann ein einzelner Gesamthandschafter die Interessen der Gemeinschaft vorläufig wahren. Eine selbständige Anfechtungsbefugnis kommt jedoch den einzelnen Gesamthandschaftern zu, wenn eine belastende oder pflichtbegründende Anordnung abzuwenden ist.

b) Das Grundstück GS Nr. ... der Erbengemeinschaft M. L. befindet sich gut 310 Meter vom Bauvorhaben entfernt. Dieses Grundstück grenzt zwar an das Baugrundstück, doch ist das Bauvorhaben praktisch ausserhalb der Sichtweite des Grundstücks der Erbengemeinschaft bzw. des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer, der einer von sechs Erben ist, ist durch die Immissionen der Neubauten nicht berührt. Weder liegt eine Verletzung von Grenzabständen vor, noch sind Nachteile wegen Schattenwurfes oder Aussichtverlusts denkbar. Auch andere Immissionen zu Lasten der Erbengemeinschaft und/oder des Beschwerdeführers (wie Staubentwicklung, Lärm, Erschütterungen) sind durch den Bau der beiden Doppelteinfamilienhäuser nicht möglich. Der Beschwerdeführer begründet seine Legitimation einzig damit, dass der Hof seiner Erbengemeinschaft direkt an die Liegenschaft des Bauherrn angrenze, weshalb sie als Nachbarn betroffen seien und ein Interesse daran hätten, dass das umstrittene Bauvorhaben in der vorliegenden Form nicht gebaut werde. Das Grundstück des Beschwerdeführers GS Nr. ... grenzt zwar im südlichen Bereich auf einer Länge von 150 m an das Baugrundstück GS Nr. ... an, doch besteht zwischen der gemeinsamen Grenze der beiden Grundstücke und dem Standort des Bauvorhabens eine Distanz von mehr als 300 Metern. Dadurch fehlt es an der besonderen örtlichen Beziehungsnähe des Beschwerdeführers zum Bauvorhaben und damit am besonderen «Berührtsein» im Sinne von § 62 Abs. 1 lit. b VRG. Die Tatsache, dass das Bauvorhaben aus der Sicht des Beschwerdeführers gegen das Raumplanungsrecht verstösst, vermag ebenso wenig eine Legitimation zu begründen wie die negative emotionale Beziehung zum Bauvorhaben bzw. zum Bauherrn. Die Tatsache, dass zwischen dem Beschwerdeführer und dem Bauherren private Streitigkeiten bestehen, führt nicht zur Beschwerdeberechtigung. Der Hof und das Grundstück der Erbengemeinschaft Alois Muff liegen zu weit vom Bauvorhaben entfernt, als dass daraus eine

Beschwerdeberechtigung abgeleitet werden könnte. Zu beachten ist auch, dass im vorliegenden Fall drei Gebäulichkeiten (Werkstattgebäude, Holzschopf sowie Garten- und Gerätehaus) abgerissen und durch drei Neubauten ersetzt werden sollen, die – abgesehen vom zusätzlichen Erschliessungsverkehr – gegenüber dem heutigen Zustand praktisch keine zusätzlichen Immissionen verursachen werden. Auch werden keine zusätzlich markant in Erscheinung tretenden Bauten erstellt, die sich auf eine Distanz von 300 m irgendwie optisch negativ auswirken könnten.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2011

V 2011 / 157

Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten trat das Bundesgericht mit Urteil vom 6. März 2012 nicht ein.

2. Personalrecht

§§ 10 Abs. 3 und 13 PG – Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses muss sich auf sachliche Gründe stützen. Eine Strafanzeige gegen eine Lehrperson wegen angeblicher sexueller Handlungen mit einer ehemaligen Schülerin ist für sich allein noch kein sachlicher Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Aus dem Sachverhalt:

A. A. B. unterrichtete während ca. 18 Jahren als Klassenlehrperson im Vollamt in der Gemeinde N.. Wegen der Beschuldigung durch eine ehemalige Schülerin, dass A. B. an ihr mindestens zweimal sexuelle Handlungen verübt habe, wurde ein Strafverfahren eingeleitet und A. B. für sieben Tage in Untersuchungshaft genommen. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2009 kündigte die gemeindliche Anstellungsbehörde für Lehrpersonen das Arbeitsverhältnis mit A. B. unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist. Auf die Auszahlung einer Abgangsentschädigung wurde verzichtet und eine Lohnrückforderung im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung ausdrücklich vorbehalten. Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsbeschwerde wies der Gemeinderat N. am 30. März 2010 vollumfänglich ab. Zur Begründung führte der Gemeinderat aus, dass die Parteien in ihrer Einschätzung übereinstimmten, dass für A. B. eine Beschäftigung als Lehrer in der Gemeinde N. zukünftig weder möglich noch zumutbar sei. Er wäre derart ausgestellt und die Angriffsflächen für erneute Gerüchte oder Vorwürfe wären so riesig, dass der Druck auf ihn enorm wäre. In Bezug auf mildere Massnahmen oder die

Ermöglichung anderer Tätigkeiten verhalte es sich so, dass weder an den Schulen noch in der Gemeindeverwaltung zumutbare oder passende Stellen vorhanden seien. Eine gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde hiess der Regierungsrat am 8. März 2011 teilweise gut. Er beschloss, dass die Gemeinde N. an A. B. eine Entschädigung von Fr. 103'688.55 zu bezahlen habe. Weiter wurde festgestellt, dass eine Lohnrückforderung der Gemeinde gegenüber A. B. im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung nicht zulässig sei.

B. Am 13. April 2011 reichte der Gemeinderat N, beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte, der Entscheid des Regierungsrates sei aufzuheben und der Entscheid des Gemeinderates vom 30. März 2010 sei zu bestätigen. Eventualiter sei die Rückforderung von Entschädigungen (insbesondere der neun Monatslöhne) bei einer Verurteilung durch die Strafbehörden vorzubehalten, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners. Mit Vernehmlassung vom 28. April 2011 beantragte die Finanzdirektion namens des Regierungsrates des Kantons Zug die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Am 7. Juni 2011 liess auch A. B. die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin beantragen.

Aus den Erwägungen:

...

2. A. B. unterrichtete während ca. 18 Jahren mit Pensen zwischen 80 und 100 % in der Gemeinde N.. Nach einem im Juli 1995 abgeschlossenen Arbeitsvertrag / Ergänzungsvertrag wurde am 27. Mai 2009 zwischen den Schulen der Gemeinde N. und A. B. erneut ein Arbeitsvertrag auf unbefristete Dauer unterzeichnet. In den Verträgen wurde auf die Geltung des kantonalen Schulgesetzes inklusive dessen Verordnungen sowie der kantonalen und kommunalen Personalerlasse (Lehrpersonalgesetz, Personalgesetz, Personalverordnung, Pensionskassengesetz) und der kommunalen Bestimmungen (z.B. Beschluss der Bildungskommission) verwiesen. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2009 wurde das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist auf Ende Schuljahr 2009/2010 gekündigt. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, ihre auf Ende Schuljahr ausgesprochene Kündigung sei sachlich begründet gewesen. Trotzdem verlangt sie für den Fall einer strafrechtlichen Verurteilung des Beschwerdegegners I die Rückforderung der während der Kündigungszeit ausbezahlten Löhne, jedenfalls aber der im angefochtenen Entscheid zugesprochenen Entschädigung in der Höhe von neun Monatslöhnen.

3. a) Das Gesetz über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrpersonen an den gemeindlichen Schulen vom 21. Oktober 1976 (Lehrpersonalgesetz, BGS 412.31) regelt die Rahmenbedingungen für die gemeindlichen Schulleitungen und Lehrpersonen. Gemäss dessen § 10 Abs. 1 sind bezüglich Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Bestimmungen des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals, insbesondere jene betreffend der Lehrpersonen der kantonalen Schulen, sinngemäss anzuwenden. Gemäss § 8 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG, BGS 154.21) endet ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis in der Regel durch schriftliche Kündigung seitens des Mitarbeiters oder des Kantons. Gestützt auf § 10 Abs. 2 PG kann den Lehrkräften der kantonalen bzw. aufgrund des Verweises im Lehrpersonalgesetz der gemeindlichen Schulen nur auf Ende des Schuljahres gekündigt werden. 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 gemäss § 10 Abs. 4 PG die Angemessenheit weniger weitreichender Massnahmen zu erwägen (wie förmliche Erteilung eines Verweises, Gehaltskürzung, Funktionsänderung, Zuweisung anderer Arbeit etc., wie in der am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Fassung von § 10 Abs. 4 PG explizit aufgeführt wird). Eine Kündigung seitens des öffentlichen Arbeitgebers ist nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung, wenn sie während bestimmter Sperrfristen erklärt wird (§ 11 und 12 PG). Missbräuchlich ist eine Kündigung seitens des Arbeitgebers gemäss § 13 PG dann, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt. Eine missbräuchliche Kündigung begründet Anspruch auf Entschädigung, welche abhängig vom Dienstalter drei bis höchstens neun Monatsgehälter beträgt. Hingegen kann aus einer missbräuchlichen Kündigung kein Anspruch auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden (§ 14 PG).

b) Die ordentliche Kündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis bedarf eines sachlichen oder triftigen Grundes. Diese Gründe müssen mit der Anstellung direkt im Zusammenhang stehen oder sich doch auf diese auswirken, sachlich haltbar und von einer gewissen Schwere sein. Dabei können die Gründe mit der Person des Lehrers zusammenhängen oder auch unabhängig von ihm sein. Insofern ist ein Verschulden des Angestellten nicht massgebend. Eine Weiterbeschäftigung der Lehrkraft müsste dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Schule und damit letztlich dem Wohl der Schüler widersprechen (vgl. Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern 2003, Abschnitt 18.333, S. 545, mit Verweisen; Matthias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, S. 299). Auch ein blosser Verdacht auf

ein strafbares Verhalten kann genügen, dass das für die Fortsetzung erforderliche Vertrauen verloren geht; allerdings muss der Verdacht begründet sein, was heisst, dass er sich auf nachweisbare und nachprüfbare Tatsachen abstützen können muss (vgl. Peter Hänni, *Das öffentliche Dienstrecht, Eine Fallsammlung*, 2. Aufl., Zürich 2008, S. 558 f.: *Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 2. September 2009*). Nur die Tatsache allein aber, dass ein Strafverfahren angehoben wurde, genügt als sachliche Begründung nicht, da der öffentlichrechtliche Arbeitgeber nach überwiegender Lehrmeinung an die Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV gebunden ist (vgl. *Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 13. Januar 2010, PB.2009.00013, Erw. 3.4 mit Hinweisen*). Wenn sich somit eine Kündigung einzig auf den Vorwurf eines strafbaren Verhaltens abstützt, ist sie als sogenannte Verdachtskündigung unzulässig. Allerdings müssen die Kündigungsgründe nicht die Intensität eines wichtigen Grundes erreichen, welcher die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unzumutbar macht, was nachgerade zu einer fristlosen Entlassung führen könnte. Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis gilt im Weiteren der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, was explizit in § 10 Abs. 4 PG seinen Niederschlag findet, indem vor der Entlassung weniger weitreichende Massnahmen seitens des Arbeitgebers zu prüfen sind. Die Kündigung muss daher zur Lösung eines Problems nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich sein. Die Abwägung der gegenseitigen Interessen muss eine Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen (vgl. zum Ganzen: Michel, a.a.O., S. 301). Dabei kann bei der Prüfung der Vertrauenswürdigkeit Berücksichtigung finden, dass bei Personen mit Beispielfunktionen, wie dies bei Lehrpersonen fraglos der Fall ist, ein strengerer Massstab an die Integrität anzulegen ist. Andererseits ist auch die Dauer des bisher bestehenden Arbeitsverhältnisses in die Interessenabwägung miteinzubeziehen, ist doch eine Kündigung für einen langjährigen Mitarbeiter von einschneidenderer Bedeutung als für einen Jüngeren.

4. Dem Verwaltungsgericht steht bei der Beurteilung von angefochtenen Regierungsratsentscheiden nur die Rechtskontrolle zu; hält ein Entscheid dieser Überprüfung stand, ist es nicht zulässig, dass das Gericht eigene Ermessensentscheide trifft. Demgegenüber steht dem Regierungsrat eine umfassende Kognition zu, was ihm erlaubt, nebst der Rechtmässigkeit auch die Zweckmässigkeit eines kommunalen Entscheids zu prüfen. Der Regierungsrat hat unter Ziff. 2 seines Entscheides korrekt erwogen, dass er sich gestützt auf die in § 3 des Gesetzes über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesetz, BGS 171.1) den Gemeinden zugesprochene selbstständige Ermessensausübung bei deren Beurteilung eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Streitig ist vorliegend aber nicht eine reine Ermessensfrage, bei welcher der Gemeinde ein erheblicher Gestaltungsspielraum zusteht, sondern ob die von ihr

vorgebrachten Gründe für die Entlassung als sachlich im Sinne des kantonalen Personalgesetzes gelten oder nicht und ob demzufolge die Kündigung rechtsmissbräuchlich ist oder nicht (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 24. Februar 2010, 8C_122/2009, Erw. 2.2.2 – 2.2.7). Der Regierungsrat setzte sich in seinem Entscheid in ausführlicher und detaillierter Weise mit dem Sachverhalt auseinander, wie er in den Akten dokumentiert ist, und befragte zusätzlich Zeugen und Parteien in dieser Angelegenheit. Die Erwägungen im angefochtenen Entscheid sind insgesamt überzeugend. Was dagegen die Beschwerdeführerin in diesem Verfahren noch zur Begründung ihrer Begehren vorbringt, ist nicht stichhaltig, wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt.

a) Der Gemeinderat beanstandet, dass A. B. seinerseits nichts dazu beigetragen habe, das Vertrauensverhältnis zu verbessern, da er seine Arbeitgeberin über den Lauf des Strafverfahrens im Ungewissen lasse. Dazu ist anzumerken, dass im Kündigungsschreiben vom 14. Dezember 2009 von dieser mangelnden Information noch keine Rede war und im damaligen Zeitpunkt offenbar auch noch keinen Anlass für die Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses bildete. Wenn diese Tatsache aber im heutigen Verfahren nachgeschoben wird, ist dem entgegen zu halten, dass das Verhältnis zwischen den Parteien infolge der Entlassung mutmasslich belastet ist und sich seit Anhebung der Beschwerdeverfahren kaum verbessert hat. Dass der Beschwerdegegner daher im Nachgang der Kündigung, mit welcher das Dienstverhältnis zwischen den Parteien aufgelöst wurde, nicht von sich aus über das Strafverfahren orientiert hat, kann ihm heute nicht vorgeworfen werden. Anders wäre seine Informationspflicht nur im Falle der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages zu beurteilen gewesen. Zusätzlich kann hier festgestellt werden, dass bis dato nach unbestrittenen Angaben (noch) keine Anklage erfolgte, so dass auch nur wenige Informationen von Relevanz für die Arbeitgeberin vorliegen dürften.

Die Beschwerdeführerin macht erneut geltend, dass die Kündigung gerade auch zum Schutz von A. B. erfolgt sei, da er aufgrund des im Raum stehenden Verdachtes keine normale Lehrertätigkeit mehr hätte ausüben können, sich nicht gegen neue, letztlich nicht kontrollierbare Gerüchte hätte wehren können und dadurch stark belastet gewesen wäre. Selbst nach einem Freispruch sei es äusserst schwierig, in derselben Schulgemeinde weiter zu unterrichten. Um ihn und die Schülerschaft zu schützen, wären zusätzliche Massnahmen wie beispielsweise eine stetig anwesende Zweitperson nötig gewesen, was wiederum für die Beteiligten sehr belastend wäre. Die Abwehr der künftigen Belastung erachte sie als durchaus sachlichen Grund für die Kündigung. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Wie der Regierungsrat in seinem gut begründeten Entscheid zu Recht geschlossen hat, müssen bei einem solchen Verdacht in erster Linie die vom

Übergriff bedrohten bzw. betroffenen Schüler geschützt werden. Gleichwertig ist aber auch der Schutz der verdächtigten Lehrperson, die durch eine falsche Beschuldigung ebenso massiv in ihren Persönlichkeitsrechten betroffen bzw. bedroht ist. Eine schnelle Kündigung seitens der Arbeitgeberin nach einer Strafanzeige wird aber gemeinhin wohl eher so verstanden, dass diese ihrem Mitarbeiter doch nicht mehr ganzes Vertrauen entgegenbringt, so nach dem Sprichwort «kein Rauch ohne Feuer». In diesem Sinn wirken die Ausführungen des Gemeinderates, dass die gekündigte Person von zukünftigen Belastungen in der Gemeinde verschont und dadurch geschützt werde, für den Betroffenen wohl eher wenig hilfreich. Aufgrund der gegenüber den eigenen Mitarbeitern bestehenden Fürsorgepflicht und durchaus in Beachtung der Wahrung des guten Rufes der Schule hätte die Arbeitgeberin Massnahmen treffen müssen und können, die diesen grundlegenden Anliegen gerecht geworden wären. Notabene hat eine Schule nicht nur einen guten Ruf gegenüber den Eltern und Schülern zu wahren, sondern auch einen gegenüber ihren Mitarbeitern als verlässliche Arbeitgeberin. Dass die Situation aufgrund der Strafanzeige und der im Folgenden angeordneten Untersuchungshaft gerade auch für die Gemeinde äusserst belastend war, ist nicht in Abrede zu stellen. Es ist auch nachvollziehbar, dass es nicht einfach ist, eine für sämtliche Betroffenen geeignete, allen Interessen gerechte Massnahme zu finden (Zuweisung einer anderen Arbeit oder Funktion, andere Formen des Unterrichtens im Team, Art der Information der betroffenen Kreise etc.). Dazu bringt die Gemeinde in relativ pauschaler – und in dieser allgemeinen Art wohl auch zutreffend – vor, dass in der gemeindlichen und in der Schulverwaltung nicht beliebig Stellen geschaffen werden könnten und dass es nicht zumutbar sei, einer Lehrperson auf nicht absehbare Zeit einen Beistand beizustellen. Sie hat aber nicht dokumentiert dargetan, welche vernünftigerweise durchführbaren Massnahmen sie konkret und vertieft geprüft hat, um A. B. zu unterstützen und ihn vor Rufschädigungen zu schützen. Sich vor Belastungen durch Kündigungen zu befreien, ist jedenfalls nicht zulässig, sofern nicht weitere Gründe gegeben sind, die einen schweren Vertrauensverlust begründen. Dass solche aber vorliegend vorhanden gewesen wären, wurde zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht und es befinden sich dazu nicht die geringsten Hinweise in den Akten. Im Gegenteil erhielt der Beschwerdegegner 1 auf sein Verlangen hin noch am 30. November 2009 ein sehr gutes Zwischenzeugnis, in welchem ihm hohe Verhaltens- und Leistungskompetenzen als Lehrkraft gegenüber den Schülern und auch als Mitglied des Schulhausteams gegenüber seinen Arbeitskollegen bescheinigt wurden. Bei allem geforderten Wohlwollen darf ein so positives Zeugnis nur so ausgestellt werden, wenn es der Wahrheit entspricht. Auch wurde mit ihm noch im Mai 2009 ein neuer Arbeitsvertrag mit Erhöhung des Pensums abgeschlossen, was kaum der Fall gewesen wäre, wäre seine Arbeit nicht geschätzt worden. Auf die noch im vorinstanzlichen Ver-

fahren, hier aber nicht mehr wiederholten Ausführungen, dass es sich A. B. nicht mehr habe vorstellen können, weiterhin zu unterrichten und einen langfristigen Funktionswechsel beabsichtigt habe, die Kündigung in diesem Sinn als einvernehmlich interpretiert werden könnte, muss nicht weiter eingegangen werden. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Regierungsrat korrekt festgestellt hat, dass sich die ausgesprochene Kündigung nicht auf einen sachlichen Grund stützen lässt. Damit war sie missbräuchlich im Sinne von § 13 PG.

b) Die missbräuchliche Kündigung begründet gemäss § 14 PG einen Anspruch auf Entschädigung. Diese beträgt im Fall von A. B., welcher seit 1993 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit der Schulgemeinde N. stand, neun Monatsgehälter. Dies wie auch die vom Regierungsrat berechnete Höhe der Entschädigung, welche auf den Lohnabrechnungen basiert, sind unbestritten. Der Gemeinderat bringt aber vor, dass im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung von A. B. die Voraussetzungen allenfalls für eine fristlose, jedenfalls aber für eine ordentliche Kündigung bejaht werden müssten. Sie beantragt deswegen, dass die während der ordentlichen Kündigungsfrist ausbezahlten Löhne zurückgefordert werden könnten, sicher aber die darüber hinaus geschuldete Entschädigung. Als Gegenstück zur Unschuldsvermutung müsse diese Lohnrückforderung zur Geltendmachung der finanziellen Interessen der Gemeinde möglich sein. Diese Argumentation geht fehl. Die Unschuldsvermutung besagt bloss, dass ein angehobenes Strafverfahren als solches nicht als einzige Begründung für eine Kündigung herangezogen werden kann. Liegen weitere Tatbestände vor (erhärtete Verdachtsmomente, Geständnisse der Lehrperson, Kooperationsverweigerung durch den Mitarbeiter etc.), die ein Vertrauensverhältnis erheblich und nachvollziehbar zerrütten, kann eine ordentliche Kündigung rechtskonform ausgesprochen werden. Dabei bliebe aber vorab zu prüfen, ob mildere Massnahmen angeordnet werden könnten und müssten (vgl. § 10 Abs. 4 PG). Das Zuger Personalgesetz sieht zwar nicht explizit als vorsorgliche Massnahme eine Freistellung mit Lohnkürzung oder -streichung vor (vgl. so beispielsweise Art. 26 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000, BPG, SR 172.220.1, bzw. Art. 103 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, BGV, SR. 172.220.111.3); als gegenüber einer Kündigung mildere Massnahme – immerhin wird Gehaltskürzung in § 10 Abs. 4 PG aufgeführt – könnte dies den Arbeitgeber bei gröberen Pflichtverletzungen seitens des Mitarbeiters vor unberechtigten Lohnzahlungen schützen. Vorliegend hat aber der Regierungsrat in nicht zu beanstandender Weise erwogen, dass eben gerade kein sachlicher Grund für eine ordentliche Kündigung und damit eingeschlossen für eine fristlose Entlassung gegeben war. Auch der Gemeinderat hat zu keinem Zeitpunkt vorgebracht, dass er die Leistungen und das Verhalten von A. B. im Übrigen beanstandet hätte oder gar ein Disziplinarverfahren hätte anheben müssen. Aus

diesem Grund – und nicht als Ausfluss resp. «Gegenstück» des Grundsatzes der Unschuldsumsetzung – folgt selbstredend die Pflicht der Arbeitgeberin zur Zahlung der Löhne bzw. der geschuldeten Entschädigung. Dass A. B. faktisch freigestellt, ihm keine Arbeit zugewiesen und er nicht weiterbeschäftigt worden ist, bedeutet nicht, dass er den Lohn zu Unrecht bezieht. So ist es nicht von ihm zu verantworten, dass er keine Arbeit als Gegenleistung zum Lohn erbringen konnte. Eine retrospektiv begründete (fristlose) Entlassung gibt es in diesem Sinn nicht; auch besteht im Kanton Zug zur Zeit keine gesetzliche Grundlage für die Rückforderung von vertraglich korrekt geleisteten Löhnen in Fällen von schweren oder wiederholten Berufspflichtverletzungen oder strafrechtlichen Verurteilungen. Die Feststellung des Regierungsrates, dass der Gemeinderat auch bei einer allfälligen späteren (rechtskräftigen) Verurteilung von A. B. nicht berechtigt sei, die geleisteten Löhne bzw. Entschädigung zurückzufordern, ist korrekt und nicht zu beanstanden.

5. A. B. liess im vorinstanzlichen Verfahren beantragen, dass ihm gestützt auf Art. 24 ff. PG eine Abgangsentschädigung im Umfang von sechs Monatslöhnen zugesprochen werden solle. Dies wurde ihm verweigert mit der Begründung, dass diese nur in Fällen von sachlich gerechtfertigten Kündigungen geschuldet seien und dass ihm dagegen als Folge der missbräuchlichen Kündigung ein Entschädigungsanspruch zustehe, womit der ihm entstandene Schaden finanziell abgegolten werde. In diesem Teilbegehren unterlag er vor dem Regierungsrat, liess aber keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen. Im Rahmen der Vernehmlassung behielt er sich erneut ausdrücklich vor, Schadenersatz und Genugtuungsansprüche gegenüber der Arbeitgeberin zu stellen. Der guten Ordnung halber wird hier festgestellt, dass darauf, selbst wenn er einen förmlichen Antrag gestellt hätte, nicht hätte eingetreten werden können, da er deutlich zu spät erfolgte. Eine unbefristete – wie auch befristete – Anschlussbeschwerde gibt es im VRG nicht. Der vorinstanzliche Entscheid ist somit in dieser Teilfrage rechtskräftig. Dem Beschwerdeführer stehen somit gestützt auf das Zuger Personalgesetz keine weiteren Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche mehr zu.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2011

V 2011 / 50

Art. 29 Abs. 2 BV; § 16 Abs. 2 PG – Vor einer fristlosen Entlassung aus wichtigen Gründen ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern das rechtliche Gehör zu gewähren. Für die Art und Weise der Gewährung des rechtlichen Gehörs sind die Umstände des Einzelfalls massgebend. Das rechtliche Gehör kann im Einzelfall auch im Rahmen einer mündlichen Besprechung durch entsprechende Äusserungen oder per Email gewährt werden, wenn die Angelegenheit – auch im Interesse der betroffenen Person – unter grossem Zeitdruck erledigt werden muss.

Aus dem Sachverhalt:

K. L. war bei der Gemeinde X. unbefristet als Lehrer angestellt. Im Frühjahr 2009 wurde er wegen wiederholter strafrechtlicher Verfehlungen verhaftet. Im Beisein von Vertretern der Polizei fanden am 3. und 5. März 2009 Besprechungen zwischen K.L. und seinem Vertreter einerseits und dem Rektor und dem Präsidenten der Gemeinde X. andererseits statt. Nach der Besprechung vom 5. März 2009 teilte die Gemeinde K. L. noch am gleichen Tag schriftlich mit, dass man das Arbeitsverhältnis angesichts der Vorfälle sofort auflöse. Eine Kopie des Schreibens ging auch an den Rechtsvertreter. Am 25. März 2009 liess K. L. beim Regierungsrat gegen das Schreiben vom 5. März 2009 Verwaltungsbeschwerde erheben und geltend machen, die Kündigung sei missbräuchlich und es sei ihm eine Entschädigung von acht Monatslöhnen zu bezahlen. Mit Beschluss vom 23. Februar 2010 hiess der Regierungsrat die Beschwerde teilweise gut und verpflichtete die Gemeinde X. zur Bezahlung von Fr. 75'318.40. Gegen diesen Beschluss liess der Gemeinderat X. am 25. März 2010 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss sei aufzuheben und die Verwaltungsbeschwerde gegen die fristlose Entlassung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (auch für das Verfahren vor dem Regierungsrat) zu Lasten von K.L. abzuweisen. Mit Vernehmlassung vom 21. April 2010 beantragt der Regierungsrat, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gemeinde vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Auch K. lässt am 6. August 2010 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gemeinderates X. beantragen.

Aus den Erwägungen:

...

4. n). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Das rechtliche Gehör ist immer

unter Würdigung der konkreten Interessenlage zu beurteilen. Gerade im öffentlichen Dienstrecht genügen schon relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Entlassung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch, sofern der betroffenen Person klar war, dass sie mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte. Dabei hat die Partei nicht bloss die ihr zur Last gelegten Tatsachen zu kennen, sondern sie muss darüber hinaus auch wissen, dass gegen sie eine Verfügung mit einer bestimmten Stossrichtung in Erwägung gezogen wird. Unter diesen Aspekten ist der vorliegende Fall zu würdigen. Ausgangspunkt ist das Faktum, dass der K. L. Beschwerdegegner 1 am 26. Februar 2009 von der Zuger Polizei wegen des Verdachts der mehrfachen Begehung schwerer Straftaten in Untersuchungshaft genommen wurde (K. L. wurde mit Urteil vom 15. Dezember 2010 wegen dieser Delikte zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten sowie zu einer Busse von Fr. 300.– verurteilt worden; die Strafe wurde zum Zweck einer ambulanten psychiatrischen Behandlung aufgeschoben). Die Gemeinde X. bzw. sein unmittelbarer Vorgesetzter, der Rektor der Schulen X. hatten von diesen Vorfällen und auch vom Verbleib ihres Lehrers vorerst keine Kenntnis. Am 2. März 2009, also vier Tage nach der Verhaftung, wurde der Rektor durch einen Anruf des ermittelnden Polizeibeamten über die Untersuchungshaft informiert und für den 3. März 2009 zu einer Besprechung eingeladen. Bei dieser Besprechung überreichte der Beschwerdegegner 1 dem Rektor einen vor der Besprechung erstellten handgeschriebenen Brief, indem er sein Bedauern darüber kundtat, dass es zu dieser unglaublichen Entgleisung gekommen sei, für die er gerade stehen müsse. Weiter gibt er seinem Wunsch Ausdruck, dass man das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einverständnis auflösen möge und dies auch so kommuniziere. Weiter enthält der Brief eine Liste, was an der Schule noch alles erledigt werden müsse. Am Schluss «verabschiedet» sich K. L. von der Schule und wünscht den Schülern, den Mitarbeitern und dem Rektor alles Gute für die Zukunft. Schon vor der Besprechung vom 3. März 2009 war somit K. L. klar, dass eine weitere Tätigkeit an der Schule von Steinhausen für ihn nicht mehr möglich sein würde. Es erstaunt daher sehr, dass er am 13. August 2009 im Rahmen der Parteibefragung erklärte, zu diesem Zeitpunkt sei überhaupt nicht klar gewesen, ob das Arbeitsverhältnis aufgelöst werde oder nicht. Zumindest am 3. März 2009 ist für K. L. klar gewesen, dass für ihn eine Rückkehr an die Schule in X. nicht mehr möglich sein würde, zumal ihm dies auch der Rektor mündlich bestätigt hat. Dies bestätigte auch der Kripochef, der als Zeuge erklärte, dass der Rektor klar gesagt habe, dass der K. L. an den Schulen von X. nicht mehr werde unterrichten können.

- o) Was die Besprechung vom 5. März 2009 betrifft, so erklärte K. L. bei der Parteibefragung, Ziel dieser Besprechung sei es gewesen, eine Formulierung zu finden, mit der die Eltern der Schüler und die Öffentlichkeit über seine Abwesen-

heit hätten informiert werden sollen. Der Gemeindepräsident erklärte bei der Parteibefragung, er sei am 5. März 2009 über den Stand der Ermittlungen informiert worden und darüber, dass der K. L. ein Geständnis abgelegt habe. Anschliessend sei es darum gegangen, dass es eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses gebe. Der Rechtsvertreter von K. L. erklärte als Zeuge, es sei um die Frage der Kommunikation gegangen, denn man habe der Öffentlichkeit kommunizieren müssen, dass K. L. zur Zeit keine Schule gebe. Es sei nie die Rede davon gewesen, ob das Arbeitsverhältnis aufgelöst oder weitergeführt werde. Man habe zwar darüber gesprochen, dass K. L. nicht mehr an die Schule zurück komme und dass man die Öffentlichkeit informiere. Über eine fristlose Entlassung habe man aber nicht gesprochen. Von erheblicher Bedeutung erscheint in diesem Zusammenhang das Email (RR act. 061.2), welches der Rechtsvertreter der Opfer, der ebenfalls an dieser Besprechung anwesend war, unmittelbar nach dieser Sitzung an seine Mandantin geschickt hat, und in dem er das Ergebnis der Besprechung aus neutraler Sicht wie folgt zusammenfasst: «Die Polizei und die Staatsanwaltschaft informieren nicht und geben auch keine Details bekannt. Die Gemeinde X. wird an Lehrer und Eltern ein Communiqué verfassen, in welchem festgehalten wird, dass sich die Schule per sofort von K. L. getrennt habe, wobei es um «ausserschulische» Angelegenheiten gehe». Diese Schilderung der Ergebnisse stimmt auch mit den Aussagen des Kriпочefs überein, der als Zeuge erklärte, es sei darum gegangen, einen Text zu finden, warum K. L. abgesetzt werde, bzw. warum er in X. nicht mehr unterrichten könne. Es sei nie ein Thema gewesen, dass er wieder zurückkommen könne. Natürlich habe man mit der Klarstellung, dass K. L. nicht mehr an die Schule zurückkomme, Gerüchten und Rückfragen begegnen wollen. Nicht nur für die Vertreter der Gemeinde, sondern auch für die «ausserstehenden» Teilnehmer an der Besprechung vom 5. März 2009 war klar, dass sich die Parteien per sofort trennen würden.

p) Eine klassische Anhörung im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs stellt man sich bei einem Vorfall, der zu einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses führt, im Regelfall in etwa so vor, dass die Arbeitgeberin den Betroffenen schriftlich oder mündlich mit den Fakten konfrontiert, die ihrer Meinung nach Grund für eine fristlose Auflösung bilden. Nachher gibt sie dem Betroffenen Gelegenheit, sofort oder innert einer bestimmten Frist zu den Vorwürfen und zu den Auflösungsabsichten Stellung zu nehmen. Das Gericht ist nicht der Meinung, dass es sich bei den beiden Besprechungen vom 3. und vom 5. März 2009 um eine solche klassische Anhörung im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs gehandelt hat. Der vorliegende Fall ist aber auch völlig anders zu beurteilen. Hier kamen die entscheidenden Informationen vom fehlbaren Arbeitnehmer selber. K. L. hat den Rektor als seinen unmittelbaren Vorgesetzten und zwei Tage später

auch den Gemeindepräsidenten in der Untersuchungshaft über Vorfälle aus seinem Privatleben informiert, die eine Weiterbeschäftigung an den Schulen von X. zum Vorneherein ausgeschlossen haben. Nach den beiden Besprechungen hätte K. L. und seinem Rechtsvertreter klar sein müssen, dass eine sofortige Trennung unabdingbar war und dass eine Weiterbeschäftigung bei der Gemeinde X. nicht mehr in Frage kommen würde. Die Gemeinde hatte weder die Möglichkeit noch die Verpflichtung, K. L. über irgendwelche Vorfälle zu informieren, zu denen er hätte Stellung nehmen können. Es ging am 5. März 2009 in der Tat nur noch um Kommunikation, nämlich um die Kommunikation des Faktums, dass man gegenseitig das Arbeitsverhältnis als per sofort aufgelöst erachtete.

q) Dass sich die Parteien darin einig waren, dass das Arbeitsverhältnis per sofort aufgelöst würde, lässt sich unzweifelhaft aus dem weiteren Vorgehen der Parteien am fraglichen Donnerstag, den 5. März 2009, entnehmen. Mit einem Email gelangte nämlich der Rektor der Schulen X. am späteren Nachmittag des 5. März 2009 an den Rechtsvertreter von K. L., wobei er ihm als Anhang den Entwurf für die Elterninformation zustellte. Der Entwurf enthielt als Rubrum «Trennung von Herrn K. L. » und weiter den Hinweis, dass sich «die Gemeinde X. und K.L. per sofort getrennt» hätten. Der Rektor wies den Rechtsvertreter weiter darauf hin, dass die Elterninformation auf jeden Fall noch vor dem Wochenende erfolgen müsse, was bedeutete, dass dies spätestens am andern Tag, nämlich am Freitag, den 6. März 2009, geschehen musste. Der Rektor wies den Rechtsvertreter ausdrücklich weiter darauf hin, dass die im Briefentwurf gebrauchte Formulierung selbstverständlich nur dann verwendet werden könne, wenn der Gemeinderat den Beschluss gefasst habe, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen. Die Rechtsvertreter nahm am gleichen Tag mit zwei Emails zu dem Elternbrief Stellung und brachte kleinere Änderungswünsche an. Die Formulierung, dass sich die Gemeinde und Herr K. L. per sofort getrennt hätten, blieb jedoch stehen. Mit der Formulierung «Die Gemeinde X. und Herr K. L. haben sich per sofort getrennt» wurden am folgenden Tag die Eltern der Schüler der Klassen von K. L. über das Faktum der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Kenntnis gesetzt. Bei der Befragung als Zeuge erklärte der Rechtsvertreter, es treffe zu, dass er das Email des Rektors erhalten und darauf reagiert habe. Auf die Bedingungen der fristlosen Entlassung habe er nicht reagiert und diese habe er auch nicht akzeptiert. Er habe sich auf den Gang an die Öffentlichkeit konzentriert, welcher einziges Thema des Gesprächs vom 5. März 2009 gewesen sei. Es sei auch alles zeitlich sehr knapp gewesen. Das Thema der fristlosen Auflösung sei nicht im Raum gestanden und er habe eine solche auch nicht akzeptiert, ansonsten er hätte schreiben müssen, dass das Arbeitsverhältnis selbstverständlich aufgelöst werden müsse. Das Thema sei nur der Inhalt der Kommunikation an die Öffentlichkeit

gewesen. Zu welchem Zeitpunkt diese Kommunikation fließen solle, sei ebenso wenig das Thema gewesen wie, dass das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst werden solle.

r) Dieser Sichtweise kann nicht gefolgt werden. Im Nachgang zu dem Gespräch vom 5. März 2009 wurde K. L. bzw. seinem Rechtsvertreter von der Gemeinde ein Entwurf für die Information der Öffentlichkeit zugestellt, der die unmissverständliche Formulierung enthielt, dass er und die Gemeinde sich per sofort getrennt hätten. Allein schon diese Formulierung enthielt angesichts ihres eindeutigen Wortlauts keinen Spielraum für irgendwelche Interpretationen. Die Formulierung «die Gemeinde und Herr K. L. haben sich per sofort getrennt» bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als dass das Arbeitsverhältnis per sofort aufgelöst wird. Weiter wurde K. L. ausdrücklich auf die Bedingungen hingewiesen, unter welchen der Gemeinderat bereit sein würde, die für ihn günstige Informationsvariante der Öffentlichkeit zu wählen, nämlich die vorherige fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Gemeinderat. K. L. bzw. sein Rechtsvertreter wussten spätestens zu diesem Zeitpunkt, dass der Gemeinderat ohne ihren Gegenbericht das Arbeitsverhältnis sehr rasch fristlos auflösen würde. Dass sich der Rechtsvertreter unter diesen Umständen bei der Zeugenbefragung auf den Standpunkt stellen konnte, es sei nicht klar und auch nicht Gegenstand des Emails gewesen, ob es zu einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, zu einer Auflösung in gegenseitigem Einverständnis oder zu einer Freistellung kommen würde, ist für das Gericht unverständlich. Von nichts anderem als von der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses war die Rede und auch davon, dass diese für ihn angesichts seiner Situation (Fernbleiben vom Unterricht wegen Untersuchungshaft nach dem Vorwurf von schweren Straftaten) günstigste Information der Öffentlichkeit nur unter der Bedingung erfolgen würde, dass der Gemeinderat das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst habe. Es war das gute Recht von K. L. bzw. seines Rechtsvertreters, auf die Ankündigung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht zu reagieren. Falsch ist aber die nachträgliche Feststellung, zu dieser Frage sei das rechtliche Gehör nicht gewährt worden. Es trifft auch nicht zu, dass keine zeitliche Dringlichkeit bestanden hätte. Der Rechtsvertreter wusste, dass die Elterninformation am anderen Tag während der Vormittagspause verteilt werden sollte. Sowohl für ihn wie auch für den Gemeinderat und notabene auch für die Zuger Polizei bestand ein erheblicher Zeitdruck.

s) Der Regierungsrat kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, K. L. und die für ihn handelnden Personen seien vom Gemeinderat nie konkret darüber orientiert worden, welche Entscheidung er zu treffen gedenke. Die Beweislage ergebe, dass die für die Gemeinde handelnden Personen K. L. und seinen Rechts-

vertreter nie explizit damit konfrontiert hätten, dass er fristlos entlassen werden solle. Ohne diese ausdrückliche und unmissverständliche Information sei er aber nicht imstande gewesen, seine Interessen im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis wahrzunehmen. Ein solches Vorgehen könne angesichts des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht hingenommen werden. Diese Feststellungen des Regierungsrates sind nicht zutreffend und müssen als unrichtige rechtliche Beurteilung von Tatsachen im Sinne von § 63 Abs. 1 Ziff. 2 VRG und damit als Rechtsverletzung qualifiziert werden. Der Rechtsvertreter von K. L. war vor der Sitzung des Gemeinderates vom 5. März 2009, in der über die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses befunden wurde, darüber informiert, dass die Gemeinde X. der sofortigen Trennung der Parteien und der entsprechenden Information der Öffentlichkeit nur unter der Bedingung zustimmen würde, dass das Arbeitsverhältnis vorgängig fristlos aufgelöst würde. Dem Rechtsvertreter war vor der Sitzung des Gemeinderates vom 5. März 2009 bekannt, welcher Art die Vorwürfe gegenüber seinen Mandaten waren und dass der Gemeinderat an dieser Sitzung über die fristlose Auflösung befinden würde. Es war ihr unbenommen, auf diese Information nicht zu reagieren. Jedenfalls kann aber unter diesen Umständen nicht von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gesprochen werden... .

...

6. Zu erwähnen ist noch Folgendes: Der Entscheid des Regierungsrates ist nicht nur – wie er es selber formuliert – schwer nachvollziehbar, sondern im Ergebnis unhaltbar. K. L. hat sich im ausserschulischen Bereich fortgesetzter schwerer Straftaten schuldig gemacht. In dem Moment, als K. L. den Rektor als seinen unmittelbaren Vorgesetzten über diese Fakten in Kenntnis setzte, musste ihm eigentlich schon klar sein, dass eine Weiterbeschäftigung an einer Schule mit Minderjährigen sowohl in X. wie auch an jedem andern Ort unvorstellbar war. Sein Schreiben vom 3. März 2009 lässt diesbezüglich an Klarheit nichts zu wünschen übrig. Die Gemeinde X., allen voran der Rektor und der Gemeindepräsident, sind K. L. in der Folge mit viel Goodwill begegnet und haben sich auf einen für den fehlbaren Arbeitnehmer äusserst vorteilhaften Handel über die Art der Mitteilung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingelassen (sicher auch im Interesse der geschädigten Personen). Dabei wurde seinem Rechtsvertreter schriftlich, eindeutig und klar mitgeteilt, unter welchen Bedingungen man sich für eine solche, nach aussen für ihn unproblematische Lösung entschliessen würde. Aus der Tatsache, dass der Rechtsvertreter auf den Hinweis, dieser Lösungsweg sei nur möglich, wenn der Gemeinderat das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst habe, nicht reagiert hat, kann K. L. keine Verletzung des rechtlichen Gehörs ableiten, die ihm eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 75'318.40 einbringen würde. Die Entschä-

digung gemäss § 14 PG ist für die Fälle von missbräuchlicher Kündigung vorgesehen. Von einer solchen kann in diesem Fall weder materiell noch formell die Rede sein.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2011

V 2010 / 42

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 20. Juli 2011 abgewiesen.

Art. 50 Abs. 1 BV. § 4 Abs. 1 KV. § 10 Lehrpersonalgesetz, §§ 4 und 5 PG, § 3 GG, §§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 und 42 VRG - Zulässigkeit der wiederholten befristeten Anstellung von Lehrkräften an den gemeindlichen Schulen im Kanton Zug beim Vorliegen sachlicher Gründe und unter Beachtung von Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Verhältnismässigkeitsprinzip. Gemeindeautonomie und Kognition des Regierungsrates gegenüber gemeindlichen Entscheiden. In der Regel keine Parteient-schädigung an eine Gemeinde.

Aus dem Sachverhalt:

X. unterrichtete vom 1. August 2007 bis 31. Juli 2008 und vom 1. August 2008 bis 31. Juli 2009 im Vollamt als Oberstufenlehrer in der Gemeinde Y.. Das Arbeitsverhältnis basierte auf befristeten Arbeitsverträgen mit jeweils einjähriger Laufzeit. Mit Schreiben vom 17. März 2008 ersuchte X. den Gemeinderat um einen unbefristeten Vertrag ab dem Schuljahr 2008/09, was der Schulpräsident mit Schreiben vom 31. März 2008 ablehnte. An einer Sitzung vom 16. Januar 2009, an welcher X., der Schulleiter sowie der Rektor teilnahmen, wurde X. kommuniziert, dass dessen laufender Arbeitsvertrag nicht mehr verlängert werde, was der Rektor und der Schulleiter Oberstufe am 19. Januar 2009 schriftlich bestätigten. Mit Eingabe vom 8. Mai 2009 an den Gemeinderat rügte X. die Nichtverlängerung des Anstellungsverhältnisses und verlangte eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen wegen missbräuchlicher Kündigung. Dieses Begehren wies der Gemeinderat ab, was der Regierungsrat mit Beschluss vom 11. Mai 2010 bestätigte.

Gegen diesen Entscheid liess X. am 16. Juni 2010 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen mit dem Rechtsbegehren, es seien die vorinstanzlichen Entscheide aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Sowohl Regierungsrat wie Gemeinderat liessen die Abweisung beantragen.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss dem bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen § 5^{ter} des Gesetzes über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrer an den gemeindlichen Schulen (Lehrerbesoldungsgesetz) vom 21. Oktober 1976 (GS 23, 661) galten für die Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses der gemeindlichen Lehrpersonen sinngemäss die Bestimmungen des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz, PG) vom 1. September 1994 (BGS 154.21). Auch gemäss § 10 des – neu benannten – Gesetzes über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrpersonen an den gemeindlichen Schulen (BGS 412.31, Lehrpersonalgesetz; in Kraft ab 1. Januar 2008) sind bezüglich Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Bestimmungen des Personalgesetzes, insbesondere jene betreffend die Lehrpersonen der kantonalen Schulen, sinngemäss anzuwenden.

Gemäss § 4 PG werden die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter durch Arbeitsvertrag auf unbestimmte oder bestimmte Dauer angestellt. Paragraph 5 Abs. 1 PG gibt vor, dass das Arbeitsverhältnis in der Regel unbefristet ist. Gemäss Abs. 2 darf ein befristeter Arbeitsvertrag, sofern er keine Kündigungsmöglichkeit während der Vertragsdauer vorsieht, höchstens für die Dauer von zwei Jahren abgeschlossen werden. Er kann erneuert werden, darf jedoch insgesamt die Dauer von sechs Jahren nicht überschreiten. Gemäss § 7 lit. b PG endet das Arbeitsverhältnis bei befristeten Verträgen durch Fristablauf oder Kündigung. Bei einem befristeten Arbeitsverhältnis kann gemäss § 15 Abs. 2 PG die Möglichkeit zur Kündigung vor Ablauf der Frist vereinbart werden. In diesem Fall gilt die Beschränkung der Befristung auf zwei Jahre gemäss § 5 Abs. 2 PG nicht. Ein solcher Vertrag kann auch mit einer längeren festen Vertragsdauer abgeschlossen werden.

In dem bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen § 14 Abs. 1 und 2 des Lehrerbesoldungsgesetzes wurde der Besoldungsanspruch explizit für das einjährige und halbjährige Dienstverhältnis geregelt. Dort wurde festgehalten, dass bei Dauer des Dienstverhältnisses von einem halben Jahr ab Anfang bzw. Mitte eines Schuljahres Anspruch auf Besoldung vom 1. August bis 31. Januar bzw. 1. Februar bis 31. Juli bestehe; bei Dauer von Anfang bis Ende eines Schuljahres begann der Besoldungsanspruch am 1. August und endete am 31. Juli. In § 14 Abs. 3 wurden alle übrigen Fälle geregelt.

3. ...

4. a) Gegenstand des Verfahrens bildet die Frage, ob dem Beschwerdeführer gegenüber dem Gemeinderat Y. als Arbeitgeber noch vermögensrechtliche Ansprüche zustehen. Gestützt wird der geltend gemachte Anspruch einer Entschädigung von drei Monatsgehältern auf den behaupteten gesetzwidrigen, rechtsungleichen und missbräuchlich vorgenommenen Abschluss von zwei bloss auf je ein Jahr befristeten Arbeitsverträgen mit dem Beschwerdeführer.

b) Bestritten wird seitens des Beschwerdeführers zunächst, dass die (wiederholte) einjährige Befristung von Arbeitsverhältnissen mit Lehrkräften rechtmässig und zulässig sei.

Grundsätzlich ist festzustellen, dass die Gemeinde Y. auf der Grundlage des anwendbaren kantonalen Personalrechts mit dem Beschwerdeführer als Lehrer der Oberstufe zweimal je auf ein Schuljahr befristete öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge gemäss § 2 Abs. 1 PG abschliessen durfte. So darf – obwohl das Arbeitsverhältnis unter Vorbehalt der Wahl auf Amtsdauer in der Regel unbefristet (§ 5 Abs. 1 PG) sein soll – ein befristeter Arbeitsvertrag höchstens für die Dauer von 2 Jahren abgeschlossen werden. Dieser kann erneuert werden, darf jedoch insgesamt die Dauer von 6 Jahren nicht überschreiten (Abs. 2). Wie somit der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid richtig feststellte, ist das Arbeitsverhältnis «in der Regel» unbefristet, und Ausnahmen von der unbefristeten Anstellung von Staatsangestellten müssen dann gestattet sein, wenn sie durch besondere Umstände gerechtfertigt sind. Dabei hat sich die Verwaltung im Einzelfall von sachlichen Gesichtspunkten und den Grundsätzen von Recht und Billigkeit leiten zu lassen (Art. 4 ZGB).

Bei Vertragsverhältnissen zwischen dem Staat als Arbeitgeber und Privaten als Arbeitnehmern ist der Staat, unabhängig von der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Qualifikation des Arbeitsverhältnisses, verpflichtet, die verfassungsmässigen Grundsätze wie Legalitätsprinzip, Rechtsgleichheit, Willkürverbot, Verhältnismässigkeitsprinzip und die Grundrechte zu respektieren (vgl. Matthias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, S. 198). Im Bereich des öffentlichen Dienstrechts gilt der Vorrang des öffentlichen Rechts. Soweit keine ausdrückliche Verweisung vorliegt, ist ein Rückgriff auf das Privatrecht jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn das Dienstrecht eine Materie abschliessend regelt (BGE 124 II 53). Lücken werden nach allgemein anerkannten Grundsätzen zuerst durch die analoge Anwendung von Bestimmungen, die das öffentliche Recht für verwandte Fälle kennt, geschlossen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, S. 67 Rz. 305; Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtspre-

chung, Band I, 6. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1986, S. 11, Nr. 2 B IV). Nur wenn das öffentliche Recht eine Lücke nicht zu schliessen vermag, wird das Privatrecht subsidiär und analog angewandt, und zwar nur insoweit, als es für in allen Wesensmerkmalen vergleichbaren Situationen konzipiert ist. Damit wird das Privatrecht zum öffentlichen Recht des betreffenden Gemeinwesens (BGE 122 I 332 E. 1a/bb; BGE 102 II 57 f. E. 1).

Praxisgemäss ist die privatrechtliche Rechtsprechung zu den sog. Kettenverträgen analog auch im öffentlichen Recht anzuwenden, da eine rechtsmissbräuchliche Befristung auch im öffentlichen Recht nicht tolerierbar sein kann. Gemäss den im Privatrecht entwickelten Schranken ist für sog. «Kettenverträge» zu prüfen, ob die wiederholte Befristung von Arbeitsverträgen unbeachtlich ist, weil ihr kein sachliches und objektives Motiv zugrunde liegt und die einzelnen Verträge wie ein einheitlicher unbefristeter Vertrag zu behandeln sind (Wolfgang Portmann, in: Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2007, N 8 zu Art. 334 OR). Als sachliche Motive für eine Befristung gelten im Privatrecht zudem Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses wie beim Bühnengengagement oder bei der Aushilfe sowie der eigene Wunsch des Arbeitnehmers (vgl. Portmann, a.a.O., N 8 zu Art. 334 OR). Somit sind Kettenverträge nach schweizerischem Recht auch bei mit öffentlich-rechtlichem Vertrag Angestellten – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) – grundsätzlich zulässig (vgl. Michel, S. 275; Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 57 ff.). Allerdings dürfen befristete Arbeitsverhältnisse nicht zur Umgehung des Kündigungsschutzes oder von arbeitnehmerfreundlichen Folgen aus dem unbefristeten Arbeitsverhältnis (z.B. Leistungen bei Mutterschaft) abgeschlossen werden (vgl. BGE 129 III 618, 624 E. 6.2, Entscheid 2P.26/2007 vom 28. Juni 2007, E. 3.6, und zum Personalrecht des Bundes den Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission PRK 2004-22, E. 3b). Ausserdem verletzt es den Grundsatz der Gleichbehandlung, einem Mitarbeiter Vertragsbedingungen zu unterbreiten, die sich ohne das Vorhandensein ernsthafter Gründe von jenen der anderen Mitarbeiter im Dienst desselben Gemeinwesens unterscheiden (vgl. Entscheid PRK vom 17. Juni 2002, in VPB 67.8).

Sachliche Gründe für eine Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverträge mit Lehrkräften bejahen Lehre und Rechtsprechung insbesondere bei der Anstellung von Lehrkräften mit Semester- oder Schuljahanstellungen (Entscheid 2P.26/2007 vom 28. Juni 2007, E. 3.7 mit Hinweisen, v.a. auch auf das Urteil der Eidg. Personalrekurskommission vom 17. Juni 2002 E. 2b [VPB 67.8]). Wie das Bundesgericht betont, ist die wiederholte befristete Anstellung von Lehrbeauftragten an Mittel- und Berufsschulen sowie Universitäten insbesondere beispielsweise

weise deshalb sachlich begründet, weil deren Beschäftigung oft von der nicht längerfristig voraussehbaren Anzahl eingeschriebener Schüler/Studenten bzw. dem Fächer-/Vorlesungsangebot abhängt (vgl. Fritz Lang, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: Peter Helbling/Tomas Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 65 Fn 79). Befristete Anstellungen von Lehrern sind besonders dann sachlich gerechtfertigt, wenn das Ende einer Anstellung mit grosser Wahrscheinlichkeit feststeht (Hänni, a.a.O. [Dienstrecht], S. 57 ff.).

c) Bezüglich der für die Befristung von Arbeitsverträgen mit gemeindlichen Lehrern erforderlichen Voraussetzung von sachlichen und objektiven Motiven verweist der Regierungsrat zunächst auf ein Schreiben der Direktion für Bildung und Kultur (DBK) vom 31. März 2005 an den Lehrerinnen- und Lehrerverein des Kantons Zug (LVZ), in dem sie bestätigte, dass die Vereinbarung eines befristeten Arbeitsvertrages sachlich begründet sein müsse und nicht willkürlich erfolgen dürfe. In diesem Schreiben verwies die Direktion auf eine Umfrage bei den Gemeinden, gemäss der die Praxis der befristeten Anstellung von Lehrpersonen in neun von elf Gemeinden üblich sei, wobei in fünf Gemeinden die Anstellung in der Regel während ein bis zwei Jahren befristet erfolge, eine Gemeinde die Lehrpersonen üblicherweise während eines Jahres befristet anstelle und drei Gemeinden befristete Verträge während zwei bis vier Jahren vorsähen. Diese Bestandsaufnahme bildet eine Praxis ab, wonach im Kanton Zug gemeindliche Lehrpersonen zu Beginn des Arbeitsverhältnisses üblicherweise befristet und erst nach einiger Zeit unbefristet angestellt werden. In jenem Schreiben hielt die DBK zudem bezüglich der Gemeinde Y. fest, dass die unbefristete Anstellung in der Regel nach drei Jahren erfolge. Im aktuellen Verfahren hielt der Regierungsrat noch fest, dass seit dem Jahr 2007 Lehrpersonen in Y. bereits nach zwei Jahren befristeter Anstellung einen unbefristeten Arbeitsvertrag erhielten.

Zur Rechtfertigung zunächst befristeter Arbeitsverhältnisse mit Lehrpersonen machen die Gemeinde Y. und der Regierungsrat konkret folgende Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses der Lehrpersonen geltend: - fehlende Erfahrung der Lehrpersonen, nicht gesicherte Stellen, zweijährige Klassenzyklen auf der Primarschulstufe und dreijähriger Zyklus auf der Oberstufe, Teil- und Restpensen, jährlich wechselnde Pensen etc. / - es zeige sich nicht bereits im ersten Anstellungsjahr, ob eine Lehrperson den an sie gestellten Anforderungen genüge, zumal sie innerhalb eines üblichen zweijährigen Klassenzuges eine gewisse Freiheit in der Gestaltung des Lehrplanes und der zeitlichen Abfolge der Zielerreichung habe /- die Planung der Personalstellen für Lehrpersonen erfolge nach Prognosen, wobei bei Schwankungen der Bedarfsausgleich zu Lasten der jüngeren, zuletzt in den Schuldienst

eingetretenen Lehrpersonen vorgenommen werde / befristete Arbeitsverträge seien gemäss § 14 Lehrerbesoldungsgesetz ausdrücklich vorgesehen, sogar für ein halbes Schuljahr / - die Verhältnisse bei den Lehrpersonen seien wesentlich anders als bei den übrigen Angestellten, da sie als Einzelpersonen in der Klasse unterrichteten und damit sehr selbstständig tätig seien, also nicht wie die übrigen Angestellten täglich mit ihren Vorgesetzten zusammen arbeiteten und von diesen beurteilt werden könnten / - die Kündigungsfrist für Lehrpersonen sei extrem lang und ausserdem ungleich zu Gunsten der Lehrperson ausgestaltet, indem sie sechs Monate betrage und die Lehrperson auf Ende jedes Schulhalbjahres die Schule verlassen könne, während die Gemeinde ein Arbeitsverhältnis nur auf Ende des Schuljahres auflösen könne (§ 9 Abs. 3 und § 10 Abs. 2 PG), was es rechtfertige, zumindest für die ersten zwei Anstellungsjahre mit einer Lehrperson befristete Jahresverträge abzuschliessen, während bei den übrigen Arbeitnehmenden des öffentlichen Dienstes die Kündigungsfrist in den ersten sechs Dienstjahren drei Monate, je auf das Monatsende, betrage und für die Gemeinden eine Kündigungsfrist von sechs Monaten mit nur einem Kündigungstermin auf Ende Schuljahr gelte (§ 9 Abs. 3 und § 10 Abs. 2 PG), so dass nach dem 31. Januar erst wieder auf den 31. Juli des folgenden Jahres – also auf einen Termin nach 1 ½ Jahren – gekündigt werden könne / - das Beurteilen der Lehrpersonen im ersten halben Jahr führe zu einem massiven Druck, welchem nicht alle Lehrpersonen gewachsen sein dürften / - die Lehrpersonen hätten sich bis heute erfolgreich gegen eine Mitarbeiterbeurteilung wie bei den übrigen Angestellten gewehrt mit der Begründung, dass die Verhältnisse bei den Lehrpersonen wesentlich anders seien und eine Beurteilung deshalb anders durchgeführt werden müsse.

d) Wie die Konsultation der auf den Beginn des Schuljahres 2009/2010 in Kraft gesetzten, vom Amt für gemeindliche Schulen herausgegebenen Orientierungshilfe «Berufsauftrag und Arbeitszeitmodell» ergibt, legt der Kanton bei der Definition des kantonalen Rahmens mit Verbindlichkeiten und Gestaltungsfreiräumen Wert darauf, dass auf gemeindlicher und schulinterner Ebene genügend Handlungsspielräume bestehen, um lokalen Bedürfnissen und Rahmenbedingungen Rechnung zu tragen (Orientierungshilfe, S. 3). Weiter wird erklärt, dass der neue «Berufsauftrag» den Schulleitungen als Führungsinstrument diene und so die Anstellungsverhältnisse von Lehrpersonen und den übrigen Staatsangestellten vergleichbar seien und einander angeglichen werden sollten (S. 5). Betont wird die Pflicht zur Teamarbeit, wonach Lehrpersonen bewusst und verbindlich in die Zusammenarbeit in Unterrichtsteams investieren sollten (S. 2), da diese und eine kooperative Unterrichtsentwicklung zum Kernauftrag von Lehrpersonen gehörten (S. 5). Dies geht auch aus den in der Orientierungshilfe breit dargestellten vier Arbeitsfeldern des Berufsauftrags klar hervor (S. 9 ff.), wobei diese aufzeigten,

dass viele Kernaufgaben «nicht mehr nur als Einzelarbeit, sondern zunehmend in Kooperation zwischen den Lehrpersonen, mit anderen Fachleuten und weiteren Partnern bewältigt werden müssen»; Unterrichtsteams trügen eine Schlüsselrolle für die Entwicklung guter Schulen (S. 13). Hervorgehoben wird auch, dass der vielfältige und komplexe Lehrberuf nur bedingt mit anderen Berufen vergleichbar sei (S. 6). Im Anhang der Orientierungshilfe werden sowohl der öffentlich-rechtliche unbefristete (S. 31 ff.) als auch der befristete Arbeitsvertrag für Lehrpersonen an den gemeindlichen Schulen im Kanton Zug (S. 34 ff.) gleich breit dargestellt. Zur Frage der Zulässigkeit des befristeten Arbeitsvertrags von Lehrpersonen an einer gemeindlichen Schule wird auf das Personalgesetz mit seinem § 5 verwiesen und es wird der vom Gemeinderat in seinem angefochtenen Beschluss vom 15. Juni 2009 erwähnte Regierungsratsbeschluss vom 4. Juli 2006 zitiert, der im Wesentlichen die gleichen Erwägungen enthält, die auch in diesem Beschwerdeverfahren vorgebracht werden (S. 34 f. der Orientierungshilfe). Insbesondere liege es demnach im pflichtgemässen Ermessen der Gemeinde, selber zu entscheiden, wann befristete Anstellungen bei Lehrpersonen «Sinn machen». Dabei sei sie auch nicht an die Praxis der kantonalen Verwaltung gebunden, befristete Anstellungen insbesondere bei Arbeitsstellen mit unsicherem Arbeitsanfall vorzusehen. Auch «andere besondere Umstände» genügen. Insbesondere die mehrjährigen Klassenzyklen und die erst im Rückblick ersichtliche Zielerreichung erschwerten die Beurteilung einer Lehrperson, hinzu komme die in der Selbständigkeit der Lehrperson begründete schwierigere direkte und unmittelbare Beurteilung durch die Vorgesetzten, mehrjährige Klassenzyklen, von Jahr zu Jahr unterschiedliche Schüler- und Klassenzahlen und mögliche Lehrplanänderungen. Auch der Bedarfsausgleich zu Lasten der zuletzt in den Schuldienst eingetretenen Lehrpersonen sei kein unsachlicher oder unvernünftiger Grund für eine vorerst befristete Anstellung von allen neu in den Schuldienst der Gemeinde eintretenden Lehrpersonen.

Im Rahmen der Vorlage zur Änderung des Lehrerbesoldungsgesetzes lehnte es die vorberatende Kommission des Kantonsrates gemäss ihrem Bericht und Antrag vom 2. Juli 2007 mit dem Stimmenverhältnis von 11:2 ab, eine Motion zum Thema «befristete Arbeitsverträge» einzureichen. Sie trat auf den vom Lehrerinnen- und Lehrerverein eingereichten Antrag nicht ein, die Praxis der Gemeinden beim Abschluss befristeter Arbeitsverträge zu ändern (Vorlage Nr. 1528.3, Laufnummer 12'478, S. 2 f.).

Vielfach besteht in der Schweiz für die Lehrer als Organe der Grundschule ein speziell für die Lehrerschaft geschaffenes kantonales Personalrecht (Rahel Rohr, Der disziplinarische Schulausschluss, Zürich/St.Gallen 2010, S. 26). Eine unter-

schiedliche Regelung zwischen Lehrpersonen und übrigen kantonalen Bediensteten zeigt sich im Kanton Zug beispielsweise mit einem Blick auf das kantonale Personalgesetz nur schon darin, dass das Arbeitsverhältnis gemäss § 20 Abs. 1 PG mit dem Ende des Monats, für Lehrerinnen und Lehrer aber mit dem Ende des Schulhalbjahres endet, in welchem das 65. Altersjahr erfüllt wird. Bei der Beförderung wird die Lehrerschaft vom Gesetzgeber als Funktionsgruppe mit besonderen Verhältnissen betrachtet (vgl. § 48 Abs. 3 PG), auch wird für Lehrerinnen und Lehrer eine besondere Regelung der Altersentlastung vorgesehen (§ 55 PG).

Nach Plotke kommt die befristete Anstellung von Lehrern einerseits in Frage, wenn der Lehrer sich nicht für eine längere Zeit verpflichten kann oder will, wenn er nicht über die geforderten Ausweise verfügt, wenn ein Stellvertreter einen vorübergehend ausfallenden Lehrer ersetzt oder wenn die Anstellung nicht auf einen ordentlichen Anstellungstermin (bei Wahlen) vorgenommen werden kann. Andererseits sind die Voraussetzungen hierfür gegeben, wenn der Bedarf an Lehrkräften zurückgeht oder sich für eine absehbare Zeit auch nicht innerhalb eines bestimmten Rahmens, der vier Stunden nicht übersteigen sollte, festlegen lässt. Allgemein bewirken zudem wechselnde Schülerzahlen, die unterschiedlichen Bedürfnisse der einzelnen Klassen, die Notwendigkeit, den Unterricht auch während Absenzen des Lehrers fortzuführen, zahlreiche befristete Anstellungen. Diese bilden denn auch ein «Charakteristikum der Schule», durch das sie sich von der Verwaltung und von anderen öffentlichen Betrieben unterscheidet (vgl. Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl. Bern 2003, S. 526 f.). Früher wurde den erst nach einer Probezeit, d.h. einem längeren provisorischen Arbeitsverhältnis auf Amtszeit gewählten Lehrern deshalb oft eine längere Wahlperiode zugestanden als den übrigen Mitarbeitern des betreffenden Gemeinwesens (vgl. Plotke, S. 523). Nicht zulässig ist es zweifellos, Lehrer immer wieder nur auf bestimmte Zeit zu verpflichten, obwohl ein längerer oder gar dauernder Bedarf ausgewiesen ist, um sich auf diese Weise Sozialleistungen zu sparen (vgl. Plotke, S. 523). Aber vielfach geht der Anstellung eines Lehrers auf unbestimmte Zeit – wie derjenigen auf Amtsdauer – ein provisorisches Anstellungsverhältnis voraus, das der Behörde die Abklärung erlaubt, ob der Lehrer die Anforderungen erfüllt, sich für die Stelle eignet usw. Eine solche provisorische Anstellung erstreckt sich je nach Regelung über ein bis drei Jahre. Im Allgemeinen ist es in Arbeitsverhältnissen die Probezeit, die den Parteien vor dem Eingehen einer langfristigen Bindung die Möglichkeit bietet, einander kennenzulernen und ein Vertrauensverhältnis herzustellen. Eine solche erlaubt den Parteien abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Erfahrungen und Umstände zu urteilen, ohne dass es auf die Frage des Verschuldens an einer unbefriedigenden Situation ankäme.

Im Lehrarbeitsverhältnis reicht nach Plotke die privatrechtlich vorgeschriebene Probezeit von maximal drei Monaten nach Art. 335b OR aber eindeutig nicht aus, um zu beurteilen, ob sich eine Person als Lehrer an einer konkreten Stelle eignet. Innert so kurzer Zeit lassen sich auch gravierende Mängel in der Methodik, im Umgang mit den Schülern, in der Bewertung von Leistungen nicht oder nicht schlüssig genug erkennen. Die Probezeit muss daher beispielsweise auf ein Jahr angesetzt werden (vgl. Plotke, S. 523 f.).

Im Kanton Basel-Stadt sieht das Schulgesetz sogar explizit vor, dass die Anstellung in den ersten vier Jahren grundsätzlich mit auf ein Jahr befristeten Arbeitsverträgen erfolge, wobei die Kündigungsfrist für beide Parteien drei Monate jeweils auf das Ende eines Schulsemesters beträgt (§ 95 des Schulgesetzes vom 4. April 1929, SG 410.100). Im Kanton Uri wird an den Volksschulen ein befristetes Arbeitsverhältnis längstens für ein Jahr begründet und darf höchstens um ein weiteres Jahr verlängert werden, darüber hinaus nur, wenn das variable Pensenangebot es erfordert. Die Schulbehörde sorgt dafür, dass die Zahl der befristeten Arbeitsverhältnisse minimiert wird (vgl. Wegleitung der Urner Bildungs- und Kulturdirektion zur Anstellung der Lehrpersonen an den Urner Volksschulen, Rz. 2.2 unter Verweis auf die Personalverordnung, PV, Art. 12).

e) Der Regierungsrat hat die angefochtenen Verfügungen und Entscheide mit uneingeschränkter Kognition zu überprüfen (§ 42 VRG). Zu Recht weist er aber im angefochtenen Entscheid darauf hin, dass er gemäss § 3 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden (Gemeindegesetz, GG, vom 4. September 1980, BGS 171.1) zu beachten hat, dass diese ihre Angelegenheiten im Rahmen der Verfassung, der Gesetze und des ihnen zustehenden Ermessens selbstständig regeln, weshalb er sich als Beschwerdeinstanz bei der Prüfung der Angemessenheit dort eine gewisse Zurückhaltung auferlegt, wo das kantonale Recht den Gemeindebehörden einen Ermessensspielraum einräumt. Diese Zurückhaltung sieht er dort gerechtfertigt, wo es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten der Gemeinde, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht. Er entfernt sich insofern im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt nicht an deren Stelle sein eigenes Ermessen (GVP 1987/88 S. 277, GVP 1993/94 S. 230).

Wenn der Regierungsrat im erwähnten Entscheid vom 4. Juli 2006 festhielt, eine Gemeinde überschreite bei Beachtung der angeführten Vorgaben ihren Ermessensspielraum nicht, solange alle neu eintretenden Lehrpersonen gleich behandelt würden, so sind diese Erwägungen auch für das Verwaltungsgericht nachvoll-

ziehbar und begeht er mit der konkret ausgeübten Ermessenskontrolle keine Rechtsverletzung, jedenfalls hinsichtlich der Beurteilung des hier umstrittenen Ausmasses von zwei je einjährig befristeten Arbeitsverhältnissen. In diesem Zusammenhang kann ergänzend angeführt werden, dass in der angeführten Orientierungshilfe zudem nahegelegt wird, dass die Gemeinde beim Vorliegen besonderer Umstände wie z.B. in Härtefällen in Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen mit einer für ein Schuljahr befristet angestellten Lehrperson allenfalls eine länger dauernde Lohnfortzahlung und damit eine Minderung der nachteiligen Folgen eines zunächst nur befristeten Arbeitsverhältnisses vereinbaren kann (S. 36 f.). Befristete Arbeitsverhältnisse entsprechen den von Plotke (vgl. vorne unter Erwägung 4d) hervorgehobenen Besonderheiten des Lehrarbeitsverhältnisses. Die für das gemäss § 6 PG grundsätzlich dreimonatige und auf sechs Monate verlängerbare Probearbeitsverhältnis geltenden Vorschriften des Personalgesetzes mit Kündigungsfristen von 7 (während der ersten 3 Monate) bzw. 20 Tagen (ab dem 4. Monat) gemäss § 9 Abs. 1 lit. a und b PG würden den Erfordernissen und Vorgaben für die Schule in keiner Art und Weise gerecht. Ein auf ein Jahr befristetes Arbeitsverhältnis dient eindeutig den Anliegen der Schule und der Schüler auf Stabilität und Sicherheit, zumal die Leistungen der Lehrkraft nur über eine längere Zeit verlässlich beurteilt werden können. Sie gibt aber auch der Lehrkraft bessere Chancen auf Bewährung und mehr Sicherheit, was den Arbeitsplatz betrifft. Zwar ergibt sich – wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht – nicht bereits aus der im Kanton Zug geübten Praxis als solcher ein sachlicher Grund für zunächst nur befristete Arbeitsverhältnisse, doch erachtet das Gericht hierfür im massvollen Rahmen die notwendigen sachlichen und vernünftigen Gründe als gegeben. Dies belegen die zitierten Lehrmeinungen, die Rechtslage in anderen Kantonen und auch die bundesgerichtliche Praxis. Von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der zugerischen Gemeinden und der Gemeinde Y. gegenüber ihren Lehrkräften kann somit keine Rede sein. Obwohl mit befristeten Arbeitsverhältnissen auch – wie von der Gemeinde eingeräumt – eine erleichterte Auflösungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses einher geht, belegt dies noch keine Umgehungsabsicht und kann ihr keine Willkür vorgeworfen werden. Schon in dem bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen § 14 Abs. 1 und 2 des Lehrerbessoldungsgesetzes (GS 23, 661) wurde ausdrücklich das einjährige und das halbjährige Dienstverhältnis vorgesehen. Und nicht zuletzt ist in diesem Zusammenhang besonders hervorzuheben, dass den Lehrkräften nur jeweils auf das Ende des Schuljahres gekündigt werden kann (§ 10 Abs. 2 PG i.V. mit § 10 des Lehrpersonalgesetzes).

Damit stellt die Praxis, mit Lehrpersonen zunächst nur befristete Arbeitsverträge abzuschliessen, keine «de facto vorgenommene» Verlängerung der gesetzlichen Probezeit dar, finden doch die sehr kurzen gesetzlichen Kündigungsfristen in der

Probezeit beim befristeten Arbeitsverhältnis gar keine Anwendung. Mit dieser Argumentation könnte jedes befristete Arbeitsverhältnis unabhängig von seiner Begründung in Frage gestellt werden, was Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung widerspräche.

Nicht zuletzt mag hier auch angemerkt werden, dass eine Gemeinde mit der Praxis anfänglich nur befristeter Anfangsverträge auf dem immer härter umkämpften Arbeitsmarkt wohl weniger attraktiv ist als Gemeinden, die sogleich oder jedenfalls schneller unbefristete Arbeitsverträge anbieten, weshalb sie je nach dem Mass des Gebrauchs dieses Vorbehalts also schmerzhaftige Wettbewerbsnachteile bei der Besetzung ihrer Stellen riskieren würde. Bekanntlich stehen die Gemeinden und Kantone in einem immer härteren Wettbewerb, um ihre Lehrerstellen adäquat besetzen zu können, wobei natürlich nicht nur die in diesem Zusammenhang vor allem diskutierten Lehrerlöhne, sondern auch die übrigen vertraglichen Bedingungen von Bedeutung sind.

f) Während das OR – abgesehen von der Rechtsmissbräuchlichkeit von Kettenarbeitsverträgen – gar keine Obergrenze für die Befristung von OR-Arbeitsverhältnissen kennt (mit Kündigungsmöglichkeit nach zehn Jahren gemäss Art. 334 Abs. 3; vgl. Peter Helbling, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Bund: Ein Vergleich zwischen OR und BPG, in: Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung [FZR] 2004, 168 ff., 189), weicht das zugerische PG – wie auch das Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) – vom OR ab, indem es die Befristung auf längstens sechs Jahre (BPG: fünf Jahre, mit ausnahmsweise möglicher längerer Befristung) limitiert. Im Gegensatz zum zugerischen Personalgesetz sieht übrigens das BPG in Art. 9 Abs. 2 vor, dass im Falle, dass ein befristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis länger dauert oder die Gesamtdauer ohne Unterbrechung aneinander gereihter (Ketten-)Arbeitsverträge mehr als fünf Jahre beträgt, es nach gesetzlicher Fiktion als unbefristetes Arbeitsverhältnis gilt (Helbling, FZR 2004, S. 180). Weder ist dies aber im zugerischen Recht vorgesehen, noch wären hierfür vorliegend – entgegen der beschwerdeführerischen Vorbringen – nur schon von der Dauer der lediglich zwei nur je einjährigen befristeten Arbeitsverträge her die Voraussetzungen gegeben.

5. ...

6. a) Im Weiteren ist in Berücksichtigung der beschwerdeführerischen Vorbringen zu erwähnen, dass dem jeweiligen kantonalen Recht zu entnehmen ist, ob und in welchem Umfang die Kantone die ihnen bundesverfassungsrechtlich aufgetragenen Schul- und Bildungsaufgaben in die Autonomie der Gemeinden stellen (vgl.

Art. 50 Abs. 1 BV). Zwar veranlasst die Letztverantwortung der Kantone im Bildungsbereich (vgl. Art. 62 Abs. 1 und 2 BV) diese häufig dazu, gewisse Bereiche selber zu regeln, doch verbleibt trotzdem regelmässig ein erheblicher Gestaltungsspielraum der Gemeinden (Plotke, S. 280; Rohr, S. 9). Im Kanton Zug sorgt der Kanton unterstützt von den Gemeinden für den öffentlichen Unterricht (§ 4 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894, KV, BGS 111.1), obliegt der Einwohnergemeinde im Rahmen der Gesetze insbesondere das Volksschulwesen (§ 59 Abs. 1 Ziff. 4 des Gemeindegesetzes vom 4. September 1980, GG, BGS 171.1), statuiert das Lehrpersonalgesetz die «Rahmenbedingungen» für die Anstellung der gemeindlichen Lehrpersonen (§ 1) und erklärt es bezüglich Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses das kantonale Personalgesetz «sinngemäss» für anwendbar (§ 10 Abs. 1). Wie bereits erwähnt legt der Kanton gemäss den Aussagen in der Orientierungshilfe «Berufsauftrag und Arbeitszeitmodell» Wert darauf, dass auf gemeindlicher und schulinterner Ebene genügend Handlungsspielräume bestehen, um lokalen Bedürfnissen und Rahmenbedingungen Rechnung zu tragen (Orientierungshilfe, S. 3).

Der Regierungsrat übt wie bereits erwähnt bei der Prüfung der Angemessenheit von kommunalen Entscheiden Zurückhaltung, wenn es um die Leistungsbeurteilung von Bediensteten in der Gemeinde, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und das Vertrauensverhältnis geht. Wie er ausführt, könne eine Gemeindebehörde im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens selber entscheiden, wann befristete Anstellungen bei Lehrpersonen Sinn machten. Dabei sei sie auch nicht an die Praxis der kantonalen Verwaltung gebunden, befristete Anstellungen insbesondere bei Arbeitsstellen mit unsicherem Arbeitsanfall vorzusehen. Wenn die Gemeindebehörde im Anstellungsverhältnis mit Lehrpersonen andere besondere Umstände erkenne, welche die Befristung von Arbeitsverträgen sachlich rechtfertigten, sei sie dazu berechtigt. Diese Praxis des Regierungsrates erweist sich angesichts der kantonalen Rechtsordnung ohne weiteres als rechtmässig.

b) Wenn der Beschwerdeführer rügt, die unterschiedliche Praxis in den einzelnen Gemeinden – mit unterschiedlich vielen bzw. bis zu vier befristeten Arbeitsverträgen von je einem Jahr – führe zu schweren Rechtsungleichheiten innerhalb der kantonalen Lehrerschaft und auch gegenüber allen anderen dem Personalgesetz unterstehenden Angestellten, und die Gemeinde Y. habe eine junge Arbeitskollegin nach bloss einem Jahr Befristung gleich fest angestellt, so ist dem zunächst zu entgegnen, dass eine möglichst gleiche und klarere Praxis bezüglich der Anstellung von Lehrkräften im Kanton Zug zwar wünschbar wäre und vom Kanton eine gewisse Angleichung angestrebt werden sollte. Gleichzeitig präsentiert sich

aber die Situation der Volksschule in den einzelnen, verschieden grossen Gemeinden durchaus in einem relevanten Masse je unterschiedlich, um in einem begrenzten Rahmen eine je eigene Praxis rechtfertigen zu können. Denn wie das Bundesgericht in dem von den Vorinstanzen zitierten Entscheid BGE 121 I 102 E. 4.a und b ausgeführt hat, ist die Zulässigkeit der Unterscheidung zwischen auf Amtsdauer gewählten Hauptlehrern und befristet ernannten Lehrbeauftragten und auch die unterschiedliche Besoldung der beiden Lehrerkategorien nicht zuletzt eine Frage des Masses und der zeitlichen Dauer. Dem Gesetzgeber bzw. dem Verordnungsgeber stehe sowohl hinsichtlich Organisation wie Besoldung im öffentlichen Dienst ein grosser Spielraum zu. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots verbleibe der für die Umsetzung im Einzelfall zuständigen Behörde ein gewisser Spielraum. In diesem Sinne handelt es sich vorliegend in Berücksichtigung des bundesgerichtlichen Massstabes «des Masses und der zeitlichen Dauer» bei den von den Vorinstanzen vorgebrachten besonderen Merkmalen der Arbeit der gemeindlichen Lehrkräfte um sachliche Gründe, die eine vorerst befristete Anstellung von allen neu in den Schuldienst der Gemeinde eintretenden Lehrpersonen im hier umstrittenen Umfang rechtfertigen.

Grundsätzlich hat ein Gemeinwesen seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zweifellos unabhängig von der Rechtsnatur des Dienstverhältnisses gleich zu behandeln (vgl. Peter Hänni, Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte zum öffentlichen Dienstrecht, in: Jahrbuch 2006 der Schweiz. Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2007, S. 233 ff., 239, bezüglich privat- und öffentlich-rechtlichen Anstellungsbedingungen). Der Beschwerdeführer ist aber grundsätzlich gleich behandelt worden wie die sich in vergleichbarer Situation befindlichen übrigen Lehrbeauftragten. Was die vom Beschwerdeführer erwähnte Kollegin betrifft, die schon nach einem Jahr einen unbefristeten Arbeitsvertrag erhalten habe, so muss der erwähnte Spielraum zweifellos auch einschliessen, ausnahmsweise von der Regel, eine Lehrperson für zweimal je ein Jahr befristet anzustellen, im Einzelfall nach oben oder unten abzuweichen. Hierfür können verschiedene legitime und ihrerseits sachliche Gründe in Frage kommen. Eine willkürlich unterschiedliche Praxis in der Gemeinde, die nicht geschützt werden könnte, ist damit aber nicht nachgewiesen.

7. a) Zu folgen ist dem Regierungsrat auch, wenn er auf entsprechende Vorbringen des Beschwerdeführers geltend macht, dass dessen gute Ausbildung und langjährige Berufspraxis mit entsprechend guten Referenzen nicht an sich schon einen Anspruch darauf gibt, dass mit ihm von Anfang an nur unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden dürften. Über welche Fähigkeiten und Qualitäten und über welche Bereitschaft und Voraussetzungen eine Lehrperson verfügt, um

mit den jeweils vorgegebenen Arbeitskolleginnen und -kollegen sowie mit den jeweiligen Vorgesetzten und den Eltern zu kooperieren und umzugehen, zeigt sich in der Praxis tatsächlich erst im alltäglichen Umgang, ist aber von wesentlicher Bedeutung für eine erfolgreiche Erfüllung des Berufsauftrags einer Lehrperson und damit für eine funktionierende Schule.

b) Unbestrittenermassen erwähnte der Schulpräsident gegenüber dem Beschwerdeführer bei den Anstellungsverhandlungen, dass es sich bei der Stelle um ein langfristiges Engagement handle, und dass nach dem ersten Anstellungsjahr bei guter Führung und gutem Arbeitseinsatz einer unbefristeten Anstellung bestimmt nichts im Wege stehen würde. Wenn der Beschwerdeführer sich diesbezüglich auf den Grundsatz von Treu und Glauben beruft, so halten ihm die Vorinstanzen aber zu Recht entgegen, dass der Beschwerdeführer widerspruchslos und aufgrund seiner Berufserfahrung in Kenntnis der rechtlichen und tatsächlichen Situation zweimal hintereinander mit dem Abschluss zeitlich befristeter Arbeitsverträge einverstanden gewesen ist. Bereits vor der Begründung des Anstellungsverhältnisses war ihm zudem erläutert worden, dass Lehrpersonen in Y. in der Regel erst nach einer dreijährigen befristeten Anstellung einen unbefristeten Vertrag erhielten. Auf Anregung des Beschwerdeführers hatten sich die Vertreter der Gemeinde nach seinen Ausführungen bereit erklärt, diese Anstellungsbedingung noch einmal zu prüfen, und tatsächlich wurde ihm später mitgeteilt, dass nach neuer Praxis die Anstellung der Lehrpersonen nur noch während zweier Jahre befristet vorgenommen werde. Er ergriff aber kein Rechtsmittel und erneuerte das befristete Arbeitsverhältnis um ein weiteres Jahr, nachdem sein Gesuch vom 17. März 2008, ab August 2008 mit einem unbefristeten Vertrag angestellt zu werden, am 31. März 2008 unbeantwortet geblieben war. Er hätte zweifellos rechtzeitig Klarheit und damit Sicherheit über die Art der Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses verlangen können, wenn dies für ihn aus den von ihm geltend gemachten, verständlichen privaten Gründen (Familie, Hauskauf) notwendig gewesen wäre.

Im Gespräch vom 19. Dezember 2008 erklärte der Schulleiter der Oberstufe dem Beschwerdeführer sodann unbestrittenermassen, letzterer werde für das Schuljahr 2009/2010 sicher keine unbefristete Anstellung erhalten; über eine weitere befristete Anstellung werde an der Sitzung im Januar 2009 gesprochen. Tatsächlich kann der Beschwerdeführer aber nicht nachweisen, je eine Zusage erhalten zu haben, dass das befristete Arbeitsverhältnis nach einem Jahr oder nach zwei Jahren in jedem Fall in ein unbefristetes umgewandelt würde. Wie der Regierungsrat zudem überzeugend geltend macht, kann von einer zwischen beiden Parteien bestehenden Vertrauensgrundlage nicht gesprochen werden, weil es während der

beiden je einjährigen Arbeitsverhältnisse zu Differenzen und Diskussionen gekommen war (vgl. dazu in der folgenden Erwägung).

8. a) Wenn der Beschwerdeführer verlangt, dass der Arbeitsvertrag mit ihm hätte verlängert bzw. in einen unbefristeten Arbeitsvertrag umgewandelt werden müssen, ist zunächst festzustellen, dass sich der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht auf die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts beschränkt, sondern weiter geht (vgl. Michel, S. 299; ZBI 96/1995, S. 384 f.). Es sind ergänzend immer die verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen an staatliches Handeln heranzuziehen. So bemisst sich die sachliche Rechtfertigung einer Kündigung an verfassungsrechtlichen Vorgaben wie dem Willkürverbot, dem Verhältnismässigkeitsprinzip sowie Treu und Glauben. Deshalb müssen die Gründe, die zu einer Kündigung Anlass geben, von einem bestimmten Gewicht sein. Allerdings ist auch schon bei einer Kündigung nicht erforderlich, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen muss. Es müssen indessen sachliche, vertretbare Gründe sein, so dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht als Willkürakt erscheint; es reicht aus, wenn die Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Verwaltung oder Schule, widerspricht (vgl. Michel, S. 299). Umso mehr dürfen aber bei einem von Anfang an befristeten Lehrarbeitsverhältnis jedenfalls nicht höhere Anforderungen an den Entscheid geknüpft werden, dieses auslaufen zu lassen bzw. nicht zu verlängern. Im Gegenteil müssen auch Gründe von geringerem Gewicht genügen, um den Entscheid als sachlich gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Somit ist die Schulleitung in ihrer Entscheidung zwar grundsätzlich frei, hat sich indessen an die verfassungsmässigen Grundsätze der Rechtsgleichheit sowie von Treu und Glauben – v.a. bezüglich individueller Zusicherungen – zu halten.

b) Wie der Regierungsrat geltend macht, kann nicht nur wie erwähnt nicht von einer zwischen beiden Parteien bestehenden Vertrauensgrundlage gesprochen werden, sondern die gemeindlichen Behörden hatten zudem sachlichen Anlass dazu, an einer im Interesse der Schule stehenden fruchtbaren Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer zu zweifeln. ...

c) Gestützt auf den im Grossen und Ganzen unbestrittenen, detailliert dokumentierten und im Wesentlichen lediglich unterschiedlich interpretierten Sachverhalt kann sich der Beschwerdeführer nicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen. Ein treuwidriges Verhalten der Gemeinde und ihrer Vertreter ist nicht ersichtlich. Spielen allgemein, vor allem bei der erstmaligen Anstellung eines Lehrers, «oft auch gefühlsmässige Motive, die sich einer streng logischen Wertung

entziehen, eine Rolle» (Plotke, S. 518) und können nebst den beruflichen Fähigkeiten auch Erwägungen wie z.B. zur Eingliederung in ein Kollegium eine Rolle spielen, so liegen im vorliegenden Fall jedenfalls ausreichende Gesichtspunkte vor, um der Behörde die Entscheidung zuzugestehen, mit dem Beschwerdeführer nach zwei je einjährig befristeten Arbeitsverhältnissen kein unbefristetes Arbeitsverhältnis einzugehen. Ist der Anstellungsbehörde aus schulspezifischen Gründen ein grosser Spielraum zuzugestehen (Plotke, S. 518), so verletzt der angefochtene Entscheid jedenfalls kein Recht, ohne dass den einzelnen geltend gemachten Vorgängen und Dissonanzen unter Festlegung von Schuld- oder Verantwortlichkeitszuweisungen nachgegangen werden müsste. Die Akten geben insoweit ein genügendes Bild ab und ein Beweisverfahren mit Zeugenbefragungen vor Gericht erübrigt sich deshalb. Dabei ist gleichzeitig besonders zu betonen, dass weder die Vorinstanzen noch das Gericht dem Beschwerdeführer konkrete Vorwürfe beruflicher oder persönlicher Natur machen. An seiner Ausbildung und beruflichen Ausgewiesenheit und an den von ihm dargelegten Referenzen wird in keiner Weise gezweifelt. Er hat sich lediglich in der Gemeinde Y. – im Gegensatz zu früheren Arbeitsorten – nicht in dem von der Gemeinde zu Recht vorausgesetzten Mass in die konkret vorgefundene Schulorganisation integrieren können, weshalb ihm nach zwei befristeten Arbeitsverträgen von je einem Jahr keine weitere Anstellung mehr gewährt wurde.

9. a) Gemäss § 10 Abs. 3 PG ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern vor einer Kündigung das rechtliche Gehör zu gewähren und die Kündigung ist zu begründen. Die Kündigung seitens des Kantons ist gemäss § 13 PG missbräuchlich, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt, wobei eine missbräuchliche Kündigung Anspruch auf Entschädigung begründet, die vom 1. bis 3. Dienstjahr drei Monatsgehälter beträgt (§ 14 Abs. 1 und 2). Bevor eine Kündigung ausgesprochen wird, ist die Angemessenheit weniger weitreichender Massnahmen zu erwägen wie eine förmliche Erteilung eines Verweises usw. und insbesondere eine Versetzung an eine andere Stellung (Funktionsänderung; § 10 Abs. 4 PG).

b) Hat der Gemeinderat von Y. gegen Ende des Schuljahres 2008/2009 entschieden, das befristete Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer nicht zu erneuern, so war keine Kündigung erforderlich und endete das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mit Ablauf der Vertragsdauer bzw. durch Zeitablauf am 31. Juli 2009. Dies wurde ihm auf seinen Wunsch mit Schreiben des Gemeinderates vom 15. Juni 2009 im Sinne einer Feststellungsverfügung bestätigt, mit der aber keine Rechte oder Pflichten des Beschwerdeführers begründet, geändert oder aufgehoben wurden. Insbesondere handelte es nicht um eine Kündigung im

Sinne von §§ 8 ff. PG. Entgegen der Annahme des Beschwerdeführers hat der Gemeinderat aber weder mit seiner Erklärung vom 19. Januar 2009 noch mit seinem Schreiben vom 15. Juni 2009 seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da es sich beide Male nicht um eine Kündigung handelte. Es bedurfte für die Nichterneuerung des befristeten Lehrauftrags aus rechtlicher Sicht weder einer Begründung noch eines Entscheids. Für die Prüfung der Verletzung von Verfahrensgarantien besteht daher gar kein Raum. Immerhin hatten vor dem Erlass des Feststellungsentscheides vom 15. Juni 2009 trotzdem am 16. Januar 2009 und am 23. März 2009 unbestrittenermassen Gespräche mit dem Beschwerdeführer stattgefunden, die auch protokolliert wurden und in denen die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer thematisiert worden war. Der Beschwerdeführer bzw. der Rechtsberater des LVZ nahmen zu den Protokollen auch Stellung. Mit Schreiben vom 8. Mai 2009 hatte der Beschwerdeführer noch einmal Stellung genommen. Er konnte sich also, wie der Regierungsrat zu Recht geltend macht, ausführlich und detailliert zu der im Raum stehenden Frage äussern, ob das Anstellungsverhältnis mit ihm erneuert werden solle oder nicht. Liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, steht dem Beschwerdeführer ohnehin kein Anspruch auf die von ihm geforderte Entschädigung gestützt auf § 13 Abs. 1 PG zu. Abschliessend zu ergänzen ist, dass nur schon, weil keine Kündigung vorlag, von der Gemeinde keine weniger weitreichenden Massnahmen geprüft oder dem Beschwerdeführer eine andere geeignete Stelle angeboten werden musste.

10. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Regierungsrat mit seinem Beschluss kein Recht verletzt hat. Daher muss die Beschwerde abgewiesen werden. Gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG trägt im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei die Kosten. ...

Gemäss § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei zu Lasten der unterliegenden Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, wenn Parteien mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt sind. Die obsiegende Gemeinde Y. hat von daher an sich Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten des Beschwerdeführers. Gemeinwesen besitzen in der Regel aber keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Vor allem grössere und leistungsfähigere Gemeinden haben sich so zu organisieren, dass sie ihre Verwaltungsstreitsachen selbst durchfechten können. Denn die Erhebung und Beantwortung von Rechtsmitteln gehört zu ihren angestammten amtlichen Aufgaben. Die Verwaltungsstreitigkeiten beschlagen zudem meist Rechtsgebiete, in denen die Gemeinwesen gegenüber den beteiligten Privaten ohnehin einen Wissensvorsprung aufweisen. Wenn kleinere Gemeinden ohne die Hilfe eines rechtskundigen Vertreters überfordert sind und sich gezwungen sehen, das unabdingba-

re Fachwissen anderweitig zu beschaffen, kann dies einen Anspruch auf Parteientschädigung begründen. In der vorliegenden Streitsache aus dem den Gemeinden vertrauten Schulrecht ist es aber nicht gerechtfertigt, der Gemeinde im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren einen Entschädigungsanspruch zuzusprechen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. März 2011

V 2010 87

3. Bau- und Planungsrecht

Art. 34 Abs. 4 lit. a – c RPV – Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone. Eine Bewilligung darf nur erteilt werden, wenn die Bauten und Anlagen für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig sind, den Bauten und Anlagen am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen und der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Erw. 3–5). Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt. Erteilung der Baubewilligung unter der Auflage, dass der Laufstall innert Jahresfrist zurückgebaut werden muss, wenn er nicht ausschliesslich landwirtschaftlich genutzt wird (Erw. 6).

Aus den Erwägungen:

...

3. Gemäss Art. 34 Abs. 4 lit. b RPV dürfen den Bauten oder Anlagen am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

a) Den lenkenden Massstab für die von der Verordnung hier verlangte Interessenabwägung bilden die Ziele und Grundsätze der Raumplanung (Art. 1 und 3 RPG). Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang vor allem die Anliegen des Landschaftsschutzes und die Erhaltung von genügend Flächen an geeignetem Kulturland. Die Zustimmung des ARP zu einem Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone im Sinne von Art. 25 Abs. 2 RPG ist eine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG, SR 451). Kann bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe ein Objekt, das in einem Inventar des Bundes nach Artikel 5 NHG aufgeführt ist, erheblich beeinträchtigt werden oder stellen sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen, so hat die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) zuhanden der Entscheidbehörde ein Gutachten zu verfassen, in dem sie festlegt, ob das Objekt ungeschmälert zu erhalten oder wie es zu schonen ist (Art. 7 Abs. 2 NHG). Da sich der Standort der

geplanten Stallscheune ausserhalb der Bauzone und zudem noch im BLN-Gebiet befindet, hat das ARP im früheren Verfahren zu Recht bei der ENHK ein Gutachten eingeholt. Die ENHK kam damals zum Schluss, dass das Bauvorhaben an dem früheren vorgesehenen Standort – zirka 60 Meter weiter oben am Hang – zu einer leichten Beeinträchtigung des BLN-Objektes Nr. 1307 führen könne. Damit das Bauvorhaben den Anforderungen von Art. 6 NHG nach grösstmöglicher Schonung genüge, sei nachzuweisen, dass kein anderer Standort mit geringeren Auswirkungen auf die Landschaft realisierbar sei und dass die raumplanerischen und landwirtschaftlichen Voraussetzungen für die Realisierung eines Aussiedlungsbetriebes erfüllt würden. Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 21. Juli 2008 die seinerzeitige Beschwerde insofern gutgeheissen, als die Sache zur ergänzenden Abklärung der Frage, ob kein Standort mit geringeren Auswirkungen auf die Landschaft realisierbar wäre, an das ARP zurückgewiesen wurde.

b) Nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Juli 2008 evaluierten die beteiligten Parteien unter der Leitung des ARP die verschiedenen möglichen Standorte für den geplanten Laufstall. Der im Rahmen dieser Evaluationen als Standort 3 bezeichnete, heute zur Diskussion stehende Bauplatz liegt – immer bezogen auf die Mitte des Laufstalls – 26 m nördlich der Kreuzstrasse bzw. knapp 30 Meter nördlich der Siedlungsbegrenzungslinie gemäss dem kantonalen Richtplan vom 28. Januar 2004. Gemäss dem zur Zeit geltenden Zonenplan der Gemeinde C. vom 24. September 2006 befindet sich die Stallmitte ca. 140 Meter nördlich des bereits überbauten Wohngebietes (Wohnzone W2b), wobei (nördlich angrenzend an die bestehenden Häuser) noch eine Bautiefe für Bauten vorgesehen ist, die zur Zeit aber noch als Reserve Wohnzone ausgeschieden ist. Der Abstand zu dieser Reserve-Wohnzone beträgt ab Stallmitte knapp 120 Meter. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2009 teilte das Amt für Umweltschutz der Korporation C. mit, dass bei diesem Standort die Mindestabstandsvorschriften gemäss den FAT-Richtlinien für einen Tierbestand zwischen 20 resp. 36 Grossvieheinheiten eingehalten seien, so dass man davon ausgehen dürfe, dass keine unzulässigen Immissionen entstehen würden. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist der Standort für den Betrieb von A. B. ideal. Er liegt nördlich des Dorfkerns und ist durch eine kleine Zufahrtsstrasse bereits erschlossen. Er liegt mitten im Gebiet der vom Betrieb bewirtschafteten Pachtfläche, die sich im Eigentum der Korporation C. befindet. Vom neuen Stall aus kann das Vieh den Sommer durch geweidet werden, wodurch das Eingrasen zum einem Teil entfällt. Der Hofdünger kann zu einem erheblichen Teil in der näheren Umgebung ausgebracht werden, was weniger unökologische und unökonomische Fahrten mit dem Jauchefass zur Folge hat.

c) Mit Bezug auf den grösstmöglichen Schutz des BLN-Gebietes ergibt sich bei diesem Standort insofern ein Vorteil, als er deutlich weniger exponiert, d.h. ca. 60 Meter südöstlicher weiter unten am Hang liegt als der Standort, der der Baueingabe von 2007 zugrunde lag. Dass der Standort etwas näher am bewohnten Gebiet liegt als der frühere, muss als Kompromiss in Kauf genommen werden. Immerhin ist zu beachten, dass die Einrichtung einer Wohnzone unterhalb der Kreuzstrasse sich nicht in näherer Zukunft realisieren lässt. Das Gebiet südlich der Kreuzstrasse ist – wie oben erwähnt – im Richtplan zwar als Siedlungserweiterungsgebiet ausgewiesen (mit der Kreuzstrasse als Siedlungsbegrenzungslinie ohne Handlungsspielraum). Allerdings hat die Gemeinde C. ihre Zonenplanung im Jahr 2006 revidiert, so dass mit einer Erweiterung des Baugebietes frühestens in zehn Jahren zu rechnen ist (vgl. hierzu Art. 15 RPG). Ob die Gemeinde C. dannzumal ausgerechnet in diesem Bereich die ihr zustehenden Erweiterungen des Baugebietes realisieren wird, ist zur Zeit noch völlig offen. Jedenfalls kann unter diesem Titel der Standort des Laufstalls nicht als ungünstig bezeichnet werden.

4. Zu prüfen ist weiter, ob die Baute für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (Art. 34 Abs. 4 lit. a RPV). Das ARE führt diesbezüglich aus, an der betrieblichen Notwendigkeit eines Neubaus fehle es unter anderem, wenn die vorgesehene Nutzung in einer bereits vorhandenen Baute möglich wäre. Diese Frage müsse besonders sorgfältig geprüft werden, wobei – im Falle von Pachtbetrieben – die entsprechende Prüfung auch vorhandene Ökonomiebauten auf der Verpächterseite mit einbeziehen müsse. Im Falle von Korporationen, die über viel Land verfügten und dieses an mehrere Pächter verpachten würden, müsse geprüft werden, ob geeignetes und verfügbares Gebäudevolumen vorhanden sei, das sich innerhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsrays des Beschwerdeführers befände. Anhand einer Übersicht über die bestehenden Pachtverträge, die sich auf Korporationsland befindlichen Bauten und die Bewirtschaftungskonzepte der verschiedenen Pächter im Raume Alosen sei zu prüfen, ob eine bestehende Baute verfügbar sei, die sich nötigenfalls durch Umbau für die vom Beschwerdegegner 1 geplante Nutzung eigne. Falls keine solche Baute vorhanden sei, müsse weiter geprüft werden, ob die geplante Neubaute als Ersatzbaute am Standort einer bestehenden, nicht mehr benötigten Baute errichtet werden könne, damit Boden und Landschaft nicht zusätzlich beansprucht würden. Wenn auch dies nicht möglich sei, so sei schliesslich abzuklären, ob die Beanspruchung der Landschaft minimiert werden könne, indem andernorts bestehende, nicht mehr benötigte Bauten abgerissen werden könnten.

a) Mit Vernehmlassung vom 21. Juni 2010 erklärte die Korporation C., dass sie im Bewirtschaftungsrays des Pächters A. B. über keine Gebäude verfüge. Bei der

Referentenaudienz vom 13. Juli 2010 erklärte der Verantwortliche der Korporation C. für das Landwesen zu diesen Fragen, die Korporation als Verpächterin verfüge im Bewirtschaftungsrayon C. über keine Ökonomiegebäude, die sie ihren Pächtern für die Bewirtschaftung von Pachtland zur Verfügung stellen könne. Es gebe keine korporationseigenen Gebäude, in die der Betrieb von A. B. aussiedeln könnte. Es gebe auch keine Gebäude, die man abreißen könnte. A. B. erklärte in diesem Zusammenhang, auf seinem Pachtland stehe in der Nähe des Waldrandes einzig ein Unterstand, in dem er einige Landmaschinen aufbewahre. Er habe bereits der Korporation angeboten, diese Hütte abzubrechen, wenn er der Laufstall bauen dürfe. Aus diesen Angaben ergibt sich, dass die Korporation als Verpächterin ihren Pächtern keine Ökonomiegebäude für die Bewirtschaftung des Pachtlandes zur Verfügung stellen kann. Wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt, entspricht dies auch nicht dem ortsüblichen Konzept, nach welchem das Pachtland im Raume C. bewirtschaftet wird.

b) Der Beschwerdegegner A. B. , hat dem Gericht am 26. Mai 2011 eine Aufstellung über die Landwirtschaftsbetriebe eingereicht, die im Raum C. Pachtland der Korporation C. bewirtschaften. Aus dieser Aufstellung, die sich auf die Betriebsdaten des Landwirtschaftsamtes des Kantons Zug abstützt und deren Korrektheit von niemanden angezweifelt wurde, sind die Namen der Betriebe, das Alter des verantwortlichen Betriebsführers, die bewirtschaftete Gesamtfläche, die Pachtfläche, der Standort des dazugehörigen Stalls und die Nachfolgeregelung enthalten. Aus der Aufstellung ergibt sich, dass sich im Raum C. insgesamt zwölf Landwirtschaftsbetriebe befinden, die Pachtland der Korporation bewirtschaften. Von den zwölf Betrieben bewirtschaften sechs Betriebe ausschliesslich Pachtland. Die bewirtschafteten Flächen sind sehr unterschiedlich. Während der kleinste Betrieb 11.63 ha bearbeitet, liegt der grösste Betrieb über 25.14 ha (plus Land der Bürgergemeinde, dessen Ausmasse nicht bekannt sind). Der Betrieb von A. B. liegt mit 14.83 ha im mittleren Drittel. Bei drei Betrieben liegt der Stall in der Wohnzone. Im Baurecht haben nur zwei von zwölf Betrieben ihre Ökonomiegebäude erstellt, die anderen Landwirte sind Eigentümer ihres Stalls. Das Durchschnittsalter der Betriebsinhaber liegt bei 50 Jahren und bei elf Betrieben ist die Nachfolge bereits geregelt.

c) Aus diesen Angaben können die folgenden Schlüsse gezogen werden: Es trifft zu, dass es sich bei dem Landwirtschaftsbetrieb von A. B. um einen reinen Pachtbetrieb handelt. Allerdings ist dies im Bewirtschaftungsrayon C. keine Besonderheit, sondern entspricht dem, was bei verschiedenen anderen Betrieben auch zutrifft. Auch die Betriebe, welche nicht ausschliesslich Pachtland bewirtschaften, verfügen nur zu einem kleineren Teil über eigene Bewirtschaftungsflä-

chen. Ebenfalls typisch ist für nahezu alle Betriebe, dass sie zwar über kein oder wenig Eigenland, jedoch über eigene Stallgebäude auf Privatland verfügen. Dies trifft ja an sich auch auf den Betrieb von A. B. zu, der aber aus den oben erwähnten Gründen zu einer Aussiedlung aus dem bisherigen Gadenstall gezwungen wird. Ebenfalls ergab das vorliegende Verfahren, dass die Korporation im Raum C. über keine Ökonomiegebäude verfügt, welche sie den Pächtern ihres Landes zur Verfügung stellen könnte, oder die anstelle des neu zu errichtenden Laufstalls abgebrochen werden könnten. Es gehört offensichtlich nicht zu der herkömmlichen und ortsüblichen Zuteilung des Landes durch die Korporation C., dass sie ihren Pächtern zusammen mit dem Land ein Ökonomiegebäude verpachtet. In einzelnen Fällen schliesst die Korporation mit ihren Pächtern einen Baurechtsvertrag.

Zusammenfassend kann mit Blick auf die betriebliche Notwendigkeit von Art. 34 Abs. 4 lit. a RPV gesagt werden, dass aufgrund der vorliegenden Umstände die vorgesehene Nutzung in einer bereits vorhandenen Baute der Korporation nicht möglich ist. Auf der Verpächterseite sind keine Ökonomiegebäude vorhanden, die A. B. zur Verfügung gestellt werden könnten. Eine Übersicht über die bestehenden Pachtverträge zeigt, dass überhaupt keine bestehenden Bauten verfügbar sind, die sich durch Umbau allenfalls für die vom Beschwerdegegner 1 geplante Nutzung eignen würden. Soweit das ARE in diesem Zusammenhang von Besonderheiten des vorliegenden Falles spricht, haben wir es hier eher mit einer generellen Besonderheit der landwirtschaftlichen Betriebsführung im Raum C. zu tun. Auch die Tatsache, dass die Korporation beabsichtigt, A. B. ein selbständiges und dauerndes Baurecht einzuräumen, das ihn zum Eigentümer des neu zu errichtenden Laufstalls macht, ist zwar für die Landwirtschaftsbetriebe in C. nicht gerade typisch, wurde jedoch bereits in zwei Fällen entsprechend gehandhabt. Jedenfalls kann festgestellt werden, dass sowohl aus Sicht des Betriebsinhabers wie auch aus Sicht der Korporation und der Gemeinde der Neubau eines Laufstalls für die von A. B. beabsichtigte Bewirtschaftung nötig ist.

5. Gemäss Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV muss die betriebliche Existenz längerfristig gesichert sein. Das ARE führt diesbezüglich unter anderem aus, A. B. betreibe hauptsächlich Milchwirtschaft, wobei im geplanten Stall Platz für 12 Milchkühe vorgesehen sei. Mit Blick auf die vergleichsweise kleine Anzahl Kühe und angesichts des anhaltenden Strukturwandels in der Landwirtschaft, namentlich im Bereich der Milchproduktion, müsse festgestellt werden, dass milchwirtschaftliche Betriebe dieser Grössenordnung nicht als längerfristig existenzfähig im Sinne von Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV bezeichnet werden könnten.

a) Mit dem Erfordernis von Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV soll sichergestellt werden, dass in der Landwirtschaftszone keine unnötigen neuen Bauten und Anlagen bewilligt werden, die bereits nach kurzer Zeit wieder leer stehen. Demnach kann es sinnvoll sein, vom Gesuchsteller ein je nach Vorhaben mehr oder weniger detailliertes Betriebskonzept zu fordern. Die wirtschaftliche Rentabilität und die Existenzsicherung setzen eine gewisse Grösse des Betriebes voraus (vgl. hierzu Waldmann/Hänni, a.a.O., Rz 27 zu Art. 16a RPG). Für den Bereich der Wohnbauten hat das Bundesgericht schon vor der Teilrevision des RPG im Sinne einer Orientierungshilfe auf den Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes gemäss Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB, SR 211.412.11) abgestellt, wonach der Betrieb mindestens die halbe Arbeitskraft einer bäuerlichen Familie beanspruchen muss, was einem Arbeitsaufwand von 2'100 Arbeitsstunden im Jahr entspricht. Mit Revision des BGBB ist der Begriff der «halben Arbeitskraft einer bäuerlichen Familie» mit der grundsätzlich äquivalenten Umschreibung «drei Viertel einer Standardarbeitskraft» ersetzt worden. Gemäss Art. 7 BGBB gilt als landwirtschaftliches Gewerbe eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung mindestens drei Viertel einer Standardarbeitskraft nötig sind. Aus der Botschaft zur Teilrevision des RPG vom 22. Mai 1996 ergibt sich zu der hier zu beurteilenden Frage, dass keine Neubauten bewilligt werden dürfen, wenn bei realistischer Betrachtungsweise und unter Würdigung sämtlicher Umstände schon im Zeitpunkt der Beurteilung des Baugesuches zweifelhaft erscheint, ob der Betrieb längerfristig überlebensfähig sein wird oder ob die fehlende Überlebensfähigkeit gar offenkundig ist. Gemäss der Meinung des Bundesrates wäre es unsinnig und mit den Zielen und Grundsätzen der Raumplanung nicht vereinbar, heute Bauten zu bewilligen, die infolge Betriebsaufgabe schon morgen zur Altlast würden. Der Bundesrat verlangt deshalb, dass an den Nachweis der Notwendigkeit neuer Bauten und Anlagen strenge Anforderungen gestellt werden. Die Errichtung neuer Bauten soll jenen landwirtschaftlichen Betrieben vorbehalten bleiben – gleichgültig ob es sich um einen Haupt- oder Nebenerwerbsbetrieb handelt –, deren Existenz aufgrund eines vorgelegten Betriebskonzepts langfristig gesichert erscheint.

b) Gemäss seinen eigenen Angaben wird der Betrieb von A. B. für das Jahr 2009 durch das Landwirtschaftsamt mit 1,533 SAK eingeschätzt, was einem Vollerwerbsbetrieb entspreche (der SAK-Wert sagt allerdings nichts darüber aus, ob es sich bei einem Betrieb um einen Vollerwerbsbetrieb handelt oder nicht, denn die Standardarbeitskraft (SAK) ist eine Einheit für die Erfassung des gesamtbetrieblichen Arbeitszeitbedarfs mit Hilfe standardisierter Faktoren). Aus den am 12. April 2010 bewilligten Plänen ergibt sich, dass im geplanten Laufstall Platz für

15 Kühe und Rinder über 2 Jahren ist. Weiter ist Platz für 13 Kälber bis 200 kg und 5 Kälber bis 400 kg ausgewiesen. Ebenfalls vorgesehen ist Platz für 13 Mutter-schafe mit Lämmern. Bei der Referentenaudienz erklärte A. B., dass er nicht nur Milchwirtschaft, sondern auch Kalbermast betreiben möchte. Bei 13 vorgesehenen Plätzen könnte das gemäss den Angaben des Landwirtschaftsamtes ca. 40 Kälber pro Jahr ergeben, was einer respektablen Kalbermast entsprechen würde. Zur Zeit stehen A. B. 14.83 ha zur Verfügung, wovon ca. 13 ha von der Korporation stammen. Die Korporation bestätigte sowohl bei der Referentenaudienz wie auch in ihrer Vernehmlassung, dass A. B. auch nach der neuen Landzuteilung per 1. Januar 2012 mit den gleichen Flächen rechnen könne. Zudem erhält er noch ca. 1.1 ha (seinen, von der Korporation bestrittenen Angaben sind es zusätzliche 1,6 ha), wenn der umstrittene Laufstall erstellt werden kann. Aus der neuen Land-verordnung der Korporation C. vom 23. April 2010 (in Kraft seit dem 1. Januar 2011) ergibt sich, dass die bisherigen Pächter, welche die Bedingungen von § 8 erfüllen (Führen eines landwirtschaftlichen Betriebes im Sinne der landwirtschaftlichen Begriffsverordnung, der mindestens 0.5 SAK aufweist), das Recht haben, ab dem 1. Januar 2012 wieder zirka gleich viel Fläche zu pachten. Auch für die Verhältnisse von C. handelt es sich beim Betrieb von A. B. um einen eher kleinen Betrieb. Der größere Teil des gepachteten Landes befindet sich in einem Umkreis von ca. einem Kilometer von C., allerdings sind die einzelnen Parzellen eher klein (von 2 Aren bis 3,85 Hektaren). Zwei kleinere Parzellen sind fast 5 Kilometer von C. entfernt.

c) Die persönlichen Voraussetzungen des Beschwerdeführers für den Aufbau einer längerfristigen landwirtschaftlichen Existenz sind sehr gut. Er ist 36 Jahre alt, hat eine abgeschlossene Ausbildung als Landwirt und kann mit seiner weiteren Ausbildung als Zimmermann jederzeit auch ein Nebenerwerbseinkommen generieren. Da es (nur) um die Aussiedlung eines Ökonomiegebäudes und nicht um den Neubau eines Wohnhauses in der Landwirtschaftszone geht, sind nach Meinung des Gerichts auch weniger strenge Anforderungen an den Nachweis der langfristigen Existenzfähigkeit zu stellen. Der Beschwerdeführer hat bereits im Vorverfahren ein Betriebskonzept erstellen lassen, welches sich positiv zur geplanten Aussiedlung stellt. Von seiner Ausbildung her bringt der Beschwerdeführer die besten Voraussetzungen für die Führung eines Landwirtschaftsbetriebes mit sich. Mit seinem Neffen Christian Egli, Jahrgang 1991, steht auch schon ein potenzieller Nachfolger zur Verfügung, der mit Schreiben vom 25. Februar 2011 gegenüber dem ARE erklärt hat, dass er bereit wäre, den Stall im Baurecht zu übernehmen und landwirtschaftlich zu nutzen, falls dies seinem Onkel wegen gesundheitlichen Zwischenfällen oder Pension nicht mehr möglich sein sollte. Das Gericht ist nach wie vor der Ansicht, dass der Beschwerdeführer auch ohne grö-

sere Erweiterung der bewirtschafteten Landfläche (welche aber zweifellos anzustreben ist), in der Lage sein wird, längerfristig einen Landwirtschaftsbetrieb mit Erfolg zu führen. Dafür sprechen in erster Linie seine persönlichen Voraussetzungen, dann der bisherige finanzielle Erfolg auf dem flächenmässig relativ kleinen Betrieb und die Tatsache, dass er dank seiner Zweitausbildung jederzeit in der Lage sein wird, ein namhaftes Nebenerwerbseinkommen zu generieren.

6. Das ARE beantragt im vorliegenden Fall, im Falle der Erteilung der Bewilligung müsse mittels geeigneter Nebenbestimmungen sichergestellt werden sei, dass die zu errichtende Baute auch tatsächlich dauerhaft zur Bewirtschaftung des Landes, für das sie bewilligt worden sei, zur Verfügung stehe. Bei einer Auflösung des Pachtvertrages bleibe nämlich die bewilligte Baute im Besitz von A. B. und gegen seinen Willen könnte diese weder die Korporation noch ein neuer Pächter dem bewilligten landwirtschaftlichen Zweck entsprechend nutzen. Die ideale Lösung aus raumplanungsrechtlicher Sicht wäre, wenn die Baute – wie bei einem Pachtbetrieb üblich – im Besitz des Verpächters bleiben würde. Wenn dies nicht möglich sei, so müsse zumindest sichergestellt werden, dass die vorgesehene Stallbaute dauerhaft für den bewilligten Zweck zur Verfügung stehe. Dies könne z.B. durch eine Nebenbestimmung geschehen, die verlange, dass der Baurechtsvertrag für den Fall einer Kündigung den automatischen Heimfall vorsehe. Es sei vertretbar, die Bewilligung zwar zu erteilen, diese jedoch mit einer Resolutivbedingung zu versehen...

a) Die Verbindung einer Bewilligung mit Auflagen und Bedingungen bedarf grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage, wobei es genügen kann, wenn sich die Zulässigkeit der Nebenbestimmung aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ergibt. Eine Bewilligung kann insbesondere mit einer Nebenbestimmung verbunden werden, wenn sie aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen überhaupt verweigert werden könnte (BGE vom 25. Februar 2009 (1C_14/2008), Erw. 5.3). So erachtete das Bundesgericht z.B. einen Beseitigungsrevers für den Fall des Ausbaus einer angrenzenden Strasse für zulässig, da die Baubewilligung wegen der in Aussicht genommenen Erweiterung der Strasse auch einstweilen hätte verweigert werden dürfen. Im BGE 1P.329/2005 Erw. 3.5 vom 27. Juli 2005 war der Umbau einer Alphütte in ein Ferienhäuschen unter der Bedingung bewilligt worden, dass das Gebäude vom ersten Schneefall bis zur Ausaperung nicht bewohnt werden dürfe. Auch diese Bedingung hielt das Bundesgericht für zulässig, weil die Ausnahmegewilligung wegen der erheblichen Lawinengefährdung sonst hätte verweigert werden können. Man unterscheidet zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingungen. Bei der Suspensivbedingung tritt die Rechtswirksamkeit der Verfügung erst ein, wenn die Bedingung erfüllt ist (z.B. wird eine Baubewilligung erst erteilt, wenn eine genügende Zufahrt erstellt ist). Von einer Resolutivbedingung spricht man,

wenn die Rechtswirksamkeit der Verfügung mit dem Eintritt der Bedingung endet (z.B. ein Gastwirtschaftspatent wird nur auf Zusehen und Wohlverhalten hin erteilt).

b) Das ARE führt im vorliegenden Fall aus, es bestehe die Gefahr, dass der Milchwirtschaftsbetrieb von A. B. wegen seiner Grösse nicht längerfristig existenzfähig sei. Daher bestehe die Gefahr, dass die Stallscheune in absehbarer Zeit ihre Funktion verlieren könnte. Es sei daher vertretbar, die Baubewilligung zwar zu erteilen, einer künftigen Funktionslosigkeit jedoch mit geeigneten Nebenstimungen vorzubeugen. Sofern allerdings der Baurechtsvertrag für den Fall der Kündigung des Pachtvertrages den automatischen Heimfall vorsehe, könne auf die Anordnung einer Resolutivbedingung verzichtet werden. Das Verwaltungsgericht hat den Parteien während des Verfahrens wiederholt die Möglichkeit geboten, sich insofern gütlich zu einigen, als das Verfahren auf Vorschlag des ARE mittels Rückzug hätte erledigt werden können, wenn sich A. B. und die Korporation im Baurechtsvertrag auf einen automatischen Heimfall bei Kündigung des Pachtverhältnisses geeinigt hätten. Mit Schreiben vom 4. November 2010 hat die Korporation dem Gericht mitgeteilt, dass sie als Landeigentümerin und Verpächterin selbstverständlich daran interessiert sei, dass landwirtschaftliche Bauten langfristig als solche genutzt würden. Mit einer automatischen Heimfallsklausel werde die Korporation als Baurechtsgeberin aber gezwungen, zu einem nicht bestimm- baren Zeitpunkt eine Stallbaute entgeltlich zu übernehmen, die bezüglich Grösse, Funktionalität, Nutzung, Konzept und Ausbau nicht dem entspreche, was die Korporation selber bauen würde. Es gehe nicht an, die Korporation als private Landeigentümerin mit solchen vertraglichen Pflichten zu belasten, damit die raumplanungsrechtlichen Voraussetzungen des Projekts eingehalten werden könnten. Man sei aber überzeugt, dass mit entsprechenden Auflagen in der Baubewilligung, mit Massnahmen der Baupolizei und durch eine konsequente Anwendung des Raumplanungsrechts vermieden werden könne, dass die Stallbaute schliesslich nicht rein landwirtschaftlich genutzt werde. Das Gericht hat für diese Haltung durchaus Verständnis. Es wäre das erste Mal, dass die Korporation eine solche Verpflichtung übernehmen müsste. Zu beachten ist auch, dass sie – mit einer einzigen Ausnahme – keine landwirtschaftlichen Gebäude besitzt und «betreibt». Von dieser Praxis will die Korporation nicht abweichen. Es dürfte zudem in der Tat auch fraglich sein, ob die Zustimmung zu einer solchen automatischen Heimfallklausel im Baurechtsvertrag durch den Beschluss der Korporationsversammlung von 2006 noch gedeckt wäre.

c) Da rein von der Grösse des Landwirtschaftsbetriebes von A. B. her gewisse Zweifel an der längerfristigen Existenzfähigkeit des Betriebes nicht von der Hand

zu weisen sind, ist auf andere Weise dafür zu sorgen, dass der geplante Laufstall auch längerfristig der landwirtschaftlichen Zweckbestimmung erhalten bleibt. Die Baubewilligung ist daher mit einer Resolutivbedingung zu versehen, wonach der Laufstall rückgebaut werden muss, falls er durch A. B. oder dessen Rechtsnachfolger nicht mehr landwirtschaftlich genutzt werden sollte. In diesem Sinn ist der Eventualantrag des ARE gutzuheissen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. April 2011

V 2010 / 67

§§ 12 und 14 PBG – Die Unterschreitung des minimalen gesetzlichen Waldabstandes ist nur zulässig, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, eine Ausnahmesituation und überwiegende öffentliche und/oder private Interessen vorliegen (Erw. 2). Im vorliegenden Fall liegt keine Ausnahmesituation vor. An der Erweiterung eines Hotel- und Restaurantsbetriebes durch eine sich im Waldabstand befindliche Lounge besteht kein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 22. November 2010 verweigerte die Direktion des Innern des Kantons Zug einem Baugesuch der X. AG für die Änderung der Umgebungsgestaltung beim Hotel O. in Zug vom 11. Oktober 2010 die Zustimmung für eine Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des minimalen Waldabstandes von 12 Metern und stellte gleichzeitig fest, dass der Stadtrat von Zug die Erstellung der geplanten Bauten und Anlagen, die den rechtmässigen Waldabstand unterschreiten würden, nicht bewilligen dürfe. Dies betreffe den Erschliessungsweg zur Erholungszone, die Erholungszone, elf Leuchten u.a. zur Beleuchtung von Sträuchern/Bäumen sowie das Putting Green gemäss Plan vom 16. April 2010, rev. am 13. August 2010. Mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 verweigerte der Stadtrat von Zug die baurechtliche Bewilligung für die Bauten und Anlagen, welche sich im Waldabstand befinden würden. Weiter ordnete er an, dass die im 12-Meter-Waldabstand liegenden Bauten und Anlagen bis zum 30. April 2011 rückzubauen seien. Für die Bauten und Anlagen ausserhalb des 12 Meter-Waldabstandes wurde die baurechtliche Bewilligung erteilt. Zusammen mit seinem Beschluss eröffnete der Stadtrat auch den Entscheid der Direktion des Innern.

B. Gegen diese Entscheide liess die X. AG am 17. Januar 2011 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung der Direktion des Innern vom 22. November 2010 und der Beschluss des Stadtrates Zug vom

14. Dezember 2010 seien aufzuheben und es sei die erforderliche Zustimmung für eine Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Waldabstandes zu erteilen, eventualiter sei die Sache zur erneuten Beurteilung an die Direktion des Innern zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner. Mit Vernehmlassung vom 17. Februar 2011 beantragt die Direktion des Innern die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Mit Vernehmlassung vom 21. Februar 2011 beantragt der Stadtrat von Zug eine teilweise Gutheissung der Beschwerde. Zur Begründung führt der Stadtrat aus, man stehe dem Gesuch der Beschwerdeführerin weniger kritisch gegenüber als die Direktion des Innern. Da das Projekt nur befristet bewilligt worden sei, sehe man einen gewissen Ermessensspielraum, der von der Direktion des Innern nicht ausgeschöpft worden sei. Am 6. Juli 2011 fand ein Augenschein statt. Die Parteien erhielten in der Folge Gelegenheit, allfällige Ergänzungen und Berichtigungen zum Protokoll einzureichen. Mit Eingabe vom 15. September 2011 stellt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin dem Gericht ein Schreiben an die Direktion des Innern zu, in dem er der Direktion einen Einigungsvorschlag unterbreitet. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2011 teilt die Direktion des Innern der Beschwerdeführerin mit, dass man sich mit dem Einigungsvorschlag nicht einverstanden erklären könne, weil an der Erholungszone mit sickerfähigem Kiesbelag innerhalb des Waldabstandes weiterhin festgehalten werde.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 17 Abs. 1 WaG sind Bauten und Anlagen in Waldesnähe nur zulässig, wenn sie die Erhaltung, Pflege und Nutzung des Waldes nicht beeinträchtigen. Die Kantone schreiben einen angemessenen Mindestabstand der Bauten und Anlagen vom Waldrand vor, wobei sie die Lage und die zu erwartende Höhe der Bäume des Bestandes berücksichtigen (Art. 17 Abs. 2 WaG). Die kantonalen Ausführungsbestimmungen zu den Artikeln 16 Abs. 1, 17 Abs. 2 und 20 Abs. 2 WaG bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes (Art. 52 WaG). In Anwendung von Art. 17 Abs. 2 WaG hat der Kanton Zug in § 12 PBG festgelegt, dass einzelne Bauten und Anlagen sowie Baulinien einen Waldabstand von mindestens 12 Metern einzuhalten haben.

a) Artikel 17 Abs. 2 WaG soll sicherstellen, dass die Erhaltung, Pflege und Nutzung des Waldes durch Bauten und Anlagen in Waldesnähe nicht beeinträchtigt werden. Die Zielsetzung liegt darin, den Wald vor natürlicher oder menschlicher Zerstörung zu bewahren. Zudem soll der Waldabstand eine zweckmässige

Bewirtschaftung und Erschliessung des Waldes ermöglichen, den Wald vor Feuer schützen, sowie dem hohen ökologischen Wert des Waldrandes Rechnung tragen (vgl. hierzu die Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Walderhaltung und Schutz vor Naturereignissen vom 29. Juni 1988, BBl 1988 III 173 ff. 198). Waldränder sind sowohl wegen ihres landschaftlichen, biologischen und ästhetischen Wertes als auch wegen ihrer vermehrten Gefährdung zu schützen. Zu erhalten ist nicht allein die Quantität, sondern auch die Qualität des Waldes, wobei der Waldrand für die Qualität des Waldes wesentlich ist. Angemessen ist der Mindestabstand von Bauten und Anlagen vom Waldrand, wenn er den Schutz dieser im öffentlichen Interesse liegenden Zwecke gewährleistet, welche durch eine zu enge Nachbarschaft von Bauten und Anlagen zum Wald beeinträchtigt werden (Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 2008, 1C.119/2008 Erw. 2.4 mit Verweisen auf weitere Urteile). Gemäss der Praxis des Bundesgerichts liegt eine Beeinträchtigung bereits vor, wenn eine oder mehrere der gesetzlich vorgeschriebenen Schutzfunktionen des Waldes ernsthaft gefährdet erscheinen oder eine solche Beeinträchtigung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Eine aktuelle oder konkrete Gefährdung braucht nicht vorzuliegen. Die Festsetzung des Waldabstandes unter Berücksichtigung dieser Kriterien hängt stark von den konkreten Verhältnissen im Einzelfall ab. Zu beachten ist auch, dass die Waldabstandsvorschriften auch der konkreten Gefahrenabwehr dienen. Bewohner und Benützer von Bauten und Anlagen am Waldrand sollen durch umstürzende Bäume nicht gefährdet werden, und es soll vermieden werden, dass die Wohnhygiene unter Feuchtigkeit und zu starkem Schattenwurf durch den nahen Wald leidet (vgl. hierzu die Botschaft des Bundesrates, a.a.O., S.198).

b) Der gesetzliche Waldabstand gilt nicht absolut. Gemäss § 14 PBG gewährt die zuständige Behörde Ausnahmen von den kantonalen Plänen und Bauvorschriften, falls sich sonst im Einzelfall eine offensichtlich unzweckmässige Lösung oder eine unbillige Härte ergeben würde und wo das übergeordnete Recht dies zulässt. Das Institut der Ausnahmegewilligung dient dazu, die gesetzliche Regelungsordnung einzelfallgerecht zu verfeinern, so dass rechtlich nicht gewollte Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten vermieden werden können. Die Ausnahmegewilligung stellt das notwendige Korrektiv zur gesetzlichen Regelordnung dar, die aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit notwendigerweise generalisierenden Charakter aufweisen muss. Bei der Gewährung von Ausnahmegewilligungen ist aber stets die Zielsetzung der Grundordnung im Auge zu behalten und soweit als möglich zu respektieren (Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 44 Rz 43). Damit eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein: eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, das Vorliegen einer Ausnahmesituation und eine umfassende Interes-

senabwägung. Die Behörde muss vor dem Erteilen einer Ausnahmegewilligung genau prüfen, ob die im Gesetz umschriebene, vom Normfall abweichende Ausnahmesituation tatsächlich vorliegt. Naturgemäss ist davon nur in einem wirklichen Sonderfall auszugehen. Mit einer Kumulation von Ausnahmegewilligungen würde die Grundordnung sonst schleichend ausgehöhlt, was nicht der Sinn und Zweck der Ausnahmegewilligung sein darf. Eine Ausnahmegewilligung ist z.B. denkbar, wenn der Standort einer Baute funktional bedingt ist, d.h. wenn sie z.B. als An- oder Nebenbaute einer bestehenden Anlage erstellt wird und genau an einem bestimmten Standort erstellt werden muss. Eine Ausnahmesituation kann aber auch vorliegen, wenn ein eingezontes Baugrundstück mit der vollen Einhaltung des Waldabstandes wegen seiner besonderen Form gar nicht sinnvoll überbaut werden könnte (vgl. hierzu das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2008 i.S. S.I., bei dem um es um ein Grundstück in der Bauzone ging, das wegen seiner besonderen Form und wegen der Abstände gegenüber dem Wald und einer Zufahrtsstrasse ohne Ausnahmegewilligung bezüglich Waldabstand gar nicht sinnvoll hätte überbaut werden können). Keine Ausnahmesituation liegt vor, wenn mit einer Reduktion des Waldabstandes das Bauvolumen eines Hauses vergrössert werden könnte oder wenn einzelne andere Bauten und Anlagen in der Umgebung den gesetzlichen Waldabstand unterschreiten. Im Zusammenhang mit der Feststellung, ob eine Ausnahmesituation vorliegt, müssen die folgenden Fragen beantwortet werden (vgl. hierzu das Merkblatt des Kantonsforstamtes Zug vom Mai 2011): Aus welchen Gründen müssen die geplanten Bauten und Anlagen innerhalb des Waldabstandes erstellt werden? Gibt es alternative, ausserhalb des Waldabstandes liegende Standorte oder solche, die den Waldabstand weniger tangieren? Kann das Projekt so umgestaltet oder redimensioniert werden, dass der Waldabstand nicht oder weniger tangiert wird? Die Voraussetzung der ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage ist mit § 14 PBG klar erfüllt, so dass sich weitere diesbezügliche Ausführungen erübrigen.

3. Zu prüfen ist weiter, ob wir es hier mit einer Ausnahmesituation zu tun haben, die ein Abweichen von der gesetzlichen Grundordnung erlaubt. Eine Rechtsfrage ist dabei, ob eine Ausnahmesituation vorliegt. Wird diese Frage bejaht, so ist die Regelung des Ausnahmefalles (Mass der Abweichung, Inhalt der Bewilligung) dem pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Verwaltungsbehörde anheimgestellt, in welches das Gericht nicht ohne Not eingreift, obwohl dessen Überprüfung ihm nach § 63 Abs. 3 VRG zusteht (vgl. hierzu Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Rz 2546). Vorerst ist die zeitliche Entwicklung des Bauvorhabens darzulegen:

a) Am 20. November 2008 reichte die X. AG bei der Stadt Zug ein Gesuch für den Bau eines Temporärhotels an der K. Strasse in Zug ein. Dem Baugesuch wurde ein Gesuch für Erteilung einer Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstandes durch den Bau einer Holzterrasse beigelegt. In diesem Gesuch wurde ausgeführt, der Empfangsbereich des Erdgeschosses mit Lobby und Bar werde durch eine aufgeständerte Holzterrasse im Aussenbereich erweitert, die nur an wenigen Punkten den Boden berühre. Das Holzdeck liege so nahe wie möglich am Gebäude und nehme dessen Fluchten auf, um einen maximalen Bezug zu Innenraum und Gebäudekörper herzustellen. Die Höhe der Terrasse liege auf der Höhe des Erdgeschosses, um einen behindertengerechten Zugang zu ermöglichen. Aufgrund dieser geometrischen Situation liege ein Teil der Terrasse im geforderten Waldabstandsbereich. Eine Verschiebung der Terrasse würde den Bezug zum Innenraum empfindlich stören. Sichtbeziehungen würden verloren gehen, die Nutzung in Frage gestellt. Mit Verfügung vom 12. Januar 2009 erteilte die Direktion des Innern die Bewilligung für die Erstellung einer aufgeständerten Terrasse und von fünf Parkplätzen innerhalb des Waldabstandes gemäss den am 20. November 2008 eingereichten Plänen. Gemäss diesen Plänen reichte die Terrasse auf einer Länge von 7.50 m bis zu 3.50 m in den Waldabstand, wobei damals noch die alte Regelung gemäss BO 94 galt, gemäss der der Waldabstand in der Stadt Zug 15 m betrug. Die Ausnahmegewilligung wurde unter anderem mit der Bedingung versehen, die Risiken und Nachteile, welche durch den Wald entstehen könnten, seien durch die Bauherrschaft in Kauf zu nehmen. Es bestehe kein Anspruch auf Zurücksetzung oder Niederhaltung des Waldes. Der Stadtrat Zug erteilte am 29. Januar 2009 die entsprechende Baubewilligung. Am 18. Januar 2010 wurde das Hotel O. eröffnet.

b) Am 31. März 2010 fand mit dem Kantonsförster und der Bauherrschaft eine Begehung statt, bei der diese dem Kantonsförster mitteilte, dass die Holzterrasse der Gartenwirtschaft schon wenige Monate nach Hoteleröffnung mit einem Erholungsbereich ergänzt werden solle. Beim Augenschein des Gerichts erklärte der Kantonsförster, er habe der Bauherrschaft damals die gesetzlichen Vorgaben erläutert und sie klar darauf hingewiesen, dass eine Unterschreitung des Waldabstandes auf jeden Fall unzulässig sei. Er habe auch erklärt, dass die vorgelegten Projektskizzen umfassend überarbeitet und redimensioniert werden müssten. Am 21. April 2010 reichte die Beschwerdeführerin bei der Stadt Zug ein formelles Gesuch um Änderung der Umgebungsplanung ein. Im Begleitschreiben führte die Beschwerdeführerin aus, um dem öffentlichen Restaurant auch in den sommerlichen Monaten gerecht zu werden, wolle man die Gartenwirtschaft mit einem Erholungsbereich ergänzen. Die Gäste sollten sich am Waldrand entspannen und diesen einzigartigen Ort mitten in der Stadt Zug erfahren können. In verschiede-

nen Workshops sei das vorliegende Projekt aus funktionaler und betrieblicher Sicht optimiert worden. Aus dem Projektbeschrieb ergibt sich Folgendes:

«Der Holzterrasse des Restaurants soll ein Lounge-Sitzplatz vorgelagert werden. Dieser wird über einen Fussweg mit dem Vorfahrtsbereich des Hotels verknüpft, da die Erschliessung aufgrund von Nutzungskonflikten nicht durch das Restaurant und über die Terrasse erfolgen soll. Da sich die Wegflächen partiell in der Waldabstandszone befinden, wird ein wasser- und luftdurchlässiger Festkiesbelag verwendet. Dieser versiegelt den Boden nur schwach und führt deshalb nur zu einer geringfügigen Verschlechterung des Luft- und Wasserhaushalts und des Bodendruckes. Der Koffer befindet sich in grösstenteils zuvor stark gestörten Bodenschichten, alle andern Zonen erfahren eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem alten Zustand. Entlang des Weges und am Sitzplatz sind Pflanzungen mit Blütenstauden sowie ein Wasserbecken vorgesehen. Diese Elemente verleihen dem hausnahen Bereich das gartenhafte Aussehen, das mit der Natürlichkeit des Waldrandes spielt».

Weiter folgen Ausführungen über die Gestaltungsziele und die ökologische Aufwertung. Dem Gesuch beigelegt ist ein als «Situationsplan Änderungseingabe Umgebung» bezeichneter Plan der A. Landschaftsarchitektur AG 1 : 200 vom 16. April 2010. Mit Verfügung vom 12. Juli 2010 stellte die Direktion des Innern fest, dass die Zustimmung zur Unterschreitung des Waldabstandes von 15 m für das Projekt nicht erteilt werden könne. Die Direktion des Innern führte unter anderem aus, die Interessen der Bauherrschaft würden einzig darin liegen, das bestehende Angebot des Restaurations- und Hotelbetriebes zu erweitern. Mit Schreiben vom 2. August 2010 orientierte die Abteilung Baubewilligung der Stadt Zug die Beschwerdeführerin über die Ablehnung des Bauvorhabens durch die Direktion des Innern und ersuchte um Mitteilung, ob ein kostenpflichtiger, beschwerdefähiger Entscheid seitens des Stadtrates gewünscht werde.

c) Am 11. Oktober 2010 gelangte die Beschwerdeführerin mit einem neuen Gesuch an das Bauamt der Stadt Zug. Sie wies unter anderem darauf hin, dass in der Zwischenzeit die neue Bauordnung der Stadt Zug in Kraft getreten sei, gemäss der der Waldabstand nicht mehr 15 m, sondern nur noch 12 m betrage. Das Wasserbecken, die Restaurantzone und ein Grossteil der Erholungszone würden sich ausserhalb des Waldabstandes befinden. Im 12-Meter Waldabstand würden sich noch der Erschliessungsweg, ein Teil der Beleuchtungskörper und ein Teil des Putting Green befinden. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2010 teilte die Direktion des Innern der Leiterin der Bauabteilung der Stadt Zug mit, dass man vor Ort habe feststellen müssen, dass sämtliche Bauten und Anlagen der geplanten Erholungs-

zone – auch diejenigen, die innerhalb des gesetzlichen Waldabstandes liegen würden – bereits illegal erstellt worden seien. Die Stadt Zug wurde ersucht, baupolizeilich aktiv zu werden. Mit Verfügung vom 22. November 2010 lehnte die Direktion des Innern die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ab. Der Stadtrat von Zug verweigerte mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 die baurechtliche Bewilligung für die Bauten und Anlagen, welche sich innerhalb des Waldabstandes befinden würden.

d) Aus den eingereichten Plänen ergibt sich, dass sich ein grosser Teil des Putting Green, der ganze Erschliessungsweg, fast die Hälfte der sog. Erholungszone, fünf Beleuchtungskörper für Sträucher und Bäume und vier Pollerleuchten innerhalb des Waldabstandes befinden. Die Erholungszone und der Erschliessungsweg sind mit einem Festkiesbelag versehen. Die Erholungszone ist möbliert, d.h. es finden sich hier verschiedene Sitzgruppen, Sofas, Tische und Liegemöglichkeiten, die teils mit Zelten und Sonnenschirmen «überdacht» sind. Die Erholungszone wird während der Sommermonate (wie die Restaurantzone auf der aufgeständerten Terrasse) als Gartenwirtschaft zur Bedienung der Gäste betrieben. Das 30 m² grosse Putting Green besteht aus einem grünen Kunstrasen. Während sich der Erschliessungsweg am Rand des Waldabstandes befindet, ragt die Erholungszone mit der Gartenwirtschaft zum Teil bis zu 6 m in den Waldabstand hinein.

e) Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin haben wir es hier nicht mit einer Ausnahmesituation zu tun. Die Beschwerdeführerin konnte das von ihr geplante Stadthotel, an dem auch ein gewisses öffentliches Interesse bestand, gestützt auf eine Änderung der Zonenordnung (§ 50 BO Zug: Bauzone mit speziellen Vorschriften Metallstrasse) umgehend realisieren. Im Rahmen der Baubewilligung erteilte die Direktion des Innern auch eine Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Waldabstandes, damit auf der Südseite des Hotels ein ca. 50 m² grosses Restaurant auf einer Terrasse im Freien erstellt werden konnte. Die Realisierung der übrigen Aussenanlagen entspricht einzig dem Wunsch und dem Betriebskonzept der Betreiberin, welches eine platzmässige Erweiterung des Angebots des bestehenden Restaurants und Hotels erreichen möchte. Die zusätzlichen Aussenanlagen sind für den Hotel- und Restaurantbetrieb aber grundsätzlich nicht notwendig. Mit ihnen wurde lediglich das bereits bestehende Angebot um ein zweifellos attraktives Angebot erweitert. Dies ist an sich das gute Recht der Betreiberin, soweit sich die dafür notwendigen Anlagen nicht innerhalb des Waldabstandes befinden.

f) Die Argumentation der Beschwerdeführerin, dass man es hier mit einem kleinen isolierten Stadtwald zu tun habe, der seine Waldfunktionen ohnehin nur

beschränkt wahrnehmen könne, kann das Gericht nicht teilen. Der zur Diskussion stehende Wald ist immerhin mehr als 300 m lang und bis zu 80 m breit und besteht zum Teil aus hochstämmigen Bäumen. Gerade die Tatsache, dass der Wald hier von allen Seiten von Bauten und Bauzonen umgeben ist, verlangt eine konsequente Handhabung des Waldabstandes, damit der Wald nicht den Begehrlichkeiten und Wünschen der Anstösser zum Opfer fällt. Andernfalls müsste man auch allen anderen Anstösser am Rand ihrer Liegenschaften das Recht auf die Erstellung einer Erholungszone im Waldabstand zugestehen. Die Feststellung, dass die Nutzung und Pflege des Waldes und dessen Zugänglichkeit nicht beeinträchtigt seien, mag stimmen. Nicht zutreffend ist aber die Feststellung der Beschwerdeführerin, eine erhebliche äusserliche Veränderung des Raumes und eine Beeinträchtigung der Umwelt sei nicht wahrnehmbar. Der Festkiesbelag des Erschliessungsweges, die Möblierung der Erholungszone und vor allem der Betrieb der Erholungszone als Gartenwirtschaft während mehr als sechs Monaten pro Jahr (und an bis zu 15 Stunden pro Tag) führen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Waldes (und seiner Bewohner). Die permanente Beleuchtung einzelner Bäume und die zusätzlichen Pollerleuchten sind weitere wesentliche Elemente der Waldbeeinträchtigung. Bei dem Erschliessungsweg und der Erholungszone handelt es sich zwar nicht um Hochbauten. Zu beachten ist aber, dass sie eine hohe Nutzungsintensität durch die Hotelgäste im Waldabstandsbereich erlauben, der wegen seiner wichtigen ökologischen Funktion von Bundesrechts wegen besonderen Schutz genießt. Gänzlich ausgeblendet wird von der Beschwerdeführerin auch die Tatsache, dass dem Waldabstand auch eine Sicherungsfunktion gegenüber den Anstössern zukommt. Unter diesem Aspekt ist nämlich zu berücksichtigen, dass gerade während der Sommermonate mit Stürmen und plötzlich auftretenden heftigen Gewittern zu rechnen ist, so dass durch umstürzende Bäume oder abgebrochene Äste in der Erholungszone Gäste oder Angestellte zu Schaden kommen könnten. Soweit die Beschwerdeführerin darauf hinweisen lässt, dass gerade Erholungszone wie Rastplätze, Feuerstellen, Sport- und Lehrpfade, Parkplätze sowie standortgebundene Strassen und Wege und dergleichen aber auch Kleinbauten als Ausnahme bewilligt werden könnten, so ist sie daran zu erinnern, dass diese Anlagen im Wald oder im Waldabstand nur als Ausnahme bewilligt werden können, wenn sie in vollem Umfang der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Nur unter dieser Bedingung sind sie bewilligungsfähig. Dies ist hier gerade nicht der Fall, denn die Erholungszone steht ausschliesslich den Gästen und Besuchern des Hotels O. zur Verfügung.

g) Zu beachten ist auch, dass die bereits illegal erstellten Bauten und Anlagen auch ausserhalb des Waldabstandes erstellt und betrieben werden können. Der Weg mit dem Festkiesbelag kann problemlos hinter die Waldabstandslinie zurück

verlegt werden, ohne dass dadurch die Hotelfassade ernsthaft «behelligt» würde (lediglich im Bereich der südlichen Ecke der Terrasse würde der Weg in bescheidenem Ausmass die Waldabstandslinie überschreiten). Soweit der knapp zwei Meter breite Weg überhaupt eine Funktion als Feuerwehrezufahrt haben kann, wäre diese auch durch die Verlegung in keiner Weise beeinträchtigt. Feuerwehrfahrzeuge sind ohnehin viel breiter und benötigen eine Fahrbahnbreite von bis zu 3.80 Meter, d.h. sie werden so oder so die Wiese befahren müssen, wenn sie auf die Ostseite des Hotels gelangen wollen. Die Erholungszone könnte ohne Weiteres in nordöstlicher Richtung vergrössert und hinter die Waldabstandslinie verschoben werden, ohne dass die Hotelgäste durch den Lärm in relevant höherem Mass beeinträchtigt wären, als dies beim heutigen Standort der Fall ist. Was das Putting-Green betrifft, so muss bestritten werden, dass an diesem knapp 30 m² grossen Kunstrasen-Viereck irgendein öffentliches Interesse besteht.

h) Die Beschwerdeführerin lässt darauf hinweisen, dass die hier zur Diskussion stehenden Anlagen den Wald in viel geringerem Ausmass gefährden würden, als dies bei den früheren Bauten (Boccia-Anlage mit Halle, Wohnbaracken) der Fall gewesen sei. Die Tatsache, dass es sich bei den neuen Bauten um Ersatzanlagen handeln würde, sei bei der Beurteilung der Ausnahmesituation und der Bestandesgarantie zu berücksichtigen. Wir haben es hier nicht mit einem Fall von Bestandesgarantie im Sinne des PBG zu tun. Für den Neubau des Hotels wurden der Zonenplan und die Bauordnung der Stadt Zug geändert. Das Hotel wurde zonenkonform erstellt und musste zu keiner Zeit die Regelung für die Bestandesgarantie gemäss § 72 PBG in Anspruch nehmen. Aus der Tatsache, dass am heutigen Standort der umstrittenen Aussenanlagen früher Hochbauten standen, die den Waldabstand verletzten, kann kein Recht auf eine weiterbestehende Verletzung des Waldabstandes abgeleitet werden.

i) Bezüglich Interessenabwägung ist festzuhalten, dass in der Stadt Zug zweifellos ein öffentliches Interesse an einem weiteren zeitgemässen Hotelbetrieb besteht. An der Erweiterung dieses Hotel- und Restaurantbetriebes durch eine sich teilweise im Waldabstand befindliche Lounge hingegen besteht kein öffentliches Interesse. An der Erweiterung des bestehenden Erholungs- und Verpflegungsangebots sind im Wesentlichen die Eigentümerin und die Betreiberin des Hotels O. und deren Gäste interessiert. Würde man der Erweiterung der Gartenwirtschaft hier ein relevantes öffentliches Interesse zubilligen, so müsste man auch anderen Gartenwirtschaften in einer ähnlichen Konstellation eine Unterschreitung des Waldabstandes erlauben. Das erhebliche öffentliche Interesse am Waldabstand manifestiert sich aber in der Tatsache, dass dieser in einem formellen Gesetz festgelegt wurde. Die Einhaltung des Waldabstandes muss die Regel,

die Unterschreitung die Ausnahme bleiben. Es ist nicht Sache dieses Verfahrens darüber zu befinden, ob die Praxis der Direktion des Innern bezüglich der Erteilung von Ausnahmegewilligungen zur Unterschreitung des Waldabstandes in den letzten Jahren restriktiver geworden ist. Gerade der vorliegende Fall zeigt deutlich, dass von Seiten der Direktion des Innern sehr wohl Verständnis für die Anliegen der Bauherrschaft bestanden hat, hat sie doch im Rahmen der Baubewilligung für das Hotel einer Unterschreitung des Waldabstandes durch die hölzerne Aussen-terrasse auf einer Länge von sieben Metern und einer Tiefe von 3.50 Meter ihre Zustimmung erteilt (damals noch unter der Herrschaft der 15 m-Abstandsregel). Zu beachten ist auch, dass sich mit dem Inkrafttreten der neuen Bauordnung der Stadt Zug per 1. September 2010 nochmals Wesentliches geändert hat. Auch in der Stadt Zug gilt jetzt ein Waldabstand von nur noch 12 Metern. Dieser gegenüber anderen Kantonen sehr kleine Waldabstand darf nur in wirklichen Ausnahmefällen unterschritten werden. Eine solche Ausnahmesituation liegt hier offensichtlich nicht vor.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. November 2011

V 2011 / 11

Art. 24c RPG – Bestandesgarantie für nichtforstliche Bauten im Wald. Die Bestandesgarantie gemäss Art. 24c RPG findet auf nichtforstliche Kleinbauten im Wald keine Anwendung. Die Forderung nach einem Rückbau der illegal erstellten Ausbauten verstösst in diesem Fall nicht gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip.

Aus dem Sachverhalt:

A. Die Korporation X. ist Eigentümerin des Grundstücks GS-Nr. 000 in der Gemeinde X.. Auf einem Teil dieses Grundstücks wurde 1967 eine Hütte erstellt, welche damals am Rand des Waldes lag. Heute befindet sich die Hütte im Waldgebiet. Im Sommer 2009 teilte die Korporation X. der Gemeinde mit, dass bei der Waldhütte Bautätigkeiten vorgenommen worden seien. Die von A. B. vorgenommenen Arbeiten umfassten einen Terrassenanbau vor der Südwestfassade, den Einbau neuer, grösserer Fenster sowie eine Erhöhung des Raumes im Obergeschoss. Am 9. Juni 2010 verlangte die Gemeinde die Einreichung eines ordentlichen Baugesuchs. Am 22. September 2010 wurde das Gesuch über die Korporation X. der Gemeinde eingereicht, wobei die Korporation die Unterlagen nicht unterzeichnete und der Gemeinde mitteilte, man stelle sich gegen eine nachträgliche Bewilligung. Am 6. April 2011 fand ein Augenschein statt. Bei der Besprechung vor Ort wurde festgehalten, dass das Gebäude ursprünglich im Landwirtschaftsgebiet erstellt worden sei. Erst später sei das Gebiet zu Wald erklärt

worden. Das Gebäude sei somit rechtmässig erstellt worden. Mit Schreiben vom 30. Mai 2011 ersuchte die Bauabteilung der Gemeinde X. die Direktion des Innern um Zustimmung zur Ausnahmegewilligung für die an der Waldhütte vorgenommenen Umbauten und Erweiterungen mit dem Argument, die Gemeinde erachte die verschiedenen baulichen Anpassungen im Sinne der Bestandesgarantie als angemessen, insbesondere da das Gebäude ursprünglich auf Landwirtschaftsgebiet rechtmässig erstellt worden sei. Mit Verfügung vom 11. Juli 2011 erteilte die Direktion des Innern in Ziffer 1 die Zustimmung für den Umbau und die Erweiterung der Waldhütte bezüglich der Fenstervergrösserungen, versagte indessen in Ziffer 2 die Zustimmung für eine Ausnahmegewilligung bezüglich der vorgenommenen Dacherrhöhung im Obergeschoss und bezüglich des Terrassenanbaus. Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, bei der Waldhütte und den zu prüfenden Umbauten und Erweiterungen handle es sich um nichtforstliche Bauten, da sie weder der Waldbewirtschaftung dienten noch zum Schutz vor Naturereignissen notwendig seien. Infolge des Terrassenanbaus könne man die Hütte nicht mehr als Kleinbaute bezeichnen, weshalb das Bauvorhaben einer Rodungsbewilligung bedürfe. Diese könne aufgrund der fehlenden Voraussetzungen indessen nicht erteilt werden. Mit Blick auf die Bestandesgarantie argumentierte die Direktion des Innern, diese bewirke einzig, dass die im Wald eigentlich zonenfremde Waldhütte im bisherigen Umfang bestehen bleiben und unterhalten werden dürfe. Erleichterte Bewilligungsvoraussetzungen für Umbauten und Erweiterungen könnten daraus nicht abgeleitet werden. Insbesondere falle die Voraussetzung des öffentlichen Interesses dadurch nicht weg. Lasse man den Terrassenanbau weg, weise die umgebaute Waldhütte eine Grundfläche von 19 m² auf, womit es sich um eine nichtforstliche Kleinbaute handle. Massgebende Gesetzesgrundlage zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung sei Art. 14 Abs. 2 WaV in Verbindung mit Art. 24 RPG. Entgegen der Ansicht der Bauherrschaft sei Art. 24c RPG nicht anwendbar. Diese Bestimmung, welche eine erleichterte Bewilligung für massvolle Erweiterungen vorsehe, werde im Wald nicht angewendet. Gestützt auf die Verfügung der Direktion des Innern vom 11. Juli 2011 verfügte der Gemeinderat X. am 2. August 2011, die Dacherrhöhung und der Terrassenanbau bei der Waldhütte seien bis anfangs 2012 zurückzubauen.

B. Gegen diese beiden Verfügungen reicht A. B. am 4. August 2011 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragte, die Direktion des Innern sei anzuweisen, die erforderliche Ausnahmegewilligung für die Dacherrhöhung im Obergeschoss und den Terrassenanbau zu erteilen, eventualiter sei in Bezug auf den Terrassenanbau die Ausnahmegewilligung teilweise (6 m²) zu erteilen, ferner sei die Verfügung des Gemeinderates vom 2. August 2011 aufzuheben, alles unter Kostenfolgen. In seiner Vernehmlassung vom 3. Oktober 2011 stellt sich der Gemeinderat

X. auf den Standpunkt, dass es durchaus Gründe für die Erteilung einer kantonalen Ausnahmegewilligung geben würde. Der Umfang der am Gebäude vorgenommenen baulichen Anpassungen und Änderungen sei im Sinne der Bestandesgarantie nach wie vor als angemessen zu bezeichnen. Mit Vernehmlassung vom 5. Oktober 2011 beantragt die Direktion des Innern, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 4. August 2011 sei abzuweisen unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Ergänzend zu den Begründungen in der Verfügung vom 11. Juli 2011 führt sie aus, auch bei der Terrasse handle es sich klar um eine Baute und Anlage im Sinne der Zuger Baugesetzgebung. In rechtlicher Hinsicht sei entscheidend, dass eine nicht-forstliche Kleinbaute im Wald nur gestützt auf § 6 Abs. 2 EG Waldgesetz bewilligt werden könne. Darin werde unter anderem vorausgesetzt, dass an der Baute ein öffentliches Interesse bestehen müsse. Diese Voraussetzung sei hier nicht erfüllt. Auf weitere Vorbringen ist, sofern nötig, im Rahmen der Erwägungen einzugehen.

Aus den Erwägungen:

...

2. Strittig und zu klären ist die Frage, ob bei der Waldhütte die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung in Bezug auf den Terrassenanbau und die Dacherrhöhung vorliegen. Bei einer negativen Antwort ist sodann zu klären, ob ein Rückbau im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips verlangt werden kann. Vorab ist der Frage des anwendbaren Rechts nachzugehen.

2.1 Bei der Waldhütte handelt es sich heute unbestrittenermassen um eine Baute im Wald. Artikel 18 Abs. 3 RPG bestimmt, dass das Waldareal durch die Forstgesetzgebung umschrieben und geschützt wird. Mit dieser Norm werden insbesondere die Bestimmung des Waldgebietes und die Zulässigkeit von Rodungen der Waldgesetzgebung vorbehalten. Dies bedeutet indessen nicht, dass der Wald dem Geltungsbereich des Raumplanungsrechts entzogen ist. Das RPG ist im Wald anwendbar, soweit die Waldgesetzgebung dies zulässt (vgl. Rausch / Marti / Griffel, Umweltrecht, Zürich 2004, Rz. 463). Das Zusammenspiel von Waldgesetz und Raumplanungsgesetz kommt vor allem bei der Erteilung von Baubewilligungen zum Tragen. Während aufgrund der Waldgesetzgebung im Wald zunächst ein generelles Bauverbot gilt, bestimmt sich die ausnahmsweise Zulassung von Bauten im Wald nicht alleine aufgrund des Waldgesetzes, sondern es sind die Bestimmungen des RPG und anderer Regelungen, etwa des kantonalen Baurechts, zu berücksichtigen (vgl. mit der Koordinationsbestimmung von Art. 11 Abs. 2 WaG; Rausch, a.a.O., Rz. 470). Je nach Zweck, Art und Umfang eines Bauvorhabens im Wald ergibt sich somit ein abgestuftes System von bau- und waldrechtlichen Bewilligungen.

2.2 Bauten und Anlagen im Wald, welche nicht zonenkonform sind, das heisst nicht forstlichen Zwecken dienen, können grundsätzlich nur mit einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG verwirklicht werden (Rausch, a.a.O., Rz. 475). Dies bedeutet, dass der Zweck der Baute einen Standort im Wald erfordert (Art. 24 lit. a RPG) und dem Bau keine überwiegenden Interessen entgegenstehen dürfen (Art. 24 lit. b RPG). Handelt es sich beim Bauvorhaben um eine grössere Baute oder Anlage bedarf sie zudem einer Rodungsbewilligung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 WaG. Ein Teil der in dieser Bestimmung enthaltenen Voraussetzungen zur Erteilung einer Rodungsbewilligung deckt sich inhaltlich mit den Voraussetzungen von Art. 24 RPG (Rausch, a.a.O., Rz. 475). Zusätzlich wird verlangt, dass wichtige Gründe vorliegen, welche das Interesse an der Walderhaltung überwiegen (Art. 5 Abs. 2 WaG). Ferner darf die Rodung zu keiner erheblichen Gefährdung der Umwelt führen (Art. 5 Abs. 2 lit. c WaG), und es ist dem Natur- und Heimatschutz Rechnung zu tragen (Art. 5 Abs. 4 WaG). Die baurechtliche Bewilligung darf in diesem Fall ausserdem nur im Einvernehmen mit der Rodungsbehörde erteilt werden (Art. 11 Abs. 2 WaG). Zuständige Behörde im Kanton Zug ist die Direktion des Innern (§ 29 lit. b des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über den Wald vom 17. Dezember 1998, EG Waldgesetz, BGS 931.1). Handelt es sich beim Bauvorhaben dagegen um eine nichtforstliche Kleinbaute oder Kleinanlage ist zwar immer noch eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG erforderlich, doch braucht es hierfür keine Rodungsbewilligung, da die Beanspruchung des Waldbodens für Kleinbauten und Kleinanlagen nicht als Rodung gilt (Art. 4 lit. a der Verordnung über den Wald vom 30. November 1992, WaV, SR 921.01). Gleichwohl dürfen auch solche Ausnahmebewilligungen nur in Einvernahme mit der kantonalen Forstbehörde erteilt werden (Art. 14 Abs. 2 WaV). Zuständig hierfür ist im Kanton Zug die Direktion des Innern (§ 29 lit. d EG Waldgesetz). Sie stimmt solchen nichtforstlichen Kleinbauten und -anlagen nur zu, wenn daran ein öffentliches Interesse besteht und sie sowohl bei der Errichtung als auch bei der Benützung mit dem Wald als naturnahe Lebensgemeinschaft vereinbar sind (§ 6 Abs. 2 EG Waldgesetz).

2.3 Die Direktion des Innern stuft die Waldhütte ohne den nachträglich erfolgten Terrassenanbau als nichtforstliche Kleinbaute im Sinne der Waldgesetzgebung ein. Auch die Beschwerdeführerin stellt sich in ihrer Eingabe auf diesen Standpunkt, wobei aus ihrer Argumentation geschlossen werden muss, dass sie die Hütte mit angebauter Terrasse ebenfalls als Kleinbaute taxiert. Für die Direktion des Innern ist hingegen klar, dass sich infolge des Terrassenanbaus die beanspruchte Waldfläche von 19 m² auf 37,97 m² erhöht habe und bei diesen Ausmassen nicht mehr von einer Kleinbaute gesprochen werden könne. Nach der von den Behörden des Kantons Zug angewendeten Praxis könne man ab einer Fläche von 25 m² jedenfalls nicht mehr von einer Kleinbaute im walddrechtlichen Sinne

ausgehen, argumentiert sie. Dieser Ansicht ist beizupflichten, zumal sie im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht, wonach bei der Beurteilung, ob es sich bei einer Baute um eine nichtforstliche Kleinbaute im Wald handle, in erster Linie ihre flächenmässige Ausdehnung zu beurteilen sei. Weise eine Baute eine derartige Grösse auf, dass von einer punktuellen oder unbedeutenden Beanspruchung des Waldbodens nicht mehr gesprochen werden könne, lasse sie sich nicht unter den walddrechtlichen Begriff der Kleinbaute subsumieren (BGer 1A.32/2004 vom 30. September 2004, Erw. 3.1.3). Im Lichte dieser Rechtsprechung ist auch die Praxis der Zuger Behörden nicht zu beanstanden, wonach bei einer beanspruchten Waldfläche von mehr als 25 m² grundsätzlich nicht mehr von einer Kleinbaute auszugehen ist. Damit ist klar, dass im vorliegenden Fall, wo 37 m² des Waldbodens beansprucht werden, bei weitem nicht mehr von einer Kleinbaute gesprochen werden kann. Was die Beschwerdeführerin demgegenüber vorbringt, erweist sich als unrichtig bzw. vermag nicht zu überzeugen. Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, bei der Terrasse handle es sich nicht um eine eigentliche Baute, hat die Direktion des Innern ihr zu Recht die Definition einer Baute in § 1 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 19. November 1999 (V PBG, BGS 721.111) entgegengehalten. Gemäss § 1 Abs. 2 V PBG sind alle über dem Boden errichteten Anlagen, einschliesslich etwa Anbauten, Terrainveränderungen und Fahrnisbauten, als Bauten zu qualifizieren. Der Terrassenanbau gilt somit ganz klar als eine Baute im Sinne des Gesetzes. Die Beschwerdeführerin argumentiert weiter, dass die Terrasse frei über dem Boden auf zwei Stützen liege. Sie berühre damit den Waldboden kaum und stelle keine Beeinträchtigung des Bodens dar. Soweit die Beschwerdeführerin damit erreichen will, dass die Terrassenfläche von knapp 19 m² nicht an die bestehende Grundfläche der Hütte anzurechnen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Auf den in den Akten vorhandenen Aufnahmen der umgebauten Hütte ist zwar zu sehen, dass die Terrasse auf drei Zementrohrstützen aufliegt und der Boden somit nur punktuell berührt wird. Doch der Schluss, dass dadurch der ursprüngliche Boden nicht beeinträchtigt werde, ist offensichtlich falsch, was die Aufnahmen ebenfalls deutlich zeigen. Während auf den Bildern nämlich im Hangbereich vor der Terrasse üppiger Farnwuchs festzustellen ist, ist die Vegetation im unterhalb der Terrasse neu entstandenen Hohlraum infolge des fehlenden Tageslichts weitgehend verschwunden. Gleichzeitig verwenden die Nutzer der Hütte den hinzugewonnenen Raum unter der Terrasse ganz eindeutig neu für private Lagerzwecke. Damit hat die Beschwerdeführerin mittels eines Bauvorhabens in die natürliche Entwicklung von Waldboden – auch nicht bestockte Flächen im Wald gelten forstrechtlich als Wald (Jaissle, Der dynamische Waldbegriff und die Raumplanung, Zürich 1994, S. 81; Art. 2 Abs. 2 lit. b WaG) – eingegriffen und ihn dadurch gleich mehrfach für nichtforstliche Zwecke beansprucht. Nach dem Gesagten ist die Terrassenfläche an die bestehende

Grundfläche der Hütte anzurechnen, und es ist festzuhalten, dass sie nach dem Umbau 37,97 m² der Waldbodenfläche beansprucht. Da die Waldhütte unbestritten massen und offenkundig zu keiner Zeit forstlichen, sondern immer nur privaten Zwecken gedient hat, ergibt sich als erstes Zwischenergebnis, dass die Waldhütte vor dem Umbau im Jahr 2009 als nichtforstliche Kleinbaute einzustufen ist und infolge des Terrassenanbaus nunmehr als grössere Baute im Sinne der Waldgesetzgebung gilt.

2.4 Die Beschwerdeführerin will Art. 24c RPG auf den vorliegenden Fall angewendet haben. Die Bestimmung besagt in ihrem ersten Absatz, dass bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt werden. Im zweiten Absatz wird festgehalten, dass solche Bauten und Anlagen mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, und dass in jedem Fall die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten bleibe. Die Direktion des Innern lehnt die Anwendung dieser Bestimmung mit dem Argument ab, die erweiterte Bestandesgarantie bzw. die erleichterte Ausnahmegewilligung von Art. 24c RPG sei Gegenstand des Raumplanungsgesetzes. Sie finde keine analoge Anwendung auf das Waldgesetz. Sie verweist dabei auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn (VWBES.2006.371 SO vom 23. Januar 2007, Erw. 7). Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber unter anderem geltend, dass der Solothurner Entscheid von einem anderen Sachverhalt ausgegangen sei. Dort sei es nicht um eine nichtforstliche Kleinbaute gegangen, sondern um eine illegale Umnutzung einer Baute im Wald, die einer Rodungsbewilligung bedurft hätte. Dieses Argument ist nicht zu hören. Entscheidend am Solothurner Urteil ist die Feststellung in Erwägung 7, wonach das Waldgesetz ganz allgemein keine besonderen Bestandes- oder Erweiterungsgarantien für Bauten und Anlagen auf dem Waldboden wie in Art. 24c RPG kenne. Dieser auch in der Literatur vertretenen Ansicht (vgl. Rausch, a.a.O., Rz. 477; Jaissle, a.a.O., S. 132 f.) kann sich das Verwaltungsgericht Zug ohne Weiteres anschliessen. Es kann nicht darauf ankommen, ob es sich um die Umnutzung einer forstlich genutzten, grösseren Baute (wie in Solothurn) oder um die Erweiterung einer nichtforstlichen Kleinbaute handelt (wie hier). Ausschlaggebend ist, dass es sich in beiden Fällen um Bauvorhaben an Bauten handelt, welche sich im Wald befinden und die damit grundsätzlich der Forstgesetzgebung unterstehen. Es ist somit als weiteres Zwischenergebnis festzustellen, dass Art. 24c RPG bei Bauten im Wald nicht anzuwenden ist, womit sich ergibt, dass sich die Beschwerdeführerin mit Blick auf die Erweiterungs- und Umbauten bei der Waldhütte auf keinen erweiterten Bestandesschutz berufen kann.

2.5 Gemäss § 69 Abs. 1 lit. a PBG i.V.m. § 6 Abs. 3 EG Waldgesetz kann der Gemeinderat die Beseitigung von Bauten und Anlagen im Wald anordnen, wenn für Bauarbeiten keine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt. Eine derartige Massnahme hat indessen vor dem im öffentlichen Recht verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101) standzuhalten. So kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt (BGE 132 II 21 E. 6; 108 Ia 216 E. 4; zum Ganzen: Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 151 ff.).

3. Nachfolgend ist die Rechtmässigkeit des Terrassenanbaus bei der Waldhütte «Stampf» zu prüfen. Sollte sich die Terrasse als nicht bewilligungsfähig erweisen, ist auf die Frage ihres Rückbaus einzugehen.

3.1 Die Direktion des Innern hat in der angefochtenen Verfügung festgestellt, dass der Terrassenanbau einer Rodungsbewilligung bedurft hätte. Diese Feststellung ist, wie aus den bisherigen Überlegungen deutlich hervorgeht (vgl. Erw. 2.2 und Erw. 2.3) zu Recht erfolgt. Die Direktion des Innern hat sodann die gesetzlichen Voraussetzungen für die Rodungsbewilligung nach Art. 5 Abs. 2 WaG geprüft und ist dabei zum Schluss gekommen, dass diese nicht erfüllt seien, so dass eine Rodungsbewilligung auch im Nachhinein nicht erteilt werden könne. Dabei hielt sie fest, die erweiterte Waldhütte sei weder auf einen Standort im Wald angewiesen noch würden überwiegende Gründe dafür bestehen, wodurch das Interesse an der Walderhaltung hinter das Interesse an der Rodung zurückstehen müsste. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Eingabe keine Argumente nur mit Blick auf die Bewilligungsfähigkeit des Terrassenanbaus vorgebracht. Allgemein führt sie in diesem Zusammenhang an, dass das Dach beschädigt gewesen sei und dass man dieses teilweise habe ersetzen müssen. Man habe aber nicht die Absicht gehabt, besser benutzbaren Wohnraum zu schaffen. Abgesehen davon, dass dieses letzte Argument für das Gericht nur schwer nachzuvollziehen ist, sind die Erklärungen der Beschwerdeführerin lediglich dazu geeignet, dem Gericht ihr privates Interesse an einem Umbau und einer Bauerweiterung plausibel zu machen. Weshalb indessen dieses Interesse höher zu gewichten sei als das öffentliche Interesse an der Walderhaltung, erklärt sie in ihrer Beschwerde nicht. Auch in Bezug auf die Frage der Standortgebundenheit der erweiterten Waldhütte ist der Eingabe der Beschwerdeführerin kein verwertbares Argument zu entnehmen. Für das Gericht steht hingegen fest, dass die erweiterte Waldhütte, welche ausschliesslich privaten Erholungszwecken dient, nicht auf den Standort im Wald angewiesen ist. Genauso wie in dieser Waldhütte ist es auch anderswo in naturnaher Umgebung möglich, sich in

einem zonenkonform errichteten, vergleichbar kleinen Bau mit einem vergleichbar grossen Terrassenanbau dem Freizeitvergnügen hinzugeben und sich zu erholen. Dass der private Erholungswunsch einer Familie nicht dem öffentlichen Interesse an der Walderhaltung übergeordnet werden kann, steht für das Gericht so oder so ausser Frage. Damit ist der Direktion des Innern zu folgen und als weiteres Zwischenergebnis festzuhalten, dass nachträglich keine Rodungsbewilligung für den erweiterten Umbau der Waldhütte mit Terrasse und damit auch nachträglich keine Baubewilligung für die Terrasse erteilt werden können.

3.2 Die Direktion des Innern ist der Ansicht, ein Rückbau der Terrasse halte auch vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip stand. Durch die erhebliche Erweiterung der Grundfläche der Hütte sei die Abweichung vom Erlaubten nicht mehr gering oder unbedeutend zu nennen, zumal die Nutzbarkeit und die Attraktivität der Waldhütte dadurch erhöht würden. Gerade bei einem Rückbau der Terrasse sei nicht mit einem grossen Schaden seitens der Bauherrschaft zu rechnen, wohingegen das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gerade bei Umbauten und Erweiterungen an Bauten im Wald erheblich sei, dies aus Gründen der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit und da ein generelles Bauverbot im Wald bestehe. Der Gemeinderat X. bestreitet in seiner Vernehmlassung, dass durch die Terrasse eine ersichtliche Beeinträchtigung des Waldes hinsichtlich einer allfälligen Mehrnutzung und einer räumlichen Ausdehnung vorliege. Er gibt dabei zu bedenken, dass die Verwaltung am vorliegenden Ort schleichend erfolgt sei und dass damit den Interessen des Waldes doch sicherlich schon viel mehr Gewicht eingeräumt worden sei. Die Beschwerdeführerin bestreitet zunächst in Bezug auf sämtliche Um- und Erweiterungsbauten, dass sie eine Erhöhung der Nutzungsintensität bewirken würden. Jedenfalls sei die höhere Nutzbarkeit in keiner Weise belegt. Betreffend die Terrasse argumentiert sie, dass der Vorplatz seit jeher als Sitz- und Aufenthaltsbereich genutzt worden sei und daher nicht verwaldet sei wie das Umgelände. Sollte sie zurückgebaut werden müssen, so sei sie wohl auf eine Fläche von 6 m² zu reduzieren. Dazu ist Folgendes zu sagen: Das Argument des Gemeinderates, wonach durch die räumliche Ausdehnung der Terrasse keine Beeinträchtigung des Waldes gegeben sei, wurde schon zuvor behandelt. Es ist nicht korrekt (vgl. Erw. 2.3). Soweit der Gemeinderat auf die Entstehungsgeschichte des Waldes verweist und damit ein geringeres öffentliches Interesse an der Walderhaltung am gegebenen Ort unterstellt, ist er nicht zu hören. In der Waldgesetzgebung wird keine Zweiteilung des Waldgebietes vorgenommen, wonach neu verwaldete Gebiete weniger schützenswert seien als Gebiete, welche seit je her Wald waren. Im schweizerischen Recht gilt mithin ein dynamischer Waldbegriff, mit der Konsequenz, dass sobald eine Fläche Wald ist und Waldfunktionen erfüllen kann, sie der Waldgesetzgebung unterworfen ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 WaG; zum Ganzen: Jaissle, S. 96 ff.). Damit ist

festzustellen, dass unabhängig von seiner Entstehung jeder Wald – und damit auch das Waldgebiet, in dem die Waldhütte liegt – grundsätzlich den gleichen Schutzziele von Art. 1 WaG unterworfen ist. Im Weiteren ist es mit Blick auf die zwischen den Parteien strittige Frage der erhöhten Nutzbarkeit für das Gericht kaum nachvollziehbar, dass eine 19 m² grosse Terrasse nicht zu einer erhöhten Nutzung der Waldhütte führen wird, wie die Beschwerdeführerin behauptet. Auf in den Akten vorhandenen Aufnahmen, welche den Zustand der Waldhütte vor dem Umbau dokumentieren, ist ersichtlich, dass es vor der Hütte – an der Südwestfassade – eine schmale durch ein bis zwei Holzbretter geschaffene horizontale Fläche gab, auf der gerade mal genügend Platz für eine Art Werkbank vorhanden war. Im maximal 50 cm hohen Raum zwischen den Brettern und dem Boden wurde entlang der Südwestfassade Brennholz gelagert. Unmittelbar davor ist auf der Aufnahme stark abschüssiges Gelände zu erkennen, eine Beobachtung, die sich auch anhand der von der Bauherrschaft eingereichten Baupläne nachprüfen lässt. Dort ist zu sehen, dass das flache Gelände vor der Südwestfassade zirka 1 Meter breit ist. Schliesslich geht aus der älteren Aufnahme hervor, dass sich die Eingangstüre zur Hütte nicht an der Vorderfront, das heisst nicht an der Südwestfassade, befunden hat. Auf den Aufnahmen, welche die Situation nach dem Umbau zeigen, ist dagegen zu sehen, dass auf der neu hinzugewonnenen horizontalen Terrassenfläche ein zirka 2 Meter langer Tisch samt Bänken locker Platz finden. Nach einer vorsichtigen Einschätzung könnten wohl nochmals zwei bis drei solcher Tische mit Bänken auf der Terrasse platziert werden, ohne dass sich die Besucher dabei in die Quere kämen. Die Möglichkeit von privat organisierten Waldfesten mit 20 bis 30 Personen rückt damit in greifbare Nähe. Weiter ist auf der neueren Aufnahme erkennbar, dass sich der Stauraum für das Brennholz gegenüber früher sowohl in der Höhe wie auch in der Tiefe deutlich vergrössert hat und dass zusätzlich Lagerraum für Gerätschaften entstanden ist. Die auf dem Bild erkennbare Garette nimmt in der Breite etwas weniger als die Hälfte des noch verfügbaren Raumes ein. Schliesslich ist auf den eingereichten Bauplänen zu sehen, dass die Waldhütte neu über die Terrasse erschlossen wird. Eines der neuen Fenster in der Südwestfassade lässt sich offenbar als Türe verwenden und eine weitere Eingangstüre ist auf den Bauplänen nicht verzeichnet. Dies bedeutet, dass die Nutzer gegenüber früher direkt vom Wohnraum und der Küche aus in das nicht bestockte Vorgelände der Waldhütte gelangen können und nicht mehr um die Hütte herumlaufen müssen wie früher. Dies festgestellt, liegt es gewissermassen auf der Hand, dass die Waldhütte aufgrund des Terrassenanbaus mehr genutzt werden dürfte, womit in Zukunft gegenüber der Zeit vor 2009 wesentlich mehr negative Auswirkungen auf das betreffende Waldgebiet zu erwarten sind. Angesichts der überaus grosszügigen Terrasse mit ihrer attraktiven Erschliessung und den erweiterten Lagermöglichkeiten für Holz und Gerätschaften ist somit zweierlei festzuhalten: Die Abweichung vom Erlaubten ist markant überschritten und auf-

grund der dadurch deutlich gesteigerten Attraktivität der Hütte ist das öffentliche Interesse an einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als sehr hoch zu veranschlagen. Mit den Kosten eines Rückbaus hat sich die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe nicht befasst. Die Direktion des Innern meint, dass sie gemessen am öffentlichen Interesse eines Rückbaus vertretbar seien. Angesichts der im Bauseuch angegebenen Projektkosten von gesamthaft 20'000.– Franken kann sich das Gericht dieser Ansicht ohne Weiteres anschliessen. Damit erweist sich der Rückbau der Terrasse insgesamt als verhältnismässig. Die Anordnung des Rückbaus durch den Beschwerdegegner 1 ist somit zu Recht erfolgt.

4. Weiter ist die Rechtmässigkeit der Dachanhebung im Obergeschoss zu prüfen. Sollte sich die bauliche Erweiterung als nicht bewilligungsfähig erweisen, ist wie zuvor auf die Frage ihres Rückbaus einzugehen. Vorab ist festzuhalten, dass für die Waldhütte ohne Terrassenanbau und ohne erhöhtes Dachgeschoss die Bestandesgarantie als Ausfluss der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) gilt, wie dies bereits die Direktion des Innern richtigerweise festgestellt hat. Es kann hier vollumfänglich auf ihre Ausführungen verwiesen werden. Weiter gilt, dass die Waldhütte ohne Terrassenanbau waldderechtlich als nichtforstliche Kleinbaute zu taxieren ist. Auch dies hat die Direktion des Innern in ihrer Verfügung vom 11. Juli 2011 korrekt erkannt und daraus zu Recht abgeleitet, dass für die Beurteilung, ob eine Bewilligung zum Ausbau des Dachgeschosses erteilt werden kann, auf § 6 Abs. 2 EG Waldgesetz abzustellen ist (vgl. Erw. 2.2).

4.1 Die Direktion des Innern ist in ihrer Prüfung zum Schluss gelangt, dass sich durch die Erhöhung des Dachgeschosses um 1,45 Meter die anrechenbare Nutzfläche der Hütte vergrössere und ihre Attraktivität gesteigert werde. Vor dem Umbau habe man im Obergeschoss nicht stehen können. Seit dem Umbau sei dies möglich. Dies erhöhe die Nutzbarkeit der Waldhütte, weshalb mit einer intensiveren privaten Nutzung zu rechnen sei. Dies sei mit dem Wald als naturnaher Lebensgemeinschaft nicht vereinbar. Sodann sei die Erhöhung des Dachgeschosses ganz offensichtlich im privaten und damit nicht im öffentlichen Interesse erfolgt. Aus den genannten Gründen sei der Dachaufbau nicht bewilligungsfähig. Die Beschwerdeführerin bringt zusätzlich zu den bereits in Erw. 3.1 wiedergegebenen Argumenten vor, dass die Anhebung des Daches nur einseitig um 1,45 Meter erfolgt sei. Auf der Südwestseite betrage die lichte Raumhöhe des Dachgeschosses nach wie vor 1,72 Meter. Das Dachgeschoss sei auch weiterhin nur mit einer schmalen und sehr steilen Aufzugstreppe / Leiter erschlossen und biete wie schon zuvor lediglich fünf Personen Platz zum Schlafen. Die Einrichtung wie auch die Belichtung des Schlafrumes seien unverändert geblieben. Aufgrund der spartanischen Erschliessung und der knappen Belichtung sei das Dachgeschoss für

gar nichts anderes geeignet als für die Aufrechterhaltung der fünf Schlafplätze. Hätte der Sohn der Beschwerdeführerin das obere Geschoss in seiner Nutzung intensivieren wollen, so hätte die Treppe ersetzt werden und das Geschoss einfacher zugänglich gemacht werden müssen. Aufgrund der engen Platzverhältnisse habe er den Raum im unteren Geschoss nicht weiter reduzieren wollen. Im Gegensatz zum Vorbesitzer benütze man die Waldhütte heute im Übrigen nur noch an 20 bis 30 Tagen pro Jahr. Sofern die Beschwerdeführerin mit dieser letzten Angabe sagen will, dass auch nach den erfolgten Um- und Erweiterungsbauten mit einer Benützung der Hütte an 20 bis 30 Tagen pro Jahr wie bisher zu rechnen sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Es erscheint dem Gericht nicht logisch, dass ein Bauherr, der nicht Eigentümer einer Baute ist, zirka 20'000.– Franken und wohl auch die eigene Arbeitskraft in ein Umbauprojekt investiert, bloss um sie danach in gleichbleibend tiefer Frequenz zu nutzen. Das ganze Projekt – und dabei insbesondere die Erhöhung des Dachgeschosses – dient nachvollziehbar in erster Linie der Komforterhöhung angesichts der, wie die Beschwerdeführerin selber sagt, spartanischen und beengten Zuständen in der Hütte. Es braucht nicht viel Phantasie, um sich vorzustellen, dass sich aufgrund des verbesserten Innenkomforts mehr Personen an mehr Tagen in der Hütte und in ihrer unmittelbaren Umgebung aufhalten dürften als bisher. Ein Blick auf die Baupläne zeigt im Übrigen die Richtigkeit der Feststellung der Direktion des Innern, wonach es nach der Dacherhöhung möglich sei, im Obergeschoss zu stehen, wodurch sich auch die anrechenbare Nutzfläche der Waldhütte erhöht habe. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, dass der Platz nach wie vor nur für fünf Schlafplätze geeignet sei. Doch ist es durchaus denkbar, dass im nunmehr erhöhten Raum Kajütenbetten aufgestellt werden, womit sich die Schlafkapazität erhöhen liesse. Dass die Belichtungsverhältnisse knapp seien, kann im Übrigen kein ausschlaggebendes Argument sein. Solange der Raum tatsächlich als Schlafplatz genutzt wird, spielen die Belichtungsverhältnisse während des Tages wohl keine grosse Rolle. Die Direktion des Innern hat nach dem Gesagten richtig festgestellt, dass die Dacherhöhung zu einer erhöhten Nutzung der Hütte führen wird. Dass dies mit dem strengen in der Waldgesetzgebung verankerten Ziel der Erhaltung des Waldes als naturnaher Lebensgemeinschaft kaum zu vereinbaren sein dürfte, erscheint dem Gericht ebenfalls eine richtige Schlussfolgerung der Direktion des Innern zu sein. Im Weiteren lässt sich der Eingabe der Beschwerdeführerin entnehmen, dass die Dacherhöhung und der damit erzielte Komfortgewinn ausschliesslich ihrem privaten Freizeitvergnügen dienen. Damit ist auch kein öffentliches Interesse an der Dacherhöhung auszumachen, womit als Zwischenergebnis festzuhalten ist, dass die Dacherhöhung sich insgesamt mit der Bestimmung von § 6 Abs. 2 EG Waldgesetz nicht vereinbaren lässt, womit sie zu Recht nachträglich nicht bewilligt wurde. Es bleibt zu prüfen, ob ein Rückbau der widerrechtlich erfolgten Dacherhöhung verlangt werden kann.

4.2 Die Direktion des Innern bringt vor, ein Rückbau des Daches halte auch vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip stand und begründet dies im Wesentlichen mit den gleichen Argumenten wie beim Terrassenrückbau (vgl. Erw. 3.2). Zusätzlich bringt sie vor, die Dacherhöhung führe praktisch zu einer Verdoppelung des Volumens des Obergeschosses, womit sich auch das Gesamtvolumen der Hütte erheblich vergrössert habe. Der Gemeinderat, der sich auf den Standpunkt stellt, ein Rückbau des Daches sei unverhältnismässig, erwähnt zusätzlich zu den bereits beim Terrassenrückbau verwendeten Argumenten (vgl. Erw. 3.2), es liege unter Berücksichtigung des sehr geringen Aufstockungsvolumens innerhalb der Grundrissgeometrie hier keine ersichtliche Beeinträchtigung des Waldes hinsichtlich allfälliger Mehrnutzung und räumlicher Ausdehnung vor. Die Beschwerdeführerin stützt sich in ihrer Argumentation im Wesentlichen auf Art. 24c RPG ab und kommt dabei zum Schluss, dass eine allfällige Abweichung vom Erlaubten bei der Dacherhöhung wirklich unbedeutend sei. Dazu ist Folgendes zu sagen: Dass Art. 24c RPG – entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin – im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, wurde zuvor bereits eingehend begründet (vgl. Erw. 2.4). Soweit sich der Gemeinderat in seiner Argumentation sowohl auf den Terrassen- wie auch auf den Dachrückbau bezieht, kann ausserdem vollumfänglich auf die Erwägungen beim Terrassenrückbau verwiesen werden (vgl. Erw. 3.2). Sowohl der Gemeinderat wie auch die Beschwerdeführerin sind der Meinung, dass das Aufstockungsvolumen im Dachgeschoss gering ist. Die Direktion des Innern spricht dagegen von einer Verdoppelung des Volumens. Ein Blick auf die Baupläne ergibt, dass Letzteres wohl nicht stimmen kann. Die Direktion des Innern hat sich bei dieser Überlegung wohl nur auf den oberen Dachteil konzentriert und dabei das Volumen des Raumes bis auf alter Kniestockhöhe (d.h. von vor dem Umbau von 80 cm) ausser Acht gelassen. Eine Grobberechnung anhand der Baueingaben ergibt indessen, dass das Innenvolumen des Obergeschosses vor dem Umbau rund 18,2 m³ ausgemacht haben dürfte und nach dem Umbau rund 28,9 m³ beträgt. Das ist eine Volumenausweitung von rund 10,7 m³ bzw. von über 58 %. Dies ist zwar keine Verdoppelung, doch immerhin sehr beachtlich und immer noch alles andere als eine geringe Abweichung vom Erlaubten. Auch bei der Dacherhöhung liegt ein Rückbau im öffentlichen Interesse, wie die Direktion des Innern richtig festgestellt hat. Nur über ein Rückbau des Daches kann erreicht werden, dass die Attraktivität der Hütte, welche ausschliesslich privaten Interessen dient, für ihre Benutzer auf dem bisherigen Niveau gehalten wird, womit den Interessen am Erhalt des Waldes als naturnaher Lebensgemeinschaft am zweckmässigsten Nachachtung verschafft werden kann. Da die Beschwerdeführerin auch bei einem allfälligen Dachrückbau ihren Schaden nicht erwähnt, die Projektkosten insgesamt 20'000.– Franken betrugen und die neuen, nunmehr bewilligten Fenster wohl den grössten Aufwandsposten ausgemacht haben dürften (vgl. Abschnitt A und Erw. 3.2), ist der Direktion

des Innern zu folgen, wonach der private Schaden des Dachrückbaus als vertretbar anzusehen ist. Damit erweist sich der Rückbau der Dacherhöhung insgesamt als verhältnismässig, und es ist als weiteres Ergebnis festzuhalten, dass die Rückbauverfügung durch den Beschwerdegegner 1 zu Recht erfolgt ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. November 2011

V 2011 / 115

Art. 5 Abs. 2 BV – Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss alles staatliche Handeln verhältnismässig sein, d.h. staatliche Anordnungen müssen geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Im vorliegenden Fall verstösst die Forderung nach Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht gegen das Verhältnismässigkeitsgebot (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

A. Im Juni 2010 wurde das Amt für Raumplanung des Kantons Zug (ARP) von dritter Seite über einen Umbau und eine Umnutzung des Vereinshauses des Vereins M. in A. in Kenntnis gesetzt. Auf Anfrage des ARP bei der Gemeinde A. teilte diese in der Folge mit, dass man vom Verein M. ein Baugesuch verlangt habe. Dieses ging am 11. August 2010 beim Bauamt der Gemeinde A. ein und wurde zweimal im Amtsblatt publiziert. Am 17. August 2010 stellte das Bauamt das Baugesuch dem ARP zu, welches mit Verfügung vom 14. April 2011 unter anderem Folgendes anordnete:

1. ...
2. Der Gartenwirtschaft auf der Nordseite des Vereinshauses kann nicht zugestimmt werden. Die Gemeinde A. kann dafür keine nachträgliche Baubewilligung erteilen. Es ist der Zustand vor dem Jahr 2003 wiederherzustellen... Es sind dies:
 - 2.1 Entfernen der Bodenplatten, der Feuerstelle und der Vorrichtung für das Aufstellen eines mobilen Sonnenschirmes sowie der Stützmauer.
 - 2.2 Der Platz ist fachgerecht zu renaturieren (Wiese).

Am 16. Mai 2011 eröffnete der Gemeinderat A. die Verfügung des ARP und wies gleichzeitig das Baugesuch 201036.00 (Sitzplatzgestaltung vor bestehendem Vereinshaus) ab. Weiter ordnete der Gemeinderat an, dass sämtliche Anlagen gemäss der Verfügung der ARP sinngemäss zurückzubauen und gegebenenfalls zu entsorgen seien. Für den Rückbau wurde eine Frist von 90 Tagen ab Rechtskraft des Entscheides angesetzt und für den Fall der nicht fristgerechten Ausführung

die Ersatzvornahme durch die Behörden auf Kosten des Vereins M. angedroht. Für die nachträgliche Bewilligung gemäss Ziff. 1 der Verfügung des ARP sei innert 60 Tagen ein Nachtragsbaugesuch einzureichen.

B. Gegen die beiden Verfügungen reichte der Verein M. am 20. Mai 2011 Beschwerde ein und beantragte die Aufhebung der Beschlüsse des Gemeinderates und des ARP: Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, es sei unbestritten, dass der Gemeinderat A. am 30. Juni 2009 die Bewilligung für die fragliche Sitzplatzgestaltung (Sitzplatzgestaltung mit Zementplatten, Gartencheminée) erteilt habe. Man habe sich bei der Gemeinde nach dem einzuhaltenden Verfahren erkundigt und sich auch entsprechend verhalten. Auch wenn sich nun nachträglich herausstelle, dass die Bewilligung ausserhalb des Baugebiets einer Teilbewilligung oder Zustimmung einer kantonalen Behörde bedürfe, sei eine solche von einer kommunalen Behörde erteilte Bewilligung trotzdem nur dann ungültig, wenn die Erteilung einer nachträglichen Bewilligung klar ausser Betracht falle. Zudem wäre es im Rahmen einer Beseitigungsanordnung notwendig gewesen, sich mit der Frage der Verhältnismässigkeit der Beseitigung auseinanderzusetzen, zumal die Bauherrschaft offensichtlich bei der Erstellung der Anlage guten Glaubens gewesen sei. Sie habe sich vorgängig bei der Gemeinde nach dem einzuhaltenden Verfahren erkundigt, eine Baubewilligung erhalten und sich danach gerichtet. Diese Überlegungen müssten auch dazu führen, dass eine Beseitigung der Anlage wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips unterbleiben müsse.

C. Mit Vernehmlassung vom 20. Juli 2011 beantragt der Gemeinderat die Prüfung eines Teilrückbaus auf Ausmasse, welche dem Schreiben vom 23. Juni 2009 entsprechen würden. Zur Begründung seines Antrages führt der Gemeinderat aus, der Beschwerdeführer leite aus seinem Schreiben vom 23. Juni 2009 eine Baubewilligung ab. Es handle sich jedoch bei dem besagten Schreiben um eine Betätigung der Ansicht, dass die gewünschten Veränderungen ein Ausmass haben würden, wozu es gemäss PBG keiner Bewilligung bedürfe. Diese Auslegung decke sich mit der Ansicht des Gemeinderates, womöglich bei solchen Fragen pro Vereinsleben zu handeln. Diesbezüglich hätten auch Gespräche zwischen dem Gemeinderat und dem ARP stattgefunden. Man sei nach wie vor der Meinung, dass die damals eingereichten kleinen gestalterischen Veränderungen nicht bewilligungspflichtig gewesen seien. Leider habe die Bauherrschaft damals nicht alle geplanten Anlagen erwähnt. Daraus sei auch verständlich, weshalb die Abteilung Bau/Planung der Gemeinde zu keiner Zeit die zuständige Baudirektion zur Stellungnahme eingeladen habe. Mit Vernehmlassung vom 22. Juli 2011 beantragt das ARP die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdeführers.

Aus den Erwägungen:

...

4. Der Beschwerdeführer beanstandet auch, dass sich das ARP im Rahmen der Beseitigungsanordnung nicht mit der Frage der Verhältnismässigkeit auseinandergesetzt habe. Zu beachten sei in diesem Zusammenhang auch, dass man offensichtlich gutgläubig gewesen sei, indem man sich bei der Gemeinde nach dem einzuhaltenden Verfahren erkundigt und eine Baubewilligung erhalten habe. Das ARP seinerseits führt diesbezüglich aus, wenn es die Baubewilligungsbehörde unterlassen habe, eine Zustimmung des ARP einzuholen, so könne daraus nicht nachträglich eine positive Beurteilung durch die kantonale Fachstelle hergeleitet werden, indem sich der Betroffene auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufe.

a) Beim Entscheid über die Wiederherstellung ist – wie bei allen Verwaltungshandlungen – der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, d.h. auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist zu verzichten, wenn die Abweichungen von den Bestimmungen des RPG, des PBG und von der gemeindlichen Bauordnung geringfügig sind und wenn die betroffenen öffentlichen oder privaten Interessen an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes den Schaden, welcher der Bauherrschaft durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen. Als geringfügig kann man eine Abweichung bezeichnen, wenn nur wenig von den materiellen Vorschriften abgewichen wird und diese Abweichung der Bauherrschaft nur einen geringen Nutzen bringt. Als geringfügig gelten beispielsweise kleine Verletzungen des Grenz- und/oder Gebäudeabstands, um wenige Zentimeter zu hohe Dachaufbauten, geringfügige Überschreitung der zulässigen Ausnützung usw. Zu beachten ist weiter, dass auch Gründe des Vertrauensschutzes einen Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gebieten können. Dies ist dann der Fall, wenn die Bauherrschaft gutgläubig angenommen hat, sie sei zur Ausführung der Baute ermächtigt (vgl. hierzu Fritzsche/Bösch: Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. A., Zürich 2006, Ziff. 24-9 ff. mit verschiedenen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur).

b) Die Geringfügigkeit der Abweichung fällt hier ausser Betracht, da wir es mit einem grossen und zu zwei Dritteln mit Waschbetonplatten bedeckten Sitzplatz mit einer Mauer, einer Vorrichtung für einen Sonnenschirm und Gartencheminée zu tun haben. Ein solcher Sitzplatz fällt in einer Landwirtschafts- und Landschaftsschutzzone sehr deutlich aus dem zulässigen Rahmen. Zu prüfen ist daher im Wesentlichen, was die Bauherrschaft bezüglich ihrer Gutgläubigkeit aus dem Verfahren ableiten kann. Bei ihrer Besprechung mit der Abteilung Bau/Planung und in ihrem

Schreiben vom 23. Juni 2009 hat die Bauherrschaft immer von Umgebungsarbeiten und vom Abbruch einer kleinen Mauer und von einem kleinen Sitzplatz gesprochen. Genau dies hat die Abteilung Bau/Planung auch genehmigt. Von Seiten der Bauherrschaft wurden keine Pläne und Skizzen eingereicht, obwohl auf diese gemäss § 25 V PBG in keinem Fall hätte verzichtet werden dürfen. Dieser Paragraph schreibt nämlich vor, dass auch in einer blossen Bauanzeige ein aktueller Situationsplan mit Darstellung des vermasssten Vorhabens sowie ein Beschrieb in Stichworten enthalten und vom Grundeigentümer unterzeichnet sein müsse. Bei den Akten der Gemeinde findet sich nur ein Ausdruck aus dem ZUGIS (Zuger Informationssystem des Grundbuch- und Vermessungsamtes) vom 29. Juni 2009, aus dem einzig der Schiessstand ersichtlich ist. Die geplanten Neubauten sind nicht enthalten. Hinzu kommt, dass gemäss § 44 Abs. 2 PBG die Bauanzeige auch der Baudirektion bzw. dem ARP hätte zugestellt werden müssen, was jedoch unterlassen wurde. Die Zustimmung der Gemeinde hat somit keine Gültigkeit. Hinzu kommt, dass sich die Bauherrschaft auch nicht an die Vorgaben gehalten hat, welche die Abteilung Bau/Planung der Gemeinde gemacht hat. Es wurde ein sehr grosser Sitzplatz erstellt und eine immerhin mehr als sieben Meter lange Mauer und eine Vorrichtung für einen sehr grossen Sonnenschirm erstellt. Unter diesen Umständen kann sich die Bauherrschaft nicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen. Zu beachten ist auch, dass die betroffenen Bauten ohne grösseren Aufwand beseitigt und der Boden renaturiert werden kann, d.h. der Bauherrschaft wird durch den Vollzug der Massnahme kein allzu grosser materieller Schaden entstehen. Auch unter dieser Optik erweist sich die Verfügung als verhältnismässig.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. September 2011

V 2011 / 87

4. Ausländerrecht

Art. 33 Abs. 3, 43 Abs. 1, 62 lit. b, 96 Abs. 1 AuG – Eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf den Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. b AuG – wenn gegen eine ausländische Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde – rechtfertigt sich nur, wenn die vorzunehmende Interessenabwägung die Massnahme auch als verhältnismässig erscheinen lässt. Auch unter dem neuen Ausländergesetz bedeutet die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren in jedem Fall einen sehr schwerwiegenden Verstoß gegen die schweizerische Rechtsordnung, weshalb sie den weiteren Verbleib des ausländischen Straftäters in der Schweiz ausschliessen kann.

Aus dem Sachverhalt:

X., geboren in Mazedonien, Staatsangehöriger von Kosovo, heiratete 2004 die in der Schweiz niedergelassene Landsfrau B. Nach seiner Einreise erteilte ihm das AFM am 9. November 2004 eine Jahresaufenthaltsbewilligung mit dem Zweck «Aufenthalt bei der Ehefrau». Das AFM verlängerte die Jahresaufenthaltsbewilligung letztmals am 5. Januar 2007 bis am 17. Oktober 2007. Am 27. Januar 2009 sprach die strafrechtliche Abteilung des Obergerichts des Kantons Zug X. der fahrlässigen Tötung, des Raufhandels und der einfachen Körperverletzung schuldig und verurteilte ihn zu 28 Monaten Freiheitsstrafe.

Mit Verfügung vom 15. April 2009 verweigerte das AFM X. die Verlängerung seiner Jahresaufenthaltsbewilligung und stellte fest, dass er die Schweiz bis am 30. Mai 2009 zu verlassen habe. Zur Begründung bezog sich das AFM auf die Verurteilung zu 28 Monaten Freiheitsstrafe, was aus fremdenpolizeilicher Sicht als schweres Verschulden einzustufen sei. Unter Berücksichtigung der «Zweijahresregel» (Reneja-Praxis) werde Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern der weitere Aufenthalt in der Schweiz verwehrt, wenn sie zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verurteilt worden seien. Diese Praxis sei auf X. anzuwenden, der mit einer niedergelassenen Ausländerin verheiratet sei. Die öffentlichen Interessen würden die privaten Interessen von X. überwiegen. Es sei der Ehefrau und dem Sohn von X. zuzumuten, diesem nach Mazedonien zu folgen. Der Eingriff ins Familienleben sei verhältnismässig. Die von X. erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat mit Beschluss vom 2. März 2010 ab.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 6. April 2010 liess X. beantragen, der Regierungsratsentscheid sei aufzuheben und seine Jahresaufenthaltsbewilligung sei zu verlängern. Zusätzlich wurde als Beweisantrag verlangt, über den Beschwerdeführer ein psychiatrisches Gutachten zur Frage seiner Gefährlichkeit sowie zu dessen Legalprognose zu erstellen. Der Regierungsrat liess die Abweisung der Beschwerde beantragen.

Aus den Erwägungen:

1.

2. a) Ausländerinnen und Ausländer sind zur Anwesenheit in der Schweiz nur berechtigt, wenn sie hier eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzen oder wenn sie nach dem Gesetz keiner solchen bedürfen. Ein Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, unter Vor-

behalt staatsvertraglicher oder gesetzlicher Ausnahmenvorschriften, grundsätzlich nicht (vgl. BGE 124 II 364; BGE 120 Ib 259, mit Hinweisen).

b) Gemäss Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren haben die Ehegatten Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Abs. 2). Kinder unter 12 Jahren haben Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Abs. 3).

Die Aufenthaltsbewilligung wird für Aufenthalte mit einer Dauer von mehr als einem Jahr erteilt (Art. 33 Abs. 1 AuG). Sie wird für einen bestimmten Aufenthaltswert erteilt und kann mit weiteren Bedingungen verbunden werden (Abs. 2). Sie ist befristet und kann verlängert werden, wenn keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen (Abs. 3). Die Ansprüche nach Art. 43 erlöschen, wenn Widerrufsgründe nach Art. 62 vorliegen (Art. 51 Abs. 2 lit. b AuG). Gemäss Art. 62 AuG kann die zuständige Behörde die Aufenthaltsbewilligung widerrufen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer: a. oder ihr oder sein Vertreter im Bewilligungsverfahren falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat; b. zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder Art. 61 des Strafgesetzbuches angeordnet wurde; c. erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder äussere Sicherheit gefährdet; d. eine mit der Verfügung verbundene Bewilligung nicht einhält; e. oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist.

c) Wie das Bundesgericht im Entscheid BGE 135 II 377 ff., 379 ff., eingehend darlegt, definiert das Gesetz nicht, was unter «längerfristig» zu verstehen ist. Auch die Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 schweigt sich zu dieser Frage aus (BBl 2002 3709 ff., insb. 3810). Die vorberatende Kommission des Nationalrates erachtete diese offene Formulierung als problematisch, da sie zu einer unterschiedlichen Interpretation in den Kantonen und mithin zu Rechtsungleichheiten führen könne (Votum Nationalrätin Leuthard, AB 2004 N 1089). Die Kommissionsmehrheit schlug daher dem Nationalrat vor, den unbestimmten Begriff der «längerfristigen Freiheitsstrafe» durch die Formulierung «wenn die Ausländerin oder der Ausländer zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Monaten oder wiederholt zu einer kurzen Freiheits- oder Geldstrafe

verurteilt wurde» zu ersetzen. Die eidgenössischen Räte lehnten dies jedoch aufgrund eines entsprechenden Antrags des Bundesrates ab, der anstelle eines starren Gesetzeswortlauts den Begriff «längerfristig» vorzog, der eine flexible, den Umständen des Einzelfalls und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gerecht werdende Auslegung erlaube (Votum Bundesrat Blocher, AB 2004 N 1088 f.). Das Bundesgericht erachtet indessen die Lehrmeinung als überzeugend, wonach die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes nicht mit der Frage der Verhältnismässigkeit einer Massnahme vermengt werden dürfe. Der Terminus «längerfristig» sei daher von der Rechtsprechung klar und vom konkreten Anwendungsfall losgelöst zu definieren. Hierbei rechtfertige es sich, auf einen Grenzwert von einem Jahr abzustellen, zumal ab dieser Strafhöhe die Geldstrafe als Sanktionsart ausscheide und ausschliesslich eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden könne (Spescha, in: Migrationsrecht, 2. Aufl. 2009, N. 6 zu Art. 62 AuG; Zünd/Arquint, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Ausländerrecht, Uebersax und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2009, Rz. 8.28). Denn dass ausländerrechtliche Fernhaltungsmassnahmen stets dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen hätten, ergebe sich bereits aus Art. 96 Abs. 1 AuG, welcher die behördliche Ermessensausübung regle, sowie aus Art. 8 Ziff. 2 EMRK. Es sei daher nicht erforderlich, die Auslegung von Art. 62 lit. b erster Satzteil AuG von den Umständen des Einzelfalls abhängig zu machen. Vielmehr erscheine es im Interesse der Rechtssicherheit und einer einheitlichen Anwendung des Bundesrechts als geboten, den genannten Widerrufsgrund in einer allgemeingültigen Weise zu präzisieren und einen feststehenden Grenzwert zu bestimmen, ab wann eine Freiheitsstrafe als «längerfristig» im Sinne des Gesetzeswortlauts zu gelten habe. Hierbei erschienen die strafrechtlichen Normen über das zulässige Mass der verschiedenen Sanktionen als geeigneter Anknüpfungspunkt: Es leuchte ein, dass eine Freiheitsstrafe kaum als «längerfristig» zu bezeichnen sei, wenn sie sich in einem Rahmen bewege, der grundsätzlich auch die Verurteilung zu einer Geldstrafe zugelassen hätte. Anders sei dagegen dort zu entscheiden, wo aufgrund des hohen Strafbedürfnisses keine Wahlmöglichkeit zwischen Freiheitsstrafe und Geldstrafe mehr bestehe, sondern als Sanktion zwingend eine Freiheitsstrafe auszusprechen sei. Gemäss Art. 34 Abs. 1 StGB sei dies der Fall, wenn die Dauer der auszusprechenden Strafe ein Jahr bzw. 360 Tage überschreite. Ein Widerrufsgrund i.S.v. Art. 62 lit. b erster Satzteil AuG (gegebenenfalls i.V.m. Art. 63 Abs. 1 lit. a AuG) liege daher vor, wenn gegen eine ausländische Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen worden sei. Sei eine verhängte Freiheitsstrafe demgegenüber von geringerer Dauer, könne ein Bewilligungswiderruf nur (aber immerhin) gestützt auf die subsidiär anzuwendenden Widerrufsgründe von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG bzw. Art. 62 lit. c AuG erfolgen, d.h. wenn der Aufenthaltsberechtigte erheblich oder wiederholt bzw. der Niedergelassene in schwer-

wiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen oder diese gefährdet habe, oder wenn er die innere oder die äussere Sicherheit gefährde.

d) Eine Nichtverlängerung der Bewilligung gestützt auf den Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. b AuG – wenn gegen eine ausländische Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde – rechtfertigt sich nur, wenn die jeweils im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung die entsprechende Massnahme auch als verhältnismässig erscheinen lässt. Dabei sind namentlich die Schwere des Verschuldens, der Grad der Integration bzw. die Dauer der bisherigen Anwesenheit sowie die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (vgl. Art. 96 Abs. 1 AuG sowie die bis 31. Dezember 2007 in Kraft gewesenen Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV]; Urteil 2A.451/2002 vom 28. März 2003 E. 2, nicht publ. in BGE 129 II 215, BGE 135 II 381 E. 4.2 und 4.3).

Bei einer im Rahmen des Familiennachzugs gewährten oder zu gewährenden Aufenthaltsbewilligung ergibt sich die Notwendigkeit einer Verhältnismässigkeitsprüfung auch aus Art. 8 Ziff. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101, abgekürzt EMRK). ...

e) Bei einem mit einer Schweizer Bürgerin verheirateten Ausländer, der erstmals oder nach bloss kurzer Aufenthaltsdauer um die Erneuerung seiner Bewilligung ersucht, ging das Bundesgericht in seiner ständigen Rechtsprechung zum ANAG davon aus, dass dem Ausländer im Falle einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren in der Regel selbst dann kein Aufenthaltstitel mehr zu erteilen ist, wenn der schweizerischen Ehepartnerin die Ausreise nicht oder nur schwer zuzumuten ist. In einer solchen Konstellation waren aussergewöhnliche Umstände vonnöten, um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung dennoch zu rechtfertigen («Reneja»-Praxis: BGE 130 II 176, 185 E. 4.1; 110 Ib 201). Gemäss dem Bundesgericht ist von dieser Rechtsprechung, die auf die Umstände eines dauerhaften Aufenthaltes von mit einem schweizerischen Staatsangehörigen oder einem bzw. einer Niederlassungsberechtigten verheirateten Person Rücksicht nimmt, auch unter der Herrschaft des seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden AuG nicht grundlegend abzuweichen (vgl. BGE 135 II 377, 382 f. E. 4.4; für eine Erhöhung des Grenzwertes auf drei Jahre insbesondere Zünd/Arquint, a.a.O., Rz. 8.49 in fine). Denn dass die revidierten Bestimmungen des Strafgesetzbuches bereits für Strafen von über zwei Jahren den vollständig bedingten Vollzug nicht mehr zulassen, sondern höchstens noch einen teilbedingten Aufschub erlaubten, zeige

gerade, dass die Schwere des Verschuldens in diesen Fällen bereits als so gravierend eingestuft werde, dass mindestens ein Teil der Strafe zwingend vollzogen werden solle. Das Gesetz verknüpfe die Frage nach der schuldangemessenen Strafe und jene nach deren Aufschub insoweit, als es den bedingten Strafvollzug für Strafen ausschliesse, die zwei Jahre überstiegen. Die Notwendigkeit einer teilbedingten Freiheitsstrafe ergebe sich als Folge der Schwere des Verschuldens, das sich in einer Strafhöhe zwischen zwei und drei Jahren niederschlage. Auch aus fremdenpolizeilicher bzw. administrativrechtlicher Perspektive impliziere die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren in jedem Fall einen sehr schwerwiegenden Verstoss gegen die schweizerische Rechtsordnung, weshalb sie den weiteren Verbleib des ausländischen Straftäters in der Schweiz ausschliessen könne (BGE 134 IV 1, 11 E. 5.3.3). Wie bis anhin sei jedoch auch zukünftig zu beachten, dass es sich bei der «Zweijahresregel» keinesfalls um eine feste Grenze handle, die nicht über- oder unterschritten werden dürfte. Vielmehr erweise sich weiterhin die Abwägung der widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen im Einzelfall als entscheidend (BGE 120 Ib 6, 14 E. 4b).

3. a) ... Aufgrund der Verurteilung des Beschwerdeführers liegt ein Widerrufsgrund gemäss Art. 62 lit. b erster Satzteil AuG vor. Insbesondere erfüllt die Freiheitsstrafe von 28 Monaten auch klar das wesentliche Kriterium der Reneja-Praxis, wonach die Aufenthaltsbewilligung bei einer zweijährigen Freiheitsstrafe auch zu entziehen ist, wenn der oder die Betroffene sich auf das Recht auf Familie im Sinne von Art. 8 EMRK berufen kann. Die Voraussetzungen für den Widerruf einer Bewilligung gelten ebenfalls für die Nichtverlängerung derselben (Hunziker, Art. 62 N 5), wobei das Vorliegen eines Widerrufsgrundes nicht zwingend den Widerruf der Bewilligung nach sich zieht, vielmehr ist dies eine Ermessensfrage, d.h. die Behörde kann und muss ihr Ermessen ausüben, wobei dies pflichtgemäss zu erfolgen hat. Insbesondere findet das Verhältnismässigkeitsprinzip Beachtung und ist eine Interessenabwägung notwendig, bei der gemäss Art. 96 Abs. 1 AuG die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie der Grad der Integration zu berücksichtigen sind (Hunziker, Art. 62 N 6 ff.). In die notwendige Interessenabwägung, die insbesondere auch von Art. 8 EMRK gefordert wird, sind namentlich die Schwere des Verschuldens, der Grad der Integration, bzw. die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie die dem Betroffenen und seinen Angehörigen bei einer Ausreise drohenden Nachteile einzubeziehen.

b) Der Beschwerdeführer bringt vor, dass bereits die Anwendung der Reneja-Praxis in seinem Fall nicht statthaft sei. Er lässt ausführen, dass hier in erster Linie ein Fahrlässigkeitsdelikt zur Diskussion stehe, dass es aber per definitionem nicht möglich sei, aus einem Fahrlässigkeitsdelikt als einem ungewollten und un-

beabsichtigten Delikt auf eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu schliessen. Dies wäre nur bei einem vorsätzlichen oder zumindest eventualvorsätzlichen Delikt, d.h. einem Persönlichkeits- oder Charakterzug möglich, der weitere Straftaten erwarten liesse. Mit der Logik nicht vereinbar sei auch die Behauptung, es müsse im Falle des Beschwerdeführers kein Restrisiko geduldet werden. Demgegenüber führt die Vorinstanz aus, in der Lehre zur Anwendung der Reneja-Praxis seien keine Ausführungen zu finden, wonach diese lediglich auf Vorsatz- oder Eventualvorsatzdelikte anzuwenden sei, und die Regierung sei nicht gewillt, ein Restrisiko zu dulden, das z.B. darin bestehe, dass der Beschwerdeführer sich erneut in Situationen begeben könnte, in denen eine erhöhte Möglichkeit von fahrlässigen Delikten gegen Leib und Leben bestehe.

c) Die bundesgerichtliche Praxis zeigt klar, dass Ausgangspunkt und Massstab für die Schwere des Verschuldens und die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung die vom Strafrichter verhängte Strafe ist (BGE 129 II 215, 216 E. 3.1).

Hinsichtlich des Verschuldens wurde im Haftbefehl der Staatsanwaltschaft vom 6. Juni 2008, 16.30 Uhr, folgender Tatvorwurf gegen den Beschwerdeführer formuliert: «Am 14. April 2007, um ca. 01.45 Uhr, beteiligte sich X. bewusst an einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen F, E und D, welche auf dem Vorplatz des «Hans-Waldmann-Pub» am Kreuzplatz in Baar abgehalten wurde. X. verpasste dabei F auf dem Trottoir einen Schlag an den Hinterkopf, so dass dieser rücklings zu Boden fiel, mit seinem Kopf auf den Asphalt prallte und an den Folgen dieses Sturzes 10 Tage später verstarb. X. handelte dabei im vollen Bewusstsein, dass F durch den von ihm verpassten Schlag an den Hinterkopf zu Boden stürzen und sich dabei todesursächliche Verletzungen zuziehen könnte, und nahm Solches bewusst in Kauf. ...».

Mit Urteil vom 27. Januar 2009 verurteilte die strafrechtliche Abteilung des Obergerichts des Kantons Zug den Beschwerdeführer wegen fahrlässiger Tötung gemäss Art. 117 StGB, Raufhandel gemäss Art. 133 Abs. 1 StGB und einfacher Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB zu 28 Monaten Freiheitsstrafe. ... Das Obergericht kam zum Schluss, dass das Verschulden des Beschwerdeführers hinsichtlich der ihm ebenfalls vorzuwerfenden einfachen Körperverletzung schwer wiege. Die Gesundheit und die körperliche Unversehrtheit seien wertvolle Rechtsgüter. Der Beschwerdeführer habe F einen Faustschlag an den Kopf versetzt, obwohl auch ihm bewusst gewesen sei, dass der Kopf eines Menschen äusserst verletzungsanfällig sei. Er habe sein Opfer somit an einer möglichst empfindlichen Stelle treffen wollen. Unter Einbezug der einfachen Körperverletzung erweise sich eine Freiheitsstrafe von 28 Monaten als schuldangemessen. Beim Beschwerde-

führer seien die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges, wie bereits vom Strafgericht festgestellt, grundsätzlich erfüllt. Das Verschulden des Beschwerdeführers wiege aber schwer. Um diesem Verschulden Rechnung zu tragen, seien sechs der 28 Monate Freiheitsstrafe unbedingt zu vollziehen. Es sei auch zu erwarten, dass der unbedingte Vollzug dieser sechs Monate eine nachhaltige Wirkung entfalten werde. Der Vollzug der restlichen 22 Monate sei aufzuschieben und die Probezeit dafür auf drei Jahre festzusetzen. Dem Beschwerdeführer wurden die Untersuchungs- und erstinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 25'285.85 sowie die Kosten des Berufungsverfahrens in Höhe von Fr. 6'330.– auferlegt.

Die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten wegen fahrlässiger Tötung gemäss Art. 117 StGB, Raufhandel gemäss Art. 133 Abs. 1 StGB und einfacher Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB deutet zweifellos auf ein erhebliches Verschulden hin. Dem Beschwerdeführer ist entgegenzuhalten, dass eine so hohe Strafe auch – und erst recht – bei einem Fahrlässigkeitsdelikt nur bei einem entsprechend hohen Verschulden resultiert. Dass die Strafe bei Fahrlässigkeit, je nach Straftat, entfällt oder milder ausfällt als bei Vorsatz, kann also vom Beschwerdeführer nicht zu seinen Gunsten angerufen werden.

d) Die vom Beschwerdeführer für die Anwendung der Reneja-Praxis angestregte Unterscheidung zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt geht an dem vom Bundesgericht statuierten Anknüpfungspunkt vorbei. Tatsächlich wird auch aus Lehre und Praxis kein entsprechender Vorbehalt ersichtlich. Bezüglich der Reneja-Praxis geht es um die Konventionskonformität der Versagung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung in Nachachtung des dauerhafteren Aufenthaltes einer mit einem bzw. einer schweizerischen Staatsangehörigen oder einem bzw. einer Niederlassungsberechtigten verheirateten Person, nicht aber um den Widerrufsgrund im Sinne von Art. 62 AuG bzw. die Art des Straftatbestands im Sinne von Art. 62 lit. b AuG. Es geht einzig darum, unter welchen Voraussetzungen die Bestimmung von Art. 8 EMRK über die Regelung im Ausländergesetz hinaus einen Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung einzuräumen vermag.

Bei der Reneja-Praxis bzw. Zweijahresregel für eine mit einem Schweizer Partner verheiratete Person handelt es sich im Weiteren zwar nicht um einen festen Wert, es bedarf jedoch «aussergewöhnlicher» (Urteil 2C_683/2007 vom 1. Februar 2008, E. 2.4., unter Verweis auf BGE 110 Ib 201) bzw. «besonderer Umstände» (Hunziker, Art. 62 N 26), wenn die Bewilligung trotz einer solchen oder höheren Strafe erteilt oder erneuert werden soll. Nicht unbesehen angewendet werden

kann die Regel verständlicherweise bei Personen, die sich schon längere Zeit in der Schweiz aufhalten, wobei namentlich zu prüfen ist, ob die mit der Schweiz geknüpften Beziehungen eine stärkere Gewichtung des privaten Interesses am Verbleib gebieten, ohne dass aber auch in diesem Fall ein Verzicht auf den Widerruf bzw. eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sich als zwingend erweist (Hunziker, Art. 62 N 26 mit Hinweisen auf die bezügliche Bundesgerichtspraxis). Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist auf die Schwere der begangenen Straftat, auf den seit der Tat vergangenen Zeitraum, auf das Verhalten des Ausländers während dieser Periode, auf die Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen sowie auf deren familiäre Situation abzustellen, zudem auf die Dauer und sogar Intensität der ehelichen Beziehung, auf den Umstand der Kenntnis des Ehegatten um die Straftat im Zeitpunkt der Eheschliessung, das Vorhandensein und Alter von Kindern sowie die Nachteile für den Ehepartner im Falle, dass er dem Betroffenen in dessen Heimatstaat nachfolgen müsste (Hunziker, Art. 62 N 27).

Gestützt auf die erwähnte *Reneja*-Praxis des Bundesgerichts erhöht es die Anforderungen an das öffentliche Interesse an einer Massnahme, wenn die Ausreise für den schweizerischen oder niedergelassenen Partner des Ausländers unzumutbar oder schwer zumutbar ist. Bei höheren Strafen wird das öffentliche Interesse an Widerruf, Verweigerung oder Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung in der Regel aber höher bewertet als jenes der Partner, zusammen in der Schweiz leben zu können. Im Falle einer tieferen Strafe hängt die Interessenabwägung davon ab, in welchem Grad es dem schweizerischen oder analog dem niedergelassenen Partner zumutbar ist, in das Herkunftsland des anderen überzusiedeln (Nägeli/Schoch, 22.196). Bei einer Ehe mit einer hier niedergelassenen Partnerin sind die Voraussetzungen für das Erlöschen des Anspruchs auf Aufenthaltsbewilligung zudem weniger streng als im Fall einer mit einer Schweizer Bürgerin bestehenden Ehe, d.h. es genügen bereits geringere öffentliche Interessen für ein Erlöschen des Anspruchs und die entgegenstehenden privaten Interessen sind weniger stark zu gewichten. Ja, das Bundesgericht hat – wenn auch «zwar beiläufig», aber erst recht mit Gültigkeit auch unter dem neuen Recht (Nägeli/Schoch, 22.201) – sogar festgehalten, dass die Zweijahresregel im Falle einer Ehe mit einem niedergelassenen Ausländer gar nicht anwendbar sei (BGE 120 Ib 129, 130 f. E. 5b). Auch im Sinne einer «Faustregel» kann darum gesagt werden, dass bei einem «schwächeren» Aufenthaltsrecht wie im Falle des Beschwerdeführers mit blosser Aufenthaltsbewilligung im Gegensatz zu Fällen mit Bezug zum Freizügigkeitsabkommen bzw. mit einer Niederlassungsbewilligung das erforderliche Strafmass für die Entfernung eines aufenthaltsberechtigten, durch Familienbande mit der Schweiz verbundenen Ausländers tiefer sein «muss resp. kann» (Nägeli/

Schoch, 22.217). Wie die Kommentatoren erklären, enthält Art. 62 lit. c AuG aufgrund des Vergleichs mit der Regelung von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG den «wohl allzu» diskreten Hinweis darauf, dass (auch) für den – hier zu prüfenden – Entzug einer Aufenthaltsbewilligung wegen der Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe ein weniger schwerwiegendes Verschulden genügen soll als im Falle des Widerrufs einer Niederlassungsbewilligung (Nägeli/Schoch, 22.196).

e) Weiter ist dem Beschwerdeführer bezüglich des gewichtigsten von ihm erfüllten Straftatbestandes der fahrlässigen Tötung und seiner Argumentation, es sei bereits per definitionem nicht möglich, aus einem Fahrlässigkeitsdelikt als einem ungewollten und unbeabsichtigten Delikt auf eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu schliessen, entgegenzuhalten, dass sich sein Fall z.B. ganz wesentlich von jenem unterscheidet, in dem etwa jemand auf einen Hund zu schiessen meint, dabei aber einen Menschen tötet und einerseits aufgrund von Art. 13 StGB («Sachverhaltsirrtum», früher Art. 19 StGB: «Irrige Vorstellung über den Sachverhalt») zu seinen Gunsten nur wegen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB bestraft wird, aber möglicherweise zusätzlich wegen fahrlässiger Tötung im Sinne von Art. 117 StGB zu verurteilen ist, wenn der Irrtum über das Tatobjekt bei pflichtgemässer Vorsicht vermeidbar gewesen wäre. Von einer solchen fahrlässigen Tötung, die sicher anders zu beurteilen wäre, unterscheidet sich ein im Rahmen eines Raufhandels geführter, sich als tödlich erweisender Schlag ganz erheblich. Zu Recht gab deshalb der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid dem strafrichterlich festgestellten Verschulden des Beschwerdeführers ein grosses Gewicht. Dieses muss als sehr schwer eingestuft werden. Auch wenn das Strafobergericht im Übrigen in dubio pro reo und entgegen der auf vorsätzliche Tötung oder schwere Körperverletzung gerichteten Anträge der Staatsanwaltschaft «nur» auf eine einfache Körperverletzung geschlossen hat, wobei sich die Beweisführung bei Raufhandel naturgemäss sehr schwierig gestaltet, spricht trotz der fehlenden Vorstrafen nicht nur das Strafmass gemäss der Bundesgerichtspraxis, sondern insgesamt auch das Verschulden des Beschwerdeführers gegen eine blosser Verwarnung anstelle des Bewilligungswiderrufs.

f) Der Beschwerdeführer legt im Weiteren unter Berufung auf die Logik dar, um jedes Restrisiko für Fahrlässigkeitsdelikte zu beseitigen, müsste man sämtliche Ausländer, egal ob vorbestraft oder nicht, aus der Schweiz ausweisen. Der Beschwerdeführer sei an diesem schicksalshaften 14. April 2007 in eine «Kneipenschlägerei» verwickelt gewesen, bei der er seinem Kontrahenten einen Faustschlag an den Kopf verpasst habe, nachdem er selber zuerst einen Schlag gegen seine Brust habe einstecken müssen. Dabei sei sein Gegner nach dem Schlag

sehr unglücklich gestürzt und habe sich tödliche Verletzungen zugezogen, die er nicht habe erwarten und voraussehen können. Es lasse sich deshalb aus dieser tragischen Geschichte nicht eine gegenwärtige Gefährdung der Ordnung durch den Beschwerdeführer ableiten. Dem ist nicht nur die unmittelbar vorangehende Erörterung über das konkret in Frage stehende Fahrlässigkeitsdelikt – und nur schon das Gewaltdelikt des Raufhandels – entgegenzuhalten, sondern zudem, dass das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung schliesslich betont, dass das eventuelle Fehlen einer Rückfallgefahr bei der fremdenpolizeilichen Interessenabwägung keine ausschlaggebende Rolle spiele, wobei aber namentlich im Zusammenhang mit Gewaltdelikten selbst ein relativ geringes Restrisiko nicht hingegenommen werden müsse (Bundesgerichtsurteil 2C_201/2007, E. 3.2, vom 3. September 2007 mit Hinweisen). Und dies gilt selbst wenn der Strafrichter hinsichtlich der Resozialisierungschancen eine günstige Prognose stellt (BGE 125 II 521, 528; vgl. Caterina Nägeli/Nik Schoch, in: Uebersax /Rudin /Yar /Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl. Basel 2009, Rz. 22.192). Somit erweist sich die vom Beschwerdeführer verworfene Argumentation des Regierungsrates, keine Rückfallgefahr dulden zu wollen, ohne weiteres schlüssig. Dass der Beschwerdeführer «ohne die tragische und ungewollte Entwicklung, die zum Tod des Opfers geführt habe, nur wegen Raufhandels und einfacher Körperverletzung verurteilt» und weit geringer bestraft worden wäre, mag zutreffen. Es wurde ihm strafrechtlich aber gerade vorgeworfen, sich am Raufhandel beteiligt und dabei durch das ihm zurechenbare Verhalten, nämlich eine – zumindest einfache – Körperverletzung den Tod seines Opfers bewirkt zu haben. Dafür hat er aber die Verantwortung zu übernehmen, wozu auch die ausländerrechtlich vorgesehene Konsequenz gehört, dass er die Schweiz zu verlassen hat.

Zweifellos spricht ein hohes öffentliches Interesse gegen den Aufenthalt von Ausländern im Land, die sich so schwerer Delikte wie Raufhandel mit Todesfolge und fahrlässiger Tötung schuldig gemacht haben. Auch wenn kein Mensch absolut davor gefeit sein mag, Straftaten zu begehen oder rückfällig zu werden, so leuchtet doch ein, dass jemand, der bereits einmal so schwer strafbar geworden ist, diesbezüglich jedenfalls eher gefährdet ist. Insofern unterscheidet sich der Fall des Beschwerdeführers entgegen der plakativen Rhetorik seines Rechtsvertreters eben doch grundlegend von den generell genannten Ausländern oder auch Schweizern, die noch nie straffällig geworden sind und natürlich schon von daher nicht «rückfällig» werden können. Und wie schon erwähnt handelt es sich nicht um eine fahrlässige Tötung im Rahmen eines sog. Sachverhaltsirrtums oder eines tragischen Unfalls auf dem Arbeitsplatz, sondern während eines heftigen Raufhandels.

g) Abzuweisen ist das vom Beschwerdeführer gestellte Begehren um Anordnung eines psychiatrischen Gutachtens zur Frage seiner Gefährlichkeit sowie zu dessen Legalprognose. ... Es trifft zu, dass der Ausgang des Strafverfahrens entscheidenden Einfluss auf den ausländerrechtlichen Status einer straffälligen ausländischen Person haben kann, da die Administrativbehörden ein rechtskräftiges Strafurteil in der Regel bezüglich der Einschätzung der Verschuldensschwere übernehmen, um auf das Gefahrenpotential zu schliessen. Demzufolge ist es auch aus ausländerrechtlichen Gründen und im Sinne einer umfassenden Interessenvertretung wichtig, dass der Strafverteidiger allfälligen ungerechtfertigten Qualifikationen entgegentritt (vgl. Nägeli/Schoch, 22.216). Dazu mag das Einverlangen einer Begutachtung gehören, was beim Beschwerdeführer nicht der Fall gewesen ist. Im Nachgang zum Urteil des Strafobergerichts vom 27. Januar 2009 erklärte der dem Gericht bekannte und mit dem Strafprozessrecht vertraute Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, dieses unwiderruflich zu akzeptieren und dass der Beschwerdeführer bereit sei, die in Halbgefangenschaft zu verbüssende Freiheitsstrafe sofort anzutreten. Aus der Sicht der ausländerrechtlichen Behörden bedarf es vorliegend aber keiner psychiatrischen Begutachtung und keiner Legalprognose. Den involvierten Behörden liegen genügend Informationen über den Beschwerdeführer und die Tat vor, aufgrund derer er zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Insbesondere können schon aufgrund der funktionalen Aufgabenteilung und der klaren Regelung im Ausländergesetz nicht die Administrativbehörden nachträglich sozusagen den Strafpunkt (Verurteilung zu einer Strafe oder Massnahme) im Sinne einer «Korrektur» des Strafurteils in Frage stellen. Allenfalls versäumte Verteidigungshandlungen, deren Ergebnis rein hypothetisch ist, können nicht bei Bedarf im ausländerrechtlichen Verfahren nachgeholt werden.

4. a) Was das persönliche Interesse des Beschwerdeführers am weiteren Verbleib in der Schweiz betrifft, so ... handelt es sich weder um einen Ausländer der zweiten Generation, noch ist er in der Schweiz durch eine bereits längere Anwesenheit heimisch geworden. Es fehlen jegliche Belege für eine Integration in der Schweiz, so hinsichtlich seines sozialen Netzes, aber auch der Arbeitssituation.

...

b) Seine Ehefrau stammt ebenfalls aus Mazedonien und lebt seit sechzehn Jahren in der Schweiz. Sie verfügt über eine Niederlassungsbewilligung und ist gemäss den Angaben der Vorinstanzen sehr gut integriert. Sie arbeitet und hilft dem Beschwerdeführer, seine Schulden zu bezahlen. Ihre Familie lebt ebenfalls in der Schweiz. Eine Rückkehr in ihr Heimatland Mazedonien ist für sie eher schwer zumutbar, aber auch sie ist immerhin aufgrund ihrer Kindheit mit den dortigen

kulturellen und gesellschaftlichen Gepflogenheiten nicht unvertraut. Es ist ohne weiteres anzunehmen, dass sie die Landessprache beherrscht und mit den Sitten und Gebräuchen in Mazedonien vertraut ist. Eine Rückkehr zwecks Aufrechterhaltung des Familienlebens ist ihr damit zumindest nicht völlig unzumutbar. Für das gemeinsame, noch nicht schulpflichtige Kind ist eine Rückkehr schon aufgrund des Alters zumutbar, auch wenn die persönlichen Perspektiven zumindest unter den gegenwärtigen Verhältnissen natürlich schlechter erscheinen als bei einer Kindheit in der Schweiz. Immerhin darf hinzugefügt werden, dass Mazedonien seit Dezember 2005 den Status eines Beitrittskandidaten zur Europäischen Gemeinschaft hat, was für das Kind wie für die ganze Familie eine erhebliche Aufhellung der Zukunftsperspektiven darstellt. Da gegen den Beschwerdeführer eine Freiheitsstrafe von mehr als 24 Monaten verhängt wurde, hat seine Ausreise gemäss Reneja-Praxis grundsätzlich auch dann zu erfolgen, wenn der niedergelassenen Ehegattin die Ausreise nur schwer zumutbar ist. Das öffentliche Interesse der Schweiz an der Ausreise des Beschwerdeführers muss als grösser gewichtet werden, als jenes des Ehepaars, in der Schweiz zusammen leben zu können. Um die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung noch zu rechtfertigen, müssten ausserordentliche Umstände gegeben sein. Vorliegend sind jedoch keine solchen ausserordentlichen Umstände ersichtlich. Die Anwesenheit des Beschwerdeführers gilt noch nicht als gefestigt und seiner Familie ist es letztlich jedenfalls nicht völlig unzumutbar, nach Mazedonien zurückzukehren.

c) Abgesehen vom Vorfall in Baar ist der Beschwerdeführer nicht vorbestraft. ... Wie die Vorinstanzen zu Recht feststellten, darf die Tatsache, dass seit der Straftat kein Rückfall eingetreten ist, als selbstverständlich angesehen werden. Trotzdem ist dies zugunsten des Beschwerdeführer zu registrieren. Wie bereits erwähnt, kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sogar das mögliche Fehlen einer Rückfallgefahr bei der fremdenpolizeilichen Interessenabwägung keine ausschlaggebende Rolle spielen.

Wie der Regierungsrat zu Recht bemerkt, sind die Möglichkeiten der Resozialisierung des Beschwerdeführers seit seiner Entlassung aus dem Strafvollzug am 17. Januar 2010 insofern eingeschränkt, als ihm aufgrund seiner Vorstrafe der Wiedereinstieg in die Berufswelt sicher nicht leicht fallen wird und er zusätzlich zu den über CHF 30'000.- an Untersuchungs- und Verfahrenskosten auch bezüglich Genugtuung, Schadenersatz und Anwaltskosten der Eltern des Opfers mit einer Regressforderung der kantonalen Opferhilfestelle zu rechnen hat. ... Gemäss den mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereichten Unterlagen hat der Beschwerdeführer aber in der Zwischenzeit immerhin wieder eine Stelle gefunden. Dass dem Beschwerdeführer in Mazedonien nicht die gleichen wirtschaftlichen

Perspektiven offen stehen wie in der Schweiz, hat er wie bereits erwähnt hinzunehmen.

d) ...

e) Auch unter Berücksichtigung der vom EuGH aufgelisteten Kriterien erweist sich die Wegweisung des Beschwerdeführers als verhältnismässig. Bei dieser Sachlage ist es insgesamt nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz annimmt, dass das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung des Beschwerdeführers höher zu gewichten ist als dessen persönliche Interessen sowie die Interessen seiner Familie an seinem Verbleib in der Schweiz. Daran ändert nichts, dass unbestritten und positiv zu vermerken ist, dass er bzw. seine Familie sich bei den Hinterbliebenen des Verstorbenen entschuldigt haben und auch die Kosten des Verfahrens vollumfänglich begleichen wollen, auch um damit zu belegen, «dass sie es verdient hätten und würdig seien, in der Schweiz bleiben zu können».

5. Dass die Medien in ihren Berichten über das «Baarer Tötungsdelikt» eine möglicherweise ausländerfeindliche Stimmung geschürt haben könnten, was das Gericht nicht zu beurteilen hat, dürfte selbstverständlich keinen Einfluss auf Entscheide in einem Rechtsstaat haben, wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht. Wenn er den Leiter des Amtes für Migration rügt, dass er in seiner Vernehmlassung vom 10. August 2009 gegenüber der Vorinstanz «sehr populistisch» argumentiert habe, dass «die Medien» sich für den Fall sicherlich interessieren würden und die Öffentlichkeit «einen konsequenten Entscheid erwarte», so ist dies hingegen eine zulässige, die Gesetzesauslegung betreffende Wertung. Auch wenn er dabei die damals hängige Ausschaffungsinitiative erwähnte, konnte sich der Amtsleiter legitimerweise auf den der entscheidenden Behörde zustehenden Ermessensspielraum berufen. Bei der Ermessensausübung haben die Behörden im Sinne von Art. 96 Abs. 1 AuG die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration des Ausländers zu berücksichtigen, wie bereits erläutert worden ist. Diese Ermessensausübung steht nicht im freien Belieben der Verwaltungsbehörde, sondern ist an den Sinn und Zweck der anzuwendenden Norm und die allgemeinen Rechtsgrundsätze gebunden. Insbesondere hat sie das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung zu beachten, doch umfassen die zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen nicht nur die verfassungsmässigen Rechte und den Grundsatz gegenseitiger Achtung und Toleranz, sondern auch gesamtwirtschaftliche Interessen und demografische, soziale und gesellschaftliche Entwicklungen. Zwar ergibt sich aus dem Gesetz nicht, dass eine generell restriktive Einwanderungspolitik als eigenständiges öffentliches Interesse zu verfolgen wäre, doch stellen nicht nur Zulassungshürden für

Arbeitsimmigranten und Nachzugsfristen beim Kindernachzug ein öffentliches Interesse dar, sondern jedenfalls auch die Sanktionierung gesetzwidriger oder sozialschädlicher Verhaltensweisen durch Ausländer (vgl. zum Ganzen Marc Spescha, in: Spescha /Tühr /Zünd /Bolzi, Migrationsrecht, 2. Aufl. Zürich 2009, Art. 96 N 1 ff.). In diesem Sinne durfte der Amtsleiter zur Begründung seines Entscheids u.a. erwähnen, dass in den Entscheid, soweit er freies Ermessen beinhaltet, auch die gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen von Seiten des Verfassungs- und Gesetzgebers – unter Berücksichtigung auch der letztes Jahr aktuell gewesenen und vom Volk angenommenen Ausschaffungsinitiative – einzufließen hätten, wobei die Medien diese natürlich ein Stück weit reflektieren. Dem Beschwerdeführer ist aber zu versichern, dass aus Sicht des Gerichts die vorinstanzlichen Entscheide und ihre Begründung keineswegs verfassungsmässige Rechte des Beschwerdeführers oder den Grundsatz der Achtung und Toleranz ihm gegenüber verletzt haben. Dies wird von ihm auch nicht geltend gemacht.

Dem Verwaltungsgericht kommt schliesslich im vorliegenden Fall nur die Rechtskontrolle zu. Unter diesem Gesichtspunkt ist es aus der Sicht der im Rahmen ihres Ermessens auch politisch verantwortlichen Regierung nachvollziehbar, dass sie es als unerträglich erachten würde, wenn der Beschwerdeführer bei einem Verbleib in der Schweiz in der Zukunft allenfalls erneut durch ein Gewaltdelikt auffallen sollte. Der von der Regierung getroffene Entscheid stellt keine Willkür dar. Der Beschwerdeführer hat den Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Das Gericht greift unter den hier gegebenen Umständen nicht in das der Verwaltung vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen ein, das Verfassung und Gesetz respektiert.

Demgemäss erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist sie deshalb abzuweisen. ...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. März 2011

V 2010 47

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wies das Bundesgericht mit Urteil vom 12. Oktober 2011 als offensichtlich unbegründet ab (2C_289/2011.)

5. Strassenverkehrsrecht

§ 27 Abs. 1 VRG, § 9 Abs. 3 GO Verwaltungsgericht, Art. 106 Abs. 2 SVG, Art. 11a und 27 Abs. 1 VZV, § 4 Abs. 2 Ziff. 2 und § 4a Abs. 1 Ziff. 1 der kantonalen Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation – Zulässigkeit der Anordnung des Strassenverkehrsamtes gegenüber Inhabern von Motorfahrzeugausweisen ab dem 70. Altersjahr, sich alle zwei Jahre einer vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung zu unterziehen und sich zu diesem Zweck an einen im Kanton Zug behandelnden Arzt (Hausarzt) oder einen auf einer Liste des Strassenverkehrsamtes aufgeführten Vertrauensarzt im Kanton Zug zu wenden. Beurteilung im Zusammenhang mit der Frage der Aussichtslosigkeit einer Beschwerde als Grund für die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Aus dem Sachverhalt:

Das Strassenverkehrsamt des Kantons Zug forderte X. auf, sich im Sinne von Art. 27 der Verkehrszulassungsverordnung innert drei Monaten der vorgeschriebenen periodischen verkehrsmedizinischen Untersuchung zu unterziehen und sich zu diesem Zweck mit dem beigelegten amtlichen Formular an einen praktizierenden Arzt oder einen auf einer Liste des Strassenverkehrsamtes aufgeführten Vertrauensarzt im Kanton Zug zu wenden. Angefügt war der Hinweis, dass die Kosten des Untersuchs zu seinen Lasten gingen und direkt zu bezahlen seien.

Gegen diese als illegal bezeichnete «Einschränkung der gesetzlichen, freien Arztwahl» zur periodischen, verkehrsmedizinischen Untersuchung reichte X. beim Strassenverkehrsamt Beschwerde ein und verlangte die Aufhebung der Massnahme innert 10 Tagen. Das Strassenverkehrsamt erläuterte ihm daraufhin hin unter Verweis auf Art. 27 Abs. 1 und 2 VZV die rechtlichen Grundlagen des Aufgebots zum ärztlichen Untersuch und erklärte, dass praxisgemäss diese Untersuchungen den behandelnden Ärzten (Hausärzten), die im Kanton Zug praktizierten, übertragen würden. Im Weiteren stünden die Vertrauensärzte gemäss Liste für diese Untersuchungen zur Verfügung. Ferner wurde X. darauf hingewiesen, dass das von ihm angeführte Krankenversicherungsgesetz (KVG) vorliegend nicht zur Anwendung gelange, da es sich im Falle von Art. 27 VZV nicht um eine Behandlung, sondern um einen Untersuch handle, dem sich Fahrzeuglenkende, falls sie ihre Fahrberechtigung behalten wollten, zwingend unterziehen müssten. Er wurde aufgefordert, das entsprechende Zeugnis bis spätestens 9. September 2011 einzureichen.

Gegen die Aufforderungen des Strassenverkehrsamtes gelangte X. mit mehreren Eingaben und unterschiedlichen Begehren an das Verwaltungsgericht. Der Vorsitzende der verwaltungsrechtlichen Kammer wies das Gesuch von X. um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gestützt auf § 27 Abs. 1 VRG wegen Aussichtslosigkeit ab und setzte ihm eine Frist für die Leistung des Kostenvorschusses an, ansonsten das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abgeschlossen werde. Gegen diese Verfügung erhob X. gestützt auf § 9 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts Beschwerde an die verwaltungsrechtliche Kammer des Verwaltungsgerichts.

Aus den Erwägungen:

4. a) Somit ist die vom Kammervorsitzenden im Zwischenentscheid vom 9. September 2011 festgestellte Aussichtslosigkeit der Beschwerde gegen den Entscheid des Strassenverkehrsamtes vom 6. Juli 2011 und damit vorfrageweise dieser selbst zu überprüfen.

b) Gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. b VZV müssen sich in der Schweiz Inhaber von sämtlichen Motorfahrzeugausweisen ab dem 70. Altersjahr alle zwei Jahre einer vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung unterziehen. Die kantonale Behörde kann bei über 70-jährigen Lenkern, die nicht über eine höhere Führerausweiskategorie verfügen, die Untersuchung den behandelnden Ärzten übertragen (Abs. 2 lit. a). In den meisten Kantonen erfolgt die Kontrolluntersuchung durch die Hausärztinnen und Hausärzte, während die Kontrollen der Inhaber von höheren Kategorien schweizweit durch speziell bezeichnete, praktisch tätige Ärztinnen und Ärzte, d.h. Vertrauensärzte, Bezirksärzte, Amtsärzte, vorgenommen werden (vgl. Rolf Seeger, Die periodische medizinische Überprüfung der Fahreignung bei Seniorinnen und Senioren und bei Inhabern von höheren Führerausweiskategorien (Kontrolluntersuchungen) – Problematik aus Sicht der Verkehrsmedizin», in Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2009, St.Gallen, S. 99 ff., S. 100, 105).

Den Kantonen obliegt der Vollzug der Strassenverkehrsgesetzgebung, welche die dafür notwendigen Massnahmen treffen und die zuständigen kantonalen Behörden bezeichnen (Art. 106 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958, SVG, SR 741.01). Im Kanton Zug obliegt dem Strassenverkehrsamt insbesondere die Prüfung der Motorfahrzeuge und der Führer (§ 4 Abs. 2 Ziff. 2 der Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation vom 22. Februar 1977, BGS 751.21) sowie die Ernennung der Vertrauensärzte gemäss Art. 11a und 27 Abs. 1 Bst. a und c VZV sowie der zu Untersuchungen gemäss Art. 27 Abs. 1 Bst. b berechtigten behandelnden Ärzte im Einvernehmen mit dem Kantonsarzt

(Ziff. 6). Als zuständig für die ärztlichen Untersuchungen nach Art. 27 Abs. 1 Bst. b VZV werden in der neu gefassten Bestimmung von § 4a Abs. 1 Ziff. 1 der Verordnung die behandelnden Ärzte ernannt. In Abs. 3 wird bestimmt, dass die Ärzte gemäss Abs. 1 über eine gültige Berufsausübungsbewilligung des Kantons Zug als Arzt verfügen sowie die vom Strassenverkehrsamt angebotene Weiterbildung absolviert haben müssen (Fassung gemäss Änderung vom 12. Juli 2011, GS 31,199, in Kraft seit 1. August 2011). Das kantonale Recht sieht in § 4b der Verordnung ein Ernennungsverfahren vor (u.a. Nachweis von Berufsausübungsbewilligung und Weiterbildung), als dessen Ergebnis das Strassenverkehrsamt eine Liste der behandelnden Ärzte sowie der Vertrauensärzte führt und diese publiziert (Abs. 5).

Auch schon vor der auf 1. August 2011 erfolgten Anpassung der kantonalen Verordnung war das Strassenverkehrsamt zweifellos berechtigt, die vom Beschwerdeführer angefochtene Anordnung zu verfügen. Schon aufgrund des den kantonalen Behörden obliegenden Auftrags zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit und ihrer Verantwortlichkeit sind die Kantone befugt, die verkehrsmedizinischen Untersuchungen unter Heranziehung von Medizinalpersonen durchzuführen, die ihrer direkten Aufsicht unterstehen, wie dies durch den Besitz der gültigen Berufsausübungsbewilligung des Kantons Zug manifestiert wird (vgl. § 6 des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug, GesG, BGS 821.1). Der behandelnde oder der Vertrauensarzt ist gegenüber den kantonalen Behörden hinsichtlich des Ergebnisses der von ihm durchgeführten Kontrolluntersuchungen direkt verantwortlich, wobei ihm bei einer Verletzung seiner Berufspflichten als Sanktion unter bestimmten Voraussetzungen sogar die Berufsausübungsbewilligung entzogen werden kann (vgl. § 10 GesG mit der Mitteilungspflicht gemäss Abs. 3). Unter anderem kann die kantonale Behörde dem Arzt auf Begehren alle Akten zur Verfügung stellen, welche die Eignung zum Führen von Motorfahrzeugen der zu untersuchenden Person betreffen (Art. 27 Abs. 5 VZV), was ebenfalls ein besonderes Vertrauens- und Aufsichtsverhältnis gegenüber den involvierten Ärzten voraussetzt. Wichtig ist auch eine gute Weiter- und Fortbildung der untersuchenden Ärzte (Seeger, a.a.O., S. 114), was der Kanton im Rahmen seiner Verantwortlichkeit nur in seinem eigenen Herrschaftsbereich garantieren kann. Der Beschwerdeführer hat selber mit seinen Beilagen ein aufschlussreiches Zeitungsinterview mit dem zuständigen Regierungsrat Beat Villiger eingereicht, in dem dieser die Gewährleistung der Verkehrssicherheit durch die erfolgte Anpassung der kantonalen Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation bezüglich der Ernennungsvoraussetzungen und der Aus- und Weiterbildung der mit den verkehrsmedizinischen Untersuchungen betrauten Ärzte im Kanton Zug ausführlich erläutert. Diese widerlegt der Beschwerdeführer übrigens nicht substantiiert bzw. er geht nicht einmal darauf ein. Es leuchtet denn auch ohne weiteres ein, dass für die verkehrsmedizinischen

Kontrolluntersuchungen in der Regel Medizinalpersonen zu bezeichnen sind, die der direkten, besonderen Aufsicht des Kantons unterstehen.

Denn bei der Beurteilung der Fahreignung trägt der untersuchende Arzt eine grosse Verantwortung, indem er die Interessen des Individuums gegenüber demjenigen der Allgemeinheit abzuwägen hat, wobei z.B. der behandelnde Hausarzt sein übliches therapeutisches Verhältnis «unterbrechen» und für kurze Zeit die Rolle eines möglichst neutralen, objektiv urteilenden Begutachters einnehmen muss (Seeger, a.a.O., S. 106). Das vom Beschwerdeführer angeführte Prinzip der freien Arztwahl gemäss dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10, Art. 41) bezieht sich demgegenüber auf den fehlenden Kontrahierungszwang in dem Sinne, dass die Krankenkassen die Rechnungen aller Ärzte und Ärztinnen grundsätzlich zurückerstatten müssen, d.h. die Patienten und Patientinnen können frei wählen, von welcher Medizinalperson sie sich behandeln lassen wollen. Damit sollen die Anliegen jedes Patienten und jeder Patientin im Zentrum der Arzt-Patienten-Beziehung stehen, um ein bestmögliches, den Wünschen und Erwartungen der Patienten entsprechendes Behandlungsergebnis zu gewährleisten. Dieses Prinzip steht in Europa insbesondere aus Kostengründen übrigens immer wieder in der Diskussion. Vorliegend lässt sich aus der entsprechenden Regelung im Krankenversicherungsgesetz aber nichts zugunsten des Beschwerdeführers in diesem Verfahren ableiten. Nicht zu seiner persönlichen Behandlung oder medizinischen Beratung, sondern einzig zu der gesetzlich vorgeschriebenen Kontrolluntersuchung hat er sich - aufgrund seines Wohnsitzes - an einen vom Kanton Zug anerkannten Arzt zu wenden, was er zwischenzeitlich bereits getan hat. Seine vielfache Zitierung von krankenversicherungsrechtlichen Entscheiden von Bundesgericht und Menschenrechtsgerichtshof geht an der hier im Streit liegenden Sache vorbei. Es werden offensichtlich keine Grundrechte der von dieser Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer und des Beschwerdeführers tangiert oder gar verletzt. Ebenso wenig ist ein völkerrechtlicher Grundsatz ersichtlich oder vom Beschwerdeführer geltend gemacht worden, der durch die angefochtene Anordnung verletzt wäre. Nicht gefolgt werden könnte u.a. auch seinem Antrag, die Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation aufzuheben, denn hierzu ist das Verwaltungsgericht von Gesetzes wegen nicht befugt. Die Anordnung des Strassenverkehrsamtes vom 6. Juli 2011 gegenüber dem Beschwerdeführer entspricht somit klar dem Bundesrecht wie auch dem Völkerrecht. Damit muss eine Beschwerde dagegen als aussichtslos im Sinne von § 27 Abs. 1 VRG bezeichnet werden.

5. Was das weitere Vorbringen des Beschwerdeführers betrifft, das Gericht sei nicht befugt, von ihm einen Kostenvorschuss zu verlangen, so ist festzustellen,

dass gemäss § 26 Abs. 1 VRG die Behörde von demjenigen, der eine Amtshandlung beantragt oder ein Verfahren einleitet, einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen kann. Wird der verlangte Vorschuss trotz Androhung der Folgen nicht innert der angesetzten Frist geleistet, so kann die Amtshandlung unterbleiben bzw. das Verfahren abgeschrieben werden (Abs. 2). Zuständig für die Erhebung eines Kostenvorschusses ist am Verwaltungsgericht der Präsident bzw. der Kammervorsitzende (vgl. § 18 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. § 9 Abs. 2 GO). Das Verwaltungsgericht erhebt gemäss fester Praxis in den Fällen des Strassenverkehrsrechts grundsätzlich einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten, was nicht zuletzt im Interesse der Beschwerdeführer liegt, die solcherart über das mit dem Beschwerdeverfahren verbundene Kostenrisiko schon vorgängig in Kenntnis gesetzt werden.

6. Muss eine Beschwerde gegen das als Verfügung zu behandelnde Schreiben des Strassenverkehrsamtes vom 6. Juli 2011 als aussichtslos im Sinne von § 27 Abs. 1 VRG bezeichnet werden, schliesst dies die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unbeschleunigt der finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers aus. Die angefochtene Verfügung des Kammervorsitzenden vom 9. September 2011 erweist sich demzufolge vollumfänglich als rechtmässig, weshalb die dargelegte Beschwerde abzuweisen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. November 2011

V 2011 101

6. Handelsregister

Art. 21 Abs. 1 GebT – Wer eine Anmeldung an das Handelsregister einreicht oder eine Amtshandlung verlangt, haftet persönlich für die Bezahlung der Gebühren und Auslagen. Diese Regelung gilt auch für Vertreter wie z.B. Notare, wenn diese sich im Auftrag Dritter oder von sich aus an ein Handelsregisteramt wenden.

Aus dem Sachverhalt:

Am 9. Dezember 2010 reichte das Notariat A. & B. in C., die Unterlagen zur Anmeldung der X. AG, Baar, an das Handelsregister des Kantons Zug ein, mit dem Ersuchen, das Telegrammverfahren durchzuführen und ihnen nach erfolgter Eintragung einen Handelsregisterauszug zuzustellen. Mit Schreiben vom 10. August 2011 verpflichtete das Handelsregisteramt gestützt auf Art. 21 des Gebührentarifs für das Handelsregister das Notariat A & B zur Bezahlung der Gebührenrechnung in Höhe von Fr. 800.– für die Eintragung, nachdem die am 16. Dezember 2010 an

die X. AG versandte Rechnung Nr. yyy trotz mehrmaligem Mahnen und erfolgloser Betreibung nicht beglichen worden sei.

Gegen diese Verfügung erhob das Notariat A & B am 29. August 2011 beim Verwaltungsgericht Beschwerde mit dem Antrag, die Zahlungsaufforderung betreffend die Eintragungsgebühren in Sachen X. AG im Betrag von Fr. 800.– zu Lasten des Notariats A. & B. sei zurückzuziehen. Mit Vernehmlassung vom 15. September 2011 beantragte das Handelsregisteramt die vollständige Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Aus den Erwägungen:

1.

2. a) Wer zur Anmeldung einer Eintragung berechtigt oder verpflichtet ist, wer eine Anmeldung einreicht oder eine Amtshandlung verlangt, haftet gemäss Art. 21 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister vom 3. Dezember 1954 (GebT, SR 221.411.1) persönlich für die Bezahlung der Gebühren und Auslagen; mehrere Personen haften solidarisch.

b) Wie das Bundesgericht in dem von der Vorinstanz zitierten und auch bereits den Beschwerdeführern zur Kenntnis gebrachten Bundesgerichtsentscheid BGE 115 II 94 f. erwogen hat, ist der Wortlaut dieser Bestimmung eindeutig und er lässt keinen Raum für einen Streit darüber, ob sie auch für Notare gelte, wenn diese sich im Auftrag Dritter oder von sich aus an ein Handelsregisteramt wenden, um es zu einer Eintragung zu veranlassen oder von ihm eine andere Handlung zu verlangen. Dass ein solidarisch Haftender selber zur Anmeldung einer Eintragung berechtigt oder mit einem Anmeldepflichtigen identisch sein müsse, ist diesen Bestimmungen nicht zu entnehmen. Insbesondere ändert demgemäss an der Haftung der anmeldenden Person für Gebühren und Auslagen auch Art. 21 Abs. 3 GebT nichts, wonach Gebühren im voraus zu entrichten sind. Denn wenn das Amt namentlich Urkundspersonen gegenüber von einem Vorschuss absieht, heisst das nicht, dass es sie nicht für haftbar halte oder von vornherein aus der Haftung entlasse. Wie das Bundesgericht ausführte, entspricht die Auslegung nach dem Wortlaut auch dem Sinn und Zweck der Bestimmung. Die Wendung «wer eine Anmeldung einreicht oder eine Amtshandlung verlangt» wäre sinnlos und daher überflüssig, wenn tatsächliche oder scheinbare Vertreter davon auszunehmen wären. Verworfen wird vom Bundesgericht auch die Ansicht, die unmittelbare Haftung dessen, der eine Eintragung anmeldet oder vom Amt etwas anderes, z.B. Auszüge verlangt, finde im Gesetz keine Grundlage. Denn das öffentliche Register-

recht mit seinen Verfahren, die auf dem Antragsprinzip beruhen, muss seiner Natur und seinem Zweck entsprechend rasch und einfach gehandhabt werden (BGE 104 Ib 322 mit Hinweisen). Das gilt namentlich für die Eintragungen, die unverzüglich vorzunehmen sind (Art. 19 Abs. 2 HRegV) und zu den häufigsten Amtshandlungen gehören. Dazu kommt, dass die Überprüfungsbefugnis des Registerführers stark eingeschränkt ist (BGE 107 II 247 f. und BGE 91 I 362 mit Hinweisen), es folglich nicht seine Aufgabe sein kann, einem allfälligen Vertretungsverhältnis nachzuforschen, wenn nicht ersichtlich ist, für wen eine Amtshandlung beantragt wird. Das Bundesgericht hielt aufgrund der besonderen Bedürfnisse der Registerbehörden gestützt auf Art. 929 Abs. 1 OR eine autonome Haftungsregelung für rechtmässig, die unter Umständen über den Grundsatz des Art. 32 Abs. 1 OR hinausgeht. Es stellte abschliessend fest, dass diese Regelung den Registerbehörden das Gebührenwesen erheblich erleichtert und daher auch sachlich gerechtfertigt ist. Und es wies darauf hin, dass Vertreter einer persönlichen Haftung dadurch vorbeugen können, dass sie einen Vorschuss verlangen, wenn das Amt gemäss Art. 21 Abs. 3 GebT von einem solchen absieht.

c) Der Sachverhalt ist vorliegend unbestritten: Mit ihrem Schreiben vom 9. Dezember 2010 haben die Beschwerdeführer dem Amt die Gründungsbelege für die X. AG «zur Eintragung im Handelsregister» eingereicht mit dem Auftrag: «Wir bitten Sie, das Telegrammverfahren durchzuführen und uns nach erfolgter Eintragung einen Handelsregistrauszug zuzustellen». Damit haben die Beschwerdeführer die Anmeldung eingereicht bzw. eine Amtshandlung, nämlich die Eintragung und Zustellung des Registrauszuges verlangt. Am 16. Dezember 2010 wurde die Rechnung über Fr. 800.- an die X. AG in Baar zugestellt. Der Zahlungsbefehl über diesen Betrag konnte vom Betreibungsamt Baar gemäss Bescheinigung vom 8. August 2011 nicht an diese Firma zugestellt werden, worauf sich das Handelsregisteramt an die Beschwerdeführer hielt. Gestützt auf die klare Praxis des Bundesgerichts zur bundesrechtlichen Regelung im Gebührentarif erweist sich dies als rechtmässig und kann den vor Gericht vorgebrachten Argumenten der Beschwerdeführer nicht gefolgt werden. So ändert an ihrer solidarischen Haftbarkeit gegenüber dem Handelsregisteramt nichts, dass in der öffentlichen Urkunde über die Gründung der X. AG vom 9. Dezember 2010 unter Art. IX, Kosten, ausdrücklich vermerkt worden ist, dass sämtliche mit der Gründung zusammenhängenden Kosten unter solidarischer Haftbarkeit des Gründers zu Lasten der Gesellschaft gingen. Hierbei handelt es sich um eine rein interne Regelung seitens der Klientin bzw. im Verhältnis zwischen der Klientin und den Beschwerdeführern. Ebensovienig kommt etwas darauf an, dass in der Anmeldung an das Handelsregisteramt unter Ziff. 15, Gebührenadressat, ausdrücklich die X. AG vermerkt worden ist. Weiter hängt nichts davon ab, dass die Gründungsunterlagen vom Notariat mit

Schreiben vom 9. Dezember 2010 dem Handelsregisteramt Zug zur Eintragung angemeldet worden sind, ohne dass im Schreiben eine Kostengutsprache geleistet worden ist. Dass die Handelsregisterämter von Aargau, Zürich und Solothurn den Gebührenadressaten gemäss der Aussage der Beschwerdeführer «jeweils» – sei es immer oder teilweise – eine Voraus-Rechnung für die Eintragungsgebühren zustellen und die Eintragung erst nach Zahlungseingang vornehmen sollen, widerspräche weder der Ordnung im Gebührentarif noch würde es eine entsprechende Verpflichtung der kantonalen Handelsregisterämter beweisen.

Dass die Beschwerdeführer die Unterlagen mit ihrem Briefkopf selber eingereicht haben, macht sie demgemäss solidarisch haftbar für die uneinbringlich gebliebenen Gebühren. Aufgrund der klaren Rechtslage erübrigen sich Untersuchungen über die genaue Praxis der Handelsregisterämter von Zug oder von Zürich, Aargau oder Solothurn. Zudem ist aus dem im Internet-Auftritt des Handelsregisteramt des Kantons Zug enthaltenen Merkblatt über die Praxis betreffend Vorauszahlung von Handelsregistergebühren ersichtlich, dass das Handelsregisteramt Zug seine Dienstleistungen grundsätzlich im Voraus gegen Rechnung erbringt. Sofern allerdings Zweifel bestehen, ob die Gebühren gegen Rechnung bezahlt werden, wird die Eintragung erst vorgenommen, nachdem die Gebühren entrichtet worden sind. Zudem zählt das Amt eine Reihe von Ausnahmetatbeständen auf. Vorliegend mussten die Beschwerdeführer als für ihre Klientin handelndes Notariatsbüro somit damit rechnen, dass das Handelsregisteramt ihnen gegenüber im Interesse der vom Bundesgericht geschützten, kulanten und schnellen Praxis auf die Entrichtung einer Vorauszahlung verzichten würde, dass sie aber kraft der Regelung im Gebührentarif allenfalls solidarisch für die entstehenden Gebühren haftbar gemacht werden könnten.

d) Wie sich aus der Regelung im Gebührentarif und der entsprechenden Bundesgerichtspraxis ergibt, muss die Beschwerde somit vollumfänglich und unter Kostenfolgen abgewiesen werden.

3. Erweist sich der angefochtene Entscheid des Handelsregisteramtes als rechtmässig und angemessen und muss die Beschwerde abgewiesen werden, werden die Beschwerdeführer gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG kostenpflichtig. Dem Antrag des Handelsregisteramtes, es sei ihm eine Entschädigung zuzusprechen, kann nicht entsprochen werden, da es nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen im Sinne von § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG zu bezeichnen ist.

7. Steuerrecht

Art. 2 Abs. 2 lit. c ExpaV – Die Kosten für die Benützung eines Schulbuses gelten nicht als ordentliche Aufwendungen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c ExpaV. Werden sie vom Arbeitgeber rückvergütet, so müssen sie beim steuerbaren Einkommen aufgerechnet werden.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 31. März 2010 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug A. und B. die definitiven Veranlagungen für die Kantons- und Gemeindesteuern und die Direkten Bundessteuern für das Jahr 2008. Gegen diese Steuerveranlagungen liessen A und B am 29. April 2010 Einsprache erheben und beantragen, dass auf die Aufrechnung der Schulbuskosten in der Höhe von Fr. 9'720.- zum steuerbaren Einkommen zu verzichten sei. Mit Einspracheentscheid vom 3. März 2011 wies die Rechtsmittelkommission der Kantonalen Steuerverwaltung Zug die Einsprache gegen die Eröffnung der Veranlagungen vom 31. März 2010 ab. Zur Begründung wurde zusammengefasst ausgeführt, unter «ordentlichen» Aufwendungen für den Besuch einer Privatschule im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c ExpaV würden die Schulkosten im eigentlichen und unmittelbaren Sinne, d.h. insbesondere von Schulgebühren sowie Schulmaterial, verstanden. Die Schulbuskosten würden nur mittelbar mit dem Besuch der Schule zusammenfallen und seien demnach als Lebenshaltungskosten zu qualifizieren.

B. Gegen diesen Entscheid liessen A. und B. am 31. März 2011 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Rekurs einreichen und beantragen, der Einspracheentscheid vom März 2011 betreffend die Direkte Bundessteuer 2008 und Kantonssteuer 2008 der kantonalen Steuerverwaltung Zug sei vollumfänglich aufzuheben; die Schulbuskosten seien als Schulkosten anzuerkennen und nicht beim Einkommen aufzurechnen. Zur Begründung wird zusammengefasst angeführt, da die Familie in absehbarer Zeit wieder nach England zurückkehren werde, würden die Kinder eine internationale Privatschule besuchen. Diese seien in der Schweiz äusserst rar, weshalb seitens der Schule gegen Entgelt ein Schulbus zur Verfügung gestellt werde. Im vorliegenden Fall sei die «International School of Zug and Luzern» 14 Kilometer vom Wohnort entfernt, weshalb man gezwungen sei, diesen Schulbus in Anspruch zu nehmen. Die Schulbusgebühren für D. und E. würden zusammen mit den Schulgebühren der X. AG in Rechnung gestellt. Für den Rekurrenten gelte die Verordnung über den Abzug besonderer Berufskosten bei der direkten Bundessteuer von vorübergehend in der Schweiz tätigen leitenden

Angestellten, Spezialisten und Spezialistinnen (gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a Expav). Zu den besonderen Berufskosten im Sinne der Expav zählten gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c auch die Aufwendungen für den Besuch einer fremdsprachigen Privatschule durch die minderjährigen Kinder der Expatriates, sofern die öffentlichen Schulen keinen adäquaten Unterricht anbieten würden. Im Ruling betreffend die Expatriates im Zusammenhang mit der Gründung der X. AG vom Dezember 2004 sei ebenfalls festgehalten worden, dass die effektiven Schulkosten vom Arbeitgeber übernommen bzw. rückvergütet würden. Im Übrigen sähen sogar verschiedene Volksschulverordnungen vor, dass unentgeltlich ein Schulbus zur Verfügung gestellt werde, sofern der Schulweg für die Kinder zu riskant sein sollte (so z.B. § 8 Abs. 3 der Volksschulverordnung des Kantons Zürich). Daraus werde ersichtlich, dass selbst für öffentliche Schulen, welche weitaus weiter verbreitet seien als die internationalen Schulen, die Notwendigkeit eines Schulbusses gesehen werde und hierfür sogar die Kosten von der Allgemeinheit übernommen würden. Der Arbeitgeber des Rekurrenten habe die Schulkosten samt der Buskosten ohne weiteres übernommen. Diese Kosten für den Schulbus würden wegen ihres engen Zusammenhangs auch zusammen mit den Schulbesuchskosten in Rechnung gestellt. Im Übrigen stellten viele internationale Schulen ihre Rechnungen als Pauschale aus, in welcher die Schulbuskosten bereits enthalten seien. Diese Pauschalen würden von den Steuerbehörden anerkannt. Es könne nun nicht sein, dass die steuerliche Behandlung von Schulbuskosten anders sei, nur weil diese auf der Rechnung der Schule separat ausgewiesen seien.

C. Mit Vernehmlassung vom 20. April 2011 beantragt die Rechtsmittelkommission der kantonalen Steuerverwaltung die Abweisung des Rekurses und im Übrigen die Bestätigung des Einspracheentscheides der Steuerverwaltung.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Die Verordnung über den Abzug besonderer Berufskosten bei der direkten Bundessteuer von vorübergehend in der Schweiz tätigen leitenden Angestellten, Spezialisten und Spezialistinnen vom 3. Oktober 2000 (Expatriates-Verordnung, Expav; SR 642.118.3) gilt gemäss Art. 1 Abs. 1 Expav für leitende Angestellte, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber vorübergehend in die Schweiz entsandt werden (lit. a) und für Spezialisten und Spezialistinnen aller Art, die in der Schweiz eine zeitlich befristete Aufgabe erfüllen. Als solche gelten Arbeitnehmende, die auf Grund ihrer besonderen beruflichen Qualifikation typischerweise international eingesetzt werden, sowie Personen, die in ihrem Wohn-

sitzstaat selbstständig erwerbstätig sind und zur Erledigung einer konkreten, zeitlich befristeten Aufgabe in der Schweiz als Arbeitnehmende erwerbstätig sind (lit. b). Durch die vorübergehende oder zeitlich befristete Erwerbstätigkeit können im Vergleich zur üblichen unselbstständigen Erwerbstätigkeit zusätzliche Berufskosten im Sinne von Artikel 26 DBG entstehen, die gegenüber den in der Verordnung vom 10. Februar 1993 über den Abzug von Berufskosten der unselbstständigen Erwerbstätigkeit bei der direkten Bundessteuer geregelten allgemeinen Berufskosten als besondere Berufskosten bezeichnet werden (Art. 1 Abs. 2 Expav). Als vorübergehend oder zeitlich befristet gilt eine auf höchstens fünf Jahre befristete Erwerbstätigkeit. Der Anspruch auf Unterstellung unter diese Verordnung endet in jedem Fall, wenn die befristete Erwerbstätigkeit durch eine dauernde Tätigkeit abgelöst wird (Art. 1 Abs. 3 Expav).

b) Gemäss Art. 2 Abs. 2 Expav gelten als besondere Berufskosten von in der Schweiz wohnhaften Expatriates die Kosten für den Umzug in die Schweiz und zurück in den früheren ausländischen Wohnsitzstaat sowie die Hin- und Rückreisekosten des Expatriate und seiner Familie bei Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses (lit. a), die angemessenen Wohnkosten in der Schweiz bei nachgewiesener Beibehaltung einer ständigen Wohnung im Ausland (lit. b) und die ordentlichen Aufwendungen für den Besuch einer fremdsprachigen Privatschule durch die minderjährigen Kinder, sofern die öffentlichen Schulen keinen adäquaten Unterricht anbieten (lit. c).

3. Im vorliegenden Verfahren besteht zwischen den Parteien Einigkeit bezüglich der grundsätzlichen Einstufung der Schulkosten für die beiden Kinder D und E für ihren Aufenthalt an der «International School of Zug and Luzern» als besondere Berufskosten im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c Expav. Strittig ist einzig die Frage der Abziehbarkeit der Schulbuskosten. Die Rekurrenten machen hierzu geltend, die Kosten für den Transport der Kinder zur «International School of Zug and Luzern» fielen ebenfalls unter Art. 2 Abs. 2 lit. c Expav und seien somit nicht beim steuerbaren Einkommen aufzurechnen. Die Rekursgegnerin vertritt ihrerseits die Auffassung, bei diesen Kosten handle es sich gemäss fester Einschätzungspraxis des Kantons Zug nicht mehr um ordentliche Aufwendungen im Sinne dieser Bestimmung.

a) Der Abzug besonderer Berufskosten ist gemäss Art. 2 Abs. 3 Expav zulässig, wenn sie vom Expatriate selbst bezahlt und vom Arbeitgeber entweder nicht (lit. a) oder in Form einer Pauschale (lit. b) zurückerstattet werden. Gemäss Ziff. 2.3.2 des von den Rekurrenten eingereichten Reglements «Zusammenfassung / Antrag Neugründung des X Y. AG: Steuerstatus, zusätzliche Berufsauslagen für Expatriates und Spesenreglement» vom 3. Dezember 2004 werden die effektiven

Kosten für Privatschulen, die einen Unterricht in einer anderen Sprache als den vier Landessprachen der Schweiz anbieten, von der Arbeitgeberin gemäss Spe-
senreglement rückvergütet. Somit ist die Voraussetzung von Art. 2 Abs. 3 ExpaV
vorliegend erfüllt und diejenigen Kosten, bei denen es sich um besondere Berufs-
kosten im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c ExpaV handelt, sind abziehbar. Nachfol-
gend ist somit einzig zu beurteilen, ob die Schulbuskosten ordentliche Aufwen-
dungen gemäss besagter Bestimmung darstellen.

b) In der Gesetzgebung ist nicht abschliessend geregelt, welche Kosten unter
die ordentlichen Aufwendungen für den Besuch einer fremdsprachigen Privat-
schule durch die minderjährigen Kinder im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c ExpaV
fallen, weshalb die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreits in erster Linie Aus-
legungssache ist. Die Rekursgegnerin vertritt die Auffassung, unter dem Begriff
«ordentliche» Aufwendungen seien jene Kosten zu verstehen, welche im Rahmen
eines Schulbesuches üblicherweise entstünden, d.h. grundsätzlich für jedermann
gleich hoch ausfielen und nicht auf individuelle Verhältnisse zurückzuführen
seien. Hierzu würden insbesondere Schulgebühren sowie Schulmaterial zählen.
Schulbuskosten gründeten demgegenüber auf individuellen Begebenheiten. Der
Wortlaut der Regelung von Art. 2 Abs. 2 lit. c ExpaV könnte an und für sich auch
derart ausgestaltet sein, dass lediglich allgemein von Aufwendungen die Rede sei.
Der Umstand, dass der Ausdruck «ordentliche» beigefügt worden sei, zeige klar
auf, dass der Gesetzgeber den Abzug von Schulkosten begrenzen und ein Aus-
ufern in der Rechtsanwendung habe verhindern wollen.

c) Nach Auffassung des Gerichts ist diese Auslegung schlüssig und entspricht
dem Sinn der fraglichen Regelung. Es gibt daher keinen Grund von der langjähri-
gen Praxis der Zuger Steuerbehörden abzuweichen, Schulbuskosten nicht als or-
dentliche Aufwendungen gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c ExpaV zuzulassen. In der Tat
ist der Ausdruck «ordentliche» Aufwendungen so zu verstehen, dass nur diejeni-
gen Kosten zuzulassen sind, welche für sämtliche Schüler im ungefähr gleichen
Umfang anfallen. Eine andere, individuellere Betrachtungsweise würde die Gefahr
einer allzu ausufernden Praxis beinhalten. Eine eher restriktive Auslegung ist fer-
ner auch unter Berücksichtigung der Tatsache angezeigt, dass generell umstritten
ist, ob die Abzugsfähigkeit von Schulgeldern nur bei Expatriates überhaupt im
Einklang mit dem Gleichbehandlungsgebot steht, da bei Nicht-Expatriates solche
Kosten regelmässig nicht zum Abzug zugelassen werden (vgl. hierzu Richner, Frei,
Kaufmann, Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Auflage, Art. 26 N 54).

d) Die Vorbringen der Rekurrenten vermögen an dieser Beurteilung nichts zu
ändern. Es erscheint auf den ersten Blick zwar als logisch, die Schulbuskosten zu

den ordentlichen Aufwendungen für den Schulbesuch zu zählen, da sie deswegen überhaupt erst entstehen. Zu beachten ist jedoch, dass diese Kosten für andere Schulkinder gar nicht oder lediglich in geringerem Masse anfallen. Eltern, die ihre Kinder per Privatauto zur Schule bringen, können diese Kosten auch nicht als Berufskosten abziehen. Die Kosten für den Transport der Kinder zur Schule sind entgegen der Auffassung der Rekurrenten trotz des engen Zusammenhanges nicht generell Bestandteil der Schulkosten. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Kosten für den Schulbus von gewissen Schulen zusammen mit den Schulbesuchskosten in Rechnung gestellt werden. Gänzlich unbehelflich ist der Hinweis der Rekurrenten auf die Volksschulverordnung des Kantons Zürich, wonach unentgeltlich ein Schulbus zur Verfügung gestellt werde, sofern der Schulweg für die Kinder zu riskant sein sollte. Für das Gericht ist nicht ersichtlich, inwiefern dieser Umstand eine Auswirkung auf die steuerliche Behandlung der besonderen Berufskosten von Expatriates haben sollte. Wenn die Rekurrenten schliesslich ausführen, dass viele internationale Schulen ihre Rechnungen als Pauschale ausstellen würden, in welcher die Schulbuskosten bereits enthalten seien, und dass diese Pauschalen von den Steuerbehörden anerkannt würden, so muss dem mit der Rekursgegnerin entgegengehalten werden, dass mit diesem Argument eine nicht zulässige Gleichbehandlung im Unrecht gefordert wird, welcher nicht stattgegeben werden kann. Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch noch der Umstand, dass der Wohnort der Rekurrenten und die Schule der Kinder gut miteinander durch den öffentlichen Verkehr verbunden sind, so dass die Kinder ohne Probleme auch mit dem öffentlichen Verkehr zur Schule gelangen könnten.

4. Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass die Rekurrenten mit ihrem Antrag nicht durchzudringen vermögen und somit der Einspracheentscheid der Vorinstanz zu bestätigen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Juli 2011

A 2011 / 5

§§ 193 und 196 StG – Der Wert von abgebrannten oder abgebrochenen Gebäulichkeiten kann bei der Grundstückgewinnsteuer nicht berücksichtigt werden. Nach dem Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse können Aufwendungen für Bauten, die im Handänderungszeitpunkt nicht mehr vorhanden sind, nicht den Anlagekosten zugerechnet werden (Erw. 2). Es ist Aufgabe der steuerpflichtigen Person Aufwendungen, die den Grundstücksgewinn mindern, hinsichtlich Bestand und Umfang nachzuweisen. Weiter ist es dann Aufgabe der Grundstückgewinnsteuer-Kommission dem Steuerpflichtigen unter Hinweis auf seine Mitwirkungspflicht Frist anzusetzen, innert der er die erforderlichen Belege und Beweise vorlegen muss (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Kaufvertrag vom 11.1.2009 verkaufte A.B. an C. D. das Grundstück GS Nr. 123 in der Gemeinde G. (Einfamilienhaus mit Gartenanlage, Strasse, Weg und Wasserbecken an der Müllergasse in G.). Der Kaufpreis belief sich auf Fr. 4'483'000.–. Am 8. Juni 2009 reichte A.B. beim Grundstückgewinnsteueramt der Gemeinde G. die Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer ein. Darin bezifferte sie die Anlagekosten mit Fr. 3'375'035.– und den Grundstücksgewinn mit Fr. 1'107'965.–. Mit Veranlagungsverfügung vom 28. September 2009 legte die Grundstückgewinnsteuer-Kommission (in Folge als Kommission bezeichnet) den Grundstücksgewinn auf Fr. 1'698'934.– fest und die Anlagekosten auf Fr. 2'784'066.–. Gegen diese Veranlagung liess A.B. am 29. Oktober 2009 Einsprache einreichen und beantragen, der Verkehrswert der alten Liegenschaft sei vollumfänglich anzurechnen und bei den Gebäudekosten seien auch die Baunebenkosten, die ca. 10 % der Gebäudekosten betragen würden, total ein Betrag von Fr. 2'800'800.– anzurechnen. Mit Entscheid vom 17. Mai 2010 hiess die Kommission die Einsprache insofern teilweise gut, als sie Anlagekosten in der Höhe von Fr. 2'949'066.– akzeptierte und den Grundstücksgewinn mit Fr. 1'533'934.– bezifferte. Die Kommission stellte unter anderem fest, ohne Präjudizierung sei man bereit, den Versicherungswert und zusätzlich die belegten Umgebungsarbeiten als Anlagekosten einzusetzen. Beim Verkehrswert vor 25 Jahren könne der Gebäudewert des alten Hauses nicht berücksichtigt werden.

B. Gegen diesen Einspracheentscheid liess A.B. am 24. Juni 2010 beim Verwaltungsgericht Rekurs einreichen und beantragen, in Gutheissung des Rekurses seien bei den Anlagekosten der Verkehrswert der alten Liegenschaft (Baujahr 1973) mit Fr. 332'860.– und die Bauneben- und Umgebungskosten sowie die Kosten für die Herstellung des Schwimmbades im Betrag von total Fr. 204'500.– zu berücksichtigen. Zur Begründung lässt sie ausführen, wenn die Besitzesdauer län-

ger als 25 Jahre sei, so sei der Verkehrswert vor 25 Jahren beizuziehen. Das 1973 erbaute Haus sei vom Verkäufer bewohnt und während der gesamten Zeit sei der Eigenmietwert und der Steuerwert als Vermögen versteuert worden. Als Privatbesitz habe der Verkäufer die Liegenschaft nicht amortisieren können. Eine Sanierung des alten Einfamilienhauses sei 1992 nicht mehr in Frage gekommen. Einerseits werde heute der Bau von ökologischen Häusern unterstützt, andererseits würden die willigen Bauinvestoren bestraft, indem der Verkehrswert der alten Liegenschaft nicht mehr anerkannt werde. Der Vertreter führt weiter aus, die Kommission begründe die Nichtanerkennung des Wertes des abgerissenen Einfamilienhauses mit einem Verwaltungsgerichtsentscheid aus dem Kanton Zürich. Das Zürcher Grundstücksteuergesetz sei aber nicht das gleiche wie das zugerichene. Unter anderem werde der Verkehrswert vor 20 statt vor 25 Jahren festgesetzt. Es stehe den Gemeinden nicht zu, willkürlich ausserkantonale Begründungen heranzuziehen, damit sie mehr Steuereinnahmen generieren könnten. Es sei daher der Verkehrswert der Liegenschaft mit dem alten Gebäude vor 25 Jahren gemäss dem kantonalen Steuergesetz von Zug anzuerkennen. Die Bauabrechnung werde wegen des Fehlens von Rechnungen nicht anerkannt und statt dessen werde der Bauwert gemäss Gebäudeversicherung eingesetzt. Bei diesem Wert würden aber die Bau- und Umgebungskosten fehlen. Gemäss dem Schweizerischen Schätzerhandbuch setze sich der Wert der Liegenschaft wie folgt zusammen: Grundstück (Verkehrswert vor 25 Jahren), Abbruchkosten und Pfählung Fr. 165'000.–, Baukosten (Gebäudeversicherungswert), Betriebseinrichtung (Schwimmbad), Badewasertechnik, Schwimmbad, Abdeckung (Fr. 83'720.–) anerkannt, Umgebung Rollrasen (Fr. 11'500.– anerkannt) sowie Bewilligungskosten, Anschlussgebühren, Versicherungen etc. Die Kosten der letzten beiden Positionen würden sich erfahrungsgemäss auf ca. 10 % des Gebäudeversicherungswertes von Fr. 2'334'000.–, d.h. Fr. 233'400.– belaufen. Von diesen Kosten sei nur der Rollrasen anerkannt. Alle anderen Kosten seien nicht aufgerechnet worden. Diese Aufwendungen könnten auch heute noch durch die Schätzer des Steueramtes nachvollzogen werden.

C. Mit Vernehmlassung vom 24. August 2010 beantragt die Kommission die Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekurrentin.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss § 189 Abs. 1 StG unterliegen die Gewinne, die aus der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens oder von Anteilen an solchen erzielt

werden, der Grundstückgewinnsteuer. Grundstücksgewinn ist der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) übersteigt (§ 193 StG). Als Erwerbspreis gilt der Kaufpreis mit allen weiteren Leistungen der erwerbenden Person (§ 195 Abs. 1 StG). Liegt die Handänderung mehr als 25 Jahre zurück, kann die steuerpflichtige Person anstelle des Erwerbspreises den Verkehrswert des Grundstücks vor 25 Jahren in Anrechnung bringen (§ 195 Abs. 2 StG).

a) Im Grundstückgewinnsteuerrecht gilt der Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse. Dieser verlangt, dass sich Erlös und Anlagewert in der Regel auf das umfänglich und inhaltlich gleiche Grundstück beziehen. Hat sich dessen tatsächliche oder rechtliche Beschaffenheit während der massgebenden Besitzesdauer verändert, so sind durch Zu- oder Abrechnungen vergleichbare Verhältnisse herzustellen (StE 2000, B 44.1 Nr. 7 Erw. 2a). Als Bezugspunkt für den Vergleich gilt jener Zustand des Grundstücks, der die Grundlage für die Kaufpreisgestaltung bei der Veräusserung gebildet hat. War z.B. ein Grundstück im Erwerbszeitpunkt vor 25 Jahren mit einer inzwischen abgebrannten oder abgebrochenen Baute überbaut und wurde während der Besitzesdauer das Gebäude neu errichtet, so kann als Anlagewert nur der Landwert einerseits und die neue Baute als wertvermehrnde Aufwendungen andererseits berücksichtigt werden. Der Wert der abgebrannten oder abgebrochenen Gebäulichkeiten kann bei der Grundstückgewinnsteuer nicht berücksichtigt werden. Aufwendungen für Bauten, die im Handänderungszeitpunkt nicht mehr vorhanden sind, können nicht den Anlagekosten zugerechnet werden (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2.A., Zürich 2006, § 219 N 21).

b) Aus den Akten ergibt sich, dass auf dem Grundstück Nr. 123 ein Einfamilienhaus stand, welches gemäss den Angaben der Gebäudeversicherung im Jahre 1984 einen Neuwert von Fr. 374'000.- hatte. Gemäss der Baubewilligung vom 3. Dezember 1991 wurde dieses Haus jedoch abgerissen und durch das Einfamilienhaus ersetzt, welches die Rekurrentin jetzt an C. D. verkauft hat. Nach dem Grundsatz der Kongruenz kann diese frühere Baute, die abgerissen und durch eine neue ersetzt wurde, bei den Anlagekosten nicht mehr berücksichtigt werden. Da hilft auch der Hinweis auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 22. August 2000 (GVP 2000, 45 f.) nicht weiter, in dem das Gericht den Anlagewert eines abgebrochenen Gebäudes ausnahmsweise als zur Anrechnung zugelassen bezeichnet hatte. Allerdings kann dieser Entscheid nicht mit dem vorliegenden Fall verglichen werden. Damals ging es um den Anlagewert eines Wohnhauses mit Ladenlokal, welches der Käufer im Einverständnis des Verkäufers schon vor dem Abschluss des Kaufvertrags abgebrochen hat, nachdem Nutzen und Schaden für

die Käuferschaft ausnahmsweise auch schon vorher übergegangen waren. Faktisch hat man damals zivilrechtlich ein Grundstück mit einem Wohnhaus inklusive Ladenlokal verkauft, dieses anschliessend abgebrochen und erst dann den Kaufvertrag abgeschlossen. Zu Recht ist daher damals der Wert des alten Hauses berücksichtigt worden. Im vorliegenden Fall ist jedoch von der Liegenschaft vor 25 Jahren, d.h. im Jahr 1984, nur noch der Grund und Boden und ein im Jahr 1992/93 erstelltes neues Einfamilienhaus vorhanden. Nach dem Grundsatz der Kongruenz des Grundstückgewinnsteuerrechts kann unter diesen Umständen der Wert des damaligen Gebäudes nicht mehr als Aufwendung berücksichtigt werden.

3. Gemäss § 196 Abs. 1 lit. a sind als Aufwendungen die Aufwendungen für Bauten, Umbauten, Meliorationen, Erschliessungskosten sowie Aufwendungen, die zu einer dauernden und wertvermehrenden Verbesserung des Grundstücks führen, anrechenbar. Massgebend sind die vom Eigentümer oder der Eigentümerin effektiv an Dritte bezahlten Beiträge.

...

a) Am 8. Juni 2009 reichte die Rekurrentin bei der Kommission die Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer ein. Darin bezifferte sie die Aufwendungen für Bauten, Umbauten, Erschliessungen und andere dauernde wertvermehrende Verbesserungen mit Fr. 2'686'341.-. Der Steuererklärung beigelegt wurde eine als «Bauabrechnung» bezeichnete Zusammenstellung vom 28. Mai 2009 über den Betrag von Fr. 2'696'341.20. Diese «Bauabrechnung» besteht aus 47 Rechnungspositionen, von denen 29 durch Rechnungen und Offerten mehr oder weniger belegt sind (die Feststellung «mehr oder weniger» ist hier deshalb zutreffend, weil sich Offerten in der Regel nicht eignen, um den Nachweis der Bezahlung von effektiv erbrachten Leistungen zu erbringen). Bei den restlichen Rechnungspositionen handelt es sich um pauschalisierte Annahmen, die insgesamt einen Betrag von Fr. 835'000.- ausmachen, d.h. es liegen insgesamt nur für den Betrag von Fr. 1'861'341.- Belege vor, mit deren Hilfe man die exakten Baukosten eruieren kann. Im Veranlagungsentscheid vom 2. Oktober 2009 setzt die Kommission die anrechenbaren Anlagekosten auf 2'429'220.- fest, wobei sie vom Schätzwert der Gebäudeversicherung vom 1. Mai 1993 im Betrag von Fr. 2'334'000.- ausgeht und zusätzlich für die Umgebung und das Wasserbecken die durch Belege nachgewiesenen Kosten einsetzt. Im Einspracheentscheid korrigierte die Kommission den Betrag nochmals zu Gunsten der Rekurrentin und rechnete zusätzlich noch die Kosten gemäss Beleg 2 für Abbruch, Pfählungen und Baugrubenaushub hinzu, womit sich ein Betrag für Bauten und Wertvermehrung von Fr. 2'594'220.- ergab.

b) In ihren Rechtsschriften lässt die Rekurrentin ausführen, die Kosten für die Baukostenpositionen 4 und 5 (Umgebung und Bewilligungen) würden sich gemäss der Erfahrung der Schätzer auf ca. 10 % des Gebäudeversicherungswertes belaufen, was vorliegend einem Betrag von Fr. 233'400.– entspreche. Auch die Kosten für die Herstellung des Schwimmbades von Fr. 20'000.– seien einzurechnen. Unter Abzug der Positionen Rollrasen von Fr. 11'500.– und der Anschlussgebühren des vorherigen Hauses ergebe sich ein Betrag von zusätzlich Fr. 204'500.–, der mit einzurechnen sei. Die Kommission führt diesbezüglich aus, bei der Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer versuche sie beim Fehlen von Belegen die Anlagekosten nach dem Grundsatz der Plausibilität anzuerkennen. Man habe deshalb den Gebäudeversicherungswert 1993 für das Haus von Fr. 2'334'000.– als Anlagekosten akzeptiert und die mit Belegen ausgewiesenen zusätzlichen Umgebungskosten akzeptiert. Weiter könne die Kommission beim Fehlen von Belegen nicht gehen... .

c) Der grammatikalische Wortlaut und der Sinn der Bestimmung von § 196 Abs. 1 lit. a Satz 2 StG sind eindeutig und lassen den anwendenden Steuerbehörden wenig Spielraum. Massgebend für die Berechnung der abzugsfähigen Aufwendungen sind die vom steuerpflichtigen Eigentümer effektiv an Dritte bezahlten Beträge. Man spricht in diesem Zusammenhang vom Prinzip der effektiven Kostenanrechnung. Da die anrechenbaren Aufwendungen gemäss § 196 StG den Grundstücksgewinn mindern, wird vom steuerpflichtigen Veräusserer aufgrund seiner Mitwirkungspflicht verlangt, dass er die zugrunde liegenden Tatsachen hinsichtlich Bestand und Umfang nachweist. Dazu gehört in erster Linie, dass er die Beweismittel beschafft oder bezeichnet, anhand derer er die Richtigkeit seiner Behauptungen nachweisen will. Es gehört in erster Linie zu den zumutbaren Pflichten des Steuerpflichtigen, die Bauabrechnung für die Ermittlung der wertvermehrenden Aufwendungen einzureichen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 221 N 16 f.). Erweisen sich die angebotenen Beweismittel als ungenügend, so hat nicht die Rekursbehörde von Amtes wegen eine Untersuchung zu führen, um die fehlenden Grundlagen zu beschaffen, denn eine unvollständige Sachdarstellung kann nicht im Beweisverfahren vor der Rekursinstanz nachgeholt werden. Kommt die steuerpflichtige Person ihren Aufgaben bezüglich Beweislast nicht nach, so haben die entsprechenden Aufwendungen unberücksichtigt zu bleiben. Soweit dem Steuerpflichtigen die Beweisleistung aber aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nicht möglich oder nicht zumutbar ist, kann er sich – hinreichende Schätzungsgrundlagen vorausgesetzt – auch auf eine Schätzung berufen, wobei der blosser Hinweis auf den Gebäudeversicherungswert weder eine hinreichende Substanziierung der anrechenbaren Aufwendungen noch ein tauglicher Nachweis von solchen ist. Der vom Gesetzestext geforderte Regelfall ist aber

der Nachweis der geltend gemachten Aufwendungen durch die Vorlage quittierter Rechnungen oder anderer Zahlungsbelege. Eine nicht mit einer Quittung versehene Rechnung bildet keinen Nachweis für die Zahlung. Von einem Hauseigentümer wird erwartet, dass er die entsprechenden Belege aufbewahrt. Selbstverständlich besteht auch die Möglichkeit, sich die Bezahlung nachträglich durch den Gläubiger bestätigen zu lassen. Ebenfalls genügt die Vorlage einer vom zuständigen Architekten visierten Bauabrechnung (vgl. hierzu Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., N 18 f.).

d) Die von der Rekurrentin eingereichte Bauabrechnung genügt diesen Anforderungen nur in einzelnen Teilen. Die 47 geltend gemachten Beträge der beigelegten Baukostenabrechnung basieren nur gerade zu knapp einem Drittel effektiv auf Rechnungen, die als Beweis beigebracht werden konnten. Bei den übrigen Positionen wird unter dem Titel «Offerten» und «Annahme» mit Beträgen gearbeitet, die nicht mittels Rechnung nachgewiesen sind. Die Kommission hat diese Bauabrechnung richtigerweise nicht als Beweis für die anrechenbaren Aufwendungen akzeptiert. Stattdessen hat sie mit Hilfe des Gebäudeversicherungswertes die Anlagekosten nach dem Plausibilitätsgrundsatz festgelegt und durch einzelne Positionen wie Rollrasen, Badewassertechnik und Schwimmbadabdeckung ergänzt. Dies ist aber nur ausnahmsweise zulässig. Kommt nämlich die steuerpflichtige Person trotz Mahnung ihren Verfahrenspflichten – dazu gehört die Auflage von Rechnungsbelegen für die zum Abzug geltend gemachten Aufwendungen – nicht nach und können in der Folge die Steuerfaktoren mangels zuverlässiger Unterlagen nicht einwandfrei ermittelt werden, so hat die Kommission die Veranlagung nach pflichtgemäßem Ermessen vorzunehmen. Aus den Akten kann nicht entnommen werden, dass die Kommission die Rekurrentin zur Einreichung der fehlenden Unterlagen aufgefordert hätte. Die Steuerbehörde muss aber dem Steuerpflichtigen – unter Hinweis auf seine Mitwirkungspflichten – Frist ansetzen, innert der er die erforderlichen Belege und Beweise vorlegen muss, bevor sie eine Einschätzung nach pflichtgemäßem Ermessen z.B. unter Berücksichtigung des Gebäudeversicherungswertes vornimmt.

...

Art. 29 Abs. 2 BV, § 134 Abs. 2 StG – Die gesetzliche Regelung, wonach die steuerpflichtige Person berechtigt ist, ihre Einsprache mündlich zu vertreten, bedeutet nicht, dass im Einspracheverfahren jede einsprechende Person mündlich angehört werden muss (Erw. 4).

Aus den Erwägungen:

...

4. a) Mit Replik vom 24. März 2011 macht der Rekurrent geltend, er sei zu seiner Steuererklärung weder im Veranlagungs- noch im Einspracheverfahren befragt worden. Er sei weder um eine Erklärung gebeten noch sei irgendeine Anfrage an ihn gerichtet worden. Er macht somit sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.

b) Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juli 2007, 1P.26/2007, Erw. 3.1 mit Hinweisen). Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Behörde sich in ihrem Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinander setzt und jedes Vorbringen ausdrücklich widerlegt.

c) Im vorliegenden Fall ist das rechtliche Gehör in keiner Weise verletzt worden. Nach Art. 134 Abs. 2 StG ist die steuerpflichtige Person zwar berechtigt, ihre Einsprache vor der Steuerverwaltung mündlich zu vertreten. Daraus ergibt sich jedoch nicht im Umkehrschluss, dass die Steuerbehörde den Steuerpflichtigen zu jeder strittigen Frage mündlich befragen muss. Wenn man berücksichtigt, dass die Steuerbehörde bei der überwiegenden Mehrheit aller eingereichten Steuererklärungen zumindest kleinere Änderungen vornimmt, so wird schnell klar, dass es schon aus zeitlichen und personellen Gründen unmöglich wäre, dazu jedes Mal eine mündliche Verhandlung oder Befragung durchzuführen. Wenn ein Steuerpflichtiger dies wünscht, muss er daher von sich aus eine solche Anhörung bean-

tragen, was der Rekurrent hier zu keinem Verfahrenszeitpunkt getan hat. In der Praxis ist der Verfahrensablauf im Steuerwesen dergestalt, dass die Steuerbehörde eine Veranlagung erlässt, in welcher die vorgenommenen Korrekturen schriftlich festgehalten werden. Dagegen kann der Steuerpflichtige bei der Rekurskommission Einsprache und später allenfalls auch noch beim Verwaltungsgericht Rekurs erheben und seine Argumentation ausführlich vorbringen. Dies war denn auch vorliegend der Fall, weshalb keine Gehörsverletzung vorliegt.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. September

A 2010 / 27

Art. 144 Abs. 1 DBG und § 120 Abs. 1 StG – Die Kosten des Beschwerde- bzw. Rekursverfahrens werden in der Regel der unterliegenden Partei ganz bzw. bei teilweiser Guttheissung im Verhältnis des Obsiegens auferlegt. Voraussetzungen, unter denen die Kosten den obsiegenden Rekurrenten trotzdem vollumfänglich auferlegt werden können (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 10. Dezember 2009 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug F. L. und G. L. die definitiven Veranlagungen für die Kantons- und Gemeindesteuern und die Direkte Bundessteuer für das Jahr 2007. Gegen diese Steuerveranlagungen liessen die Steuerpflichtigen am 11. Januar 2010 Einsprache erheben, da geltend gemachte Krankheitskosten (Rechnungen von Dr. med. A. B. von Fr. 1'200.- bzw. Fr. 1'629.-, sowie eine Rechnung des Universitätsspitals Zürich von Fr. 36'138.-) zu Unrecht nicht zum Abzug zugelassen worden seien. Mit Einspracheentscheid vom 23. März 2011 hiess die Rechtsmittelkommission der Kantonalen Steuerverwaltung Zug die Einsprache insofern teilweise gut, als dass die erwähnten Rechnungen von Dr. med. A. B. als Krankheitskosten anerkannt wurden. Im Übrigen wurde die Einsprache abgewiesen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, dass betreffend der Rechnung des Universitätsspitals zwar eine ärztliche Bestätigung vorliege, in welchem in einem medizinischen Eingriff die Rede sei, dass jedoch genaue Angaben bezüglich Diagnose/Krankheitsbild und Art des Eingriffs fehlen würden. Aufgrund der vorhandenen Unterlagen könne nicht abschliessend beurteilt werden, ob die entsprechenden Kosten als abzugsfähige Krankheitskosten qualifiziert werden könnten. Aufgrund der ungenügenden Information durch die Steuerpflichtigen könnten die fraglichen Aufwendungen von Fr. 36'138.- somit nicht als Krankheitskosten anerkannt werden.

B. Gegen diesen Einsprachentscheid liessen F. L. und G. L. am 20. April 2011 Rekurs erheben und beantragen, es seien die gesamten ungedeckten Krankheitskosten von Fr. 48'034.– unter Berücksichtigung von 5 % der Ziff. 21 der Steuererklärung von Fr. 13'077.– gemäss Veranlagung mit Fr. 34'957.– zum Abzug zuzulassen und das steuerbare Einkommen 2007 bei der Kantons- und Gemeindesteuer mit Fr. 213'189.– und bei der Direkten Bundessteuer mit Fr. 220'959.– festzulegen. Zur Begründung wurde angeführt, G. L. habe sich im Jahre 2007 einer Operation unterziehen müssen, welche gemäss Schreiben von Herrn Dr. med. A. B. Zürich, mit klarer Indikation wegen chronischer Erkrankung unter Berücksichtigung von Persönlichkeitsgründen bestätigt worden sei. Damals sei dieser Eingriff nicht durch die Krankenkasse bezahlt worden. Wie so oft habe es bei neuen medizinischen Behandlungsformen einer gewissen Laufzeit bedurft, bis diese durch die Krankenkasse vergütet würden. Würde sich G. L. heute dieser Operation unterziehen müssen, so würden die Kosten neu ab dem Jahr 2011 durch die Krankenkassen vollumfänglich als Pflichtleistung übernommen.

C. Mit Vernehmlassung vom 2. Mai 2011 beantragte die Rechtsmittelkommission der kantonalen Steuerverwaltung die Abweisung des Rekurses und im Übrigen die Bestätigung des Einspracheentscheides der Steuerverwaltung vom 23. März 2011; dies unter Kostenfolgen zu Lasten der Rekurrenten. Mit Replik vom 17. August 2011 halten die Rekurrenten an ihrem bisherigen Antrag und den diesbezüglichen Ausführungen fest. Zudem wurden als weitere Unterlagen ein Konsiliar-Bericht, erstellt durch Dr. med. A. B., der Austrittsbericht des Universitätsspitals Zürich vom 30. März 2007 und ein Auszug aus der Schweizerischen Ärztezeitung eingereicht. Mit Duplik vom 24. August 2011 beantragt die Rechtsmittelkommission der kantonalen Steuerverwaltung die Gutheissung des Rekurses vom 20. April 2011; dies jedoch unter Kostenfolge zu Lasten der Rekurrenten. Zur Begründung wird angeführt, die Steuerverwaltung habe die Anerkennung der fraglichen Aufwendungen von Fr. 36'138.– als Krankheitskosten bis anhin verweigert mit der Begründung, dass mangels Vorliegen einer Diagnose bzw. eines zugrunde liegenden Krankheitsbildes die steuerliche Abziehbarkeit dieser Kosten nicht beurteilt werden könne. Aufgrund der neu im Rahmen der Replik eingereichten Unterlagen könne nach Auffassung der Steuerverwaltung von krankheitsbedingten Kosten ausgegangen werden. Die entsprechenden Aufwendungen seien somit steuerlich zu berücksichtigen. Bei gesamthaften Krankheitskosten von Fr. 48'034.– (Fr. 36'138.– + bisher anerkannte Kosten von Fr. 11'896.–) und einem massgebenden Reineinkommen Fr. 261'620.– ergebe sich ein gesetzlicher Selbstbehalt von Fr. 13'081.– und damit ein Abzug für Krankheitskosten von Fr. 34'953.–. Wie bereits in der Vernehmlassung dargelegt, seien den Rekurrenten jedoch die Verfahrenskosten aufzuerlegen, da das Rekursverfahren erst aufgrund deren nicht wahrgenommener Mitwirkungspflichten notwendig geworden sei.

Aus den Erwägungen:

...

4. a) Gemäss § 120 Abs. 1 StG und Art. 144 Abs. 1 DBG werden die Kosten des Rekursverfahrens der unterliegenden Partei ganz bzw. bei teilweiser Gutheissung im Verhältnis des Unterliegens auferlegt. Der obsiegenden steuerpflichtigen Person werden die Kosten ganz oder teilweise auferlegt, wenn sie bei pflichtgemäßem Verhalten schon im Veranlagungs- oder Einspracheverfahren zu ihrem Recht gekommen wäre (Art. 144 Abs. 2 DBG bzw. § 120 Abs. 2 StG). Dies ist dann der Fall, wenn der Rekurrent durch Nichterfüllung von Verfahrenspflichten schuldhaft dazu beigetragen hat, dass im früheren Verfahrenszeitpunkt zu seinen Ungunsten entschieden wurde. Es muss sich dabei aber immer um wesentliche Sachverhaltselemente oder Beweismittel handeln, die der Rekurrent verspätet vorbringt. Hingegen stellt der Umstand, dass der Rekurrent erst im Rekursverfahren rechtliche Argumente (die zu seinem Obsiegen führen) vorbringt, keinen Grund für eine Kostenauflage trotz Obsiegens dar; die Veranlagungsbehörde hatte das Recht schon im Vorverfahren von Amtes wegen anzuwenden. Ein weiterer Grund für eine Kostenauflage gegenüber dem obsiegenden Rekurrenten ist gegeben, wenn er die Untersuchung durch trölerisches Verhalten erschwert hat. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände kann von einer Kostenauflage gegenüber dem obsiegenden Rekurrenten abgesehen werden, wenn er schuldhaft Kosten verursacht hat. Bei Vorliegen besonderer Umstände (z.B. Bedürftigkeit) kann von einer Kostenauflage abgesehen werden (vgl. Richner, Frei, Kaufmann, Meuter; a.a.O., 2. Auflage; Art. 144 N 10 f.). Gemäss den vorstehenden rechtlichen Erwägungen hängt die Kostenverteilung wesentlich davon ab, ob die Rekurrenten durch Nichterfüllung von Verfahrenspflichten schuldhaft dazu beigetragen haben, dass im früheren Verfahren zu ihren Ungunsten entschieden wurde.

b) Mit Veranlagung vom 10. Dezember 2009 anerkannte die Steuerbehörde die Rechnung des Universitätsspitals Zürich im Betrag von Fr. 36'138.– nicht, da diese nicht von der Krankenkasse abgerechnet worden sei. Dagegen erhoben die Rekurrenten am 11. Januar 2010 Einsprache und führten aus, die Krankheitskosten seien wegen gesundheitlicher Schädigung entstanden und hätten nicht der Ästhetik gedient. Man werde eine Bestätigung der ärztlichen Verordnung nachreichen. Nach Erhalt besagter Unterlagen teilte die Steuerbehörde den Rekurrenten am 13. April 2010 schriftlich mit, aus dem ärztlichen Zeugnis von Dr. med. A. B. sei nicht ersichtlich, um welche Krankheit es sich bei der Rekurrentin handle. Man habe in verschiedenen Telefongesprächen betont, dass man die Diagnose der Krankheit benötige. Des Weiteren habe man ausdrücklich festgehalten, dass man

für die Beurteilung der Sachlage wissen müsse, um was für einen medizinischen Eingriff es sich gehandelt habe. Aus dem eingereichten Schreiben gehe lediglich hervor, dass es sich um eine chronische Erkrankung handle und dass noch weitere Gesundheitskosten anfallen würden. Die nachträglich gesandten Unterlagen seien nicht ausreichend, um die Einsprache umfassend zu beurteilen.

c) Es steht ausser Frage, dass das vorliegende Rekursverfahren hätte vermieden werden können, wenn die Rekurrenten den Konsiliar-Bericht von Dr. med. C. D. vom 15. Januar 2007, sowie den Austrittsbericht des Universitätsspitals Zürich vom 30. März 2007 mit der Steuererklärung oder im Einspracheverfahren eingereicht hätten. Dies ergeht auch schon aus der Tatsache, dass die Rekursgegnerin den Anspruch auf Abzug der Krankheitskosten nach Erhalt dieser Dokumente im Rekursverfahren sofort anerkannt hat. Ferner wäre es den Rekurrenten möglich und zumutbar gewesen, diese Unterlagen rechtzeitig einzureichen. Die relevanten Unterlagen datieren aus dem Jahr 2007 und haben den Rekurrenten somit beim Einreichen der Steuererklärung im Jahr 2009 vorgelegen. Während des Einspracheverfahrens im Jahr 2010 wurden sie von der Steuerbehörde mehrfach mündlich und am 13. April 2010 auch schriftlich zur Einreichung besagter Dokumente aufgefordert, sind dieser Aufforderung jedoch nicht ordnungsgemäss nachgekommen. Darin liegt eine klare Verletzung der Mitwirkungspflicht, weshalb die Rekurrenten gestützt auf Art. 144 Abs. 2 DBG bzw. § 120 Abs. 2 StG im vorliegenden Rekursverfahren kostenpflichtig werden. Bei dieser Ausgangslage entfällt auch der Anspruch auf eine Entschädigung für die rechtliche Vertretung.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. September

A 2010 / 7

8. Sozialversicherung

Art. 31 IVG: Der zu zwei Dritteln zu berücksichtigende Betrag i.S.v. Art. 31 IVG bezieht sich auf die (um Fr. 1500.– reduzierte) Einkommensverbesserung und nicht auf das gesamte Erwerbseinkommen.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der 1956 geborene Versicherte, A., ehemals als Handlanger bei der I. AG und in einem Nebenamt als Hauswart tätig, bezog wegen Rückenbeschwerden seit dem 1. November 2000 bei einem Invaliditätsgrad von 55 % eine halbe Rente der Invali-

denversicherung. Die Revisionen der Invalidenrente in den Jahren 2003 und 2007 ergaben keine Veränderungen, so dass die halbe Rente am 3. November 2004 bzw. 21. Februar 2008 bestätigt wurde. Im April 2009 leitete die IV-Stelle des Kantons Zug erneut eine Revision von Amtes wegen ein. Nach Einholung eines Auszugs des individuellen Kontos des Versicherten, eines ärztlichen Berichts der Hausärztin sowie gestützt auf Auskunft des Arbeitgebers teilte die IV-Stelle Zug dem Versicherten mit Vorbescheid vom 11. November 2009 mit, aufgrund der Zunahme seines Erwerbseinkommens seit 2007 betrage der Invaliditätsgrad für das Jahr 2007 noch 43 %, für das Jahr 2008 34 % und für das Jahr 2009 38 %. Mit Verfügung vom 17. März 2010 berechnete die IV-Stelle nochmals neu für das Jahr 2007 einen Invaliditätsgrad von 43 %, für das Jahr 2008 einen solchen von 30 % und für das Jahr 2009 einen von 31 % und setzte die halbe Rente rückwirkend per 1. April 2007 auf eine Viertelsrente herab und hob diese per 1. April 2008 rückwirkend auf. Für die Zeit vom 1. April 2007 bis 17. April 2009 liege eine Verletzung der Meldepflicht vor. Die in dieser Zeit zu Unrecht bezogenen Leistungen seien zurückzuerstatten (Art. 25 ATSG). Hierüber werde eine separate Verfügung erlassen. Einer Beschwerde gegen diese Verfügung entzog sie zudem die aufschiebende Wirkung.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 30. April 2010 liess A. beantragen, die Verfügung vom 17. März 2010 sei aufzuheben und es sei ihm ab 2007 eine halbe Invalidenrente zu gewähren.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.4 Ändert sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin oder eines Rentenbezügers erheblich, so wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben (Art. 17 Abs. 1 ATSG). Anlass zur Rentenrevision gibt nach der auch unter dem ATSG massgeblichen (altrechtlichen) Rechtsprechung jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit den Rentenanspruch zu beeinflussen. Die Invalidenrente ist nicht nur bei einer wesentlichen Veränderung des Gesundheitszustandes, sondern auch dann revidierbar, wenn sich die erwerblichen Auswirkungen des an sich gleich gebliebenen Gesundheitszustandes erheblich verändert haben (BGE 130 V 349 f. Erw. 3.5). Für die Herabsetzung oder Aufhebung einer Rente wird ein neu erzielttes oder erhöhtes Erwerbseinkommen nur soweit berücksichtigt, als die Einkommensverbesserung jährlich mehr als 1500.– Franken beträgt. Vom Restbetrag werden nur zwei Drittel berücksichtigt (Art. 31 Abs. 1 und 2 IVG in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fas-

sung gemäss 5. IV-Revision). Dabei sind nur Einkommensverbesserungen zu berücksichtigen, die nicht teuerungsbedingt sind (Art. 86ter IVV). Zeitlicher Referenzpunkt für die Prüfung einer anspruchserheblichen Änderung bildet die letzte (der versicherten Person eröffnete) rechtskräftige Verfügung, die auf einer materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Durchführung eines Einkommensvergleichs beruht; vorbehalten bleibt die Rechtsprechung zur Wiedererwägung und prozessualen Revision (BGE 133 V 108 Erw. 5.4).

(...)

5. Strittig und im vorliegenden Verfahren zu überprüfen ist die von der Beschwerdegegnerin revisionsweise rückwirkend durchgeführte Herabsetzung der halben Rente auf eine Viertelsrente sowie die ein Jahr darauf folgende Aufhebung der Viertelsrente. Unbestritten ist, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers seit der letzten materiellen Prüfung nicht verändert hat. Nach wie vor ist es dem Beschwerdeführer zumutbar, in einer leichten bis mittelschweren, wechselbelastenden Tätigkeit fünf Stunden täglich zu arbeiten. Insofern sind im Folgenden die erwerblichen Auswirkungen dieser Arbeits(un)fähigkeit zu prüfen

(...)

7.1 Unbestritten ist vorliegend, dass der Beschwerdeführer in der Zwischenzeit offensichtlich mehr bzw. neue Hauswarttätigkeiten aufgenommen hat und als Invaliden im Jahr 2007 bei verschiedenen Arbeitgebern ein Einkommen von total Fr. 34'851.– erzielt hatte (vgl. Totalbetrag aller IK-Einträge 2007 [IV-act. 209 oder BF-Beilage 8]). Von diesem tatsächlich erzielten Einkommen ging dann die Beschwerdegegnerin zur Berechnung des Invaliditätsgrades in der angefochtenen Verfügung aus. Der Beschwerdeführer ist indes der Ansicht, dies sei nicht sachgerecht. Vielmehr müsse auf das letztmals rechtskräftig festgestellte Invalideneinkommen von Fr. 24'936.– abgestellt werden, denn solange das Valideneinkommen nicht überschritten werde, sei es nicht angezeigt, den Wert von 2001 [recte: 2000] zu verlassen. Zudem sei die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Bestimmung von Art. 31 IVG bei der Berechnung anzuwenden (vgl. Erw. 4.4 hievore).

(...)

7.3 Nicht nachvollziehbar ist die Auffassung des Beschwerdeführers, es sei auf das letztmals rechtskräftig festgestellte Invalideneinkommen abzustellen, geht es

doch vorliegend eben gerade um das im 2007 verbesserte Erwerbseinkommen als Invaliden. Der erzielte Lohn ist unbestrittenemassen höher als das ursprünglich im Jahr 2000 der Invaliditätsbemessung zugrunde gelegte hypothetische Invalideneinkommen. Offensichtlich hat der Beschwerdeführer seine zumutbare Restarbeitsfähigkeit wirtschaftlich optimal verwertet, was sich beim Invalideneinkommen entsprechend lohnmassig niedergeschlagen hat. Diese Tatsache ist revisionsweise auf jeden Fall zu berücksichtigen (vgl. Urteil des EVG (heute Bger) vom 16. November 2005, I 197/05).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann vorliegend das tatsächlich erzielte Einkommen als Invalideneinkommen zur Berechnung des Invaliditätsgrades herangezogen werden. Der Beschwerdeführer hat seine verschiedenen Hauswarttätigkeiten – abgesehen von kleineren Temporäreinsätzen – mittlerweile seit 2007 bis zur angefochtenen Verfügung (vgl. Erw. 3.1 hievor) konstant inne. Hinweise, dass der Beschwerdeführer über das Zumutbare hinaus gearbeitet oder dass es sich um einen Soziallohn gehandelt hätte, gibt es in den Akten keine. Dies wurde vom Beschwerdeführer denn auch nicht geltend gemacht. Es ist deshalb auf das bei diesen verschiedenen Arbeitgebern erzielte Erwerbseinkommen abzustellen, da es sich dabei offensichtlich um behinderungsadaptierte und den Fähigkeiten des Beschwerdeführers angepasste Tätigkeiten gehandelt hat bzw. handelt. Bei einem Valideneinkommen von Fr. 61'106.– für das Jahr 2007 und einem tatsächlich erzielten Invalideneinkommen von Fr. 34'851.– resultiert eine Erwerbseinbusse von Fr. 26'255.– bzw. ein Invaliditätsgrad von gerundet 43 % im Jahr 2007. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers findet Art. 31 IVG in diesem Fall keine Anwendung. Gestützt auf den materiell-intertemporalen Grundsatz, wonach diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts – in casu die Erzielung des Lohnes im Jahr 2007 – Geltung haben, führt dies im vorliegenden Fall zur (alleinigen) Anwendung des bis Ende 2007 gültig gewesenen Rechts (vgl. den vom Beschwerdeführer zitierten Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Februar 2010, 9C_833/2009 Erw. 3)

7.4 (...) Der Beschwerdeführer wurde bei den vorgängigen Revisionen mit schriftlicher Mitteilung am 3. November 2004 bzw. 21. Februar 2009 jeweils auf die Meldepflicht hingewiesen, wonach jede Änderung in persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen, welche den Leistungsanspruch beeinflussen könne, der IV-Stelle unverzüglich zu melden sei. Dies hat der Beschwerdeführer ganz offensichtlich unterlassen. Wie den Akten nämlich entnommen werden kann, meldete die Ausgleichskasse Zug in Zusammenhang mit EL-Auszahlungen an den Beschwerdeführer der IV-Stelle im April 2009, dass der Beschwerdeführer ein wesentlich höheres Erwerbseinkommen erwirtschaftet habe als in den vergange-

nen Jahren (vgl. IV-act. 175). Schliesslich vermag der Beschwerdeführer aus dem zugegebenermassen etwas verwirrenden Briefkopf der Beschwerdegegnerin nichts zu seinen Gunsten herzuleiten, handelt es sich doch bei der Alters- und Hinterlassenenversicherung und bei der Invalidenversicherung bekanntlich um zwei unterschiedliche Sozialversicherungsträger. Auch wenn diese im Kanton Zug unter einem Dach untergebracht sind, darf die versicherte Person nicht einfach davon ausgehen, die beiden Sozialversicherungsträger würden einen automatischen Daten- bzw. Informationsaustausch betreiben (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 12. August 2010, S 10 59).

Es steht deshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass der Beschwerdeführer in der Lage war, die Bedeutung des deutlich höher generierten Erwerbseinkommens für seinen Rentenanspruch zu erkennen und seiner Meldepflicht nachzukommen. Somit liegt eine schuldhaftige Meldepflichtverletzung vor, weshalb die Beschwerdegegnerin zu Recht die halbe Rente gestützt auf Art. 88bis Abs. 2 lit. b IVV rückwirkend auf den Zeitpunkt des Eintritts der erheblichen Sachverhaltsränderung – und in Berücksichtigung von Art. 88a Abs. 1 IVV per 1. April 2007 – auf eine Viertelsrente herabgesetzt hat.

8. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2008 bei seinen verschiedenen Arbeitgebern ein Einkommen von insgesamt Fr. 49'200.– erzielt hat. Einigkeit besteht auch bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 31 IVG. Strittig ist indes die revisionsweise Berechnung des Invaliditätsgrades, namentlich des Invalideneinkommens. Während die Beschwerdegegnerin mit ihrer Berechnung auf ein Invalideneinkommen von Fr. 43'417.– kommt, ist der Beschwerdeführer der Ansicht, dieses betrage je nach Berechnungsmethode Fr. 40'112.–, Fr. 30'546.– oder Fr. 31'800.–. Jedenfalls dürfe beim revisionsweisen Sachverhaltsvergleich zur Berechnung des Invalideneinkommens 2008 entgegen der Meinung der Beschwerdegegnerin nicht das Einkommen 2007 herangezogen werden, sondern es sei im Sinne der Rechtsprechung (vgl. 9C_833/2009 vom 4. Februar 2010) vom hypothetischen Invalideneinkommen 2001 [recte: 2000], somit von Fr. 24'936.–, auszugehen.

8.1 Mit der Beschwerdegegnerin und entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist vom Invalideneinkommen 2007, d.h. von Fr. 34'851.– auszugehen. Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht festhielt, darf der vorangehend materiell abgeklärte Sachverhalt nicht unberücksichtigt bleiben. So kann nämlich dem Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der IV (KSIH, gültig ab 1. Januar 2010, S. 95 ff.) in Rz. 5015.1 und dem auf S. 96 f. angeführten Rechenbeispiel entnommen werden, dass unter der jährlichen Einkommensverbesserung die Er-

höhung des Jahreseinkommens im Revisionszeitpunkt gegenüber dem bei der Rentenzusprache festgelegten Invalideneinkommen zu verstehen ist, d.h. der Mehrverdienst der Differenz zwischen dem tatsächlichen Erwerbseinkommen im Revisionszeitpunkt und dem bei der letzten Invaliditätsbemessung (erstmalig oder im Revisionsverfahren) festgelegten (auch hypothetisch) Invalideneinkommen vor den allfälligen Abzügen nach Art. 31 IVG entspricht. Gestützt darauf ist in casu zur Berechnung das bei der letzten rentenrelevanten Revision und Invaliditätsbemessung festgelegte Invalideneinkommen, somit jenes von 2007 in Höhe von Fr. 34'851.– heranzuziehen. Dieses ist sodann vom unbestrittenen, tatsächlich – bei den verschiedenen Arbeitgebern – im Jahr 2008 erzielten Gesamtlohn von Fr. 49'200.– abzuziehen, so dass eine Einkommensverbesserung von Fr. 14'349.– für das Jahr 2008 resultiert. Davon ist gemäss Art. 31 IVG Fr. 1'500.– abzuziehen, womit eine korrigierte Einkommensverbesserung von Fr. 12'849.– vorliegt. Zwei Drittel davon betragen Fr. 8'566.–, welche zum letzten, bei der Revision von 2007 festgelegten Invalideneinkommen aufgerechnet werden (Fr. 34'851.– + Fr. 8'566.–), so dass sich ein zu berücksichtigendes Invalideneinkommen von Fr. 43'417.– für das Jahr 2008 ergibt.

8.2 Bei einem Valideneinkommen von Fr. 62'359.– (vgl. Erw. 6 hievor) und einem Invalideneinkommen von Fr. 43'417.– resultiert für das Jahr 2008 eine Erwerbseinbusse von Fr. 18'942.– bzw. ein Invaliditätsgrad von gerundet 30 %. Wie bereits vorgängig dargelegt, liegt – auch für das Jahr 2008 – eine schuldhaftes Meldepflichtverletzung vor, weshalb die Beschwerdegegnerin zu Recht die Viertelsrente gestützt auf Art. 88bis Abs. 2 lit. b IVV rückwirkend auf den Zeitpunkt des Eintritts der erheblichen Sachverhaltsänderung – und in Berücksichtigung von Art. 88a Abs. 1 IVV auf den 1. April 2008 – aufgehoben hat.

9. Unbestritten ist schliesslich, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2009 ein Einkommen von Fr. 43'333.– erzielt hat. Damit liegt gegenüber dem Vorjahr 2008, bei dem eine Invaliditätsbemessung und eine Rentenaufhebung vorgenommen wurden, keine Einkommensverbesserung sondern eine Verminderung vor, weshalb Art. 31 IVG im Rahmen der Revision im Sinne von Art. 17 ATSG nicht zur Anwendung gelangt. Bei einem Valideneinkommen von Fr. 63'142.– (vgl. Erw. 6 hievor) und einem Invalideneinkommen von Fr. 43'333.– ergibt sich für das Jahr 2009 eine Erwerbseinbusse von Fr. 19'809.– bzw. ein Invaliditätsgrad von gerundet 31 %. Damit hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung.

10. Zusammengefasst erweist sich die Verfügung vom 17. März 2010, mit welcher die halbe Rente rückwirkend per 1. April 2007 auf eine Viertelsrente herab-

gesetzt und diese per 1. April 2008 rückwirkend aufgehoben wurde, als rechters und die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Januar 2011

S 2010 62

Bestätigt durch das Bundesgericht mit Urteil vom 15. Juli 2011 (9C_226/2011)

Art. 2 Abs. 4 lit. a des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) vom 5. Juni 2003 (BRB AVE GAV FAR): Bei Erdwärmesondenbohrungen handelt es sich nicht um Tiefbauarbeiten im Sinne dieser Bestimmung.

Aus dem Sachverhalt (Auszug):

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die Gewerkschaften GBI bzw. UNIA und SYNA schlossen am 12. November 2002 – im Bestreben, der körperlichen Belastung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe Rechnung zu tragen, die damit verbundenen Beschwerden im Alter zu lindern und dem Baustellenpersonal eine finanziell tragbare Frühpensionierung zu ermöglichen – den Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) ab. Mit Bundesratsbeschluss vom 5. Juni 2003 (BRB AVE GAV FAR) wurde dieser teilweise allgemeinverbindlich erklärt und trat am 1. Juli 2003 in Rechtskraft. Für die gemeinsame Durchführung des GAV FAR im Sinne des Art. 357b OR haben die Vertragsparteien die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (nachfolgend: Stiftung FAR) gegründet. Diese ist für den gesamten Vollzug des GAV zuständig und ist insbesondere berechtigt, die notwendigen Kontrollen gegenüber den Vertragsunterworfenen durchzuführen und namens der Vertragsparteien Betreibungen und Klagen zu erheben.

(...)

Am 15. Februar 2007 reichte die Stiftung FAR Klage gegen die C. AG ein und beantragte, diese habe für jeden unter den persönlichen Geltungsbereich des GAV FAR fallenden Mitarbeiter Beiträge zu entrichten. Die Beklagte liess demgegenüber die Abweisung der Klage beantragen, soweit darauf einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Beim GAV FAR handelt es sich um einen Branchenvertrag. Bei einem Branchen- bzw. Industrievertrag unterstehen diejenigen Arbeitnehmer dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), die in einem bestimmten Wirtschaftszweig tätig sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 2002, 4C.45/2002, Erw. 2.1.1). Die Frage, welchem Wirtschaftszweig ein Unternehmen zuzurechnen ist, beantwortet sich nach der Tätigkeit, die ihm das Gepräge gibt; entscheidend ist nicht der Handelsregistereintrag, sondern die tatsächliche Tätigkeit (BGE 134 III 13 Erw. 2.1 mit Verweis auf die Urteile des Bundesgerichts vom 17. August 2006, 4C.191/2006, Erw. 2.2; vom 15. Mai 1996, 4C.409/1995, Erw. 2b). Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt der GAV für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer, wobei regelmässig gewisse Funktionsstufen und besondere Anstellungsverhältnisse ausgenommen werden (4C_45/2002, Erw. 2.1.1; vgl. zum Ganzen: BGE 134 III 13 Erw. 2.1). Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) vom 28. September 1956 kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen GAV auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind. Für die Auslegung von Bestimmungen über die Allgemeinverbindlicherklärung (nachfolgend: AVE) von GAV gelten die allgemeinen Grundsätze der Gesetzesauslegung. Es besteht weder ein Grund für eine besonders restriktive noch für eine besonders weite Auslegung. Besondere Bedeutung kommt jedoch dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu. Wenn der GAV seine Schutzfunktion erfüllen soll, muss es für die Parteien leicht erkennbar sein, ob sie ihm unterstehen oder nicht (4C_45/2002, Erw. 2.1.2 mit Hinweisen). Der Begriff des Wirtschaftszweiges lässt sich nicht ein für allemal in einem bestimmten Sinne definieren. Er kann je nach den Umständen des Einzelfalles ein weiteres oder ein engeres Spektrum von Betrieben umfassen. Ausgangspunkt ist das betriebliche Spektrum, das die Mitglieder der als Vertragsparteien auftretenden Arbeitgeberverbände verkörpern. Dieses Spektrum bildet den von den GAV-Parteien gewollten natürlichen Anwendungsbereich des GAV, den die AVE nicht erweitern kann. Wünschbar ist, dass alle Teile einer Branche von einem GAV abgedeckt werden. Trotzdem soll mit der AVE der Anwendungsbereich des GAV innerhalb einer Branche bzw. jenes Teils einer Branche flächendeckend nur dort ausgeweitet werden, wo die von der AVE betroffenen Betriebe in direkter Konkurrenz zu den Arbeitgebern stehen, die den GAV geschlossen haben. Das Bundesgericht hat sich der bundesrätlichen Praxis zur AVE angeschlossen,

wonach Betriebe, für die ein GAV allgemeinverbindlich erklärt wird, Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten müssen wie Betriebe, die vertraglich am GAV beteiligt sind. Es muss mithin ein direktes Konkurrenzverhältnis zu solchen Betrieben vorliegen (4C_45/2002, Erw. 2.1.2 mit Verweis). Bei der Prüfung der Frage, ob eine bestimmte Art neuer Betriebe einem bestehenden Wirtschaftszweig zugeordnet werden kann, rechtfertigt es sich, jeweils die branchenmässige Herkunft dieser Betriebe mitzuberücksichtigen, wie sie sich aus der historischen Entwicklung ergibt. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die branchenweise AVE von GAV auf den historisch gewachsenen Strukturen der Wirtschaft aufbaut, sich jedoch im modernen Wirtschaftsleben innerhalb der einzelnen Branchen infolge des technischen Fortschritts laufend Veränderungen ergeben. Die AVE will einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf dem gleichen Markt tätigen Unternehmen schaffen und damit verhindern, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsvorteil erlangen kann, der als unlauter gilt. Bei der AVE ist in verfassungskonformer Auslegung von Art. 1 Abs. 1 AVEG darauf zu achten, dass direkte Konkurrenten in ihrer Wirtschaftsfreiheit gleichmässig eingeschränkt werden und im wirtschaftlichen Wettbewerb gleich lange Spiesse erhalten (Art. 27 und Art. 94 Abs. 4 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV; 4C_45/2002, Erw. 2.1.2).

3. Die Beklagte ist nicht Mitglied der vertragsschliessenden Parteien des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) und somit eine sogenannte Aussenseiterin, weshalb für sie – wenn überhaupt – nur diejenigen Bestimmungen des GAV FAR gelten, welche vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärt wurden. Umstritten und zu prüfen ist vorliegend, ob die Beklagte respektive die ehemalige C. AG als Aussenseiterinnen in betrieblicher Hinsicht ab 19. April 2004 den allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR unterstellt ist.

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Bohrungen für Erdwärmesonden dem Betrieb der Beklagten bzw. dem Betrieb der ehemaligen C. AG für die gesamte vorliegend massgebende Zeit, d.h. seit 19. April 2004 (Zeitpunkt der Handelsregistereintragung der ehemaligen C. AG), das Gepräge gaben und noch immer geben. Im Wesentlichen bleibt im vorliegenden Verfahren zu prüfen, ob Tätigkeiten im Erdwärmesondenbohrbereich den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR unterstellt sind. Dieser Ansicht ist die Klägerin. Zur Begründung weist sie darauf hin, dass es sich bei den Erdwärmesondenbohrungen um Tiefbauarbeiten im Sinne von Art. 2 Abs. 4 lit. a des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) vom 5. Juni 2003 (nachfolgend:

BRB AVE GAV FAR) handle. Demgegenüber verweist die Beklagte unter anderem auf das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Zug vom 31. August 2009 und auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 23. November 2010. Diese beiden Zivilgerichte hätten zu beurteilen gehabt, ob die Beklagte den allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des Landesmantelvertrages (LMV) für das Bauhauptgewerbe unterstehe. In diesem Zusammenhang hätten sie zu Recht festgestellt, dass Erdwärmesondenbohrungen nicht zum Bauhauptgewerbe gehörten. Auf diese Beurteilung sei auch in casu abzustellen. Weder die Beklagte noch die ehemalige C. AG seien im Bauhauptgewerbe tätig bzw. tätig gewesen und daher nicht dem GAV FAR unterstellt.

4. In seinem den vorliegenden Fall betreffenden Urteil vom 7. Mai 2008 wies das Bundesgericht darauf hin, die Frage, ob ein bestimmtes Unternehmen einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstehe, sei im Streitfall grundsätzlich durch die Ziviljustiz zu beurteilen (9C_211/2008, Erw. 4.4; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 2002, 4C.45/2002, Erw. 1). Sofern die an sich zuständigen Zivilgerichte noch keinen entsprechenden Entscheid gefällt hätten, sei jedoch auch das in der Hauptsache zuständige Verwaltungsgericht zur vorfrageweisen Beantwortung dieser zivilrechtlichen Frage befugt. Das Zuger Kantonsgericht entschied, dass die Tätigkeit der Beklagten (Erdwärmesondenbohrungen) dem Bauneben- und nicht dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen sei (Urteil vom 31. August 2009, Erw. 4.2.3). Mit Urteil vom 23. November 2010 stützte das Zuger Obergericht diese Beurteilung. Nach der Ansicht der örtlich und sachlich zuständigen Zuger Zivilgerichte ist die Beklagte somit nicht im Bauhauptgewerbe tätig. Daraus ist abzuleiten, dass sie in betrieblicher Hinsicht nicht den allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR bzw. dem BRB AVE GAV FAR unterstellt ist, da dieser nur für das Bauhauptgewerbe gilt. Unter diesen Umständen ist fraglich, ob das Verwaltungsgericht überhaupt legitimiert bzw. sachlich zuständig ist, die von den – ordentlicherweise zuständigen – Zuger Zivilgerichten bereits rechtskräftig entschiedene zivilrechtliche Rechtsfrage noch einmal eigenständig zu beurteilen. Da das Verwaltungsgericht der Beurteilung der Zuger Zivilgerichte – zumindest soweit diese für den vorliegenden Fall massgebend ist – vollumfänglich zustimmt (vgl. nachfolgende Erwägungen), kann diese Frage jedoch offen bleiben. (...)

5. An dieser Stelle ist vorab darauf einzugehen, was unter dem Begriff «Bauhauptgewerbe» zu verstehen ist. In rechtlicher Hinsicht werden die Begriffe «Bauhaupt- und Baunebengewerbe» vor allem im Vergaberecht verwendet, wo sie einen Einfluss auf die – die jeweiligen Verfahrensarten bestimmenden – Schwellenwerte haben (vgl. Anhang 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffent-

liche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, IVöB). In diesem Zusammenhang ist die – für das Verwaltungsgericht verbindliche – Submissionsverordnung (SubV) des Kantons Zug vom 20. September 2005 zu beachten. Aus § 3 Abs. 2 geht hervor, dass unter das Bauhauptgewerbe alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks fallen. Die übrigen Arbeiten gehören zum Baunebengewerbe. Der Umstand, dass die Erdwärmesondenbohrungen nicht zu den Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerkes zu zählen sind (vgl. Erw. 6.4.3 nachfolgend), ist somit als wichtiges Indiz dafür zu sehen, dass sie nicht zum Bauhauptgewerbe gehören.

6. Im Wesentlichen ist im vorliegenden Verfahren umstritten und zu prüfen, ob Tätigkeiten im Erdwärmesondenbohrbereich den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR unterstellt sind. Die Klägerin bejaht dies. Sie stellt sich nämlich auf den Standpunkt, bei Erdwärmesondenbohrungen handle es sich um Tiefbauarbeiten gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden und zwar aus folgenden Gründen:

6.1 Der Bundesrat legte den betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR für Aussenseiter unter anderem wie Folgt fest: «Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des im Anhang wiedergegebenen Gesamtarbeitsvertrages über den flexiblen Altersrücktritt (GAV FAR) gelten für die Betriebe, Betriebsteile und selbständigen Akkordanten der folgenden Bereiche: Hoch-, Tief-, Untertag- und Strassenbau (einschliesslich Belagseinbau, Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR). Ob Erdwärmesondenbohrungen zum Tiefbau im Sinne von Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR zu zählen sind, lässt sich jedoch weder dem Wortlaut des GAV FAR noch demjenigen des BRB AVE GAV FAR entnehmen. Des Weiteren werden in Art. 2 Abs. 4 AVE BRB GAV FAR die den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR unterstellten Tätigkeiten detailliert aufgeführt. Der Umstand, dass Erdwärmesondenbohrungen nicht erwähnt werden, ist als Indiz für die Nichtunterstellung zu werten. Es ist nämlich davon auszugehen, dass diese angesichts ihrer grossen Bedeutung besonders erwähnt worden wären, wenn sie dem GAV FAR hätten unterstellt werden sollen (vgl. in diesem Zusammenhang für Plattenlegerbetriebe: Urteil des Bundesgerichts vom 30. April 2010, 9C_1033/2009, Erw. 2.5). (...)

(...)

6.4 Das Zuger Kantonsgericht hielt in seinem Urteil vom 31. August 2009 fest, dass Erdwärmesondenbohrungen nichts mit den im Bauhauptgewerbe anzutreffenden klassischen Bohrtätigkeiten zu tun hätten (Erw. 4.2.2). Die Klägerin macht

demgegenüber geltend, die Erdwärmesondenbohrungen würden sich nicht von den anderen – dem Tiefbau bzw. dem Bauhauptgewerbe angehörenden – Bohrarbeiten (beispielsweise Ankerbohrungen oder Mikropfahlbohrungen) unterscheiden. Ausserdem sei das massgebende Zuordnungskriterium die Bohrtätigkeit an sich. (...)

(...)

6.4.3 Es ist mithin festzuhalten, dass Erdwärmesondenbohrungen dazu dienen, Sonden für die Gewinnung von Erdwärme in den Boden zu legen und nicht dem Rohbau zuzuordnen sind. Es ist nämlich zu beachten, dass sie vor Beginn der Rohbauarbeiten ausgeführt werden können. Des Weiteren werden Erdwärmesonden oft erst im Rahmen – einer Jahre nach der Erstellung des Rohbaus notwendigen – Sanierung einer bestehenden Heizungsanlage verlegt. Der Umstand, dass sie in zeitlicher Hinsicht auch während derselben Bauphase wie der Rohbau und gleichzeitig mit den Foundationen vorgenommen werden können, vermag daran nichts zu ändern, dass sie nicht dem Rohbau zuzuordnen sind. Sodann ist zu beachten, dass Erdwärmesonden funktional mit dem Rohbau nichts zu tun haben. Ausserdem haben Erdwärmesondenbohrungen weder mit der Sicherung der Baugrube noch mit der Statik oder der Erkundung des Baugrundes zu tun. Demgegenüber dienen die klassischen Bohrungen des Bauhauptgewerbes in erster Linie der Sicherung der Baugrube und der Statik, der Verstärkung des Baufundamentes, der Erstellung des Rohbaus und der Erkundung des Baugrundes. Erdwärmesondenbohrungen und die klassischen Bohrtätigkeiten des Bauhauptgewerbes dienen somit völlig unterschiedlichen Zwecken und sind nicht miteinander vergleichbar. Daraus ist abzuleiten, dass Erdwärmesondenbohrungen nicht zu den Bohrtätigkeiten des Tiefbaus bzw. des Bauhauptgewerbes zu zählen sind. Der Umstand, dass es sich bei beiden Tätigkeiten um «Bohrungen» handelt, vermag zu keiner anderen Beurteilung zu führen. Gleicher Ansicht ist das Kantonsgericht, wonach Erdwärmesondenbohrungen mit den im Bauhauptgewerbe anzutreffenden klassischen Bohrtätigkeiten nichts zu tun hätten (Urteil vom 31. Dezember 2009, Erw. 4.2.2). Die Nutzung der Erdwärme und die damit einhergehenden Bohrungen sind somit nicht dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen.

(...)

6.12 Zusammenfassend bleibt mithin festzuhalten, dass es sich bei Erdwärmesondenbohrungen nicht um Tiefbauarbeiten gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR handelt. Die Beklagte und die ehemalige C. AG unterstehen als Aussen-seiterinnen, welche hauptsächlich Erdwärmesondenbohrungen ausführen bzw. ausgeführt haben, nicht unter den vom Bundesrat umschriebenen allgemeinver-

bindlich erklärten betrieblichen Geltungsbereich des GAV FAR. Bereits diese Beurteilung führt zur Abweisung der Klage.

(...)

9. Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass die Bohrungen für Erdwärmesonden dem Betrieb der Beklagten bzw. dem Betrieb der ehemaligen C AG für die gesamte vorliegend massgebende Zeit, d.h. seit 19. April 2004, das Gepräge gaben. Bei Erdwärmesondenbohrungen handelt es sich nicht um Tiefbauarbeiten gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR, was zur Abweisung der Klage führt.

(...)

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2011

S 2007 51

Art. 34 Abs. 2 KVG, Art. 36 Abs. 1 und 2 KVV: Kostenübernahme von medizinischen Behandlungen im Ausland. Wenn sich ein Versicherter im Wissen um eine baldige Behandlungsbedürftigkeit ins Ausland begibt, darf die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Übernahme der Kosten von im Ausland erbrachten Leistungen verweigern.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Bei E., geboren 1974, ergaben ärztliche Untersuchungen im Oktober 2009 Hinweise auf einen dysembryoplastischen neuroepithelialen Tumor, mithin auf einen gutartigen Tumor. Nach neu auftretenden Doppelbildern beim Sehen ergaben weitere Untersuchungen den Verdacht auf ein höhergradiges Astrozytom (Grad 3) sowie auf eine Zunahme der Ödemzone im rechtsseitigen Hippokampus. Das Kantonsspital Zug nahm in der Folge Kontakt auf mit der Neurochirurgie des Universitätsospitals Zürich, wo man zusicherte, den Versicherten baldmöglichst aufzubieten. Am 2. Oktober 2010 reiste der Versicherte «ferienhalber» nach Istanbul. Dort erlitt er nach eigenen Angaben am 8. Oktober 2010 epileptische Krämpfe und er wurde umgehend ins Memorial Hospital in Istanbul eingeliefert. Die Ärzte vom Memorial Hospital diagnostizierten bei E. einen Hirntumor im Hippokampus-Temporallappen rechts sowie den Verdacht auf einen dysembryoplastischen neuroepithelialen Tumor. Telefonisch ersuchte nun der Bruder des Versicherten den Krankenversicherer, für die Operation vom 9. Oktober Kostengutsprache zu gewähren. Trotz Ablehnung der Kostenübernahme ist der Versicherte am 9. Oktober 2010 im Me-

morial Hospital operiert worden. Ein erneutes Gesuch um Kostengutsprache, datiert vom 6. Dezember 2010, wurde mit Verfügung vom 4. Januar 2011 abgewiesen, wie auch die dagegen erhobene Einsprache vom 2. Februar 2011 mit Entscheid vom 21. April 2011 abgewiesen wurde. In demselben Entscheid wurde auch die gegen die zweite Verfügung vom 7. März 2011 (die Behandlung vom 8. Oktober 2010 betreffend) am 1. April 2011 erhobene Einsprache abgelehnt.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. Mai 2011 beantragte E., der Einspracheentscheid vom 21. April 2011 sowie die beiden Verfügungen vom 4. Januar und vom 7. März 2011 seien aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, die Operations- und Behandlungskosten in der Türkei vom Oktober und November 2010 vollumfänglich zu übernehmen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.

4.1 Nach Art. 34 Abs. 2 KVG kann der Bundesrat bestimmen, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten von Leistungen nach den Artikeln 25 Abs. 2 (im Wesentlichen Untersuchungen, Behandlungen oder Pflegeleistungen, die ambulant oder stationär in einem Spital von Ärzten, Chiropraktoren, Apothekern oder deren Hilfspersonen erbracht werden) und 29 KVG (Leistungen im Falle der Mutterschaft) übernimmt, die aus medizinischen Gründen im Ausland erbracht werden. Sodann kann er bestimmen, in welchen Fällen auch aus anderen als medizinischen Gründen im Ausland erbrachte Leistungen übernommen werden. Schliesslich kann er die Übernahme von Kosten für Leistungen im Ausland auch begrenzen. Nach Art. 36 Abs. 1 KVV bezeichnet das Departement nach Anhören der zuständigen Kommission die Leistungen nach Art. 25 Abs. 2 und Art. 29 KVG, deren Kosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Ausland übernommen werden, wenn sie in der Schweiz nicht erbracht werden können. Nach Abs. 2 desselben Artikels übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten von Behandlungen, die in Notfällen im Ausland erbracht werden. Ein Notfall liegt vor, wenn Versicherte bei einem vorübergehenden Auslandsaufenthalt einer medizinischen Behandlung bedürfen und eine Rückreise in die Schweiz nicht angemessen ist. Kein Notfall besteht, wenn sich Versicherte zum Zwecke der Behandlung ins Ausland begeben. Die höchststrichterliche Praxis erachtet die Behandlung im Ausland zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung alsdann unabhängig vom Vorliegen der vom Departement im Sinne von Art. 36 Abs. 1 KVV zu erstellenden Liste als möglich, wenn die entsprechen-

den Leistungen in der Schweiz nicht erbracht werden können (vgl. Urteil des Bundesgerichts [9C_630/2010] Erw. 2.1 ff. mit weiteren Hinweisen).

4.2 Die Frage nach der Angemessenheit der Rückführung eines Versicherten in die Schweiz zur Vornahme notwendiger diagnostischer Untersuchungen bejahte das EVG, heute Bundesgericht, im Falle einer versicherten Person, die für einen mehrmonatigen Sprachaufenthalt in den USA weilte, unter anderem mit der Begründung, dass der Rückflug aus gesundheitlichen Gründen nicht als riskant gelte und die Kosten für die Rückreise in einem vernünftigen Verhältnis zu den Untersuchungskosten stünden (Urteil vom 23. August 2002 [K 7/02] Erw. 4 mit Hinweis auf das Urteil vom 31. August 2001 [K 83/01]). Generell wurde im Entscheid des Bundesgerichts vom 28. Mai 2010 [9C_35/2010] Erw. 4 und 5 ausgeführt, nebst der Frage der Transportfähigkeit, beurteilt aus medizinischer Sicht, stelle sich die Frage nach der Angemessenheit auch unter dem Aspekt der Reisekosten in Relation zu den Behandlungskosten. Sodann stelle sich die Frage, ob ein Rücktransport in die Schweiz zu einem Aufschub der Behandlung führe, der für den Betroffenen gesundheitlich nachteilige Folgen nach sich ziehe. Allerdings müssten die diesbezüglichen Bedenken substantiiert sein. Im Falle eines Patienten, der für eine Nierentransplantation ins Ausland reiste und unbestrittenermassen in der Schweiz rund zwei Jahre länger auf eine Ersatzniere hätte warten müssen, in dieser Zeit aber auf die Dialyse angewiesen gewesen wäre, hielt das Bundesgericht jedenfalls fest, eine unzumutbare Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes vermöge der Betroffene nicht zu substantiieren. Zu beachten sei auch das Argument, dass auch jeder andere Nierenpatient in der Schweiz eine solche Wartezeit hätte erdulden müssen. Die Bestimmungen über die Auslandbehandlung bezweckten nämlich, dass die Grundversicherung im Notfall im Ausland die gleichen Behandlungen übernehme, die sie auch in der Schweiz übernehmen müsste. Die Regelung dürfe aber nicht dazu führen, dass Patienten dank der Auslandbehandlung besser gestellt würden als bei Behandlung im Inland. Diese Praxis diene abstrakt der Vorbeugung von Missbräuchen. Nicht ausschlaggebend seien die subjektiven Gründe, die jemanden zu einer Behandlung im Ausland beführt hätten.

5. Fest steht, dass der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum, Oktober/November 2010, in der Schweiz, im Kanton Zug wohnhaft war und dass er hinsichtlich einer Erkrankung in Abklärung bzw. Behandlung stand. Weiter steht fest, dass erste Abklärungen im Herbst 2009, weitere am 27. Juni 2010, noch weitere am 27. und 28. September 2010 erfolgten, dass über Abklärungen am Unispital in Zürich geredet wurde und dass sich der Beschwerdeführer schliesslich «ferienhalber» in die Türkei begab. Am 9. Oktober 2010 wurde ihm in einer Privatklinik in Istanbul ein gutartiger Hirntumor entfernt. Streitig ist, inwieweit der Beschwerde-

führer vor seiner Reise in die Türkei um seinen Gesundheitszustand wusste, ob er richtig aufgeklärt war, ob er wirklich nur ferienhalber in die Türkei gereist war oder ob er sich nicht vielmehr zwecks Vornahme einer Operation dorthin gewendet hatte resp. ob er mit einer Behandlungsbedürftigkeit hätte rechnen müssen, schliesslich ob es in der Türkei wirklich zu einem epileptischen Anfall gekommen war, ob von einem Notfall gesprochen werden kann bzw. ob der Rücktransport in die Schweiz zumutbar gewesen wäre. Dass der Transport im Ambulanzjet möglich war, ist nicht strittig. Aus den vorliegenden Akten ergibt sich das Folgende:

(...)

6. Würdigend ist zunächst festzustellen, dass es vorliegend unbestrittenermassen nicht um die Frage geht, ob im Memorial Hospital zu Istanbul eine Leistung erbracht worden ist, die in der Schweiz gar nicht angeboten werden könnte (Art. 34 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 36 Abs. 1 KVV). Soweit in casu zu prüfen ist, ob die Leistung aus medizinischen Gründen in der Türkei und nicht in der Schweiz erfolgt sei, geht es mithin einzig um die Klärung, ob ein Notfall im Sinne von Art. 34 Abs. 2 KVG i.V.m. 36 Abs. 2 KVV vorliege.

6.1 Im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Notfall behauptet der Beschwerdeführer, er habe vor seiner Reise in die Türkei nicht gewusst, dass er an einem Gehirntumor leide, da er nie entsprechend aufgeklärt worden sei. Im Weiteren stellt er die Behauptung auf, die türkischen Ärzte hätten auch deshalb schnell handeln müssen, weil sie nicht hätten wissen können, ob es sich in casu um einen gut- oder um einen bösartigen Tumor handle. Erstellt ist allerdings, dass dem Beschwerdeführer vor seiner Abreise in die Türkei die relevanten medizinischen Berichte ausgehändigt wurden und dass er diese in die Türkei mitnahm.

Wie erwähnt steht fest, dass der Beschwerdeführer am 28. September 2010 im Zuger Kantonsspital die Herausgabe der medizinischen Berichte verlangte und dass ihm diese – wahrscheinlich vollständig – übergeben wurden. Ob ihm schon vorgängig einzelne Berichte ausgehändigt wurden und in welcher Form ihm diese auch erklärt wurden, ist heute nicht mehr erstellbar. Allerdings ist grundsätzlich anzunehmen, dass die Ärzte des Zuger Kantonsspitals ihrer Aufklärungspflicht korrekt nachlebten. Soweit der Beschwerdeführer die Darlegungen der Ärzte einfach nicht verstand, hätte es ihm oblegen, nachzufragen. (...)

6.2 Gilt als erstellt, dass der Beschwerdeführer vor seiner Türkeireise um den Tumor wusste bzw. hätte wissen müssen, stellt sich die Frage, ob er in der Absicht, die Weiterbehandlung in der Türkei vornehmen zu lassen, in seine Heimat reiste, bzw. ob er nicht mit einem gewissen Risiko hinsichtlich eines Notfalls hätte rechnen müssen.

Mit der Beschwerdegegnerin ist festzuhalten, dass es etliche Indizien dafür gibt, dass der Beschwerdeführer mit dem Ziel der Weiterbehandlung in der Heimat in die Türkei reiste. Zwar behauptet er, dass er ursprünglich schon im Frühling habe reisen wollen, die Reise aber einzig der isländischen Aschenwolke wegen nicht zum ursprünglich vorgesehenen Zeitpunkt habe antreten können. Fakt ist indes, dass er, nachdem er erstmals Doppelbilder gesehen hatte, am 27. Juni 2010 «notfallmässig» ins Kantonsspital eintrat und dass die nun erhobenen bildgebenden Befunde eine ausgedehntere Raumforderung der schon früher festgestellten Oedemzone ergab. Dass er ausgerechnet drei Tage nach dieser «notfallmässigen» Untersuchung beim Arbeitgeber für Anfang Oktober Ferien einforderte und nun seine Türkeireise definitiv buchte, mutet doch etwas seltsam an. Bedenkt man alsdann, dass er am 27. und 28. September 2010 wiederum «notfallmässig» ins Kantonsspital eintrat, dass nun auf indizierte weitere Abklärungen im Universitäts-spital Zürich verwiesen wurde, dass er in der Folge die Herausgabe sämtlicher medizinischer Berichte verlangte und mit diesen im Gepäck schliesslich in die Türkei reiste, so erweist sich die These, er sei in der Absicht der Weiterbehandlung in der Türkei verreist, als weitgehend erhärtet. Dass er die in deutscher Sprache verfassten Arztberichte nur in die Türkei mitgenommen habe, um sie seiner Schwester, einer Apothekerin aus Istanbul, und mit ihr bekannten oder befreundeten Ärzten zu zeigen, wirkt jedenfalls wenig überzeugend. Ob die Annahme, der Beschwerdeführer sei in der Absicht der Weiterbehandlung in der Türkei dorthin gereist, auch als überwiegend wahrscheinlich erstellt beurteilt werden kann, ist indes an anderer Stelle näher zu beleuchten (vgl. hierzu: nächster Abschnitt und Erw. 6.5).

6.3 Im Weiteren stellt sich die Frage, ob in casu aus medizinischer Sicht überhaupt von einem Notfall im Rechtssinne ausgegangen werden kann. Diesbezüglich ist zu klären, ob der behauptete epileptische Anfall in der Türkei als erstellt, mindestens aber als glaubhaft gilt und ob unter diesen Umständen die umgehende Vornahme der Operation in der Türkei am Folgetag unumgänglich schien.

6.3.1

(...) Selbst wenn sich ein epileptischer Anfall wirklich ereignet haben sollte, muss dies sodann noch lange keinen Notfall im Sinne von Gesetz und Praxis indizieren. Demgemäss liegt ein Notfall nämlich vor, wenn sofortiges Eingreifen unabdingbar ist und eine Rückführung in die Heimat aus medizinischer Sicht nicht in Frage kommt oder aber als unangemessen erscheint. Ein epileptischer Anfall für sich allein stellt jedenfalls keine Operationsindikation dar. Sodann ergibt sich aus den bekannten Unterlagen nichts, das auf einen dringend vorzunehmenden Eingriff

schliessen liesse. Von einer dringend angezeigten Operation bzw. einer Transportunfähigkeit aus medizinischen Gründen kann somit ganz klar nicht gesprochen werden. Wie bereits angesprochen kann der Rückbehalt in der Türkei zur umgehenden Vornahme der Operation auch nicht mit der Unkenntnis der türkischen Ärzte zur Frage, ob der Tumor gut- oder bösartig sei, gerechtfertigt werden, hätten diese aufgrund der vorliegenden Berichte doch um die Gutartigkeit des Tumors wissen müssen. Wie sich den vorliegenden Berichten entnehmen lässt, erfolgte die Operation denn auch nicht auf Drängen der türkischen Ärzte umgehend, sondern weil der Beschwerdeführer und seine Angehörigen dies so wünschten. Immerhin sind sich die Parteien einig, dass der Rücktransport zur Weiterbehandlung in der Schweiz jedenfalls im Ambulanzjet möglich gewesen wäre, nachdem der Beschwerdeführer mittels Keppra neurologisch habe stabilisiert werden können, wie er auch kardiopulmonal stabil gewesen sei. Gilt eine Operation als nicht wirklich dringend, die Transportfähigkeit jedenfalls im Ambulanzjet aber als klar erstellt, stellt sich mithin einzig noch die Frage, ob der Rücktransport als angemessen zu bezeichnen ist.

6.3.2 Zur Angemessenheit der Repatriierung sind nebst der Transportfähigkeit aus medizinischer Sicht die Reisekosten in Relation zu den Behandlungskosten zu beurteilen und es ist zu prüfen, ob der Rücktransport einen Behandlungsaufschub bedingt, der zu gesundheitlich nachteiligen Folgen führen könnte. Wie obig festgehalten, galt resp. gilt der Rücktransport im Ambulanzjet zur Weiterbehandlung in der Schweiz aus medizinischen Gründen als verantwortbar. Dass die behandelnden Ärzte eine Rückführung vermittels normalem Linienflug als nicht empfehlenswert erachteten – eventuell auch mit Rücksicht auf Mitreisende und Crew, die bei einem allfälligen, nicht zu erwartenden Anfall überfordert sein könnten –, ändert nichts an der prinzipiellen Transportfähigkeit, zumal Ambulanzjets genau für solche Fälle gedacht sind. Hinsichtlich der Kostenverhältnisse ist zu bedenken, dass die Reisekosten unbestrittenermassen von der Zusatzversicherung «Top» übernommen worden wären. Da die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Zusatzversicherung mithin selbst für diese Kosten hätte eintreten müssen, sie die Repatriierung aber befürwortete, zumal sie für die Behandlung im türkischen Privatspital auch aus anderen Gründen – der Beschwerdeführer war bzw. ist für stationäre Behandlungen in einem Privatspital nicht versichert – keine Kostengutsprache gewähren konnte, fällt das Argument der Kostenrelation vorliegend ohnehin ausser Betracht. Dass die Behandlung in der Türkei sogar in einem Privatspital billiger ausfiel, als dies in der Schweiz der Fall gewesen wäre, spielt ebenfalls auch keine Rolle. Bedenkt man schliesslich, dass das Bundesgericht in dem in Erwägung 4.2 zitierten Falle selbst die Gefahr, in der Schweiz vielleicht zwei Jahre länger auf eine neue Niere warten zu müssen als im Ausland, nicht als nachteiligen Aufschub

der Behandlung qualifizierte, so ergeben sich auch vorliegend keine Hinweise auf eine gesundheitlich nachteilige Behandlungsverzögerung. Dabei ist noch einmal daran zu erinnern, dass der Beschwerdeführer an einem gutartigen Tumor litt, dass die Gefahr epileptischer Anfälle mit der richtigen Medikation gebannt werden konnte bzw. dass eine umgehende Behandlung in der Türkei aus medizinischer Sicht nicht indiziert war. Zwar sprach der Beschwerdeführer die Verzögerungsgefahr an, allerdings vermochte er seine Befürchtungen nicht zu substantiieren. Nach dem Gesagten wäre sein Rücktransport im Ambulanzjet angemessen gewesen. Entgegen seiner Ansicht war es allerdings nicht Aufgabe der Beschwerdegegnerin, ihm die Repatriierung im Ambulanzjet vorzuschreiben bzw. diese selbst zu organisieren.

(...)

6.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Repatriierung des Beschwerdeführers in die Schweiz im Oktober 2010 als medizinisch zumutbar und überdies angemessen zu beurteilen ist. Dabei darf nicht vergessen werden, dass der Beschwerdeführer die ihn betreffende medizinische Dokumentation auf sich trug. Da er mit Keppra stabilisiert werden konnte, Keppra ihm aber bereits verschrieben war, sich mithin die Frage nach der Compliance stellte, wäre medizinische Betreuung in der Türkei – wenn überhaupt – höchstens in minimstem Masse als angezeigt zu betrachten gewesen. Allerdings sprechen ohnehin etliche Indizien dafür, dass der Beschwerdeführer mit dem Ziel der dortigen stationären Behandlung in die Türkei gereist war, zumal sich auch hinsichtlich der behaupteten epileptischen Anfälle verschiedene Unstimmigkeiten ergaben. Mithin und im Sinne einer Gesamtwürdigung gilt als überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer die Reise entweder in der Absicht, sich in Istanbul behandeln zu lassen, mindestens aber im Wissen, dass es zu einer Behandlungsbedürftigkeit kommen könnte, antrat. Folglich verweigerte die Beschwerdegegnerin die Leistungen für die erfolgten Untersuchungen, die stationären Spitalaufenthalte und die Operation in Istanbul zu Recht. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. September 2011

S 2011 61

Art. 1a Abs. 1 UVG i.V.m. Art. 1 UVV: Kriterien zur Beurteilung der sozialversicherungsrechtlichen Stellung eines Akkordanten. Selbständige Erwerbstätigkeit ist dann anzunehmen, wenn der Akkordant über eine eigene Betriebsorganisation verfügt. Entscheidend ist jedoch nicht die Erheblichkeit der Betriebsorganisation, sondern ob überhaupt eine solche vorliegt.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 10. November 2009 erhob die M. AG mit Sitz in Z. Einsprache gegen die Prämienrechnung der SUVA vom 6. Oktober 2009, mit welcher diese basierend auf einer Lohnsumme im Jahr 2004 von Fr. 326'244.- und im Jahr 2005 von Fr. 461'296.- eine Prämie für die Berufs- und Nichtberufsunfallversicherung von insgesamt Fr. 47'520.10 in Rechnung gestellt hat. Zur Begründung liess die M. AG im Wesentlichen ausführen, die Prämienrechnung nach Revision für die Jahre 2004 und 2005 basiere auf einer unrichtigen Erhöhung der Lohnsumme durch Hinzurechnung der Entgelte, welche von der M. AG dem Selbständigerwerbenden G. bezahlt worden seien. Die Prämien seien unter Elimination der an Herrn G. bezahlten Beiträge festzusetzen. Mit Einspracheentscheid vom 31. März 2011 wies die SUVA die Einsprache bezüglich der sozialversicherungsrechtlichen Stellung von G. ab. Zur Begründung wurde zusammenfassend ausgeführt, G. wie auch die von ihm beigezogenen Akkordanten hätten bei der Malertätigkeit für die Firma M. AG in den Jahren 2004 und 2005 die Voraussetzungen für eine selbständige Erwerbstätigkeit nicht erfüllt. G. mit seinen Leuten habe wie ein Angestellter an den betrieblichen Arbeiten teilgenommen. Die M. AG erbringe ihren Kunden gegenüber eine Dienstleistung. Dabei sei der Betrieb Empfänger der Direktaufträge, für deren Ausführung G. mit seinen Leuten als zusätzliche Arbeitskräfte eingesetzt worden seien. G. sei in einem Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnis gegenüber der Firma M. AG gestanden. Auch der Umstand, dass G. dem Betrieb für erbrachte Leistungen Rechnung gestellt habe, vermöge nichts an seiner Arbeitnehmereigenschaft zu ändern. Er habe die Merkmale der Selbständigkeit bei der Malertätigkeit im Unterakkord für die M. AG nicht erfüllt. So habe er mit seinen Leuten bei der Tätigkeit kein eigentliches Unternehmerrisiko getragen, sondern habe - wie dies für Arbeitnehmer typisch sei - der Firma M. AG lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Bei «Selbstaussleihe» oder «Vermietung der eigenen Arbeitskraft» könne in keinem Fall von selbständiger Erwerbstätigkeit gesprochen werden.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 23. Mai 2011 liess die M. AG beantragen, die Prämienrechnung vom 6. Oktober 2009 sei, insoweit sie nach dem Einspracheentscheid vom 31. März 2011 noch Bestand habe, vollumfänglich aufzuheben.

ben und es seien die geschuldeten Prämien für die Jahre 2004 und 2005 unter Elimination sämtlicher an Herrn G. bezahlten Beiträge festzusetzen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1 Ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich nach ständiger Rechtsprechung nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. 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. Als unselbständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. 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 eines Erwerbstätigen jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zutage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 123 V 162 f.; 122 V 283; 119 V 161 f. mit weiteren Hinweisen).

2.2 Akkordanten bzw. Subunternehmer sind gemäss Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO (Stand 1. Januar 2011), welche insoweit die diesbezügliche Rechtsprechung wiedergibt, im Allgemeinen Unselbständigerwerbende. Selbständige Erwerbstätigkeit ist nur dann anzunehmen, wenn der Akkordant entweder über eine eigene Betriebsorganisation verfügt, oder aber bei regelmässiger Direktübernahme von Drittaufträgen. Eine eigene Betriebsorganisation liegt vor, wenn eine Arbeitsstätte mit branchenüblichen Arbeitseinrichtungen und Maschinen besteht, wenn bedeutende eigene oder gemietete Betriebsmittel wie Betonmaschinen, Baumaterialaufzüge, Traxe, Bagger, Kompressoren, Pressen, Seilanlagen und Knickschlepper für Holztransporte usw. eingesetzt werden, wenn das Material wie Betoneisen, Isolierstoffe, Röhren, Heizkörper, Inneneinrichtungen, Tapeten usw. vom Akkordanten auf eigene Rechnung beschafft wird, oder wenn in der Regel gleichzeitig verschiedene eigene Akkordgruppen auf verschiedenen Arbeitsplätzen im Einsatz sind. Als Hinweise für selbständige Erwerbstätigkeit können die Auftragsbewerbung durch Zeitungsinsertate, ein Werkvertrag, die Offert- und Rechnungsstellung, eine Garantieleistung oder

die vertragliche Übernahme von Risiko- und Zufallshaftung (OR 376) gelten. Im Zweifelsfalle, d.h. wenn kein Hauptmerkmal eindeutig vorliegt, können folgende Hilfsmerkmale mitbestimmend sein: der Eintrag im Handelsregister; der Abschluss eines Unfallversicherungsvertrages; der Abschluss eines Versicherungsvertrages betreffend Betriebshaftpflicht; die Mitgliedschaft bei einem Berufsverband von Gewerbetreibenden; die Verwendung von Geschäftspapieren mit aufgedrucktem Firmennamen, das Vorhandensein einer Firmentafel und dergleichen sowie der Eintrag als Betrieb im Adress-, Telefonbuch und dergleichen (WML Rz 4045 ff.; vgl. BGE 100 V 131 E. 1b).

2.3 Gemäss Art. 66 Abs. 1 lit. b UVG fallen Betriebe des Bau- und Installationsgewerbes in den Tätigkeitsbereich der SUVA und die Arbeitnehmer solcher Betriebe sind obligatorisch bei ihr versichert. Für Akkordanten in Betrieben des Bau- und Installationsgewerbes richtet sich die AHV-mässige Wertung, das heisst die Entscheidung ob unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nach der Beurteilung der SUVA. Deren Entscheid ist für die AHV-Ausgleichskasse, nicht aber für den Sozialversicherungsrichter verbindlich. Doch soll dieser in das administrative Ermittlungsverfahren nur eingreifen, wenn ihm der SUVA-Entscheid in seinem Ergebnis fragwürdig erscheint (ZAK 1989 S. 25 E. 3b, mit Hinweisen).

3. Die streitige Prämien-Nachzahlungsverfügung vom 6. Oktober 2009 basiert auf Zahlungen, welche die Beschwerdeführerin G. in den Jahren 2004 und 2005 für Malerarbeiten geleistet hat. Für all diese Tätigkeiten, bei welchen es sich jeweils aktenkundig gemäss Aussagen von G. und seinem Treuhänder um Akkordantenarbeiten für die Beschwerdeführerin gehandelt hat, gilt ausgehend von der soeben dargelegten Rechtsprechung vorab die Vermutung, dass sie in unselbständiger Stellung ausgeübt wurden. Eine nur ausnahmsweise anzunehmende Selbständigkeit könnte nur dann geltend gemacht werden, wenn G. entweder in Ausübung dieser Tätigkeit über eine eigene Betriebsorganisation verfügt oder im gleichen Zeitraum zumindest regelmässig auch Direktaufträge für andere Auftraggeber ausgeübt hätte.

(...)

3.2.2 Bei Akkordanten in Betrieben des Bau- und Installationsgewerbes richtet sich die Entscheidung ob unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nach der Beurteilung der SUVA (E. 2.3). In diesem Sinn bleibt das Schreiben der Ausgleichskasse Luzern vom 12. Januar 2004 im vorliegenden Verfahren ohne Relevanz, ist doch diese nicht zuständig für die Beurteilung der entscheidungswesentlichen Frage, was auch von der Beschwerdeführerin hätte erkannt werden müssen.

3.2.3 Aufgrund der Ausführungen der SUVA in der Vernehmlassung steht fest, dass diese G. mit Schreiben vom 5. Februar 1998 als selbständigerwerbend qualifiziert hat. Dass dieser Status in der Folge abgeändert wurde, macht die SUVA nicht geltend, obwohl offenbar nur unbedeutende Löhne gemeldet bzw. ab 1999 keine Angestellten mehr beschäftigt worden seien. Erst im Rahmen der ausserordentlichen Lohnlistenrevision für die Jahre 2004 bis 2006 wurde G. hinsichtlich der in den Jahren 2004 und 2005 im Zusammenhang mit Tätigkeiten für die Beschwerdeführerin erzielten Umsätze als unselbständigerwerbend qualifiziert. Wenn die Beschwerdegegnerin hierzu als entscheidendes Kriterium die Höhe des erzielten Umsatzes bzw. die Anzahl der beigezogenen Mitarbeiter heranzieht, ist dies kritisch zu hinterfragen. Hinweise, dass G. im gleichen Zeitraum zumindest regelmässig auch Direktaufträge für andere Auftraggeber ausgeübt hätte, finden sich in den Akten keine. Sowohl G. als auch die Beschwerdeführerin erbringen denn auch keine diesbezüglichen Nachweise. Die im Jahr 2004 und 2005 für die Beschwerdeführerin geleisteten Akkordantenarbeiten von G. sind jedoch dann als in selbständiger Stellung erbracht zu betrachten, wenn er in Ausübung dieser Tätigkeiten über eine eigene Betriebsorganisation verfügt hat. Aufgrund der mangelhaften Buchführung von G. enthalten die Akten diesbezüglich kaum nützliche Hinweise. Es sind jedoch einige Kriterien einer selbständigen Erwerbstätigkeit auszumachen. So stellte G. der Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 30. November 2004 bis 15. Dezember 2005 regelmässig persönlich Rechnung für verschiedene Aufträge auf verschiedenen Baustellen. Dabei verwendete er Briefpapier mit aufgedrucktem Firmennamen (D. Malergeschäft) und schlug jeweils die Mehrwertsteuer dazu. Aus dem Schreiben des Treuhänders von G. vom 25. November 2008 geht sodann hervor, dass Letzterer zur Erfüllung seiner von der Beschwerdeführerin erhaltenen Aufträge in den Jahren 2004 und 2005 andere Arbeiter (Temporärkräfte, selbständigerwerbende Kollegen) beigezogen hat. Daraus erhellt, dass G. im Einsatz von Hilfskräften frei und nicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung verpflichtet war, was als Indiz für seine Stellung als selbständiger Auftragnehmer zu werten ist. Dass die jeweiligen Hilfskräfte und die entsprechenden Zahlungen nicht mehr personifiziert bzw. verifiziert werden können, ist auf die mangelhafte Buchführung von G. zurückzuführen und darf nicht zulasten der Beschwerdeführerin gehen. Unter diesen Umständen ist es denn auch nicht verwunderlich, dass die Beschwerdeführerin auf Nachfrage der Beschwerdegegnerin hin keine Unterlagen liefern konnte, was als weiteres Indiz dafür gilt, dass G. seine Aufträge unabhängig, das heisst eben gerade ohne Weisungen und in frei bestimmter Selbstorganisation ausführte. Weiter sind die grossen Umsätze von Fr. 407'806.- im Jahr 2004 und Fr. 576'620.- im Jahr 2005 ein klares Indiz dafür, dass bei G. eine Betriebsorganisation vorlag. Nur mit dem Beizug von Hilfskräften konnten Umsätze in dieser Höhe erzielt werden. Auch die Beschwerdegegnerin

beruft sich letztlich hauptsächlich auf diese Kriterien. Beispielhaft zieht sie ein durchschnittliches Malerjahreseinkommen von Fr. 66'000.– bei und schliesst aufgrund des Umsatzes auf die mögliche Anzahl eingesetzter Akkordmaler. Während nach Auffassung der Beschwerdegegnerin bei einem aufgrund des erzielten Umsatzes in den Jahren 2004 und 2005 möglichen Beizugs von 4 bzw. 6 Hilfskräften noch nicht von einer Betriebsorganisation bzw. von Selbständigkeit gesprochen werden könne, sei bei einem im Jahr 2006 erzielten Umsatz von Fr. 1'087'644.– entsprechend einem möglichen Einsatz von 13 Hilfskräften von einer erheblichen Betriebsorganisation bzw. von Selbständigkeit auszugehen. Diese Auffassung ist jedoch im Rahmen der in Erwägung 2.2 erwähnten Kriterien zur Beurteilung der sozialversicherungsrechtlichen Stellung fragwürdig. So kann alleine die Quantität der Mitarbeiter, eruiert durch die Höhe des Umsatzes nicht das entscheidende Kriterium sein, um den Status zu ermitteln. Dabei ist zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin bei einer möglichen Anzahl von 13 Akkordmalern von einer erheblichen Betriebsorganisation ausgeht. Entscheidend ist jedoch nicht, dass die Betriebsorganisation erheblich ist, sondern vielmehr, dass überhaupt eine solche vorliegt. Und davon ist bereits bei einer Anzahl von 4 bis 6 Mitarbeitern auszugehen. Kommt dazu, dass die genaue Anzahl von G. in den Jahren 2004 und 2005 beigezogenen Hilfskräften gar nicht feststeht. Im Schreiben vom 25. November 2008 hielt der Treuhänder jedenfalls zu den Jahren 2004 bis 2006 fest, es treffe zu, dass G. gleichzeitig auf verschiedenen Baustellen mit Selbständigerwerbenden, Temporärkräften und eigenen Leuten im Einsatz gestanden habe, was auch die Höhe des Umsatzes ausweise. Ob damals bereits allenfalls eigene nicht gemeldete Angestellte beigezogen wurden, verneint G.. Es fehlen jedoch entsprechende Unterlagen und G. kann sich offensichtlich auch nicht mehr an alle Hilfskräfte erinnern bzw. bezeichnet diese als unbekannt. Die Klärung dieser Frage ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, verdeutlicht aber immerhin, dass G. den sozialversicherungsrechtlichen Belangen keine Bedeutung beimass. Ob es sich bei den beigezogenen Hilfskräften um eigenes Personal gehandelt hat, kann nicht das entscheidende Kriterium sein. Im Jahr 2006 anerkennt die Beschwerdegegnerin G. dann wieder als Selbständigerwerbenden. Dies aufgrund des hohen Umsatzes und wegen der in diesem Jahr gemeldeten eigenen Angestellten. Konsequenterweise hat dies – wie gesagt – aber auch für die Jahre 2004 bis 2005 zu gelten, wurden doch bereits in diesen Jahren erhebliche Umsätze erzielt und verschiedene Hilfskräfte von G. offensichtlich völlig frei beigezogen. Wenn nun aber nicht mehr festgestellt werden kann, wie viele und welche Hilfskräfte beigezogen wurden, ist dies einzig auf die mangelhafte Buchführung von G. zurückzuführen und darf nicht zu Lasten eines Dritten, im vorliegenden Fall der Beschwerdeführerin als gutgläubige Auftraggeberin, gehen.

3.2.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Entgelte, welche G. von der Beschwerdeführerin in den Jahren 2004 und 2005 erhalten hat, als Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu betrachten sind. Anders zu entscheiden hiesse, die Beschwerdeführerin dafür zu bestrafen, dass ihr Auftragnehmer seiner Buchführungspflicht und offenbar auch den sozialversicherungsrechtlichen Belangen nur geringe Bedeutung beimass. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 31. März 2011, welcher an die Stelle der Nachzahlungsverfügung vom 6. Oktober 2009 trat, ist aufzuheben.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. November 2011

S 2011 63

Art. 9 Abs. 1 und 2 UVG: Zusammenhang zwischen beruflicher Tätigkeit und Krankheit. Ein «ausschliesslicher oder stark überwiegender» Zusammenhang gemäss Art. 9 Abs. 2 UVG ist erfüllt, wenn die Berufskrankheit mindestens zu 75% durch die Arbeit verursacht worden ist.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Versicherte, D., Jahrgang 1976, Coiffeuse im Salon L. in M., liess der Unfallversicherung Helsana am 1. April 2010 im Sinne einer Berufskrankheit eine Sehnenscheidenentzündung melden. Als Schadensdatum wird der 6. Februar 2010, als geschädigter Körperteil das linke Handgelenk vermerkt. Die Helsana Unfall machte sich in der Folge über die medizinischen Abklärungen kundig und holte bei der SUVA in Luzern eine ärztliche Beurteilung bzw. einen ärztlichen Bericht ein. Mit Verfügung vom 16. September 2010 eröffnete sie der Versicherten, dass ihr Beschwerdebild weder einer Berufskrankheit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 noch im Sinne von Art. 9 Abs. 2 UVG entspreche. Folglich bestehe kein Anspruch auf Versicherungsleistungen. Die dagegen am 30. September 2010 erhobene Einsprache wies die Helsana Unfall mit Entscheid vom 10. Januar 2011 ab. Zur Begründung verwies sie insbesondere auf die vorliegenden Arztberichte, nach welchen in casu von einer Krankheit, nicht aber von einer Berufskrankheit auszugehen sei.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 10. Februar 2011 liess D. beantragen, der Einspracheentscheid vom 10. Januar 2011 sowie die Verfügung vom 16. September 2010 seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass bei ihr eine Berufskrankheit im Sinne von Art. 9 UVG vorliege.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Erste Voraussetzung für die Leistungspflicht eines Unfallversicherers ist das Vorliegen eines Unfalls, einer unfallähnlichen Körperschädigung oder einer Berufskrankheit.

3.1 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 (Art. 4 ATSG, vgl. auch: aArt. 9 Abs. 1 UVV). Artikel 9 Abs. 2 UVV enumeriert abschliessend die Körperschädigungen, die, sofern sie nicht eindeutig auf eine Erkrankung oder eine Degeneration zurückzuführen sind, auch ohne ungewöhnliche äussere Einwirkung Unfällen gleichgestellt werden.

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 abschliessend 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 (vgl. Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Zürich 2003, S. 83 ff.).

3.2.1 Der Kausalzusammenhang zwischen dem verursachenden Stoff resp. der verursachenden Arbeit und der Berufskrankheit gilt als im Sinne Art. 9 Abs. 1 UVG qualifiziert (vorwiegend oder ausschliesslich), wenn die Arbeit mindestens 50 % aller Ursachen ausmacht. Die Verschlimmerung einer vorbestehenden Krankheit durch Listensubstanzen oder Listenarbeiten wird der Verursachung einer Krankheit durch Listensubstanzen 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 Berufs-

krankheiten 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 (RKUV 1999 Nr. U 326 S. 109 Erw. 3, wo es um eine an Epikondylitis leidende Bratschenspielerin geht). Anders verhält es sich, wenn die medizinischen Forschungsergebnisse die berufsbedingte Ursächlichkeit einer Krankheit stark wahrscheinlich erscheinen lassen. Eine blossе Disposition zu einer Krankheit – beispielsweise zu Ekzemen – kann indes 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 Gelenksentzündung zurückzuführen sind (RKUV 1989 Nr. U 80 S. 380 Erw. 2c). 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, a.a.O., S. 83 f. und S. 85 f. mit dort zitierten weiteren Hinweisen).

3.2.2 Tatsache ist, dass Anhang 1 UVV in Ziff. 2, d.h. in der Liste der arbeitsbedingten Erkrankungen, die sogenannte Sehnenscheidenentzündung (Peritendinitis crepitans) erwähnt.

(...)

4. Vorliegend geht es unbestrittenermassen nicht um einen Unfall und auch eine unfallähnliche Körperschädigung scheidet aus, zumal es sich bei der diagnostizierten Sehnenscheidenentzündung – welcher Art auch immer – nicht um eine Listenverletzung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a bis h UVV handelt. Streitig ist, ob in casu eine Berufskrankheit nach Art. 9 Abs. 1 oder Abs. 2 UVG vorliege. (...)

(...)

5. Kritisiert die Beschwerdeführerin zunächst, beim Bericht von Dr. K. handle es sich um ein Privatgutachten, dessen Objektivität in Frage gestellt werden müs-

se, ist ihr unter Verweis auf Erwägung 3.4.1 entgegenzuhalten, dass die Herkunft eines Beweismittels für dessen Beweiswert grundsätzlich ohne Bedeutung ist und dass auch versicherungsinterne oder von der Verwaltung angeforderte Arztberichte volle Beweiskraft haben können. Sodann gilt es als gerichtsnotorisch, dass die Abteilung Versicherungsmedizin der SUVA im Bereich Berufskrankheit über besondere Fachkompetenz verfügt. Unter Verweis auf Erwägung 3.4.2 ist alsdann festzustellen, dass die Aktenbeurteilung von Dr. K. den bundesgerichtlichen Anforderungen an einen Aktenbericht mit vollem Beweiswert voll und ganz zu genügen vermag. So enthält der Bericht eine sehr ausführliche Anamnese, in welcher Dr. K. sämtliche, auch die früher, während des Aufenthalts in Frankreich von 2003 bis 2008 entstandenen Arztberichte, berücksichtigte. Der chronologischen Wiedergabe der Berichte ist sodann der Verlauf und der zuletzt erhobene Status zu entnehmen. Die erhobenen Daten sind im Übrigen unbestritten. Dem Experten lag mithin ein lückenloser Untersuchungsbefund vor, den er nur noch zu werten hatte. Demzufolge kann grundsätzlich auf Dr. K. Bericht abgestellt werden.

5.1 Soweit die Beschwerdeführerin zu bedenken gibt, dass die von Dr. W. und Dr. L. gestellten Diagnosen eine Sehnenscheidenentzündung betreffen und dass Sehnenscheidenentzündungen nach UVV Anhang 1 Ziff. 2 zu den Listenerkrankungen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UVG gehörten, dass mithin ein Fall von Art. 9. Abs. 1 UVG vorliege, ist folgendes zu beachten: Zum einen ist zu bedenken, dass weder Dr. W. noch Dr. L. je von einer Peritendinitis crepitans sprachen resp. ihre eigenen Diagnosen nie in Bezug zur Diagnose der genannten Listenerkrankung setzten. Auch nahmen sie nie Bezug auf Art. 9 Abs. 1 UVG bzw. sprachen nie explizit vom Vorliegen einer Listenerkrankung nach UVV Anhang 1 Ziff. 2. Doktor K. handumkehrt zog die von den obgenannten Ärzten diagnostizierte Tenosynovitis De Quervain resp. die Tendovaginitis De Quervain insbesondere in ätiologischer Hinsicht in Vergleich mit der Diagnose der einfachen Sehnenscheidenentzündung, der Peritendinitis crepitans, welche anerkanntermassen als Berufserkrankung gelte. Damit verdeutlichte er, dass die Sehnenscheidenentzündungen nach De Quervain nicht mit der sogenannten einfachen Sehnenscheidenentzündung gleichgesetzt werden kann. Berücksichtigt man, dass die Listen nach UVV Anhang 1 abschliessend sind und liegt in casu unbestrittenermassen keine Peritendinitis crepitans, d.h. keine sogenannte einfache Sehnenscheidenentzündung vor, so mangelt es an einer Listenerkrankung und die Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 1 UVG steht ausser Diskussion. Unter Verweis auf Erwägung 3.2.1 ist ohnehin zu bedenken, dass selbst das Vorliegen einer Listenerkrankung – davon ist in casu allerdings gerade nicht auszugehen – nicht eo ipso zur Leistungspflicht des Unfallversicherers führte, verlangen doch Lehre und Praxis auch in den Fällen nach Art. 9 Abs. 1 UVG, dass die Arbeit

mindestens 50 % aller Ursachen ausmachen muss, um von einem qualifizierten Kausalzusammenhang zwischen Arbeit und Berufskrankheit sprechen zu können. Da vorliegend keine Listenerkrankung vorliegt, kann eine entsprechende Prüfung aber unterbleiben.

5.2 Für das Vorliegen einer Berufskrankheit nach Art. 9 Abs. 2 UVG wird ein ausschliesslicher oder stark überwiegender Kausalzusammenhang gefordert und dies gilt als erfüllt, wenn die Krankheit mindestens zu 75 % durch die Arbeit verursacht wird. Dabei darf nicht vergessen werden, dass das Auslösen einer Krankheit nach der höchststrichterlichen Praxis nicht mit deren Verursachung gleichgesetzt werden kann. Letzteres lässt sich am Beispiel von genetisch bedingten Erkrankungen, die durchaus auch durch einen äusseren Faktor ausgelöst werden können, leicht verdeutlichen.

(...)

5.2.1.3 Zur Diagnose der Sehnenscheidenentzündung nach De Quervain, werde sie nun Tenosynovitis De Quervain oder Tendovaginitis De Quervain genannt, führte Dr. K. unter Verweis auf die medizinische Fachliteratur aus, verschiedene Autoren sähen die besonderen anatomischen Verhältnisse, die anatomisch bedingten Einengungen des Strecksehnenfachs, als eine der Ursachen, wieso sich eine Tendovaginitis De Quervain – eine verhältnismässig häufig auftretende Erkrankung, die Frauen zehn mal mehr treffe als Männer – entwickeln könne. Jedenfalls spielten die chronischen mechanischen Einwirkungen eine wesentlich geringere Rolle als bei der einfachen Sehnenscheidenentzündung, der Peritendinitis crepitans. Während Teile der Lehrmeinung die Ansicht vertreten würden, der Beruf könne für das Entstehen einer Tendovaginitis De Quervain jedenfalls dann ursächlich sein, wenn dessen Ausübung viel Kraft, eine hohe Repetitivität sowie ungünstige Körperhaltungen verlange, würden andere dies verneinen. In einer Metaanalyse der Fachliteratur von 1966 bis 1996 seien Almekinder und Temple sogar zum Schluss gekommen, dass repetitive mechanische Überanstrengungen als ursächliche Faktoren einer Sehnenscheidenentzündung nach De Quervain überhaupt nicht nachgewiesen werden könnten. Auch hätten die Biopsien von 23 an Tendovaginitis De Quervain erkrankten Personen keinerlei mikroskopische Hinweise auf eine Entzündung, sondern vielmehr durch Einlagerungen erzeugte Verdickungen der Sehnenscheide gezeigt, was für eine degenerative Erscheinung spreche. Aus den zitierten Lehrmeinungen könne folglich der Schluss gezogen werden, dass die Tendovaginitis De Quervain Folge eines intrinsischen (internen) Mechanismus sei, hingegen nicht auf äussere Faktoren, äussere Einwirkung zurückgeführt werden könne. Weiter führte Dr. K. aus, würden – wie in casu – keine Entzündungen der Sehne oder des Sehnenfachs vorliegen, müsste eigentlich auch

auf die Begriffe Tendinitis oder Tendovaginitis verzichtet werden. Schliesslich bemerkte er, ziehe man in Betracht, dass vorliegend die adominante Hand betroffen sei, erscheine eine berufsbedingte Überlastung ohnehin als nicht nachvollziehbar. Insbesondere da die fragliche Sehnenerkrankung multifaktorieller Genese sei und anatomische Besonderheiten ausschlaggebend seien, könne vorliegend nicht von einer Tendovaginitis als Berufskrankheit im Sinne von Art. 9 Abs. 2 UVG gesprochen werden.

Die Beurteilung von Dr. K. wirkt überzeugend und erscheint dem Gericht auch als schlüssig begründet. Berücksichtigt man nämlich, dass Verursachung und Auslösung einer Krankheit nicht gleichgesetzt werden dürfen und dass der Kausalzusammenhang zwischen der Berufsarbeit und der Erkrankung im Falle von Art. 9 Abs. 2 UVG mit 75%iger Wahrscheinlichkeit erstellt sein muss, um eine Berufskrankheit bejahen zu können, dass schliesslich die in casu gestellte Diagnose einer Tendovaginitis De Quervain zwar auch vom Experten anerkannt wird, dass das Fehlen von Hinweisen auf Entzündungen hingegen auf eine degenerative Genese hindeutet, zumal die Tendovaginitis De Quervain nach der herrschenden Lehrmeinung ohnehin von multifaktorieller Ätiologie ist, so ist vorliegend eindeutig nicht von einem ausschliesslich oder zumindest klar überwiegenden, d.h. zumindest 75%igen Kausalzusammenhang zwischen der Erkrankung und der Arbeit als Coiffeuse auszugehen.

(...)

5.3 Schlussfolgernd ist jedenfalls festzuhalten, dass auf die überzeugenden Ausführungen von Dr. K. abgestellt werden kann, dass die übrigen Berichte wie die Einwendungen der Beschwerdeführerin selbst dessen Schlussfolgerungen nicht dergestalt in Zweifel zu ziehen vermögen, dass davon abzuweichen wäre und dass mithin nicht nach dem geforderten Beweisgrad der stark überwiegenden Wahrscheinlichkeit von einer Berufskrankheit nach 9 Abs. 2 UVG ausgegangen werden kann. Liegt weder eine Berufskrankheit nach Art. 9 Abs. 1 noch eine nach Art. 9 Abs. 2 UVG vor und verneinte die Beschwerdegegnerin zu Recht auch das Vorliegen einer unfallähnlichen Körperschädigung nach der abschliessenden Liste von Art. 9 Abs. 2 lit. a bis h UVV, so verneinte sie auch ihre Leistungspflicht zu Recht. Dass kein Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG vorliegt, ist sowieso unbestritten. Damit sind die Verfügung vom 16. September 2010 und der Einspracheentscheid vom 10. Januar 2011 nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG: Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt den tatsächlichen Aufenthalt in der Schweiz voraus, sowie die Absicht, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und in dieser Zeit auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen in der Schweiz zu haben.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Z., Jahrgang 1950, italienisch-schweizerischer Doppelbürger mit aktuellem Wohnsitz in Hünenberg, gelernter Maurer (Hochbau), zuletzt jeweils als Bauleiter tätig gewesen, meldete sich wiederholt, letztmals im Mai 2009 zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern an. Mit Verfügung vom 10. März 2010 forderte die Arbeitslosenkasse die im Zeitraum vom 15. August 2009 bis zum 31. Januar 2010 an den Versicherten ausbezahlten Entschädigungen zurück. Begründet wurde die Verfügung im Wesentlichen damit, dass sich der Versicherte gemäss Meldung der Einwohnergemeinde Cham am 15. August 2009 nach Italien abgemeldet habe. Allerdings sei keine neue Adresse gemeldet worden. Die der Kasse angegebene (Briefkasten-)Adresse – Grobenmoss 5 in Hagendorn – genüge den Anforderungen an den tatsächlichen Aufenthalt in der Schweiz nicht. Mit der Abmeldung nach Italien habe der Versicherte ein Indiz dafür gesetzt, dass er nicht die Absicht habe, den Aufenthalt in der Schweiz aufrecht zu erhalten, sondern dass er seinen Lebensmittelpunkt nach Italien verlegt habe. Die gegen die fragliche Verfügung am 15. März 2010 erhobene Einsprache wies die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 30. Juli 2010 teilweise ab. An der Ablehnung der Anspruchsberechtigung für den Zeitraum vom 15. August 2009 bis zum 31. Dezember 2009 wurde festgehalten. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 12. September 2010 beantragte Z., der Entscheid der Arbeitslosenkasse vom 30. Juli 2010 sei aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Nach Art. 8 Abs. 1 AVIG hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer a) ganz oder teilweise arbeitslos ist; b) einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat; c) in der Schweiz wohnt; d) die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht noch eine Altersrente der AHV bezieht; e) die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist; f) vermittlungsfähig ist und die Kontrollpflichten erfüllt. Artikel 12 AVIG konkretisiert

die Stellung von in der Schweiz sich aufhaltenden und erwerbstätigen Ausländern ohne Niederlassungsbewilligung.

2.2 Zur Erfüllung von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG bedarf es des effektiven Aufenthaltes in der Schweiz und der Absicht, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und in dieser Zeit in der Schweiz auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu haben (BGE 115 V 449 Erw. 1b). Der Begriff des Wohnens in der Schweiz ist nicht im Sinne des zivilrechtlichen Wohnsitzes nach Art. 23 ff. ZGB zu verstehen und daran hat auch das per 1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG nichts geändert, zumal der in Art. 13 Abs. 1 ATSG umschriebene Wohnsitzbegriff auf die Arbeitslosenversicherung keine Anwendung findet. Eine ausdrückliche Abweichung sieht Art. 12 AVIG allerdings nur für die in der Schweiz wohnenden Ausländer und Ausländerinnen vor. Mangels eines gegenteiligen gesetzgeberischen Willens hat die bisherige Praxis jedoch auch im Rahmen der Anspruchsvoraussetzung nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG weiterhin Geltung. Ein nur vorübergehender Auslandsaufenthalt in Kuba von zwei Monaten führt nicht zum Unterbruch des gewöhnlichen Aufenthaltes in der Schweiz, weshalb die Anspruchsvoraussetzung nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG noch immer als erfüllt gilt (Urteil 8C_270/2007 Erw. 2.1 und 3.1; vgl. zur gesamten Problematik: Stauffer/Kupfer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, dritte überarbeitete Auflage, Zürich 2008 S. 19 und 20).

2.3 Nach der höchstrichterlichen Praxis setzt das Wohnen in der Schweiz im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG nicht einen ununterbrochenen tatsächlichen Aufenthalt im Inland voraus. Es genügt der gewöhnliche Aufenthalt. Das Fortdauern des gewöhnlichen Aufenthaltes setzt aber unter anderem voraus, dass trotz Unterbrüchen des tatsächlichen Aufenthaltes weiterhin eine enge Verbindung mit der hiesigen Arbeitswelt besteht. So entschied das Bundesgericht im Falle einer Schauspielerin, die für eine Film- resp. Fernsehproduktion zunächst für zwei Monate – das Engagement wurde schliesslich um wenige Wochen verlängert – befristet in Deutschland tätig war, dass die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz nach wie vor erfüllt sei. Ausschlaggebend war, dass die Versicherte nach wie vor auch in der Schweiz Stellen gesucht hatte und dass es keine Anhaltspunkte dafür gab, dass der Aufenthalt in Deutschland anderen Zwecken als der Erlangung eines Zwischenverdienstes gedient hatte. Sodann war erstellt, dass die Versicherte immer wieder an den Wohnort in der Schweiz zurückgekehrt war und dem zuständigen RAV jeweils den Nachweis der von ihr geforderten Arbeitsbemühungen liefern konnte (Urteil vom 6. März 2006 [C 290/03], zitiert in SVR 2006 ASV Nr. 24 S.82 sowie im Entscheid vom 7. Dezember 2007

[8C_270/2007] Erw. 2.1). Auch im Falle einer Versicherten, die während rund zwei Monaten einer Zwischenverdiensttätigkeit in Kuba (Produktion eines Dokumentarfilms) nachgegangen war, sah das Bundesgericht die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG als noch erfüllt (Urteil vom 7. Dezember 2007 [8C_270/2007] Erw. 2.1).

3. In casu steht fest, dass sich der Beschwerdeführer am 15. August 2009 bei der Einwohnerkontrolle in Cham nach Italien abmeldete. Weiter ist erstellt, dass er noch vor diesem Ereignis zusammen mit einer Mitmieterin einen neuen Mietvertrag für eine Wohnung in der Gemeinde Hünenberg einging. Sodann ist aktenkundig, dass er sich in der fraglichen Zeitspanne, in welcher er in keiner Schweizer Gemeinde angemeldet war, jedenfalls zweimal beim RAV zu Beratungsgesprächen einfand, während er sich für ein Gespräch unter Verweis auf eine nicht belegte Erkrankung entschuldigte. Während er offenbar in den ersten Monaten den Nachweis für Suchbemühungen erbringen konnte, blieben entsprechende Nachweise ab November 2009 aus. Schliesslich meldete er sich im März 2010 rückwirkend per 1. Januar 2010 in der Gemeinde Hünenberg an. (...)

(...)

3.2 (...) Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich aus den gesamten aktenmässig erstellten Vorgängen zur Person des Beschwerdeführers ergibt, dass schon in der Vergangenheit wiederholt seine Anspruchsberechtigung geklärt werden musste, sei es aus Gründen der Wohnsitzpflicht nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG, sei es aufgrund eines mangelnden anrechenbaren Arbeitsausfalls nach Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG bzw. einer nicht gemeldeten Anstellung, mithin als Folge einer ziemlich gravierenden Meldepflichtverletzung. In diesem Zusammenhang wurden denn auch schon zu einem früheren Zeitpunkt Rückforderungen geltend gemacht. Mit dem Vorwurf, die Auskunftspflicht nach Art. 28 Abs. 1 und 2 ATSG verletzt zu haben, erfolgte am 31. August 2009 sogar eine Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug, welche schliesslich zum obig zitierten Strafbefehl resp. zur Verurteilung zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen à Fr. 120.–, unter Gewährung des Aufschubs des Vollzuges bei einer Probezeit von drei Jahren, und zu einer Busse von Fr. 600.– führte.

(...)

5. Unter Verweis auf die in Erwägung 3 ff. zitierte Praxis ist grundsätzlich daran zu erinnern, dass nicht jede kurze Landesabsenz dazu führt, die Anspruchsvoraussetzung nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG zu verneinen. So sah das Bundesge-

richt das Erfordernis des Schweizer Wohnsitzes in Fällen von zwei-, dreimonatiger Landesabsenz zum Zwecke des Zwischenverdienstes als noch immer erfüllt, wenn die versicherte Person gleichzeitig in der Schweiz weiter aktiv nach Stellen suchte und in regelmässigem Kontakt zum zuständigen RAV stand, schliesslich immer wieder an ihren Wohnort zurückkehrte – was impliziert, dass die Person noch immer in der Schweiz angemeldet war – und wenn es keine Hinweise auf einen anderweitigen Zweck des Auslandsaufenthaltes gab. In casu präsentiert sich allerdings eine völlig andere Situation. Während die in der bundesgerichtlichen Praxis erwähnten Versicherten wie angesprochen ihren Wohnsitz in der Schweiz jeweils aufrecht erhalten hatten, hatte sich der Beschwerdeführer am 15. August 2009 in Cham nachweislich zum Zwecke der Ausreise nach Italien, nach Dronero in der Provinz Cuneo, abgemeldet. Dass er in der Folge immer wieder und für geraume Zeit – auch während des aktuellen sozialversicherungsgerichtlichen Verfahrens – in Italien weilte, ist denn auch klar erstellt. Ob er sich dort je ordentlich anmeldete oder ob er die Dokumente einfach auf sich behielt – wie von ihm behauptet – ist hingegen nicht von Belang. Ebenso spielt das Faktum, dass er italienisch-schweizerischer Doppelbürger ist, keine Rolle. Mit der formellen Aufgabe seines schweizerischen Wohnsitzes dokumentierte er seine damalige Haltung, dass es ihm zu jenem Zeitpunkt an der Absicht gemangelt habe, für eine gewisse Zeitspanne den Aufenthalt in der Schweiz aufrecht zu erhalten und hier auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu haben, jedenfalls recht deutlich. Seine diesbezüglichen Angaben im vorliegenden Verfahren sind hingegen ziemlich widersprüchlich. Selbst wenn man nun ausser Acht lassen würde, dass sich der Beschwerdeführer – trotz der gegenteiligen, aktenwidrigen Behauptung im vorliegenden Verfahren, er habe sich im Dezember 2009 in Hünenberg angemeldet – nachweislich erst im März 2010 und infolge der ihm bekannt gewordenen Abklärungen der Arbeitslosenkasse wieder in der Schweiz, in Hünenberg, angemeldet hatte, dies rückwirkend per 1. Januar 2010, so verbliebe gleichwohl eine Zeitspanne von immerhin viereinhalb Monaten, in welcher er in der Schweiz nicht gemeldet war und sich auch nicht regelmässig und mit dem Willen des dauernden Verbleibens hier aufhielt. In Beachtung der zitierten Praxis ist alsdann weiter zu würdigen, dass der Beschwerdeführer jedenfalls in den Monaten November und Dezember 2009 weder Arbeitsbemühungen zu belegen vermochte, noch den Kontakt mit dem RAV-Berater aufrecht erhalten hat, mithin seinen Pflichten als arbeitsloser Leistungsansprecher nicht anstandslos nachgelebt hat. Während er die ihm zum Ausfüllen zugestellten Formulare jeweils ausgefüllt und unterschrieben retournierte, unterliess er es hartnäckig, der Amtsstelle seine Abmeldung in Cham zwecks Umzug nach Italien mitzuteilen. Dass der fragliche Italienaufenthalt einzig dem Zwecke, dort einen Zwischenverdienst zu erzielen, gedient hätte, kann aufgrund der Akten schliesslich ebenfalls nicht geschlossen werden. In Würdigung der zitierten Judi-

katur ergibt sich folglich und nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer die Anspruchsvoraussetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG im Zeitraum vom 15. August bis zum 31. Dezember 2009 nicht erfüllte. (...)

(...)

7. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer, der während mehrerer Monate nicht in der Schweiz angemeldet war, die Anspruchsvoraussetzung nach Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG im Zeitraum vom 15. August bis zum 31. Dezember 2009 nicht erfüllte. Demzufolge gelten die in dieser Zeitspanne ausgerichteten Arbeitslosenentschädigungen als zu unrecht bezogen und sind gestützt auf Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG zurückzuerstatten. Die nicht substantiierte Kritik an der Forderung in masslicher Hinsicht führt nicht zu einer anderen Sachbeurteilung. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. März 2011

S 2010 138

Bestätigt durch das Bundesgericht mit Urteil vom 31. Oktober 2011 (8C_317/2011)

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

Art. 179 Abs. 1 ZGB und Art. 137 aZGB i.V.m. Art. 170 Abs. 1 ZGB – Ausnahmsweise Zulässigkeit der rückwirkenden Abänderung von Eheschutzmassnahmen oder vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens auf einen Zeitpunkt vor Gesuchseinreichung hin (E. 3.1.1). Ein Ehegatte ist gestützt auf Art. 170 Abs. 1 ZGB verpflichtet, dem anderen Ehegatten eine während des Eheschutz- oder Massnahmeverfahrens eingetretene Einkommenssteigerung mitzuteilen. Unterlässt ein Ehegatte diese Mitteilung, so verhält er sich treuwidrig. Der andere Ehegatte kann diesfalls in einem Abänderungsverfahren gestützt auf Art. 179 Abs. 1 ZGB die rückwirkende Anpassung der getroffenen Massnahmen auch auf einen Zeitpunkt vor Einreichung des Gesuches hin verlangen (E. 3.1.2).

Aus den Erwägungen:

3.1.1 Soweit Eheschutz- oder Massnahmen während des Scheidungsverfahrens im summarischen Verfahren ergehen, was gemäss zugerischer Zivilprozessordnung der Fall ist (vgl. § 135 Abs. 2 Ziff. 4 ZPO), werden diese Entscheide nicht materiell rechtskräftig. Ein Entscheid hat daher keinen bindenden Charakter zwischen den Ehegatten für spätere Verfahren. Eheschutzmassnahmen können folglich jederzeit den veränderten Verhältnissen angepasst werden (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, 2. Auflage, Zürich 1998, N 8 zu Art. 179 ZGB mit weiteren Hinweisen). Wirksam wird die Abänderung grundsätzlich frühestens auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung. Für eine ausnahmsweise weitergehende Rückwirkung bedarf es ganz besonderer Gründe oder Gerechtigkeitsüberlegungen (Hausheer/Reusser/ Geiser, Berner Kommentar, 2. Auflage, Bern 1999, N 14 zu Art. 179 ZGB mit weiteren Hinweisen; Leuenberger, in: Schwenzer, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 18 zu Art. 137 ZGB). Dazu gehören namentlich der unbekannte Aufenthalt oder die Landesabwesenheit des Unterhaltspflichtigen, treuwidriges Verhalten einer Partei oder eine schwere Krankheit des Berechtigten (Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern 22 07 84 vom 6. August 2007, LGVE 2007 Nr. 7).

3.1.2 Zu prüfen ist, ob der Gesuchsgegnerin ein treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann, welches aus Gerechtigkeitsüberlegungen eine Rückwirkung des Massnahmeentscheides vor der Gesuchseinreichung zu rechtfertigen vermag. Der Gesuchsteller erblickt ein solches Verhalten der Gesuchsgegnerin darin, dass sie während des Rechtsmittelverfahrens ihre eingetretene Einkommenssteigerung

verschwiegen habe, obwohl sie gemäss Art. 170 Abs. 1 ZGB zu deren Offenlegung verpflichtet gewesen wäre. Der Gesuchsteller sowie die Gerichtsstanz seien daher von falschen Einkommensangaben der Gesuchsgegnerin ausgegangen.

Gemäss Art. 170 Abs. 1 ZGB kann jeder Ehegatte vom anderen Auskunft über dessen Einkommen, Vermögen und Schulden verlangen. Die Bestimmung von Art. 170 ZGB sieht eine umfassende Auskunftspflicht der Ehegatten in wirtschaftlichen Belangen vor. Während des Scheidungsprozesses trifft die Ehegatten eine erhöhte Pflicht, einander von sich aus und unaufgefordert über alle für die Regelung der Scheidungsfolgen massgebenden wirtschaftlichen Gegebenheiten Auskunft zu erteilen. Die Auskunftspflicht umfasst somit alles, was nötig ist, um die finanziellen Verhältnisse des einen Ehegatten zu beurteilen, die als Grundlage für die Festlegung eines konkreten Anspruchs des anderen Ehegatten wichtig sind. Es besteht ein Anspruch, gegebenenfalls im Einzelnen und genau über das Einkommen und das Vermögen Auskunft zu erhalten (Urteil des Bundesgerichts 5C.219/2005 vom 1. September 2006, E. 2.2).

Im vorliegenden Fall macht der Gesuchsteller zu Recht eine treuwidrige Unterlassung der Mitteilung der veränderten Einkommensverhältnisse durch die Gesuchsgegnerin geltend. Wie die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 1. Dezember 2010 selbst eingesteht, hatte sie ab August 2009 infolge von Personalausfällen und vermehrtem Pikettdienst Mehrstunden zu leisten und erzielte daher ein höheres Einkommen. Dasselbe gilt für das Jahr 2010. Die Verfügung der Einzelrichterin des Kantonsgerichts Zug datierte vom 9. August 2009. Es ist nicht anzunehmen, dass die Gesuchsgegnerin bereits bis zu diesem Zeitpunkt über die bevorstehende Leistung von Mehrstunden Bescheid wusste. Es kann ihr daher nicht vorgeworfen werden, diese Tatsache nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht zu haben. Indes datiert das Urteil der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug vom 11. November 2009. Die Gesuchsgegnerin wusste bis zu diesem Zeitpunkt sehr wohl Bescheid über ihr höheres Einkommen und wäre daher gestützt auf Art. 170 Abs. 1 ZGB und die vorgenannte bundesgerichtliche Praxis (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.219/2005 vom 1. September 2006, E. 2.2) verpflichtet gewesen, die Rechtsmittelinstanz und den Gesuchsteller über dieses Novum zu unterrichten. Dies muss umso mehr gelten, als gerade ihr Unterhaltsbeitrag zur Entscheidung stand und sich dieses Novum auf dessen Höhe ausgewirkt hätte. Die Gesuchsgegnerin hat sich mithin durch das bewusste Verschweigen dieser Tatsache treuwidrig verhalten, was eine rückwirkende Anpassung des Unterhaltsbeitrages rechtfertigt.

Kantonsgericht, Einzelrichterin, 27. Dezember 2010

2. Obligationenrecht

Art. 107 und Art. 160 Abs. 1 OR. – Ziffer 6.2 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) des Musterkaufvertrages für Neufahrzeuge des AGVS, Autogewerbeverband der Schweiz. Gemäss Ziffer 6.2 der AVB kann die Konventionalstrafe nur dann gefordert werden, wenn die Käuferin schriftlich gemahnt und ihr zudem eine Nachfrist von 30 Tagen angesetzt wurde. Die Nachfrist kann nicht bereits mit der schriftlichen Mahnung angesetzt werden (E. 2.1).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Klägerin verkaufte der Beklagten einen Mercedes-Benz zu einem Kaufpreis von CHF 74'900.– mit einer Lieferfrist von acht bis zwölf Wochen. In der Folge übernahm die Beklagte den Neuwagen nicht. Die Klägerin forderte gestützt auf Ziffer 6.2 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen («AVB») den Betrag von CHF 11'235.– (= 15 % des Kaufpreises von CHF 74'900.–) nebst Zinsen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Parteien verwendeten für den Abschluss des Autokaufs den Musterkaufvertrag für Neufahrzeuge des AGVS, Autogewerbeverband der Schweiz und übernahmen auch dessen Allgemeine Vertragsbestimmungen. Die Klägerin stützt ihre Forderung auf die Bestimmung gemäss Ziffer 6.2 der AVB, die wie folgt lautet:

«6.2 Verzug des Käufers. Befindet sich der Käufer nach erfolgter schriftlicher Mahnung mit der Übernahme des Fahrzeuges in Verzug, hat die Firma schriftlich eine Nachfrist von 30 Tagen anzusetzen. Nach deren unbenütztem Ablauf kann sie: a) auf der Erfüllung beharren und Schadenersatz verlangen oder b) auf die nachträgliche Leistung verzichten und 15 % des Preises des gekauften Fahrzeuges als Schadenersatz fordern, wobei die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens nicht ausgeschlossen ist oder c) vom Vertrag zurücktreten. Die gleichen Rechte stehen der Firma zu, wenn der Käufer nach erfolgter schriftlicher Mahnung mit der Zahlung des Kaufpreises oder eines die Hälfte übersteigenden Teils in Verzug geraten ist und die Firma ihm erfolglos schriftlich eine Nachfrist von 30 Tagen angesetzt hat. [...]»

Voraussetzung des Anspruches auf 15 % des Preises des gekauften Fahrzeuges ist somit, dass die formellen Erfordernisse, namentlich die schriftliche Mahnung des Käufers und das Ansetzen einer Nachfrist von 30 Tagen, erfüllt sind. Während die Klägerin behauptet, die Verzugsfolgen gemäss Kaufvertrag eingehalten zu haben, bestreitet die Beklagte, dass sie sich in Verzug befindet.

2. Vorweg ist festzuhalten, dass die Gültigkeit der AVB, insbesondere der Ziffer 6 (Verzug) unbestritten geblieben ist. In Ziffer 6.2 der AVB haben die Parteien bezüglich «Schadenersatzes» von 15 % des Fahrzeugkaufpreises eine Konventionalstrafe nach Art. 160 Abs. 1 OR vereinbart (Stöckli, Verträge und AGB beim Autokauf, publiziert in: Strassenverkehrsrechts-Tagung 2006, Freiburg 2006, S. 31 f.). Die Beklagte verspricht – sofern die Voraussetzungen erfüllt sind – einen objektiv bestimmbaren Betrag zu bezahlen, falls sie in Schuldnerverzug gerät, d.h. ihre vertragliche Pflicht nicht oder nicht richtig erfüllt (vgl. BGE 122 III 420 E. 2a). Die Klägerin hat – mit Ausnahme des Verschuldens – die Voraussetzungen der Konventionalstrafe zu beweisen. Zudem ist sie vom Schadensnachweis befreit (Art. 161 Abs. 1 OR).

2.1 Übernimmt die Käuferin den Wagen nicht zum vereinbarten Zeitpunkt, ist sie von der Verkäuferin gemäss Ziffer 6.2 der AVB schriftlich zu mahnen, wodurch die Käuferin in Verzug gerät. Ausserdem ist der Käuferin eine Nachfrist von 30 Tagen anzusetzen. Das Einräumen dieser Frist hat separat zu erfolgen. Die Nachfrist kann nicht bereits mit der schriftlichen Mahnung angesetzt werden (Stöckli, a.a.O., S. 32 und FN 100). Aufgrund der verhältnismässig hohen Konventionalstrafe von 15 % des Fahrzeugkaufpreises sowie der Tatsache, dass diese Klausel regelmässig auf Verlangen des Verkäufers vereinbart und zu Gunsten des Käufers im umgekehrten Fall keine Konventionalstrafe verabredet wird, ist die doppelte Aufforderung an den säumigen Käufer gerechtfertigt. Will die Verkäuferin mit anderen Worten die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe geltend machen, hat sie die von ihr bzw. ihrem Dachverband formulierten Regeln strikte einzuhalten.

2.2 Die Klägerin hat vorliegend den Nachweis nicht erbracht, dass sie die Beklagte schriftlich gemahnt und ihr danach eine Frist von 30 Tagen zur Erfüllung angesetzt hat. (...) Die Klage erweist sich demzufolge als unbegründet und ist abzuweisen. (...)

Kantonsgericht, 7. Juli 2011

Art. 731b OR – Bei Entscheid, welche Massnahmen der Richter ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Er hat dabei nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. Weiter hat er den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen (Einsetzung einer Liquidatorin und einer Revisionsstelle)

Aus den Erwägungen:

11. Einig sind sich die Beteiligten grundsätzlich darin, dass die Gesuchsgegnerin aufzulösen und ihre Liquidation anzuordnen sei.

Ob eine Gesellschaft aufzulösen ist, steht im Ermessen des Richters, wobei alle Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen sind (vgl. Watter/ Wieser, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 25 zu Art. 731b OR). Angesichts der Übereinstimmung der Beteiligten sowie der bestehenden und offenbar unüberbrückbaren Pattsituation zwischen den Aktionären, welche nicht durch einen Sachwalter gelöst werden kann und deren Ursache vorliegend nicht zu beurteilen ist, ist die Auflösung und Liquidation der Gesuchsgegnerin anzuordnen.

12. Uneinig sind sich insbesondere die beiden Aktionäre aber über die Art der Liquidation. Während D. eine ordentliche Liquidation bevorzugt, damit alle bestehenden Ansprüche der Gesuchsgegnerin erhältlich gemacht werden können, um die Gläubiger der Gesuchsgegnerin zu befriedigen, stellt sich Y. primär auf den Standpunkt, die Gesuchsgegnerin sei nach den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren, weil andere Massnahmen nicht im Interesse der Gesuchsgegnerin seien. Der Gesuchsteller hat nichts gegen eine ordentliche Liquidation einzuwenden.

Beim Entscheid, welche Massnahmen der Richter ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Er hat dabei nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. Weiter hat er den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. Eine schärfere Massnahme soll nur und erst dann angeordnet werden, wenn eine mildere nicht genügt oder erfolglos geblieben ist (vgl. Lorandi, AJP 2008, S. 1384 f.; Bürge/Gut, SJZ 105/2009, S. 159 f.).

Bei der konkursamtlichen Liquidation handelt es sich um die ultima ratio, der grundsätzlich die ordentliche Liquidation vorzuziehen ist (vgl. zu den Wirkungen des Konkurses z.B. Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht II, 3. A., Zürich 1993, N 1 f. zu § 35; Bünzli, Leitfaden zum SchKG, Zürich 1994, S. 85). Diese dürfte insgesamt mehr Gewähr dafür bieten, dass den Anliegen der Gläubiger auf Befriedigung ihrer Forderungen und auch den Anliegen der Aktionäre besser Rechnung getragen wird. Vorliegend ist es auch gerechtfertigt, die ordentliche Liquidation anzuordnen, damit im Gesellschaftsinteresse der Wert und der Verkauf der Tochtergesellschaft sowie die Anhebung allfälliger Ersatzansprüche gegenüber der Tochtergesellschaft oder von dieser gegenüber Dritten abgeklärt werden kann, nachdem sich die Aktionäre darüber uneinig sind. Mit-

hin ist die ordentliche Liquidation anzuordnen. Daran ändern auch die Ausführungen von Y. mit Bezug auf mögliche Kosten, Erfolg und Zeitbedürfnis nichts.

13. Wird die ordentliche Liquidation angeordnet, so hat der Richter im Sinne von Art. 731b OR die notwendigen Organe einzusetzen, vorliegend somit den Liquidator und die Revisionsstelle.

RA lic.iur. J. sowie die S. haben sich als Liquidatorin bzw. Revisionsstelle zur Verfügung gestellt. Der Gesuchsteller hat offenbar gegen diese Ernennungen nichts einzuwenden. Y. moniert zwar, dass solche Organe nicht durch eine Partei vorgeschlagen werden dürften, sondern vom Gericht bezeichnet werden müssten, um einen Interessenkonflikt zu vermeiden. Substanzielle Einwände gegen die Ernennung von RA lic.iur. J. sowie der S. erhebt er jedoch nicht. Nachdem auch sonst keine Interessenkollisionen oder Befangenheitsgründe ersichtlich sind, sind die Vorgeschlagenen somit zu ernennen.

14. Uneinig sind sich D. und Y. weiter über die Amtszeit der Liquidatorin. Der eine geht von zwölf Monaten, der andere von drei Monaten aus.

Art. 731b Abs. 2 OR sieht vor, dass wenn der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennt, auch die Dauer bestimmt, für die die Ernennung gültig ist. Dies hat vorliegend ebenfalls zu geschehen. Angesichts der von den Aktionären geschilderten Problematik ist eine Befristung auf ein Jahr angezeigt (vgl. auch Watter/Wieser, a.a.O., N 22; Bürgi/Gut, a.a.O., S. 164). Entgegen der Ansicht von Y. wird es nämlich nicht darum gehen, die Tochtergesellschaft sowie die weiteren Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin auf dem schnellstmöglichen, sondern auf dem bestmöglichen Weg zu verwerten. Dafür ist eine Frist von einem Jahr besser geeignet.

15. Kommt der Richter zum Schluss, dass ein Organ oder Sachwalter einzusetzen ist, hat er diesen Kompetenzen im Urteil festzuhalten (vgl. Watter/Wieser, a.a.O., N 21 zu Art. 731b OR).

Vorliegend ist die Liquidatorin anzuweisen, die Liquidation der Gesuchsgegnerin und alle dafür notwendigen Handlungen auszuführen und in diesem Zusammenhang insbesondere auch allfällige Ersatzansprüche der Gesuchsgegnerin der Tochtergesellschaft gegenüber bzw. von dieser Dritten gegenüber abzuklären und allenfalls einzufordern sowie den Verkauf der Tochtergesellschaft sowie weiterer Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin vorzunehmen. Es werden der Liquidatorin dafür alle nötigen Kompetenzen eingeräumt. Die Art und Weise, wie die Liquidato-

rin im Einzelnen vorzugehen hat, ist indessen nicht festzulegen, sondern bleibt in deren Ermessen.

Die Aufgabe der Revisionsstelle muss nicht besonders bezeichnet werden, sondern entspricht dem gesetzlichen Auftrag.

16. Der Richter kann im Falle der Einsetzung eines Organs oder Sachwalters die Gesellschaft verpflichten, die Kosten der Massnahme zu tragen sowie einen Kostenvorschuss zu leisten (vgl. Art. 731b Abs. 2 OR; Watter/Wieser, a.a.O., N 21 zu Art. 731b OR).

Die Gesuchsgegnerin ist somit zu verpflichten, die Kosten für die Liquidatorin sowie die Revisionsstelle zu übernehmen. Zudem hat sie der Liquidatorin einen Kostenvorschuss von CHF 5'000.- und der Revisionsstelle einen solchen von CHF 3'000.- zu leisten. Unterbleibt der Kostenvorschuss oder werden die weiteren Kosten der Liquidatorin und der Revisionsstelle nicht bezahlt, fällt die angeordnete Massnahme dahin.

Auf den Antrag von D., dem Gericht im Sinne eines Darlehens unter Rangrücktritt CHF 20'000.- zu überweisen, um der Gesuchsgegnerin und den eingesetzten Organen die Aufnahme der geordneten Liquidationstätigkeit zu ermöglichen, kann mangels Parteistellung nicht eingetreten werden. Es ist Sache der Aktionäre der Gesuchsgegnerin, die nötigen Mittel zur Verfügung zu stellen, was in Zusammenarbeit mit der Liquidatorin zu geschehen hat. Auf welche Art und Weise dies zu erfolgen hat, ist vorliegend nicht festzulegen.

17. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Gesuchsgegnerin die gerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Was die Kosten für die Eingaben von D. und Y. anbelangt, welche formell nicht Verfahrensbeteiligte sind, so gilt es zu berücksichtigen, dass diese Kosten durch die Pattsituation der Aktionäre entstanden sind, welche diese selber zu verantworten haben. Dementsprechend haben sie auch je für die Kosten ihrer Eingaben selber aufzukommen.

Kantonsgericht, Einzelrichter, 16. Mai 2011

Art. 754 OR, Art. 260 SchKG – Einreden der Organe gegen ihre Verantwortlichkeit. Wird über eine Aktiengesellschaft nach Fällung des erstinstanzlichen Urteils in Bezug auf eine Verantwortlichkeitsklage sowie nach Einreichung der Berufung der Konkurs eröffnet und lassen sich einzelne Gläubiger die entsprechenden Rechtsansprüche der Masse gemäss Art. 260 SchKG abtreten, hat dies den Ausschluss von Einreden der Organe gegen ihre Verantwortlichkeit zur Folge, die sich gegen die Gesellschaft richten.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Das vorliegende Verfahren wurde erstinstanzlich noch von der aufrecht stehenden Gesellschaft anhängig gemacht, d.h. sie verlangte von den Beklagten als ihren Verwaltungsräten Ersatz des Gesellschaftsschadens. Nach Fällung des erstinstanzlichen Urteils und Einreichung der Berufung wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. In der Folge verzichtete die Konkursverwaltung auf die Weiterführung des vorliegenden Prozesses. Die Aktivlegitimation der nunmehr klagenden Parteien ergibt sich daher aus der Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse gemäss Art. 260 SchKG, mit welcher das Konkursamt diese am 17. Dezember 2004 zur Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe der X. AG und damit zur Weiterführung des vorliegenden Verfahrens ermächtigte. Die Klägerinnen verlangen mithin von den Beklagten Ersatz des Gesellschaftsschadens, stellvertretend für die Gläubigergemeinschaft im Konkurs der X. AG.

4. Entsprechend dem Vorgehen der Vorinstanz ist von den Tatbestandsmerkmalen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR vorab das Vorliegen einer Pflichtverletzung des jeweiligen Organs zu prüfen. Ergibt sich, dass die Kläger eine solche nicht nachzuweisen vermögen, erübrigt sich eine Prüfung der übrigen Merkmale (Schaden, Kausalzusammenhang sowie Verschulden).

4.1 Eine Haftung setzt pflichtwidriges Verhalten voraus, d.h. die Missachtung einer namentlich durch Gesetz oder Statuten auferlegten Pflicht durch den Verantwortlichen. Allgemein geht es um ein in vermeidbarer Weise schädigendes Verhalten oder um die Unterlassung eines zumutbaren, im Gesellschaftsinteresse gebotenen Tuns (Bärtschi, a.a.O., S. 240). Vorliegend machen die Klägerinnen geltend, die Beklagten hätten im Juli 1999 rechtsgrundlos eine Zahlung von DM 1.9 Mio. an A., den damaligen Alleinaktionär der X. AG, veranlasst. Überdies hätten die Beklagten namens der X. AG den Klägerinnen fingierte Rechnungen gestellt und gestützt darauf ebenfalls rechtsgrundlose, von A. veranlasste Zahlungen

in der Höhe von EUR 200'000.– und EUR 400'000.– sowie GBP 270'000.– auf ein Konto der X. AG entgegengenommen. Die Entgegennahme und der Weitertransfer der Gelder an A. durch die Beklagten erfüllten objektiv den Tatbestand der Geldwäscherei gemäss Art. 305bis StGB. Da die erwähnten Zahlungen an die Klägerin ohne Rechtsgrund und deliktisch erfolgt seien, würden sie durch die betreffenden Gesellschaften zurückgefordert.

4.2. Die Vorinstanz erwog hierzu, dass A. im massgeblichen Zeitraum unbestrit-
tenermassen Alleinaktionär der Klägerin gewesen sei und somit als faktisches
Geschäftsführungsorgan gehandelt habe, als er den Beklagten die Anweisungen
zur Entgegennahme und Weiterleitung der Gelder gegeben habe. Das Handeln des
Alleinaktionärs und faktischen Organs entspreche dem Willen der Gesellschaft. In
Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei deshalb der Anspruch
der Gesellschaft gestützt auf die Einrede «volenti non fit injuria» zu verneinen.
Zudem befinde sich der Alleinaktionär quasi permanent in einer Universalver-
sammlung. Seine Handlungsanweisungen gegenüber den Verwaltungsräten gälten
daher zugleich als Décharge-Beschlüsse, welche gemäss Art. 758 Abs. 1 OR ohne
weiteres gegenüber der Gesellschaft Wirkung entfalteten. Die Einwilligung A. in
die Handlungen der Beklagten habe auch nicht im Sinne von Art. 20 OR gegen das
Gesetz oder die guten Sitten verstossen, da jedenfalls in subjektiver Hinsicht kein
Straftatbestand der Beklagten nachgewiesen sei. Die X. AG als damalige Klägerin
habe sich des Weiteren den an der Generalversammlung vom 15. Juni 2000 ge-
fassten Décharge-Beschluss entgegenhalten zu lassen.

4.3 Die Klägerinnen bringen nun vor, der Konkurseröffnungsentscheid über die
X. AG und die darauf folgende Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche gegen
die Beklagten gemäss Art. 260 SchKG habe auch in materiellrechtlicher Hinsicht
Relevanz für den vorliegenden Prozess, indem durch die damit verfügte Konkurs-
eröffnung die Verantwortlichkeitsansprüche der X. AG durch Ansprüche der Gläu-
bigergesamtheit im Konkurs der Gesellschaft abgelöst worden seien. Diese An-
spruchsablösung habe den Ausschluss von Einreden der Organe gegen ihre
Verantwortlichkeit zur Folge, die sich gegen die Gesellschaft richteten, wie die
Einrede der Einwilligung der Gesellschaft in die schädigende Handlung oder die
Einrede der Décharge durch die Generalversammlung. Für die Klageabweisung sei
entscheidend gewesen, dass solche Einreden der Beklagten vorinstanzlich ge-
schützt worden seien. Infolgedessen entziehe nun aber die seitherige Konkurser-
öffnung dem angefochtenen Entscheid dessen praktisch alleinige Grundlage.

4.3.1 Der Schaden, den die Gesellschaft unmittelbar und die Gläubiger mittelbar
erleiden, ist im Konkurs gemäss Art. 757 Abs. 1 OR zuerst von der Konkursverwal-

tung geltend zu machen. Nach deren Verzicht können die kollozierten Gesellschaftsgläubiger den gesamten Schaden der Gesellschaft einklagen. Pflichtwidriges Verhalten der Organe einer AG schädigt einerseits die Gesellschaft, beeinträchtigt andererseits aber auch die Vermögensinteressen der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger. Sicherzustellen ist deshalb insbesondere, dass die verantwortlichen Organe auch dann belangt werden können, wenn die Gesellschaft auf die Geltendmachung ihrer Schadenersatzansprüche verzichtet, die schädigenden Handlungen genehmigt oder zum voraus darin eingewilligt hat oder wenn die Mehrheit der Aktionäre gar mit den verantwortlichen Organen unter einer Decke steckt. Solange die Gesellschaft aufrecht steht, geht es darum, den Bestand des Gesellschaftsvermögens zu sichern und damit die Lebensfähigkeit der Gesellschaft sowie den Wert der Beteiligungsrechte der Aktionäre zu erhalten. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger bleiben demgegenüber vorerst zwangsläufig im Hintergrund, da ein mittelbarer Gläubigerschaden gar nicht nachweisbar ist, solange die Gesellschaft zahlungsfähig ist. Das Gesetz gesteht daher das Recht, Verantwortlichkeitsansprüche ausser Konkurs geltend zu machen, in erster Linie der Gesellschaft zu. Diese kann allerdings auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche verzichten, insbesondere indem sie die schädigenden Handlungen genehmigt und den verantwortlichen Organen die Décharge erteilt. Die Gesellschaftsgläubiger können, solange die Gesellschaft aufrecht steht, nach Art. 758 OR keinen mittelbaren Schaden geltend machen. Die Situation ändert sich grundsätzlich, sobald die Gesellschaft in Konkurs fällt. Nach der Konkurseröffnung kann es nicht mehr Ziel des Verantwortlichkeitsrechts sein, die Lebensfähigkeit der Gesellschaft und den Wert der Beteiligungsrechte der Aktionäre zu erhalten. Es kann vielmehr einzig noch darum gehen, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger das zur Masse gehörenden Vermögen erhältlich zu machen. Gemäss Art. 756 Abs. 1 OR ist im Konkurs einzig die Konkursmasse befugt, Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen. Verzichtet diese auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche, so kann gemäss Art. 756 Abs. 2 OR jeder Gläubiger deren Abtretung verlangen. Der Abtretungsgläubiger klagt dabei ausschliesslich aus dem Recht der Gläubigergesamtheit, woraus sich ergibt, dass er Ersatz des gesamten Schadens fordern kann, den die verantwortlichen Organe der Gesellschaft und damit mittelbar auch den Gläubigern zugefügt haben, und dass ihm dabei weder Einreden gegen ihn persönlich noch solche gegen die Gesellschaft entgegengehalten werden können. Hierunter fallen die Einrede der Décharge durch die Generalversammlung, aber auch jene der Einwilligung der Gesellschaft. Die Berufung auf solche Einreden kann daher nur gegenüber der Klage der aufrecht stehenden Gesellschaft selbst durchdringen, nicht jedoch gegenüber den Ansprüchen der Gläubigergesamtheit, die nach Ausbruch des Konkurses einzig noch in Frage stehen (vgl. zum Ganzen BGE 117 II 432 mit welchem das Bundesgericht die

Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigersamtheit entwickelt und diese seither mehrfach bestätigt hat).

4.3.2 Das vorliegende Verfahren wurde von der damals noch aufrecht stehenden Gesellschaft anhängig gemacht. Mit der Eröffnung des Konkurses über diese wurde ihr Anspruch durch denjenigen der Gesamtheit der Gläubiger abgelöst. Nachdem die Konkurseröffnung nach Fällung des erstinstanzlichen Urteils und Einreichung der Berufung durch die damalige Klägerin erfolgte, ist sie in Anwendung von § 205 Abs. 1 ZPO als sogenannt echtes Novum im Berufungsverfahren zu berücksichtigen. Dies führt dazu, dass die eben unter Ziff. 4.3.1 beschriebenen Rechtsfolgen des Konkurses der Gesellschaft ihre Wirkung auch hinsichtlich des vorliegend zu beurteilenden Sachverhaltes entfalten. Die Auffassung der Klägerinnen, dass die Beklagten nunmehr mit ihren Einreden, die sich gegen die Gesellschaft richten, d.h. mit jener der Einwilligung der Gesellschaft in die schädigende Handlung sowie jener der Décharge durch die Generalversammlung, ausgeschlossen sind, erweist sich demnach als zutreffend. (...)

Obergericht, I. Zivilabteilung, 8. März 2011

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 20. September 2011 ab (4A_231/2011)

Art. 697a und 697b OR – Eine Sonderprüfung ist nur zulässig, wenn erstens ein Aktionär in der Generalversammlung einen entsprechenden Antrag stellt und die Generalversammlung zweitens über diesen Antrag abstimmt. Anderes gilt nur dann, wenn der Verwaltungsrat oder die GV eine Abstimmung über den Sonderprüfungsantrag verweigern, zumal der Aktionär einen Anspruch auf Durchführung einer Abstimmung hat.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.1.1 Jeder Aktionär kann der Generalversammlung (GV) beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder Einsicht bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Entspricht die GV dem Antrag nicht, so können Aktionäre, die zusammen mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Millionen Franken vertreten, innert dreier Monate

den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen (Art. 697b Abs. 1 OR). Die Gesuchsteller haben Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR).

4.1.2 Dreh- und Angelpunkt jeder Sonderprüfung ist ein entsprechender Antrag in der GV der AG. Ein solcher Antrag, der ohne Traktandierung an jeder GV möglich ist, muss aber nicht bloss gestellt werden, sondern die GV hat zusätzlich darüber abzustimmen, weil erst dadurch entschieden wird, ob die GV dem Anliegen «entspricht» oder eben «nicht entspricht» (vgl. den Wortlaut der Art. 697a Abs. 2 u. 697b Abs. 1 OR). Die konkrete Beschlussfassung – sei diese positiv oder negativ – führt in der Folge zu unterschiedlichen Sonderprüfungsverfahren bzw. zu einer eigentlichen Verfahrensspaltung. Deshalb ist eine Sonderprüfung nur zulässig, wenn erstens ein Aktionär in der GV einen entsprechenden Antrag stellt und die GV zweitens über diesen Antrag abstimmt. Dass diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, liegt grundsätzlich im Verantwortlichkeitsbereich des Aktionärs. Er hat m.a.W. eine sog. Abstimmungsverfolgungsobliegenheit in der GV. Dies bedeutet konkret, dass der Antrag bei Unterbleiben einer entsprechenden Abstimmung in der GV grundsätzlich nicht als abgelehnt i.S.v. Art. 697b Abs. 1 OR gilt, weshalb eine in der Folge eingereichte Sonderprüfungsklage mangels Durchführung einer Abstimmung in der GV ohne weiteres abgewiesen werden muss. Anderes soll nach den einschlägigen Lehrmeinungen nur dann gelten, wenn der Verwaltungsrat oder die GV eine Abstimmung über den Sonderprüfungsantrag verweigern, zumal der Aktionär einen Anspruch auf Durchführung einer Abstimmung habe (zum Ganzen Peter V. Kunz, *Der Minderheitenschutz im Schweizerischen Aktienrecht*, Bern 2001, S. 850 f.; auch Rolf H. Weber, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 697a N 29 ff.; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 2263 ff.).

4.2 Im vorliegenden Fall verlangte der Gesuchsteller mit Schreiben vom 15. April 2011 von A.B., welcher bei beiden Gesuchsgegnerinnen einziger Verwaltungsrat ist, die Einberufung ausserordentlicher Generalversammlungen der beiden Gesellschaften. Nachdem er keine Reaktion auf dieses Schreiben erhalten hatte, wiederholte der Gesuchsteller sein Begehren gegenüber A.B. in einem weiteren Schreiben vom 29. April 2011. In keinem der beiden Schreiben vom April 2011 stellte er allerdings zuhanden der Generalversammlungen der Gesuchsgegnerinnen Anträge auf Sonderprüfung. Des weiteren verzichtete er darauf, seine – seitens des Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerinnen unerfüllt gebliebenen – Forderungen nach Einberufung ausserordentlicher Generalversammlungen gerichtlich durchzusetzen, obschon ihm dies in Anbetracht seiner behaupteten Beteiligungen

von 10% am jeweiligen Aktienkapital der Gesuchsgegnerinnen gestützt auf Art. 699 Abs. 4 OR durchaus möglich gewesen wäre. Dementsprechend fanden nach Angaben des Gesuchstellers in den letzten drei Monaten vor der Einreichung der beiden Gesuche auch keine Generalversammlungen der Gesuchsgegnerinnen statt, anlässlich derer er Anträge auf Durchführung von Sonderprüfungen gestellt hätte, welche die Generalversammlungen der Gesuchsgegnerinnen abgelehnt hätten. Hat der Gesuchsteller aber nach seinen eigenen Angaben weder gegenüber dem jeweiligen Verwaltungsrat (zuhanden der GV) noch in einer GV Anträge auf Durchführung von Sonderprüfungen bei den Gesuchsgegnerinnen gestellt, ist er seiner – sich aus dem klaren Gesetzeswortlaut ergebenden – Abstimmungsverfolgsobliegenheit offenkundig nicht nachgekommen. Seine gegenteilige Auffassung, wonach bereits die (sinngemässe) Weigerung des Verwaltungsrats der Gesuchsgegnerinnen, ausserordentliche Generalversammlungen einzuberufen, als Ablehnung seiner Anträge auf Durchführung von Sonderprüfungen zu qualifizieren sei, übergeht offenkundig den Unterschied zwischen dem Anspruch auf Einberufung einer GV gemäss Art. 699 Abs. 3 OR und dem Antragsrecht betreffend Sonderprüfung nach Art. 697a Abs. 1 OR. Die Nichterfüllung des vom Gesuchsteller mit den beiden Schreiben vom April 2011 geltend gemachten Anspruchs auf Einberufung einer ausserordentlichen GV durch den Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerinnen, kann nicht ernsthaft mit einer Weigerung des Verwaltungsrats oder der Generalversammlungen selbst gleichgesetzt werden, eine Abstimmung über einen Antrag auf Sonderprüfung durchzuführen. Dies ergibt sich gerade in casu schon daraus, dass der Gesuchsteller gemäss seinen eigenen Angaben bzw. den von ihm selbst eingereichten Unterlagen bis anhin noch gar keinen entsprechenden Antrag stellte. Seine Argumentation widerspricht insofern bereits den Gesetzen der Logik. Das Gesagte gilt im Übrigen aber generell, zumal die direkte Einsetzung eines Sonderprüfers durch den Richter der gesetzlichen Ordnung klar widersprechen würde (vgl. Peter Böckli, a.a.O., S. 2263). Die Auffassung des Gesuchstellers findet in der seinerseits zitierten Lehre denn auch keinerlei Stütze (vgl. dazu die Literaturhinweise vorne in Erwägung 4.1.2). Den beiden Gesuchen kann schon unter diesem Aspekt kein Erfolg beschieden sein. (...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 21. Juli 2011

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 10. Februar 2012 ab (4A_554/2011)

3. Börsen und Effektenhandel

Art. 33 BEHG – Voraussetzungen für die Kraftloserklärung von Beteiligungspapieren.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Bei der Kraftloserklärung nach Art. 33 BEHG muss der Kläger nachweisen, dass er ein dem Börsengesetz (Art. 2 lit. e BEHG) entsprechendes öffentliches Kaufangebot für eine schweizerische Gesellschaft unterbreitet hat, die an einer Schweizer Börse zumindest teilweise kotiert ist, dass er über mehr als 98 % der Stimmrechte an dieser Zielgesellschaft verfügt und dass er die Klage innert der dreimonatigen Verwirkungsfrist eingereicht hat. Sind diese Voraussetzungen für eine Kraftloserklärung erfüllt, heisst das Gericht die Klage gut (vgl. Christian Köpfli, Der Ausschluss der Minderheitsaktionäre nach einem öffentlichen Übernahmeangebot, SJZ 94 [1998], S. 63). Dabei untersteht das Verfahren der Dispositionsmaxime (Robert Bernet, Die Regelung öffentlicher Kaufangebote im neuen Börsengesetz [BEHG], Bern 1998, S. 249).

2.1 Die Klägerin hat die genannten gesetzlichen Voraussetzungen allesamt im Einzelnen substantiiert dargelegt und mit Dokumenten untermauert. Das wird von der Beklagten ausdrücklich anerkannt. Nachdem keine weiteren Aktionäre dem Prozess beigetreten sind, ist das Vorliegen der Voraussetzungen für die Kraftloserklärung auch anderweitig unbestritten geblieben und damit als erwiesen zu betrachten. Es handelt sich bei der Beklagten um eine schweizerische Aktiengesellschaft, die an der Schweizer Börse SIX kotiert ist. Die Klägerin verfügt nach dem von ihr im Sinne von Art. 2 lit. e BEHG lancierten öffentlichen Kaufangebot mittlerweile über 98,18 % des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Beklagten. Damit hat sie den sogenannten Grenzwert von 98 %, bei dem neben den direkt gehaltenen Aktien auch diejenigen berücksichtigt werden, die der Anbieter indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten hält (Art. 54 lit. b BEHV), im Laufe des vorliegenden Prozesses überschritten. Nach wohl herrschender Lehre und Praxis genügt es, dass das notwendige Quorum im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorliegt, da nach zivilprozessualen Grundsätzen dieser Zeitpunkt massgebend ist. Der Kläger kann gestützt auf die Novenregelung nach Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO noch bis zur Hauptverhandlung darlegen, weitere Beteiligungspapiere erworben zu haben (Rampini/Reiter in: Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar BEHG, Basel 1999, N Art. 33 N 15; Schärer/Zeiter, Going Private Transaktionen, in: Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions V, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 61; Gotschev/Staub, Der

Ausschluss von Minderheitsaktionären nach Art. 33 Börsengesetz und durch squeeze out merger gemäss Fusiosgesetz, GesKR 4/2006, S. 274). Mit der Klageeinleitung am 25. Mai 2011 hat die Klägerin schliesslich auch die Dreimonatsfrist gemäss Art. 33 BEHG, die mit Ablauf der Nachfrist des öffentlichen Kaufangebots am 25. Februar 2011 zu laufen begann, eingehalten.

2.2 Sind mithin die Voraussetzungen von Art. 33 BEHG und Art. 55 BEHV erfüllt, ist die Klage ohne weiteres gutzuheissen. Sämtliche sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten sind demnach für kraftlos zu erklären. Diese Kraftloserklärung ist sodann umgehend im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu veröffentlichen (Art. 55 Abs. 4 BEHV). (...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 9. November 2011

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 8a SchKG – Wer zum Zwecke der Information Dritter über die eigene Kreditwürdigkeit einen Betreibungsregistrauszug über die eigene Person verlangt, kann sich auf Art. 8a Abs. 4 SchKG berufen (E. 2.1). Gestützt auf diese Bestimmung kann verlangt werden, dass Informationen, die länger als fünf Jahre zurück liegen, und die, ohne einen genügenden Rückschluss auf die – aktuelle – Kreditwürdigkeit der verzeichneten Person zuzulassen, geeignet erscheinen, deren wirtschaftlichen Ruf zu schädigen, aus dem Betreibungsregistrauszug gestrichen werden. In casu wurde dies für eine Bemerkung, wonach über das Vermögen des Beschwerdeführers vor rund 9 Jahren der Konkurs eröffnet worden sei, bejaht (E. 2.2).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im November 2010 erstellte das Betreibungsamt Y. über X. auf dessen eigenes Begehren einen Betreibungsregistrauszug. Unter der Rubrik «Bemerkungen» wurde darin u.a. ausgeführt «Konkurseröffnung 05.12.2001 Konkursamt O.» In der Folge verlangte X. beim Betreibungsamt Y. erfolglos die Streichung der fraglichen Bemerkung aus seinem Betreibungsregistrauszug. Daraufhin gelangte X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) an die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug und beantragte sinngemäss, das Betreibungsamt Y. sei anzuweisen, den Eintrag betreffend die Konkurseröffnung aus dem über ihn erstellten Betreibungsregistrauszug zu streichen. (...)

Aus den Erwägungen:

1. Die Betreibungs- und Konkursämter führen über ihre Amtstätigkeiten sowie die bei ihnen eingehenden Erklärungen Protokolle und Register (Art. 8 Abs. 1 SchKG). Die Registerführung soll primär die Verrichtungen der Ämter dokumentieren. Aufgrund ihres Inhalts bieten sich die fraglichen Register faktisch allerdings zugleich als Dokument über Zahlungsmoral, Zahlungsgepflogenheiten und Zahlungsmöglichkeiten der darin verzeichneten Personen an, womit sie zu einem Instrument des Vermögensschutzes für künftige Gläubiger und Geschäftspartner werden. Das SchKG anerkennt diese beiden Registerfunktionen, indem es Interessierten in Art. 8a SchKG ein Einsichtsrecht in die Protokolle und Register der Betreibungs- und Konkursämter vermittelt (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, BBl. 1991 III, S. 28 f.). Wo die Einsichtnahme im Einzelfall dazu dient, die Kreditwürdigkeit (beruhend auf Zahlungsfähigkeit und/oder Zahlungswilligkeit) einer Person abzuschätzen, stehen den Auskunftsinteressen gewichtige Interessen des Schuldners gegenüber. Gerade weil die Betreibungsdaten die Kre-

ditwürdigkeit einer Person «dokumentieren», besteht ein erhebliches Interesse der betroffenen Person, dass diese Daten keinen falschen Eindruck erwecken und auch nicht jedermann zugänglich sind. Die Aufgabe von Art. 8a SchKG besteht darin, allen berechtigten Interessen angemessen Rechnung zu tragen (vgl. James T. Peter, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, SchKG I, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 8a, N 1 f.). Die Bestimmung regelt daher einerseits Voraussetzungen und Gegenstand des Einsichtsrechts (Abs. 1 und Abs. 2) und andererseits gewisse sachliche und zeitliche Schranken des Einsichtsrechts Dritter (Abs. 3 und Abs. 4).

1.1 Gegenstand der im Rahmen des Einsichtsrechts zu erteilenden Betreuungsauskunft sind gemäss Art. 8a Abs. 1 SchKG die Protokolle und Register. Was zu protokollieren und registrieren ist, steht in der Verordnung über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register sowie die Rechnungsführung vom 5. Juni 1996 (VFRR). Grundsätzlich geht das Recht auf Erstellung eines Auszugs ebenso weit wie das Einsichtsrecht: Wer also Anspruch auf Einsicht hat, dem ist auf Verlangen auch ein detaillierter Auszug zu geben (vgl. Georges Vonder Mühl, BISchK 2007, S. 177; James T. Peter, a.a.O., Art. 8a, N 17). Nicht geregelt ist im Gesetz, wie weit eine Auskunft, wenn sie einmal erteilt wird, in jedem Fall gehen muss (vgl. Georges Vonder Mühl, BISchK 2000, S. 28.). Diese Frage kann sich namentlich dann stellen, wenn – wie vorliegend – um eine Betreuungsauskunft betreffend die eigene Person ersucht wird. In der Literatur wird mit Verweis auf die Praxis in den Kantonen Bern und Basel-Stadt die Ansicht vertreten, aus dem Zweck des Einsichtsrechts und dem öffentlichen Interesse am Informationsmittel Betreibungsregistrauszug folge, dass sich die Auskunft aus dem Betreibungsregister nie – auch auf Verlangen des Auskunftssuchenden nicht – auf die Betreibungseingänge beschränken dürfe, sondern auch auf das Bestehen von Betreibungs- und Konkursverlustscheinen sowie auf laufende und mangels Aktiven eingestellte Konkursverfahren hinzuweisen habe. Würde die Betreuungsauskunft des Amts im Einzelfall auf Begehren des Auskunftssuchenden nur einen Teil dieser für die Kreditwürdigkeit wesentlichen Registerangaben enthalten, wäre sie nach dieser Lehrmeinung für einen Dritten kein verlässliches Informationsmittel (vgl. Georges Vonder Mühl, BISchK 2000, S. 28). In Anlehnung an diese Lehrmeinung hat die Justizkommission in einem Entscheid aus dem Jahr 2008 eine Beschwerde abgewiesen, mit welcher sich der Betroffene dagegen gewehrt hatte, dass in seinem Betreibungsregistrauszug Angaben betreffend ein über sein Vermögen durchgeführtes Konkursverfahren aufgeführt wurden (vgl. GVP 2008, S. 219 f.).

1.2 In sachlicher Hinsicht begrenzt Art. 8a Abs. 3 SchKG das Einsichtsrecht Dritter dahingehend, dass die Ämter diesen von einer Betreibung keine Kenntnis geben, wenn sie nichtig ist oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtli-

chen Entscheids aufgehoben worden ist (Bst. a), wenn der Schuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegt hat (Bst. b) oder wenn der Gläubiger die Betreibung zurückgezogen hat (Bst. c). In zeitlicher Hinsicht erlischt das Einsichtsrecht Dritter sodann fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens (Art. 8a Abs. 4 SchKG). Diese gesetzlichen Einsichtsschranken haben datenschutzrechtlichen Charakter. Sie bezwecken die Verhinderung von Auskünften, die, ohne einen genügenden Rückschluss auf die - aktuelle - Kredit(un)würdigkeit einer im Register verzeichneten Person zuzulassen, geeignet sind, deren wirtschaftlichen Ruf als Bestandteil ihrer rechtlich geschützten Persönlichkeit zu schädigen. Die in Art. 8a Abs. 4 SchKG verankerte zeitliche Schranke des Einsichtsrechts verkörpert deshalb zugleich auch ein «Recht auf Vergessen» der verzeichneten Person (vgl. zum Ganzen James T. Peter, a.a.O., Art. 8a, N 18 u. 30; Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, BBl. 1991 III, S. 28 ff.). Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bezieht sie sich allerdings nur auf abgeschlossene Betreibungsverfahren, nicht hingegen auf bestehende Verlustscheine, solange diese nicht getilgt oder verjährt sind (James T. Peter, a.a.O., Art. 8a, N 31; Georges Vonder Mühl, BISchK 2007, S. 177; je m.w.H.). Im Sinne dieser Auffassung hat das Bundesgericht im Jahr 2007 die Beschwerde einer Betroffenen abgewiesen, welche die Löschung von Verlustscheinen, die vor mehr als 5 Jahre ausgestellt worden waren, aus ihrem Betreibungsregistrauszug verlangt hatte (Urteil des Bundesgerichts 5A_3/2007 vom 1. Juni 2007). Begründet wurde dieser Entscheid allerdings im Wesentlichen damit, dass sich die Betroffene als Schuldnerin gar nicht selbst auf Art. 8a Abs. 4 SchKG berufen könne, da diese Bestimmung nur das Einsichtsrecht Dritter, nicht dasjenige betreffend die eigene Person begrenze.

2.1 Der Beschwerdeführer beruft sich zur Begründung seiner Beschwerde ausdrücklich auf Art. 8a Abs. 4 SchKG, d.h. auf die zeitliche Beschränkung des Einsichtsrechts Dritter. Würde man der soeben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts im - nicht in der amtlichen Sammlung publizierten - Entscheid 5A_3/2007 folgen, wäre ihm dies freilich verwehrt, zumal er in casu ja einen Betreibungsregistrauszug über die eigene Person verlangt hat. Gerade dieses Argument überzeugt freilich nicht, zumal es ausser Acht lässt, dass das Einsichtsrecht hinsichtlich der eigenen Person in der Praxis wohl in den allermeisten Fällen zu dem Zweck ausgeübt wird, den dabei erstellten Betreibungsregistrauszug potentiellen Vertragspartnern, wie beispielsweise einem Vermieter oder Arbeitgeber, zukommen zu lassen. Faktisch erfolgt die Einsichtnahme in das Betreibungsregister in solchen Situationen somit nicht zur Befriedigung eigener Informationsinteressen des Betroffenen, sondern zur Information Dritter über die eigene Kreditwürdigkeit. Ein vernünftiger Grund dafür, weshalb die in den Absätzen 3 und 4 des Art. 8a SchKG verankerten sachlichen und zeitlichen Schranken des Einsichts-

rechts Dritter in diesem Fall nicht gelten sollten, ist nicht ersichtlich. Vielmehr muss es dem Betroffenen nach dem Grundsatz *a maiore ad minus* im Gegenteil möglich sein, das eigene Einsichtsrecht in Fällen, in denen es gleichsam stellvertretend für Dritte ausgeübt wird, nicht vollumfänglich, sondern bloss unter Wahrung der im Gesetz zu seinem Schutz statuierten sachlichen und zeitlichen Schranken auszuüben. Blicke ihm dies versagt, stünde im Übrigen zu befürchten, dass die gesetzlich vorgesehenen Schranken des Einsichtsrechts Dritter von jenen einfach dadurch umgangen werden könnten, dass sie von (potentiellen) Vertragspartnern regelmässig verlangen würden, selbst einen Auszug über die eigene Person einzuholen. Eine solche Auslegung des Gesetzes ist nach Auffassung der Justizkommission abzulehnen. Der Beschwerdeführer kann sich somit im vorliegenden Fall auf Art. 8a Abs. 4 SchKG berufen. Zu prüfen bleibt im Folgenden, ob das Betreibungsamt Y. diese Bestimmung in casu verletzt hat.

2.2 Da die Auskunfterteilung gegenüber Dritten den wirtschaftlichen Ruf der verzeichneten Person betrifft und für diese mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden sein kann, muss sie im Grundsatz auf Einträge beschränkt sein, die einschlägige Gefährdungssachverhalte zuverlässig und zutreffend offenlegen. Der einzelne offenbarte Sachverhalt muss mithin eine wesentliche Gefährdung für das Vermögen eines künftigen Geschäftspartners dokumentieren, was namentlich auch dann anzunehmen ist, wenn gegen den Schuldner Verlustscheine bestehen (vgl. Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, BBl. 1991 III, S. 29). Wie vorstehend erwähnt, sind daher bestehende Verlustscheine, solange sie weder getilgt noch verjährt sind, nach verbreiteter Auffassung auch über die Fünfjahresfrist des Art. 8a Abs. 4 SchKG hinaus im Betreibungsregisterauszug aufzuführen. Das Betreibungsamt Y. vertritt im vorliegenden Fall hauptsächlich gestützt auf diese Auffassung die Ansicht, was für Verlustscheine gelte, müsse umso mehr auch für ein durchgeführtes Konkursverfahren zutreffen, zumal ein solches viel weiter gehe und nun einmal sehr einschneidend sei. Dem kann in dieser Form nicht gefolgt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass die Betreibungsämter gemäss Art. 8 SchKG grundsätzlich nur gehalten sind, über ihre Amtstätigkeiten sowie die bei ihnen eingehenden Begehren und Erklärungen Protokoll zu führen. Das Gesetz gebietet ihnen hingegen nicht, weitergehende Informationen betreffend die in den Registern verzeichneten Personen, die ihnen im Rahmen ihrer Tätigkeit zur Kenntnis gelangen, zu sammeln oder anderweitig zu bearbeiten. Nachdem das Betreibungsamt Y. in casu offenbar nur deshalb vom gegen den Beschwerdeführer in Zürich durchgeführten Konkursverfahren erfahren hat, weil der Beschwerdeführer gegen eine gegen ihn eingeleitete Betreibung mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen (Art. 265a SchKG), Rechtsvorschlag erhob, könnte sich daher durchaus fragen, ob überhaupt

eine genügende gesetzliche Grundlage für die Verzeichnung dieser Information im Betreibungsregister besteht. Soweit ein solcher Eintrag die Amtstätigkeit des Betreibungsamtes erleichtert, ist dies aufgrund der in der GVP 2008, S. 219 f., publizierten Rechtsprechung der Justizkommission zwar grundsätzlich zu bejahen. Die Verhältnisse in jenem Präjudiz lagen freilich insofern wesentlich anders, als sich dort eine im Betreibungsregistrauszug aufgeführte Betreibung im Status der «Konkurs-Eröffnung» befand, weshalb gerade für Dritte einzig aufgrund des Eintrags betreffend das mittlerweile abgeschlossene Konkursverfahren ersichtlich war, dass die fragliche Betreibung definitiv erledigt war. Die Mitteilung des entsprechenden Eintrags an Dritte durch Aufführung desselben im Betreibungsregistrauszug lag insofern sogar im Interesse des damaligen Beschwerdeführers und war auch aus diesem Grund nicht zu beanstanden (vgl. GVP 2008, S. 220). In casu liegt die Konkursöffnung gegen den Beschwerdeführer demgegenüber beinahe zehn Jahre zurück. Wann und in welcher Art und Weise das fragliche Konkursverfahren durchgeführt und abgeschlossen wurde, ist nicht bekannt. Aufgrund der offenbar vorhandenen Konkursverlustscheine ist immerhin davon auszugehen, dass das Verfahren überhaupt durchgeführt und abgeschlossen wurde. Die schlichte Bemerkung, dass gegen den Beschwerdeführer am 5. Dezember 2001 ein Konkursverfahren eröffnet wurde, hat indessen nicht den Charakter einer zuverlässigen Information über einen im Betreibungsregistrauszug aufzuführenden, einschlägigen Gefährdungssachverhalt. Denn erstens fehlt es, im Gegensatz zum zitierten Präjudiz, an einem Bezug zu aktuellen, gegen den Beschwerdeführer eingeleiteten Betreibungen, zumal in den vorgelegten Betreibungsregistrauszügen seit dem 1. April 2006 gar keine solchen verzeichnet wurden. Zum anderen ist nicht sicher bekannt, ob überhaupt, und wenn ja, in welcher Höhe heute noch ungetilgte Verlustscheine aus jenem Konkurs bestehen. Somit ist aber auch gänzlich unklar, ob aufgrund dieses Konkurses tatsächlich eine aktuelle, wesentliche Gefährdung für das Vermögen künftiger Gläubiger besteht. Umgekehrt kann hingegen nicht zweifelhaft sein, dass die Tatsache, dass über sein Vermögen bereits einmal der Konkurs eröffnet wurde, ohne weiteres geeignet ist, den wirtschaftlichen Ruf des Beschwerdeführers zu schädigen. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Bemerkung über die Konkursöffnung eine Auskunft darstellt, die, ohne einen genügenden Rückschluss auf die – aktuelle – Kreditwürdigkeit des Beschwerdeführers zuzulassen, geeignet erscheint, seinen wirtschaftlichen Ruf zu schädigen. Sie fällt daher unter die Schranke gemäss Art. 8a Abs. 4 SchKG, zumal die fragliche Konkursöffnung (wesentlich) mehr als fünf Jahre zurück liegt. Der Beschwerdeführer kann deshalb nach dem Gesagten ihre Streichung aus dem Betreibungsregistrauszug verlangen. (...)

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer als ABSchK, 24. Februar 2011

Art. 31 SchKG, Art. 144 Abs. 2 und 324 ZPO – Die Frist zur Beantwortung einer betreibungsrechtlichen Beschwerde durch das Konkursamt ist erstreckbar.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin beantragt vorab, es sei die Stellungnahme des Konkursamtes vom 12. Dezember 2011 infolge Verspätung aus dem Recht zu weisen. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Frist zur Beantwortung einer betreibungsrechtlichen Beschwerde sei eine gesetzliche Frist, welche nicht erstreckt werden könne. Dem kann nicht gefolgt werden. Gemäss Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 324 ZPO hat die Beschwerdeinstanz der Vorinstanz für die Einreichung der Stellungnahme eine angemessene Frist einzuräumen. Dabei handelt es sich um eine richterliche und damit grundsätzlich erstreckbare Frist. Zwar ist auch hier grundsätzlich der Gedanke der Waffengleichheit, der sich im Verhältnis zwischen Beschwerdeführer und Gegenpartei in der Statuierung identischer Fristen für Beschwerdebegründung und -antwort niedergeschlagen hat, zu beachten. Das ändert aber nichts daran, dass die Frist für die Einreichung der Stellungnahme grundsätzlich erstreckbar ist (Art. 144 Abs. 2 ZPO; vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich 2010, N 8 zu Art. 324 ZPO). Im vorliegenden Fall wurde dem Konkursamt die Frist zur Einreichung der Stellungnahme um 10 Tage erstreckt. Dies ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. (...)

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 16. Februar 2012

Art. 197, 221, 242 SchKG, Art. 62 KOV – Geltendmachung eines Pfandrechts. Die nachträgliche Geltendmachung eines Pfandrechts für eine bereits rechtskräftig kollozierte Forderung ist grundsätzlich unzulässig und einzig für den Fall vorbehalten, in dem die rechtzeitige Anmeldung dem Gläubiger nicht möglich war.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1 Nach Art. 197 Abs. 1 SchKG bildet sämtliches pfändbares Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, gleichviel wo es sich befindet, eine einzige Masse (Konkursmasse), die zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger dient. Sofort nach Empfang des Konkurserkenntnisses schreitet das Konkursamt zur Aufnahme des Inventars über das zur Konkursmasse gehörende

Vermögen und trifft die zur Sicherung desselben erforderlichen Massnahmen (Art. 221 SchKG). Nach Art. 242 Abs. 1 SchKG trifft die Konkursverwaltung sodann eine Verfügung über die Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten beansprucht werden (Art. 242 Abs. 1 SchKG). Hält die Konkursverwaltung den Anspruch für unbegründet, so setzt sie dem Dritten eine Frist von 20 Tagen, innert der er beim Richter am Konkursort Klage einreichen kann. Hält er diese Frist nicht ein, so ist der Anspruch verwirkt (Art. 242 Abs. 2 SchKG).

2.2 Ins Inventar aufzunehmen sind nebst unbeweglichen und beweglichen Sachen auch Rechte und Guthaben. Dazu gehören sowohl unbestrittene als auch bestrittene Forderungen des Schuldners gegen Dritte, unabhängig von deren Fälligkeit oder Liquidität. Dritte, welche ihr Eigentum an Vermögenswerten, welche sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, geltend machen wollen, müssen nach den Regeln über die Aussonderung vorgehen (vgl. Art. 242 SchKG; Urs Lustenberger in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, N 7 ff. zu Art. 221). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Aussonderungsverfahren nur hinsichtlich körperlicher Gegenstände, niemals dagegen mit Bezug auf Forderungen und Rechte anwendbar. Rechtsstreitigkeiten über Bestand, Umfang und Rang beschränkter dinglicher Rechte werden ebenfalls nicht im Aussonderungsverfahren entschieden. Diese anderen dinglichen Rechte als das Eigentum hindern begrifflich eine konkursrechtliche Verwertung der Sache nicht. Sie müssen, sofern sie nicht aus dem Grundbuch hervorgehen, im Wege einer gewöhnlichen Konkurseingabe geltend gemacht werden, worauf dann im Streitfall im Kollokationsprozess gemäss Art. 250 SchKG über ihren Bestand entschieden wird (Marc Russenberger, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, a.a.O., N 10 f. zu Art. 242).

3.1 Im Inventar ist der Anspruch gegen A. auf Ablieferung der Überschüsse aus der Verwaltung im Zusammenhang mit ihrer Verwaltungstätigkeit bezüglich der von der Konkursitin gekauften Liegenschaften in X., Y. und Z. pro memoria verzeichnet. An diesem Anspruch macht die B-Bank ein Pfandrecht geltend. Dieses Pfandrecht leitet die Bank aus dem mit der Konkursitin geschlossenen Kreditvertrag vom 21. April 2006 ab. Darin hielten die Parteien fest, dass sämtliche Mieteinnahmen aus den Liegenschaften in X., Y. und Z. an die Bank verpfändet seien. In der Eingabe vom 6. Januar 2010 an das Konkursamt, in welcher die B-Bank ihre Forderung gegen die Konkursitin über CHF 6'841'240.22 substantiierte, reichte die Bank den fraglichen Kreditvertrag ein und hielt fest, dass die Konkursitin nebst dem Wertschriftendepot und den drei Grundstücken in X., Y. und Z. auch die Mietzinsen aus den drei Liegenschaften der Bank verpfändet habe. In dem vom 5. bis 25. November 2010 aufgelegenen Kollokationsplan, in welchem die Forderung der

B-Bank über CHF 6'841'240.22 in der dritten Klasse kolloziert wurde, verwies das Konkursamt auf die Eingabe der B-Bank vom 6. Januar 2010 und hielt fest, dass als Sicherheiten die Grundpfandrechte an Immobilien in Deutschland, namentlich der Grundstücke in Z. und Y., dienten. Weitere Sicherheiten wurden im Kollokationsplan dagegen nicht erwähnt. Insbesondere blieb das geltend gemachte Pfandrecht an den Mieteinnahmen aus den Liegenschaften in X., Y. und Z. unerwähnt. Die B-Bank hätte daher innert der 10-tägigen Beschwerdefrist seit der öffentlichen Auflage des Kollokationsplans Beschwerde nach Art. 17 SchKG erheben können, mit der Begründung, das Konkursamt habe ihren Antrag auf Eintragung des Pfandrechts auf die Mieteinnahmen zu Unrecht nicht behandelt und damit gegen Verfahrensvorschriften verstossen. Allenfalls hätte sie auch innert der 20-tägigen Verwirkungsfrist Kollokationsklage gegen die Masse erheben können, um das Pfandrecht auf die Mietzinseinnahmen auszudehnen, nachdem im Kollokationsverfahren auch Streitigkeiten ausgetragen werden, die sich auf beschränkte dingliche Rechte beziehen, wie etwa über den Umfang der Pfandhaft (Dieter Hierholzer, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, a.a.O., N 6 f. u. 16 zu Art. 250). Beides hat die B-Bank nicht getan. Der Kollokationsplan ist damit insofern in Rechtskraft erwachsen. Zwar gilt der Grundsatz, wonach ein rechtskräftiger Kollokationsplan unter Vorbehalt der Berücksichtigung verspäteter Konkurseingaben nicht einseitig abgeändert werden darf, nicht uneingeschränkt. Doch darf auf die Kollokation nur zurückgekommen werden, wenn sich eine Änderung der Verhältnisse nach Eintritt der Rechtskraft des Planes ergeben hat oder bekannt geworden ist (BGE 102 III 155). Demgemäss ist die nachträgliche Geltendmachung eines Pfandrechts für eine bereits rechtskräftig kollozierte Forderung grundsätzlich unzulässig und einzig für den Fall vorbehalten, in dem die rechtzeitige Anmeldung dem Gläubiger nicht möglich war (BGE 106 III 40).

3.2 Im vorliegenden Fall, in welchem das Konkursamt trotz erfolgter Anmeldung das Pfandrecht der B-Bank unberücksichtigt liess, wäre es für die Letztere ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, rechtlich dagegen vorzugehen. Indem sie das unterlassen hat, kann der rechtskräftige Kollokationsplan gemäss der vorzitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts im Nachhinein nicht mehr abgeändert werden. Ferner fällt in Betracht, dass die Beschwerdeführerin Kollokationsklage gegen die B-Bank erhoben hat und in einem solchen Fall der Kollokationsplan gemäss Art. 65 Abs. 1 KOV durch die Konkursverwaltung ebenfalls nicht mehr abgeändert werden darf (vgl. dazu ferner BGE 98 III 67 = Pra 62 [1973] Nr. 28). Dies hat zur Folge, dass der B-Bank im vorliegenden Konkursverfahren gemäss dem rechtskräftigen und unabänderlichen Kollokationsplan kein Pfandrecht am Anspruch gegen A. auf Ablieferung der Überschüsse aus der Verwaltung der drei Liegenschaften in

Deutschland, d.h. auf Ablieferung der erzielten Mieteinnahmen abzüglich des Verwaltungsaufwands zusteht. Demgemäss hätte das Konkursamt auf den von der B-Bank im Schreiben vom 28. Januar 2011 gestellten Antrag, der Kollokationsplan sei zu korrigieren, weil der Anspruch gegen A. auf Ablieferung allfälliger Überschüsse aus der Liegenschaftenverwaltung gemäss Kreditvertrag vom 21. April 2006 zu ihren Gunsten verpfändet sei, nicht eintreten dürfen. Es war daher unzutreffend, dass das Konkursamt mit Schreiben vom 18. April 2011 die Abtretung des fraglichen Anspruchs an die Beschwerdeführerin und an die B-Bank verweigerte und feststellte, der Anspruch gegen A. sei irrtümlich ins Inventar aufgenommen worden.

4.1 Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet. In Gutheissung der Beschwerde ist die Verfügung des Konkursamtes vom 18. April 2011 somit aufzuheben und das Amt anzuweisen, den Anspruch der Konkursitin gegen A. auf Ablieferung der Überschüsse aus der Verwaltung der von der Konkursitin gekauften Liegenschaften in X., Y. und Z. im Inventar zu belassen und entsprechend den Anträgen der Beschwerdeführerin und der B-Bank gegen Erstattung einer Abtretungsgebühr von je CHF 20.— an diese im Sinne von Art. 260 SchKG abzutreten, nachdem die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung dieses Anspruchs verzichtet hat. (...)

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 25. August 2011

Art. 232, 252, 255 und 255a SchKG – Anspruch der Gläubiger auf Durchführung zusätzlicher Gläubigerversammlungen. Die weiteren Gläubigerversammlungen gemäss Art. 255 SchKG gelten als Fortsetzung der zweiten Gläubigerversammlung. Es ist den Gläubigern daher verwehrt, gestützt auf Art. 255 SchKG die Durchführung einer Gläubigerversammlung zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung zu verlangen. Von der Literatur wird indes der Anspruch auf Einberufung einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung bejaht. Antragsberechtigt ist dabei ein Viertel der Teilnehmer gemessen an der Zahl derjenigen Gläubiger, denen das Konkursamt die Spezialanzeige gemäss Art. 233 SchKG zugestellt hat und die zu den Beschlussfassungen anlässlich der ersten Gläubigerversammlung zugelassen waren. Eine ausserordentliche Gläubigerversammlung zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung kann indes nur einberufen werden, wenn ein dringender Fall vorliegt.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Die Beschwerdeführer machen zusammengefasst geltend, das SchKG sehe im ordentlichen Konkursverfahren die Abhaltung einer ersten Gläubigerversammlung (Art. 235 ff. SchKG), einer zweiten Gläubigerversammlung (Art. 252 ff. SchKG) sowie weitere Gläubigerversammlungen (Art. 255 SchKG) vor. Das SchKG gebe nur eine Minimalzahl von Gläubigerversammlungen vor. Es stehe den Gläubigern frei, weitere Gläubigerversammlungen durchzuführen. Dieses Recht werde ihnen durch Art. 255 SchKG ausdrücklich zugestanden. Indem sich der Gläubigerausschuss geweigert habe, zu der verlangten Gläubigerversammlung einzuladen bzw. den Konkursverwalter einladen zu lassen, habe er Art. 255 SchKG verletzt.

5.1 Das SchKG sieht im ordentlichen Konkursverfahren die Abhaltung einer ersten und einer zweiten Gläubigerversammlung zu bestimmten, vom Gesetz genau definierten Zeitpunkten vor. Nach Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG hat die erste Gläubigerversammlung spätestens 20 Tage nach der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung stattzufinden, während gemäss Art. 252 Abs. 1 SchKG nach Auflage des Kollokationsplans mit einer Frist von mindestens 20 Tagen zur zweiten Gläubigerversammlung geladen werden muss. Art. 255 SchKG sieht sodann vor, dass weitere Gläubigerversammlungen einberufen werden, wenn ein Viertel der Gläubiger oder der Gläubigerausschuss es verlangt oder wenn die Konkursverwaltung es für notwendig hält. Was die weiteren Gläubigerversammlungen betrifft, so schweigt sich Art. 255 SchKG aus über die Form der Einberufung, die Beschlussfähigkeit, das Stimmrecht, den Abstimmungsmodus sowie deren Aufgaben. Nach

der herrschenden Lehre gelten die Bestimmungen über die zweite Gläubigerversammlung (Urs Bürgi, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 255 N 2; Amacker/Küng, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, Basel 2009, Art. 255 N 4 f.; Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/99, Art. 255 N 2; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 50 N 16;). Diese Auffassung wird auch von RA Sprecher in seiner Dissertation geteilt (Thomas Sprecher, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Zürich/Basel/Genf 2003, N 155–157). Die Lehre folgert daraus zutreffend, dass die weiteren Versammlungen nach Art. 255 SchKG nichts anderes darstellen, als die Fortsetzung der zweiten Gläubigerversammlung (Bürgi, a.a.O., Art. 255, N 2 u. 4; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 47 N 8; Fritzsche/Walder, a.a.O., § 50 N 16; ähnlich Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. 4, Lausanne 2001, Art. 255 N 7). Demgemäss kann eine weitere Gläubigerversammlung im Sinne von Art. 255 SchKG nicht bereits zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung stattfinden, sondern erst nach Abhaltung der Letzteren.

5.2 Soweit die Beschwerdeführer mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des SchKG vom 6. April 1886 (BBl 1886 II S. 151 ff.) und das diesbezügliche Protokoll der Nationalratskommission (BBl 1887 II S. 332 ff.) geltend machen, der Gesetzgeber habe neben den explizit vorgesehenen ersten und zweiten jederzeit weitere Gläubigerversammlungen zugelassen, vermag dies nicht zu überzeugen. Im Kommentar zu Art. 249 E SchKG hielt der Bundesrat fest: «Sobald der Verwalter über die Konkurseingaben in Gemässheit der Art. 257 bis 263 seinen Bescheid erteilt hat, beruft er sämtliche Gläubiger, deren Forderungen ganz oder theilweise anerkannt sind, zu einer neuen Versammlung ein» (BBl 1886 II S. 154). Weiter wird zu Art. 251 E SchKG ausgeführt, eine zweite sowie die nachfolgenden Versammlungen fänden unter dem Vorsitz des Konkursverwalters statt (BBl 1886 II S. 155). Im Protokoll des Nationalrats wird nach der kommentarlosen Annahme von Art. 238–240 bzw. 247–249 E SchKG unter Art. 241 bzw. 250 E SchKG, wonach weitere Gläubigerversammlungen einberufen werden können, wenn die Aufsichtsbehörde es verlangt oder wenn die Verwaltung oder Aufsichtskommission es für notwendig hält, Folgendes ausgeführt: «Es wird als selbstverständlich erklärt, dass die Gläubigerversammlung das Recht habe, sich selbst auf einen andern Zeitpunkt zu vertagen» (BBl 1887 II S. 335). Angesichts dessen, dass dabei zweifelsohne Bezug auf die zweite Gläubigerversammlung genommen wird, folgen demnach die weiteren Versammlungen nicht zwischen der ersten und zwei-

ten Gläubigerversammlung, sondern nach der Letzteren. Der Gesetzesredaktor nimmt demnach in Übereinstimmung mit der heute herrschenden Lehre den Standpunkt ein, die weiteren Gläubigerversammlungen gemäss Art. 255 SchKG seien als Fortsetzung der zweiten Gläubigerversammlung zu betrachten.

5.3 Nichts zu ihren Gunsten können die Beschwerdeführer sodann daraus leiten, dass der Gesetzgeber mit der auf den 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Revision von Art. 255 SchKG das Quorum zur Einberufung weiterer Gläubigerversammlungen von der Hälfte auf ein Viertel der Gläubiger reduziert hat. Auch wenn dies für die Gläubiger eine Erleichterung bedeutet, kann daraus nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe damit von seiner Konzeption abweichen wollen, dass weitere Gläubigerversammlungen gemäss Art. 255 SchKG als Fortsetzung der zweiten Gläubigerversammlung gelten. Bezeichnenderweise sind denn auch in der von den Beschwerdeführern zitierten Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991 (BBl 1991 III S. 1 ff.) keine derartigen Erörterungen enthalten.

5.4.1 Die Beschwerdeführer tragen weiter vor, wäre eine weitere Gläubigerversammlung nach Art. 255 SchKG erst möglich, wenn die zweite Gläubigerversammlung nach Art. 252 SchKG durchgeführt worden wäre, würde dies bis zu diesem Zeitpunkt Handlungsunfähigkeit der Gläubiger – und in gewisser Weise auch der Konkursorgane – bedeuten. Dies könne nicht der Sinn von Art. 255 SchKG sein und es widerspräche auch eklatant dem im schweizerischen Konkursrecht vorgesehenen Selbstbestimmungsrecht der Gläubiger.

5.4.2 In der ersten Gläubigerversammlung können die Gläubiger nach Art. 237 Abs. 3 SchKG aus ihrer Mitte einen Gläubigerausschuss wählen; dieser hat, sofern die Versammlung nichts anderes beschliesst, folgende Aufgaben: Beaufsichtigung der Geschäftsführung der Konkursverwaltung, Begutachtung der von dieser vorgelegten Fragen, Einspruch gegen jede den Interessen der Gläubiger zuwiderlaufende Massregel (Ziff. 1); Ermächtigung zur Fortsetzung des vom Gemeinschuldner betriebenen Handels oder Gewerbes mit Festsetzung der Bedingungen (Ziff. 2); Genehmigung von Rechnungen, Ermächtigungen zur Führung von Prozessen sowie zum Abschluss von Vergleichen und Schiedsverträgen (Ziff. 3); Erhebung von Widerspruch gegen Konkursforderungen, welche die Verwaltung zugelassen hat (Ziff. 4); Anordnung von Abschlagsverteilungen an die Konkursgläubiger im Laufe des Konkursverfahrens (Ziff. 5). Daraus erhellt, dass der an der ersten Gläubigerversammlung demokratisch gewählte Gläubigerausschuss mit umfassenden Kompetenzen ausgestattet und damit in Lage ist, die Interessen der Gläubiger zu wahren. Die Lehre bezeichnet daher den Gläubigerausschuss auch als reduzierte

Gläubigerversammlung in Permanenz (Marc Russenberger, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, a.a.O., Art. 237 N 25). Hinzu kommt, dass nach Art. 255a Abs. 1 Satz 1 SchKG in dringenden Fällen, oder wenn eine Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig gewesen ist, die Konkursverwaltung den Gläubigern Anträge auf dem Zirkularweg stellen kann. Nach der Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991 (BBl 1991 III 153) wird damit – in Übereinstimmung mit der Lehre (Bürgi, a.a.O., Art. 255a N 2 f.; Amacker/Küng, a.a.O., Art. 255a N 1; Amonn/Walther, a.a.O., § 45 N 5; Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., Art. 255a N 1) – die langjährige Rechtsprechung des Bundesgerichts verankert, wonach es zulässig ist, dass nach Durchführung der ersten Gläubigerversammlung weitere Beschlüsse auf dem Zirkularweg gefasst werden (vgl. insbes. BGE 103 III 79 ff. E. 2). Aufgrund dieser gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten besteht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer kein Grund für die Annahme einer Handlungsunfähigkeit der Gläubiger zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung. Vielmehr wird damit auch der von den Beschwerdeführern angerufenen Gläubigerdemokratie und -autonomie nachgelebt und dem Umstand Rechnung getragen, dass in der Praxis bei komplexen Verhältnissen zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung, die nach der Auflage des Kollokationsplans durchzuführen ist, nicht selten Jahre verstreichen und der Kollokationsplan entgegen Art. 247 Abs. 1 SchKG nicht innert 60 Tagen nach Ablauf der Eingabefrist erstellt wird.

5.5.1 Nach einem in französischer Sprache verfassten Bundesgerichtsentscheid (BGE 105 III 72 ff.) erscheint es allerdings nicht ausgeschlossen, dass zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung eine *assemblée extraordinaire*, d.h. eine ausserordentliche Gläubigerversammlung einberufen werden kann. In diesem Entscheid wurde an einer von der ausseramtlichen Konkursverwaltung vor der zweiten Gläubigerversammlung einberufenen ausserordentlichen Gläubigerversammlung (*assemblée extraordinaire*) der freihändigen Verkauf von Aktien beschlossen, ohne dass die Voraussetzungen für eine vorzeitige Verwertung nach Art. 243 Abs. 2 SchKG (Notverkauf) vorlagen. Dazu hielt das Bundesgericht fest: «L'administration a soumis la vente des actions A. Ltd. à l'approbation des créanciers non par voie de circulaire, mais en convoquant une assemblée extraordinaire avant la seconde assemblée prévue à l'art. 252 LP. Le choix entre ces deux modes de consultation relève de la libre appréciation de l'administration et le recourant n'a pas prétendu que celui qui a été adopté en l'espèce fût déraisonnable, ni qu'il heurtât le but de la procédure de faillite ou violât des normes la régissant de manière impérative.» Die Einberufung einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung durch die Konkursverwaltung wurde vom Bundesgericht somit zwar

nicht beanstandet. Das Gericht unterliess es aber infolge einer fehlenden Rüge, das Handeln der Konkursverwaltung näher auf seine Gesetzmässigkeit zu prüfen. Unabhängig davon, kann aufgrund dieses Entscheids nicht geschlossen werden, gestützt auf Art. 255 SchKG könnten die Gläubiger die Einberufung einer weiteren Gläubigerversammlung verlangen. Vielmehr ging es in diesem Fall einzig darum, dass die Konkursverwaltung die Gläubiger anstelle der Konsultation auf den Zirkularweg in einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung zu ihren Ansichten befragte. Ob und falls ja, unter welchen Umständen die Gläubiger Anspruch auf Einberufung einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung haben, ist damit höchststrichterlich nicht geklärt. In der Literatur wird ein solches Recht indes bejaht. Antragsberechtigt ist dabei gemäss Gilliéron (a.a.O., Art. 255 N 11) ein Viertel der Teilnehmer gemessen an der Zahl derjenigen angeblichen Gläubiger, denen das Konkursamt die Spezialanzeige gemäss Art. 233 SchKG zugestellt hat und die zu den Beschlussfassungen anlässlich der ersten Gläubigerversammlung zugelassen waren. Angesichts dessen, dass im vorliegenden Fall 116 Gläubiger zur ersten Gläubigerversammlung zugelassen waren, erfüllen die 93 Beschwerdeführer fraglos das Quorum zur Einberufung einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung.

5.5.2 Im Gegensatz zu einer weiteren Gläubigerversammlung nach Art. 255 SchKG, die nach Durchführung der zweiten Gläubigerversammlung auf Antrag eines Viertels der Gläubiger ohne weitere Voraussetzung einberufen werden muss, kann nach Gilliéron (a.a.O., Art. 255 N 7) eine ausserordentliche Gläubigerversammlung zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung nur einberufen werden, wenn ein dringender Fall vorliegt. Dies ist sachgerecht, nachdem den Gläubigern in der ersten Gläubigerversammlung durch das Recht, eine ausseramtliche Konkursverwaltung und ein Gläubigerausschuss zu wählen, die Möglichkeit eingeräumt wurde, ihre Interessen im nachfolgenden Verfahren ausreichend zu wahren. Wollte man ausserordentliche Gläubigerversammlungen voraussetzungslos zulassen, falls dies von einem Viertel der Gläubiger beantragt wird, bestünde gerade in denjenigen Fällen, wie dem vorliegenden, in denen sich nach der ersten Gläubigerversammlung die Zusammensetzung der Gläubiger erheblich geändert hat, die Gefahr, dass die neu dazugekommenen Gläubiger aufgrund der geänderten Mehrheitsverhältnisse die Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung in Frage stellen und darauf zurückkommen wollen. Dies ist denn offenbar auch die Absicht der Beschwerdeführer, welche dem Gläubigerausschuss misstrauen und ihn als unausgewogen erachten sowie die Eignung von RA A. als ausseramtlicher Konkursverwalter anzweifeln und sich von seiner Unabhängigkeit näher überzeugen wollen. Das läuft letztendlich auf eine Wiederholung der ersten Gläubigerversammlung in anderer Besetzung hinaus, was einer effizienten Abwicklung des Konkursverfahrens widerspricht und keinen Rechtsschutz verdient. In der Literatur wird denn

auch die Meinung vertreten, dass die an der ersten Gläubigerversammlung gewählte ausseramtliche Konkursverwaltung und der Gläubigerausschuss an der zweiten und den weiteren Gläubigerversammlungen nicht ohne Not abgesetzt werden dürfen (Bürgi, a.a.O., Art. 253 N 5 u. Art. 255 N 6).

6.1 Nach dem Gesagten steht fest, dass weitere Gläubigerversammlungen im Sinne von Art. 255 SchKG, die auf Antrag eines Viertels der Gläubiger ohne weitere Voraussetzung einberufen werden müssen, nicht bereits zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung stattfinden können und die Voraussetzungen für die Durchführung einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung nicht vorliegen. Der Gläubigerausschuss der B. GmbH in Liq. hat demnach den ihm vom ausseramtlichen Konkursverwalter unterbreiteten Antrag der Beschwerdeführer um Einberufung einer Gläubigerversammlung nach Massgabe von Art. 255 SchKG zu Recht abgewiesen. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. (...)

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 2. Februar 2012

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 und Ziff. 6 SchKG; Art. 31 aLugÜ. – Staatenarrest. Beantragt ein Gläubiger gestützt auf ein ausländisches Urteil einen Arrest und will er ausdrücklich nicht, dass das ausländische Urteil für vollstreckbar erklärt wird, kann das Gesuch mangels Arrestgrundes nicht bewilligt werden (E. 2). Solange kein ausdrücklicher Verzicht des ausländischen Staates auf seine Vollstreckungsimmunität vorliegt und die Binnenbeziehung zur Schweiz offenkundig fehlt, muss es im Ermessen des Arrestgerichts liegen, das Fehlen dieser Voraussetzung von Amtes wegen zu berücksichtigen (E. 4).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Säumnisurteil des Bezirksgerichts Z., Holland, vom 24. März 2005 wurde die Gesuchsgegnerin – ein ausländischer Staat – u.a. verpflichtet, der Gesuchstellerin den Forderungsbetrag von EUR 5'451'076.68 nebst Akzessorien zu bezahlen. Gestützt auf dieses Urteil verlangte die Gesuchstellerin am 27. Januar 2011 die Verarrestierung einer Forderung der Gesuchsgegnerin gegen eine Gesellschaft mit Sitz in Zug aus einem Kaufvertrag.

Aus den Erwägungen:

2. Bereits zuvor, am 24. Januar 2011, hatte die Gesuchstellerin ein praktisch gleichlautendes Arrestbegehren gestellt, das mit Verfügung des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 26. Januar 2011 abgewiesen worden war. Zur Begründung hatte der Einzelrichter – zusammengefasst – Folgendes ausgeführt:

Die Gesuchstellerin stelle ein Arrestgesuch gestützt auf ein Säumnisurteil des Bezirksgerichts Z. vom 24. März 2005, ohne einen entsprechenden Antrag auf Vollstreckbarerklärung zu stellen. Sie lasse ausführen, dass sie einen selbständigen Entscheid über die Vollstreckbarkeit des Urteils «ausdrücklich nicht beantrage.» Da das Säumnisurteil im Jahr 2005 erlassen worden sei, richte sich die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung nach dem Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 (aLugÜ). Nach Art. 31 Abs. 1 aLugÜ würden die in einem Vertragsstaat ergangenen Entscheidungen, die in diesem Staat vollstreckbar seien, in einem anderen Vertragsstaat vollstreckt, wenn sie dort auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt worden seien. Voraussetzung einer Sicherungsmassnahme nach Art. 39 Abs. 2 aLugÜ sei aber aufgrund des Territorialitätsprinzips die Vollstreckbarerklärung des ausländischen Urteils in der Schweiz. Der Anspruch auf Sicherungsmassnahmen entstehe mit der Vollstreckbarerklärung gemäss Art. 31a LugÜ. Auch nach Inkrafttreten des neuen Art. 271 Abs. 3 SchKG am 1. Januar 2011 sei die Vollstreckbarerklärung Voraussetzung der Arrestbewilligung, wobei das Arrestgericht stets einen selbständigen Exequaturentscheid zu fällen habe. Da die Gesuchstellerin eine selbständige Vollstreckbarerklärung des holländischen Urteils nicht beantragt habe und dies ausdrücklich nicht wolle, sei das Arrestgericht daran gebunden (Art. 58 ZPO), weshalb das Arrestgesuch von vornherein mangels Arrestgrundes (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG) nicht bewilligt werden könne. Das Urteil des Bezirksgerichts Z. vom 24. März 2005 müsse zuerst in der Schweiz für vollstreckbar erklärt werden, damit es einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstelle und die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden könne. Demzufolge liege auch nicht ein Fall vor, in welchem – gemäss Botschaft zum rev. LugÜ – auch ohne Antrag auf Vollstreckbarerklärung ein Exequatur zu erteilen sei.

Selbst wenn das Arrestgericht trotz anderslautendem Antrag über die Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils zu befinden hätte, könnte das vorliegende Arrestgesuch nicht bewilligt werden. Das Arrestgericht entscheide über die Anerkennungsvoraussetzungen abschliessend in dem vom aLugÜ vorgesehenen, formalisierten Verfahren, wobei es – entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin – nicht nur um eine Glaubhaftmachung gehe. Den vom aLugÜ statuierten Beweisforderungen genügten die von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen nicht. (...)

Einen anderen Arrestgrund habe die Gesuchstellerin nicht angerufen, geschweige denn glaubhaft gemacht. Ein solcher läge im Übrigen auch nicht vor; namentlich sei der Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG nicht gegeben, da es sich um einen Staatenarrest handle und die zu vollstreckende Forderung nicht die erforderliche Binnenbeziehung zur Schweiz aufweise.

3. Der Entscheid über ein Arrestgesuch ist ein Massnahmeentscheid und erwächst nicht in materielle Rechtskraft (Stoffel, Basler Kommentar, 2. A. Basel 2010, N 62 zu Art. 272 SchKG). Demnach kann im Falle eines abgewiesenen Gesuchs grundsätzlich ein neues Begehren gestellt werden, soweit sich die Umstände geändert haben oder der Arrestgläubiger neue Dokumente vorlegt, welche die Abweisung nachträglich als ungerechtfertigt erscheinen lassen (vgl. Art. 268 Abs. 1 ZPO; vgl. Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 9 zu Art. 268 ZPO). Soweit dagegen der Arrestgläubiger kurze Zeit nach Empfang eines Abweisungsentscheids in einem zweiten, identischen Arrestbegehren mit ergänzenden Ausführungen rechtlicher Natur darlegt, weshalb der Arrest nun doch zu bewilligen sei, ist er damit auf den Rechtsmittelweg zu verweisen; ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht in diesem Fall nicht. Auf das vorliegende Begehren ist daher nur insoweit einzutreten, als sich die Gesuchstellerin auf neue Rechtsgrundlagen stützt und neue Beweismittel eingereicht hat.

Nicht zu hören ist die Gesuchstellerin demnach mit ihrer Argumentation, nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes bedürfe es beim Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG keiner vorgängigen, selbständigen Vollstreckbarerklärung, soweit ein aufgrund des aLugÜ vom 16. September 1988 ergangenes Urteil zu vollstrecken sei. Diese Frage wurde vom Arrestrichter im Entscheid vom 26. Januar 2011 anders beurteilt, weshalb nicht mehr darauf einzutreten ist. Ebenso hat der Arrestrichter den Standpunkt der Gesuchstellerin, die Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils sei lediglich glaubhaft zu machen und nicht nachzuweisen, in seinem Entscheid verworfen, weshalb für eine weitere Erörterung dieser Frage kein Anlass besteht. Die Gesuchstellerin stellt wie in ihrem ersten Arrestbegehren – als an sich logische Konsequenz ihrer Argumentation – keinen Antrag auf eigenständige Vollstreckbarerklärung des Urteils vom 24. März 2005. Nachdem im ersten Entscheid des Arrestrichters mangels eines solchen Antrags gestützt auf die Dispositionsmaxime von der Prüfung der Vollstreckbarkeit abgesehen wurde, besteht auch im vorliegenden Fall kein Spielraum für eine solche Prüfung, weshalb offenbleiben muss, ob die mit den zweiten Gesuch neu eingereichten Dokumente für den Nachweis der Zustellung des verfahrenseinleitenden

Schriftstücks genügen würden. Auf das Arrestbegehren ist daher, soweit es sich auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG stützt, nicht einzutreten.

4. In Abweichung von ihrem ersten Arrestbegehren beruft sich die Gesuchstellerin neu eventualiter auf den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Im Entscheid vom 26. Januar 2011 hat der Arrestrichter bereits ausgeführt, dass auch dieser Arrestgrund, selbst wenn er angerufen worden wäre, im vorliegenden Fall nicht gegeben wäre, da es sich um einen Staatenarrest handle und die zu vollstreckende Forderung nicht die erforderliche Binnenbeziehung zur Schweiz aufweise. Der Einwand der Gesuchstellerin, die Staatenimmunität sei nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag zu berücksichtigen, ist rechtlicher Natur und stellt keinen neuen Umstand dar, der im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen wäre. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Binnenbeziehung zur Schweiz nach Praxis des Bundesgerichts eine der drei Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung von Vermögenswerten fremder Staaten darstellt (vgl. dazu BGE 134 III 122 ff. E. 5.2 ff.). Solange, wie im vorliegenden Fall, kein ausdrücklicher Verzicht des ausländischen Staates auf seine Vollstreckungsimmunität vorliegt und die Binnenbeziehung zur Schweiz offenkundig fehlt, muss es jedenfalls im Ermessen des Arrestrichters liegen, bereits bei der Beurteilung des Arrestbegehrens das Fehlen dieser Voraussetzung zu berücksichtigen und das Arrestbegehren abzuweisen. Das Arrestbegehren ist daher mit Bezug auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

(...)

Kantonsgericht, Einzelrichter, 28. Januar 2011 (vom Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, am 10. Februar 2011 bestätigt)

Art. 80 Abs. 1 SchKG; Art. 46 Ziff. 2 und Art. 47 Ziff. 1 aLugÜ. – Definitive Rechtsöffnung gestützt auf ein deutsches Teilversäumnisurteil. Liegt kein ausdrücklicher Antrag auf Vollstreckbarerklärung vor, hat der Rechtsöffnungsrichter die Vollstreckbarkeit des deutschen Entscheids lediglich vorfrageweise zu prüfen und darf die Vollstreckbarerklärung nicht ins Urteilsdispositiv aufnehmen (Erw. 1). Ordnungsgemässe Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks? (Erw. 2). Ordnungsgemässe Zustellung des Teilversäumnisurteils? (Erw. 3). Eine vorfrageweise Prüfung der Anerkennbarkeit eines ausländischen Konkursdekrets ist nicht zulässig (Erw. 4).

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Vorinstanz führt aus, definitive Rechtsöffnung könne erteilt werden, wenn die geltend gemachte Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhe (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Die Vollstreckbarerklärung eines auf eine Geldleistung lautenden ausländischen Urteils sei Vorbedingung der definitiven Rechtsöffnung. Sie könne entweder in einem separaten Exequaturverfahren oder vorfrageweise im Rechtsöffnungsverfahren erfolgen. Erfolge die Vollstreckbarerklärung – wie vorliegend – vorfrageweise (inzidente Prüfung), sei der Entscheid über diese Vorfrage nicht im Dispositiv aufzuführen, weshalb die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung auch nicht im Rechtsbegehren beantragt werden müsse.

1.2 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz übersehe, dass es sich vorliegend um ein privatrechtliches Verfahren handle, in welchem die Dispositionsmaxime gelte. Die Vollstreckbarerklärung hätte daher entsprechend beantragt werden müssen. Dies gelte umso mehr, als der Beschwerdegegner anwaltlich vertreten gewesen sei. Ein formelles Rechtsbegehren bezüglich der Vollstreckbarkeit sei auch deshalb zu verlangen, weil die Vollstreckbarkeit ein eigenständiges Verfahren bilden könne, sofern dieses nicht zusammen mit einem Rechtsöffnungsverfahren verknüpft werde. Er bestreite nicht, dass die Vollstreckbarkeit vorfrageweise im Rechtsöffnungsverfahren beurteilt werden könne, er bestreite jedoch, dass eine vorfrageweise Klärung ohne entsprechendes Rechtsbegehren auf Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils möglich sei. Im Übrigen werde durch den Umstand, dass die Vollstreckbarerklärung nicht im Dispositiv aufgeführt sei, der unterliegenden Partei die Beschwerdemöglichkeit bezüglich der Frage der Vollstreckbarkeit genommen.

1.3 Dem «Lugano-Gläubiger» stehen zwei Wege zur Durchsetzung seiner Geldforderung offen. Entweder beantragt er die Vollstreckbarerklärung des Entscheids im separaten Exequaturverfahren oder er leitet die Betreibung ein und verlangt zusammen mit der Rechtsöffnung die Zulassung des Entscheids zur Zwangsvollstreckung (vgl. Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. A., Bern 2007, S. 475). Das Exequatur im Zuge einer Rechtsöffnung kann entweder vorfrageweise erfolgen oder als selbständiger Entscheid in das Urteilsdispositiv aufgenommen werden. Die Vollstreckbarkeitserklärung darf allerdings nur ins Urteilsdispositiv aufgenommen werden, wenn der Gläubiger ein entsprechendes Rechtsbegehren gestellt hat, ansonsten die Dispositionsmaxime verletzt wird (vgl. Staehelin, Basler Kommentar, SchKG I, 2. A., Basel 2010, N 60 und 68a zu Art. 80 SchKG). Im vorliegenden Fall verlangte der Beschwerdegegner in seinem Rechtsöffnungsgesuch die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung, ohne ausdrücklich

Antrag auf Vollstreckbarerklärung des deutschen Entscheids zu stellen. Dies ist nach dem Gesagten durchaus zulässig. Da kein ausdrücklicher Antrag auf Vollstreckbarerklärung vorlag, hatte der Rechtöffnungsrichter die Vollstreckbarkeit des deutschen Entscheids lediglich vorfrageweise zu prüfen und durfte die Vollstreckbarerklärung nicht ins Urteilsdispositiv aufnehmen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers wurde dadurch der unterliegenden Partei nicht die Beschwerdemöglichkeit bezüglich der Frage der Vollstreckbarkeit genommen. Die vorfrageweise Anerkennung eines Entscheides im Rahmen der Rechtsöffnung stellt zwar keinen Entscheid im Sinne des Lugano-Übereinkommens über die Vollstreckbarerklärung gemäss Art. 34 aLugÜ dar. Dementsprechend steht auch der Rechtsbehelf gemäss Art. 36 aLugÜ nicht zur Verfügung. Dem Schuldner stehen aber gegen den Rechtöffnungsentscheid immer noch die entsprechenden kantonalen Rechtsmittel sowie – sofern die Voraussetzungen von Art. 74 BGG erfüllt sind – die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen (vgl. Staehelin, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, N 24 zu Art. 36 aLugÜ). Im Rahmen dieser Beschwerden kann auch die vorfrageweise Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheids überprüft werden. Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

2.1 Die Vorinstanz führt ferner aus, nach Art. 46 Ziff. 2 aLugÜ habe die Partei, welche die Anerkennung geltend mache oder die Zwangsvollstreckung betreiben wolle, bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vorzulegen, aus der sich ergebe, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden sei. Im vorliegenden Fall sei dem Beschwerdeführer am 7. April 2006 das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück ordnungsgemäss zugestellt worden und dieser habe mit der angesetzten Frist von vier Wochen genügend Zeit gehabt, die Klage schriftlich zu erwidern.

2.2.1 Der Beschwerdeführer rügt zunächst, es sei ihm das rechtliche Gehör nicht ordnungsgemäss gewährt worden. Die Vorinstanz habe seine Ausführungen übergangen, wonach er über gar keine Adresse mehr am K.weg in W. verfügt habe. Es sei zudem sachimmanant, dass er nicht beweisen könne, dass weder der Briefkasten noch die Klingel beschriftet gewesen seien. Negativa seien regelmässig nicht beweisbar. Die einzige Beweismöglichkeit sei die Parteibefragung. Indem irgendein Postbote das Schreiben unkritisch in einen Briefkasten, der früher einmal sein Briefkasten gewesen sei, eingeworfen habe, sei ihm das rechtliche Gehör vollumfänglich genommen worden. Eine Zustellung in einen Briefkasten, der weder beschriftet noch sonst irgendwie zuzuordnen gewesen sei, entspreche [widerspreche] zudem auch dem schweizerischen ordre public.

2.2.2 Im vorliegenden Fall liegen keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers machte die Vorinstanz sehr wohl Ausführungen zu seiner Behauptung, er habe am 7. April 2006 an der fraglichen Adresse in W. nicht über eine zustellfähige Anschrift verfügt (vgl. Erw. 5.2.3). Die Vorinstanz hat sodann ausführlich dargelegt, dass es sich bei der Zustellungsurkunde um eine öffentliche Urkunde deutschen Rechts handle, die vollen Beweis für die darin bezeugten Tatsachen begründe, auch wenn die Zustellungsurkunde von einem mit der Ausführung der Zustellung beauftragten Mitarbeiter der Post errichtet worden sei. Wie in der Zustellungsurkunde festgehalten werde, habe der Postbedienstete versucht, die fraglichen Schriftstücke dem Beschwerdeführer zu übergeben. «Weil aber die Übergabe in der Wohnung bzw. im Geschäftsraum nicht möglich war, habe ich das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung gelegt». Der Beschwerdeführer habe den Gegenbeweis nicht zu erbringen vermögen, dass – wie behauptet – weder der Briefkasten noch die Klingel beschriftet gewesen seien und dass die Ladung womöglich nicht in den richtigen Briefkasten gelegt worden sei (vgl. Erw. 5.2.2). Dem ist vollumfänglich beizupflichten. Der Beschwerdeführer hat auch im Beschwerdeverfahren den entsprechenden Nachweis nicht erbracht, wobei der Vollständigkeit halber anzumerken ist, dass es sich bei der Frage, ob ein Briefkasten beschriftet war oder nicht, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht um eine negative Tatsache, die nur schwer beweisbar ist, sondern um eine positive Tatsache handelt. Zutreffend mit der Vorinstanz ist sodann festzuhalten, dass der Postbedienstete, um seine Erklärung abzugeben, zwangsläufig die korrekte Adresse identifizieren bzw. die Anschrift der Ladung sowie des Briefkastens vergleichen musste, was bei einem nicht angeschriebenen Briefkasten sachlogisch nicht möglich gewesen wäre. Auch eine Parteibefragung könnte an diesem Ergebnis nichts ändern, vermag doch diese allein eine urkundlich belegte Tatsache nicht zu entkräften. Inwiefern im Übrigen eine solche Zustellung gegen den schweizerischen *ordre public* verstossen soll, ist nicht ersichtlich.

2.3.1 Der Beschwerdeführer rügt sodann, auch im Zusammenhang mit seiner Abmeldung nach Spanien könne nichts für ihn Nachteiliges abgeleitet werden. Er sei, wie der Bestätigung seiner Lebenspartnerin entnommen werden könne, seit Januar 2006 in D. wohnhaft gewesen. Bei ehelichen Problemen sei es nichts Aussergewöhnliches, dass man kurzfristig seinen Wohnsitz ändern und sich in der Folge neu orientieren müsse. Eine umgehende Abmeldung bei der kommunalen Behörde geschehe in den wenigsten Fällen. Dies ändere allerdings nichts daran, dass keine Zustelladresse mehr bestehe, weil an der früheren Adresse nicht mehr gewohnt werde. Zudem sei auch nicht ersichtlich, weshalb an der Bestätigung seiner Lebenspartnerin gezweifelt werden solle. Seine Lebenspartnerin habe eine

schriftliche Erklärung abgegeben. Sollte diese Erklärung falsch sein, würde sie sich der Falschbeurkundung strafbar machen. Dies übersehe die Vorinstanz ebenfalls. Nachdem sich die Pläne, in Spanien Wohnsitz zu nehmen, schliesslich zer schlagen hätten, habe er zunächst in B. und dann in O. Wohnsitz genommen.

2.3.2 Die Vorinstanz hat ausführlich dargelegt, dass die in der Zustellungsurkunde angegebene Erklärung, der Empfänger sei «in seiner Wohnung» nicht angetroffen worden, ein beweiskräftiges Indiz für den Nachweis sei, dass der Beschwerdeführer an der fraglichen Zustellungsanschrift wohne bzw. gewohnt habe. Gemäss Bestätigungen der Gemeinde W. vom 21. November 2006 und 8. September 2010 habe sich der Beschwerdeführer erst am 16. August 2006, mithin mehrere Monate nach der Zustellung vom 7. April 2006 und dem Gerichtstermin vom 7. Juni 2006, an eine unbekannte Adresse in Spanien abgemeldet. Der Beschwerdeführer habe den Gegenbeweis nicht erbracht, dass er am 7. April 2006 an der fraglichen Adresse in W. nicht über eine zustellfähige Anschrift verfügt habe (vgl. Erw. 5.2.3). Dem ist vollumfänglich beizupflichten. Sowohl der Zustellbeamte als auch die Gemeinde W. haben urkundlich erklärt, dass der Beschwerdeführer am 7. April 2010 an der fraglichen Adresse am K.weg in W. über eine Wohnung verfügt habe bzw. dort angemeldet gewesen sei. Die Bestätigung der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers, wonach der Beschwerdeführer seit Januar 2006 in D. wohnhaft gewesen sei, vermag diesen urkundlichen Nachweis nicht zu entkräften. Zum einen stammt diese «Bestätigung» von der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers, die ein eigenes Interesse am Prozessausgang hat. Zum anderen ist es nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdeführer, der zum damaligen Zeitpunkt offensichtlich finanzielle Probleme hatte (am 27. September 2006 wurde über ihn in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet), nicht seine Wohnung in W. aufgegeben und sich dort abgemeldet hat (um Kosten zu sparen), wenn er doch angeblich ab Januar 2006 ausschliesslich in D. bei seiner Lebenspartnerin gelebt haben will. Fraglich ist auch, ob sich die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers, sollte ihre Erklärung falsch sein, überhaupt der Falschbeurkundung strafbar machen würde, wie der Beschwerdeführer behauptet. Die Beschwerde erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet.

3.1 Die Vorinstanz führt ferner aus, gemäss Art. 47 Ziff. 1 aLugÜ habe die Partei, welche die Zwangsvollstreckung betreiben wolle, weiter die Urkunden vorzulegen, aus denen sich ergebe, dass die Entscheidung zugestellt worden sei. Im vorliegenden Fall sei die Zustellung des Teilversäumnisurteils ordnungsgemäss nach Art. 47 Ziff. 1 aLugÜ erfolgt.

3.2 Der Beschwerdeführer rügt, obwohl er glaubwürdig dargelegt habe, dass ihm das rechtliche Gehör nicht ordnungsgemäss eingeräumt worden sei, und er

folglich gar keine Kenntnis vom Verfahren gehabt habe, wolle die Vorinstanz nun daraus ableiten, dass er dem Gericht seine neue Adresse hätte mitteilen müssen. Tatsache sei aber, dass er vom eingeleiteten Verfahren nichts erfahren habe, weshalb er auch seine neue Wohnadresse nicht habe mitteilen können. Er habe keine zustellfähige Adresse in W. gehabt. Es könne ihm auch nicht entgegengehalten werden, dass im Konkursdekret seine Adresse in W. angeführt sei.

3.3 Wie in Erw. 2.2.2 hiavor dargelegt, liegen keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Vorinstanz hat sodann ausführlich dargelegt, der Postbedienstete habe in der beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde vom 24. Juli 2006 bestätigt, dass er versucht habe, die Ausfertigung des Teilversäumnisurteils vom 19. Juli 2006 mit Rechtsmittelbelehrung dem Beschwerdeführer zu übergeben. «Weil aber die Übergabe in der Wohnung bzw. im Geschäftsraum nicht möglich war, habe ich das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung gelegt». Sodann habe sich der Beschwerdeführer gemäss Bestätigungen der Gemeinde W. vom 21. November 2006 und 8. September 2010 erst am 16. August 2006, also nach der Zustellung des Teilversäumnisurteils vom 24. Juli 2006, an eine unbekannte Adresse in Spanien abgemeldet. Der Beschwerdeführer habe den Gegenbeweis nicht zu erbringen vermocht, dass er am 24. Juli 2006 an der fraglichen Adresse in W. nicht über eine zustellfähige Adresse verfügt habe (vgl. Erw. 5.4.2). Dem ist beizupflichten. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten (unbelegten) Behauptungen vermögen diese urkundlich belegten Tatsachen nicht zu entkräften. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, wenn ihm die Vorinstanz vorgehalten hat, im Konkursdekret vom 27. September 2006 sei seine Adresse in W. angeführt. Der Wohnadresse des Schuldners kommt entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht nur sekundäre Bedeutung zu, ist doch der Wohnsitz des Beklagten regelmässig massgeblich für die (örtliche) Zuständigkeit des Gerichts. Das Insolvenzverfahren gegen den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer wurde denn auch offenbar am betreffenden Ort eingeleitet, was ein weiteres Indiz dafür ist, dass der Beschwerdeführer auch bei Zustellung des Teilversäumnisurteils am 24. Juli 2006 an der fraglichen Adresse am K.weg in W. Wohnsitz hatte.

4.1 Schliesslich kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das fragliche Teilversäumnisurteil trotz des eröffneten Insolvenzverfahrens gegen den Beschwerdeführer vollstreckbar erklärt werden kann.

4.2 Der Beschwerdeführer rügt, das ausländische Konkursdekret sei auch für schweizerische Gerichte verbindlich und wäre vom Rechtsöffnungsrichter vorfrageweise anzuerkennen gewesen. Das Dekret weise nach, dass gegen ihn keine

Forderung durchgesetzt werden könne. Im Übrigen habe er durchaus ein Rechtsschutzinteresse an einem Konkursdekret-Anerkennungsverfahren. Es könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er innert Frist nicht die Einrede nach Art. 75 Abs. 2 SchKG erhoben habe, nicht zu neuem Vermögen gekommen zu sein. Die Bestreitung, zu neuem Vermögen gekommen zu sein, müsse der Schuldner nur vorbringen, sofern die entsprechende Betreibung auf einem Verlustschein beruhe. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Er habe somit seine Einrede – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – nicht verwirkt.

4.3 Ein ausländisches Konkursdekret, das am Wohnsitz des Schuldners ergangen ist, wird gemäss Art. 166 Abs. 1 IPRG auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung oder eines Konkursgläubigers unter kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen anerkannt. Dafür ist ein spezielles Verfahren vorgesehen (vgl. Art. 167 ff. IPRG). Eine vorfrageweise Prüfung der Anerkennbarkeit eines ausländischen Konkursdekrets ist nicht zulässig (vgl. Berti, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Basel 2007, N 10 zu Art. 167 IPRG). Bereits von daher kann dem Rechtsöffnungsrichter nicht vorgeworfen werden, er hätte das ausländische Konkursdekret vorfrageweise anerkennen müssen. Abgesehen davon ist umstritten, ob dem Gemeinschuldner überhaupt ein Recht auf Antragstellung zukommt (vgl. Berti, Basler Kommentar, a.a.O., N 23 zu Art. 166 IPRG). Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob der Beschwerdeführer vorliegend überhaupt ein Rechtsschutzinteresse an einem Konkursdekret-Anerkennungsverfahren hätte.

5.1 Nach dem Gesagten hat der Rechtsöffnungsrichter dem Beschwerdegegner in der Betreibung Nr. des Betreibungsamtes X. zu Recht definitive Rechtsöffnung für CHF 31'755.46 nebst Zins zu 5.12 % auf CHF 18'305.90 seit 1. Januar 2010 erteilt. Die vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

5.2 Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 GebV SchKG). Ferner ist er antragsgemäss zu verpflichten, den anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner in Deutschland wohnt, weshalb die Parteientschädigung mangels entsprechender Steuerpflicht ohne Zuschlag für die Mehrwertsteuer festzusetzen ist (Art. 5 lit. b i.V.m. Art. 14 Abs. 3 lit. c MWSTG e contrario).

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 14. Januar 2011

IV. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

§ 86 Abs. 2 aGOG. – Das Gesetz sieht die Ediktalladung ausdrücklich nur für Fälle vor, in denen die Zustellung in keiner der in § 86 Abs. 1 aOG genannten Formen möglich ist. Bei unbekanntem Aufenthaltsort des Empfängers darf dies erst dann angenommen werden, wenn der Aufenthaltsort auch durch sachdienliche Erkundigungen oder Nachforschungen nicht eruierbar ist. Die Behörden trifft mithin eine Erkundigungspflicht. Deren Verletzung kann allerdings im Rechtsmittelverfahren geheilt werden (E. 3.3).

Aus den Erwägungen:

(...)

3.2 Die Zustellung von Akten der Gerichte an die Parteien oder deren Vertreter erfolgt in der Regel durch die Post mittels eingeschriebenen Briefes oder gegen Doppel mit Empfangsbestätigung, ausnahmsweise durch Telefax oder andere elektronische Datenübermittlung mit anschliessender postalischer Bestätigung oder durch die Polizei (§ 86 Abs. 1 aGOG). Ist die Zustellung in keiner der genannten Formen möglich, so findet eine ein- bis zweimalige öffentliche Vorladung (Ediktalladung) im Amtsblatt und nötigenfalls in anderen öffentlichen Blättern statt (§ 86 Abs. 2 aGOG). Die öffentliche Vorladung ist ein Notbehelf für Fälle, in denen eine Partei oder ein Dritter auf anderen Wegen keine Kenntnis von gerichtlichen Urkunden erhalten würde. Sie beruht auf der Fiktion, dass die Vorladung dem Adressaten zugegangen ist. Sinn der öffentlichen Vorladung ist es, eine unbekannt abwesende, nicht erreichbare Partei in endgültiger und unanfechtbarer Weise vorzuladen, um dann an ihr Nichterscheinen prozessuale Folgen zu knüpfen, unabhängig davon, ob der Vorgeladene von der Publikation erfahren habe oder nicht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die öffentliche Vorladung unzulässig, wenn der Aufenthaltsort des Zustellungsempfängers bekannt oder eruierbar ist. Sie darf daher erst dann erfolgen, wenn die Sendung weder dem Adressaten persönlich noch dem von ihm bestellten Vertreter noch einer zum Empfang von gerichtlichen Urkunden befugten Person zugestellt werden kann. Unmöglichkeit der Zustellung darf dabei erst angenommen werden, wenn sachdienliche Nachforschungen (z.B. bei Heimat- und Wohnsitzbehörden, Sozialamt, Sektionschef oder Bekannten) nach dem Aufenthaltsort der betreffenden Person ergebnislos geblieben sind. Die Behörden trifft mithin eine Erkundigungspflicht, denn die Zulassung von Ediktalladungen darf nicht dazu führen, dass einem Be-

klagten das rechtliche Gehör versagt wird, ohne dass zuvor die erforderlichen Nachforschungen nach seinem Aufenthaltsort vorgenommen worden wären (vgl. BGE 129 I 361 ff., E.2.2; BGE 56 I 89 ff., E.2; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 183, N 2 ff., m.w.H.; vgl. nun auch ausdrücklich Art. 141 Abs. 1 Bst. a ZPO; dazu etwa Remo Bornatico, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 141 ZPO, N 2 m.w.H.).

3.3 Die Vorinstanz versuchte, dem Beschwerdeführer das Ausweisungsgesuch der Beschwerdegegnerin zusammen mit der Aufforderung zur Stellungnahme zeitgleich an zwei verschiedenen Adressen zuzustellen. Grund für dieses Vorgehen waren offenbar die Ausführungen der Beschwerdegegnerin im Ausweisungsgesuch vom 4. November 2010, wonach die Adressangaben des Beschwerdeführers unzutreffend seien. Die beiden von der Vorinstanz am 9. November 2010 an die (vermeintlichen) Adressen des Beschwerdeführers in Zug und Bern versandten Sendungen wurden dieser von der Post denn auch umgehend retourniert, jeweils versehen mit dem Vermerk «Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden.» Den Verfahrensakten ist nicht zu entnehmen, dass die Vorinstanz daraufhin weitere Erkundigungen oder Nachforschungen hinsichtlich des Aufenthaltsortes des Beschwerdeführers vorgenommen hätte. Vielmehr schritt sie am 11. November 2010 offenbar umgehend zu dessen öffentlicher Vorladung. Nach unbenutztem Ablauf der dem Beschwerdeführer hierbei angesetzten Vernehmlassungsfrist hiess sie das Ausweisungsgesuch der Beschwerdegegnerin sodann am 26. November 2010, namentlich unter Hinweis auf deren unbestritten gebliebene Tatsachendarstellungen, gut. Mit Blick auf die einschlägige gesetzliche Ordnung sowie das vorstehend unter Erwägung 2.2.1 Gesagte könnte sich durchaus fragen, ob dieses Vorgehen zulässig war. Das Gesetz sieht die Ediktalladung in § 86 Abs. 2 aOG nämlich ausdrücklich nur für Fälle vor, in denen die Zustellung in keiner der in § 86 Abs. 1 aOG genannten Formen möglich ist. Wie vorstehend erläutert, darf dies bei unbekanntem Aufenthaltsort des Empfängers erst dann angenommen werden, wenn der Aufenthaltsort auch durch sachdienliche Erkundigungen oder Nachforschungen nicht eruierbar ist. Wurden solche Erkundigungen gar nicht erst vorgenommen, erscheint die fehlende Eruierbarkeit des Aufenthaltsorts zumindest zweifelhaft. Umgekehrt bestehen in casu freilich gewichtige Indizien dafür, dass der Beschwerdeführer seinen Aufenthaltsort gegenüber der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise zu verschleiern suchte. So erstaunt es u.a. doch sehr, dass er im vorliegenden Beschwerdeverfahren als (nunmehr postlagernde) Adresse erneut die Schanzenstrasse 4, 3000 Bern 1, angibt, obgleich es sich dabei erstens nicht um seine Privatadresse, sondern um die Adresse der Hauptpost in der Stadt Bern handelt, und der

Beschwerdeführer zweitens im vorinstanzlichen Verfahren unter dieser bereits damals bekannten Anschrift gar nicht erreichbar war. Vor diesem Hintergrund liesse sich durchaus auch argumentieren, weitere Nachforschungen und Erkundigungen der Vorinstanz wären aufgrund der konkreten Umstände entbehrlich gewesen. Im Ergebnis kann die Frage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen einer Ediktalladung in casu erfüllt waren, aber offen bleiben, denn da die Justizkommission im Beschwerdeverfahren über volle Kognition verfügt, ist eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers heilbar (vgl. etwa JZ 2010 58 E. 2.3). Im Folgenden sind daher direkt die materiellen Rügen des Beschwerdeführers zu prüfen. (...)

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 27. Januar 2011

Art. 81 und 82 ZPO; Zulassung der Streitverkündungsklage – Bei der Streitverkündungsklage sind die Fragen des Rechtsschutzinteresses und der Prozessökonomie bereits im Zulassungsverfahren zu prüfen. Ist davon auszugehen, dass der Streitverkündungsklageprozess inhaltlich so viele zusätzliche Themen umfassen wird, dass der Entscheid im ersten Prozess nur einen geringen Teil des Streitverkündungsklageprozesses ausmacht und wird die Prozessführung übermässig erschwert, so ist die Zulassung der Streitverkündungsklage zu verweigern und mangels Rechtsschutzinteresse nicht auf die Streitverkündungsklage einzutreten.

Sachverhalt

1. Mit Eingabe vom 21. März 2011 reichten die Kläger beim Kantonsgericht Zug gegen die Beklagte Klage auf Nachbesserung ein. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus, die von den Klägern gekauften Eigentumswohnungen würden an den Balkonkonstruktionen Mängel aufweisen. [...]

2. Am 16. Mai 2011 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage. Im Weiteren machte sie eine Streitverkündungsklage gegen vier Parteien hängig und beantragte unter anderem, es sei eine Streitverkündungsklage der Beklagten gemäss Art. 81 f. ZPO gegen die Streitverkündungsbeklagten 1 bis 4 [...] zuzulassen. [...]

Die Beklagte hielt betreffend die Streitverkündungsklage fest, dass sie im Falle des Unterliegens in der Hauptklage vom 21. März 2011 Regressansprüche (Nachbesserung bzw. Kostenersatz) gegen die Streitverkündungsbeklagten 1 bis 4 habe. Zwischen dem Streit im Hauptverfahren und den Rechtsverhältnissen zwi-

schen den Beklagten und den Streitverkündungsbeklagten 1 bis 4 bestehe ein enger sachlicher Zusammenhang, da diese bei der Planung und Erstellung der besagten Balkone im Auftrag der Beklagten gemeinsam tätig gewesen seien.

3. Die Kläger und die Streitverkündungsbeklagten 1 bis 4 wurden am 25. Mai 2011 aufgefordert, gestützt auf Art. 82 Abs. 2 ZPO eine schriftliche Stellungnahme zur Frage der Zulassung der Streitverkündungsklage einzureichen.

4. Die Kläger sowie die Streitverkündungsbeklagten 1 bis 4 stellten den Antrag, die Streitverkündungsklage sei nicht zuzulassen. [...]

Erwägungen

[...]

2. Die eidgenössische ZPO sieht das Institut der Streitverkündungsklage vor. Die streitverkündende Partei kann ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptsache befasst ist, geltend machen. Im vereinfachten und im summarischen Verfahren ist die Streitverkündungsklage unzulässig (Art. 81 Abs. 1 und 3 ZPO). Die Zulassung der Streitverkündungsklage ist mit der Klageantwort oder mit der Replik im Hauptprozess zu beantragen. Die Rechtsbegehren, welche die streitverkündende Partei zu stellen gedenkt, sind zu nennen und kurz zu begründen (Art. 82 Abs. 1 ZPO). Es ist damit ein Zulassungsverfahren für die Streitverkündungsklage vorgesehen, wobei das Gericht mit einem Zwischenentscheid vorweg über diese Frage entscheidet (Frei, Basler Kommentar, Basel 2010, N 5 ff. zu Art. 82 ZPO).

3. Gegenstand des Zulassungsverfahrens ist die Prüfung der besonderen Prozessvoraussetzungen der Streitverkündungsklage. Namentlich und unstreitig geht es dabei zum einen um die Frage, ob der geltende Anspruch den in Art. 81 Abs. 1 ZPO umschriebenen Sachzusammenhang mit der Hauptklage aufweist. Die Abhängigkeit der eingeklagten Forderung von der Hauptforderung muss dargelegt werden. Die Glaubhaftmachung dieses Abhängigkeitsverhältnisses setzt voraus, dass auch die Forderung ansatzweise glaubhaft gemacht wird, wobei an die Beurteilung nicht allzu hohe Forderungen zu stellen sind und Plausibilität genügt (Domej, Oberhammer: Kurzkomentar ZPO; Basel 2010, N 6 zu Art. 82 ZPO; Schwander, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 17 f. zu Art. 82 ZPO; Frei, a.a.O., N 23 zu Art. 81 ZPO).

3.1 Die Beklagten führen hiezu aus, der enge sachliche Zusammenhang sei gegeben [...]. Im Falle eines Unterliegens bezüglich der Hauptklage werde die Beklagte gegen die Streitverkündungsbeklagten Regressansprüche im Sinne von Nachbesserung und Kostenersatz geltend machen. Auch die Kläger gehen ihrerseits davon aus, dass eine Regressklage vorliegt. Ebensovienig bestreiten die Streitverkündungsbeklagten 1 bis 4 den geltend gemachten Sachzusammenhang.

3.2 Es ist damit glaubhaft gemacht und im Übrigen auch unbestritten, dass der notwendige Sachzusammenhang der Streitverkündungsklage mit der Hauptklage gegeben ist.

4. Fraglich ist, ob bereits im Rahmen des Zulassungsverfahrens weitere Voraussetzungen der Streitverkündungsklage zu prüfen sind.

4.1 Die Streitverkündungsklage ist mit der eidgenössischen ZPO am 1. Januar 2011 als ein für die meisten Kantone neues Institut eingeführt worden. Der nun geltende Gesetzeswortlaut ist gesamtschweizerisch neu. Es fehlt daher bis anhin an einer einheitlichen Anwendungspraxis im Bereich der Streitverkündungsklage. Die Zulassung der Streitverkündungsklage bedingt notwendigerweise eine Verkomplizierung des Verfahrensablaufs und eine Verzögerung desselben, da eine Mehrheit von Prozessen und Prozessrechtsverhältnissen entsteht (Frei, a.a.O., N 46 zu Art. 81 ZPO). Es stellt sich damit die Frage, ob der Prozessökonomie bereits im Zulassungsverfahren Rechnung zu tragen ist.

Ein grosser Teil der Lehre vertritt die Ansicht, der Antragsteller habe bereits im Rahmen des Zulassungsverfahrens glaubhaft zu machen, dass die Beurteilung der Forderung im Rahmen einer Streitverkündungsklage prozessökonomisch geboten sei. Die Frage der Prozessökonomie sei eine Frage des Rechtsschutzinteresses. Bei der Streitverkündungsklage sei zwar die Voraussetzung eines rechtlichen Interesses an der Klage nicht explizit im Gesetz verankert. Ein schutzwürdiges Interesse an der Klage sei aber eine allgemeine Prozessvoraussetzung, welche auch bei der Streitverkündungsklage vorliegen müsse. Dies bedeute gleichzeitig, dass dieses vom Gericht vorab geprüft werden müsse und diesem damit ein entsprechendes Ermessen zukomme. Auf eine Streitverkündungsklage sei lediglich einzutreten, wenn das Gericht nach einer Abwägung aller involvierten Interessen zum Schluss komme, dass die Zulassung der Streitverkündungsklage ein zweckmässiger und effizienter Weg zur Lösung der Rechtsstreitigkeit darstelle. Es sei bereits im Zulassungsverfahren eine Interessenabwägung vorzunehmen. Ein Interesse bestehe dabei in erster Linie an einer möglichst effizienten und kostengünstigen Rechtsprechung. Konnexes Verfahren sollten möglichst unter der Leitung eines Ge-

richts erledigt werden können, sofern dies im Einzelfall prozessökonomisch sei. Würde eine Streitverkündungsklage zu einem ausufernden Gerichtsverfahren führen, so dass die Verfahrenseffizienz in keiner Weise mehr gewährleistet wäre, müsste das Rechtsschutzinteresse verneint werden und auf die Streitverkündungsklage wäre nicht einzutreten (Schwander, a.a.O., N 19 zu Art. 82 ZPO; Frei, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 81 ZPO; Hahn, Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, N 6 zu Art. 82 ZPO).

Es wird in der Literatur aber auch die Ansicht vertreten, der Gesetzgeber habe den Anwendungsbereich der Streitverkündungsklage bereits in doppelter Hinsicht beschränkt, nämlich dadurch, dass die Streitverkündungsklage nur im ordentlichen Verfahren zuzulassen und eine Streitverkündungsklage des Streitverkündungsbeklagten unzulässig sei (Art. 81 Abs. 2 und 3 ZPO; sog. Verbot der Kettenstreitverkündungsklage). Damit komme dem Gericht im Zulassungsverfahren kein Ermessen hinsichtlich der Opportunität der Streitverkündungsklage zu, was der Rechtssicherheit diene. Abgesehen vom Sachzusammenhang dürften keine weiteren Voraussetzungen Thema des Zulassungsverfahrens sein. Das Gericht könne die Zulassung insbesondere nicht aus prozessökonomischen Gründen verweigern. Sollte es der Ansicht sein, die gemeinsame Verhandlung und Entscheidung über Haupt- und Streitverkündungsklage sei prozessökonomisch nicht sinnvoll, so könne es die Verfahren trennen (Droese, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 ZPO, SZP 3/2010, S. 305 bis 321, S. 310 und 316; Domej, a.a.O., N 7 zu Art. 82 ZPO).

4.2 Zutreffend ist, dass die eidgenössische ZPO die Prüfung der Prozessökonomie als solche nicht explizit als Voraussetzung der Streitverkündungsklage in das Gesetz aufgenommen hat, wie dies in den Kantonen Waadt und Genf, welche unter anderen die Streitverkündungsklage als Institut bereits unter ihrem kantonalen Prozessrecht gekannt haben, vorgesehen war. Die gesetzliche Regelung in der ZPO ist allerdings nicht so konzipiert, dass sie ausdrückliche Voraussetzungen der Streitverkündungsklage auflistet, welche auf eine abschliessende Aufzählung schliessen lassen würden. Das Fehlen einer ausdrücklich genannten Ausschlussmöglichkeit bei drohender übermässiger Ausweitung des Verfahrens bedeutet damit nicht, dass dem Gericht die Möglichkeit genommen ist, auf solche Situationen zu reagieren (Frei, a.a.O., N 20 zu Art. 81 ZPO). Auch aus der Botschaft ist kein entsprechender Hinweis zu entnehmen (e contrario, Botschaft ZPO, S. 7283 ff.). Vielmehr postuliert die ZPO in Art. 82 gerade ein eigenes Verfahren für die Zulassung, dessen Entscheid mit Beschwerde anfechtbar ist. Angenommen die unverhältnismässige Verkomplizierung des Verfahrens durch die Streitverkündungsklage stünde von vornherein fest, die Klage wäre aber zuzulassen, so wäre die

anschliessende Folge die Trennung der Verfahren (Art. 125 ZPO), was einzig zu einer Fixierung des Gerichtsstandes am Ort der Hauptklage führen würde. Zusätzlich entfielen ein Schlichtungsversuch für die Regressklage (Domej, a.a.O., N 7 zu Art. 82 ZPO). Selbst mit dieser Fixierung des Gerichtsstandes ist aber noch nicht gesichert, dass auch personell dasselbe Gericht über den Anspruch entscheidet, womit der Vorteil der Aktenkenntnis nicht zwingend aus der Gerichtsstandsfixierung folgt. Die Idee des Instituts der Streitverkündungsklage muss aber sein, dass aus der gemeinsamen Verfahrensführung ein weitergehender Nutzen resultiert. Der Sinn und Zweck einer Streitverkündungsklage ist der Gewinn eines zusätzlichen Vorteils oder eben ein Interesse an der gesamthaften Durchführung zweier Verfahren. Es soll eine effizientere Verfahrensführung erreicht werden können. Trifft dies nicht zu, muss die Konsequenz die Nichtzulassung der Streitverkündungsklage sein. Nur die Fixierung des Gerichtsstandes, das Entfallen des Schlichtungsversuches oder auch die eintretende Rechtshängigkeit als einzige Resultate sind nicht ausreichend. Vorausgesetzt ist ein Interesse an der gemeinsamen Verfahrensführung. Die Frage des Rechtsschutzinteresses und der Prozessökonomie ist damit bereits im Stadium des Zulassungsverfahrens zu prüfen. Im Übrigen gehen auch die Beklagten als Streitverkündungskläger selber davon aus, dass das Rechtsschutzinteresse eine materielle Voraussetzung der Zulassung der Streitverkündungsklage bildet.

5. Vorliegend ist damit im Rahmen des Zulassungsverfahrens zu prüfen, ob der Streitverkündungsklage ein genügendes Rechtsschutzinteresse zukommt und somit auch, ob die Vorteile eines Gesamtverfahrens überwiegen und die Prozessökonomie ausreichend gewährleistet ist.

[...]

5.2 Im Rahmen der Prüfung der Prozessökonomie hat das Gericht sämtliche auf dem Spiel stehenden Interessen beziehungsweise die Vor- und Nachteile einer Zulassung gegeneinander abzuwägen. Die Idee der Streitverkündungsklage ist die Erledigung zweier Prozesse in einem. Dies bedeutet, dass es zu einem Mehrparteienverfahren kommt und die Parteien des Hauptprozesses und die Streitverkündungsbeklagten je voneinander unabhängige Parteien sind. Am Ende des Verfahrens muss das Gericht sowohl über die zwischen den Hauptparteien erhobenen Ansprüche wie auch über die Regressansprüche entscheiden. Die Vorteile einer Streitverkündungsklage liegen in der Vermeidung widersprechender Urteile sowie der Nutzung allfälliger Synergieeffekte durch gemeinsame Beweiserhebung und Aktenkenntnis. Das Ziel muss sein, die Effizienz zu steigern, was regelmässig auch eine Kostenersparnis mit sich bringt. Die Nutzung von Verfahrenssynergien kann

weiter sein, dass die Quote solidarisch haftender Parteien beispielsweise bereits im ersten Urteil festgesetzt werden kann und der primär in Anspruch genommene nicht Jahre warten muss, bis ein möglicherweise anderes Gericht ohne vorgängige Aktenkenntnis die Regressquote festlegt. Es kann zudem ein allfälliger Gerichtsstandswechsel vermieden werden. Schliesslich geht mit der Beteiligung mehrerer Parteien auch eine Steigerung der Wahrheitsfindung im Prozess einher. Es müssen jedoch auch die Nachteile der Streitverkündungsklage beachtet werden. Ein Problem liegt in der Menge des Prozessstoffes. Möglich ist eine Verzögerung im Hauptprozess aufgrund der Beteiligung mehrerer Parteien. Die Kehrseite ist eine gewisse Komplikation und Verzögerung des Verfahrens. Eine wesentliche Rolle spielt bei der Interessenabwägung die mutmassliche Beweislage im Haupt- und Streitverkündungsprozess (Frei, a.a.O., N 2 f., N 42 und N 50 zu Art. 81 ZPO; Schwander, a.a.O., N 8 zu Art. 81 ZPO und N 16 ff. zu Art. 82 ZPO). Vom Resultat her betrachtet kann also im aus prozessökonomischer Sicht besten Fall am Ende des Gesamtprozesses ein Gesamturteil über alle Ansprüche gefällt werden (Frei, a.a.O., N 50 zu Art. 81 ZPO). Ist ein Gesamturteil in einem konkreten Fall nicht möglich, kann eine Streitverkündungsklage dann weiterhin prozessökonomisch sinnvoll sein, wenn beispielsweise mit dem Entscheid im Hauptprozess auch bereits der Entscheid im zweiten Prozess massgeblich und zur Hauptsache feststeht und der Entscheid im Hauptprozess für das Streitverkündungsklageverfahren unmittelbar verwendet werden kann. Es bietet sich diesfalls an, die Streitverkündungsklage zuzulassen, diese jedoch anschliessend mit Blick auf die konkrete Fallkonstellation zu sistieren oder vom Hauptprozess zu trennen (Art. 82 Abs. 3 ZPO sowie Art. 125 und 126 ZPO). Ist allerdings davon auszugehen, dass der Streitverkündungsklageprozess inhaltlich so viele zusätzliche Themen umfassen wird, dass der Entscheid im ersten Prozess nur einen geringen Teil des Streitverkündungsklageprozesses ausmacht, so ist die Zulassung der Streitverkündungsklage nicht mehr ausreichend prozessökonomisch. Mangels Rechtsschutzinteresse ist dann auf die Streitverkündungsklage nicht einzutreten.

5.2.1 Im Rahmen der Interessenabwägung ist der konkrete Fall zu beurteilen. Es ist anhand der Parteiangaben davon auszugehen, dass die Beklagte als Generalunternehmerin mit den Klägern je Kaufverträge über schlüsselfertige Bauten abgeschlossen hat. Die Beklagte will nun gegen vier weitere Parteien Streitverkündungsklage erheben, bei welchen es sich zum einen um die Architektin (Streitverkündungsbeklagte 1) und zum anderen um drei Subunternehmer handelt (Streitverkündungsbeklagte 2 bis 4). Damit sollen vier weitere Parteien in das Verfahren einbezogen werden. Im Verhältnis zur ersten Partei wird das Bestehen eines Architektenvertrages behauptet. Bei den anderen Parteien werden Werkvertragsverhältnisse behauptet. Die Anzahl der Parteien im mit der Streitver-

kündungsklage angekehrten Mehrparteienverfahren sowie die verschiedenen Rechtsgrundlagen der Verträge deuten darauf hin, dass eine grosse Verkomplizierung und Verzögerung des Verfahrens zu erwarten ist. Alle Parteien würden eigene Rechtsschriften, Begehren, Beweisanträge und Begründungen einreichen und des Weiteren würden nicht für alle die gleichen Rechtsgrundlagen gelten. Die Bewältigung einer einheitlichen Prozessführung mit jeweiliger Gewährung des rechtlichen Gehörs allen Parteien gegenüber sowie die ganze Sachverhaltsermittlung würden damit unverhältnismässig erschwert. Die Prozessökonomie eines Gesamtverfahrens ist damit in Frage gestellt.

5.2.2 Weiter ist aufgrund der summarischen Prüfung der Unterlagen bei der vorliegenden Fallkonstellation davon auszugehen, dass sich die Fragestellung inhaltlich aufspaltet. Es wird in einem ersten Schritt zu klären sein, ob die Balkone überhaupt mangelhaft sind, welche Mängel vorliegen und wie diese zu beheben sind. Da offenbar verschiedene Unternehmer unterschiedliche Arbeitsschritte unternommen haben, ist davon auszugehen, dass anschliessend in einem zweiten Schritt zu ermitteln sein wird, wer für die möglicherweise mangelhaften Arbeiten in welchem Ausmass verantwortlich ist. Diese Aufteilung des Verfahrens wird auch bei dem von den Beklagten bereits formulierten Auftrag an den Parteigutachter ersichtlich. Dieser sollte nämlich in verschiedenen Stufen vorgehen und zuerst technische Abklärungen machen, dann erst die anteilmässige Schuldzuweisung vornehmen und schliesslich einen Kostenteiler ausarbeiten. Aus diesem Auftrag wie im Übrigen auch aus der Begründung der Streitverkündungsklage wird deutlich, dass es bei der Streitverkündungsklage zu einem gewichtigen Teil einzig um die Beurteilung gehen wird, wer für welche Schäden einzustehen hat und wer für welche Quote haftbar gemacht werden kann. Nur ein geringer Teil jedoch, nämlich die technische Abklärung der Frage, ob überhaupt Mängel vorliegen und wie diese zu beheben sind, würde ebenfalls den Hauptprozess betreffen. Das Hauptanliegen der Streitverkündungsklage, die Fragen der anteilmässigen Schuldzuweisung und allfälligen Kostenverteilung, sind für die Hauptklage nicht von Relevanz und damit einzig im Regressprozess zu entscheiden. Gerade dieser zusätzliche vom Hauptprozess aber unabhängige Teil wird weiteren grossen Aufwand mit sich bringen, was die Durchführung des Hauptprozesses erheblich erschwert. Sollte beispielsweise ein Gesamtgutachten angeordnet werden, so würde die Beantwortung der zusätzlichen Fragen eine massive Ausweitung der Fragen an den Gutachter bedeuten, wie sich dies auch aus dem Entwurf betreffend das Parteigutachten bereits zeigt.

Kann der Hauptprozess voraussichtlich mit geringem Beweisaufwand erledigt werden, wäre aber im Streitverkündungsprozess ein umfangreiches Gutachten nötig, liegt hierin ein Argument gegen die Zulassung (Schwander, a.a.O., N 19 zu Art. 82

ZPO). Vorliegend kann der Hauptprozess mit geringerem Beweisaufwand erledigt werden und der Streitverkündungsprozess würde das Gutachten massiv ausweiten. Es handelt sich vorliegend nicht um einen einfachen Regressprozess. Es soll nämlich nicht die Festlegung der Haftungsquoten zwischen der Beklagten und einer Streitverkündungsbeklagten beurteilt werden, sondern es sollen einzig die Haftungsquoten unter den vier Streitverkündungsbeklagten festgesetzt werden. Ein möglicher Vorteil eines Streitverkündungsklageprozesses kann zwar sein, dass bereits die Haftungsquoten in einem Gesamtverfahren festgelegt werden können und der Beklagte, der Regress nehmen will, nicht jahrelang auf ein weiteres Urteil warten muss (Frei, a.a.O., N 2 zu Art. 81 ZPO). Vorliegend ist dies aber mit Blick auf vorstehende Erwägungen gerade nicht möglich, da sich der Hauptprozess hiezu nicht äussern wird. Die Konstellation des Falles spricht damit gegen eine Zulassung.

5.2.3 [...]

5.2.4 Die Beklagten betonen ihrerseits insbesondere, ein Streitverkündungsklageverfahren sei notwendig, weil die Mängelbehebung nur gemeinsam, beziehungsweise koordiniert vorgenommen werden könne und dies durch verschiedene Verfahren mit allenfalls unterschiedlichen Gutachterbefunden nicht gewährleistet sei. Hiezu ist festzuhalten, dass der Vorteil des durch die Streitverkündungsklage möglichen gleichen Gerichtsstandes für alle Rechtsverhältnisse nicht per se entfällt. Zwei der Streitverkündungsbeklagten haben offenbar Sitz [im Kanton Zug] und aus Art. 15 ZPO ergibt sich bei einfachen Streitgenossen ein einheitlicher Gerichtsstand. Zudem spricht nichts dagegen, auch in einem allfälligen späteren Prozess zwischen der Beklagten und den Streitverkündungsbeklagten denselben Gutachter zur Beantwortung der weiteren Fragen beizuziehen, womit dessen Aktenkenntnis genutzt werden kann. Damit kann das von den Beklagten angestrebte gemeinsame und koordinierte Vorgehen gegenüber den Streitverkündungsbeklagten 1 bis 4 losgelöst vom ersten Prozess zumindest immer noch erreicht werden und alle Streitverkündungsbeklagten können in einem gemeinsamen Verfahren ins Recht gefasst werden. Festzustellen ist, dass die Beklagten keine weiteren im konkreten Fall nutzbaren Synergien zwischen den beiden Verfahren aufzuzeigen vermögen.

5.2.5 Zusammengefasst ist im Rahmen der Interessenabwägung festzustellen, dass sechs Parteien beteiligt wären, womit die Prozessführung unverhältnismässig erschwert würde. Im Weiteren bringt die Beurteilung eines grossen Teils der Streitverkündungsklage, nämlich die anteilmässige Schuldzuweisung und die Aufteilung der Haftungsquoten sowie die Frage der Übernahme von vorprozes-

sualen Kosten, so viele zusätzliche Rechtsfragen mit sich, dass die Nachteile eines Gesamtverfahrens, nämlich die unnötige Verzögerung und Verkomplizierung, eindeutig überwiegen. Der Prozess würde inhaltlich ausufern.

Mit Blick auf vorstehende Erwägungen ist der Abschluss beider Verfahren mit einem Gesamturteil zufolge des umfangreichen Prozessstoffes nicht möglich. Auch kann der Entscheid im ersten Prozess nicht als unmittelbare und einzige Entscheidungsgrundlage für den Streitverkündungsklageprozess verwendet werden, sondern es werden für diesen erhebliche weitere Abklärungen zu treffen sein. Damit macht vorliegend auch eine Eröffnung des Streitverkündungsklageprozesses mit anschliessender Sistierung oder Trennung der Verfahren keinen Sinn. Die Prozessökonomie kann also in diesem Fall bei einer Zulassung der Streitverkündungsklage selbst bei einer Sistierung oder Trennung der Verfahren nicht ausreichend gewährleistet werden. Damit entfällt bei der Streitverkündungsklage das Rechtsschutzinteresse und die Zulassung ist daher zu verneinen.

5.3 [...]

Bei einem abweisenden Entscheid wird der Dritte wieder aus dem Prozess entlassen. Die mit dem Zulassungsentscheid abgewiesene Hauptpartei hat die Möglichkeit, gegenüber dem Dritten eine einfache Streitverkündung vorzunehmen, sofern sie dies nicht bereits als Eventualbegehren in den Zulassungsantrag aufgenommen hat. Festzuhalten ist, dass den Parteien nach wie vor die Möglichkeit der einfachen Streitverkündung offen steht (Schwander, a.a.O., N 21 f. zu Art. 82 ZPO).

6. Wird die Streitverkündungsklage nicht zugelassen, hat regelmässig die streitverkündungsklagende Partei die Kosten des Zulassungsverfahrens zu übernehmen. Art. 106 ZPO hält fest, dass bei Nichteintreten auf eine Klage die klagende Partei als unterliegende Partei gilt und dementsprechend die Kosten zu verlegen sind (Frei, a.a.O., N 21 zu Art. 82 ZPO). Damit hat die Beklagte die Prozesskosten vollumfänglich zu übernehmen. Die Kläger und die Streitverkündungsbeklagten 1 bis 4 sind im Sinne der Gleichbehandlung im selben Umfang zu entschädigen.

[...]

Kantonsgericht, 12. Oktober 2011

Art. 99 Abs. 1 ZPO; Art. 126 ZPO; Art. 312 ZPO; Art. 322 ZPO. – Stellt der Rechtsmittelgegner nach Zustellung der Berufungsschrift bzw. der Beschwerde und Ansetzung der gesetzlichen Frist zur Rechtsmittelbeantwortung ein Kautionsbegehren, drängt sich daher in der Regel die Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid über die Kautionspflicht bzw. bei deren Bejahung bis zur Leistung der Kaution auf. Grundlage dafür bildet Art. 126 Abs. 1 ZPO.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 99 Abs. 1 ZPO hat die klagende Partei, wenn eine der in lit. a bis d genannten Voraussetzungen erfüllt ist, auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten. Diese Pflicht besteht auch bei Rechtsmitteln an die obere Instanz; der Einleger des Rechtsmittels gilt dabei als klagende Partei (vgl. dazu Rüegg, Basler Kommentar, Basel 2010, N 4 zu Art. 99 ZPO). Die Sicherstellung der Anwaltskosten hat zum Ziel, für den Fall des Obsiegens die tatsächliche Zahlung dieser Kosten zu sichern. Dieser Zweck lässt sich mit dem Entscheid über die Parteientschädigung selbst nicht erreichen (Urteil des Bundesgerichts 4P.194/2005, E.2.2). Es können bei der Partei, welche das Verfahren veranlasst und damit die Voraussetzung für die Entstehung von Prozesskosten schafft, Umstände vorliegen (z.B. Wohnsitz im Ausland, Zahlungsunfähigkeit), welche die Gefahr nachträglicher Uneinbringlichkeit der im Zusammenhang mit der Führung des Prozesses entstehenden Kosten stark erhöhen (Isler, Die Kautionspflicht im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. 1967, S. 3). Der Gegenpartei ist daher nicht zuzumuten, ihrerseits Kosten verursachende Prozesshandlungen vorzunehmen, bevor von der kautionspflichtigen Partei beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen Sicherheit für die Parteientschädigung geleistet ist. Die Leistung einer Sicherheit für eine möglicherweise anfallende Parteientschädigung ist, sofern sie gerichtlich verfügt worden ist, eine Prozessvoraussetzung gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. f. ZPO. Kommt die pflichtige Partei ihrer Leistungspflicht innert der in Art. 101 Abs. 3 ZPO vorgesehenen Nachfrist nicht nach, ist auf die Klage, Widerklage, das Gesuch oder das Rechtsmittel nicht einzutreten (Rüegg, a.a.O., N 1 und 4 zu Art. 99 ZPO).

2. Im erstinstanzlichen Verfahren handelt es sich bei den Fristen zur Klage- bzw. Gesuchsbeantwortung um richterliche und demgemäss erstreckbare Fristen (Art. 222 Abs. 1, Art. 253, Art. 144 Abs. 2 ZPO). Eine beklagte Partei, die von der klagenden Kaution verlangt, kann sich daher die Frist zur Beantwortung der Klage bzw. des Gesuches bis zum Abschluss eines Kautionsverfahrens erstrecken lassen. Im Rechtsmittelverfahren handelt es sich bei den Fristen für die Beantwortung des Rechtsmittels dagegen um gesetzliche, nicht erstreckbare Fristen (Art. 312, Art. 321, Art. 144 Abs. 1 ZPO). Stellt der Rechtsmittelgegner nach Zustellung

der Berufungsschrift bzw. der Beschwerde und Ansetzung der gesetzlichen Frist zur Rechtsmittelbeantwortung ein Kautionsbegehren, drängt sich daher in der Regel die Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid über die Kautionspflicht bzw. bei deren Bejahung bis zur Leistung der Kautions auf. Grundlage dafür bildet Art. 126 Abs. 1 ZPO. Gemäss dieser Bestimmung kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Mit dem Kautionsverfahren wird – wie bereits erwähnt – der Zweck verfolgt, dass der Prozessgegner Kosten verursachende Rechtshandlungen – hier die Beantwortung des Rechtsmittels – erst zu tätigen hat, wenn die tatsächliche Zahlung seiner Parteientschädigung gesichert ist. Insofern dient eine Verfahrenssistierung diesem Zweck. Sie ist mithin «zweckmässig» im Sinne von Art. 126 Abs. 1 ZPO und entspricht einem echten Bedürfnis des Rechtsmittelgegners (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7305). Das Interesse des Rechtsmittelgegners an einer Verfahrenssistierung überwiegt dasjenige des Rechtsmittelsklägers an einer beschleunigten Verfahrensabwicklung. Die Verfahrenssistierung im Falle eines im Rechtsmittelverfahren gestellten Kautionsbegehrens entspricht denn auch früherer kantonal-rechtlicher Praxis (vgl. dazu Leuenberger/Uffer-Tobler, N 4 zu Art. 279 ZPO/SG).

Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass es dem potentiellen Rechtsmittelgegnern offen steht, bereits vor Einreichung eines Rechtsmittels vorsorglich für den Fall einer Rechtsmittelerhebung durch die Gegenpartei ein Kautionsgesuch zu stellen mit dem Ziel, dass die Rechtsmitteleingabe erst nach durchgeführtem Kautionsverfahren zur Beantwortung zugestellt werde. Dies kann für Fälle angezeigt sein, in denen bereits im erstinstanzlichen Verfahren eine Kautions verfügt worden war. (...)

Obergericht, I. Zivilabteilung, 16. Juni 2011

Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 29. Juni 2011 nicht ein (4A_303/2011)

Art. 126 Abs. 1 ZPO. – Sistierung im ordentlichen Verfahren; Kostenregelung.

Aus den Erwägungen:

4. Das vorliegende Verfahren wurde am 7. Januar 2011 und damit nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) rechtshängig, weshalb deren Bestimmungen anzuwenden sind (Art. 404 ZPO).

Der Kläger hat seinen Wohnsitz in Frankfurt, Deutschland. Die Beklagten hingegen haben ihren (Wohn-)Sitz in der Schweiz, weshalb ein internationaler Sachverhalt vorliegt. Auf die vorliegende Forderungsklage ist das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007 (LugÜ, SR 0.272.12), anwendbar (Art. 1 Ziff. 1 und Art. 63 Ziff. 1 LugÜ). Das Kantonsgericht Zug ist unbestrittenermassen örtlich zuständig (Art. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 59 f. LugÜ und Art. 20 IPRG). Sachlich zuständig zur Beurteilung des Sistierungsantrags ist gestützt auf die gesetzliche Delegation der Prozessleitung an den Einzelrichter (§ 28 Abs. 1 GOG) der Referent.

5. Nach Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist.

Artikel 124 Abs. 1 ZPO verpflichtet das Gericht zur «zügigen» Prozessleitung. Dies entspricht dem in Art. 29 Abs. 1 BV garantierten Recht der Parteien, dass ein Verfahren innert angemessener Frist zum Abschluss gebracht wird. Die Möglichkeit der Sistierung eines Verfahrens bis zum endgültigen Entscheid in einem gleichzeitigen anderen Verfahren ist mithin eingeschränkt. Eine eigentliche Abhängigkeit von der in einem anderen Verfahren getroffenen Entscheidung kommt aber selten vor. Ein Verfahren ist etwa dann zu sistieren, wenn der Hauptentscheid einer zuständigen Behörde abzuwarten ist, um eine Vorfrage zu entscheiden. Betreffend den Sistierungsentscheid hat das Gericht eine Interessenabwägung vorzunehmen. Wenn für das andere Verfahren nur Beweiserhebungen vorgesehen sind, die ebenso gut im vorliegenden Verfahren durchgeführt werden können, fällt das Interesse an einer Sistierung nicht stark ins Gewicht. Im Zweifelsfall geht das Beschleunigungsgebot entgegenstehenden Interessen vor (Staelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 3 f. zu Art. 126 ZPO; vgl. BGE 1P.178/1995 = Pra 1996 Nr. 141, E. 2a; BGE 119 II 386 E. 1b). Im Anwendungsbereich des LugÜ ist aufgrund der Zweckmässigkeit bei Klagen mit gleichem Streitgegenstand zwischen denselben Parteien das Verfahren des später angerufenen Gerichts von Amtes wegen zu sistieren, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht (Art. 27 LugÜ). Stehen Klagen in einem sachlichen Zusammenhang, kann das später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen (Art. 28 LugÜ).

(...)

7. Das Verfahren ist daher fortzuführen und dem Kläger Frist zur Replik anzusetzen. Zur Kostenfolge ist festzuhalten, dass es sich vorliegend um einen prozessleitenden Entscheid, also weder um einen Endentscheid noch um einen Zwischenentscheid, handelt. Es können daher keine separaten Gerichtskosten verlegt bzw. Parteientschädigungen zugesprochen werden (Art. 104 ZPO; vgl. Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO – Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 4 zu Art. 104 ZPO; Kaufmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/St.Gallen 2011, N 14 zu Art. 126 ZPO). Aufwendungen im Zusammenhang mit diesem Entscheid werden somit im Endentscheid berücksichtigt.

Kantonsgericht, Referent, 30. August 2011

Art. 257 ZPO – Voraussetzungen für den klaren Rechtsschutz (Einberufung einer Verwaltungsratssitzung)

Aus den Erwägungen:

1. Das vorliegende Gesuch stützt sich in verfahrensrechtlicher Hinsicht auf Art. 257 ZPO. Danach gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist und wenn die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Die Beweismittel sind grundsätzlich auf Urkunden (Art. 254 ZPO) beschränkt. Die Rechtsfolgen müssen sich ohne Weiteres aus bewährter Lehre und Rechtsprechung ergeben. Sobald die Gegenpartei die vorgebrachten Tatsachen bestreitet, kann der schnelle Rechtsschutz nicht gewährt werden, es sei denn, die Bestreitung sei haltlos. Dasselbe gilt, wenn gegen den behaupteten Anspruch Einreden erhoben werden, welche nicht haltlos sind. Im Zweifel ist die klagende Partei auf den einlässlichen Prozess zu verweisen (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, N 4 ff. zu Art. 257 ZPO). Kann der schnelle Rechtsschutz nicht gewährt werden, so tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Eine materielle Abweisung des Gesuches kommt nur dann in Frage, wenn die Gegenpartei den vollen und liquiden Gegenbeweis erbringt, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht. Wird das Gesuch hingegen gutgeheissen, erwächst der Entscheid in volle materielle Rechtskraft (Gasser/Rickli, a.a.O., N 8 f. zu Art. 257 ZPO; vgl. auch Hofmann, Basler Kommentar, Basel 2010, N 8 ff. zu Art. 257 ZPO).

2. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Gesuchsteller Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin 1 ist und in dieser Funktion gestützt auf Art. 715 OR und Art.

19 der Statuten der Gesuchsgegnerin 1 grundsätzlich vom Gesuchsgegner 2 als Verwaltungsratspräsident der Gesuchsgegnerin 1 verlangen kann, innert 14 Tagen die Einberufung einer Verwaltungsratsitzung vorzunehmen. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 hat der Gesuchsteller vom Gesuchsgegner 2 die Einberufung einer Verwaltungsratsitzung gefordert. Diesem Antrag hat der Gesuchsgegner 2 nicht stattgegeben. Insofern ist der Sachverhalt unbestritten und die Rechtslage klar.

3. Der Gesuchsgegner 2 wendete indessen ein, Hintergrund des Verfahrens bilde eine Streitigkeit zwischen zwei Aktionären, nämlich dem Gesuchsteller und der Y. Letztere bestreite die rechtmässige Ausübungserklärung des Gesuchstellers vom 24. August 2010. Diese Streitigkeit zwischen zwei Aktionären sei nicht vom Verwaltungsrat, sondern von einem Gericht zu beurteilen. Der Verwaltungsrat dürfe zu einem solchen Traktandum keinen Beschluss fassen, weil ein solcher nicht in seine Kompetenz falle. Damit stehe fest, dass das im Einberufungsbegehren vom 23. Dezember 2010 formulierte Traktandum offenkundig rechtsmissbräuchlich sei, weshalb der Gesuchsgegner 2 dieses zu Recht zurückgewiesen habe.

3.1 Gemäss Art. 715 OR kann jedes Mitglied des Verwaltungsrates unter Angabe der Gründe vom Präsidenten die unverzügliche Einberufung einer Sitzung verlangen. Der Präsident ruft in diesem Fall innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt des Antrages eine Sitzung ein (Art. 19 Abs. 2 der Statuten der Gesuchsgegnerin 1). Ablehnen kann der Präsident die Einberufung, wenn das Gesuch rechtsmissbräuchlich, zum Beispiel in klar erkennbarer querulatorischer Absicht, gestellt wird (Wernli, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2008, N 4 zu Art. 715 OR).

3.2 Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 verlangte der Gesuchsteller die Einberufung einer Verwaltungsratsitzung zu folgendem Traktandum:
«Feststellung der rechtzeitigen Ausübung der Option des Aktionärs und Verwaltungsrates X. gemäss Ausübungserklärung vom 24. August 2010 mit entsprechendem Eintrag im Aktienbuch.»

Der Gesuchsteller will somit vom Verwaltungsrat feststellen lassen, dass er die umstrittenen 15 Aktien der Gesuchsgegnerin 1 durch Ausübung von zwei Optionen rechtmässig erworben hat und bezüglich dieser Aktien als Aktionär im Aktienbuch einzutragen sei. Nicht zu hören ist die nachträglich in der Replik gemachte Interpretation des Gesuchstellers, er habe mit dem Gesuch die Genehmigung des Aktienkaufes erreichen wollen. Eine solche Auslegung deckt sich mit dem klaren Wortlaut des Schreibens vom 23. Dezember 2010 in keiner Weise. Ob der Gesuchsteller die 15 Aktien der Gesuchsgegnerin 1 aber tatsächlich rechtsgültig erworben hat, ist zwischen ihm und der Y. umstritten. Dies ergibt sich auch aus dem vom

Gesuchsteller mitunterzeichneten Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 31. Januar 2011. Gemäss Ziff. 4 der Protokolls verlangte der Gesuchsteller die vorübergehende Sperrung der Dividendenauszahlung an die Y. auf den verbleibenden und umstrittenen 15 Aktien aus den beiden Call-Optionen 1 und 2, bis die rechtliche Seite geklärt ist oder eine aussergerichtliche Einigung zwischen den Parteien gefunden wurde. Dieser Antrag des Gesuchstellers wurde übrigens einstimmig angenommen. Der Gesuchsteller ist weder im Besitze dieser Aktien, noch verfügt er über eine entsprechende Abtretungserklärung der Y. Er beruft sich lediglich auf den ABV und seine E-Mail vom 24. August 2010. Dieser E-Mail ist jedoch lediglich zu entnehmen, dass der Gesuchsteller beabsichtigt, in den kommenden Tagen das Privatdarlehen und die Call-Optionen 1 und 2 zu begleichen bzw. per sofort auszuüben und zu bezahlen. Die genauen Modalitäten sollten dann an einer Sitzung vom 30. August 2010 besprochen werden. Es ist somit zumindest fraglich, ob der Gesuchsteller damit bereits Eigentümer der 15 Aktien geworden ist, zumal er nicht einmal den Nachweis erbringt, dass er den entsprechenden Kaufpreis tatsächlich bezahlt hat. Der Einwand des Gesuchsgegners 2, der Verwaltungsrat sei gar nicht befugt, die vom Gesuchsteller gefasste Feststellung zu machen bzw. den Gesuchsteller als Aktionär der umstrittenen 15 Aktien im Aktienbuch einzutragen, ist mithin keineswegs haltlos, ebenso wenig die Weigerung des Gesuchsgegners 2, zum fraglichen Traktandum eine Verwaltungsratssitzung einzuberufen, an welcher allenfalls ein ungültiger oder gar nichtiger Beschluss gefasst werden müsste. Der Einwand des Gesuchsgegners 2, das Einberufungsbegehren des Gesuchstellers sei rechtsmissbräuchlich, kann nicht als haltlos bezeichnet werden.

3.3 Ist somit der Sachverhalt umstritten und die Rechtslage unklar, so sind die Voraussetzungen für den klaren Rechtsschutz gemäss Art. 257 ZPO nicht gegeben. Auf das Gesuch ist daher nicht einzutreten.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Gesuchsteller die Prozesskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Zum Streitwert haben die Parteien sich nicht geäußert, weshalb dieser vom Gericht festzusetzen ist (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Der vorliegende Streit dreht sich um den Eintrag von 15 Aktien der Gesuchsgegnerin 1. Der Preis beträgt gemäss ABV mindestens CHF 48'000.– pro Aktie. Der Streitwert ist mithin auf CHF 720'000.– festzusetzen. Bei der Festsetzung der Kosten und Entschädigung bleibt jedoch ein gewisses Missverhältnis zwischen Streitwert und dem Arbeitsaufwand zu berücksichtigen.

Kantonsgericht, Einzelrichter, 7. April 2011

Art. 725 OR, Art. 192 SchKG, Art. 59 ZPO; Anfechtung des Konkursdekrets im Falle einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung wegen Überschuldung. Zur Anfechtung eines gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 192 SchKG ergangenen Konkursdekrets wegen Überschuldung bedarf es eines Verwaltungsratsbeschlusses. Ein einzelner Verwaltungsrat ist dazu nicht legitimiert, auch wenn er dem Verwaltungsratsbeschluss, mit welchem die Bilanzdeponierung beschlossen wurde, nicht zugestimmt hat (E. 1–2). Ein Rechtsmittel gegen einen erstinstanzlichen Entscheid steht nur derjenigen Partei zu, die formell beschwert ist. Hat der Konkursrichter gestützt auf eine vom Verwaltungsrat beschlossene Deponierung der Bilanz dem eingereichten Konkursantrag entsprochen, hat sich die Aktiengesellschaft dieses Verhalten anrechnen zu lassen. Demgemäss fehlt es ihr an der formellen Beschwerde zur Anfechtung des Konkursdekrets. Auf die von der Aktiengesellschaft gegen das Konkursdekret erhobene Beschwerde kann nicht eingetreten werden (E. 3.1 u. 3.2). Die Anfechtbarkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses ist nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ausgeschlossen. Geltend gemacht werden kann einzig dessen Nichtigkeit. Nichtigkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses ist nur im äussersten Fall und mit grösster Zurückhaltung bei Vorliegen schwerwiegender und dauerhafter Verstösse gegen zwingendes, im öffentlichen Interesse aufgestelltes Recht oder gegen die strukturwesentlichen Normen und fundamentale Ordnung des Aktienrechts anzunehmen (E. 3.3 – 3.4).

Aus den Erwägungen:

1. Gegen Aktiengesellschaften kann der Konkurs ohne vorgängige Betreuung in den Fällen eröffnet werden, die das Obligationenrecht vorsieht (Art. 192 SchKG). Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR muss, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Nach Art. 725a Abs. 1 OR eröffnet der Richter auf diese Benachrichtigung hin den Konkurs. Er kann ihn auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers jedoch aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht, wobei er in diesem Falle Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens trifft.

2.1 Für den Weiterzug der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung verweist Art. 194 Abs. 1 SchKG auf Art. 174 SchKG, der den Weiterzug des konkursrichterlichen Entscheids über das Konkursbegehren in der ordentlichen Betrei-

bung regelt. Nach Abs. 1 der letztgenannten Bestimmung kann der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Gegen den Entscheid des Konkursgerichts (Konkurseröffnung oder -aufschub) sind mithin nur die Parteien zur Beschwerde legitimiert. Dazu gehört der durch einen Verwaltungsratsbeschluss ermächtigte Verwaltungsrat, nicht jedoch ein einzelnes Mitglied des Verwaltungsrates, auch wenn es dem Verwaltungsratsbeschluss, mit welchem die Bilanzdeponierung beschlossen wurde, nicht zugestimmt hat (Brunner/Boller, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 192 N 24, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

2.2.1 Mit Eingabe vom 17. Oktober 2011 erhob A. namens der Beschwerdeführerin Beschwerde gegen das Konkursdekret des Einzelrichters vom 6. Oktober 2011. Zur Vernehmlassung der nach wie vor im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsräte B. und C. vom 20. Oktober 2011, es liege kein Verwaltungsratsbeschluss über die Anfechtung des Konkursdekrets vor, macht A. geltend, die beiden Verwaltungsräte sowie D. seien an der Generalversammlung vom 23. September 2011 abgewählt worden. Ferner liege ein Verwaltungsratsbeschluss vom 8. Oktober 2011 vor, gemäss welchem gegen das Konkursdekret Beschwerde einzureichen sei.

2.2.2 Die an den Generalversammlung vom 23. September 2011 erfolgte Abwahl der Verwaltungsräte B. und C. focht E., ein Aktionär der Beschwerdeführerin, beim Kantonsgericht Zug mit einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen an. Unangefochten blieb einzig die ebenfalls an der Generalversammlung vom 23. September 2011 vorgenommene Abwahl des Verwaltungsrats D. Das von E. eingeleite Verfahren hat das Kantonsgericht laut Geschäftskontrolle formell sistiert. Angesichts dessen steht zur Zeit nicht fest, ob die am 23. September 2011 erfolgte Abwahl der Verwaltungsräte B. und C. gültig ist. Demnach ist auch unklar, ob A. am 8. Oktober 2011 alleine und ohne Mitwirkung von B. und C. gültig beschliessen konnte, das Konkursdekret anzufechten. Angesichts dessen, dass es nach der Lehre und Rechtsprechung zur Anfechtung des Konkursdekrets eines Verwaltungsratsbeschlusses bedarf und ein einzelner Verwaltungsrat dazu nicht legitimiert ist, bestehen bereits von daher Zweifel, ob auf die Beschwerde eingetreten werden kann. Indes erweist sich die Beschwerde – wie nachfolgend ausgeführt wird – aus einem anderen Grund als unzulässig.

3.1 Gerichtliche Beurteilung und staatlicher Rechtsschutz können und sollen nur gewährt werden, sofern die prozessual geltend gemachten Ansprüche ein

schutzwürdiges Interesse betreffen. Ein solches Rechtsschutzinteresse ist Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) und liegt nur dann vor, wenn eine Partei durch den angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid beschwert ist. Dabei unterscheidet die Doktrin zwischen formeller und materieller Beschwerde.

Als formelle Beschwerde wird die Diskrepanz zwischen dem Parteiantrag und dem Dispositiv bzw. den Teilen des Entscheides, welche der Rechtskraft zugänglich sind (in der Regel demnach nicht die Motive des Entscheids), verstanden. Nicht beschwert ist demnach die klagende Partei, deren Klage vollumfänglich gutgeheissen wird. Beantragt jedoch die beklagte Partei die Abweisung der Klage und erkennt das Gericht stattdessen auf Nichteintreten, so ist sie formell beschwert, denn auch sie hat ein schützenswertes Interesse daran, über den streitigen Anspruch ein Sachurteil zu erhalten und nicht in einem neuen Verfahren mit der gleichen Klage belangt zu werden. Die formelle Beschwerde ist stets Prozessvoraussetzung; fehlt diese, so wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten.

Materielle Beschwerde liegt vor, wenn der Rechtsmittelkläger, auch wenn seinen Anträgen entsprochen wurde, durch das angefochtene Urteil in seiner Rechtsposition belastet wird und einen Rechtsnachteil erleidet. Die formelle Beschwerde umfasst immer auch die materielle Beschwerde. Materielle Beschwerde ohne formelle Beschwerde schliesst gewöhnlich die Einlegung eines Rechtsmittels aus. Ausnahmen finden sich im Ehe- und im Vormundschaftsrecht. So kann die klagende Partei, deren Scheidungsklage vollumfänglich gutgeheissen wird, zur Erhaltung der Ehe gegen den Entscheid Beschwerde an das Bundesgericht einlegen und die Klage bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zurückziehen (BGE 84 II 235 bezüglich der Berufung gemäss Art. 43 aOG); der Bevormundete kann gegen das die Vormundschaft anordnende Urteil der ersten Instanz Berufung erklären, auch wenn sein Prozessbeistand vor der ersten Instanz die Gutheissung der Klage der Vormundschaftsbehörde beantragt hat (Staehelein/ Staehelein/Grolimund, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen, Zürich/Basel/Genf 2008, § 25 N 28 f.; Beat Mathys, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 311 N 22 – 24; Kurt Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.] Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Vor Art. 308 – 334 N 87 – 89; Alexander Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 59 N 14; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 500).

In Übereinstimmung zur Auffassung, wonach die formelle Beschwerde Prozessvoraussetzung ist, hat die Justizkommission des Obergerichts unter dem bis Ende

2010 gültigen kantonalen Recht im Urteil vom 7. Juli 2005 (JZ 2005/2, publiziert in BISchK 2007 Nr. 14) erkannt, der nach der Konkurseröffnung neu gewählte Verwaltungsrat sei nicht befugt, gegen das Konkursdekret Beschwerde zu erheben, nachdem der frühere Verwaltungsrat dem Konkursrichter gegenüber bestätigt habe, dass die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung erfüllt seien. Wenn der neu installierte Verwaltungsrat die Situation anders beurteile als sein rechtmässiger Vorgänger, sei das ein gesellschaftsinterner Vorgang, der nach aussen auf ein widersprüchliches Verhalten hinauslaufe. Der Gesellschaft müsse deshalb die für ein Rechtsmittel vorausgesetzte Beschwer abgesprochen werden.

3.2 Mit Eingaben vom 12. und 22. September 2011 beantragten die kollektivzeichnungsberechtigten Verwaltungsräte B. und D. namens der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR und Art. 192 SchKG die Konkurseröffnung. Die Überschuldungsanzeige beruhte auf dem Verwaltungsratsbeschluss vom 5. September 2011, in welchem die Verwaltungsräte B., D. und C. gegen die Stimme von A. beschlossen, einen Konkursantrag zu stellen, falls bis zum 7. September 2011 keine Sanierungslösung gefunden werden sollte. Die Beschwerdeführerin hat sich den Verwaltungsratsbeschluss vom 5. September 2011 sowie die am 12. und 22. September 2011 erfolgte Bilanzdeponierung durch die Verwaltungsräte B. und D. anzurechnen, nachdem selbst nach Auffassung von A. die letztgenannten Verwaltungsräte frühestens am 23. September 2011 abgewählt worden sind. Demgemäss waren diese anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 5. September 2011 stimmberechtigt und befugt, in Nachachtung des an dieser Sitzung getroffenen Beschlusses beim Einzelrichter die Bilanz zu deponieren, nachdem bis zum 7. September 2011 keine Sanierungslösung gefunden worden war. Nachdem der Einzelrichter dem Konkursantrag entsprochen hat, fehlt es der Beschwerdeführerin an der formellen Beschwer zur Anfechtung des Konkursdekrets.

3.3 Soweit A. in der Vernehmlassung vom 31. Oktober 2011 zur Eingabe von B. und C. vom 20. Oktober 2011 geltend macht, der Verwaltungsratsbeschluss sei rechtswidrig und nichtig, ist fraglich, ob dies im vorliegenden Verfahren gehört werden kann. Abgesehen davon, dass – wie oben ausgeführt wurde – unklar ist, ob A. die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren überhaupt vertreten kann, wurde dieses Argument erst nach Ablauf der 10-tägigen Beschwerdefrist vorgebracht. Es erscheint daher verspätet. Daran ändert auch nichts, dass A. am 25. Oktober 2011 Gelegenheit eingeräumt wurde, zur Eingabe von B. und C. Stellung zu nehmen. Dabei ging es einzig zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zum Argument von B. und C., dass für die Beschwerdeerhebung kein gültiger Verwaltungsratsbeschluss vorliege. A. wurde damit nicht die Möglichkeit gegeben, zu weiteren Punkten Stellung zu nehmen und seine Beschwerde nach Ablauf der Beschwerdefrist zu ergänzen.

3.4 Doch selbst wenn der Einwand der Rechtswidrigkeit und der Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses vom 5. September 2011 im vorliegenden Verfahren gehört werden könnte, hätte die Beschwerde, falls auf sie eingetreten werden könnte, keine Aussicht auf Erfolg.

3.4.1 Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ist die Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen ausgeschlossen (Martin Wernli, in: Honnig/Vogt/Watter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, Art. 714 N 3). Geltend gemacht werden kann einzig deren Nichtigkeit. Nach Art. 714 OR gelten für die Beschlüsse sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für die Beschlüsse der Generalversammlung (Art 706b OR). Nichtigkeit ist dabei aber nur im äussersten Fall und mit grösster Zurückhaltung bei Vorliegen schwerwiegender und dauerhafter Verstösse gegen zwingendes, im öffentlichen Interesse aufgestelltes Recht oder gegen die strukturwesentlichen Normen und fundamentale Ordnung des Aktienrechts anzunehmen (Martin Wernli, a.a.O., Art. 714 N 10).

3.4.2 A. macht im Wesentlichen geltend, der Verwaltungsratsbeschluss vom 5. September 2011 zur Erstattung des Konkursantrags sei als Druck- und Erpressungsmittel zustande gekommen, um ihn zu Konzessionen zu zwingen. Ob es sich so verhält, kann offen gelassen werden. Massgebend ist einzig, ob die Verwaltungsräte B., C. und D. bei der Beschlussfassung begründete Besorgnis einer Überschuldung der Beschwerdeführerin hatten. Dies trifft offenkundig zu, nachdem die F. AG als unabhängige Revisorin nach Prüfung der Zwischenbilanz vom 30. Juni 2011 zum selben Resultat kam. Angesichts dessen vermag es nicht zu überzeugen, wenn A. den übrigen Verwaltungsräten in diesem Zusammenhang unredliches Verhalten vorwirft. Demgemäss kann auch keine Rede davon sein, dass der Verwaltungsratsbeschluss vom 5. September 2011 zur Erstattung des Konkursantrages nichtig ist.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 29. November 2011

Art 261 ZPO – Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Als formelle Voraussetzungen gelten dabei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers. Als materielle Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eines wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln.

Aus den Erwägungen:

1.1 Der vorsorgliche Rechtsschutz ist provisorischer, umfassender oder beschränkter, richterlicher Schutz der Rechtsposition des Massnahmegesuchstellers zur Abwehr von Nachteilen, die diesem aus der Dauer des Verfahrens um definitiven Rechtsschutz entstehen können. Wie der definitive Rechtsschutz ist auch der Erlass vorsorglicher Massnahmen an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Als formelle Voraussetzungen gelten dabei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers, welches etwa dann fehlt, wenn ein Massnahmebegehren bereits beurteilt wurde (*res iudicata*) oder nicht genügend bestimmt ist. Als materielle Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eines wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln. Diese beiden materiellen Voraussetzungen ergeben sich ausdrücklich aus Art. 261 Abs. 1 ZPO (vgl. zum Ganzen etwa Thomas Sprecher, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Vor Art. 261-269 N 1 ff. u. Art. 261 N 10 ff.; Damian Schai, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 2010, Rz. 33, Rz. 44 und Rz. 102 ff. mit zahlreichen Hinweisen; auch Stephen Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, in: ZSR 1997 II, S. 173 ff.; speziell zu den Voraussetzungen auch Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 63 ff.; ferner n. publ. Entscheide JZ 2008 96 E. 2.1; JZ 2010 83 E. 2.2).

1.2 Das Tatsachenfundament, auf welches die Parteien ihre Rechtsbegehren stützen, muss im Prozess grundsätzlich bewiesen werden. Da der vorsorgliche Rechtsschutz schnell gewährt werden soll, ist die Beweisstrenge in Massnahmeverfahren reduziert; das Gesetz verlangt gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO bloss das Glaubhaftmachen der tatsächlichen Grundlagen der vorgenannten Massnahmevoraussetzungen. Die Gesuchstellerin muss demnach im vorliegenden Massnahmeverfahren keinen vollen Beweis für ihre Behauptungen erbringen, sondern bloss

eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dartun. Dabei genügen aber nicht blosse Behauptungen, sondern sie hat dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhaltes sprechen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache aber immerhin schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Die Reduktion des Beweismasses gilt im Übrigen für beide Parteien (zum Ganzen BGE 132 III 715 ff. E. 3.1; BGE 130 III 321 E.3.3; BGE 103 II 287 ff. E.2; JZ 2003 53.104 E.1; ausführlich Thomas Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 50 ff.).

1.3 Trotz Beweismassreduktion gilt im vorliegenden Massnahmeverfahren die Verhandlungsmaxime, weshalb es nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Parteien obliegt, dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es trifft sie mithin je eine subjektive Behauptungs- und Beweislast. Die Gesuchstellerin muss das tatsächliche Fundament ihres Begehrens dabei schlüssig behaupten, d.h. jedenfalls so detailliert schildern, dass ihre Tatsachbehauptungen für den Richter nachvollziehbar sind und von diesem – soweit er sie als glaubhaft gemacht erachtet – unter eine bestimmte Norm subsumiert werden können. Folge dieser sog. Substanziierungslast ist, dass rechtserhebliche Sachverhaltselemente, die nicht, oder nicht genügend substantiiert behauptet werden, als nicht glaubhaft gemacht anzusehen sind (vgl. zum Ganzen Paul Oberhammer, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 55 N 12; Thomas Sutter-Somm/Gregor von Arx, in: Sutter-Somm u.a. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 55 N 20 ff.; je m.w.H.).

2. Beide Parteien haben ihren Sitz bzw. Wohnsitz im Kanton Zug und die Gesuchstellerin stützt ihr Massnahmebegehren auf das Urheberrecht. Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Einzelrichters ist daher zu Recht unstreitig (vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 13 ZPO; Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 19 Bst. a und § 23 Abs. 3 GOG sowie § 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Obergerichts).

3.1 Die Gesuchstellerin macht mit Bezug auf den Verfügungsgrund im Wesentlichen geltend, sie habe Grund zur Annahme, dass der Gesuchsgegner mit der Verletzung von absoluten Schutzrechten der Gesuchstellerin, namentlich der Werksintegrität durch Ersatzvornahme seitens eines Dritten, fortfahren werde. Das Know How der Gesuchstellerin bzw. das von ihr erarbeitete Zwischenergebnis werde im Falle einer Ersatzvornahme an einen Unberechtigten weitergegeben, welcher diese Informationen verwende. Der nicht leicht wieder gutzumachende

Nachteil liege somit einerseits darin, dass ein Dritter in den unberechtigten Besitz des ProgrammSourceCodes gelange, welcher allein ihr gehöre und an welchem sie die alleinigen Urheberrechte besitze. Dadurch werde es kaum mehr möglich, das in den einzelnen Programmen enthaltene Programmierfachwissen weiterhin als Urheberin allein zu nutzen und daraus die sich allenfalls ableitenden Nutzungsrechte wahrnehmen zu können. Nebst der unmittelbaren Verletzung ihrer Geschäftsgeheimnisse, ihres Know Hows und ihrer Arbeitsleistung, welche beim Vertragsrücktritt ohnehin ausschliesslich bei der Gesuchstellerin verblieben, drohten ihr somit auch direkte finanzielle Nachteile. Zusätzlich resultiere eine Verwirrung des Markes, falls der Gesuchsgegner ein Produkt der Gesuchstellerin unter eigenem Namen zur Steuerung seines Gerätes XYZ anbieten würde. Auch ein Imageschaden sei denkbar, welcher definitiv nicht leicht wieder gutzumachen wäre.

3.2 Diese Ausführungen der Gesuchstellerin erscheinen schon an sich nicht geeignet, einen Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. Denn sie zeigt damit nicht in nachvollziehbarer Weise auf, inwiefern ihr bei Zuwarten bis zum Urteil im Hauptprozess aufgrund der (behaupteten) Verletzung der geltend gemachten Urheberrechte ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne des Gesetzes (Vereitelung oder erhebliche Erschwerung der Realvollstreckung oder anderer nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil) droht (vgl. zum Verfügungsgrund ausführlich Thomas Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 16 ff.; Damian Schai, a.a.O., Rz. 189 ff.). So ist zunächst nicht ersichtlich, worin ein solcher Nachteil bei der befürchteten Verletzung der Werksintegrität bestehen sollte, könnten doch entsprechende Änderungen bei Obsiegen der Gesuchstellerin im Hauptprozess ohne Weiters rückgängig gemacht oder ein unrechtmässig verändertes Werk einfach zerstört werden. Nicht nachvollziehbar ist weiter, inwiefern aus der befürchteten Weiterverbreitung oder Bearbeitung der Software eine Marktverwirrung oder ein Imageschaden der Gesuchstellerin drohen sollte. Denn entsprechende Gefahren sind primär im kennzeichen- und wettbewerbsrechtlichen Kontext von Bedeutung und die Gesuchstellerin liefert in ihren Ausführungen keinerlei konkrete Anhaltspunkte für ihre Relevanz im vorliegenden Fall. Analoges gilt hinsichtlich der seitens der Gesuchstellerin offenbar befürchteten «Verletzung» ihrer Geschäftsgeheimnisse, ihres Know Hows und ihrer Arbeitsleistung sowie daraus allenfalls resultierender finanzieller Nachteile. Auch diesbezüglich entbehren ihre Ausführungen jeglicher Substanziierung, so dass nicht nachvollziehbar ist, worin die entsprechenden Nachteile konkret bestehen sollen und inwiefern diese in casu nicht leicht wieder gutzumachen sein sollen. Hinzu kommt schliesslich, dass das vorprozessuale Verhalten der Gesuchstellerin erhebliche Zweifel an ihrer heutigen Darstellung der Sachlage weckt. Der Gesuchsgegner hat mit seiner Ge-

suchsantwort nämlich ein an ihn adressiertes Schreiben der Gesuchstellerin vom 3. September 2010 ins Recht gelegt, in welchem diese ihn ausdrücklich dazu aufgefordert hatte, die streitgegenständliche Software durch Dritte weiter entwickeln zu lassen. Obgleich dieses Schreiben der Gesuchstellerin in der Folge zur Kenntnisnahme zugestellt wurde, hat sie dazu von sich aus keine Replik eingereicht (vgl. zum Replikrecht bei gesetzlich vorgesehenem einfachem Schriftenwechsel BGE 132 I 42 ff. E.3.3.3 f.), und mithin weder dessen Echtheit bestritten noch dargelegt, inwiefern sich die Situation mittlerweile dergestalt verändert haben sollte, dass ihr heute aus der Weiterentwicklung des Programms durch Dritte nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile drohen sollten, welche sie offenbar vor einigen Monaten selbst noch nicht befürchtete. Gerade auch weil sie dies unterlassen hat, erscheint das behauptete Massnahmeinteresse zweifelhaft. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin keinen Verfügungsgrund glaubhaft gemacht hat, weshalb ihr Gesuch schon unter diesem Aspekt abzuweisen ist.

4. Die Gesuchstellerin hat aber auch den behaupteten Verfügungsanspruch nicht glaubhaft gemacht:

4.1 Bei dem zwischen den Parteien am 22. Januar bzw. 13. Februar 2009 abgeschlossenen Vertrag über die Erstellung und Lieferung der Software XYZ, Kommunikations-Tool zur Fernsteuerung des Gerätes der Gesuchsgegnerin, also sogenannter Individual- oder Bestellsoftware, handelt es sich offensichtlich um einen Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR (Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Rz 334). Aufgrund der vertraglichen Abmachungen ist glaubhaft, dass das Eigentum an der fraglichen Software auf den Gesuchsgegner übergehen soll. Es erscheint denn auch nach der Offerte der Gesuchstellerin klar, dass mit der Übergabe des Source-Code dem Gesuchsgegner das Recht eingeräumt werden soll, über diesen zu verfügen. Der Gesuchsgegner soll mithin berechtigt werden, daran Änderungen vorzunehmen und die Software allenfalls weiterzuentwickeln oder entwickeln zu lassen. Er ist daher nur zur Rückgabe (bzw. Löschung, Zerstörung) des Source-Code verpflichtet, wenn die Gesuchstellerin tatsächlich berechtigt war, am 29. November 2010 vom vorliegenden Werkvertrag nach Art. 107 Abs. 2 / Art. 109 OR zurückzutreten.

4.2 Sie macht diesbezüglich geltend, der Gesuchsgegner habe dringende, unabdingbare Mitwirkungspflichten bzw. Mitwirkungshandlungen verweigert. In der Tat treffen den Besteller ganz allgemein vertragliche Nebenpflichten, die zu seiner Vergütungspflicht hinzutreten und aus dem vertraglichen Treueverhältnis, aus besonderer Vereinbarung oder aus richterlicher Vertragsergänzung fliessen (vgl.

Gauch, a.a.O., Rz 1320 ff.). Mangels anderer Abrede handelt es sich bei den «Mitwirkungspflichten» des Bestellers, die sich auf die Herstellung des Werkes beziehen, aber um Obliegenheiten und nicht um Rechtspflichten. Unterlässt oder verzögert der Besteller ungerechtfertigt eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung, die für die Herstellung des Werkes erforderlich ist, so gerät er bei gegebenen Voraussetzungen in Annahme-(Gläubiger-)Verzug gemäss Art. 91 ff. OR (Gauch, a.a.O., Rz 1326). Der Annahmeverzug des Bestellers bewirkt den Gefahrübergang nach Art. 376 Abs. 1 OR und steht einem Schuldnerverzug des Unternehmers entgegen. Sodann kann sich daraus allenfalls ein Mehrvergütungsanspruch des Festpreisunternehmers ergeben. Ein Schadenersatzanspruch steht dem Unternehmer indes nicht zu, da die «Mitwirkungspflicht» des Bestellers – wie bereits erwähnt – eine Obliegenheit, und keine Rechtspflicht ist, ausser der verletzte Mitwirkungspflicht komme der Charakter einer echten Verpflichtung zu (Gauch, a.a.O., Rz 1327, 1337 und 1341). Die Gesuchstellerin legt nun nicht dar, dass es sich bei den von ihr geltend gemachten Mitwirkungspflichten ausnahmsweise um echte Verpflichtungen handelt, deren Erfüllung der Unternehmer einklagen und bei deren Verletzung er allenfalls Schadenersatz fordern kann. Der Gesuchsteller bestreitet denn auch überhaupt, irgendwelche Vorleistungspflichten nicht erbracht zu haben.

4.3 Ist es der Gesuchstellerin aber nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass sie vom Bestellsoftwarevertrag vom 22. Januar bzw. 13. Februar 2009 zurückzutreten berechtigt ist, ist der vom Gesuchsgegner ausgesprochene Vertragsrücktritt bzw. die Vertragskündigung gemäss Art. 377 OR glaubhafter. Unbestrittenermassen ist nämlich die fragliche Software nicht vollständig entwickelt und das Werk dementsprechend unvollendet, womit dem Gesuchsgegner das Recht zur Kündigung bzw. zum Rücktritt gemäss Art. 377 OR zusteht. Dementsprechend hat er aber Anspruch auf den ausgeführten Teil des Werkes. Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk, soweit es im Zeitpunkt der Vertragsauflösung hergestellt ist, herauszugeben und ist weder berechtigt noch verpflichtet, ein teilweise hergestelltes Werk zurückzunehmen (Gauch, a.a.O., Rz 530). Nachdem wie erwähnt der Bestellsoftwarevertrag vorsah, dem Gesuchsgegner das Eigentum an dieser Software zu verschaffen und dementsprechend den Source-Code zu übergeben, stehen der Gesuchstellerin auch aus Urheberrecht keine Ansprüche zu. Damit fällt aber die Hauptsachenprognose zu Gunsten des Gesuchsgegners aus. (...)

Obergericht, II. Zivilabteilung, 12. Mai 2012

2. Internationales Zivilprozessrecht

Art. 32 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 aLugÜ; §§ 221 ff. ZPO ZG. – Vollstreckung eines ausländischen Auskunftsbeghrens.

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz begründete die Gutheissung des Vollstreckungsbegehrens im Wesentlichen damit, das deutsche Amtsgericht Z. habe die Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 15. September 2010 verpflichtet, dem Beschwerdegegner Auskunft über Namen, Adressen oder IP-Adressen von Personen zu geben, die die bei der Beschwerdeführerin gespeicherte und herunterladbare Datei des Konzerts von A. und dem Beschwerdegegner in (...) vom (...) hochgeladen haben. Dieser Beschluss sei mit einer Vollstreckungsklausel versehen. Die Beschwerdeführerin habe keine Urkunden ins Recht gelegt, welche die Erfüllung der genannten Verpflichtung belegen würden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin könne es nicht Sache des Vollstreckungsrichters sein, den genannten Beschluss in der Sache zu überprüfen. Dem Antrag des Beschwerdegegners sei mithin nach Massgabe von Art. 32 Abs. 1 lit. b bzw. 32 Abs. 2 aLugÜ in Verbindung mit §§ 221 ff. ZPO ZG stattzugeben.

2.1 Dagegen bringt die Beschwerdeführerin zunächst vor, Eintretensvoraussetzung für die Vollstreckung eines Entscheides sei das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses. Ein solches liege hier nicht vor. Der Beschluss des Amtsgerichts Z. laute auf «Auskunftserteilung über Namen, Adressen oder IP-Adressen». Dies sei dahingehend zu interpretieren, dass sie (die Beschwerdeführerin) alternativ verpflichtet sei, über Namen bzw. Adressen oder aber IP-Adressen Auskunft zu erteilen. Aktenkundig sei sie bereits am 20. August 2010 ihren Verpflichtungen nachgekommen und habe dem Beschwerdegegner Auskunft über die IP-Adresse des betreffenden Uploaders sowie den exakten Zeitpunkt des Uploads erteilt. Zu mehr sei sie unabhängig von der Frage, ob nebst der IP-Adresse noch weitere Daten vorhanden gewesen seien (was bestritten werde), gar nicht verpflichtet gewesen. Unter diesen Voraussetzungen könne der Beschwerdegegner nicht mehr verlangen, als er bereits am 20. August 2010 von ihr mitgeteilt erhalten habe. Es mangle somit offenkundig an einem Rechtsschutzinteresse, weshalb die Vorinstanz auf das Vollstreckungsgesuch vom 29. Oktober 2010 gar nicht erst hätte eintreten dürfen.

2.2 Voraussetzung jeder Klage ist ein rechtliches Interesse an der Beurteilung des Rechtsbeghrens. Das Rechtsschutzinteresse ist gegeben, wenn die Durchset-

zung des materiellen Rechts gerichtlichen Rechtsschutz nötig macht (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 7. Kap. N 11 f.). Vorliegend liegt ein vollstreckbarer Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 15. September 2010 vor. Darin wird die Beschwerdeführerin verpflichtet, dem Beschwerdegegner «Auskunft über Namen, Adressen oder IP-Adressen» von Personen zu geben, welche die bei der Beschwerdeführerin gespeicherte und herunterladbare Datei des Konzerts von A. und dem Beschwerdegegner in (...) vom (...) bei der Beschwerdeführerin hochgeladen haben. Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin, wenn sie geltend macht, diese Verpflichtung könne nach deren Sinn und Zweck nur so verstanden werden, das Amtsgericht Z. habe ihr die freie Wahl gelassen, Auskunft über Name oder Adresse oder IP-Adresse des Uploaders zu geben. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist vielmehr, allfällige Uploader anhand aller bei der Beschwerdeführerin vorhandenen Informationen zu identifizieren, also z.B. über Name, Adresse oder IP-Adresse. Ein gewichtiges Indiz dafür ist, dass das Amtsgericht Z. sich in seinem Beschluss vom 15. September 2010 (u.a.) auf § 101 Abs. 3 des deutschen Urheberrechtsgesetzes (UrhG) stützt, wonach der zur Auskunft Verpflichtete Angaben über Namen und Anschrift des Verletzers zu machen hat (vgl. www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/urhg). Sodann hat der Beschwerdegegner in einer weiteren von ihm erwirkten Verfügung des Amtsgerichts Z. vom 30. Juli 2010 die Löschung der streitigen Dateien untersagen lassen. Darin wird der Beschwerdeführerin verboten, diejenigen – auf ihren Servern gespeicherten – Daten (z.B. Namen, Adressen oder IP-Adressen) zu löschen, die erforderlich sind, um die Personen zu identifizieren, welche die bei der Beschwerdeführerin gespeicherte Datei des Konzerts von A. und dem Beschwerdegegner in (...) vom (...) hochgeladen haben. Auch daraus ist ersichtlich, dass keine alternative Aufzählung von Personendaten gemeint ist, sondern diese kumulativ zu verstehen sind. Die Beschwerdeführerin hat dementsprechend vollständige Auskunft über die bei ihr vorhandenen Informationen zur Identifizierung des Uploaders zu geben. Nur so kann der Beschwerdegegner sein Ziel erreichen, mit dem Uploader «eine angemessene Lizenzierung der öffentlichen Wahrnehmbarmachung der Datei im Internet zu vereinbaren». Darin liegt das Rechtsschutzinteresse.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, sie habe ausführlich dargelegt, aus welchem Grund abgesehen von der IP-Adresse keine weiteren Daten vorhanden seien. Sie habe dargetan, dass a) ihr Angebot auch ohne Angabe von Personendaten genutzt werden könne (wobei immerhin minimal die IP-Adresse des Uploaders gespeichert werde) und b) der im Rahmen des Auskunftsbegehrens relevante Uploader die Dienste der Beschwerdeführerin ohne Angaben von Personendaten, d.h. ohne Erstellen eines Benutzeraccounts bzw. Inanspruchnahme des kostenpflichtigen Angebots (was wiederum registerpflichtig wäre) genutzt habe. Des

Weiteren habe sie klargestellt, dass demnach zu keinem Zeitpunkt über die IP-Adresse hinausgehende (Personen-)Daten über den Uploader vorhanden gewesen seien und habe damit auch die ursprüngliche Aussage ihres Rechtsvertreters klargestellt, es sei eine E-Mail-Adresse vorhanden gewesen, welche gelöscht worden sei. Selbst wenn tatsächlich eine E-Mail-Adresse des Uploaders vorhanden gewesen wäre, so wäre diese ohnehin nicht vom Auskunftsanspruch erfasst. Der Beschluss des Amtsgerichts Z. vom 15. September 2010 laute nämlich auf «Namen, Adressen oder IP-Adressen». Mit «Namen» könne jedoch so wenig eine E-Mail-Adresse gemeint sein wie mit «Adressen». Entgegen der Ansicht der Vorinstanz habe sie auch urkundlich dargetan, dass sie dem Auskunftsbegehren nachgekommen sei. Sie habe nämlich mit dem Schreiben vom 20. August 2010 aktenkundig dargetan, dass sie dem Beschwerdegegner Auskunft über die IP-Adresse erteilt habe. Weiter habe sie den Beschwerdegegner mit Schreiben vom 30. August 2010 darüber informiert, dass keine weiteren, über die IP-Adresse hinausgehenden Daten vorlägen. Damit habe sie den Auskunftsanspruch im Rahmen des Möglichen bereits erfüllt.

3.2 Wie der Homepage der Beschwerdeführerin zu entnehmen ist, muss jeder Uploader, auch derjenige, der einen kostenlosen Account hat, seine E-Mail-Adresse angeben. Dies ist ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Beschwerdeführerin entgegen ihrer Behauptung über die E-Mail-Adressen sämtlicher Uploader verfügt. In der «Datenschutzerklärung» auf der Homepage der Beschwerdeführerin, die nach Angaben der Beschwerdeführerin festen Vertragsbestandteil zwischen ihr und den Uploadern bildet, wird sodann darauf aufmerksam gemacht, dass die gespeicherten E-Mail-Adressen dazu verwendet werden, dem Uploader «wenn nötig» Informationen über seinen Account zu senden. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass die Beschwerdeführerin über die E-Mail-Adressen sämtlicher Uploader verfügt. Dass die Beschwerdeführerin die entsprechenden E-Mail-Adressen der Uploader speichert, ergibt sich auch aus dem Schreiben des vormaligen Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner vom 30. August 2010, worin dieser Folgendes ausgeführt hat: «Leider müssen wir Ihnen mitteilen, dass die E-Mail-Adresse des Uploaders bereits vor Zustellung der von Ihnen beim Amtsgericht Z. erwirkten einstweiligen Verfügungen gelöscht wurde». Schliesslich weist die Beschwerdeführerin in ihren Geschäftsbedingungen darauf hin, dass die Daten des Accounts grundsätzlich 60 Tage seit der letzten Anfrage weitergespeichert werden. Auch von daher muss angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin im Besitze der E-Mail-Adresse des streitgegenständlichen Uploaders ist (bzw. war). Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin, wenn sie geltend macht, die E-Mail-Adresse des Uploaders werde nicht vom Auskunftsanspruch erfasst. Wie in Erw. 2 hiavor dargelegt, zählen zum Auskunftsanspruch nicht nur

Name und Postanschrift, sondern auch die bei der Beschwerdeführerin gespeicherte E-Mail-Adresse des Uploaders. Dieser Informationspflicht ist die Beschwerdeführerin bisher nicht nachgekommen.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt ferner, einstweilige Verfügungen, die auf Antrag einer Partei ergangen seien, ohne dass der Gegenseite rechtliches Gehör gewährt worden sei (ex parte Verfügungen oder Superprovisorien), seien nach der Rechtsprechung des EuGH nicht anerkennungspflichtig und müssten folglich im Ausland nicht zur Vollstreckung zugelassen werden. Nicht verletzt sei der Anspruch auf rechtliches Gehör nur, wenn die Sicherung gefährdeter Interessen dies rechtfertige sowie der Gegner dadurch gesichert sei, dass er die erlassene Massnahme angreifen könne. Dies sei allerdings nur der Fall, wenn der Beklagte die Möglichkeit gehabt habe, sich im Urteilsstaat in einem kontradiktorischen Verfahren gegen die Verfügung zur Wehr zu setzen, bevor um Anerkennung und Vollstreckung in einem anderen Vertragsstaat ersucht werde. Vorliegend sei eine Verletzung des rechtlichen Gehörs weder durch die Sicherung gefährdeter Interessen gerechtfertigt, noch habe die erlassene Massnahme durch die Beschwerdeführerin im Urteilsstaat angefochten werden können. Aus Sicht der Schweiz bestehe daher kein Anlass, die Vollstreckung zuzulassen. Zusätzlich sei festzuhalten, dass bei Klagen in Bezug auf das Urheberrecht das Schutzlandprinzip gelte (Art. 110 IPRG), d.h. für Fragen des Urheberrechts sei das Recht desjenigen Staates anzuwenden, in welchem um Rechtsschutz ersucht werde. Der Beschwerdegegner stütze seinen Auskunftsanspruch auf eine Norm des deutschen Urheberrechts (§ 101 UrhG), die aber in der Schweiz keinerlei Wirkung entfalten könne, ansonsten das Schutzlandprinzip ausgehebelt wäre. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Auskunftserteilung über Daten von Internetnutzern in der Schweiz strikte auf das Strafverfahren beschränkt sei und lediglich im Rahmen des BÜPF und der dazugehörigen Ausführungsgesetzgebung zulässig sei. Die Zulässigkeit eines Auskunftsanspruchs, der diesen Anforderungen nicht genüge, müsse somit generell verneint und die Vollstreckung eines entsprechenden Beschlusses wegen Verstosses gegen den *ordre public* verweigert werden.

4.2.1 Es ist zu Recht unbestritten, dass vorliegend hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Beschlusses des Amtsgerichts Z. vom 15. September 2010 das (alte) Lugano-Übereinkommen (aLugÜ) zur Anwendung kommt. Gemäss Art. 26 aLugÜ werden die in einem Vertragsstaat ergangenen Entscheidungen in den anderen Vertragsstaaten grundsätzlich ipso iure anerkannt. Nur wenn einer der in Art. 27 Nr. 1 bis 5 oder in Art. 28 Abs. 1 und 2 aLugÜ abschliessend aufgezählten, sogenannten Versagungsgründe vorliegt, wird eine Entscheidung ausnahmsweise nicht anerkannt. Nach Art. 27 Nr. 1 aLugÜ wird eine Ent-

scheidung nicht anerkannt, wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des Staates, in dem sie geltend gemacht wird, widersprechen würde. Der Vorbehalt des *ordre public* stellt eine Ausnahmeklausel dar und ist als solche restriktiv auszulegen (Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. A., Bern/Stuttgart/Wien 2007, S. 410).

4.2.2 Im vorliegenden Fall steht der prozessuale *ordre public* in Frage. Es ist mithin zu prüfen, ob im erststaatlichen Verfahren, das zu dem hier zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung vorgelegten Beschluss geführt hat, wesentliche Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts verletzt worden sind. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dem in der Schweiz Verfassungsrang zukommt (Art. 29 Abs. 2 BV), gehört selbstredend zum schweizerischen *ordre public*. Nach Lehre und Rechtsprechung sind auch Entscheidungen des einstweiligen oder vorläufigen Rechtsschutzes – obwohl keine End-Entscheide – anzuerkennen und zu vollstrecken. Nach Auffassung des EuGH sind zwar Entscheidungen, die ohne Ladung des Schuldners ergangen sind oder ohne Zustellung an ihn vollstreckt werden können, nicht nach den Vorschriften des Brüsseler Übereinkommens anzuerkennen und zu vollstrecken. Das heisst, einstweilige Verfügungen, die lediglich auf Antrag einer Partei ergangen sind, ohne dass der Gegenseite rechtliches Gehör gewährt worden wäre (sog. *ex-parte* Verfügung oder auch *Superprovisorium*), sind nicht gemäss LugÜ anerkennungspflichtig. Das Bundesgericht hat allerdings diese Einschränkung des EuGH relativiert: diese stehe einer Vollstreckbarerklärung nicht im Wege, sofern nach Erlass des einstweiligen Rechtsschutzes das rechtliche Gehör gewährt worden sei. Wenn der Beklagte die Möglichkeit gehabt habe, sich im Urteilsstaat in einem kontradiktorischen Verfahren dagegen zur Wehr zu setzen, und zwar bevor um Anerkennung und Vollstreckung der Massnahme in einem anderen Vertragsstaat ersucht werde, genüge das (vgl. dazu Walter, a.a.O., S. 429 f., mit Hinweisen).

4.3 Richtig ist, dass der Beschluss des Amtsgerichts Z. vom 15. September 2010 auf Antrag des Beschwerdegegners «im Wege der einstweiligen Verfügung» – «der Dringlichkeit wegen ohne mündliche Verhandlung» – erging (vgl. Beschwerde-Beilage 2). Die Beschwerdeführerin hatte demnach vor Erlass des Beschlusses keine Möglichkeit, sich zu äussern. Indes weist der Beschwerdegegner zu Recht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin gegen die einstweilige Verfügung des Amtsgerichts Z. das nach der deutschen ZPO vorgesehene Rechtsmittel des Widerspruchs hätten einlegen können (§ 936 i.V.m. § 924 der deutschen ZPO; vgl. www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo), was sie aber unbestrittenermassen unterliess, indem sie die Frist für einen Widerspruch gegen den Beschluss vom 15. September 2010 unbenutzt verstreichen liess. Dies hätte zur Anhörung der Beschwerdeführerin im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens ge-

führt. Da die Beschwerdeführerin die Frist zur Einleitung des Widerspruchsverfahrens unbenutzt ablaufen liess, kann sie sich nunmehr nicht mehr darauf berufen, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdegegner glaubhaft dargelegt hat, dass die einstweilige Verfügung des Amtsgerichts Z. bereits am 20. Juli 2010 ergangen und zugestellt worden ist und in der ergänzten Ausfertigung der einstweiligen Verfügung vom 15. September 2010 lediglich noch die Vollstreckungsklausel hinzugesetzt wurde.

4.4 Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin, wenn sie geltend macht, das im Urheberrecht geltende Schutzlandprinzip würde vorliegend «ausgehebelt». Der Beschwerdegegner macht ausschliesslich Urheberrechtsverletzungen in Deutschland geltend und braucht zur Durchsetzung seiner Ansprüche die gerichtlich verfügten Auskünfte, die nur in der Schweiz, am Sitz der Beschwerdeführerin, erhältlich gemacht werden können. Inwiefern dadurch das Schutzlandprinzip verletzt worden sein soll, ist nicht ersichtlich. Irrelevant ist schliesslich auch, wie die Auskunftserteilung über Daten von Internetnutzern in der Schweiz erfolgt. Vorliegend geht es um die Anerkennung und Vollstreckung des Beschlusses des Amtsgerichts Z. vom 15. September 2010 und die Frage, ob dies gegen den schweizerischen *ordre public* verstösst. Diese Frage ist, wie soeben dargelegt, zu verneinen.

5.1 Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren, aufgrund der bereits im August 2010 erteilten Auskunft über die IP-Adresse des Uploaders sei das vom Beschwerdegegner angestrebte Verfahren als reine Schikane zu qualifizieren. Die missbräuchliche Ausübung eines Rechts – wie vorliegend geschehen – finde keinen Rechtsschutz, weshalb auch unter diesem Gesichtspunkt das Vollstreckungsbegehren vom 29. Oktober 2010 hätte abgewiesen werden müssen.

5.2 Wie in Erw. 2 und 3 hiervor dargelegt, ist die Beschwerdeführerin ihren Informationspflichten – bis jetzt – noch nicht nachgekommen. Von einem rechtsmissbräuchlichen Vollstreckungsbegehren kann daher keine Rede sein.

6.1 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, es bestehe keinerlei gesetzliche Verpflichtung, von den Nutzern ihrer Dienstleistungen Personendaten zu erheben, und es sei ihr unbenommen, den Upload von Dateien ohne Angabe von Personendaten zu ermöglichen. Im Übrigen wäre es dem Beschwerdegegner auf Grundlage der von ihr am 20. August 2010 mitgeteilten IP-Adresse des Uploaders sowie der Angabe des Zeitpunktes des Uploads ohne weiteres möglich gewesen, über den (deutschen) Internet Service Provider im Rahmen des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs gemäss § 101 UrhG bzw. alternativ über ein Strafverfahren in Kenntnis der

Anschrift des Anschlussinhabers zu gelangen. Stattdessen habe der Beschwerdegegner ein unnützes und schikanöses Vollstreckungsverfahren angestrengt, welches – so müsse vermutet werden – von vornherein keinem sachlichen Grund dienen könne.

6.2 Im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens eines ausländischen Entscheides geht es einzig darum zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckung gegeben sind. Der ausländische Entscheid wird materiell nicht überprüft. Unerheblich ist daher, ob im ausländischen Staat noch andere rechtliche Möglichkeiten bestanden hätten, um das angestrebte Ziel – hier: Auskunft über den Uploader – zu erreichen. (...)

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 27. Januar 2011

3. Strafrechtspflege

Art. 94 Abs. 1 StPO. – Der Beschwerdeführer, welcher die Frist zur Einsprache gegen einen Strafbefehl verpasst hat, kann eine Wiederherstellung der Frist nur dann verlangen, wenn sie an der Säumnis kein Verschulden trifft, sie mit anderen Worten aus hinreichenden objektiven oder subjektiven Gründen davon abgehalten worden ist, fristgerecht zu handeln oder eine Vertretung zu bestellen. Weitergeltung der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 35 OG (E. 2 und 3.1–3.3).

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Hat eine Partei eine Frist versäumt und würde ihr daraus ein erheblicher und unersetzlicher Rechtsverlust erwachsen, so kann sie die Wiederherstellung der Frist verlangen; dabei hat sie glaubhaft zu machen, dass sie an der Säumnis kein Verschulden trifft (Art. 94 Abs. 1 StPO).

National- und Ständerat ersetzten im Gesetzgebungsverfahren zur Schweizerischen Strafprozessordnung ursprünglich mildere Formulierungen wie «kein grobes Verschulden» (Art. 107 Abs. 1 VE StPO) und «kein oder nur ein leichtes Verschulden» (Art. 92 Abs. 1 E StPO) durch «kein Verschulden». Deshalb ist die Rechtsprechung zu Art. 35 OG («unverschuldet») weiterhin aktuell. Danach kommt die Wiederherstellung nur in Betracht, wenn der säumigen Person kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn sie mit andern Worten aus hinreichenden objektiven oder subjektiven Gründen davon abgehalten worden ist, fristgerecht zu handeln oder eine

Vertretung zu bestellen. Dabei muss es sich um Gründe von einigem Gewicht handeln. Unverschuldet ist die Säumnis nur, wenn sie durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einer sorgsam Person nicht befürchtet werden muss oder dessen Abwendung übermässige Anforderungen gestellt hätte. Wiederherstellung kann nur in Fällen klarer Schuldlosigkeit gewährt werden. Jedes Verschulden einer Partei oder ihres Vertreters oder beigezogener Hilfspersonen, so geringfügig es sein mag, schliesst sie aus (Urteil Bundesgericht 6P.154/2003 vom 26. Februar 2004, E. 2.1). Allgemein wird vorausgesetzt, dass es dem Betroffenen in seiner konkreten Situation unmöglich war, die fragliche Frist zu wahren oder mit der Fristwahrung einen Dritten zu betrauen (Christof Riedo, in: Niggli/Heer/ Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, Art. 94 N 35 mit Hinweisen).

3.1 Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug lehnte am 15. März 2010 ein Gesuch um Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung für den Beschwerdeführer ab. In der Folge teilte das Amt für Migration der Zuger Polizei mit Schreiben vom 25. August 2010 mit, gemäss einem vertraulichen Hinweis bestehe der Verdacht, dass der Beschwerdeführer ohne Arbeitsbewilligung in seiner Firma, x. y. AG in C., erwerbstätig sei, und ersuchte um Abklärung des Sachverhalts bzw. allenfalls um Einleitung der entsprechenden Verzeigungen (act. 1/1). Der Beschwerdeführer wurde gestützt darauf am 2. Februar 2011 polizeilich befragt. Ihm wurde vorgehalten, es bestehe der Verdacht, dass er in der Schweiz ohne Bewilligung einer Erwerbstätigkeit nachgehe. Ausserdem wurde ihm eröffnet, dass gegen ihn ein Vorverfahren wegen Ausübens einer Erwerbstätigkeit ohne Arbeitsbewilligung eingeleitet wurde. In diesem Zusammenhang wurde der Beschwerdeführer auf die Strafbestimmungen von Art. 115 Abs. 1 lit. b und c AuG hingewiesen. Zum Schluss der Befragung teilte der befragende Polizist dem Beschwerdeführer mit, dass er der zuständigen Instanz wegen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nach Art. 11 Abs. 1 und 2 AuG sowie Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG zur Anzeige gebracht werde (act. 1/3). Dem Beschwerdeführer musste somit, entgegen seinen Ausführungen in der Beschwerdeschrift, bewusst sein, dass gegen ihn ein Strafverfahren eröffnet werden würde. Die polizeiliche Befragung fand sodann im Beisein einer Übersetzerin statt, so dass sich der Beschwerdeführer nicht auf den Standpunkt stellen kann, die befragende Person nicht verstanden zu haben. Aktenwidrig ist sodann dessen Behauptung, ihm sei nicht mitgeteilt worden, dass er einen eventuellen Adresswechsel mitzuteilen habe. Der Beschwerdeführer wurde am Ende der Befragung darauf hingewiesen, dass er sich den Strafverfolgungsbehörden weiterhin zur Verfügung zu halten und der Polizei allfällige Adressänderungen umgehend mitzuteilen habe (act. 1/3, S. 8).

3.2 Auch anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs beim Amt für Migration am 4. Februar 2011 wurde der Beschwerdeführer – diesmal im Beisein seines Rechtsvertreters – erneut auf die Strafbestimmung von Art. 115 AuG (rechtswidriger Aufenthalt und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung) hingewiesen und ihm eröffnet, dass er deswegen bei der Zuger Polizei zur Verzeigung gebracht werde (act. 1/11). Der Beschwerdeführer konnte somit unter Berücksichtigung dieser beiden Befragungen nicht davon ausgehen, dass gegen ihn aus strafrechtlicher Sicht nichts vorliegt und keine Ermittlungen gegen ihn laufen. Vielmehr wurde er gerade aufgrund des Verstosses gegen die Strafbestimmung von Art. 115 AuG aufgefordert, seine Ausreise aus dem Schengenraum zu organisieren und bis 10. Februar 2011 beim Amt für Migration mit der Flugbestätigung vorbeizukommen. Damit steht aber fest, dass der Beschwerdeführer einerseits über ein gegen ihn laufendes Strafverfahren informiert war und er andererseits um seine Verpflichtung wusste, allfällige Adressänderungen der Polizei mitzuteilen. Trotz diesem Wissen unterliess er eine entsprechende Mitteilung, womit ihn ein Verschulden trifft, die Einsprachefrist gegen den Strafbefehl vom 30. Mai 2011 verpasst zu haben. Des Weiteren wäre es dem Beschwerdeführer – im Wissen um sein Einreiseverbot in die Schweiz – durchaus möglich und zumutbar gewesen, seinen ihn im ausländerrechtlichen Verfahren vertretenden Rechtsanwalt mit der Fristwahrung im Strafverfahren, welches im direkten Zusammenhang mit dem Verfahren vor dem Amt für Migration steht, zu beauftragen.

3.3 Der Staatsanwaltschaft kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, die Publikation des Strafbefehls im Amtsblatt veranlasst zu haben. Nach § 8 Abs. 1 GOG haben u.a. die Parteien während eines Verfahrens der Justizbehörde Änderungen ihres Wohnsitzes, ihres gewöhnlichen Aufenthaltsorts oder ihres Sitzes sowie Änderungen des bezeichneten Zustellungsdomizils oder ihres Rechtsbeistands bzw. ihrer Vertretung unverzüglich mitzuteilen. Unterbleibt die Mitteilung, so gilt der Versuch der Zustellung an die bisherige Adresse als rechtswirksame Zustellung (Abs. 2 Satz 1). Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt im Amtsblatt des Kantons Zug und zusätzlich in dem vom Bundesrecht zwingend vorgesehenen Publikationsorgan (§ 9 Abs. 1 GOG). Infolge der unterlassenen Mitteilung des Beschwerdeführers war der Staatsanwaltschaft nach Erlass des Strafbefehls vom 30. Mai 2011 keine Zustelladresse des Beschwerdeführers bekannt. Bevor sie gestützt auf § 9 Abs. 1 GOG eine Publikation im Amtsblatt veranlasste, kontaktierte sie dessen Rechtsvertreter im ausländerrechtlichen Verfahren und erkundigte sich bei diesem bezüglich einer Zustelladresse. Auch dieser konnte der Staatsanwaltschaft jedoch keine aktuelle Wohnadresse des Beschwerdeführers nennen (vgl. act. 1/13). Das Vorgehen der Staatsanwaltschaft und insbesondere eine Publikation des Strafbefehls

im Amtsblatt stand somit im Einklang mit der vorerwähnten gesetzlichen Regelung und erfolgte dementsprechend zu Recht. (...)

Obergericht, I Beschwerdeabteilung, 23. Februar 2012

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Grundrechte; Versammlungsfreiheit

Kirchenzentrum als öffentlicher Raum; das Betriebsreglement des Kirchenzentrums ist keine genügende Rechtsgrundlage zur Beschränkung der Versammlungsfreiheit.

Aus dem Sachverhalt

Gegen die schriftliche Absage der Betriebskommission und der Trägergemeinden des Kirchenzentrums erhob die Vertreterin einer politischen Partei Beschwerde beim Regierungsrat. Die Beschwerdegegnerinnen machen geltend, das Betriebsreglement sehe vor, das Kirchenzentrum politischen Parteien nicht für ihre Versammlungen zur Verfügung zu stellen, ausser für überparteiliche Veranstaltungen. Mit dem Ausschluss parteipolitischer Veranstaltungen solle verhindert werden, dass das Zentrum Chiematt von einer politischen Ausrichtung vereinnahmt werden könne. Es gelte dem Gleichbehandlungsgebot Rechnung zu tragen.

Aus den Erwägungen

I.

1. Die Einwohnergemeinde, die Katholische Kirchgemeinde und die Evangelisch-Reformierte Kirchgemeinde des Kantons Zug (im Folgenden Trägergemeinden) haben sich ... dazu verpflichtet, «den kirchlichen und gemeinschaftsbildenden Bereich zu errichten, der nach ökumenischen Grundsätzen erstellt und benutzt werden soll». Die Betriebskommission führt die laufenden Geschäfte und vertritt die drei Trägergemeinden gegenüber Dritten. Die Betriebskommission hat eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung aufzustellen und den beiden Kirchenräten und dem Einwohnergemeinderat zur Genehmigung vorzulegen. Der Rechtsschutz gegen Entscheide der Betriebskommission oder der Trägergemeinden ist nicht geregelt.

Gemäss § 40 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (BGS 171.1; Gemeindegesetz) können die Gemeinden zur gemeinsamen Erfüllung ihrer Aufgaben gemeinsame Verwaltungsstellen, Einrichtungen und öffentlich-rechtliche Anstalten schaffen. Die Gemeinden begründen eine solche Zusammenarbeit durch den Abschluss ent-

sprechender Verträge (§ 40 Abs. 2 Gemeindegesetz). Beschlüsse des Gemeinderates können beim Regierungsrat angefochten werden (§ 17 Abs. 1 Gemeindegesetz).

Die angefochtene Verfügung wurde sowohl vom Präsidenten der Betriebskommission als auch von den Vertretern der drei Trägergemeinden unterzeichnet. Damit hat nicht die Betriebskommission entschieden, sondern die Verfügung vom 21. Februar 2008 wurde von sämtlichen Trägergemeinden getroffen und ist somit gestützt auf § 17 Abs. 1 des Gemeindegesetzes in Verbindung mit § 40 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BGS 162.1) beim Regierungsrat anfechtbar. Die Verfügung vom 21. Februar 2008 stellt einen Entscheid im Sinne von § 4 VRG dar, weshalb der Regierungsrat für die Beurteilung der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde zuständig ist.

2. Laut § 41 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung einer Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder zu Unrecht keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c), wobei sämtliche Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen. Ein schutzwürdiges Interesse ist immer dann gegeben, wenn jemand ein aktuelles Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung geltend machen kann. Ein Betroffensein im Sinne dieser Gesetzesbestimmung bedeutet, dass ein Beschwerdeführer von der angefochtenen Verfügung auch tatsächlich beschwert ist, also einen spezifischen Nachteil erleidet. Nur eine abstrakte Möglichkeit des nachteiligen Betroffenseins bzw. ein virtuelles Berührtsein genügt für die Beschwerdelegitimation nicht. Vom Erfordernis des aktuellen Interesses kann abgesehen werden, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlicher Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (BGE 127 I 164 E. 1.a; BGE 121 I 279 E. 1).

Die Beschwerdeführerin hat unbestrittenermassen vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen und ist durch den angefochtenen Entscheid in ihren Interessen berührt. Die von der Beschwerdeführerin geplante Veranstaltung hätte im September 2007 stattfinden sollen, womit im heutigen Zeitpunkt kein aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr besteht. Die aufgeworfene Frage ist jedoch von grundsätzlicher Art und kann sich immer wieder auch für andere Veranstalter als die Beschwerdeführerin (z.B. für andere politische Parteien) stellen. In Anbetracht

der Verfahrensdauer bis zu einem rechtskräftigen Entscheid besteht kaum je die Möglichkeit, eine Verweigerung der Bewilligung zeitgerecht zu überprüfen, zumal das Gesuch für eine Veranstaltung für die Benützung des Zentrums durch nicht-kirchliche Vereinigungen und Private in der Regel kurz vor der geplanten Veranstaltung eingereicht wird. Die Beschwerdeführerin ist deshalb zur Beschwerdeführung legitimiert.

3. ...

II.

1. ...

2. Massgebend für die Zugehörigkeit zu den öffentlichen Sachen ist deren Zweckbestimmung und die Verfügungsmöglichkeit des Staates darüber (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2010, N 2326; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band II; Basel 1986, Nr. 115, S. 809). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Gemeindesäle, die für Veranstaltungen benutzt werden können, mit Bezug auf die Bewilligung von Versammlungen wie öffentlicher Grund zu behandeln (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 18. Februar 1991, ZBl 93 [1992] 48 ff.; BGE 127 I 170; Urteil des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2010, 1C_312/2010).

...

Zusammenfassend ergibt sich, dass es sich beim Kirchenzentrum um eine öffentliche Sache handelt (vgl. auch Entscheid des Regierungsrates des Kantons Zug vom 7. Dezember 1992, Erw. 2).

3. Die Trägergemeinden begründeten ihren Entscheid im Wesentlichen damit, dass die Räume des Zentrums für Veranstaltungen und Anlässe von politischen Parteien und Gruppierungen nicht zur Verfügung stehen würden, davon seien lediglich überparteiliche Veranstaltungen ausgenommen. Es handle sich bei der geplanten Veranstaltung nicht um eine überparteiliche Veranstaltung.

...

Im Folgenden ist davon auszugehen, dass es sich bei der von der Beschwerdeführerin geplanten Veranstaltung um keine überparteiliche Veranstaltung handelte.

4. Der Staat hat bei einem Entscheid über die Benützung öffentlicher Sachen die Grundrechte zu berücksichtigen, wobei zwischen dem Interesse der Allgemeinheit am bestimmungsgemässen Gebrauch der öffentlichen Sache und dem Interesse der Gesuchsteller an der Grundrechtsausübung abzuwägen und dem besonderen Gehalt der Grundrechte Rechnung zu tragen ist. Es besteht somit ein bedingter Anspruch auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs, wenn er für die Ausübung von Freiheitsrechten auf öffentlichem Grund erforderlich ist. Die Verweigerung einer Bewilligung stellt mit anderen Worten eine Einschränkung von Grundrechten dar, der – wie jeder Grundrechtseingriff – nur zulässig ist, wenn sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt bzw. dem Schutz von Grundrechten Dritter dient und verhältnismässig ist (vgl. zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2412 ff mit weiteren Hinweisen).

4.a Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob sich die Trägergemeinden bei der Verweigerung der Bewilligung für die von der Beschwerdeführerin geplante Veranstaltung ... auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen.

4.b Analyse des Reglements ...

4.c Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob es sich beim Reglement um eine genügende gesetzliche Grundlage handelt. Aus dem Mitbericht der Direktion des Innern ergibt sich, dass das Reglement, auf welches sich die Verfügung der Trägergemeinden stützt, von der zuständigen Direktion nicht genehmigt wurde.

4.d Es stellt sich jedoch ungeachtet der fehlenden Genehmigung durch die zuständige Direktion die Frage, das Reglement höherrangigem Recht (verfassungsmässige Rechte) entspricht:

Gemäss herrschender Lehre sind nicht nur die Gerichte, sondern sämtliche rechtsanwendenden Verwaltungsbehörden befugt und verpflichtet, anlässlich der Überprüfung von Verfügungen die Rechtmässigkeit der diesen zugrunde liegenden kantonalen Rechtsnormen auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht, insbesondere auch mit Verfassungsrecht, zu überprüfen (sogenannte akzessorische Normenkontrolle; vgl. anstelle vieler: Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1992, S. 335 ff. mit weiteren Hinweisen). Die Verwaltungsbehörden sind mitunter sogar befugt, einen von ihnen selbst erlassenen Rechtssatz auf seine Rechtmässigkeit zu überprüfen. Daran ändert auch nichts, wenn die kommunalen Bestimmungen durch eine Aufsichtsbehörde genehmigt worden sind. Die Genehmigung eines Rechtssatzes kann dessen rechtlichen Man-

gel nicht heilen, zumal die Genehmigungsbehörde ihrerseits an Verfassung und Gesetz gebunden ist (Gadola, a.a.O., S. 339). Erachtet die Rechtsmittelbehörde einen Rechtssatz als rechtswidrig, so ist sie nicht berechtigt, ihn formell aufzuheben, sondern kann diesen lediglich im konkreten Fall als nicht anwendbar erklären (Gadola, a.a.O., S. 339). Ebenso wenig steht der entscheidenden Beschwerdeinstanz die Befugnis zu, seine Anwendung in künftigen Fällen zu verbieten (Gadola, a.a.O., S. 339).

4.e Als massgebende Grundrechte fallen im vorliegenden Fall namentlich die Rechtsgleichheit als auch die Versammlungs- und die Meinungsäusserungsfreiheit in Betracht:

Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind. Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach der Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Gleichheitsprinzip verbietet einerseits unterschiedliche Regelungen ohne sachlichen Grund. Andererseits untersagt es aber auch die rechtliche Gleichbehandlung von Fällen, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Eine Regelung, die Gleiches ungleich und Ungleiches gleich behandelt, ist zulässig, wenn ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung besteht. Es muss also abgewogen werden zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 495).

Gemäss Art. 22 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 199 (BV, SR 101) ist die Versammlungsfreiheit gewährleistet. Jede Person hat das Recht, Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben (Art. 22 Abs. 2 BV). Versammlungen auf öffentlichem Grund dürfen bewilligungspflichtig erklärt werden, soweit sie nach Art, Dauer und Intensität das Widmungsgemässe und das Gemeinverträgliche überschreiten (BGE 127 I 169 ff.).

Die Meinungsfreiheit umfasst das Recht, die Meinung frei zu bilden, zu äussern und zu verbreiten (Art. 16 Abs. 2 BV). Als Mittel der geschützten Meinungsäusserung kommen grundsätzlich alle Äusserungsmöglichkeiten in Frage, namentlich das gesprochene und geschriebene Wort. Geschützt sind insbesondere auch politische Meinungen (vgl. Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008, N 456 ff.). Bei der Meinungsäusserungsfreiheit besteht die Besonderheit, dass die freie Meinungsäusserung zu einem politisch oder gesellschaftlich relevanten Thema nicht nur im privaten Interesse des jewei-

ligen Grundrechtsträgers liegt, sondern in der Demokratie auch einem gewichtigen öffentlichen Interesse entspricht (Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Valender, Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Auflage; Zürich 2008, N 15 zu Art. 16 BV). Die freie Meinungsäusserung durch Wort- und Schrift, das Petitions-, Vereins- und Versammlungsrecht wird überdies auch in § 10 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (BGS 111.1) gewährleistet.

4.f ... Beim Zentrum handelt es sich um eine öffentliche Sache, welche als Treffpunkt für die gesamte Bevölkerung dienen soll und in welchem auch politische und kulturelle Veranstaltungen stattfinden sollen. Es finden sich in den Zweckbestimmungen (des Reglements) keine Hinweise darauf, dass die Räume des Zentrums nicht für Mitgliederversammlungen von politischen Parteien und Gruppierungen sowie für Veranstaltungen zur Tagespolitik zur Verfügung stehen sollen. Die Begründung für die entsprechende Bestimmung des Reglements, dass das Zentrum nicht der Verbreitung der politischen Botschaft diene, trägt dem Zentrumszweck somit zu wenig Rechnung. Sie überzeugt auch deswegen nicht, weil gemeinsame (überparteiliche) politische Veranstaltungen möglich sein sollen.

Die Bestimmung des Reglements verletzt insbesondere auch das Gebot der Rechtsgleichheit: Es gibt keinen sachlichen Grund dafür, weshalb im Bezug auf die Benützung der Räume des Zentrums überparteiliche Veranstaltungen im Vergleich zu Mitgliederversammlungen von politischen Parteien und Gruppierungen sowie Veranstaltungen zur Tagespolitik anders behandelt werden sollen. Die Bestimmung des Reglements, wonach die Räume in allen Fällen für die Durchführung der Veranstaltung geeignet sein müssen, der vorwiegend kirchliche Charakter des Zentrums respektiert werden soll und den schalltechnischen Bedingungen Rechnung zu tragen ist, trägt dem Anliegen der Trägergemeinden und dem Zweck des Zentrums bereits genügend Rechnung. Würde eine Veranstaltung zur Tagespolitik tatsächlich den kirchlichen Charakter oder gar die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden, so wäre es möglich (sofern diese Gefährdung denn real wäre), die Bewilligung nicht zu erteilen oder die Bewilligung mit Auflagen und/oder Bedingungen zu erteilen. Die Trägergemeinden machen denn auch im vorliegenden Fall nicht geltend, die Räume seien für die Durchführung der fraglichen Veranstaltung nicht geeignet gewesen oder der vorwiegend kirchliche Charakter wäre nicht respektiert worden. So wird insbesondere auch nicht ausgeführt, die geplante Podiumsdiskussion hätte eine kirchliche Veranstaltung verhindert bzw. behindert. Aus den Ausführungen der Parteien und aus den Akten geht auch nicht hervor, dass die Veranstaltung in den Gottesdiensträumen hätte stattfinden sollen.

Die Bestimmung des Reglements, wonach die Räume des Zentrums nicht für Mitgliederversammlungen von politischen Parteien und Gruppierungen sowie für Veranstaltungen zur Tagespolitik zur Verfügung stehen sollen, verletzt auch das Recht der Beschwerdeführerin und von anderen möglichen Veranstaltern, auf öffentlichem Grund politische Versammlungen zu organisieren, ihre Meinung kundzutun und damit zur Meinungsbildung zu politischen oder gesellschaftlichen Themen kundzutun. Es wird eine Art vorgängige Zensur ausgeübt, was mit dem Recht auf freie Meinungsäusserung und der Versammlungsfreiheit nicht vereinbar ist.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Zentrum als öffentliche Sache gilt. Bei der Verwaltung öffentlicher Sachen sind die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten. Die Bestimmung des Reglements entspricht nicht dem Zentrumszweck und verletzt höherrangiges Verfassungsrecht (Rechtsgleichheit, Versammlungsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit). ...

Die Beschwerde ist unter diesen Umständen gutzuheissen und zwar ungeachtet dessen, dass das Reglement bisher nicht genehmigt wurde. ...

Regierungsrat, 25. Januar 2011

2. Bürgerrecht

Art. 29 Abs. 2 B; Art. 15b Abs. 1 eidg. BÜG; Art. 5 Abs. 1 kant. BÜG – Unverhältnismässig strenge Anforderungen an das Erfordernis des Vorliegens geordneter persönlicher Verhältnisse (Erw. II. 2). Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes (Erw. II. 3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 25. November 2009 reichten die Eltern von S.K. (Jahrgang 1996) das Gesuch um Erteilung der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung für S.K. ein. Am 19. Juni 2010 stellte der Bürgerrat der Gemeinde X. im Laufe des Einbürgerungsgesprächs mit S.K. fest, dass dessen Einbürgerung zur Zeit noch nicht befürwortet werden könne. S.K. erklärte sich in der Folge mit einer Rückstellung seines Gesuchs nicht einverstanden. Am 11. Dezember 2010 stellte der Bürgerrat S.K. den Entscheid vom 19. Juni 2010 zu, worin er dessen Einbürgerungsgesuch bis zum Abschluss der Berufsausbildung zurückstellte. Der Bürgerrat machte geltend, die Eltern von S.K. würden Invalidenrenten und Ergänzungsleistungen beziehen. Zudem sei er nicht genügend integriert, mit den Rechten und Pflichten eines Schweizerbürgers nicht

vertraut und auch seine schulischen Leistungen liessen zu wünschen übrig. Gegen diesen Beschluss erhob S.K. (nachfolgend Beschwerdeführer genannt) am 3. Januar 2011 Beschwerde beim Regierungsrat. Er beantragte, die Verfügung vom 19. Juni 2010 (versandt am 11. Dezember 2010) sei aufzuheben, sowie der Bürgerrat anzuweisen, ein ordentliches Einbürgerungsverfahren nach § 11 des Gesetzes betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und des Kantonsbürgerrechts (kant. Bürgerrechtsgesetz; kant. BÜG; BGS 121.3) durchzuführen. Es sei widersinnig, von Jugendlichen ein eigenes Einkommen zum Beweis des Vorliegens geordneter finanzieller Verhältnisse zu erwarten, und auch der Verweis auf die finanziellen Verhältnisse der Eltern sei fraglich, da ja die Einbürgerungsvoraussetzungen bei den einbürgerungswilligen Jugendlichen gegeben sein müssten und nicht bei deren Eltern. In der Stellungnahme vom 31. Mai 2011 beantragte der Bürgerrat (nachfolgend Beschwerdegegner) die Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerdeführer über kein eigenes Einkommen verfüge, sei das Einkommen der Eltern für die Beurteilung der geordneten finanziellen Verhältnisse massgebend. Diese hätten in den Jahren 2007 und 2008 durch die Sozialhilfe unterstützt werden müssen. Deshalb sei beim Beschwerdeführer die finanzielle Situation nicht gesichert. Überdies schenke er der Schule nicht die nötige Aufmerksamkeit, in den Schulzeugnissen habe es im Hinblick auf das Arbeitsverhalten mehrere «befriedigend». Mit Schreiben vom 29. Juli 2011 stellte die Direktion des Innern dem Beschwerdegegner neue, vom Beschwerdeführer erhaltene Unterlagen (u.a. Schulzeugnisse, Bestätigungen betr. Versicherungs- resp. Rentenleistungen an die Eltern des Beschwerdeführers, Bestätigung betr. Verkehrskadettenprüfung des Beschwerdeführers) zur Stellungnahme zu. Mit Schreiben vom 15. September 2011 führte der Beschwerdegegner aus, der Beschwerdeführer schenke der Schule nach wie vor nicht die nötige Aufmerksamkeit. Die Noten seien auch für einen Realschüler schlecht. Zudem würden die Eltern des Beschwerdeführers ein Haus im Kosovo besitzen, welches in den Berechnungen der Ergänzungsleistungen nicht aufgeführt sei. Es sei anzunehmen, dass sich die Ergänzungsleistungen bei Berücksichtigung dieses Hauses reduzieren würden.

Aus den Erwägungen:

I.

1.1 Gemäss § 30 Abs. 1 kant. BÜG können Entscheide des Bürgerrates nach Massgabe des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1) angefochten werden. Beim Beschluss des Beschwerdegegners handelt es sich somit um einen Entscheid einer unteren Verwaltungsbehörde im Sinne von § 40 Abs. 2 VRG, der beim Regierungsrat angefochten werden kann.

1.2 Da § 30 Abs. 2 kant. BÜG im Sinne einer *lex specialis* den § 39 VRG und § 42 Abs. 1 VRG vorgeht, kann vor dem Regierungsrat nur wegen Rechtsverletzung Beschwerde geführt werden, und der Regierungsrat hat kassatorisch zu entscheiden.

1.3 Eine Rechtsverletzung liegt dann vor, wenn die verfügende Behörde ihren Entscheid auf keinen oder einen ungültigen Rechtssatz stützt, unrichtiges Recht anwendet oder zwar das richtige und gültige Recht anwendet, aber falsch, sei es durch unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache, sei es durch unrichtige Auslegung der anzuwendenden Vorschrift (vgl. Alfred Kölz / Jürg Bosshart / Martin Röhl, VRG, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 50 N 2). Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung und Ermessensmissbrauch gelten ebenfalls als Rechtsverletzung (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 50 N 70 – 80).

...

II.

1. Bei ordentlichen Einbürgerungen wird das Schweizer Bürgerrecht mit der Einbürgerung in einem Kanton und einer Gemeinde erworben (Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts von 29. September 1952 [eidg. Bürgerrechtsgesetz; eidg. BÜG; SR 141.0]). Zudem muss nach Art. 12 Abs. 2 eidg. BÜG die eidgenössische Einbürgerungsbewilligung vorliegen.

Die Bewerberin oder der Bewerber muss gemäss Art. 14 eidg. BÜG zur Einbürgerung geeignet sein, d. h. insbesondere in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert (lit. a) sowie mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vertraut sein (lit. b), die schweizerische Rechtsordnung beachten (lit. c) und weder die innere noch die äussere Sicherheit gefährden (lit. d).

Gemäss § 5 Abs. 1 kant. BÜG darf das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht nur Bewerberinnen und Bewerbern erteilt werden, die aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind. § 5 Abs. 2 kant. BÜG zählt verschiedene Kriterien auf, anhand derer die Eignung der Einbürgerungswilligen überprüft wird. Gemäss § 5 Abs. 2 kant. BÜG ist insbesondere zu prüfen, ob diese mit den schweizerischen, kantonalen und örtlichen Lebensgewohnheiten vertraut sind, die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten kennen und beachten wollen, genügende Sprachkenntnisse zu Verständigung mit Behörden und Mitbürgern besitzen sowie geordnete persönliche, familiäre und finanzielle Verhältnisse nachweisen können.

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. Die Bewerberin resp. der Bewerber hat die verfassungsmässige und gesetzliche Garantie, dass die Behörde bei ihrem Entscheid die allgemeinen Rechts- und Verfahrensgarantien befolgt. So hat die Behörde insbesondere das Willkürverbot und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (BGE 122 I 267 E. 3b) und sie muss sich von sachlichen Motiven leiten lassen. Die Betroffenen haben Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs und – bei Ablehnung ihres Gesuchs – auf eine rechtsgenügende Begründung (GVP 2008 S. 105).

2.

2.1 Der Beschwerdegegner begründet die Rückstellung des Einbürgerungsge-
suchs des Beschwerdeführers im Beschluss vom 19. Juni 2010 sowie in der Stel-
lungnahme vom 31. Mai 2011 u.a. damit, dass dieser seit August 2010 die Real-
schule besuche, in der Schule nur mässige Noten habe sowie in den Schul-
zeugnissen beim Arbeitsverhalten mehrere «befriedigend» aufweise. Nach eigenen
Aussagen habe er keine Zeit, die ihm aufgetragenen Hausaufgaben zu erledigen.
Seine Hobbys, insbesondere der Fussball, schienen ihm viel wichtiger als die
Schule zu sein.

2.2 Der Beschwerdeführer macht in der Beschwerde vom 3. Januar 2011 gel-
tend, er habe die Schule gradlinig durchlaufen, besuche die Realschule in X., habe
zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Probleme verursacht und sei ein beliebter und
disziplinierter Schüler.

2.3 § 5 Abs. 2 kant. BÜG setzt im Sinne eines Eignungskriteriums voraus, dass
Einbürgerungswillige geordnete persönliche Verhältnisse nachweisen können.
Weder das kantonale noch das eidgenössische Bürgerrechtsgesetz nennen gute
schulische Leistungen ausdrücklich als Voraussetzung für eine Einbürgerung. Die
schulischen Leistungen sowie das Verhalten in der Schule können jedoch gestützt
auf § 5 Abs. 2 kant. BÜG im weitesten Sinne im Rahmen der Voraussetzung der
«geordneten persönlichen Verhältnisse» zur Beurteilung der Eignung Einbürge-
rungswilliger berücksichtigt werden. Insofern macht der Beschwerdegegner sinn-
gemäss geltend, die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers seien
nicht geordnet. In einem ersten Schritt ist hierbei zu prüfen, ob der Beschwerde-
gegner das Vorliegen geordneter persönlicher Verhältnisse des Beschwerdefüh-
rers zu Recht verneint hat, bzw. ob diesbezüglich eine Rechtsverletzung vorliegt.

2.4 Der Beschwerdeführer besucht die Realschule. Aktenmässig ist erstellt, dass er in der Schule mässige Noten hat resp. hatte. Sein Arbeitsverhalten ist in den beiden Zeugnissen der 5. Primarklasse und im ersten Zeugnis der 6. Primarklasse für «befriedigend», im zweiten Zeugnis der 6. Primarklasse sowie im ersten Zeugnis der 1. Klasse der Realschule für gut befunden worden. Sein Verhalten in der Gemeinschaft wird in allen vorliegenden Zeugnissen mit gut beurteilt. Gemäss dem aktuellsten, vorliegenden Zeugnis vom ersten Semester der ersten Klasse der Realschule wies er zudem keinerlei Absenzen auf. Gemäss Polizeibericht vom 12. Februar 2010 geniesst der Beschwerdeführer einen unbescholtenen Leumund. Er sei freundlich, redefreudig und hilfsbereit. Des Weiteren ist er weder bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug noch in den Akten der Zuger Polizei registriert.

Diese Tatsachen ergeben ein Bild eines Jugendlichen, der in der Schule mit dem Erbringen von guten schulischen Leistungen Mühe hat, der aber von seinem sonstigen Verhalten – auch Arbeitsverhalten – her, keinen Anlass zur Feststellung gibt, dass ungeordnete persönliche Verhältnisse vorliegen. Mässige Noten sowie der Besuch der Realschule sind per se noch keine Gründe für die Annahme ungeordneter persönlicher Verhältnisse. Zum Arbeitsverhalten ist zu bemerken, dass die Bewertung «befriedigend» nicht bedeutet, dass dieses ungenügend ist. Wie oben erwähnt, wird das Arbeitsverhalten in den jüngsten, vorliegenden Zeugnissen für gut befunden. Das soziale Verhalten des Beschwerdeführers wurde in allen Zeugnissen ebenfalls als gut beurteilt. Gestützt auf diese Erwägungen ist nicht ersichtlich, welche sachlichen Motive den Beschwerdegegner zur Annahme ungeordneter persönlicher Verhältnisse geführt haben, und welchen Anforderungen der Beschwerdeführer gerecht werden müsste, damit er aus Sicht des Beschwerdegegners geordnete persönliche Verhältnisse aufweisen würde. Bei vielen Jugendlichen stellen derart hohe Anforderungen an die schulischen Leistungen ein praktisch unüberwindbares Hindernis für eine Einbürgerung dar. Bei der Auslegung der gemäss § 5 Abs. 2 kant. BÜG geforderten Erfüllung der Voraussetzung der geordneten persönlichen Verhältnisse muss die Ermessensbetätigung pflichtgemäss erfolgen. Sie hat sich «an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, den verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien und den (weiteren) verfassungsrechtlichen Schranken zu orientieren» (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 50 N 80). Als solche gelten unter anderem der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Der Beschwerdegegner stellt bezüglich des hier geprüften Einbürgerungskriteriums an den Beschwerdeführer unverhältnismässig strenge Anforderungen und verletzt somit das Verhältnismässigkeitsprinzip.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer das Kriterium der geordneten persönlichen Verhältnisse gemäss § 5 Abs. 2 kant. BÜG erfüllt. Die Ver-

weigerung der Einbürgerung gestützt auf diese Bestimmung erweist sich somit als rechtswidrig. Die Rechtsverletzung besteht im konkreten Fall darin, dass der Beschwerdegegner zwar § 5 Abs. 2 kant. BÜG auf den vorliegenden Sachverhalt richtig angewendet hat, die Tatsachen aber hinsichtlich des Vorliegens geordneter persönlicher Verhältnisse unrichtig rechtlich beurteilt hat, indem er unverhältnismässig strenge Anforderungen an die Voraussetzung der geordneten persönlichen Verhältnisse gestellt hat. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt gutzuheissen.

3.

3.1 Des Weiteren macht der Beschwerdegegner im Beschluss vom 19. Juni 2010 geltend, die Familie des Beschwerdeführers lebe von Invalidenrenten und zusätzlichen Ergänzungsleistungen. In der Stellungnahme vom 31. Mai 2011 führt er aus, der Beschwerdeführer selbst verfüge noch nicht über ein eigenes Einkommen, daher müsse das Einkommen seiner Eltern zur Beurteilung der finanziellen Verhältnisse herangezogen werden. Diese jedoch würden Invalidenrenten sowie Ergänzungsleistungen erhalten und seien ausserdem in den Jahren 2007 und 2008 von der Sozialhilfe unterstützt worden. Folglich könnten die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers bis zum Abschluss einer Berufsausbildung nicht als geordnet angesehen werden. Im Schreiben vom 15. September 2011 führte der Beschwerdegegner zudem aus, dass die Eltern des Beschwerdeführers ein Haus im Kosovo besitzen würden, welches in den Berechnungen der Ergänzungsleistungen nicht aufgeführt sei. Es sei anzunehmen, dass sich die Ergänzungsleistungen bei Berücksichtigung dieses Hauses reduzieren würden.

3.2 Der Beschwerdeführer stellt sich in der Beschwerde vom 3. Januar 2011 auf den Standpunkt, da Jugendliche in der Regel noch nicht über ein eigenes Einkommen verfügen würden, sei es nicht statthaft, das Einkommen der Eltern zur Beurteilung der finanziellen Verhältnisse heranzuziehen. Zumal es um die Beurteilung der Integrationsleistung des Beschwerdeführers und nicht um jene seiner Eltern gehe. Der Gesetzgeber sehe konkret die Möglichkeit der Einbürgerung von Jugendlichen vor. Daraus könne implizit verstanden werden, dass der Gesetzgeber das Erzielen eines Einkommens bei Jugendlichen nicht als Voraussetzung einer Einbürgerung sehe. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Jugendlichen – in voller Kenntnis ihrer speziellen finanziellen Situation – die Möglichkeit der Einbürgerung eröffnen wollte. Die Erleichterung der Wohnsitzdauer für Jugendliche im Rahmen von Art. 15 Abs. 2 eidg. BÜG signalisiere ein besonderes Interesse der Schweiz, ausländische Jugendliche ihrer Integration entsprechend schnell einzubürgern. Es sei daher völlig widersinnig, wenn von den Jugendlichen ein eigenes Einkommen als Beleg der sogenannten «geordneten finanziellen Verhältnisse» erwartet würde.

3.3 § 5 Abs. 2 kant. BüG setzt für eine Einbürgerung geordnete finanzielle Verhältnisse voraus. Der Beschwerdegegner erachtet die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers als nicht geordnet. In einem zweiten Schritt ist nun zu prüfen, ob der Beschwerdegegner das Vorliegen geordneter finanzieller Verhältnisse des Beschwerdeführers zu Recht verneint hat.

Ablehnende Einbürgerungsentscheide unterliegen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Begründungspflicht. Es besteht keine feste Praxis, wie der aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung; BV; SR 101) fliessenden Begründungspflicht im Einzelnen nachzukommen ist. Im Einzelfall ist vor dem Hintergrund der konkreten Verhältnisse zu prüfen, ob die vorgebrachte Begründung den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV genügt (vgl. BGE 132 I 196 ff.). Die Begründungspflicht soll verhindern, dass sich eine Behörde von unsachlichen Erwägungen leiten lässt (BGE 1P.786/2006 E. 4.3, publ. in ZBI 109/2008 S. 161).

Dem Minimalanspruch an eine rechtsgenüglihe Begründung nach Art. 29 Abs. 2 BV ist Genüge getan, wenn die Betroffenen durch die Begründung in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist indes nicht verpflichtet, zu allen Rechtsvorbringen der Partei Stellung zu nehmen. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess. Je weiter eine Norm den Entscheidungsspielraum der Behörde definiert und je komplexer das Sach- oder Rechtsgebiet ist, desto höher sind die Anforderungen an die Begründung der Entscheidung der Behörde (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1706 ff.). Aufgrund der eingeschränkten Kognition des Regierungsrates bei Beschwerdefällen betreffend Einbürgerungen (vgl. § 30 Abs. 2 kant. BüG), ist der Ermessensspielraum des Beschwerdegegners bei Beschlüssen über Einbürgerungen gross. Daher sind die Anforderungen an die Begründung von negativen Einbürgerungsentscheiden vergleichsweise strenger zu beurteilen. Die Begründung soll aufzeigen, von welchen massgeblichen Tatsachen und Rechtsnormen sich die entscheidende Behörde hat leiten lassen (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 10 N 37). Die Verletzung des Anspruchs auf eine Begründung führt unabhängig vom Nachweis eines materiellen Interesses der Beschwerdeführenden zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 116 V 182 E. 1b) und stellt als Verletzung einer verfassungsmässigen Verfahrensgarantie (Art. 29 Abs. 2 BV) eine klare Rechtsverletzung dar. Der Anspruch auf Begründung negativer Einbürgerungsentscheide ergibt sich auch aus Bundesrecht. Gemäss Art. 15b Abs. 1 eidg. BüG ist die Ablehnung eines Einbürgerungsgesuches zu begründen (vgl. dazu Niccolò Raselli, Die Einbürgerung

zwischen Politik und Justiz – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZBl 11/2011 S. 589ff.).

3.4 Zwei neuere Entscheide des Bundesgerichtes (BGE 1D_19/2007 E. 3 vom 16. Dezember 2008 und BGE 1D_5/2009 E. 2 und 3 vom 25. August 2010) befassen sich sinngemäss ebenfalls mit den für eine Einbürgerung erforderlichen finanziellen Verhältnissen. Das Bundesgericht hatte dabei über die gestützt auf § 5 der zürcherischen Bürgerrechtsverordnung für Einbürgerungswillige erforderliche «Fähigkeit zur wirtschaftlichen Erhaltung» zu urteilen. Diese Voraussetzung drückt das legitime öffentliche Interesse einer Gemeinde aus, keine Gesuchstellende ins Bürgerrecht aufzunehmen, welche der Sozialhilfe zu Last fallen würden (vgl. BGE 135 I 49 E 6.3). Dies ist auch Sinn und Zweck der von § 5 Abs. 2 kant. BÜG für eine Einbürgerung geforderten geordneten finanziellen Verhältnisse. Gemäss § 5 der zürcherischen Bürgerrechtsverordnung gilt die Fähigkeit zur wirtschaftlichen Erhaltung als gegeben, wenn die Lebenskosten und Unterhaltsverpflichtungen des Bewerbers voraussichtlich in angemessenem Umfang durch Einkommen, Vermögen und Rechtsansprüche gegen Dritte gedeckt sind. Gemäss Ziff. 3.3.1 des Handbuchs des Gemeindeamtes des Kantons Zürich gehören zu den Rechtsansprüchen gegen Dritte Forderungen gegenüber Versicherungsgesellschaften, Vorsorgeeinrichtungen oder dem Staat (im Falle der Arbeitslosen- oder Invalidenversicherung); die wirtschaftliche Erhaltungsfähigkeit ist nicht gegeben, wenn ein Bewerber resp. eine Bewerberin (ausschliesslich) von der Fürsorge lebt.

Der Beschwerdegegner lässt in seiner Begründung («Die Familie S. lebt von Invalidenrenten und zusätzlichen Ergänzungsleistungen.») die Frage offen, weshalb eine Familie, die von Invalidenrenten und Ergänzungsleistungen lebt, keine geordneten finanziellen Verhältnisse aufweist. Er vermag nicht darzulegen, warum seiner Meinung nach die Tatsache, dass die Eltern des Beschwerdeführers Invalidenrenten und Ergänzungsleistungen beziehen, die Voraussetzung der geordneten finanziellen Verhältnisse gemäss § 5 Abs. 2 kant. BÜG nicht erfüllt. Auch die in der Stellungnahme vom 15. September 2011 geäusserte Vermutung, dass sich die Ergänzungsleistungen bei Berücksichtigung des Hauses im Kosovo reduzieren würden, bleibt eine Annahme und ist nicht erhärtet. Der Beschwerdegegner hätte in seinem Entscheid auf die finanziellen Verhältnisse eingehen und ausführen müssen, aus welchen Gründen die Invalidenrenten und Ergänzungsleistungen nicht ausreichen, um den Lebensunterhalt der Familie des Beschwerdeführers zu decken. Auch hätte er aufzeigen müssen, weshalb die Tatsache, dass die Familie des Beschwerdeführers in den Jahren 2007 und 2008 Sozialhilfe bezogen hat, den Schluss nahelegt, dass deren finanzielle Verhältnisse nun drei Jahre später ungeordnet sind, oder weshalb die Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese in naher

Zukunft erneut durch die Sozialhilfe unterstützt werden müsste. Zudem ist das Risiko, von der Sozialhilfe abhängig zu werden, auch bei Einbürgerungswilligen vorhanden, welche in einem Arbeitsverhältnis stehen. Wollte man das Risiko einer potentiellen Sozialhilfeabhängigkeit bei jeder Einbürgerung ausschliessen resp. verkleinern, dürften folgerichtig nur noch vermögende, sehr gut ausgebildete Einbürgerungswillige, bei denen kein Suchtverhalten (bspw. Spielsucht) festzustellen ist und die im Übrigen auch sonst gesund sind, eingebürgert werden. Der Gesetzgeber verlangt aber für eine Einbürgerung «geordnete finanzielle Verhältnisse» (§ 5 Abs. 2 kant. BüG), was nicht bedeutet, dass Einbürgerungswillige vermögend sein müssen.

Die Begründung des Beschwerdegegners ermöglicht es dem Beschwerdeführer nicht, die Tragweite des Entscheides zu beurteilen und diesen in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Gestützt auf diese Erwägungen genügt der Entscheid des Beschwerdegegners vom 19. Juni 2010 den aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessenden Anforderungen an eine rechtsgenüglihe Begründung nicht und verletzt somit den Grundsatz des rechtlichen Gehörs wie auch Art. 15b Abs. 1 eidg. BüG.

Regierungsrat, 29. November 2011

3. Schulrecht

Art. 62 Abs. 3 BV i.V.m. § 34 ff. SchulG – Die Gemeinde ist verpflichtet, für behinderte Jugendliche über die obligatorische Schulzeit hinaus und bis längstens zum 20. Altersjahr die Kosten der Sonderschulung hälftig zu tragen (Erw. 2 Bst. a bis d). Das gilt auch für behinderte Jugendliche, die integrativ sondergeschult wurden (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

A.B. ist geistig behindert und besuchte im Rahmen einer integrierten Sonderschulung die 3. Klasse der Sekundarstufe I an einer gemeindlichen Schule. Mit Ende des Schuljahres 2010/11 trat A.B. aus Schule aus. Das Amt für gemeindliche Schulen verfügte am 15. April 2011 eine Kostenübernahme durch den Kanton zu 50 % für die weiterführende Sonderschulung von A.B. im Heilpädagogischen Zentrum H. vom 1. August 2011 bis am 31. Juli 2012. Die Gemeinde X. erhob daraufhin beim Regierungsrat des Kantons Zug Beschwerde und ersuchte um Überprüfung des Mitfinanzierungsentscheids des Amtes für gemeindliche Schulen. Die Ge-

meinde X. machte geltend, die Zuständigkeit für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderter Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr liege beim Kanton.

Aus den Erwägungen:

(...)

II.

1. Streitig ist im vorliegenden Verfahren, ob die Beschwerdeführerin die Kosten für die Sonderschulung von A.B. zu 50 % zu übernehmen hat. Die Beschwerdeführerin rügt, es gäbe keine gesetzliche Grundlage, welche sie verpflichte, die Kosten einer Sonderschulung nach dem Abschluss der 3. Klasse der Sekundarstufe I zur Hälfte zu übernehmen. Sie leitet daraus ab, der Kanton habe deshalb die Kosten dieser Sonderschulung vollumfänglich zu tragen.

2.a) Gemäss Art. 62 Abs. 3 BV sorgen die Kantone für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr. Diese Bestimmung richtet sich allein an die Kantone und regelt einzig deren Zuständigkeit (BGE 129 I 41 E 7.7). Massgebend sind somit im vorliegenden Fall die Bestimmungen des kantonalen Rechts.

Nach § 34 Abs. 1 SchulG sorgen die Gemeinden dafür, dass Kinder, die aus intellektuellen, sozialen, psychischen, physischen Gründen in den gemeindlichen Schulen nicht angemessen gefördert werden können, eine entsprechende Sonderschulung erhalten. Der Schulpsychologische Dienst trifft, allenfalls unter Beizug weiterer Fachpersonen, die notwendigen Abklärungen. Er bezieht alle Beteiligten, insbesondere den Rektor und die Erziehungsberechtigten in eine Gesamtbeurteilung mit ein und stellt der Direktion für Bildung und Kultur Antrag für eine Mitfinanzierung (§ 34 Abs. 2 SchulG). Die Direktion für Bildung und Kultur entscheidet gemäss § 34 Abs. 3 SchulG über die Mitfinanzierung. Der Rektor der Wohnsitzgemeinde des betreffenden Kindes entscheidet über die Zuweisung in Kenntnis des Antrags des Schulpsychologischen Dienstes und des Mitfinanzierungsentscheids der Direktion für Bildung und Kultur (§ 34 Abs. 4 SchulG). Diese Bestimmung gilt für die Zuweisung zu einer integrativen Sonderschulung oder in eine Sonderschule (§ 34 Abs. 5 SchulG). Die Finanzierung einer Sonderschulung ist für die integrative Sonderschulung in § 34bis Abs. 3 SchulG, für den Besuch einer Sonderschule im Kanton Zug in § 35 Abs. 3 SchulG und für den Besuch einer ausserkantonalen Sonderschule in § 36 Abs. 3 SchulG geregelt. In allen drei Fäl-

len trägt die Wohnsitzgemeinde des entsprechenden Kindes oder Jugendlichen 50 % der Sonderschulungskosten. Lehnt die Direktion für Bildung und Kultur jedoch eine Mitfinanzierung ab, so hat die Gemeinde 100 % der Kosten zu tragen.

b) Dem Bericht und Antrag des Regierungsrates zur Änderung des Schulgesetzes (Konzept Sonderpädagogik) und Änderung des Lehrpersonalgesetzes vom 30. Juni 2009 (Vorlage Nr. 1672.7 - 13158, S. 11) ist zu entnehmen, dass es bei der Finanzierung von Sonderschulungskosten über die obligatorische Schulzeit hinaus Folgendes zu beachten gibt: Bei Jugendlichen, die gemäss Art. 8 Abs. 2 ATSG als behindert gelten, könne sich die Erfüllung der obligatorischen Schulzeit bzw. der Abschluss der Sekundarstufe I und damit die Sonderschulung über das 15. Altersjahr hinaus bis maximal zum 20. Altersjahr erstrecken. Denn gemäss Art. 62 Abs. 3 BV haben die Kantone für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderter Kinder und Jugendlichen bis zum 20. Altersjahr zu sorgen. Daraus ergäbe sich, dass sich die hälftige Kostentragung von Kanton und Gemeinde für die Sonderschulung bis maximal zum 20. Altersjahr erstrecken könne. Demgegenüber habe der Kanton bei nicht-behinderten Jugendlichen die Schulgeldkosten für eine allfällige Weiterführung der Sonderschulung auf der Sekundarstufe II, die während der obligatorischen Schulzeit aus intellektuellen, psychischen oder sozialen Gründen bereits einer Sonderschulung zugewiesen werden mussten, unter Berücksichtigung der individuellen Elternbeiträge zu 100 % zu übernehmen.

c) Gestützt auf § 34 Abs. 1 SchulG ergibt sich, dass im Kanton Zug grundsätzlich die Gemeinden für die Sonderschulung von behinderten Kindern und Jugendlichen zuständig sind. Der Kanton finanziert die daraus entstehenden Kosten zu 50 % mit (§§ 34^{bis} Abs. 3, 35 Abs. 3 und 36 Abs. 3 SchulG). Der Kanton übernimmt nach dem Abschluss der 3. Klasse der Sekundarstufe I und nach der obligatorischen Schulzeit bei nicht-behinderten Kindern und Jugendlichen, welche einer Sonderschulung an einer berufsvorbereitenden oder weiterführenden Schule bedürfen, diese Kosten gestützt auf § 72 Abs. 3 SchulG zu 100 %. Bei behinderten Jugendlichen ist jedoch die Sekundarstufe I in der Regel nicht mit dem 16. Altersjahr und damit nicht mit dem Ende der 3. Klasse auf dieser Schulstufe abgeschlossen, weil sie wegen ihrer Behinderung die ihrem Alter angemessenen Entwicklungs- und Bildungsziele nicht in zehn Schuljahren (inkl. Kindergarten) erreichen können. Deshalb kann sich die obligatorische Schulzeit in Berücksichtigung von Art. 62 Abs. 3 BV für behinderte Jugendliche bis zum 20. Altersjahr ausdehnen. In diesem Zusammenhang ist auch auf § 5 Abs. 1 SchulG zu verweisen, welcher die Schulberechtigung für Zuger Schülerinnen und Schüler nicht auf zehn Schuljahre beschränkt, sondern ihnen den Anspruch einräumt, alle Jahreskurse des obligatorischen Kindergartens, der Primarstufe und der Sekundarstufe I zu besuchen.

d) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass gestützt auf Art. 62 Abs. 3 BV in Verbindung mit § 34 und in Verbindung mit §§ 34^{bis} Abs. 3, 35 Abs. 3 bzw. 36 Abs. 3 SchulG eine gesetzliche Grundlage für die Übernahme der Sonderschulungskosten zu 50 % durch die Wohnsitzgemeinde eines behinderten Jugendlichen während der obligatorischen Schulzeit, jedoch längstens bis zum 20. Altersjahr, vorhanden ist.

(...)

4. An dieser Sach- und Rechtslage ändert auch die Tatsache nichts, dass A.B. ihre ganze Schulzeit (Kindergarten bis Sekundarstufe I) im Rahmen einer integrierten Sonderschulung an der gemeindlichen Schule in X. absolviert hat, jetzt die 3. Klasse der Sekundarstufe I besucht und in diesem Sommer aus der gemeindlichen Schule austritt. Es sind keine sachlichen Gründe erkennbar, dass A.B. als geistig behinderte Jugendliche in Bezug auf das Erreichen von angemessenen Entwicklungs- und Bildungszielen und dem Ende der obligatorischen Schulzeit mit ihren nicht-behinderten Mitschülerinnen und -schülern gleich zu behandeln ist. Es wäre jedoch als rechtsungleich zu beurteilen, die Verlängerung der obligatorischen Schulzeit bei geistig behinderten Jugendlichen davon abhängig zu machen, ob sie eine Sonderschule besuchen oder integrativ sondergeschult werden. Ausschlaggebend für die Teilung der Sonderschulkosten zwischen Kanton und Gemeinde kann somit nur sein, ob die obligatorische Schulzeit für behinderte Jugendliche im konkreten Fall bis längstens zum 20. Altersjahr ausgedehnt werden muss.

Der Regierungsrat, 14. Juni 2011

Nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit ist die Zuweisung eines Jugendlichen in eine Sonderschule gegen den Willen der Erziehungsberechtigten gestützt auf das Schulgesetz ausgeschlossen – § 5 Abs. 2 SchulG – Die Schulpflicht umfasst ein Jahr Kindergarten und neun Jahre der Primar- und Sekundarstufe. Eine über die obligatorische Schulzeit hinaus geltende Verpflichtung zum Besuch einer Sonderschule ist im Schulgesetz nicht vorgesehen.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

V.Y. besuchte im Schuljahr 2010/11 zunächst eine 2. Realklasse in der Gemeinde O. Mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Gemeinde O. vom 7. Februar 2011 wurde seinem Vater M.Y. die elterliche Obhut entzogen und V.Y. in einem Jugendheim untergebracht. Gleichzeitig wurde für V.Y. eine Erziehungsbeistand-

schaft angeordnet und D.N. als Beistand eingesetzt. V.Y. besuchte während seines Aufenthalts im Jugendheim weiterhin seine bisherige Klasse in der Gemeinde O. Mit Entscheid vom 2. Mai 2011 verfügte der Rektor der Gemeinde O. die Zuweisung von V.Y. in das Tagesinternat des Heilpädagogischen Zentrums H. für die Dauer vom 2. Mai 2011 bis am 31. Juli 2013. Gegen die Verfügung des Rektors reichte M.Y. bei der Direktion für Bildung und Kultur mit Eingabe vom 5. Mai 2011 eine Beschwerde ein. Er machte in Bezug auf den Besuch der Sonderschule geltend, V.Y. weise keine abnormalen Verhaltensweisen auf, welche eine Integration in eine Sonderschule für Behinderte rechtfertigen würden. Der Rektor der Gemeinde O. erklärte, ob diese Zuweisung über die obligatorische Schulzeit hinaus aufrecht erhalten bleiben könne und solle, sei nach Ablauf der obligatorischen Schulzeit in Absprache mit der Vormundschaftsbehörde zu prüfen. Die angefochtene Verfügung erweise sich jedoch als im Interesse von V.Y. liegend, als sachlich gerechtfertigt und verhältnismässig.

Die Direktion für Bildung und Kultur teilte M.Y., dem Rektor der Gemeinde O. und dem Beistand von V.Y. mit Schreiben vom 14. Juni 2011 mit, V.Y. erfülle mit dem Ende dieses Schuljahres die gesetzlich vorgeschriebene Schulpflicht. Der Entscheid, ob er im kommenden Schuljahr (2011/12) weiterhin die Schule besuche, liege bei M.Y.

Aus den Erwägungen:

(...)

II.

1. M.Y. kritisiert in seiner Beschwerdeschrift neben der verfügten Zuweisung von V.Y. in die Sonderschule auch die vom Gemeinderat O. als Vormundschaftsbehörde am 7. Februar 2011 beschlossenen Massnahmen. Die Direktion für Bildung und Kultur kann im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens die Rügen von M.Y. in Bezug auf den Aufenthalt von V.Y. in der Aussenwohngruppe des Heilpädagogischen Zentrums H. sowie die Ernennung seines Beistands nicht behandeln. Es ist in Anbetracht der vorliegend angefochtenen Verfügung einzig zu beurteilen, ob die Vorinstanz für V.Y. zu Recht den Besuch der Sonderschule bis am 31. Juli 2013 verfügt hat.

2.a) Von Amtes wegen ist zunächst zu prüfen, ob V.Y. die gesetzlich vorgesehene Schulpflicht bereits erfüllt hat, denn gemäss § 5 Abs. 1 SchulG ist zwar jedes

bildungsfähige Kind berechtigt, einen Jahreskurs des Kindergartens, sechs Jahreskurse der Primarstufe und drei Jahreskurse der Sekundarstufe I zu besuchen. Die Schulpflicht umfasst jedoch ein Jahr Kindergarten und neun Jahre der Primar- und der Sekundarstufe I (§ 5 Abs. 2 SchulG).

b) (...) V.Y. hat somit die gesetzliche Schulpflicht gemäss § 5 Abs. 2 SchulG erfüllt. M.Y. wurde zwar mit Beschluss des Gemeinderates von O. als Vormundschaftsbehörde vom 7. Februar 2011 die elterliche Obhut über V.Y. entzogen. Weitergehende Massnahmen, insbesondere eine Beschränkung der elterlichen Sorge, wurden durch die zuständige Vormundschaftsbehörde jedoch nicht angeordnet. (...)

c) Es ist somit festzuhalten, dass bei dieser Rechts- und Sachlage die Vorinstanz nicht berechtigt ist, V.Y. für das kommende und darauffolgende Schuljahr (2011/12 und 2012/13) der Sonderschule zuzuweisen. V.Y. muss die Sonderschule bereits ab dem Schuljahr 2011/12 nicht mehr besuchen, weil er seine Schulpflicht erfüllt hat.

Direktion für Bildung und Kultur, 12. Juli 2011

II. Zivilrecht

Kindesschutzmassnahmen

Obhutsentzug als einstweilige Verfügung

Art. 310 ZGB; § 17 Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1.) – In der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege kommt der Beschwerde regelmässig ein Devolutiveffekt zu. Das bedeutet, dass mit der Einreichung der Beschwerde die Beschwerdeinstanz zuständig wird, über die angefochtene Verfügung zu entscheiden. Der Vorinstanz ist es damit grundsätzlich verwehrt, weitere Abklärungen und Anordnungen in der Streitsache zu treffen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Hrsg., Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, RN 1805 f.). Mit Einreichung der Beschwerde ist die Zuständigkeit zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme – selbst wenn diese superprovisorisch ergeht – betreffend die Streitsache gestützt auf § 17 VRG deshalb auf den Regierungsrat übergegangen (Erw. I. 1).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

B.A. ist der Sohn von A.A. A.A. ist auf eigenes Begehren verbeiständet. Für B.A. wurde am 5. Oktober 2009 ebenfalls eine Beistandschaft errichtet. Am 20. August 2010 gelangten die Eltern von A.A. mit einer Gefährdungsmeldung an die Vormundschaftsbehörde der Gemeinde X. Nebst Familienhilfe, Spitex und sozialpädagogische Familienbegleitung wurde für B.A. der Besuch des Kindergartens an einer Tagesschule organisiert. Nach dem Eingang von weiteren Gefährdungsmeldungen verfügte der Gemeinderat X. am 16. November 2010 einen Obhutsentzug und platzierte B.A. im Kinderheim Y. Mit Präsidialverfügung vom 10. Dezember 2010 verfügte der Gemeinderat X. die Platzierung von B.A. bei den Eltern von A.A. Mit Beschluss vom 7. Januar 2011 verfügte der Gemeinderat X., dass A.A. in das Wohnheim für Mutter und Kind Z. eintreten solle und nach eine Probezeit von zwei Wochen und entsprechender Rückmeldung durch das Wohnheim darüber entschieden werde, ob B.A. bei seiner Mutter im Wohnheim Z. platziert werden könne. Gegen die Verfügung des Gemeinderats X. erhoben die Eltern von A.A. (im Folgenden Beschwerdeführende) Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug und verlangten die teilweise Aufhebung des Beschlusses, sowie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Mit Entscheid vom 14. Februar 2011 entschied der Landammann des Kantons Zug, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht wiederzuerteilen, weil die Erziehungsfähigkeit von A.A. (im Folgenden Beschwerdegegnerin) nur

im Zusammenleben zwischen Mutter und Kind ausserhalb des Elternhauses eingehend und fundiert beurteilt werden könne. Gestützt auf diesen Entscheid verfügte der Gemeinderat X. am 17. Februar 2011 gemäss Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung die Platzierung von B.A. im Wohnheim Z.. Am 4. April 2011 meldeten die Beschwerdeführenden, dass es am Wochenende vom 1. bis 3. April 2011 zu einer Eskalation im Wohnheim gekommen sei. B.A. weile deshalb seither bei ihnen.

Aus den Erwägungen:

(...)

I.

1. Vorliegend ist im Sinne eines Zwischenentscheides die Notwendigkeit einer einstweiligen Massnahme in Form einer sofortigen Platzierung von B.A. bei den Beschwerdeführenden zu prüfen. In der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege kommt der Beschwerde regelmässig ein Devolutiveffekt zu. Das bedeutet, dass mit der Einreichung der Beschwerde die Beschwerdeinstanz zuständig wird, über die angefochtene Verfügung zu entscheiden. Der Vorinstanz ist es damit grundsätzlich verwehrt, weitere Abklärungen und Anordnungen in der Streitsache zu treffen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Hrsg., Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, RN 1805 f.). Mit Einreichung der Beschwerde ist die Zuständigkeit zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme – selbst wenn diese superprovisorisch ergeht – betreffend die Streitsache gestützt auf § 17 VRG deshalb auf den Regierungsrat übergegangen.

II.

1. Nach § 17 VRG kann die Behörde zur Erhaltung des Zustandes oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen treffen (Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 149). Vorsorgliche Massnahmen gewähren somit einstweiligen Rechtsschutz, bis zu einem späteren Zeitpunkt über das im Streit stehende Rechtsverhältnis entschieden wird (Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2008, S. 69). Zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist kumulativ erforderlich, dass eine vorsorgliche Massnahme im Einzelnen notwendig sowie verhältnismässig ist und die zu erlassende Verfügung nicht präjudiziert oder gar verunmöglicht (Kölz/Bosshart/ Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 6 N 9). Die Gegenpartei ist vor dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme anzuhören. Dies darf bei besonderer zeitlicher Dringlichkeit

jedoch unterbleiben, womit der Entscheid superprovisorisch ergeht. Das rechtliche Gehör ist den Parteien im Nachhinein zu gewähren (Müller, a.a.o., S. 69).

2. Oberste Maxime des Kindesrechts ist das Wohl des Kindes. Diese Maxime weist Behörden, die für das Kind Entscheide treffen müssen, an, in der jeweiligen Situation das zu tun, was die gedeihliche Entwicklung des Kindes am ehesten zu fördern verspricht (Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, N 26.04a).

3. Gemäss Entscheid des Landammanns vom 14. Februar 2011 sei es aufgrund der Aktenlage und aufgrund der Aussagen der Beschwerdegegnerin unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Erziehungsfähigkeit und in der Betreuung von B.A. eingeschränkt sei. Wie weit die Einschränkung der Erziehungsfähigkeit gehe und wie grosse Defizite letztlich vorliegen würden, müsse nun eingehend abgeklärt werden. Deshalb habe der Gemeinderat X. in der angefochtenen Verfügung angeordnet, dass ein unabhängiges Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin zu erstellen sei. Allein durch die Möglichkeit, Mutter und Sohn in einem gemeinsamen Alltag zu erleben, könnten definitive Aussagen über die Erziehungsfähigkeit, die vorliegenden Defizite und wie diesen zu begegnen sei, gemacht werden. Wie die Fachpersonen verschiedentlich betonen würden, sei vor allem wichtig, dass die Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin ausserhalb des Einflussbereichs ihrer Eltern beurteilt werden könne. Diese Voraussetzungen könnten nur mit der Platzierung von B.A. im Wohnheim Z. erfüllt werden. Ein weiterer Grund für eine rasche Platzierung sah der Landammann in den Konflikten zwischen den Beschwerdeführenden als Grosseltern und der Beschwerdegegnerin als Kindsmutter. B.A. gerate dadurch in einen Loyalitätskonflikt, der das Kindswohl stark gefährden würde.

4. Gemäss Aussagen der Beschwerdeführenden und der Heimleitung des Wohnheims Z. kam es am Wochenende vom 1. bis 3. April 2011 zu einer Eskalation mit der Beschwerdegegnerin, zum Teil auch wegen Alkoholmissbrauch. Die Beschwerdegegnerin habe sich nicht an die Regeln gehalten und ausserhalb des Hauses übernachtet. Um ihren Sohn habe sie sich in dieser Zeit nicht gekümmert. Gestützt darauf erklärte die Heimleitung, dass die Situation nicht mehr weiter tragbar sei. Die Beschwerdegegnerin sei nach ein paar Tagen jeweils mit der Erziehung ihres Sohnes überfordert und reagiere dementsprechend. Sie habe versucht, mit der Beschwerdegegnerin zusammen zu arbeiten und sie zu unterstützen. Es müsse jedoch festgestellt werden, dass ihr Haus nicht die richtige Institution für die Beschwerdegegnerin sei. Der weitere gemeinsame Verbleib der Beschwerdegegnerin mit B.A. im Wohnheim könne nicht mehr unterstützt werden,

weil durch das Verhalten der Beschwerdegegnerin das Kindswohl stark gefährdet werde. Die Heimleitung empfiehlt eine sofortige Platzierung von B.A. bei den Beschwerdeführenden mit einer angemessenen Besuchsregelung für die Beschwerdegegnerin als Mutter. Die Beschwerdegegnerin könne weiterhin im Wohnheim verbleiben bis eine Anschlusslösung gefunden worden sei.

(...)

5. Aus den Akten geht verschiedentlich hervor, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Erziehungsfähigkeit Defizite aufweist. Durch das gemeinsamen Zusammenleben von Mutter und Kind sollte beurteilt werden, wo die Defizite der Beschwerdegegnerin liegen und wie diesen entsprechend begegnet werden kann. Die Regeln und Strukturen des Wohnheims Z. sollten dabei sicherstellen, dass das Kindswohl trotz der Defizite der Beschwerdegegnerin nicht gefährdet wird.

Die Vorfälle vom 1. bis 3. April 2011 und die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin eigenmächtig ihre Therapie abgebrochen hat, ohne sich um einen neuen Therapieplatz zu bemühen, haben gezeigt, dass selbst durch die straffe Regelung des Wohnheims Z. und die ständige Betreuung und Unterstützung durch das Wohnheim das Kindswohl im Zusammenleben mit der Beschwerdegegnerin zurzeit nicht gewährleistet werden kann. Die Heimleitung des Wohnheims erklärt deshalb, es könne nicht weiter verantwortet werden, dass B.A. zusammen mit der Beschwerdegegnerin im Wohnheim verbleibe, und befürwortet die sofortige Platzierung von B.A. bei den Beschwerdeführenden.

6. B.A. ist nach Ausgeführtem zu seinem eigenen Wohl vorläufig bei den Beschwerdeführenden zu platzieren. Die Beziehung von B.A. zu seiner Mutter ist wichtig und sollte nicht vollends abgebrochen werden. Für B.A. und die Beschwerdegegnerin ist durch die Vormundschaftsbehörde deshalb eine angemessene Besuchs- und Kontaktrechtsregelung festzulegen. Kontakte ausserhalb dieser Regelung sind zu vermeiden, weil sie B.A. in einen zusätzlichen Loyalitätskonflikt stürzen.

7. Den Parteien ist im Nachgang zum vorliegenden Entscheid das rechtliche Gehör zu gewähren. Das Superprovisorium ist anschliessend aufzuheben bzw. durch eine ordentliche vorsorgliche Massnahme oder durch einen Endentscheid in dieser Sache zu ersetzen.

(...)

Regierungsrat, 5. April 2011

III. Planungs- und Baurecht

Art. 22 Abs. 1 RPG, § 1 Abs. 1 V PBG, § 67 Abs. 1 lit. g BO Zug; § 34 Abs. 1 PBG, § 20 BO Zug – Bewilligungspflicht einer Wertstoff-Sortieranlage mit Containern und Mulden? Zulässigkeit der Anlage im Baulinienraum und Zonenkonformität? Einordnung der Anlage in die Umgebung?

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Baugesuchstellerin ohne vorab die entsprechende Baubewilligung eingeholt zu haben, eine Wertstoff-Sortieranlage erstellt und betrieben habe. Der bisherige Standort dieser Container und Abfallmulden inmitten des Areals sei aufgegeben worden und an den heutigen Standort am Rand der Liegenschaft verlegt worden. Damit würden nun die Nachbarn der angrenzenden Liegenschaften den diesbezüglichen Emissionen ausgesetzt. Ob es sich bei den Containern um eine Anlage oder Baute im Sinne des PBG handle, könne nicht zweifelsfrei eruiert werden. Es würden sich in den umliegenden Gebäuden dieser Strasse bereits eine seit längerem betriebene Abfallsortier- und Lagerungsanlage befinden, von deren Existenz die Behörden bis vor dem Augenschein vermutungsweise keine Kenntnis gehabt hätten.

Gemäss Art. 22 Abs. 1 Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Gemäss § 1 Abs. 1 Verordnung zum Planungs- und Baugesetz (V PBG) vom 16. November 1999 (BGS 721.111) sind Bauten und Anlagen künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Namentlich sind es unter oder über dem Boden errichtete Gebäude und Anlagen aller Art, einschliesslich An-, Um- und Aufbauten, Keller, Strassen, Parkplätze, Mauern und Terrainveränderungen und dergleichen. Ferner sind es Fahrnisbauten und provisorische Bauten (§ 1 Abs. 2 V PBG). Ausschlaggebend ist nach der Praxis des Bundesgerichts nicht allein die Veränderung des Terrains durch bauliche Vorrichtungen oder Geländeänderungen; es kommt vielmehr auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens insgesamt an. Massgebend ist daher, ob mit der fraglichen Massnahme nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Dabei ist es möglich, dass gewisse Vorhaben weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage als vielmehr aufgrund ihres Betriebs baubewilligungspflichtig sind (Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 22, N. 10). Die Bau-

ordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 (BO) schreibt eine Baubewilligungspflicht für bauliche Vorkehren, die das Orts- und Landschaftsbild beeinflussen, wie Lagerplätze, Antennen [...] usw. vor (§ 67 Abs. 1 lit. g BO). Die von der Beschwerdegegnerin mit dem Baugesuch eingegeben Wertstoff-Sortieranlage umfasst neben den Gebäuden A und B acht Container, davon sind 5 grössere Mulden für Holz, Hauskehricht, Papier, Karton und Eisen vorgesehen. Die 3 kleineren Mulden sind bestimmt für Glas, Bauschutt und Grüngut. Von den grösseren Containern sind drei geschlossen und mit Kipp- und Pressvorrichtungen versehen, die anderen zwei sind oben offen und mit Schwenktüren versehen. Genaue Grössenangaben der Container werden in der Baubewilligung nicht gemacht. Am Augenschein der Baudirektion vom 22. März 2010 konnte festgestellt werden, dass diese Container ungefähr 7–8 m lang sind 2.30 m breit und 2.50 m hoch und Lagerungsvolumina bis zu 38 m³ erreichen. Die zwei kleineren Stadtmulden haben Volumina bis 10 m³ und sind mit Deckeln versehen, die man auf der einen Seite aufklappen kann. Für das Grüngut ist noch eine Abrollmulde ohne Dach mit einer Höhe von maximal ca. 1–1.50 m aufgestellt, die ein Volumen von 8.30 m³ aufnehmen kann. Das darin gelagerte Grüngut wird mit einer Blache abgedeckt. Zählt man die Volumina der verwendeten Container zusammen, dann übertrifft dies die Masse einer baubewilligungspflichtigen Kleinbaute nach § 2 V PBG deutlich. Die auf dem Gelände vorhandenen Container, die dauerhaft angelegt sind, haben eine räumliche Bedeutung, die eine Bewilligung erfordern. Ohnehin gilt die Bewilligungspflicht auch für Fahrnisbauten und provisorische Bauten. Ein grosser Teil der Mulden steht in dem vom Regierungsrat am 29. Juni 2004 beschlossenen Baulinienabstand. Die Betriebszeiten sind in der Baubewilligung vom 7. Dezember 2010 in II. Ziffer 2. angegeben, mit werktags Montag bis Freitag von 7.00 bis 12.00 Uhr und von 13.00 bis 16.30 Uhr. Die Anlage kann damit ausser am Wochenende täglich bewirtschaftet werden. In regelmässigen Abständen werden die gefüllten Container abgeholt und ersetzt, was einigen Betrieb mit sich bringt. Die Wertstoff-Sortieranlage wird seit November 2009 in dieser Ausgestaltung betrieben und ist auf unbestimmte Zeit bewilligt, was heisst, dass die Anlage auch noch auf Jahre so weiter betrieben werden kann. Es besteht damit unzweifelhaft ein Interesse der Öffentlichkeit aber auch der Nachbarschaft und der Umwelt, dass diese Wertstoff-Sortieranlage behördlich geprüft wird. Aus der Praxis kann auf das Urteil des Bundesgerichts 1C_299/2009 vom 12. Januar 2010 betreffend eine Baubewilligung für eine Glassammelstelle hingewiesen werden. In § 44 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz (PBG) vom 26. November 1998 (BGS 721.11) wird vorgeschrieben, dass wer Bauten und Anlagen erstellen, ändern oder anders nutzen will, einer Bewilligung der zuständigen Gemeindebehörde bedarf. Diese Bestimmung schreibt vor, dass auch Nutzungsänderungen von der zuständigen Behörde bewilligt werden müssen. Bevor die Wertstoff-Sortieranlage am jetzigen Standort

installiert wurde, ist dieser Liegenschaftsteil als Parkplatz genutzt worden. Somit ist auch was die Nutzungsänderung anbetrifft eine Baubewilligung erforderlich. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren für die Wertstoff-Sortieranlage durchgeführt.

3. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass die bewilligte Anlage als Teil der gesamten Abfallsortierungsanlage zu sehen sei. Es müssten für die Zugehör zur Baute bzw. Anlage auch dieselben Grenzabstandsregelungen wie für die Bauten selber eingehalten werden. Es würden somit für die Container nicht nur die Mindestabstandsregelungen gemäss der Verordnung zum Gesetz über Strassen und Wege gelten, sondern vielmehr auch diejenigen von § 47 Abs. 2 lit. c BO. Die Container hätten entsprechend auf allen Seiten einen Abstand von mindestens 6 m einzuhalten. Die Anlage befinde sich grossmehrheitlich im Baulinienraum.

a) Die Wertstoff-Sortieranlage liegt direkt an der Kantonsstrasse. Der Regierungsrat hat mit Entscheid vom 29. Juni 2004 im fraglichen Bereich eine Baulinie im Abstand von 7–8 m zum Trottoirrand der Kantonsstrasse beschlossen. Kantonale Baulinien derogieren die gemeindlichen Grenzabstandsvorschriften. Sie gehen auch dem gesetzlichen Mindeststrassenabstand für Gebäude bei Kantonsstrassen von 6 m gemäss § 17 Abs. 1 lit. a Gesetz über Strassen und Wege (GSW) vom 30. Mai 1996 (BGS 751.14) vor. Nach § 11 Abs. 1 der Verordnung zum Gesetz über Strassen und Wege (V GSW) vom 18. Februar 1997 (BGS 751.141) haben Bauten und Anlagen im Mindestabstand für Gebäude und im Baulinienraum, welche nicht als Einfriedung dienen, einen Mindestabstand von 50 cm vom Strassen- bzw. Trottoirrand einzuhalten. Schliesslich müssen Pflanzungen, Einfriedungen und Mauern an Kantonsstrassen innerhalb des Siedlungsgebiets 30 cm vom Trottoirrand oder 50 cm vom Strassenrand einhalten. Grünhecken und Einfriedungen dürfen höchstens 1.50 m hoch sein. Übersteigen sie dieses Mass, sind sie zusätzlich um ihre Mehrhöhe zurückzusetzen (§ 14 Abs. 2 V GSW). Es stellt sich nun die Frage, ob der fraglichen Wertstoff-Sortieranlage Gebäudecharakter zukommt und damit die Abstände gemäss der Baulinie massgebend sind, oder ob sie als Baute und Anlage im Sinne von § 11 Abs. 1 V GSW zu qualifizieren ist und die diesbezüglichen Abstände einhalten muss. Ob die Wertstoff-Sortieranlage ein Zugehör zu den bestehenden Bauten im privatrechtlichen Sinne darstellt, kann in diesem Verwaltungsverfahren offen gelassen werden.

b) Vorab ist festzuhalten, dass der Begriff der Bauten und Anlagen in § 11 Abs. 1 V GSW nicht mit dem in § 1 Abs. 1 V PBG übereinstimmt. Letztere sind Bauten und Anlagen, die gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG bzw. § 44 Abs. 1 PBG bewilligungs-

pflchtig sind. Die Bauten und Anlagen gemäss § 11 Abs. 1 V GSW sind in Bezug auf die Einhaltung von Strassen- und Grenzabständen von untergeordneter Bedeutung, sodass sie bis 50 cm an die Strassen gestellt werden dürfen. Der Begriff des Gebäudes ist im kantonalen Recht nicht ausdrücklich bestimmt. Eine Umschreibung findet sich in Anhang I der Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB), die am 26. November 2010 in Kraft getreten ist, der jedoch der Kanton Zug noch nicht beigetreten ist. Demnach sind Gebäude ortsfeste Bauten, die zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen eine feste Überdachung und in der Regel weitere Abschlüsse aufweisen. Eine andere Umschreibung findet sich in der zürcherischen Verordnung über die nähere Umschreibung der Begriffe und Inhalte der baurechtlichen Institute sowie über die Mess- und Berechnungsweisen (Allgemeine Bauverordnung) vom 22. Juni 1977 (LS 700.2). Nach dieser Verordnung sind Gebäude Bauten und Anlagen, die einen Raum zum Schutz von Menschen oder Sachen gegen äussere, namentlich atmosphärische Einflüsse mehr oder weniger vollständig abschliessen (§ 2 Abs. 1 Allgemeine Bauverordnung/ZH). Nicht als Gebäude gelten Bauten und Anlagen, deren grösste Höhe nicht mehr als 1.50 m beträgt und die eine Bodenfläche von höchstens 2 m² überlagern (§ 2 Abs. 2 Allgemeine Bauverordnung/ZH). Diese Umschreibungen können für den vorliegenden Fall herangezogen werden. Von Bedeutung ist auch die Umschreibung von Kleinbauten in der kantonalen Verordnung. Gemäss § 2 Satz 1 V PBG sind Kleinbauten eingeschossige, nicht Wohn- oder Gewerbebezwecken dienende Nebengebäude von höchstens 50 m² Grundfläche, 3.50 m Gebäudehöhe und 5 m Firsthöhe. Wie bereits aus der Umschreibung der Kleinbaute hervorgeht, ist auch die Nutzung der Baute von entscheidender Bedeutung.

c) Voranzustellen ist, dass die neu erstellte Wertstoff-Sortieranlage als Ganzes zu betrachten ist, weil sie eine wirtschaftliche und betriebliche Einheit bildet. Mit der Anlage können die auf dem ganzen Areal und auch darüber hinaus anfallenden unterschiedlichen Materialien und Abfälle zentral gesammelt werden. Im Baulinienraum sind von der öffentlichen Planaufgabe an Neubauten unzulässig, d.h. es besteht grundsätzlich ein Bauverbot (§ 34 Abs. 1 PBG). Für Kleinbauten besteht im Baulinienraum in der Regel kein Bauverbot, sie müssen jedoch den Mindestabstand von 0.50 m einhalten (§ 34 Abs. 3 PBG i.V.m. § 11 Abs. 1 V GSW). Von den insgesamt acht Containern des Baugesuchs auf dem Gelände stehen sechs im Baulinienraum und zwei nicht. Jeder Container für sich übertrifft die Masse von 1.50 m Höhe und 2 m² Grundfläche, die nach § 2 Abs. 2 Allgemeine Bauverordnung/ZH bei Unterschreitung keine Gebäude sein können. In den Baugesuchsunterlagen sind die genauen Masse der einzelnen Abroll-, Stadt- und Pressmulden nicht angegeben. Die Beschwerdegegnerin kann demnach gemäss

der Baubewilligung die grössten auf dem Markt erhältlichen Muldentypen im Baulinienraum aufstellen. Geht man von durchschnittlichen Massen dieser Container aus, dann stellt man fest, dass die von den Containern insgesamt beanspruchte Grundfläche und Volumina die Masse einer Kleinbaute gemäss § 2 V PBG deutlich übertreffen. Bezüglich denjenigen Containern, die im Baulinienabstand stehen, wird die maximal zulässige Grundfläche einer Kleinbaute von 50 m² deutlich überschritten. Wesentlich für Kleinbauten ist weiter, dass sie nicht Wohn- und Gewerbe-zwecken dienen dürfen. Gerade im Hinblick auf die Abstandsvorschriften, die auch die Nachbarschaft schützen, sind derartige Nutzungen im Baulinienabstand nicht zulässig. Die fragliche Wertstoff-Sortieranlage dient nun aber gewerblichen Zwecken und bringt mit der Bewirtschaftungsmöglichkeit der Anlage von Montag bis Freitag von 7.00 bis 12.00 Uhr und von 13.00 bis 16.30 Uhr starken Betrieb mit sich. Eine gewerbliche Nutzung im Baulinienraum ist für Bauten und Anlagen gemäss § 11 Abs. 1 V GSW mit einem Abstand von lediglich 0.50 m zur Kantonsstrasse unzulässig. Bei der ungeschützten Ausgestaltung der Anlage fällt die gewerbliche Nutzung noch mehr ins Gewicht, als dies bei einer Kleinbaute der Fall wäre. Bezüglich ihrer farblichen und räumlicher Ausgestaltung ist sie auffälliger als eine gewöhnliche Kleinbaute. Die hier zu beurteilende Wertstoff-Sortieranlage besteht aus Containern unterschiedlicher Grösse und Ausgestaltung. Gemeinsam ist allen, dass sie nicht mit dem Boden verbunden sind und somit jederzeit verschoben und wegbe-fördert werden können. Ortsfestigkeit heisst nun aber nicht, dass die Baute fest mit dem Boden verbunden oder in diesen eingelassen sein muss. Vielmehr geht es darum, dass eine Baute permanent an der gleichen Örtlichkeit steht und vom Betrachter als dauerhaft wahrgenommen wird. Vorliegend nimmt der Betrachter eine Containeransammlung wahr, die wenn auch mit kleineren Verschiebungen permanent, d.h. auf unbestimmte Zeit vorhanden ist. So wird die Wertstoff-Sortieranlage in ihrer jetzigen Ausgestaltung seit November 2009 betrieben und erweist sich somit als ortsfest. Bezüglich der Überdachung ist festzustellen, dass die zwei grossen Abrollmulden für Eisen und Holzpaletten gegen oben offen sind und über keine Decke verfügen. Die drei Pressmulden und die zwei kleineren Stadtmulden für das Glas und den Bauschutt dagegen haben eine feste Decke und ein rundherum abgeschlossenes Gehäuse. Bei den Pressmulden dient der geschlossene Raum der Komprimierung der gesammelten Materialien. So werden die Materialien durch die gedeckten Mulden auch vor Regen und Nässe geschützt, sodass Regenwasser nicht den Abfall durchströmen kann und die anderen Materialien nicht aufquellen. Mit der Überdachung wird auch Abfalltourismus verhindert und der Schutz vor Tieren gewährleistet. Es ist somit nicht abwegig, bei den geschlossenen Press- und Stadtmulden von einem Containerdach zu sprechen. Die offenen Container im Baulinienraum genügen den Einordnungsvorschriften nicht, wie sich nachfolgend unter Erwägung 4 zeigen wird. Zusammengefasst ge-

sagt kommt der Wertstoff-Sortieranlage aufgrund ihrer Ausmasse, die diejenige einer Kleinbaute überschreiten, insbesondere aber auch wegen ihrer gewerblichen Nutzung Gebäudecharakter zu. Sie ist überdies ortsfest und verfügt mit den geschlossenen Containern über eine Überdachung. Mit anderen Worten ist es nicht rechtmässig, dass eine Baute, die die zulässigen Masse einer Kleinbaute überschreitet und zusätzlich eine intensive, gewerbliche Nutzung mit sich bringt, lediglich einen Strassenabstand von 0.50 m einhalten muss. Die Wertstoff-Sortieranlage ist keine Baute und Anlage im Sinne von § 11 Abs.1 V GSW und kann den Mindestabstand von 0.50 m für sich nicht beanspruchen. Sie hat den Baulinienabstand gemäss Baulinienplan vom 29. Juni 2004 einzuhalten.

d) Gemäss § 31 Abs. 1 PBG sichern Baulinien-, Niveaulinien-, sowie Strassenpläne Strassen, Trassen, Wege und Plätze und halten Räume frei, insbesondere für bestehende oder künftige Verkehrsanlagen. Sie dienen der Gestaltung des Verkehrsraums und des Siedlungsbildes (§ 31 Abs. 2 PBG). Bezüglich des Mindestabstands für Bauten und Anlagen von 0.50 m ab dem Strassenrand (§ 11 Abs. 1 V GSW), bleiben gemäss § 11 Abs. 2 V GSW einschränkende Vorschriften von Baulinienplänen vorbehalten. Baulinien sind ein wichtiges Mittel der Nutzungsplanung. Sie können auch genügende Gebäudeabstände sichern; sie sind daher nicht nur für die Freihaltung des Strassenraums im Interesse des öffentlichen Verkehrs, sondern auch für die Sicherung des Zutritts von Licht und Luft sowie die Gewährleistung wohnhygienischer Verhältnisse von wesentlicher Bedeutung (Peter Hänni, Planungs-, Bau-, und besonders Umweltschutzrecht, 5. Auflage, Bern, 2008, S. 239 f.). Insbesondere müssen Vorhaben im Bauliniengebiet mit Sinn und Zweck der Baulinie übereinstimmen. Im Sinne der Baulinien liegt namentlich auch ein gewisser Nachbarschutz; diesen Aspekt gilt es [...] ebenfalls zu berücksichtigen, wenn abzuklären ist, ob ein Bauvorhaben baulinienzweckkonform sei (Richard A. Koch, Das Strassenrecht des Kantons Zürich, Zürich, 1997, Seite 101). Im Beschluss des Regierungsrats (RRB) vom 29. Juni 2004 betreffend den vorliegend massgebenden Baulinienplan rev. Plan U/01-S018 vom 16. April 2004 wird ausgeführt, der Regierungsrat verkenne nicht, dass die Nordzufahrt für das Quartier Guthirt, aber auch für die Quartiere Gartenstadt und Zug-West erhebliche Auswirkungen habe. Die Bewohnerinnen und Bewohner dieser bevölkerungsreichen und weiter wachsenden Quartiere wollten von zusätzlichen Immissionen möglichst verschont bleiben. [...] es werde die Baudirektion verpflichtet, die Erfolgskontrolle nicht nur hinsichtlich des Lärmschutzes durchzuführen, sondern zusammen mit den Vertreterinnen und Vertretern der Quartiere die Auswirkungen der Nordzufahrt zu erörtern und allfällige Massnahmen für den Fall zu treffen, dass die zusätzlichen Belastungen deutlich über den Vorhersagen liegen (RRB vom 29. Juni 2004, Seite 20).

e) Der Regierungsrat hat in seinem Beschluss vom 29. Juni 2004 die Baulinien für die Nordstrasse in Erwägung der zum Teil engen Verhältnisse festgelegt und ist deshalb über die gesetzlichen Mindestabstandsvorschriften hinausgegangen. Im Bewusstsein, dass die Nordstrasse sehr nahe an den Wohnquartieren vorbeiführt, mithin im gesetzlichen Kantonsstrassenabstand geführt wird, sollten weitere Auswirkungen für anliegenden Quartiere möglichst gering gehalten werden. Mit anderen Worten schützt die Baulinie von 7 – 8 m im hier in Frage stehenden Kantonsstrassenbereich auch die Anwohner der Gartenstadt, die stark von der Nordzufahrt belastet sind, vor zusätzlichen Einschränkungen der Wohnhygiene, gerade auch deshalb, weil auf der anderen Seite die gesetzlichen Mindestabstände nicht eingehalten werden konnten. Die Verhältnisse im betreffenden Kantonsstrassenteil mit einer Lärmschutzwand, die direkt an der Strasse steht und mehreren Gebäuden, die den gesetzlichen Mindestabstand von 6 m unterschreiten oder sogar in die Kantonsstrasse hineinragen, sind eng. Die Situation wird mit der Wertstoff-Sortieranlage im Baulinienabstand nochmals verdichtet. Die Anlage übertrifft die gegenüberliegende Lärmschutzwand in der Höhe zwar nicht. Der Zutritt von Luft und Licht für das Grundstück der Beschwerdeführerin und weitere Anwohner wird jedoch trotzdem geschmälert. Die Beschwerdegegnerin bewirtschaftet im Baulinienraum sechs Container. Im Hinblick auf die bewilligten Arbeitszeiten der Anlage, ist die Bewirtschaftung der Container werktags während 8.5 Stunden gestattet. Die Anlage erzeugt somit zusätzlichen Lärm und bringt mit der intensiven, gewerblichen Nutzung, einen Betrieb in den Baulinienraum, der mit der weiten Baulinie auf dieser Strassenseite eben gerade verhindert werden soll. Mit der installierten Wertstoff-Sortieranlage wird der Sinn und Zweck der vorhandenen Baulinie untergraben. Sie ist somit unter diesem Aspekt nicht zulässig.

4. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die bewilligte Anlage scheitere auch an § 20 BO Zug. Denn mit den irgendwo verstreut aufgestellten Mulden und Containern sei weder versucht worden, diese so zu gestalten, dass eine Gesamtwirkung erzielt werde, geschweige denn eine «gute» Gesamtwirkung. Die optische Präsenz dieses wenig durchdachten, wohl eher spontan entstandenen Konstrukts einer Anlage bekräftige dies noch mehr. Durch die knalligen und leuchtenden Farben hebe sie sich stark von ihrer Umgebung ab, die überwiegend weisslich und nicht durch kräftige Farben besteche und füge sich somit in keiner Weise in das bestehende Bild ein.

Gemäss § 20 Abs. 1 BO müssen sich Bauten, Anlagen und Umschwung hinsichtlich Lage, Grösse, Gestaltung, Materialisierung und Farbgebung so in die Umgebung einordnen, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht. Das Einordnungsgebot gilt insbesondere auch für Antennen, Beschriftungen, Reklamen und dergleichen (§ 20 Abs. 2 BO). Diese Bestimmung ist eine allgemeine positive ästhetische General-

klausel. Sie erschöpft sich nicht in einem blossen Verunstaltungsverbot, wonach Bauvorhaben nicht einen stossenden Gegensatz zur Nachbarschaft bilden oder auffallend störend in Erscheinung treten dürfen. Sie verlangt darüber hinaus positiv eine architektonische Gestaltung, welche sich gut in die Umgebung einordnet. Da eine gute Gesamtwirkung verlangt wird, dürfen strengere Massstäbe angelegt werden als bei einem blossen Verunstaltungsverbot. Allerdings sind die Anforderungen an ein Bauvorhaben sorgfältig zu begründen. Es darf nicht einfach auf ein beliebiges, subjektives architektonisches Empfinden oder Gefühl abgestellt werden. Es muss im Einzelnen dargelegt werden, weshalb mit einer bestimmten baulichen Gestaltung weder für den Bau selbst noch für die Umgebung eine gute Gestaltung erzielt wird (BGE 114 Ia 343). Dieser Beurteilung unterliegt jede Baute, auch wenn die übrigen Bau- und Zonenvorschriften beachtet worden sind. Andererseits darf die Anwendung der Gestaltungsvorschrift nicht dazu führen, dass generell für ein bestimmtes Gebiet die Zonenvorschriften ausser Kraft gesetzt werden. Erweisen sich die Auswirkungen von Bauvorschriften allgemein als gestalterisch unbefriedigend, so sind die Pläne und Vorschriften zu ändern (GVP 2002 S. 117).

Die Baubewilligung sieht keine Bepflanzung oder Einfriedung gemäss § 14 V GSW vor, die die Sicht von aussen her auf die Container beschränken würden. Da von der Kantonsstrasse und von anderen Grundstücken her freie Sicht auf die Wertstoff-Sortieranlage besteht, muss sich diese an den Einordnungsvorschriften gemäss § 20 BO messen lassen. Am Augenschein der Baudirektion vom 22. März 2011 konnte festgestellt werden, dass die Anlage insgesamt einen ordentlichen Eindruck macht. Die Mulden sind in regelmässigen Abständen aufgestellt und ausgerichtet. Die Mehrzahl der Mulden sind in einem einheitlichen starken Grün gehalten, wobei die zum Teil vorhandenen gelben Anteile das Bild nicht stören. Die Mulden im Baulinienraum sind auch geschlossen, was einen aufgeräumten Eindruck macht. Eine Ausnahme dazu stellt der Container dar, der für die Eisenteile bestimmt ist. Farblich ist er in den Baugesuchsunterlagen in einem starken rot gehalten, das unschön in seiner Umgebung auffällt und nicht zu den vorhandenen Farben passt. Am Augenschein der Baudirektion vom 22. März 2011 war dieser Container in einem auffälligen mintgrün gehalten. Es ist zu bedenken, dass dieser Container nicht lediglich vorübergehend im Sinne einer Baustelleninstallation dasteht, dagegen wäre nichts einzuwenden. Dieser Container kann gemäss der Baubewilligung unbefristet mithin noch Jahre an dieser Stelle stehen. Von der Kantonsstrasse her besteht freier Blick auf diesen Container, der sich bezüglich Gestaltung, Materialisierung und Farbgebung nicht gut und nicht einmal genügend einordnet. Diese Strasse ist eine wichtige Achse und führt jeden Tag tausende Verkehrsteilnehmerinnen und Verkehrsteilnehmer in die Stadt. Die Wertstoff-Sortieranlage, die unmittelbar an dieser Achse liegt und direkt einsehbar ist, befindet sich somit an einer exponierten Lage. Von den Einordnungs-

vorschriften, die die Stadt in § 20 BO beschlossen hat, kann hier nicht abgewichen werden. Das Baugrundstück grenzt zudem an eine Wohn- und Arbeitszone 4 (WA4), die viergeschossige Gebäude zulässt, aus denen die offenen Container direkt eingesehen werden können. Daran ändert sich mit dem von der Stadt beschlossenen Bebauungsplan Gartenstadt Süd nichts. Die offenen Container sind teilweise nicht einmal mit einer Plane gedeckt, sodass das Altmetall frei liegt. Was die Einordnung angeht, genügen die offenen Container im Baulinienraum den Anforderungen nicht. Dasselbe gilt für die mintgrüne Mulde für das Alteisen.

Die Rüge der Beschwerdeführerin die Einordnungsvorschriften seien nicht eingehalten, erweist sich somit als begründet.

5. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Stadt wolle durch die Auflage einer höher gewachsenen Hecke entlang der Strasse die Verletzung der baurechtlichen Vorschriften durch diese Anlage verdecken.

Am Augenschein der Baudirektion vom 22. März 2011 konnte festgestellt werden, dass eine ungefähr 0.60–1 m hohe Hecke entlang des fraglichen Kantonsstrassenabschnitts besteht. Gemäss § 14 Abs. 1 lit b. V GSW müssen an Kantonsstrassen Pflanzungen und Einfriedungen innerhalb des Siedlungsgebiets einen Mindestabstand vom Trottoirrand von 30 cm einhalten. Sie dürfen höchstens 1.50 m hoch sein. Übersteigen sie dieses Mass, sind sie zusätzlich um ihre Mehrhöhe zurückzusetzen (§ 14 Abs. 2 V GSW). Die bestehende Hecke hält den erforderlichen Strassenabstand ein, was vorliegend auch nicht bestritten wird. Die Höhe kann ebenfalls nicht beanstandet werden. Die Hecke gehört der Grundeigentümerin. In der Baubewilligung vom 7. Dezember 2010 findet sich in Ziffer 3 zur «Gestaltung» eine Auflage: «Zur besseren Einordnung ist die Hecke entlang der Strasse bis zur Höhe der Mulden wachsen zu lassen. Die Mulden haben einen Mindestabstand von 50 cm zum Trottoir einzuhalten.» Die vorhandenen Mulden haben Höhen bis zu ca. 2.50 m, die Hecken dürfen jedoch nach § 14 Abs. 2 V GSW höchstens 1.50 m hoch sein. Diese Auflage kann keine Geltung erlangen.

6. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, unannehmbar seien für die Nachbarschaft und die Beschwerdeführer die unerträglichen Lärm- und Geruchsemissionen. Der von der Anlage ausgehende Lärm unterscheide sich in seinem Klang und in seiner Stärke klar vom eher dumpf wahrgenommenen Verkehrsgeschall der Strasse. Die Liegenschaft der Beschwerdeführerin, wie auch diejenige der Beschwerdegegnerin, sei aus der Industriezone entlassen worden. Die Beschwerdeführerin sei der Auffassung, dass eine solche «Anlage» von mehreren freistehenden Containern nicht bewilligungsfähig sei.

Das Baugrundstück befindet sich in der Bauzone mit speziellen Vorschriften X. Diese Bauzone ist für Gewerbe und Dienstleistungen sowie das Wohnen bestimmt. Es gilt die Lärmschutz-Empfindlichkeitsstufe III (§ 47 Abs. 1 und 4 BO). Die Beschwerdeführerin stellt die Bewilligungsfähigkeit der Anlage grundsätzlich in Frage und spricht der Wertstoff-Sortieranlage damit die Zonenkonformität ab. Gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG muss die fragliche Baute der Nutzungszone entsprechen. Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zonenkonformität bilden die für den betreffenden Zonentyp geltenden Vorschriften. Diese äussern sich primär zum Zweck der Nutzungszone, in welcher das Bauvorhaben liegt. Allgemein gilt, dass Zonenkonformität in erster Linie einen positiven, funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck verlangt, sie ist nicht schon damit erwiesen, dass das Bauwerk dem Zonenzweck – besonders was Emissionen angeht – nicht entgegensteht (Waldmann / Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 22 Rz. 20 f.). In der Lehre wird das Beispiel einer «Abfall-Sortieranlage» explizit bei den Industriezonen erwähnt (Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 22 Rz. 40.). Die Ausgestaltung dieser Anlage wird aber nicht weiter beschrieben. Bei der hier zu beurteilenden Wertstoff-Sortieranlage geht es nicht um Massenproduktion, Maschinenhallen oder dergleichen, die für Industriezonen typisch sind. Bei der fraglichen Anlage werden die auf dem Areal, aber auch ausserhalb des Areals anfallenden und zum Teil von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von zu Hause mitgebrachten Abfälle und wiederverwertbare Materialien gesammelt, verarbeitet und abtransportiert. Zum Areal gehören immerhin auch mehrere Restaurationsbetriebe. Für die Wertstoffsartierung werden auch elektrische und hydraulische Maschinen benutzt. Insgesamt wird mit ungefähr acht Mulden in unterschiedlichen Grössen gearbeitet. Es werden auch Hubstapler und andere kleine Fahrzeuge mit Anhängern eingesetzt. In regelmässigen Abständen werden die Mulden von Lastwagen abgeholt und durch neue ersetzt. Diese Tätigkeiten sind mit der Gewerbe-, Dienstleistungs- und Wohnnutzung vereinbar. In der Lehre wird als Beispiel für eine zulässige Wohn- und Gewerbenutzung etwa eine mechanische Werkstatt oder der Werkhof einer Bauunternehmung genannt (Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 22 Rz. 37). Diese Nutzungen sind vergleichbar mit der verfahrensgegenständlichen Wertstoff-Sortieranlage, welche somit zonenkonform ist.

Die Rüge der Beschwerdeführerin ist somit unbegründet und die Wertstoff-Sortieranlage zonenkonform. Dies kann jedoch nur gelten, soweit die Container der Anlage nicht im Baulinienraum stehen.

Regierungsrat, 30. August 2011

Art. 4 Abs. 2 RPG, § 39 Abs. 2 PBG; Art. 21 Abs. 2 RPG, § 25 PBG, § 37 BO Baar – Rechtsfolgen bei Missachtung eines öffentlichen Mitwirkungsverfahrens? Liegt eine erhebliche Änderung der Verhältnisse seit Erlass des Zonenplanes vor? Verhältnismässigkeit einer Umzonung von der Zone W2b in eine Zone OeB für Alterswohnungen?

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) gewährleistet das kantonale Recht die volle Überprüfung von Verfügungen und Nutzungsplänen. Der Regierungsrat prüft deshalb den angefochtenen Beschluss im Rahmen dieser Beschwerdeverfahren nicht nur auf Rechtmässigkeit. Er prüft ihn mit voller Kognition. Die Pflicht zur vollen Überprüfung gilt in Bezug auf alle Beschwerdeberechtigten. Soweit es sich um reine Ermessensfragen handelt, ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung geboten, damit der Ermessensspielraum der für die Ortsplanung primär zuständigen Gemeinde gewahrt wird (Art. 2 Abs. 3 RPG). Der Regierungsrat hat, im Bewusstsein kantonale Rechtsmittel- und nicht kommunale Planungsinstanz zu sein, zu prüfen, ob das Planungsermessen richtig und zweckmässig ausgeübt worden ist (BGE 114 Ia 248 mit Verweisen).

Die Beschwerdefrist gegen Beschlüsse über den Erlass, die Änderung und die Aufhebung von gemeindlichen Bauvorschriften und Zonenplänen beträgt 20 Tage (§ 67 Abs. 2 lit. c Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998, PBG, BGS 721.11). Diese Beschwerdefrist beginnt ausserdem nicht mit dem auf die Abstimmung folgenden Tag zu laufen, sondern mit der öffentlichen Auflage des Beschlusses über den Erlass, die Änderung und die Aufhebung von gemeindlichen Bauvorschriften und Zonenplänen im Amtsblatt. Beschwerde kann erheben, wer von den Vorschriften oder Plänen berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufwertung des Beschlusses hat (§ 41 Abs. 1 und 3 PBG).

Die Gemeinde X hat an der Gemeindeversammlung vom 13. Dezember 2010 der Zonenplanänderung im Gebiet Strasse Y mit 181 zu 104 Stimmen zugestimmt und gleichzeitig die Einwendungen abgewiesen. Dagegen wurde Beschwerde erhoben. Diese Eingaben entsprechen den formellen Anforderungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (BGS 162.1; VRG). Sie wurden im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht. Die Grundstücke der Beschwerdeführenden grenzen unmittelbar an die umzuzonenden Parzellen der Gemeinde an. Die Beschwerdeführenden sind vom angefochtenen Entscheid besonders berührt, ihre Beschwerdeberechtigung ist gegeben (§ 41 VRG). Auf die Beschwerden ist deshalb einzutreten.

Mit den Verwaltungsbeschwerden wird der Regierungsrat verpflichtet, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden (§ 39 VRG). Mit den Verwaltungsbeschwerden können alle Mängel des Verfahrens und des angefochtenen Entscheids gerügt werden (§ 42 Abs. 1 VRG).

4. Nutzungspläne und ihre Anpassung bedürfen der Genehmigung durch eine kantonale Behörde. Sie prüft diese Pläne auf ihre Übereinstimmung mit den vom Bundesrat genehmigten kantonalen Richtplänen. Erst mit der Genehmigung durch die kantonale Behörde werden die Nutzungspläne verbindlich (Art. 26 RPG). Von Zweckmässigkeitskontrolle ist dann zu sprechen, wenn die Genehmigungsbehörde eine Nutzungsplanung daraufhin überprüft, ob sie mit übergeordneten öffentlichen Interessen vereinbar ist. Einer kommunalen Planung darf die Genehmigung verweigert werden, wenn sie die Erfüllung der dem Kanton obliegenden öffentlichen Aufgaben in unzumutbarer Weise behindern würde, wenn sie sich aufgrund überkommunaler öffentlicher Interessen als nicht haltbar erweist oder wenn sie wegleitenden Grundsätzen und Zielen der Raumplanung nicht entspricht bzw. unzureichend Rechnung trägt (BGE 110 Ia 51 S. 53, 112 Ia 268 E 3b). Das bedeutet, dass ein Plan nicht nur unzweckmässig ist, wenn dessen Anordnungen unter sachlichen Gesichtspunkten unhaltbar sind. Die von der Planungsbehörde getroffene Wahl unter mehreren zweckmässigen Lösungen bedarf dann einer Korrektur, wenn sie gegenüber einer andern zweckmässigen Lösung in eklatanter Weise abfällt (BGE 111 Ia 134 E 6 f.). Die Zweckdienlichkeit von Planungsmaßnahmen ist ein Aspekt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und daher eine Frage der Rechtmässigkeit (BGE 112 Ia 65 E 5c). Die Angemessenheitsprüfung hat sich auf die Frage zu beschränken, ob überhaupt eine angemessene Lösung getroffen wurde. Muss eine Lösung als unangemessen bezeichnet werden, so darf die übergeordnete Behörde nicht das Ermessen der plankompetenten Behörde durch ihr eigenes ersetzen. Vielmehr hat sie die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Behörde zurückzuweisen (Tschannen, Kommentar RPG, N 64 zu Art. 2). Zur Angemessenheitsprüfung angehalten sind von Bundesrechts wegen die Beschwerdebehörden nach Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG. Demgegenüber schreibt das Bundesrecht für die Genehmigung von Nutzungsplänen keine Angemessenheitsprüfung vor.

5. Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass der Gemeinderat nach dem Erwerb der Liegenschaften dort Raum für verschiedene öffentliche Zwecke habe anordnen wollen. Er habe diese Liegenschaften insbesondere als Werkstatt-räume für Kultur, als Schulräume für die Angebote der Integrationskommission und der familienergänzenden Kinderbetreuung nutzen wollen. Aus diesem Grund sei die Umzonung in die Zone des öffentlichen Interesses an die Hand genommen worden. Von Alterswohnungen sei noch keine Rede gewesen. Für den Bau dieser

Wohnungen hätte es auch keine Umzonung gebraucht. Der Verfahrensablauf sei ausserdem mangelhaft gewesen. Die nun von der Gemeindeversammlung beschlossene Umzonung habe das Amt für Raumplanung nicht vorgeprüft. Sie sei auch nie öffentlich aufgelegt worden. Bei der öffentlichen Auflage sei der Gemeinderat noch von anderen Nutzungsabsichten ausgegangen.

Sollen gemeindliche Bauvorschriften, Zonen- oder Bebauungspläne erlassen, geändert oder aufgehoben werden, lässt der Gemeinderat seinen Entwurf von der Baudirektion vorprüfen. Den bereinigten Entwurf legt er während 30 Tagen öffentlich auf. Während der Auflagefrist können beim Gemeinderat schriftlich Einwendungen erhoben werden. Die Berechtigung dazu ist nicht beschränkt. Nach Ablauf der Auflagefrist stimmt die Einwohnergemeinde über die Anträge des Gemeinderates in Kenntnis der Einwendungen und der Vorbehalte der Baudirektion ab. Mit der Abstimmung sind die Einwendungen erledigt (§ 39 Abs. 1 bis 3 PBG). Es steht also fest, dass während der öffentlichen Auflage alle interessierten Personen Einwendungen erheben können. Das sind nicht Einsprachen im Sinne von § 34 ff. VRG, auch nicht Beschwerden oder sonstige Rechtsmittel, sondern es geht dabei um eine formalisierte Mitwirkung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 RPG. Die Abstimmung über die Vorschriften und Pläne erfolgt an der Gemeindeversammlung oder an der Urne, je nach Antrag des Gemeinderates oder nach Gemeindeordnung. Der Gemeinderat muss dafür besorgt sein, dass die Stimmenden von den Einwendungen und der kantonalen Vorprüfung Kenntnis haben. Eine vollständige Wiedergabe der Einwendungen ist nicht erforderlich und wäre auch nicht in jedem Fall möglich. Eine Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts muss genügen. Wird den gemeindlichen Bauvorschriften oder Plänen zugestimmt und werden damit die Einwendungen abgelehnt, besteht für die Einwendenden keinen Anspruch auf Begründung des Entscheids des Souveräns (§ 39 PBG).

Diese Bestimmungen konkretisieren die Pflicht gemäss Art. 4 Abs. 2 RPG, wonach die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden dafür zu sorgen haben, dass die Bevölkerung bei Planungen in geeigneter Weise mitwirken kann. Die relativ offen formulierte bundesrechtliche Pflicht darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass Art. 4 Abs. 2 RPG verbindlich und durchsetzbar ist. Einerseits ist den Nutzungsplänen und Bauvorschriften, die durch fehlende oder mangelhafte Mitwirkung der Bevölkerung zustande gekommen sind, die Genehmigung zu versagen. Andererseits können solche Planungen im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden. Beschwerdelegitimiert sind allerdings nur die in ihrem rechtlich schutzwürdigen Interesse betroffenen Personen (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 14 zu Art. 4). Weder Art. 33 Abs. 1 RPG noch Art. 29 Abs. 2 BV schreiben eine Pflicht zur öffentlichen Auflage des Plans oder der Bauvorschriften im Ent-

wurf vor der Beschlussfassung bundesrechtlich vor. Aus diesem Grund ist eine kantonale Verfahrensvorschrift bundesrechtskonform, welche die Planaufgabe und die Erhebung eines Rechtsmittels gemäss Art. 33 Abs. 3 RPG erst im Anschluss an den Erlass der Vorschriften vorsieht. Einzelne kantonale Erlasse sehen jedoch eine Pflicht zur öffentlichen Auflage der Planentwürfe vor dem Beschluss ausdrücklich vor, so u.a. auch der Kanton Zug in § 39 Abs. 2 PBG (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 7 zu Art. 33).

Die Pflicht zur Bestimmung des Nutzungszwecks jeder Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen entspricht einer Selbstverständlichkeit. Sie stellt vorab eine notwendige Grundlage dar, um prüfen zu können, ob die Ausscheidung der Zone des öffentlichen Interesses durch ein hinreichendes öffentliches Interesse gedeckt und der Bedarf für die Zonenzuweisung ausgewiesen ist (Daniel Gspöner, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Zürich 1990, S. 124 f.). Dieser Vorgabe folgend wollte der Gemeinderat vorerst auf seinen Grundstücken «Strasse Z» Werkstatträume für Kultur sowie Schulräume für die Angebote der Integrationskommission und der familienergänzenden Kinderbetreuung schaffen. Während der öffentlichen Auflage gingen 19 Einwendungen ein. Der Gemeinderat hat in der Folge reagiert. In seiner Stellungnahme vom 30. März 2011 zu den Beschwerdeschriften macht der Gemeinderat geltend, dass es zutrefte, dass die Gemeinde zunächst diverse kurz- und mittelfristige Nutzungen angestrebt habe. Aufgrund der zahlreichen Einwendungen der Nachbarn habe man den Anwohnern entgegenkommen wollen. Der Gemeinderat verzichtete aufgrund der Einwendungen auf die kurz- und mittelfristigen Nutzungen. Er begründete die Umzonung neu mit der Schaffung von Alterswohnungen. Eine solche Nutzung hatte er bei der Vorprüfung durch die Baudirektion und im Rahmen der öffentlichen Auflage noch als langfristig denkbar bezeichnet. Diese langfristigen Nutzungsabsichten sollten gemäss Schreiben des Gemeinderates vom 18. November 2009 zuhanden der Baudirektion für die kantonale Vorprüfung erst nach 10 bis 15 Jahren in einer Gesamtplanung definiert werden. In der öffentlichen Auflage der geplanten Zonenplanänderung war nur noch die Rede von der kurz- und mittelfristigen Nutzung. Während der nächsten 10 bis 15 Jahren wollte der Gemeinderat gemäss Ausschreibungstext die Räumlichkeiten im Gebiet «Strasse Y» als Atelier, Werkstatt-, Schul- sowie Räume für die Jugendarbeit nutzen. Der Gemeinderat begründete in der Ausschreibung, dass diese Nutzungen nicht den Bestimmungen der Wohnzone W2b in die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen umgezogen werden sollten. Im Ausschreibungstext wurde die früher noch als langfristige Option bezeichnete Nutzung, namentlich der Bau von Alterswohnungen auf diesen Parzellen, nicht einmal andeutungsweise angesprochen. Der Gemeinderat hat

nach den Verhandlungen mit den Einwendenden die Begründung für die Umzonung von der Wohn- in die Zone für öffentliches Interesse für Bauten und Anlagen vollständig geändert. Er wollte nicht mehr die von der Baudirektion vorgeprüfte und in der öffentlichen Auflage deklarierte Nutzung realisieren. Vielmehr beantragte er der Gemeindeversammlung eine Umzonung von der Wohnzone W2b in die Zone für öffentliches Interesse für Bauten und Anlagen mit der Begründung, dass dort neu Alterswohnungen realisiert werden sollten. Damit hat nun aber die gemeindliche Exekutive im materiellen Sinne einen Gesetzesentwurf ausarbeiten lassen bzw. geändert, der gemäss § 39 PBG von der Baudirektion hätte vorgeprüft und anschliessend vom Gemeinderat ein zweites Mal hätte öffentlich aufgelegt werden müssen. Der Gemeinderat hätte aufgrund des geänderten Nutzungszwecks den Stimmberechtigten erneut Gelegenheit zur Einreichung von Einwendungen geben müssen, um damit dem Erfordernis der öffentlichen Mitwirkung der Bevölkerung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 RPG nachzukommen.

Der Gemeinderat hat mit dem Verzicht auf eine erneute kantonale Vorprüfung und auf eine erneute öffentliche Auflage der geänderten Zonenplanrevision eidgenössische und kantonale Verfahrensvorschriften verletzt. Gemäss § 42 Abs. 1 PBG bedürfen Bauvorschriften der Genehmigung durch den Regierungsrat. Die Prüfung des Regierungsrates erstreckt sich auf Übereinstimmung der gemeindlichen Bauvorschriften und Pläne mit dem eidgenössischen und kantonalen Recht. Wegen der Verletzung der eidgenössischen und kantonalen Verfahrensvorschriften, insbesondere der fehlenden Mitwirkung der Bevölkerung bei der Umzonung der fraglichen Grundstücke von der Wohnzone W2b in die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen ist der umstrittenen Zonenplanänderung die regierungsrätliche Genehmigung zu versagen. Sie muss von der Genehmigungsbehörde zur Durchführung eines Mitwirkungsverfahrens gemäss Art. 4 Abs. 2 RPG i.V.m. § 39 Abs. 2 PBG an die Planerlassbehörde zurückgewiesen werden, insbesondere auch deshalb, weil es sich nicht um eine untergeordnete Planänderung ohne öffentliches Interesse handelt und daher auf eine Mitwirkung nicht verzichtet werden kann (vgl. Muggli, Kommentar RPG, N 25 und 29 zu Art. 4; Beschluss des Regierungsrates vom 7. April 2009 i.S. St. Z.).

Dieser formelle Fehler bei der Zonenplanänderung führt bereits zur Gutheissung der Beschwerden.

6. Bei diesem Zwischenergebnis stellt sich die Frage, ob auf die Prüfung der weiteren Rügen der Beschwerdeführenden verzichtet werden kann.

Der Regierungsrat hat in einem Beschwerdeentscheid aus dem Jahre 2004 festgestellt, dass bei einem Verzicht auf die Prüfung der weiteren Rügen zumindest in jenem Fall die Bauherrschaft mit Recht den Vorwurf der Willkür erheben könnte, wo sie – um über die Bewilligungsfähigkeit ihres Vorhabens Gewissheit zu erlangen – mit je separaten Verfahren die einzelnen, von den Beschwerdeführenden erhobenen Rügen im Rechtsmittelverfahren abklären müsste. Der Entscheid über die Verwaltungsbeschwerde würde so in Teilentscheide gestückelt, was § 39 VRG widerspräche. Dort heisst es, die obere Verwaltungsbehörde entscheide auf Beschwerde hin in der Sache neu. Wenn schon die untere Behörde gemäss § 12 VRG den Sachverhalt von Amtes wegen feststelle und das Verwaltungsrechtspflegegesetz darunter eine umfassende, dem Untersuchungsgrundsatz folgende Abklärung meine, dann könne die Überprüfung im Verwaltungsbeschwerdeverfahren im Grunde nicht nur Teilaspekte betreffen, weil sonst nicht in der Sache neu entschieden würde, sondern nur Zwischenentscheide ergingen, und zwar zeitlich gestaffelt in solcher Zahl, bis sich ein Ganzes bilde. Das könne nicht der Sinn des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens sein (Regierungsratsbeschluss vom 13. Januar 2004 i.S. A. und B.Z.). Aus diesem Grund ging der Regierungsrat damals auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführenden trotz überschrittener Ausnützung des Bauprojektes ein.

Der Gemeinderat wird nicht umhinkommen, will er denn an der Umzonung festhalten, das formelle Umzonungsverfahren zu wiederholen und korrekt durchzuführen. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführenden nachfolgend einzugehen.

7. Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, dass gemeindliche Zonenpläne im Interesse der von der Planänderung betroffenen Personen eine gewisse Beständigkeit aufweisen müssten. Je neuer ein Zonenplan sei, umso mehr dürfe mit der Planbeständigkeit gerechnet werden. Seit Inkrafttreten der Ortsplanungsrevision seien rund vier Jahre vergangen. Bei einem Planungshorizont von 15 Jahren handle es sich also um einen neueren Plan, weshalb man mit dessen Beständigkeit rechnen könne. Planänderungen seien ausserdem nur zulässig, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert hätten und wenn sie nötig seien. Inwiefern sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit erheblich geändert hätten, leuchte nicht ein. Derzeit lägen die Grundstücke in der Wohnzone W2b. Dort seien Alterswohnungen ebenfalls zulässig. Vorliegend sei die Umzonung weder notwendig noch sinnvoll.

Nutzungspläne sind für jedermann verbindlich (Art. 21 Abs. 1 RPG). Im Gegensatz zu den Richtplänen legen sie aufgrund ihrer Parzellenschärfe für jedes Grundstück die zulässige Bodennutzung unmittelbar fest (Haller/Karlen, Raumpla-

nungs-, Bau- und Umweltrecht, Zürich 1999, S. 303). Raumplanung ist ein ständiger und durchgehender Prozess. Pläne sind daher grundsätzlich abänderbar und in der Regel nach gewissen Zeitabschnitten gänzlich zu überarbeiten (Art. 21 Abs. 2 RPG). Der Planungshorizont von Nutzungsplänen erstreckt sich über rund 15 Jahre. Soll ein Nutzungsplan geändert werden, sind zwei Bedingungen zu beachten: Erstens müssen sich gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG die Verhältnisse erheblich geändert haben, insbesondere die rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen des Planes müssen zu wesentlichen Teilen dahingefallen oder wesentlich neue Bedürfnisse müssen nachgewiesen sein. In solchen Fällen besteht ein anerkanntes öffentliches Interesse, Planung und Wirklichkeit bei Bedarf in Übereinstimmung zu bringen. Zweitens muss das öffentliche Interesse an einer Änderung des Planes die gegenläufigen privaten oder öffentlichen Erhaltungsinteressen überwiegen. Bei der Interessensabwägung ist dem Gebot der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, denn ein Zonenplan kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweist. Somit kann folgender Schluss gezogen werden: Je neuer ein Plan ist, umso mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden, und je einschneidender sich die beabsichtigte Änderung auswirkt, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die für die Planänderung sprechen.

Die Gemeinde Baar revidierte die Ortsplanung letztmals im Jahre 2005. Die Genehmigung der Ortsplanungsrevision nahm der Regierungsrat am 21. März 2006 bzw. 27. März 2007 vor. Der Zonenplan und die Bauordnung vom 5. Juni 2005 (BO Baar) sind also mittlerweile seit fünfeinhalb bzw. seit viereinhalb Jahren in Kraft. Damit steht fest, dass die aktuelle Ortsplanung den ersten Drittel des Planungshorizontes von rund 15 Jahren hinter sich hat. Des Weiteren gilt es zu berücksichtigen, dass der Gemeinderat Mitte 2007, d.h. nach erfolgter Ortsplanungsrevision, eine Kommission für Altersfragen einsetzte. Diese Kommission sollte das aus dem Jahr 1989 stammende Altersleitbild der Gemeinde Baar überarbeiten. Die Kommission lieferte das neue Alterskonzept im Juni 2009 ab. Danach musste bei Alterswohnungen von einem Bettenbedarf von rund 300 Plätzen bis ins Jahr 2025 ausgegangen werden. Dies entsprach im Vergleich zum Stand 2009 einem Mehrbedarf von rund 110 Plätzen. In der «Altersplanung Baar – Teilprojekt – Wohnen mit Service (Alterswohnungen) – Rahmenkonzept» vom 7. Dezember 2010 wurden mögliche Standorte für Alterswohnungen aufgezeigt. Es sollten zum Beispiel am Standort «Hello Baar» bis ins Jahr 2012 28 Alterswohnungen und auf dem Areal der ehemaligen Rudolf Steiner Schule (Areal Asylstrasse) bis ins Jahr 2015 rund 20 Alterswohnungen realisiert werden. Es zeigt sich, dass diese Grundlagen der Gemeinde Baar erst nach der Ortsplanungsrevision vorgelegen haben und damit das Konzept erst zu einem späteren Zeitpunkt in die Nutzungsplanung einfließen konnte. Offensichtlich haben sich die Verhältnisse seit der Erarbeitung des

Altersleitbildes von 1989, auf welchem die Ortsplanungsrevision 2005 fusste, bis heute derart erheblich geändert, dass sich eine Teilrevision der Ortsplanung aufdrängt. Das Vorliegen dieser Studie, welche in der Zwischenzeit erarbeitet worden ist, vermag eine erhebliche Änderung der Verhältnisse zu begründen. Damit steht fest, dass sich die Beschwerdeführenden zu Unrecht in diesem Zusammenhang auf die Rechtssicherheit und Planbeständigkeit der bestehenden Ortsplanung berufen.

Daraus erhellt, dass sich die Grundlagen seit Inkrafttreten der revidierten Ortsplanung 2005 bis heute derart wesentlich verändert haben, dass deswegen die Nutzungsplanung überprüft und nötigenfalls angepasst werden kann. Die Beschwerdegünde sind in diesem Umfang nicht stichhaltig.

8. Die Beschwerdeführenden rügen im Übrigen, dass die Realisierung von Alterswohnungen auf den fraglichen, in der Wohnzone W2b liegenden Grundstücken nicht zwingend eine Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen erforderten. Ein öffentliches Interesse an Alterswohnungen werde dort propagiert, wo ein ausgewiesenes öffentliches Interesse an Alterswohnungen bestehe und der Staat keine andere Möglichkeit der Landbeschaffung als die Enteignung sehe. Die Alterswohnungen würden vorwiegend privat über mehrere Jahre von denselben Personen genutzt. Sie seien deshalb nicht nur der staatlichen Kontrolle, sondern faktisch auch über längere Zeit der Benutzung durch die Öffentlichkeit entzogen. Gemäss Aussagen der Gemeinde Baar liege der Grund für die Umzonung der Parzellen GS Nrn. 492 und 1535 in die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen in der Optimierung der Nutzung und der wirtschaftlichen Überbauung der Grundstücke. Fiskalische Optimierungsinteressen der Gemeinde Baar würden kein öffentliches Interesse zur Schaffung einer Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen zu begründen vermögen. Damit stehe fest, dass die Umzonung nicht nur unnötig, sondern auch systemwidrig sei.

Für den Erlass einer Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen müssen eine gesetzliche Grundlage sowie das öffentliche Interesse gegeben sein. Gleichzeitig muss die Umzonung verhältnismässig sein. Ob die umstrittene Umzonung diesen Voraussetzungen zu entsprechen vermag, wird nachfolgend zu prüfen sein.

9. Die gesetzliche Grundlage zum Erlass der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen ist im kantonalen (§ 25 PBG) und kommunalen Recht (§ 37 BO Baar) gegeben. Danach dienen die Zonen des öffentlichen Interesses dem Gemeinwohl. Sie können Frei- und Grünflächen enthalten oder Bauten und

Anlagen, welche überwiegend öffentlich-rechtlichen Körperschaften dienen (§ 25 Abs. 1 PBG). Gemäss § 37 BO Baar ist diese Zone für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmt. Zu den Grundstücken in angrenzenden Zonen müssen die Grenz- und Gebäudeabstände dieser Zonen eingehalten werden. Im Übrigen werden die Bauvorschriften vom Gemeinderat unter Berücksichtigung der öffentlichen und privaten Interessen von Fall zu Fall festgelegt. Soweit zu den kantonalen und kommunalen Vorschriften.

Damit steht fest, dass die gesetzliche Grundlage für den Erlass der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen gegeben ist.

10. Als weitere Voraussetzung muss das öffentliche Interesse an der Umzonung gegeben sein. Dabei muss geprüft werden, ob u.a. das geltend gemachte zukünftige Bedürfnis, auch in Bezug auf den Land- und den Standortbedarf, genügend konkretisiert ist. Das Bedürfnis ist vom Gemeinwesen so genau wie möglich anzugeben und die Errichtung der öffentlichen Bauten und Anlagen muss mit einiger Sicherheit zu erwarten sein. Steht aufgrund sorgfältiger Analysen und Prognosen, die nach den anerkannten Methoden der Raumplanung durchgeführt werden müssen, fest, dass der geltend gemachte Landbedarf für bestimmte öffentliche Interessen ausgewiesen ist, so ist die Festsetzung der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen nicht zu beanstanden (BGE 114 Ia 339 f.). Aufgabe der Raumplanung ist es, die zweckmässige Nutzung des Bodens auf weite Sicht festzulegen, um zu einer den Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechenden Gestaltung der Siedlungen zu gelangen. Insbesondere sollen für die öffentlichen und die im öffentlichen Interesse liegenden Bauten und Anlagen sachgerechte Standorte bestimmt werden. Dabei ist darauf zu achten, dass Einrichtungen wie Schulen, Freizeitanlagen oder öffentliche Dienste für die Bevölkerung gut erreichbar sind (Art. 3 Abs. 4 RPG). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat seit jeher anerkannt, dass sich das Gemeinwesen die für die öffentlichen Anlagen benötigten Flächen auf weite Sicht mit entsprechender Zonenfestsetzung sichern darf. Wenn in Art. 15 RPG die Festsetzung der Bauzonen u.a. nach dem voraussichtlichen Bedarf der kommenden fünfzehn Jahre verlangt wird, so heisst dies nicht, dass die zu planenden öffentlichen Bauten und Anlagen nicht nach den Bedürfnissen einer längeren Periode bemessen werden dürfen (BGE vom 10. März 1995, in PRA 3/96, 180). Konnte der Bedarf einer Zone des öffentlichen Interesses genügend konkretisiert werden, ist eine Abwägung der verschiedenen Interessen vorzunehmen (vgl. zum Ganzen: Gsponer, a.a.O., S. 92 ff.).

Die Gemeinde Baar hat im Jahre 2005 ihre Ortsplanung letztmals revidiert. Sie stützte sich dabei bezüglich der Alterfragen auf das damals noch bestehende Al-

tersleitbild der Gemeinde Baar aus dem Jahr 1989. Der Gemeinderat hat erst Mitte 2007 das Altersleitbild einer Überprüfung unterziehen lassen, indem er eine Kommission für Altersfragen einsetzte, die ihn in Altersfragen beraten und das bestehende Altersleitbild einer Überprüfung unterziehen sollte. Im Juni 2009 lieferte diese Kommission das neue Alterskonzept ab. Daraus resultierte bis 2025 bei Alterswohnungen ein Bettenbedarf von rund 300 Plätzen, was einem Mehrbedarf von rund 110 Plätzen entsprach. Zusätzliche Alterswohnungen sollten u.a. in Inwil, Allenwinden, Blickensdorf sowie rund 48 Einheiten in bestehenden Wohnungen in der Bahnmatt realisiert werden. Diese Projekte waren aber noch nicht soweit ausgereift, als dass eine Realisierung in den nächsten 5 Jahren möglich erschien. Der Bedarf an rund 110 zusätzlichen Alterswohnungen und das öffentliche Interesse am kontinuierlichen Ausbau des Angebots an Alterswohnungen ist in der Gemeinde Baar gegeben. Der Standort Asylstrasse ist dafür grundsätzlich geeignet. Damit ist erstellt, dass das öffentliche Interesse für eine beschränkte Zahl von Alterswohnungen auf dem Areal der Rudolf Steiner Schule gegeben ist.

11. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit soll sicherstellen, dass der Eingriff in die Eigentums- und Nutzungsordnung geeignet und erforderlich ist, um das angestrebte öffentliche Ziel zu erreichen. Im Übrigen ist zu prüfen, ob sich die Folgen der Umzonung als zumutbar erweisen.

a) Die Umzonung der fraglichen Grundstücke in die Zone des öffentlichen Interesses ist für den Bau von im öffentlichen Interesse liegenden Alterswohnungen grundsätzlich geeignet. Sie ist hilfreich zur Erreichung des verfolgten Zwecks und vermag das Gebot der Geeignetheit zu erfüllen, wenn die Grundstücke sich zur Erfüllung des konkreten öffentlichen Interesses als tauglich erweisen. Diese Beurteilung ist auch im Rahmen der Standortevaluation zu prüfen.

Zu den im öffentlichen Interesse liegenden Bauten und Anlagen gehören solche, die der Altersversorgung dienen. Neben Alters- und Pflegeheimen erfüllen auch Alterswohnungen diese Aufgabe (BGE vom 10. März 1995, in: ZBI 97 S. 118). Namentlich sind Alterswohnungen, die in einem räumlichen und sachlichen Zusammenhang mit Alters- und Pflegeheimen stehen oder über Gemeinschaftsräumlichkeiten verfügen, in einer Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen zulässig. Selbst Alterswohnungen, die keinen Bezug zu einem Alters- und Pflegeheim aufweisen, sind in einer Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen ebenfalls erlaubt. Dass diese Wohnungen während mehreren Jahren ausschliesslich von denselben Personen bewohnt werden, ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden nicht ausschlaggebend. Massgebend ist vielmehr, dass die Möglichkeit, sich um eine solche Wohnung bewerben zu können, in kei-

ner Weise eingeschränkt ist. Damit steht fest, dass die Umzonung des Areals Asylstrasse in die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen zum Bau von Alterswohnungen im Grundsatz geeignet ist.

b) Der Grundsatz der Erforderlichkeit verlangt, dass nicht über das hinausgegangen werden darf, was zur angemessenen Erreichung des öffentlichen Zwecks in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht notwendig ist. Demnach hat eine raumplanerische Massnahme zu unterbleiben, wenn sie zwar geeignet ist, aber eine ebenso taugliche, jedoch mildere Anordnung für die Verwirklichung des angestrebten Ziels ausreicht.

Soeben ist dargelegt worden, dass Alterswohnungen in der Zone des öffentlichen Interesses zwar zonenkonform sind und dass damit das Gebot der Geeignetheit erfüllt ist. Da die fraglichen Grundstücke in der Wohnzone W2b liegen, ist nun zu prüfen, ob der Bau von Alterswohnungen in dieser Zone ebenfalls möglich ist oder ob es dafür einer Umzonung in die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen bedarf. In der Gemeinde Baar sind Wohnzonen für das Wohnen, Läden, die der Quartiersversorgung dienen sowie für nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe bestimmt (§ 29 Abs. 1 BO Baar). Die Gemeinde will auf dem Areal Asylstrasse (GS Nrn. 492 und 1535) Alterswohnungen mit Serviceleistungen sowie eine Pflegewohngruppe realisieren. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um eine typische Wohnnutzung mit einem Dienstleistungsanteil u.a. im Bereich Pflege und Betreuung durch die Spitex, Wohnungs- und Wäschereinigung etc. Diese angebotenen Dienstleistungen können ohne weiteres als nicht störend bezeichnet werden. Damit steht aber fest, dass die fragliche Nutzung der Grundstücke an der Asylstrasse auch innerhalb der Wohnzone W2b möglich wäre und ohne Umzonung in die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen realisiert werden könnte. Die von der Gemeinde beschlossene und vorliegend angefochtene Umzonung ist deshalb für die Realisierung von Alterswohnungen sowie einer Pflegewohngruppe weder erforderlich noch notwendig.

c) Nach dem Gebot der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn ist ein Eigentumseingriff nur dann gerechtfertigt, wenn er ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten öffentlichen Zweck und seinen Auswirkungen wahrt. Im Rahmen der Güterabwägung wird das öffentliche Interesse an einer Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen auch nach Massgabe der Zumutbarkeit nachträglich auf seine Legitimität hin geprüft, ohne dass das im öffentlichen Interesse liegende Ziel der Zone an sich nochmals in Frage gestellt wird. Insbesondere die Grösse der geplanten öffentlichen Baute kann von erheblicher Bedeutung sein. Lässt sie sich nicht im geplanten Umfang realisieren, vermindert sich

das Gewicht des geltend gemachten öffentlichen Interesses. Es kann daher fraglich erscheinen, ob der Souverän der planerischen Grundlage für ein Projekt in dieser verkleinerten Form ebenfalls zugestimmt hätte (BGE 114 Ia 123 f.).

Die Gemeinde plant auf den beiden rund 1'703 m² grossen Grundstücken (GS Nrn. 492 und 1535) im Areal Asylstrasse eine Baute mit maximal vier Geschossen und einer Nutzfläche von rund 2'000 m² für insgesamt 25 Alterswohnungen und eine Pflegewohngruppe. Diese Grundstücke will die Gemeinde im Hinblick auf die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Altersversorgung optimal nutzen. Aus diesem Grund soll sich die Zweckbestimmung der geplanten Baute auch in deren Gestaltung niederschlagen, die sich offenbar wesentlich nach funktionalen Gesichtspunkten orientieren wird. Die Gemeinde geht von einer Überbauung mit 25 Alterswohnungen aus. Erfahrungswerte anderer Kantone hätten ihrer Meinung nach gezeigt, dass nur eine Überbauung mit einer Mindestanzahl von 25 Wohneinheiten genügend soziale Kontakte sicherstellen könne (Stellungnahme der Gemeinde Baar vom 30. März 2011). Wie sich aus der Stellungnahme der Gemeinde Baar vom 6. Juli 2011 ergibt, hat der Gemeinderat schon klare Vorstellungen zur Überbauung der fraglichen Grundstücke. Die Baute solle sich auch gegenüber dem südlich angrenzenden Grundstück gut einordnen. Deshalb sichere der Gemeinderat zu, dass beim Neubau ein viertes Geschoss entlang der südlichen Grundstücksgrenze auf der ganzen Länge um drei Meter gegenüber dem dritten Geschoss zurückversetzt werde. Damit werde das vierte Geschoss von Süden her betrachtet kaum sichtbar sein. Es werde sich keine zusätzliche Beeinträchtigung gegenüber einer W2b-konformen Überbauung ergeben. Für den Gemeinderat ist offenbar eine Umzonung in die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen erforderlich, um eine wirtschaftliche Überbauung für Alterswohnungen zu ermöglichen. Nach seinen Angaben sei dafür die Wohnzone W2b nicht geeignet (Gemeindeversammlungsvorlage vom 13. Dezember 2010, S. 60, Ziff. 5.1.1). Im Übrigen ist der Gemeinderat der Ansicht, dass er sich einzig an den Grenz- und Gebäudeabständen der Nachbarzone orientieren müsse und die übrigen Bauvorschriften in der Zone des öffentlichen Interesses durch ihn unter Berücksichtigung der privaten und öffentlichen Interessen festzulegen seien.

Obwohl gemäss § 37 Abs. 2 BO Baar die Bauvorschriften in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen vom Gemeinderat Baar jeweils unter Berücksichtigung der öffentlichen und privaten Interessen von Fall zu Fall festgelegt werden können, hat der Gemeinderat für die Erarbeitung der erforderlichen Massstäbe und Kriterien vorab die allgemeinen Bestimmungen der Bau- und Zonenordnung heranzuziehen. Die Baubewilligungsbehörde muss sich bewusst sein, dass sie an das geltende kommunale Baurecht gebunden bleibt. Sie muss sich den Sinn

und Geist der BO Baar in ihrer Gesamtheit vor Augen halten. Des Weiteren sind die Bauvorschriften der benachbarten Zone zu berücksichtigen, insbesondere wenn eine Zone des öffentlichen Interesses nicht sehr gross ist und inmitten eines überbauten Wohnquartiers steht. Die Beachtung dieser Normen bei der Bestimmung der Gebäude- und Grenzabstände, aber auch bei der Dimensionierung der Neubaute entspricht geradezu einer sachlichen Notwendigkeit. Die Rechtsprechung orientiert sich dabei am Gebot der Rücksichtnahme auf angrenzende Wohnzonen, welches im Wesentlichen im Bereich der Zonengrenze zur Anwendung gelangt (Gspöner, a.a.O., S. 140 f.).

Die heute noch in der W2b liegenden Grundstücke Nrn. 492 und 1535 weisen eine Fläche von rund 1703 m² auf, sind also flächenmässig nicht sehr gross und grenzen im Westen sowie im Norden an Verkehrsfläche bzw. Bahnareal, im Osten teilweise an Kernzone A sowie Wohnzone W2b und im Süden an Wohnzone W2b. Die neu der Zone des öffentlichen Interesses zuzuordnenden Grundstücke kommen inmitten eines überbauten Wohnquartiers zu stehen. Aus diesem Grund muss sich eine entsprechende Überbauung nicht nur an den Grenz- und Gebäudeabständen, sondern auch an den Bauvorschriften der benachbarten Zone orientieren. In der Wohnzone W2b sind maximal zwei Vollgeschosse zulässig. Die Fassadenhöhe beträgt 6.50 m und die Firsthöhe 10 m. Die maximale Ausnutzungsziffer von 0.5 darf nicht überschritten werden (§ 44 BO Baar). Der Gemeinderat geht bei seiner Planung von vier Vollgeschossen aus. Damit würden die in der Wohnzone W2b maximal zulässige Geschosshöhe um 100 % überschritten. Des Weiteren sieht er im geplanten Bau eine Nutzfläche von 2000 m² vor. Auf den rund 1703 m² grossen Grundstücken darf heute mit einer Ausnutzungsziffer von 0.5 lediglich eine anzurechnende Geschossfläche von 851.5 m² realisiert werden. Nun kann man wohl die vom Gemeinderat angegebene Nutzfläche nicht vollumfänglich als anzurechnende Geschossfläche bezeichnen. Es werden darin wohl auch nicht anrechenbare Abstell- und Kellerräumlichkeiten enthalten sein. Trotzdem kann davon ausgegangen werden, dass das vom Gemeinderat geplante Gebäude eine anzurechnende Geschossfläche von rund 1600 bis 1700 m² ausweisen wird, was annähernd einer Ausnutzungsziffer von 1.0 entspricht. Die heute auf den flächenmässig keinen Grundstücken Nrn. 492 und 1535 sowie im benachbarten Baugebiet geltende Ausnutzung von 0.5 würde damit ebenfalls fast verdoppelt. Eine solche bauliche Konzentration und Nutzungsintensivierung ist weder quartierverträglich noch in Bezug auf das angrenzende Grundstück Nr. 1557 der Beschwerdeführenden Rogenmoser zumutbar. Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn ist vorliegend bei weitem nicht mehr gegeben.

Damit steht fest, dass die fragliche Umzonung der Grundstücke Nrn. 492 und 1535 von der Wohnzone W2b in die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen weder erforderlich noch notwendig noch zumutbar ist und deshalb am Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn scheitert. Auch dies führt zur Gutheissung der Beschwerden.

Regierungsrat, 20. September 2011

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

I. Vorbemerkungen

Rechtsgrundlage

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

Zu den Befugnissen des Datenschutzbeauftragten

Stellt der Datenschutzbeauftragte (im Folgenden: DSB) eine Verletzung von Datenschutzvorschriften fest, so hat er gemäss § 20 Abs. 2 DSG das betreffende Organ aufzufordern, die erforderlichen Massnahmen zur Behebung des Missstands zu ergreifen. Wird die Aufforderung nicht oder nur teilweise befolgt beziehungsweise abgelehnt, hat der DSB die Angelegenheit der vorgesetzten Stelle des betreffenden Organs 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 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG; BGS 162.1) beim Regierungsrat anfechten.

Auf allfällig festgestellte Missstände kann der DSB auch die Direktion des Innern als allgemeinem Aufsichtsorgan über die Gemeinden (§ 42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen; BGS 151.1) im Rahmen einer grundsätzlichen Information oder aber einer Empfehlung aufmerksam machen. Einen diesbezüglichen Entscheid der Direktion des Innern kann der DSB anschliessend beim Regierungsrat anfechten.

Lehnt der Regierungsrat die Empfehlung des DSB ganz oder teilweise ab, so hat der DSB die Möglichkeit, diesen Entscheid gestützt auf § 20 Abs. 4 DSG in Verbindung mit § 61 VRG beim Verwaltungsgericht anzufechten und dessen Entscheid an das Bundesgericht weiterzuziehen (Näheres dazu: 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 Privatperson direkt betroffen, so steht es dieser jederzeit frei, in der Sache den ordentlichen Rechtsweg einzuschlagen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der DSB grundsätzlich nicht über direkte Weisungsbefugnisse gegenüber den Organen verfügt, jedoch seit dem Inkrafttreten der DSG-Revision (08. November 2008) seine Empfehlungen gerichtlich überprüfen lassen beziehungsweise durchsetzen kann.

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

Im Folgenden werden sechs Fälle aus der DSB-Beratung des Jahres 2011 dargestellt. Über 400 weitere Fälle und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis finden sich in den bisher erschienenen ausführlichen Tätigkeitsberichten des Datenschutzbeauftragten der Jahre 1999 bis 2011. Diese können kostenlos beim DSB bestellt werden. Sie stehen auch auf der Website des DSB zur Verfügung: «www.datenschutz-zug.ch».

II. Nicht-Veröffentlichung von bestimmten Geschäften des Kantonsrates im Internet

Ausgangslage

Erneut beschwerte sich eine Privatperson beim DSB, weil auf der kantonalen Website ein Protokoll des Kantonsrates veröffentlicht war, das persönlichkeitsverletzende Ausführungen über sie enthält. Die Betroffene verlangte, dass die entsprechenden Ausführungen über sie in der Internetausgabe des Kantonsratsprotokolls zu löschen seien.

Das Kantonsratsprotokoll wird von der Staatskanzlei betreut und veröffentlicht.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Bekanntlich vergisst das Internet nichts. Grundsätzlich werden alle publizierten Dokumente durch Suchmaschinen kopiert und archiviert. Bereits im Moment der Publikation hat man in aller Regel die Herrschaft über seine Daten verloren. Löschen nützt wenig, meist nichts, weil die Daten durch Google beziehungsweise eine ganze Reihe anderer Suchmaschinenbetreiber bereits kopiert und weltweit verteilt archiviert sind.

2. Das Datenschutzgesetz gelangt zur Anwendung. Der Ausschluss der Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes gemäss § 3 Abs. 2 lit. b DSG kommt hier nicht zur Anwendung, da die Datenbekanntgabe im Internet keinerlei Auswirkungen auf die Datenbekanntgabe gegenüber dem Kantonsrat hat.

Eine Veröffentlichung der fraglichen Daten ist dann zulässig, wenn dies ein formelles Gesetz ausdrücklich vorsieht, dies für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich ist oder die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat.

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Es ist daher nicht zulässig, dass die Staatskanzlei die fraglichen Daten im Internet veröffentlicht.

Fazit

Die Staatskanzlei wird in Zukunft Geschäfte des Kantonsrats, die Personendaten aus den folgenden Bereichen enthalten, nicht im Internet veröffentlichen:

- Unterlagen/Personaldossiers zu Wahlen, die der Kantonsrat vornimmt
- personalrechtliche Geschäfte
- Aufsichtsbeschwerden
- persönlichkeitschutzrelevante Petitionen
- Begnadigungen
- weitere Geschäfte, die besonders schützenswerte beziehungsweise heikle Personendaten zum Gegenstand haben. Beispielsweise Vorstösse im Zusam-

menhang mit Straffällen oder konkreten Ereignissen (etc.), die bestimmte oder bestimmbare Personen betreffen.

Die Nichtveröffentlichung im Internet ist umfassend zu verstehen. Sie bezieht sich somit nicht nur auf das Protokoll des Rates, sondern auch auf sämtliche Unterlagen und Berichte, die einen Zusammenhang mit diesen Geschäften haben. Somit insbesondere: Kantonsratsvorlagen, parlamentarische Vorstösse, Traktandenliste, Berichte und Anträge von Regierung und Kommissionen etc.

Somit sind in der Internet-Version des Protokolls nur Geschäftsnummer/Laufnummer und der Hinweis «Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes wird dieses Geschäft nicht im Internet veröffentlicht» zu publizieren.

Ergänzender Hinweis

Die Papierversion des Kantonsratsprotokolls muss umfassend und vollständig sein.

III. Zur Weitergabe von E-Mails Privater innerhalb der Gemeindeverwaltung

Ausgangslage

Eine Privatperson macht in einer E-Mail eine ganz bestimmte Verwaltungsmitarbeitende einer Gemeinde auf einen konkreten verkehrstechnischen Missstand in der Gemeinde aufmerksam. Die Verwaltungsmitarbeitende antwortet der Privatperson per E-Mail. Diese E-Mail sendet sie mittels «cc» an verschiedene gemeindliche Verwaltungsstellen. Auf diese Weise erfahren viele Gemeindemitarbeitende, welche Person sich über den fraglichen Missstand beschwert hat. Die Betroffene wird in der Gemeinde diesbezüglich angesprochen, es entstehen für sie gewisse Unannehmlichkeiten.

Fragestellung

Wie ist das korrekte Vorgehen bei solchen Bürgeranfragen?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Grundsätzlich unterliegt die Datenbearbeitung durch gemeindliche Verwaltungsmitarbeitende dem Amtsgeheimnis. In aller Regel verweisen die Zuger Gemeinden diesbezüglich auf die Regelung des Kantons oder haben diese ganz oder teilweise übernommen. § 29 Abs. 1 des Personalgesetzes (BGS 154.21) statuiert, dass es den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern untersagt ist, Drittpersonen und anderen Amtsstellen Tatsachen mitzuteilen, die sie bei der Ausübung ihres Amtes erfahren und an denen ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse oder ein Persönlichkeitsschutzinteresse besteht oder die gemäss besonderer Vorschrift geheim zu halten sind. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist strafbewehrt (Art. 320 StGB).

Je nach dem konkreten Sachverhalt kann sich allenfalls auch die Frage nach einer Persönlichkeitsverletzung im Sinne des ZGB stellen.

2. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit schreibt vor, dass nur diejenigen Daten zu bearbeiten sind, die für die Aufgabenerfüllung (zwingend) notwendig sind.

3. Im vorliegenden Fall lag keine gesetzliche Grundlage vor, welche die Weitergabe des Namens des E-Mail-Absenders vorgeschrieben hätte.

4. Die E-Mail der Privatperson enthielt weder eine ausdrückliche Zustimmung, noch irgendwelche Hinweise die darauf hätten schliessen lassen, dass der Inhalt der fraglichen E-Mail weiteren Stellen bekanntzugeben sei. Die Privatperson sandte ihre E-Mail nicht an eine allgemeine E-Mail-Adresse (wie etwa: «info@gemein-

de.ch)), sondern an die für den fraglichen Vorfall zuständige Verwaltungsmitarbeitende («vorname.name@gemeinde.ch»).

5. Es hätte somit genügt, wenn die Verwaltungsmitarbeitende die allenfalls mitbeteiligten gemeindlichen Stellen ohne Namensnennung über den Sachverhalt informiert hätte beziehungsweise bei diesen die erforderlichen Massnahmen in Auftrag gegeben hätte. Für die Verbesserung der monierten Situation spielte es keine Rolle, welche Person sich über den Missstand beschwerte.

Anschliessend wäre die betroffene Person – und nur sie – durch die Verwaltungsmitarbeitende kurz über die Erledigung zu informieren gewesen.

Fazit

Wenn nicht eine ausdrückliche Zustimmung zur Bekanntgabe von Daten/Informationen an weitere Stellen vorliegt, dürfen Daten nicht ungefragt an andere Organe weitergeleitet werden. Sollte sich die anfragende Person an eine unzuständige Stelle wenden, kann sie darüber informiert werden, an wen sie sich allenfalls wenden kann.

Ergänzende Hinweise

Je nach konkretem Sachverhalt kann sich allenfalls die Frage stellen, ob eine Eingabe unter die Regelung von § 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetz (BGS 162.1) fällt, die besagt, dass eine Eingabe, die einer unzuständigen Instanz zugestellt wurde, unter Mitteilung an den Absender an die zuständige Behörde weiterzuleiten ist.

Diese Situation war hier nicht gegeben, da die angesprochene Verwaltungsstelle direkt das Erforderliche veranlassen konnte.

IV. Der Rechtsanwalt einer bevormundeten Person verlangt Einsicht in deren Daten

Sachverhalt

Eine volljährige bevormundete Person hat einen Rechtsanwalt beauftragt, weil sie allenfalls Beschwerde gegen ihre Vormundin führen will.

Der Anwalt verlangt bei der IV-Stelle namens der bevormundeten Person Einsicht in deren Daten, damit er sich ein Bild über den Sachverhalt machen kann, der zum Konflikt zwischen der bevormundeten Person und deren Vormundin geführt hat.

Die IV-Stelle verweigert die Einsichtnahme, weil sich in den Akten sowohl finanzielle wie auch ärztliche Unterlagen befinden. Eine Akteneinsicht werde deshalb nur mit Zustimmung der Vormundin gewährt.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Bezüglich der Frage der Einsicht in die eigenen Daten ist die betroffene bevormundete Person offenbar urteilsfähig.

2. Die Einsicht in die eigenen Daten gemäss § 13/14 DSG kann jederzeit durch die betroffene Person selber ausgeübt werden, da es sich dabei um ein relativ höchstpersönliches Recht handelt, das auch durch urteilsfähige Bevormundete ausgeübt werden kann. Hat diese diesbezüglich (zulässigerweise [die Frage der Zulässigkeit der Auftragserteilung seitens der bevormundeten Person an den Rechtsanwalt ist nicht Gegenstand der vorliegenden Ausführungen]) einen Rechtsvertreter beauftragt, ist dieser ohne weiteres befugt, das Einsichtsrecht für die bevormundete Person geltend zu machen.

3. Die IV-Stelle hatte daher die Einsicht auch ohne Zustimmung der Vormundin zu gewähren.

V. Zur Bekanntgabe von Adressen durch die Einwohnerkontrolle für eine medizinische Studie

Ausgangslage

Im Auftrag des Bundes führt ein Universitätsinstitut eine medizinische Studie durch, bei der mittels Fragebogen Gesundheitsdaten von Kindern eines bestimmten Alterssegments erhoben werden sollen. Die Projektleitung möchte bei den Gemeinden Adressen von den entsprechenden Familien beziehen.

Konkret soll die Einwohnerkontrolle die folgenden Daten liefern: Vorname, Name, Adresse und Telefonnummer der Eltern von Kindern von bestimmten Alterssegmenten sowie Vorname, Name, Geschlecht, Geburtsdatum und Nationalität der Kinder.

Fragestellung

Die gemeindliche Einwohnerkontrolle erkundigt sich beim Datenschutzbeauftragten, ob die fraglichen Daten bekannt gegeben werden dürfen und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Zur Rechtsgrundlage

Es ist keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, welche die Gemeinden zwingend verpflichtet, bei dieser Studie mitzumachen bzw. Personendaten ihrer Einwohnernden bekanntzugeben. Die Gemeinden sind auf die Freiwilligkeit hinzuweisen. Auch die Eltern sind nicht verpflichtet, bei der fraglichen Studie mitzumachen.

Im Rahmen der untenstehenden Hinweise ist es den Gemeinden jedoch möglich, Daten bekanntzugeben.

2. Keine Bekanntgabe der Telefonnummer der Eltern

Grundsätzlich ist die Erhebung der Telefonnummer durch die Einwohnerkontrolle anlässlich der Anmeldung unzulässig. Sollte die Gemeinde über Telefonnummern verfügen, darf sie sie im vorliegenden Fall nicht bekanntgeben.

3. Keine Bekanntgabe von gesperrten Adressen

Soweit betroffene Personen ihre Daten gemäss § 9 DSG haben sperren lassen, dürfen seitens der Gemeinde keine Daten dieser Personen bekannt gegeben werden.

4. Datenübermittlung

Es sind die Vorgaben zur Datensicherheit einzuhalten. So ist es allen Beteiligten insbesondere untersagt, Daten unverschlüsselt via E-Mail zu versenden.

5. Kooperation der Eltern

In Schreiben und allfälligen Telefonaten sind die Eltern ausdrücklich und prominent auf die Freiwilligkeit ihrer Angaben aufmerksam zu machen.

6. Wie darf die Projektleitung die Gemeinden über die Prüfung des DSB informieren?

Die Projektleitung möchte im Gesuch an die Gemeinden darauf hinweisen, dass der Datenschutzbeauftragte das Datenhandling der vorliegenden Studie geprüft hat. Der DSB hat die Projektleitung autorisiert, die Gemeinden in folgender Weise zu informieren:

«Der Datenschutzbeauftragte des Kantons Zug hat zu der vorliegenden Studie eine Stellungnahme abgegeben und darin festgehalten, dass die Mitarbeit der Gemeinden freiwillig ist, dass die Einwohnerkontrolle keine Angaben zu gesperrten Adressen machen darf, zudem die Bekanntgabe der Telefonnummer der Eltern nicht zulässig ist. Im Weiteren dürfen keine Daten unverschlüsselt via E-Mail übermittelt werden.»

7. Information des DSB

Dem Datenschutzbeauftragten ist mitzuteilen, in welchen Zuger Gemeinden effektiv Daten erhoben werden.

VI. Zum Anspruch gegenüber der Einwohnerkontrolle auf Bekanntgabe von nicht gesperrten Adressen

Ausgangslage

Auf Anfrage im Einzelfall gibt die Einwohnerkontrolle Privatpersonen gestützt auf § 8 Abs. 2 Bst. a DSG voraussetzungslos die Adresse einer bestimmten Person bekannt. Die Anfrage bedarf somit keiner Begründung. Hat die betroffene Person ihre Daten gestützt auf § 9 DSG gesperrt, wird die Auskunft verweigert.

Fragestellung

Die Einwohnerkontrolle einer Gemeinde erkundigt sich beim Datenschutzbeauftragten, ob eine nicht gesperrte Adresse in jedem Fall bekannt zu geben sei oder ob die Bekanntgabe allenfalls auch verweigert werden könne.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

In § 8 Abs. 2 Bst. a DSG ist der Grundsatz festgelegt, wonach eine nicht gesperrte Adresse durch die gemeindliche Einwohnerkontrolle voraussetzungslos bekannt zu geben ist. Die Einwohnerkontrolle ist somit nicht verpflichtet, bezüglich einer Anfrage nach einer Adresse Abklärungen oder Nachforschungen vorzunehmen.

Gemäss § 8 Abs. 2 Bst. d DSG kann die Einwohnerkontrolle die Bekanntgabe von Daten jedoch verweigern, sofern andernfalls schützenswerte Interessen der betroffenen Person beeinträchtigt werden.

Liegen somit Anhaltspunkte vor, dass eine Adresse missbraucht werden könnte oder ist aufgrund des Sachverhalts davon auszugehen, dass die betroffene Person ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse geltend machen könnte, so ist die Bekanntgabe zu verweigern, wie wenn eine Sperre eingerichtet wäre.

In der Praxis könnte dies etwa der Fall sein, wenn die Bekanntgabe von Adressen von Minderjährigen durch eine erwachsene Person verlangt wird oder falls die Einwohnerkontrolle Kenntnis von allfälligen Nachteilen für die betroffene Person hat. So beispielsweise, wenn bekannt ist, dass eine Frau von ihrem früheren, gewalttätigen Ehepartner verfolgt wird, sie aus Nichtwissen jedoch keine Adresssperre verlangt hat.

Fazit

Der Anspruch auf Bekanntgabe einer Adresse ist somit nicht absolut, es können überwiegende schutzwürdige Interessen der betroffenen Person berücksichtigt werden. In der Praxis ist dabei jedoch Voraussetzung, dass der Einwohnerkontrolle solche überhaupt bekannt sind.

Ergänzender Hinweis

§ 10 DSG sieht in Bst. a vor, dass ein Organ die Datenbekanntgabe selbst gegenüber einem anderen öffentlichen Organ ablehnen kann, wenn dem offensichtlich schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person entgegenstehen.

VII. Adressbekanntgabe trotz Datensperre?

Ausgangslage

Eine Privatperson hat gestützt auf § 9 DSG ihre Daten bei der Einwohnerkontrolle sperren lassen. Dieser Person sollte durch einen Rechtsanwalt ein Wechsel (zum Protest) vorgelegt werden. Der Rechtsanwalt verlangte bei der Gemeinde, in der er den Wohnsitz der fraglichen Person vermutete, die Bekanntgabe deren Adresse.

Fragestellung

Die Gemeinde erkundigte sich beim Datenschutzbeauftragten, ob die fragliche Datenbekanntgabe zulässig ist, obwohl der Betroffene seine Daten gesperrt hat.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Gemäss Art. 1035 OR muss der Wechselprotest durch eine hierzu ermächtigte Urkundsperson oder Amtsstelle erhoben werden. § 7bis des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (BGS 223.1) sieht vor, dass Wechsel- und Checkprotest durch den Gemeindeschreiber, seine Stellvertretung oder durch einen dazu ermächtigten Rechtsanwalt öffentlich zu beurkunden sind.
2. Bei der öffentlichen Beurkundung eines Wechselprotests handelt es sich somit um eine hoheitliche öffentliche Aufgabe. Wird dem Schuldner der Wechsel durch den Gemeindeschreiber vorlegt, ist letzterer zwingend auf die aktuelle Adresse des Schuldners angewiesen, andernfalls er die öffentliche Beurkundung nicht vornehmen kann. Der Gemeindeschreiber ist befugt die fragliche Handlung vorzunehmen, die Datensperre entfaltet hier somit keine Wirkung.
3. Wird die öffentliche Beurkundung eines Wechselprotests durch einen dazu ermächtigten Rechtsanwalt vorgenommen, so handelt es sich – wie bei der Vornahme durch den Gemeindeschreiber – auch diesfalls um die Vornahme einer öffentlichen Aufgabe. Die Datensperre ist demnach hier nicht beachtlich, da der Anwalt nicht als Privatperson handelt.
4. Die Einwohnerkontrolle hat dem Rechtsanwalt die Adresse des fraglichen Schuldners somit trotz der Datensperre bekanntzugeben.

