



Gerichts-
und Verwaltungspraxis
des Kantons Zug
1997/98

Staatskanzlei des Kantons Zug
Zug 1999 - 700

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

Inhaltsübersicht

	Seite
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	V
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
 <i>A. Gerichtspraxis</i>	
I Staats- und Verwaltungsrecht	3
1. Steuern und Abgaben	3
2. Sozialversicherungsrecht	23
3. Verantwortlichkeitsgesetz	69
4. Bau-, Planungs- und Umweltschutzrecht.	72
5. Strassenverkehrsrecht	109
6. Verfahrensrecht	112
II. Zivilrecht	121
1. Familien- und Erbrecht.	121
2. Sachenrecht	129
3. Obligationenrecht	132
4. Internationales Privatrecht	139
III. Schuldbetreibung und Konkurs	145
IV. Strafrecht	169
V. Rechtspflege	180
1. Zivilrechtspflege	180
2. Strafrechtspflege	202
3. Anwaltsrecht	216
4. Beurkundungswesen	221
 <i>B. Verwaltungspraxis</i>	
I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	226
1. Bürgerrecht	226
2. Politische Rechte	229
3. Gemeinden	236

II. Zivilrecht	290
1. Personenrecht	290
2. Familienrecht	295
3. Obligationenrecht	316
III. Denkmalpflege und Archäologie	322
IV. Bauwesen.	327
V. Soziale Sicherheit	333
VI. Verwaltungsrechtspflege	334
<i>C. Grundsätzliche Stellungnahmen</i>	
Oberaufsichtsrecht des Kantonsrates gegenüber Exekutive und Justiz	342
a) Auszug aus der Stellungnahme des Büros des Kantonsrats vom 12. November 1998 (Vorlage Nr. 594.2/9674)	342
b) Stellungnahme des Verwaltungsgerichts vom 5. Dezember 1997 an das Büro des Kantonsrats	344

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Steuern und Abgaben

- § 20 StG. – *Finanzausgleich der katholischen Kirchgemeinden. Bei der Festlegung der Höhe der Fondseinlage und dem Verteilerschlüssel gemäss Antrag der Kommission für den Steuerausgleich steht dem Regierungsrat (lediglich) die Rechtskontrolle zu.* 3
- § 61 StG, Art. 45 DBG. – *Wann besteht bei Arbeitslosigkeit Anspruch auf eine Zwischentaxation?* 11
- § 5 GStG.– *Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Das Wohneigentum muss im Zeitpunkt der Veräusserung selbst genutzt sein.* 16
- § 15 KV, § 6 GSTG. – *Steuerbefreiung der Kirchgemeinden. Die verfassungsmässige Steuerbefreiung der Kirchgemeinden kann nicht durch Gesetz eingeschränkt werden.* 18
- § 29 GSTG. – *Erlass der Grundstückgewinnsteuer. Kriterien des Begriffes der grossen Härte. Wann besteht ein Rechtsanspruch auf Erlass?* 19

2. Sozialversicherungsrecht

- Art. 1 Abs. 1 lit. b und Art. 5 Abs. 2 AHVG. – *Wann übt eine Person mit Wohnsitz im Ausland in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit aus? Faktische Organstellung, wenn jemand einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens nimmt.* 23
- Übergangsbestimmungen zur 10. AHV-Revision – *Per 1. Januar 1997 konnten nicht alle möglichen Ansprüche und Renten per sofort neu überprüft und angepasst werden. Anpassungen haben aber bis spätestens zum 1. Januar 2001 zu erfolgen. In diesem Fall Eintritt eines neuen Versicherungsfalls per 1. Januar 1997 verneint.* 26
- Art. 21 IVG – *Hilfsmittel. Kontaktlinsen werden als Hilfsmittel nur noch abgegeben, wenn sie eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen darstellen. Anspruch in diesem Fall verneint.* 30

<i>Art. 2 Abs. 1 ELG und Art. 23 ZGB – Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz als Anspruchsvoraussetzung für Ergänzungsleistungen bei Schweizerbürgern.</i>	Seite 32
<i>Art. 2 FZG. – Höhe der Austrittsleistung. Anwendbarkeit des Gesetzes oder des Reglements der Vorsorgeeinrichtung? Gültigkeit einer Reglementsänderung.</i>	36
<i>Art. 6 UVG und Art. 9 UVV. – Definition des Unfalls. Beim Fehlen des Nachweises des ungewöhnlichen äusseren Faktors wirkt sich die Beweislosigkeit zu Ungunsten des Leistungsansprechers aus. Beweislosigkeit bejaht im Fall, dass der Leistungsansprecher nicht nachweisen kann, auf was für einem harten Gegenstand er beim Kauen einen Zahn beschädigt hat.</i>	42
<i>Art. 8 und 13 Abs. 2^{quater} AVIG. – Die beitragspflichtige Beschäftigung im Rahmen einer durch die Arbeitslosenversicherung vorübergehend finanzierten Beschäftigung kann nicht als Beitragszeit im Sinne von Art. 8 AVIG angerechnet werden (hier die vorübergehende Beschäftigung durch den Verein für Arbeitsmarktmassnahmen, VAM).</i>	47
<i>Art. 8 und 15 AVIG – Vermittlungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung. Verneinung der Vermittlungsfähigkeit, wenn der Versicherte nur noch für sehr beschränkte Zeit (fünf Wochen) dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen kann.</i>	51
<i>Art. 15 Abs. 1 AVIG. – Vermittlungsfähigkeit. Ein ausländischer Arbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung ist nicht berechtigt, eine Arbeit anzunehmen und damit nicht vermittlungsfähig im Sinne von Art. 15 AVIG. Entsprechend fehlt es an einer Anspruchsvoraussetzung für die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung.</i>	53
<i>Art. 31 ff. AVIG – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Voraussichtlich vorübergehender Arbeitsausfall als Anspruchsvoraussetzung im vorliegenden Fall verneint.</i>	57
<i>Art. 85b Abs. 1 AVIG und S 4 Abs. 2 EG AVIG – Sanktionskompetenz des zugerischen RAV: fehlende gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Sanktionen.</i>	60
<i>§ 11 Abs. 1 PvKG. – Wer Anspruch auf Prämienverbilligung erheben will, muss die entsprechende Bescheinigung bis zum 31. März bei jener Gemeinde einreichen, wo er am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatte. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die nur aus wichtigen Gründen verlängert werden kann. Möglichkeit der Wiederherstellung der Frist aus wichtigen Gründen in casu verneint.</i>	66

3. Verantwortlichkeitsgesetz

Seite

- § 3 *Verantwortlichkeitsgesetz*. – *Mögliche Haftentschädigungsansprüche und damit die Staats- und Beamtenhaftung für ungesetzliche bzw. ungerechtfertigte Eingriffe die persönliche Freiheit sind in der Strafprozessordnung umfassend geregelt; für die Beurteilung solcher Ansprüche sind ausschliesslich die Organe der Strafrechtspflege zuständig. Damit bleibt gestützt auf den in § 3 VG statuierten Vorbehalt anderer gesetzlicher Bestimmungen kein Raum für die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes.* 69

4. Bau-, Planungs- und Umweltschutzrecht

- Art. 22^{ter} BV, Art. 3 ff. RPG. – *Eigentumsgarantie und Ortsplanung. Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen.* 72
- Art. 2, 26 und 33 RPG, § 15 BauG. – *Überprüfung der Ortsplanung im Beschwerde- und Genehmigungsverfahren. Zuständigkeiten und Kognition.* 80
- Art. 3 und 14 f. RPG. – *Isolierte Kleinbauzonen ohne sachgerechte planerische Rechtfertigung sind unzulässig.* 81
- § 7 und § 63 BauG, § 27 VV BauG. – *Unterbleibt die Publikation eines Bauvorhabens, so beginnt die Einsprachefrist zu laufen, sobald der beschwerdeberechtigte Nachbar in Kenntnis aller für die erfolgreiche Wahrung seiner Rechte wesentlichen Elemente ist.*
- Unterlässt er eine solche Einsprache, so bleibt er gleichwohl in einem von Amtes wegen eingeleiteten nachträglichen Baubewilligungsverfahren einspracheberechtigt. Er riskiert aber, dass der gesetzmässige Zustand nach den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens nicht voll wiederhergestellt wird.* 85
- § 62 und 41 VRG, Art. 103 lit. a OG. – *Die Legitimation nach kantonalem Recht wird in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht ausgelegt (Bestätigung der Rechtsprechung). Legitimation verneint bei Beschwerde gegen die Bewilligung eines Werkplatzes für Recycling-Material und eine Betonaufbereitungsanlage in der Industriezone bei einer Distanz von 370 m zur Wohnung des Beschwerdeführers.* 87
- § 2 BO Zug. – *Bestandesgarantie. Der Wiederaufbau eines abgerissenen Gebäudeteils fällt nicht unter die Bestandesgarantie.* 89
- § 50 Abs. 2 BO Zug. – *Abweichung von der Regelbauweise in der Ortskernzone Oberwil. Abweichungen haben den Zweck des Ortsbildschutzes sowie öffentliche und nachbarliche Interessen zu berücksichtigen.* 94

VII

<i>§ 11 VVBauG, Art 26 BO Baar. – Ohne anders lautende Bestimmung in der Bauordnung gilt der Gebäudeabstand auch zwischen Bauten auf dem gleichen Grundstück.</i>	Seite 98
<i>§ 9 BO Buonas. – Gesamtüberbauungsplan. Unter welchen Voraussetzungen sind spätere Abweichungen von einem aufgrund eines Gesamtüberbauungsplan gewählten Gestaltungskonzept zulässig?</i>	101
<i>§ 11 VV BauG, § 13 BO Walchwil. – Begriff des gewachsenen Terrains. Wann gilt nicht der natürliche Geländeverlauf, sondern gestaltetes Terrain als gewachsenes Terrain? Frage offen gelassen.</i>	105
<i>Art. 9 und 55 USG, Art. 5 Abs. 3 UVPV, § 24^{bis} BauG. – Das Zonenplanverfahren ist das massgebliche Verfahren für die Umweltverträglichkeitsprüfung der Zone übriges Gebiet für Kiesabbau (üGK).</i>	108

5. Strassenverkehrsrecht

<i>Art. 16 SVG, Art. 44 VZV. – Der Ausländer mit mangelhaften Deutschkenntnissen darf die Kurz-Theorieprüfung zur Umschreibung des Führerausweises Kategorie C unter Beizug eines Dolmetschers ablegen.</i>	109
---	-----

6. Verfahrensrecht

<i>§ 50 und § 61 VRG. – Kreditbeschlüsse des Kantonsrates und des Regierungsrates sind keine beim Verwaltungsgericht anfechtbaren Verwaltungsentscheide. Die Nichtunterstellung solcher Beschlüsse unter das Referendum ist ebenfalls nicht beim Verwaltungsgericht anfechtbar.</i>	112
<i>Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG). – Ablauf einer Frist. Wann ist die Frist bei Einzahlung des Kostenvorschusses über eine Bank eingehalten?</i>	117
<i>§ 17 und § 40 VRG, § 39 GG. – Der Regierungsrat kann in Entscheide eines Gemeinderates als Beschwerdeinstanz oder als Aufsichtsbehörde eingreifen oder vorsorgliche Massnahmen treffen. Diese sind gesondert beim Verwaltungsgericht anfechtbar, wenn bis zum Endentscheid ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht.</i>	119
<i>§§ 62 und 41 VRG – vgl. Entscheid S. 88</i>	

1. Familien- und Erbrecht

Art. 156 Abs. 2 ZGB, Art. 285 Abs. 1 ZGB. – Der Richter setzt den Betrag fest, den der Ehegatte, dem das Kind in einer Scheidung nicht zugesprochen wird, an die Kosten des Unterhaltes des Kindes zu leisten hat. Allerdings ist das Existenzminimum des Rentenschuldners auch im Fall des Unterhaltsanspruches des Kindes zu beachten. Lebt der Vater in einem afrikanischen Land wie Burkina Faso, so kann er, wenn er mit seinem Einkommen sein eigenes Existenzminimum kaum zu decken vermag, nicht zur Bezahlung eines Unterhaltsbeitrages für sein Kind verpflichtet werden. 121

Art. 518, Art. 519 Abs. 2 und Art. 520 ZGB. – Eine Nacherbin ist aktivlegitimiert im Prozess um die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung. Ein Vorerbe ist passivlegitimiert im Prozess um die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung. Geht der Streit um die Existenz der Willensvollstreckung, ihr Bestehen, ihren Inhalt, ihren Umfang, so ist der Willensvollstrecker passivlegitimiert; schliesst der eingesetzte Willensvollstrecker die Nachlassangelegenheit weitgehend ab, so kann sich dieser mit der anschliessenden Niederlegung des Mandats seiner offensichtlich gegebenen Passivlegitimation nicht entledigen. 123

Art. 626 ZGB. – Die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung im Haushalt der Erblasserin an einen Präsumtiverben während vielen Jahren stellt auch bei Unentgeltlichkeit keine ausgleichungspflichtige Zuwendung im Sinne von Art. 626 ZGB dar. 126

Art. 612 ZGB. – Uebersteigt der Wert einer Erbschaftssache den eines einzelnen Loses, so ist die Sache zu veräussern. Dies gilt auch beim Vorliegen eines subjektiv beschränkten Teilungsbegehrens. Ein unteilbares Nachlassobjekt, das sich von seinem Wert her nicht einem Erbteil zuteilen lässt, ist daher selbst bei einem subjektiv beschränkten Teilungsbegehren in die Teilung miteinzubeziehen und (u.U. auf dem Wege der Versteigerung) zu verkaufen. 126

2. Sachenrecht

Art. 933 ZGB; Art. 934 Abs. 1 ZGB. – Einem Familienangehörigen, der zwar Zugang zum Personenwagen und zum Fahrzeugschlüssel hat, diesen jedoch nie benutzen durfte, ist das Fahrzeug nicht anvertraut im Sinne von Art. 933 ZGB. Wenn dieser das Fahrzeug gegen den Willen des selbständigen Besitzers veräussert, ist es letzterem abhanden gekommen, weshalb er gegenüber dem Erwerber gestützt auf Art. 934 Abs. 1 ZGB einen Herausgabeanspruch hat. 129

- § 22 Abs. 2 der VO über die Durchführung der Grundbuchvermessung. – Eine öffentlich aufgelegte Grundbuchvermessung erwächst in Rechtskraft, sofern sie nicht binnen zwanzig Tagen durch gerichtliche Klage angefochten wird. Seite
130
- Art. 973 Abs. 1 ZGB; Art. 48 Abs. 3 SchlT ZGB; § 180 ff. EG ZGB. – Das in Art. 973 Abs. 1 ZGB statuierte Prinzip des öffentlichen Glaubens setzt die Einführung des eidgenössischen Grundbuches oder eine andere, diesem gleichgestellte Einrichtung voraus (Art. 48 Abs. 3 SchlT). Da in der Gemeinde X. weder das eidgenössische Grundbuch noch eine diesem gleichgestellte Einrichtung besteht und somit keine Grundbuchwirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB eintreten konnte, bildet der öffentlich beurkundete Kaufvertrag vom 5. November 1960 und der gestützt darauf erfolgte Eintrag im Grundbuch der Gemeinde X. für sich allein keinen Erwerbstitel für den Rechtsvorgänger der Beklagten 1 und den Beklagten 2 mit Bezug auf die Liegenschaft X. 130
- Art. 661 ZGB; § 180 ff. EG ZGB. – Als Grundbucheintrag im Sinne von Art. 661 ZGB gilt nicht nur der Eintrag im eidgenössischen Grundbuch, sondern auch jener in einer kantonalen Publizitätseinrichtung, selbst in einem kantonalen Register, dem keine Grundbuchwirkung für gutgläubige Dritte gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB zukommt. Der Eintrag im Grundbuch der Gemeinde X. vom 8. November 1960 gilt als Grundbucheintrag im Sinne von Art. 661 ZGB. In casu Ersitzung bejaht, da der Rechtsvorgänger der Beklagten 1 und der Beklagte 2 das Grundstück in gutem Glauben während zehn Jahren ununterbrochen und unangefochten besessen haben. 130

3. Obligationenrecht

- Art. 72 OR; Art. 84 OR; Art. 81 SchKG. – Geldsummenschulden sind durch Zahlung in Landesmünze zu erfüllen. Der Gläubiger braucht eine andere Art der Zahlung (zum Beispiel Überweisung auf ein Bank- oder Postcheckkonto, sog. Giralgeld) grundsätzlich nicht anzunehmen. Ist bargeldlose Zahlung über ein Bank- oder ein Postkonto vereinbart worden, kann der Gläubiger eine derartige Zahlung nicht zurückweisen, ohne in Annahmeverzug zu kommen. Durch eine Zahlung auf ein anderes als das vereinbarte Konto hat der Schuldner aber nicht erfüllt. 132
- Art. 257d OR; Art. 266l - 266n OR; Art. 266o OR; Art. 274d OR; § 212 i.V.m. 205 ZPO. – Mietrecht, Ausweisung aus einer Familienwohnung. Dient die gemietete Sache als Wohnung der Familie, sind die Kündigung durch den Vermieter sowie die Ansetzung einer Zah- 135

<i>lungsfrist mit Kündigungsandrohung dem Mieter und seinem Ehegatten separat zuzustellen. Da die Einhaltung der Formvorschriften von Amtes wegen zu prüfen ist und deren Verletzung absolute Nichtigkeit zur Folge hat, kann der Einwand der nicht erfolgten persönlichen Zustellung der Kündigung an beide Ehegatten trotz des Novenverbots gemäss § 212 in Verbindung mit § 205 ZPO auch noch im Rechtsmittelverfahren erhoben werden.</i>	Seite 135
<i>Art. 337c Abs. 3 OR. – Entschädigung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Bei der Bestimmung von Art. 337c Abs. 3 OR handelt es sich um eine echte Kann-Vorschrift. Der Richter hat demnach zunächst in Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob der Anspruch auf Ausrichtung einer Entschädigung besteht.</i>	136
<i>Art. 727f Abs. 2 OR. – Die richterliche Einsetzung einer Revisionsstelle setzt eine gewisse Mitwirkung seitens der Gesellschaft voraus (Präzisierung der Rechtsprechung).</i>	137
<i>Art. 759 Abs. 2 OR. – Kosten- und Entschädigungsfolge im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess. Unter den Begriff "mehrere Beteiligte" im Sinne von Art. 759 Abs. 2 OR fallen nur Personen, für welche die Haftungsvoraussetzungen grundsätzlich gegeben sind. Die Klägerin, welche mit den Beklagten 1-4 und 6 einen Vergleich abgeschlossen und die Klage gegen den Beklagten 5 zurückgezogen hat, ist letzterem gegenüber voll kosten- und entschädigungspflichtig, nachdem dieser weder formelles noch faktisches Organ der Gesellschaft war und somit nicht als Beteiligter im Sinne von Art. 759 Abs. 2 OR zu qualifizieren ist.</i>	137
 4. Internationales Privatrecht	
<i>Art. 176 ff. IPRG; Art. II des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ). – Anforderungen an die Formgültigkeit einer in Vereinsstatuten formulierten Schiedsabrede im internationalen Verhältnis.</i>	139
<i>Art. IV Ziff. 2 des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ). – Anforderungen an die Übersetzung des Schiedsgerichtsurteils. Beglaubigung.</i>	142

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Seite

- Art. 8 SchKG; Art. 8a SchKG. – Voraussetzung für das Einsichtsrecht in die Protokolle, Register und Akten der Betreibungs- und Konkursämter ist ein besonderes und gegenwärtiges Interesse rechtlicher Natur, das Schutz verdient. Ob und wie weit diese Voraussetzung erfüllt ist, ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände von Fall zu Fall zu beurteilen.* 145
- Art. 33 Abs. 4 SchKG; Art. 64 Abs. 1 SchKG. – Zustellung eines Zahlungsbefehls. Wird im Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist geltend gemacht, dass der Zahlungsbefehl nicht rechtsgültig zugestellt worden sei, ist das Wiederherstellungsgesuch zunächst als Beschwerde gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls aufzufassen. Da die fehlerhafte Zustellung eines Zahlungsbefehls eine nichtige Betreibungshandlung darstellt, die von Amtes wegen jederzeit festgestellt werden kann und muss, ist unerheblich, ob der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe die Beschwerdefrist gemäss Art. 17 SchKG eingehalten hat oder nicht. Die Zustellung des Zahlungsbefehls an eine Person, die nicht tatsächlich im Haushalt des Schuldners lebt, sondern lediglich zufällig in der Wohnung anwesend ist oder bloss die Ferien beim Schuldner verbringt, ist nicht rechtsgültig. Das gilt selbst dann, wenn es sich dabei um ein Familienmitglied des Schuldners handelt.* 147
- Art. 68 SchKG; Art. 16 SchKG. – Unter Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG fallen nur Gebühren, die der Bundesrat gemäss der Kompetenzdelegation in Art. 16 SchKG festsetzen kann. Dazu gehören in erster Linie das Entgelt, das die im Bereich der Zwangsvollstreckung zuständigen Organe für ihre Verrichtungen verlangen, ferner die Gerichts- und Parteikosten des Rechtsöffnungsverfahrens, nicht aber die von den Kantonen festgesetzten Gebühren für die Rechtskraftbescheinigung eines Rechtsöffnungsentscheides.* 149
- Art. 80 SchKG; Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 Abs. 2 OR. – Der gerichtlich bestimmte Termin für die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen ist ein Verfalltag, weshalb der Unterhaltsschuldner jeweils ab dem Ersten des Monats Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe von 5 % schuldet, wobei für die Berechnung der Verzugszinsen der mittlere Verfall massgebend ist.* 151
- Art. 82 SchKG. – Provisorische Rechtsöffnung wird nur für eine Schuldanerkennung erteilt, aus welcher der Bestand und die Höhe einer Forderung gegen einen bestimmten Schuldner hervorgehen, wobei der Schuldner darin seinen klaren Willen zur Zahlung dieser Schuld* 152

<i>erkennen lassen muss. Wer eine gegen ihn gestellte Forderung in einem Schreiben als durch Verrechnung getilgt erklärt, anerkennt keine Schuldpflicht, sondern bringt im Gegenteil zum Ausdruck, dass diese durch Verrechnung untergegangen ist.</i>	Seite 152
<i>Art. 82 SchKG; Art. 82 OR; Art. 91 OR; Art. 184 OR. – Provisorische Rechtsöffnung kann bei einem synallagmatischen Vertrag grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Betreibende seine Leistung angeboten und bereitgestellt hat (Realoblation). Verbaloblation genügt, wenn die Gegenpartei die zur Erfüllung der Schuld nötigen Vorbereitungs-handlungen unterlässt oder wenn die Gegenpartei zum vornherein nicht bereit ist, die Leistung anzunehmen.</i>	154
<i>Art. 173a SchKG; Art. 174 SchKG. – Aussetzen des Konkursentscheidendes, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen. Der Richter hat nicht in jedem Fall von sich aus nach Möglichkeiten einer Sanierung zu forschen, bevor er den Konkurs aussprechen darf. Solche Anhaltspunkte müssen sich entweder direkt aus den ihm vorliegenden Akten ergeben, oder sie müssen ihm durch den Schuldner, durch Gläubiger oder Drittpersonen zur Kenntnis gelangen.</i>	155
<i>Art. 174 Abs. 2 SchKG. – Aufhebung der Konkursöffnung durch das obere Gericht. Begriff der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit. An das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit im Sinne dieses Artikels dürfen keine strengen Anforderungen gestellt werden. Sie soll, da sie nur glaubhaft zu machen ist, wahrscheinlicher sein als die Zahlungsunfähigkeit.</i>	157
<i>Art. 207 Abs. 1 SchKG. – Ein im Zeitpunkt der Konkursöffnung über die Gläubigerin bereits pendentes Rechtsöffnungsverfahren muss nicht eingestellt werden. Die Konkursverwaltung entscheidet, ob sie das Rechtsöffnungsverfahren für die Masse weiterführen will oder ob sie es für angezeigt hält, im Hinblick auf eine Verwicklung in einen allfälligen Anfechtungsprozess den Abstand zu erklären.</i>	160
<i>Art. 256 und 231 Abs. 3 Ziff 2 SchKG. – Freihandverkauf einer Liegenschaft. Rechtsmissbräuchlichkeit eines nach dem Schlussgebot eingereichten höheren Angebots eines früheren Mitofferenten, nachdem dieser sich nunmehr eine Konkursforderung hatte abtreten lassen und als Konkursgläubiger auftrat.</i>	163
<i>Art. 9 und 99 VZG; Art. 97 SchKG. – Gang des Schätzungsverfahrens bei der Verwertung einer Liegenschaft. Da Streitigkeiten über die Höhe der Schätzung gemäss Art. 9 Abs. 2 VZG endgültig durch die kantonale Aufsichtsbehörde zu beurteilen sind, muss auch eine Überprüfung der Schätzung durch die Beschwerdeinstanz beantragt werden</i>	166

können unter Verzicht auf eine Neuschätzung durch Sachverständige. Hat das Betreibungsamt die Liegenschaft durch neutrale Sachverständige schätzen lassen und deren Schätzung als betreibungsamtliche übernommen, so erfolgt die Überprüfung dieser Schätzung nach den gleichen Grundsätzen wie bei der richterlichen Würdigung eines Gutachtens im Zivilprozess. Seite
166

IV. Strafrecht

Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. – Verwahrung des Täters, der infolge seines Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise gefährdet. 169

Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB. – Begriff des wehrlosen Opfers. 173

Art. 198 Abs. 2 StGB. – Würdigung der Aussagen eines Angeklagten, welcher der mehrfachen sexuellen Belästigung angeklagt ist, bzw. dessen Glaubwürdigkeit. 175

Art. 96 Ziff. 2 Abs. 2 SVG. – Fahren ohne Fahrzeugausweis; leichter Fall. Die Verletzung von Art. 96 Ziff. 2 Abs. 2 SVG ist wegen der in dieser Bestimmung vorgesehenen Sanktion (Busse) als Übertretung zu qualifizieren. 179

V. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

Art. 59 BV. – Für die Klage auf Änderung des Trennungsurteils ist das Gericht am Wohnsitz des Beklagten örtlich zuständig. Dieser ausschliessliche, nicht aber zwingende Gerichtsstand ist auch dann gegeben, wenn in einem andern Kanton die Scheidungsklage hängig ist. Kein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs; keine Einlassung. 180

§ 43 ZPO. – Eine Kollektivgesellschaft gilt nur als zahlungsunfähig im Sinne von § 43 Abs. 1 ZPO, wenn nebst der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auch diejenige sämtlicher Kollektivgesellschaftler feststeht. 181

§ 133 Abs. 2 ZPO, § 129 Ziff. 1 und 4 ZPO. – Insbesondere den Gerichtsbefehlen, welche der Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes dienen, kommt keine materielle Rechtskraft zu (Erw. 1). Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes und des Rechtsanspruches (Erw. 2-4). 184

§ 186 ZPO. – Voraussetzungen für die Anordnung einer Oberexpertise. 186

§ 208 Ziff 1 ZPO. – Das Rechtsmittel der Beschwerde ist weder gegen die Gutheissung noch gegen die Verweigerung einer superprovisorischen Verfügung gegeben.	Seite 188
§ 208 Ziff. 3, 4 und 12 ZPO; § 208 Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Anfechtungsobjekt gemäss § 208 Ziff. 12 ZPO ist nur ein Urteil des Friedensrichters im Erkenntnisverfahren, nicht jedoch im Sühneverfahren. Frage der Zulässigkeit der zivilprozessualen Beschwerde an die Justizkommission gemäss § 208 Ziff. 3 und 4 ZPO gegen die Durchführung der Vermittlungsverhandlung und die Ausstellung des Weisungsscheins.	189
§ 208 Ziff. 7 ZPO; Art. 727f OR. – Gegen eine Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums, mit der eine AG aufgelöst wird, die den verlangten Kostenvorschuss für die Bestellung der Revisionsstelle nicht bezahlt hat, kann der Aktionär im eigenen Namen nicht Beschwerde erheben.	192
§ 215 Ziff. 1 ZPO; Art. 291 ZGB. – Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist grundsätzlich nur gegenüber einem im ordentlichen Verfahren erlassenen Urteil oder Erledigungsbeschluss zulässig. Eine Ausnahme bilden aber Fälle, in denen im Summarverfahren definitiv über materiellrechtliche Ansprüche geurteilt wird, ohne dass die Möglichkeit eines nachfolgenden ordentlichen Verfahrens oder diejenige der Wiedererwägung oder Abänderung besteht. Natur der Anweisung an den Schuldner gemäss Art. 291 ZGB.	193
§ 215 Ziff. 3 ZPO, § 216 Abs. 1 ZPO, Art. 23 ff. OR. – Wiederaufnahme des Verfahrens. Wenn der Gesuchsteller unter Berufung auf § 215 Ziff. 3 ZPO – Entdeckung einer neuen Tatsache – die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Revision des Scheidungsurteils, welches den Scheidungsprozess der Parteien im Sinne ihrer gemeinsamen, in der Scheidungskonvention enthaltenen Anträge erledigt, verlangt, so muss er nicht nur dartun, dass bei rechtzeitiger Geltendmachung der neuen Tatsache das Urteil für ihn günstiger ausgefallen wäre, sondern auch, dass er infolge des Irrtums über diese Tatsache nicht mehr an seine Prozessklärungen gebunden sei. Wenn der Gesuchsteller in die Scheidungskonvention einwilligte, so nahm er damit die Gefahr bewusst in Kauf, dass das eheliche Vermögen noch vorhanden sein könnte. Er kann sich deshalb im Zeitpunkt des Revisionsverfahrens nicht auf einen Irrtum berufen. Das Gesuch um Wiederaufnahme des Scheidungsverfahrens ist deshalb abzuweisen.	195
§ 224 Abs. 1 ZPO. – Jeder Prozess, mithin auch der Rechtsöffnungsprozess, kann, soweit die Parteien über dessen Gegenstand frei verfügen können, durch Vergleich beendet werden.	199

Soweit ein bevollmächtigter Vertreter bestellt worden ist, sind Verfügungen und Mitteilungen diesem zu eröffnen bzw. zuzustellen und nicht dem Vertretenen. Hält sich die Behörde nicht daran, ist die Eröffnung bzw. Mitteilung mangelhaft, und es darf dem Betroffenen daraus kein Nachteil erwachsen. Wird eine Mitteilung also sowohl der Partei als auch ihrem Bevollmächtigten zugestellt und geht sie ihnen an zwei verschiedenen Tagen zu, so ist, um einen Rechtsnachteil für den Vertretenen zu verhindern, für den Beginn des Fristenlaufs das spätere Zustellungsdatum massgebend. Seite 200

2. Strafrechtspflege

Art. 6 Ziff. 2 EMRK; Art. 4 BV. – Der Grundsatz "in dubio pro reo" wird nicht verletzt, wenn die Folgen der Aussageverweigerung berücksichtigt werden. 202

Art. 11 StPO und Art. 8 OHG. – Die Verletzung der in der StPO (§ 11) und im Opferhilfegesetz (Art. 8) garantierten Verfahrensrechte des Privatklägers und Geschädigten stellt einen Verfahrensmangel dar, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden kann. 203

§ 12 StPO; § 24 StPO. – Nach § 24 Abs. 3 StPO ist die Verteidigung berechtigt, den untersuchungsrichterlichen Einvernahmen beizuwohnen, wenn dies ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes geschehen kann und die Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird. Dies gilt auch für polizeiliche Befragungen, die aufgrund eines entsprechenden Auftrags des Verhöramtes gemäss § 12 Abs. 2 StPO durchgeführt werden (sog. delegierte Einvernahmen), oder für Einvernahmen, die Untersuchungshandlungen darstellen. Bei polizeilichen Befragungen, die lediglich Ermittlungshandlungen darstellen, besteht hingegen kein Teilnahmerecht der Verteidigung. Abgrenzung zwischen Untersuchungs- und Ermittlungshandlung. 203

§ 21 StPO; Art. 58 ff. StGB. – Beschlagnahme von Vermögenswerten im Hinblick auf eine spätere Einziehung. Die Verwertung eingezogener Vermögenswerte kann grundsätzlich erst nach Rechtskraft des Einziehungsentscheides, bei unbekanntem Dritteigentümern sogar erst nach Ablauf der fünfjährigen Frist nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 4 StGB erfolgen. Ausnahmsweise kann sich die Notwendigkeit ergeben, beschlagnahmte, der Vermögensseinziehung unterliegende Waren wegen schneller Verderblichkeit oder Wertverminderung sofort zu verwerten. Verwaltungsmassnahmen betreffend Wertschriften. 208

§ 71 Abs. 2 StPO; § 92 Abs. 2 GOG; § 86 Abs. 1 GOG; Art. 153 Abs. 3 PVV 1. – Wann gilt eine eingeschriebene Briefpostsendung als zugestellt? Annahmeverweigerung; Einhaltung der zehntägigen Beru- fungsfrist. 211

§ 80 Ziff. 1 StPO; § 18 StPO. – Der Antrag des Verhöramts an den Strafgerichtspräsidenten um Bestätigung der Haftverlängerung kann nicht mit Beschwerde nach § 80 Ziff. 1 StPO angefochten werden.	Seite 212
§ 81 Abs. 1 StPO; § 50 Abs. 1 GOG. – Das zur Beschwerde vorausgesetzte Interesse muss gemäss § 81 Abs. 1 StPO ein unmittelbares, rechtliches sein; ein lediglich tatsächliches Interesse genügt nicht. Sperrt das Verhöramt Konten einer Firma, ist die Beschwerdeführerin, die eigene Gelder bzw. solche von Kunden an diese Firma weitergeleitet hat und nun deren Rückgabe erwirken möchte, durch die angeordnete Sperre nur in ihren tatsächlichen Interessen betroffen (E. 1b).	214
Die Justizkommission ist nicht allgemeine Aufsichtsbehörde über das Verhöramt. Aber selbst wenn sie dies wäre, könnte sie nicht von Amtes wegen ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens in eine hängige Untersuchung eingreifen. In der Rechtsprechung sind die unteren Instanzen von ihrer vorgesetzten Behörde unabhängig und haben gemäss § 50 Abs. 1 GOG von letzteren insofern auch keine Rechtsbelehrungen anzunehmen (E. 2).	215
3. Anwaltsrecht	
§ 8 Abs. 2 AnwG. – Grundsatz der Unabhängigkeit des Anwalts. Kriterien, aufgrund welcher ein bei einer Treuhandgesellschaft angestellter Rechtsanwalt Dritte vor Gericht vertreten darf (E. 2 und 3). Bedeutung des Opportunitätsprinzips im Disziplinarverfahren (E. 4 c).	216
§ 8 AnwG. – Bedeutung der anwaltlichen Pflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse bzw. des Wahrheitsgebots bei der Firma einer Anwalts-AG.	218
4. Beurkundungswesen	
§ 2 Abs. 3 BeurkG; § 1 Abs. 2 Ziff. 2 der Verordnung über die Prüfung der Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent für die Zulassung als Urkundspersonen im Kanton Zug; Art. 4 BV. – Das Erfordernis des ununterbrochenen Wohnsitzes im Kanton Zug seit mindestens 5 Jahren als Voraussetzung für die Zulassung ausserkantonaler Rechtsanwälte zur Beurkundungsprüfung ist verfassungswidrig.	221

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Bürgerrecht

§ 79 GG. – *Ordentliche Einbürgerung von Ausländern. – Einbürgerungsverfahren vor der Bürgergemeindeversammlung. – Vorgehen bei geheimer Abstimmung* 226

Art. 51 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Eidgenössisches Bürgerrechtsgesetz; eidg. BüG) vom 29. September 1952 (SR 141.0) §§ 5 Abs. 2, 16 Abs. 1 des Gesetzes betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und des Kantonsbürgerrechts (Kantonales Bürgerrechtsgesetz; kant. BüG) vom 3. September 1992 (BGS 121.3). – *Ordentliche Einbürgerung eines Ausländers (konkret: genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern); Begriff der beschwerdefähigen Verfügung; Rechtsmittel* 227

2. Politische Rechte

Art. 5 BV; §§ 40, 48, 49, 50 WAG; §§ 4, 10 Abs. 1, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 25, 28, 39 ff., 40 Abs. 1, 41 Abs. 1, 43 Abs. 1, 44, 50, 66 VRG. – *Anfechtung des Zustandekommens eines Wahlvorschlages für die Erneuerungswahlen eines Gemeinderates. – Formelles (E. 1): Gegenstand der Beschwerde (E. 1): Entscheidungen und Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit Wahlvorschlägen von Privatpersonen bzw. von privaten Organisationen, namentlich einer Partei ausgehen, sind mit den Rechtsmitteln des Verwaltungsverfahrens grundsätzlich nicht anfechtbar (E. 1 c); Frist für die Anfechtung von Einredeentscheiden des Gemeinderates (E. 2); Beschwerdelegitimation und Zuständigkeit des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz (E. 3). – Materielles (E. II): Kognition bei Beschwerde gegen Urnenwahlen (E. 1); Voraussetzungen der Gültigkeit eines Wahlvorschlages (Gültigkeit vorliegend bejaht) (E. 2); Die Anforderungen an das Wahlverfahren nach den Grundsätzen betreffend die politischen Rechte gemäss Art. 5 BV gelten nur für das amtliche Wahlverfahren, nicht jedoch für das parteiinterne Nominationsverfahren (E. 3); Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde, damit die Wahl wie vorgesehen durchgeführt werden kann (E. 4); Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigung (E. 5)* 229

Art. 5 BV; Art. 85 Bst. a BG über die Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110); §§ 3, 17 Abs. 1, 62, 105, 106 Abs. 2 GG; § 50 Abs. 2 KRB über die Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 1. Dezember 1932 (BGS 141.1); §§ 10 Abs. 3, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 28 Abs. 2, 49 VRG. – Beschwerde gegen §§ 20, 43 und 54 der am 4. November 1997 verabschiedeten neuen Geschäftsordnung des Grossen Gemeinderates der Stadt Zug (GGR). – Formelles (E. I): Eintreten. – Materielles (E. II): Anfechtung nur bei Rechtsverletzung (E. 1); Verletzung verfassungsmässiger Rechte? (E. 2): Keine Verletzung der Meinungs- bzw. Meinungsäusserungsfreiheit? (E. 3); Keine Verletzung der politischen Rechte? (E. 4); Keine Willkür in dem zum Beschluss führenden Verfahren (E. 5); Anderweitige Verletzung von Bundes-, kantonalem oder kommunalem Recht? (E. 6): Keine analoge Anwendung der Vorschriften des Gemeindegesetzes über die Gemeindeversammlung (b) – Mindeststandard bezüglich der Mitwirkungsmöglichkeiten der Mitglieder des Grossen Gemeinderates (c); Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigungen (E. 7)

236

§§ 1 Ziff. 2, 17 Abs. 1, 32, 76 Abs. 1, 77 Abs. 4, 80, 120 Abs. 1 Ziff. 3 GG; § 16 Abs. 4 FHG; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 Ziff. 2, 49 VRG. – Verfahren der offenen Abstimmung in der Gemeindeversammlung; Vorgehen bei mehreren Anträgen. – Formelles (E. I): Eintreten. – Materielles (E. II): Beschwerdegrund, sofortige Rüge von Verfahrensmängeln (E. 1); Verfahrensvorschriften des Gemeindegesetzes (E. 2); Garantie der politischen Rechte (E. 3): Wahl- und Abstimmungsfreiheit (a) – Verfahren nach dem Prinzip der sukzessiven Elimination (b und c) – Verfahren der koordinierten Abstimmung (d) – Fragestellung nach dem (vorliegend nicht angewandten) Prinzip der sukzessiven Elimination (e) – Tatsächlich angewandte Fragestellung (f) – Potentielle Verfahrensmängel (g); Auswirkungen des Verfahrensmangels auf das Abstimmungsergebnis (E. 4); Unmöglichkeit einer ziffernmässigen Festlegung (a) – Ungewissheit der Versammlungsteilnehmer/innen über den Abstimmungsmodus (b); Rechtswidriger Inhalt des Gemeindeversammlungsbeschlusses (offen gelassen) (E. 5); Nur kassatorische Natur des Beschwerdeentscheidendes (E. 6); Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigungen (E. 7)

253

§§ 18, 33 Abs. 1, 37 GG; § 52 VRG. – Vertretung der Gemeinde im Beschwerdeverfahren; Aufsichtsbeschwerde gegen den Stadtrat von Zug betreffend Vertretung im Beschwerdeverfahren gegen Beschlüsse des Grossen Gemeinderates (GGR). – Formelles (E. I): Gesetzliche Grundlagen der Aufsichtsbeschwerde (E. 1); Zuständigkeit des Regierungsrates zur Behandlung der Aufsichtsbeschwerde (E. 2). – Materi-

262

elles (E. II): Einer Aufsichtsbeschwerde ist nur Folge zu geben bei Verletzung klaren materiellen Rechts, bei Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen (E. 1); Die Frage, wann bzw. bis zu welchem Zeitpunkt der GGR von seiner Befugnis, die Vertretung anders zu ordnen (§ 18 Abs. 2 GG), Gebrauch machen darf, ist kontrovers. Es liegt somit weder eine Verletzung klaren materiellen Rechts noch eine Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze noch eine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen vor. Der Aufsichtsbeschwerde ist deshalb keine Folge zu geben (E. 2b); – Um dem GGR die grösstmögliche Freiheit beim Entscheid über das weitere Vorgehen zu belassen, müsste der Stadtrat bei Beschwerdeentscheiden gegen GGR-Beschlüsse vorsorglich die dagegen zulässigen Rechtsmittel ergreifen (E 2d).

Seite

262

§§ 1 Ziff. 2, 17 Abs. 1, 75, 81 GG; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 25, 28 Abs. 2, 44, 49 VRG. – Behandlung einer Interpellation in der Gemeindeversammlung; Diskussion und Wortentzug. – Formelles (E. I): Auch Gemeindeversammlungsbeschlüsse verfahrensrechtlicher Art können angefochten werden (E. 1); Weitere Eintretensfragen (E. 2). – Materielles (E. II): Gemeindeversammlungsbeschlüsse können nur wegen Rechtsverletzung (materiell- und formellrechtlicher Art) angefochten werden (E. 1); Verhandlungsordnung nach § 75 GG (E. 2); Eine Interpellation dient nur dazu, der Exekutive Fragen zu Verwaltungsangelegenheiten zu stellen. Mit der Beantwortung der Fragen ist eine Interpellation grundsätzlich erledigt. Es fehlt das Bedürfnis für eine Diskussion zwecks Willensbildung für eine Beschlussfassung. (E. 3); Die Verhandlungsordnung nach § 75 GG ist deshalb auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Nachdem eine Diskussion abgelehnt und dem Beschwerdeführer nur die Möglichkeit eingeräumt wurde, sich zu äussern, ob er von der Interpellationsantwort befriedigt sei oder nicht, ist die Beschwerde unbegründet (E. 4); Zusammenfassungen, Kosten und Entschädigungen (E. 5)

267

§§ 17 Abs. 1, 72 Abs. 1 und 3, 74, 75 Abs. 1, 76 GG; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, § 28 Abs. 2, 44, 49 Abs. 1 und 2 VRG; Art. 85 Bst. a BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110). – Genehmigung des Projektierungskredites für den Neubau der Oberstufenanlage Sennweid, Baar, durch die Gemeindeversammlung. – Formelles/Eintreten (E. I): Anfechtbarkeit und Legitimation (E. 1 sowie 2a und c); Vorsorgliche Anfechtung vor der Durchführung der Gemeindeversammlung wegen angeblicher Mängel in der Vorbereitung der Abstimmung (Zulässigkeit bejaht): Voraussetzungen, insbesondere Frist (E. 2b). – Materielles (E. II): Kognition des Regierungsrates (E. 1); Inhalt und Würdigung des gemeinderätlichen Berichtes zuhanden der Gemeindeversammlung

273

(E. 2 – 4); <i>Hinreichende Kenntnisse der Gemeindeversammlung</i> (E. 5). – <i>Kosten und Entschädigungen (E. III)</i>	Seite 273
§§ 44 Abs. 2, 58, 60 Abs. 1 G über den Feuerschutz vom 15. Dezember 1994 (Feuerschutzgesetz; BGS 722.21); Art. 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 ZGB; Art. 4 Abs. 2 BG über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (ZUG; SR 851.1); §§ 25, 28 Abs. 2, 41 Abs. 1 VRG; Ziff. 1 KRB über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1). – <i>Feuerwehersatzabgabe. – Formelles (E. 1): Auswirkungen des zivilrechtlichen auf den unterstützungsrechtlichen Wohnsitz, Eintreten. – Materielles (E. 2): Konkrete Bestimmung des massgebenden zivilrechtlichen Wohnsitzes. – Kosten und Entschädigungen (E. 3 und 4); Endgültiger Entscheid des Regierungsrates (E. 5)</i>	285

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 30 Abs. 1 ZGB; § 17 ^{bis} EG ZGB; Art. 38 Abs. 2 und 3 IPRG. – <i>Änderung des Familiennamens eines in Schweden wohnhaften schweizerisch-isländischen Doppelbürgers, der in der Schweiz geboren und in Island aufgewachsen ist, in die nach isländischem Recht vorgesehene Namensführung</i>	290
Art. 30 Abs. 1 (270 Abs. 2, 271 Abs. 3) ZGB. – <i>Aenderung des Familiennamens eines Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern vom Familiennamen der Mutter, der die elterliche Gewalt entzogen und auf den Vater übertragen wurde, in den Familiennamen des Vaters</i>	292

2. Familienrecht

Art. 276, 307 ff. insbesondere 308, 420 ZGB; § 46 EG ZGB; Art. 35 Abs. 1 BG über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20); §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG; Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif, VwGT; BGS 641.1). – <i>Kindesschutz. – Kassierung des Entscheides einer Vormundschaftsbehörde, mit dem eine Erziehungsbeistandschaft infolge Wegzug des Kindes ins Ausland aufgehoben und das Kindesvermögen der geschiedenen Mutter zugesprochen wurde. – Formelles (E. 1): Eintreten: Zulässigkeit der Beschwerde und Zuständigkeit der angerufenen Instanz (E. 1); Beschwerdeberechti-</i>	295
--	-----

<p>gung (E. 2); Beschwerdefrist (E. 3). – Materielles (E. II): Gesetzliche Aufgaben des Erziehungsbeistandes (E. 1); Weiterführung der Erziehungsbeistandschaft bei Wegzug des Kindes ins Ausland? (E. 2); Weiterführung im Hinblick auf die Ausübung des mütterlichen Besuchsrechtes? (E. 3); Die der Erziehungsbeistandin zur Verwaltung ausbezahlten IV-Kinderrenten sind in das Kindesvermögen übergegangen (E. 4). Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigungen (E. 5)</p>	<p>Seite</p> <p>295</p>
<p>Art. 421 Ziff. 1, 404 ZGB. – Genehmigung des freihändigen Verkaufs einer Liegenschaft im Miteigentum des bevormundeten Ehemannes und der verbeiständeten Ehefrau</p>	<p>303</p>
<p>Art. 85 Abs. 2 BG über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291); Art. 1, 2 Abs. 1, 12 des Haager Uebereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (MSA; SR 0.211.231.01); Art. 14, 311 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 und Abs. 2, 368 ZGB; §§ 36 Abs. 1 Satz 2, 46 EG ZGB; §§ 15 Abs. 1, 21 Abs. 3 VRG; Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. Mai 1974 (Verwaltungsgebührentarif, VwGT; BGS 641.1). – Kinderschutz. – Entziehung der elterlichen Gewalt über einen alleinstehenden jugendlichen Kriegsflüchtling aus Somalia durch den Regierungsrat als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde. – Formelles (E. I): Anwendbarkeit internationalprivatrechtlicher Regeln (E. 1); Analoge Anwendung des MSA auf eine Person, die nur nach schweizerischem Recht minderjährig ist (E. 2); Gewöhnlicher Aufenthalt, Anwendung schweizerischen Rechts sowie Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zur Antragstellung und des Regierungsrates als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zum Entscheid (E. 3). – Materielles (E. II): Gesetzliche Regelung und Voraussetzungen der Gewaltentziehung sowie Prüfung milderer Kinderschutzmassnahmen (E. 1); Rechtliches Gehör (E. 2); Bevormundung als Folge der Entziehung der elterlichen Gewalt beider Eltern. – Amtsblattpublikation (E. III). – Kosten (E. IV).</p>	<p>304</p>
<p>Art. 392 Ziff. 2, 422 Ziff. 5 ZGB. – Ausschlagung der Erbschaft zweier wegen möglicher Interessenkollision der Mutter verbeiständeter minderjähriger Kinder wegen Überschuldung des väterlichen Nachlasses</p>	<p>309</p>
<p>Art. 375 Abs. 1 und 2 (letzterer in der Fassung vom 16. Dezember 1994, in Kraft seit 1. Januar 1997; AS 1995 1227 1307; BBI 1991 III 1) ZGB: Verzicht auf die Veröffentlichung der Entmündigung einer geistesschwachen Person, deren Handlungsunfähigkeit für Dritte offenkundig ist</p>	<p>310</p>

Art. 307 Abs. 1 und 3, 308, 310 Abs. 1 ZGB, § 45 Abs. 1 EG ZGB; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG; Ziff. 109 und 114 Verwaltungsgebührentarif – Kinderschutz; Wiederherstellung der elterlichen Obhut mit Bedingungen und Auflagen; Bestellung eines Aufsichtorgans. – Formelle Voraussetzungen und Gegenstand der Beschwerde (E. 1). – Gutachten und nötige Massnahmen (E. 2): Empfehlungen der Gutachterin (a.); Würdigung des Gutachtens (b. und c.); Verzicht auf eine Erziehungsbeistandschaft (d.), Ueberwachung der Bedingungen und Auflagen durch eine geeignete Person oder Stelle (e.); Zusammenfassung (f.). – Kosten und Entschädigungen, insbesondere Beteiligung der Vormundschaftsbehörde an den Gutachterkosten (E. 3)	Seite 311
---	--------------

3. Obligationenrecht

Art. 2 und 7 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (BGS 216.2; SR 221.121.1), Art. 3 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).	316
--	-----

Die Art. 2 und 7 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 sind bezüglich der Vermittlung bzw. Gewährung von Geschäftskrediten mit der Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 nicht vereinbar. Sie finden auf dem Gebiete des Kantons Zug deshalb keine Anwendung auf Geschäftskredite mehr (RRB i.S. X. AG vom 20. Oktober 1998).	316
---	-----

III. Denkmalpflege und Archäologie

§§ 2 ff. G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz, DSG) vom 26. April 1990 (BGS 423.11). – Unterschutzstellung eines archäologischen Bodendenkmals (konkret: Frühmittelalterliches Gräberfeld Baar-Zentrum)	322
---	-----

§§ 2 ff., 34 G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz, DSG) vom 26. April 1990 (BGS 423.11). – Schutzwürdigkeit (und Unterschutzstellung) eines Baudenkmals von lokaler Bedeutung aus den 50-er Jahren dieses Jahrhunderts (konkret: Wohn- und Geschäftshaus "Seepark", Gartenstrasse 4, Zug);	323
--	-----

Ausrichtung des ordentlichen Beitrages an die Kosten für denkmalpflegerische Massnahmen Seite 323

§§ 5, 18 Abs. 1, 22 ff. des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DSG; BGS 423.11). – Zustimmung und Zeitplan betreffend archäologische Bauuntersuchungen an zwei privaten Wohnhäusern, die im Inventar der schützenswerten Denkmäler verzeichnet sind 325

IV. Bauwesen

Art. 22 RPG, § 21 Abs. 1 V BauG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 V BauG, Art. 73 Abs. 1 BO Neuheim – Umfang der bewilligungspflichtigen Bauvorhaben. Der Einbau einer kombinierten Spritz- und Trocknungskabine samt Abluftkamin in einem bisher zu Lagerzwecken genutzten Raum eines Garagenbetriebes unterliegt der Baubewilligungspflicht. 327

Art. 22 RPG, § 21 Abs. 1 V BauG, § 70 Abs. 1 BO Zug – Unterliegt eine Holzwand mit einer Höhe von 1,80 m und 15 m Länge, die zur Grundstücksgrenze des Nachbarn einen Abstand von 15 cm einhält, der Bewilligungspflicht? 327

Art. 6 Abs. 1 SVG/Art. 96 Abs. 1 SSV, § 30 Abs. 1 und 2 BO Steinhausen – Plakatstellen entlang von Kantonsstrassen bedürfen einer baurechtlichen Bewilligung des Gemeinderates und einer verkehrspolizeilichen Bewilligung der Justiz- und Polizeidirektion (heute Sicherheitsdirektion). Sie sind nur zulässig, wenn sie die Umgebung nicht beeinträchtigen und die Verkehrssicherheit nicht gefährden. 328

§ 53 lit. a, § 54 Abs. 1, § 55 BO Zug – Eine Arealüberbauung hat gegenüber der Einzelbauweise erhöhten Anforderungen zu genügen. 332

V. Soziale Sicherheit

Berufliche Vorsorge

Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB. – Ausdehnung der Anwendbarkeit bestimmter BVG-Vorschriften auf sämtliche Personalfürsorgestiftungen, d.h. auch auf nichtregistrierte 333

Art. 4 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, 333

<i>FZG) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42). – Zwingende Pflicht der Vorsorgeeinrichtung, sämtliche Austrittsleistungen samt Verzugszins spätestens zwei Jahre nach Eintritt des Freizügigkeitsfalles gemäss Mitteilung der Destinataire oder – bei fehlender Mitteilung – nach Massgabe des Gesetzes zu erbringen</i>	Seite 333
--	--------------

VI. Verwaltungsrechtspflege

<i>Art. 4 Abs. 1 BV; Art. 27 BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021); § 16 VRG. – Kinderschutz / Entziehung der elterlichen Obhut. – Akteneinsichtsrecht: Rechtliche Grundlagen des Anspruchs und der Verweigerung (E. 1), Verweigerung der Einsichtnahme der Mutter in das psychiatrische Gutachten, mündliche Bekanntgabe in Anwesenheit ihres Anwalts und uneingeschränktes Einsichtsrecht des Anwalts (E. 2)</i>	334
<i>§§ 23 Abs. 2, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2, 47 Abs. 2 VRG; Ziff. 109, 114 Verwaltungsgebührentarif. – Kosten und Parteientschädigung bei Abschreibung einer Beschwerde infolge Gegenstandslosigkeit</i>	335
<i>Art. 4 Abs. 1 BV; Art. 310 ZGB; §§ 27 Abs. 1 und 2, 29 VRG; Ziff. 114 KRB über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1994 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1); § 25 G über die Sozialhilfe im Kanton Zug vom 16. Dezember 1982 (Sozialhilfegesetz, SHG; BGS 861.4). – Unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlicher Rechtsbeistand im Beschwerdeverfahren betreffend Kinderschutz (konkret: Aufhebung der elterlichen Obhut): Voraussetzungen der Gewährung und einer allfälligen Rückerstattung</i>	336
<i>(Art. 4 Abs. 1 BV; §§ 27 Abs. 1 und 2, 29 VRG: Siehe RRB vom 16. September 1997 vorstehend); Art. 273 ff., 307 ff. ZGB. – Unentgeltlicher Rechtsbeistand für die (unverheiratete) Mutter im Beschwerdeverfahren betreffend Besuchsrecht des (unverheirateten) Vaters: Voraussetzungen</i>	339

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

<i>Oberaufsichtsrecht des Kantonsrats gegenüber Exekutive und Justiz</i>	342
<i>a) Stellungnahme des Büros des Kantonsrats</i>	342
<i>b) Stellungnahme des Verwaltungsgerichts</i>	344

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
ABl	Amtsblatt des Kantons Zug
Abs.	Absatz
AGSchV	Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972 (SR 814.201)
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	V über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20)
ANAV	VV zum ANAG vom 1. März 1949 (SR 142.201)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AnwG	G über die Ausübung des Anwaltsberufes im Kanton Zug vom 28. November 1996 (BGS 163.1)
AnwT	V des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 (BGS 163.4)
Archiv	Schweizerisches Archiv für Abgaberecht
Art.	Artikel
AVIG	BG vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)
BauG	Baugesetz für den Kanton Zug vom 18. Mai 1967 (BGS 721.11)
BB	Bundesbeschluss
BB1	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGGB	BG über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.421.11)

BGBM	BG über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz: BGBM; SR 943.02)
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BKBVG	Eidgenössische Beschwerdekommision für die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BMM	BB über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 (SR 221.213.1)
BO	Bauordnung
BRB	Bundesrats-Beschluss
BRP	Bundesamt für Raumplanung
Bst.	Buchstabe
BStP	BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0)
BüG	BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz) vom 29. September 1952 (SR 141.0)
BV	Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVG	BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BVV 1	V über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen vom 29. Juni 1983 (SR 831.435.1)
BVV 2	V über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SRR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
DBG	BG über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
DSG	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG)
Denkmal SG	G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz) vom 26. April 1990 (BGS 423.11)

Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EG	Einführungsgesetz
EG BGG	EG zum GB über das bürgerliche Bodenrecht vom 28. Oktober 1993 (BGS 215.13)
EG EGG	EG zum BG über die Erhaltung des bürgerlichen Grundbesitzes vom 16. Oktober 1952 (BGS 215.13)
EG FFE	EG zum BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) vom 28. Januar 1982 (BGS 213.11)
EGG	BG über die Erhaltung des bürgerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (SR 211.412.11)
EG LPG	EG zum BG über die landwirtschaftliche Pacht vom 30. April 1987 (BGS 922.11)
EG ZGB	G betr. die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (BGS 211.1)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ES	Entscheidungssammlung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
f.; ff.	(und) folgende (Seiten)
FHG	G über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden (Finanzhaushaltsgesetz) vom 28. Februar 1985 (BGS 611.1)
FIG	BG über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (SR 836.1)
FZG	BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
G	Gesetz (des Kantons Zug)

GBP	Grundbuchparzelle
GewG	G über die Gewässer vom 22. Dezember 1969 (BGS 731.1)
GG	G über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden (Gemeindegesezt) vom 4. September 1980 (BGS 171.1)
GStG	G über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (BGS 632.211)
GO	KRB über die Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 1. Dezember 1932 (BGS 141.1)
GO RR	KRB über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (BGS 151.1)
GOG	G über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. Oktober 1940 (BGS 161.1)
GOSTVw	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
GS	Gesetzessammlung
GSchG	BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 8. Oktober 1971 (SR 814.20)
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IRSG	BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz) vom 20. März 1981 (SR 351.1)
IRSV	V über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfieverordnung) vom 24. Februar 1982 (SR 351.11)
i.S	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
JKE	Entscheid der Justizkommission
kant. BüG	G betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und Kantonsbürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz vom 3. September 1992 (BGS 211.3)
kant. ZStV	VV über das Zivilstandswesen (kantonale Zivilstandsverordnung) vom 28. April 1981 (BGS 212.1)
XXX	

KBG	G über die Zuger Kantonalbank vom 20. Dezember 1973 (BGS 651.1)
KOV	V über die Geschäftsführung des Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32)
KRB	Kantonsratsbeschluss
KRV	Kantonsratsvorlage
KSV	Kreisschreiben über die Versicherungspflicht
KV	Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (BGS 11.1)
KZG	G über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (BGS 844.4)
LBG	G über die Besoldung der Lehrer an den Volksschulen (Lehrerbesoldungsgesetz) vom 21. Oktober 1976 (BGS 412.31)
lit.	litera (Buchstabe)
LPG	BG über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (SR 221.213.2)
LSV	Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41)
MP	Mietrechtspraxis
MSA	Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1991
N	(Band-) Note(n) in Kommentaren
NHG	BG über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung Zürich
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OHG	BG über die Hilfe an Opfern von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (Opferhilfegesetz, SR 312.5)
OR	BG betr. die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)

PAV	V über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (SR 211.222.338)
PfIKV	V über das Pflegekinderwesen (Pflegekindverordnung) vom 7. Mai 1985 (BGS 213.41)
Pr	Praxis des Bundesgerichtes
PRG	BG über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1)
PStG	Polizeistrafgesetz vom 26. Februar 1981 (BGS 311.1)
PvKG	G betr. individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 15. Dezember 1994 (BGS 842.6)
Regl	Reglement
R OG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts
RPG	BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPK	Rechnungsprüfungskommission
RPV	V über die Raumplanung vom 2. Oktober 1989 (SR 700.1)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RTVG	BG vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.4)
Rz	Randziffer
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 16. Dezember 1994 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SchulG	Schulgesetz für den Kanton Zug vom 31. Oktober 1968 (BGS 412.11)
SHG	G über die Sozialhilfe im Kanton Zug (Sozialhilfegesetz) vom 16. Dezember 1982 (BGS 861.4)
SHV	V zum Sozialhilfegesetz (Sozialhilfeverordnung) vom 20. Dezember 1983 (BGS 861.41)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSV	V über die Strassensignalisation vom 31. Mai 1963 (SR 714.21)

StE	Der Steuerentscheid; Sammlung aktueller steuerrechtlicher Entscheidungen
StG	G über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7. Dezember 1946 (BGS 632.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 321.1)
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
URG	BG betr. das Inhaberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 14. Oktober 1922 (SR 231.1)
UVG	BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
V	Verordnung
VAM	Verein für Arbeitsmarktmassnahmen
VBB	V über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (SR 211.412.110)
VE	Sammlung der Verwaltungsentscheide (Anh. zum Rechenschaftsbericht des Regierungsrates des Kantons Zug; letztmals erschienen 1975 für die Jahre 1971–1974)
VG	G über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 1. Februar 1979 (BGS 154.11)
VormV	V über das Vormundschaftswesen vom 20. November 1943 (BGS 213.2)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRG	G über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 1. April 1976 (BGS 162.1)
VRV	V über die Strassenverkehrsregeln vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VV	Vollziehungsverordnung

VVBauG	VV zum Baugesetz vom 29. März 1988 (GS 721.111)
VVStG	VV zum G über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 18. Juni 1979 (BGS 153.1)
VwOG	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
VwVG	BG über die Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WAG	G über die Wahlen und Abstimmungen vom 23. Januar 1969 (BGS 131.1)
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (bis 1989: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 22.1)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSA	Zeitschrift für Sozialarbeit
ZStV	V über das Zivilstandswesen (Zivilstandsverordnung) vom 1. Juni 1953 (SR 211.112.1)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Steuern und Abgaben

§ 20 StG. – *Finanzausgleich der katholischen Kirchgemeinden. Bei der Festlegung der Höhe der Fondseinlage und dem Verteilerschlüssel gemäss Antrag der Kommission für den Steuerausgleich steht dem Regierungsrat (lediglich) die Rechtskontrolle zu.*

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Das Gesetz regelt den Steuerausgleich unter den katholischen Kirchgemeinden nicht abschliessend. Für die Beiträge besteht ein Rahmen, für die Verteilung bestehen keine materiellen Vorschriften auf Gesetzesstufe. Es stellt sich die Frage, wieweit das Kriterium des Steuerfusses oder das Kriterium der Steuerkraft (Steuerertrag pro Steuerpflichtigen), längerfristig allenfalls auch ein aufgabenorientiertes Kriterium anwendbar sein soll. Strittig wird, wieweit der Regierungsrat in die vom Gesetzgeber bewusst geschaffene Flexibilität eingreifen darf.

Aus den Erwägungen:

1. Der Regierungsrat hat die Höhe der Fondseinlage und die Verteilung der Mittel für die Jahre 1996-1999 abweichend vom Antrag der Kommission für den Steuerausgleich der katholischen Kirchgemeinden festgelegt. Der den katholischen Kirchgemeinden eröffnete Entscheid ist von den Kirchgemeinden Zug, Baar und Risch angefochten worden. Die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sowie die frist- und formgerechte Einreichung der Beschwerden ist unbestritten. Allerdings bestehen erhebliche Meinungsunterschiede über die Auslegung der knappen gesetzlichen Regelung. Es bedarf daher einer grundlegenden Klärung der Zuständigkeiten und der materiell-rechtlichen Anforderungen an den Finanzausgleich.

2. a) Im 5. Abschnitt regelt die Kantonsverfassung (KV) die Gemeinden. Unter dem Titel "Gemeinsame Bestimmungen" sieht § 74 KV vor, dass die Gemeinden, ausgenommen die Korporationsgemeinden, Steuern erheben, wenn ihre Einnahmen zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht ausreichen. Das Gesetz regelt den Finanzausgleich unter den Gemeinden (§ 74 Abs. 2 KV). Hinsichtlich ihrer Autonomie stipuliert § 76 KV, dass die nähere Organisation der Gemeinden und deren Befugnisse durch das Gesetz bestimmt wird. Während der Kanton für die Einwohnergemeinden ein Gesetz über den direkten Finanzausgleich (BGS 621.1) geschaffen hat, wird der Finanzausgleich der katholischen Kirchgemeinden in § 120 Abs. 3 des Gesetzes über die Kantons- und Gemeindesteuern (StG, BGS 632.1) geregelt. In der nach

wie vor gültigen Fassung vom 21. Mai 1979 (GS 21,281) lautet § 120 Abs. 3 StG wie folgt:

Die katholischen Kirchgemeinden des Kantons Zug errichten einen Steuerausgleichsfonds. Diesem Fonds hat jede katholische Kirchgemeinde jährlich wenigstens 15 und höchstens 30 % der Erträgnisse der katholischen Kirchensteuern der juristischen Personen zuzuweisen. Die Höhe der Fondseinlage im obigen Rahmen und der Schlüssel für die Verteilung der dem Ausgleichsfonds zufließenden Mittel werden auf Antrag der Kommission für den Steuerausgleich der katholischen Kirchgemeinden vom Regierungsrat jeweils für vier Jahre festgelegt.

Die vom Regierungsrat erlassene Verordnung über den Steuerausgleich unter den katholischen Kirchgemeinden (BGS 446.2) bestimmt in § 1, die Durchführung des Steuerausgleichs obliege den Kirchgemeinden selbst nach den Bestimmungen der kantonalen Verordnung auf dem Wege über einen Steuerausgleichsfonds. Der Steuerausgleichsfonds wird von einer Kommission verwaltet, die vom Regierungsrat nach den Vorschlägen der Kirchenräte auf seine Amtsdauer gewählt wird. Die Kommission besteht aus 5 Mitgliedern und konstituiert sich selbst (§ 2 Abs. 1 und 2 der Verordnung).

Der Steuerausgleich für die katholischen Kirchgemeinden wurde in der Steuergesetzänderung vom 31. März 1955, in Kraft seit 1. Juni 1955 (GS 17,251) geschaffen. Jede Gemeinde hatte von den Erträgnissen der katholischen Kirchensteuern der juristischen Personen 10% dem Steuerausgleichsfonds zuzuweisen. Anspruch auf Beiträge aus dem Steuerausgleichsfonds hatten alle Kirchgemeinden, bei welchen der Steuerfuss mehr als 25 % des Einheitsansatzes ausmachte. Durch Gesetzesänderung vom 14. September 1972 wurde der Beitragssatz auf 15 % erhöht (GS 20,205). Die zuvor dargestellte Gesetzesänderung von 1979 ging auf die Initiative der Kirchgemeinden zurück. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 18. Dezember 1978 (Kantonsratsvorlage Nr. 4253, S. 31) wird erklärt, die bisherige Ordnung habe sich bewährt. Zuzufolge von Steuersenkungen kämen aber nur mehr drei Gemeinden in den Genuss von Ausgleichsleistungen. Die Konferenz der katholischen Kirchgemeinden rege deshalb eine Änderung des Steuerausgleiches an. Im Hinblick darauf, dass gewisse Kirchgemeinden trotz eines Steuerfusses von 25 % oder weniger gelegentlich ausserordentliche Aufwendungen zu tilgen hätten, sollte nach Ansicht der Kirchgemeinden eine Regelung gefunden werden, die es den Kirchgemeinden erlaube, flexibel zu sein. Der Konferenz schwebte vor, dass bei eventueller gleichzeitiger Erhöhung des Steuerausgleichssatzes von 15% auf 20% nur die Hälfte der zufließenden Mitteln nach dem bisherigen Schlüssel verteilt werde. Die Verteilung der anderen Hälfte sollte vom Regierungsrat auf Antrag der Kirchenräte je für vier Jahre festgelegt werden. Die Kirchgemeinden erhielten so die Möglichkeit, finanzielle Hilfe dort zu leisten, wo sie nach ihrer Ansicht nötig sei.

Am 26. Juni 1984 erstattete der Regierungsrat Bericht und Antrag zu einer Motion Albert Tönz betreffend Änderung des Steuerausgleichs (Vorla-

ge Nr. 5274). Der Regierungsrat führte damals aus, der Finanzausgleich habe zu einer Annäherung der Steuersätze der einzelnen Kirchgemeinden geführt. Der Regierungsrat habe keinen Anlass, über eine Änderung des kantonalen Steuergesetzes verstärkt in die Gemeindeautonomie einzugreifen. Er habe eine besondere Zurückhaltung bei kirchlichen Institutionen zu üben, weil indirekt kirchliche Tätigkeiten berührt würden, in die sich die weltlichen Behörden grundsätzlich nicht einmischen sollten. Ein Eingreifen wäre nur dann diskutierbar, wenn die mit der gesetzlichen Regelung anvisierten Ziele nicht erreicht würden. Dies könne aber nicht gesagt werden.

b) Den Steuerausgleich unter den Einwohnergemeinden regelt der Kanton Zug im Gesetz über den direkten Finanzausgleich (BGS 621.1). Gemäss § 6 des Finanzausgleichsgesetzes haben jene Einwohnergemeinden Anspruch auf eine Ausgleichszahlung, deren Kantonssteuerertrag pro Einwohner unter dem kantonalen Mittel liegt. Keinen Anspruch auf Ausgleichszahlungen haben jedoch Einwohnergemeinden, deren Steuerfuss tiefer liegt als der niedrigste Steuerfuss der beitragspflichtigen Einwohnergemeinden. Die Finanzierung erfolgt durch Beiträge des Kantons und der Einwohnergemeinden. Einwohnergemeinden, deren Kantonssteuerertrag pro Einwohner über dem kantonalen Mittel liegt, leisten Beiträge in der Höhe eines Drittels des Mehrbetrages (§ 4 des Gesetzes). Vor der Totalrevision des Gesetzes vom 31. August 1989 hatten die Einwohnergemeinden wie ursprünglich die Kirchgemeinden zur Finanzierung jährlich 10 % des Kantonssteuerertrages der juristischen Personen beizutragen (Gesetz über den direkten Finanzausgleich vom 22. Dezember 1983, GS 22,463). Zusammen mit der Änderung des Gesetzes über den Finanzausgleich wurden auch das Schulgesetz, das Lehrerbesoldungsgesetz und das Finanzhaushaltsgesetz geändert. Wie bereits der Regierungsrat in seinem Bericht und Antrag vom 15. September 1987 (Vorlage Nr. 6079, S. 5), erklärte auch die vorberatende Kommission in ihrem Bericht und Antrag vom 1. Mai 1989 (Vorlage Nr. 6578, S. 17) "mit Nachdruck", dass die finanziellen Auswirkungen der vier Gesetzesänderungen gesamthaft zu beurteilen seien.

Das Finanzhaushaltsgesetz (BGS 611.1, § 1) sowie das Gemeindegesetz (BGS 171.1, § 1) gelten für die verschiedenen Gemeindearten, also insbesondere auch für die Kirchgemeinden. Im Bereich des Finanzausgleichs hat der Gesetzgeber somit im Unterschied zur Praxis in anderen Bereichen getrennte Regelungen geschaffen.

c) Gestützt auf § 76 KV bestimmt das Gemeindegesetz unter dem Titel "Autonomie", dass die Gemeinden ihre Angelegenheiten im Rahmen der Verfassung, der Gesetze und des ihnen zustehenden Ermessens selbständig ordnen (§ 3 Abs. 1 GG). Auch soweit die Gemeinden "ihre Angelegenheiten" im Rahmen der Gemeindeautonomie selbständig ordnen, unterstehen sie der Aufsicht des Kantons. So übt der Regierungsrat gemäss § 36 GG durch den Genehmigungsvorbehalt eine Rechtskontrolle aus, unter anderem

über Gemeindereglemente, Verbandsordnungen und allgemein verbindliche Reglemente von Zweckverbänden, Verträge über die Zusammenarbeit der Gemeinden und weitere Beschlüsse, soweit das Gesetz es vorsieht. Eine Überprüfung auch der Angemessenheit im Sinne von § 36 Abs. 2 GG erfolgt beispielsweise bei gemeindlichen Bauvorschriften im Sinne von § 15 Abs. 2 des Baugesetzes (BauG, BGS 721.1). Gemäss § 39 GG kann der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde verbindliche Weisungen an Gemeindeorgane erteilen oder ersatzweise Beschlüsse, Reglemente und Verfügungen erlassen.

Die gesetzliche Regelung von § 120 Abs. 3 StG stellt einen Sondertatbestand dar. Der Regierungsrat "legt fest", und zwar "auf Antrag der Kommission für den Steuerausgleich der katholischen Kirchgemeinden". Der Gesetzgeber folgt hier nicht der allgemeinen Ordnung, wie sie Verfassung und Gesetzgebung im allgemeinen hinsichtlich der Zuteilung von Aufgaben an Kanton, Gemeinden oder interkommunale Gebilde und hinsichtlich der gegenseitigen Abgrenzung der Kompetenzen befolgen. Insbesondere stellt sich aufgrund der Beschwerdeanträge die Frage, ob und wie weit dem Regierungsrat bei dieser "Festlegung" des Steuerausgleichs eigenes Ermessen zukommt oder ob er an den Antrag der Kommission in gewissen Grenzen gebunden ist. In formeller Hinsicht könnte die Frage so gestellt werden, ob dem Regierungsrat eine Verordnungskompetenz unter Anhörung der Kommission zukomme oder ob er eher als Genehmigungsbehörde zu entscheiden habe, wobei der Gesetzgeber mangels formeller Entscheidungskompetenz der Kommission nicht den Begriff der Genehmigung, sondern eben der Festlegung gewählt hätte. Zur Beantwortung dieser Frage ist, ausgehend vom Wortlaut von § 120 Abs. 3 StG, zunächst festzuhalten, was das Gesetz klar regelt. Die katholischen Kirchgemeinden errichten einen Steuerausgleichsfonds. Diesem Fonds hat jede katholische Kirchgemeinde jährlich wenigstens 15 und höchstens 30 % der Erträgnisse der katholischen Kirchensteuern der juristischen Personen zuzuweisen. Die Kommission für den Steuerausgleich hat dem Regierungsrat Antrag zu stellen über die Höhe der Fondseinlage und den Verteilschlüssel für jeweils vier Jahre. Die Festlegung erfolgt durch den Regierungsrat. Kommission und Regierungsrat sind damit befasst, über die genaue Höhe der Fondseinlage im gesetzlichen Rahmen und über die Verteilung der Mittel zu befinden. Der Gesetzgeber lässt die gestellte Frage offen. Sie bedarf aber einer Antwort, weil das Gesetz den Finanzausgleich vorschreibt. Ursprünglich hat der Gesetzgeber – wie dargestellt wurde – auch für die katholischen Kirchgemeinden selbst eine Regelung getroffen. Der Finanzausgleich der Einwohnergemeinden ist auch heute durch das Gesetz selber geregelt. Soweit § 120 Abs. 3 StG in Ergänzung der gesetzlichen Teilregelung den Finanzausgleich dem Ermessen überlassen wollte, fragt sich, ob er dieses Ermessen im Sinne einer Gesetzesdelegation dem Regierungsrat oder im Sinne der Autonomie der Kirchgemeinden der Kommission für den Steuerausgleich einräumen wollte. Die bereits zitierten Gesetzesmaterialien im Zusammenhang mit der Revision 1979 und

die Beantwortung der Interpellation Tönz legen klar, dass der Ermessensraum zugunsten der Kirchgemeinden geschaffen wurde. Der Gesetzgeber ist seinerzeit Anregungen aus dem Kreise der Kirchgemeinden gefolgt, um ihnen die nötige Flexibilität einzuräumen. Bei der Beantwortung der Interpellation Tönz weist der Regierungsrat auf die Gemeindeautonomie und die gebotene Zurückhaltung bei kirchlichen Institutionen hin, weil indirekt kirchliche Tätigkeiten berührt würden. Der Kirchenrat Risch weist auch zu Recht auf die zurückhaltende Stellungnahme des Regierungsrates im Beschwerdeverfahren V 95 / 1985 hin. Zwar geht es nicht direkt um den Autonomiebereich der einzelnen Kirchgemeinde, da die Antragsstellung durch die Kommission erfolgt. Wohl aber geht der Gesetzgeber von der besonderen Aufgabe der Kirchgemeinde, welche allen katholischen Kirchgemeinden gemein ist, aus und übt seine Zurückhaltung in Respektierung des Autonomiebereiches des Kirchenwesens. Mangels einer abschliessend beschlussfähigen Institution bedarf es aber des Entscheides des Regierungsrates, welcher den Antrag der Kommission zum Beschluss erhebt. Soweit das Ermessen nicht den politischen Behörden, sondern den Kirchgemeinden, konkret der aus Kirchgemeindevertretern gebildeten Kommission, zusteht, kommt die Festlegung des Regierungsrats einer Genehmigung im Sinne von § 36 GG gleich. Der Regierungsrat ist aber als Aufsichtsbehörde auch verpflichtet, für die Durchführung des Finanzausgleichs zu sorgen, nötigenfalls auch unter Einsetzung der ihm gemäss § 39 GG zustehenden Kompetenzen. Insofern obliegt dem Regierungsrat die formelle Beschlussfassung und die Rechtskontrolle, nötigenfalls die Ersatzvornahme.

d) Die einzelne Kirchgemeinde kann den Rechtsweg beschreiten, um ihre spezifischen Rechte als Kirchgemeinde zu wahren. Gemäss § 41 Abs. 2 VRG sind die zuständigen Gemeinderäte zur Beschwerdeführung zuständig. Eine Kirchgemeinde kann sich gegen die Auferlegung von Pflichten aus dem Finanzausgleich oder zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen, die sie für verletzt hält, an die Rechtsmittelinstanz wenden. Es würde sich insbesondere die Frage stellen, wieweit die Gemeinden aufgrund der bestehenden gesetzlichen Grundlage belastet werden könnten und wieweit die Verteilung den Grundsätzen der Rechtsgleichheit entspricht. Die Anfechtbarkeit sichert gewissermassen präventiv die Berücksichtigung der Interessen aller Gemeinden. Ohne eine gewisse Verständigung unter den Kirchgemeinden würde der Autonomieraum gefährdet.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht lässt sich nunmehr abschliessend die Eintretensfrage beantworten. Paragraph 80 Ziff. 1 und 2 VRG verweist vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Kanton und Gemeinden oder zwischen Gemeinden ins verwaltungsgerichtliche Klageverfahren. Dieses kommt jedoch nur zu Anwendung, falls nicht ein Verwaltungsentscheid durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar ist. Da die Festlegung des Regierungsrates genehmigungsähnlichen Charakter hat, wird sie, wie unter

den Parteien unbestritten ist, im Beschwerdeverfahren geprüft. Gegenstand des Verfahrens ist somit die Nichtgenehmigung des Antrages der Kommission bzw. die Verfügung einer abweichenden Regelung. Als generell-abstrakter Erlass unterliegt die Verordnung selber im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle nicht der Überprüfung.

Aufgrund des Gesagten bleibt somit zu überprüfen, ob der Eingriff des Regierungsrates in den Autonomiebereich zu beanstanden ist.

3. Die Festlegung des Regierungsrates unterscheidet sich vom Antrag der Kommission in folgenden Punkten: Der Antrag nennt als Zweck in Art. 1 "die Annäherung der Steuerfüsse", während die Regelung des Regierungsrates bezweckt "die unterschiedliche Steuerkraft der katholischen Kirchgemeinden teilweise auszugleichen und damit eine Annäherung der Steuerfüsse zu fördern". Bei der Finanzierung beantragt die Kommission einen Beitragssatz von 18 %, während die Regelung des Regierungsrates einen Beitragssatz von 22 % vorsieht. Die Ausgleichsleistungen sind identisch formuliert. Je 50 % werden unabhängig voneinander nach der Differenz des jährlichen Steuerfusses der einzelnen Kirchgemeinden zum abgerundeten, mittleren Steuerfuss aller Kirchgemeinden (Kriterium 1) und nach dem umgekehrten Verhältnis (= reziproker Wert) der Steuerkraft pro Steuerpflichtigen der bezugsberechtigten Kirchgemeinden (Kriterium 2) ermittelt. Bei der Bezugsberechtigung unterscheiden sich die beiden Regelungen. Die Kommission sieht nach beiden Kriterien eine Bezugsberechtigung nur jener Kirchgemeinden vor, deren Steuerfuss auf bzw. über dem abgerundeten, durchschnittlichen Steuerfuss aller Kirchgemeinden liegt. Demgegenüber knüpft der Regierungsrat die Anspruchsberechtigung an die Steuerkraft. Anspruchsberechtigt sind jene Kirchgemeinden, deren Steuerertrag pro Steuerpflichtigen beim abgerundeten mittleren Steuerfuss aller Kirchgemeinden unter dem kantonalen Mittel liegt.

Die von verschiedenen Beteiligten ausführlich dargestellten Bemühungen zur Regelung des Finanzausgleichs unter den katholischen Kirchgemeinden zeigen, dass die ursprünglich gewünschte Flexibilität auch tatsächlich verschiedene Lösungsmöglichkeiten offen lässt. Dabei zeigt sich ein Ringen um die richtigen theoretischen Ansätze, die aber immer auch auf ihre praktischen Auswirkungen hin durchgerechnet werden mussten. Dabei kann von der Interessenlage der einzelnen Kirchgemeinde nicht ganz abstrahiert werden. Gemeinsam ist den Parteien, dass es bei der Suche nach der richtigen Ordnung des Finanzausgleiches einer Überprüfung der Aufgaben der Kirchgemeinden bedarf. Aus dem Kreise der Kirchgemeinden werden verschiedene, sich aus den kirchlichen Gegebenheiten ergebende belastende oder entlastende Faktoren genannt, welche neben Pro-Kopf- oder Prozentvergleiche treten müssten. Solche aufgabenorientierte Überprüfungen sind aufwendig. Ob sie die offenen Fragen lösen werden oder neue aufwerfen, lässt sich naturgemäss heute nicht sagen. Immerhin hat sich bei der vorgenannten

Neuordnung des Finanzausgleichs der Einwohnergemeinden gezeigt, dass gleichzeitig ausser dem Finanzausgleichsgesetz weitere Massnahmen zu treffen waren. Eine Überprüfung unter diesem erweiterten Aspekt erscheint sinnvoll, führt aber über die im vorliegenden Verfahren zu prüfenden Rechtsfragen hinaus. Eine entsprechende Studie über die möglicherweise von den kirchlichen Gegebenheiten her unterschiedlichen Aufgaben, welche die Kirchgemeinden zu erfüllen haben, liegt noch nicht vor. Eine solche Überprüfung hat zum Teil rechtspolitische Bedeutung und fällt im übrigen in den Ermessensbereich. Dass die Rechtskontrolle für die Festsetzung des Steuerausgleichs 1996-1999 eine solche Prüfung voraussetzen würde, wird von keiner Seite vorgetragen. Selbst wenn der Regierungsrat nach den heutigen Kenntnissen ein mehr an der Finanzkraft orientiertes Modell, ähnlich wie bei den Einwohnergemeinden, favorisieren wollte, so würde er sich auch bei dieser Frage im Ermessensbereich bewegen. Angesichts der erheblichen gesetzlichen Unterschiede, gerade auf der Finanzierungsseite, kann nicht einfach eine analoge Anwendung erfolgen. Entgegen entsprechenden Absichtserklärungen hat der Regierungsrat die hälftige Aufteilung auf beide Kriterien nicht geändert. Die Kirchgemeinde Menzingen, welche das Kriterium Finanzkraft neben dem Kriterium Steuerfuss doppelt gewichten möchte, hat keine Beschwerde erhoben. Es ergibt sich daher im wesentlichen die Rechtsfrage, ob die Kommission mit ihrem Antrag dadurch Recht verletzt, dass die Bezugsberechtigung nach den Kriterien 1 und 2 an den Steuerfuss gebunden werden soll, und zwar insofern, als nur Gemeinden, deren Steuerfuss auf bzw. über dem durchschnittlichen Steuerfuss aller Kirchgemeinden liegt, bezugsberechtigt sind. Der Beschwerdegegner bringt zwar zutreffend vor, dass die Steuerkraft von der einzelnen Gemeinde nicht unmittelbar beeinflusst werden kann, wohl aber der Steuerfuss, den sie festsetzt. Mit der Festsetzung des Steuerfusses übt die Gemeinde jedoch ein Stück Autonomie aus. Eine Gemeinde mit geringer Finanzkraft oder mit überdurchschnittlichen Aufgaben hat die Möglichkeit, durch Festsetzung des Steuerfusses eine Leistung zu erbringen, welche auch eine Besserstellung im Finanzausgleich nach sich zieht. Sie kann aber den Steuerfuss auch bis aufs Mittel senken, ohne der Ausgleichsleistung nach Kriterium 2 verlustig zu gehen. Unter diesem Aspekt besteht kein Anlass, mit Rücksicht auf Gemeinden mit geringer Steuerkraft im Sinne einer rechtlich notwendigen Korrektur die Bezugsberechtigung gemäss Kommissionsvorschlag zu ändern.

Die Erhöhung des Beitragssatzes entspringt nicht einer Forderung von seiten der Kirchgemeinden. Mit Recht wurde darauf hingewiesen, dass der Beitragssatz die Nettozahlungen beeinflusst. Der Regierungsrat möchte auch durch die Erhöhung des Beitragssatzes den Ausgleich verstärken. Es fragt sich auch hier, ob dieses Anliegen in den Bereich des Ermessens fällt oder rechtlich geboten ist. Auch diese Massnahme wäre zu schützen, sofern der beantragte Beitragssatz der Kirchgemeinden von 18 % Recht verletzen wür-

de. Auch dies ist offensichtlich nicht der Fall. Die unterschiedliche Finanzkraft der Gemeinden ergibt sich aus der Gemeindeautonomie und stellt als solche keine Verletzung der Rechtsgleichheit dar. Der Finanzausgleich unter den katholischen Kirchgemeinden hat denn auch sein Ziel keineswegs verfehlt. Auch die neueste Regelung gemäss Antrag der Kommission vermag den Anforderungen des Gesetzes zu genügen. Ein ungenügender Ausgleich oder eine Verletzung der Rechtstellung einzelner Kirchgemeinden ist nicht ersichtlich. Es ist deshalb festzustellen, dass der Antrag der Kommission für den Steuerausgleich der katholischen Kirchgemeinden, wie er dem Regierungsrat unterbreitet worden ist, kein Recht verletzt.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Autonomiebereich der Regelung von § 120 Abs. 3 StG nicht zu Gunsten des Regierungsrates geschaffen wurde, sondern den Kirchgemeinden Flexibilität bei der Erfüllung ihrer kirchlichen Aufgaben einräumen will. Die Kommission hat im Rahmen des Ermessensbereichs Antrag zu stellen unter Beachtung der spezifischen Aufgaben der Kirchgemeinden und im Bemühen um ein möglichst weitgehendes Einverständnis. Die Grenzen des Ermessens sind durch die Rechtskontrolle des Regierungsrates und die Überprüfung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gewährleistet. Obwohl die Gesetzgebung in verschiedener Hinsicht für Kirchgemeinden und Einwohnergemeinden einheitliche Regelungen kennt, ist dies im Bereich des Finanzausgleichs nicht der Fall. Soweit der Antrag der Kommission an den Steuerfuss anknüpft und soweit sie anhand der Steuerfüsse beurteilt, ob der Steuerausgleich seinen Zweck erreicht, wird durch die beantragte Regelung kein Recht verletzt.

Gelangt das Verwaltungsgericht zu einer Gutheissung der Beschwerde, so urteilt es selbst in der Sache oder weist sie zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz (§ 72 Abs. 1 VRG) zurück. Mit Rücksicht auf die formelle Erledigung und die Publikation in der Gesetzessammlung sieht das Gericht davon ab, formell selbst den Antrag der Kommission für den Steuerausgleich der katholischen Kirchgemeinden zum Beschluss zu erheben, sondern weist die Sache zur entsprechenden Erledigung an den Regierungsrat zurück. Die Änderung von § 3 der Verordnung über den Steuerausgleich unter den katholischen Kirchgemeinden (GS 25,415) ist von dieser Entscheidung nicht berührt, da der Erlass einer Verordnung im Sinne der abstrakten Normenkontrolle nicht der Überprüfung durch das Gericht unterliegt. Wegen Verletzung des Autonomiebereiches der Kirchgemeinden kommt jedoch § 3 dieser Verordnung nicht zur Anwendung.

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 3. Juli 1997)

§ 61 StG, Art. 45 DBG. – Wann besteht bei Arbeitslosigkeit Anspruch auf eine Zwischentaxation?

Sachverhalt:

A. Am 9. Mai 1996 veranlagte die kantonale Steuerverwaltung Zug die Eheleute X.Y. aufgrund der Bemessungsjahre 1991 und 1992 für die Veranlagungsperiode 1993 – 1994. Bei der Kantonssteuer wurde ein steuerbares Einkommen von Fr. 100'200.- und bei der direkten Bundessteuer ein steuerbares Einkommen von Fr. 114'600.- veranlagt. Am 22. Mai 1996 erhob X.Y. gegen die Veranlagung Einsprache, da sie seit 1. Juni 1993 arbeitslos sei. Das veranlagte Einkommen entspreche schon lange nicht mehr den Realitäten. Ihr Bruttoeinkommen habe 1991/92 Fr. 106'068.- betragen, 1993/94 noch Fr. 73'953.-, somit 30 % weniger. Für die Periode 1995/96 sehe es noch verheerender aus, da voraussichtlich das durchschnittliche Bruttoeinkommen nur noch Fr. 55'400.-, somit 50 % des Einkommens in der Periode 1991 – 92 betragen werde. Sie ersuche um eine Zwischenveranlagung.

Am 20. Februar 1997 wies die Steuerkommission des Kantons Zug die Einsprache ab. Sie legte die gesetzlichen Voraussetzungen einer Zwischenveranlagung bei der direkten Bundessteuer und bei den Kantons- und Gemeindesteuern dar und stellte fest, der Verlust der Arbeitsstelle könne nicht mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit gleichgestellt werden, sofern an die Stelle des bisherigen Arbeitseinkommens als Ersatzeinkommen das Arbeitslosengeld trete. Erst bei Wegfall auch des Ersatzeinkommens finde die Aufgabe der Erwerbstätigkeit statt, welche einen gesetzlichen Zwischenveranlagungsgrund bilde. Im übrigen weist die Steuerkommission darauf hin, dass gemäss § 97 des Steuergesetzes bei schwerer Krankheit, Arbeitslosigkeit, Unglücksfall, Erwerbsunfähigkeit oder anderen Verhältnissen, die eine Bezahlung der Steuer verunmöglichten oder erheblich erschwerten, ein Erlassgesuch eingereicht werden könne.

B. Mit Rekurs vom 10. März 1997 wendet sich X.Y. gegen den Einspracheentscheid der Steuerkommission. Sie hält an ihren Begehren fest. Die Stelle sei ihr mit einer fadenscheinigen Begründung gekündigt worden. Das Gehalt sei ihr noch bis 31. Mai 1993 weiter gezahlt worden. Seit Juni 1993 sei sie arbeitslos. Die Argumentation der Steuerkommission empfinde sie insofern als widersprüchlich, als sie einerseits darauf hinweise, dass gemäss Gesetz eine Zwischenveranlagung vorzunehmen sei, wenn sich das Einkommen in der Veranlagungsperiode dauernd, in der Regel mindestens für ein Jahr verändere, und sich auf der anderen Seite auf den Standpunkt stelle, dass eine Zwischenveranlagung nur bei dauernder Veränderung sowie einer wesentlichen und tiefgreifenden Verminderung des Einkommens vorgenommen werden könne. Hinsichtlich der Dauer seit Juni 1993 liege sie bereits bei 350 % der verlangten Mindestdauer. Es stelle sich die Frage, was unter "dauernd" zu verstehen sei. Nach 3 Jahren und 9 Monaten sei kein Ende der Arbeitslosigkeit in Sicht. Andererseits stelle sich die Frage, ob Einkommens-

einbussen von nunmehr bis 50 % gegenüber dem vorherigen Spitzeneinkommen in den Jahren 1991/92 nicht als wesentlich und tiefgreifend zu bezeichnen seien. Die Einkommensentwicklung wird in einer dem Rekurs beigelegten Graphik dargestellt. In den Jahren 1994 und 1995 sei die Steuerpflichtige total 6 Monate im Arbeitsbeschäftigungs-Programm eingesetzt gewesen. Das habe noch etwa Fr. 12'000.- zusätzlich zu den Arbeitslosentageldern bedeutet. Die Kurve zeige jedoch unmissverständlich einen massiven Einkommenseinbruch.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 18. April 1997 beantragt die Steuerkommission des Kantons Zug, der Rekurs sei abzuweisen, soweit auf ihn einzutreten sei. In materieller Hinsicht wird ausgeführt, unter Ersatzeinkommen aus Arbeit seien Einkünfte zu verstehen, die dazu bestimmt seien, einem Steuerpflichtigen, der seine Erwerbstätigkeit dauernd oder vorübergehend, freiwillig oder unfreiwillig, ganz oder teilweise eingestellt habe, die ihm wegfallenden ordentlichen Arbeitseinkünfte zu ersetzen. Den Ersatzeinkünften sei eigen, dass sie mit Einstellen der Erwerbstätigkeit und dem Wegfall des bisherigen Arbeitsertrages zu fliessen begännen. Zu den Ersatzeinkünften seien auch die Taggelder der öffentlichen Arbeitslosenversicherung zu zählen. Die Vorinstanz hält jedoch daran fest, dass der Verlust der Arbeitsstelle wegen des Ersatzeinkommens nicht mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit gleichgestellt werden könne.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Für natürliche Personen ist die ordentliche Veranlagung für den Steuerbezug in den zwei Jahren der Veranlagungsperiode massgebend (§ 60 Abs. 2 Ziff. 1 StG). Für die Berechnung des Einkommens der natürlichen Personen ist der Durchschnitt der zwei der Veranlagungsperiode unmittelbar vorausgehenden Kalenderjahre massgebend (§ 19 Abs. 1 StG). Die Besteuerung natürlicher Personen folgt somit nach dem System der Pränumerando-Besteuerung mit Vergangenheitsbemessung. Eine Zwischenveranlagung ist nach dem bis 31. Dezember 1994 gültigen kantonalen Recht – soweit hier von Interesse – unter den nachstehenden Voraussetzungen vorzunehmen (§ 61 Abs. 1 und 2 aStG):

¹ Eine Zwischenveranlagung ist bei solchen Personen vorzunehmen, deren Einkommen oder Vermögen sich in der Veranlagungsperiode dauernd, in der Regel mindestens für ein Jahr, verändern wegen:

1. Aufnahme oder Aufgabe einer Erwerbstätigkeit;
2. Wechsels von unselbständiger zu selbständiger Erwerbstätigkeit oder umgekehrt;
3. Heirat;
4. Scheidung oder dauernder rechtlicher oder tatsächlicher Trennung;

5. Vermögensanfalles von Todes wegen oder Schenkung.
6. Änderung der für die interkantonale und internationale Steuerauscheidung massgebenden Verhältnisse.

² Bei den in den Ziffern 1 - 4 hiervoor genannten Zwischenveranlagungsgründen muss die Veränderung beim reinen Einkommen mindestens Fr. 1'000.- und 20 % oder beim reinen Vermögen mindestens Fr. 10'000.- und 20 % betragen. Bei geringeren Änderungen ist eine Zwischenveranlagung nicht durchzuführen.

Einkommensveränderungen wirken sich somit grundsätzlich erst zwei Jahre später in der Festsetzung des Steuerbetrages aus. Im Falle der Zwischenveranlagung ist die Steuer nach dem mutmasslichen Jahreseinkommen zu berechnen bzw. greift die sogenannte Gegenwartsbesteuerung Platz (§ 19 Abs. 3 und 4 StG). Voraussetzung für eine Zwischenveranlagung gemäss § 61 aStG ist das quantitative Element im Sinne einer dauernden Veränderung des reinen Einkommens, welche eine Mindestgrenze erreicht, sowie als qualitatives Element ein Zwischenveranlagungsgrund.

b) Durch Änderung des kantonalen Steuergesetzes vom 27. Januar 1994 (GS 24,393) ist § 61 StG wie folgt neu gefasst worden:

Eine Zwischenveranlagung für Einkommen und Vermögen wird durchgeführt bei:

1. Scheidung, gerichtlicher oder dauernder tatsächlicher Trennung der Ehegatten;
2. dauernder und wesentlicher Änderung der Erwerbsgrundlagen zufolge Aufnahme oder Aufgabe der Erwerbstätigkeit oder Berufswechsels;
3. Vermögensanfall von Todes wegen;
4. Änderung der für die Besteuerung im interkantonalen oder internationalen Verhältnis massgebenden Grundlagen.

Diese Änderung ist am 1. Januar 1995 in Kraft getreten. Eine Zwischenveranlagung vor diesem Zeitpunkt ist nach altem Recht zu beurteilen. Bei der Gesetzesänderung von 1994 ging es um eine Anpassung an die Zwischenveranlagungsbestimmungen des Steuerharmonisierungsgesetzes (Art. 17 StHG) und des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (Art. 45 DBG), vom 14. Dezember 1990, welches ebenfalls auf den 1. Januar 1995 in Kraft getreten ist. Soweit hier von Interesse entsprechen die sachlichen Voraussetzungen der Zwischenveranlagung den bisherigen bundesrechtlichen Kriterien für eine Zwischenveranlagung, so dass die bisherige Praxis weiterhin wegleitend bleibt (Peter Agner/Beat Jung/Gotthard Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Art. 45 N 2).

3. Gemäss der bis Ende 1994 gültigen Fassung des Bundesbeschlusses über die Direkte Bundessteuer (BdBSt) ist eine Zwischenveranlagung vorzunehmen, wenn sich das Einkommen im Laufe der Berechnungsperiode wegen Aufnahme oder Aufgabe der Erwerbstätigkeit oder Berufswechsel dauernd verändert hat (Art. 42 BdBSt). Nach den Vorschriften über das Veranlagungsverfahren ist für den Rest der Veranlagungsperiode eine Zwi-

schenveranlagung vorzunehmen, wenn sich wegen Aufnahme oder Aufgabe der Erwerbstätigkeit oder Berufswechsel die Veranlagungsgrundlagen dauernd verändert haben (Art. 96 BdBSt).

Weder das alte noch das neue Recht des Bundes oder des Kantons nennen die Arbeitslosigkeit als eigenen Zwischenveranlagungstatbestand. Es ist aber in der Praxis unbestritten, dass der Anspruch auf eine Zwischentaxation bei Arbeitslosigkeit nach den Kriterien der erwerblichen bzw. beruflichen Zwischentaxationsgründe zu beurteilen ist. In diesem Sinne ist auch zu würdigen, dass die Entschädigungen der Arbeitslosenversicherung als Ersatzeinkommen an die Stelle des Erwerbseinkommens treten. Insofern ist den Ausführungen der Vorinstanz beizupflichten. Dass Sozialversicherungsleistungen an die Stelle des Erwerbseinkommens treten und als Ersatzeinkommen steuerbar sind, steht aber im Falle der Arbeitslosigkeit einer Zwischentaxation ebenso wenig entgegen, wie einer Zwischentaxation bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit aus Gründen des Alters oder der Invalidität, wo das Erwerbseinkommen ebenfalls durch Sozialversicherungsleistungen als Ersatzeinkommen abgelöst wird. Die Subsumtion der Arbeitslosigkeit unter den Zwischentaxationsgrund der dauernden und wesentlichen Änderung der Erwerbsgrundlagen zufolge Aufnahme oder Aufgabe der Erwerbstätigkeit oder Berufswechsels erscheint auch insofern sachgerecht, als sich die Arbeitslosigkeit verschieden auswirken kann. Sie kann von kurzer oder längerer Dauer sein, mit besseren oder fast fehlenden Aussichten auf eine neue Beschäftigung. Unterschiedlich ist auch die individuelle Anspruchsberechtigung hinsichtlich der Anzahl Taggelder oder Änderungen der Anspruchsberechtigung zufolge von Gesetzesänderungen. Die Einbusse zum letzten Lohn erhöht sich, wenn nicht der ganze Lohn versichert ist. Der Erwerb neuer Beitragszeiten zu einem tieferen Lohn kann zu einem Absinken der Höhe der Taggelder führen. Bei der Arbeitslosigkeit handelt es sich somit nicht um einen genau umrissenen Tatbestand. Vielmehr muss die wesentliche Änderung der Erwerbsgrundlagen im Einzelfall geprüft werden.

Die Vorinstanz macht geltend, erst im Zeitpunkt des Wegfalles dieses Ersatzeinkommens finde die Aufgabe der Erwerbstätigkeit statt, welche einen gesetzlichen Zwischenveranlagungsgrund bilde. Es wird auch vorgebracht, "in der Regel" sei wegen Aufnahme oder Aufgabe der Erwerbstätigkeit eine Zwischenveranlagung nur einmal vorzunehmen, nämlich bei Aufgabe der Haupterwerbstätigkeit. Die Zwischenveranlagung bei Wegfall des Ersatzeinkommens vorzunehmen, mag durchaus richtig sein, etwa wenn ein Versicherter ein Taggeld in der Höhe von 80 % des bisherigen Einkommens bezieht und alsdann ohne Aussicht, neue Arbeit aufnehmen zu können, ausgesteuert wird. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Rekurrentin fällt unter die Langzeitarbeitslosen mit schlechten Aussichten, wiederum eine Arbeitsstelle zu finden. Die Rekurrentin sieht sich insbesondere auch mit der stufenweisen Reduktion ihres Ersatzeinkommens kon-

frontiert, wobei die neuere Gesetzgebung eine rasche Aussteuerung vermeidet.

In der Wegleitung 1985 der Eidg. Steuerverwaltung zur Anwendung der Art. 42 und 96 BdBSt wird aufgrund der Bundesgerichts- und Verwaltungspraxis ausgeführt, voraussichtlich dauerhaft sei eine Veränderung im Einkommen, wenn sie in der Regel mindestens zwei Jahre anhalten werde. Bei Unterbrüchen in der Erwerbstätigkeit von weniger als zwei Jahren (bei gänzlicher Arbeitslosigkeit von weniger als einem Jahr) sowie bei vorübergehenden Einkommensschwankungen werde in der Regel keine Zwischenveranlagung vorgenommen. Bei Zweifeln über die Dauerhaftigkeit der Veränderung sei eine provisorische Veranlagung vorzunehmen (Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung vom 17. Dezember 1985 betreffend Wegleitung zur Anwendung der Art. 42 und 96 BdBSt betreffend Zwischenveranlagung in ASA Bd. 54, 432 ff.). Ernst Känzig, Wehrsteuer, 2. Auflage 1982, referiert unter Art. 42 N 33 einen Entscheid der Rekurskommission Basel-Land, wonach nur Arbeitslosigkeit während mehr als zwei Jahren eine dauernde Veränderung der Einkommensverhältnisse bildet. Der Kommentator fügt bei, seines Erachtens sollte eine anhaltende Arbeitslosigkeit von mehr als einem Jahr berücksichtigt werden, sofern der Arbeitslose keine Arbeitslosenversicherungsleistungen erhalte. Unter Anwendung dieser Zweijahresfrist hat die Steuerrekurskommission Basel-Land bei einer Arbeitslosigkeit von 16 Monaten trotz erheblichem Einkommensrückgang eine Zwischenveranlagung verweigert. Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht am 14. November 1996 bestätigt, wobei insbesondere die Veränderung der Einkommenssituation für sich allein als steuerlich relevanter Zwischenveranlagungsgrund abgelehnt wurde (BStPra 5/1997, 296).

Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdeführerin seit fast vier Jahren arbeitslos. Mit dem Verlust ihrer letzten Stelle trat eine dauernde und wesentliche Änderung der Einkommensverhältnisse ein. In zeitlicher Hinsicht kann nicht mehr von einer blossen Einkommensschwankung gesprochen werden. Der Eintritt der Arbeitslosigkeit bedeutet für die Rekurrentin die Aufgabe der Erwerbstätigkeit. Das Beschäftigungsprogramm von sechs Monaten ändert daran nichts. Mit rund 30 % Einkommenseinbusse, gefolgt von einer rund 50%igen Einbusse ist auch in quantitativer Hinsicht eine Veränderung eingetreten, welche eine Zwischentaxation rechtfertigt. Auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist deshalb für den Rest der Veranlagungsperiode eine Zwischenveranlagung für die von der Veränderung betroffenen Einkommensbestandteile vorzunehmen (Art. 96 BdBSt).

4. Das kantonale Recht in der hier noch anwendbaren, bis Ende 1994 gültigen Fassung nennt als dauernde Änderung eine solche "in der Regel mindestens für ein Jahr". Diese Frist wie auch die betrags- und prozentmässige Grenze von § 61 Abs. 2 aStG sind vorliegend bei weitem überschritten. Das Verwaltungsgericht Basel-Land wendet die Zweijahresfrist bei Fehlen einer

gesetzlichen Zeitbestimmung auch im kantonalen Recht an (STE 1996 B 63.13 Nr. 51). Ebenfalls ohne gesetzliche Fristbestimmung hat die Steuer-Rekurskommission II Zürich bei einem 58-jährigen Arbeitslosen bei 33,5 % bzw. 38 % Einkommenseinbusse eine Zwischentaxation auf den Zeitpunkt der Aufgabe der Erwerbstätigkeit vorgenommen, nachdem der Arbeitslose während mehr als einem Jahr Arbeitslosengelder bezogen hatte (StE 1996 B 63.13 Nr. 49). Auch für das hier massgebende zugerische Recht ist die Arbeitslosigkeit unter den Tatbestand der Aufgabe einer Erwerbstätigkeit nach § 61 Abs. 1 Ziff. 1 aStG zu subsumieren. Die nach altem Recht geringen quantitativen und zeitlichen Anforderungen an die Einkommensveränderung stehen dem nicht entgegen. Mit der vorgenannten Rechtsprechung ist auch für das zugerische Recht festzustellen, dass der Verlust der Stelle trotz Ersatz Einkommen die Aufgabe einer Erwerbstätigkeit bedeuten kann. Unter Würdigung der lang dauernden Arbeitslosigkeit der Steuerpflichtigen ist das qualitative Erfordernis von § 61 Abs. 1 Ziff. 1 aStG erfüllt. Sie hat deshalb auch nach kantonalem Recht Anspruch auf eine Zwischenveranlagung per 1. Juni 1993.

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 5. Juni 1997)

§ 5 GStG.- Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Das Wohneigentum muss im Zeitpunkt der Veräusserung selbst genutzt sein.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Rekurrentin bewohnt zunächst ihre Eigentumswohnung. Am 1. April 1992 zieht sie mit ihrer Familie in ein gemietetes Einfamilienhaus und vermietet die Eigentumswohnung an einen Dritten. Am 20. Mai 1994 kauft sie ein Einfamilienhaus, in welches sie nach einem Umbau einzieht. Die Eigentumswohnung wird am 23. Dezember 1994 verkauft.

Aus den Erwägungen:

2. Unter dem Titel "Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung" bestimmt § 5 GStG – soweit hier von Interesse – was folgt:

¹ Anspruch auf Steueraufschub besteht bei Handänderungen zum Zwecke der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften im Kanton in folge

1. ...

2. Veräusserung von selbst genutztem Wohneigentum am Wohnsitz des Steuerpflichtigen;

3. ...

² Der Steueraufschub wird gewährt, soweit der Veräusserungserlös innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zur Investition in den Erwerbspreis oder in anrechenbare Aufwendungen einer Ersatzliegenschaft verwendet wird. Zur Wahrung der Frist muss bei baulichen Anlagen mindestens das Baubewill-

gungsgesuch eingereicht sein. In den übrigen Fällen ist die Frist mit dem Abschluss des Vertrages gewahrt.

³ Für den auf dem veräusserten Grundstück erzielten Gewinn wird eine Veranlagung durchgeführt. Die Steuer wird zur Zahlung fällig, sofern der Steuerpflichtige oder seine Erben das Ersatzgrundstück innert 10 Jahren nach der Handänderung veräussern oder nicht mehr selbst nutzen. Der Steueraufschub bleibt in den Fällen bestehen, in welchen der Steuerpflichtige aus entschuldbaren Gründen vor Ablauf von 10 Jahren eine Selbstnutzung nicht aufrecht erhalten kann.

...

Der Steueraufschub im Sinne von § 5 GStG wird somit gewährt "zum Zwecke der Ersatzbeschaffung". Die Nutzung der veräusserten und der als Ersatz dafür erworbenen Liegenschaft muss gleich sein. Bei Wohneigentum ist die Privilegierung des Steueraufschubes auf das "selbst genutzte Wohneigentum" "am Wohnsitz des Steuerpflichtigen" eingeschränkt. Die Selbstnutzung ist ein wesentliches Kriterium, wie sich insbesondere auch aus § 5 Abs. 3 GStG ergibt. Die Aufgabe der Selbstnutzung innert 10 Jahren nach der Handänderung führt zur Fälligkeit der aufgeschobenen Steuer. Es trifft zu, dass der Wortlaut des Gesetzes nicht ausdrücklich verlangt, dass das veräusserte Wohneigentum "im Zeitpunkt der Veräusserung" selbst genutzt werden muss. Gemäss § 5 Abs. 2 GStG wird der Steueraufschub aber gewährt, soweit der Veräusserungserlös "innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung" zur Investition in den Erwerbspreis oder in anrechenbare Aufwendungen einer Ersatzliegenschaft verwendet wird. Selbst wenn die materiellen Voraussetzungen einer Ersatzbeschaffung vorliegen, wird kein Steueraufschub gewährt, wenn nicht innert dieser zwei Jahre die Veräusserung des selbst genutzten Wohneigentums am Wohnsitz des Steuerpflichtigen und die Reinvestition in die Ersatzliegenschaft bzw. die fristwahrenden Handlungen vorgenommen werden. Dass bei Aufgabe der Selbstnutzung vor der Veräusserung insgesamt eine längere Frist zur Verfügung stehen könnte, muss ausser Betracht fallen. Die Umschreibung des Begriffs der Ersatzbeschaffung wie auch die Systematik des Gesetzes verbieten entgegen der Meinung der Rekurrentin eine Auslegung, dass eine frühere, inzwischen aufgegebene Selbstnutzung ohne gesetzliche Befristung bei einer späteren Veräusserung noch Anspruch auf Steueraufschub im Sinne von § 5 GStG verschaffen könnte. Sowohl die zweijährigen Fristen gemäss § 5 Abs. 2 GStG wie die zehnjährige Frist von § 5 Abs. 3 GStG beziehen sich auf die Handänderung. Der klare Wortlaut des Gesetzes verbietet, den Fristenlauf gegebenenfalls seit Aufgabe der Eigennutzung zu berechnen. Auch bei einer solchen Betrachtungsweise könnte der Rekurs hier nicht gutgeheissen werden. Der Auffassung der Vorinstanz ist daher beizupflichten, dass unter Veräusserung von selbst genutztem Eigentum zu verstehen ist, dass die Liegenschaft im Zeitpunkt der Weiterveräusserung durch die Verkäuferschaft selbst genutzt wird. Es ergibt sich deshalb, dass der Rekurs unbegründet ist, weshalb er abzuweisen ist.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 19. Februar 1998)

§ 15 KV, § 6 GStG.- Steuerbefreiung der Kirchgemeinden. Die verfassungsmässige Steuerbefreiung der Kirchgemeinden kann nicht durch Gesetz eingeschränkt werden.

Sachverhalt:

A. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 29. August 1995 verkaufte die evangelisch-reformierte Kirchgemeinde des Kantons Zug der Stiftung Maihof, Zug, ein Stück Land am Wiesenweg in der Gemeinde Steinhausen gelegen, 1'410 m² gross, GBP Nr. 318, zum Preis von Fr. 650'000.-. Am 22. Februar 1996 stellte die Grundstückgewinnsteuer-Kommission Steinhausen der Verkäuferin gestützt auf § 24 des Gesetzes über die Grundstückgewinnsteuer (GStG, BGS 632.211) eine provisorische Steuerrechnung im Betrag von Fr. 40'000.- zu.

Am 28. Februar 1996 erhob die evangelisch-reformierte Kirchgemeinde des Kantons Zug Einsprache unter Berufung auf die gesetzliche Befreiung von der Steuerpflicht. Am 25. März 1996 wies die Grundstückgewinnsteuer-Kommission die Einsprache ab. Sie führt dazu aus, die Steuerbefreiung gemäss § 32 des kantonalen Steuergesetzes betreffe die Grundstückgewinnsteuer nicht. Die Steuerbefreiung bei der Grundstückgewinnsteuer sei in § 6 GStG geregelt, wonach Handänderungen "zwischen" Kanton, Gemeinden und Korporationen sowie Erwerbsgeschäfte für das Verwaltungsvermögen von Kanton und Gemeinden steuerbefreit seien. Wenn eine Kirchgemeinde ein in ihrem (Finanz-) Vermögen liegendes Grundstück an Dritte und nicht an den Kanton oder an eine Gemeinde veräussere, sei diese Handänderung gewinnsteuerpflichtig.

B. Mit Rekurs vom 3. April 1996 beantragt die evangelisch-reformierte Kirchgemeinde des Kantons Zug, der Einspracheentscheid der Grundstückgewinnsteuer-Kommission Steinhausen sei aufzuheben und die Kirchgemeinde Zug sei von der Steuer zu befreien. Sie beruft sich auf die Formulierung des Kaufvertrages und § 6 GStG und bringt vor, Sinn und Zweck des Gesetzes wollten gerade Handänderungen wie im vorliegenden Fall von der Besteuerung ausnehmen.

Unter Hinweis auf die Begründung des Einspracheentscheides beantragt die Rekursgegnerin in ihrer Vernehmlassung vom 2. Mai 1996 die Abweisung des Rekurses.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss § 15 Abs. 2 der Kantonsverfassung sind der Staat, die Einwohner-, Bürger- und Kirchgemeinden, das Kirchen- und Pfrundvermögen und sein Ertrag steuerfrei, sowie die ausschliesslich gemeinnützigen öffentlichen Zwecken gewidmeten Vermögen und Einkommen. Das Gesetz kann weitere

Ansprüche auf Steuerfreiheit oder -erleichterung gewähren. Die Rekurrentin ist somit als Kirchgemeinde von Verfassungen wegen steuerfrei. Das Gesetz kann gemäss ausdrücklicher Verfassungsbestimmung weitere Ansprüche auf Steuerfreiheit oder -erleichterung gewähren. Eine verfassungsmässige Ermächtigung, die Steuerbefreiung durch Gesetz einzuschränken, enthält § 15 KV nicht. Entscheidende Bedeutung kommt § 6 GStG daher nur insoweit zu, als auf Gesetzesstufe die Steuerfreiheit ausgedehnt wird. Der angefochtene Entscheid erweist sich daher als verfassungswidrig, weshalb er aufzuheben ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Einwohnergemeinde Steinhausen aufzuerlegen (§ 33 GStG i.V. mit § 92 StG).

(Urteil Verwaltungsgericht vom 4. März 1998)

§ 29 GStG. – Erlass der Grundstückgewinnsteuer. Kriterien des Begriffes der grossen Härte. Wann besteht ein Rechtsanspruch auf Erlass?

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Unter dem Titel "Erlass" bestimmt § 29 GStG folgendes:

¹ Der Steuerpflichtige kann bei der Veranlagungsbehörde ein Gesuch um Stundung oder um teilweisen oder gänzlichen Erlass der Steuer stellen, wenn deren Bezahlung zu einer offenbaren Härte führen würde.

² Die Veranlagungsbehörde leitet das Gesuch mit einem Bericht und ihrem Antrag sowie einer Stellungnahme der kantonalen Steuerverwaltung an den Gemeinderat zum Entscheid weiter.

Das Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer, welches die gemeindlichen Reglemente ablöst, wurde weitgehend von der vorberatenden Kommission des Kantonsrates ausgearbeitet. In deren Bericht und Antrag vom 4. Juli 1990 an den Kantonsrat (Vorlage Nr. 7131 zu Nrn. 6218/19) wird zum Begriff der "offenbaren Härte" ausgeführt, diese sei aus dem Gesichtswinkel des Einzelfalles zu betrachten und lasse sich daher im Gesetz selbst praktisch nicht vernünftig abgrenzen. Bei der Beurteilung eines Härtefalles sei die gesamte wirtschaftliche Lage des Steuerschuldners zu betrachten. Zur fachmännischen Beurteilung der finanziellen Lage sei es unumgänglich, die Dienste der Steuerverwaltung in Anspruch zu nehmen. Eine grosse Härte liege dann vor, wenn die zu bezahlende Steuer in einem krassen Missverhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen bei Einbezug der gesamten Vermögensverhältnisse stehe. Härten könnten bei Geschäftsbetrieben insbesondere bei erheblichen Geschäfts- und Kapitalverlusten und bei grossen Zahlungsschwierigkeiten oder bei mangelnder Liquidität entstehen. Bei Privaten liege ein Härtefall insbesondere dann vor, wenn schwere Krankheit, Arbeitslosigkeit, Unglücksfall, Erwerbsunfähigkeit etc. vorliege und ein direkter Bezug zwischen diesen besonderen Verhältnissen

und der Handänderung bestehe. Der Beschwerdegegner verweist zu Recht auf § 33 GStG, wonach die Bestimmungen des Gesetzes über die Kantons- und Gemeindesteuern unter Vorbehalt der Regelung im Grundstückgewinnsteuergesetz sinngemäss anwendbar sind. Paragraph 97 StG verwendet den Begriff der offenbaren Härte nicht, sondern spricht von Verhältnissen, welche die Bezahlung einer Steuer verunmöglichen oder erheblich erschweren. Das Gesetz nennt als Ursachen "schwere Krankheit, Arbeitslosigkeit, Unglücksfälle, Erwerbsunfähigkeit oder andere Verhältnisse". Der Verweis von § 33 GStG führt somit zu keinen präziser gefassten Kriterien. Dies gilt insbesondere für Verluste aus der Geschäftstätigkeit, somit aus "anderen Verhältnissen", welche nicht mit persönlichen Verhältnissen wie Krankheit und Arbeitslosigkeit zusammenhängen. Schliesslich ist zu bemerken, dass das frühere gemeindliche Reglement ausser Kraft getreten ist und – zumindest als Rechtsnorm – damit ohne Bedeutung für das vorliegende Verfahren ist.

b) Das Rechtsinstitut des Steuererlasses ist im gesamten Steuerrecht bekannt. Das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) knüpft in Art. 167 an die "Notlage" an. Übereinstimmend enthalten die Steuergesetze von Bund und Kanton eine Kann-Vorschrift. Da Erlassentscheide des Gemeinderates vor Verwaltungsgericht nur wegen Rechtsverletzung gerügt werden können (§ 22 Abs. 4 GStG) stellt sich die Frage, ob und wieweit der Erlass Ermessenssache ist und wieweit ein Rechtsanspruch auf Steuererlass besteht. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass der Steuererlass kein Gnadenakt ist, auch wenn nach einem Steuergesetz die Steuern unter bestimmt umschriebenen Voraussetzungen "erlassen werden können". Sind die Voraussetzungen erfüllt, so hat der Steuerpflichtige einen Rechtsanspruch auf den Erlass, und die Abweisung eines entsprechenden Gesuches verstösst gegen Art. 4 BV (BGE vom 30. April 1975 in ASA Bd. 44 S. 618). Der für die Steuergesetzgebung des Kantons Zürich gefällte Entscheid ist auch für die Anwendung des zugerischen Rechtes massgebend.

c) Im konkreten Fall ist auch auf die Einhaltung von § 15 der Kantonsverfassung besonders zu achten, wonach die Steuerpflichtigen im Verhältnis der ihnen zu Gebote stehenden Mittel an die Staats- und Gemeindelasten beizutragen haben. Mit Recht wurde im Verfahren auch auf die Eigenheiten der als Objektsteuer ausgestalteten Grundstückgewinnsteuer nach dem Zürcher System hingewiesen, das eine Verlustverrechnung grundsätzlich ausschliesst mit der Folge, dass Gewinne aus der Veräusserung von Geschäftsgrundstücken auch dann zu versteuern sind, wenn die Geschäftsjahre in der betreffenden Bemessungsperiode gesamthaft mit einem Verlust abschliessen (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 23. Februar 1988, Vorlage Nr. 6218 S. 6). Die Verfassungsmässigkeit der zugerischen Grundstückgewinnsteuer ist generell zweifellos nicht in Frage zu stellen. Die bekannte Problematik der fehlenden Verlustverrechnung kann aber im Härtefall unter

dem Aspekt einer verfassungskonformen Handhabung des Erlassgesuches konkrete Bedeutung erlangen.

d) Die Vorinstanz hat sich zu Recht auch mit dem Aspekt der Gleichbehandlung der Steuerpflichtigen befasst. Sie erwähnt einen Fall von ratenweiser Amortisation der Steuerschuld, ohne vergleichsweise auf die Umstände weiter einzugehen. Aus der Sicht der rechtsgleichen Behandlung erachtet das Gericht die gesetzliche Vorschrift von Bedeutung, die Stellungnahme der kantonalen Steuerverwaltung einzuholen. Im vorliegenden Fall liegt die Stellungnahme des Steuerpräsidenten vor, welche er an einer Referentenaudienz zusätzlich erläuterte. Bei der ordentlichen Besteuerung nach dem Gesetz über die Kantons- und Gemeindesteuern entscheidet der Steuerpräsident endschaftlich über Stundung und Erlass (§ 97 StG). Die Steuerverwaltung hat nicht nur einen umfassenden Einblick in die gesamten finanziellen Verhältnisse des Steuerpflichtigen, sondern die Stellungnahme des Steuerpräsidenten vermag auch zu einer rechtsgleichen Praxis beim Steuererlass beizutragen.

e) Nach den Richtlinien der eidgenössischen Erlasskommission für die direkte Bundessteuer vom 1. Juli 1983 (ASA Bd. 52, S. 331 ff.) zählen zu den typischen Härtefällen unter anderen auch erhebliche Geschäfts- und Kapitalverluste bei Selbständigerwerbenden und juristischen Personen, wenn dadurch die wirtschaftliche Existenz der Unternehmung oder Arbeitsplätze gefährdet sind. Eine grosse Härte ist gegeben, wenn die Bezahlung des geschuldeten Betrages für den Schuldner ein Opfer bedeuten würde, das in einem Missverhältnis zu seiner finanziellen Leistungsfähigkeit steht, und ihm billigerweise nicht zugemutet werden kann. Dabei ist gegebenenfalls auch in Betracht zu ziehen, ob Einschränkungen in der Lebenshaltung geboten und zumutbar sind. Stets ist auf die gesamte wirtschaftliche Lage abzustellen und nicht bloss auf einzelne Tatsachen (Heinz Masshardt, Wehrsteuerkommentar, S. 450 f.). Diese Richtlinien können auch hier für die Auslegung des Begriffs der grossen Härte beigezogen werden.

3. a) Im Verfahren A 7 / 1994 ersuchte der Beschwerdeführer, von Beruf Architekt, um Verrechnung des Verlustes von Fr. 807'500.- im Steuerfall 1994/03 mit dem veranlagten Gewinn aus dem Steuerfall Nr. 1993/17 im Umfang des Gewinnes von Fr. 545'938.-. Wirtschaftliche Schwierigkeiten wegen der Rezession in der Bauwirtschaft hatten ihn zu Veräusserungen gezwungen. Der Steuerrekurs musste abgewiesen werden, da die als Objektsteuer ausgestaltete Grundstückgewinnsteuer keine allgemeine Verlustverrechnung kennt. ...

In der Stellungnahme des Steuerpräsidenten an den Gemeinderat vom 9. Februar 1996 heisst es, der Beschwerdeführer habe in den letzten Geschäftsjahren mit riesigen Verlusten abgeschlossen. Auch in Bezug auf das Reinvermögen bestehe eine katastrophale Situation. ... Der Steuerpräsident erklärt, er sei der festen Überzeugung, dass auch bei einer Verwertung

der Aktiven der Erlös die Schulden bei weitem nicht zu decken vermöge. Der Beschwerdeführer sei zahlungsunfähig, und es werde empfohlen, ihm die geschuldeten Grundstückgewinnsteuern zu erlassen. ...

b) Der Gemeinderat hat nicht bestritten, dass sich der Steuerpflichtige infolge der allgemeinen wirtschaftlichen Rezession in schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen befindet. Er befand aber, der Steuerpflichtige und seine Ehefrau wohnten in einer eigenen Liegenschaft und seien erwerbsfähig. Es bestehe die Aussicht, die Steuerschulden ratenweise zu bezahlen. Das Entgegenkommen des Gemeinderates besteht darin, dass die Restschuld von rund Fr. 30'000.- in monatlichen Raten zu Fr. 1'000.- bezahlt werden kann. Ein Ausgleichszins auf diesen Amortisationen wird nicht berechnet. Ein weiteres Entgegenkommen hält der Gemeinderat angesichts der Lebenshaltung der Eheleute X. für nicht angebracht. ...

c) Der Beschwerdeführer hat erhebliche Geschäfts- und Kapitalverluste auf seinen Immobilien erlitten und ist überschuldet. Die Gläubigerbanken haben in erheblichem Umfang auf Forderungen verzichtet. Der Beschwerdeführer selber musste einen bedeutenden Immobilienverlust realisieren, ohne dass er diesen Verlust mit einem Gewinn aus einem ebenfalls erzwungenen Verkauf kompensieren konnte. Wäre es stattdessen zu einem Zwangsverwertungsverfahren gekommen, so wäre die Handänderung gemäss § 6 Ziff. 3 GStG steuerbefreit gewesen, soweit die Gläubiger zu Verlust gekommen wären. Insofern kann der Gemeinderat aus BGE 122 III 246 nichts zu seinen Gunsten herleiten. Ein Konkursverfahren wäre auch für die berufliche Existenz des Beschwerdeführers als selbständiger Architekt eine schwere Beeinträchtigung. Erfahrungsgemäss ist auch der Wechsel in eine unselbständige Stellung im Alter von Mitte 50 schwierig. Im Konkursfall würden auch die Mitarbeiter des Büros ihre Stelle verlieren. Die Bezahlung der noch eingeforderten Grundstückgewinnsteuer stünde in einem Missverhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers. Unter dem Aspekt der Würdigung der gesamten Verhältnisse wie auch der Gleichbehandlung der Steuerpflichtigen misst das Gericht der Stellungnahme des Steuerpräsidenten grosses Gewicht zu. Andererseits kann das Gericht dem Gemeinderat darin nicht folgen, dass der Lebensaufwand des Ehepaares X. einem Erlass entgegen stehe. Steuerpflichtig in der Grundstückgewinnsteuer ist der Veräusserer (§ 7 Abs. 1 GStG). Liegenschaft und zweites Auto der Ehefrau haften nicht für die Grundstückgewinnsteuer. Beide sind im übrigen aus Mitteln der Ehefrau bzw. durch Schulden finanziert. Unter diesen Umständen besteht ein Anspruch auf Steuerbefreiung, soweit die Grundstückgewinnsteuer aus dem Verkauf des Grundstückes noch nicht bezahlt ist. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 1. Oktober 1998)

2. Sozialversicherungsrecht

Art. 1 Abs. 1 lit. b und Art. 5 Abs. 2 AHVG. – Wann übt eine Person mit Wohnsitz im Ausland in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit aus? Faktische Organisation, wenn jemand einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens nimmt.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 16. Januar 1996 verpflichtete die Ausgleichskasse des Kantons Zug die X. AG, zur Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen in der Höhe von Fr. 13'283.25. Eine Arbeitgeberkontrolle vom 29./30. November 1995 für die Zeit vom 1. Januar 1991 bis 31. Dezember 1994 hatte ergeben, dass die X AG an Herrn P.M. Entgelte ausgerichtet hatte, welche nicht mit den Sozialversicherungen abgerechnet worden waren.

B. Mit Schreiben vom 25. Januar 1996 gelangte die X. AG an die Ausgleichskasse des Kantons Zug, welche das Schreiben als Beschwerde gegen die Verfügung vom 16. Januar 1996 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug weiterleitete. Die Beschwerdeführerin beantragt darin sinngemäss die Aufhebung der Verfügung und führt dazu im wesentlichen aus, bei der Verbuchung der VR-Honorare sowie des Beratungshonorars für P.M. auf das gleiche Konto handle es sich um einen Fehler. Ab 1995 würden VR- und Beratungshonorare selbstverständlich klar getrennt. P.M. nehme an Besprechungen teil und berate die X. AG hauptsächlich in betriebswirtschaftlichen Fragen. Andere, konsultative Gespräche würden telefonisch oder per Fax abgewickelt. P.M. sei über die wichtigsten Firmenentscheide orientiert. Ein Vertrag im eigentlichen Sinne bestehe nicht, da diese Tätigkeit sich organisch entwickelt habe. P.M. sei mit einem Viertel am Aktienkapital beteiligt. Man gehe davon aus, dass die Rechtslage erlaube, die Verfügung der AHV in diesem Falle aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

3. a) Nach Art. 6 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Oesterreich über Soziale Sicherheit vom 15. November 1967 (in Kraft seit 1. Januar 1969) richtet sich die Versicherungspflicht nach den Rechtsvorschriften des Vertragsstaates, in dessen Gebiet die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, soweit die Artikel 7 bis 10 nichts anderes bestimmen (Abs. 1). Für die Versicherungspflicht und die Bemessung der Beiträge von Personen, auf die nach Abs. 1 die Rechtsvorschriften beider Vertragsstaaten anzuwenden sind, wird nur das im Gebiet des jeweiligen Vertragsstaates erzielte Einkommen berücksichtigt (Abs. 2). Das Abkommen statuiert demnach mit Bezug auf die Versicherungs- und die damit verbundene Beitragspflicht das Erwerbssortprinzip. Ob eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz im Sinne von Art. 6 des Abkommens ausgeübt wird, beurteilt sich demzufolge aufgrund der Vorschriften des AHV-Rechts.

b) Obligatorisch versichert nach Massgabe des AHVG sind natürliche Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1 Abs. 1 lit. b AHVG). Die Annahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz erfolgt aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Soweit das Erwerbssortprinzip massgebend ist, ist für die Annahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz nicht erforderlich, dass die natürliche Person, welcher der wirtschaftliche Ertrag dieser Tätigkeit zufließt, sich in der Schweiz aufhält. Massgebend ist lediglich, wo sich der Mittelpunkt des wirtschaftlichen Geschehens befindet (vgl. BGE 119 V 68 f. E. 3b). Gemäss Kreisschreiben über die Versicherungspflicht (KSV) erzielt in der Schweiz Erwerbseinkommen, wer hier in unselbständiger oder in selbständiger Stellung in Industrie, Handel, Handwerk, Landwirtschaft oder in freien Berufen tätig ist (Rz 2029). Unerheblich ist dabei insbesondere, ob die Erwerbstätigkeit aufgrund vertraglicher Verpflichtung oder freiwillig, im Haupt- oder im Nebenberuf ausgeübt wird. Von Bedeutung ist einzig der Zusammenhang zwischen Einkommen und der dem Einkommen zugrunde liegenden Tätigkeit (KSV, Rz 2030).

c) Nach ständiger Rechtsprechung üben Personen mit Wohnsitz im Ausland, welche die Geschäftsleitung eines Unternehmens mit wirtschaftlichem Zweck und mit Sitz in der Schweiz haben, regelmässig eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz aus. Das gilt unabhängig davon, ob die Leitung in der Schweiz oder massgeblich vom Ausland aus erfolgt (BGE 119 V 69 E. 3b mit Hinweis). Wer seinen Wohnsitz im Ausland hat, aber als Verwaltungsrat, als Direktor oder in einer anderen leitenden Funktion einer juristischen Person mit Sitz in der Schweiz im Handelsregister eingetragen ist und somit einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des schweizerischen Unternehmens auszuüben vermag, ist in der Schweiz erwerbstätig und daher für das ihm aus der Gesellschaft zufließende Erwerbseinkommen beitragspflichtig (vgl. auch KSV, Rz 2031 und 2034 je mit weiteren Hinweisen). Die geschäftsleitende Funktion einer Person ergibt sich insbesondere aus ihrer Organstellung und der damit verbundenen Dispositionsbefugnis (vgl. auch KSV, Rz 2033 mit weiteren Hinweisen), je nach den Umständen auch aus dem Umfang der Kapitalbeteiligung.

Die Annahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. b AHVG setzt andererseits nicht voraus, dass die im Ausland wohnende Person in der schweizerischen Gesellschaft formell die Stellung eines leitenden Organs hat und als solches im Handelsregister eingetragen ist. Nach der massgebenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise genügt es, dass von jemandem tatsächlich geschäftsleitende Befugnisse ausgeübt werden und dieser Person damit faktische Organstellung zukommt (BGE 119 V 65 ff., 69 E. 3b mit weiteren Hinweisen).

Faktisches Organ ist allerdings nur, wer an Entscheidungen in einer Weise mitwirkt, die wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgeht (P. WIDMER, in: Honsell / Vogt / Watter [Hrsg.], Kommentar

zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, N 4 Art. 754 OR). Wer dagegen lediglich mit der Vorbereitung der Entschlussfassung durch die Bereitstellung technischer, kaufmännischer oder juristischer Grundlagen befasst ist, ist nicht Organ, auch wenn solche Vorbereitungen durch Fachleute faktisch die Entscheidungen präjudizieren können (FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, Aktienrecht, Bern 1996, § 19 Rz 12)

d) Ein Versicherter, der Organ einer juristischen Person ist, kann dieser sowohl in unselbständiger wie in selbständiger Stellung gegenüberstehen (Wegleitung über den massgebenden Lohn [WML], Rz 2036). Die Qualifikation der Entschädigung hängt davon ab, ob die Tätigkeit, für welche die Entschädigung ausgerichtet wird, mit der Stellung als Organ verbunden ist, oder ob sie ebensogut losgelöst davon erfolgen kann (WML, Rz 2036; BGE 105 V 113 ff., 115 E. 3 = ZAK 1980, S. 220; ZAK 1983, S. 23)

Die Entgelte, die einem Versicherten (für die Tätigkeit) als Organ einer juristischen Person zukommen, gehören zum massgebenden Lohn (vgl. WML, Rz 2028), d.h. es handelt sich um Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit. Gemäss Art. 7 lit. h AHVV i.V.m. Art. 5 AHVG gelten als massgebender Lohn u.a. Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an Mitglieder der Verwaltung und der geschäftsführenden Organe. Steht ein Organ dagegen in bezug auf bestimmte Tätigkeiten einer juristischen Person als Dritter gegenüber (z.B. als Anwalt: vgl. BGE 105 V 113 ff.), so bildet das daraus fliessende Erwerbseinkommen solches aus selbständiger Erwerbstätigkeit (vgl. WML, Rz 2036).

4. Zunächst ist zu entscheiden, ob P.M. Organstellung zukommt oder nicht. Bejaht man diese Frage, ist weiter zu entscheiden, ob die Einkünfte im Zusammenhang mit der Organstellung stehen. Trifft beides zu, so stellt das Entgelt massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG dar, für welches die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin im Sinne von Art. 12 AHVG beitragspflichtig ist. Beitragspflichtig wäre die Beschwerdeführerin nur dann nicht, wenn P.M. keine Organstellung einnehmen oder das Entgelt nicht im Zusammenhang mit der Organstellung stehen würde, weil er eine reine Beratungstätigkeit im Sinne einer selbständigen Nebenerwerbstätigkeit ausüben würde.

a) Es ist unbestritten, dass P.M. nicht formell als Organ der X. AG bestellt ist. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass P.M. nicht (formell) im Verwaltungsrat sei, im Ausland wohne und auch dort arbeite, sind jedoch nicht geeignet, auszuschliessen, dass P.M. in massgebender Weise an der Willensbildung der X. AG teilnimmt und korporative Aufgaben selbständig ausübt und so die Stellung eines faktischen Organs innehat. Vielmehr spricht es für die Ausübung von Organfunktion, dass – gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerin – P.M. mit einem Viertel am Aktienkapital beteiligt ist und jeweils über die wichtigsten Firmenentscheide orientiert

werde. Durch seine Beteiligung an der X. AG ist dieser grundsätzlich in der Lage, massgeblichen Einfluss (mehr als 20% der stimmberechtigten Anteile) auf die Geschicke der Gesellschaft auszuüben (vgl. dazu Art. 665a Abs. 2 und 3 OR). Dass P.M. jeweils über die wichtigsten Firmenentscheide orientiert wird, lässt vermuten, dass ihm bei Entscheidungen der AG von grundlegender unternehmerischer Tragweite ein Mitwirkungsrecht zusteht. P. M. nimmt mehrmals im Jahr an Besprechungen in der Schweiz teil und hält telefonisch oder per Fax Kontakt. Angesichts dieser Umstände muss angenommen werden, dass ihm materiell die Stellung eines Organs der X. AG zukommt, obwohl ihm formell eine entsprechende Position nicht eingeräumt worden ist.

b) Die Tätigkeit von P.M. als Berater der X. AG unterscheidet sich im internen Verhältnis durch nichts von der Tätigkeit eines formell bestellten Verwaltungsrates. Insbesondere muss bezweifelt werden, dass P.M. auch dann an Besprechungen teilnehmen könnte, zu konsultativen Gesprächen kontaktiert und über die wichtigsten Firmenentscheide orientiert würde, wenn er nicht massgeblich an der X. AG beteiligt wäre. Ebenso fraglich erscheint unter diesen Umständen, dass P.M. sich jeglicher Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit enthält und seine Tätigkeit für die X. AG sich auf die blossе Vorbereitung der Entscheide und Grundlagenbeschaffung beschränkt. Das verbietet es aber im vorliegenden Fall, P.M. als völlig unabhängigen Betriebsberater der X. AG zu betrachten. P.M. rechnet denn auch nicht als Selbständigerwerbender, insbesondere für die Ausübung von Bertätigkeit, mit der Sozialversicherungsanstalt Oesterreich ab. Die Bertätigkeit von P.M. ist nicht völlig unabhängig von seiner einflussreichen Stellung als Aktionär denkbar, weshalb die daraus erzielten Einkünfte in untrennbarem Zusammenhang mit seiner materiellen Organstellung stehen. Wirtschaftlich handelt es sich deshalb bei dem an P.M. ausgerichteten Entgelt um VR-Honorare, auch wenn die Beschwerdeführerin von einem Beratungshonorar spricht. Gemäss Art. 7 lit. h AHVV gehören Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an Mitglieder der Verwaltung juristischer Personen zu dem für die Berechnung der Beiträge massgebenden Lohn. Es handelt sich insofern um Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 5 AHVG, wofür die X. AG als Arbeitgeberin im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AHVG beitrags- und abrechnungspflichtig ist.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 15. Oktober 1998)

Übergangsbestimmungen zur 10. AHV-Revision – Per 1. Januar 1997 konnten nicht alle möglichen Ansprüche und Renten per sofort neu überprüft und angepasst werden. Anpassungen haben aber bis spätestens zum 1. Januar 2001 zu erfolgen. In diesem Fall Eintritt eines neuen Versicherungsfalls per 1. Januar 1997 verneint.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 9. Mai 1997 teilte die Ausgleichskasse des Kantons Zug A.L., Jahrgang 1934, mit, dass sie keinen Anspruch auf eine Altersrente habe. Zur Begründung führte die Kasse aus, dass für verheiratete Frauen, die zwar während der Ehe versichert gewesen seien, aber selber nie AHV-Beiträge entrichtet hätten, Anspruch auf eine ordentliche Altersrente ab Eintritt des zweiten Versicherungsfalles aufgrund der zugesplitteten Einkommen des Ehemannes bzw. der anrechenbaren Erziehungsgutschriften bestehe. Der zweite Versicherungsfall trete ein, sobald der Ehemann Anspruch auf eine Rente habe. Deshalb bestehe zur Zeit noch kein Anspruch auf eine Altersrente. Der Ehemann von A.L. werde im Oktober 1997 65-jährig. Deshalb bestehe für sie ab November 1997 Anspruch auf eine ordentliche Altersrente.

B. Gegen diese Verfügung erhob A.L. am 6. Juni 1997 Beschwerde und beantragte, es sei ihr eine Altersrente in Berücksichtigung der Erziehungsgutschriften für die Periode vom 1. Januar 1997 bis 31. Oktober 1997 auszurichten. Zur Begründung führt sie aus, dass sie am 29. März 1996 bei der Ausgleichskasse des Kantons Zug einen Antrag auf Ausrichtung einer Altersrente gestellt habe. Mit Verfügung vom 20. Mai 1996 sei diesem Antrag nicht stattgegeben worden. Als nicht berufstätige Ehefrau habe sie keine AHV-Beiträge bezahlt. Ihr Ehemann habe noch Beitragslücken von ca. 4 Jahren infolge Auslandsaufenthalt. Am 14. Dezember 1996 habe sie, aufgrund der 10. AHV-Revision, einen Wiedererwägungsantrag ab 1. Januar 1997 an die Ausgleichskasse gestellt mit dem Ersuchen um Berücksichtigung der Erziehungsgutschriften für die Erziehung ihrer beiden Töchter. Am 9. Mai 1997 habe die Ausgleichskasse die angefochtene Verfügung erlassen und stütze sich dabei auf das Bulletin Nr. 1 des BSV. Eine eigentliche gesetzliche, ausdrückliche Bestimmung für diesen Standpunkt sei nicht vorhanden. Aufgrund der 10. AHV-Revision setze sich eine Rente aus folgenden Elementen zusammen: Beitragsdauer / Höhe der Beiträge laut individuellem Konto / Erziehungsgutschriften / Betreuungsgutschriften. Die Erziehungsgutschrift sei eine separate Komponente, losgelöst von der Beitragsdauer, etc., als Beitrag für die nicht erwerbstätige Tätigkeit während der Erziehung der Kinder. Artikel 29^{sexies} AHVG sage nichts über die Beitragsdauer aus.

C. Mit Vernehmlassung vom 2. September 1997 verzichtet die Ausgleichskasse auf einen Antrag.

Aus den Erwägungen:

2. Anspruch auf eine Altersrente haben Frauen, welche das 64. Altersjahr vollendet haben (Art. 21 Abs. 1 lit. b AHVG, in der ab dem 1. Januar 1997 geltenden Fassung). Gemäss lit. d der Übergangsbestimmungen der 10. AHV-Revision wird das Rentenalter der Frau vier Jahre nach Inkraftsetzung der 10. AHV-Revision auf 63 Jahre und acht Jahre nach Inkrafttreten auf

64 Jahre erhöht, d.h. im Jahre 1997 hat eine Frau Anspruch auf eine Altersrente, wenn sie das 62. Altersjahr vollendet hat. Der Anspruch entsteht am ersten Tag des Monats, welcher der Vollendung des gemäss Abs. 1 massgebenden Altersjahres folgt (Art. 21 Abs. 2 AHVG). Anspruch auf eine ordentliche Alters- oder Hinterlassenenrente haben rentenberechtigte Personen, denen für mindestens ein volles Jahr Einkommen, Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften angerechnet werden können oder ihre Hinterlassenen (Art. 29 Abs. 1 AHVG). Für die Rentenberechnung werden Beitragsjahre, Erwerbseinkommen sowie Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften der rentenberechtigten Person zwischen dem 1. Januar nach Vollendung des 20. Altersjahres und dem 31. Dezember vor Eintritt des Versicherungsfalles (Rentenalter) berücksichtigt (Art. 29^{bis} Abs. 1 AHVG). Die Rente wird nach Massgabe des durchschnittlichen Jahreseinkommens berechnet. Dieses setzt sich zusammen aus a. den Erwerbseinkommen; b. den Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften (Art. 29^{quater} AHVG). Einkommen, welche die Ehegatten während der Kalenderjahre der gemeinsamen Ehe erzielt haben, werden geteilt und je zur Hälfte den beiden Ehegatten angerechnet. Die Einkommensteilung wird vorgenommen, wenn beide Ehegatten rentenberechtigt sind (Art. 29^{quinquies} Abs. 3 AHVG). Versicherten wird für die Jahre, in welchen sie die elterliche Gewalt über eines oder mehrere Kinder ausüben, die das 16. Altersjahr noch nicht erreicht haben, eine Erziehungs- oder Betreuungsgutschrift angerechnet. Bei verheirateten Personen wird die Erziehungs- oder Betreuungsgutschrift während der Kalenderjahre der Ehe hälftig aufgeteilt. Der Teilung unterliegen aber nur die Gutschriften für die Zeit zwischen dem 1. Januar der Vollendung des 20. Altersjahres und dem 31. Dezember vor Eintritt des Versicherungsfalles beim Ehegatten, welcher zuerst rentenberechtigt wird (Art. 29^{sexies} AHVG). Muss eine Altersrente neu festgesetzt werden, weil der Ehegatte rentenberechtigt wird, so bleiben die im Zeitpunkt der erstmaligen Rentenberechnung geltenden Berechnungsvorschriften massgebend (Art. 31 AHVG).

a) Die Übergangsbestimmungen regeln in lit. c unter dem Titel "Einführung des neuen Rentensystems", dass die neuen Bestimmungen für alle Renten gelten, auf die der Anspruch nach dem 31. Dezember 1996 entsteht. Die neuen Bestimmungen gelten auch für laufende einfache Altersrenten von Personen, deren Ehegatte nach dem 31. Dezember 1996 einen Anspruch auf eine Altersrente erwirbt. Der übergangsrechtlichen Ordnung der 10. AHV-Revision liegen gemäss Jürg Brechbühl, Zeitschrift des BSV für Soziale Sicherheit, 5/1996, 244 ff. die folgenden Prinzipien zugrunde: Alle Leistungsansprüche, die nach dem 31. Dezember 1996 entstehen, unterliegen dem neuen Recht. Die technisch bedingten Unterschiede zwischen den altrechtlichen und den neurechtlichen Renten sollen am 1. Januar 2001 weitgehend beseitigt werden. Und schliesslich kann in gewissen Fällen, die nach altem Recht zu stossenden Ergebnissen führten, auf Antrag ab dem 1. Januar 1997 das neue Recht angewandt werden (ledige Rentner/innen, die Kinder betreut haben, Rentner/innen, deren Rente auf-

grund einer Scheidung oder Wiederverheiratung vor dem 1.1.1997 festgesetzt wurde und schliesslich Frauen, die an einer Ehepaarrente teilhaben, welche aufgrund von Beitragslücken des Mannes gekürzt wurde). Vor dem 1. Januar 2001 werden die Renten in das neue System übergeführt, wenn der Ehegatte neu Anspruch auf eine Altersrente hat, bei Ehescheidung, bei Heirat, Tod oder wenn eine Person mit einer IV-Rente das AHV-Alter erreicht (Brechtbühl, a.a.O., 246).

b) Zu den im vorliegenden Fall sich stellenden übergangsrechtlichen Fragen hat sich das BSV im Informationsbulletin Nr. 1 zur Einführung der 10. AHV-Revision vom 8. November 1996 geäussert. Das BSV führt unter Ziff. 4 aus, dass verheiratete Frauen, die zwar während der Ehe versichert waren, aber selber nie AHV-Beiträge entrichtet haben, bis anhin – mangels Erfüllung der Mindestbeitragsdauer – keinen Anspruch auf eine ordentliche Rente hatten. Diesen Frauen hätte allenfalls eine ausserordentliche Rente ohne Einkommensgrenze zugesprochen werden können, wenn der Ehemann die gleiche Anzahl Beitragsjahre aufweisen würde, wie sein Jahrgang. Weiter führt das BSV aus: "Entsteht nun beim Ehemann nach dem 1. Januar 1997 der Anspruch auf eine Rente, so ist die Einkommensteilung für gemeinsame Versicherungszeiten während der Ehe nach den allgemeinen Regeln vorzunehmen. Somit kann verheirateten Frauen, welche bis anhin keine oder nur eine ausserordentliche Rente bezogen haben, aufgrund der zugesplitteten Einkommen bzw. der anrechenbaren Erziehungsgutschriften ab Eintritt des zweiten Versicherungsfalls eine ordentliche Rente zugesprochen werden". Diese Weisungen des Bundesamtes, die für die Kassen verbindlich sind, entsprechen dem übergangsrechtlichen Gedanken, dass per 1. Januar 1997 nicht alle möglichen Ansprüche und Renten neu überprüft werden können. Die Überführung von tausenden von Renten in das neue Rentensystem per 1. Januar 1997 hätte einen unverhältnismässigen Verwaltungsaufwand zur Folge gehabt, der nicht zu bewältigen gewesen wäre. Diesem Aufwand ist man mit den übergangsrechtlichen Bestimmungen begegnet, wonach die Anpassungen spätestens bis zum 1. Januar 2001 zu erfolgen haben.

c) Die Beschwerdeführerin ist am 28. April 1996 62 Jahre alt geworden und hätte somit gemäss Art. 21 aAHVG per 1. Mai 1996 Anspruch auf eine einfache Altersrente gehabt, wenn die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt gewesen wären. Beim Eintritt des Versicherungsfalls (1. Mai 1996) konnte ihr aber mangels Erfüllung der Mindestbeitragsdauer keine Altersrente zugesprochen werden. Nach dem 31. Dezember 1996 ist bei ihr kein neuer Versicherungsfall eingetreten, da sie nicht zu den oben unter E. 2b erwähnten wenigen Ausnahmen zählt. Ein neuer Rentenanspruch entsteht für sie gemäss lit. c der Übergangsbestimmungen, sobald der Ehegatte einen Anspruch auf eine Altersrente erwirbt. Dies wird am 1. November 1997 der Fall sein, wenn der am 11. Oktober 1932 geborene Ehemann Anspruch auf eine Altersrente hat. Auf diesen Zeitpunkt wird das Einkommen des Ehe-

mannes gesplittet und die Erziehungsgutschriften für die beiden Töchter M. und N. auf die beiden Ehepartner zu gleichen Teilen verteilt. Auf diesen Zeitpunkt hat die Beschwerdeführerin dann Anspruch auf eine Altersrente.

Würde man der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, wonach sie per 1. Januar 1997 gestützt auf Art. 29^{sexies} AHVG einen selbständigen Anspruch auf eine Altersrente hätte, so würde dies zu einer krassen Ungleichheit gegenüber Personen führen, die bereits vor dem 1. Januar 1997 Anspruch auf eine Ehepaar-Altersrente hatten, denn ihre Renten werden gemäss lit. c Abs. 5 der Übergangsbestimmungen erst am 1. Januar 2001 den Grundsätzen des neuen Rechts angepasst.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Verfügung der Ausgleichskasse, womit sie die Ausrichtung einer Altersrente per 1. Januar 1997 verweigert hat, nicht zu beanstanden ist. Die Weisungen des Bundesamtes, die für die Kasse verbindlich sind, entsprechen Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmungen, wie sie mit der 10. AHV-Revision geändert wurden. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und muss abgewiesen werden.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 31. Oktober 1997)

Art. 21 IVG – Hilfsmittel. Kontaktlinsen werden als Hilfsmittel nur noch abgegeben, wenn sie eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen darstellen. Anspruch in diesem Fall verneint.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 17. Januar 1994 sprach die Invalidenversicherung J.M. letztmals Kontaktlinsen gemäss ärztlicher Verordnung zum IV-Tarif als Hilfsmittel zu. Mit Kostenvoranschlag vom 11. Februar 1997 gelangte X.Y., Augenoptiker, Zug, an die IV-Stelle und ersuchte um Kostengutsprache für die Neuanpassung von Kontaktlinsen bei irregulärem Astigmatismus nach Keratoplastik rechts und Keratokonus links. Mit Verfügung vom 1. April 1997 teilte die IV-Stelle des Kantons Zug J.M. mit, dass Kontaktlinsen nur noch als Behandlungsgerät übernommen werden könnten, wenn sie eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung bilden würden.

B. Gegen diese Verfügung reichte J.M. am 7. April 1997 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte sinngemäss die Kostenübernahme für die Kontaktlinsen. Zur Begründung führte er aus, bei der Aushebung zur Rekrutenschule im Jahre 1955 habe man festgestellt, dass er auf beiden Augen eine starke Hornhautverkrümmung habe. Die Sehqualität sei dann durch Kontaktlinsen verbessert worden. Die Hornhautverkrümmung habe in den nachfolgenden Jahren durch Linsen nicht eingedämmt werden können, was 1984 zu einer Hornhautoperation (Transplantation) an seinem

rechten Auge geführt habe. Eine Korrektur habe zusätzlich durch Kontaktlinsen gemacht werden müssen. Die Korrektur sei mit einer Brille nicht machbar. Für seinen Fall könne somit die Invalidenversicherung in Anspruch genommen werden.

C. Mit Vernehmlassung vom 9. Juni 1997 beantragt die IV-Stelle die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG) hat der Versicherte im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste Anspruch auf jene Hilfsmittel, derer er für die Ausübung der Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit in seinem Aufgabenbereich, für die Schulung, die Ausbildung oder zum Zweck der funktionellen Angewöhnung bedarf. Kosten für Zahnprothesen, Brillen, Schuheinlagen werden nur übernommen, wenn diese Hilfsmittel eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen bilden. Gestützt auf die in Art. 21 IVG zugewiesene Kompetenz hat der Bundesrat am 29. November 1976 die Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI) erlassen. Gemäss Rz 7.02 in der bis Ende Februar 1996 gültigen Fassung konnten Kontaktlinsen als Hilfsmittel abgegeben werden, sofern sie notwendigerweise anstelle von Brillen traten und eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen darstellten, sowie bei hochgradigem irregulärem Astigmatismus und Keratokonus. Gestützt auf diese Bestimmung wurden dem Beschwerdeführer – letztmals mit Verfügung vom 17. Januar 1994 – Kontaktlinsen beidseits zu Lasten der Invalidenversicherung bewilligt.

Mit Wirkung ab dem 1. März 1996 änderte der Bundesrat die Hilfsmittelverordnung insofern, als er festlegte, dass neu Kontaktlinsen nur noch abgegeben werden, sofern sie notwendigerweise anstelle von Brillen treten und eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen darstellen (neue Fassung der Rz 7.02 HVI; vgl. auch IV-Rundschreiben 109 vom 9. Oktober 1996). Liegen "nur" ein hochgradiger irregulärer Astigmatismus und ein Keratokonus vor, besteht somit kein selbständiger Anspruch auf die Abgabe von Kontaktlinsen mehr. Dies bedeutet zudem, dass auch nach einer Keratoplastik (Hornhauttransplantation) kein Anspruch mehr besteht, auch wenn diese im Rahmen von Art. 12 IVG übernommen wurde. Das primäre Operationsziel besteht in diesen Fällen nämlich in der Reduktion des irregulären Astigmatismus auf Werte, die eine erneute Kontaktlinsenkorrektur ermöglichen. Da aber Kontaktlinsen schon vorgängig zu der Keratoplastik indiziert waren (der Beschwerdeführer trägt solche gemäss den Angaben seines Arztes vom 14. Juli 1981 schon seit mehr als 20 Jahren), stellen sie – im Gegensatz zu einer Kataraktoperation – kein Hilfsmittel dar, das eine medizinische Eingliederungsmassnahme wesentlich ergänzt. Die Keratoplastik stellt bei Kontaktlinsen lediglich den Status quo ante wieder her (IV-Rund-

schreiben des BSV vom 9. Oktober 1996). Somit ergibt sich, dass der Beschwerdeführer nach der neuen Regelung von Rz 7.02 HVI keinen Anspruch mehr auf die Abgabe von Kontaktlinsen als Hilfsmittel der Invalidenversicherung hat. Entsprechend erweist sich die angefochtene Verfügung als korrekt und die Beschwerde muss abgewiesen werden.

Der Vollständigkeit halber soll darauf hingewiesen werden, dass per 1. Januar 1998 der Pflichtleistungskatalog in der Krankenversicherung angepasst wird. Dabei werden auch Entschädigungen für ärztlich verschriebene Kontaktlinsen ausgerichtet. Der übliche Beitrag beträgt Fr. 200.-, in Spezialfällen können auch höhere Beiträge ausgerichtet werden.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 14. August 1997)

Art. 2 Abs. 1 ELG und Art. 23 ZGB – Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz als Anspruchsvoraussetzung für Ergänzungsleistungen bei Schweizerbürgern.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 29. November 1996 lehnte die Ausgleichskasse einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen für X.Y. mit der Begründung ab, dass sie den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen nicht in der Schweiz, sondern in Deutschland habe. Somit habe sie in der Schweiz keinen Wohnsitz im Sinne des Gesetzes und daher auch keinen Anspruch auf Ergänzungsleistungen.

B. Gegen diese Verfügung liess X.Y. am 16. Januar 1997 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung sei aufzuheben, die Ausgleichskasse sei zu verpflichten, ihr für die Zeit ab 1. Mai 1996 die in der aufgehobenen Verfügung vom 12. Juli 1995 ermittelten Ergänzungsleistungen (Fr. 848.- monatlich) und für die Zeit ab 1. Januar 1997 neu zu berechnende Ergänzungsleistungen zu entrichten. Es sei eine öffentliche Verhandlung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK durchzuführen, und es sei die Beschwerdeführerin persönlich zu befragen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Ausgleichskasse. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, es sei richtig, dass die Beschwerdeführerin auch Beziehungen zu ihren jahrelangen Vertrauensärzten in E. und zu ihrer Schwester in P. habe. Sie unterhalte jedoch die engsten Beziehungen zu ihrem Sohn P.Y. in L., wo sie mit ihm gleichsam eine Schicksalsgemeinschaft bilde, die zumindest solange dauern solle, als sie nicht pflegebedürftig werde. Der Umstand, dass sie sich in E. nicht polizeilich abgemeldet habe, ändere nichts an der Tatsache, dass sich der Schwerpunkt ihrer Lebensbeziehungen in L. befinde. Schon einige Jahre vor 1995 habe sich die Beschwerdeführerin

oftmals bei ihrem Sohn P.Y. in L. aufgehalten. Der Grund hierfür sei, dass der alleinstehende P.Y. teilinvalid sei, d.h. an einer schweren Diskushernie leide, die ihn zuweilen in seiner Bewegungsfähigkeit stark einschränke. Er sei auf die Hilfe der Beschwerdeführerin angewiesen. Zu Beginn des Jahres 1995 habe der Aufenthalt der Beschwerdeführerin bei ihrem Sohn in L. ein Ausmass angenommen, dass sie sich entschlossen habe, bei ihm auf Dauer zu wohnen. Zu diesem Entschluss habe sie auch der Umstand bewegt, dass sie in E. immer mehr vereinsamt sei, auch wenn sie von ihren zwei Söhnen oft besucht worden sei. Verständlicherweise habe sie ihre Beziehungen zu ihren Vertrauensärzten in E. als schwer Herz- und Zuckerkrankte nicht abbrechen wollen. Mit der Kasse habe sie abgesprochen, die deutsche Krankenkasse beizubehalten. Schliesslich sei aus den gesamten Kassenakten ersichtlich, dass sich der Schwerpunkt der Lebensbeziehungen der Beschwerdeführerin seit Frühjahr 1995 in L. befinde.

C. Mit Vernehmlassung vom 7. März 1997 beantragt die Ausgleichskasse des Kantons Zug, es sei die Beschwerdeführerin persönlich zu befragen. Im weiteren sei die Beschwerde abzuweisen.

D. Am 11. September 1997 fanden in der Beschwerdesache eine Partei- und Zeugenbefragung sowie eine öffentliche Verhandlung statt.

Aus den Erwägungen:

2. Anspruch auf Ergänzungsleistungen haben Schweizer Bürger mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz (Art. 2 Abs. 1 ELG). Der Wohnsitz bestimmt sich gemäss Rz 1002 der Wegleitung über die Ergänzungsleistungen, gültig ab dem 1. Januar 1994 (WEL), nach den Regeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB). Gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Der Abs. 1 stellt zwei Kriterien auf, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine handlungsfähige Person an einem bestimmten Ort Wohnsitz hat: objektiv physischer Aufenthalt und subjektive Absicht dauernden Verbleibens. Da der Wohnsitz nicht nur für die betroffene Person, sondern auch für Drittpersonen und das Gemeinwesen von Bedeutung ist, ist die innere Absicht des dauernden Verbleibens nur insoweit von Bedeutung, als sie nach aussen erkennbar geworden ist. Massgebend ist daher der Ort, wo sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet (Stahelin Daniel, Kommentar zu Art. 23 ZGB in: Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, S. 202 mit Verweis auf BGE 97 II 3 f. und BGE 85 II 322).

Der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet sich im Normalfall am Wohnort, wo man schläft, die Freizeit verbringt und wo sich die persönlichen Effekten befinden. Die nach aussen erkennbare Absicht muss auf einen dauernden Aufenthalt gerichtet sein. Auch ein von vornherein bloss vor-

übergehender Aufenthalt kann einen Wohnsitz begründen, wenn er auf eine bestimmte Dauer angelegt ist und der Lebensmittelpunkt dorthin verlegt wird. Als Mindestdauer wird von der Lehre ein Jahr postuliert (Stahelin, a.a.O., S. 202 Rz 8 und dort zitierte Hinweise). Zur Begründung eines Lebensmittelpunkts ist der tatsächliche Aufenthalt im Sinne eines Wohnens (résider) erforderlich, der blosser Wille zur Wohnsitznahme genügt nicht (BGE 96 I 149). Physischer Aufenthalt ist indes nur erforderlich zur Begründung, nicht aber zur Beibehaltung eines Wohnsitzes.

Unmassgebend für den zivilrechtlichen Wohnsitz ist, wo eine Person angemeldet ist, ihre Schriften hinterlegt hat (BGE 108 Ia 255), wo sie ihr Stimmrecht ausübt und Steuern bezahlt. Dies sind jedoch Indizien für die Absicht dauernden Verbleibens. Unerheblich sind auch die Gründe, welche dazu führen, dass jemand seinen Lebensmittelpunkt an einen bestimmten Ort verlegt. Das Motiv ist jedoch Indiz bei der Beurteilung der Frage, ob überhaupt ein neuer Lebensmittelpunkt begründet wurde (Stahelin, a.a.O., S. 206, Rz 23 f.). Jede Person hat nach schweizerischem Recht nur einen Wohnsitz. Hält sich jemand abwechselungsweise an zwei verschiedenen Orten auf, so gilt als Wohnsitz derjenige Ort, zu dem er die stärkeren Beziehungen hat. Einen alternierenden Wohnsitz z.B. im Sinne eines Sommer- oder Winterdomizils, kennt das schweizerische Zivilrecht – anders als das Steuerrecht – nicht (Stahelin, a.a.O., S. 208 Rz 30 f.).

3. Aus den Akten, den Rechtsschriften der Parteien, aus der persönlichen Befragung der Beschwerdeführerin, aus der Befragung von P.Y. als Zeuge und aus dem Vortrag des Rechtsvertreters bei der öffentlichen Verhandlung ergibt sich für die Beurteilung des Wohnsitzes der Beschwerdeführerin was folgt:

a) Die Beschwerdeführerin wurde am 24. November 1919 in Polen geboren und überlebte dank glücklichen Umständen das Warschauer Ghetto. In der Folge heiratete sie Herrn Y. Anfangs der sechziger Jahre zog die Beschwerdeführerin mit ihren Söhnen nach E. Die Beschwerdeführerin heiratete zum zweiten Mal. Seit 1982 ist sie verwitwet. Obwohl ihr zweiter Ehemann, Herr R., deutscher Staatsangehöriger war, erklärte die Beschwerdeführerin vor der Heirat auf dem Generalkonsulat, dass sie Schweizerin bleiben möchte. Die Söhne, die in E. vorübergehend als Auslandschweizer ansässig waren, kehrten in der Folge beide in die Schweiz zurück, der eine nach A., der andere nach L. Zeitweise halten sich die Söhne jedoch in der Wohnung in E. auf, wo sie auch gemeinsam für die Miete (DM 1020.-) aufkommen. Seit dem 29. April 1968 besitzt die Beschwerdeführerin, die Bürgerin von S. ist, in E. als Ausländerin eine unbefristete und unbeschränkte Aufenthaltserlaubnis. Ihren eigenen Angaben zufolge hat die Beschwerdeführerin in E. keine Verwandten und Freunde mehr. Sie erklärte bei der Befragung, die meisten würden heute nicht mehr leben. Ihre Schwester wohnt in P., ein Bruder in K. und eine Nichte in G.. Sonst hat die Beschwerdeführerin – abgesehen von ihren beiden Söhnen – keine Verwandten mehr, die sie regelmässig besucht.

b) Die Beschwerdeführerin entschloss sich 1995, als ein befreundetes Ehepaar von E. nach Übersee auswanderte, zu ihrem Sohn P.Y. nach L. zu ziehen. Sie hielt sich seit Beginn der 90-iger Jahre schon vermehrt in L. auf, unter anderem auch, weil ihr Sohn – seinen Angaben zufolge – an einer schweren Diskushernie leidet, die bisweilen die Hilfe Dritter erforderlich macht. Am 24. April 1995 hinterlegte sie bei der Einwohnerkontrolle der Gemeinde L. den Heimatschein und stellte gleichentags ein Gesuch um Ausrichtung von Ergänzungsleistungen. Bei der persönlichen Befragung erklärte sie – nach Hinweis auf die Wahrheitspflicht und die Folgen der wahrheitswidrigen Aussage – dass sie sich die meiste Zeit bei ihrem Sohn P.Y. in L. oder bei ihrem zweiten Sohn in A. aufhalte. Sie verstehe sich auch mit ihrer Schwiegertochter in A. sehr gut. Gelegentlich besuche sie ihre Schwester in P.. Ihr Zuhause sei aber bei ihren Kindern in L. und in A.

c) Circa alle acht Wochen reist die Beschwerdeführerin mit dem Zug für zwei bis drei Tage nach E., wo sie wegen ihrer Herz- und Zuckerkrankheit Prof. Dr. med. habil. P.W., Internist und Endokrinologe, aufsucht. Wegen des Vertrauens in ihren Hausarzt, Prof. W., hat sie auch ihre Pflichtversicherung bei der Deutschen Angestellten Krankenkasse (DAV) nicht gekündigt. Seit dem 1. März 1996 ist sie zudem bei der KBV, Sektion A., krankenversichert und hat bei der Ausgleichskasse des Kantons Zug ein Gesuch um Prämienverbilligung für das Jahr 1996 eingereicht. In E. zahlt die Beschwerdeführerin keine Steuern. Im Kanton Zug hat sie sich geweigert eine Steuererklärung abzugeben, bis die Wohnsitzfrage geklärt sei. Der zuständige Sachbearbeiter bei der Steuerverwaltung erklärte auf Anfrage, dass er für diese Haltung Verständnis habe.

d) In E. ist die Beschwerdeführerin nach wie vor gemeldet. Sie erklärte wiederholt, dass sie sich polizeilich nicht abmelden möchte, denn sonst würde sie umgehend die unbefristete Aufenthaltserlaubnis verlieren. Gemäss den Angaben des Deutschen Generalkonsulats in A. ist dies korrekt. Im Fall der Pflegebedürftigkeit und Hilflosigkeit möchte die Beschwerdeführerin aber nur in ein jüdisches Alters- oder Pflegeheim eintreten. In der Schweiz ist die Anzahl der in Frage kommenden Heime begrenzt und die Aufnahmebedingungen sind vor allem in finanzieller Hinsicht für die Beschwerdeführerin kaum erfüllbar (grössere Beträge als Sicherheit beim Eintritt). In E. könnte die Beschwerdeführerin ohne weitere Auflagen in ein entsprechendes Seniorenheim eintreten.

e) Die Beschwerdeführerin erklärte auf die Frage, ob allenfalls Dritte (Vermieter, Hausabwart, Postbeamte, Nachbarn) bestätigen könnten, dass sie sich regelmässig und dauernd in L. aufhalte, sie habe mit ihren Nachbarn keinen Kontakt. Diese könnten kaum beurteilen, wo sie sich wann aufhalte. Sie gehe nicht oft aus und öffne auch nicht die Türe. Sie sei zu Beginn ihres Aufenthalts von Vertretern belästigt worden. Nachdem die Gemeinde – nach der Anmeldung – ihre Adresse an Dritte weitergegeben habe, habe sie auch

des öfters rassistische und obszöne Telefonanrufe erhalten. Jetzt gehe sie deshalb auch nicht mehr ans Telefon.

Aufgrund dieser Aussagen und Unterlagen kommt das Gericht zum Schluss, dass sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen der Beschwerdeführerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in L. befinden dürfte. Entscheidend ist für das Gericht dabei die Tatsache, dass die Söhne der Beschwerdeführerin in L. bzw. A. leben und sie in E. keine Angehörigen und Freunde mehr hat. Bei der persönlichen Befragung erklärte die Beschwerdeführerin auf die Frage, wieviele Wochen sie pro Jahr in L., in E. und in P. sei, in überzeugender Weise, dass sie die meiste Zeit in L. sei. Sie gehe alle acht Wochen für ein paar Tage nach E. und nur gelegentlich nach P.. Dass sie sich in E. nicht polizeilich abmelden will, obwohl die Wohnung eigentlich ihren Söhnen gehört, erscheint aufgrund ihrer Ausführungen betreffend voraussetzungslosen Eintritt in ein jüdisches Seniorenheim im Falle der Pflegebedürftigkeit als verständlich. Dass sich die Beschwerdeführerin vorbehält, in diesem Falle nach E. zurückzukehren, kann nicht als fehlende Absicht des dauernden Verweilens in L. interpretiert werden, zumal dieser Zeitpunkt völlig offen ist und vielleicht erst in einigen Jahren eintritt. Auch dass sie alle zwei Monate ihren Arzt in E. aufsucht, spricht nicht gegen ihre Wohnsitznahme in L.

Die Beschwerdeführerin hält sich mehrheitlich in L. auf und hat auch die Absicht, dauernd dort bei ihrem Sohn P.Y., dem eine 3 1/2-Zimmerwohnung zur Verfügung steht, zu bleiben. Wenn sie auch regelmässig nach E. zum Arzt geht, so ergibt sich daraus noch keine Änderung des Wohnsitzes, zumal sie zur Schweiz wegen ihrer Söhne die weitaus stärkere Beziehung hat. Es muss also davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin in L. ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat. Hat sie aber als Schweizer Bürgerin in der Schweiz ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt, so hat sie Anspruch auf Ergänzungsleistungen zu ihrer Altersrente.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 2. Oktober 1997)

Art. 2 FZG. – Höhe der Austrittsleistung. Anwendbarkeit des Gesetzes oder des Reglements der Vorsorgeeinrichtung? Gültigkeit einer Reglementsänderung.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 22. Oktober 1996 liess K.L. gegen die Sammelstiftung BVG der Zürich Leben, Vorsorgewerk der B. AG Zug, beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Klage einreichen und beantragen, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 24'076.50 nebst Zins von 5 % seit dem 1. Februar 1995 zu bezahlen, zahlbar an die Personalfürsorgestiftung C. AG, Zürich, zugunsten des Klägers, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, K.L. sei seit dem 1.

Juli 1987 bei der B. AG in Zug angestellt gewesen. Ende Juli 1994 habe er das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 1995 gekündigt. Als Angestellter der B. AG sei er bezüglich der beruflichen Vorsorge bei der Sammelstiftung BVG der Zürich Leben angeschlossen gewesen. Nach erfolgter Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Januar 1995 und dem damit einher gehenden Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung habe die Sammelstiftung BVG bezüglich der Freizügigkeitsleistungen am 19. Mai 1995 eine Abrechnung erstellt, wonach sich die Austrittsleistung auf Fr. 292'571.55 zuzüglich 5 % Zins vom 1. Februar 1995 bis 26. Mai 1995 in der Höhe von Fr. 4'713.65, insgesamt auf Fr. 297'285.20 belaufe, und sie diesen Betrag zugunsten von K.L. an die Personalfürsorgestiftung C. AG Zürich überwiesen habe. K.L. sei mit der Höhe der Austrittsleistung nicht einverstanden gewesen, da die Berechnung offensichtlich nicht nach dem am 1. Januar 1992 in Kraft getretenen Vorsorgereglement erfolgt sei. Die gewährte Freizügigkeitsleistung sei tiefer als dies die zwei Versicherungsausweise vom 12. Juli 1994 per 31. Dezember 1994 aufzeigt hätten. Diese hätten ein Sparkapital von Fr. 311'045.- (Stand Sparkapital Obligatorium per 31.12.1994 Fr. 222'612.-, Stand Sparkapital Überobligatorium per 31.12.1994 Fr. 88'433.-) ausgewiesen. Gestützt darauf habe K.L. die ihm vorenthaltene Differenz verlangt. Mit Brief vom 1. Juni 1995 habe die Sammelstiftung BVG K.L. mitgeteilt, dass dessen Austrittsleistung nach dem Freizügigkeitsgesetz und nicht nach dem für ihn günstigeren Vorsorgereglement vom 1. Januar 1992, nach dem der Betrag von Fr. 316'648.- als Austrittsleistung ausbezahlt worden wäre, errechnet worden sei. Der Auffassung der Sammelstiftung BVG, die aufgrund von Art. 15 ff. FZG errechnete und überwiesene Austrittsleistung sei rechtmässig, könne nicht gefolgt werden. Die Art. 15 ff. FZG würden subsidiäres Recht enthalten, wie dies Art. 2 für die Austrittsleistung und Art. 10 für die Eintrittsleistung belegen würden. Gemäss Art. 2 Abs. 2 FZG würden die Vorsorgeeinrichtungen "in ihrem Reglement die Höhe der Austrittsleistung bestimmen; diese muss mindestens so hoch sein, wie die nach den Bestimmungen des 4. Abschnitts berechnete Austrittsleistung". Der 4. Abschnitt des Freizügigkeitsgesetzes lege nur einen Minimalstandard fest, damit die obligatorische berufliche Vorsorge und das gesetzgeberische Ziel, die Erhaltung des Vorsorgeschutzes im Freizügigkeitsfall, sichergestellt werde. Sehe das Vorsorgereglement der Beklagten höhere Austrittsleistungen vor, seien diese geschuldet. Im Vorsorgereglement der Sammelstiftung BVG vom 1. Januar 1992 seien solch höhere Austrittsleistungen im Falle von K.L. in der Höhe von Fr. 316'648.- vorgesehen. Da dem Kläger lediglich eine Austrittsleistung von Fr. 292'571.55 zugesprochen worden sei, habe er Anspruch auf die ihm vorenthaltene Differenz in der Höhe von Fr. 24'076.50. Dieser Betrag sei seit dem 1. Februar 1995 mit 5 % zu verzinsen. Das Vorsorgereglement vom 1. Januar 1992 habe zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses volle materielle Gültigkeit gehabt. Ein neues Vorsorgereglement sei vom hierzu zuständigen Organ, dem Kassenvorstand, erst am 7. November 1995 erlassen worden. Zu diesem Zeitpunkt sei K.L. schon mehr als $\frac{3}{4}$ Jahre einer anderen Vorsorge-

einrichtung angeschlossen gewesen. Das am 7. November 1995 verabschiedete Vorsorgereglement sei rückwirkend auf den 1. Januar 1995 in Kraft gesetzt worden. Dies gehe nicht an, eine Anwendung des Reglements auf K.L. sei ausgeschlossen. Es werde bestritten, dass eine Änderung des Vorsorgereglements vom 1. Januar 1992 schon vor dem 7. November 1995 vorgenommen worden sei. Eine formell gültige Änderung oder Aufhebung des Vorsorgereglements durch den Kassenvorstand, dem K.L. angehört habe, sei jedenfalls nicht vorgenommen worden.

B. Mit Klageantwort vom 16. Dezember 1996 beantragt die Sammelstiftung BVG der Zürich Leben die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers. Zur Begründung führt sie aus, der rechtswirksame Dienstaustritt von K.L. sei per Ende Januar 1995 erfolgt, so dass die gesetzlichen Regeln des seit 1. Januar 1995 in Kraft gesetzten FZG bezüglich der zu erbringenden Austrittsleistung zur direkten Anwendung gelangt seien. Artikel 27 Abs. 1 FZG bestimme in übergangsrechtlicher Hinsicht unzweideutig, dass sowohl die Eintritts- als auch die Austrittsleistungen nach demjenigen Recht zu berechnen seien, welches zum Zeitpunkt des Eintritts in eine Vorsorgeeinrichtung bzw. des Austrittes aus einer solchen, gelte. Demzufolge entfalte das Freizügigkeitsgesetz materiell seine Rechtswirkung unmittelbar vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens per 1. Januar 1995 vollumfänglich. Es sei somit absolut begründet, dass im Zeitpunkt des Dienstaustritts von K.L. dessen Freizügigkeitsguthaben nach Art. 16 FZG habe berechnet werden müssen und nicht mehr nach den Regeln des bisherigen Reglementes aus dem Jahre 1992. Lediglich für die formelle Anpassung der Reglemente räume das Freizügigkeitsgesetz den Vorsorgeeinrichtungen eine Frist von fünf Jahren ein, was aber auf die sofortige materielle Wirkung ab Inkrafttreten des Gesetzes grundsätzlich keinen Einfluss habe. Den Vorsorgeeinrichtungen habe in dieser Beziehung keine Übergangsfrist zur Verfügung gestanden. Die Eintritts- und Austrittsleistungen hätten sofort nach dem Inkrafttreten des FZG materiell dessen Anforderungen genügen müssen, und zwar nicht nur bezüglich der Höhe, sondern auch bezüglich der im FZG vorgesehenen Modalitäten. Bezüglich der Frage der Besitzstandwahrung, die der Kläger indirekt anspreche, indem er den Anspruch auf eine höhere Austrittsleistung, nämlich gemäss Ziff. 8.1 des ab 1. Januar 1992 geltenden Reglementes und nicht nach Art. 16 FZG, geltend mache, stehe es den Vorsorgeeinrichtungen gemäss der Rechtsprechung des EVG grundsätzlich zu, eine Verschlechterung der Freizügigkeitsregelung vorzunehmen, ohne dadurch allfällige Besitzstände zu verletzen. In diesem Zusammenhang werde darauf verwiesen, dass der Kassenvorstand des Vorsorgewerkes der B. AG im Einvernehmen mit der Firma am 14. November 1994 entschieden habe, dass das Leistungsprimat auch nach Einführung des Freizügigkeitsgesetzes beibehalten werde; dies bedeute ohnehin keine Verschlechterung des bisherigen Leistungsumfanges zugunsten der Destinatäre. Eine allfällige Verminderung der Freizügigkeitsleistungen sei hingegen

gesetzesbedingt und somit zulässig gewesen. Anlässlich seiner Sitzung vom 14. November 1994 habe der Kassenvorstand des Vorsorgewerkes der B. AG zudem beschlossen, die Austrittsleistungen mit dem Inkrafttreten des FZG sofort ab 1. Januar 1995 materiell nach den Anforderungen des neuen Gesetzes auszurichten, d.h. gemäss Art. 16 FZG den errechneten Barwert der erworbenen Altersleistung als Austrittsleistung zu deklarieren. Es werde nicht bestritten, dass K.L. seit 1992 Mitglied des Kassenvorstandes gewesen sei, doch sei er wegen seines faktischen Austritts aus der Firma per Ende September 1994 zum fraglichen Zeitpunkt nicht mehr Kassenvorstandsmitglied gewesen. Dies erkläre auch, weshalb er an der Sitzung des Kassenvorstandes vom 14. November 1994 nicht anwesend gewesen sei. Dass dieser Beschluss des Kassenvorstandes deswegen ungültig sein solle, werde entschieden bestritten.

Aus den Erwägungen:

2. Am 1. Januar 1995 ist das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (Freizügigkeitsgesetz, FZG) in Kraft getreten. Dieses bestimmt in Art. 27 unter der Marginalie "Übergangsbestimmungen", dass sich die Eintritts- und Austrittsleistungen nach dem Recht berechnen, das zum Zeitpunkt des Eintritts in die Vorsorgeeinrichtung bzw. des Austritts aus einer solchen gilt. Für den vorliegenden Fall heisst dies, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsgesetzes zur Anwendung gelangen, da der Kläger unbestrittenermassen am 31. Januar 1995 aus der B. AG und damit aus der Vorsorgeeinrichtung ausgetreten ist.

3. Vorliegend ist strittig, welches Reglement – das ab 1. Januar 1992 gültige oder das am 7. November 1995 erlassene und rückwirkend ab 1. Januar 1995 gültige – am 31. Januar 1995, im Zeitpunkt des Austritts des Klägers aus der Vorsorgeeinrichtung, für die Bestimmung der Höhe seiner Austrittsleistung massgeblich war. Der Kläger macht in erster Linie geltend, eine Änderung oder Aufhebung des ab 1. Januar 1992 gültigen Reglementes sei durch den Kassenvorstand nicht vorgenommen worden. Die Personengruppe, welche die Änderung am 14. November 1994 beschlossen habe, sei dazu nicht berechtigt gewesen; ein Teil der Mitglieder des Kassenvorstandes sei nicht zur Sitzung eingeladen worden. Demgegenüber macht die Beklagte geltend, das Freizügigkeitsgesetz habe materiell seine Rechtswirkung unmittelbar vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens per 1. Januar 1995 entfaltet, weshalb es begründet sei, im Zeitpunkt des Dienstaustritts des Klägers seinen Freizügigkeitsanspruch nach dem Freizügigkeitsgesetz und nicht nach dem Reglement aus dem Jahre 1992 berechnet zu haben.

Gemäss Art. 2 Abs. 1 FZG haben Versicherte, welche die Vorsorgeeinrichtung verlassen, bevor ein Vorsorgefall eintritt (Freizügigkeitsfall), Anspruch auf eine Austrittsleistung. Die Vorsorgeeinrichtung bestimmt in

ihrem Reglement die Höhe der Austrittsleistung; diese muss mindestens so hoch sein, wie die nach den Bestimmungen des 4. Abschnitts berechnete Austrittsleistung (Art. 2 Abs. 2 FZG). Der Kläger gibt die Ausführungen der bundesrätlichen Botschaft korrekt wieder, wonach die Artikel des 4. Abschnittes (Art. 15 ff. FZG) subsidiäres Recht darstellen, d.h. die Vorsorgeeinrichtungen ihre Austrittsregelungen frei festlegen können, allerdings gewissen Mindestanforderungen genügen müssen (vgl. BBI vom 2. Juni 1992, Bd. III, Nr. 21, S. 586, Ziff. 634). Ergänzend ist noch festzuhalten, dass gemäss Botschaft übergangsrechtlich auf eine Regelung verzichtet wurde. Die Vorsorgeeinrichtungen sind frei, ihre Austrittsleistungen zu bestimmen. Sie können ihre Regelungen weitgehend beibehalten. Hingegen sind die Pensionskassen-Experten aufgerufen, nachzuweisen, dass die Lösung des Reglements den Anforderungen des 4. Abschnitts genügen. Aus diesen Überlegungen drängt sich keine Übergangsregelung auf, die es den Vorsorgeeinrichtungen ermöglichen würde, ihre Reglemente den neuen Anforderungen anzupassen (vgl. BBI 1992 III 21, S. 604, Ziff. 638.3). Die Einwände der Beklagten, das Freizügigkeitsgesetz entfalte sofortige materielle Rechtswirksamkeit und ermögliche eine formelle Anpassung der Reglemente innerhalb von fünf Jahren, erweisen sich damit als unbegründet. Die Beklagte geht nämlich sinngemäss davon aus, dass mit dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes die Rechtskraft von Reglementen aufgehoben würde. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Das Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes per 1. Januar 1995 bewirkt nicht die Aufhebung der materiellen Wirksamkeit von Reglementen. Das Freizügigkeitsgesetz stellt – wie erwähnt – subsidiäres Recht dar. Massgebend für die Austrittsleistung ist das Reglement der Vorsorgeeinrichtung (BBI 1992 III 21, S. 604, Ziff. 638.3). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das Reglement vom 1. Januar 1992 nicht einfach ausser Kraft gesetzt worden ist.

Eine Vorsorgeeinrichtung kann ihren Leistungsplan und ihr Reglement grundsätzlich jederzeit abändern (vgl. Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beruflichen Vorsorge, Zürich 1996, S. 67). Werden bei der Reglementsänderung hingegen die Formvorschriften verletzt, gilt weiterhin das ursprüngliche Reglement (SZS 1994, S. 59 E. 4). Es ist aktenkundig, dass das ab 1. Januar 1995 gültige Reglement am 7. November 1995 vom Kassenvorstand verabschiedet wurde. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob dieses Reglement – wie die Beklagte geltend macht – allenfalls bereits früher, nämlich an einer Sitzung vom 14. November 1994, geändert worden ist. In den Schlussbestimmungen des Reglementes vom 1. Januar 1992 (nachfolgend: Reglement) ist in Art. 10 Abs. 3 festgelegt, dass der Kassenvorstand dieses Reglement nach Rücksprache mit dem Stiftungsrat im Rahmen der Bestimmungen der Stiftungsurkunde sowie des BVG jederzeit ändern, ergänzen oder aufheben kann. Die versicherten Personen sind über Reglementsänderungen zu informieren (Art. 10 Abs. 4 Reglement). Der Kassenvorstand ist paritätisch aus Arbeitnehmern und Arbeitgebern zusam-

mengesetzt. Wahlmodus, Rechte und Pflichten des Kassenvorstandes sind im Organisationsreglement festgehalten (vgl. Art. 1.4 Reglement). Artikel 3 des Organisationsreglementes regelt die Beschlussfassung des Kassenvorstandes. Danach hat die Einberufung des Kassenvorstandes durch den Präsidenten oder wenn es die Hälfte der Mitglieder verlangt zu erfolgen (Abs. 1). Die Einladung und die Bekanntgabe der Traktanden haben rechtzeitig vor dem Sitzungsdatum zu erfolgen (Abs. 2). Der Kassenvorstand ist in der Regel nur dann beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder, worunter der Präsident, anwesend ist. Für alle Beschlüsse gilt das relative Mehr (Abs. 3). Beschlüsse können auch auf dem Zirkularweg gefasst werden (Abs. 4). Über die Beschlussfassung des Kassenvorstandes wird ein Protokoll geführt, das vom Präsidenten und von dem der Gegenseite angehörnden Protokollführer zu unterzeichnen ist (Abs. 5). Gemäss einem Beschluss des Kassenvorstandes vom September 1992 setzte sich dieser paritätisch aus je zwei Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern zusammen. Auf der Arbeitgeberseite waren M.N., gleichzeitig Präsident des Kassenvorstandes, und K.L. als Vertreter bezeichnet, auf der Arbeitnehmerseite amtierten O.P. und W.X., gleichzeitig Protokollführerin des Kassenvorstandes. Bei der fraglichen, am 14. November 1994 durchgeführten Sitzung waren unbestrittenermassen M.N., Q.R. sowie die Herren S.T. und U.V. anwesend. Der Kläger stellt zu Recht fest, dass es sich dabei nicht um die Mitglieder des Kassenvorstandes handelt. Die von der Beklagten geltend gemachten Einwände, infolge verschiedener Dienstaustritte zum damaligen Zeitpunkt habe der Kassenvorstand vorübergehend nicht formell neu bestellt werden können, sind unbehelflich. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat zwar das Ausscheiden aus dem Kassenvorstand zur Folge (vgl. Art. 1 Abs. 4 des Organisationsreglementes), doch ist ein Arbeitsverhältnis nicht mit der Kündigung, sondern erst mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet. Die Tatsache, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt in gekündigtem Arbeitsverhältnis war, vermag an seiner Mitgliedschaft im Kassenvorstand nichts zu ändern. Es erfolgte weder eine Einladung zur Sitzung noch liegt ein entsprechend unterzeichnetes Protokoll der Beschlussfassung vor. Damit ist davon auszugehen, dass es sich bei der Sitzung vom 14. November 1994 nicht um eine Sitzung des Kassenvorstandes handelte, somit also kein rechtsgenügender Beschluss über eine Änderung des Reglements vom 1. Januar 1992 vorliegt. Unter diesen Umständen ist das Reglement vom 1. Januar 1992 zum Zeitpunkt des Austritts des Klägers aus der Vorsorgeeinrichtung gültig und massgebend für die Berechnung seiner Austrittsleistung. Die Ausführungen der Beklagten, ein allfälliger Formmangel sei spätestens mit Beschluss vom 7. November 1995 durch die Rückwirkung der formellen Reglementsänderung per 1. Januar 1995 geheilt worden, schlagen fehl. Zwar ist eine rückwirkende Wirkung einer Reglementsänderung grundsätzlich zulässig und nicht auszuschliessen, doch kann damit ein Formmangel nicht geheilt werden und zudem wäre es in casu mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren, die neuen Bestimmungen auf die

Berechnung der Austrittsleistungen anzuwenden, ist doch der Kläger bereits Ende Januar 1995 aus der Vorsorgeeinrichtung ausgetreten. Es ist nur statthaft, die rückwirkenden Bestimmungen auf Versicherte anzuwenden, die noch bei der Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind, nicht aber auch solche, die seit längerer Zeit ausgetreten sind.

4. Das Reglement vom 1. Januar 1992 sieht in Art. 8.1 vor, dass als Freizügigkeitsanspruch, je nachdem, welche Variante günstiger ist, a) das Total des minimalen BVG-Altersguthabens zuzüglich des Wertes allfälliger Freizügigkeitsleistungen aus früheren Vorsorgeverhältnissen, die der Stiftung überwiesen worden waren, oder b) das Total der von der ausscheidenden Person ab Beginn der Altersversicherung geleisteten Beiträge ohne Zinsen (allenfalls vermehrt um den Wert der Freizügigkeitsleistungen aus früheren Vorsorgeverhältnissen) und einem Anteil am Deckungskapital, der nach Abzug der eigenen Beiträge verbleibt, berechnet wird. Die berechnete Austrittsleistung nach diesem Reglement beläuft sich gemäss unbestrittener Mitteilung der Beklagten vom 11. April 1996 auf Fr. 316'648.-. Die Beklagte zahlte dem Kläger am 26. Mai 1996 gestützt auf das Reglement vom 1. Januar 1995, welches dem Wortlaut der Art. 16 f. FZG entspricht, Freizügigkeitsleistungen von Fr. 292'571.55 aus. Damit ist erstellt, dass die Austrittsleistungen nach Reglement 1992 den Minimalanforderungen nach Freizügigkeitsgesetz genügen und sich weitere Ausführungen erübrigen. Entsprechend den obigen Ausführungen hat der Kläger Anspruch auf die Auszahlung der Freizügigkeitsleistungen von insgesamt Fr. 316'648.-. Die Beklagte hat demnach die Differenz von Fr. 24'076.45 nachzuzahlen, was zur Guttheissung der Klage in der Höhe des genannten Betrages führt.

Nach Art. 2 Abs. 3 FZG wird die Austrittsleistung mit dem Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung fällig. Ab diesem Zeitpunkt ist ein Verzugszins zu zahlen. Der Zins von 5 % ist korrekt vom Kläger wiedergegeben worden und ist nicht zu beanstanden. Anspruch auf Verzinsung der eingeklagten Freizügigkeitsleistung besteht ab dem 1. Februar 1995.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 17. September 1998)

Art. 6 UVG und Art. 9 UVV. – Definition des Unfalls. Beim Fehlen des Nachweises des ungewöhnlichen äusseren Faktors wirkt sich die Beweislosigkeit zu Ungunsten des Leistungsansprechers aus. Beweislosigkeit bejaht im Fall, dass der Leistungsansprecher nicht nachweisen kann, auf was für einem harten Gegenstand er beim Kauen einen Zahn beschädigt hat.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Unfallmeldung vom 22. Juni 1995 teilte die A. AG der B. Versicherung mit, dass ihre Angestellte X.Y. beim Mittagessen (Antipasto di mare

mit Tintenfisch, Muscheln, usw.) auf einen Muschelschalenteil gebissen habe und durch den plötzlichen Schlag einen Backenzahn links in der Mitte bis unter die Knochenoberfläche gespalten habe. Mit Verfügung vom 23. Oktober 1995 teilte die Versicherung X.Y. mit, dass die Tatsache, dass sie beim Essen des Spezialgerichtes Antipasto di mare auf etwas Hartes gebissen habe und den Zahn Nr. 6 beschädigt habe, das Erfordernis des ungewöhnlichen äusseren Faktors nicht erfülle. Für das Vorliegen eines ungewöhnlichen äusseren Faktors müsste sich ein Fremdkörper im Essen befunden haben, was aufgrund der geltenden Rechtsprechung vom Anspruchsteller bewiesen werden müsse. Aufgrund ihrer Schilderung sei es nicht möglich, den harten Gegenstand, auf den sie gebissen habe, genau zu beschreiben und so den rechtsgenügenden Nachweis zu erbringen. Man müsse deshalb davon ausgehen, dass das Begriffsmerkmal des ungewöhnlichen äusseren Faktors nicht erfüllt sei. Aufgrund dieser Sach- und Rechtslage bestehe für das Ereignis vom 8. Juni 1995 kein Versicherungsschutz durch die obligatorische Unfallversicherung. Die Versicherung könne keine Leistungen erbringen.

Eine gegen diese Verfügung erhobene Einsprache vom 23. November 1995 wies die Generaldirektion der Versicherung mit Einspracheentscheid vom 26. März 1996 vollumfänglich ab.

B. Gegen diesen Einspracheentscheid liess X.Y. am 28. Juni 1996 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung sei aufzuheben, eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung und Neuentcheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

C. Mit Vernehmlassung vom 29. Juli 1996 beantragt die Versicherung die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der Verfügung und des Einspracheentscheides.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 9 Abs. 1 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV) gilt als Unfall die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper. Damit übernahm der Bundesrat die vom Eidgenössischen Versicherungsgericht in ständiger Rechtsprechung verwendete Definition des Unfalls (BGE 103 V 175). Der Bundesrat verzichtete aber darauf, in der Verordnung das Merkmal der "Ungewöhnlichkeit" näher zu umschreiben. Diesbezüglich verbleibt dem Richter im Einzelfall nach wie vor ein Beurteilungsspielraum (BGE 112 V 202 mit Hinweisen). Nach der Definition des Unfalls bezieht sich das Begriffsmerkmal der Ungewöhnlichkeit nicht auf die Wirkung des äusseren Faktors, sondern nur auf diesen selber. Ohne Belang für die Prüfung der Ungewöhnlichkeit ist somit, dass der äussere Faktor allenfalls schwerwiegende, unerwartete Folgen nach sich zog. Der

äußere Faktor ist ungewöhnlich, wenn er den Rahmen des im jeweiligen Lebensbereich Alltäglichen und Üblichen überschreitet. Ob dies zutrifft, beurteilt sich im Einzelfall, wobei grundsätzlich nur die objektiven Umstände in Betracht fallen (BGE 112 V 202 f.).

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat der Richter von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Er findet sein Korrelat in der Mitwirkungspflicht der Parteien. Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Die Parteien tragen eine Beweislast aber insofern, als im Fall der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Der Richter hat seinen Entscheid nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhaltes genügt den Beweisanforderungen nicht. Die Verwaltung bzw. im Beschwerdefall der Richter hat jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die er von allen Geschehnisabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 115 V 142 mit Hinweisen).

Aus den Akten ergibt sich bezüglich des hier strittigen Vorfalls was folgt:

a) In der Unfallmeldung vom 22. Juni 1995 erklärte die Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin, dass diese am 8. Juni 1995 beim Mittagessen im Restaurant L. (Antipasto di mare mit Tintenfischen, Muscheln usw.) auf einen Muschelschalenteil gebissen habe. Durch den plötzlichen "Schlag" habe sich ein Backenzahn links in der Mitte bis unter die Knochenoberfläche gespalten. Am 12. Juni 1995 (Datum der 1. Befundaufnahme) stellte Dr. med. dent. M.N. eine Wurzelfraktur beim Zahn Nr. 6 Unterkiefer links fest (linguale Wand frakt. subgingival).

b) In einer persönlichen Befragung gegenüber der Versicherungsinspektorin der Beschwerdegegnerin erklärte die Beschwerdeführerin am 27. September 1995, dass sie während der Konsumation der Vorspeise (Spezialgericht "Antipasto di mare" für spezielle Gäste) auf etwas Hartes gebissen habe. Sie habe den Gegenstand hinuntergeschluckt und habe keine Beschädigung am Zahn verspürt. Am Abend habe sie Schmerzen verspürt und festgestellt, dass der Zahn gespalten gewesen sei. Am Tag darauf habe sie den Zahnarzt angerufen. Der Fremdkörper sei nicht vorhanden und eine genaue Definition sei nicht möglich. Die Vorspeise habe aus Calamares, Crevetten und Muscheln (ohne Schalen) bestanden. Es sei naheliegend, dass es eine Muschel gewesen sei. Im Restaurant habe sie keine Meldung gemacht.

c) Der Inhaber des Restaurants erklärte gegenüber der Versicherungsinspektorin, dass er sich an den Besuch der Beschwerdeführerin und ihres Begleiters sofort erinnere. Der Begleiter sei Stammgast im Lokal. Für ihn sei

es üblich, dass sogenannte "Überraschungsvorspeisen" zubereitet würden. "Antipasto di mare" habe er nicht auf seiner Karte und Muscheln biete er aus bekannten Gründen nicht an. Allerdings sei es Tradition, dass seine Angestellten immer freitags Muscheln essen würden, so dass tatsächlich welche in der Küche vorhanden seien. An die genaue Zusammensetzung der am fraglichen Tag servierten Vorspeise könne er sich allerdings nicht mehr erinnern. Er müsse davon ausgehen, dass die Kreation des Koches ausnahmsweise neben Tintenfisch, Crevetten etc. auch ein paar Muscheln enthalten habe.

d) In der Einsprache weist die Beschwerdeführerin bezüglich des Unfallhergangs nochmals auf die Bagatell-Unfallmeldung der A. AG hin. Sie habe dort angegeben, sie habe auf einen Muschelschalenteil gebissen, weil dies ihres Erachtens der naheliegendste Fremdkörper in einem Meeresfrüchtesalat sei. Tatsächlich habe sie den harten Gegenstand lediglich kurz mit der Zunge orten können und diesen alsdann verschluckt. Bei dem Mittagessen habe es sich um eine geschäftliche Besprechung mit ihrem Begleiter gehandelt. Es sei ihr in keiner Weise zumutbar gewesen, anlässlich einer solchen Sitzung mit den Fingern in dem sich im Mund befindlichen Speisebrei zu wühlen und den Fremdkörper herumzureichen. Sie habe es auch nicht als Notwendigkeit erachtet, den Fremdkörper zur Beweisermittlung aufzuheben, da sie nicht an einen Zahnunfall gedacht habe. Vielmehr habe sie – nachdem sie auf den harten Gegenstand gebissen habe – mit der Zunge die Zähne abgetastet und festgestellt, dass nirgends etwas fehlte. In der Annahme, "es sei nichts passiert", habe sie alsdann den ganzen Bissen hinuntergeschluckt. Bei einem in einem vorzüglichen Speiserestaurant genossenen Meeresfrüchtesalat, der lediglich aus den Weichteilen der Tiere zusammengestellt sei, habe sie in keiner Weise mit irgendeinem harten Gegenstand rechnen müssen. Es sei absolut irrelevant, von welcher Beschaffenheit der Fremdkörper im Meeresfrüchtesalat gewesen sei. Jeglicher harte Gegenstand hätte als Fremdkörper und damit als ungewöhnlicher Faktor bewertet werden müssen.

3. Wie bereits erwähnt gilt der äussere Faktor als ungewöhnlich, wenn er den Rahmen des im jeweiligen Lebensbereich Alltäglichen und Üblichen überschreitet. Dies muss z.B. verneint werden für einen Stein in einer gedörnten Zwetschge im "Tutti-Frutti", für Biscuits ("Totenbeinli"), für eine Nuss-Schokolade und für Dekorationsperlen auf einem Kuchen. Hingegen gilt ein Knochensplinter in einer Wurst als ungewöhnlicher äusserer Faktor (vgl. hiezu RKUV 1992, S. 82 f., BGE 112 V 204 mit weiteren Hinweisen). Bei all diesen Fällen war aber zum vornherein unbestritten und nachgewiesen, auf welchen Gegenstand der Versicherte gebissen hatte. Dies trifft im vorliegenden Fall gerade nicht zu. Die Beschwerdeführerin erklärt zwar glaubwürdig, dass sie auf etwas Hartes gebissen habe, was sie gegenüber ihrem Tischnachbarn auch äusserte. Den Gegenstand selber, der als unge-

wöhnlicher äusserer Faktor in Frage käme, hat sie aber – nachdem sie ihn mit der Zunge untersucht hatte – hinuntergeschluckt. Sie war zu diesem Zeitpunkt auch der Meinung, dass die Zähne durch den Vorfall nicht geschädigt worden seien. In ihren ersten Äusserungen erklärte die Beschwerdeführerin, es habe sich wahrscheinlich um ein Muschelschalenteilchen gehandelt. Weitere diesbezügliche Abklärungen sind wenig sinnvoll, da das "corpus delicti" nicht mehr existiert und seine Beschaffenheit auch nicht durch irgendwelche weiteren Beweismassnahmen eruiert werden kann.

Aus den Angaben und Vermutungen der Beschwerdeführerin kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf ein Unfallereignis geschlossen werden, denn der Schaden könnte im Extremfall auch anderweitig verursacht worden sein. Die Beschwerdeführerin stellte nämlich vorerst keine Beschädigung fest, Schmerzen traten erst am Abend auf und die Wurzelfraktur wurde durch den Zahnarzt erst vier Tage später mittels Röntgenbild festgehalten. Es ist hier nicht möglich, das Begriffsmerkmal der Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors zu beurteilen, solange dessen Existenz (und damit auch dessen Beschaffenheit) unklar und zwischen den Parteien umstritten ist. Der Inhaber des Restaurants war im nachhinein nicht in der Lage, die Zusammensetzung dieser "Überraschungsvorspeise" zu definieren, so dass sich darin neben Muschelschalenteilchen auch kleine Fischknochen, Gräte oder Schalenteile von Riesencrevetten hätten befinden können. Es ist damit nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, was die Ursache für die Zahnschädigung war. Entsprechend sind die Voraussetzungen für die Annahme eines Unfalls nicht erfüllt. Die Folgen der Beweislosigkeit trägt die Beschwerdeführerin, die daraus einen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Zahnbehandlung hätte ableiten wollen.

4. Die Beschwerdeführerin beantragt eine Parteibefragung und die Befragung verschiedener Zeugen. Diese Beweisvorkehrungen würden aus den folgenden Gründen zu keiner anderen Beurteilung führen: Das Gericht glaubt, dass die Beschwerdeführerin auf etwas Hartes gebissen hat. Solange aber nicht bewiesen werden kann, was es war, kann nicht beurteilt werden, ob es sich um einen ungewöhnlichen äusseren Faktor gehandelt hat oder nicht. Das Gericht glaubt auch, dass die Beschwerdeführerin gegenüber ihrem Begleiter gesagt hat, dass sie auf etwas Hartes gebissen habe. Eine Befragung des Begleiters könnte aber nicht ergeben, was dies für ein Gegenstand war und welchen Zusammenhang dieser mit der später festgestellten Schädigung des Zahnes gehabt hat. Eine Befragung des Zahnarztes würde ergeben, dass er eine Wurzelfraktur habe feststellen können, und dass diese unter Umständen durch das Beissen auf einen harten Gegenstand entstanden ist. Weitere Angaben zur Existenz, zur Art und zur Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors könnte er keine machen. Die beantragte Befragung der Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin würde zu keinem anderen Ergebnis führen. Dass diese bereits frühzeitig erklärten, dass es sich ihrer Meinung nach nicht um einen

Unfall handle, ist eine persönliche Wertung, die für das vorliegende Verfahren keine Bedeutung hat. Zusammenfassend ergibt sich, dass ein Unfallereignis nicht mit der erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann. Die Beschwerde muss darum abgewiesen werden.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 26. Februar 1998)

Art. 8 und 13 Abs. 2^{quater} AVIG. – Die beitragspflichtige Beschäftigung im Rahmen einer durch die Arbeitslosenversicherung vorübergehend finanzierten Beschäftigung kann nicht als Beitragszeit im Sinne von Art. 8 AVIG angerechnet werden (hier die vorübergehende Beschäftigung durch den Verein für Arbeitsmarktmassnahmen, VAM).

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 13. Februar 1998 teilte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug M.S. mit, dass sie seine Anspruchsberechtigung ab dem 1. Februar 1998 mangels beitragspflichtiger Beschäftigung ablehnen müsse. Zur Begründung führte die Arbeitslosenkasse unter anderem aus, gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG habe die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist für die Beitragszeit während mindestens sechs Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt habe. Werde ein Versicherter innert dreier Jahre nach Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug erneut arbeitslos, so müsse er eine Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten aufweisen. Nicht als Beitragszeit im Sinne des Gesetzes würden beitragspflichtige Beschäftigungen gelten, die im Rahmen einer durch die Arbeitslosenversicherung finanzierten vorübergehenden Beschäftigung ausgeübt worden seien.

B. Gegen diese Verfügung reichte M.S. am 19. Februar 1998 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte, es sei für ihn ab dem 1. Februar 1998 eine neue Rahmenfrist zu eröffnen. Zur Begründung führt er unter anderem aus, gemäss der neuen Gesetzeslage sei es nicht möglich, eine noch laufende Rahmenfrist zu verlängern. Er habe während der am 1. Januar 1998 abgelaufenen Rahmenfrist für zwölf Monate plus weitere Tage Prämien an die Arbeitslosenversicherung bezahlt, bzw. diese Prämien seien von den jeweiligen Arbeitgebern abgezogen worden. Die hierfür notwendigen Beweismittel seien der Arbeitslosenversicherung bekannt und würden als solche von ihr nicht bestritten. Die Forderung bezüglich Beitragszeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG von sechs Monaten innerhalb der laufenden Rahmenfrist sei damit mehr als ausreichend gegeben. Zwölf Monate innerhalb von drei Jahren würden erst dann verlangt, wenn die Rahmenfrist abgelaufen sei und der Betreffende in diesen drei Jahren erneut arbeitslos werde. Wenn eine Prämie für eine spezielle Versicherungsleistung erhoben werde, dann sei in Treu und Glauben auch davon auszugehen, dass bei Eintreten

des Versicherungsfalles die Versicherung ihrer Pflicht nachkomme. Andernfalls dürfte beim Vorauswissen des Ausschlusses der Gegenleistung der Versicherung auch keine Prämie erhoben werden. Prämien zu fordern und zugleich und zum vornherein von der betreffenden Gegenleistung seitens der Versicherung einen Ausschluss anzuordnen, sei ein Widerspruch in sich und somit rechtlich fragwürdig und ungültig. Während der oben erwähnten zwölf Monate sei er Angestellter beim VAM gewesen und habe einen normalen, OR-konformen Vertrag für eine befristete Anstellung gehabt. Es sei im Vertrag nicht ersichtlich, dass Gelder der Arbeitslosenversicherung darin enthalten seien. Es sei zudem immer ausdrücklich die Rede davon gewesen, dass es bei der jeweils befristeten Tätigkeit sich nicht um ein «Beschäftigungsprogramm» handle. Eine Anstellung sei weder durch ein eidgenössisches, noch kantonales noch kommunales Amt erfolgt, sondern allein durch einen privatrechtlichen Verein. Insofern sei es doch fraglich, ob Art. 13 Abs. 2^{quater} AVIG überhaupt in Betracht falle. Da aus den jeweiligen Arbeitsverträgen nichts weiter ersichtlich sei, als dass es sich um normale OR-Verträge handle, sei es hinterher nicht zulässig, in diskriminierender Weise einzugreifen und die Versicherten von der Versicherung auszuschliessen. Für den Fall, dass dem Antrag auf Eröffnung einer neuen Rahmenfrist nicht stattgegeben werde, solle entsprechend den oben erwähnten Umständen eine Rückzahlung der unrechtmässig erhobenen Prämienbeiträge verfügt werden, zumindest für die Monate Januar und Februar 1997 sowie für die Monate August bis Januar 1998.

Mit Vernehmlassung vom 23. März 1998 beantragt die Arbeitslosenkasse die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

2. Der Versicherte hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er unter anderem die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG). Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der Rahmenfrist (als Rahmenfrist gelten gemäss Art. 9 Abs. 2 und 3 AVIG die zwei Jahre vor dem Tag, an dem sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind) während mindestens sechs Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat; wird ein Versicherter innert dreier Jahre nach Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug erneut arbeitslos, so muss er eine Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten aufweisen (Art. 13 Abs. 1 AVIG in der ab dem 1. Januar 1998 geltenden Fassung). Nicht als Beitragszeit im Sinne dieses Gesetzes gelten beitragspflichtige Beschäftigungen, die im Rahmen einer durch die Arbeitslosenversicherung finanzierten vorübergehenden Beschäftigung ausgeübt worden sind (Art. 13 Abs. 2^{quater} AVIG).

a) Der Beschwerdeführer meldete sich am 1. Oktober 1993 zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung. In der Folge bezog er ein Tag-

geld vom 1. Oktober 1993 bis 31. Juli 1995. Vom 1. August 1995 bis 31. Januar 1996 übte er beim Amt für eine befristete Tätigkeit aus, wobei der Verein für Arbeitsmarktmassnahmen (VAM) als Arbeitgeber auftrat. Per 1. Februar 1996 meldete er sich wiederum bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an. In der Folge wurde er vom 1. September 1996 bis 28. Februar 1997, sowie vom 1. August 1997 bis 31. Januar 1998 vom VAM in der Mediendokumentation beschäftigt. Vom 15. Mai bis 18. Juni 1997 arbeitete er tageweise (zwölf Halbtage und zwei ganze Tage) für eine Direktion des Kantons Zug.

b) Die Rahmenfrist gemäss Art. 9 Abs. 3 AVIG dauerte für den Beschwerdeführer vom 1. Februar 1996 bis 31. Januar 1998. Am 6. Februar 1998 stellte er Antrag auf Eröffnung einer neuen Rahmenfrist. Mit Verfügung vom 13. Februar 1998 wurde die Anspruchsvoraussetzung ab 1. Februar 1998 abgelehnt mit der Begründung, der Beschwerdeführer sei innert dreier Jahre nach Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug erneut arbeitslos geworden, könne jedoch die Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten nicht vorweisen.

4. Gemäss Art. 72 AVIG fördert die Arbeitslosenversicherung die vorübergehende Beschäftigung von Versicherten im Rahmen von Programmen öffentlicher oder privater, nicht auf Gewinn ausgerichteter Institutionen zur Arbeitsbeschaffung oder Wiedereingliederung ins Erwerbsleben. Die Arbeitslosenversicherung leistet Beiträge für die vorübergehende Beschäftigung von Versicherten (Art. 96 f. der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983, AVIV). Der Kanton Zug hat - in Ausführung von Art. 113 AVIG - in § 1 EG AVIG festgehalten, dass für den Vollzug des AVIG das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA), der Verein für Arbeitsmarktmassnahmen (VAM) sowie die Arbeitslosenkasse zuständig sind. Der VAM führt im Auftrag des Kantons Arbeitsmarktmassnahmen, insbesondere Beschäftigungsprogramme und Berufspraktika, durch (§ 7 Abs. 1 EG AVIG). Die Volkswirtschaftsdirektion erteilt dem VAM einen jährlichen Leistungsauftrag. Dieser betrifft Art, Umfang und Dauer der Massnahmen, die persönlichen Voraussetzungen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer sowie deren Weiterbildung (§ 7 Abs. 2 EG AVIG). Den Statuten des VAM kann entnommen werden, dass die Aufwendungen für die Organisation und die Durchführung von Projekten unter anderem durch Finanzbeiträge der Arbeitslosenversicherung gedeckt werden (Art. 5).

Der Beschwerdeführer übte während der zweijährigen Rahmenfrist (1. Februar 1996 bis 31. Januar 1998) während insgesamt zwölf Monaten eine Tätigkeit beim VAM aus. Die Arbeitsverträge wurden gemäss dem vom BIGA (heute: BWA) vorgeschriebenen Modell mit zwingendem Mindestinhalt erstellt (Kreisschreiben über die arbeitsmarktlichen Massnahmen vom 1. Juni 1997, Rz GO6 bzw. Beilage 1). Da die im Rahmen von Beschäftigungspro-

grammen ausgerichteten besonderen Taggelder als Lohn gelten (Art. 81 b Abs. 1 und 2 AVIV), wurden dem Beschwerdeführer die Arbeitnehmeranteile für die Sozialversicherungsbeiträge vom Bruttolohn abgezogen. In Randziffer G45 des genannten Kreisschreibens wurde denn auch ausdrücklich festgehalten, dass die während einer vorübergehenden Beschäftigung entrichteten Löhne der Beitragspflicht der ALV unterliegen würden, obwohl diese Beschäftigung gemäss Art. 13 Abs. 2^{quater} AVIG nicht als Beitragszeit gelte.

Das Argument des Beschwerdeführers, er sei in einem ausschliesslich privatrechtlichen Anstellungsverhältnis gestanden, ist in dieser Form nicht richtig. Bei den Akten findet sich eine Bescheinigung des VAM, aus der sich ergibt, dass der Beschwerdeführer im Programm für vorübergehende Beschäftigung angestellt war. Des weiteren erfolgte die vorübergehende Beschäftigung jeweils über eine Verfügung des VAM, aus der sich ergibt, dass diese dazu diene, dass die Arbeitslosenkasse den Lohn ausbezahlen könne. Aus dem Arbeitsvertrag vom 27. August 1996 bzw. 2. Juli 1997 ergibt sich zudem, dass die Anstellung zwar privatrechtlich erfolgt ist, aber gestützt auf Art. 72a AVIG. Der Arbeitnehmer ist weiterhin verpflichtet, aktiv Stellen zu suchen und eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Insofern unterscheidet sich das Arbeitsverhältnis doch in wesentlichen Teilen von einem Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR. Die Regelung gemäss Art. 13 Abs. 2^{quater} AVIG wurde im Rahmen der Teilrevision des AVIG vom 1. Januar 1996 neu geschaffen. Im Sinne einer übergangsrechtlichen Massnahme trat diese Bestimmung erst am 1. Januar 1997 in Kraft, so dass im Jahre 1996 mit der Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen noch neue Ansprüche an die Arbeitslosenversicherung erworben werden konnten. Dies bedeutet in casu, dass sich der Beschwerdeführer die Tätigkeit beim VAM vom 1. September bis 31. Dezember 1996 an die Beitragszeit anrechnen lassen kann. Ebenso kann er sich die Tätigkeit für die Direktion vom 15. Mai bis 18. Juni 1997 als Beitragszeit anrechnen lassen, gilt doch diese Tätigkeit nicht als vorübergehende Beschäftigung im Sinne von Art. 72 AVIG, sondern als Zwischenverdienst im Sinne von Art. 24 AVIG. Als Beitragsmonat zählt jeder volle Kalendermonat, in dem der Versicherte beitragspflichtig ist. Beitragszeiten, die nicht einen vollen Kalendermonat umfassen, werden zusammengezählt. Je 30 Kalendertage gelten als ein Beitragsmonat (Art. 11 Abs. 1 und 2 AVIV). Für den Beschwerdeführer ergibt sich während der Rahmenfrist vom 1. Februar 1996 bis 31. Januar 1998 eine anrechenbare Beitragszeit von insgesamt 5 Monaten und 5 Tagen. Da er sich am 1. Februar, d.h. noch innert der Frist von drei Jahren, erneut bei der Arbeitsvermittlung anmeldete, kann er die nach Art. 13 Abs. 1 AVIG geforderte Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten nicht aufweisen.

5. Das Argument des Beschwerdeführers, es hätten keine ALV-Beiträge von seinem Lohn abgezogen werden dürfen, da er von den Versicherungsleistungen nicht mehr profitieren könne, was dem Versicherungsprinzip widerspreche, ist nicht völlig von der Hand zu weisen. Die entsprechenden gesetzlichen

Bestimmungen sind aber einerseits so klar und eindeutig formuliert und andererseits waren sich die zuständigen Organe (Gesetzgeber und Verwaltung) der Folgen durchaus bewusst (siehe die Weisungen des BWA), dass deren Anwendung im Einzelfall nicht einfach versagt werden darf. Artikel 13 Abs. 2^{quater} AVIG schreibt klar vor, dass die beitragspflichtige Beschäftigung im Rahmen einer durch die AIV vorübergehend finanzierten Beschäftigung nicht als Beitragszeit angerechnet werden kann. Andererseits sieht der vom Beschwerdeführer unterzeichnete Vertrag mit dem VAM die Bezahlung von AIV-Prämien im Sinne von Art. 2 AVIG vor. Der Gesetzgeber will also, dass die Versicherten, die in einem Beschäftigungsprogramm stehen, zwar Beiträge an die Finanzierung der AIV bezahlen, davon selber aber nur indirekt via die Finanzierung des Programms durch die AIV profitieren. Diese Regelung ist in Berücksichtigung des Grundgedankens der Solidarität zwischen den Versicherten nicht als Verstoß gegen die Rechtsgleichheit zu werten. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gegen die Ablehnung der Anspruchsberechtigung mangels beitragspflichtiger Beschäftigung abgewiesen werden muss.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 17. September 1998)

Art. 8 und 15 AVIG – Vermittlungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung. Verneinung der Vermittlungsfähigkeit, wenn der Versicherte nur noch für sehr beschränkte Zeit (fünf Wochen) dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen kann.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 7. Oktober 1996 erklärte das kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Handel X.Y. ab 1. September 1996 als nicht vermittlungsfähig. Begründet wurde die Verfügung damit, dass die zu einem persönlichen Gespräch eingeladene Versicherte mit Stellungnahme vom 3. Oktober 1996 mitgeteilt habe, sie würde ab 5. Oktober 1996 bis Ende 1996 einen Sprachaufenthalt im Ausland absolvieren. Aus der Stellungnahme gehe hervor, X.Y. habe bereits anfangs September 1996 dem Gemeindearbeitsamt mitgeteilt, dass sie einen Sprachaufenthalt machen wolle. Der Termin für die Schule bzw. die ganze Abwicklung für den Sprachaufenthalt sei Ende August 1996 zustande gekommen.

B. Gegen die Verfügung der kantonalen Arbeitsstelle liess X.Y. am 21. Oktober 1996 beim Verwaltungsgericht Beschwerde führen und sinngemäss die Überprüfung der Verfügung beantragen.

Aus den Erwägungen:

2. Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitslose vermittlungsfähig, wenn er

bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört zum einen die Arbeitsfähigkeit, d.h. die objektive Möglichkeit, Arbeit zu leisten bzw. eine Beschäftigung als Arbeitnehmer auszuüben, ohne durch in der Person des Versicherten liegende Gründe darin verhindert zu sein. Zum andern umfasst sie die Bereitschaft, eine im Sinne von Art. 16 AVIG zumutbare Arbeit anzunehmen, was nicht nur den Willen voraussetzt, eine solche Arbeit anzunehmen, wenn sie angeboten wird, sondern eine genügende Disponibilität sowohl hinsichtlich der Zeit, die der Versicherte einer Beschäftigung widmen kann, wie auch hinsichtlich der Zahl der möglichen Arbeitgeber (ARV 1986 Nr. 20 S. 81 Erw. 3a; Pra 77/1988, Nr. 120). Wer auf einen bestimmten Termin anderweitig disponiert hat und deshalb für eine neue Beschäftigung nur noch für eine relativ kurze Zeit zur Verfügung steht, gilt in der Regel nicht als vermittlungsfähig. In einem solchen Fall sind nämlich die Aussichten, zwischen dem Verlust der alten und dem Antritt der neuen Stelle von einem dritten Arbeitgeber angestellt zu werden, verhältnismässig gering. Entscheidend für die Beurteilung des Einzelfalles ist dabei, ob mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein Arbeitgeber den Versicherten für die konkret zur Verfügung stehende Zeit noch einstellen würde (vgl. BGE 110 V 208; ARV 1991 Nr. 3 S. 24 Erw. 2b). Als nicht vermittlungsfähig wurde beispielsweise eine versicherte Person erklärt, welche bloss für einen Zeitraum von maximal zwei Monaten bereit war, eine Teilzeitstelle von 35 Wochenstunden anzunehmen, da sie danach einen Intensivsprachkurs antrat (ARV 1990 Nr. 14 S. 83 ff.). Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich insbesondere, wenn jemand auf einen bestimmten Zeitpunkt einen Auslandsaufenthalt antreten wird (ARV 1988 Nr. 2 S. 24 Erw. 2a).

Die Beschwerdeführerin erhebt ab dem 1. September 1996 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Es ist unbestritten, dass Ende August 1996 der Termin für ihren Auslandsprachaufenthalt feststand. Diesen absolvierte sie vom 5. Oktober 1996 bis Ende 1996. Damit ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin Ende August 1996 auf einen bestimmten Termin anderweitig disponiert hat. Für eine neue Beschäftigung stand sie daher nur für eine relativ kurze Zeit, d.h. anfangs September bis 5. Oktober 1996, also fünf Wochen, zur Verfügung. Gemäss geltender Praxis kann die Beschwerdeführerin somit nicht als vermittlungsfähig betrachtet werden, da die Aussichten, zwischen dem Verlust der alten Stelle und dem Antritt des Sprachaufenthalts von einem dritten Arbeitgeber angestellt zu werden, gering sind.

Für die konkret zur Verfügung stehende kurze Zeit kann nicht ernsthaft angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin ihre Arbeitskraft auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt hätte verwerten können, zumindest dann nicht, wenn sie nicht besonders intensive Bemühungen um eine befristete Aushilfsstelle unternommen hat. Unter diesen Voraussetzungen und im Falle eines vorhandenen Arbeitsmarktes bezüglich befristeter Aushilfsstellen, könnte

nämlich im Einzelfall trotz der kurzen Dauer der Verfügbarkeit allenfalls Vermittlungsbereitschaft und -fähigkeit bejaht werden. Tatsächlich hat die Beschwerdeführerin ab 28. August 1996 zwanzig Bewerbungen vorgenommen, wobei es sich um 15 Bewerbungen für Dauerstellen und 5 für Temporärstellen handelte. Nicht beworben hat sie sich indessen für kurzfristige Aushilfsstellen, wobei ein solches Angebot auch spärlich gewesen ist (vgl. Amtsblatt Nrn. 35-39 des Kantons Zug vom 30. August bis 27. September 1996). Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Arbeitgeber die Beschwerdeführerin für die kurze Zeit eingestellt hätte, weshalb sich die Beschwerde als unbegründet erweist und abzuweisen ist.

Ausdrücklich sei erwähnt, dass die Rechtsfolge der Vermittlungsunfähigkeit für die beschränkte Zeitspanne vom 1. September 1996 bis zur Abreise ins Ausland am 5. Oktober 1996 sich aus Wesen und Zweck der Arbeitslosenversicherung ergibt, welche als wesentliche Anspruchsvoraussetzung auf dem Moment der konkreten Vermittlungsbereitschaft und -fähigkeit beruht. Es geht um die Verfügbarkeit des Versicherten, der nicht tatsächlich oder rechtlich so gebunden sein darf, dass er seine Arbeitsfähigkeit und Eignung gar nicht zu den auf dem Arbeitsmarkt üblichen oder möglichen Arbeitszeiten anbieten kann. Insofern ist aber kein Unterschied zu erblicken zwischen der Zeit unmittelbar vor der Abreise und der Zeit während des Auslandsaufenthaltes; in beiden Zeitabschnitten ist der Versicherte auf dem Arbeitsmarkt realistischerweise nicht (mehr) vermittelbar. Sobald der Versicherte dem Arbeitsmarkt nach einem Auslandsaufenthalt wieder zur Verfügung steht, ist sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung neu zu prüfen, da er ja bereit und wieder in der Lage ist, seine Arbeitsfähigkeit und Eignung zu den auf dem Arbeitsmarkt üblichen oder möglichen Arbeitszeiten anzubieten.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 13. März 1997)

Art. 15 Abs. 1 AVIG. – Vermittlungsfähigkeit. Ein ausländischer Arbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung ist nicht berechtigt, eine Arbeit anzunehmen und damit nicht vermittlungsfähig im Sinne von Art. 15 AVIG. Entsprechend fehlt es an einer Anspruchsvoraussetzung für die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 25. Februar 1997 stellte P.B., Jahrgang 1969, verheiratet, Mutter von zwei Kindern (1991, 1995), Antrag auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung vom 24. April 1997 teilte das KIGA P.B. mit, dass sie ab dem 21. Februar 1997 nicht vermittlungsfähig und damit nicht anspruchsberechtigt sei. Zur Begründung führt das KIGA unter anderem aus, sie verfüge über eine B-Bewilligung, sei jedoch seit 1991 nicht mehr erwerbstätig gewesen, da sie sich der Erziehung der Kinder gewidmet habe. Gemäss Art. 7 BVO

dürften Bewilligungen zur Erwerbstätigkeit nur erteilt werden, wenn der Arbeitgeber keine einheimischen Arbeitskräfte finde, die gewillt und fähig seien, die Arbeit zu den orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu leisten. Bei der jetzigen Arbeitssituation erhalte sie keine Arbeitsbewilligung, da es im Moment genügend Bewerberinnen / Bewerber auf dem Arbeitsmarkt habe, die stempeln würden und gegenüber der Arbeitslosenkasse anspruchsberechtigt seien. Aufgrund dieses Sachverhalts sei die Vermittlungsfähigkeit ab dem 21. Februar 1997 nicht gegeben. P.B. sei gemäss Art. 15 AVIG nicht berechtigt, eine zumutbare Arbeit anzunehmen.

Mit Verfügung vom 14. Mai 1997 lehnte die Arbeitslosenkasse in der Folge ebenfalls die Anspruchsberechtigung ab dem 21. Februar 1997 ab.

B. Gegen diese beiden Verfügungen liess P.B. am 22. Mai 1997 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die angefochtene Verfügung des KIGA sei aufzuheben, ihre Vermittlungsfähigkeit/Anspruchsberechtigung sei gestützt auf Art. 15 Abs. 1 - 4 AVIG ab dem 21. Februar 1997 zu bejahen und die Sache zur Neuabklärung an die Kasse zur Prüfung der Frage zurückzuweisen, ob sie gemäss Art. 13 Abs. 2^{bis} und 2^{ter} AVIG in Verbindung mit Art. 11a 1) und Art. 11b 1) AVIV anspruchsberechtigt sei. Die Verfügung der Arbeitslosenkasse sei ebenfalls aufzuheben. Zur Begründung der Beschwerde wird ausgeführt, die Beschwerdeführerin befinde sich seit 1988 in der Schweiz und besitze eine B-Jahresbewilligung. 1990 habe sie während 7 Monaten in einem Privathaushalt gearbeitet und vom 1. September 1990 bis zum 31. Juli 1991 in der Klinik Liebfrauenhof (100 % im Reinigungsdienst), beide Male mit einer ordnungsgemässen Arbeitsbewilligung. Sie sei von der Beitragszeit befreit, weil sie nach wie vor Kinder unter 16 Jahren betreue und sich in einer wirtschaftlichen Zwangslage befinde. Es gehe nicht an, sie als vermittlungsunfähig zu erklären, obwohl sie verschiedentlich in der Schweiz gearbeitet habe und eine B-Jahresbewilligung besitze. Dies würde keiner Ausländerin mit B-Bewilligung mehr erlauben, nach einer Periode der Kinderbetreuung in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, obwohl das BIGA in ALV-Praxis 96/3 Blatt 1 und 2 feststelle, dass eine Unterscheidung nach den verschiedenen Bewilligungsarten und der Staatsangehörigkeit unnötig sei, wenn jemand sich bei der Arbeitslosenkasse nach einer Erziehungsperiode anmelde. Das BIGA schreibe vor, dass die Vermittlungsfähigkeit jeweils einzelfallweise zu überprüfen sei, dies im Falle, dass die Beitragsbefreiung wegen Kinderbetreuung erfüllt sei und eine wirtschaftliche Zwangslage vorliege. Im konkreten Fall sei dies aber gerade nicht geschehen. Unter Berufung auf Art. 7 BVO werde P.B. die Arbeitsbewilligung verweigert, womit dem Einzelfall nicht Rechnung getragen werde. Andererseits würden aber immer wieder Saisoniers neu auf dem Schweizer Arbeitsmarkt zugelassen.

C. Mit Vernehmlassung vom 20. Juni 1997 beantragt das KIGA die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung seines Antrages führt das KIGA

unter anderem aus, die Vermittlungsfähigkeit sei nicht wegen Nichterfüllens der Anspruchsvoraussetzungen (Erziehungsperiode – wirtschaftliche Zwangslage) abgelehnt worden, sondern weil die kantonale Arbeitsstelle aufgrund der gegenwärtig äusserst angespannten Lage auf dem Arbeitsmarkt keine Stellenantrittsgesuche für Personen mit B-Bewilligung bewillige. Der Grund für die Praxis des KIGA liege darin, dass es im Kanton Zug zur Zeit sehr viele arbeitslos gemeldete Personen gebe, welche bereits über eine Arbeitsbewilligung verfügen würden oder keiner bedürften, und welche auch in der Lage seien, die von der Beschwerdeführerin angestrebten Tätigkeiten auszuführen. Die momentane Praxis des KIGA in Sachen Erteilung der Arbeitsbewilligung für Personen mit B-Bewilligung hänge sehr stark mit der Arbeitsmarktlage zusammen. Zur Zeit würden Personen, die eine B-Bewilligung besässen (Aufenthaltszweck: Aufenthalt beim Ehemann) oder Personen, die seit längerer Zeit in der Schweiz nicht mehr erwerbstätig gewesen seien, keine Arbeitsbewilligung erhalten. Sollte sich die Lage auf dem Arbeitsmarkt entspannen, werde das KIGA seine Praxis etwas lockern. Dadurch habe die Versicherte die Möglichkeit, sich zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu melden. Die Beschwerdeführerin sei zwar in der Lage und bereit, jedoch nicht berechtigt, eine zumutbare Stelle als Arbeitnehmerin aufzunehmen.

Aus den Erwägungen:

2. Eine der gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Vermittlungsfähig ist der Arbeitslose, wenn er bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). Somit gehört zur Vermittlungsfähigkeit nicht nur die Arbeitsfähigkeit und die Vermittlungsbereitschaft, sondern auch die Arbeitsberechtigung. Wenn und solange keine Arbeitsberechtigung besteht, fehlt es auch an der Vermittlungsfähigkeit des Versicherten und damit an seiner Anspruchsberechtigung (BGE 120 V 379 f. mit Hinweisen auf Lehre und Praxis).

Der Ausländer bedarf zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sowie zum Stellen- und Berufswechsel einer Bewilligung; ausgenommen von dieser Bewilligungspflicht ist nur die erwerbliche Betätigung der niedergelassenen Ausländer (Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931, ANAG). Nach Art. 14c Abs. 3 ANAG bewilligen die kantonalen Behörden dem Ausländer eine unselbstständige Erwerbstätigkeit, sofern die Arbeitsmarkt- und Wirtschaftslage dies gestattet. Das Bewilligungsverfahren ist so geregelt, dass die kantonale Fremdenpolizeibehörde vor Erteilung einer Bewilligung in der Regel die "Begutachtung des zuständigen Arbeitsnachweises einzuholen" hat, wenn der Ausländer eine Stelle antreten will (Art. 16 Abs. 2 ANAG). Bevor die kantonale Fremdenpolizei dem Ausländer eine Bewilligung erteilt, hat sie deshalb einen Vorentscheid (beim erstmaligen Gesuch) oder eine Stellungnahme (insbesondere bei Verlängerungsgesuchen und Gesuchen um Bewil-

ligung eines Stellenwechsels) der kantonalen Arbeitsmarktbehörde zur Frage einzuholen, ob die nach Art. 6 ff. der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (BVO) geltenden Voraussetzungen erfüllt sind und ob die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage die Erteilung einer Arbeitsbewilligung gestattet (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 2 BVO). Der Vorentscheid oder die Stellungnahme der Arbeitsmarktbehörde sind für die Fremdenpolizei verbindlich (BGE 120 V 380). Zuständige Arbeitsmarktbehörde für Verfügungen und Stellungnahmen gemäss BVO ist das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (§ 3 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 28. November 1996, EG ANAG).

Im Rahmen der Beurteilung der Vermittlungsfähigkeit stellt die Frage nach der Arbeitsberechtigung eines Ausländers eine Vorfrage dar. Nach Lehre und Rechtsprechung ist der Sozialversicherungsrichter zur selbständigen Entscheidung von Vorfragen berechtigt, sofern das Gesetz nichts anderes sagt und die zuständige Behörde über die Vorfrage noch nicht entschieden hat (BGE 120 V 382 mit Verweis auf BGE 112 IV 119 und andere). Arbeitsberechtigungen werden nur unter Berücksichtigung des Vorranges der einheimischen Arbeitnehmer und der stellensuchenden, aufenthalts- und arbeitsberechtigten Ausländer (Art. 7 Abs. 1 und 3 BVO) sowie der Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 2 BVO) erteilt. Das KIGA, das gleichzeitig zuständige Amtsstelle im Sinne des AVIG und des EG ANAG ist, erklärt in seiner Vernehmlassung, dass zur Zeit wegen der äusserst angespannten Arbeitsmarktlage keine Stellenantrittsgesuche für Personen mit B-Bewilligung bewilligt würden. Der Grund für diese Praxis liege darin, dass es im Kanton Zug sehr viele arbeitslos gemeldete Personen gebe, die bereits über eine Arbeitsbewilligung verfügen würden oder keine benötigten, und die auch in der Lage seien, die von der Beschwerdeführerin angestrebten Tätigkeiten auszuführen.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Per Ende April 1997 waren im Kanton Zug 1'959 Personen als arbeitslos gemeldet. Davon fielen 167 Personen in den Bereich "Gastgewerbe, Hauswirtschaft, Reinigung, Hygiene", in den Bereich also, in dem die Beschwerdeführerin in den Jahren 1990/91 tätig war, und der für sie auch heute in Frage käme. Wenn das KIGA – als zuständige Behörde im Sinne des EG ANAG – erklärt, dass es der Beschwerdeführerin aufgrund der heutigen angespannten Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage keine Arbeitsbewilligung erteilen könnte, so verletzt es weder das Recht noch seinen Ermessensspielraum. Dies gilt umso mehr, als in Anwendung der BVO kein Rechtsanspruch des Ausländers mit B-Bewilligung auf Erteilung einer Arbeitsbewilligung besteht, solange einheimische und ausländische Arbeitskräfte mit C-Bewilligung in der jeweiligen Beschäftigungssparte arbeitslos sind.

Die Beschwerdeführerin verweist auf eine Mitteilung des BIGA in der ALV-Praxis 96/3, aus der sie sinngemäss einen Anspruch auf die Erteilung

der Arbeitsbewilligung ableiten will. Diese Mitteilung ALV-Praxis 96/3 Ziff. 6 (Erziehungsgutschriften im Zusammenhang mit Ausländern mit Ausländerausweisen A,B,F,G,L,N oder U) gibt Anleitung, unter welchen Voraussetzungen die Erziehungsperiode als Beitragszeit angerechnet werden kann. In der Mitteilung wird aber ausdrücklich darauf verwiesen, dass aus der Aufenthaltsbewilligung nicht zwangsläufig auf eine Arbeitsberechtigung geschlossen werden könne, sondern dass dies einzelfallweise überprüft werden müsse. Dies hat das KIGA getan, indem es feststellt, dass aufgrund der heutigen Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage an Ausländer mit B-Bewilligungen grundsätzlich keine Arbeitsbewilligungen erteilt werden könnten. Dies bedeutet nicht, dass bei einem Gesuchsteller mit besonderen Fachkenntnissen unter besonderen Umständen nicht eine Bewilligung erteilt werden könnte. Für den Bereich der Beschwerdeführerin trifft dies allerdings nicht zu, so dass das KIGA zu Recht in Aussicht stellt, dass keine Arbeitsbewilligung erteilt werden könnte. Ohne Arbeitsbewilligung ist die Beschwerdeführerin nicht berechtigt, eine Arbeit anzunehmen. Damit fehlt es an der Vermittlungsfähigkeit im Sinne von Art. 15 AVIG. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung ist zu Recht verneint worden. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und muss abgewiesen werden.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 2. Juli 1997)

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil vom 24. August 1998 ab.

Art. 31 ff. AVIG – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Voraussichtlich vorübergehender Arbeitsausfall als Anspruchsvoraussetzung im vorliegenden Fall verneint.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Voranmeldung vom 16. März 1997 ersuchte die X. AG, die Arbeitslosenkasse um Bewilligung von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. April 1997 bis zum 30. Juni 1997. Mit Verfügung vom 20. März 1997 erhob das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Zug (KIGA) gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch.

B. Gegen diese Verfügung liess die X. AG am 21. April 1997 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung des KIGA sei aufzuheben, die beantragte Kurzarbeitsbewilligung sei zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, die X. AG sei einer der Betriebe, die von der Rezession auf dem Bausektor gebeutelt würde. Bauherren würden immer kurzfristiger Aufträge vergeben und verlangten ein Höchstmass an Flexibi-

lität von den Unternehmern. Die seit 1993 rückläufigen Umsätze würden zeigen, dass der Arbeitsausfall konjunkturell bedingt sei. Die Belegschaft der X. AG sei massvoll abgebaut worden; es könnten keine weiteren Entlassungen ausgesprochen werden. Obwohl die X. AG 1996 für dreimal je ca. 6 Wochen Kurzarbeit eingeführt habe, sei es ihr gelungen, die Belegschaft während der übrigen Zeit auszulasten. Dieser Umstand könne nicht zur Annahme führen, der Arbeitsmangel sei dauernd. ...

C. Mit Vernehmlassung vom 22. Mai 1997 beantragt das KIGA die Abweisung der Beschwerde und führt unter anderem aus, ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Ausfall gelte dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- und betriebsüblich sei oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht werde oder durch Umstände bedingt sei, die zum normalen Betriebsrisiko eines Arbeitgebers gehörten.

Aus den Erwägungen:

2. Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG). Weil sich entsprechende Beurteilungskriterien kaum finden lassen, ist nach der Rechtsprechung von der Vermutung auszugehen, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte zum gegenteiligen Schluss führen (BGE 121 V 373, 111 V 386; ARV 1989 Nr. 12 S. 124 E. 3a). Ob hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, die die Vermutung der vorübergehenden Natur des Arbeitsausfalles und der Eignung der Kurzarbeitsentschädigung zur Erhaltung der Arbeitsplätze zu widerlegen geeignet sind, ist auf Grund der Gesamtumstände des Einzelfalles, so der Rentabilität und Liquidität des Betriebes, des Auftragsbestandes sowie der Tatsache zu beurteilen, dass eine Unternehmung in der Vergangenheit wiederholt Kurzarbeitsentschädigung bezogen hat (ARV 1995 Nr. 19, S. 112 ff.).

Aus der Tatsache allein, dass ein Arbeitgeber in der Vergangenheit wiederholt Kurzarbeit eingeführt hat, darf noch nicht geschlossen werden, dass ein neuer Arbeitsausfall voraussichtlich nicht vorübergehend sei und dass Arbeitsplätze durch Kurzarbeit nicht erhalten werden könnten. Vielmehr müssen im Rahmen der Beurteilung der Gesamtumstände des Einzelfalles weitere gleichgerichtete Umstände hinzutreten. Wesentlich ist dabei z.B. eine Konkurrenzsituation, die auf einer nachhaltigen, d.h. grundsätzlich und dauerhaften Änderung der Nachfrage beruht und Ausdruck eines eigentlichen Verdrängungswettbewerbs ist. Sie stellt einen konkreten Anhaltspunkt gegen die vorübergehende Natur des Arbeitsausfalls dar. Dies trifft insbesondere bei grundlegenden Strukturwandlungen und Strukturbereinigungen in einer Branche und einem Wirtschaftszweig zu, die im Zusam-

menhang mit einem langwierigen Absatzzrückgang erfolgen (ARV 1995, Nr. 19, S. 112 ff.).

Somit ist im folgenden zu prüfen, ob konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die gegen einen vorübergehenden Arbeitsausfall sprechen:

a) Zur Wirtschaftslage im allgemeinen und zur Auftragslage im Baugewerbe im speziellen ergibt sich aus dem Bericht der Kommission für Konjunkturfragen vom 7. März 1997, dass "im Baugewerbe keine Anzeichen einer Verlangsamung der Rezession auszumachen sind. Wie die Umfrage des Schweiz. Baumeisterverbandes zeigt, nahm der nominelle Auftragseingang im 4. Quartal 1996 gegenüber der Vorjahresperiode bei den an der Umfrage teilnehmenden Firmen um 17 % ab, nachdem er bereits im Vorquartal um 14 % gesunken war. Während beim Wohnungsbau eine im Vergleich zu den Vorperioden bescheidene Abnahme der Auftragseingänge von 11 % verzeichnet wurde, schrumpften diese im übrigen Hochbau um knapp 29 % (Vorperiode -1 %). Der öffentliche Bau zeichnete sich ebenfalls durch einen Rückgang von 20 % aus. Der Auftragsbestand unterschritt in sämtlichen Bereichen den Vorjahresstand um über 20 %. Für die Zukunft ist kaum eine Wende zum Besseren zu erwarten" (Bericht zur Wirtschaftslage 2/1997, S. 28).

Auch aus dem Bericht zur Wirtschaftslage für das erste Quartal 1997 ergibt sich, dass im Baugewerbe keine Anzeichen für eine Besserung erkennbar sind. Im Wohnungsbau wurde im 1. Quartal 1997 gegenüber der Vorjahresperiode ein Rückgang von 15% verzeichnet, nachdem im Vorquartal dieser bei 11 % gelegen hatte. Im übrigen Hochbau lag die Abnahme sogar bei 19 %. Entsprechend hoch blieb deshalb der Druck auf die Preise (Bericht zur Wirtschaftslage 2/1997, S. 28).

Aus diesen Angaben ergibt sich, dass zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung von einer allgemein schlechten Auftragslage im Baugewerbe und einem angespannten wirtschaftlichen Umfeld mit hohem Konkurrenzdruck ausgegangen werden musste.

b) Der Auftragsbestand zu Beginn des zweiten Quartals 1997 war für die Beschwerdeführerin sehr ungünstig. Gemäss ihren eigenen Angaben hatte sie am 15. April 1997 lediglich drei Aufträge, welche ihrer Belegschaft nur für insgesamt drei Wochen Arbeit sicherte. Zur Auftragsentwicklung führt die Beschwerdeführerin aus, dass es praktisch nicht möglich sei, heute bereits zu wissen, wie sich die Auftragslage bis zum 30. Juni 1997 entwickeln werde. Aus den Erfahrungen des Jahres 1996, wo der Beschwerdeführerin für das ganze zweite Quartal Kurzarbeit bewilligt werden musste, muss geschlossen werden, dass eher von keiner besseren Auftragsentwicklung ausgegangen werden muss. Die Beschwerdeführerin hat auch nicht dargetan (und ist vom KIGA dazu auch nicht angehalten worden), was sie zur Vermeidung der Kurzarbeit im 2. Quartal 1997 unternommen hat, etwa z.B. im Bereich der Auftrags-Akquisition.

c) Zu der Rentabilität und Liquidität des Betriebes ergibt sich aus den Akten, dass die Umsatzzahlen seit 1990 stets rückläufig sind. Während man 1990 noch einen Umsatz von 3,04 Mio. hatte, ging dieser anschliessend stetig zurück (1991: 3,1 Mio.; 1992: 2,7 Mio.; 1993: 2,65 Mio.; 1994: 1,95 Mio.; 1995: 1,7 Mio. und 1996: 1,635 Mio.). Auch die Anzahl der Beschäftigten nahm von 10 auf 6 ständige Mitarbeiter ab. Seit 1993 weist die Beschwerdeführerin zudem stets Bilanzverluste aus, den grössten pro 1994 mit Fr. 187'266.

d) Ein Spiegelbild der Rentabilität des Betriebes sind auch die Abrechnungsperioden, während derer der Beschwerdeführerin seit 1993 Kurzarbeit bewilligt werden musste. Vom 1. Dezember 1993 bis zum 28. Februar 1994, vom 1. Mai bis zum 31. Juli 1994 und im Oktober 1994 wurden erstmals Kurzarbeitsentschädigungen ausgerichtet. Im Jahre 1995 bewilligte das KIGA im Februar und ab dem 15. Dezember Kurzarbeit. Im Jahre 1996 wurde Kurzarbeit für die Monate Januar, Februar, März, April, Mai, Juni, August und September beantragt und – abgesehen von wenigen Tagen – bewilligt. In den ersten drei Monaten 1997 wurde ebenfalls wieder Kurzarbeit beantragt und bewilligt. Seit dem 15. Dezember 1995 wurde bis Ende März 1997 an 321 von möglichen 472 Tagen Kurzarbeit bewilligt, das sind immerhin 68 %.

Die heutige wirtschaftliche Lage, die aktuelle Auftragsituation und die mutmassliche Auftragsentwicklung der Beschwerdeführerin, ihre finanzielle Situation und der grosse Preisdruck, der durch die verschärfte Konkurrenzsituation im Baugewerbe entstanden ist, sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem von der Beschwerdeführerin erneut gemeldeten Arbeitsausfall nicht mehr um eine vorübergehende Erscheinung handelt, sondern dass dies eher Ausdruck eines grundlegenden Strukturwandels im Baugewerbe mit einem längerfristigen Auftragsrückgang ist. Von Bedeutung ist in diesem Gesamtzusammenhang die Tatsache, dass der Beschwerdeführerin in der unmittelbaren Vergangenheit in grösserem Ausmass (seit Beginn 1996 während 11 Monaten) Kurzarbeit bewilligt wurde. Diese Fakten sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitsausfall nicht mehr vorübergehend ist und entsprechend nicht mehr angerechnet werden kann.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung in ihrem Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und muss abgewiesen werden.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 30. Oktober 1997)

Art. 85b Abs. 1 AVIG und § 4 Abs. 2 EG AVIG – Sanktionskompetenz des zugerischen RAV: fehlende gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Sanktionen.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 100 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG), in der ab dem 1. Januar 1997 geltenden Fassung, sind Verfügungen mit Beschwerde anfechtbar. Beschwerdeinstanz ist ein Gericht oder eine verwaltungsunabhängige Rekurskommission als letzte kantonale Instanz für Verfügungen der kantonalen Amtsstellen, der regionalen Arbeitsvermittlungszentren und der Kassen (Art. 101 lit. b AVIG). Gemäss § 25 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 29. August 1996 (EG AVIG) können Verfügungen des KIGA, des RAV sowie Kassenverfügungen innert 30 Tagen nach ihrer Zustellung mittels Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden.

Damit steht fest, dass das Verwaltungsgericht zur Prüfung von Beschwerden gegen Verfügungen des RAV sachlich und örtlich zuständig ist. Die Beschwerde ist fristgerecht eingereicht worden und erfüllt die formellen Anforderungen, weshalb sie grundsätzlich zu prüfen ist. Von Amtes wegen ist vorerst die Frage zu prüfen, ob das RAV Zug nach Bundesrecht und nach zugerischem Recht die Kompetenz hatte, eine belastende Verfügung mit einer Sanktion von 12 Einstelltagen zu erlassen.

2. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist grundsätzlich Sache der öffentlichen Hand. Die Übertragung an Private ist zwar nicht ausgeschlossen, aber auf Aufgaben zu beschränken, für deren Erfüllung sich Private mindestens in gleichem Masse eignen wie die staatlichen Institutionen. Öffentliche Aufgaben können an privatrechtliche Stiftungen oder Vereine übertragen werden; der Staat kann derartige Institutionen spezifisch für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gründen. Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind grundsätzlich an Verfassung und Grundrechte gebunden. Ihr Handeln muss sich am öffentlichen Interesse orientieren, das Gebot der Rechtsgleichheit und das Willkürverbot beachten (Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1990, Rz 1193 ff.). Von wesentlicher Bedeutung ist die Frage des Rechtsschutzes. Weiter verlangt das Bundesgericht in konstanter Praxis für die Übertragung staatlicher Befugnisse an Private eine klare gesetzliche Grundlage (VPB 1988, Nr. 6 mit Verweis auf BGE 110 Ia 70). Für die Übertragung von Vollzugsaufgaben "reicht" – im Gegensatz zur Auslagerung der Verwaltung im Bereich der Rechtsetzung, wo eine verfassungsmässige Grundlage gefordert wird – eine Grundlage in einem formellen Gesetz. Je weitreichender die Kompetenzen der privaten Institution sein sollen und je stärker sie in die Rechte der betroffenen Bürger eingreifen, desto konkreter und detaillierter muss die Kompetenzdelegation auf Gesetzesstufe sein. Der betroffene Bürger muss aus einem dem Referendum unterstehenden Erlass entnehmen können, wer und inwieweit jemand in seine Rechtsstellung eingreifen kann (vgl. hiezu ZB1 1981, ff.).

Die Delegation von Verwaltungsbefugnissen an Private ist gemäss Imboden/Rhinow, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, Nr. 157, B II, an vier Voraussetzungen gebunden: - Die Delegation bedarf, wie bereits erwähnt, einer klaren gesetzlichen Grundlage; - Die private Organisation bedarf in Teilbereichen der öffentlichen Ordnung. Es muss sichergestellt sein, dass die private Einrichtung dem öffentlichen Interesse einwandfrei dienen kann; - Eine Staatsaufsicht ist unerlässlich. Damit hat sich eine "gewisse Einordnung in die öffentliche Verwaltung" zu vollziehen; - Die Gleichberechtigung aller Bürger muss gesichert sein, d.h. die Institution hat allen Berechtigten zur Verfügung zu stehen. Das setzt voraus, dass die Verwaltungsaufgabe allgemein übertragen und entsprechend publiziert wird.

Im folgenden ist deshalb zu prüfen, inwieweit hier die vier Voraussetzungen bei der Übertragung von Aufgaben durch die Volkswirtschaftsdirektion (VD) und die kantonale Amtsstelle an das RAV erfüllt sind.

aa) Im Bund ist auf Gesetzes- bzw. Verordnungsstufe bezüglich der RAV folgendes geregelt: Gemäss Art. 85b Abs. 1 AVIG richten die Kantone regionale Arbeitsvermittlungszentren ein. Sie übertragen ihnen Aufgaben der kantonalen Amtsstellen und der Gemeindearbeitsämter. Die Arbeitsvermittlungszentren können zur Erfüllung ihrer Aufgaben Private beiziehen (Art. 85b Abs. 2 AVIG). Der Bundesrat bestimmt die Voraussetzungen die von diesen Zentren erfüllt sein müssen, und die anrechenbaren Kosten. Gemäss Art. 122a Abs. 1 der Verordnung über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, gemäss Änderung vom 11. Dezember 1995 (AVIV), nehmen die RAV insbesondere die Aufgaben der Vermittlung, der Beratung und der Betreuung wahr. Die Ausgleichsstelle erteilt den Kantonen für den Betrieb der RAV einen verbindlichen Leistungsauftrag und passt diesen periodisch der Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt an. Der Leistungsauftrag enthält gemäss Art. 122a Abs. 3 AVIV insbesondere Vorgaben in bezug auf den zeitlichen Rahmen für die Abklärung der Wiedereingliederungsmöglichkeiten der Stellensuchenden (lit. a); die durchgeführten Beratungsgespräche (lit. b); die Akquisition von offenen Stellen (lit. c); die Zuweisung und Vermittlung von Stellen (lit. d); die Qualifikation und Anzahl der Mitarbeiter (lit. e) sowie die technischen und finanziellen Rahmenbedingungen (lit. f.).

bb) Im Kanton Zug sind gemäss § 1 EG AVIG für den Vollzug des AVIG zuständig: a) Das kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA): ihm obliegt die öffentliche Arbeitsvermittlung und die Beratung sowie der Vollzug jener Bestimmungen des Bundesgesetzes, der nicht anderen Amtsstellen oder Organisationen übertragen ist; b) der Verein für Arbeitsmarktmassnahmen (VAM): er führt Arbeitsmarktmassnahmen durch; c) die Arbeitslosenkasse: sie ist die öffentliche Arbeitslosenkasse und vollzieht auch die kantonale Arbeitslosenhilfe. Im 2. Abschnitt regelt das EG AVIG unter dem Titel "Kantonale Amtsstelle" die Kompetenzen. Gemäss

§ 2 ist das KIGA die kantonale Amtsstelle im Sinne des AVIG. Der 3. Abschnitt regelt die öffentliche Arbeitsvermittlung und die Beratung. Hier ist das KIGA gemäss § 4 Abs. 1 EG AVIG zuständig für die öffentliche Arbeitsvermittlung im Sinne des AVIG. Das KIGA kann die öffentliche Arbeitsvermittlung und die Beratung im Einvernehmen mit der VD einer anderen geeigneten Behörde oder Organisation übertragen. In diesem Fall erhält das KIGA das Weisungsrecht gegenüber der beauftragten Behörde oder Organisation. Im § 5 regelt das EG AVIG folgendes: Im Kanton Zug wird ein RAV geführt. Gemäss § 5 Abs. 2 EG AVIG regelt die VD die Einzelheiten. Sie kann die Einrichtung von weiteren RAV anordnen.

cc) Die VD erklärt in ihrer Stellungnahme vom 23. April 1997, Art. 85b Abs. 2 AVIG gewährleiste das Ermessen der öffentlichen Hand, die Führung des RAV mit den Bereichen Beratung, Betreuung, Akquisition und eines Teils der Sanktionierung zu betrauen. Wenn Private zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben beigezogen würden, dann müsse man ihnen die für die Tätigkeit nötige Verfügungskompetenz zur Erfüllung ihrer Aufgaben übertragen (Aufgebot, Einladung zur Beratung, Vermittlung, Zuweisung von offenen Stellen, Besuch von Weiterbildungskursen). Wenn diese Verfügungskompetenz übertragen werde, könne der aus der Nichtbeachtung dieser Verfügungen oder sonstigem gesetzwidrigem Verhalten resultierende Sanktionsbedarf nicht einfach generell der kantonalen Amtsstelle vorbehalten bleiben. Es wäre widersinnig, damit eine Trennung zwischen dem Vollzug beim Erlass von Verfügungen, die den Betrieb des RAV sicherstellten, und beim Erlass von Sanktionen zu konstruieren, die von den betroffenen Personen kaum verstanden würden. Vorbehalten würden existenzgefährdende Entscheide im oberen Sanktionsbereich und jedenfalls Entscheide über die Vermittlungsfähigkeit bleiben. Mit dieser Konstruktion erleide der Betroffene keine Nachteile, da die Verfügungen des RAV auf jeden Fall wie jene des KIGA angefochten werden könnten. Kritiker des Zuger Modells würden darauf hinweisen, dass der Bundesrat in Art. 119c Abs. 1 AVIG festgelegt habe, dass privaten Stellenvermittlern, die zur Erfüllung von Beratungs- und Vermittlungsaufgaben beigezogen würden, keine hoheitlichen Aufgaben wie die Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit oder die Verfügung von Sanktionen übertragen werden dürften. Diese Einschränkung der Delegationskompetenz sei im Bundesgesetz nicht vorgesehen, und auch in den Materialien seien ihres Wissens keine entsprechenden Ausführungen zu finden. Deshalb stelle sich die Frage, ob die entsprechende Bestimmung nicht sogar dem Gesetz widerspreche. Auf alle Fälle sei sie auf die rechtliche Konstruktion im Kanton Zug nicht anwendbar, die sich direkt aus dem Bundesgesetz ableite.

dd) Aus dem Regierungsratsbeschluss vom 28. November 1995 (der mit dem Inkrafttreten des EG AVIG ausser Kraft getreten ist), dem Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 27. Februar 1996 zum EG AVIG und dem Leistungsauftrag der VD vom 15. November 1996 an den Verein für Arbeits-

marktmassnahmen (VAM) für die Dauer vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 1997 ergibt sich, dass dem VAM als privatrechtlichem Verein die Führung des RAV übertragen wurde. Am VAM beteiligen sich Kanton und Gemeinden als Mitglieder. Ihnen ist im Vereinsvorstand eine angemessene Vertretung einzuräumen. Der Kanton wird im VAM durch die VD vertreten. Statuten, Budget und Rechnung des VAM sind vom Regierungsrat zu genehmigen (§ 6 EG AVIG). Der VAM führt im Auftrag des Kantons Arbeitsmarktmassnahmen durch, insbesondere Beschäftigungsprogramme und Berufspraktika.

Die Führung des RAV durch den VAM als privatrechtlichen Verein ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Wie bereits dargelegt, entspricht es durchaus der auf Bundesebene üblichen Verwaltungs- und Gerichtspraxis, wenn öffentliche Aufgaben an Private übertragen werden. Dabei müssen die entsprechenden Vorgaben erfüllt sein. Das BIGA hat der VD mit Schreiben vom 6. Oktober 1995 mitgeteilt, dass man grundsätzlich nichts gegen diese privatrechtliche Organisationsstruktur einzuwenden habe. Es müsse jedoch sichergestellt werden, dass die hoheitlichen Aufgaben des RAV, insbesondere die Zuweisungen und die Sanktionen, effizient und juristisch korrekt abgewickelt würden. Aus einem Schreiben des BIGA-Direktors vom 13. Dezember 1995 ergibt sich zudem, dass man den Volkswirtschaftsdirektionen zwar grundsätzlich empfehle, das RAV vom KIGA führen zu lassen. Die Kantone seien aber im Rahmen ihrer organisatorischen Zuständigkeiten frei, in Ausnahmefällen davon abweichende Regelungen zu treffen. Aufgrund dieser Zusicherungen und Mitteilungen durfte der Kanton Zug die Führung des RAV einer privaten Trägerschaft übertragen, zumal man mit dem VAM bereits positive Erfahrungen gemacht hatte, und sich dieser zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben als in gleichem oder grösserem Mass geeignet zeigte wie die staatlichen Institutionen. Zu prüfen ist somit, ob alle dem RAV übertragenen Aufgaben und Kompetenzen durch eine genügende gesetzliche Grundlage abgesichert sind.

3. Gemäss Art. 85b Abs. 1 AVIG können dem RAV Aufgaben der kantonalen Amtsstelle und der Gemeindearbeitsämter übertragen werden. Welche Aufgaben dies sind, ist im Bundesgesetz nicht näher definiert. Ein Hinweis findet sich lediglich in dem bereits erwähnten Art. 122a AVIV, wo als Aufgaben des RAV die Vermittlung, Beratung und Betreuung aufgeführt sind (Abs. 1). Weiter sind in Art. 122a Abs. 3 AVIV als Vorgaben aufgeführt: Abklärung der Wiedereingliederungsmöglichkeiten, Beratungsgespräche, Akquisition von offenen Stellen sowie die Zuweisung und Vermittlung von Stellen. Das kantonale Recht hält in § 4 Abs. 2 EG AVIG fest, dass die öffentliche Arbeitsvermittlung und die Beratung vom KIGA an eine andere geeignete Behörde oder Organisation übertragen werden können.

Die im Leistungsauftrag der VD unter Ziff. III lit. a erwähnte Ausfällung von Sanktionen ist durch die gesetzliche Bestimmung von § 4 Abs. 2 EG

AVIG nicht abgesichert. Die Bestimmung spricht nicht von einer Sanktionskompetenz des RAV, sondern nur von Arbeitsvermittlung und Beratung. Die in den Verfügungen des Leiters des KIGA vom 30. September und vom 17. Dezember 1996 erwähnte Kompetenzdelegation zum Erlass von Sanktionen bis zu 12 bzw. 35 Einstelltagen an den Leiter des RAV ist durch die zur Zeit bestehenden gesetzlichen Grundlagen nicht abgedeckt. Bei der Einstellung in der Anspruchsberechtigung – selbst im unteren und mittleren Bereich – handelt es sich um erhebliche Eingriffe in die Vermögensrechte des Betroffenen. Solche administrative Rechtsnachteile dürfen nur aufgrund einer besonderen gesetzlichen Grundlage verhängt werden und weisen "durch ihre erzieherische Wirkung" eine gewisse Verwandtschaft zu den Strafen gemäss StGB auf. Entsprechend bedarf die Kompetenzdelegation zum Erlass solcher in erheblichem Mass belastender Verfügungen (es kann immerhin um mehr als 1,5 Monatsentschädigungen gehen) einer klaren gesetzlichen Grundlage, die ausdrücklich nennt, welche Behörde bzw. welche mit öffentlichen Aufgaben betraute private Institution zum Erlass welcher Sanktionen zuständig ist. Für eine solche Kompetenzdelegation sind Weisungen einer Direktion des Regierungsrates bzw. ein Entscheid des Leiters des KIGA keine genügende gesetzliche Grundlage. In Anwendung von Art. 85 Abs. 2 AVIG hat das kantonale Einführungsrecht auf Gesetzesstufe klar zu nennen, welche Aufgaben einem privatrechtlich organisierten RAV übertragen werden können und welche Sanktionskompetenz ihm zukommt.

Die übrigen Voraussetzungen für die Delegation von Verwaltungsbefugnissen an Private sind erfüllt:

Das RAV untersteht der Aufsicht des KIGA. Gemäss § 4 Abs. 2 EG AVIG hat das KIGA im Falle der Übertragung der öffentlichen Vermittlung und Beratung an eine geeignete Organisation ein direktes Weisungsrecht gegenüber der Organisation. Das RAV ist zudem an die Verfassung und an die gesetzliche Ordnung gebunden. Die Verfügungen des RAV können wie Verfügungen der Kasse und der Amtsstelle an das Verwaltungsgericht weitergezogen und von diesem ohne Einschränkung überprüft werden (Art. 101 lit. b AVIG und § 25 EG AVIG). Andererseits haben das KIGA und die VD die Möglichkeit, dem RAV die übertragenen Kompetenzen jederzeit wieder zu entziehen, wenn sich ergeben sollte, dass die Kompetenzen nicht gesetzeskonform ausgeübt werden. Zudem beraten die tripartiten Kommissionen die RAV's und haben das Recht, über die Tätigkeit des RAV informiert zu werden (Art. 85c AVIG).

Zusammenfassend ergibt sich folgendes: Es ist im Grundsatz nicht zu beanstanden, dass der Kanton Zug die Einrichtung des RAV dem VAM als einer privaten Trägerschaft übertragen hat. Eine solche Übertragung öffentlicher hoheitlicher Aufgaben ist zulässig, wenn insbesondere eine klare, den jeweiligen Aufgaben und Kompetenzen entsprechende gesetzliche Grundlage vorliegt. Die Bestimmungen des AVIG sprechen nicht gegen eine solche

Kompetenzdelegation, stellen aber für sich allein keine genügende gesetzliche Grundlage dar. Hinsichtlich der Kompetenz zur Anordnung von Sanktionen (Einstellung in der Anspruchsberechtigung bis zu 35 Tagen) ist auch die heutige kantonale gesetzliche Grundlage ungenügend. Im EG AVIG muss die entsprechende Delegationskompetenz ausdrücklich enthalten sein. Aufgrund der heutigen gesetzlichen Situation kommt dem RAV keine Sanktionskompetenz zu. Die vom Beschwerdeführer angeforderte Verfügung wurde von einer unzuständigen Instanz erlassen und entfaltet keine Rechtswirkungen.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 19. Juni 1997)

§ 11 Abs. 1 PvkG. – Wer Anspruch auf Prämienverbilligung erheben will, muss die entsprechende Bescheinigung bis zum 31. März bei jener Gemeinde einreichen, wo er am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatte. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die nur aus wichtigen Gründen verlängert werden kann. Möglichkeit der Wiederherstellung der Frist aus wichtigen Gründen in casu verneint.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Schreiben vom 13. Februar 1996 teilte die Ausgleichskasse des Kantons Zug A.K. mit, dass er bei den Prämien für die Krankenpflegeversicherung vermutlich in den Genuss einer Beitragsreduktion von Fr. 1'225.50 kommen werde. A.K. wurde im gleichen Schreiben ersucht, die fehlenden Angaben zu ergänzen und von der Krankenkasse eine Kopie des zur Zeit gültigen Versicherungsausweises beizulegen. Am 7. Juni 1996 übergab A.K. das Formular samt dem Versicherungsausweis der Schweizerischen Kranken- und Unfallversicherung Konkordia der AHV-Zweigstelle M. Die AHV-Zweigstelle M. überwies das Formular umgehend an die Ausgleichskasse des Kantons Zug. Mit Verfügung vom 18. Juni 1996 teilte die Ausgleichskasse des Kantons Zug A.K. mit, dass sein Gesuch zu spät eingereicht worden sei, und dass die entsprechende Eingabefrist am 31. März 1996 abgelaufen sei. Deshalb könne die Kasse seinen Antrag nicht weiter behandeln. Gegen diese Verfügung reichte A.K. am 21. Juni 1996 Einsprache ein und erklärte unter anderem, es verwundere ihn sehr, dass ein Formular, bei dem es um eine Summe in dieser Höhe gehe, nicht übersichtlicher habe gestaltet werden können. Ein Betrag von Fr. 1'225.50 werde von einem einzigen Sendebrief abhängig gemacht, der mit gewöhnlicher A-Post überreicht werde. Ein Formular von solcher Wichtigkeit werde auf die Rückseite der Korrespondenz gedruckt. Er habe sich sehr über die Mitteilung gefreut, bedeute doch der Betrag von Fr. 1'225.50 für ihn eine grosse Erleichterung. Leider habe er den unteren Teil des Schreibens und vor allem die Rückseite nicht weiter beachtet. Mit Entscheid vom 21. Dezember 1996 wies die Ausgleichskasse die Einsprache vollumfänglich ab.

B. Gegen diesen Einspracheentscheid reichte A.K. am 3. Januar 1997 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte, die Ausgleichskasse sei zu verpflichten, ihm das für ihn vorgesehene Geld unverzüglich auszubezahlen. Des weiteren sei zu prüfen, ob er ein genügend auffallendes Formular oder eine Kopie auf Altpapier erhalten habe. Mit Vernehmlassung vom 7. Februar 1997 beantragt die Ausgleichskasse die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss § 1 PvKG soll den beitragsberechtigten Personen durch die Verbilligung der Prämien in der Krankenpflegeversicherung ein angemessener Versicherungsschutz zu finanziell tragbaren Bedingungen gewährleistet werden. Die Ausgleichskasse und die Gemeindestellen für Krankenversicherung sorgen dabei zusammen mit den Krankenversicherern für eine angemessene Information der Bevölkerung über die Möglichkeiten der Prämienverbilligung (§ 8 Abs. 1 PvKG). Personen, die aufgrund der massgebenden Steuerwerte mutmasslich Anspruch auf Prämienverbilligung haben, stellt die Ausgleichskasse zu Beginn des Jahres eine Bescheinigung zu (§ 10 Abs. 1 PvKG). Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis zum 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten (§ 11 Abs. 1 PvKG). Die Frist zur Gesuchstellung kann im Einzelfall durch die zuständige Gemeindestelle aus wichtigen Gründen bis zum 30. Juni des Jahres, für welches der Anspruch geltend gemacht wird, mit dem schriftlichen Hinweis verlängert werden, dass Ansprüche verwirken, wenn sie nach Ablauf dieser Frist geltend gemacht werden (Abs. 2).

Bei der bis zum 31. März laufenden Frist handelt es sich um eine sog. Verwirkungsfrist, d.h. durch die Verwirkung geht der Anspruch unter, wenn der Berechtigte nach Gesetz zur Vornahme gewisser, jenen Anspruch erhaltender Handlungen binnen einer bestimmten Frist verpflichtet ist und diese Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991, S. 289). Dieser Grundsatz gilt auch im öffentlichen Recht, doch ist dabei zu beachten, welchen Zweck der Gesetzgeber im fraglichen Rechtsgebiet mit dem Institut verfolgen wollte. Schliesslich ist den im konkreten Fall gegebenen Umständen Rechnung zu tragen (BGE 116 Ib 392 f.).

Mit Schreiben vom 13. Februar 1996 teilte die Ausgleichskasse dem Beschwerdeführer mit, dass er nach ihren Berechnungen vermutlich in den Genuss einer Beitragsreduktion von Fr. 1'225.50 kommen werde. Im Schreiben wurde eine mutmassliche Berechnung des Anspruchs vorgenommen, basierend auf den Steuerzahlen der 27. Veranlagungsperiode. Der Beschwerdeführer wurde aufgefordert, das entsprechende Antragsformular zu ergänzen und den gültigen Versicherungsausweis beizulegen. Auf der Rückseite

des Schreibens wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu bestätigen und das Formular bis spätestens 31. März 1996 bei der Wohngemeinde einzusenden. Ausdrücklich hervorgehoben ist der Textteil, dass Anträge, die nach dem 31. März eintreffen würden, verwirkt seien. Der Antrag ist bei der AHV-Zweigstelle M. am 7. Juni 1996 eingereicht worden, so dass er offensichtlich verspätet eingereicht worden ist. Damit ist der Anspruch an sich verwirkt. Zu prüfen bleibt, ob die Verwirkungsfrist ausnahmsweise hätte erstreckt bzw. wiederhergestellt werden können.

3. Eine versäumte Frist kann wiederhergestellt werden, wenn der Gesuchsteller unverschuldet abgehalten wurde, innert der Frist zu handeln, und er binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses ein begründetes Gesuch um Wiederherstellung einreicht (§ 11 Abs. 3 VRG). Die Wiederherstellung einer versäumten Frist dient dazu, die Rechtsnachteile aus unverschuldet versäumter Rechtshandlung zu beheben. Die Wiederherstellung wird bei Versäumung gesetzlicher oder richterlicher Fristen gewährt. Wiederherstellungsgründe liegen in der Verhinderung einer Partei, fristgerecht zu handeln, so etwa wegen Militärdienst, plötzlicher schwerer Erkrankung, nicht dagegen wegen Arbeitsüberlastung, Stress oder Ferien (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 62 mit Verweis auf BGE 108 V 110). Krankheit kann ein unverschuldetes, zur Wiederherstellung führendes Hindernis sein, doch muss die Erkrankung derart sein, dass der Rechtsuchende durch sie davon abgehalten wird, selber innert Frist zu handeln oder doch eine Drittperson mit der Vornahme der Prozesshandlung zu betrauen (BGE 112 V 255).

Der Beschwerdeführer erklärt, die Ursache der Verspätung liege darin begründet, dass das Schreiben der Ausgleichskasse vom 13. Februar 1996 unübersichtlich, irreführend und unprofessionell gestaltet gewesen sei. Der Beschwerdeführer erklärt selber, dass er von der Prämienverbilligung Kenntnis genommen und die Information dann ohne Kenntnisnahme der Rückseite abgelegt habe. Aus der ersten Seite des Schreibens wird aber bereits deutlich, dass es sich lediglich um einen vermutlichen Anspruch handelt. Weiter wird der Ansprecher darauf hingewiesen, dass er die Angaben ergänzen und weitere Unterlagen beilegen müsse, damit der Anspruch kontrolliert werden könne. Auch wenn der Beschwerdeführer die zweite Seite übersehen hat, musste er aufgrund der Informationen auf der ersten Seite davon ausgehen, dass er noch selber Angaben machen musste. Ob das Formular nun übersichtlich und professionell ausgestaltet ist und ob es den Regeln des Schweizerischen Kaufmännischen Verbandes entspricht, kann hier offen bleiben, da sich bereits aus der ersten Seite unmissverständlich ergibt, dass dieses Schreiben allein noch keine Prämienverbilligung auslöst. Der Beschwerdeführer hat es unterlassen, den unteren Teil der ersten Seite und die Rückseite zu lesen. Dies fällt in seinen Verantwortungsbereich. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen hat er selber zu tragen.

Das dem Beschwerdeführer zugestellte Schreiben (Formular) ist auf grauem Umweltschutzpapier aufgedruckt. Alle Formulare, mit denen Personen direkt angeschrieben werden, weil sie voraussichtlich in den Genuss von Prämienverbilligungen kommen, sind aus diesem grauen Umweltschutzpapier. Antragsteller, die selber einen Antrag einreichen, ohne dass die Ausgleichskasse sie angeschrieben hat, erhalten hierfür ein grünes Formular. Dem Beschwerdeführer ist also nicht eine Kopie auf Altpapier, sondern usanzgemäss das graue Formular zugestellt worden.

Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass das Gesuch verspätet eingereicht wurde, und dass auch keine wichtigen Gründe für eine Wiederherstellung der Frist vorliegen. Das Gericht hat Verständnis dafür, dass ein Betrag von über Fr. 1'200.- für eine junge Person in Ausbildung einen erheblichen finanziellen Faktor darstellt. Allerdings hat es der Beschwerdeführer durch sein oberflächliches Lesen des Schreibens der Ausgleichskasse selber verschuldet, dass sein Anspruch auf Prämienverbilligung pro 1996 verwirkt ist, hätte er doch mehr als eineinhalb Monate Zeit gehabt, um das Formular und die Unterlagen rechtzeitig einzureichen. Zu beachten ist dabei auch, dass alle Anspruchsberechtigten – neben der persönlichen Anschrift – durch fünfmalige Publikation im Amtsblatt (16. und 23. Februar sowie 1., 15. und 22. März 1996) auf die Prämienverbilligung und die Verwirkungsfrist hingewiesen wurden. Zweck dieser Verwirkungsfrist ist es, die Fülle von Gesuchen (1995 waren es über 7'000) im ersten Quartal des Jahres zu kanalisieren, damit sie überhaupt innert Jahresfrist erledigt werden können. Die Beschwerde muss daher abgewiesen werden.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 29. Januar 1998)

3. Verantwortlichkeitsgesetz

§ 3 Verantwortlichkeitsgesetz. – Mögliche Haftentschädigungsansprüche und damit die Staats- und Beamtenhaftung für ungesetzliche bzw. ungerechtfertigte Eingriffe in die persönliche Freiheit sind in der Strafprozessordnung umfassend geregelt; für die Beurteilung solcher Ansprüche sind ausschliesslich die Organe der Strafrechtspflege zuständig. Damit bleibt gestützt auf den in § 3 VG statuierten Vorbehalt anderer gesetzlicher Bestimmungen kein Raum für die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes.

Aus den Erwägungen:

3.2 Das Verantwortlichkeitsgesetz regelt in §§ 18 ff. die Zuständigkeit und das Verfahren und damit die Frage, ob die kantonalen Zivilgerichte, das Bundesgericht oder aber das Verwaltungsgericht über Ansprüche Geschädigter gegenüber dem Staat zu befinden haben. Diese Bestimmungen kommen

indessen nur zum Zug, falls die Beurteilung eines Anspruchs in den Geltungsbereich des Verantwortlichkeitsgesetzes fällt.

3.2.1 Das Verantwortlichkeitsgesetz findet keine Anwendung, soweit die Verantwortlichkeit des Staates und der Beamten durch Bundesrecht oder durch andere kantonale Gesetze geregelt ist (§ 3 VG). Diese Bestimmung entspricht der Regel, wonach sich die Staats- und Beamtenhaftung grundsätzlich nach den kantonalen Haftungsgesetzen richtet. Zu beachten bleiben jeweils Spezialerlasse, welche der Bund wie auch die Kantone erlassen haben und die abweichende, den allgemeinen Haftungsbestimmungen vorgehende Verantwortlichkeitsregelungen enthalten (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., Zürich 1993, S. 402, 413). Insbesondere im Bereich des Strafrechts geht aus Gründen der Prozessökonomie die Tendenz dahin, das Verfahren um Ausrichtung einer Entschädigung für ungesetzliche bzw. ungerechtfertigte Eingriffe in die persönliche Freiheit in der Hand des Strafrichters zu vereinigen; lediglich unpräjudiziert gebliebene Forderungen können nach den Bestimmungen über die Staatshaftung vor dem Haftpflichtrichter geltend gemacht werden. Die sich aus den strafprozessrechtlichen Bestimmungen ergebenden Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche haben somit insofern Ausschlusswirkung, als aus strafprozessuellem Handeln staatlicher Organe neben diesen Ansprüchen und aus anderen Verfahrensnormen keine weitergehenden Ansprüche, etwa nach OR oder Haftungsgesetz, gegen den Staat und die für ihn handelnden Organe geltend gemacht werden können (Schmid, Strafprozessrecht, 3. A., Zürich 1997, S. 376; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. A., Basel/Frankfurt a.M. 1997, § 109 N 17 f.; s. auch Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995, S. 91; Schwarzenbach-Hanhart, Haftungsgesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1985, S. 173).

3.2.2 Hinsichtlich der Ausrichtung einer Haftentschädigung bestimmt § 8 Abs. 4 der zugerischen Kantonsverfassung, dass einer ungesetzlich oder unschuldig verhafteten Person vom Staate Genugtuung und Entschädigung zu leisten ist. Diese Bestimmung wird in der Strafprozessordnung dahingehend konkretisiert, dass der Verhörrichter für ungerechtfertigt ausgestandene Untersuchungshaft nach Massgabe der Umstände eine der Billigkeit entsprechende Entschädigung zuzusprechen hat. Im weiteren hat das Gericht dem Freigesprochenen eine den Umständen angemessene Entschädigung für ungesetzliche oder unbegründete Haft auszurichten (§§ 19 und 57 Abs. 4 StPO).

In einem Urteil vom 10. November 1992 hielt das Strafobergericht des Kantons Zug fest, die verfassungskonforme Auslegung des in §§ 19 und 57 Abs. 4 StPO enthaltenen Begriffs der Entschädigung beinhalte Schadenersatz und Genugtuung, umfasse somit neben eigentlichen Vermögensschäden auch Ersatz für immaterielle Unbill (SO 1991 6 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zug / H., S. 18, mit weiteren Hinweisen). Die Strafprozessord-

nung enthält somit entgegen der klägerischen Auffassung eine umfassende Regelung einer etwaigen Haftentschädigung und weist deren Beurteilung dem Verhörer bzw. dem in der Strafsache erkennenden Richter zu.

3.2.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Strafprozessordnung mögliche Haftentschädigungsansprüche und damit die Staats- und Beamtenhaftung für ungesetzliche bzw. ungerechtfertigte Eingriffe in die persönliche Freiheit umfassend regelt und die Organe der Strafrechtspflege zu deren Beurteilung zuständig erklärt. Damit bleibt gestützt auf den in § 3 VG statuierten Vorbehalt anderer gesetzlicher Bestimmungen kein Raum für die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes hinsichtlich der Beurteilung von Haftentschädigungsansprüchen.

3.3 Im vorliegenden Fall steht aufgrund der Akten fest, dass das Verhöramt mit Verfügung vom 2. August 1994 das vom Kläger gestützt auf § 19 StPO gestellte Entschädigungsgesuch abwies, wobei dieser Entscheid infolge der Abweisung der gegen ihn erhobenen Beschwerde in Rechtskraft erwuchs. Zudem sprach die Berufungskammer des Strafgerichts den Kläger mit Urteil vom 19. Januar 1996 des mehrfachen unlauteren Wettbewerbs schuldig, weshalb die Ausrichtung einer Haftentschädigung gestützt auf § 57 Abs. 4 StPO in Ermangelung eines Freispruchs unterblieb. Der vom Kläger geltend gemachte Haftentschädigungsanspruch wurde somit durch die Organe der Strafrechtspflege – soweit ihnen eine Beurteilung überhaupt oblag – vollumfänglich beurteilt. Damit kommt gemäss auf § 3 VG die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes, mithin die Zuständigkeit der kantonalen Zivilgerichte, nicht in Betracht. Auf die Klage ist demnach nicht einzutreten.

4. Im übrigen könnte auf die Klage selbst dann nicht eingetreten werden, wenn ihre Beurteilung in den Anwendungsbereich des Verantwortlichkeitsgesetzes fallen würde.

4.1 In § 19 Abs. 1 VG ist der Grundsatz festgehalten, dass die Gesetzmässigkeit formell rechtskräftiger Entscheide und Urteile im Verantwortlichkeitsverfahren nicht überprüft werden darf. Eine Verfügung, die nicht angefochten worden ist, gilt für den Staatshaftungsrichter von Gesetzes wegen als rechtmässig. Nach dem Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes können die Mängel einer Verfügung nur im Verfahren der Verwaltungsrechtspflege, nicht auch noch im Verantwortlichkeitsprozess geltend gemacht werden. Damit soll ein "Nachholen" versäumter und eine Kontrolle erfolgloser Rechtsmittel im Verantwortlichkeitsprozess ausgeschlossen werden (Häfelin/Müller, a.a.O., S. 382).

4.2 Die Justiz- und Polizeidirektion verweist zu Recht auf die genannte Bestimmung. Wie unter Erw. 3.3 bereits ausgeführt wurde, wies das Verhöramt den vom Kläger gestützt auf § 19 StPO geltend gemachten Entschädigungsanspruch ab. Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wur-

de ihrerseits von der Justizkommission des Obergerichts abgewiesen. Damit liegt ein rechtskräftiger Entscheid im Sinn von § 19 VG über die Haftenschadigungsansprüche des Klägers vor. Eine erneute Überprüfung dieser Ansprüche und damit das Eintreten des Gerichts auf die vorliegende Klage ist folglich ausgeschlossen.

(Kantonsgericht, 7. April 1998, i.S. S./Kanton Zug)

4. Bau-, Planungs- und Umweltschutzrecht

Art. 22^{ter} BV, Art. 3 ff. RPG. – Eigentumsgarantie und Ortsplanung. Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen.

Aus dem Sachverhalt:

Bei der Revision der Zuger Stadtplanung, welche die Stimmberechtigten am 4. Dezember 1994 gutgeheissen haben, wurde das Areal Hasenbühl – Parzellen mit einer Fläche von insgesamt rund 28'000 m² in der Einfamilienhauszone E 2 1/2 – der Landwirtschaftszone zugewiesen. Beschwerden gegen diese Zuweisung wies der Regierungsrat mit Entscheid vom 5. Dezember 1995 ab. Die Eigentümer beantragen vor Verwaltungsgericht, die Grundstücke voll oder teilweise der Wohnzone W2b oder W3, eventuell der entsprechenden Reservebauzone, zuzuweisen.

Erwägungen:

1. Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst (§ 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, BGS 162.1). Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Die Beschwerdeführer sind als betroffene Eigentümer zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde ist rechtzeitig erhoben worden und erfüllt die übrigen formellen Voraussetzungen, weshalb sie zu prüfen ist.

Das kantonale Recht gewährleistet die volle Überprüfung der Nutzungspläne durch wenigstens eine Beschwerdebehörde (Art. 33 Abs. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung, RPG, SR 700). Diese Überprüfung obliegt dem Regierungsrat (GVP 1983/84, 117; 1991/92, 44; ES 1995 Bl. 9). Als Genehmigungsinstanz überprüft der Regierungsrat die gemeindlichen Bauvorschriften auf ihre Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Angemessenheit (Art. 26 RPG, § 15 Abs. 2 des Baugesetzes für den Kanton Zug, BauG, BGS 721.11; GVP 1993/94, 34 mit Hinweisen). Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden achten aber darauf, den ihnen nachgeordneten Behörden den zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Ermessensspielraum zu lassen (Art. 2 Abs. 3 RPG). Die Genehmigungsbehörde hat somit ihr Ermessen nicht an die Stelle des gemeindlichen Ermessens zu setzen. Es ist

Sache der Gemeinde, unter mehreren verfügbaren und zweckmässigen Lösungen zu wählen (ES 1995 Bl. 9, S. 22; BGE 106 Ia 70 ff. mit Hinweisen). Soweit schliesslich eine Eigentumsbeschränkung in Frage steht, ist zu prüfen, ob sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 22^{ter} BV, BGE 119 Ia 363 E. 3a, 411 E. 2b mit Hinweisen). Erforderlich ist eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen (BGE 115 Ia 353 E. 3d).

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann jede Rechtsverletzung gerügt werden. Als Rechtsverletzung gelten die Nichtanwendung und die unrichtige Anwendung eines Rechtssatzes, die unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache wie auch der Missbrauch oder die Überschreitung des Ermessens (§ 63 VRG). Die Beschwerdeführer fechten die Umzonung ihrer Grundstücke von der Bauzone in die Landwirtschaftszone an. Dabei handelt es sich um einen schweren Eingriff ins Eigentum, der umfassend zu überprüfen ist (BGE 115 Ia 336 mit Hinweisen). Es obliegt dem Verwaltungsgericht die Gewährleistung der Anforderungen an das Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK (BGE 122 I 294).

2. Gestützt auf Art. 22^{quater} der Bundesverfassung verpflichtet das Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG, SR 700) die Kantone und Gemeinden zur Planung. Diese Planungspflicht ist im Sinne der Planungsgrundsätze von Art. 3 RPG zu erfüllen. Darnach sind insbesondere Siedlungen nach den Bedürfnissen der Bevölkerung zu gestalten und in ihrer Ausdehnung zu begrenzen (Art. 3 Abs. 3 RPG). Gemäss Art. 3 Abs. 2 RPG ist die Landschaft zu schonen. Insbesondere sollen sich die Siedlungen in die Landschaft einordnen und sollen naturnahe Landschaften und Erholungsräume erhalten bleiben (Art. 3 Abs. 2 lit. b und d RPG). Die zulässige Nutzung des Bodens ist durch Nutzungspläne (Zonenpläne) zu ordnen (Art. 14 RPG). Haben sich die Verhältnisse erheblich geändert, so werden die Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst (Art. 21 Abs. 2 RPG). Gemäss Art. 15 RPG umfassen Bauzonen Land, das sich für die Überbauung eignet und a. weitgehend überbaut ist oder b. voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird. Landwirtschaftszonen umfassen Land, das a. sich für die landwirtschaftliche Nutzung oder den Gartenbau eignet oder b. im Gesamtinteresse landwirtschaftlich genutzt werden soll.

3. a) Der Hasenbühl mit einer Gesamtfläche von 28'258 m² liegt südlich des Fridbaches/Bruibaches ungefähr auf halber Höhe zwischen dem See und der bergseitigen Begrenzung des Siedlungsgebietes. Jenseits des bewaldeten Bachtobels (nördlich) liegt die überbaute Wohnzone. Bergwärts (östlich) und südlich grenzt der Hasenbühl an die mit Mehrfamilienhäusern überbaute Wohnzone W3. Diese findet talwärts ihre Fortsetzung im Areal der Klinik Meisenberg mit mehreren Klinik- und Nebengebäuden. Direkt talwärts liegt das nicht überbaute Areal Freudenberg. Unterhalb der Meisenbergstrasse folgt die mit Mehrfamilienhäusern und Hochhäusern überbaute

Wohnzone W4, anschliessend W3. Der Geländeverlauf und die benachbarte Gimenenüberbauung sowie das Klinikareal lassen den Hasenbühl und Freudenberg gewissermassen als eigene Geländekammer erscheinen. Südlich der genannten Bauten folgt das grössere, unüberbaute Gebiet Gimenen/Tellenmatt/Bröchli, welches den Siedlungsraum zwischen Zug und Oberwil trennt. Die Wohnzone W4 unterhalb der Meisenbergstrasse und die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen der Klinik Meisenberg berühren sich an der Südost- bzw. Nordwestecke. Im gleichen Punkt treffen nordöstlich und südwestlich die Ecken der Landwirtschaftszonen Freudenberg und Tellenmatt aufeinander.

b) Nach altem Recht galt für den Hasenbühl die Bauordnung für das Quartierplangebiet St. Verena (Beschluss des Grossen Gemeinderates vom 5. Oktober 1965, AS der Ratsbeschlüsse der Stadt Zug Bd. 1, S. 204, gestützt auf das Baugesetz für die Stadtgemeinde Zug vom 27. November 1923, SH II S. 632). Nach Erlass des Baugesetzes für den Kanton Zug vom 18. Mai 1967 (BGS 721.11) wurde das Gebiet Hasenbühl/Freudenberg mit Inkrafttreten der Ersatzbauordnung vom 1. Juli 1975 in eine orangeumrandete SPV-Zone eingewiesen. Im Zonenplan 1982 wurde der benachbarte Freudenberg in der SPV-Zone belassen, der Hasenbühl der Bauzone zugewiesen. Der kantonale Richtplan 1987 rechnet den Hasenbühl zum Siedlungsgebiet, während das angrenzende Areal Freudenberg als Reservegebiet Siedlung bezeichnet ist. Im Gebiet Gimenen/Bröchli/Tellenmatt ist gleichzeitig ein grösseres Gebiet als Gebiet mit zu prüfender Nutzung bezeichnet.

Mit Vorlage vom 14. April 1992 unterbreitete der Stadtrat dem Grossen Gemeinderat der Stadt Bericht und Antrag zu einer Revision der Stadtplanung. Dabei nahm er Bezug auf das öffentlich diskutierte "Leitbild 89" sowie auf die im Jahre 1990 angenommenen Initiativen betreffend Wohnanteil und Grünzonen, "welche die Ausgangslage veränderten". Die "Volksinitiative für höhere Wohnanteile in der Stadt Zug" verlangte in den Wohn-, Wohn- und Gewerbe- und Kernzonen Wohnanteile zwischen 90 % und 50 %. Die "Volksinitiative zum Schutz unserer Grünflächen vor Zersiedelung" verlangte die definitive Zuweisung zur Landwirtschaftszone von 80 % der SPV-Zonen und 60 % der unüberbauten und nicht als Bauland erschlossenen Wohnzonen (E 1 1/2 bis W 2 1/2). In seiner Vorlage Nr. 1062 vom 3. April 1990 an den Grossen Gemeinderat betreffend Grünflächeninitiative hatte der Stadtrat deren Ablehnung beantragt und erklärt, er werde in seinem Zonenplanentwurf das Baugebiet gesamthaft auf dem Stand von 1982 beibehalten, d.h. weder vergrössern noch verkleinern. Im Leitbild 89 hatte er überdies darauf hingewiesen, dass der Auftrag der Stimmberechtigten zum Bau von 400 Wohnungen erst zu einem Drittel erfüllt sei. Die vom Volk angenommene Ortsplanung 1994 geht in der Reduktion des Baugebietes über die Forderungen der Grünflächeninitiative hinaus. Im verbleibenden Siedlungsgebiet wurden die Ausnutzungsziffern erhöht und im Vergleich

mit der Planung 1981 die Wohnanteile vorgeschrieben. Die Gebiete Hasenbühl/Freudenberg sowie Gimenen/Tellenmatt/Bröchli wurden neu der Landwirtschafts- bzw. Landschaftsschutzzone zugewiesen.

c) Der Regierungsrat stellt fest, die kanalisationsmässige Groberschliessung des Hasenbühls sei gegeben. Die verkehrsmässige Erschliessung der Grundstücke sei umstritten. Die Zufahrt erfolgt einerseits von der Zugerbergstrasse über den Bellevueweg und in einer Länge von rund 50 m über den relativ steilen und schmalen Bruibachweg. Die Hauptzufahrt stellt jedoch die Meisenbergstrasse dar, welche von der tieferliegenden Hofstrasse an der Klinik Meisenberg vorbei ins Gebiet Gimenen führt. Die Strasse genügt, wie gerichtsnotorisch ist und der Augenschein bestätigt hat, dem Privatverkehr, aber auch den öffentlichen Diensten und neuerdings der Erschliessung durch den Rufbus (Buxi) (vgl. GVP 1993/94, 8).

Nach der Überbauung des Gimenenquartiers wurde eine Vorlage für den Neubau der Gimenenstrasse von der Zugerbergstrasse bis zur Meisenbergstrasse mit Erstellung einer Brücke über den Bruibach am 22. September 1974 von den Stimmberechtigten abgelehnt. Ein reduziertes Projekt, welches nur noch den Bau einer Brücke vorsah, wurde in der Urnenabstimmung vom 13. März 1977 ebenfalls abgelehnt. Schliesslich lehnten die Stimmberechtigten am 26. November 1989 auch den Bau einer Brücke mit reduzierter Fahrbahnbreite ab. Die Opposition gegen das Projekt befürchtete Schleichwegverkehr durch das Quartier (Bericht des Stadtrates zur Urnenabstimmung vom 26. November 1989). Die seit 25 Jahren faktisch genügende Erschliessung über die Meisenbergstrasse gehört zusammen mit der Klinik Meisenberg dem Kloster Menzingen. Zugunsten der Grundstücke bestehen alte Fahrwegrechte. Das Grundstück Nr. 3174 grenzt an die Hasenbühlstrasse bzw. an die mit Mehrfamilienhäusern überbaute Wohnzone W3. Die Parzelle Nr. 1664 grenzt an diese an, gefolgt vom Grundstück Nr. 3553. Eine Feinerschliessung ist auf den Grundstücken nicht vorgenommen worden.

d) Im Rahmen der Revision der Stadtplanung wurden bei der ersten Lesung die Grundstücke der Beschwerdeführer der Reservebauzone zugewiesen. Diese Zonen gehören gemäss § 19 Abs. 2 BauG zum Baugebiet und umfassen Land, das grundsätzlich für die Überbauung in Aussicht genommen ist, dessen Erschliessung jedoch erst später erfolgen soll (§ 23 BauG). In der zweiten Lesung am 22. Februar 1994 beschloss der Grosse Gemeinderat entgegen dem Antrag des Stadtrates und der Bau- und Planungskommission, den Hasenbühl der Landwirtschaftszone zuzuweisen. Argumentiert wurde vorab mit den Schwierigkeiten der Erschliessung. In der dritten Lesung wurde diese Entscheidung bestätigt.

4. Die Einwohnergemeinde Zug vertritt den Standpunkt, im Hasenbühl gehe es nicht um eine Auszonung, sondern um eine Nichteinzonung. Die Bauzonen des Zonenplans 1981 seien weit überdimensioniert gewesen. Die

bisherige Stadtplanung habe dem zentralen Planungsgrundsatz von Art. 15 RPG, wonach Bauzonen nur dasjenige Land umfassen, das voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen werde, widersprochen und sei insofern bundesrechtswidrig. Die Beschwerdeführerin könne sich daher auch nicht auf ein Vertrauen in die Planbeständigkeit berufen, da dieses Vertrauen nur für bundesrechtskonforme Pläne gelte. In der vorinstanzlichen Vernehmlassung führte der Stadtrat insbesondere aus, seit rund 30 Jahren habe sich die Bevölkerungszahl zwischen ca. 22'000 und 23'000 stabilisiert. Zwischen 1982 und 1994 habe die Einwohnerzahl von 21'940 auf 22'908 um 1'000 Einwohner nur ganz unbedeutend zugenommen. Die im Jahre 1981 als wahrscheinlich angenommene Zunahme von 4'310 Einwohnern sei jedenfalls bei weitem verfehlt. Auch der Verbrauch des Baulandes zeige kein anderes Bild.

Der Kanton Zug zählte Ende 1982 77'098 Einwohner, Ende 1994 90'355 (Rechenschaftsberichte des Regierungsrates). Die Bevölkerung nahm in dieser Zeit um 13'257 Personen oder 17 % zu. Ein Wachstum nach dem kantonalen Durchschnitt hätte eine Bevölkerungszunahme von 3'650 Personen bedeutet. In der fraglichen Zeitspanne hatte sich die Wohnbautätigkeit hauptsächlich auf die anderen zugerischen Gemeinden verlagert, wo zum Teil ganze Wohnquartiere neu entstanden. Der Wohnungsmangel in der Stadt Zug führte zur Annahme der im Zusammenhang mit dem Leitbild 89 erwähnten Initiative für den Bau von 400 Wohnungen durch die Stadt. Die Wohnanteilinitiative wollte erklärermassen der Entwicklung steuern, dass die Hälfte der in Zug Arbeitenden zupendeln muss. Dass die ausgedehnten Wohnzonen zwischen Zug und Oberwil unüberbaut blieben, ist auf Seiten des Gemeinwesens darauf zurückzuführen, dass die Fortsetzung der Erschliessung unterblieb und dass 1990 die Grünflächeninitiative zusammen mit der Wohnanteilinitiative angenommen wurde. Vor Ablauf des 15-jährigen Planungshorizontes wurde die Ortsplanung unter wesentlicher Berücksichtigung dieser Faktoren revidiert. Auf der Eigentümerseite spielte eine Rolle, dass der Grossteil des Baulandes zwischen Zug und Oberwil der Firma Landis & Gyr gehörte und Vorbereitungen für die Überbauung erst nach den Änderungen der Eigentumsverhältnisse in der Mitte des Planungshorizontes an die Hand genommen wurden. Die Stadt Zug ist innerhalb des Kantons eine bevorzugte Wohngemeinde, und die Lage zwischen Zug und Oberwil ist für Zug eine bevorzugte Wohnlage. Dass diese Gebiete nicht überbaut sind, ist den dargestellten Gründen zuzuschreiben, keinesfalls aber einer falschen Bedarfsprognose der Ortsplanung 1981. Es ist deshalb verfehlt, die Ortsplanung als in rechtswidriger Weise überdimensioniert zu qualifizieren und ihr dadurch die RPG-Konformität abzusprechen. Soweit die Vorinstanzen der Ortsplanung 1981 die RPG-Konformität absprechen, kann ihnen nicht gefolgt werden. Die Parzellen der Beschwerdeführer waren deshalb rechtsgültig eingezont, und es ist im weiteren zu prüfen, ob die Zuweisung zur Landwirtschaftszone bzw. Landschaftsschutzzone als Auszonung zu schützen ist.

Das Gesagte bedeutet nicht, dass die Kapazität der Bauzonen im Sinne von Art. 15 lit. b RPG bei der Revision der Ortsplanung nicht erneut zu überprüfen ist. Die generellen Anliegen der Verdichtung der überbauten Gebiete und der Freihaltung nicht überbauter Grünflächen entspricht dem Planungsziel des haushälterischen Umgangs mit dem Boden (Art. 1 Abs. 1 RPG), und zwar wohl besser als die frühere, aber trotzdem RPG-konforme Planung. Die Verkleinerung des Siedlungsgebietes entspricht insofern dem öffentlichen Interesse. Die Nutzungspläne werden demgemäss den massgebenden planerischen Gesichtspunkten angepasst (Art. 21 Abs. 2 RPG). Das öffentliche Interesse an der Verkleinerung der Bauzonen und an der Änderung der Nutzungspläne muss aber im Einzelfall die entgegenstehenden Interessen überwiegen und verhältnismässig bleiben (BGE 114 Ia 364; Leo Schürmann/Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3. A., S. 134).

5. Seitens der Beschwerdeführer wird unter Berufung auf Art. 15 lit. a RPG geltend gemacht, der Hasenbühl zähle zum geschlossenen Siedlungsbereich und gehöre als Baulücke innerhalb dieses Bereichs zum weitgehend überbauten Land und damit in die Bauzone. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind Baulücken einzelne unüberbaute Parzellen, die unmittelbar an das überbaute Land grenzen, in der Regel bereits erschlossen sind und eine relativ geringe Fläche aufweisen. Die Nutzung der Baulücke wird vorwiegend von der sie umgebenden Überbauung geprägt; das unüberbaute Land muss zum geschlossenen Siedlungsbereich gehören, an der Siedlungsqualität teilhaben und von der bestehenden Überbauung so stark geprägt sein, dass sinnvollerweise nur ihre Aufnahme in die Bauzone in Frage kommt (BGE 121 II 424 mit diversen Hinweisen). Diesen Kriterien entspricht der Hasenbühl nicht. Die Fläche kann kaum als relativ gering bezeichnet werden, sie grenzt aber insbesondere an den Wald und die benachbarte Landwirtschaftszone Freudenberg. Insofern ist sie nicht von der umgebenden Überbauung geprägt. Sie grenzt wohl in südlicher und östlicher Richtung an die Bauzone. Dass von der gesamten Umgebung her sinnvollerweise nur die Aufnahme in die Bauzone in Frage käme, lässt sich jedoch nicht vertreten.

6. Die Kantone haben im Rahmen der Richtplanung u.a. festzustellen, welche Gebiete sich für die Landwirtschaft eignen, und die Richtpläne haben Aufschluss zu geben über den Stand und die anzustrebende Entwicklung der Besiedlung (Art. 6 RPG). Die Richtpläne zeigen mindestens, wie die raumwirksamen Tätigkeiten im Hinblick auf die anzustrebende Entwicklung aufeinander abgestimmt werden, sowie in welcher zeitlichen Folge und mit welchen Mitteln vorzugehen ist, um die Aufgaben zu erfüllen (Art. 8 RPG). Zuständigkeit und Verfahren regeln die Kantone (Art. 10 RPG). Gemäss § 5^{bis} des Baugesetzes für den Kanton Zug (BauG) beschliesst der Regierungsrat den kantonalen Richtplan. In der Richt- und Nutzungsplanung ist die frühzeitige Mitwirkung der betroffenen Gemeinwesen zu gewährleisten (§ 5 VV BauG). Inhaltliche Vorschriften über den bundesrechtlichen Min-

destinhalt der Richtpläne hinaus enthält die zugerische Gesetzgebung nicht. Artikel 9 RPG regelt Verbindlichkeit und Anpassung der Richtpläne. Danach sind Richtpläne für die Behörden verbindlich. Unter den Begriff der Behörde fällt auch der gemeindliche Souverän als Organ der kommunalen Nutzungsplanung (BGE 119 Ia 367, 111 Ia 130 mit Hinweisen; Beat Rudin, Der Richtplan nach dem Bundesgesetz über die Raumplanung und der Koordinationsplan des Kantons Basel-Landschaft, S. 125). Haben sich die Verhältnisse geändert, stellen sich neue Aufgaben oder ist eine gesamthaft bessere Lösung möglich, so werden die Richtpläne überprüft und nötigenfalls angepasst. Richtpläne werden in der Regel alle 10 Jahre gesamthaft überprüft und nötigenfalls überarbeitet (Art. 9 Abs. 2 und 3 RPG). Die Verbindlichkeit der Richtpläne ist aber insofern relativ, als das Raumplanungsgesetz nicht nach dem Prinzip der Planhierarchie vorgehen will, sondern auf der Planabstimmung aufbaut (Art. 8 RPG). Im Rahmen dieser Planabstimmung muss auch eine gewisse Rückwirkung von unten nach oben möglich sein. Bindungskraft erlangt der Richtplan im Bereich des planerischen Ermessens unter Vorbehalt des "Rechts", unter Vorbehalt der Interessenabwägung im Gesamtrahmen und unter dem Vorbehalt veränderter Verhältnisse (Rudin, a.a.O., S. 131 mit Hinweisen). Nach zugerischer Praxis erfolgt die Richt- und Nutzungsplanung der Gemeinden meist gleichzeitig, weshalb auch mit der Plangenehmigung durch den Regierungsrat regelmässig Richtplananpassungen erfolgen. Eine vorgängige Anpassung des Richtplans erscheint vor allem bei grösseren, ins Gewicht fallenden Änderungen mit Rücksicht auf den Zweck der Planabstimmung angezeigt. Andere Anpassungen oder Abweichungen werden aber von der Lehre und Rechtsprechung nicht ausgeschlossen (BGE 119 Ia 368 mit Hinweisen). Im Bereich Gimenen/Bröchli/Tellenmatt ist durch den Richtplan das Gebiet mit zu prüfender Nutzung ausgewiesen. Die Gemeinden haben hier die Nutzungsabsichten zu überprüfen und sie im überarbeiteten Zonenplan gegebenenfalls neu festzusetzen. Im Gegensatz zum Gebiet Gimenen/Bröchli/Tellenmatt ist im Hasenbühl kein Gebiet mit zu prüfender Nutzung bezeichnet worden. Die Richtplanung wies den Hasenbühl dem Siedlungsgebiet zu, und zwar im Zusammenhang mit einer umfassenden und differenzierten richtplanerischen Behandlung der bestehenden, aber noch nicht überbauten Bauzone. Auch unter diesen konkreten Voraussetzungen bleibt die Richtplanung im Sinne des Gesagten relativ.

7. Der Beschwerdeführer 1 beantragt mit knapper Begründung die Beibehaltung der bisherigen Bauzone. Die Beschwerdeführerin 2 beantragt die Beibehaltung der Bauzone entlang der angrenzenden Bauzone. Zur Festlegung der Art der Wohnzone sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin 3 beantragt die vollumfängliche Zuweisung zur Wohnzone W2b, bzw. W3 eventuell zur Reservebauzone W2b bzw. W3. Diese Anträge, die sich teilweise überschneiden, sind in die umfassende Abwägung der Interessen und die Würdigung des Eingriffes ins Eigentum der Beschwerdeführer einzubeziehen. Im Unterschied zu den Vorinstanzen geht das

Gericht davon aus, dass der Hasenbühl bisher RPG-konform eingezont war und dass das Vertrauen auf die Planbeständigkeit zu gewichten ist. Der Grundeigentümer hat allerdings keinen Anspruch darauf, dass die für sein Grundstück einmal festgelegten baulichen Nutzungsmöglichkeiten unbeschränkt bestehen bleiben (BGE 122 I 300, 107 Ia 36). Änderungen erscheinen insbesondere gerechtfertigt, wenn gesamthaft eine bessere Lösung erzielt wird oder ein überdimensioniertes Baugebiet vermieden werden soll.

Die Einwohnergemeinde Zug hat in der angefochtenen Ortsplanungsrevision das überbaute Gebiet verdichtet und das aus besonderen Gründen nicht überbaute Gebiet weitgehend als Grünfläche ausgeschieden und zwar im Sinne des Landschaftsschutzes und der Trennung der Siedlungsgebiete von Zug und Oberwil. Die Erschliessungsproblematik bildete Anlass zu einer umfassenden Umzonung nicht überbauter Gebiete in die Landschaftsschutzzone. Die Beschwerdeführerin 2 schlägt den Einbezug eines Teils des Grundstückes ins Siedlungsgebiet vor, wobei sie die Überbauungsdichte offen lässt. Das Rechtsbegehren betrifft jenen Teil des Hasenbühls, der an die Bauzone mit achtstöckigen und vierstöckigen Gebäuden mit Gebäudelängen bis rund 50 m angrenzt. Ein planerisch abgestufter Übergang fehlt. Dem Gebiet Hasenbühl/Freudenberg kommt die Funktion der Siedlungstrennung nur in untergeordneter Bedeutung zu, da auf der Talseite und auf der Bergseite Bauzonen mit hoher Ausnützung bestehen und die Grünfläche auf mittlerer Hanghöhe ebenfalls noch von der Bauzone umfasst ist. Die Bedeutung der Grünfläche liegt besonders im Zusammenhang mit dem Areal Freudenberg und dem bewaldeten Fridbach- und Bruibachtobel. Ohne diesen Landschaftsteil empfindlich zu beeinträchtigen, liesse sich im oberen Teil, angrenzend an die Hasenbühlstrasse bzw. an die überbaute Wohnzone W3 gemäss Antrag der Beschwerdeführerin 2 eine Bauzone mit etwas niedriger Ausnützung als der Zone W3 verwirklichen.

Die beantragte Zuweisung des gesamten Gebietes zur Wohnzone oder zur Reservewohnzone würde die Erschliessungsfrage in umfassenderem Sinn aufwerfen. Aus der konsequenten Auszonung des nicht überbauten Landes zwischen Zug und Oberwil lässt sich der Wille der Stadt Zug erkennen, in diesem Gebiet jedenfalls keine grösseren Erschliessungen vorzunehmen. Stillschweigend nehmen die Vorinstanzen an, mit der Zuweisung von Gimenen und Hasenbühl zur Landwirtschaftszone seien die Erschliessungsschwierigkeiten behoben. Dies ist nur der Fall, wenn die gegenwärtige, technisch genügende, auf alten Wegrechten beruhende und seit 25 Jahren zur Verfügung stehende Erschliessung als genügend erachtet wird. Müsste das bereits überbaute Gebiet ohnehin anders erschlossen werden, so würde das Erschliessungsargument für den Hasenbühl entfallen. Die Erschliessungsfrage stellte sich tatsächlich beim Umfang der Einzonung nach altem Recht. Unter der Voraussetzung, dass das Baugebiet zwischen Zug und Oberwil weitgehend der Landwirtschaftszone zugewiesen wird, erscheint eine andere

Erschliessung oder die Überlastung der bestehenden als nicht mehr aktuell. Für eine Korrektur in der Abgrenzung des Baugebietes, insbesondere für die vorerwähnte Randbebauung reicht die bestehende Erschliessung noch aus. Der Antrag der Beschwerdeführerin 2 betrifft somit einen Teilbereich des Hasenbühl, für welchen sowohl den Interessen an der Freihaltung wie auch der Erschliessungsproblematik bedeutend weniger Gewicht zukommt. Der übrige Teil des Hasenbühl ist nicht der Überbauung mit hoher Ausnützung oder Geschosshöhe unmittelbar benachbart, sondern mehr der naturnahen Umgebung zuzurechnen. Die Beibehaltung des gesamten Areals in der Bauzone erscheint – hier folgt das Gericht den Vorinstanzen – angesichts der genügenden Kapazität der ausgeschiedenen Bauzone, der Erhaltung der Grünfläche und der Vermeidung der Erschliessungsproblematik nicht gerechtfertigt. Diesen Interessen kommt aber für den vorgenannten reduzierten Bereich angesichts der topographischen und bestehenden baulichen Verhältnisse kein überwiegendes Gewicht zu. Eine Auszonung erweist sich als nicht gerechtfertigt und nicht verhältnismässig. Der Antrag der Beschwerdeführerin 2 wird daher insofern gutgeheissen, als die im beigehefteten Plan schraffierte Fläche nicht der Landwirtschafts- bzw. Landschaftsschutzzone, sondern stattdessen einer Bauzone zuzuweisen ist. Die Art der Wohnzone wird zu ermitteln sein. Die Sache ist deshalb an den Regierungsrat zurückzuweisen, damit er nach genauer Festlegung und öffentlicher Auflage im Sinne der Erwägungen neu entscheide.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 8. Januar 1998)

Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene staatsrechtliche Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil vom 27. August 1998 nicht eingetreten.

Art. 2, 26 und 33 RPG, § 15 BauG. – Überprüfung der Ortsplanung im Beschwerde- und Genehmigungsverfahren. Zuständigkeiten und Kognition.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die von den Stimmberechtigten beschlossene Ortsplanung wird auf Beschwerde hin vom Regierungsrat abgeändert. Der davon betroffene Grundeigentümer führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut und stellt den Entscheid der Stimmberechtigten wieder her. Verfahren und Zuständigkeiten richten sich nach folgenden Bestimmungen:

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst (§ 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, BGS 162.1). Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Die

Beschwerdeführerin ist als betroffene Eigentümerin zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde ist rechtzeitig erhoben worden und erfüllt die übrigen formellen Voraussetzungen, weshalb sie zu prüfen ist.

Das kantonale Recht gewährleistet die volle Überprüfung der Nutzungspläne durch wenigstens eine Beschwerdebehörde (Art. 33 Abs. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung, RPG, SR 700). Diese Überprüfung obliegt dem Regierungsrat (GVP 1983/84, 117; 1991/92, 44; ES 1995 Bl. 9). Als Genehmigungsinstanz überprüft der Regierungsrat die gemeindlichen Bauvorschriften auf ihre Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Angemessenheit (Art. 26 RPG, § 15 Abs. 2 des Baugesetzes für den Kanton Zug, BauG, BGS 721.11; GVP 1993/94, 34 mit Hinweisen). Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden achten aber darauf, den ihnen nachgeordneten Behörden den zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Ermessensspielraum zu lassen (Art. 2 Abs. 3 RPG). Die Genehmigungsbehörde hat somit ihr Ermessen nicht an die Stelle des gemeindlichen Ermessens zu setzen. Es ist Sache der Gemeinde, unter mehreren verfügbaren und zweckmässigen Lösungen zu wählen (ES 1995 Bl. 9, S. 22; BGE 106 Ia 70 ff. mit Hinweisen). Soweit schliesslich eine Eigentumsbeschränkung in Frage steht, ist zu prüfen, ob sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 22^{ter} BV, BGE 119 Ia 363 E. 3a, 411 E. 2b mit Hinweisen). Erforderlich ist eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen (BGE 115 Ia 353 E. 3d).

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann jede Rechtsverletzung gerügt werden. Als Rechtsverletzung gelten die Nichtanwendung und die unrichtige Anwendung eines Rechtssatzes, die unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache wie auch der Missbrauch oder die Überschreitung des Ermessens (§ 63 VRG).

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 4. Dezember 1997)

Art. 3 und 14 f. RPG. – Isolierte Kleinbauzonen ohne sachgerechte planerische Rechtfertigung sind unzulässig.

Aus dem Sachverhalt:

A. Die Korporation Zug ist Eigentümerin der Liegenschaft "alte Sagi" (Parzelle Nr. 133) im Gebiet Choller. Die Ortsplanung 1981 hatte das Areal mit zwei Gebäuden der Zone des öffentlichen Interesses/Freihaltung zugewiesen. Unmittelbar nördlich der Gebäude wurde für das Areal der Sägerei Speck die Sonderzone 1 gebildet. Unter dem Titel Zonen mit speziellen Vorschriften (Sonderzonen) bestimmte die Bauordnung 1981 (aBO) in § 69:

Als Zonen mit speziellen Vorschriften werden Gebiete mit Betrieben aus-
geschieden, welche sich aufgrund der besonderen Verhältnisse nicht einer ordent-
lichen Zone zuteilen lassen. Der Fortbestand und eine angemessene Erweiterung
bleiben gewährleistet.

Erweiterungsbauten haben sich besonders gut in das Landschafts- und Ortsbild
einzufügen.

Die Bewilligung von grösseren Erweiterungsbauten setzt einen Bebauungsplan
voraus. Im übrigen gilt sinngemäss § 46 (zonenfremde Bauten).

In der Urnenabstimmung vom 4. Dezember 1994 beschloss die Ein-
wohnergemeinde Zug eine neue Bauordnung mit Zonenplan und Lärmemp-
findlichkeitsstufenplan. Die Zone mit speziellen Vorschriften Choller wurde
im Norden verkleinert, im Süden aber um die beiden Gebäude erweitert.
Das angrenzende Land wurde in die Landschaftsschutzzone verwiesen.
Westlich, jenseits der alten Lorze beginnt die kantonale Naturschutzzone.
Die neue Bauordnung regelt in § 67 die "Zone mit speziellen Vorschriften
Choller" wie folgt:

Die Zone mit speziellen Vorschriften Choller ist für den bestehenden Wohnbau
sowie für den holzverarbeitenden Betrieb bestimmt. Eine andere Nutzung ist
nicht zulässig.

Am 4. Juli 1995 genehmigte der Regierungsrat die revidierte Stadtplanung
von Zug. Der Erweiterung der Zone mit speziellen Vorschriften Richtung
Süden verweigerte er jedoch die Genehmigung. Ausserdem wurde folgender
Wortlaut von § 67 nBO verfügt:

Die Zone mit speziellen Vorschriften Choller ist für den bestehenden Wohnbau
sowie für den holzverarbeitenden Betrieb bestimmt. Eine andere Nutzung ist
nicht zulässig.

Erweiterungsbauten haben sich besonders gut in das Landschafts- und Ortsbild
einzufügen.

Die Bewilligung von grösseren Erweiterungsbauten setzt einen Bebauungsplan
voraus.

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 10. August 1995 lässt die Kor-
poration Zug beantragen:

... Die "Zone mit speziellen Vorschriften Choller" sei im Zonenplan fest-
zulegen, wie dies vom Souverän der Stadtgemeinde Zug beschlossen wurde.

Zur Begründung wird ausgeführt, die Liegenschaft alte Sagi sei schon
heute überbaut. Sie werde teilweise für Wohnzwecke benutzt. In einem weite-
ren Teil befänden sich die Betriebsräumlichkeiten des ehemaligen Sägerei-
betriebes. Weiter diene die Baute beispielsweise dem Kanu-Club als Lager
und Aufenthaltsraum. Es sei die Absicht der Korporation, vier Wohnungen
zu realisieren. Frühere Bauermittlungsgesuche seien von der Baudirektion
unter anderem in der Weise beantwortet worden, dass über Grösse und Art
der Nutzung sinnvollerweise erst dann befunden werden könne, wenn die
zonenmässige Behandlung der Liegenschaft Sagi bei der Stadtplanung

bekannt sei. Die Beschwerdeführerin sei der Auffassung, dass bei einer Zuweisung in die Sonderzone vier Wohnungen realisiert werden könnten. Falls die Liegenschaft jedoch zum Landwirtschaftsgebiet gehören würde, wäre fraglich, ob eine reine Wohnnutzung bewilligt werden könnte.

...

Aus den Erwägungen:

...

2. Gestützt auf Art. 22^{quater} der Bundesverfassung verpflichtet das Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG, SR 700) die Kantone und Gemeinden zur Planung. Diese Planungspflicht ist im Sinne der Planungsgrundsätze von Art. 3 RPG zu erfüllen. Darnach sind insbesondere Siedlungen nach den Bedürfnissen der Bevölkerung zu gestalten und in ihrer Ausdehnung zu begrenzen (Art. 3 Abs. 3 RPG). Diese Begrenzung bzw. die Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet ist ein Grundanliegen der Raumplanung. Die zulässige Nutzung des Bodens ist durch Nutzungspläne (Zonenpläne) zu ordnen (Art. 14 RPG). Gemäss Art. 15 RPG umfassen Bauzonen Land, das sich für die Überbauung eignet und a. weitgehend überbaut ist oder b. voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird. Landwirtschaftszonen umfassen Land, das a. sich für die landwirtschaftliche Nutzung oder den Gartenbau eignet oder b. im Gesamtinteresse landwirtschaftlich genutzt werden soll. Die Rechtsprechung hat deshalb isolierte Klein- und Kleinstbauzonen in konstanter Praxis für bundesrechtswidrig erachtet, da sie auf die Sanktionierung der verpönten Streubauweise hinauslaufen. In GVP 1983/84, 43 ff. hat das Verwaltungsgericht die Nichtgenehmigung von zwei solchen Kleinbauzonen in der Gemeinde Oberägeri geschützt. In GVP 1991/92, 49 ff. wurde wiederum eine Nichtgenehmigung durch den Regierungsrat geschützt, welche die Zuteilung eines Einzelgrundstückes zur jenseits der Autobahn liegenden Industriezone betraf. Isolierte Kleinbauzonen ohne sachgerechte planerische Rechtfertigung wurden als unzulässig erachtet. Schliesslich hat das Verwaltungsgericht auch die Nichtgenehmigung der isolierten Bauzone mit speziellen Vorschriften Hinterburg in der Gemeinde Neuheim durch den Regierungsrat geschützt (VGE vom 30. März 1995 i.S. EG Neuheim u.a.).

Gemäss Art. 23 der Verordnung über die Raumplanung (RPV, SR 700.1) können zur Erhaltung bestehender Kleinsiedlungen ausserhalb der Bauzonen besondere Zonen nach Art. 18 RPG (wie Weiler oder Erhaltungszonen) bezeichnet werden, wenn der kantonale Richtplan dies in der Karte oder im Text vorsieht. Als Kleinsiedlung gilt eine als geschlossene Einheit in Erscheinung tretende Baugruppe von mindestens 5 - 10 bewohnten Gebäuden in offener oder geschlossener Bauweise. Weiter wird vorausgesetzt, dass die Kleinsiedlung eine gewisse Stützpunktfunktion erfüllt und von der Hauptsiedlung räumlich klar getrennt ist. Sind diese Minimalanforderungen nicht

erfüllt, so ist die Ausscheidung einer Erhaltungszone nicht zulässig (BGE 119 Ia 302 mit Hinweisen). Schliesslich hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Umzonung einer einzelnen Parzelle festgestellt, eine Parzelle sei als "weitgehend überbaut" zu betrachten, wenn sie einem Siedlungszusammenhang zuzurechnen sei. Ob sie selber Bauten aufweise, sei nicht entscheidend (BGE 113 Ia 452).

Die Planung hat nach dem Raumplanungsgesetz in den Etappen der Richtplanung und der Nutzungsplanung zu erfolgen. Der Nutzungsplan hat eine für jedermann verbindliche Nutzungsordnung zu schaffen, während das Baubewilligungsverfahren die einzelfallweise Planverwirklichung bezweckt (Pra 1989, S. 554). Die verschiedenen Verfahren mit unterschiedlicher Zwecksetzung, unterschiedlichen Zuständigkeiten und rechtlichen Voraussetzungen sind zu beachten. Auch unter diesem Aspekt darf eine Kleinbauzone nicht dazu dienen, den Anwendungsbereich von Art. 24 RPG zu unterlaufen, indem beispielsweise eine über Art. 24 Abs. 2 RPG hinausgehende bauliche Erweiterung durch die Schaffung einer planerisch nicht gerechtfertigten Kleinbauzone gerechtfertigt werden soll.

3. Im Unterschied zu den vorgenannten Entscheiden geht es hier nicht um die Bildung einer isolierten Kleinbauzone in dem Sinne, dass die Einzonung einzig für die Bauten der Korporation verlangt würde. Strittig ist vielmehr der Einbezug des strittigen Grundstücks in die bestehende Zone mit speziellen Vorschriften. Diese ist ihrerseits vom Baugebiet nordöstlich der Bahnlinie getrennt und erscheint als isolierte Kleinzone.

Die Vorinstanzen weisen darauf hin, dass in der früheren Planung für den Sägereibetrieb die Lösung der Sonderzone getroffen wurde. Bei rein formaler Betrachtungsweise bestand nach der Planung 1981 durch die dazwischenliegende Zone des öffentlichen Interesses ein Zusammenhang mit dem nordöstlich angrenzenden Siedlungsgebiet. In der bis zur Gesetzesänderung vom 28. Januar 1988 (GS 23,91) gültigen Fassung von § 19 BauG galt die Zone des öffentlichen Interesses, auch wenn sie der Freihaltung diene, als Bauzone. Seit der Gesetzesänderung galt die der Freihaltung dienende Zone OeI nicht mehr als Baugebiet. Die Zone mit speziellen Vorschriften ist zumindest seither zur isolierten Kleinzone geworden. Deren rechtliche Überprüfung ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Es kann deshalb offenbleiben, wieweit sachlich-planerische Gründe und wieweit der Schutz des Vertrauens in die Planbeständigkeit die Weiterführung der Zone in der neuen Planung rechtfertigen.

Die Zone mit speziellen Vorschriften umfasst im nicht strittigen Teil den Sägereibetrieb und die zugehörige Betriebswohnung. Die von der Beschwerdeführerin beabsichtigte Erstellung von Wohnungen ist vom Sägereibetrieb unabhängig. Das Begehren der Beschwerdeführerin ist auf die Ermöglichung einer betriebsunabhängigen Wohnnutzung gerichtet. Diese Wohnnutzung ist planungsrechtlich neu. Das Interesse ist insbesondere darauf gerichtet, durch

die Zonierung eine über Art. 24 Abs. 2 RPG hinausgehende Wohnnutzung zu ermöglichen. Dabei soll die neue Kleinstzone für Wohnen durch die bestehende isolierte Kleinzone für Gewerbe gerechtfertigt werden. Dies ist aber planungsrechtlich nicht zulässig. Die dargestellte Rechtsprechung über die Bildung isolierter Klein- und Kleinstbauzonen ist auch unter den hier gegebenen Verhältnissen anwendbar. Weder ist die neue nicht betriebsgebundene Wohnnutzung zulässig, noch erfüllen die kombinierte Wohnnutzung und der Sägereibetrieb die Voraussetzungen einer Kleinsiedlung. Beizufügen ist, dass sich nach der bundesgerichtlichen Praxis aus der Rechtsgleichheit grundsätzlich kein Anspruch auf eine bundesrechtswidrige Planung ableiten lässt (BGE 113 Ia 445). Aus der Existenz der Zone mit speziellen Vorschriften lässt sich deshalb auch nicht unter Berufung auf die Gleichbehandlung eine Einzonung rechtfertigen, welche planungsrechtlich nicht genehmigt werden kann.

4. Die Beschwerdeführerin kann die bestehenden Gebäude im Rahmen von Art. 24 Abs. 2 RPG erneuern, teilweise ändern oder erweitern. Die strittige Zonenzuweisung im Interesse einer darüber hinausgehenden Nutzung ist vom Regierungsrat zu Recht schon aus planungsrechtlichen Gründen nicht genehmigt worden. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob die Einzonung auch aus naturschützerischen Gründen wegen der Nähe der Naturschutzgebiete oder aus Lärmschutzgründen wegen der Nähe des Schiessstandes Choller in Frage gestellt wäre.

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 5. Juni 1997)

§ 7 und § 63 BauG, § 27 VV BauG. – Unterbleibt die Publikation eines Bauvorhabens, so beginnt die Einsprachefrist zu laufen, sobald der beschwerdeberechtigte Nachbar in Kenntnis aller für die erfolgreiche Wahrung seiner Rechte wesentlichen Elemente ist.

Unterlässt er eine solche Einsprache, so bleibt er gleichwohl in einem von Amtes wegen eingeleiteten nachträglichen Baubewilligungsverfahren einspracheberechtigt. Er riskiert aber, dass der gesetzmässige Zustand nach den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens nicht voll wiederhergestellt wird.

Aus den Erwägungen:

3. ...

a) Der Regierungsrat erachtet allerdings die Einsprache der Beschwerdeführer als verspätet. Zutreffend verweist er auf die Praxis gemäss GVP 1983/84, 47, wonach die Einsprachefrist bei Unterlassen der Publikation eines Bauvorhabens beginnt, sobald der beschwerdeberechtigte Nachbar in Kenntnis aller

für die erfolgreiche Wahrung seiner Rechte wesentlichen Elemente ist. Die Rechte des Einsprechers sind in einem solchen Fall gewährleistet, so dass er auch ohne die zu Unrecht unterbliebene Publikation eines Bauvorhabens seine Rechte wahren kann. Seine Rechte im Sinne der Erzwingung eines Baubewilligungsverfahrens hat er aber innert gleicher Frist zu wahren, welche die Gesetzgebung für ordnungsgemäss publizierte Bauvorhaben vorsieht.

b) Weicht eine Baute von der erteilten Bewilligung ab, so hat auch der Gemeinderat zu prüfen, ob er die Beseitigung oder Änderung von Bauten oder Bauteilen zu verlangen hat, die den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen (§ 7 Abs. 1 und § 63 Abs. 3 BauG). Bauten oder Bauteile sind aber nicht schon dann abzubauen oder abzuändern, wenn keine Baubewilligung vorliegt oder Abweichungen von dieser festgestellt werden (formelle Polizeiwidrigkeit). Vielmehr ist in einem solchen Falle zunächst zu prüfen, ob der rechtmässige Zustand nicht durch eine nachträgliche Baubewilligung oder allenfalls eine Ausnahmebewilligung hergestellt werden kann (VGE vom 30. Dezember 1993 i.S. R.; BGE 108 Ia 216, 102 Ib 69, 98 Ia 280). Falls Bauten oder Bauteile materiell polizeiwidrig und somit nicht bewilligungsfähig sind, so bedeutet dies noch nicht, dass eine Änderung oder ein Abbruch angeordnet werden muss. Vielmehr sind die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts zu berücksichtigen. Zu ihnen gehören die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens. So kann der Abbruch unterbleiben, wenn die Abweichungen vom Erlaubten nur unbedeutend sind oder der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt, und der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegen stehen (BGE 108 Ia 217, 104 Ib 303 E. 5b). Es kann sich auch ein Bauherr, der sich nicht in gutem Glauben befindet, gegenüber einem Abbruchbefehl auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen. Er muss es aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutze der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beilegen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 108 Ia 218, ZBl. 79/1978, S. 393 f.).

Der Gemeinderat hat gestützt auf § 7 Abs. 1 BauG von Amtes wegen vorzugehen, wenn er die Verletzung von Baubewilligungsvorschriften feststellt. Bei der Durchführung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens ist nun aber der einspracheberechtigte Nachbar keineswegs ausgeschlossen, wenn er nicht bereits nach Entdecken des eigenmächtigen Vorgehens des Bauherrn selber ein Baubewilligungsverfahren eingeleitet hat. Der Gemeinderat hat zutreffend die Bewilligungspflicht bejaht, wenn auch seiner materiell-rechtlichen Beurteilung der baulichen Änderungen nicht gefolgt werden kann. Die

Beschwerdeführer sind im Baubewilligungsverfahren legitimiert, ihre Rechte zu wahren. Dabei ist zu beachten, dass bei nachträglicher Überprüfung bereits ausgeführter Bauten die vorgenannten allgemeinen Verfassungsprinzipien zusätzlich zu berücksichtigen sind.

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 12. Juni 1997)

§ 62 und 41 VRG, Art. 103 lit. a OG. – Die Legitimation nach kantonalem Recht wird in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht ausgelegt (Bestätigung der Rechtsprechung). Legitimation verneint bei Beschwerde gegen die Bewilligung eines Werkplatzes für Recycling-Material und eine Betonaufbereitungsanlage in der Industriezone bei einer Distanz von 370 m zur Wohnung des Beschwerdeführers.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Zur Beschwerdeführung ist berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist (§ 62 VRG i.V. mit § 41 VRG). In konstanter Praxis hat das Verwaltungsgericht diese Norm in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht ausgelegt. Zur Erhebung der kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist legitimiert, wer durch eine Verfügung in höherem Masse als jeder beliebige Dritte oder die Allgemeinheit berührt wird. Das Rechtsschutzinteresse besteht im praktischen Nutzen, der mit erfolgreicher Beschwerde erzielt werden könnte (VGE i.S. S. 21. Dezember 1995, GVP 1977/78, 175). Hinsichtlich der Beurteilung von Bundesrecht durch letzte kantonale Instanzen verlangt Art. 98a des Bundesrechtspflegegesetzes (OG), dass die Kantone die Beschwerdelegitimation mindestens im gleichen Umfang wie die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zu gewährleisten haben. Beschwerdeberechtigt ist, wer durch die angefochtene Verfügung berührt und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 103 lit. a OG). Erforderlich ist dabei zur Abgrenzung gegen die nicht zulässige Popularbeschwerde, dass der Beschwerdeführer in höherem Masse und mit grösserer Intensität als irgendwer, in besonderer und direkter Weise berührt ist und dass sein Interesse an der Aufhebung und Änderung der Verfügung in enger Beziehung zur Streitsache steht (BGE 111 Ib 159, 109 Ib 200 E. 4b, 107 Ib 46 E. 1c).

b) Das Baugrundstück Nr. 920 der Beschwerdegegnerin sowie das Grundstück Hinterbergstrasse 51 (GS Nr. 283), in welches die Beschwerdeführerin 1993 als Mieterin einzog, liegen in der Industriezone der Einwohnergemeinde Steinhausen. Gemäss § 52 Abs. 1 der Bauordnung Steinhausen, genehmigt vom Regierungsrat am 11. Juli 1989, ist die Industriezone ausschliesslich für

die Ansiedlung industrieller oder gewerblicher Betriebe bestimmt, insbesondere für solche, die wegen störender Einwirkungen in den Wohnzonen nicht zugelassen sind. Das Grundstück Nr. 920 grenzt südlich an die Autobahn. Nordöstlich verläuft die Hinterbergstrasse. Jenseits liegt das Einkaufszentrum Zugerland. Nordwestlich liegen etliche Firmen und die kantonale Motorfahrzeugkontrolle. Erschlossen wird diese Zone durch die Hinterbergstrasse, welche nach den gemeindlichen Verkehrsrichtplänen als Sammelstrasse eingestuft war und seit 1. Januar 1997 ins Verzeichnis der Kantonsstrassen aufgenommen wurde. Die Distanz zwischen der Wohnung der Beschwerdeführerin und der Betonaufbereitungsanlage beträgt in der Luftlinie 370 m. Die minimale Distanz vom Lagerplatz beträgt 300 m und erreicht im südöstlichen Bereich eine Distanz von über 400 m. Der Lagerplatz für Recycling-Material und Brecharbeiten wurde 1992 auf fünf Jahre befristet bewilligt. Diese Bewilligung wurde nunmehr durch eine unbefristete abgelöst. Gleichzeitig wurde separat die neue Betonaufbereitungsanlage bewilligt.

Die erhebliche Distanz zwischen dem Werkplatz und der Wohnung der Beschwerdeführerin ist allein für die Frage der Legitimation nicht entscheidend. Es fragt sich, ob trotz der erheblichen Distanz eine hinreichend enge nachbarliche Beziehung gegeben ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist die raum- und verkehrsplanerische Situation zu berücksichtigen. Massstab für die Beschwer der Beschwerdeführerin könnte nicht der Massstab sein, welcher für eine Wohnzone und Quartierserschliessung gelten würde.

c) Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass bereits heute vom Lagerplatz für Recycling-Material erhebliche Emissionen ausgingen und dass durch die Verlängerung der Bewilligung in vermehrtem Masse mit Belastungen zu rechnen sei. Die Auswirkungen der Betonaufbereitungsanlage werden insbesondere im Zusammenhang mit einem steigenden Verkehrsaufkommen genannt. Diese Ausführungen sind kaum substantiiert. Der Lagerplatz für Recycling-Material samt den sporadischen Brecharbeiten ist seit Jahren in Betrieb. Die neue Betonaufbereitungsanlage hat keineswegs aussergewöhnliche Dimensionen. Dass die nähere Nachbarschaft besondere Einwirkungen befürchten würde, ist nicht aktenkundig. Insbesondere war die Beschwerdeführerin die einzige Einsprecherin. In unmittelbarer Nachbarschaft und am ehesten in der Hauptwindrichtung gelegen, befindet sich das Einkaufszentrum Zugerland. Klagen sind auch von daher nicht bekannt. Ebensowenig ist ersichtlich, dass mit einer auf der stark befahrenen Hinterbergstrasse ins Gewicht fallenden Intensivierung des Verkehrs zum Lagerplatz und zur Betonaufbereitungsanlage zu rechnen wäre. Aus den gesamten Verhältnissen ergibt sich, dass sich die angefochtenen Baubewilligungen nicht in einem Umfang auf eine weitere Umgebung auswirken werden, dass die Beschwerdeführerin mehr als beliebige Dritte vom Bauvorhaben betroffen wäre. Sie ist deshalb zur Beschwerdeführung nicht legitimiert.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 4. September 1997)

§ 2 BO Zug. – Bestandesgarantie. Der Wiederaufbau eines abgerissenen Gebäudeteils fällt nicht unter die Bestandesgarantie.

Aus dem Sachverhalt:

A. Das Seehotel Lothenbach liegt auf einer schmalen Parzelle (GS Nr. 1574) zwischen Artherstrasse und Zugersee im Lothenbach auf stadtzugerischem Gemeindegebiet. Ursprünglich als Sägereibetrieb erstellt, wurde es in den 60er Jahren zu einem Restaurant und später zu einem Hotel umgebaut und umgenutzt. Schliesslich erwarb die X. AG die Liegenschaft und bemühte sich in der Folge um eine Bewilligung für den Umbau des Objektes in ein Mehrfamilienhaus. Nach eingehenden Abklärungen und Einholung von Bewilligungen nach der Natur- und Heimatschutz-, der Gewässer- und der Strassengesetzgebung erteilte der Stadtrat von Zug der Eigentümerin am 17. Dezember 1991 die Bewilligung für den Umbau des Seehotels Lothenbach in ein Mehrfamilienhaus unter Bedingungen und Auflagen. Bei der Ausführungsplanung stellte die Eigentümerin einen desolaten Zustand des Hotels fest und ersuchte den Stadtrat, das Hotel abreißen und gemäss der erteilten Baubewilligung wieder aufbauen zu dürfen. Nachdem der Stadtrat der Eigentümerin mitgeteilt hatte, dass das neue Vorhaben nicht bewilligt werden könne, zog sie am 7. September 1992 dieses Baugesuch zurück. Nach mehrmaliger Verlängerung der Baubewilligung begannen die Bauarbeiten im Dezember 1995. Am 22. März 1996 stellte die Baupolizei der Stadt Zug fest, dass der südliche Teil des Gebäudes praktisch vollständig abgebrochen worden war. Der Stadtrat verfügte zunächst einen Baustopp. Nach weiteren Abklärungen widerrief er am 21. Januar 1997 die Baubewilligung vom 17. Dezember 1991 für den Umbau des Gebäudes auf GS Nr. 1574. Gleichzeitig wies er ein Gesuch um Bewilligung zum Abbruch des restlichen Gebäudeteils und Wiederaufbau entsprechend der Baubewilligung vom 17. Dezember 1991 ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Umbaubewilligung habe sich auf die Besitzstandsgarantie stützen können. Ein Neubau gleicher Art sei nach geltendem Recht unzulässig. Die Frage, wieweit unter den gegebenen Umständen von den Bauvorschriften abgewichen werden könne, sei aufgrund eines neuen Baugesuchs in einem neuen Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Allenfalls sei vorgängig ein Bebauungsplan zu erlassen.

B. Eine gegen den Entscheid des Stadtrates erhobene Beschwerde der heutigen Eigentümer wies der Regierungsrat mit Entscheid vom 13. Mai 1997 ab. Der Regierungsrat pflichtete dem Stadtrat bei, dass der Wiederaufbau des abgerissenen Gebäudeteils nicht mehr als Umbau gewertet werden könne, weshalb für die weiteren Bauarbeiten ein neues Baubewilligungsverfahren einzuleiten sei. Der Stadtrat habe die Umbaubewilligung vom 17. Dezember 1991 zu Recht widerrufen. Die Umbaubewilligung sei ursprünglich zu Recht erteilt worden, die Bauherrschaft habe aber mit dem Abbruch des südlichen Gebäudeteils durch ihr eigenes Verhalten bzw. durch das unter ihrer Verant-

wortung erfolgte Verhalten Dritter die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert. Mit diesem Abbruch stimme die ursprünglich fehlerfreie Baubewilligung mit dem Sachverhalt nicht mehr überein. Ohne Verletzung des materiellen Baurechts könne der südliche Gebäudeteil unter dem Regime der Umbaubewilligung vom 17. Dezember 1991 nicht mehr aufgebaut werden. Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass sich die Bauherrschaft die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse selbst zuzuschreiben habe.

C. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 19. Juni 1997 lassen die heutigen Miteigentümer der Liegenschaft GS Nr. 1574, Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen mit den Anträgen:

1. Es sei festzustellen und zu bewilligen, dass der teilweise abgebrochene Gebäudeteil (südlichster Gebäudeteil des Seehotels Lothenbach) gemäss den bewilligten Plänen aufgebaut werden darf, oder es seien (eventualiter) die Vorinstanzen anzuweisen, eine entsprechende Bewilligung zu erteilen.

2. Es sei festzustellen, dass der Rest der Liegenschaft Lothenbach gemäss der erteilten Baubewilligung umgebaut werden darf, dies unter gleichzeitiger Feststellung, dass die Baubewilligung vom 17.12.1991 für einen Umbau des Gebäudes auf GS 1574 nach wie vor gültig ist.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdebeklagten.

In tatsächlicher Hinsicht wird erklärt, nicht die Beschwerdeführer (weder selbst noch durch ihre Organe) seien beim Teilabbruch beteiligt gewesen, hätten einen solchen Teilabbruch also weder veranlasst noch selbst bewirkt. Dies sei allein durch einen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin Y. AG geschehen, der den entsprechenden Entscheid von sich aus gefällt und nirgends eine Genehmigung eingeholt habe. Der fragliche Mitarbeiter habe so gehandelt, weil er der Auffassung gewesen sei, dies aus Sicherheitsgründen so tun zu müssen. Es habe damals Sturmwetter geherrscht, und er habe befürchtet, Sturmböen könnten sonst Bretter oder Ziegel oder ähnliches herunterreissen und damit die auf der Baustelle sich befindenden Angestellten verletzen. Die Bauleitung habe vor diesem Ereignis immer wieder darauf hingewiesen, es sei genau nach den Bauplänen und dem besprochenen Bauablauf zu verfahren. Bis zum fraglichen Teilabbruch seien die Bauarbeiten unter Inkaufnahme erheblicher Inkonvenienzen entsprechend durchgeführt worden.

In rechtlicher Hinsicht befasst sich der Vertreter der Beschwerdeführer mit dem Begriff des Umbaus. Er erklärt, falls der Abbau von Gebäudeteilen erforderlich sei, um einen Umbau überhaupt ausführen und vollenden zu können, müsse ein solcher Abbruch baurechtlich als Umbau qualifiziert werden. Das Element des "Erforderns" könne sich durchaus auch aus Sicherheitsgründen ergeben. Wenn bei einem Umbauvorhaben einzelne Bauteile

abgerissen werden müssten, weil sonst die Arbeitenden gefährdet wären, seien solche Abbrüche erforderlich, damit der Gesamtumbau überhaupt realisiert werden könne. Im vorliegenden Fall habe für den Polier (subjektiv) eine solche Interessenlage bestanden. Er habe sich für die Sicherheit seiner Untergebenen entschieden. Damit habe er nicht gleichzeitig auch den "baurechtlichen Bereich des Umbaus" verlassen. Vielmehr habe er sich auf den Standpunkt stellen können, dass der Neubau dessen, was aus Sicherheitsgründen abgerissen worden sei, noch als Umbaumassnahme gelten würde. Sodann wird ausgeführt, die Vorinstanz kenne nur Brand- und Elementarereignisse als Zerstörungen, welche den Besitzstand wahrten. Damit sei aber letztlich eine willkürliche Auswahl getroffen. Denkbar seien nämlich noch andere Zerstörungsarten, die für den Eigentümer faktisch das gleiche wie einen Brand bewirkten, beispielsweise die Zerstörung durch ein Fahrzeug. Konsequenterweise müsste die Besitzstandsgarantie bei jeder Zerstörung oder Teilerstörung angerufen werden können, welche nicht vom Grundeigentümer verursacht worden sei. Andernfalls träfe man sachfremde Unterscheidungen, die vor BV 4 nicht standhalten würden. Für den vorliegenden Fall bedeute dies, dass die Zerstörung durch einen am Bau beteiligten Polier an der Besitzstandsgarantie für die Beschwerdeführer im Prinzip nichts ändere. Die Schwere einer öffentlich-rechtlichen Konsequenz müsse in einem angemessenen Verhältnis stehen zu dem, was sich der Betroffene der Konsequenz habe zuschulden kommen lassen. Hier hätten sich die Grundeigentümer aber nichts zuschulden kommen lassen. Gleichwohl hätten sie wegen des Entzuges der Besitzstandsgarantie unverhältnismässige Folgen zu tragen.

Falls argumentiert würde, ein Wiederaufbauanspruch müsse in einem neuen Baubewilligungsverfahren geprüft werden, so müsste geltend gemacht werden, dies sei unnötig, unökonomisch und letztlich übertriebener Formalismus. Die Baugesuchspläne seien derart genau, dass sie auch für den Wiederaufbau verwendet werden könnten.

...

Das Verwaltungsgericht erwägt:

...

2. Es ist unbestritten, dass mit der widerrufenen Baubewilligung ein Umbauvorhaben bewilligt worden ist, welches dem neuen Recht nicht entsprach, sondern sich auf die Bestandesgarantie stützte. Die Bauordnung der Stadt Zug vom 4. Dezember 1994 umschreibt die Bestandesgarantie wie folgt: Rechtmässig bestehende Bauten dürfen unterhalten, renoviert und bei Zerstörung im Brandfall und bei Elementarschäden unabhängig von Ausnutzungs- und anderen Nutzungsvorschriften wieder aufgebaut werden. Diejenigen Bauten, die vor Inkrafttreten dieser Bauordnung bewilligt wurden, dürfen unabhängig von den Ausnutzungs-vorschriften innerhalb des

bestehenden Volumens umgebaut werden. Zusätzliche für die Belichtung notwendige Dachaufbauten sind zulässig, und das Dach darf, wo nötig, bis zu 50 % angehoben werden. Es dürfen behindertengerechte Liftanbauten erstellt werden (§ 2 Abs. 1 BO). Zusätzliche Erweiterungen des Volumens sind zulässig, wenn verschiedene in § 2 Abs. 2 genannte Baumasse eingehalten sind. Die angemessene Erweiterung einer zonenfremden Nutzung ist unter den Voraussetzungen und in den Schranken von § 2 Abs. 3 BO gewährleistet. Die Besitzstandsgarantie wird aus der Eigentumsgarantie und dem Verbot der Rückwirkung von Gesetzen abgeleitet. Sie bedeutet, dass rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen in ihrem Bestand geschützt sind. Sie dürfen, auch wenn sie neuen Vorschriften und Plänen nicht entsprechen, als sogenannte altrechtliche Bauten so, wie sie sind, weiterbestehen, unterhalten und weiterhin in der bisherigen Art genutzt werden (BGE 113 Ia 122, 109 Ib 119 E. 4b; Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, S. 86; Leo Schürmann/Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3. A., S. 267). Das kantonale Recht kann diese Besitzstandsgarantie erweitern und auch Umbauten und Erweiterungen nach altem Recht behandeln, darf jedoch nicht gegen wichtige öffentliche Interessen der Raumplanung verstossen (BGE 113 Ia 122 f.; Schürmann/Hänni, a.a.O., S. 267). Besitzstandsgarantien kennzeichnen sich dadurch, dass sie vermitteln wollen. Sie streben darnach, zwischen den entgegengesetzten Interessen an der rechtsgleichen Verwirklichung des neuen Rechtes einerseits und den Interessen an der Bewahrung altrechtlicher baulicher Tatbestände andererseits einen Ausgleich zu schaffen (Martin Pfisterer, Die Anwendung neuer Bauvorschriften auf bestehende Bauten und Anlagen, insbesondere die Besitzstandsgarantie, S. 109). Die Besitzstandsgarantie schützt die rechtmässig erstellte Baute bzw. die rechtmässig getätigte bauliche Investition. Ein Umbau oder ein Ausbau setzen eine bestehende Baute voraus. Die Besitzstandsgarantie bezieht sich auf bestehende Bauten und nicht auf die nach altem Recht zulässigen und ausgenützten Baumasse. Es gibt kein "Recht der alten Baustelle" (GVP 1993/94, 36; 1981/82, 46; VGE vom 13.8.1987 i.S. Sch.). Die Besitzstandsgarantie kann somit nicht für eine zerstörte Baute in Anspruch genommen werden. Das gleiche würde auch für ein Abbruchobjekt gelten. Die Rechtfertigung der Besitzstandsgarantie fällt dahin, wenn die geschützte bauliche Investition ihren Wert verloren hat.

Den Vorinstanzen ist deshalb darin beizupflichten, dass es nicht entscheidend darauf ankommt, ob die Eigentümer sich "für einen Abbruch und Wiederaufbau in vier Etappen (das Grundmauerwerk bleibt in jedem Fall bestehen)" entschlossen haben oder ob der Polier auf der Baustelle dieses Vorgehen eigenmächtig angeordnet hat. In jedem Fall gelangte man seitens der Bauherrschaft, wer immer dafür zuständig und verantwortlich sein sollte, zur Auffassung, dass die bestehende Baute nicht mehr zu schützen und zu erhalten sei, sondern aus baulichen oder Sicherheitsgründen abzu-

brechen sei. Ein Abbruchobjekt genießt aber – wie bereits festgestellt – die Besitzstandsgarantie nicht. Die Besitzstandsgarantie der Bauordnung der Stadt Zug erlaubt den Wiederaufbau bei Zerstörung im Brandfall und bei Elementarschäden. Damit geht die Bauordnung in der Besitzstandsgarantie bei Zerstörung durch höhere Gewalt weit (Pfisterer, a.a.O., S. 93 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführer wollen diesen Tatbeständen gewissermaßen ein Wiederaufbaurecht nach Abbruch aus Sicherheitsgründen gleichstellen. Diesen Überlegungen kann keine Folge gegeben werden. Wenn verantwortliches Verhalten den Abbruch geradezu verlangt, so wird damit bestätigt, dass es sich entweder um ein Abbruchobjekt handelt oder dass sich zumindest ausreichende Sicherungsmassnahmen nicht lohnen. Der Besitzschutz bei Elementarschäden stellt eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des geltenden Rechts dar, die relativ weit geht. Die mit der höheren Gewalt verbundene Härte rechtfertigt die Besitzstandsgarantie auch im Falle der Zerstörung. Eine solche besondere Situation liegt hier aber nicht vor. Den Eigentümern sind nicht durch höhere Gewalt bauliche Werte zerstört worden. Vielmehr haben sie, wie sich aus der Vorgeschichte des Bewilligungsverfahrens ergibt, der bestehenden baulichen Substanz selber keinen Wert mehr beigemessen.

3. Der gegenwärtige tatsächliche Zustand ist in den Akten ausreichend dargestellt, so dass auf einen Augenschein verzichtet werden kann. Das rechteckige Gebäude mit einer Länge von rund 33 m ist auf der Südseite bis auf eine Tiefe von ca. 8 m vollständig abgebrochen. Es stehen noch einzelne Mauern auf der Höhe des Erdgeschosses. Der südliche Viertel des Gebäudes ist praktisch abgebrochen. Für die Vorinstanzen sind die sachlichen Voraussetzungen der Baubewilligung so stark verändert, dass eine gesamte Neubeurteilung des Vorhabens notwendig erscheint, wobei auch bereits Hinweise für Möglichkeiten des weiteren Vorgehens genannt wurden. Die Bauherrschaft möchte nach der widerrufenen Baubewilligung die restlichen drei Viertel des Seehotels Lothenbach umbauen und den abgebrochenen Viertel wiederum nach den bestehenden Plänen neu aufbauen. Das von der Bauherrschaft gewünschte Vorgehen kann nun aber nicht mehr als Umbau bezeichnet werden. Es sind nicht nur einzelne Elemente im Rahmen einer baulichen Änderung abgebrochen worden, sondern ein Viertel des länglichen Gebäudes praktisch zur Gänze. Für den abgebrochenen Teil besteht keine Wiederaufbaubewilligung. Für die Baute ist schliesslich eine gesamte Bewilligung erforderlich. Daraus ergibt sich, was die Vorinstanzen angeordnet bzw. bestätigt haben. Die Voraussetzungen für einen Umbau der gesamten Baute sind nicht mehr gegeben, so dass die zulässige Bauweise in einem neuen Verfahren zu prüfen ist. Deshalb wurde zu Recht die Bewilligung widerrufen und weitere Bauarbeiten ohne schriftliche Bewilligung des Stadtrates untersagt. Diese formell-baurechtlichen Anordnungen sind deshalb nicht zu beanstanden. In einem neuen Verfahren werden die Möglichkeiten des weiteren Vorgehens zu prüfen sein. Die Beschwerde erweist sich damit

als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Dies zieht gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG die Kostenpflicht nach sich.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 19. März 1998)

§ 50 Abs. 2 BO Zug. – Abweichung von der Regelbauweise in der Ortskernzone Oberwil. Abweichungen haben den Zweck des Ortsbildschutzes sowie öffentliche und nachbarliche Interessen zu berücksichtigen.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Bauherrschaft ist Eigentümerin des in der Ortskernzone Oberwil gelegenen Wohnhauses Widenstrasse 11. Das Wohnhaus besteht aus einem dreigeschossigen Hauptgebäude und einem auf der Westseite gelegenen zweigeschossigen Anbau mit Schleppdach. Dieser unschöne Gebäudeteil soll durch einen in das Ortsbild passenden Anbau mit einem Quergiebel ersetzt werden. Nach einer längeren Vorgeschichte erteilte der Stadtrat die Baubewilligung. Der Regierungsrat wies eine dagegen gerichtete Beschwerde ab. Die Eigentümerin der Nachbarliegenschaft macht eine Verletzung der Vorschriften der Regelbauweise, eine Benachteiligung ihrer Liegenschaft und eine Bevorzugung der Bauherrschaft geltend. Das Verwaltungsgericht hebt die Baubewilligung auf, da die nachbarlichen Interessen unzureichend berücksichtigt sind.

Aus den Erwägungen:

2. a) Das Grundstück der Bauherrschaft liegt in der Ortskernzone Oberwil. Gemäss § 50 der Bauordnung der Einwohnergemeinde Zug vom 4. Dezember 1994 (BO) sind in der Ortskernzone Oberwil drei Geschosse, eine maximale Gebäudelänge von 30 m, ein Grenzabstand von 4 m, eine Ausnützung von max. 0,7 und ein Wohnanteil von minimal 60% zulässig. Gemäss § 50 Abs. 2 BO kann in der Ortskernzone Oberwil im Interesse der Erhaltung, Pflege und Weiterentwicklung des heutigen Charakters des schutzwürdigen Ortsbildes Oberwil von den Grundmassen für die Einzelbauweise abgewichen werden.

Es ist unbestritten, dass der Um- und Anbau mit einer Ausnützung von 1.02 erheblich, um fast 43 %, überschritten ist und dass der projektierte Neubau bei der Nordwestecke um 1.40 m und auf der Westseite um 0.60 m in den vorgeschriebenen Grenzabstand hineinragt. Der Balkon im 2. Obergeschoss des Neubaus reicht um weitere ca. 0.60 m in den Grenzabstand hinein, und zwar nicht nur auf einem Drittel, sondern auf der ganzen zugehörigen Fassadenlänge, was gemäss § 23 Abs. 2 BO die Einhaltung des Grenzabstandes voraussetzt.

Dem Holzhaus in traditioneller dörflicher Bauweise war seinerzeit ein zweigeschossiger gemauerter Anbau mit einem Schleppdach angegliedert

worden. Dieser Bauteil diene als Schreinerei. Die Baute in diesem altrechtlichen Zustand genießt die Bestandesgarantie gemäss § 2 BO. Unabhängig von den Ausnützungsvorschriften darf die Baute gemäss § 2 Abs. 1 BO innerhalb des bestehenden Volumens umgebaut werden. Zusätzliche für die Belichtung notwendige Dachaufbauten sind zulässig, und das Dach darf, wo nötig, bis zu 50 cm angehoben werden. Es dürften behindertengerechte Liftanbauten erstellt werden. Gemäss § 2 Abs. 2 BO sind zusätzliche Erweiterungen des Volumens zulässig, wenn diese die Grenz- und Gebäudeabstände, die Geschosszahl und zusammen mit dem Altbau die Ausnützungsziffer einhalten. Da der Anbau abgerissen und neu erstellt werden soll, kann sich die Bauherrschaft für diesen Teil – wie ebenfalls zu Recht unbestritten ist – auf die Bestandesgarantie nicht berufen.

b) Gemäss § 6 BO kann der Stadtrat unter Abwägung öffentlicher und privater Interessen Ausnahmen gestatten, wenn a) in bezug auf das Orts- und Landschaftsbild oder die hygienischen Verhältnisse eine wesentlich bessere Lösung erzielt würde, oder b) die Einhaltung der Vorschriften im Einzelfall dem § 1 dieser Bauordnung zuwiderlaufen oder zu einer offensichtlich unzumutbaren Lösung führen würde und c) die nachbarlichen Interessen nicht erheblich beeinträchtigt werden. Gemäss § 6 Abs. 2 BO dürfen sodann Ausnahmen dem Sinn und Zweck der Bauordnung nicht zuwiderlaufen. Sie können mit Bedingungen und Auflagen verbunden, befristet oder als widerrufbar erklärt werden.

Der Regierungsrat bezeichnet § 50 Abs. 2 BO als *lex specialis* zur allgemeinen Ausnahmeregelung. In seinem Entscheid vom 9. November 1992 hatte der Regierungsrat das damalige Projekt abgelehnt, da er einen Härtefall bzw. eine Ausnahmesituation verneinte, welche die Bewilligung einer von der Regelbauweise abweichenden wesentlich besseren Lösung erlaubt hätte. Der Regierungsrat stellt zur neuen Bestimmung von § 50 Abs. 2 BO fest, diese Bestimmung wolle Liegenschaften erhalten und das Ortsbild pflegen; sie schütze auch die Weiterentwicklung des heutigen Charakters des Ortsbildes. Im Unterschied zur generellen Ausnahmestimmung von § 6 BO Zug bestünden keine weitergehenden Voraussetzungen für die Anerkennung einer Ausnahmesituation. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Im Interesse des Ortsbildschutzes darf der kommunale Gesetzgeber Vorschriften wie § 50 Abs. 2 BO erlassen bzw. die Abweichung von der Regelbauweise erleichtern, ohne das allenfalls schwierige Kriterium der "besseren Lösung" im Vergleich zur Regelbauweise aufrecht zu erhalten.

c) Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die massive Benachteiligung ihrer Liegenschaft durch die erhebliche Bevorzugung der Bauherrschaft. Strittig ist die Frage nach der Berücksichtigung der nachbarlichen Interessen bzw. nach den Schranken von Freiheiten, die unter dem Titel Ortsbildschutz beansprucht werden. Gemäss § 50 Abs. 2 BO ist die Abweichung von den Grundmassen für die Einzelbauweise "im Interesse der

Erhaltung, Pflege und Weiterentwicklung des ... Ortsbildes" zulässig. Es geht nicht darum, verdichtetes Bauen zu fördern oder ein intensives Ausnützungsstreben zu unterstützen, solange nur die traditionelle Bauweise gepflegt wird. Die Bauordnung bezweckt generell eine gute Gestaltung und eine sozial und wirtschaftlich optimale Nutzung des Gemeindegebietes unter Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen (§ 1 Abs. 1 BO). Die Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen verlangt gerade bei Ausnahmen, dass die nachbarlichen Interessen nicht erheblich beeinträchtigt werden (vgl. § 6 Abs. 1 lit. c BO). Dies gebietet schon der Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV). Das Baugesetz für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11) verpflichtet in § 17 die Gemeinden, Vorschriften zu erlassen über die Bauweise, Grenz- und Gebäudeabstände, die zulässige Gebäudehöhe und Gebäudelänge, aber auch über die Baudichte (§ 17 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 BauG). Gemäss § 17 Abs. 2 BauG umschreibt der Regierungsrat in der Vollziehungsverordnung die wesentlichen Begriffe des Baurechts und regelt das Baubewilligungs- und Einspracheverfahren (§ 17 Abs. 2 BauG). In der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz (VV BauG, BGS 721.111) umschreibt der Regierungsrat die Voraussetzungen der Ausnahmegewilligungen, welche ebenfalls voraussetzen, dass nachbarliche Interessen nicht erheblich beeinträchtigt werden. Überdies sind Bauvorschriften, welche die Baudichte (Ausnutzungsziffer, Baumassenziffer etc.) bestimmen, in der Regel keiner Ausnahmegewilligung zugänglich (§ 22 Abs. 2 VV BauG). Wenn auch die eigentlichen Ausnahmegewilligungen vom Härtefall für den Bauwilligen und nicht von einem öffentlichen Interesse wie hier vom Interesse am Schutz des Ortsbildes ausgehen, so ist doch in der Vorschrift, dass die nachbarlichen Interessen nicht erheblich beeinträchtigt werden dürfen, eine aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit sich ergebende allgemeine Regel zu erblicken, welche auch bei der Anwendung von § 50 Abs. 2 BO beachtlich ist. Wie das Gericht bei allerdings etwas anderer Rechtslage festgestellt hat, bedeutet das Fehlen von Grundmassen für eine Ortsbildschutzone nicht grössere Baufreiheit (vgl. ES 1993 Bl. 9). Auch für die Altstadtzone hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass soweit die Vorschriften neben den öffentlichen Interessen auch die Berücksichtigung privater Interessen zulassen, nicht nur jene des Bauherrn, sondern auch die nachbarschützende Funktion zukommt (GVP 1993/94, 43). Soweit "im Interesse des Ortsbildschutzes" von der Regelbauweise abgewichen werden soll und dabei private Interessen berücksichtigt werden, so sind nicht nur die Interessen der Bauherrschaft, sondern auch jene der Nachbarn zu würdigen und gegeneinander abzuwägen. Wenn die Vorschriften über die Regelbauweise nicht direkt zur Anwendung kommen, weil das Interesse am Ortsbildschutz ein anderes Vorgehen nahelegt, lassen sich die unbestimmten Gesetzesbegriffe von § 50 Abs. 2 BO im Lichte von § 1 BO und den Vorschriften über die Regelbauweise konkretisieren.

3. Der Stadtrat bezeichnet den mit einem Schleppdach ausgestatteten westlichen Anbau als störend. Dieser Gebäudeteil könne mit dem bewilligten Projekt durch einen in das Ortsbild passenden Anbau mit einem Quergiebel ersetzt werden. Ein solcher Ersatzbau als Anbau zum Hauptgebäude könne nicht an einer beliebigen Stelle auf der Parzelle errichtet werden. Mit der neuen Dachform passe sich der Gebäudeteil wesentlich besser in das Ortsbild von Oberwil ein, als dies mit dem bestehenden, unschönen Anbau der Fall sei. Der Stadtrat bezeichnet einen vollständigen Verzicht auf den Anbau als denkbar, lehnt aber die dadurch entstehende Lücke aus städtebaulichen Gründen ab. Die Verkürzung des Balkons auf einen Drittel der Fassadenlänge würde als untypisches Element störend in Erscheinung treten. Bei dieser Würdigung nimmt der Stadtrat zu Recht einen erheblichen Beurteilungsspielraum in Anspruch. Beizufügen ist lediglich, dass es sich bei der traditionellen Bauweise im Oberwiler Dorfkern nicht etwa um eine geschlossene Bauweise handelt und entsprechend dem dörflichen Charakter unterschiedliche Gebäudeabstände bestehen. Quergiebel, welche die benachbarten Gebäude nicht aufweisen, erscheinen nicht als notwendiges Element zur Wahrung des Dorfbildes, sondern mit Rücksicht auf die in der weiteren Umgebung anzutreffende Bauweise als mögliche Gestaltung. Dem Stadtrat ist insbesondere beizupflichten, dass gemäss § 50 Abs. 2 BO auch der Wiederaufbau eines Gebäudeteils zulässig erscheint, welcher nach der Bestandesgarantie nicht neu aufgebaut werden dürfte. Es trifft auch zu, dass der Neubau des westlichen Hausteils die Grenzabstände besser, wenn auch nicht vollumfänglich, einhält und eine Reduktion des Balkons auf einen Drittel der Fassadenlänge dem Ortsbildschutz weniger entspricht als die geplante Laube. Hinsichtlich der letztgenannten Baumasse erscheinen Ausnahmen im Sinne von § 50 Abs. 2 BO im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zulässig.

Mit der Feststellung, dass das angefochtene Projekt sich besser ins Ortsbild einfügt und die Baumasse der Regelbauweise besser einhält als der bisherige Bau, ist aber – entgegen der Meinung der Vorinstanzen – das Bauvorhaben nicht umfassend gewürdigt. Der zweistöckige westliche Anbau soll durch einen dreigeschossigen ersetzt werden. Der Quergiebel ragt auf der Westseite 4 m über die bisherige Gebäudehöhe. Seine Länge beträgt knapp 9 m. Damit entsteht auf der Südseite der Liegenschaft der Beschwerdeführerin eine massive Erhöhung und Verbreiterung der Liegenschaft auf dem Baugrundstück. Die geringfügige westliche Verbesserung der Grenzabstände wird durch die Laube im neuen zweiten Obergeschoss in der Wirkung auf das Nachbargrundstück mehr als kompensiert. Soweit der geplante neue Anbau nördlich und südlich die Grenzabstände besser einhält, fällt im nachbarlichen Bereich nur die Veränderung auf der Nordseite, nicht aber jene auf der Strassenseite, ins Gewicht. Die Liegenschaft der Beschwerdeführerin ist benachteiligt durch die im Neubauteil wiederum beanspruchte massive Überschreitung der zonenkonformen Ausnützungsziffer, welche zu den aus-

nahmefeindlichen Vorschriften zählt (§ 22 Abs. 2 VV BauG). Soweit man die bisherige Ausnützung zum Massstab nehmen wollte, so ist im Blick auf die Bestandesgarantie von § 2 Abs. 1 BO festzustellen, dass das Bauvorhaben nicht innerhalb des bestehenden Volumens verbleibt, sondern dass eine das Nachbargrundstück erheblich beeinträchtigende Vergrößerung des Volumens – wenigstens in seiner optischen Wirkung – realisiert werden soll. Zwar kann von diesen Vorschriften gemäss § 50 Abs. 2 BO abgewichen werden. Sie bilden jedoch gleichwohl den Massstab für die Berücksichtigung nachbarlicher Interessen. Wenn der Regierungsrat in einem knappen Satz erklärt, es liege keine erhebliche Benachteiligung der Interessen der Nachbarschaft vor, so kann ihm nicht gefolgt werden. Die Würdigung des gesamten Projektes aus der Sicht der beschwerdeführenden Nachbarin ergibt, dass diese durch die Abweichung von den Grundmassen für die Einzelbauweise erheblich benachteiligt ist. Insofern erscheint ihre Beschwerde als begründet. Soweit sie auf der Einhaltung der Baumasse für die Einzelbauweise besteht, kann ihr zwar nicht gefolgt werden. Abweichungen im Sinne von § 50 Abs. 2 BO haben jedoch die nachbarlichen Interessen besser zu berücksichtigen. Ob dies durch nachbarliche Absprachen, durch eine Redimensionierung bzw. Annäherung an die Regelbauweise oder auf andere Art geschieht, muss hier offenbleiben, da der Baubewilligungsbehörde ein weites Ermessen eingeräumt ist. Dieses findet aber die rechtliche Schranke an der rechtsgleichen Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Grundeigentümer. Nur im Rahmen der Berücksichtigung auch der nachbarlichen Interessen kann der Bauherr von den Gestaltungsmöglichkeiten, welche die Ortskernzone bietet, in seinem Interesse Gebrauch machen. Das angefochtene Projekt berücksichtigt die Interessen der Beschwerdeführerin zu wenig, die Baubewilligung ist deshalb aufzuheben.

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 4. Juni 1998)

§ 11 VV BauG, Art 26 BO Baar. – Ohne anders lautende Bestimmung in der Bauordnung gilt der Gebäudeabstand auch zwischen Bauten auf dem gleichen Grundstück.

Aus den Erwägungen:

3. a) Im angefochtenen Entscheid stellt der Regierungsrat relativ knapp fest, dass der Abstand zwischen der bestehenden und der neuen Garage nur 2 m betrage und deshalb der vorgeschriebene Gebäudeabstand von 5 m offensichtlich nicht eingehalten werde. Die Bauordnung der Gemeinde Baar enthalte keine Sonderregelung für den Gebäudeabstand, falls Bauten auf dem gleichen Grundstück stünden. Dies heisse, dass auch Bauten auf dem selben Grundstück die vorgeschriebenen Gebäudeabstände beachten müssen.

ten. In der Vernehmlassung zur Beschwerde der Gemeinde nimmt der Regierungsrat umfassender Stellung. Der Gebäudeabstand sei definitionsgemäss die kürzeste Entfernung zwischen den Mauerfluchten (§ 11 der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz, VV BauG, BGS 721.111). Der jeweils einzuhaltende Gebäudeabstand ergebe sich aus der Summe der massgeblichen Grenzabstände (Art. 26 Abs. 2 der Bauordnung der Gemeinde Baar, BO). Mit dieser Vorschrift werde nur das Mass des Gebäudeabstandes bestimmt, der zwischen zwei Gebäuden eingehalten werden müsse. Mehr könne daraus nicht abgeleitet werden. Die Gemeinde wolle aus der Definition des Gebäudeabstandes herauslesen, dass dieser nur zum Tragen komme, wenn zwischen den Gebäuden eine Grundstücksgrenze verlaufe. Damit werde aber die Definition des Grenzabstandes mit jener des Gebäudeabstandes unzulässigerweise vermischt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer müsse der Gebäudeabstand immer zwischen Gebäuden eingehalten werden. Die Grundstücksgrenze spiele in diesem Zusammenhang keine Rolle. Es komme deshalb nicht darauf an, ob die fraglichen Gebäude auf dem gleichen Grundstück oder auf einem Nachbargrundstück stünden. Von dieser Grundregel seien Abweichungen möglich unter Vorbehalt der feuerpolizeilichen Vorschriften. Voraussetzung dafür sei jedoch, dass eine Sonderregelung in der gemeindlichen Bauordnung dies ausdrücklich zulasse. Nur so werde dem Legalitätsprinzip entsprochen, an das sich auch die Gemeindebehörden halten müssten.

b) Der Gemeinderat Baar beruft sich auf eine langjährige Praxis bei der Beurteilung von Baugesuchen für Bauten auf dem gleichen Grundstück, die er wie folgt begründet: Die Ersatzbauordnung für die Gemeinde Baar vom 24. Juni 1975 habe vorgesehen, dass bei Bauten auf dem selben Grundstück der Gebäudeabstand so gemessen werde, "wie wenn eine Grenze dazwischen läge". Diese Formulierung sei in den Bauordnungen 1981 und 1991 bewusst gestrichen worden. Innerhalb eines Grundstücks sollte eine flexible Anordnung der Gebäulichkeiten ermöglicht werden, insbesondere von Kleinbauten wie Garagen, Garten- und Gerätehäuschen. Die Bestimmung von Art. 26 Abs. 2 BO 91, wonach der Gebäudeabstand die Summe der massgebenden Grenzabstände sei, werde in der Praxis nur gegenüber Nachbargrundstücken angewendet. Bei Bauten auf dem gleichen Grundstück werde die Unterschreitung dieses so berechneten Gebäudeabstandes in der Praxis seit Jahren bewilligt, wenn keine feuerpolizeilichen Einwände dagegen bestünden. Der Gemeinderat verweist auf die "Muster-Bauordnung für zugerische Gemeinden" vom Juni 1988, welche in § 16 über die Abstandsvorschriften von Kleinbauten unter Abs. 1 lit. b folgendes vorsehe: "Der Gebäudeabstand gegenüber Bauten auf dem gleichen Grundstück kann verringert werden, sofern keine gesundheits- oder feuerpolizeiliche oder andere öffentliche Interessen verletzt werden." Dies entspreche genau der Praxis des Gemeinderates, die unbedingt beibehalten werden solle.

c) Gemäss § 17 des Baugesetzes für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11) soll die gemeindliche Bauordnung Bestimmungen enthalten über die Bauweise, Grenz- und Gebäudeabstände sowie diverse, hier nicht interessierende Baumasse (§ 17 Abs. 1 Ziff. 1 BauG). Die Begriffe des Baurechtes werden in der Vollziehungsverordnung des Regierungsrates umschrieben (§ 17 Abs. 2 BauG). Die Gemeinden haben somit aufgrund des kantonalen Rechtes Vorschriften über die Gebäudeabstände zu erlassen, nämlich über die kürzeste Entfernung zwischen den Mauerfluchten der Gebäude (§ 11 VV BauG). In den Bauordnungen werden regelmässig die Grenzabstände in Metern, die Gebäudeabstände aber als Summe der Grenzabstände festgelegt. Diese Summe betrifft das Mass und nicht die Definition des Gebäudeabstandes. Wenn die Gemeinde ihre Mass-Vorschrift in der gemeindlichen Bauordnung anders formuliert hat als in der vom Kanton erlassenen Ersatzbauordnung oder abweichend von der Musterbauordnung für die zugerischen Gemeinden, änderte sie damit den Begriff des Gebäudeabstandes nicht, welcher unabhängig von einer Grenze eben die Entfernung der Mauerfluchten zwischen den Gebäuden beinhaltet. Der Gebäudeabstand hat keineswegs nur nachbarschützende Funktion, verändert er sich doch nicht, wenn hinsichtlich des Grenzabstandes ein Näherbaurecht eingeräumt wird (Art. 26 Abs. 5 BO). Darauf verweist auch die Wegleitung zu dieser Bestimmung der Bauordnung. Die Vorschriften über die Arealüberbauung nennen in §§ 61 ff. die qualifizierten Voraussetzungen, unter denen von den Vorschriften der Einzelbauweise abgewichen werden kann. Paragraph 64 nennt in diesem Zusammenhang auch die Gebäudeabstände. Weder im Einverständnis mit dem Nachbarn noch ausserhalb einer Arealüberbauung kann der Private über die Gebäudeabstände gleichsam selber befinden, wenn nur die feuerpolizeilichen Vorschriften eingehalten sind. Die Rechtsauffassung des Regierungsrates erweist sich als zutreffend. Daraus ergibt sich auch, dass der Gebäudeabstand von Art. 26 Abs. 7 BO massgebend ist.

Die vom Gemeinderat Baar geltend gemachte Praxis erweist sich somit als nicht rechtmässig. Falls sich der Gemeinderat der zutreffenden Auffassung des Regierungsrates nicht anschliessen, sondern eine Lösung im Rahmen der bisherigen Rechtsauffassung treffen oder dem Vorbild von Bauordnungen anderer Gemeinden folgen möchte, so hätte er den Weg der Revision der Bauordnung zu beschreiten. Die Berufung der Bauherrschaft auf eine Gleichbehandlung im Unrecht ist unter den gegebenen Umständen verfehlt. Es geht um die Überprüfung einer bestimmten Rechtsauffassung im Rechtsmittelverfahren. Ein Anspruch auf eine vom Gesetz abweichende Behandlung gemäss Art. 4 BV besteht nicht. Insbesondere fehlt es an Hinweisen, dass der Gemeinderat Baar in Missachtung der Entscheide von Regierungsrat und Verwaltungsgericht die Praxis fortsetzen wird (vgl. BGE 115 Ia 83).

(Urteil Verwaltungsgericht vom 20. August 1998)

§ 9 BO Buonas. – Gesamtüberbauungsplan. Unter welchen Voraussetzungen sind spätere Abweichungen von einem aufgrund eines Gesamtüberbauungsplans gewählten Gestaltungskonzept zulässig?

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Ein Gesamtüberbauungsplan sieht die verdichtete Überbauung mit Einfamilienhäusern nach einem Gestaltungskonzept vor, in welchem Hauptwohnseiten und Gartensitzplätze so angeordnet sind, dass eine gegenseitige Beeinträchtigung vermieden wird. Strittig wird der nachträgliche Einbau einer Einliegerwohnung gegenüber der Hauptwohnseite des Nachbarn.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Die Liegenschaften der Parteien sind aufgrund der vom Gemeinderat am 15. April 1980 genehmigten Gesamtplanung für 22 Einfamilienhäuser auf der GBP Nr. 1157 erstellt worden. Gestützt auf § 10 des Baugesetzes für den Kanton Zug (BauG) erliess die Gemeinde Risch am 9. Dezember 1974 eine Bauordnung Buonas, welche in Abänderung bzw. in Ergänzung der Bauordnung der Gemeinde Risch vom 23. Februar 1970 besondere Planungsziele verfolgt. Genannt werden in § 1 BO Buonas insbesondere die Erhaltung des ländlichen Charakters, die Freihaltung des Uferbereiches oder der Schutz der erhaltenen Bauten. Sodann bezweckt die BO Buonas die Förderung der Gruppenbauweise sowie die harmonische Eingliederung der Bauten durch besondere Bestimmungen bezüglich Situierung und Ausmass, Gestaltung und Architektur, Gliederung und Dachform, Baumaterialien und Farbgebung, Terrain- und Umgebungsgestaltung usw.. Die gemeindliche Bauordnung gelangt nur insoweit zur Anwendung, als besondere Bestimmungen der BO Buonas fehlen (§ 2 Abs. 2 BO Buonas). Die Grundstücke der Parteien liegen in der Bauzone 2, in welcher nur aufgrund eines Gesamtüberbauungsplanes gebaut werden darf (§ 17 BO Buonas). Paragraph 9 BO Buonas definiert die Gesamtüberbauungspläne als im Auftrage der Grundeigentümer ausgearbeitete und von der Kommission begutachtete Pläne, die sich grundsätzlich über das gesamte eingezonte Gebiet des betreffenden Grundeigentümers erstrecken und einheitlich gestaltete Bauten und Baugruppen umfassen. Strukturgliederung und Materialien sind innerhalb einer Gruppe einheitlich zu wählen. Eintönige Wiederholungen sind zu vermeiden, und es ist eine räumliche Wirkung anzustreben. Die Umgebung ist zusammenhängend und mit Ausnahme geschützter Sitzplätze möglichst parkartig zu gestalten und mit hochstämmigen Bäumen zu bepflanzen. Das Fusswegnetz ist so anzulegen, dass es ein Begehen des Areals in verschiedenen Richtungen erlaubt und sich die Erstellung von Trottoirs erübrigt. Die Spielplätze sind in guter Verbindung zu den Wohnungen anzulegen. Diese Vorschriften der alten Bauordnung sind im Wesentlichen in die neue Bau-

ordnung der Gemeinde Risch und die neue Bauordnung Buonas, beide vom 3. Mai 1994, übernommen worden.

Die Genehmigung der Gesamtplanung durch den Gemeinderat am 15. April 1980 stützt sich auf die Bauordnung Risch und die Teilbauordnung Buonas. Grundlage der Genehmigung bildeten die Überbauungspläne BS 4-107 a-c mit Überbauungsvorschriften. Die Gültigkeit der Gesamtplanung wurde auf 5 Jahre festgelegt, unter Vorbehalt der Verlängerung (Ziff. 19). Die einzelnen Baubewilligungen blieben vorbehalten (Ziff. 20). Zur Absicherung der gesamthaft verbindlichen Ausnützung von 0,2 war sodann über das ganze Grundstück GBP Nr. 1157 eine Baubeschränkung zugunsten der Einwohnergemeinde Risch im Grundbuch einzutragen. Im Dienstbarkeitsvertrag vom 4. Dezember 1980 ist insbesondere vereinbart, dass die Gesamtüberbauung der Parzelle GBP Nr. 1157 22 Einfamilienhäuser beinhaltet. Gemäss Ziff. 7 haben sich Änderungen und Ergänzungen von Gebäuden, Anlagen und Gartengestaltungen den Bestimmungen der Spezialbauordnung Buonas zu unterziehen. Die Situierung und Gestaltung der Gebäude und Anlagen gemäss Gesamtplanung vom 15. April 1980 ist verbindlich (Ziff. 8).

b) Die Gemeinden sind verpflichtet, im Rahmen des kantonalen Baugesetzes eine Bauordnung mit Zonenplan und Zonenvorschriften zu erlassen. Je nach Bedürfnis können sie Baulinien, Bebauungspläne und Sonderbauvorschriften beschliessen (§ 10 BauG). Die generell abstrakten Vorschriften der Bauordnung können auf diese Weise durch spezielle Normen ergänzt oder ersetzt werden. Andererseits kennt das zugerische Recht das Institut des Arealbebauungsplanes oder – wie hier – des Gesamtüberbauungsplanes (vgl. Art. 33 ff. der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz, VV BauG). Sie stellen in der hier in Frage stehenden Ausgestaltung eine generelle Baubewilligung aufgrund von Experten begutachteter Pläne dar. Dem Eigentümer kommt eine grössere Gestaltungsfreiheit zu, wogegen an die Gestaltung der Gesamtüberbauung erhöhte Anforderungen gestellt werden. Das Verwaltungsgericht hatte sich wiederholt mit der Frage zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen gegebenenfalls bei späteren Bauvorhaben vom ursprünglichen Gestaltungskonzept abgewichen werden darf. Zu diesen grundsätzlichen Fragen hatte das Gericht im Zusammenhang mit der Beanspruchung von Ausnützungsreserven, mit der Erstellung von Dachaufbauten und der Bewilligung eines Doppeleinfamilienhauses statt eines Einfamilienhauses Stellung zu nehmen (ES 1995 Bl. 11; GVP 1989/90, 52; 1987/88, 68). Das Verwaltungsgericht stellte grundsätzlich fest, dass das gemäss den erhöhten Anforderungen und der grösseren Gestaltungsfreiheit verwirklichte Konzept in gewissem Sinne normativen Charakter hat, indem es Ausgangspunkt für weitere baurechtliche Entscheide bleibt. Die verbindliche Festlegung der Gesamtplanung ist für die spätere Wahrung der Rechte der einzelnen Eigentümer wegleitend. Insofern als bei der Erstellung über die

vorgegebenen Normen hinaus oder anstelle genauer Bauvorschriften in erhöhter Gestaltungsfreiheit "Vorteile" und "Nachteile" gestaltet und aufeinander abgestimmt werden konnten, muss das gewählte Konzept auch für neue Entscheide Grundlage bilden. Eine Änderung des Konzepts der Gesamtüberbauung im Einverständnis aller beteiligten Eigentümer wurde als soweit zulässig erachtet, als die öffentlich-rechtlichen Vorschriften dies erlauben. Sind sich die Eigentümer nicht einig, so sind die rechtlich-relevanten nachbarlichen Interessen zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen. Dabei gibt es wesentliche Gestaltungselemente, von denen gegen den Willen des einzelnen Grundeigentümers zu seinem Nachteil nicht abgewichen werden darf. Besondere Beachtung ist auch der rechtsgleichen Behandlung der Grundeigentümer zu schenken. Die präjudizielle Wirkung für die Erledigung weiterer Gesuche darf nicht ausser Acht bleiben.

c) Die Wohnhäuser der Parteien sind aufgrund einer Gesamtplanung erstellt worden, welche eine Gruppenüberbauung mit relativ strengen Vorschriften hinsichtlich Situierung, Gestaltung, Gliederung, Dachform, Baumaterialien, Farbgebung, Terrain- und Umgebungsgestaltung darstellt. Die Umgebung ist zusammenhängend und mit Ausnahme geschützter Sitzplätze möglichst parkartig zu gestalten (§ 9 ff. BO Buonas 1974). Gemäss dem Überbauungsplan BS 4-107a und den zugehörigen Überbauungsvorschriften ist im Bereich der beiden Liegenschaften der Beschwerdeführer ein Vollgeschoss und ein Dachgeschoss zulässig (Ziff. 6 der Überbauungsvorschriften). Die Gebäudehöhe beträgt 6 m. Kniestöcke sind nicht gestattet (§ 17 Abs. 1 BO Buonas 1974).

Im Rahmen dieser Vorschriften erfolgte die Überbauung der ursprünglichen GBP Nr. 1157 nach einem differenziert gestalteten, vergleichsweise streng geregelten einheitlichen Konzept. Zulässig ist auf den Parzellen der Parteien ein Vollgeschoss und ein Dachgeschoss ohne Kniestock. Die Überbauung ist relativ dicht. Es trifft zu, dass sämtliche Sitzplätze nach Süden und Westen orientiert sind. Somit verfügt jedes Haus auf den bevorzugten Wohnseiten über einen Gartensitzplatz, wogegen sich im angrenzenden Bereich der Nachbarliegenschaften keine Sitzplätze befinden. Der Grenzabstand der Liegenschaft Hofstetter beträgt auf der Nordseite 5 m, der Gebäudeabstand zum Haus Stuber minimal 13 m. Der Augenschein hat bestätigt, dass das Haus Hofstetter ursprünglich nur minimal nach Norden orientiert war. Die Fensterfront des Wohnraums im Erdgeschoss ist gegen Osten orientiert, die Garage gegen Westen. Eine halbverglaste Türe führte von der ehemaligen Waschküche nördlich vor das Haus. Die Nordfront ist minimal mit Fenstern versehen.

Ein Vergleich mit der Landhauszone gemäss BO Risch 1970 verdeutlicht das Baukonzept. Die Landhauszone, welche als Zone mit der niedrigsten Ausnützung für Ein- und Zweifamilienhäuser bestimmt ist (§ 38 BO), erlaubte auch eine Ausnützung von 0,2. Zulässig waren zwei Vollgeschosse nebst Dachgeschoss, so dass die Ausnützung unter Beanspruchung einer

weniger grossen Landfläche verwirklicht werden konnte. Der kleine Grenzabstand beträgt 7 m, der grosse 14 m. Der Gebäudeabstand entspricht der Summe der Grenzabstände, somit bei Zusammentreffen des grossen und kleinen Grenzabstandes 21 m. Demgegenüber ist die Bauweise der hier interessierenden Gesamtplanung erheblich verdichtet. Da auch die Gebäudehöhe beschränkt wurde, kommt angesichts der genannten Grenzabstände, der Orientierung der Wohnseiten und der Anordnung der Gartensitzplätze im Gestaltungskonzept eine wesentliche Bedeutung zu. Mit der Herrichtung einer Einliegerwohnung erfolgte ein Eingriff in dieses Gestaltungskonzept. Der Zugang erfolgt entlang der Nordseite des Hauses, und die ehemalige Türe der Waschküche wurde zum Hauseingang für die Einliegerwohnung. Die zur Küche umgebaute Waschküche verfügt über kein Fenster ausser der teilverglasteten Türe selbst. Dies führt vermehrt dazu, bei offener Türe zu arbeiten und den Ventilator, der ebenfalls auf der Nordseite installiert wurde, zu benutzen. Der vergrösserte Plattenboden im Eingangsbereich ist sodann der einzige der Einliegerwohnung zugeordnete Bereich, der zum Aufenthalt im Freien einlädt und unbestrittenermassen auch benützt wird.

Dem Regierungsrat ist darin beizupflichten, dass die vorgebrachten Rügen nicht in den Anwendungsbereich der Lärmschutzverordnung oder der Luftreinhalteverordnung fallen. Nicht beizupflichten ist den Vorinstanzen, soweit sie die Beschwerdeführer einfach auf den Zivilweg verweisen. Gerade weil privat-rechtliche und öffentlich-rechtliche Vorschriften des Immissionsschutzes die erwünschte Wohnqualität nicht ohne weiteres gewährleisten, wird diese in einer verdichteten Gesamtüberbauung durch rechtlich verbindliche Gestaltungsvorschriften angestrebt. Aus dem Gesagten ergibt sich zusammenfassend, dass die Erstellung des Zuganges auf der Nordseite, die Einrichtung einer Küche als intensiven Wohnbereich mit Orientierung auf den nördlichen Vorplatz hinsichtlich Belüftung und Abluft sowie die Vergrösserung des Plattenbodens und Benützung als Sitzplatz eine wesentliche Abweichung vom Gestaltungskonzept der Gesamtüberbauung darstellen, welches eine ruhige "nicht belebte" Nordseite des Hauses vorsieht. Dieses im Rahmen der relativ grossen Freiheit der Bauordnung Buonas seinerzeit verwirklichte Konzept hat normative Bedeutung im Sinne der zuvor dargestellten Praxis, weshalb es für weitere baurechtliche Entscheide massgebend bleibt. Die im Zusammenhang mit der Einliegerwohnung vorgebrachten Beschwerden über die Auswirkungen auf die Nachbarschaft erweisen sich somit als rechtlich bedeutsam. Die Beschwerdeführer sind nicht gehalten, diese Beeinträchtigung zu dulden. Es geht um eine bewilligungspflichtige bauliche Änderung, für welche wegen der wesentlichen Auswirkungen auf die Nachbarschaft das ordentliche Baubewilligungsverfahren samt Beizug der Experten zur Anwendung kommt.

d) Gemäss § 13 Abs. 1 BO Buonas in der alten und neuen Fassung sind die Bauzonen grundsätzlich für Wohnbauten bestimmt. Eine andere Nut-

zungsart ist nur zulässig, wenn Beeinträchtigungen irgendwelcher Art auf das Wohnquartier ausgeschlossen sind. Jede Veränderung der bisherigen Nutzungsart ist bewilligungspflichtig (§ 23 Abs. 2 BO Buonas). Die Ausübung der Tätigkeit als Bildhauer – soweit die Vorbringen der Beschwerdeführer zutreffen sollten – wäre somit bewilligungspflichtig und nur zulässig, wenn Beeinträchtigungen ausgeschlossen sind.

Schliesslich äussern sich die Parteien auch zur Ausnützung. Die Ausnutzungsziffer ist eines der Baumasse bzw. eine der Bauvorschriften neben anderen, welche einzuhalten sind. Es besteht kein Anspruch auf volle Ausschöpfung der Ausnutzungsziffer, falls andere Vorschriften dem entgegen stehen. Im vorliegenden Fall ist die für die Bauzone 2 nach wie vor zulässige Ausnutzungsziffer von 0,2 voll beansprucht (Dienstbarkeitsvertrag Ziff. 8). Seit der Erstellung der Baute ist § 14 VV BauG am 11. Juli 1989 sowie am 29. September 1994 geändert worden. Gemäss § 14 Abs. 2 VV BauG gilt nunmehr als anrechenbare Geschossfläche die Summe sämtlicher Flächen des Erdgeschosses. Flächen von Räumen über dem obersten Vollgeschoss werden nicht angerechnet, wenn sie unter einem Schrägdach liegen und ein allfälliger Kniestock an keiner Stelle des Daches höher als 50 cm ist (§ 14 Abs. 3 lit. a VV BauG). Unter dem Aspekt der Ausschöpfung der Ausnutzung sind weder die Küche der Einliegerwohnung noch das Zimmer im Obergeschoss zu beanstanden.

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 12. Juni 1997)

§ 11 VV BauG, § 13 BO Walchwil. – Begriff des gewachsenen Terrains. Wann gilt nicht der natürliche Geländeverlauf, sondern gestaltetes Terrain als gewachsenes Terrain? Frage offen gelassen.

Aus den Erwägungen:

2. Die Bauordnung der Gemeinde Walchwil vom 26. November 1991 (BO) bestimmt über die Höhenlage was folgt:

Der Fussboden des Erdgeschosses darf entweder höchstens 1,20 m über dem tiefsten oder 0,3 m über dem höchsten Punkt des gewachsenen Terrains längs der Gebäudeaussenseite liegen (§ 13 Abs. 1 BO).

Kommt der Fussboden des Erdgeschosses höher als 3,0 m über dem tiefsten Punkt des gewachsenen Terrains längs der Gebäudeaussenseite zu liegen, so muss auf ein Vollgeschoss verzichtet werden (§ 13 Abs. 2 BO).

Bei besonderen topographischen Verhältnissen kann für die Festsetzung der Erdgeschoss-Fussbodenhöhe das Niveau der angrenzenden Strassen und Fusswege in Abweichung von Abs. 1 berücksichtigt werden. Allfällige Niveaulinien gemäss § 19 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung bleiben vorbehalten (§ 13 Abs. 3 BO).

Diese Vorschriften stimmen überein mit der auf § 17 Abs. 2 des Baugesetzes für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11) gestützten Umschreibung baurechtlicher Begriffe in der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz (VV BauG, BGS 721.111). Paragraph 13 BO entspricht § 12 VV BauG. Der Begriff des gewachsenen Terrains wird allerdings weder durch das kantonale noch durch das gemeindliche Recht definiert, obwohl er nicht nur für die Bestimmung der Höhenlage des Erdgeschossbodens und die Firsthöhe massgebend ist, sondern auch für die Begriffe des Untergeschosses (§ 12 Abs. 7 BO) und der Unterniveaubaute (§ 15 Abs. 7 und § 16 BO).

Unter dem Begriff des gewachsenen Terrains ist der natürliche Geländeverlauf zu verstehen. Der ursprüngliche natürliche Geländeverlauf ist nötigenfalls nach dem Geländeverlauf entlang der Grundstücksgrenze, aufgrund von Planunterlagen oder auf andere geeignete Art festzustellen. Das Verwaltungsgericht hat im Urteil vom 29. Dezember 1992 i.S. A. gegen Menzingen das im Jahre 1976 veränderte Gelände nicht ohne weiteres als gewachsenes Terrain gelten lassen. Die Frage stellte sich im Beschwerdeverfahren gegen einen Zwischenentscheid, welcher zur Frage des gewachsenen Terrains isoliert Stellung genommen hatte. Demgegenüber stellte das Gericht fest, die Frage des gewachsenen Terrains sei im Zusammenhang mit den entsprechenden Bauvorschriften als Begriff zu würdigen, aber auch von seiner Funktion her, ortsgestalterische und nachbarschützende gesetzgeberische Absichten wahrzunehmen. Das Gericht musste die Frage offenlassen und auf eine Beurteilung im Zusammenhang mit den Bauvorschriften, welche auf das gewachsene Terrain abstellen, verweisen. Immerhin wurde erwogen, dass das zugerische Recht keine Normen oder Anhaltspunkte enthält, dass entweder eine Veränderung des Geländes oder der Zeitablauf zu einer Veränderung des gewachsenen Terrains führen. Das Gericht stellte fest, soweit die Höhenlage oder Abstandsvorschriften oder Aufschüttungen und Abgrabungen an der Grundstücksgrenze in Frage stünden, so spreche die zugerische Ordnung im Gegenteil dafür, dass das gewachsene Terrain bei einer Veränderung durch Bau- und Umgebungsgestaltung gerade massgeblich bleibe. Der Regierungsrat beruft sich aber auch auf die Praxis anderer Kantone, wonach Geländeänderungen unter freiem Himmel, die 10 Jahre oder länger zurückliegen und sich dem umgebenden Geländeverlauf angepasst hätten, dann als gewachsen gelten würden, wenn der ursprüngliche Verlauf kaum mehr im Einzelnen bestimmbar sei. Die Vorinstanz erklärt, trotz fehlender Fristen könne davon ausgegangen werden, dass nach Ablauf von rund 25 bis 30 Jahren seit der letzten Veränderung das Terrain als gewachsen gelte. Es liege nahe, sich an der 30-jährigen Frist von Art. 662 Abs. 1 ZGB zu orientieren. Im bernischen Recht ist auf Verordnungsebene der Begriff des gewachsenen Bodens umschrieben. Danach gilt als gewachsener Boden grundsätzlich das natürliche Terrain, wie es vor Baubeginn besteht. War dieses aber durch Auffüllung verändert worden, ist das Niveau massgebend, wie es für das Baugrundstück aus dem Verlauf des umgebenden natürlichen Geländes abzulesen ist. Auf

das ursprüngliche Terrain ist nur abzustellen, wenn die seinerzeitige Baubewilligung für die Aufschüttung mit einem entsprechenden Vorbehalt verknüpft worden ist. Die Höhe von Einfriedungen, Stützmauern und dergleichen zwischen beidseitig aufgeschütteten Grundstücken wird nach dem tieferen fertigen Terrain berechnet. Wird der Boden abgegraben, so ist vom tiefer gelegenen fertigen Terrain auszumessen (Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, 2. A. 1995, Art. 13 N. 6). Diese Regelung stützt sich nicht auf den Zeitablauf, sondern berücksichtigt die gestalterischen Terrainveränderungen, soweit sie sich nicht durch Auffüllung zu Lasten der Umgebung auswirken würden.

Im vorliegenden Fall liegen die Baupläne des bestehenden Hauses von 1963 sowie Pläne einer Variante von 1961 vor. Diesen Plänen lässt sich der Verlauf des gewachsenen Terrains nicht entnehmen. Sie stellen nur das gestaltete Terrain in unmittelbarer Gebäudenähe dar. Das gewachsene Terrain ist demgegenüber in den zu beurteilenden Bauplänen eingezeichnet. Wie der Architekt am Augenschein bestätigte, musste er sich für diese Angaben auf den Höhenkurvenatlas des Kantons Zug stützen. Dieses Vorgehen war geeignet und zweckmässig, um den ursprünglichen Geländeverlauf festzustellen. Wäre der Architekt nicht so vorgegangen, so wäre gegebenenfalls eine entsprechende Erhebung im Beschwerdeverfahren anzuordnen gewesen. Dass sich aufgrund des Höhenkurvenatlases des Kantons Zug ein anderer Geländeverlauf ergeben würde, ist von keiner Seite behauptet worden, und es besteht kein Zweifel an der Zuverlässigkeit der Arbeit. Sie ergibt die auch vom Gemeinderat festgestellte Überschreitung der Höhenlage an der Nord/Westecke um 70 cm, auslaufend auf 0 cm in einer Distanz von 4 m entlang der Nordfassade. Der Auseinandersetzung über die Genauigkeit dieser Feststellung und über die Geringfügigkeit der Abweichung scheint unausgesprochen die Meinung zugrunde zu liegen, es sei das gewachsene Terrain längs der Gebäudeaussenseite massgeblich. Nach dem klaren Wortlaut von § 13 BO und § 12 VV BauG ist aber der höchste Punkt gemäss Abs. 1 bzw. der tiefste Punkt gemäss Abs. 2 dieser Bestimmungen massgebend. Der höchste Punkt liegt sowohl nach dem ursprünglichen natürlichen Geländeverlauf wie auch nach der bestehenden Geländegestaltung bei der Nord/Ostecke des Hauses. Das gewachsene Terrain verlief an dieser Ecke 1,3 m über dem Erdgeschossfussboden, das heutige Gelände verläuft 0.1 m unter dem Erdgeschossfussboden. Damit ist die Höhenlage eingehalten. Die Frage einer Ausnahmegewilligung stellt sich nicht. Eine Präzisierung des Begriffes des gewachsenen Terrain kann unterbleiben, da die strittige Erdgeschossfussbodenhöhe nach den verschiedenen erwogenen Kriterien den Anforderungen von § 13 Abs. 1 BO entspricht.

Beizufügen ist, dass bei der am höchsten Punkt gemessenen Höhenlage des Fussbodens des Erdgeschosses ebenfalls das Erfordernis von § 13 Abs. 2 BO eingehalten ist. Der Fussboden des Erdgeschosses kommt nicht höher als

3 m über den tiefsten Punkt zu liegen, was den Verzicht auf ein Vollgeschoss zur Folge hätte. Das untere Geschoss erfüllt sodann die Voraussetzung von § 12 Abs. 7 BO, insofern es teilweise unter dem gewachsenen Terrain liegt.

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 2. Oktober 1997)

Art. 9 und 55 USG, Art. 5 Abs. 3 UVPV, § 24^{bis} BauG. – Das Zonenplanverfahren ist das massgebliche Verfahren für die Umweltverträglichkeitsprüfung der Zone übriges Gebiet für Kiesabbau (üGK).

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 55 USG steht das Beschwerderecht den gesamtschweizerischen Umweltschutzorganisationen zu, soweit gegen Verfügungen der kantonalen oder Bundesbehörden über Planung, Errichtung oder Änderung von ortsfesten Anlagen, für die eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach Art. 9 USG erforderlich ist, die Verwaltungsbeschwerde beim Bundesrat oder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht zulässig ist. Die Beschwerdeführerin zählt zu den beschwerdeberechtigten Organisationen (Anhang zu SR 814.076). Die beschwerdeberechtigten Umweltschutzorganisationen sind auch legitimiert, von den Rechtsmitteln im kantonalen Bereich Gebrauch zu machen. Eine über Art. 55 USG hinausgehende Beschwerdeberechtigung der Umweltschutzorganisationen kennt das zugerische Recht nicht. Die Beschwerdeführerin ist somit legitimiert zu rügen, die Erweiterung des Kiesabbau-Perimeters gemäss angefochtenem Entscheid hätte eine Umweltverträglichkeitsprüfung vorausgesetzt. Da die Umweltverträglichkeit nicht in einem eigenen Verfahren überprüft wird, sondern dem massgeblichen Verfahren vor der zuständigen Behörde im Sinne von Art. 5 UVPV zugeordnet wird, ist hier nicht nur die UVP-Pflicht an sich, sondern auch die Zuordnung zum vorliegend strittigen Bewilligungsverfahren zu prüfen.

Gestützt auf Art. 9 USG hat der Bundesrat im Anhang zur Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung unter Nr. 80.3 Kiesgruben mit einem abbaubaren Gesamtvolumen von mehr als 300'000 m³ für UVP-pflichtig erklärt. Das massgebliche Verfahren ist durch das kantonale Recht zu bestimmen. Nach Art. 5 Abs. 3 UVPV wählen die Kantone dasjenige Verfahren, das eine frühzeitige und umfassende Prüfung ermöglicht. Sehen die Kantone für bestimmte Anlagen eine Sondernutzungsplanung (Detailnutzungsplanung) vor, gilt diese als massgebliches Verfahren, wenn sie eine umfassende Prüfung ermöglicht. Das kantonale Recht kennt als Zonenart das Übrige Gemeindegebiet als Nutzungszone im Sinne von Art. 14 ff. RPG. Das Übrige Gemeindegebiet gemäss § 24^{bis} BauG wird nur teilweise oder vorübergehend landwirtschaftlich genutzt. Es kann ändern, im Zonen-

plan vorgemerkten Nutzungen dienen, welche im Baugebiet in der Regel ausgeschlossen sind, so der Anlage von Schrebergärten, dem Kiesabbau oder der Bereitstellung von Deponieraum. Im Rahmen der Ortsplanung hat die Einwohnergemeinde Neuheim eine Zone Übriges Gebiet für Kiesabbau (ÜGK) und eine Zone Übriges Gebiet für Deponien (ÜGD) ausgeschieden. Unter vergleichbaren Voraussetzungen hat das Bundesgericht festgestellt, dass die umweltrelevanten Abklärungen im Rahmen der Nutzungsplanung und nicht erst im Baubewilligungsverfahren vorzunehmen sind. Dies ergebe sich für UVP-pflichtige Vorhaben auch aus Art. 5 Abs. 3 UVPV. Gleichzeitig wurde festgestellt, die in dieser Bestimmung verwendeten Begriffe der "Sondernutzungsplanung (Detailnutzungsplanung)" dürften angesichts der in den Kantonen sehr unterschiedlich verwendeten Terminologie nicht zu eng verstanden werden (BGE 123 II 95 mit verschiedenen Hinweisen). Im vorliegenden Fall umfasst die Nutzungszone für den Kiesabbau das bisherige Areal mit der strittigen Ergänzung. Die Verkehrserschliessung und das Werkgelände mit den Aufbereitungsanlagen sind seit Jahren in Betrieb. Rügen umweltrechtlicher Art konnten faktisch und rechtlich im Rahmen der Zonenplanung vorgebracht werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht gegen die umweltschutzrechtlichen Auswirkungen von Nutzungsplänen ist nicht ausgeschlossen (BGE 123 II 92, 120 Ib 70). Es ergibt sich daraus, dass eine allfällige Umweltverträglichkeitsprüfung im Zonenplanverfahren hätte geltend gemacht werden müssen. Das Nutzungsplanungsverfahren ermöglicht nicht nur eine umfassende, sondern auch eine frühzeitige Prüfung. Das massgebliche Verfahren ergibt sich aus Art. 5 Abs. 3 Satz 3 UVPV (vgl. H. Rausch, Kommentar zum Umweltschutzgesetz Art. 9 N 51). Damit verbleibt kein Raum für den Verweis "aller weiteren Anlagen" ins Baubewilligungsverfahren durch § 2 V EG USG (BGS 811.11). Dem Regierungsrat ist darin zu folgen, dass das Beschwerderecht im massgeblichen Verfahren für die UVP ausgeübt werden muss. Dies ist hier nicht geschehen. Ausserhalb des massgeblichen Verfahrens besteht keine Beschwerdeberechtigung der Umweltschutzorganisationen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden kann.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 3. Dezember 1998)

5. Strassenverkehrsrecht

Art. 16 SVG, Art. 44 VZV. – Der Ausländer mit mangelhaften Deutschkenntnissen darf die Kurz-Theorieprüfung zur Umschreibung des Führerausweises Kategorie C unter Beizug eines Dolmetschers ablegen.

Aus dem Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer erhebt Beschwerde gegen die Aberkennung seines bosnischen Führerausweises bzw. gegen die Ablehnung der Umschreibung

in einen schweizerischen Führerausweis, nachdem er die Kurz-Theorieprüfung wiederholt nicht bestanden hat. Er verweist auf seine langjährige Fahrpraxis und macht Sprachschwierigkeiten für den Misserfolg bei der Theorieprüfung verantwortlich.

Aus den Erwägungen:

...

2. Nach Art. 14 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG) wird der Führerausweis erteilt, wenn die amtliche Prüfung ergeben hat, dass der Bewerber die Verkehrsregeln kennt und Fahrzeuge der Kategorie, für die der Ausweis gilt, sicher zu führen versteht (Abs. 1). Nach Art. 42 Abs. 1 der Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV) dürfen Motorfahrzeugführer aus dem Ausland in der Schweiz nur Motorfahrzeuge führen, wenn sie: a. einen gültigen nationalen Führerausweis oder b. einen gültigen internationalen Führerausweis besitzen. Der ausländische nationale oder internationale Führerausweis berechtigt den Inhaber zur Führung aller Motorfahrzeugkategorien in der Schweiz, für die der Ausweis ausgestellt ist (Abs. 2). Einen schweizerischen Führerausweis benötigen: a. Fahrzeugführer aus dem Ausland, die seit 12 Monaten in der Schweiz wohnen und sich in dieser Zeit nicht länger als drei Monate ununterbrochen im Ausland aufgehalten haben; b. Personen, die berufsmässig in der Schweiz immatrikulierte Motorfahrzeuge der Führerausweis-Kategorien C, D oder DI führen (Abs. 3^{bis}). Zum Erwerb des schweizerischen Führerausweises bestimmt Art. 44 Abs. 1 VZV, dass dem Inhaber eines gültigen nationalen ausländischen Ausweises der schweizerische Führerausweis der entsprechenden Kategorie erteilt wird, wenn er auf einer Kontrollfahrt nachweist, dass er die Verkehrsregeln kennt und Fahrzeuge der Kategorien, für die der Ausweis gelten soll, sicher zu führen versteht. Der zum berufsmässigen Führen von Motorfahrzeugen berechtigende schweizerische Führerausweis wird Motorfahrzeugführern aus dem Ausland nur erteilt, wenn sie zusätzlich zur Kontrollfahrt an einer Prüfung nachweisen, dass sie die in der Schweiz für solche Führer geltende Regelung kennen (Abs. 2). Die Behörden ziehen bei der Erteilung eines schweizerischen Führerausweises Ausweise ein, die von EU- oder EFTA-Staaten ausgestellt worden sind, und senden sie an die Ausstellungsbehörde zurück. Sie vermerken in Ausweisen, die von anderen Staaten ausgestellt worden sind, die Ungültigkeit für die Schweiz. Der Inhalt der ausländischen Ausweise wird registriert (Abs. 4).

Ausländische Führerausweise können nach den gleichen Bestimmungen aberkannt werden, die für den Entzug des schweizerischen Führerausweises gelten (Art. 45 Abs. 1 VZV). Ausweise sind zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr bestehen (Art. 16 Abs. 1 SVG).

3. Vorliegend steht die Aberkennung des Führerausweises der Kategorie C in Frage. Die Kategorie B des ursprünglichen jugoslawischen Führerausweises des Beschwerdeführers war bereits 1991 umgeschrieben worden. Gestützt auf Art. 106 Abs. 2 SVG führen die Kantone die Führerprüfungen durch. Es gibt zwar keine ausdrückliche Bestimmung im SVG, welche die Kantone dazu verpflichtet, ausländischen Bewerbern um den schweizerischen Führerausweis das Recht zu gewähren, die theoretische Führerprüfung in ihrer Muttersprache abzulegen. Immerhin gibt die durch die Kantone beauftragte Vereinigung der Strassenverkehrsämter (VSA) für die Grundtheorie Fragebogen nicht nur in den schweizerischen Amtssprachen, sondern auch in den übrigen gebräuchlichsten Sprachen heraus. Ebenso wenig folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 4 BV und damit aus dem Rechtsgleichheitsprinzip eine Pflicht der Behörde, sich im schriftlichen Verkehr mit einem Bürger, der die Amtssprache des Kantons nicht beherrscht, in dessen Sprache an ihn zu wenden. Es ist grundsätzlich seine Sache, sich amtliche Schriftstücke übersetzen zu lassen (BGE 115 Ia 65; Arthur Häfliger, Die Sprachenfreiheit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, 84 f.). Vorliegend geht es indessen darum, dass Voraussetzung für die Teilnahme am Strassenverkehr in keiner Weise Sprachkenntnisse sind, und dass ein Ausländer ohne Wohnsitz in der Schweiz mit dem ausländischen Ausweis ohne weiteres am Verkehr in der Schweiz teilnehmen kann und auch nach Wohnsitznahme erst innert eines Jahres zur Umschreibung des Ausweises verpflichtet ist. Schon daraus ergibt sich zwingend, dass der Ausländer für die Ablegung formell erforderlicher Prüfungen die Möglichkeit haben muss, sich die Fragen in seine Muttersprache bzw. zumindest in eine Sprache übersetzen zu lassen, die er versteht und spricht. Andernfalls wäre die Rechtsgleichheit aufs schwerste beeinträchtigt.

Mit der angefochtenen Verfügung wird dem Beschwerdeführer faktisch die Möglichkeit genommen, den Führerausweis der Kategorie C, auf welchen er beruflich angewiesen ist, zu behalten. Dabei kann nichts davon abhängen, dass der Beschwerdeführer nicht bereits vor den nicht bestandenen Versuchen den Beizug eines Dolmetschers verlangt hat, da ihm jedenfalls kein treuwidriges Verhalten vorzuwerfen ist. In Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Aberkennungsverfügung aufzuheben und festzustellen, dass der Beschwerdeführer Anspruch darauf hat, die Kurz-Theorieprüfung unter Beizug eines Dolmetschers seiner Muttersprache ablegen zu können.

...

(Urteil Verwaltungsgericht vom 5. Juni 1997)

6. Verfahrensrecht

§ 50 und § 61 VRG. – Kreditbeschlüsse des Kantonsrates und des Regierungsrates sind keine beim Verwaltungsgericht anfechtbaren Verwaltungsentscheidungen. Die Nichtunterstellung solcher Beschlüsse unter das Referendum ist ebenfalls nicht beim Verwaltungsgericht anfechtbar.

A. Mit Beschluss vom 23. April 1996 sicherte der Regierungsrat der ZOPA, Zuger Opiat-Verschreibung, für eine Video-Dokumentation der ärztlichen Verschreibung von Betäubungsmitteln einen Betrag von maximal Fr. 25'000.- zu Lasten des Fonds für wohltätige, gemeinnützige und kulturelle Zwecke zu. Er erwog, dass während des 17-monatigen Versuchs im Kanton Zug sehr viele Daten erhoben, analysiert und in Forschungsberichten zusammengefasst würden. Das Endprodukt werde einen Bericht von Hunderten von Seiten darstellen, der nur einer kleinen Bevölkerungsgruppe verständlich sein werde. Um auch der breiten Bevölkerung einen Einblick in das Forschungsprojekt gewähren zu können, möchte das Zuger Projektteam den Versuch in Bild und Wort fassen. Die Probandinnen und Probanden sollten Gelegenheit haben, einen Teil ihrer Lebensgeschichte mit und ohne ZOPA zu schildern. Damit die Gespräche zielgerichtet erfolgten, erarbeite das Betreuungsteam zusammen mit dem Ethnologen und Videoschaffenden Heinz Nigg einen Gesprächsleitfaden. Die Gespräche führe Heinz Nigg und halte sie mittels Videoaufnahmen fest.

B. Am 14. Juni 1996 liessen X. und Kons. wegen Verletzung des Referendumsrechts Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen mit den Anträgen:

1. Es sei der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zug, datierend aus der Zeit vor dem 14. Mai 1996, betreffend das Projekt ZOPA, Zuger Opiat-Verschreibung, im Betrag von Fr. 25'000.- für eine Video-Dokumentation der ärztlichen Verschreibung, vollumfänglich aufzuheben.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

Zur Begründung wird ausgeführt, die Beschwerdeführer seien stimmberechtigte Bürger und machten eine Verletzung des Referendumsrechtes geltend. Hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtes berufen sie sich auf § 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes. Über den angefochtenen Beschluss des Regierungsrates habe die Neue Zuger Zeitung am 14. Mai 1996 berichtet. Eine amtliche Publikation sei nicht erfolgt. Die 30-tägige Beschwerdefrist sei gewahrt.

In materieller Hinsicht verweisen die Beschwerdeführer auf § 34 Abs. 1 der Kantonsverfassung, wonach neue einmalige Ausgaben von mehr als Fr. 500'000.- dem fakultativen Referendum unterliegen. Am 4. Mai 1995 habe der Kantonsrat einen Kredit in der Höhe von Fr. 480'000.- für die Durchführung der Zuger Opiat-Verschreibung "ZOPA" bewilligt. In seiner Vorlage vom 31. Januar 1995 habe der Regierungsrat dem Kantonsrat bean-

tragt, einen Betrag von maximal Fr. 480'000.- zu gewähren. Der vorberatenden Kommission habe der Vertreter des Regierungsrates erklärt, über den Betrag von Fr. 480'000.- hinaus würden keine zusätzlichen Kosten entstehen. Daraufhin habe die vorberatende Kommission auf einen Antrag, den Kredit dem Behördenreferendum zu unterstellen, verzichtet. Die Staatswirtschaftskommission habe ausgeführt, gemäss der glaubwürdigen und ausdrücklichen Versicherung des Sanitätsdirektors habe sie zur Kenntnis genommen, dass eine nachträgliche Erhöhung des Kantonsbeitrages nicht in Frage käme, sollte der Versuch zu höheren Kosten führen. Beide Ausgabenentscheide zusammen ergäben die Summe von Fr. 505'000.-. Eine Ausgabe in dieser Höhe hätte dem fakultativen Referendum unterstellt werden müssen. Nach ständiger Rechtsprechung sei es unzulässig, die in der Verfassung für das Referendum gegen Kreditbeschlüsse festgesetzten Grenzen durch Aufteilung zusammengehörender Vorlagen zu umgehen. Der Regierungsrat hätte deshalb nicht in derselben Angelegenheit für dasselbe Projekt einen Ausgabenbeschluss fällen dürfen, der zur Überschreitung des referendumsberechtigten Betrages führe.

C. Namens des Regierungsrates beantragt die Sanitätsdirektion des Kantons Zug in ihrer Vernehmlassung vom 18. Juli 1996, die Beschwerde sei vollumfänglich und unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird in materieller Hinsicht insbesondere ausgeführt, gemäss Lehre und Rechtsprechung müssten die Ausgaben zusammengerechnet werden, wenn sie zwangsläufig voneinander abhängen. Davon könne jedoch im vorliegenden Fall keine Rede sein. Bei der Kreditvorlage über Fr. 480'000.- habe das Parlament darüber entschieden, ob sich der Kanton Zug am Versuch des Bundes über die ärztliche Verschreibung von Betäubungsmitteln beteiligen und die dafür notwendige Finanzierung übernehmen solle. Das ZOPA-Projekt inklusive der für die Wissenschaftlichkeit dieses Bundesversuches notwendigen Datenerfassung und Berichterstattung könnte auch ohne Video-Film durchgeführt werden. Der Entscheid über die Frage, ob der Versuch auch filmisch dokumentiert werden solle, beeinflusse oder bedinge deren Betrieb in keiner Weise. Die Ausgaben dienten auch in keiner Weise dem selben Zweck. Der Versuch der ärztlichen Opiat-Verschreibung solle darüber Aufschluss geben, ob die ärztlich kontrollierte Abgabe von Betäubungsmitteln eine mögliche Therapie auf dem Weg zur Drogenabstinenz darstelle. Mit der Filmdokumentation solle der breiten Bevölkerung ein allgemein verständlicher Einblick in dieses Forschungsprojekt ermöglicht werden. Ein enger, die Zusammenrechnungspflicht begründender Zusammenhang der beiden Vorlagen sei nicht gegeben. Im Übrigen sei die Idee einer filmischen Umsetzung der ZOPA erst zwei Monate nach dem Entscheid des Kantonsrates aufgekommen. Von einer Irreführung könne keine Rede sein.

Schliesslich führt der Regierungsrat aus, bei seinem Beschluss vom 23. April 1996 habe es sich nicht um einen Ausgabenbeschluss, sondern viel-

mehr um einen reinen Vollzugsbeschluss im gesetzlichen Auftrag gehandelt. Mit der Zusicherung des Kostenbeitrags von Fr. 25'000.- zu Lasten des Fonds für wohltätige, gemeinnützige und kulturelle Zwecke an das Projekt ZOPA habe der Regierungsrat keine neue Ausgabe beschlossen, sondern von der ihm durch den Kantonsrat im Beschluss bezüglich der Verwendung der Gelder der Interkantonalen Landes-Lotterie zugewiesenen Verwendungskompetenz Gebrauch gemacht. Der Regierungsrat habe somit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer weder in die Ausgabenkompetenz des Kantonsrates eingegriffen, noch das Referendumsrecht tangiert.

D. In einem zweiten Schriftenwechsel hielten die Beschwerdeführer in ihrer Replik vom 2. September 1996 und der Regierungsrat in der Duplik vom 28. Oktober 1996 an ihren Standpunkten fest. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1. Gemäss § 34 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zug (KV) unterliegen Beschlüsse, die eine neue einmalige Ausgabe von mehr als Fr. 500'000.- zur Folge haben, der Volksabstimmung, wenn ein entsprechendes von 1'500 Stimmberechtigten unterzeichnetes Begehren eingereicht wird (Referendum). Der Beschluss des Kantonsrates vom 4. Mai 1995 und der Beschluss des Regierungsrates vom 23. April 1996 betreffen den Versuch mit ärztlicher Verschreibung von Betäubungsmitteln. Der Gesamtbetrag von Fr. 505'000.- stellt eine Ausgabe dar, welche der Höhe nach unter die Referendumspflicht fällt. Strittig ist allerdings, ob die beiden Kreditbeschlüsse zusammenzurechnen sind oder nicht. Die Streitfrage betrifft das Stimmrecht. Die Beschwerdeführer machen als Stimmberechtigte eine Verletzung ihres Referendumsrechts und damit ihres Stimmrechtes geltend und rufen unter Hinweis auf § 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) das Verwaltungsgericht an. Der Regierungsrat beantragt Abweisung und lässt sich damit auf das Verfahren ein, ohne sich zur Zulässigkeit der Beschwerde zu äussern. Das Gericht hat jedoch seine Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen (§ 6 Abs. 2 VRG).

2. Gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 VRG ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst. Als Entscheide im Sinne des Gesetzes gelten gemäss § 4 VRG Anordnungen und Feststellungen der diesem Gesetz unterstellten Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung sowie Urteile des Verwaltungsgerichtes. Gemäss ständiger Praxis stimmt der Begriff des Verwaltungsentscheides mit dem Verfügungsbegriff des Bundesrechtes überein (VGE vom 16. Juni 1994 i.S. A.; GVP 1979/80, 81 = ES 79 Bl. 14.; Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, S. 116). Verwaltungsentscheide unterliegen der Verwaltungsbeschwerde oder

der Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Sinne der Generalklausel, soweit die Gesetzgebung keinen Ausschluss vorsieht (§ 4 und § 61 VRG). Die Beschwerdeberechtigung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren richtet sich gemäss § 62 VRG nach der Berechtigung zur Verwaltungsbeschwerde gemäss § 41 VRG. Auch die Beschwerdelegitimation wird in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht ausgelegt. Legitimiert ist, wer durch eine Verfügung in höherem Masse als jeder beliebige Dritte oder die Allgemeinheit berührt wird (GVP 1995/96, 8; GVP 1977/78, 175). Im vorliegenden Fall liegt keine Verfügung vor, welche an die Beschwerdeführer adressiert ist oder durch welche sie mehr als jeder beliebige Dritte betroffen sind. Sie berufen sich denn auch nicht auf eine individuelle Legitimation zur Beschwerde aus einer besonderen Nähe zur Streitsache, sondern sie machen als Stimmberechtigte eine Verletzung des Referendumsrechts und damit des Stimmrechtes geltend.

3. Kreditbeschlüsse des Regierungsrates stellen – für sich selbst betrachtet – keine hoheitlichen Anordnungen im Einzelfall dar. Vorbehalten bleiben Subventionsentscheide aufgrund individueller Rechtsansprüche. Ein Kreditbeschluss als Kreditbeschluss ist mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde demnach nicht anfechtbar. Der Regierungsrat hat insbesondere auch keine Publikationsvorschrift verletzt, indem er den Beschluss nicht öffentlich angezeigt hat. Mangels Verfügungscharakters konnte das Verwaltungsgericht beispielsweise auch nicht auf die Beschwerde der Belegärzte gegen den Regierungsratsbeschluss über die Erhöhung des Abgabesatzes auf den Honoraren (VGE vom 16. Juni 1994 i.S. A.), noch auf die Beschwerde von Lehrpersonen gegen den Regierungsratsbeschluss betreffend Beginn und Ende des Schuljahres (VGE vom 26. September 1991 i.S. L.) eintreten. In diesen Fällen handelte es sich um Entscheide generell-abstrakten Charakters.

4. Im Abschnitt "besondere Beschwerden" regelt das Verwaltungsrechtspflegegesetz die "Beschwerde gegen Urnenwahlen und -abstimmungen" (§ 50 VRG). Die Bestimmung lautet wie folgt:

¹ Gegen Urnenwahlen und -abstimmungen kann beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden.

² Die Vorschriften über die Verwaltungsbeschwerde kommen sinngemäss zur Anwendung mit folgenden Änderungen:

1. Die Beschwerdefrist beträgt 8 Tage; der Fristenlauf beginnt mit dem der Wahl oder Abstimmung folgenden Tag.
2. Ausser den in ihrer Rechtstellung unmittelbar Betroffenen ist jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt.
3. Es kann nur wegen Rechtsverletzung Beschwerde geführt werden.

³ Der Regierungsrat kann die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur direkten Beurteilung überweisen. In diesem Falle hat er einen Untersuchungsbericht beizufügen."

Die Beschwerde von § 50 VRG steht in gewissem Zusammenhang mit der Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse gemäss § 49 VRG. Nach konstanter

Praxis können mit der Beschwerde nach § 50 VRG bei gemeindlichen Entscheiden auch materiell-rechtliche Rügen erhoben werden. Im Übrigen dient die Beschwerde abstimmungsrechtlichen Rügen auf kantonaler und gemeindlicher Ebene (GVP 1995/96, 8; GVP 1981/82, 3). Die Beschwerde kann "gegen Urnenwahlen und -abstimmungen" geführt werden. Im mehrfach genannten Entscheid GVP 1995/96, 8 hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass die Beschwerde insofern nicht strikte an das Anfechtungsobjekt der Urnenwahl oder Urnenabstimmung gebunden ist, als auch die Nichtgenehmigung eines Gemeindeversammlungsbeschlusses durch den Regierungsrat von Stimmberechtigten angefochten werden kann (vgl. auch GVP 1993/94, 177; ZBl. 1996, S. 21). Bei jenem Fall geht es aber um die Anerkennung des Entscheides des gemeindlichen Souveräns. Die abstimmungsrechtlichen Rügen umfassen Beanstandungen betreffend die Durchführung der Wahl und die Gewährleistung des Rechts des Stimmberechtigten, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht dem freien Willen der Stimmberechtigten entspricht. Die Beschwerdeführer fordern mit ihrer Beschwerde einen konsequenten und umfassenden Schutz des Referendums- bzw. des Stimmrechtes, indem sie dessen Schutz nicht nur bei Fehlern in der Durchführung, sondern insbesondere auch im extremen Fall der faktischen Verweigerung verlangen. Eine solche Anfechtungsmöglichkeit sieht aber die Gesetzgebung nicht vor. Weder können Verletzungen des Referendumsrechts durch den Kantonsrat oder durch den Regierungsrat direkt beim Verwaltungsgericht geltend gemacht werden, noch steht dem Regierungsrat im Rahmen der Beschwerde von § 50 VRG beispielsweise das Recht zu, einen Kantonsratsbeschluss wegen Verletzung des Referendumsrechtes aufzuheben. Zwar kann der Regierungsrat die Beschwerde im Gegensatz zu § 61 Abs. 2 VRG ohne Zustimmung der Beschwerdeführer ans Verwaltungsgericht zur direkten Beurteilung überweisen. Diese Bestimmung ändert jedoch nichts an der primären Zuständigkeit des Regierungsrates. Diese systematischen Überlegungen bestätigen deshalb die Auslegung von § 50 Abs. 1 VRG in seinem Wortlaut. Beschwerden wegen Verletzung des Stimmrechtes sind im Rahmen von Beschwerden "gegen Urnenwahlen und -abstimmungen" zulässig. Dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht ist aber keine umfassende Kompetenz eingeräumt, Entscheide, insbesondere auch Entscheide des Kantonsrates, welche das Referendumsrecht verletzen würden, aufzuheben. Zwar richtet sich im vorliegenden Fall die Beschwerde gegen einen Kreditbeschluss des Regierungsrates. Die Krediterteilung durch den Regierungsrat hängt mit der Höhe des Kredites und der Ausrichtung zu Lasten des Fonds für wohltätige, gemeinnützige und kulturelle Zwecke zusammen. Dieser Aspekt kann aber bei der systematischen Auslegung von § 50 VRG nicht massgebend sein. Eine Anfechtung ist deshalb auch nach § 50 VRG nicht möglich.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass nach kantonalem Recht kein Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat oder dem Verwaltungsgericht

zur Verfügung steht. Auf die Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden. Unter diesen Umständen braucht nicht geprüft zu werden, ob die Beschwerde rechtzeitig eingereicht worden ist. Immerhin ist auf die Frist von acht Tagen gemäss § 50 Abs. 2 Ziff. 1 VRG ab dem der Abstimmung folgenden Tag hinzuweisen sowie auf die Frist von 30 Tagen nach Mitteilung des weiterziehbaren Entscheides für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (§ 64 VRG). Die Beschwerde vom 14. Juni 1996 wäre um einen Tag verspätet, wenn auf die Kenntnisnahme durch die Mitteilung in der Neuen Zürcher Zeitung vom 14. Mai 1996 als Kenntnisnahme abzustellen wäre. Ob jedoch die Zeitungsmeldung den Fristenlauf auslösen würde, kann offen bleiben, da ohnehin auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Gemäss § 25 VRG wird auf eine Kostenaufgabe verzichtet.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 20. Februar 1997)

Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG). – Ablauf einer Frist. Wann ist die Frist bei Einzahlung des Kostenvorschusses über eine Bank eingehalten?

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 26 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG) kann die Behörde von demjenigen, der eine Amtshandlung beantragt oder ein Verfahren einleitet, einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen. Wird der Kostenvorschuss trotz Androhung der Folgen innert der angesetzten Frist nicht geleistet, so kann die Amtshandlung unterbleiben bzw. das Verfahren abgeschrieben werden (§ 26 Abs. 2 VRG).

Nach § 10 Abs. 1 VRG läuft eine Frist um Mitternacht des letzten Tages ab. Praxisgemäss bedeutet dies, dass eine schriftliche Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist an die Stelle, bei der sie einzureichen ist, gelangen oder zu deren Händen der schweizerischen Post übergeben sein muss. Diese Regelung muss analog auch für die fristgemässe Einzahlung eines Kostenvorschusses gelten. Auch hier wird die Frist nur gewahrt durch die Einzahlung bei der Staatskasse oder bei der schweizerischen Post ("Datum des Poststempels" gemäss Kostenvorschussverfügung). Im letzten Fall genügt zwar die Postaufgabe des herkömmlichen Giromandates, nicht jedoch schon der Zahlungsauftrag an eine Bank oder irgendwelche Buchungsmassnahmen derselben. Vorausgesetzt ist, dass die Bank die Zahlung nach diesen Regeln rechtzeitig an die Post weiterleitet (Urteil des EVG vom 24. März 1997 i.S. C.-M. AG, RKUV 1997, 272 f.).

Nach Eingang der Beschwerde vom 19. August 1997 setzte der Vorsitzende der verwaltungsrechtlichen Kammer des Gerichts dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 20. August 1997 eine Frist bis zum 10. September 1997, innert welcher er einen Kostenvorschuss von Fr. 350.- zu bezahlen habe. Die

Fristansetzung wurde mit der Androhung verbunden, dass bei Nichtbezahlung innert Frist auf die Beschwerde nicht eingetreten werde. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss ging gemäss Verrechnungsausweis bzw. Zahlungsanzeige der PTT am 12. September 1997 ein. In einer ersten Stellungnahme vom 22. Oktober 1997 führte der Beschwerdeführer aus, dass ihm gemäss Belastungsanzeige der Credit Suisse vom 10. September 1997 die Zahlung mit Valuta 10. September 1997 belastet worden sei. Gemäss mündlicher Auskunft der Credit Suisse würden solche Aufträge mit gleichem Valutadatum an die PTT überwiesen. Mit Eingabe vom 27. Januar 1998 reichte der Beschwerdeführer eine Bestätigung der Credit Suisse vom 18. Dezember 1997 mit folgendem Inhalt ein:

"Hiermit bestätigen wir Ihnen, dass die Zahlung über CHF 350.- am 10. September 1997 von der Credit Suisse verarbeitet und zugunsten Kant. Finanzverwaltung Zug ausgeführt worden ist".

Das Bundesgericht hat in Bezug auf die hier erfolgte Bezahlung eines Kostenvorschusses über die Bank unter Benützung des Sammelauftragsdienstes der PTT entschieden, dass es für die Rechtzeitigkeit der Kostenvorschusszahlung genügt, wenn einerseits spätestens der letzte Tag der vom Bundesgericht festgesetzten Frist als Fälligkeitsdatum eingesetzt ist und andererseits der Datenträger von der Bank innert dieser Frist der Post übergeben wird. Es ist nicht mehr erforderlich, dass die Gutschrift auf dem Empfängerkonto noch innert der Zahlungsfrist erfolgen kann (BGE 118 Ia 12 f.). Es muss der Datenträger durch die beauftragte Bank zuerst an eine Zentralstelle der Banken übermittelt und von dieser zusammen mit anderen Aufträgen auf einen Datenträger eingegeben werden, und dieser muss noch innert der Frist an die Verarbeitungsstelle der PTT übermittelt werden, worauf der Zahlungsauftrag den PTT erst als individuell erfasster und ausführbarer Auftrag – analog zur Einzahlung am Postschalter – vorliegen kann (BGE 118 Ia 13). Diese Praxis hat zur Folge, dass der Datenträger spätestens einen Tag vor Ablauf der Zahlungsfrist bei den PTT eintreffen muss, weil die Verarbeitung der Sammelaufträge jeweils am nächstfolgenden Postwerktag erfolgt. Trifft der Datenträger erst am angegebenen Fälligkeitsdatum oder später bei den PTT ein, ist die Frist somit nicht gewahrt (vgl. RKUV 1997, 273).

Aufgrund der eingereichten Belege ist davon auszugehen, dass die Kostenvorschusszahlung des Beschwerdeführers verspätet geleistet worden ist. Denn der Nachweis im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass der Datenträger der Zentralstelle der Banken noch innert der Frist an die Verarbeitungsstelle der PTT übermittelt worden ist, was dessen Eintreffen spätestens einen Tag vor Ablauf der Zahlungsfrist bedingte, obliegt dem Beschwerdeführer, der ihn schuldig geblieben ist.

Der beweispflichtige Beschwerdeführer kann indessen nicht – so in seiner Eingabe vom 27. Januar 1997 – dem Gericht eine Nachfrist und die Einrei-

chung weiterer Beweismittel für den Fall beantragen, dass das Gericht sein Beweisanerbieten als ungenügend erachten sollte. Es wurden ihm für die Beweisführung ausreichend Fristerstreckungen gewährt. Der erforderliche Nachweis ist ihm nicht gelungen. Ist innert der angesetzten Frist kein Kostenvorschuss eingegangen, kann das Verfahren nach § 26 Abs. 2 VRG abgeschlossen werden. Nach allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätzen kann das Beschwerdeverfahren aber auch durch Nichteintreten erledigt werden (Art. 150 Abs. 4 OG, vgl. ES 1995, Blatt 1), wonach hier verfahren wird.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 20. August 1998)

§ 17 und § 40 VRG, § 39 GG. – Der Regierungsrat kann in Entscheide eines Gemeinderates als Beschwerdeinstanz oder als Aufsichtsbehörde eingreifen oder vorsorgliche Massnahmen treffen. Diese sind gesondert beim Verwaltungsgericht anfechtbar, wenn bis zum Endentscheid ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

In einer Untersuchung in einem sensiblen Bereich, welche vom Gemeinderat durchgeführt wird, interveniert der Regierungsrat im Sinne einer geordneten Durchführung des Verfahrens, der Wahrung des Amtsgeheimnisses und der Prüfung von Ausstandsgründen. Der Gemeinderat erhebt gegen die Anordnung Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

...

2. Der Regierungsrat ist zuständig zur Behandlung von Beschwerden gegen einen Gemeinderat (§ 40 Abs. 2 VRG). Der Regierungsrat übt aber auch die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden aus (§ 33 Abs. 1 des Gemeindegesetzes, GG). Der Regierungsrat kann gemäss § 39 GG nach fruchtloser Mahnung oder nach Abschluss der Untersuchung, in dringenden oder offenkundigen Fällen ohne Verzug, aufsichtsrechtliche Massnahmen treffen, insbesondere den Gemeindeorganen verbindliche Weisungen erteilen, deren Verfügungen aufheben und durch eigene Verfügungen ersetzen (§ 39 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 GG).

Gemäss § 17 VRG kann die Behörde zur Erhaltung des Zustandes oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen treffen. Diese Bestimmung im allgemeinen Teil des Verwaltungsrechtspflegegesetzes gilt für die dem Gesetz unterstellten Verwaltungsbehörden des Kantons und der Gemeinden (§ 2 VRG). Sie gilt für den Regierungsrat in seiner Eigenschaft als Beschwerde- oder als Aufsichtsinstanz, soweit nicht Spezialbestimmungen etwas anderes vorsehen.

3. Der Erledigung des Verfahrens vor dem Regierungsrat kann nicht vorgegriffen werden. Soweit sich der Regierungsrat auf seine aufsichtsrechtliche Zuständigkeit beruft, ist Folgendes zu bemerken. Aus den allerdings noch unvollständigen Akten ergibt sich, dass die Sorge um eine geordnete Durchführung des Verfahrens, die Wahrung des Amtsgeheimnisses und die Prüfung von Ausstandsgründen berechtigt ist. Vom Gegenstand des Verfahrens her ergeben sich gewichtige Interessen am Persönlichkeitsschutz. Diese Interessen können nicht ohne weiteres in einem nachfolgenden Beschwerdeverfahren voll gewahrt werden. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil könnte bereits durch eine fehlerhafte Durchführung des Verfahrens entstehen. Die weitere Erledigung ist für das Vertrauen in Behörden und Schule von wesentlicher Bedeutung. Ein aufsichtsrechtliches Eingreifen des Regierungsrates ist unter diesen Umständen keineswegs zu beanstanden. Von einer Nichtigkeit der angefochtenen Massnahme kann somit keine Rede sein.

4. Die gesonderte Anfechtbarkeit der vom Regierungsrat getroffenen vorsorglichen Massnahme hängt davon ab, ob ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Der Gemeinderat beruft sich auf die Gemeindeautonomie sowie auf verfahrensrechtliche Zuständigkeitsnormen, legt aber nicht dar, inwiefern der vorsorglich verfügte Ausstand von fünf Mitgliedern der Schulkommission zu einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil führt. Ein solcher Nachteil ist nicht ersichtlich. Weitere Vorbringen sind in diesem Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 1. Mai 1997)

II. Zivilrecht

1. Familien- und Erbrecht

Art. 156 Abs. 2 ZGB, Art. 285 Abs. 1 ZGB. – Der Richter setzt den Betrag fest, den der Ehegatte, dem das Kind in einer Scheidung nicht zugesprochen wird, an die Kosten des Unterhaltes des Kindes zu leisten hat. Allerdings ist das Existenzminimum des Rentenschuldners auch im Fall des Unterhaltsanspruches des Kindes zu beachten. Lebt der Vater in einem afrikanischen Land wie Burkina Faso, so kann er, wenn er mit seinem Einkommen sein eigenes Existenzminimum kaum zu decken vermag, nicht zur Bezahlung eines Unterhaltsbeitrages für sein Kind verpflichtet werden.

Aus den Erwägungen:

4.3 Der Richter setzt den Betrag fest, den der Ehegatte, dem das Kind nicht zugesprochen wird, an die Kosten des Unterhaltes des Kindes zu leisten hat (Art. 156 Abs. 2 ZGB). Nach Art. 285 Abs. 1 ZGB, auf den Art. 156 Abs. 2 ZGB verweist, soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte des Kindes berücksichtigen. Ferner ist zu beachten, dass der Elternteil, dem ein Kind zugewiesen wird, gewöhnlich schon dadurch eine bedeutende Leistung erbringt, dass er die Betreuungsaufgaben persönlich wahrnimmt. Die Festlegung der genauen Höhe des Unterhaltsbeitrags ist dem Ermessen des Richters vorbehalten. Er erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung; eine Bindung an die Parteianträge besteht nicht (Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 4. A., Bern 1994, Rz 21.05, mit Hinweis auf BGE 118 II 94). Zu beachten ist, dass es sich bei den Bedürfnissen eines Kindes nicht um eine feststehende Grösse handelt; sie müssen vielmehr von Fall zu Fall beurteilt werden. Gemäss konstanter Praxis des Kantonsgerichtes Zug werden die Empfehlungen des Jugendamtes des Kantons Zürich zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder (Ausgabe Januar 1988; Indexstand Januar 1998: 144,0 / Basis Dezember 1982 = 100; nachfolgend als "Empfehlungen" bezeichnet) als Richtlinie herangezogen. Der durchschnittliche Unterhaltsbedarf für ein Kind per 1. März 1998 beläuft sich gemäss den "Empfehlungen", je nach Alter des Kindes, auf Fr. 1'325.- bis Fr. 1'491.- pro Monat, wobei der Barbedarf zwischen Fr. 710.- und Fr. 1'328.- pro Monat liegt. Dieser Rahmen hat deshalb als Ausgangsbasis für die folgenden Betrachtungen zu dienen:

4.3.1 Die Klägerin arbeitet zur Zeit als Sekretärin in einem 50%-Pensum und verdient monatlich Fr. 1'817.- netto. Zusätzlich bezieht sie Arbeitslosenentschädigung von durchschnittlich Fr. 2'000.- im Monat. Während ihrer Arbeitszeit wird das Kind C. z.T. von der Mutter der Klägerin, z.T. im Kin-

derhort betreut, für welchen sie zwischen Fr. 200.- und Fr. 500.- monatlich aufwenden muss. Um an die Arbeitsstelle in S. zu gelangen, ist die Klägerin ferner auf ein Auto angewiesen.

Das Existenzminimum der Klägerin und ihres Sohnes berechnet sich ungefähr wie folgt:

Grundbetrag	Fr. 1'010.-
Zuschlag C.	Fr. 195.-
Kinderhort (im Durchschnitt)	Fr. 350.-
Wohnungsmiete	Fr. 1'515.-
Krankenkasse	Fr. 230.-
Versicherungen	Fr. 40.-
Auto	<u>Fr. 400.-</u>
total	<u>Fr. 3'740.-</u>

Ihren Einkünften von monatlich durchschnittlich Fr. 3'817.- steht demnach ein Notbedarf von Fr. 3'740.- gegenüber. Dies ergibt einen monatlichen Überschuss von Fr. 77.-.

4.3.2 Die finanziellen Verhältnisse des Beklagten sind unbekannt. Gemäss Angaben der Klägerin betreibt der Beklagte ein Geschäft mit Elektronikartikeln in Burkina Faso. Der Beklagte selber nahm zu seinen finanziellen Verhältnissen keine Stellung. Dessen ungeachtet ist ein Vater jedoch grundsätzlich verpflichtet, an den Unterhalt des Kindes Beiträge zu entrichten, die es diesem erlauben, unter Berücksichtigung der Leistungen anderer Unterhaltspflichtiger, einen den Verhältnissen angemessenen Lebensstil zu führen. Allerdings ist gemäss neuester Rechtsprechung des Bundesgerichts das Existenzminimum des Rentenschuldners auch im Fall des Unterhaltsanspruches des Kindes zu beachten (BGE 123 III 5).

Geht man davon aus, dass der Beklagte in der Schweiz als Elektronikfachmann ca. Fr. 6'000.- netto monatlich verdienen würde, ist ihm ein Monatseinkommen in Burkina Faso von ca. Fr. 240.- anzurechnen, wenn man berücksichtigt, dass das Lohnniveau in Nairobi (als Vergleich) bei 4.0 % desjenigen in der Schweiz liegt (vgl. UBS-Publikation "Preise und Löhne rund um die Welt", Ausgabe 1997, S. 7). Es ist nun allgemein bekannt, dass Leute in afrikanischen Ländern wie Burkina Faso mit ihrem Einkommen ihr Existenzminimum nur knapp oder gar nicht decken können. Einzig eine kleine oberste Schicht, welcher der Beklagte nicht anzugehören scheint, kann als wohlhabend bezeichnet werden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beklagte mit seinem Einkommen kaum sein eigenes Existenzminimum zu decken vermag (vgl. dazu die Tabelle "Preisniveau" in der UBS-Publikation, a.a.O., S. 6, wonach das Preisniveau in Nairobi 58.8 % desjenigen in Zürich beträgt - also im Vergleich zum Lohnniveau sehr hoch liegt). Mithin kann der Beklagte in casu nicht zur Bezahlung eines Unterhaltsbeitrages für das

Kind C. verpflichtet werden. Sollten sich die Verhältnisse, z.B. infolge Rückkehr des Beklagten in die Schweiz, ändern, so hat die Klägerin die Möglichkeit, um eine Änderung des Scheidungsurteils gestützt auf Art. 157 ZGB zu ersuchen.

(Kantonsgericht, 11. März 1998, i.S. Z./Z.)

Art. 518, Art. 519 Abs. 2 und Art. 520 ZGB. – Eine Nacherbin ist aktivlegitimiert im Prozess um die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung. Ein Vorerbe ist passivlegitimiert im Prozess um die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung. Geht der Streit um die Existenz der Willensvollstreckung, ihr Bestehen, ihren Inhalt, ihren Umfang, so ist der Willensvollstrecker passivlegitimiert; schliesst der eingesetzte Willensvollstrecker die Nachlassangelegenheit weitgehend ab, so kann sich dieser mit der anschliessenden Niederlegung des Mandats seiner offensichtlich gegebenen Passivlegitimation nicht entledigen.

Aus den Erwägungen:

1. Am 15. September 1996 verstarb J.B. Im Rahmen eines Erbvertrages vom 16. Februar 1984 – mit welchem A.B., Bruder der Erblasserin (Beklagter 1), als Erbe und P.B. (Klägerin) und deren Kinder als Nacherben eingesetzt worden waren – hatte die Erblasserin RA G., ev. RA T., zum Willensvollstrecker bestimmt. Mit Nachtrag vom 18. August 1995 widerrief sie diese Einsetzung und bestimmte RA T. (Beklagter 2), ev. RA B., als neue Willensvollstrecker.

2. Die Beklagten (A. B. und RA T.) machen zunächst geltend, die Klägerin (P.B.) sei im vorliegenden Prozess nicht aktivlegitimiert, da sie lediglich Nacherbin und der Beklagte 1 (A.B.) als Vorerbe von der Sicherstellungspflicht befreit worden sei. Damit habe die Klägerin kein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Ungültigkeit bzw. an der Frage, wer als Willensvollstrecker die Erbteilung vornehme.

Die Ungültigkeitsklage kann laut Art. 519 Abs. 2 ZGB von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse an der Ungültigerklärung hat. Als klageberechtigte Erben sind dabei auch die Nacherben zu betrachten, welche nach dem Wegfall des Erstgenannten die Erbschaft erlangen (Tuor, Berner Kommentar, 2. A., Bern 1952, N 9 zu Art. 519 ZGB). Die Aktivlegitimation der Klägerin ist somit gegeben. Auch das Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der Ungültigerklärung des angefochtenen Testaments muss bejaht werden, da sie als Nacherbin ebenfalls von der Aufgabenerfüllung des Willensvollstreckers betroffen ist. Sie hat ein Interesse daran, dass die Vollstreckung des Willens der Erblasserin vom rechtmässig eingesetzten Willensvollstrecker vorgenommen wird.

3. Der Beklagte 1 macht geltend, er könne nicht Adressat der vorliegenden Klage sein, da er als Erbe und angesichts des Bestandes eines Willensvollstreckermandates nicht mit der Abwicklung des Erbanges betraut sei. Mithin sei er im vorliegenden Prozess nicht passivlegitimiert.

Passivlegitimiert im Prozess um Ungültigerklärung sind die an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Verfügung interessierten Personen (Küng, Entscheide des Bundesgerichts zum Erbrecht, Bern 1991, S. 175; Druet, Grundriss des Erbrechts, 3. A., Bern 1992, § 12 RN 51). Die Klage richtet sich bei partieller Ungültigkeit der Anordnung gegen den aus dieser speziellen Anordnung Berechtigten, bei totaler Ungültigkeit des Testaments kann sie – muss es aber nicht – gegen alle darin bedachten oder bevorzugten Personen gehen (Tuor, a.a.O., N 11 zu Art. 519 ZGB).

Das Interesse des Beklagten 1 an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Verfügung muss bejaht werden. Wer eine Erbschaft verwaltet, den Nachlass feststellt und die Liquidation vornimmt, greift naturgemäss in die Rechte der betroffenen Erben ein, so dass es einem Erben nicht gleichgültig sein kann, wer die Aufgaben des Willensvollstreckers wahrnimmt. Mit der letztwilligen Verfügung vom 18. August 1995 wurde lediglich der Absatz VI des Erbvertrages vom 16. Februar 1984 abgeändert. Die restlichen Bestimmungen, insbesondere auch die Einsetzung des Beklagten 1 als Vorerbe, blieben unverändert. Mithin hat sich die Ungültigkeitsklage auch gegen den Beklagten 1 als im Erbvertrag (einzige) erstbedachte Person zu richten. Hätte der Beklagte 1 tatsächlich kein Interesse an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Verfügung, so wäre nicht zu verstehen, weshalb er, der die Ungültigkeit der angefochtenen Verfügung an sich nicht bestreitet, sich der Klage widersetzt hat. Nur nebenbei ist ergänzend festzuhalten, dass ein Entscheid über die Passivlegitimation des Beklagten 1 in einem Sachurteil und nicht in einem Nichteintretensbeschluss zu treffen wäre.

4. Der Beklagte 2 macht geltend, er habe im Anschluss an die Verfügung vom 3. Februar 1997 das Mandat als Willensvollstrecker mit Schreiben an die Erbteilungskommission vom 18. Februar 1997 niedergelegt. Damit entfalle seine Passivlegitimation.

Diese Auffassung geht fehl. Geht der Streit wie im vorliegenden Fall um die Existenz der Willensvollstreckung, ihr Bestehen, ihren Inhalt, ihren Umfang, so ist die Passivlegitimation des Willensvollstreckers gegeben; er ist selbst Prozesspartei (Tuor, a.a.O., N 31 zu Art. 518 und dortige Zitate). Im Zeitpunkt der Klageeinleitung hat sich der Beklagte 2 denn auch noch auf den Standpunkt gestellt, er sei rechtmässig eingesetzter Willensvollstrecker. Er hat sich gegen die vorliegende Ungültigkeitsklage zunächst denn auch vehement zur Wehr gesetzt und ausgeführt, die Behauptung der Gegenpartei, die Erbteilung werde durch einen nicht legitimierten Willensvollstrecker vorgenommen, sei absolut haltlos. Bis zum Erhalt der Referentenverfügung

vom 3. Februar 1997 hat er die Nachlassangelegenheit nach eigenen Angaben weitgehend abgeschlossen. In der Folge hat er nach Erhalt der Referentenverfügung, womit ihm im Sinne einer vorsorglichen Massnahme – d.h. während der Dauer des Prozesses – verboten wurde, irgendwelche Handlungen im Zusammenhang mit der Verwaltung und Teilung des Nachlasses vorzunehmen, am 18. Februar 1997 sein Mandat als Willensvollstrecker mit sofortiger Wirkung niedergelegt. Damit hat der Beklagte 2 – wenn auch nicht *expressis verbis* – die Klage anerkannt. Mit dieser Parteihandlung aber konnte sich der Beklagte 2 seiner offensichtlich gegebenen Passivlegitimation nicht entledigen.

8. Die Klägerin führt schliesslich aus, die Gutheissung der Klage beinhaltet, dass die vom Beklagten 2 bislang getätigten Handlungen keine Rechtswirkungen zu zeitigen vermochten und dass dem richterlichen Urteil rückwirkende Kraft zukomme.

Das ZGB sieht eine letztwillige Verfügung, die für sich den Schein der Echtheit, Bestimmtheit und Willensgemässheit hat, zunächst als rechtlich gültig an. Erst auf Anfechtung hin kann die Frage der Rechtsbeständigkeit geprüft werden (Tuor, a.a.O., N 5 zu Vorbemerkungen zu den Art. 519-521 ZGB). Deshalb vermag auch nicht schon die Anfechtung als solche, sondern erst das gerichtliche Urteil die bis anhin von der Rechtsordnung als zu Recht bestehende Verfügung zu entkräften. Dies gilt namentlich auch für die Stellung eines durch letztwillige Verfügung eingesetzten Willensvollstreckers. Solange er seiner Funktion als Willensvollstrecker und Erbschaftsverwalter nicht durch gerichtlichen Entscheid enthoben wird, liegt es gerade in seinem gesetzlichen Aufgabenbereich, sich um die Verwaltung der Erbschaft zu kümmern (Art. 518 Abs. 2 ZGB). Wie das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten hat, muss sich der Willensvollstrecker der Erbschaft annehmen, auch wenn mit einer Ungültigkeitsklage zu rechnen ist, bzw. eine solche anhängig gemacht worden ist. Allerdings hat er sich in einem solchen Fall auf sichernde und sonstige zur ordentlichen Verwaltung gehörende Massnahmen zu beschränken und Veräusserungen nur vorzunehmen, soweit dazu eine hinreichende Veranlassung besteht. Die Erben sind bei dieser Rechtslage nicht schutzlos. Der Willensvollstrecker ist wie ein anderer Erbschaftsverwalter für seine Tätigkeit verantwortlich. Seine Massnahmen unterliegen ferner der Beschwerde. Im Falle eines obsiegenden Urteils bleiben die Massnahmen des Willensvollstreckers in Kraft. Er wird den Erben lediglich für den verursachten Schaden verantwortlich. Im übrigen bleiben vorsorgliche Verfügungen des Richters, insbesondere nach Einreichung der Ungültigkeitsklage, vorbehalten (SJZ 74/1978, S. 58; BGE 91 II 181 f.; BGE 74 I 425 f.). Mithin wirkt die Ungültigkeitserklärung im vorliegenden Fall rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Referentenverfügung vom 3. Februar 1997. Allfällige Handlungen des Beklagten 2 für den Nachlass nach diesem Zeitpunkt sind daher nichtig.

(Kantonsgericht, 22. August 1997, i.S. P.B./A.B. und RA T.)

Gegen dieses Urteil ist beim Obergericht Berufung eingereicht worden; der Entscheid des Obergerichtes steht noch aus.

Art. 626 ZGB. – Die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung im Haushalt der Erblasserin an einen Präsumtiverben während vielen Jahren stellt auch bei Unentgeltlichkeit keine ausgleichungspflichtige Zuwendung im Sinne von Art. 626 ZGB dar.

Art. 612 ZGB. – Übersteigt der Wert einer Erbschaftssache den eines einzelnen Loses, so ist die Sache zu veräussern. Dies gilt auch beim Vorliegen eines subjektiv beschränkten Teilungsbegehrens. Ein unteilbares Nachlassobjekt, das sich von seinem Wert her nicht einem Erbteil zuteilen lässt, ist daher selbst bei einem subjektiv beschränkten Teilungsbegehren in die Teilung mitinzubeziehen und (u.U. auf dem Wege der Versteigerung) zu verkaufen.

Aus den Erwägungen:

5.2

...

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Vermögenszuschuss das gemeinsame Merkmal aller unter der Ausgleichungspflicht stehenden Zuwendungen. Die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen bezwecken die Begründung, die Sicherung oder die Verbesserung der Existenz des Empfängers. Die im Gesetz enthaltene Aufzählung der Zuwendungen ist nicht abschliessend, sondern hat beispielhaften Charakter. Ob eine lebzeitige Zuwendung an einen Erben der Ausgleichung unterworfen ist, hängt davon ab, ob sie einen vergleichbaren Zweck wie die in der gesetzlichen Bestimmung aufgezählten Zuwendungen hat oder nicht (BGE 116 II 673 f. = Pra 80/ 1991 Nr. 159, S. 719). In einem Entscheid aus dem Jahre 1950 hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, in dem der Erblasser seine Tochter während annähernd zwei Jahren im eigenen Hause aufgenommen hatte. Es hielt fest, dass solche Leistungen dem laufenden Verbrauch dienten. In der Regel verschafften sie dem Empfänger auch nicht mittelbar ein Kapital, das sich als Ausstattung oder dergleichen bezeichnen liesse und bei der Erbteilung auszugleichen wäre (BGE 76 II 196). In der Literatur ist verschiedentlich versucht worden, ein praktikables Kriterium für die Bestimmung ausgleichungspflichtiger Zuwendungen herauszuarbeiten. Dieses glaubt Thorens in der Bedeutung der Zuwendung im Verhältnis zum Nachlass (subjektives Kriterium) oder nach Sitte und Ortsgebrauch (objektives Kriterium) gefunden zu haben. In einem ähnlichen Sinne spricht Druey von grösseren Zuwendungen, bei denen das Gleichbehandlungsproblem augenfällig werde (Seeberger, a.a.O., S. 256 mit Hinweisen). Dem gesetzlichen Institut

der Ausgleichung liegt der Gedanke der Gleichheit der Erben zugrunde (Druey, Grundriss des Erbrechts, 3. A., Bern 1992, S. 76; Seeberger, a.a.O., S. 246 f.). Daraus folgt, dass sich die Frage nach der Ausgleichung nur dann stellen kann, wenn der Erblasser einem Erben zu Lebzeiten einen Vermögensvorteil verschafft hat, welcher eine Verminderung des Nachlasses und damit der einzelnen Erbquoten zur Folge hat (vgl. Escher, Zürcher Kommentar, 1960, N 13 der Vorbemerkungen vor Art. 626 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, S. 579; Tuor/Piceni, Berner Kommentar, 1964, Vorbemerkungen zum dritten Abschnitt, S. 1002 f.). Das wesentliche Merkmal einer erbrechtlich relevanten lebzeitigen Zuwendung besteht demnach darin, dass das Vermögen des (künftigen) Erblassers ihretwegen eine Einbusse erlitten hat (Widmer, Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung, Diss. Bern 1971, S. 31).

Aus dem gerichtlich eingeholten Schätzungsgutachten vom 11. Juli 1996 geht hervor, dass das Gebäude, in welchem die Erblasserin wohnte, als Abbruchobjekt zu taxieren ist. Der Experte bezeichnete die Ausstattung und den Ausbau als sehr mangelhaft, äusserst bescheiden und in keiner Weise heutigen Komfortansprüchen entsprechend. Der Beklagte 1 gab an der Parteibefragung zu Protokoll, er habe immer im Haus der Erblasserin gewohnt, bis im Jahre 1977 zusammen mit dem Vater der Parteien. Der Beklagte 1 habe ein Zimmer mit einem Bett und einem Schrank gehabt. Selbstverständlich habe er sich ab und zu auch in der Stube aufgehalten. In der Regel habe er das Abendessen bei der Mutter (Erblasserin) eingenommen und an den Wochenenden auch das Mittagessen. Im weiteren habe ihm die Erblasserin die Wäsche gewaschen und gebügelt.

Hält man sich nun dieses Zusammenwohnen des Beklagten 1 mit der Erblasserin in äusserst bescheidenen Verhältnissen vor Augen, so lässt sich dies nicht als eine lebzeitige Zuwendung qualifizieren, welche bei der Erbteilung auszugleichen wäre. Ein derartiges Zusammenwohnen unter Familienangehörigen ist regelmässig geprägt von einem gegenseitigen Geben und Nehmen, weshalb die Ausführungen des Beklagten 1, er habe für die Erblasserin geschaut, z.B. für sie die Wäsche im Estrich aufgehängt oder im Winter geheizt, absolut glaubhaft sind. Nachdem die vom Beklagten 1 bewohnten Räume zweifellos nicht anderweitig hätten vermietet werden können, liegt eine dadurch bewirkte Verminderung des Nachlasses nicht vor, weshalb es sich auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit der Erben nicht rechtfertigen liesse, die Unterkunft und Verpflegung des Beklagten 1 als ausgleichungspflichtige Zuwendung zu betrachten. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass auch eine systematische Auslegung des Gesetzes gegen das Vorliegen einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung spricht. Wenn gemäss Art. 606 ZGB ein Erbe, der zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Haushaltung den Unterhalt erhalten hat, sogar einen Anspruch darauf hat, dass ihm dieser Unterhalt auf Kosten der Erbschaft während eines Monats

weiterhin gewährt wird, so kann es nicht der Wille des Gesetzgebers sein, dass derselbe Erbe die zu Lebzeiten des Erblassers erhaltene Unterkunft und Verpflegung zur Ausgleichung zu bringen hat.

...

12.

...

Eine einzelne Sache, deren materielle Teilung nicht ohne Zerstörung der Substanz oder wesentlichen Wertverlust möglich ist, darf bei Widerspruch auch nur eines von ihnen gemäss Art. 612 ZGB nicht unter verschiedene Erben geteilt werden. Sie muss ganz erhalten bleiben. Kann sie ohne Schwierigkeit einem einzelnen Los zugewiesen werden, so hat dies zu geschehen. Übersteigt dagegen ihr Wert den eines einzelnen Loses, so ist die Sache zu veräussern. Es geht nicht an, dass zwei oder mehrere Erben oder Erbenstämme ein "gemeinsames Los" bilden, um eine solche Veräusserung zu verhindern (Tuor/Schnyder/Schmid, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, S. 549 mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall bildet die Liegenschaft in X. mit einem Anrechnungswert von Fr. 353'000.- das Hauptaktivum der Teilungsmasse. Nachdem die Parteien einen Anspruch auf je einen Drittel der Erbmasse haben (Art. 457 Abs. 2 ZGB), steht fest, dass die Liegenschaft nicht einem einzelnen Los zugewiesen werden kann. Wie bereits erwähnt, beantragte nur die Klägerin die Teilung der Erbschaft, während die Beklagten ausdrücklich die Vormerknahme des Weiterbestandes der Erbengemeinschaft unter sich verlangten. An der persönlichen Befragung erklärte die Klägerin, sie wolle die Liegenschaft nicht übernehmen, während die Beklagten ein entsprechendes Interesse bekundeten. Aus den Ausführungen der Klägerin in den Rechtsschriften ergibt sich, dass sie mit der Zuweisung der Liegenschaft an die Beklagten nur unter der Voraussetzung einverstanden ist, dass für diese ein höherer Anrechnungswert als Fr. 370'000.- eingesetzt würde, was aber angesichts der Verbindlichkeit der vorgenommenen Schätzung nicht angängig ist. Ein Einverständnis der Klägerin zur Zuweisung der Liegenschaft an die Beklagten zum Anrechnungswert von Fr. 353'000.- liegt somit nicht vor. Kann ein unteilbares Nachlassobjekt von seinem Wert her nicht einem Erbteil zugewiesen werden, so ist trotz Vorliegens eines subjektiv beschränkten Teilungsbegehrens eine weitergehende Teilung der Erbschaft erforderlich. Ein Erbschaftsgut, das sich von seinem Wert her keinem Erbteil zuweisen lässt, ist daher selbst bei einem subjektiv beschränkten Rechtsbegehren in die Teilung miteinzubeziehen (vgl. Seeberger, a.a.O., S. 56 ff.). Die Liegenschaft in X. ist daher gemäss Art. 612 Abs. 2 ZGB zu verkaufen. Nachdem die Klägerin ausdrücklich die Versteigerung der Liegenschaft beantragt hat, hat der Verkauf auf dem Wege der Versteigerung stattzufinden (Art. 612 Abs. 3 ZGB).

(Kantonsgericht, 9. April 1997, i.S. K./M. und K.)

2. Sachenrecht

Art. 933 ZGB; Art. 934 Abs. 1 ZGB. – Einem Familienangehörigen, der zwar Zugang zum Personenwagen und zum Fahrzeugschlüssel hat, diesen jedoch nie benutzen durfte, ist das Fahrzeug nicht anvertraut im Sinne von Art. 933 ZGB. Wenn dieser das Fahrzeug gegen den Willen des selbständigen Besitzers veräußert, ist es letzterem abhanden gekommen, weshalb er gegenüber dem Erwerber gestützt auf Art. 934 Abs. 1 ZGB einen Herausgabeanspruch hat.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Sohn des Klägers, E. jun., verkaufte dem Beklagten das im Eigentum des Klägers befindliche Fahrzeug. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger vom Beklagten die Herausgabe des Fahrzeugs gestützt auf Art. 934 Abs. 1 ZGB:

Aus den Erwägungen:

Die klägerische Behauptung, wonach E. jun. seit Jahren nicht mehr im Besitze eines gültigen Führerausweises sei, ist seitens des Beklagten nicht bestritten, sondern lediglich als irrelevant bezeichnet worden, weshalb auf die Einholung einer amtlichen Bestätigung der Motorfahrzeugkontrolle verzichtet werden und dieser Sachverhalt als erstellt gelten kann. War aber E. jun. seit Jahren nicht mehr im Besitze eines Führerausweises, so bildet dies ein starkes Indiz für die Richtigkeit der nicht substantiiert bestrittenen und unter Wahrheitspflicht zu Protokoll gegebenen Aussage des Klägers, wonach E. jun. das fragliche Fahrzeug nie habe benutzen dürfen.

Bei dieser Sachlage kam aber E. jun. hinsichtlich des streitgegenständlichen Personenwagens bestenfalls die Stellung eines sog. Besitzdieners zu, der im Gegensatz zum (unselbständigen) Besitzer kein eigenes Recht auf die Sache hat, weder ein dingliches noch ein persönliches (vgl. Stark, a.a.O., N 34 ff. zu Art. 919 ZGB). Dies gilt unabhängig davon, ob er im massgebenden Zeitpunkt noch einen (Original-) Schlüssel zur Liegenschaft und damit zur Garage des Klägers hatte oder nicht (vgl. Stark, a.a.O., N 35 zu Art. 919 ZGB). Damit war das Fahrzeug E. jun. nicht anvertraut; vielmehr ist es dem Kläger abhanden gekommen. Wenn ein Besitzdiener eine Sache einem Dritten gegen den Willen des Besitzers übergibt, kann sie herausverlangt werden, weil sie infolge Besitzanmassung durch den Besitzdiener dem Besitzer abhanden gekommen ist. Die einem Besitzdiener übergebene Sache gilt nicht als anvertraut (Stark, a.a.O., N 36 zu Art. 933 ZGB mit Hinweisen, N 43 zu Art. 919 ZGB). Der Beklagte ist daher gestützt auf Art. 934 Abs. 1 ZGB zu verpflichten, dem Kläger das Fahrzeug Marke Mercedes, Typ 600 SL, Fahrge-
stell Nr. . . . , herauszugeben, wobei dahingestellt bleiben kann, ob der Beklagte beim Erwerb dieses Fahrzeuges gutgläubig gewesen ist oder nicht.

(Kantonsgericht, 11. Februar 1998, i.S. E./K.)

Gegen dieses Urteil ist beim Obergericht Berufung eingereicht worden; der Entscheid des Obergerichtes steht noch aus.

§ 22 Abs. 2 der VO über die Durchführung der Grundbuchvermessung. – Eine öffentlich aufgelegte Grundbuchvermessung erwächst in Rechtskraft, sofern sie nicht binnen zwanzig Tagen durch gerichtliche Klage angefochten wird.

Art. 973 Abs. 1 ZGB; Art. 48 Abs. 3 SchlT ZGB; § 180 ff. EG ZGB. – Das in Art. 973 Abs. 1 ZGB statuierte Prinzip des öffentlichen Glaubens setzt die Einführung des eidgenössischen Grundbuches oder eine andere, diesem gleichgestellte Einrichtung voraus (Art. 48 Abs. 3 SchlT). Da in der Gemeinde X. weder das eidgenössische Grundbuch noch eine diesem gleichgestellte Einrichtung besteht und somit keine Grundbuchwirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB eintreten konnte, bildet der öffentlich beurkundete Kaufvertrag vom 5. November 1960 und der gestützt darauf erfolgte Eintrag im Grundbuch der Gemeinde X. für sich allein keinen Erwerbstitel für den Rechtsvorgänger der Beklagten 1 und den Beklagten 2 mit Bezug auf die Liegenschaft X.

Art. 661 ZGB; § 180 ff. EG ZGB. – Als Grundbucheintrag im Sinne von Art. 661 ZGB gilt nicht nur der Eintrag im eidgenössischen Grundbuch, sondern auch jener in einer kantonalen Publizitätseinrichtung, selbst in einem kantonalen Register, dem keine Grundbuchwirkung für gutgläubige Dritte gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB zukommt. Der Eintrag im Grundbuch der Gemeinde X. vom 8. November 1960 gilt als Grundbucheintrag im Sinne von Art. 661 ZGB. In casu Ersitzung bejaht, da der Rechtsvorgänger der Beklagten 1 und der Beklagte 2 das Grundstück in gutem Glauben während zehn Jahren ununterbrochen und unangefochten besessen haben.

Aus den Erwägungen:

1. Mit Verfügung vom 30. September 1996 stellte der Gemeinderat X. u.a. fest, dass die vom 28. März 1988 bis 29. April 1988 aufgelegte Grundbuchvermessung in Rechtskraft erwachse, wenn sie nicht binnen 20 Tagen durch gerichtliche Klage angefochten werde (vgl. § 22 Abs. 2 der VO über die Durchführung der Grundbuchvermessung; BGS 215.31). Die Verfügung des Gemeinderates X. ist am 2. Oktober 1996 versandt worden. Mit der Einreichung der Klage am 23. Oktober 1996 ist die Frist gemäss § 22 Abs. 2 der VO über die Durchführung der Grundbuchvermessung gewahrt.

...

6. Aus den vorliegenden Unterlagen geht hervor, dass der Rechtsvorgänger der Beklagten 1, A.S. sel., und der Beklagte 2 das unter Band ... im

Grundbuch der Gemeinde X. eingetragene Grundstück, das dem im Grundbuchplan unter GS Nr. ... erfassten Grundstück entspricht, mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 5. November 1960 von ihrem Vater, J.S., käuflich erworben haben.

Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen (Art. 973 Abs. 1 ZGB). Das in Art. 973 Abs. 1 ZGB statuierte Prinzip des öffentlichen Glaubens setzt jedoch die Einführung des eidgenössischen Grundbuches oder eine andere, diesem gleichgestellte Einrichtung voraus (Art. 48 Abs. 3 SchlT). Da in der Gemeinde X. weder das eidgenössische Grundbuch noch eine diesem gleichgestellte Einrichtung besteht (Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, S. 629 f.; § 180 ff. EG ZGB) und somit keine Grundbuchwirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB eintreten konnte, bildet der öffentlich beurkundete Kaufvertrag vom 5. November 1960 und der gestützt darauf erfolgte Eintrag im Grundbuch der Gemeinde X. für sich allein keinen Erwerbstitel für den Rechtsvorgänger der Beklagten 1 und den Beklagten 2 mit Bezug auf die Liegenschaft Bd. ...

7. Ist jemand ungerechtfertigt im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, so kann sein Eigentum, nachdem er das Grundstück in gutem Glauben zehn Jahre lang ununterbrochen und unangefochten besessen hat, nicht mehr angefochten werden (Art. 661 ZGB). Gestützt auf den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 5. November 1960 sind der Rechtsvorgänger der Beklagten 1 und der Beklagte 2 am 8. November 1960 als Eigentümer der Liegenschaft Bd. ... im Grundbuch der Gemeinde X. eingetragen worden. Als Grundbucheintrag im Sinne von Art. 661 ZGB gilt nicht nur der Eintrag im eidgenössischen Grundbuch, sondern auch jener in einer kantonalen Publizitätseinrichtung, selbst in einem kantonalen Register, dem keine Grundbuchwirkung für gutgläubige Dritte gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB zukommt (Tuor/Schnyder/Schmid, a.a.O., S. 686). Der Eintrag im Grundbuch der Gemeinde X. vom 8. November 1960 gilt damit als Grundbucheintrag im Sinne von Art. 661 ZGB (vgl. § 180 ff. EG ZGB). Es stellt sich somit die Frage, ob der Rechtsvorgänger der Beklagten 1 und der Beklagte 2 das Grundstück Bd. ... in gutem Glauben seit 8. November 1960 während 10 Jahren ununterbrochen und unangefochten besessen haben. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB ist, wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, dessen Dasein zu vermuten. Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden kann, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB).

Die Kläger stellten sich auf den Standpunkt, die Beklagten bzw. deren Rechtsvorgänger seien nie unangefochten gutgläubig gewesen, sondern hät-

ten zu jedem Zeitpunkt gewusst, dass die Kläger den Eigentumsübergang nie anerkannt hätten. Die Beklagten hätten gewusst, dass für den Grundstückserwerb kein Erwerbsakt vorliege. Dies habe seitens der Kläger zu diversen Interventionen geführt, so u.a. im Jahre 1975 zu einer Friedensrichter-verhandlung.

Was die Kläger gegen die Gutgläubigkeit des Rechtsvorgängers der Beklagten 1 und des Beklagten 2 ins Feld führten, ist nicht stichhaltig. Wie bereits erwähnt, haben letztere das unter Band ... im Grundbuch der Gemeinde X. eingetragene Grundstück, das dem im Grundbuchplan unter GS Nr. ... erfassten Grundstück entspricht, mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 5. November 1960 von ihrem Vater, J.S., käuflich erworben. Was die behaupteten mehrmaligen Interventionen der Kläger gegen die Eigentümerstellung der Beklagten in bezug auf den umstrittenen Grundstücksteil betrifft, ist festzuhalten, dass es diesbezüglich erst im Jahre 1975 zu einer amtlichen Vorladung zu einer Sühnverhandlung gekommen ist. Zu diesem Zeitpunkt war aber die zehnjährige Ersitzungsfrist gemäss Art. 661 ZGB bereits abgelaufen. Frühere Interventionen der Kläger sind weder substantiiert behauptet noch bewiesen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Rechtsvorgänger der Beklagten 1, A.S. sel., und der Beklagte 2 spätestens am 9. November 1970 kraft Ersitzung das Eigentum am Grundstück Band ... GB der Gemeinde X. inkl. des Grundstücksteils, an dem die Kläger ihr Eigentum geltend machten, erworben haben. Die Klage erweist sich mithin als unbegründet und ist demnach abzuweisen.

(Kantonsgericht, 1. Oktober 1997, i.S. S. und S./S. und Konsorten)

3. Obligationenrecht

Art. 72 OR; Art. 84 OR; Art. 81 SchKG. – Geldsummenschulden sind durch Zahlung in Landesmünze zu erfüllen. Der Gläubiger braucht eine andere Art der Zahlung (zum Beispiel Überweisung auf ein Bank- oder Postcheckkonto, sog. Giralgeld) grundsätzlich nicht anzunehmen. Ist bargeldlose Zahlung über ein Bank- oder ein Postkonto vereinbart worden, kann der Gläubiger eine derartige Zahlung nicht zurückweisen, ohne in Annahmeverzug zu kommen. Durch eine Zahlung auf ein anderes als das vereinbarte Konto hat der Schuldner aber nicht erfüllt.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Im Rahmen eines Massnahmeverfahrens gemäss Art. 145 ZGB verpflichtete das Bezirksgericht Baden mit Urteil vom 4. Juli 1996 den Beschwerdegegner, der Beschwerdeführerin an den Unterhalt der beiden minderjährigen Kinder monatlich je Fr. 1'100.- zuzüglich der bezogenen Kinderzulagen zu

bezahlen. Nachdem der Beschwerdegegner am 29. September 1997 erstmals nicht mehr den ganzen Betrag der geschuldeten Kinderalimente der Beschwerdeführerin auf deren PC-Konto überwiesen, sondern einen Anteil von je Fr. 500.- pro Kind auf zwei von ihm neu eröffnete, auf den Namen der Kinder lautende Konten bei der Bank X. in Zug einbezahlt hatte, betrieb die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner in der Folge für die entsprechenden Anteile der Kinderalimente für die Monate Oktober und November 1997. Mit Verfügung vom 3. Februar 1998 wies der Rechtsöffnungsrichter beim Kantonsgerichtspräsidium Zug das Rechtsöffnungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 5. Dezember 1997 ab. Dagegen führte die Beschwerdeführerin Beschwerde bei der Justizkommission.

Aus den Erwägungen:

2. c) Bei den Unterhaltsbeitragszahlungen, zu denen der Beschwerdegegner gerichtlich verpflichtet wurde, handelt es sich um Geldsummenschulden, die durch Zahlung in Landesmünze (Art. 84 Abs. 1 OR), d.h. in Metall- oder Papiergeld (Banknoten), zu erfüllen sind, für dessen Gehalt und Gewicht der Staat nach der schweizerischen Währungsordnung garantiert. Der Gläubiger braucht grundsätzlich eine andere Art der Zahlung (zum Beispiel Überweisung auf ein Bank- oder Postcheckkonto, sog. Giralgeld) nicht anzunehmen (vgl. Guhl/Merz/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, S. 84). Der Beschwerdegegner ist daher grundsätzlich verpflichtet, der Beschwerdeführerin die Kinderunterhaltsbeiträge mit einem dieser Zahlungsmittel zu begleichen. Da es sich sodann bei Geldschulden, wo nichts anderes bestimmt ist, um sog. Bringschulden handelt, hat der Beschwerdegegner von Gesetzes wegen am Wohnsitz der Beschwerdeführerin zu bezahlen (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Freilich ist im heutigen Verkehr die bargeldlose Zahlung über Bank- oder Postkonten weit verbreitet. Diese Zahlungsart beruht entweder auf einer Abmachung der Parteien oder auf einer einseitigen Erklärung des Gläubigers, damit einverstanden zu sein. Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend (konkludent) erfolgen, indem der Gläubiger etwa die Kontonummer bei der Post oder Bank dem Schuldner auf dem Briefkopf, Rechnungen usw. bekanntgibt (BGE 55 II 200; SJZ 1961, S. 78). Nach der Rechtsprechung ist dieses Einverständnis schon aus der Eröffnung eines Postcheckkontos abzuleiten (nach einem Teil der Lehre gilt dasselbe bei Eröffnung eines Bankkontos). Der Gläubiger kann in diesen Fällen Zahlung durch Giralgeld nicht zurückweisen, ohne in Annahmeverzug zu kommen. Liegt eine solche Abmachung oder ein solches Einverständnis, sei dies ausdrücklich oder konkludent, vor, tritt die Erfüllung spätestens ein, wenn der Gläubiger über die geschuldete Summe bei der Post oder Bank verfügen kann, d.h. im Zeitpunkt der Gutschrift auf seinem Konto (vgl. Guhl / Merz / Koller, a.a.O., S. 85 mit Hinweisen). In der Zustellung eines Post-Einzahlungsscheines liegt sodann regelmässig die Bezeichnung der Post als Zahlstelle (SJZ 1998, S. 303).

d) Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Beschwerdegegner bis September 1997 seine Unterhaltszahlungen auf das Postcheckkonto der Beschwerdeführerin einbezahlt bzw. ab seinem Bankkonto überwiesen hat. Wenn er in seiner Beschwerdeantwort nun bestreitet, dass die Beschwerdeführerin ein Konto rechtsgültig bezeichnet habe, auf welches der Schuldner jederzeit erfüllen könne, ist das offensichtlich verfehlt. Er räumt denn auch selber ein, dass "es eine entsprechende Gewohnheit" gegeben habe, die von der Beschwerdeführerin nie bemängelt worden sei. Damit hat sie aber zumindest konkludent ein entsprechendes Konto bezeichnet und sich mit der bargeldlosen Überweisung auf dieses Konto einverstanden erklärt. Wenn der Beschwerdegegner nun zur Erfüllung eines Teils seiner Unterhaltsbeitragschulden nicht mehr dieses Konto benutzen will, bleibt ihm nur die Möglichkeit, entweder die Geldschuld in Landesmünze der Beschwerdeführerin an ihrem Wohnsitz zu übergeben (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR) oder - mit ihrem Einverständnis - ein anderes Bank- oder Postcheckkonto zu benutzen. Der Beschwerdegegner behauptet nun, ein solches Einverständnis liege hinsichtlich der von ihm auf den Namen der beiden Kinder eröffneten Konten bei der Bank X., Zug, vor. Zu Unrecht. Die Beschwerdeführerin hat es im Gegenteil ausdrücklich abgelehnt, die Überweisungen auf diese beiden Konten zu akzeptieren (Schreiben an den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners vom 13. Oktober 1997). Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen die Unterschriftenkarten zu den beiden Konten bei der Bank X., Zug, womit ihr Einzelvollmacht eingeräumt werden sollte, sowie die Gutschriftenanzeigen und Kontenauszüge zugestellt worden waren. Dies alles geschah auf eigenmächtige Veranlassung des Beschwerdegegners ohne Rücksprache mit der Beschwerdeführerin, und es kann aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin darauf nicht weiter reagiert hat, nicht eine stillschweigende Zustimmung hergeleitet werden. Im übrigen hat sie, wie erwähnt, am 13. Oktober 1997 eben ausdrücklich gegen das Vorgehen des Beschwerdegegners remonstriert. Bei dieser Sachlage ist auch nicht entscheidend, ob und ab welchem Zeitpunkt die Beschwerdeführerin tatsächlich über die erwähnten Konten verfügen konnte. Entscheidend ist, dass der Beschwerdegegner eigenmächtig diese Konten eingerichtet und Teilzahlungen der Kinderalimente, die er nach dem unmissverständlichen Wortlaut des Gerichtsurteils der Beschwerdeführerin zu zahlen hat, auf diese Konten vorgenommen hat. Nachdem sich die Beschwerdeführerin weder ausdrücklich noch stillschweigend mit dieser Zahlungsart einverstanden erklärt hat, ist sie auch nicht in Annahmeverzug geraten, wie die Vorinstanz zu Unrecht annimmt, sondern war berechtigt, die Zahlung entsprechend dem Urteil und der gesetzlichen Bestimmungen an sich zu fordern. Unerheblich sind dabei auch die Gründe, welche den Beschwerdegegner veranlasst haben mögen, die Zahlungen eines Teils der Kinderalimente in dieser Weise vorzunehmen. Zur Verfolgung des von ihm angegebenen - und durchaus nachvollziehbaren - Zwecks, Ersparnisse im Hinblick auf die spätere Ausbildung

der Kinder zu öffnen, muss er die Hilfe des Massnahmenrichters in Anspruch nehmen; er kann das gegen das Einverständnis der Beschwerdeführerin nicht auf dem von ihm gewählten Weg eigenmächtig durchsetzen. Ein offenbarer Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) kann jedenfalls in der Weigerung der Beschwerdeführerin, diese Zahlungsweise zu akzeptieren, nicht erblickt werden.

(Justizkommission, 11. September 1998, i.S. U./U.)

Art. 257d OR; Art. 266l – 266n OR, Art. 266o OR; Art. 274d OR; § 212 i.V.m. 205 ZPO. – Mietrecht, Ausweisung aus einer Familienwohnung. Dient die gemietete Sache als Wohnung der Familie, sind die Kündigung durch den Vermieter sowie die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung dem Mieter und seinem Ehegatten separat zuzustellen. Da die Einhaltung der Formvorschriften von Amtes wegen zu prüfen ist und deren Verletzung absolute Nichtigkeit zur Folge hat, kann der Einwand der nicht erfolgten persönlichen Zustellung der Kündigung an beide Ehegatten trotz des Novenverbots gemäss § 212 in Verbindung mit § 205 ZPO auch noch im Rechtsmittelverfahren erhoben werden.

Aus den Erwägungen:

1. Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzins oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter gemäss Art. 257d Abs. 1 OR schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage. Bezahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Dient die gemietete Sache als Wohnung der Familie, sind die Kündigung durch den Vermieter sowie die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung dem Mieter und seinem Ehegatten separat zuzustellen (Art. 266n in Verbindung mit Art. 266m OR). Unabhängig davon, ob nur ein Ehegatte oder – wie im vorliegenden Fall – beide Mieter sind, müssen alle Erklärungen des Vermieters, die eine Beendigung des Mietverhältnisses bezwecken, den Ehegatten separat zugestellt werden. Sowohl die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung als auch die Kündigung selbst, die mit dem vom Kanton genehmigten Formular zu erfolgen hat (Art. 266l Abs. 2 OR), haben mithin getrennt an beide Ehegatten zu erfolgen (SVIT-Kommentar Mietrecht, Zürich 1991, N 18 zu Art. 266l bis 266o). Eine diesen Formvorschriften widersprechende Kündigung ist gemäss Art. 266o OR nichtig. Nichtigkeit bedeutet, dass die Kündigung völlig unwirksam ist. Der Richter hat die Nichtigkeit von Amtes wegen zu prüfen, ohne dass es dazu eines besonderen Vorbringens der Parteien bedarf (SVIT-Kommentar, a.a.O., N 21 zu Art. 266l bis 266o).

2. a) Die Beschwerdeführer bestreiten zunächst, dass der Beschwerdeführerin die Mahnung und die Kündigung je persönlich zugestellt worden seien. Dieser Einwand ist neu, nachdem sich die Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen liessen. Das schadet ihnen indes nichts. Zwar gilt das Novenverbot bzw. das beschränkte Novenrecht gemäss § 212 in Verbindung mit § 205 ZPO auch im mietrechtlichen Ausweisungsverfahren. Die in Art. 274d Abs. 3 OR festgeschriebene Untersuchungsmaxime verbietet es nämlich nicht, das Novenrecht im Rechtsmittelverfahren auf echte Noven zu beschränken oder gänzlich auszuschliessen (vgl. Higi, Zürcher Kommentar 1996, N 45 zu Art. 274d OR mit Hinweis auf BGE 118 II 50 E. 2a). Da die Einhaltung der Formvorschriften, wie bereits erwähnt, von Amtes wegen zu prüfen ist und deren Verletzung absolute Nichtigkeit zur Folge hat, kann der Einwand auch noch im Rechtsmittelverfahren erhoben werden. Daran ändert auch nichts, dass den Beschwerdeführern im erstinstanzlichen Verfahren für den Fall, dass eine Stellungnahme unterbleibe, angedroht wurde, dass Begehren und Tatsachendarstellung der Beschwerdegegnerin als unbestritten gelten würden. Zwar verbietet das Bundesrecht grundsätzlich nicht, auch im erstinstanzlichen Ausweisungsverfahren Säumnisfolgen anzudrohen und eintreten zu lassen. Die Untersuchungsmaxime verbietet nur, bei der Säumnis einer der Parteien im gerichtlichen Verfahren einen Klagerückzug oder eine Klageanerkennung anzunehmen; es ist vielmehr aufgrund der Akten zu entscheiden (Higi, a.a.O., N 41 zu Art. 274d OR). Die Säumnisfolgen können sich aber nicht auf die von Amtes wegen zu prüfende Einhaltung der zwingenden Formvorschriften beziehen.

(Justizkommission, 13. November 1998, i.S. M./S.)

Art. 337c Abs. 3 OR. – Entschädigung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Bei der Bestimmung von Art. 337c Abs. 3 OR handelt es sich um eine echte Kann-Vorschrift. Der Richter hat demnach zunächst in Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob der Anspruch auf Ausrichtung einer Entschädigung besteht.

Aus den Erwägungen:

2. f) Der Kläger (Arbeitnehmer) macht gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR einen Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung geltend. Die Vorinstanz hat ihm unter diesem Titel einen Betrag von Fr. 2'000.- zugesprochen, was vom Beklagten (Arbeitgeber) beanstandet wird.

Nach der erwähnten Gesetzesbestimmung kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate

nicht übersteigen. Ein überwiegender Teil der – vor allem älteren – Lehre hält dafür, dass trotz der Kann-Formulierung in Art. 337c Abs. 3 OR grundsätzlich immer eine Entschädigung zuzusprechen sei und dem Richter nur in Grenzfällen erlaubt sei, keine Entschädigung zuzusprechen. Ein grösserer Teil der Rechtsprechung hat sich dieser Auffassung angeschlossen. In der neueren Literatur wird indes – auch nach Auffassung des Obergerichts – zu Recht die Meinung vertreten, bei Art. 337c Abs. 3 OR handle es sich um eine echte Kann-Vorschrift; dies vor allem aufgrund der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. Auch das Bundesgericht hat inzwischen die in BGE 116 II 300 begründete Praxis, wonach nur in Ausnahmefällen von der Ausrichtung einer Entschädigung abgesehen werden könne, relativiert (vgl. von Kaenel, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung, Bern 1996, S. 67 ff. mit Hinweisen; Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, 1996, N 15 zu Art. 337c OR; OG 1997/7). Der Richter hat demnach zunächst in Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob der Anspruch auf Ausrichtung einer Entschädigung besteht. Er hat dabei zu berücksichtigen, dass die Entschädigung einerseits Genugtuungs- und andererseits Strafcharakter hat; sie soll demnach einerseits die Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers aufwiegen und andererseits den Arbeitgeber für die ungerechtfertigte fristlose Entlassung bestrafen.

(Obergericht, 15. Dezember 1998, i.S. F./M.)

Art. 727f Abs. 2 OR. – Die richterliche Einsetzung einer Revisionsstelle setzt eine gewisse Mitwirkung seitens der Gesellschaft voraus (Präzisierung der Rechtsprechung).

Aus den Erwägungen:

4. Die mutmasslichen Kosten für die Revision sind von der Gesuchsgegnerin vorzuschüssen (§ 36 Abs. 3 ZPO). Leistet diese den Vorschuss nicht, wird die vorgesehene Ernennung einer Revisionsstelle durch den Richter praktisch vereitelt. Für diesen Fall ist der Gesuchsgegnerin ihre Auflösung anzudrohen (SJZ 93 [1997] Nr. 8, S. 161 f.).

(Kantonsgerichtspräsidium, 15. Mai 1997, i.S. Handelsregisteramt/F. AG)

Art. 759 Abs. 2 OR. – Kosten- und Entschädigungsfolge im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess. Unter den Begriff "mehrere Beteiligte" im Sinne von Art. 759 Abs. 2 OR fallen nur Personen, für welche die Haftungs Voraussetzungen grundsätzlich gegeben sind. Die Klägerin, welche mit den Beklagten 1-4 und 6 einen Vergleich abgeschlossen und die Klage gegen den Beklagten 5 zurückgezogen hat, ist letzterem gegenüber voll kosten- und entschädigungspflichtig, nachdem dieser weder formelles noch faktisches

Organ der Gesellschaft war und somit nicht als Beteiligter im Sinne von Art. 759 Abs. 2 OR zu qualifizieren ist.

Aus den Erwägungen:

3. Nach neuer Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 122 III 324 ff. = Praxis 86 {1997} Nr. 39) will Art. 759 Abs. 2 OR in Fällen, bei welchen der Kläger mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagt, den Kläger von der Pflicht befreien, das Risiko der Gerichts- und Parteikosten gegenüber den entlasteten Beklagten zu tragen. Wenn also der Kläger mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagt, so trägt er das Risiko bezüglich der Gerichts- und Parteikosten nur gegenüber einer einzigen Gegenpartei und nicht gegenüber jedem einzelnen Beklagten. Die interne Aufteilung der Kosten zwischen den verschiedenen Beklagten ist im internen Rückgriff zu regeln (Art. 759 Abs. 3 OR). Obsiegt der Kläger gegenüber einem oder mehreren Beklagten nur zum Teil, so sind die Quoten der Kosten- und Entschädigungsfolgen zunächst nach den allgemeinen Regeln der Bemessung nach Obsiegen und Unterliegen festzusetzen. Die bei diesem Entscheid auf die Beklagten entfallenden Gerichtskosten und der allenfalls auf sie entfallende, dem Kläger zu zahlende Prozessentschädigungsanteil sind ihnen unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Vogel, Aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozess: Kosten- und Entschädigungsfolge, Art. 759 Abs. 2 OR, in: SZW 3/98, S. 148).

4. Wie der Beklagte 5 zutreffend ausführte, sind unter dem Begriff "mehrere Beteiligte" nur Personen zu verstehen, für welche die Haftungsvoraussetzungen grundsätzlich gegeben sind (vgl. Widmer, in: Honsell/Vogt/Watter, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel und Frankfurt a.M. 1994, N 2 ff. zu Art. 759 OR). Die in BGE 122 III 324 ff. entwickelten Grundsätze betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolge sind daher nur im Prozess gegen mehrere Organe einer Aktiengesellschaft anwendbar. Es stellt sich somit die Frage, ob der Beklagte 5 (faktisches) Organ der Gesellschaft gewesen ist, wie dies die Klägerin behauptete. Für diese Behauptung ist die Klägerin beweispflichtig (Art. 8 ZGB).

Vorliegend ist unbestritten, dass der Beklagte 5 nicht formelles Organ der Gesellschaft gewesen ist. An der Parteibefragung vom 26. März 1997 sagte der Beklagte 5 aus, er habe bei der Gesellschaft keine Funktion innegehabt. Er persönlich habe auch nie einen Vertrag mit der Gesellschaft abgeschlossen. Lediglich die X Treuhand AG, die ihm damals wirtschaftlich gehört habe, habe bis 1992 die Abschlüsse für die Gesellschaft gemacht. Ferner verneinte der Beklagte 5 die Frage, ob er an Geschäftsleitungs- und Verwaltungsratssitzungen der Gesellschaft teilgenommen habe. Die Klägerin vermochte bis zum heutigen Zeitpunkt den Beweis für ihre Behauptung, der Beklagte 5 sei faktisches Organ der Gesellschaft gewesen, nicht zu erbringen. Demzufolge kann der Beklagte 5 nicht als Beteiligter im Sinne von Art. 759

Abs. 2 OR qualifiziert werden. Da die Klägerin die Klage gegen den Beklagten 5 zurückgezogen hat, ist sie diesem gegenüber voll kosten- und entschädigungspflichtig (§ 38 Abs. 1 ZPO und § 40 Abs. 1 ZPO).

(Kantonsgericht, 15. Oktober 1998, i.S. Konkursmasse I./S. und Kons.)

4. Internationales Privatrecht

Art. 176 ff. IPRG, Art. II des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ). – Anforderungen an die Formgültigkeit einer in Vereinsstatuten formulierten Schiedsabrede im internationalen Verhältnis.

Aus den Erwägungen:

1. b) Unter vereinsrechtlichen Gesichtspunkten kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Gründungsmitglieder eines Vereins, die gleichzeitig als Delegierte fungierten, gültig Statuten errichten und darin eine Schiedsklausel vorsehen können, die bestimmt, dass Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern und dem Verein unter Ausschluss des ordentlichen staatlichen Rechtswegs einem privaten Schiedsgericht zu unterbreiten sind (vgl. Riemer, Berner Kommentar, 1990, N 43 zu Art. 63 ZGB, N 237 und 254 zu Art. 70 ZGB, N 85 zu Art. 75 ZGB). Eine andere Frage ist aber, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine solche Schiedsklausel für die Mitglieder, die dem Verein später beitreten, verbindlich wird. Im Vordergrund steht dabei die Frage der Formgültigkeit.

c) Die Formgültigkeit und damit der Wirksamkeit einer Schiedsabrede beurteilt sich bei innerstaatlichen Verhältnissen nach dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969, im internationalen Verhältnis nach dem IPRG oder nach den Bestimmungen des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (New Yorker Übereinkommen; SR 0.277.12). Gemäss Art. 176 Abs. 1 IPRG gelten die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG (Art. 176 – 194 IPRG) für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte.

Der Beschwerdeführer hatte zum Zeitpunkt, als er Mitglied des Vereins (Beschwerdegegner) wurde, Wohnsitz in Deutschland. Was den Sitz des Schiedsgerichts betrifft, enthält die Schiedsklausel keine ausdrückliche Vorschrift. Indes legt sie fest, dass der Präsident des Kantonsgerichts am Sitz des Vereins einen Schiedsrichter ernannt, wenn eine Partei trotz Aufforderung durch den Gegner dies nicht von sich aus tut. Durch die gleiche Instanz ist

der Obmann des Schiedsgerichts zu ernennen, wenn sich die beiden ersten Schiedsrichter nicht auf die Person des Obmannes einigen können. Darin kann eine konkludente Sitzbestimmung des Schiedsgerichts am Sitz des Vereins und damit im Kanton Zug erblickt werden (Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2.A., 1993, S. 113). Somit liegt ein Fall internationaler Schiedsgerichtsbarkeit im Sinne des IPRG vor, und die Bestimmungen von Art. 176 ff. IPRG sind anwendbar.

Selbst wenn im übrigen nicht das IPRG, sondern das New Yorker Übereinkommen zur Anwendung käme, würde dies, wie noch zu zeigen ist, im Ergebnis nichts ändern, da die massgebende Bestimmung dieses Übereinkommens nur unwesentlich vom IPRG abweicht (zur Kontroverse über die Anwendbarkeit des New Yorker Übereinkommens bzw. des IPRG: Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 1989, RZ 118; Volken, IPRG Kommentar, 1993, N 9 ff. zu Art. 178 IPRG; Walter/Bosch/Brönnimann, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1991, S. 77).

d) Nach Art. 178 Abs. 1 IPRG hat die Schiedsvereinbarung schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht. Ebenfalls Schriftlichkeit verlangt Art. II des New Yorker Übereinkommens, nach dessen Abs. 2 unter einer schriftlichen Vereinbarung eine Schiedsklausel in einem Vertrag oder eine Schiedsabrede zu verstehen ist, sofern der Vertrag oder die Schiedsabrede von den Parteien unterzeichnet oder in Briefen oder Telegrammen enthalten ist, die sie gewechselt haben. Zur Frage, ob im internationalen Verhältnis auch eine Schiedsklausel, die in den Statuten einer juristischen Person enthalten ist, Geltung erlangen kann, äussert sich das IPRG nicht. Die Lehre lässt aber keine Zweifel daran, dass dies – ebenso wie im innerstaatlichen Recht (Art. 6 Abs. 2 des Konkordats) – auch im internationalen Verhältnis möglich ist (vgl. Bucher, a.a.O., RZ 126; Volken, a.a.O.; N 12 ff. zu Art. 178 IPRG; Rüede/Hadenfeldt, a.a.O., S. 67; Walter/Bosch/ Brönnimann, a.a.O., S. 78 ff; Botschaft zum IPRG, BBI 1983 I S.462).

Die Schiedsvereinbarung kommt in diesem Fall durch Verweisung auf die betreffenden Statuten zustande und hat den gleichen Formvorschriften zu genügen wie etwa die Vereinbarung einer Schiedsklausel durch Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) [Bucher, a.a.O., Rz 126]. Dabei müssen der Zweck des Schriffterfordernisses und die Interessen, die zu schützen es bestimmt ist, berücksichtigt werden. Im Zusammenhang mit AGB ist die Einhaltung der Schriftform jedenfalls dann zu bejahen, wenn die AGB mit der von beiden Parteien unterschriebenen Vertragsurkunde verbunden sind und auf sie Bezug genommen wurde. Werden die AGB nicht mitgeschickt, so dürfte die Schriftform gewahrt sein, wenn der Vertrag einen spezifischen Hinweis auf die Schiedsklausel in den AGB enthält. Fehlt ein solcher spezifischer Hinweis, kann ein globale Bezugnahme auf die allge-

meinen Geschäftsbedingungen allenfalls noch dann zu einer formgültigen Schiedsklausel führen, wenn die gegnerische Partei aufgrund der Handelsbräuche oder anderer Umstände mit dem Vorhandensein einer Schiedsklausel in den AGB rechnen musste (ZR 91/92 1992/93, Nr. 23; Walter/Bosch/Brönnimann, a.a.O., S. 79; Bucher, a.a.O., Rz 124 ff. mit Hinweis auf BGE 110 II 59 f.)

Bei der Übernahme einer Schiedsklausel in Vereinsstatuten steht dem Interesse der Körperschaft, "interne" Streitigkeiten durch ein privates Schiedsgericht beizulegen, dasjenige des Mitglieds, vor einem unüberlegtem Verzicht die ordentliche, staatliche Gerichtsbarkeit geschützt zu werden, gegenüber. Im einzelnen bedeutet dies, dass die Schriftform sicherlich dann gewahrt ist, wenn die Statuten der schriftlichen Beitrittserklärung beiliegen oder, wenn dies nicht zutrifft, die Beitrittserklärung einen spezifischen Hinweis auf die statutarische Schiedsklausel enthält. Eine gültige Form liegt schliesslich auch dann vor, wenn aufgrund der Umstände angenommen werden muss, dass die Statuten dem Mitglied bei Unterzeichnung der Beitrittserklärung tatsächlich bekannt gewesen sind, oder wenn das Mitglied mit dem Vorhandensein einer Schiedsklausel rechnen musste.

Dies ist aber hier nicht der Fall. Im formularhaften Vermittlungs- und Aufnahmeantrag Nr. 27405 setzte der Beschwerdeführer am 7. Juli 1990 zwar seine Unterschrift unter folgenden vorgedruckten Antragstext: "Ich beantrage über die X. AG beim Vorstand des ausgewiesenen Ferienclubs die Aufnahme in den Verein im Sinne der Statuten und der rückseitigen Bedingungen, in Verbindung mit dem Erwerb nachstehender Ferienwohnrechte. Die Rückseite des Antragsformulars enthält die genannten Vertragsbedingungen, deren Ziff. 2 wie folgt lautet: "Die Beschreibung der Ferienwohnung, die Statuten des Vereins und die Clubordnung sind mir bekannt und werden von mir akzeptiert."

Aus dem vom Beschwerdeführer eingereichten, nicht datierten Schreiben des Beschwerdegegners geht aber hervor, dass die "Satzung und Clubordnung" dem Beschwerdeführer zusammen mit der Registerurkunde und weiteren Unterlagen erst im November 1990 zugesandt wurden. Es hat somit als erstellt zu gelten, dass die Statuten dem Beschwerdeführer rund vier Monate zuvor, zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Beitrittserklärung, nicht vorgelegen haben, zumal auch der Beschwerdegegner nichts Gegenteiliges behauptet.

Ein spezifischer Hinweis auf die statutarische Schiedsklausel fehlt sodann in der Beitrittserklärung. Der Beschwerdeführer hat mithin die Schiedsklausel global übernommen, ohne diese gekannt zu haben. Darin liegt nun aber keine gültige Zustimmung, da nicht gesagt werden kann, der Beschwerdeführer hätte aufgrund der Umstände mit einer Schiedsklausel in den Statuten rechnen müssen. Die Schiedsklausel ist somit für den Beschwerdeführer

nicht wirksam geworden. Fehlt es aber an einer gültigen Schiedsklausel, so ist die Unzuständigkeitseinrede des Beschwerdegegners zu verwerfen und das Kantonsgerichtspräsidium zur Beurteilung der vorliegenden Anfechtungsklage zuständig.

(Justizkommission, 11. September 1998, i.S. S. / Verein M.)

Art. IV Ziff. 2 des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ). – Anforderungen an die Übersetzung des Schiedsgerichtsurteils. Beglaubigung.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Am 15. November 1991 schlossen die Parteien einen gleichzeitig in russischer und deutscher Sprache abgefassten Kaufvertrag ("Vertrag Nr. 3") ab, wobei sie unter Ziff. 10 des Vertrages eine Schiedsvereinbarung trafen. Mit Schiedsspruch vom 22. Dezember 1994 verpflichtete das Internationale Kommerzschiedsgericht bei der Industrie- und Handelskammer der Russischen Föderation die Beklagte zur Bezahlung von US\$ 22'320.- an die Klägerin. Gleichzeitig verpflichtete das Schiedsgericht die Beklagte, die Klägerin für die von dieser zu bezahlenden Schiedsgerichtsgebühr von US\$ 1'489.- zu entschädigen. Das gestützt auf diesen Schiedsspruch eingereichte Rechtsöffnungsbegehren der Beklagten (nachfolgend: Beschwerdeführerin) wies der Rechtsöffnungsrichter ab. Er verweigerte dem fraglichen Schiedsgerichtsurteil die Anerkennung und Vollstreckung mit der Begründung, dass nicht dargetan sei, dass die vorgelegte deutsche Übersetzung des Schiedsgerichtsurteils gemäss der Vorschrift von Art. IV Ziff. 2 des New Yorker Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ) von einem amtlichen oder beeidigten Übersetzer besorgt oder von einem diplomatischen oder konsularischen Vertreter beglaubigt worden sei. Hiegegen reichte die Beschwerdeführerin bei der Justizkommission des Obergerichts Beschwerde ein mit dem Begehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das Rechtsöffnungsbegehren sei gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

2. a) Der Rechtsöffnungsrichter hat vorfrageweise über die Vollstreckbarkeit des ausländischen Schiedsspruches zu entscheiden. Er prüft dabei von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen von Art. IV NYÜ erfüllt sind. Grundsätzlich braucht der Rechtsöffnungskläger neben der Urschrift der Schiedsvereinbarung nur die gehörig beglaubigte (legalisierte) Urschrift des Schiedsspruches beizubringen, um den Beweiserfordernissen des New Yorker Übereinkommens Genüge zu tun (Pacocchi/Jermine in: Kommentar zum

Schweizerischen Privatrecht, Basel 1996, N 42 zu Art. 194 IPRG). Ist aber der Schiedsspruch nicht in einer amtlichen Sprache der Schweiz abgefasst, muss er nach Art. IV Ziff. 2 NYÜ eine Übersetzung beibringen, die von einem amtlichen oder beeidigten Übersetzer, von einem Diplomaten oder Konsul beglaubigt worden ist. Eine Beglaubigung gemäss dem Rechte am Schiedsort soll dabei genügen. Das kantonale Prozessrecht kann dieses Erfordernis mildern oder sogar beseitigen (Patocchi/Jermini, a.a.O. N 54 zu Art. 194 IPRG). Es handelt sich dabei also um Formalien der Anerkennung und Vollstreckung. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, dem der Sprache der Urschrift nicht mächtigen Anerkennungs- und Vollstreckungsrichter eine sichere Grundlage in die Hand zu geben, um neben den vom Schuldner eingewendeten auch über die von Amtes wegen zu beachtenden Verweigerungsgründe gemäss Art. V Abs. 2 NYÜ befinden zu können, mithin über die fehlende Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes und die Verletzung des Ordre public (vgl. Siehr, in IPR Kommentar, Zürich 1993 N 28 und f. zu Art. 194 IPRG).

b) Die vorliegende deutsche Übersetzung des Schiedsspruches wurde von einer Person namens N. E. D. gemacht und enthält auch deren Unterschrift. Die Beschwerdeführerin macht geltend, diese Person arbeite bei einer Notarin. Diese Notarin habe bestätigt, dass die Übersetzung dem Originaltext entspreche. So heisse es auf der Übersetzung, "Ich, A. E., Notar in Moskau, beglaubige hiermit die Echtheit dieser Abschrift mit dem Original, im Letzten erwiesen sich keine Korrekturen, Zuschriften, gestrichene Worte und andere Besonderheiten". Mit dieser Erklärung habe die Notarin bestätigt, dass die Übersetzerin ihr Vertrauen genieße. Die Unterschrift der Notarin sei noch mit einer Apostille versehen worden. Somit handle es sich bei ihr zweifellos um eine Amtsperson. Auf nochmalige Anfrage bei der Korrespondenzanwältin in Moskau sei bestätigt worden, dass die Dolmetscherin N. E. D. befugt sei, Übersetzungen aus dem Russischen ins Deutsche auszuführen für die nachfolgende notarielle Bestätigung und Legalisierung für das Ausland. Mit diesem nachgereichten Bestätigungsschreiben werde das Novenverbot nicht missachtet, bestätige es doch nur, was bereits in den erstinstanzlichen Akten vorliege.

c) Die erwähnte Beglaubigung der Moskauer Notarin findet sich auf der mit der Übersetzung verbundenen Abschrift des Schiedsspruches. Damit wird entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht die Korrektheit der Übersetzung durch die Notarin beglaubigt, sondern lediglich die Übereinstimmung der der Übersetzerin für ihre Übersetzung als Vorlage dienenden Abschrift mit dem Originalschiedsspruch. Das ist aber etwas anderes als die Beglaubigung der Übersetzung. Damit die Notarin eine solche Beglaubigung überhaupt vornehmen könnte, müsste sie selber in der Lage sein, die Übersetzung auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Wenn sie diesfalls die Übersetzung auch gleich selber hätte vornehmen können,

ändert das nichts daran, dass eine von einer Drittperson vorgenommene Übersetzung, die durch einen der entsprechenden Sprache mächtigen Notar als richtig beglaubigt wird, den Anforderungen des New Yorker Übereinkommens genügen dürfte. Die von einer Drittperson angefertigte Übersetzung kann denn auch nach dem Übereinkommen von einem Diplomaten oder Konsul beglaubigt werden, von dem offensichtlich vorausgesetzt wird, dass er der in Frage stehenden Sprachen mächtig ist. Analog dazu müsste auch eine Beglaubigung durch einen Notar als Amtsperson, der die Übersetzung aufgrund seiner Sprachkenntnisse selber überprüfen kann, als genügend angesehen werden. Eine solche Beglaubigung liegt hier aber eben nicht vor. Es findet sich zwar am Schluss der deutschen Übersetzung nach der Unterschrift der Übersetzerin ein weiterer Text in russischer Sprache und kyrillischer Schrift, der offensichtlich von der selben Notarin unterzeichnet und mit ihrem Amtsstempel versehen ist. Es dürfte sich hier um eine weitere Bestätigung handeln. Diese ist aber nicht ins Deutsche übersetzt, so dass ihr Inhalt vom Gericht nicht erfasst werden kann. Die Beschwerdeführerin behauptet aber auch gar nicht, damit werde die Richtigkeit der Übersetzung beglaubigt. Auf der Rückseite, örtlich nachfolgend an diesen Text, ist dann noch die erwähnte Apostille gemäss der Haager Konvention vom 5. Oktober 1961 angebracht, die aber, wie der Rechtsöffnungsrichter zu Recht festgehalten hat, zum vornherein nicht geeignet ist, eine diplomatische oder konsularische Beglaubigung der Übersetzung zu bewerkstelligen.

...

d) Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass es im vorliegenden Fall an einer Art. IV Ziff. 2 NYÜ genügenden Übersetzung des zu vollstreckenden Schiedsspruches mangelt. Es kann dabei auch nicht von überspitztem Formalismus gesprochen werden, wäre es doch für die Beschwerdeführerin unter den gegebenen Umständen, wo auch für sie die Zweifelhaftigkeit der Formalie ohne weiteres erkennbar war, ein leichtes gewesen, eine diplomatische oder konsularische Beglaubigung einzuholen, sei es bei der schweizerischen Vertretung in Moskau oder bei der russischen Vertretung in der Schweiz (vgl. als Beispiel für einen holländischen Schiedsspruch: BJM 1973 S. 195). Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

(Justizkommission, 27. Februar 1998, i.S. A. / M. AG)

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 8 SchKG; Art. 8a SchKG. – Voraussetzung für das Einsichtsrecht in die Protokolle, Register und Akten der Betreibungs- und Konkursämter ist ein besonderes und gegenwärtiges Interesse rechtlicher Natur, das Schutz verdient. Ob und wie weit diese Voraussetzung erfüllt ist, ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände von Fall zu Fall zu beurteilen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Betreibungs- und Konkursämter führen über ihre Amtstätigkeiten sowie die bei ihnen eingehenden Begehren und Erklärungen Protokoll; sie führen die Register (Art. 8 Abs. 1 SchKG). Jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, kann die Protokolle und Register der Betreibungs- und der Konkursämter einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen (Art. 8 Abs. 2 SchKG). Das in Art. 8 Abs. 2 SchKG verankerte Recht, die Protokolle einzusehen und sich Auszüge daraus geben zu lassen, umfasst auch den Anspruch auf Einsicht in die entsprechenden Aktenstücke und Belege (BGE 93 III 7), z.B. in die Buchhaltung des Gemeinschuldners samt Belegen und gegebenenfalls die Protokolle der Sitzungen der Organe der in Konkurs gefallenen Gesellschaft (BGE 91 III 95 ff. mit Hinweisen). Das vorausgesetzte Interesse ist gemäss Art. 8a Abs. 2 SchKG insbesondere dann glaubhaft gemacht, wenn das Auskunfts-gesuch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages erfolgt. Gemäss Abs. 4 dieser Bestimmung erlischt das Einsichtsrecht Dritter fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

Voraussetzung für das Einsichtsrecht ist ein besonderes und gegenwärtiges Interesse. Dieses Interesse braucht nicht notwendigerweise geldlicher Art zu sein; vielmehr genügt ein rechtliches Interesse anderer Art. Ein strenger Nachweis des Interesses darf vom Gesuchsteller nicht verlangt werden, sondern die Einsicht ist ihm zu gewähren, wenn ernsthafte Indizien das Bestehen des Interesses wahrscheinlich machen. Nach der Praxis genügt die Tatsache, dass zwischen dem Gesuchsteller und der Person, in deren Akten er Einsicht nehmen will, ein Prozess hängig ist, um das Interesse darzutun (BGE 105 III 39 mit Hinweisen).

Im Falle des Konkurses billigt die Rechtsprechung grundsätzlich jedem Gläubiger das erforderliche Interesse zu. Die Einsicht wird den Konkursgläubigern gewährt, damit sie die Lage ihres Schuldners prüfen und im Konkursverfahren ihre Rechte wahrnehmen können. Nach der Rechtsprechung ist es nur ausnahmsweise zulässig, einem Konkursgläubiger die Einsicht in bestimmte Aktenstücke zu verweigern, so z.B. dann, wenn er sie aus Gründen verlangt, die mit seiner Gläubigereigenschaft nichts zu tun haben, wenn

die Einsichtnahme keinen vernünftigen Zweck haben kann, sondern nur unnütze Umtriebe verursachen würde, oder wenn der Bekanntgabe eines bestimmten Aktenstücks eine gebieterische Pflicht zur Geheimhaltung entgegensteht (BGE 93 III 7 mit Hinweisen).

Das Gesetz verlangt also nicht, dass der Gesuchsteller als Gläubiger der Person, gegen die sich das hängige oder hängig gewesene Verfahren richtet oder gerichtet hat, oder gar als Beteiligter an diesem Verfahren an der Einsicht interessiert sei. Notwendig ist nach ständiger Rechtsprechung nur, dass es sich um ein besonderes und gegenwärtiges Interesse rechtlicher Natur handelt, das Schutz verdient. Ob und wie weit diese Voraussetzung erfüllt ist, beurteilt sich unter Berücksichtigung der konkreten Umstände von Fall zu Fall (BGE 93 III 9 mit Hinweisen).

2. Das Kantonsgericht des Kantons Zug wies mit Urteil vom 4. September 1997 die Aberkennungsklage der Beschwerdeführerin gegen X. bezüglich der von diesem in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zug geltend gemachten Forderung von Fr. 25'000.- nebst Zins zu 5 % seit 1. Dezember 1995 ab. Gegen dieses Urteil appellierte die Beschwerdeführerin an das Obergericht des Kantons Zug. Das Berufungsverfahren ist zufolge der Konkursöffnung über die Beschwerdeführerin derzeit sistiert. Allein schon aufgrund dieser Sachlage ist ein aktuelles, rechtliches Interesse von X. für eine Einsichtnahme in die Konkurs- und Geschäftsakten der Beschwerdeführerin offenkundig. Wenn letztere geltend macht, X. habe noch keinen Titel und keine Forderung im Konkurs eingegeben, übersieht sie, dass dafür auch gar kein Grund besteht. Gemäss Art. 63 Abs. 1 KOV sind streitige Forderungen, welche im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits Gegenstand eines Prozesses bilden, im Kollokationsplan zunächst ohne Verfügung der Konkursverwaltung lediglich pro memoria vorzumerken. Eine Anmeldung der Forderung ist daher nicht notwendig, sondern die Konkursverwaltung hat die im Prozess liegende Forderung von Amtes wegen im Kollokationsplan vorzumerken, soweit sie davon Kenntnis erhält. Die Beschwerdeführerin legt nun aber mit keinem Wort dar, inwiefern zwingende Gründe – etwa wegen eines Interesses an Geheimhaltung – vorlägen, die eine Verweigerung der Akteneinsicht rechtfertigen würden. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung räumt im Zusammenhang mit einem Konkurs aber ohnehin ein verhältnismässig ausgedehntes Akteneinsichtsrecht ein (vgl. BGE 85 III 118, 91 III 94, 93 III 4), sofern nur ein aktuelles, rechtlich geschütztes Interesse glaubhaft gemacht worden ist; dieses Recht darf nur aus zwingenden Gründen verweigert werden.

Die Gewährung der Akteneinsicht durch das Konkursamt ist daher nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich damit offensichtlich als unbegründet und ist dementsprechend abzuweisen.

(Justizkommission, 15. Oktober 1998, i.S. F. AG / Konkursamt)

Art. 33 Abs. 4 SchKG; Art. 64 Abs. 1 SchKG. – Zustellung eines Zahlungsbefehls. Wird im Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist geltend gemacht, dass der Zahlungsbefehl nicht rechtsgültig zugestellt worden sei, ist das Wiederherstellungsgesuch zunächst als Beschwerde gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls aufzufassen. Da die fehlerhafte Zustellung eines Zahlungsbefehls eine nichtige Betreibungshandlung darstellt, die von Amtes wegen jederzeit festgestellt werden kann und muss, ist unerheblich, ob der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe die Beschwerdefrist gemäss Art. 17 SchKG eingehalten hat oder nicht. Die Zustellung des Zahlungsbefehls an eine Person, die nicht tatsächlich im Haushalt des Schuldners lebt, sondern lediglich zufällig in der Wohnung anwesend ist oder bloss die Ferien beim Schuldner verbringt, ist nicht rechtsgültig. Das gilt selbst dann, wenn es sich dabei um ein Familienmitglied des Schuldners handelt.

Aus den Erwägungen:

2. Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Er muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen.

a) Zuständig für die Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist ist mithin die Aufsichtsbehörde.

b) Die Wiederherstellung einer Frist setzt naturgemäss voraus, dass diese tatsächlich bereits unbenützt abgelaufen ist. Der Beschwerdeführer macht nun geltend, von der fraglichen Betreibung erst durch die Pfändungsankündigung vom 3. Juli 1997 Kenntnis erhalten und den fraglichen Zahlungsbefehl erstmals anlässlich seiner Vorsprache auf dem Betreibungsamt zu Gesicht bekommen zu haben. Er bestreitet, dass der Zahlungsbefehl am 12. Juni 1997 rechtsgültig zugestellt worden sei. Damit ficht er aber gleichzeitig die Zustellung des Zahlungsbefehls an. Sein Wiederherstellungsgesuch kann mithin zunächst als Beschwerde gegen die fragliche Zustellung aufgefasst werden. Da die fehlerhafte Zustellung eines Zahlungsbefehls eine nichtige Betreibungshandlung darstellt, die von Amtes wegen jederzeit festgestellt werden kann und muss (BGE 120 III 119 mit Hinweis auf BGE 117 III 7), ist unerheblich, ob die Beschwerdefrist gemäss Art. 17 SchKG mit der Eingabe vom 11. Juli 1997 eingehalten ist oder nicht. Es ist daher vorab zu prüfen, ob der Zahlungsbefehl am 12. Juni 1997 gesetzeskonform zugestellt worden ist.

3. Gemäss Art. 64 Abs. 1 SchKG werden Betreibungsurkunden dem Schuldner in seiner Wohnung oder an dem Orte, wo er seinen Beruf auszuüben pflegt, zugestellt. Wird er dasebst nicht angetroffen, so kann die Zustel-

lung an eine zu seiner Haushaltung gehörende erwachsene Person oder an einen Angestellten geschehen.

...

c) Steht mithin fest, dass der fragliche Zahlungsbefehl der vom Beschwerdeführer geschiedenen Ehefrau, X. Y., ausgehändigt wurde, die sich damals ferienhalber in dessen Wohnung aufhielt, ist die Zustellung nicht gesetzmässig erwirkt worden. Offenbar erklärte diese zwar dem Zustellbeamten gegenüber, sie sei die Ehefrau des Beschwerdeführers. Das ändert indes nichts daran, dass sie nicht zu den gemäss Art. 64 Abs. 1 SchKG empfangsberechtigten Personen gehört. Die frühere Ehefrau des Beschwerdeführers kann nicht zum Kreis der zur Haushaltung des Beschwerdeführers gehörenden Personen gezählt werden und ist offenkundig auch nicht dessen Angestellte. Eine Ersatzzustellung ist nur möglich an eine Person, die tatsächlich im Haushalt des Schuldners lebt und sich dort nicht nur vorübergehend aufhält (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Zürich 1984, § 14 Rz 16 mit Hinweis auf BGE 35 I 771). So ist die Zustellung nicht zulässig an eine Person, die lediglich zufällig in der Wohnung anwesend ist oder lediglich die Ferien beim Schuldner verbringt. Das gilt selbst dann, wenn es sich dabei um ein Familienmitglied des Schuldners handelt (BISchK 34/1970 Nr. 2 und BISchK 43/1979 Nr. 23). Daraus erhellt, dass selbst die Zustellung an die gegenwärtige Ehefrau des Beschwerdeführers unzulässig gewesen wäre, da der gemeinsame Haushalt der Ehegatten gerichtlich aufgehoben und die Ehefrau tatsächlich unbestrittenermassen nicht mehr beim Beschwerdeführer lebt.

Die Zustellung des Zahlungsbefehls Nr. ... ist daher nichtig.

4. Gelangt der Zahlungsbefehl indes trotz fehlerhafter Zustellung in die Hände des Betriebenen, so beginnt mit dessen tatsächlicher Kenntnisnahme davon die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages zu laufen (BGE 120 III 114).

Nach der Darstellung des Beschwerdeführers bekam er erst anlässlich seiner Vorsprache beim Betreibungsamt aufgrund der Pfändungsankündigung Kenntnis vom Inhalt des fraglichen Zahlungsbefehls, indem er diesen dort einsehen konnte bzw. eine Kopie davon ausgehändigt erhielt. Mag man daran auch gewisse Zweifel hegen, obliegt der Nachweis letztlich eben doch dem Betreibungsamt, dass der Zahlungsbefehl dem Beschwerdeführer trotz fehlerhafter Zustellung früher in die Hände gelangte. Ein solcher Nachweis liegt nicht vor. Es ist daher davon auszugehen, dass er erst anlässlich der Pfändungseinvernahme Kenntnis erhielt. Damit steht aber fest, dass der am 11. Juli 1997 erklärte Rechtsvorschlag fristgerecht erhoben wurde.

Eine Wiederherstellung der Frist fällt deshalb ausser Betracht. Auf das entsprechende Begehren ist nicht einzutreten. Hingegen erweist sich die

Rüge der fehlerhaften Zustellung in dem als Beschwerde behandelten Gesuch als begründet.

5. Demzufolge ist die Pfändungsankündigung in der fraglichen Betreuung vom 3. Juli 1997 von Amtes wegen aufzuheben. Hingegen erscheint es bei dieser Sachlage nicht notwendig, die Zustellung des Zahlungsbefehls zu wiederholen. Der Beschwerdeführer ist mittlerweile im Besitze eines Doppels des fraglichen Zahlungsbefehls. Das Betreibungsamt ist daher lediglich anzuweisen, den am 11. Juli 1997 schriftlich erhobenen Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. ... als fristgerecht zu protokollieren.

(Justizkommission, 7. November 1997, i.S. H.A. / Betreibungsamt X.)

Art. 68 SchKG; Art. 16 SchKG. – Unter Betreuungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG fallen nur Gebühren, die der Bundesrat gemäss der Kompetenzdelegation in Art. 16 SchKG festsetzen kann. Dazu gehören in erster Linie das Entgelt, das die im Bereich der Zwangsvollstreckung zuständigen Organe für ihre Verrichtungen verlangen, ferner die Gerichts- und Parteikosten des Rechtsöffnungsverfahrens, nicht aber die von den Kantonen festgesetzten Gebühren für die Rechtskraftbescheinigung eines Rechtsöffnungsentscheides.

Aus den Erwägungen:

1. Im vorliegenden Verfahren ist einzig zu beurteilen, ob – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – die Kosten der Rechtskraftbescheinigung eines Rechtsöffnungsentscheides zu den Betreuungskosten zählen, die in die laufende Betreuung einzubeziehen und aus dem Erlös der Betreuung vorweg zu begleichen sind. Diese Frage hat die Justizkommission, soweit ersichtlich, bisher noch nie entschieden.

a) Nach Art. 68 SchKG trägt der Schuldner die Betreuungskosten. Was unter den Betreuungskosten im einzelnen zu verstehen ist, umschreibt das Gesetz nicht. Es ist aber naheliegend, dass dazu in erster Linie das Entgelt gehört, das die im Bereich der Zwangsvollstreckung zuständigen Organe für ihre Verrichtungen verlangen. Dabei wird im wesentlichen unterschieden zwischen den Gebühren einerseits und den Entschädigungen, d.h. den Auslagen, die mit den Amtshandlungen verbunden sind, andererseits (vgl. Art. 1 Abs. 1 GebV SchKG; Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5.A., § 13 Rz 1; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3.A., Bd. 1, § 15 Rz 4). Darüber hinaus werden in konstanter Rechtsprechung auch die Gerichts- und Parteikosten des Rechtsöffnungsverfahrens zu den Betreuungskosten gezählt, nicht aber die Kosten eines ordentlichen Zivilprozesses (BGE 119 III 67; BISchK 1985, S. 67; Entscheid JZ 1996/108.193). Im erwähnten Urteil hielt das Bundesge-

richt zur Begründung fest, die Zwangsvollstreckung erfasse die Durchsetzung einer Forderung in einem bestimmten Verfahren, nicht aber die Durchsetzung auf andere Weise und auch nicht die gerichtliche Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Von den Kosten der Klagen im Zusammenhang mit dem Betreibungsverfahren könnten deshalb nur diejenigen der rein betreibungsrechtlichen und diejenigen der betreibungsrechtlichen Verfahren mit Reflexwirkung auf das materielle Recht, nicht aber diejenigen der rein materiellrechtlichen Verfahren als Betriebskosten im Sinne von Art. 68 SchKG angesehen werden (BGE 119 III 67).

b) Die Kosten der Rechtskraftbescheinigung für einen Rechtsöffnungsentcheid erwachsen dem Gläubiger erst nach Abschluss des betreffenden Rechtsöffnungsverfahrens. Es handelt sich um Auslagen, die einerseits nicht als Gerichtskosten gelten und andererseits auch nicht unter dem Titel Parteientschädigung eingefordert und zugesprochen werden können. Auslagen, die dem Gläubiger im Betreibungsverfahren entstehen, werden in der älteren Literatur und Praxis grundsätzlich nicht den Betriebskosten i.S. von Art. 68 SchKG zugeordnet. So etwa will Jaeger eine allfällige Forderung des Gläubigers für die durch die Betreuung ihm verursachten Portoauslagen und Bemühungen nicht zu den Betriebskosten rechnen (Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3.A., 1911, N 1 zu Art. 68 SchKG); davon nimmt der gleiche Autor offenbar aber diejenigen Bemühungen aus, die durch eine Parteientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren und im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlages, Konkurseröffnung und Nachlassvertrag abgegolten werden (vgl. Jaeger, a.a.O., N 1 zu Art. 68 SchKG). Das Kantonsgericht St.Gallen zählt in einem Entscheid, auf den sich das Betreibungsamt beruft, ebenfalls nicht zu den Betriebskosten "allfällige Auslagen und Aufwendungen des Gläubigers, die ihm sonst durch die Betreuung verursacht werden, wie z.B. Portoauslagen und Auslagen zur Beschaffung von Unterlagen für die Weiterführung des Verfahrens". Gestützt darauf hat es die Kosten für die Einholung einer Rechtskraftbescheinigung oder einer Bescheinigung des Vermittleramtes nicht den Betriebskosten zugeordnet (SJZ 55 1959, S. 46).

c) Diesem Entscheid kann sich die Justizkommission anschliessen. Bringt man die angeführten Lehrmeinungen und die zitierte Rechtsprechung auf einen gemeinsamen Nenner, so kann allgemein gesagt werden, dass unter Betriebskosten im Sinne von Art. 68 SchKG nur Gebühren fallen, die der Bundesrat gemäss der Kompetenzdelegation in Art. 16 SchKG festsetzen kann – wenn auch nicht unbedingt festsetzen muss (BGE 119 III 66). Diese Formel berücksichtigt auch den Umstand, dass der Bundesrat aufgrund der ihm vom Gesetz erteilten Kompetenz auch die Parteientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren tarifieren könnte, worauf er bislang allerdings verzichtet hat (vgl. Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG). Gleichwohl gilt in diesem Bereich deswegen nicht einfach kantonales Recht; die Bemessung

der Entschädigung richtet sich nach bundesrechtlichen Kriterien. Lediglich in diesem Rahmen dürfen die kantonalen Anwaltstarife hilfsweise herangezogen werden (BGE 119 III 69).

Die Festsetzung der Gebühren für Rechtskraftbescheinigungen – auch bezüglich von Rechtsöffnungsentscheiden – fällt nun aber nicht in die Zuständigkeit des Bundesrates, sondern wird von den Kantonen vorgenommen. Somit ergibt sich in Anwendung der allgemeinen Regel, dass die Kosten der Rechtskraftbescheinigung nicht zu den Betriebskosten im Sinne von Art. 68 SchKG zählen. Dies mag zwar in Fällen wie dem vorliegenden für die Gläubigerin im Ergebnis unbefriedigend erscheinen, müsste sie doch für den Betrag von Fr. 20.- wieder eine neue Betreuung einleiten. Indes gebietet allein schon der Grundsatz der Rechtssicherheit, auf ein sachgerechtes, allgemeingültiges Abgrenzungskriterium abzustellen.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Kosten der Rechtskraftbescheinigung für den Rechtsöffnungsentscheid vom 16.7.1996 (Fr. 20.-) nicht zu den Betriebskosten i.S. von Art. 68 SchKG gehören und daher die Betreuung für diesen Betrag nicht fortgesetzt werden kann. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist daher abzuweisen.

(Justizkommission, 28. Februar 1997, i.S. S. / Betreibungsamt X.)

Art. 80 SchKG; Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 Abs. 2 OR. – Der gerichtlich bestimmte Termin für die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen ist ein Verfalltag, weshalb der Unterhaltsschuldner jeweils ab dem Ersten des Monats Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe von 5 % schuldet, wobei für die Berechnung der Verzugszinsen der mittlere Verfall massgebend ist.

Aus den Erwägungen:

Der Gesuchsgegner wurde in der genannten Massnahmeverfügung verpflichtet, der Gesuchstellerin an ihren und den Unterhalt der Kinder einen monatlichen Beitrag von Fr. 2'985.-, inklusive allfälliger Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar im voraus auf den Ersten des Monats. Diesen Unterhaltsbeitrag hat der Gesuchsgegner unbestrittenermassen von August bis November 1996 und von März bis April 1997 nicht bezahlt. Mithin schuldet der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin Unterhaltsbeiträge in der Höhe von total Fr. 17'910.- (6 x Fr. 2'985.-). Somit ist die definitive Rechtsöffnung im Betrage von Fr. 17'910.- zu erteilen. Zu bemerken bleibt, dass der Einwand des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin hätte mit ihrer Unterschrift die geforderten Alimente erhältlich machen können, nicht gehört werden kann, da er eine Tilgung, Stundung oder Verjährung der Schuld oder das Erlöschen der Schuld aus einem andern Grund dadurch nicht nachgewiesen hat.

Der gerichtlich bestimmte Termin für die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen ist ein Verfalltag (Gauch/Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd II, 6. A., Zürich 1995, N 2957), weshalb der Gesuchsgegner gemäss Ziff. 2 der Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 12. Juni 1996 jeweils ab dem Ersten des Monats Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) schuldet, wobei für die Berechnung der Verzugszinsen der mittlere Verfall massgebend ist.

(Kantonsgerichtspräsidium, 15. Dezember 1997, i.S. K./K. und Plenum des Kantonsgerichts vom 19. Januar 1998)

Art. 82 SchKG. – Provisorische Rechtsöffnung wird nur für eine Schuldanerkennung erteilt, aus welcher der Bestand und die Höhe einer Forderung gegen einen bestimmten Schuldner hervorgehen, wobei der Schuldner darin seinen klaren Willen zur Zahlung dieser Schuld erkennen lassen muss. Wer eine gegen ihn gestellte Forderung in einem Schreiben als durch Verrechnung getilgt erklärt, anerkennt keine Schuldpflicht, sondern bringt im Gegenteil zum Ausdruck, dass diese durch Verrechnung untergegangen ist.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 82 SchKG wird die provisorische Rechtsöffnung erteilt, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht und der Betriebene keine Einwendungen sofort glaubhaft macht, welche die Schuldanerkennung entkräften. Die private Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG enthält eine Willenserklärung, mit welcher sich der Schuldner zur Zahlung einer bestimmten oder leicht bestimmbaren Geldsumme verpflichtet. Sie muss klar, ausdrücklich und unmissverständlich sein. Dem Zweck der Rechtsöffnung dient mit anderen Worten nur eine Schuldanerkennung, aus welcher der Bestand und die Höhe einer Forderung gegen einen bestimmten Schuldner hervorgeht, welcher seinen klaren Willen zur Zahlung dieser Schuld erkennen lässt (PKG 1996 S. 113). Der Anlass und die inneren Motive einer solchen Willensäusserung sind durchaus irrelevant. Dagegen kann diese Bestätigung nur insofern wirksam werden, als die äussern Verhältnisse, unter welchen und in Bezug auf welche sie abgegeben wurde, tatsächlich vorhanden sind. Es muss also mit anderen Worten der der Schuldanerkennung zugrunde liegende Tatbestand in seinem ganzen Umfange erfüllt sein (Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechtes, Bern 1911, S. 296).

2. Im vorliegenden Fall stützt sich die Beschwerdeführerin auf das Schreiben des Beschwerdegegners vom 30. April 1997 als Rechtsöffnungstitel. Darin teilte der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin mit, dass er deren Forderung von Fr. 6'884.52 mit seiner eigenen Forderung von Fr. 49'000.-

zur Verrechnung bringe. Für die sich daraus ergebende Restforderung über Fr. 42'115.48 forderte er seinerseits von ihr Zahlung, wobei er für die "gewährte Zahlungsfrist" auf sein Schreiben vom 21. April 1997 verwies. In jenem Schreiben begründete er seine Schadenersatzforderung von Fr. 46'000.- näher und setzte der Beschwerdeführerin eine Zahlungsfrist bis 30. April 1997 an.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liegt mit dem Schreiben des Beschwerdegegners vom 30. April 1997 kein "einwandfreier provisorischer Rechtsöffnungstitel" vor. Der Beschwerdegegner hat darin die Forderung der Beschwerdeführerin im Betrag von Fr. 6'884.52 und gleichzeitig den vertraglichen Verzugszins von 12 % p.a. keineswegs - wie die Beschwerdeführerin meint - "ausdrücklich, bedingungs- und vorbehaltlos anerkannt", indem er mit dieser Forderung Verrechnung erklärte. Dadurch, dass der Beschwerdegegner in dem als provisorischer Rechtsöffnungstitel vorgelegten Schreiben Verrechnung mit einer Gegenforderung erklärte, anerkennt er seine Schuldpflicht gegenüber der Beschwerdeführerin eben gerade nicht. Er macht im fraglichen Schreiben im Gegenteil eine eigene (Rest-) Forderung gegenüber der Beschwerdeführerin geltend. Aus dem besagten Schreiben geht offensichtlich nicht der Wille des Betreibenden hervor, eine bestimmte und fällige Geldsumme dem Betreibenden zu zahlen (vgl. Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 1). Wer eine gegen ihn gestellte Forderung als durch Verrechnung getilgt erklärt, anerkennt offensichtlich keine Schuldpflicht; er bringt im Gegenteil zum Ausdruck, dass diese durch Verrechnung untergegangen sei (Art. 120 OR) und er dem Gläubiger nichts mehr schulde. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdegegner im fraglichen Schreiben die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Forderung erwähnt und deren Bestand - vor Verrechnung - nicht anzweifelt bzw. bestreitet.

Wenn die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde ausführt, der Beschwerdegegner habe die von ihm zur Verrechnung gebrachte Forderung im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens nicht glaubhaft machen wollen bzw. können, übersieht sie, dass diese Frage im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang ist. Es geht nicht darum, ob der Beschwerdegegner seine vorbehaltlose unterschriftliche Schuldanerkennung im Rechtsöffnungsverfahren mit seiner Verrechnungseinrede sofort glaubhaft entkräften konnte, sondern darum, ob ein solcher Rechtsöffnungstitel überhaupt vorliegt. Das ist aber, wie eben gezeigt, offensichtlich nicht der Fall. Die Frage der Entkräftung der Schuldanerkennung durch glaubhafte Einwendungen stellt sich mithin im vorliegenden Fall gar nicht. Das übersieht die Beschwerdeführerin in ihrer Argumentation. Was sie daher gegen die Verrechnungsforderung des Beschwerdegegners vorbringt, geht an der Sache vorbei.

(Justizkommission, 3. September 1998, i.S. U. / B.)

Art. 82 SchKG; Art. 82 OR; Art. 91 OR; Art. 184 OR. – Provisorische Rechtsöffnung kann bei einem synallagmatischen Vertrag grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Betreibende seine Leistung angeboten und bereitgestellt hat (Realoblation). Verbaloblation genügt, wenn die Gegenpartei die zur Erfüllung der Schuld nötigen Vorbereitungs-handlungen unterlässt oder wenn die Gegenpartei zum vornherein nicht bereit ist, die Leistung anzunehmen.

Aus den Erwägungen:

1. Wie der Rechtsöffnungsrichter zutreffend festhält, handelt es sich beim vorliegenden Kaufvertrag um ein sog. Zug-um-Zug-Geschäft. Verkäufer und Käufer sind verpflichtet, ihre Leistungen gleichzeitig zu erfüllen (Art. 184 Abs. 2 OR). Dabei muss der Verkäufer, der Bezahlung des Kaufpreises fordert, die Übergabe des Kaufgegenstandes zumindest anbieten (Art. 82 OR). Das Erfüllungsangebot muss den Anforderungen von Art. 91 OR genügen, d.h. gleich beschaffen sein wie beim Bewirken des Gläubigerverzugs. Grundsätzlich ist somit tatsächliche Bereitstellung der Leistung, Realoblation, erforderlich [BGE 79 II 279]; Verbaloblation genügt nur ausnahmsweise [BGE 111 II 469] (Guhl/Merz/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, S. 22). Das bedeutet im vorliegenden Fall, dass die Beschwerdeführerin das gekaufte Gemälde dem Beschwerdegegner grundsätzlich hätte überbringen oder zusenden müssen, wobei sie die Aushändigung des Bildes von der gleichzeitigen Bezahlung hätte abhängig machen dürfen. Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, die Sache in dieser Weise angeboten zu haben. Sie behauptet hingegen sinngemäss Verbaloblation. Eine solche genügt gemäss BGE 111 II 469 f. ausnahmsweise, wenn die Gegenpartei die zur Erfüllung der Schuld nötigen Vorbereitungs-handlungen unterlässt, indem sie sich beispielsweise – allenfalls auf entsprechende Aufforderung hin – bei einem Sukzessivlieferungsvertrag weigert, die Ware abzurufen. Eine weitere Ausnahme ist nach einem Teil der Doktrin dann gegeben, wenn die Gegenpartei von vornherein nicht bereit ist, die Leistung anzunehmen (sog. antizipierte Annahmeverweigerung). In jedem Falle ist die Leistungsbereitschaft des Verkäufers vorausgesetzt. Unter den genannten Voraussetzungen genügt Verbaloblation, um die Kaufpreisforderung fällig werden zu lassen (von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3.A., Zürich 1974, S. 49 Anm. 47).

Aufgrund der Akten sind die Voraussetzungen für eine genügende Verbaloblation als gegeben zu betrachten. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Schreiben vom 11. September 1997 an den Beschwerdegegner, in dem festgehalten wird, dass die Beschwerdeführerin mehrmals versuchte, mit dem Beschwerdegegner einen Übergabetermin für das Gemälde zu verabreden, letzterer sich aber offenkundig zur Entgegennahme nicht bereit erklärte, sondern den Liefertermin hinausschob, blieb im vorliegenden Ver-

fahren unbestritten, nachdem der Beschwerdegegner der Rechtsöffnungsverhandlung unentschuldig fernblieb; auch im obergerichtlichen Verfahren hat er sich nicht vernehmen lassen. Aufgrund dieser Sachlage muss aber von einer antizipierten Annahmeverweigerung gesprochen werden. Hat die Beschwerdeführerin mithin ihre Leistung im Sinne von Art. 82 OR angeboten, kann sie den vereinbarten Kaufpreis fordern, ohne dass der Beschwerdegegner dem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten könnte.

In BGE 79 II 280, auf den sich der Rechtsöffnungsrichter beruft, hat das Bundesgericht zwar tatsächlich noch entschieden, dass die Weigerung des Schuldners, die gehörig angebotene Leistung anzunehmen, ihn nicht der Einrede aus Art. 82 OR beraube, so dass er deswegen nur zur Leistung Zug um Zug verpflichtet werden könne. Davon ist das Bundesgericht indes in seinem neueren Entscheid BGE 111 II 463 abgerückt. Es hat erkannt, dass der Schuldner mit seiner Einrede nicht durchdringt, wenn der Gläubiger bereits erfüllt oder auch nur Erfüllung angeboten habe. Ist dem aber so, ist nicht einzusehen, weshalb, wie dies BGE 79 II 283 noch verlangt hat, der Verkäufer, falls er zur Zwangsvollstreckung schreiten will, sich vorher nach den einschlägigen Vorschriften von Art. 91/92 OR durch Hinterlegung der Sache von der eigenen vertraglichen Verbindlichkeit zu befreien hat.

(Justizkommission, 11. September 1998, i.S. Z. AG / B.)

Art. 173a SchKG; Art. 174 SchKG. – Aussetzen des Konkursentscheides, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen. Der Richter hat nicht in jedem Fall von sich aus nach Möglichkeiten einer Sanierung zu forschen, bevor er den Konkurs aussprechen darf. Solche Anhaltspunkte müssen sich entweder direkt aus den ihm vorliegenden Akten ergeben, oder sie müssen ihm durch den Schuldner, durch Gläubiger oder Drittpersonen zur Kenntnis gelangen.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichtes innert zehn Tagen nach seiner Eröffnung an das obere Gericht weitergezogen werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Im übrigen kann die Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG nur aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt ist oder der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Diese sogenannten echten Noven sind im Gesetz abschliessend aufgezählt (vgl. Botschaft, Sepa-

ratdruck, S. 112; Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 36 N 58).

a) Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, es liege ein solches zulässiges, echtes Novum vor. Auch nachdem sie vom Vorsitzenden der Justizkommission mit Schreiben vom 12. Mai 1998 ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, reichte sie innerhalb der noch offenen Rechtsmittelfrist keinen entsprechenden Urkundenbeweis nach.

b) Die Beschwerdeführerin beruft sich mit ihrer Argumentation hingegen sinngemäss auf Art. 173a Abs. 2 SchKG, wonach das Gericht den Entscheid über den Konkurs auch von Amtes wegen aussetzen kann, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen, und diesfalls die Akten dem Nachlassrichter zu überweisen hat. Ob im Beschwerdeverfahren überhaupt noch darauf eingetreten werden kann, mag im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages, die den Konkursrichter zu einer Aussetzung des Konkursbegehrens hätten veranlassen können, lagen jedenfalls im Zeitpunkt der Konkursöffnung keine vor. Die Beschwerdeführerin teilte dem Konkursrichter am 27. April 1998 zunächst mündlich mit, dass die Konkursforderung beglichen und der entsprechende Beleg dem Gericht eingereicht werde. Am 30. April 1998 musste sie diese Aussage revidieren und teilte ihm dann telefonisch mit, dass sie die Forderung zur Zeit nicht begleichen könne, da Debitorenzahlungen im 10fachen Betrag – wider Erwarten – nicht eingegangen seien. Bei dieser Sachlage hatte der Konkursrichter aber offensichtlich keine Veranlassung, den Entscheid über das Konkursbegehren auszusetzen.

Die Bestimmung von Art. 173a Abs. 2 SchKG war im Entwurf des Bundesrates über die Revision des SchKG vom 8. Mai 1991 noch nicht enthalten. Sie kam erst im Rahmen der nationalrätlichen Kommissionsberatungen ins Gesetz. Im Bericht vom 14. September 1992 an die Kommission des Nationalrates hat die "Expertengruppe Sanierungsrecht" auf die Möglichkeit hingewiesen, "dass Arbeitnehmer oder Arbeitnehmervertreter, Branchenvertreter oder gar die Öffentliche Hand Hinweise liefern, dass vor einer Konkursöffnung noch Sanierungsmassnahmen geprüft werden sollten" (zitiert bei Hans-Ulrich Hardmeier, Änderungen im Konkursrecht, in: AJP 11/96, S. 1431). Daraus erhellt, dass nicht etwa die Meinung bestand, dass der Konkursrichter in jedem Fall von sich aus zunächst noch nach Möglichkeiten einer Sanierung zu forschen hat, bevor er den Konkurs aussprechen darf. Solche Anhaltspunkte müssen sich entweder direkt aus den ihm vorliegenden Akten ergeben, oder sie müssen ihm durch den Schuldner, durch Gläubiger oder Drittpersonen zur Kenntnis gelangen. Nicht ausgeschlossen ist indes, dass der Konkursrichter aufgrund seiner notorischen Kenntnisse bei grösseren Betrieben mit mehreren Angestellten von sich aus weitere Abklärungen vorzunehmen hat, um dadurch allenfalls auf Anhaltspunkte für eine mögliche Sanierung zu stossen. Auf der anderen Seite wird sich der

Konkursrichter im Rahmen des summarischen Verfahrens mit der Glaubhaftmachung derartiger "Anhaltspunkte" begnügen müssen (Hans Ulrich Hardmeier, a.a.O., S. 1431).

Im Beschwerdeverfahren gegen das Konkursdekret liegt es mithin am Rechtsmittelkläger, solche Anhaltspunkte namhaft zu machen. Die Beschwerdeführerin hat nun zwar Bilanzen und Revisionsberichte der Geschäftsjahre 1995 und 1996 eingereicht. Entgegen ihrer Darstellung hat sie aber keine Bilanz aus dem Jahre 1997 vorgelegt. Die eingereichten Bilanzen und Erfolgsrechnungen aus den früheren Jahren sind im Hinblick auf die Sanierungsaussichten zum vorneherein wenig aussagekräftig. Die Beschwerdeführerin hätte zumindest eine aktuelle detaillierte Zwischenbilanz vorlegen müssen, damit das Gericht überhaupt in der Lage gewesen wäre zu prüfen, ob solche Anhaltspunkte bestanden hätten. Auch die übrigen, unbestimmten und nicht substantiierten Ausführungen der Beschwerdeführerin sind offensichtlich nicht geeignet, auch nur Anhaltspunkte für Sanierungsaussichten glaubhaft darzulegen. Sind aber keine solche Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages ersichtlich, kann auch im Beschwerdeverfahren keine Aussetzung des Konkursdekretes in Betracht kommen.

(Justizkommission, 20. Mai 1998, i.S. T. AG / B.)

Art. 174 Abs. 2 SchKG. – Aufhebung der Konkurseröffnung durch das obere Gericht. Begriff der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit. An das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit im Sinne dieses Artikels dürfen keine strengen Anforderungen gestellt werden. Sie soll, da sie nur glaubhaft zu machen ist, wahrscheinlicher sein als die Zahlungsunfähigkeit.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG kann das obere Gericht, an das der Entscheid des Konkursgerichtes innert 10 Tagen weitergezogen wurde, diesen aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist.

Nachdem die Beschwerdeführerin diesen Zahlungsnachweis innerhalb der Rechtsmittelfrist geleistet hat und damit die erste Voraussetzung zur Aufhebung des Konkursdekretes erfüllt, ist im folgenden zu prüfen, ob sie auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.

3. a) Das Tatbestandselement der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Auch die Botschaft enthält zu diesem Begriff keine Ausführungen. Das Verständnis ergibt sich

aus dem Sinn der Regelung, den Konkurs nur für lebensfähige Schuldner abzuwenden (Jürgen Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E. SchKG, in FS H.U. Walder, Zürich 1994, S. 446). Der genannte Autor will für die Bestimmung dieses Begriffes naheliegenderweise auf den entgegengesetzten Begriff der Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungseinstellung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG abstellen. Mit Recht weist indes Isaak Meier darauf hin, dass diese Auslegung der besonderen Situation, wie sie nach Zahlung der ausstehenden Forderung durch den Schuldner vorliegt, nicht gerecht wird. Überzeugend führt er dazu aus: "Infolge der zusätzlichen Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit muss der Richter bei deren Verneinung die Konkursöffnung aussprechen, obschon nicht feststeht, ob überhaupt ein Gläubiger an der Konkursöffnung interessiert ist! Darin unterscheidet sich diese Konkursöffnung denn auch von der auf Antrag eines Gläubigers erfolgenden Konkursöffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. An das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit nach Art. 174 Abs. 2 SchKG dürfen daher keine strengen Anforderungen gestellt werden. Vielmehr muss sie stets bejaht werden, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Konkurs doch noch verhindert werden kann. Konkret bedeutet dies: Die Zahlungsfähigkeit im Sinne dieses Artikels ist trotz Zahlungseinstellung als gegeben zu betrachten, wenn der Schuldner glaubhaft machen kann, dass er im Verhältnis zu seinen Schulden immer noch über erhebliche Mittel verfügt, die eine Sanierung als möglich erscheinen lassen." (Isaak Meier, Konkursrecht: Revisionspunkte und aktuelle Fragen, in: Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Basel 1996, S. 100; ebenso Hans-Ulrich Hardmeier, Änderungen im Konkursrecht, AJP 11/96, S. 1432). Auch Brönnimann hält unter Hinweis auf BGE 102 Ia 159 und 91 I 3 dafür, Zahlungsfähigkeit könne auch noch bejaht werden, wenn die Illiquidität nur vorübergehender Natur sei, die ausstehenden Schulden nicht zu bedeutend seien und ernsthaft damit zu rechnen sei, dass der Schuldner seinen Verpflichtungen in Zukunft wieder aus eigenen Mitteln werde nachkommen können (Jürgen Brönnimann, a.a.O., S. 447). Die Zahlungsfähigkeit kann aber sicher nicht allein schon deshalb bejaht werden, weil der Schuldner nach der erstinstanzlichen Konkursöffnung den betreibenden Gläubiger bezahlt. Auf der anderen Seite kann jedoch die Tatsache, dass der Schuldner weitere offene Beteiligungen mittlerweile beglichen hat, als Indiz für eine lediglich vorübergehende Illiquidität gewertet werden.

b) Der Schuldner hat die Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachung bedeutet im Unterschied zum vollen Beweis, der richterliche Überzeugung verlangt, lediglich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit. Die Zahlungsfähigkeit muss mithin wahrscheinlicher sein als die Zahlungsunfähigkeit. Hiefür muss der Schuldner objektive Anhaltspunkte namhaft machen und soweit möglich belegen; blosser Behauptungen genügen nicht (Jürgen Brönnimann, a.a.O., S. 448). Sodann

verlangt der Wortlaut des Gesetzes, dass der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit mit der Einreichung des Rechtsmittels glaubhaft machen muss. Richtigerweise muss die Bestimmung dahingehend verstanden werden, dass die diesbezüglichen Beweismittel längstens bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist noch nachgereicht werden können. In Frage kommen z.B. Belege über erfolgte Zahlungen, welche in einem angemessenen Verhältnis zu den Verpflichtungen des Schuldners stehen, und Belege über die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Mittel (wie Bankguthaben, Kreditverträge), sodann Auszüge aus dem Betreibungsregister, eine aktuelle Jahresrechnung oder eine Zwischenbilanz oder zumindest ein finanzieller Status (vgl. Jürgen Brönnimann, a.a.O., S. 448).

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die sofort fälligen Schulden in der Höhe von Fr. 163'002.35 seien durch die ihr zur Verfügung stehenden flüssigen Mittel gedeckt. So verfüge sie auf einem WIR-Geld-Konto über Fr. 35'667.50 und zudem habe sie bei der N. AG ein Darlehen im Betrag von Fr. 130'000.- aufgenommen. Daneben seien sofort fällige Forderungen aus Arbeitsleistungen über Fr. 139'183.30 ausstehend.

Aufgrund des eingereichten Kontoauszugs vom 31. Dezember 1996 und zweier Zahlungsbelege ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin über ein WIR-Guthaben in der Höhe von Fr. 34'725.55 verfügt. Ebenfalls belegt ist das der Beschwerdeführerin mit Vertrag vom 17. Januar 1997 gewährte Darlehen der N. AG über maximal Fr. 130'000.-. Die Auszahlung dieses Darlehens erscheint aufgrund des eingereichten Zwischenabschluss vom 6. Dezember 1996 der N. AG zudem gesichert. Keine Belege finden sich hingegen für die behaupteten Debitorenguthaben im Umfang von Fr. 139'183.30. Aus dem von der Justizkommission eingeholten Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Baar vom 22. Januar 1997 geht ferner hervor, dass die Beschwerdeführerin nebst den von ihr angegebenen Schulden allein im Jahre 1996 für weitere Fr. 183'596.80 betrieben wurde, wovon Betreibungen im Umfang von Fr. 146'446.45 noch unerledigt sind. Davon dürfte sich die bis zur Konkursandrohung fortgeschrittene Betreibung der M. AG vom Juli 1996 über Fr. 2'632.15 inzwischen durch Bezahlung erledigt haben, was aus dem gleichen Grund wohl auch für die im August und September 1995 angehobenen Betreibungen der R. AG und der O. AG über insgesamt Fr. 35'588.55 gilt. Zuzugabe Zeitablaufs werden ferner auch die noch unerledigten Betreibungen aus dem Jahre 1995 über insgesamt Fr. 661'478.10 hinfällig geworden sein, wurde doch keine dieser Betreibungen nach der Erhebung des Rechtsvorschlags bzw. der Anhebung des Betreibungsbegehrens fortgesetzt. Einzige Ausnahme bildet lediglich die im Oktober 1995 angehobene Betreibung von B. über Fr. 6'160.-, welche von der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 6'232.- anerkannt wird. Geht man somit zugunsten der Beschwerdeführerin davon aus, dass die im Jahre 1995 anhängig gemachten Betreibungen - mit Ausnahme der vorerwähnten -

ebenfalls erledigt worden sind, sind nebst den von der Beschwerdeführerin aufgeführten, sofort fälligen Schulden über insgesamt Fr. 155'445.15 weitere Beteiligungen über Fr. 143'814.30 offen. Unter dem Vorbehalt, dass die im Jahre 1996 in Beteiligungen gesetzten Forderungen zu Recht bestehen, ergibt sich somit eine Schuldsumme in der Grössenordnung von Fr. 299'259.45. Demgegenüber sind – unter Berücksichtigung der nicht belegten Debitorenbestände von Fr. 139'183.30 – verfügbare Vermögenswerte über Fr. 304'850.80 vorhanden. Unter diesen Umständen kann angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin im Sinne der vorstehenden Ausführungen zahlungsfähig ist. Die Beschwerdeführerin muss sich allerdings vor Augen halten, dass die eingereichten Unterlagen zur Belegung ihrer Zahlungsfähigkeit eher dürftig sind und dass bei einem erneuten Konkurs höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit zu stellen wären. Insbesondere wären Debitorenguthaben zumindest mit entsprechenden Rechnungen zu belegen. Erforderlich wären vor allem auch Dokumente, welche die Tilgung oder anderweitige Erledigung der im Beteiligungsregister aufgeführten Forderungen belegen, was natürlich die Einreichung eines aktuellen Beteiligungsregisterauszugs voraussetzt.

4. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG, unter denen die Justizkommission die Konkursöffnung aufheben kann, erfüllt sind. Die Beschwerde erweist sich mithin als begründet und ist dementsprechend gutzuheissen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind – ebenso wie die erstinstanzlichen – gleichwohl der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, da das Konkursdekret seinerzeit zu Recht erging und die Beschwerdeführerin die Voraussetzung für dessen Aufhebung im Rechtsmittelverfahren erst nachträglich geschaffen hat.

(Justizkommission, 4. April 1997, i.S. R. AG / K. AG)

Art. 207 Abs. 1 SchKG. – Ein im Zeitpunkt der Konkursöffnung über die Gläubigerin bereits pendentes Rechtsöffnungsverfahren muss nicht eingestellt werden. Die Konkursverwaltung entscheidet, ob sie das Rechtsöffnungsverfahren für die Masse weiterführen will oder ob sie es für angezeigt hält, im Hinblick auf eine Verwicklung in einen allfälligen Anfechtungsprozess den Abstand zu erklären.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin rügt, dass der angefochtene Rechtsöffnungsentscheid ergangen sei, obgleich das Verfahren zufolge vorheriger Konkursöffnung über die Beschwerdegegnerin richtigerweise hätte eingestellt sein müssen. Sie möchte deshalb die Wirksamkeit des Entscheids bis zum Zeit-

punkt ausgesetzt wissen, an dem gegebenenfalls über die Frage der Fortführung des Verfahrens entschieden werden muss.

2. Gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG werden mit Ausnahme dringlicher Fälle Zivilprozesse, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt. Sie können im ordentlichen Konkursverfahren frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung, im summarischen Konkursverfahren frühestens 20 Tage nach der Auflegung des Kollokationsplanes wieder aufgenommen werden.

a) Mit der Konkurseröffnung verliert der Schuldner grundsätzlich das Recht, über sein Vermögen zu verfügen. Er kann und darf seine Herrschaftsrechte nicht mehr im vollen Umfang ausüben. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse gehen auf die Konkursmasse über, die sie durch die Konkursverwaltung ausübt (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 41 N 6). Diese Beschränkung der Verfügungsmacht wirkt sich insofern auch auf pendente Zivilprozesse aus, als der Konkursit über den betreffenden Streitgegenstand, sofern er den Bestand der Konkursmasse (aktiv oder passiv) berührt, nicht mehr verfügen darf. Deshalb sind hängige Prozesse zunächst einmal einzustellen, bis das zuständige Konkursorgan einen Entscheid über die Fortführung getroffen hat (Amonn/Gasser, a.a.O., § 41 N 15/16). Es sind aber immer nur diejenigen Zivilprozesse einzustellen, deren Ausgang tatsächlich einen Einfluss auf den Bestand der Masse haben können (Ernst Brand, Wirkungen auf die zur Zeit der Konkurseröffnung hängigen Zivilprozesse, SJK Nr. 1002, S. 2).

b) Beim Rechtsöffnungsverfahren handelt es sich um eine blossе Zwischenstreitigkeit, ein sogenanntes Betreibungsinzident, bei dem nicht über den Bestand der Forderung, mithin nicht über eine materielle rechtliche Frage entschieden wird. Der Entscheid spricht sich nur darüber aus, ob das konkrete Zwangsvollstreckungsverfahren grundsätzlich weitergeführt werden kann, der Betreibungsweg wieder geöffnet wird, nachdem er durch den Rechtsvorschlag vorerst einmal verschlossen wurde. Der Rechtsöffnungsentscheid hat also keinen Einfluss auf den Bestand der Konkursmasse. Dementsprechend sind denn auch Rechtsöffnungsverfahren nicht einzustellen, sondern gehen grundsätzlich ungeachtet der Konkurseröffnung weiter. Im Falle, da der Konkursit Betreibungsschuldner und damit Rechtsöffnungsbeklagter ist, wird das Rechtsöffnungsverfahren mit der Konkurseröffnung in aller Regel gegenstandslos, da gemäss Art. 206 Abs. 1 SchKG mit Ausnahme der Betreibungen auf Verwertung von Pfändern, die von Dritten bestellt worden sind, sämtliche gegen den Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben sind. Der Rechtsöffnungsrichter erlässt in diesem Falle mithin ohne weiteres eine Abschreibungsverfügung. Ist hingegen der Konkursit Betreibungsgläubiger und damit Rechtsöffnungskläger, verliert er zwar mit der Konkurseröffnung die Verfügungsmacht über die zur Konkursmasse gehörende Forderung und damit grundsätzlich auch das Recht, diese auf dem Betreibungswege geltend

zu machen. Diese Befugnis geht hingegen direkt auf die Konkursverwaltung über. Gemäss Art. 243 Abs. 1 SchKG sind nämlich unbestrittene fällige Guthaben der Masse von der Konkursverwaltung, nötigenfalls auf dem Betreibungswege, einzuziehen. Zwar hat die Konkursverwaltung nach Lehre und Rechtsprechung den Betreibungsweg grundsätzlich nur dann zu betreten, wenn der Drittschuldner auf eine vorausgegangene briefliche Aufforderung hin weder bezahlt noch eine ausdrückliche Bestreitung eingereicht hat. Ist eine Bestreitung aber offenbar trölerisch und der Rechtsvorschlag des Schuldners durch (provisorische oder definitive) Rechtsöffnung zu beseitigen, so ist für solche Forderungen trotz der Bestreitung die Betreibung fortzusetzen (BGE 108 III 21). Es ist dann allerdings möglich, dass die Masse dadurch in einen Aberkennungsprozess verwickelt wird. Liegt daher eine ernsthafte Bestreitung vor, so ist der zweiten Gläubigerversammlung die Frage vorzulegen, ob der Prozessweg beschritten oder ob das Guthaben i.S. von Art. 260 SchKG den Gläubigern zur Abtretung angeboten werden soll (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 48 N 22). Das ändert indes nichts daran, dass die Konkursverwaltung selber darüber entscheidet, ob sie das Rechtsöffnungsverfahren für die Masse weiterführen will oder ob sie es als angezeigt erachtet, im Hinblick auf eine Verwicklung in einen allfälligen Anfechtungsprozess den Abstand zu erklären (vgl. Jaeger/Daeniker, Schuldbetreibung- und Konkurs-Praxis, Bd. I, Zürich 1947, N 3 zu Art. 207). So oder anders ist jedenfalls eine Einstellung eines bereits pendenten Rechtsöffnungsverfahrens i.S. von Art. 207 Abs. 1 SchKG nicht erforderlich.

d) Selbst Prozesshandlungen des Konkursiten, die – wissentlich oder unwissentlich – nach der Konkurseröffnung vorgenommen wurden, sind nicht ungültig (Brand, a.a.O., S. 1). Umso weniger kann ein Entscheid des Richters nichtig sein, der erging, während der Prozess zufolge Konkurseröffnung hätte sistiert werden müssen. Zum andern bezweckt die Vorschrift von Art. 207 SchKG, wie bereits erwähnt, den zuständigen Konkursorganen die notwendige Zeit einzuräumen, ihren Entscheid über die Fortführung des Prozesses zu fällen. Die Verfahrenseinstellung ist mithin einzig im Interesse der Konkursmasse vorgeschrieben. Daher sollen sich auch nur die Konkursgläubiger und die Konkursverwaltung darauf berufen können. Es verhält sich hier nicht anders als bei Verfügungen des Konkursiten über Bestandteile der Konkursmasse, auf deren Ungültigkeit sich ebenfalls nur die Konkursgläubiger und die Konkursverwaltung berufen können, und nicht etwa auch der Konkursit selbst oder gar der Dritte, mit dem das Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist (Amonn/Gasser, a.a.O., § 41 N 9). Lässt die Konkursverwaltung aber den Rechtsöffnungsentscheid für sich gelten, bringt sie dadurch konkludent zum Ausdruck, dass sie die Fortführung des Verfahrens, selbst wenn dieses eigentlich hätte eingestellt werden müssen, nachträglich genehmigt.

(Justizkommission, 19. September 1997, i.S. Z. AG / R. AG)

Art. 256 und 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG. – Freihandverkauf einer Liegenschaft. Rechtsmissbräuchlichkeit eines nach dem Schlussgebot eingereichten höheren Angebots eines früheren Mitoffferenten, nachdem dieser sich nunmehr eine Konkursforderung hatte abtreten lassen und als Konkursgläubiger auftrat.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Das Konkursamt beabsichtigte in einem im summarischen Verfahren durchgeführten Konkurs die Liegenschaft "Restaurant S." freihändig zu veräussern. Es teilte den Gläubigern mit, es liege eine schriftliche Kaufofferte im Betrag von Fr. 1'090'000.- vor, und stellte einen entsprechenden Antrag zur Fassung eines Zirkularbeschlusses für den freihändigen Verkauf dieser Liegenschaft. Gleichzeitig räumte es den Gläubigern die Möglichkeit für höhere Angebote ein. Mit den beiden verbliebenen Interessenten (Beschwerdeführer und R. AG) führte der Konkursbeamte eine interne Steigerung durch, welche schliesslich ein Schlussgebot der R. AG von Fr. 1'420'000.- ergab. Der Beschwerdeführer liess sich daraufhin von einer Konkursgläubigerin deren Konkursforderung im Betrage von Fr. 614.10 abtreten und offerierte unter Berufung auf die im Zirkular den Gläubigern eingeräumte Gelegenheit zur Stellung höherer Angebote einen Übernahmepreis für die Liegenschaft von Fr. 1'425'100.-. Das Konkursamt wies diese Kaufofferte zurück. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde und verlangte die Feststellung, dass sein Angebot vom 28. Mai 1998 rechtsgültig und fristgerecht erfolgt sei, und die Anweisung an das Konkursamt, die fragliche Liegenschaft gegen Erlegung des Kaufpreises von Fr. 1'425'100.- auf ihn zu übertragen, vorausgesetzt, dass nicht ein anderer Gläubiger fristgerecht ein höheres Angebot eingereicht habe.

Aus den Erwägungen:

1. Der vorliegende Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt. Anders als im ordentlichen Konkursverfahren bestimmt hier grundsätzlich allein das Konkursamt über den Verwertungsmodus, wobei es allerdings Art. 256 Abs. 2 – 4 SchKG zu berücksichtigen und die Interessen der Gläubiger bestmöglich zu wahren hat (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG). Verpfändete Grundstücke darf es mithin nur mit Zustimmung der Pfandgläubiger und nur unter der Voraussetzung freihändig verkaufen, dass die Gläubiger vorher Gelegenheit erhalten haben, höhere Angebote zu machen (Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG). Dieses Recht des Gläubigers zum höheren Angebot ist rein formeller Natur. Den Gläubigern muss aber ein konkretes Angebot eines Dritten für einen Freihandverkauf unterbreitet werden (BGE 88 III 39, 105 III 76; 106 III 82). Die blosser Möglichkeit, im Rahmen der Verhandlungen Offerten zu stellen, genügt deshalb nicht (Franco Lorandi, Der Freihandverkauf im Schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen / Bern 1994, S.317).

2. Die Ausübung des Rechts zum höheren Angebot geschieht in der Weise, dass der Berechtigte dem Konkursamt innert Frist mitteilt, er wolle das

betreffende Objekt zu einem bestimmten Preis erwerben, und, sofern verlangt, ebenfalls für den gebotenen Betrag Sicherheit oder einen entsprechenden Finanzierungsnachweis leistet. Der Gläubiger hat aber keinen durchsetzbaren Anspruch darauf, dass die Verwertung an ihn erfolgt (Franco Lorandi, a.a.O., S.320). Reicht ein Gläubiger fristgerecht ein höheres Angebot ein, steht es im Ermessen der Konkursverwaltung, ob sie ein steigerungsfähiges Verfahren durchführen und die übrigen Interessenten vom Eingang eines höheren Angebotes informieren will, um diese ihrerseits zu einem besseren Gebot zu bewegen. Anders als bei der Steigerung hat derjenige Interessent, der ein höheres Angebot macht, keinen Anspruch darauf, dass die Verwertung an ihn geschieht (Franco Lorandi, a.a.O., S.336). Das Konkursamt hat aber bei seiner Entscheidung die Interessen der Gläubiger bestmöglich zu wahren.

Soweit der Beschwerdeführer den Verkauf der Liegenschaft an sich verlangt, kann auf seine Beschwerde mithin nicht eingetreten werden. Es kann bei der vorliegenden Beschwerde demnach nur darum gehen, ob das Konkursamt das höhere Angebot des Beschwerdeführers zu Unrecht als rechtsmissbräuchlich zurückwies und damit das Recht des Gläubigers zum höheren Angebot verletzt hat oder gegen die Interessen der Gläubiger verstieß.

3. a) Dem Protokoll des Konkursamtes ist zu entnehmen, dass dieses mit den beiden verbliebenen Interessenten, der R. AG und dem Beschwerdeführer, am 18. Mai 1998 eine interne Steigerung durchführte. Dabei überbot der Beschwerdeführer das letzte Angebot der R. AG von Fr. 1'420'000.- nicht mehr, worauf der Konkursbeamte die interne Steigerung für beendet erklärte. Diesbezüglich erbringt das Protokoll ohne weiteres den Beweis. Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, die interne Steigerung sei unter grossem zeitlichen Druck seitens des Konkursbeamten abgewickelt worden, sind dafür keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich. Der Konkursbeamte bestreitet denn auch diese Darstellung vehement. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Konkursamt die Beurkundung des Kaufvertrages mit der R. AG auf den folgenden Tag in Aussicht nahm. Es lag durchaus im pflichtgemässen Ermessen des Konkursbeamten, dem Beschwerdeführer nicht noch eine weitere Bedenkfrist einzuräumen, sondern die interne Steigerung am 18. Mai 1998 zum Abschluss zu bringen. Der Beschwerdeführer behauptet im übrigen auch nicht, er habe um eine solche Bedenkfrist gebeten oder den noch nicht vorliegenden Finanzierungsnachweis sofort in Aussicht gestellt. Wenn er aber unbestrittenermassen während der internen Steigerung kein höheres Angebot gemacht hat, ist das Vorgehen des Konkursbeamten in keiner Weise zu beanstanden. Es lag im Interesse der Grundpfandgläubigerin und auch der Konkursgläubiger, nun rasch zu einem Kaufabschluss zu kommen.

b) Der Beschwerdeführer behauptet denn auch letztlich zu Recht nicht, dass er als gewöhnlicher Drittinteressent mit seinem am 28. Mai 1998 einge-

reichten schriftlichen Angebot zu berücksichtigen wäre. Offensichtlich aus diesem Grunde liess er sich die Forderung der Konkursgläubigerin H. noch am vermeintlich letzten Tag der Frist für die Gläubiger zur Einreichung eines höheren Angebotes abtreten. Keiner der Gläubiger hatte im übrigen ein höheres Angebot innert Frist gemacht. Nachdem aber bereits aufgrund des ursprünglichen weit tieferen Angebotes über Fr. 1'090'000.- kein Gebrauch vom Recht auf ein höheres Angebot gemacht worden war, war das Konkursamt auch nicht verpflichtet, das mittlerweile höhere Angebot der R. AG den Gläubigern noch einmal mitzuteilen und ihnen Gelegenheit zu höheren Angeboten einzuräumen (Franco Lorandi, a.a.O., S.337). Zweck dieses Instituts ist eine Gleichbehandlung der zum höheren Angebot berechtigten Personen (BGE 50 III 367; 63 III 87; 88 III 39). Die Gleichbehandlung ist aber verwirklicht, wenn das Recht einmal gewährt wird. Es steht der Konkursverwaltung frei, das höchste der fristgemäss eingegangenen Angebote ohne weitere Vorkehrungen anzunehmen und eine entsprechende Freihandverkaufsverfügung zu erlassen. Damit ist sie ihrer Pflicht zur bestmöglichen Verwertung in der Regel nachgekommen (Franco Lorandi, a.a.O. S.336). Es erscheint nun in der Tat als Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn der Beschwerdeführer zunächst als Dritter Angebote unterbreitet, in einer internen Versteigerung mitbietet, sich dann aber zurückzieht und das letzte Angebot des Drittinteressenten lediglich um Fr. 5'100.- überbietet, indem er sich das Recht eines Konkursgläubigers durch Forderungsabtretung nachträglich erwirbt. Mit Recht befürchtet das Konkursamt, dass ein Interessent auf diese Weise frühzeitig bei einer internen Steigerung auf ein höheres Angebot verzichten und so den Preis künstlich tiefhalten könnte, indem er dann als Gläubiger erneut zu einem leicht höheren Preis von seinem Recht zum höheren Angebot Gebrauch machen würde. Die Gläubiger erführen dadurch keinen Vorteil. Ein solches Vorgehen darf daher keinen Schutz finden.

c) Es ist darin auch kein Verstoss gegen den Grundsatz der bestmöglichen Wahrung der Interessen der Gläubiger zu erblicken. Durch das leicht höhere Angebot verursacht der Beschwerdeführer zusätzliche Umtriebe und Unterhaltskosten für die Liegenschaft, so dass letztlich kaum ein besseres Resultat für die Gläubiger erzielt werden kann. Inwiefern eine Verletzung von Art. 256 Abs. 1 und 2 SchKG vorliegen soll, wie der Beschwerdeführer behauptet, ist nicht ersichtlich.

Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit darauf überhaupt einzutreten ist. Sie ist dementsprechend abzuweisen.

(Justizkommission, 9. Juli 1998, i.S. K. AG / Konkursamt; auf eine von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Beschwerde ist die Schuldbeitrags- und Konkurskammer des Bundesgericht mit Beschluss vom 4. August 1998 nicht eingetreten.)

Art. 9 und 99 VZG; Art. 97 SchKG. – Gang des Schätzungsverfahrens bei der Verwertung einer Liegenschaft. Da Streitigkeiten über die Höhe der Schätzung gemäss Art. 9 Abs. 2 VZG endgültig durch die kantonale Aufsichtsbehörde zu beurteilen sind, muss auch eine Überprüfung der Schätzung durch die Beschwerdeinstanz beantragt werden können unter Verzicht auf eine Neuschätzung durch Sachverständige. Hat das Betreibungsamt die Liegenschaft durch neutrale Sachverständige schätzen lassen und deren Schätzung als betreibungsamtliche übernommen, so erfolgt die Überprüfung dieser Schätzung nach den gleichen Grundsätzen wie bei der richterlichen Würdigung eines Gutachtens im Zivilprozess.

Aus den Erwägungen:

1. Nach der Mitteilung des Verwertungsbegehrens fordert das Betreibungsamt gemäss Art. 99 Abs. 1 VZG einen Auszug aus dem Grundbuch über das zu versteigernde Grundstück ein und ordnet die Schätzung an. Diese soll nach Art. 9 Abs. 1 VZG den mutmasslichen Verkaufswert des Grundstückes und seiner Zugehör, unabhängig von einer allfälligen Kataster- oder Brandassekuranzschätzung, bestimmen, wobei die aus dem Grundbuch ersichtlichen Pfandforderungen summarisch anzugeben sind, jedoch zu ihrer Feststellung ein Widerspruchsverfahren nicht einzuleiten ist. Fehlen dem Betreibungsbeamten die erforderlichen Fachkenntnisse, ist dieser nach Art. 97 Abs. 1 SchKG befugt, einen Sachverständigen beizuziehen (BGE 122 III 339 E.1a). Gemäss Art. 99 Abs. 2 VZG hat das Betreibungsamt das Ergebnis der Schätzung dem Gläubiger, der die Verwertung verlangt, sowie dem Schuldner und einem allfälligen Dritteigentümer mit der Anzeige mitzuteilen, so dass sie innerhalb der Beschwerdefrist bei der Aufsichtsbehörde eine neue Schätzung durch Sachverständige im Sinne des Art. 9 Abs. 2 VZG verlangen können. Streitigkeiten über die Höhe der Schätzung werden gemäss Art. 9 Abs. 2 in fine VZG endgültig durch die kantonale Aufsichtsbehörde beurteilt.

2. Nachdem über das Begehren der Beschwerdeführerin für eine neue Schätzung wegen nicht rechtzeitiger Leistung des hierfür verlangten Kostenvorschusses rechtskräftig entschieden ist, kann man sich fragen, ob auf ihre Beschwerde vom 13. Mai 1998 überhaupt noch einzutreten ist. Die Frage ist indes wohl zu bejahen. Wenn Art. 9 Abs. 2 VZG am Schluss bestimmt, dass Streitigkeiten über die Höhe der Schätzung endgültig durch die kantonale Aufsichtsbehörde zu beurteilen sind, muss auch eine Überprüfung der Schätzung durch die Beschwerdeinstanz beantragt werden können unter Verzicht auf eine Neuschätzung durch Sachverständige. Die Aufsichtsbehörde darf sich nur dann nicht auf eine Nachprüfung der betreibungsamtlichen (Sachverständigen-)Schätzung beschränken, wenn ein Beteiligter eine Neuschätzung verlangt und hierfür die Kosten vorschiesst (BGE 60 III 189). Demgegenüber kann das Bundesgericht einen Schätzungsentscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde nur daraufhin überprüfen, ob die bundesrechtli-

chen Vorschriften über das bei der Schätzung einzuschlagende Verfahren richtig angewendet (BGE 83 III 66 f.) und ob die Vorinstanz (was ebenfalls eine Gesetzeswidrigkeit im Sinne von Art. 19 SchKG bedeuten würde) das ihr zustehende Ermessen überschritten habe (BGE 86 III 92 f.). Soweit mithin die Beschwerdeführerin die Schätzung der kantonalen Liegenschaft-Schätzungskommission bemängelt, hat die Justizkommission grundsätzlich die Stichhaltigkeit dieser Einwände zu überprüfen und – gegebenenfalls – die Schätzung abzuändern und endgültig festzusetzen.

3. Dabei ist nun aber zu berücksichtigen, dass das Betreibungsamt die Liegenschaft durch neutrale Sachverständige hat schätzen lassen und deren Schätzung als betreibungsamtliche übernommen hat. Es liegt mithin unbestrittenermassen ein neutrales Sachverständigengutachten vor, das durchaus mit dem in einem Zivilprozess eingeholten Gutachten vergleichbar ist. Stehen nämlich in einem Zivilprozess Tatsachen in Frage, zu deren Wahrnehmung oder Beurteilung besondere Fachkenntnisse erforderlich sind, so sollen auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen Sachverständige beigezogen werden (§ 181 ZPO). Wie im zivilprozessualen Verfahren (§ 186 ZPO) hatte die Beschwerdeführerin Gelegenheit, eine zweite Expertise durch andere Sachverständige zu verlangen, hier im Gegensatz zum Zivilprozess sogar voraussetzungslos. Das Sachverständigengutachten stellt im Zivilprozess ein Beweismittel dar. Als solches unterliegt es grundsätzlich der selben Würdigung durch den Richter, wie die übrigen Beweismittel. Es ist mithin vom Gericht nach freier Überzeugung zu würdigen. Ist das Gutachten des Sachverständigen unklar oder unvollständig, so kann der Sachverständige zur Ergänzung oder Erläuterung angehalten werden. Gelangt das Gericht zum Ergebnis, dass dem Sachverständigen die erforderliche Fachkenntnis fehle, dass er sich als befangen erwiesen habe oder dass das Gutachten nicht überzeugend sei, so ist grundsätzlich ein weiteres Gutachten von einem oder mehreren anderen Sachverständigen beizuziehen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S.351 f.). Der Richter hat allgemein die Befähigung des Sachverständigen zu prüfen, sowie ob seine Schlüsse gehörig und überzeugend begründet sind und die tatsächlichen Feststellungen mit den Akten übereinstimmen; dagegen darf er das Ergebnis des Gutachtens nicht aus Gründen erweitern oder abändern, die sachfremd sind oder Kenntnisse erfordern, die er nicht besitzt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 181 N 5). Vom fachmännischen Befund soll der Richter nicht ohne triftige Gründe abgehen (BGE 101 IV 130). Soweit mithin ein Gutachten keine offensichtlichen Fehler oder Widersprüche aufweist und in sich geschlossen und überzeugend ist, darf der Richter selbstverständlich nicht davon abweichen. Aufgrund der mit dem Zivilprozess durchaus vergleichbaren Situation im vorliegenden Betreibungsverfahren rechtfertigt es sich, diese zivilprozessualen Grundsätze analog heranzuziehen und zu beachten. Verzichtet ein Beteiligter in einem Grundpfandverwertungsverfahren auf die

ihm an sich zustehende Möglichkeit, eine Neuschätzung durch neue Sachverständige zu verlangen, und beschränkte er sich darauf, die bestehende Sachverständigenschätzung lediglich durch die Aufsichtsbehörde überprüfen zu lassen, liegt eine mit dem zivilprozessualen Beweisverfahren vergleichbare Situation vor. Die Justizkommission hat sich daher als nicht Sachverständige bei der Überprüfung der vorliegenden Schätzung analog zum zivilprozessualen Verfahren die entsprechende Zurückhaltung aufzuerlegen.

(Justizkommission, 3. Juli 1998, i.S. P. / Betreibungsamt X.)

IV. Strafrecht

Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. – Verwahrung des Täters, der infolge seines Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise gefährdet.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 4. März 1997 wurde R., der sich im Hafturlaub befand, von der Polizei zur Dienststelle Cham gebracht, nachdem er in offenbar stark alkoholisiertem Zustand Passanten angepöbelt hatte. Gegen die von der Anstaltsleitung Bostadel in der Folge verlangte Rückführung wehrte sich R. vehement, indem er die Polizeibeamten wiederholt und massiv beschimpfte und bedrohte und Sachschaden anrichtete. Das Strafgericht verurteilte R. am 3. Oktober 1997 wegen Sachbeschädigung und Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte zu einer fünfmonatigen Gefängnisstrafe und ordnete gestützt auf Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB die Verwahrung an. Gegen die Anordnung der Verwahrung wehrte sich R. mit Berufung an das Obergericht.

Aus den Erwägungen:

5. a) Gestützt auf Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB kann eine Verwahrung angeordnet werden, wenn der Täter infolge seines Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise gefährdet und diese Massnahme notwendig ist, um ihn vor weiterer Gefährdung anderer abzuhalten. Das Strafgericht sah diese Voraussetzungen aufgrund der Gutachten und des Berichts der Fachkommission als erfüllt an. Dies insbesondere deshalb, weil der Angeklagte gemeingefährlich sei und zur Zeit als unheilbar bezeichnet werden müsse.

b) Aus dem Gutachten vom 20. Mai 1997 ergibt sich, dass der Angeklagte für Drittpersonen gefährlich ist, insbesondere wenn er alkoholisiert ist. Nach Auffassung des Gutachters hat der Angeklagte auch in nüchternem Zustand eine "kurze Zündschnur". Der dem Untersuchungsrichter von Drittpersonen zugetragene Ausdruck "wandelnde Zeitbombe" stufte er als recht passend ein (act. 6/10, S. 21 und 23). Im weitem hat die Fachkommission die Gemeingefährlichkeit des Angeklagten ausdrücklich bejaht (act. 10/6, S. 8). Die Fachinstanzen sind sich somit in bezug auf die Gefährlichkeit des Angeklagten einig. Wenn das Strafgericht aus diesen fachtechnischen Beurteilungen folgerte, der Angeklagte gefährde die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise, ist dies nicht zu beanstanden. Dass bei dieser Einschätzung auch die Vorstrafen im Zusammenhang mit dem Urteil des kantonalen Strafgerichts Schwyz vom 29. Januar 1993 von wesentlicher Bedeutung sind, bedarf keiner weiteren Erklärung. Denn die dort beurteil-

ten mehreren Gewaltdelikte waren massiv und auch die früheren Vorstrafen weisen auf die Gewalttätigkeit des Angeklagten hin. Selbst wenn daher die vorliegend zu beurteilenden Straftaten allein nicht schwerwiegender Natur sind, so weisen sie doch deutlich darauf hin, welches Aggressionspotential beim Angeklagten vorhanden ist. Und insofern wurde daraus – ohne dass bereits Schlimmeres passiert ist – die Gefährlichkeit für andere ersichtlich.

c) In bezug auf die zweite Voraussetzung, die Notwendigkeit, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob die Verwahrung verhältnismässig ist oder ob andere Massnahmen zur Verfügung stehen, um dieser Gefährdung zu begegnen. Das Strafgericht hat andere Massnahmen ausgeschlossen, weil (damit) keinerlei Gewähr vor dessen Rückfälligkeit in die Gewaltdelinquenz bestehe, weshalb die Verwahrung die einzig wirksame Absicherung biete. Der Gutachter beantwortet in diesem Zusammenhang verschiedene Fragen. In bezug auf "einen Hang zu Verbrechen oder Vergehen", wie ihn die Verwahrung nach Art. 42 Ziff. 1 StGB voraussetzt, antwortete er, dieser Begriff werde in der neuen Psychiatrie nicht mehr gebraucht; die beim Angeklagten im Laufe seines Lebens sich abzeichnenden und tief "eingeschliffenen" Verhaltensmodalitäten stellten in der Tat im Sinne eines Wiederholungszwanges eine grosse Gefahr dar. Leider liege es in der Natur seines Verhaltens und dessen Ursprungs, dass sehr wenig Erfolg durch eine erzieherische Vollzugsgestaltung oder besondere Massnahme zu erwarten sei (act. 6/10, S. 25). Die Einweisung in eine Behandlungsstätte erachtete der Gutachter ausdrücklich als nutz- und sinnlos (S. 18). In seinem ergänzenden Gutachten vom 2. Juni 1997 (act. 6/12) empfahl er eine Entlassung, da seines Erachtens die letzten Straftaten, die Vorgeschichte und die Untersuchungsergebnisse die andere Alternative – eine Verwahrung – (noch) nicht rechtfertigten oder unbedingt nach sich ziehen müssten. Allerdings fügte er dieser Empfehlung die folgenden Voraussetzungen – im Sinne einer Verminderung des Rückfallrisikos – hinzu:

- Regelmässige Kontakte mit einer Person, die sein Vertrauen besitze oder erwerben könne;
- regelmässige kontrollierte Einnahme von Antabus;
- Absicherung eines Lebensraumes, einer passenden Wohnung oder eines Zimmers;
- Überwachung und Begleitung durch die Schutzaufsicht.
- Alles müsse daran gesetzt werden, eine befriedigende Arbeit oder Beschäftigung zu finden. Er habe in den Gesprächen immer wieder betont, wie wichtig dies für ihn sei. Auch aus der Vorgeschichte gehe hervor, dass er verschiedentlich Arbeiten zur Zufriedenheit der Arbeitgeber geleistet habe.

Allein diese zahlreichen Voraussetzungen, welche der Gutachter für eine Verminderung des von ihm selber als sehr gross bezeichneten Rückfallrisikos verlangt und als Bedingungen für eine Entlassung zu verstehen sind, zei-

gen klar die Problematik der Situation. Die nach Auffassung des Gutachters notwendigen Vorkehrungen können "nur" eine gewisse Absicherung - vor allem sozialer Art - durch präventive Massnahmen und keine eigentliche Heilung durch kurative Massnahmen bezwecken. Eine solche schliesst er selber praktisch aus. Auch die Fachkommission kann keine erfolversprechende ärztliche Behandlungsmöglichkeit aufzeigen. Tatsache ist nun, dass der Angeklagte die Strafe von fünf Monaten inzwischen abgessen hat. Aus der Verbüssung der schuldangemessenen Strafe allein kann allerdings in bezug auf das Bedürfnis nach Sicherheit der Allgemeinheit nichts resultieren. Nebst der Verwahrung als sichernde Massnahme kommt somit lediglich eine Freilassung - mit allfälligen Auflagen - in Betracht. Von Gesetzes wegen wäre es zwar grundsätzlich möglich, eine ambulante Massnahme über den Strafvollzug hinaus anzuordnen (vgl. Stefan Trechsel, a.a.O., Art. 43 N 10). Damit fällt allerdings der motivierende Druck eines allfälligen nachträglichen Strafvollzuges gänzlich weg. Dies allein ist aber nicht ausschlaggebend, sondern vielmehr die notwendige Interessenabwägung. Entscheidend ist, welches Interesse letztlich überwiegt, das öffentliche Interesse nach Sicherheit oder das private Interesse des Angeklagten nach Freiheit. Konkret sind die Nähe und das Ausmass der Gefahr sowie die Art und Bedeutung des gefährdeten Rechtsguts gegenüber den Heilungschancen einer ärztlichen Behandlung abzuwägen (BGE 121 IV 302).

Die Verteidigung geht davon aus, dass die Anordnung einer ambulanten Massnahme gestützt auf Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 StGB ausreiche. Ihres Erachtens ist eine solche angezeigt und nach dem Subsidiaritätsprinzip auch angemessen. Dem Angeklagten könne eine Antabuskur verbunden mit einer entsprechenden Therapie und Betreuung auferlegt werden. Die Details dazu ergäben sich aus dem von Herrn W., Amtsvormund der Gemeinde A., vorgelegten Konzept. Dieser hatte in einem Schreiben vom 2. Juli 1997 (act. 8/5) dem Untersuchungsrichter verschiedene flankierende Massnahmen vorgeschlagen, damit eine Entlassung mit entsprechender Nachbetreuung erfolgen könne. Dazu zählte er seine Zusammenarbeit und Gespräche mit dem Angeklagten, den Bezug einer Wohnung, die kontrollierte Antabuseinnahme und die Suche nach einer Arbeitsstelle in Zusammenarbeit mit dem RAV und der ALV. In der Folge wurde er am 24. Juli 1997 als Zeuge einvernommen (act.1/3). Auf die Frage in bezug auf die Betreuung erklärte er, er sei nicht in der Lage, den Angeklagten 24 Stunden am Tag zu betreuen. Seine Betreuung basiere massgeblich auf dem Vertrauen. Eine ambulante Betreuung sei sicher nicht optimal, da eine solche auf der Freiwilligkeit des Betreuten beruhe.

Es ist naheliegend, dass der Angeklagte auf diese Art nicht dauernd beaufsichtigt werden könnte. Aber klare Strukturen in einem zumindest indirekt kontrollierbaren Tagesablauf wären jedenfalls erforderlich. Nicht umsonst hat sich gezeigt, dass der Angeklagte im Rahmen des Strafvollzuges

keine Probleme machte; solche traten im Zusammenhang mit Massnahmen auf. So lassen sich die persönlichen Probleme des Angeklagten nicht auf die Trunksucht reduzieren, wie die Verteidigung dies mit ihrem Antrag auf ambulante Behandlung gestützt auf Art. 44 StGB darzulegen versucht. Die Gutachten zeigen klar, dass diese Probleme viel tiefer liegen. Der Angeklagte muss denn auch als psychisch abnorm bezeichnet werden, was sich unschwer aus den Gutachten ableiten lässt und auch zur Folge hat, dass bei ihm eine generelle verminderte Zurechnungsfähigkeit angenommen werden muss. Zudem erscheint auch die Bereitschaft für eine langfristige Antabuseinnahme immer noch fraglich. Seine Aussagen deuten vielmehr darauf hin, dass er mit einer (verbalen) Bereitschaft die rasche Entlassung bewirken wollte. Die Aussagen vor Gericht vermögen noch nicht genügend zu erhärten, dass die notwendige Einsicht dazu vorhanden ist. Daran ändern auch die von der Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung eingereichten Berichte von Herrn W. und von Frau X. [vom hiesigen Amt für Straf- und Massnahmenvollzug] nichts. Denn einerseits wird aus den Akten deutlich, dass frühere Versuche wiederholt gescheitert sind, und im vorliegenden Strafverfahren hat sich der Angeklagte insbesondere gegenüber dem Gutachter negativ geäußert. Aufgrund der gesamten Umstände lässt sich daher eine kurzfristige Entlassung nicht verantworten. Die Entlassung muss vielmehr gründlich vorbereitet werden. Art. 43 StGB sieht die Möglichkeit der Verwahrung "in einer geeigneten Anstalt" vor, dies im Unterschied zu Art. 44 StGB, welcher nur stationäre oder ambulante Behandlung erlaubt. Die Verwahrung nach Art. 43 StGB unterscheidet sich aber auch wesentlich von derjenigen nach Art. 42 StGB, indem keine Mindestdauer vorgeschrieben ist (Stefan Trechsel, a.a.O., Art. 42 N 16 und Art. 43 N 24). Vielmehr kann der Betroffene probeweise entlassen werden, sobald das Ziel der Massnahme teilweise erreicht ist, womit die Verhältnismässigkeit besser gewährleistet ist. Vorliegend wäre das Ziel der Verwahrung als sichernde Massnahme wohl dann teilweise erreicht, wenn die vom Gutachter formulierten Voraussetzungen für eine (dauerhafte) Verminderung des Rückfallrisikos gegeben wären. Entscheidend ist dabei, dass vor allem die Alkoholabstinenz – soweit nicht kontraindiziert mittels Antabus – garantiert ist und eine Absicherung des Lebensraumes – inklusive Wohn- und Beschäftigungsverhältnisse – geschaffen werden kann. Dies ist bei dem von der Verteidigung vorgeschlagenen Betreuungskonzept nicht der Fall. Dem Angeklagten wird zwar eine Wohnung zur Verfügung gestellt. Abgesehen von Kontakten mit Herrn W. und allfälligen Konsultationen mit dem für die Antabuseinnahme zuständigen Arzt bleibt er sich aber selber überlassen. Insbesondere konnte keine geeignete Arbeitsstelle für den Angeklagten gefunden werden. Es fehlt mithin an einem strukturierten Tagesablauf, der für den Angeklagten – wie bereits erwähnt – von entscheidender Bedeutung ist. Ob und innert welcher (Verwahrungs-)Frist eine Verminderung des Rückfallrisikos erreicht werden kann, hängt ganz wesentlich auch von der Einstellung und den Bemühungen des Angeklagten ab. Wenngleich aufgrund der limitierten intellektuellen

Funktionsfähigkeit des Angeklagten in bezug auf die Einsicht nur sehr beschränkte Erwartungen angebracht sind, ist eine gute Vorbereitung der sachlichen und persönlichen Voraussetzungen umso wichtiger. Dies hat auch der Gutachter für den Fall einer Entlassung verlangt, denn es brauche jedenfalls eine bessere Planung als nach der letzten Strafverbüssung. Der Antrag der Verteidigung auf Anordnung einer ambulanten Massnahme erweist sich im heutigen Zeitpunkt als unbegründet und ist daher abzuweisen.

d) ...

Insgesamt ist daher in Übereinstimmung mit dem Strafgericht die Anordnung einer Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gerechtfertigt und angemessen. Sie erweist sich insbesondere als verhältnismässig, weil zumindest eine probeweise Entlassung möglich sein wird, sobald die notwendigen Voraussetzungen zur dauerhaften Verminderung des Rückfallrisikos erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind heute offensichtlich (noch) nicht erfüllt. Damit kann der Angeklagte selber die Verwahrungsdauer mitbestimmen. Nachdem der Angeklagte die Gefängnisstrafe von fünf Monaten bereits verbüsst hat, erübrigt sich der Aufschub des Strafvollzuges im Sinne von Art. 43 Ziff. 2 Abs. 1 StGB.

(Obergericht, 20. November 1997, i.S. Staatsanwaltschaft/R.)

Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB. – Begriff des wehrlosen Opfers.

Aus dem Sachverhalt:

An einem Dorffest versetzte der Angeklagte X von hinten einen Schlag in die Kniekehlen, so dass sie stürzte, mit dem Kopf hart auf dem Boden aufschlug und bewusstlos liegen blieb. Dabei erlitt sie eine Hirnerschütterung, die einen zweitägigen Spitalaufenthalt notwendig machte. Z, die X zu Boden stürzen sah, rief dem Angeklagten "Arschloch" oder etwas Ähnliches zu. Alsdann lief der Angeklagte auf Z zu und schlug ihr plötzlich die Faust ins Gesicht. Dabei traf er die Nase und die rechte Augenhöhle. Z erlitt eine Nasenfraktur sowie eine Augenhöhlenkontusion und musste in der Folge operiert werden. Nach dem Vorfall litt Z an starken Schmerzen sowohl im Gesicht als auch im Bereich des Halses, der Halswirbelsäule und der Nackenmuskulatur. Diese Schmerzen dauerten etwa während drei Wochen an, wobei sie noch Monate später gelegentlich leichte Schmerzen verspürte.

Aus den Erwägungen:

Das Strafgericht wertet die Handlungen des Angeklagten als einfache Körperverletzungen i.S.v. Art. 123 StGB. Weder liegen bloss Tätlichkeiten vor noch kann von schweren Körperverletzungen gesprochen werden, zumal kein lebenswichtiges Organ tangiert wurde. Da aber die Opfer ihre Strafan-

träge im Laufe der Untersuchung zurückzogen, kann der Angeklagte wegen der zugefügten Körperverletzungen nur dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn es sich bei den Opfern um Wehrlose im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB handelte.

Gemäss BGE 85 IV 128 ff. (Pr 48 [1959] S. 510 ist wehrlos im Sinne der genannten Bestimmung, wer nicht in der Lage ist, sich der schädigenden Einwirkung zu erwehren. Nach dem Gesetz braucht die Wehrlosigkeit nicht durch körperliche oder seelische Besonderheiten wie Alter, Körperschwäche, Krankheit oder Gebrechlichkeit bedingt zu sein, wenn dies auch meistens ihre Ursachen sein werden. Das Gesetz verlangt auch nicht, dass das Opfer ausserstande sei, sich jedem beliebigen Angriff zu entziehen; es genügt, wenn es sich gegenüber seinem Angreifer und der Handlung, mit der dieser es bedroht, nicht mit einiger Aussicht auf Erfolg zur Wehr setzen kann. Es geschah im Hinblick auf die Niedrigkeit der Gesinnung des Täters und auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Opfers, dass der Gesetzgeber die Verfolgung von Amtes wegen angeordnet hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich somit bei der Wehrlosigkeit um einen relativen Begriff, d.h. dass der erfolgte konkrete Angriff auf das Opfer gewertet werden muss.

X wurde vom Angeklagten von hinten angefallen. In der Folge fiel sie um und schlug mit dem Kopf auf dem Boden auf. Da der Angriff von hinten erfolgte, war X zum vornherein ausserstande, sich dem Angriff in irgendeiner Weise zu widersetzen. Sie wurde zudem überraschend angefallen. Wer, wie der Angeklagte, das Opfer völlig unerwartet von hinten angreift, handelt heimtückisch. In Anbetracht dieser Umstände muss einerseits dem Angeklagten niederträchtige Gesinnung vorgeworfen und andererseits die besondere Schutzbedürftigkeit von X bejaht werden. Mithin war X wehrlos im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Angeklagte erfüllte den objektiven Tatbestand der qualifizierten einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB. In gleicher Weise ist auch der Faustschlag des Angeklagten ins Gesicht von Z zu qualifizieren. Zwar provozierte Z den Angeklagten verbal, indem sie das vorangegangene Verhalten des Angeklagten gegenüber X zu Recht kritisierte. Aufgrund der Tatsache aber, dass der Angeklagte – nachdem er auf Z zugelaufen war – ohne irgendwelche Worte zu verlieren und völlig überraschend auf sie eingeschlagen hatte, war Z nicht in der Lage, den Angriff abzuwehren. Sie war dem Angeklagten gänzlich ausgeliefert und deshalb ebenfalls schutzbedürftig. Der Angeklagte handelte zudem gegenüber beiden Opfern mit Wissen und Willen, war er doch trotz des genossenen Alkohols noch in der Lage, sich selbständig nach Hause zu begeben. Mithin erfüllte der Angeklagte auch den subjektiven Tatbestand von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB. Er machte sich somit der mehrfachen qualifizierten einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB schuldig.

(Strafgericht, 2. Mai 1997, i.S. Staatsanwaltschaft/M.)

Art. 198 Abs. 2 StGB. – Würdigung der Aussagen eines Angeklagten, welcher der mehrfachen sexuellen Belästigung angeklagt ist, bzw. dessen Glaubwürdigkeit.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB wird auf Antrag mit Haft oder Busse bestraft, wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt. Unter diesen Straftatbestand fallen einerseits Betasten, Begrabschen, Greifen, bzw. ganz allgemein das Herstellen eines körperlichen Kontakts durch den Täter, wobei solche Handlungen über zufällige Berührungen hinausgehen, gegen den Willen des Opfers stattfinden und von Seiten eines objektiven Betrachters aus gesehen einen geschlechtlichen bzw. gewissermassen sexuellen Charakter haben müssen. Sodann umfasst derselbe Artikel grundsätzlich auch verbale sexuelle Belästigungen.

1.1 Die Strafklägerin wirft dem Angeklagten vor, dieser habe sie in der Zeit von ca. Mitte April 1995 bis Oktober 1995 regelmässig sexuell belästigt, indem er sie umarmt und geküsst habe, mit der Hand über das Gesäss gefahren sei sowie unter die Shorts und an die Brüste gegriffen habe. Der Angeklagte hat diese Vorwürfe immer bestritten. Sachverhaltsmässig ist einzig erwiesen und vom Angeklagten zugestanden, dass dieser die Strafklägerin an der Aussprache vom 14. November 1995 an den Brüsten und am Gesäss berührt hat. Ob die Sachdarstellung der Strafklägerin zutrifft, oder ob auf die Schilderungen des Angeklagten abzustellen ist, hängt im wesentlichen von der Würdigung der Aussagen der Beteiligten ab.

1.2 Mangels direkter Beweise ist aufgrund der vorhandenen Indizien zu entscheiden, ob die vorgeworfenen Handlungen rechtsgenügend nachgewiesen sind.

...

1.4 Bei der Würdigung der Aussagen des Angeklagten bzw. dessen Glaubwürdigkeit ist zunächst zu beachten, dass der Angeklagte als unmittelbar vom Strafverfahren Betroffener ein Interesse daran hat, den Sachverhalt in einem für ihn günstigen Licht darzustellen. Er war nicht unter Strafandrohung zu wahrheitsgemässen Aussagen verpflichtet, weshalb seine Aussagen mit einer gewissen Vorsicht zu werten sind. Die Strafklägerin ihrerseits wurde zweimal einvernommen, das zweite Mal vom Verhöramt als Zeugin, und wurde dabei ausdrücklich auf die Straffolgen des falschen Zeugnisses aufmerksam gemacht. Sie ist bei der untersuchungsrichterlichen Einvernahme ohne nennenswerte Abweichungen bei der Darstellung der Geschehnisse geblieben, wie sie sie schon der Polizei zu Protokoll gegeben hatte. An der Zeugeneinvernahme vom 25. April 1997 verwendete die Strafklägerin gewisse Wortwendungen (z.B. "Feuerlein entfacht"), die bereits bei der polizeilichen Einvernahme vom 6. Februar 1996 gefallen waren. Diese

Wortwahl wurde auch von der Zeugin F. und der Auskunftsperson A. benutzt.

1.5 Der einzige Widerspruch zeigte sich zwischen den Aussagen der Strafklägerin und den Ausführungen des Zeugen O. über den Besuch des Restaurants T. Mitte April 1995 und die Fragen, wer damals mit wem das Büro verlassen hatte und ob es zu diesem Zeitpunkt noch zu einem Kuss und einer Umarmung und zu weiteren Belästigungen nach dem Verlassen des Restaurants T. gekommen war.

Dabei ist vorweg zu beachten, dass der genaue Ablauf eines einzelnen Vorfalles jeweils nicht im Detail in der Erinnerung haften bleibt, umso mehr, wenn es sich um unangenehme, belastende Vorfälle handelt, wie es die fraglichen Vorgänge für die Strafklägerin darstellten, welche erfahrungsgemäss (bewusst oder unbewusst) verdrängt werden, so dass sich die Strafklägerin mit ihren Aussagen in Einzelheiten durchaus geirrt haben kann. Für den Zeugen O. auf der anderen Seite stellten der erwähnte Vorfall zu jenem Zeitpunkt ein unbedeutendes Ereignis und die heute offenen Fragen Nebensächlichkeiten dar. Erst nachträglich gewann der Vorfall eine gewisse Bedeutung, weil O. – zwei Jahre später – als Zeuge einvernommen wurde. Erfahrungsgemäss bleiben aber Details eines unbedeutenden Ereignisses, wie dies ein Restaurantbesuch nach dem Feierabend darstellt, kaum in der Erinnerung haften.

1.7 Weitere Zeugen, welche ebenfalls einvernommen wurden, konnten zu den dem Angeklagten vorgeworfenen Handlungen keine Aussagen machen, da – auch nach Darstellung der Strafklägerin – diese Vorgänge nur erfolgten, wenn der Angeklagte und die Strafklägerin alleine waren. Die Aussagen dieser weiteren Zeugen, welche ebenfalls nur Indizien-Charakter haben, konnten die Glaubwürdigkeit der Strafklägerin ebenfalls nicht beeinträchtigen. Hier seien lediglich einige wenige Punkte erwähnt:

Die Verteidigung machte geltend, der Vorwurf der Strafklägerin erscheine als nicht glaubhaft, da sie in der ganzen fraglichen Zeitspanne von April bis Oktober 1995 weder ihren Bürokollegen noch ihren Vorgesetzten gegenüber die Belästigungen erwähnt habe. Es ist zwar richtig, dass sich die Strafklägerin gegenüber ihren Mitarbeitern nicht geäussert hat. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Strafklägerin erst kurz vorher ihre neue Stelle bei der B. AG angetreten hatte und der Angeklagte ihr direkter Vorgesetzter war. Unter diesen Umständen ist es verständlich, dass sie am neuen Arbeitsort so lange wie möglich versuchte, die peinlichen und nicht von vorneherein ohne Mühe belegbaren sexuellen Belästigungen gegenüber anderen Mitarbeitern zu verschweigen. Die Strafklägerin hatte ständig gehofft, die Belästigungen würden irgendwann wieder aufhören; schliesslich stand für sie auch ein Arbeitsplatz auf dem Spiel, der ihr, was die Arbeit betraf, gut gefiel. Überdies fällt es Frauen erfahrungsgemäss schwer, sexuelle Verfehlungen ihnen gegenüber an die Öffentlichkeit zu tragen.

Die Schilderungen der Strafklägerin werden auch von F., der engsten Freundin, und A., des Lebenspartners, gestützt. Obwohl diese beiden Personen aus eigener Wahrnehmung nichts Konkretes zum Verhalten des Angeklagten aussagen konnten, bestätigten sie die zunehmend schlechtere psychische Verfassung, in welcher sich die Strafklägerin während ihrer Anstellung bei der B. AG befunden hatte. Beide gaben übereinstimmend zu Protokoll, dass ihnen die Strafklägerin immer wieder von den unerträglichen Belästigungen am Arbeitsplatz erzählt und sie um Rat gebeten habe.

Die von der Verteidigung hervorgehobenen Zeugenaussagen von W. und G., die angaben, keine Verschlechterung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Angeklagten und der Strafklägerin festgestellt zu haben, mögen zwar zutreffen, sind jedoch nicht geeignet, die Darstellung der Strafklägerin zu entkräften. W. räumte ein, seine Mitarbeiter jeweils nur ca. eine halbe Stunde pro Tag gesehen zu haben, während sich G. mit dem Angeklagten in der Früh- und Spätschicht abwechselte, so dass diese beiden nicht viel Zeit mit der Strafklägerin und dem Angeklagten verbrachten und mithin auch Spannungen zwischen diesen nicht ohne weiteres bemerken konnten. Eine Verschlechterung des Arbeitsklimas zwischen der Strafklägerin und dem Angeklagten muss zudem, entgegen der Auffassung der Verteidigung, nicht zwangsläufig nach aussen ersichtlich sein, da sich die Strafklägerin aus Scham bemühte, das Ganze nicht nach aussen dringen zu lassen. Immerhin konnte G. bestätigen, dass die Strafklägerin über Bauchschmerzen und nervliche Probleme geklagt hatte.

Im übrigen wollte die Strafklägerin anfänglich nichts gegen den Angeklagten unternehmen. Sie kündigte lediglich ihre Stelle, um nicht mehr mit dem Angeklagten zusammenarbeiten zu müssen. Erst nachdem der Angeklagte der Strafklägerin ehrverletzendes Verhalten vorgeworfen hatte, entschloss sie sich zur Anzeige.

1.9 Auch die vom Angeklagten an der Verhandlung vom 30. Juli 1997 vorgebrachten Ausführungen betreffend ein mögliches Komplott durch S. halten einer näheren Überprüfung nicht stand und sind auch als äusserst unglaubwürdig zu taxieren. Es ergibt sich aus den Akten kein Anhaltspunkt, dass S. die Strafklägerin zu einer falschen Anzeige hätte ermuntert haben sollen, zumal S. und die Strafklägerin nicht sonderlich gut miteinander auskamen. Ebenso wenig bestehen Anzeichen dafür, dass die Strafklägerin die ganze Sache von Beginn an geplant haben könnte. Die einvernommenen Zeugen wie der Angeklagte konnten denn auch keinen Grund nennen, weshalb die Strafklägerin den Angeklagten fälschlicherweise der fraglichen Belästigungen hätte bezichtigt sollen.

1.10 Ferner hat die Verteidigung eingewendet, die vorgeworfenen Belästigungen hätten sich gar nicht zutragen können, weil der Angeklagte nie mit der Strafklägerin alleine im Büro gewesen sei. Letztere Behauptung trifft

jedoch nicht zu. Wie bereits ausgeführt, sah W. seine Mitarbeiter jeweils nur ca. eine halbe Stunde pro Tag, und der Angeklagte und G. wechselten sich in der Früh- und der Spätschicht ab, so dass der Angeklagte jeden Tag morgens oder abends während ca. zwei Stunden mit der Strafklägerin alleine im Büro war. Weder G. noch W. konnten die Belästigungen damit bemerken oder gar beobachten, da sich der Angeklagte laut Aussage der Strafklägerin jeweils nur bei Abwesenheit anderer Leute an sie herangewagt hatte. Der Einwand der Verteidigung ist also unbehelflich, zumal dem Angeklagten nicht länger dauernde sexuelle Nötigungen vorgeworfen werden, sondern kurze, zum Teil nur flüchtige Berührungen, welche jedoch ebenfalls unter den Tatbestand der sexuellen Belästigung fallen.

1.11 Schliesslich führte die Verteidigung aus, die Darlegungen des Polizeirichters, der Angeklagte habe in der Aussprache vom 14. November 1995 die Anschuldigungen der Strafklägerin indirekt bestätigt, seien nicht nachvollziehbar. Dies trifft nicht zu. Die Belästigung vom 14. November 1995 ist die einzige, welche der Angeklagte zugestanden hat. Eine Entschuldigung vor einer Belästigung, wie sie der Angeklagte vorgebracht hat, entlastet ihn jedoch keineswegs. In diesem Verhalten äusserte sich vielmehr die Respektlosigkeit vor der sexuellen Integrität der Strafklägerin.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass, selbst wenn man von den Darlegungen des Angeklagten ausginge, er habe die Strafklägerin nicht sexuell belästigt, er die Tathandlung zumindest mit Bezug auf den 14. November 1995 zugestanden hat.

2. In Würdigung der gesamten Akten- und Beweislage, insbesondere in Anbetracht der klaren und durchaus glaubwürdigen Schilderungen der Strafklägerin, welche im übrigen durch verschiedene Aussagen von Drittpersonen zumindest indirekt erhärtet oder gar bestätigt wurden, muss die Täterschaft des Angeklagten als erwiesen betrachtet werden. Wie bereits ausgeführt, ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb die Strafklägerin den Angeklagten zu Unrecht belasten sollte, zumal insbesondere auch geldwerte Interessen oder sonstige mögliche Vorteile ausser Betracht fallen. Sowohl alle dazu Befragten als auch der Angeklagte selbst können sich keinen Grund vorstellen, weshalb die Privatklägerin unwahre Vorwürfe hätte erheben sollen. Vernünftige Zweifel an der Schuld des Angeklagten können mithin ausgeschlossen werden.

Ist die Täterschaft als erwiesen anzusehen, hat der Angeklagte durch sein Verhalten den Tatbestand von Art. 198 Abs. 2 StGB in der Zeit von April bis Oktober 1995 sowie am 14. November 1995 mehrfach erfüllt, weshalb er wegen mehrfacher sexueller Belästigung gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB schuldig zu sprechen ist.

5. ...

Das Verschulden des Angeklagten kann nicht bagatellisiert werden, belästigte er seine Mitarbeiterin doch über Monate hinweg und gegen deren klaren Willen mehrfach in sexueller Art und Weise, obwohl er realisiert haben musste, wie sehr die Strafklägerin darunter litt. Auch nutzte er ganz offenkundig seine Stellung als Vorgesetzter sowie die besondere Situation der Strafklägerin, welche eine neue Stelle angetreten hatte, für seine Handlungen aus.

Strafschärfend fällt die mehrfache Tatbegehung ins Gewicht. Straferhöhungs- und Strafmilderungsgründe liegen keine vor. Strafmindernd kann berücksichtigt werden, dass der Angeklagte einen guten Allgemeinleumund besitzt und nicht vorbestraft ist.

In Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe, insbesondere auch der recht guten finanziellen Verhältnisse des Angeklagten sowie der Tatsache, dass seit den Taten schon relativ lange Zeit vergangen ist, in welcher sich der Angeklagte offenbar wohl verhalten hat, bzw. das Urteil nur knapp vor Eintritt der absoluten Verjährung gefällt wird, ist die Ausfällung einer Strafe von 10 Tagen Haft und Fr. 2'000.- Busse angemessen.

(Berufungskammer, 6. Oktober 1997, i.S. Staatsanwaltschaft/B.)

Eine gegen dieses Urteil eingereichte staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht am 19. März 1998 abgewiesen.

Art. 96 Ziff. 2 Abs. 2 SVG. – Fahren ohne Fahrzeugausweis; leichter Fall. Die Verletzung von Art. 96 Ziff. 2 Abs. 2 SVG ist wegen der in dieser Bestimmung vorgesehenen Sanktion (Busse) als Übertretung zu qualifizieren.

Aus den Erwägungen:

Wie bereits erwähnt, sieht Art. 96 Ziff. 2 Abs. 2 SVG als Sanktion Busse vor. Im Gegensatz zu anderen Strafbestimmungen, in welchen die "leichten Fälle" durch eine Kann-Vorschrift geregelt werden (beispielsweise Art. 225 Abs. 2 StGB), darf der Richter gestützt auf Art. 96 Ziff. 2 Abs. 2 SVG bloss eine Busse aussprechen. Es liegt nicht im Ermessen des Richters zu entscheiden, ob trotz Vorliegens eines leichten Falles die in Art. 96 Ziff. 2 Abs. 2 SVG vorgesehene Sanktion im konkreten Fall angemessener wäre. Wegen dieses zwingenden Charakters handelt es sich bei Art. 96 Ziff. 2 Abs. 2 SVG nicht mehr wie bei Art. 96 Ziff. 2 Abs. 1 SVG um ein Vergehen, sondern um eine Übertretung (vgl. dazu Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. A., Bern 1996, S. 110, N 8 f. und Roschacher, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), Chur/Zürich 1991, S. 70).

(Berufungskammer, 23. Januar 1998, i.S. Staatsanwaltschaft/F.)

V. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

Art. 59 BV – Für die Klage auf Änderung des Trennungsurteils ist das Gericht am Wohnsitz des Beklagten örtlich zuständig. Dieser ausschliessliche, nicht aber zwingende Gerichtsstand ist auch dann gegeben, wenn in einem andern Kanton die Scheidungsklage hängig ist. Kein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs; keine Einlassung.

Aus den Erwägungen:

2. Die der Regelung der Folgen im Trennungsurteil zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse können sich im Verlauf der Trennungszeit in unvorhergesehener Weise verändern. Bei erheblicher und in Relation zur Trennungsdauer nicht bloss vorübergehender Veränderung dieser Verhältnisse kann mittels der Abänderungsklage die Anpassung des Urteils an die neue Sachlage verlangt werden. Zur Beurteilung der Abänderungsklage ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei schweizerischem Wohnsitz beider Ehegatten das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei örtlich zuständig. Der von der Rechtsprechung ausgestellte Gerichtsstand des Wohnsitzes der beklagten Partei ist als ausschliesslicher gedacht, nicht jedoch als zwingender, weshalb eine Gerichtsstandsvereinbarung oder Einlassung in den Prozess zulässig wäre (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Bern 1980, N 53 f. zu den Vorbemerkungen zu Art. 149 – 157 ZGB und N 81 ff. zu Art. 153 ZGB; Lüchinger/Geiser, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt a. M. 1996, N 29 zu Art. 153 ZGB; BGE 104 II 291).

Die Beklagte hat unbestrittenermassen Wohnsitz im Kanton Zürich. Sie hat sich auf den vorliegenden Prozess auch nicht eingelassen und rechtzeitig die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erhoben (§ 84 Abs. 3 ZPO). Das Argument, der Gerichtsstand am Wohnsitz der Beklagten sei nicht zwingend, hilft dem Kläger somit nicht weiter. Der Kläger beruft sich jedoch im Hauptstandpunkt auf den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

3. Nach der Praxis des Bundesgerichtes rechtfertigt die Konnexität mehrerer Ansprüche eine Ausnahme von Art. 59 BV nur, wenn sie im Verhältnis von Haupt- und Nebensache stehen. Im übrigen lehnt das Bundesgericht den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs in interkantonalen Rechtsfällen für konnexe Ansprüche ab. Ein zwingender Gerichtsstand des Sachzusammenhangs gilt nach Bundesrecht nur dann, wenn die einheitliche Beurteilung mehrerer Ansprüche aus Gründen des materiellen Rechts unerlässlich ist, so z. B. für Klagen auf Scheidung oder Trennung oder für

Begehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 145 ZGB, wenn beide Ehegatten an verschiedenen Orten geklagt haben. Damit sollen sich widersprechende Urteile vermieden werden (Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. A., N 4 und 5 zu § 13 ZPO und dort zitierte Entscheide; Bühler/Spühler, a.a.O., N 51 ff. zu Art. 144 ZGB und dort zitierte Entscheide; Lüchinger/Geiser, a.a.O., N 7 f. zu Art. 144 ZGB).

Vorliegend kann von einem Sachzusammenhang im Sinne der zitierten Lehre und Rechtsprechung nicht gesprochen werden. Im Prozess betreffend Änderung des Trennungsurteils geht es um die Frage, ob sich die finanzielle Situation des Klägers seit Erlass des Trennungsurteils vom 4. Dezember 1990 wesentlich und dauerhaft verändert hat, so dass sich eine Reduktion oder gar Aufhebung des Unterhaltsbeitrages an die Beklagte rechtfertigen würde. Im Scheidungsprozess stehen ganz andere Fragen zur Debatte. Dort ist das Vorliegen eines Scheidungsgrundes zu prüfen, und gegebenenfalls sind die Nebenfolgen der Scheidung zu regeln. Die Gefahr, dass in den beiden Prozessen sich widersprechende Urteile gefällt werden könnten, ist völlig ausgeschlossen. Schliesslich ist auch nicht einzusehen, weshalb es dem Kläger, welcher kurz nach Klageeinreichung seinen Wohnsitz in den Kanton Tessin verlegt hat, nicht zumutbar sein sollte, seine Abänderungsklage am Wohnsitz der Beklagten, nämlich beim Bezirksgericht Uster, welches das fragliche Trennungsurteil gefällt hat, einzureichen. Von einem Parallelprozess kann, wie oben dargelegt, nicht die Rede sein. Auch vor Bezirksgericht Uster hätte der Kläger grundsätzlich die Möglichkeit, in Analogie zu Art. 145 ZGB eine vorsorgliche Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge zu beantragen (vgl. Bühler/Spühler, a.a.O., N 91 f. zu Art. 153 ZGB). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Kantonsgericht Zug für die Beurteilung der vorliegenden Klage örtlich nicht zuständig ist. Auf die Klage ist daher nicht einzutreten.

(Kantonsgericht, 9. Juli 1997, i.S. B./B.)

§ 43 ZPO. – Eine Kollektivgesellschaft gilt nur als zahlungsunfähig im Sinne von § 43 Abs. 1 ZPO, wenn nebst der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auch diejenige sämtlicher Kollektivgesellschaftler feststeht.

Aus den Erwägungen:

3. Zu prüfen bleibt somit, ob aufgrund der in der Beschwerde erneut geltend gemachten Zahlungsunfähigkeit der Kollektivgesellschaftler die Beschwerdegegnerin zur Sicherstellung der Parteikosten zu verpflichten ist.

a) Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, es sei zu bedenken, dass die Kollektivgesellschaft von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ledig-

lich als Quasi-Rechtspersönlichkeit qualifiziert werde. Dies zeige auch die Haftungsregelung, gemäss welcher das Gesellschaftsvermögen primär und das Privatvermögen der Gesellschafter subsidiär hafte. Somit sei bei der Frage der endgültigen Kostentragung einer Parteientschädigung die Zahlungsfähigkeit der Gesellschafter sehr wohl von Bedeutung, auch wenn die Quasi-Rechtspersönlichkeit der Kollektivgesellschaft ihre Partei- und Prozessfähigkeit nicht berühre.

b) Nach Art. 562 OR kann die Kollektivgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden. Obwohl ihr aufgrund dieser Bestimmung Partei- und Prozessfähigkeit zukommt, verneint die herrschende Lehre und Rechtsprechung die Rechtspersönlichkeit der Kollektivgesellschaft. Sie beurteilt diese Rechtsform als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, die in mancher Hinsicht allerdings wie eine juristische Person behandelt wird. Dementsprechend ist auch die Haftungsregelung für Gesellschaftsschulden ausgestattet: Für die Verpflichtungen der Gesellschaft haftet zunächst einmal das Gesellschaftsvermögen. Dieses Sondervermögen dient gemäss Art. 570 Abs. 1 OR ausschliesslich zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft; private Gläubiger einzelner Gesellschafter können also darauf nicht greifen, sondern nur auf den Anteil, der dem einzelnen Gesellschafter nach Liquidation der Gesellschaft und nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zukommt (Art. 572 OR, ferner Art. 575 und Art. 578 OR). Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht aus, haften subsidiär alle Gesellschafter persönlich, und zwar unbeschränkt und solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen (Art. 568 Abs. 1 OR). Der einzelne Gesellschafter kann für Gesellschaftsschulden jedoch erst dann persönlich belangt werden, wenn er selbst in Konkurs geraten oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist (Art. 568 Abs. 3 OR). Angesichts der subsidiären persönlichen Haftung der Gesellschafter bedarf es keines Minimalhaftungsfonds zugunsten der Gläubiger, wie er durch das Aktienkapital bei der Aktiengesellschaft bzw. das Stammkapital bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sichergestellt werden soll. Aus diesem Grunde stellt das Gesetz auch keine Mindestanforderungen an die richtige und vollständige Erbringung der Einlagen der Gesellschafter. Ebenso wenig besteht – im Gegensatz zu AG und GmbH – eine Kapitalerhaltungspflicht (zum Ganzen Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7.A., Bern 1993, § 9 N 15, 29 f. u. 31). Aufgrund dieser Haftungsregelung ist die Zahlungsfähigkeit der Kollektivgesellschaft sowohl von der Bonität der Gesellschaft selbst als auch von derjenigen der einzelnen Gesellschafter abhängig. Dementsprechend ist für die Zahlungsunfähigkeit einer Kollektivgesellschaft zu fordern, dass nebst der Gesellschaft auch jeder einzelne Gesellschafter zahlungsunfähig ist. Entsprechend wird der Kollektivgesellschaft gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auch nur zugestanden, wenn die Prozessarmut

sowohl der Gesellschaft als auch sämtlicher Gesellschafter erstellt ist (BGE 116 II 656). Im übrigen finden sich in der Rechtsprechung bei ähnlich gelagerten Fällen Hinweise dafür, dass bei der Prüfung, ob eine Partei zahlungsunfähig und damit zur Sicherstellung der Prozessentschädigung verhalten werden kann, nicht bloss auf den formalen Parteibegriff abzustellen ist. So vertrat die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Ansicht, es sei innerlich gerechtfertigt, eine Liquidationsmasse, die auf sich selbst gestellt sei und hinter der keine unbeschränkt haftbare Einzelperson stehe, zur Prozesskaution zu verpflichten, während auf eine Kautonierung verzichtet werden könne, wenn ein unbeschränkt Haftender vorhanden sei und, wie beizufügen sei, nicht dieser einen Kautionsgrund erfülle (ZR 51 Nr. 154). Noch weiter ging die 1. Abteilung des Amtsgerichts Luzern-Stadt, die eine Kautonierung einer klägerischen AG als zulässig erachtete, die von einem zahlungsunfähigen Einzelaktionär und alleinigen Verwaltungsrat beherrscht wurde, der seit Jahren ab einem Kontokorrentkonto der AG Geldbezüge für den Privatgebrauch tätigte (LGVE 1989 I Nr. 23).

c) Prüft man nach dem Gesagten demnach die Zahlungsfähigkeit des Kollektivgesellschafters M.O., ergeben sich diesbezüglich erhebliche Bedenken. Auch wenn mit den vorhin zitierten Gründen (E. 2.b) aufgrund des Novenverbots (§ 212 i.V.m. § 205 ZPO) der neu eingereichte Auszug aus dem Betreibungsprotokoll nicht berücksichtigt werden kann, ist aufgrund der bereits vor Vorinstanz und in diesem Verfahren – aktualisiert – eingereichten Betreibungsregisterauszüge vom 31. Oktober 1996 und 7. Februar 1997 ersichtlich, dass 1995 und 1996 gegen M.O. aufgrund zahlreicher Betreibungen Sach- und Lohnpfändungen durchgeführt wurden, deren Deckung ungenügend war. Stimmt man der Ansicht der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts zu, dass die Zahlungsunfähigkeit bereits nach durchgeführten Lohnpfändungen vorliegt (ZR 85 Nr. 109), wäre diese bei M.O. offenkundig gegeben. Jedoch braucht nicht abschliessend geklärt zu werden, ob es sich derart verhält. Abgesehen davon, dass vorliegend die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin selbst nicht erstellt ist, ist die zweite Kollektivgesellschaftlerin, Y.O., offenbar in der Lage, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Daran ändert auch nichts, dass sie gemäss dem eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 7. Februar 1997 im Jahre 1996 zweimal betrieben worden ist, zumal sich die Betreibung über Fr. 4'674.- durch Zahlung erledigt hat und die Betreibung über Fr. 255.40 nach Zustellung des Zahlungsbefehls nicht fortgesetzt wurde.

4. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die in § 43 Abs. 1 ZPO genannten Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung nicht dargetan hat. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist daher abzuweisen.

(Justizkommission, 27. Juni 1997, i.S. U. AG / O.)

§ 133 Abs. 2 ZPO, § 129 Ziff. 1 und 4 ZPO – Insbesondere den Gerichtsbefehlen, welche der Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes dienen, kommt keine materielle Rechtskraft zu (Erw. 1). Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes und des Rechtsanspruches (Erw. 2-4).

Aus den Erwägungen:

1. Der Gesuchsteller hat schon mit Gesuch vom 9. April 1998, auf welches das Kantonsgerichtspräsidium wegen Verspätung nicht eingetreten ist, beantragt, das Handelsregisteramt sei anzuweisen, die Beschlüsse der Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 24. März 1998 nicht ins Handelsregister einzutragen. Es stellt sich somit die Frage, ob die gleichen Anträge nochmals gestellt werden können.

Die Frage, ob kantonalen Summarentscheiden materielle Rechtskraft zukommt, ist grundsätzlich eine solche des kantonalen Prozessrechts (BGE 119 II 89 ff.). Gemäss § 133 Abs. 2 ZPO kann der Gerichtspräsident die von ihm erlassene Verfügung unter Anzeige an die Parteien jederzeit ändern oder gänzlich aufheben. Insbesondere Gerichtsbefehlen, welche der Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes dienen, kommt keine materielle Rechtskraft zu (Brandenburg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966, S. 50 f.).

Das vorliegende Gesuch gemäss Art. 32 Abs. 2 HRegV dient der Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes und lässt sich auf § 129 Ziff. 1 und 4 ZPO stützen. Da die zur Diskussion stehenden Beschlüsse der Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 24. März 1998 noch nicht eingetragen worden sind und dem Gesuchsteller vom Handelsregisteramt Zug erneut Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung des Richters ange-setzt wurde, ist auf das vorliegende Gesuch einzutreten.

2. Gemäss § 129 Ziff. 1 und 4 ZPO kann der Gerichtspräsident auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, Verfügungen treffen, die dazu dienen, den bestehenden Zustand gegen unerlaubte Selbsthilfe oder eigenmächtige Eingriffe und Störungen zu schützen bzw. den tatsächlichen Zustand bei oder nach Anhängigmachung eines Prozesses aufrecht zu erhalten. Glaubhaft zu machen sind der Anspruch, dem durch eine vorsorgliche Massnahme einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden soll, und der Verfügungsgrund, d.h. die Gefährdung dieses Anspruches bei nicht sofortigem, vorsorglichem Eingreifen des Richters (Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1982, S. 132 ff.). Glaubhaft machen heisst, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt sein muss; vielmehr genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht. Ungenügend ist hingegen eine bloss unbestimmte oder entfernte Möglichkeit eines rechtswidrigen Verhaltens (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürche-

rischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 5 zu § 110). Der Gesuchsgegner kann das Glaubhaftmachen des Gesuchstellers zerstören, indem er seinerseits glaubhaft macht, dass der Anspruch nicht bestehe. Will der Gesuchsteller dies verhindern, muss er darlegen, dass sein Standpunkt trotz der Vorbringen des Gesuchsgegners noch glaubhafter sei (Meier, a.a.O., S. 147). Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dürfen nur zur Abwendung der Gefahren notwendige und geeignete Massnahmen angeordnet werden; von mehreren möglichen ist stets die mildeste Massnahme auszuwählen (Meier, a.a.O., S. 158; Brandenburg, a.a.O., S. 91).

3. Vorerst ist festzuhalten, dass der Gesuchsteller lediglich behauptet, Eigentümer von 4 % des Aktienkapitals der Gesuchsgegnerin zu sein. Die an der Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 24. März 1998 gefassten Beschlüsse wurden einstimmig gefasst; vom gesamten Aktienkapital von Fr. 7'600'000.-, eingeteilt in 15'200 Namenaktien zu je Fr. 500.- nominell, waren nur 20 Namenaktien nicht vertreten. Es ist daher völlig unwahrscheinlich, dass die Abstimmungsergebnisse anders ausgefallen wären, wenn der Gesuchsteller zum Stimmrecht zugelassen worden wäre. Unter diesem Gesichtspunkt muss das Vorliegen des Verfügungsgrundes verneint werden, d.h. eine Wiederholung der Generalversammlung würde dem Gesuchsteller nichts nützen.

4. Es stellt sich somit nur noch die Frage, ob das Bezugsrecht des Gesuchstellers (Art. 652b Abs. 1 OR) auf unzulässige Weise eingeschränkt worden ist.

Gemäss Art. 652b Abs. 2 OR darf der Beschluss der Generalversammlung über die Erhöhung des Aktienkapitals das Bezugsrecht nur aus wichtigen Gründen aufheben. Als wichtige Gründe gelten insbesondere die Uebernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer. Durch die Aufhebung des Bezugsrechts darf niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden. Die Aufzählung der wichtigen Gründe in Art. 652b Abs. 2 OR ist nicht abschliessend. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Ausschluss durch ein qualifiziertes sachliches Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt ist, wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre beachtet wird und das Prinzip der schonenden Rechtsausübung befolgt wird (Zindel/Isler, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1994, N 13 ff. zu Art. 652b OR).

In der Gesuchsantwort hat die Gesuchsgegnerin mit einlässlicher Begründung glaubhaft gemacht, dass für den jeweiligen Entzug der Bezugsrechte ein wichtiger Grund gegeben war. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass eine Bilanzanierung im Gesamtinteresse der Gesellschaft liegt und Voraussetzung für einen Gang an die Börse ist. Andererseits vermochte der Gesuchsteller keine Indizien zu nennen, welche das Vorliegen eines wichtigen Grundes

in Frage stellen könnten. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte erkennbar, dass die Gesuchsgegnerin mit den fraglichen Beschlüssen beabsichtigt hätte, gezielt allfällige Aktionärsrechte des Gesuchstellers zu beeinträchtigen. Steht somit fest, dass der Gesuchsteller das Vorliegen des Verfügungsgrundes nicht glaubhaft machen konnte, so ist dem Gesuch die Grundlage entzogen. Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass die verlangten Massnahmen unverhältnismässig wären und der Gesuchsgegnerin erheblichen Schaden zufügen könnten, denn bei einer Blockierung der an der Generalversammlung vom 24. März 1998 gefassten Beschlüsse könnte die Sanierung der Gesuchsgegnerin in Frage gestellt werden, da bis zu einem rechtskräftigen Abschluss des ordentlichen Prozesses unter Umständen mehrere Jahre vergehen könnten. Bei dieser Sachlage ist der Gesuchsteller gehalten, seine Aktionärseigenschaft auf dem ordentlichen Prozessweg abklären zu lassen.

(Kantonsgerichtspräsidium, 5. Juni 1998, i.S. M./P.)

§ 186 ZPO – Voraussetzungen für die Anordnung einer Oberexpertise.

Aus den Erwägungen:

2.2 Gehören einer Spruchbehörde – wie in casu – keine fachtechnischen Richter an, so drängt sich eine strikte Aufgabenteilung zwischen Richtern (Beantwortung von Rechtsfragen) und Experten (Beantwortung von Tatfragen) auf. Diese Rollenteilung würde weitgehend gegenstandslos, wenn der Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung gehalten wäre, sich die Sachkunde anzueignen, wie sie nur der Experte besitzt und besitzen kann. Aus diesem Grunde gilt bei der Würdigung einer gerichtlichen Expertise die Beweisregel, dass vom fachmännischen Befund des Experten ohne zwingende Gründe nicht abgewichen werden darf (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 6 zu § 181). Namentlich bei komplizierten fachtechnischen Fragen, von denen der Richter nur wenig versteht, kann nur verlangt werden, dass sich der Richter gewissenhaft eine Meinung bildet. Das vom Gericht bestellte Gutachten eines Sachverständigen ist ja gerade das Mittel, mit dem versucht werden soll, einer an sich unlösbaren Aufgabe gerecht zu werden. Liegen komplizierte Sachverhalte vor, so stösst das Gericht auch bei der Befassung mit der Expertise und den entsprechenden Stellungnahmen der Parteien notwendigerweise an die Grenzen des beim auf diesem Gebiet nicht sachverständigen Richters bestehenden Verständnisses. Vom Gericht kann nicht verlangt werden, dass es sich die Kenntnisse verschafft, die notwendig sein würden, damit es in eigener Beurteilung entscheiden könnte, was die richtige Auffassung ist. Dem steht allein schon das Gebot der Verfahrensbeschleunigung entgegen (Art. 4 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK). Gerade in Fällen, wo die gerichtliche Expertise und die Stellungnahmen der Parteien auf

hohem Niveau stehen, muss dem Richter zugebilligt werden, dass er sich auf die eingeholte Expertise verlässt, sofern diese nicht entweder unvollständig, unklar oder nicht ausreichend begründet ist bzw. der Experte seiner Aufgabe nicht gewachsen ist oder seine Aufgaben offenbar vernachlässigt hat (§ 186 Abs. 2 ZPO). Dies ergibt sich namentlich auch daraus, dass nur die vom Gericht eingeholte Expertise ein Beweismittel ist, dass der Experte als eine von den Parteien unabhängige Person gerichtlich bestellt worden ist, dass den Parteien das Recht zur Ablehnung des Gutachters nach Massgabe von § 182 Abs. 1 ZPO zusteht und dass der gerichtliche Experte der Strafandrohung von Art. 307 StGB unterliegt (SJZ 1990, S. 70 Nr. 14; GVP 1991/92, S. 144 f.).

2.3 Es kann vorliegend keine Rede davon sein, und das wird vom Beklagten denn zu Recht auch nicht behauptet, dass die mit der Expertise betrauten Gutachter ihrer Aufgabe nicht gewachsen gewesen wären oder diese vernachlässigt hätten. Einerseits handelt es sich bei der X um ein allgemein anerkanntes Unternehmen, das im fraglichen Bereich über das notwendige Fachwissen verfügt. Andererseits gibt das erstellte Gutachten und dessen Ergänzung Antwort auf alle gestellten Fragen. Ebensowenig kann das Gutachten und seine Ergänzung als unklar oder nicht ausreichend begründet bzw. unvollständig bezeichnet werden. Auch das behauptet der Beklagte nicht. Seine Rüge zieht einzig die Angemessenheit des Gutachtens in Zweifel, wenn er eine Oberexpertise zu zwei Fragen verlangt, die bereits Gegenstand des Ergänzungsgutachtens waren. Dabei übersieht der Beklagte aber, dass eine Unternehmensbewertung immer auch vom Ermessen des Bewertenden abhängt. Dass der Ermessensentscheid der Gutachter vorliegend den Standpunkt des Beklagten nicht unterstützt, genügt für sich alleine natürlich nicht, Zweifel an der Verwertbarkeit der erstellten Expertisen aufkommen zu lassen. Der bestellte Gutachter begründet seine Kriterien und Grundsatzentscheidungen einleuchtend und auch für den Laien nachvollziehbar. Er beruft sich dabei auf in seinem Fachgebiet anerkannte Meinungen. Es sind also keine Umstände ersichtlich, weshalb das Gericht seine Entscheidung nicht auf die vorliegende Expertise abstützen könnte. Gerade in diesem Bereich ist ja die Meinung des Fachmannes gefragt, und der Richter darf sich darauf verlassen. Der Antrag auf Anordnung einer Oberexpertise ist daher abzuweisen.

...

Der Beklagte beanstandet folgende Einzelpunkte der Expertise:

- Es hätte bei der angewandten Mittelwertmethode der Ertragswert nicht doppelt gewichtet werden dürfen;
- die vom Beklagten im Mai 1993 bezogene "Provision" von Fr. 50'000.- sei nicht betriebsfremd, sondern eine Salärkompensation, sie hätte daher nicht aufgerechnet werden dürfen.

3.2.3 Was die Frage der Gewichtung des Ertragswertes betrifft, so kann vollumfänglich auf die Begründung des Experten im Ergänzungsgutachten verwiesen werden. Es geht um eine fachspezifische Beurteilung, die vom Experten und nicht vom Richter vorzunehmen ist. Wie gezeigt darf sich der Richter auf ein erstelltes Gutachten verlassen, wenn keine der erwähnten Gründe (vgl. Erw. 2.2) dagegen sprechen. Solche Gründe sind aber vorliegend nicht gegeben.

...

3.2.4 Bei der Frage nach der Aufrechnung der vom Beklagten bezogenen Provision geht es hingegen um die Beurteilung der diesbezüglichen Berechtigung. Das ist aber auch Rechtsfrage, die vom Gericht beurteilt werden kann und muss.

[Es folgt die Prüfung dieser Rechtsfrage, wobei das Gericht zum Schluss kommt, dass die Aufrechnung der Provision als betriebsfremder Aufwand korrekt gewesen war.]

(Kantonsgericht, 9. April 1998, i.S. W./H.)

Gegen dieses Urteil ist beim Obergericht Berufung eingereicht worden; der Entscheid des Obergerichtes steht noch aus.

§ 208 Ziff. 1 ZPO. – Das Rechtsmittel der Beschwerde ist weder gegen die Gutheissung noch gegen die Verweigerung einer superprovisorischen Verfügung gegeben.

Aus den Erwägungen:

3. Nach konstanter Praxis der Justizkommission ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegen eine superprovisorische Verfügung nicht gegeben (vgl. JZ 1994/74.132). Ebensovienig kann gegen die Verweigerung einer superprovisorischen Verfügung Beschwerde bei der Justizkommission geführt werden. Nach § 208 Ziff. 1 ZPO ist die Beschwerde u.a. zulässig gegen Erledigungsverfügungen des Kantonsgerichtspräsidenten im summarischen Verfahren. Die Erledigungsverfügung ist verfahrensabschliessend. Durch den Erlass einer superprovisorischen Verfügung wird das Verfahren indessen nicht abgeschlossen, da der superprovisorischen Verfügung nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs notwendigerweise die definitive Verfügung folgen muss; erst durch diese definitive Verfügung wird das summarische Verfahren erledigt. Die superprovisorische Verfügung bzw. die Verweigerung einer solchen stellt einen Zwischenentscheid in einem pendenten Prozess dar (vgl. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2.A., Basel und Frankfurt a.M. 1990, S. 368 N 621). Die zugerische Prozessordnung sieht die Möglichkeit einer superprovisorischen Verfügung nicht vor. Hingegen wird sie

in verschiedenen Bereichen vom Bundesrecht selbst vorgeschrieben; so gerade auch im vorliegenden Zusammenhang, beim Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 28d Abs. 2 ZGB. Die zugerische Praxis lässt das sogenannte Superprovisorium aber nicht nur in diesen vom Bundesrecht vorgeschriebenen Bereichen zu, sondern ganz allgemein. Inwieweit ordentliche oder ausserordentliche kantonale Rechtsmittel gegen einen solchen Entscheid gegeben sind, entscheidet einzig das kantonale Recht (Habscheid, a.a.O., S. 368 N.622). Nachdem – wie bereits erwähnt – in der zugerischen Zivilprozessordnung die sogenannte superprovisorische Verfügung überhaupt nicht geregelt ist, ist zwangsläufig auch kein Rechtsmittel dagegen vorgesehen. Ein solches drängt sich auch nicht auf. Verschiedene kantonale Prozessordnungen, die das Institut des Superprovisoriums ausdrücklich regeln, schliessen einen Weiterzug aus (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, § 110 N 73 f.; Leuch/Marbach/Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4.A., Bern 1995, Art. 308a N 1 d). Auf die Beschwerde gegen die Verweigerung eines superprovisorischen Verbots kann daher nicht eingetreten werden.

Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach der Einzelrichter durch seinen Entscheid die Verwirklichung von Bundesrecht verhindere, geht in diesem Zusammenhang ohnehin fehl. Der Bundesgesetzgeber schreibt den Kantonen auch dort nicht vor, ein kantonales Rechtsmittel gegen den Erlass oder gegen die Verweigerung einer superprovisorischen Verfügung vorzusehen, wo er das Superprovisorium selber statuiert. Soweit die Beschwerdeführerin eine Rechtsverweigerung geltend macht, kann sie sich auch nicht etwa auf den Beschwerdegrund von § 208 Ziff. 2 ZPO stützen. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde nach zugerischem Recht ist ihrer Natur nach nicht Kassationsbeschwerde, sondern hat ausschliesslich disziplinarische Funktion (ROG 1949/50 S. 66). Sie kann deshalb nicht als Ersatz für ein nicht existierendes prozessuales Rechtsmittel angerufen werden (vgl. BJM 1996 S. 326).

(Justizkommission, 14. August 1998, i.S. P./F.)

§ 208 Ziff. 3, 4 und 12 ZPO; § 208 Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Anfechtungsobjekt gemäss § 208 Ziff. 12 ZPO ist nur ein Urteil des Friedensrichters im Erkenntnisverfahren, nicht jedoch im Sühneverfahren. Frage der Zulässigkeit der zivilprozessualen Beschwerde an die Justizkommission gemäss § 208 Ziff. 3 und 4 ZPO gegen die Durchführung der Vermittlungsverhandlung und die Ausstellung des Weisungsscheins.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerde richtet sich einerseits gegen die Durchführung des Vermittlungsvorstandes und andererseits gegen die Ausstellung des Weisungsscheins.

a) Der Beschwerdeführer erblickt den Beschwerdegrund in § 208 Ziff. 12 ZPO. Danach ist die Beschwerde aber nur zulässig gegen Urteile der Friedensrichter wegen Verletzung materiellen Rechtes, offenbar unrichtiger Akten- und Beweiswürdigung und bei Verletzung bestimmter Prozessvorschriften. Anfechtungsobjekt kann mithin nur ein Urteil des Friedensrichters sein, d.h. ein Endentscheid des Friedensrichters im Erkenntnisverfahren. Im vorliegenden Fall ist die Friedensrichter-Stellvertreterin indes als Sühnebeamtin tätig geworden. Die Beschwerde kann sich deshalb zum vorneherein nicht auf § 208 Ziff. 12 ZPO stützen.

b) Es stellt sich daher die Frage, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen eine Beschwerde auch im Vermittlungsverfahren zulässig ist.

aa) Wer eine ordentliche Zivilklage anheben will, hat beim zuständigen Friedensrichter regelmässig die Anordnung eines Vermittlungsvorstandes zu verlangen (§ 69 Abs. 1 ZPO). Er hat dabei den Gegenstand der Klage und die Person, gegen die sie sich richtet, namhaft zu machen. Das Vermittlungsverfahren endet mit dem Abschluss eines Vergleichs, der Ausstellung der Weisung oder mit der Abschreibung der Klage. Gegen den Endentscheid des Friedensrichters im Vermittlungsverfahren kann gemäss § 208 Ziff. 3 Beschwerde nur ergriffen werden, wenn sich der Friedensrichter darin für die Anordnung eines Vermittlungsvorstandes als unzuständig erklärt hat (Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 79). Hingegen ist nach der Praxis der Justizkommission der positive Entscheid über die Zuständigkeit nicht gestützt auf diese Bestimmung anfechtbar (JZ 94 149). Die vorliegende Beschwerde kann sich mithin auch nicht auf § 208 Ziff. 3 stützen.

bb) Nach § 208 Ziff. 4 ZPO ist die Beschwerde sodann zulässig gegen prozessleitende Verfügungen der Friedensrichter, sofern es sich um Entscheidungen betreffend die Zulassung eines Vertreters, die Ablehnung einer Gerichtsperson, die Sicherstellung von Prozesskosten, die Bewilligung, Nichtbewilligung oder den Entzug der unentgeltlichen Prozessführung und den Erlass provisorischer Massnahmen handelt sowie wenn klare Prozessvorschriften verletzt worden sind. Da im vorliegenden Fall auch keine prozessleitende Verfügung des Friedensrichters als Anfechtungsobjekt in Frage steht, kann sich die Beschwerde offenkundig auch nicht auf den Beschwerdegrund der Verletzung klarer Prozessvorschriften, der hier als einziger in Betracht kommen könnte, stützen. Fragen könnte man sich einzig, ob gegen die Vorladung zur Friedensrichterverhandlung eine Beschwerde wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften möglich gewesen wäre. Das würde allerdings voraussetzen, dass diese als "prozessleitende Verfügung" i.S. von § 208 Ziff. 4 ZPO qualifiziert werden könnte. Immerhin hat die Justizkommission die Vorladung zu einer rogatorischen Zeugeneinvernahme durch das Kantonsgerichtspräsidium bzw. die Ablehnung eines Gesuchs um deren Verschiebung als anfechtbare prozessleitende Verfügung qualifiziert (GVP 1991/92 S. 216). Die

Frage kann hier aber offen bleiben, da der Beschwerdeführer die Vorladung vom 3. bzw. 11. Juli 1997 innert Frist nicht angefochten hat.

c) Gegen die Durchführung der Vermittlungsverhandlung und die Ausstellung des Weisungsscheins ist mithin die zivilprozessuale Beschwerde an die Justizkommission nicht gegeben. Es kann daher auf die vorliegende Beschwerde unter diesem Gesichtspunkt nicht eingetreten werden.

2. a) Gemäss § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG entscheidet die Justizkommission auch über Beschwerden gegen die Amtsführung gerichtlicher Behörden und Beamter, soweit diese der Aufsicht des Obergerichts unterstehen. Die zugerische Praxis erblickt darin die Grundlage für eine allgemeine Aufsichtsbeschwerde. Wenn die Zivilprozessordnung in § 208 Ziff. 2 eine Beschwerde wegen Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege oder ungebührlicher Behandlung durch Richter oder gerichtliche Beamte vorsieht, handelt es sich dabei nicht um eine eigentliche zivilprozessuale Beschwerde, sondern um eine Disziplinarbeschwerde (ROG 1949/50 S. 66). Sie ist mithin ihrer Natur nach nicht Kassationsbeschwerde. Es werden hier lediglich Spezialfälle der eben erwähnten allgemeinen Aufsichtsbeschwerde, nämlich die im Zivilprozess am häufigsten vorkommenden Amtspflichtverletzungen, ausdrücklich erwähnt. Sie schliesst nicht aus, dass die Parteien auch wegen anderer Gründe als den in § 208 Ziff. 2 ZPO angeführten gegen die Amtsführung gerichtlicher Behörden und Beamten Beschwerde erheben, nur geschieht dies dann nicht mit Beschwerde nach § 208 ff. ZPO, sondern mit derjenigen gemäss § 15 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. § 54 GOG (Heinrich Baumgartner, a.a.O., S. 88). Bei der Aufsichtsbeschwerde handelt es sich indessen nicht um ein Rechtsmittel, mit dem materielle Entscheidungen des Richters angefochten werden können. Gegenstand der Aufsichtsbeschwerde können nur Akte der Justizverwaltung bilden (vgl. Hauser/Hauser, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, S. 469). Zöge man den Anwendungsbereich der Aufsichtsbeschwerde weiter, verstiesse man gegen den Grundsatz, dass die unteren Gerichtsstellen von ihren vorgesetzten Behörden in der Rechtsprechung unabhängig sind und von diesen keine Rechtsbelehrungen anzunehmen haben (§ 50 Abs. 1 GOG; JKE Nr. 68/1985). Die Aufsichtsinstanz kann als solche nur nachprüfen, ob eine Verletzung der Amtspflicht vorliegt, die Überprüfung der Richtigkeit und der Formgültigkeit des betreffenden Entscheides ist ihr infolge der richterlichen Unabhängigkeit entzogen (Heinrich Baumgartner, a.a.O., S. 88). Die Aufsichtsbeschwerde hat nicht die Funktion eines Ersatzes für ein nicht existierendes prozessuales Rechtsmittel (BJM 1996, S. 326).

b) Soweit der Beschwerdeführer beantragt, den Weisungsschein des Friedensrichteramtes aufzuheben, steht ihm die Aufsichtsbeschwerde mithin zum vorneherein nicht zur Verfügung. Auf das entsprechende Begehren kann deshalb auch im Rahmen der Aufsichtsbeschwerde nicht eingetreten

werden. Ebensovienig kann auf den Antrag eingetreten werden, den Friedensrichter zur Abschreibung des Verfahrens wegen Unzuständigkeit zu verhalten. Mit der Aufsichtsbeschwerde kann letztlich nur eine Amtspflichtverletzung der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis gebracht werden. Erhält die Aufsichtsbehörde aber Kenntnis von einer Amtspflichtverletzung, hat sie diese von Amtes wegen zu verfolgen und für entsprechende Abhilfe besorgt zu sein, wenn sich das als notwendig erweist.

(Justizkommission, 19. Dezember 1997, i.S. B./ Friedensrichteramt X.)

§ 208 Ziff. 7 ZPO; Art. 727f OR. – Gegen eine Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums, mit der eine AG aufgelöst wird, die den verlangten Kostenvorschuss für die Bestellung der Revisionsstelle nicht bezahlt hat, kann der Aktionär im eigenen Namen nicht Beschwerde erheben.

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer hat die vorliegende Beschwerde in eigenem Namen eingereicht. Es stellt sich zunächst die Frage, ob er hierfür überhaupt legitimiert ist.

a) Der Beschwerdeführer bezeichnet sich selbst als Hauptaktionär der Y. AG. Diese Darstellung wird zwar durch das Rücktrittsschreiben der früheren Revisionsstelle der Y. AG, der Z. AG, gestützt, im übrigen aber durch nichts belegt. Der Frage der Aktionärserschaft braucht indes hier nicht nachgegangen zu werden, da, wie im folgenden zu zeigen ist, dem Aktionär gegen den richterlichen Auflösungsbeschluss kein Rechtsmittel zur Verfügung steht.

b) Beim Verfahren betreffend Einsetzung einer Revisionsstelle gemäss Art. 727f Abs. 2 OR handelt es sich um ein Verfahren der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, da einzig die Rechtssphäre der Gesellschaft betroffen ist und die beantragte Massnahme – richterliche Bestellung einer Revisionsstelle – der Rechtsverwirklichung auf dem Gebiet des Privatrechts dient (AGVE 1996, S. 29). Zur Ergreifung eines Rechtsmittels in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind – nebst den am Verfahren direkt Beteiligten – alle weiteren durch die Amtshandlung Betroffenen legitimiert, auch wenn sie im Verfahren, das zur angefochtenen Entscheidung geführt hat, nicht angehört worden sind und nicht angehört werden mussten, d.h. alle Personen, die durch die Amtshandlung in ihren subjektiven Rechten verletzt worden sind (vgl. Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 80 f.).

In gleicher Weise sieht die Zivilprozessordnung in § 208 Ziff. 7 die Beschwerde vor gegen Verfügungen und Beschlüsse, durch die ein Dritter in seinen Rechten verletzt wird. Dies setzt aber voraus, dass der Entscheid

unmittelbar in die Rechte des Dritten eingreift. Es genügt nicht, wenn er nur mittelbar zu schädigenden Rückwirkungen auf die Stellung des Dritten führen kann (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., N 3 zu § 273 ZPO ZH). Dies ist aber beim Aktionär einer AG, die zufolge Nichtleistung des Kostenvorschusses für die Bestellung einer Revisionsstelle richterlich aufgelöst wird, der Fall. Von der Auflösung der Gesellschaft ist der Aktionär zwar ohne Zweifel betroffen; diese Betroffenheit bezieht sich aber nicht auf seine Rechtsstellung und ist daher nur eine mittelbare. Vergleichbar ist diese Betroffenheit etwa mit derjenigen des Hauptaktionärs, über "dessen" AG der Konkurs eröffnet wurde. Auch diesem Aktionär wird das Recht nicht zugestanden, gegen das Konkurserkennnis ein Rechtsmittel einzulegen (vgl. Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6.A., § 36, Rz 53).

Ist nach dem Gesagten der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als angeblicher Aktionär der Y. AG nicht zur Beschwerde gegen den Auflösungsentscheid des Einzelrichters legitimiert, kann insoweit auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden.

(Justizkommission, 15. Oktober 1998, i.S. T. / Handelsregisteramt)

§ 215 Ziff. 1 ZPO; Art. 291 ZGB. – Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist grundsätzlich nur gegenüber einem im ordentlichen Verfahren erlassenen Urteil oder Erledigungsbeschluss zulässig. Eine Ausnahme bilden aber Fälle, in denen im Summarverfahren definitiv über materiellrechtliche Ansprüche geurteilt wird, ohne dass die Möglichkeit eines nachfolgenden ordentlichen Verfahrens oder diejenige der Wiedererwägung oder Abänderung besteht. Natur der Anweisung an den Schuldner gemäss Art. 291 ZGB.

Aus den Erwägungen:

2. Der Gesuchsteller beantragt die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäss § 215 Ziff. 1 ZPO. Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, das fragliche Urteil sei nicht im ordentlichen Verfahren ergangen, weshalb auf das Gesuch nicht einzutreten sei.

a) Gemäss § 215 ZPO kann gegenüber den im ordentlichen Verfahren erlassenen und in Rechtskraft erwachsenen Urteilen oder Erledigungsbeschlüssen durch die Wiederaufnahme des Verfahrens die Änderung durch Neubeurteilung des Streitfalles nachgesucht werden, wenn das Gericht vorgebrachte erhebliche Tatsachen aus Versehen gar nicht oder in irrtümlicher Weise gewürdigt hat oder wenn es einzelne streitige Punkte des Rechtsbehrens nicht beurteilt hat (Ziff. 1). Durch die Beschränkung auf das ordentliche Verfahren werden somit die Verfügungen des summarischen Verfah-

rens von der Wiederaufnahme ausgeschlossen (vgl. Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich, 1949, S. 103). Das findet seine Erklärung im Umstand, dass im Summarverfahren meistens nicht definitiv über materiellrechtliche Ansprüche entschieden wird, so insbesondere nicht durch Entscheide über Massnahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes und Rechtsöffnungsentscheide, während der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzurechnende Anordnungen der Wiedererwägung und Abänderung unterliegen. Diese erwachsen nämlich in der Regel nicht in materielle Rechtskraft. Nun gibt es jedoch Fälle, in denen im Summarverfahren definitiv über materiellrechtliche Ansprüche geurteilt wird, ohne dass die Möglichkeit eines nachfolgenden ordentlichen Verfahrens oder diejenige der Wiedererwägung oder Abänderung besteht. Das gilt z.B. für Entscheide im Sinne von Art. 712c Abs. 3 und 712r Abs. 2 ZGB. In solchen Fällen entbehrt die hinsichtlich anderer Summarentscheide gerechtfertigte Nichtzulassung der Wiederaufnahme jeder sachlichen Begründung und hält daher vor Art. 4 BV nicht stand, weshalb die Wiederaufnahme zuzulassen ist (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Aufl., Bern 1995, 367 N 2b; 192 N 12b dd).

b) Vorliegend war das Verfahren bezüglich Anweisung an die Schuldner gemäss Art. 291 ZGB summarisch durchzuführen (§ 153 Abs. 2 Ziff. 10^{bis} ZPO), womit grundsätzlich die Wiederaufnahme ausgeschlossen ist. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens entgegen dem Wortlaut von § 215 ZPO wäre daher nur denkbar, wenn mit der Anweisung definitiv über materiellrechtliche Ansprüche befunden worden wäre.

In der Lehre ist die Frage nach der Natur der Anweisung umstritten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einem Teil der Lehre stellt die Anweisung nach Art. 177 bzw. 291 ZGB eine privilegierte Zwangsvollstreckungsmassnahme sui generis dar, welche weder mit Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde (keine zivilrechtliche Streitigkeit) noch mit der SchKG-Beschwerde (mangels Intervention einer SchKG-Behörde) an das Bundesgericht weitergezogen werden kann, sondern lediglich mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbar ist (BGE 110 II 10; Schnyder, in: ZBJV 1986 S. 93; Stettler, in: SPR III/2, S. 366 ff.). Demgegenüber wird von anderen Autoren die Anweisung an die Schuldner als eine Schutzmassnahme des Zivilrechts betrachtet, wie das ZGB sie auch in anderen Formen (z. B. Entziehung der Vertretungsbefugnis, Kindesschutzmassnahmen usw.) kennt. Ein diesbezüglicher Streit wäre demnach eine privatrechtliche Streitigkeit und damit eine (nicht mit bundesrechtlicher Berufung, aber allenfalls mit Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbare) Zivilsache mit provisorischem Charakter. Auch wenn das Kindesrecht keine dem Art. 179 ZGB (Art. 172 aZGB) analoge Bestimmung enthält, müsste nach dieser Lehrmeinung im selben Sinne auch die Anweisung nach Art. 291 ZGB bei Wegfall ihrer Voraussetzungen wieder aufgehoben werden, weshalb ihr nur ein provisorischer Cha-

rakter eignet (vgl. Oscar Vogel, in: ZBJV 1986, S. 498; Suzette Sandoz, in: Blätter für SchKG, 1988, S. 86 ff.; ebenfalls kritisch bez. BGE 110 II 10: Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, N 17 ff. zu Art. 177 ZGB; René Suhner, Anweisungen an die Schuldner (Art. 177 und 291 ZGB), Diss. St. Gallen 1992, S. 154 ff.).

c) Vorliegend kann offen bleiben, ob die Anweisung zivilrechtlicher oder vollstreckungsrechtlicher Natur sui generis ist, erweist sie sich doch in jedem Fall als eine gerichtliche Anordnung provisorischen Charakters, mit welcher nicht abschliessend über materielle Ansprüche der Parteien oder Dritter geurteilt wird. Zum einen wurde mit dem der Anweisung zugrunde liegenden Ehescheidungsurteil bereits über die materiellrechtlichen Aspekte (wie z.B. Höhe des Unterhaltsbeitrags) rechtskräftig entschieden. Sollten sich die Verhältnisse infolge von Heirat, Wegzug, Tod eines der Eltern oder aus anderen Gründen – z. B. bei einer erheblichen Veränderung der finanziellen Verhältnisse – verändert haben, stünde dem Gesuchsteller die Möglichkeit offen, gemäss Art. 157 ZGB bzw. Art. 286 Abs. 2 ZGB Klage auf Abänderung des Ehescheidungsurteils bzw. des Unterhaltsbeitrags zu erheben. Zum ändern kann die Anweisung unter gewissen Voraussetzungen auch ohne vorherige Abänderung des Ehescheidungsurteils aufgehoben bzw. abgeändert werden (vgl. unten Ziff. 4).

d) Wenn aber mit der Anweisung gemäss Art. 291 ZGB nicht definitiv über materiellrechtliche Ansprüche entschieden wurde, rechtfertigt es sich nicht, entgegen dem klaren Wortlaut von § 215 ZPO, welcher eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur gegenüber im ordentlichen Verfahren erlassenen Urteilen vorsieht, ausnahmsweise eine Wiederaufnahme einer im summarischen Verfahren erlassenen Verfügung zuzulassen (vgl. auch BGE 109 Ia 103). Auf das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens kann folglich nicht eingetreten werden.

(Justizkommission, 2. Oktober 1998, i.S. S./K.)

§ 215 Ziff. 3 ZPO, § 216 Abs. 1 ZPO, Art. 23 ff. OR. – Wiederaufnahme des Verfahrens. Wenn der Gesuchsteller unter Berufung auf § 215 Ziff. 3 ZPO – Entdeckung einer neuen Tatsache – die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Revision des Scheidungsurteils, welches den Scheidungsprozess der Parteien im Sinne ihrer gemeinsamen, in der Scheidungskonvention enthaltenen Anträge erledigt, verlangt, so muss er nicht nur dartun, dass bei rechtzeitiger Geltendmachung der neuen Tatsache das Urteil für ihn günstiger ausgefallen wäre, sondern auch, dass er infolge des Irrtums über diese Tatsache nicht mehr an seine Prozessklärungen gebunden sei. Wenn der Gesuchsteller in die Scheidungskonvention einwilligte, so nahm er damit die Gefahr bewusst in Kauf, dass das eheliche Vermögen noch vorhanden sein könnte. Er kann sich deshalb im Zeitpunkt des Revisionsverfahrens

nicht auf einen Irrtum berufen. Das Gesuch um Wiederaufnahme des Scheidungsverfahrens ist deshalb abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 215 Ziff. 3 ZPO kann gegenüber den im ordentlichen Verfahren erlassenen und in Rechtskraft erwachsenen Urteilen oder Erledigungsbeschlüssen durch die Wiederaufnahme des Verfahrens die Änderung durch neue Beurteilung des Streitfalles nachgesucht werden, wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel entdeckt, deren Geltendmachung vor Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Entscheides trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre. Gemäss § 216 Abs. 1 ZPO muss das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens binnen 30 Tagen seit der Eröffnung des Urteils oder seit dem Bekanntwerden bzw. Eintreten des Grundes, im Falle von § 215 Ziff. 3 ZPO zudem spätestens binnen 10 Jahren vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils an gerechnet schriftlich und im Doppel bei demjenigen Gericht eingereicht werden, welches in letzter Instanz entschieden hat.

Der Gesuchsteller hat ausgeführt, am 17. Dezember 1997 habe A. ihm erklärt, die Gesuchsgegnerin solle ihr gesagt haben, sie habe das während der Ehe gemeinsam errungene Vermögen entgegen ihren Behauptungen im Scheidungsverfahren behalten und sei noch heute im Besitz des Geldes; sie habe an der Verhandlung nicht die Wahrheit gesagt. A. bestätigte die Ausführungen des Gesuchstellers: Die Gesuchsgegnerin habe ihr im letzten Jahr erklärt, das fragliche Geld sei in Holland; sie, die Gesuchsgegnerin, habe vor Gericht falsch ausgesagt. Im Dezember 1997 habe sie, A., dem Gesuchsteller von diesem Gespräch erzählt. Mithin hat der Gesuchsteller binnen 30 Tagen, nachdem ihm A. vom angeblichen Gespräch mit der Gesuchsgegnerin erzählt hat, das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens gestellt. Da die Ehe der Parteien am 24. April 1996 rechtskräftig vom Kantonsgericht Zug geschieden worden ist, ist das angerufene Gericht auch örtlich zuständig.

2.1 Wie jedes andere Rechtsmittel setzt auch dasjenige der Wiederaufnahme des Verfahrens voraus, dass der Rechtsmittelkläger durch die angefochtene Entscheidung benachteiligt ist, was dann der Fall ist, wenn nicht gemäss seinen Anträgen entschieden wurde. Durch das Scheidungsurteil vom 24. April 1996 wurde der Scheidungsprozess der Parteien im Sinne ihrer gemeinsamen, in der Scheidungskonvention vom 12. Januar bzw. 1. März 1996 enthaltenen Anträge erledigt. Wenn der Gesuchsteller daher unter Berufung auf § 215 Ziff. 3 ZPO – Entdeckung einer neuen Tatsachen – die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Revision dieses Urteils verlangt, so muss er nicht nur dartun, dass bei rechtzeitiger Geltendmachung dieser Tatsache das Urteil für ihn günstiger ausgefallen wäre, sondern auch, dass er infolge des Irrtums über diese Tatsache nicht mehr an seine Prozess-

erklärungen gebunden sei. Das trifft zu, wenn sie mit einem Willensmangel im Sinne von Art. 23 ff. OR behaftet sind (SJZ 65/1969, S. 359 f.; ZR 68/1969, S. 322 f.).

2.2 Da die Frage, ob ein Willensmangel vorliegt, dem Privatrecht angehört, kann sie nur nach den Grundsätzen des Privatrechtes entschieden werden, auch wenn die Scheidungsvereinbarung nach der Genehmigung durch den Richter den Charakter eines privatrechtlichen Vertrages verliert. Privatrechtlich betrachtet stellt aber die Scheidungsvereinbarung nichts anderes dar als einen Vergleich, das heisst die Erledigung des Streites über ein Rechtsverhältnis – die Ehe – durch gegenseitiges Nachgeben und ohne genaue Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Lage. Die Parteien verzichten darauf, die Tatsachen und ihre rechtliche Tragweite zu erforschen und sind sich bewusst, dass ihre Vorstellungen einer gründlichen Überprüfung vielleicht nicht standhalten würden. Ein Vergleich wird nämlich in aller Regel in einem Prozessstadium abgeschlossen, welches eine abschliessende Beurteilung des Falles nicht zulässt. Es dürfte deshalb sehr häufig vorkommen, dass nachträglich neue Beweismittel oder Tatsachen entdeckt werden, welche die Stellung der einen Partei beim Vergleichsabschluss verbessert hätten. Wer einen Vergleich schliesst, geht somit meistens das Risiko ein, dass er weniger als im Entscheidungsfall erreicht. Umgekehrt sind es gerade bestehende Unsicherheiten, die zu langwierigen und nervenaufreibenden Prozessen führen. Mit dem Abschluss eines Vergleichs nimmt die Partei zugunsten eines raschen und billigen Verfahrens in Kauf, dass die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse nicht restlos geklärt werden. Würde der Auffassung des Gesuchstellers entsprechend die Revision stets zugelassen, wenn Beweismittel oder Tatsachen nachträglich zum Vorschein kommen, welche die Stellung einer Partei beim Abschluss des Vergleichs verbessert hätten, fielen die wesentlichen Vorteile dieser Erledigungsart jedoch dahin. Die Parteien ziehen es vor, statt über die wirkliche Lage der Dinge ins klare zu kommen, den bestehenden Streit durch gegenseitiges Nachgeben zu beseitigen. Aus dieser streiterledigenden Funktion des Vergleiches ergibt sich der in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre feststehende Grundsatz, dass der Irrtum über einen zweifelhaften Tatbestandsteil ebenso wie auch derjenige über das Vorhandensein von Beweismitteln unbeachtlich sind und nicht zur Anfechtung des Vergleiches berechtigen. Mit anderen Worten ist die Wiederaufnahme des Verfahrens wegen Willensmängeln ausgeschlossen, wenn sich der Willensmangel lediglich auf das Vorhandensein von Beweismitteln bezogen hat (SJZ 49/1953, S. 117 ff.; BJM 1974, S. 58; ZR 61/1962, S. 253; ZR 85/1986, S. 272 f.; BGE 117 II 226) bzw. weil im Zeitpunkt des Verfahrens ein Beweisnotstand vorlag. Das muss auch für die Scheidungsvereinbarung gelten, weil sie dieselbe Funktion der Streiterledigung unter Verzicht auf genaue Erforschung der Tatsachen hat (ZR 65/1966, S. 293 f.).

2.3 Im vorliegenden Fall hat der Gesuchsteller bereits im Scheidungsprozess den Verdacht geäussert, die Gesuchsgegnerin habe am 13. August 1993 vor der Eheschutzrichterin falsch ausgesagt. Der Gesuchsteller machte in der Scheidungsklage vom 28. April 1995 geltend, die Gesuchsgegnerin sei noch immer im Besitz eines Barvermögens, welches demjenigen von 1993 entspreche, da sie zwischenzeitlich mit Sicherheit keine erheblichen Ersparnisse habe bilden können. Sie verfüge noch immer über einen Betrag von rund Fr. 150'000.-; zum Beweis beantrage er die Zeugeneinvernahme von B. Auch an der Parteibefragung am 23. Juni 1995 erklärte der Gesuchsteller, B. habe ihn angerufen und ihm mitgeteilt, seine (des Gesuchstellers) Frau habe damit geprahlt, sie besitze noch grössere Geldmengen, welche sie verschwinden lassen müsse, um sie vor ihm zu schützen. Für die Falschaussage der Gesuchsgegnerin spreche sodann, dass sie 1994 trotz Gesuch beim Zuger Sozialamt wegen des Vermögens keine Unterstützung erhalten habe. Sie hätte den negativen Entscheid sicherlich weitergezogen, wenn sie wirklich kein Vermögen mehr gehabt hätte. Ferner war der Gesuchsteller im Zeitpunkt der Konventionsunterzeichnung bereits im Besitz des Schreibens der Schwester der Gesuchsgegnerin vom 20. September 1995, wonach das Haus der 1994 in S. als Sozialhilfeempfängerin verstorbenen Mutter der Gesuchsgegnerin, entgegen der Ausführungen der Gesuchsgegnerin, nie renoviert worden sei. Trotz dieser Anhaltspunkte für ein Vorhandensein des ehelichen Vermögens und Zweifeln an den Aussagen der Gesuchsgegnerin im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Konvention hat der Gesuchsteller darauf verzichtet, die Aufklärung darüber zur "conditio sine qua non" des Vertragsabschlusses zu machen. Dass ihm jede Beweismöglichkeit gefehlt hätte, kann nicht behauptet werden, denn er hätte zumindest das erwähnte Schreiben der Schwester der Gesuchsgegnerin einreichen und auf der Zeugeneinvernahme von B. beharren können. Wenn er das unterlassen hat, so kann nicht gesagt werden, es sei für ihn eine wesentliche Vertragsgrundlage gewesen, dass die Gesuchsgegnerin noch Vermögen besitzt. Vielmehr hat er die Frage im Interesse der Streiterledigung dahingestellt gelassen. Dies hat auch der Rechtsvertreter des Gesuchstellers im vorliegenden Verfahren bestätigt: Es seien schon im Scheidungsverfahren Aussagen im Raum gestanden, wonach das fragliche Geld noch vorhanden sei. Man habe die Scheidung damals über eine Konvention geregelt, weil das Verfahren zu sehr an der Substanz der Parteien gezehrt habe.

2.4 Gemäss Lehre und Rechtsprechung schliesst jeder Verdacht, in casu der Verdacht, dass das eheliche Vermögen noch immer vorhanden sein könnte, das Vorliegen eines Irrtums im Sinne von Art. 23 f. oder Art. 28 OR aus (ZR 85/1986, S. 274). Wenn der Gesuchsteller in die vom Gericht genehmigte Scheidungskonvention einwilligte, so nahm er damit die Gefahr bewusst in Kauf, dass das eheliche Vermögen noch vorhanden sein könnte. Er kann sich deshalb heute nicht auf einen Irrtum berufen. Unter den gegebenen Umständen hätte der Gesuchsteller der Konvention nicht zustimmen dürfen, wenn er nicht bereit war, das damit verbundene Risiko zu tragen.

2.5 Somit braucht nicht geprüft zu werden, ob die Gesuchsgegnerin im Scheidungsverfahren gelogen hat oder ob sie ihrer Aufklärungspflicht nicht genügend nachkam. Auch wenn dies nämlich bejaht würde, wäre aufgrund der Vorbringen des Gesuchstellers davon auszugehen, dass der Versuch, ihn zu täuschen, fehlschlug (ZR 85/1986, S. 274). Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass das Gesuch um Wiederaufnahme des Scheidungsverfahrens abzuweisen ist.

(Kantonsgericht, 2. September 1998, i.S. K./K.)

Eine gegen dieses Urteil eingereichte Berufung wurde vom Obergericht abgewiesen.

§ 224 Abs. 1 ZPO. – Jeder Prozess, mithin auch der Rechtsöffnungsprozess, kann, soweit die Parteien über dessen Gegenstand frei verfügen können, durch Vergleich beendet werden.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Anlässlich der Rechtsöffnungsverhandlung schlug der Rechtsöffnungsrichter den Parteien einen Vergleich vor, wonach sich der Beschwerdegegner verpflichtete, den Betrag von Fr. 46'851.80 zu bezahlen. Nachdem die Beschwerdeführerin dem Rechtsöffnungsrichter den Eingang der Zahlung bestätigte, schrieb dieser die beiden hängigen Rechtsöffnungsverfahren ab. Die Beschwerdeführerin erhob Beschwerde gegen diese Abschreibungsverfügungen.

Aus den Erwägungen:

5. Soweit die Beschwerdeführerin aber den Vergleich gegen sich nicht gelten lassen will, kann sie damit nicht durchdringen:

a) Jeder Prozess, mithin auch der Rechtsöffnungsprozess, kann, soweit die Parteien über dessen Gegenstand frei verfügen können, durch Vergleich beendet werden (vgl. Guldener, Schweiz. Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 148 ff. und S. 393 ff.). Der gerichtliche Vergleich ist ein Vertrag der Parteien zum Zweck der Beendigung des Prozesses (Guldener, a.a.O., S. 393). Durch den Vergleich wird das Gerichtsverfahren abgeschlossen und definitiv erledigt, ohne dass das Gericht über den Anspruch materiell entscheidet. Nach § 224 Abs. 1 ZPO wird der dem Gericht schriftlich eingereichte oder zu Protokoll gegebene Vergleich einem rechtskräftigen Urteil gleich geachtet. Der mündliche Abschluss des Vergleichs ist vom Gericht mithin zu protokollieren. Nicht notwendig ist dessen Unterzeichnung durch die Parteien (§ 71 GOG). Nach der Praxis wird im summarischen Verfahren nur ausnahmsweise ein eigentliches Protokoll geführt. Hier muss es auch genügen, Prozessklärungen in der richterlichen Ver-

fügung selbst festzuhalten, die vom Einzelrichter persönlich unterzeichnet wird. Insofern kann darin der Ersatz des förmlichen Protokolls erblickt werden.

b) Im vorliegenden Fall hält der Rechtsöffnungsrichter in seiner Verfügung ausdrücklich fest, dass die Parteien, insbesondere auch die Beschwerdeführerin in klarer Weise dem Vergleichsvorschlag zugestimmt habe, dies unter Anwesenheit der Gerichtsschreiberin. Die Verurkundung dieser Feststellung in der Rechtsöffnungsverfügung, die eine öffentliche Urkunde darstellt, erbringt für sich den vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit der durch sie bezeugten Tatsache nachgewiesen ist (Art. 9 Abs. 1 ZGB).

(Justizkommission, 6. August 1998, D./D.)

Soweit ein bevollmächtigter Vertreter bestellt worden ist, sind Verfügungen und Mitteilungen diesem zu eröffnen bzw. zuzustellen und nicht dem Vertretenen. Hält sich die Behörde nicht daran, ist die Eröffnung bzw. Mitteilung mangelhaft, und es darf dem Betroffenen daraus kein Nachteil erwachsen. Wird eine Mitteilung also sowohl der Partei als auch ihrem Bevollmächtigten zugestellt und geht sie ihnen an zwei verschiedenen Tagen zu, so ist, um einen Rechtsnachteil für den Vertretenen zu verhindern, für den Beginn des Fristenlaufs das spätere Zustellungsdatum massgebend.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 23. Mai 1995 verstarb G.S., wohnhaft gewesen in Zug. Am 15. Dezember 1991 hatte sie eine mit Maschine geschriebene und von Hand unterzeichnete letztwillige Verfügung errichtet. Mit Schreiben vom 1. Dezember 1995 gab die Erbteilungskommission der Stadt Zug dem Vater der Klägerin die Legatsmitteilung im Nachlass G.S. sel. bekannt. Die Klägerin machte mit Einreichung der Klage am 23. Dezember 1996 die Ungültigkeit des Testaments infolge Formmangels geltend. Sie habe die Mitteilung der Erbteilungskommission erst am 9. Januar 1996 in Empfang genommen. Die Beklagten hielten dem entgegen, der damalige Rechtsvertreter der Klägerin sei mit Eingang vom 4. Dezember 1995 über die grundsätzlich nicht bestrittene Ungültigkeit des Testaments in Kenntnis gesetzt worden. Die Ungültigkeitsklage sei deshalb gemäss Art. 521 Abs. 1 ZGB verwirkt.

Aufgrund der von der Klägerin eingereichten Akten ist es als erwiesen zu erachten, dass sie bzw. ihr gesetzlicher Vertreter erst nach dem 9. Januar 1996 Kenntnis vom grundsätzlich ungültigen Testament vom 15. Dezember 1991 erhalten hat.

Zutreffend und unbestritten ist, dass Rechtsanwalt K. im Zeitpunkt, als die Erbteilungskommission der Stadt Zug am 1. Dezember 1995 die Legats-

mitteilung verschickte, der Rechtsvertreter der Klägerin in der vorliegenden Angelegenheit war. Erst mit Schreiben an das Kantonsgerichtspräsidium Zug vom 24. April 1996 (im Rahmen des Verfahrens um unentgeltliche Rechtspflege) teilte dieser mit, er habe das fragliche Mandat niedergelegt. Als Rechtsvertreter für die Klägerin in der vorliegenden Angelegenheit war Rechtsanwalt K. sodann ermächtigt, die erwähnte Mitteilung entgegenzunehmen, unabhängig davon, ob sie ihm als Adressaten oder nur "z.K." zugestellt wurde; eine explizit für diese Entgegennahme ausgestellte Vollmacht war nicht notwendig. Schliesslich ist die Empfangnahme von Mitteilungen, die zulässigerweise – was in casu der Fall ist – an einen Bevollmächtigten gemacht werden, grundsätzlich der Empfangnahme durch den Vollmachtgeber "gleichzuachten" (BGE 47 III 82). Der Vertreter handelt im allgemeinen an Stelle des Vertretenen, seine Handlungen und Unterlassungen fallen diesem zur Last (ZR 54/1955, Nr. 159, S. 308). Dies würde bedeuten, dass die Kenntnisnahme des ungültigen Testaments durch Rechtsanwalt K. als solche der Klägerin zu gelten hätte.

Dem hält die Klägerin entgegen, sie bestreite, dass Rechtsanwalt K. vor dem 23. Dezember 1995 den Inhalt des ungültigen Testaments zur Kenntnis genommen habe. Ob Rechtsanwalt K. die fragliche Mitteilung vor dem 23. Dezember 1995 erhalten und zur Kenntnis genommen hat, kann jedoch dahingestellt bleiben.

Die Klägerin macht schliesslich geltend, falls Rechtsanwalt K. als ermächtigter Rechtsvertreter der Klägerin bzw. des Vaters der Klägerin betrachtet werde, so hätte die Erbteilungskommission durch gleichzeitige Versendung ihrer Mitteilung an den Vertreter und den Vertretenen zwei Fristenläufe mit unterschiedlichem Beginn ausgelöst. Es sei kein rechtlich überzeugender Grund ersichtlich, den allenfalls früheren Empfang und die allenfalls frühere Kenntnisnahme durch den Vertreter in den Fällen wie dem vorliegenden als massgebend zu erachten und die Frist, welche durch die direkte Zustellung an den Vertretenen später ausgelöst worden und später abgelaufen sei, nicht zu beachten.

Soweit ein bevollmächtigter Vertreter bestellt worden ist, sind Verfügungen und Mitteilungen diesem zu eröffnen bzw. zuzustellen und nicht dem Vertretenen. Hält sich die Behörde nicht daran, ist die Eröffnung bzw. Mitteilung mangelhaft, und es darf dem Betroffenen daraus kein Nachteil erwachsen (vgl. Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, S. 283; BGE 99 V 182). Wird eine Mitteilung also sowohl der Partei als auch ihrem Bevollmächtigten zugestellt und geht sie ihnen an zwei verschiedenen Tagen zu, so ist, um einen Rechtsnachteil für den Vertretenen zu verhindern, für den Beginn des Fristenlaufes das spätere Zustellungsdatum massgebend. Nur wenn der Vertreter aus irgendeinem Grund ausser der für ihn bestimmten auch die an seinen Mandanten gerichtete Sendung in Empfang nimmt, gilt letztere als am Tage der

Entgegennahme durch den Bevollmächtigten zugestellt (vgl. Hauser/Hauser, Kanton Zürich, Gerichtsverfassungsgesetz, 3. A. Zürich 1978, S. 671 und S. 716; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. A., Basel 1976, S. 529).

Dies bedeutet, dass in casu für den Beginn des Fristenlaufes das Zustellungsdatum der Zustellung an den Vater der Klägerin massgebend ist, mithin also ein Datum nach dem 9. Januar 1996. Damit ist aber die Jahresfrist zur Einreichung der Ungültigkeitsklage gewahrt.

(Kantonsgericht, 6. Mai 1998, i.S. S./ErbG. S.)

2. Strafrechtspflege

Art. 6 Ziff. 2 EMRK; Art. 4 BV. – Der Grundsatz "in dubio pro reo" wird nicht verletzt, wenn die Folgen der Aussageverweigerung berücksichtigt werden.

Aus dem Sachverhalt:

Der Angeklagte weigerte sich, eine Parkbusse wegen Überschreitens der Parkzeit zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

Der Grundsatz "in dubio pro reo" betrifft sowohl die Verteilung der Beweislast als auch die Würdigung der Beweise (BGE 120 Ia 36 f.). Demnach ist dieser Grundsatz einerseits verletzt, wenn das Gericht an der Schuld des Angeklagten hätte zweifeln müssen. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen. Andererseits ist der Grundsatz verletzt, wenn das Gericht einen Angeklagten mit der Begründung verurteilt, er habe seine Unschuld nicht nachgewiesen. Die Tatsache, dass die Aussage verweigert wird, darf sodann nicht als Indiz für oder gegen den Angeklagten verwendet werden. Weitergehende Einschränkungen auferlegt der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht. Zulässig ist deshalb, die Folgen der Aussageverweigerung zu berücksichtigen (beispielsweise dass aufgrund einer Aussageverweigerung ein vorgeworfener Sachverhalt unbestritten bleibt). Auch darf die Aussageverweigerung im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung berücksichtigt werden (Schmid, Strafprozessrecht, 3. A., Zürich 1997, S. 177).

Der Angeklagte berief sich gegenüber sämtlichen Instanzen auf sein Aussageverweigerungsrecht und machte keinerlei Ausführungen in sachlicher Hinsicht, insbesondere ob er am 21. November 1996 den PW am unteren Postplatz parkiert hatte. Fest steht jedoch aufgrund der Akten, dass sich der

zu beurteilende Vorfall um 9.05 Uhr, d.h. während der in der Schweiz üblichen Büroarbeitszeit, ereignete und die dem Angeklagten gehörende Einzel-Firma bzw. er selbst Halter des am Postplatz parkierten PWs ist. Zudem handelt es sich bei diesem PW um einen Mercedes-Benz, Typ 560 SEL. Ein solches Geschäftsfahrzeug der gehobeneren Klasse wird in der Regel vom Halter selbst geführt und nicht während der Arbeitszeit einer Sekretärin, einem Lehrling oder sonstigen Angestellten überlassen. Der Angeklagte machte denn auch nie geltend, sein Fahrzeug sei am fraglichen Morgen von einer Drittperson gelenkt worden. Weiter bestritt er auch nie, dass er selbst das Fahrzeug parkiert habe. Diese letzteren beiden Tatsachen dürfen – wie oben dargelegt – ebenfalls berücksichtigt werden, ohne dass dadurch der Grundsatz "in dubio pro reo" verletzt würde. Berücksichtigt werden darf zudem im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung, dass kein Grund ersichtlich ist, warum der Angeklagte die Aussage verweigerte, wenn er sein Fahrzeug nicht selbst gefahren hätte. Schliesslich ist auch festzuhalten, dass nicht nur demjenigen Automobilisten eine Parkbusse erteilt werden kann, welcher bei der Rückkehr zum Fahrzeug von der Polizei angetroffen wird. Der Grundsatz "in dubio pro reo" verbietet lediglich, jemandem eine Parkbusse zu erteilen, obwohl erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob er die Überschreitung der Parkzeit zu verantworten hat. Gerade solche Zweifel bestehen aber im vorliegenden Fall aufgrund der eben aufgeführten Tatsachen nicht.

(Berufungskammer, 27. Februar 1998, i.S. Staatsanwaltschaft/W.)

Art. 11 StPO und Art. 8 OHG. – Die Verletzung der in der StPO (§ 11) und im Opferhilfegesetz (Art. 8) garantierten Verfahrensrechte des Privatklägers und Geschädigten stellt einen Verfahrensmangel dar, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden kann.

(Berufungskammer, 7. März 1997, i.S. Staatsanwaltschaft und S./S.)

§ 12 StPO; § 24 StPO. – Nach § 24 Abs. 3 StPO ist die Verteidigung berechtigt, den untersuchungsrichterlichen Einvernahmen beizuwohnen, wenn dies ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes geschehen kann und die Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird. Dies gilt auch für polizeiliche Befragungen, die aufgrund eines entsprechenden Auftrags des Verhöramtes gemäss § 12 Abs. 2 StPO durchgeführt werden (sog. delegierte Einvernahmen), oder für Einvernahmen, die Untersuchungshandlungen darstellen. Bei polizeilichen Befragungen, die lediglich Ermittlungshandlungen darstellen, besteht hingegen kein Teilnahmerecht der Verteidigung. Abgrenzung zwischen Untersuchungs- und Ermittlungshandlung.

Aus den Erwägungen:

2. b) Nach § 24 Abs. 3 StPO kann der Verhörer dem Verteidiger gestatten, den Einvernahmen des Angeschuldigten beizuwohnen, wenn dies ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes geschehen kann und die Untersuchung dadurch nicht verzögert wird. Diese Bestimmung bezieht sich, wie sich aus ihrem Wortlaut, aber auch aufgrund ihrer systematischen Stellung ergibt, auf die untersuchungsrichterliche Einvernahme des Angeschuldigten und damit auf die Befragung im Untersuchungsstadium. Zur Frage der Anwesenheit des Verteidigers bei den polizeilichen Einvernahmen im Ermittlungsstadium äussert sich die Strafprozessordnung nicht. Dem Verhöramt ist indes beizupflichten, dass es sich hier um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt, ein Teilnahmerecht des Verteidigers an Einvernahmen im polizeilichen Ermittlungsverfahren mithin nicht besteht:

aa) Die Bestimmung von § 24 Abs. 3 StPO wurde erst durch die Novelle vom 15. März 1979 ins Gesetz eingefügt. Als Ergebnis der ersten Lesung vom 28. September 1978 beschloss der Kantonsrat zunächst folgende Fassung: "Der Angeschuldigte und der Verteidiger haben das Recht, bei allen Untersuchungshandlungen anwesend zu sein, sofern dies ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes geschehen kann" (§ 10 Abs. 6 StPO; vgl. Kantonsratsvorlage Nr. 4233). Auf die zweite Lesung hin unterbreitete die vorbereitende Kommission dem Kantonsrat einen Zusatzbericht vom 31. Januar 1979, nachdem sie sich mit dem anlässlich der ersten Lesung eingefügten § 10 Abs. 6 StPO nochmals befasst hatte. Darin äusserte sie sich wie folgt: Wenn auch der Grundsatz der vom Rat beschlossenen Änderung des bisher im wesentlichen rein inquisitorischen Strafuntersuchungsverfahrens in ein weitgehend kontradiktorisches Verfahren nicht mehr in Frage gestellt werden solle, schlage die Kommission doch eine etwas differenziertere und den Erfordernissen der Praxis besser gerecht werdende Lösung vor. Sie schlage vor, diese Bestimmung wieder zu streichen und deren wesentlicher Gehalt in neu zu schaffende, aber in der Systematik des Gesetzes an geeigneteren Orten unterzubringende Bestimmungen zu übernehmen. Zu regeln sei einerseits die Frage, ob und wie weit dem Verteidiger des Angeschuldigten die Anwesenheit und Mitwirkung bei dessen Einvernahme zu gestatten sei, andererseits die Mitwirkungsrechte des Angeschuldigten und seines Verteidigers bei Zeugeneinvernahmen. Nach bisherigem Recht sei der Verteidiger überhaupt nicht berechtigt gewesen, bei der Einvernahme des Angeschuldigten anwesend zu sein. Die von der Kommission vorgeschlagene Regelung sei flexibel und erlaube es dem Untersuchungsrichter, auch eine Einvernahme mit dem Angeschuldigten ohne Anwesenheit des Verteidigers durchzuführen, wenn er das für nötig halte. Diese Bestimmung sei sinngemäss als Absatz 3 dem bisherigen § 24 StPO, der die Formen der Einvernahme des Angeschuldigten regle, anzufügen. Bei der Erfüllung der Forderung nach Anwesenheit und Mitwirkung des Angeschuldigten bzw. seines Verteidigers

bei der Einvernahme von Zeugen müsse darauf geachtet werden, dass das entsprechende Recht nicht dazu missbraucht werden könne, die Untersuchung über Gebühr in die Länge zu ziehen oder überhaupt zu blockieren. Auch der auf jeden Fall entstehende administrative Mehraufwand sollte sich wenigstens in gewissen Grenzen halten. Wichtig sei vor allem, dass die Zeugeneinvernahme gültig durchgeführt werden könne, auch wenn der Angeschuldigte oder sein Verteidiger nicht anwesend sei. Sinngemäss sei die neue Regelung als § 30^{bis} in die StPO einzufügen (Kantonsratsvorlage Nr. 4280). Anlässlich der zweiten Lesung vom 15. März 1979 beantragte Kantonsrat Martin Lustenberger in Abänderung des Kommissionsvorschlages, § 24 Abs. 3 StPO sei wie folgt zu fassen: "Der Verhörer gestattet dem Verteidiger, den Einvernahmen des Angeschuldigten beizuwohnen, wenn dies ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes geschehen kann." Der Justiz- und Polizeidirektor, der Kommissionspräsident und ein weiteres Mitglied des Kantonsrates lehnten diesen Antrag als zu weitreichend ab. Er berge die Gefahr in sich, die Einvernahmen zu verzögern oder sogar zu blockieren. Die von der Kommission vorgeschlagene und vom Regierungsrat unterstützte Formulierung biete genügenden Rechtsschutz. Abgesehen von der schon heute bestehenden Überlastung der Verhörer werde bereits die vorgeschlagene Regelung eine nicht unerhebliche administrative Mehrbelastung zur Folge haben, weswegen bald einmal zusätzliches Untersuchungspersonal eingestellt werden müsse. In der Abstimmung wurde der Antrag Lustenberger mit deutlichem Mehr abgelehnt (Protokoll der Kantonsratssitzung vom 15. März 1979, S. 63).

bb) War nach bisherigem Recht der Verteidiger überhaupt nicht berechtigt, bei der Einvernahme des Angeschuldigten anwesend zu sein, kann ihm aufgrund der Gesetzesrevision vom 15. März 1979 vom Untersuchungsrichter die Teilnahme gestattet werden. Die Kann-Formel überlässt dem Untersuchungsrichter einen Ermessensspielraum. Damit wollte der Gesetzgeber dem Untersuchungsrichter ermöglichen, eine Einvernahme des Angeschuldigten ohne Anwesenheit des Verteidigers durchzuführen, "wenn er das für nötig hält" (Kantonsratsvorlage Nr. 4280). Diese Möglichkeit steht im Gegensatz zur Zeugeneinvernahme, bei welcher der Angeschuldigte und sein Verteidiger "berechtigt" sind, beizuwohnen. Der Termin ist ihnen mindestens drei Tage im voraus anzuzeigen. Erscheinen sie nicht, so kann die Zeugeneinvernahme trotzdem gültig durchgeführt werden (§ 30^{bis} StPO).

cc) In bezug auf die Einvernahme des Angeschuldigten besteht gegenüber dem Verteidiger keine Anzeigepflicht. Will der Verteidiger daran teilnehmen, so kann der Untersuchungsrichter dies gestatten. Die Zulassung ist somit in das Ermessen des Untersuchungsrichters gestellt. Dieses Ermessen ist aber nicht völlig frei und ungebunden. Der Untersuchungsrichter hat den Entscheid im Hinblick auf den Untersuchungszweck und dessen allfällige Gefährdung zu treffen. In einem den Kanton Zürich betreffenden Fall vertrat

das Bundesgericht die Auffassung, es stehe im Ermessen der Untersuchungsbehörden, wenn sie in der Regel die Verteidiger zur ersten Einvernahme nicht zulassen. Da die Untersuchungsbehörden die einzelnen Angeschuldigten nicht im voraus kennen würden, diene es der Wahrung der Rechtsgleichheit, wenn sie grundsätzlich alle Angeschuldigten gleich behandelten. Unter diesen Umständen seien die Behörden nicht verpflichtet, für den Ausschluss des Verteidigers von der ersten Einvernahme noch besondere Gründe, die sich auf den konkreten Fall bezögen, anzugeben. Für die Nichtzulassung zu weiteren Einvernahmen werde man dagegen in der Regel eine konkrete Begründung verlangen können, weshalb der Zweck der Untersuchung durch die Teilnahme des Verteidigers gefährdet werde (BGE 104 Ia 18 f.).

c) Als Zwischenresultat ist mithin festzuhalten, dass ein unter Vorbehalt stehendes Teilnahmerecht des Verteidigers an den untersuchungsrichterlichen Einvernahmen des Angeschuldigten besteht, während ein solches im polizeilichen Ermittlungsstadium nach dem geltenden Recht nicht garantiert ist.

d) Diese Regelung ist zwar im Grundsatz verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BGE 96 I 625). Indes stellt sich dabei sogleich die Frage nach der Abgrenzung zwischen dem Ermittlungsverfahren und der Untersuchung. In der Praxis ist nämlich als Folge der Spezialkenntnisse und der kriminaltechnischen Methoden, über welche die Polizei verfügt, eine starke Ausdehnung des Ermittlungsverfahrens auf Kosten der Untersuchung festzustellen (Hauser, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2.A., Basel 1984, S. 215; vgl. auch Schubarth, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, Bern 1973, S. 229 f.). Sollen die für das Untersuchungsstadium garantierten Mitwirkungsrechte ihres Gehaltes nicht beraubt werden, müssen diese deshalb auch garantiert sein, wenn die Polizei Einvernahmen des Angeschuldigten vornimmt, die thematisch der Untersuchung vorbehalten sind. Nun gibt es aber kein sicheres und einfaches Abgrenzungskriterium zwischen Ermittlung und Untersuchung. Grundsätzlich fallen der ermittelnden und der untersuchenden Tätigkeit nämlich die gleichen Aufgaben zu: die Erueierung des Sachverhaltes und der Täterschaft. Allgemein lässt sich aber sagen, dass der Kriminalpolizei eine vorläufige, sammelnde Tätigkeit zufällt, die sich vorwiegend auf den äusseren Hergang der Straftat erstreckt. Das Hauptgewicht liegt grundsätzlich auf der Untersuchung; diese hat die Schuld des Täters abzuklären und die juristischen Probleme klarzustellen (Hauser, a.a.O., S. 215 f.). Das polizeiliche Ermittlungsverfahren hat abzuklären, ob genügend Anhaltspunkte gegeben sind, um gegen eine bestimmte Person strafrechtlich vorzugehen. Dabei hat es sich auf erste Erhebungen zur Feststellung des objektiven Sachverhalts zu beschränken und nur solche Massnahmen zu treffen, die ohne Gefahr nicht verschoben werden können (Ursula Kohlbacher, Verteidigung und Verteidigungsrechte unter dem Aspekt der "Waffengleichheit", Diss. Zürich 1979, S. 78). Diese Umschreibung deckt sich im wesentlichen auch mit derjenigen in § 12 Abs. 1 StPO. Danach haben die

Polizeiorgane unter Leitung des Polizeikommandos Gesetzesverletzungen nachzuspüren, Strafanzeigen und Strafklagen entgegenzunehmen, die notwendigen Tatbestandsfeststellungen zu machen, Beweismittel zu sichern und zu sammeln, verdächtige Personen sicherzustellen und dem Untersuchungsrichter, im Falle von § 20 GOG dem Polizeiamt, ihre Ermittlungsakten im Doppel zuzustellen und die Verhafteten zuzuführen. Nach § 12 Abs. 2 StPO dürfen sie ohne besondere Ermächtigung des Untersuchungsrichters oder des Polizeiamtes keine Untersuchungshandlungen vornehmen; diese sind der gerichtlichen Untersuchung vorbehalten, wobei in dringenden Fällen die Ermächtigung allerdings nachgeholt werden kann. Ergänzend verweist § 12 Abs. 4 StPO hinsichtlich Zuständigkeit und Aufgaben der Polizeiorgane auf das Gesetz über die Kantonspolizei (BGS 512. 1) und das Dienstreglement (BGS 512.3). In § 51 Abs. 1 des Dienstreglements ist denn auch ausdrücklich die Möglichkeit polizeilicher Einvernahmen erwähnt.

Die im erwähnten thematischen Rahmen von der Polizei vorgenommenen Einvernahmen stellen solche des Ermittlungsstadiums dar. Vernimmt die Polizei indes den Angeschuldigten, nachdem der äussere Hergang der Tat geklärt ist, in einem umfassenden Sinne oder zur Klärung juristischer Probleme oder des inneren Tatbestandes, handelt es sich dabei in Wirklichkeit um eine gemäss § 24 Abs. 1 StPO dem Untersuchungsrichter vorbehaltene Einvernahme. Grundsätzlich ist die Polizei hiezu also nicht zuständig. Gesteht man in der Praxis der Polizei trotzdem zu, solche Einvernahmen vorzunehmen, sei es aufgrund der faktischen Ausdehnung der Ermittlungsphase, sei es aufgrund eines entsprechenden Auftrages des Verhörrichters (§ 12 Abs. 2 StPO), muss aber das grundsätzliche Teilnahmerecht des Verteidigers an den Einvernahmen des Angeschuldigten gemäss § 24 Abs. 3 StPO gewährleistet sein. Andernfalls liesse sich dieses gänzlich unterlaufen (vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 2.A., Zürich 1993, N 494).

3. Wendet man diese Kriterien auf den vorliegenden Fall an, wird klar, dass es sich bei der von der Polizei in Aussicht genommenen Einvernahme des Angeschuldigten um eine solche des Ermittlungsverfahrens handelt. Zwar wurde mit der Verhafts- und Zuführungsverfügung des Verhörortes vom 11. September 1996 gegen R. eine Strafuntersuchung eröffnet. Wenn die Prozessordnung sich darüber auch ausschweigt, so muss doch eine Untersuchung in der Regel dann als eröffnet gelten, sobald der Untersuchungsrichter eine Untersuchungshandlung vornimmt oder anordnet. Inhalt und Umfang der polizeilichen Ermittlungen ergeben sich, wie erwähnt, aus § 12 Abs. 1 StPO; ohne besondere Ermächtigung des Untersuchungsrichters dürfen die Polizeiorgane keine Untersuchungshandlungen vornehmen; diese sind der gerichtlichen Untersuchung vorbehalten (§ 12 Abs. 2 StPO). Welches die wesentlichen Untersuchungshandlungen im einzelnen sind, ergibt sich aus § 16 ff. StPO. In der erwähnten Haftverfügung begründete das Verhörort die Verhaftung des Angeschuldigten zwar damit, dass R. gestützt auf

die Ermittlungen der Kantonspolizei Zug in dringendem Verdacht stehe, ein Hauptabnehmer des D. von Haschisch und Marihuana zu sein und seinerseits andere mit diesen Drogen zu beliefern. Im Rahmen der polizeilichen Einvernahme vom 13. September 1996 wurde er dann allerdings hauptsächlich zum Anbau und zur Verwendung von Marihuana befragt. Dem Verhaftungsrapport der Kantonspolizei vom 24. September 1996 lässt sich nun aber entnehmen, dass sich "zwischenzeitlich eine neue Belastungssituation gegen den Angeschuldigten" ergeben hatte, die seine weitere Befragung nötig machte. Diese in Aussicht genommene Einvernahme bezieht sich mithin zumindest teilweise auf einen neuen Tatverdacht; sie ist durchaus im Rahmen der eigentlichen Ermittlungen zu sehen. Auch im Rahmen einer laufenden Untersuchung können Ermittlungen zur Konkretisierung eines nur vage vorhandenen Deliktsverdachts durchgeführt werden (vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 2. A., Zürich 1989, N 781). Ein grundsätzliches Teilnahmerecht an dieser Einvernahme besteht mithin nicht.

(Justizkommission, 23. Mai 1997, i.S. R. / Verhöramt)

§ 21 StPO; Art 58 ff. StGB. – Beschlagnahme von Vermögenswerten im Hinblick auf eine spätere Einziehung. Die Verwertung eingezogener Vermögenswerte kann grundsätzlich erst nach Rechtskraft des Einziehungsentscheides, bei unbekanntem Dritteigentümern sogar erst nach Ablauf der fünfjährigen Frist nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 4 StGB erfolgen. Ausnahmsweise kann sich die Notwendigkeit ergeben, beschlagnahmte, der Vermögenseinziehung unterliegende Waren wegen schneller Verderblichkeit oder Wertverminderung sofort zu verwerten. Verwaltungsmassnahmen betreffend Wertschriften.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Das Verhöramt beschlagnahmte verschiedene Vermögenswerte des Beschwerdeführers, welche in mehreren Bankdepots gehalten wurden (Depotwert per September 1997 insgesamt rund Fr. 1,35 Mio.). Das Verhöramt ordnete mittels Verfügung den Verkauf sämtlicher in den Depots gehaltenen und von der Untersuchungsbehörde beschlagnahmten Wertpapiere an und sah vor, den Verkaufserlös in Fest- oder Treuhandgelder anzulegen. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts und beantragte, die Verfügung des Verhöramtes sei teilweise aufzuheben, und es sei davon abzusehen, die bei der Bank X. gehaltenen und von der Untersuchungsbehörde beschlagnahmten Wertpapiere zu verkaufen.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB verfügt der Richter die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden. Nach Ziffer 2 derselben Bestimmung erkennt

der Richter auf eine Ersatzforderung in gleicher Höhe, wenn die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind, gegenüber Dritten jedoch nur, soweit die Einziehung nicht ausgeschlossen ist. Im Hinblick auf die Durchsetzung der Ersatzforderung kann die Untersuchungsbehörde Vermögenswerte des Betroffenen mit Beschlagnahme belegen (Abs. 3).

Nach § 21 Abs. 1 StPO bedarf es zur Beschlagnahme von Beweisstücken der Anordnung des Verhörrichters, wobei Zweck und Ausdehnung der Massnahme genau zu bezeichnen sind. Obwohl die Beschlagnahme zwecks Einziehung oder Durchsetzung der Ersatzforderung nicht ausdrücklich erwähnt ist, muss es zur Durchsetzung des materiellen Bundesrechts in der Ermittlungs- oder Untersuchungsphase möglich sein, vorläufige Massnahmen zu treffen, damit der Richter überhaupt später dazu kommt, Vermögenswerte gestützt auf Art. 59 StGB einzuziehen. Es wird daher in Lehre und Rechtsprechung angenommen, dass eine vorläufige Beschlagnahme auch ohne entsprechende kantonale Norm zulässig sein muss (Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 3. A., Zürich 1997, N 756; BGE 107 IV 160). Obwohl in § 21 StPO nur von Beweisstücken die Rede ist, ist demnach eine Beschlagnahme zum Zwecke der späteren Einziehung nach Art. 58 ff. StGB ohne weiteres als zulässig zu betrachten.

Mit der vorläufigen Beschlagnahme als konservatorische Massnahme strafprozessualer Natur wird den bisherigen Berechtigten die Verfügungsgewalt entzogen, und die Behörde hat notgedrungen die erforderlichen Verwaltungsmassnahmen zu treffen. Eine Verwertung der eingezogenen Vermögenswerte kann grundsätzlich erst nach Rechtskraft des Einziehungsentscheides, bei unbekanntem Dritteigentümern sogar erst nach Ablauf der fünfjährigen Frist nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 4 StGB erfolgen. Ausnahmsweise kann sich die Notwendigkeit ergeben, wegen schneller Verderblichkeit von beschlagnahmten, der Vermögenseinziehung unterliegenden Waren diese sofort zu verwerten. Hier kann eine Versteigerung nach Art. 721; Abs. 2 und 3 ZGB oder ein freihändiger Verkauf analog zu Art. 124 bzw. 130 SchKG erfolgen, wenn letzteres als sachgerecht erscheint. Dabei ist weniger an den Fall verderblicher Lebensmittel und ähnliches zu denken, sondern vielmehr z.B. an beschlagnahmte ausländische Valuta bzw. hochspekulative Wertpapiere, bei denen ein rascher Wertzerfall denkbar ist. Eine sofortige Verwertung muss in diesen Fällen zulässig sein, auch wenn das anwendbare kantonale Verfahrensrecht diese nicht ausdrücklich vorsieht. Alsdann tritt der Erlös an die Stelle des ursprünglich einzuziehenden Wertes (Niklaus Schmid, § 2 zu Art. 59 StGB N 147, in: Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, Zürich 1998).

b) Dem Verhöramt ist dahingehend beizupflichten, dass die beschlagnahmten Vermögenswerte grundsätzlich mit einem konservativen Ziel anzulegen sind. Im Vordergrund steht die reale Erhaltung des Kapitals und eine Ertragerzielung vorwiegend durch laufende Erträge, d.h. Zinsen. Unzulässig

sind Anlagen spekulativer Natur, welche mit diesem Ziel nicht mehr zu vereinbaren sind. Es stellt sich nun die Frage, welche Anlagen als klar spekulativ zu bezeichnen sind und wie und mit welchen Mitteln das konservative Anlageziel verfolgt werden soll. Unabhängig von der Art der Anlagen kann es nicht Aufgabe der Behörde sein, anstelle des Betroffenen eine laufende Vermögensverwaltung zu betreiben, wie sie beispielsweise mit der täglichen Beurteilung der Aktienkurse verbunden wäre. Konservative Anlage im Sinne der (Wert-)Erhaltung des Kapitals könnte bedeuten, dass es genügt, einen Zins in der Höhe der Inflationsrate zu erzielen. Damit bliebe die Kaufkraft erhalten. In der Regel sind es Festgeldanlagen, mit welchen dieses Ziel erreicht werden kann und die auch in bezug auf Verfügbarkeit im Vordergrund stehen; diese Möglichkeit hat offenbar der Untersuchungsrichter in Betracht gezogen. Allein diese Art muss nicht die einzig richtige sein. Ob Alternativen in Betracht zu ziehen sind, hängt vom Einzelfall ab, insbesondere vom Gesamtbetrag und der mutmasslichen Dauer des Verfahrens. Der Kauf von Wertpapieren mit beschlagnahmten Geldern dürfte den Rahmen der strafprozessualen Verwaltung sprengen. Werden aber Wertpapiere beschlagnahmt, ist es nicht zum vornherein ausgeschlossen, diese im Portefeuille zu belassen, wie der Untersuchungsrichter dies denn auch seit September 1997 getan hat. Dabei kommt es auf Art und Umfang der beschlagnahmten Wertpapiere an, ist doch ein spekulativer Charakter auch bei relativ sicheren Wertpapieren grundsätzlich gegeben. Im vorliegenden Fall, in welchem das Volumen und die Streuung der Titel beachtlich sind, hat der Untersuchungsrichter somit trotz der insgesamt eingetretenen Wertsteigerungen zu Recht reagiert. Die weitere Entwicklung darf angesichts des Risikopotentials nicht dem Zufall überlassen bleiben. Je grösser das Anlagevolumen ist, desto grösser können auch allfällige Gewinne oder Verluste sein. Nachdem aber der Beschwerdeführer dem angeordneten Verkauf im weit überwiegenden Ausmass beipflichtet, reduziert sich entsprechend das Risiko. Per 28. Februar 1998 entsprachen die Wertpapiere im Depot der Bank X. rund 11% der Gesamtsumme. Zwar liegt beispielsweise der Kurs der Novartis-Aklien per 13. August 1998 um einiges tiefer als am 28. Februar, aber immer noch über dem Einstandspreis. Von einem Klumpenrisiko kann jedenfalls nicht (mehr) gesprochen werden. Zudem kann sich der Untersuchungsrichter von einer Fachperson beraten lassen und der Depotbank entsprechende Instruktionen erteilen, indem er beispielsweise in bezug auf die Aktien einen Kurswert festlegt, bei welchem die Wertpapiere zu verkaufen sind. Unterste Limite müsste der Kurswert der Aktien zum Zeitpunkt der Beschlagnahme sein. Dieses Vorgehen wäre nicht mit grösserem Aufwand verbunden. Der Untersuchungsrichter behauptet auch nicht, dass er in den vergangenen Monaten übermässig mit Verwaltungsaufgaben in bezug auf die beschlagnahmten Wertpapiere belastet war. Er begründet die Anordnung vielmehr mit dem grundsätzlich spekulativen Charakter der Wertpapiere. Dieser ist in bezug auf die einzelnen Titel unterschiedlich und bei den verbleibenden Wertpapieren als nicht sehr gross zu bezeichnen. Zu Recht weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass

es sich bei den Aktien im Depot der Bank X. um relativ sichere Schweizer Aktien handelt. Obwohl auch deren Kurswert selbstverständlich sinken kann, lässt sich ein möglicher Kursverlust mit entsprechenden Anweisungen an die zuständige Bank immerhin beschränken. Bei den übrigen Titeln handelt es sich um Obligationen in Schweizer Franken.

Insgesamt handelt es sich nicht um hochspekulative Werte, deren Liquidation unabhängig von ihrem Kursverlauf sofort angeordnet werden müsste. In Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer besteht daher kein Anlass, auch die bei der Bank X. im Depot gehaltenen Wertpapiere sofort zu veräussern. Mit entsprechenden Massnahmen kann auch mit diesen Titeln gesamthaft das konservative Anlageziel verfolgt werden, ohne dass die Untersuchungsbehörde ungebührlich mit Verwaltungsaufgaben belastet wird. Bei der konkreten Ausgestaltung der zu treffenden Massnahmen steht dem Untersuchungsrichter ein erheblicher Ermessenspielraum zu.

(Justizkommission, 14. August 1998, i.S. L./Verhöramt)

§ 71 Abs. 2 StPO; § 92 Abs. 2 GOG; § 86 Abs. 1 GOG; Art. 153 Abs. 3 PVV 1. – Wann gilt eine eingeschriebene Briefpostsendung als zugestellt? Annahmeverweigerung; Einhaltung der zehntägigen Berufungsfrist.

Aus dem Sachverhalt:

Am 16. September 1997 wollte ein Postbote dem Verteidiger das Urteil des Polizeirichters vom 15. September 1997 übergeben. Der Verteidiger aber nahm die Gerichtsurkunde nicht entgegen und sagte dem Boten, er werde die Urkunde später abholen. Daraufhin stellte der Bote für die Urkunde eine Abholungseinladung aus. Der Verteidiger holte das Urteil am 22. September 1997 bei der Post ab und erklärte mit Eingabe vom 2. Oktober 1997, gleichentags bei der Post aufgegeben, die Berufung an das Strafgericht.

Aus den Erwägungen:

Gemäss § 71 Abs. 2 StPO ist die Berufung binnen 10 Tagen nach Zustellung des Urteils einzureichen. Für den Fristenlauf geltend die Bestimmungen von § 92 ff. GOG. Danach gilt eine Frist als eingehalten, wenn die befristete Handlung bis 24.00 Uhr des letzten Tages vorgenommen wird. Schriftliche Eingaben müssen bis zu diesem Zeitpunkt der Post oder dem Telegraphenamt übergeben sein (§ 92 Abs. 2 GOG).

Die Zustellung gerichtlicher Akten – unter anderem also von Urteilen – an die Parteien oder deren Vertreter erfolgt gemäss § 86 Abs. 1 GOG in der Regel durch die Post mittels eingeschriebenen Briefes oder gegen Doppel mit Empfangsbestätigung, ausnahmsweise telegraphisch oder durch die Polizei. In Ermangelung ausdrücklicher kantonaler Vorschriften halten sich die zugerich-

schen Gerichte an die Zustellungsgrundsätze des Bundesgerichts. Danach gilt eine eingeschriebene Briefpostsendung in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie der Adressat tatsächlich in Empfang nimmt. Wird der Adressat nicht angetroffen und daher eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt, so gilt die Sendung bei Nichtabholung am letzten Tag der 7tägigen Abholfrist als zugestellt (BGE 115 Ia 15 mit Hinweisen). Verweigert der Adressat die Entgegennahme einer in gesetzlicher Form zugestellten Sendung, so gilt diese als im Zeitpunkt der versuchten Uebergabe erfolgt (BGE 90 III 8; 96 III 6). Dies gilt nicht nur, wenn der Adressat die Entgegennahme ohne triftige Gründe überhaupt verweigert, sondern auch, wenn er der Zustellung zeitlich ausweicht, denn sonst hätte er es in der Hand, die Zustellung willkürlich zu verzögern oder zu verhindern (vgl. dazu BGE 82 II 167). Die unbegründete Annahmeverweigerung einer gehörig zugestellten und als solche erkennbaren Gerichtsurkunde muss im Interesse des ungehinderten Fortgangs des Verfahrens als unbeachtlich betrachtet werden und zeitigt die gleichen Rechtsfolgen, wie wenn der Adressat bereits beim Zustellversuch von der Urkunde Kenntnis erlangt hätte (vgl. dazu Hauser/Hauser, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, S. 640; Guldener, Schweiz. Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 253).

Im zu beurteilenden Fall versuchte der Postbote am 16. September 1997 das mit Eilpost versandte Urteil des Polizeirichters dem Verteidiger des Angeklagten auszuhändigen, welcher das Urteil zweifellos als Gerichtsurkunde des Polizeirichters erkannte, dessen Annahme jedoch unter Hinweis auf eine spätere Abholung bei der Post verweigerte. Als Grund für die Nichtannahme nannte der Verteidiger die Ausschöpfung der längst möglichen Abholfrist von 7 Tagen. Damit vermochte er jedoch – wie vorstehend dargelegt – den Fristenlauf für die Berufungsfrist nicht zu beeinflussen. Eine solche Annahmeverweigerung ist rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Rechtsschutz. Die Berufungsfrist begann somit – ausgelöst durch die versuchte Aushändigung des Urteils – am 17. September 1997 zu laufen und endigte am 26. September 1997 (§ 92 GOG). Die am 2. Oktober 1997 eingereichte Berufung ist mithin verspätet, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann und die entstandenen Kosten dem Angeklagten aufzuerlegen sind.

Zu erwähnen bleibt, dass der vom Verteidiger angerufene Art. 153 Abs. 3 PVV 1 gar nicht zur Anwendung gelangte, weil das Urteil innerhalb der Abholfrist bei der Post abgeholt wurde.

(Berufungskammer, 23. Januar 1998, i.S. Staatsanwaltschaft/I.)

§ 80 Ziff 1 StPO; § 18 StPO. – Der Antrag des Verhöramts an den Strafgerichtspräsidenten um Bestätigung der Haftverlängerung kann nicht mit Beschwerde nach § 80 Ziff. 1 StPO angefochten werden.

Aus den Erwägungen:

1. c) Nach § 18 StPO bedarf jede über 20 Tage dauernde Haft der Bestätigung durch den Strafgerichtspräsidenten. Diese Haftbestätigung stellt jedoch keine eigentliche Haftprüfung dar, wie sie in Art. 5 Ziff. 4 EMRK vorgesehen ist. Der Strafgerichtspräsident prüft vielmehr ohne Anhörung des Inhaftierten aufgrund der ihm vom Verhörer unterbreiteten Gründe und Akten nur summarisch, ob ein Haftgrund gegeben und die Haftdauer noch verhältnismässig ist. Der Strafgerichtspräsident spricht die Bestätigung aus, ohne hierfür eine eigene Begründung abzugeben. Die eigentliche Haftüberprüfung erfolgt im Kanton Zug zunächst aufgrund einer dem Inhaftierten zur Verfügung stehenden Beschwerde gegen die Hafteröffnung durch die Untersuchungsbehörde und im späteren Verlaufe aufgrund eines jederzeit möglichen Haftentlassungsgesuchs, welches bei Ablehnung wiederum mittels Beschwerde der Justizkommission zur Überprüfung unterbreitet werden kann. Im zugerischen Recht übt somit die Justizkommission die Funktion des Haftrichters aus und nimmt die von der Menschenrechtskonvention (Art. 5 Ziff. 4 EMRK) statuierte Haftprüfung auf dem eben umschriebenen Wege vor. Damit ist sichergestellt, dass der Inhaftierte jederzeit die Rechtmässigkeit der Haft von einem Gericht in einem konträktorisches Verfahren überprüfen lassen kann. Die im zugerischen Verfahrensrecht vorgeschriebene Haftbestätigung durch den Strafgerichtspräsidenten ist davon zu unterscheiden und geht insofern über die Garantien der Konvention hinaus. Unter diesen Umständen mag die Frage des Beschwerdeführers auf den ersten Blick berechtigt erscheinen, ob die Haftbestätigung im Sinne von § 18 StPO überhaupt notwendig sei. Die Haftbestätigung hat aber durchaus auch neben der von der Justizkommission vorzunehmenden richterlichen Haftprüfung ihren Sinn und ihre Berechtigung. Denn dadurch ist der Untersuchungsrichter unabhängig von einem Haftentlassungsgesuch und damit ohne Anstoss durch den Inhaftierten verpflichtet, die Gründe für die Aufrechterhaltung der Haft nach einer bestimmten Frist von sich aus einer anderen Instanz zur Prüfung vorzulegen. Wird die Genehmigung nicht rechtzeitig eingeholt oder wird sie vom Strafgerichtspräsidenten nicht erteilt, so wäre die Fortdauer der Haft ungesetzlich; es handelt sich bei § 18 StPO nicht lediglich um eine Ordnungsvorschrift (vgl. JS 1994/54). Hinzu kommt, dass – wie das Verhöramt zu Recht bemerkt – nach einem Entscheid der Justizkommission vom 10. September 1987 (JKE Nr. 69/1987) die Haftbestätigung klar befristet und nicht mehr bis zur gerichtlichen Beurteilung des Strafverfahrens erteilt wird. Die Justizkommission hielt damals fest, dieses Vorgehen erfordere zwar einen gewissen Mehraufwand, und es sei durchaus anzunehmen, dass sich in manchen Fällen die Voraussetzungen bei einer zweiten Haftbestätigung nicht anders präsentieren würden als bei der ersten; andererseits werde der bevorstehende Ablauf der Frist den Untersuchungsrichter aber dazu animieren, die Untersuchung zur Vermeidung zusätzlichen administrativen Aufwands rechtzeitig abzuschliessen

oder soweit zu fördern, dass eine Entlassung des Angeschuldigten möglich sei (JKE Nr. 69/1987, S. 13).

Ob das Verhöramt die Haftverlängerung im Sinne von § 18 StPO überhaupt in Form einer Verfügung vornehmen soll, kann offen bleiben. Materiell stellt sie einen Antrag auf Genehmigung durch das Strafgerichtspräsidium dar. Sie lässt sich insofern nicht als selbständige Untersuchungshandlung qualifizieren. Aus den vorstehenden Überlegungen wird deutlich, dass der Haftbestätigung nach § 18 StPO neben der richterlichen Haftprüfung lediglich – aber immerhin – die Funktion einer periodischen internen Haftkontrolle zukommt. Das gleichzeitige Recht des Inhaftierten, jederzeit eine richterlich Haftprüfung zu verlangen, ist dadurch nicht tangiert. Zu Recht weist das Verhöramt darauf hin, dass die Mitteilung der Haftbestätigung an den Inhaftierten insofern sinnvoll erscheint, als er damit unabhängig von einem Haftentlassungsgesuch Informationen über die Aufrechterhaltung der Haft erhält. Ist er damit nicht einverstanden, kann er durch Einreichung eines Haftentlassungsgesuchs eine anfechtbare Verfügung erwirken. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers widerspricht diese Regelung nicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. So hielt das Bundesgericht in einem der vom Verhöramt in seiner Vernehmlassung zitierten Entscheide fest, die Rechte des Untersuchungshäftlings seien im konkreten Fall durch die Aufhebung der periodischen Haftkontrolle nicht beschränkt. Sie seien im Gegenteil insoweit ausgeweitet worden, als der Angeschuldigte jederzeit seine Haftentlassung verlangen und gegen einen abschlägigen Entscheid rekurrieren könne, und zwar unabhängig von der amtlichen Kontrolle der Haftbedingungen und -länge durch die Oberbehörde [Pra. 81 (1992), Nr. 1, Ziff. 3 lit. c = BGE 116 Ia 299]. In diesem Sinne könnte angesichts des zugerischen Haftprüfungssystems ohne Verletzung der Bundesverfassung bzw. der EMRK auf die Haftbestätigung im Sinne von § 18 StPO verzichtet werden. Einstweilen ist sie aber noch Gesetz und somit zu befolgen.

2. Nach dem Gesagten kann auf die Beschwerde gegen die Verfügung des Verhöramtes vom 9. Juni 1997 nicht eingetreten werden.

(Justizkommission, 27. Juni 1997, i.S. R. / Verhöramt)

§ 81 Abs. 1 StPO; § 50 Abs. 1 GOG. – Das zur Beschwerde vorausgesetzte Interesse muss gemäss § 81 Abs. 1 StPO ein unmittelbares, rechtliches sein; ein lediglich tatsächliches Interesse genügt nicht. Sperrt das Verhöramt Konten einer Firma, ist die Beschwerdeführerin, die eigene Gelder bzw. solche von Kunden an diese Firma weitergeleitet hat und nun deren Rückgabe erwirken möchte, durch die angeordnete Sperre nur in ihren tatsächlichen Interessen betroffen (E. 1b).

Die Justizkommission ist nicht allgemeine Aufsichtsbehörde über das Verhöramt. Aber selbst wenn sie dies wäre, könnte sie nicht von Amtes wegen ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens in eine hängige Untersuchung eingreifen. In der Rechtsprechung sind die unteren Instanzen von ihrer vorgesetzten Behörde unabhängig und haben gemäss § 50 Abs. 1 GOG von letzteren insofern auch keine Rechtsbelehrungen anzunehmen (E. 2).

Aus den Erwägungen:

1. b) Nach der Rechtsprechung der Justizkommission muss das gemäss § 81 Abs. 1 StPO zur Beschwerdeführung vorausgesetzte Interesse ein unmittelbares, rechtliches sein; ein lediglich tatsächliches Interesse genügt nicht (JS 1995/71, 72, 79, 80, und 84).

Mit Verfügungen vom 10. Juli 1995 sperrte das Verhöramt des Kantons Zug die Konten der X. AG. Da es sich bei den fraglichen Konten unbestrittenemassen um solche der X. AG handelt, ist die Beschwerdeführerin als Vertragspartnerin der X. AG, welche eigene Gelder bzw. solche von Kunden an die X. AG weitergeleitet hat, durch die angeordnete Sperre nur mittelbar betroffen. Ihr Interesse besteht darin, von der X. AG die ihr zustehenden Gelder erwirken zu können. Darin liegt aber ein bloss tatsächliches, wirtschaftliches Interesse (vgl. BGE 118 Ia 230, 117 Ia 93, 307; 112 Ia 177 und 110 I 74). Analoges gilt für das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Interesse, ihrerseits den Rückzahlungsverpflichtungen gegenüber ihren Kunden nachkommen zu können. Auch dieses Interesse ist aber in bezug auf die beschlagnahmten Gelder rein tatsächlicher Natur, weshalb ihr das Beschwerderecht nicht zusteht. Auf die Beschwerde, mit welcher die Aufhebung der Kontensperre gegenüber der X. AG verlangt wird, kann daher nicht eingetreten werden.

2. Im übrigen besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine Möglichkeit, dass die Justizkommission von Amtes wegen in eine vom Verhöramt geführte Strafuntersuchung eingreift. Die Justizkommission ist Rechtsmittelinstanz und überprüft als solche nur auf entsprechende Beschwerde hin die Tätigkeit der Untersuchungsbehörde. Sie ist nicht allgemeine Aufsichtsbehörde über das Verhöramt. Aber selbst wenn sie dies wäre, könnte sie nicht von Amtes wegen ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens in eine hängige Untersuchung eingreifen. In der Rechtsprechung sind die unteren Instanzen von ihrer vorgesetzten Behörde unabhängig und haben von letzteren insofern auch keine Rechtsbelehrungen anzunehmen (§ 50 Abs. 1 GOG). Auch unter diesem Gesichtspunkt erübrigt es sich daher, auf die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin, mit denen sie die Zulässigkeit der Kontensperre bestreitet, näher einzugehen.

(Justizkommission, 7. November 1997, i.S. S. AG / Verhöramt)

3. Anwaltsrecht

§ 8 Abs. 2 AnwG. – Grundsatz der Unabhängigkeit des Anwalts. Kriterien, aufgrund welcher ein bei einer Treuhandgesellschaft angestellter Rechtsanwalt Dritte vor Gericht vertreten darf (E. 2 und 3). Bedeutung des Opportunitätsprinzips im Disziplinarverfahren (E. 4 c).

Aus den Erwägungen:

2. Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Anwalts ist von herausragender Bedeutung. Er ist als Berufspflicht weltweit anerkannt. Die Ausgestaltung im einzelnen unterscheidet sich jedoch von Land zu Land und auch in der Schweiz von Kanton zu Kanton. Während die Länder mit französischem Rechtssystem den Anwälten jede Erwerbstätigkeit ausserhalb ihres Berufes grundsätzlich verbieten, lassen die angelsächsischen Gesetzgebungen eine zusätzliche Tätigkeit weitgehend zu. Deutschland hat eine Zwischenlösung gewählt, welche dem Anwalt ein Anstellungsverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen zubilligt. Entsprechend verbieten in der Schweiz vor allem die französischsprachigen, aber auch gewisse deutschsprachige Kantone ihren Anwälten jede entlohnte Tätigkeit. Anders verhalten sich einige Ostschweizer Kantone, offenbar aber eine Minderheit, die ihren angestellten Anwälten gestatten, Dritte vor ihren Gerichten zu vertreten; dies sogar ausdrücklich, wenn sie bei einer Treuhandgesellschaft angestellt sind (vgl. BGE 123 I 193 ff.).

Der Kanton Zug hat diese Frage im Anwaltsgesetz nicht geregelt. Auch besteht, soweit sichtbar, keine Praxis der Aufsichtsbehörden. Der oben zitierte § 8 Abs. 2 AnwG betont indessen ausdrücklich die Unabhängigkeit als Berufspflicht des Anwalts und führt dazu aus, dass Interessenkonflikte mit der nötigen Sorgfalt zu vermeiden sind. Das bedeutet als Umkehrschluss, dass jeder Interessenkonflikt die Unabhängigkeit des Anwalts in Frage stellt. Ein Anwalt, der im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses Dritte vor Gericht vertritt, läuft Gefahr, sich einem Interessenkonflikt auszusetzen, weil er einerseits den Weisungen seines Arbeitgebers nachzukommen hat und andererseits seinem Mandanten verpflichtet ist. Damit erweckt er den Anschein, dass seine Unabhängigkeit nicht vollumfänglich gewahrt sei. Nimmt er dies in Kauf, so liegt es an ihm, alles vorzukehren, um einen Interessenkonflikt zu vermeiden. Und konsequenterweise liegt es auch an ihm, im Einzelfall gegenüber der Aufsichtskommission die getroffenen Massnahmen darzulegen, um jeden Zweifel an seiner Unabhängigkeit auszuschliessen.

3. Die Aufsichtskommission des Kantons Zürich hat in ihrem Entscheid vom 4. Juni 1980 (ZR 79 Nr. 126) eine Reihe von Kriterien aufgestellt, anhand derer sich überprüfen lässt, ob ein angestellter Rechtsanwalt seine nebenher geführten Mandate unabhängig ausübt und sich somit nicht in einem Interessenskonflikt befindet. Es scheint sinnvoll, diese Grundsätze auch im Kanton Zug anzuwenden und damit einer Lösung zu folgen, die

nicht jede beratende oder forensische Anwaltstätigkeit für Klienten neben einem bestehenden Angestelltenverhältnis von vornherein verbietet, aber gleichzeitig sicherstellt, dass die erforderliche Unabhängigkeit gewährleistet ist. Dies ermöglicht es auch, jedem Einzelfall gebührend Rechnung zu tragen.

Nach der – hier nun zu folgenden – Zürcher Praxis hat der angestellte Rechtsanwalt durch schriftlichen Vertrag mit seiner Arbeitgeberin jene Kautelen zu vereinbaren, die zur Gewährleistung einer unabhängigen Berufsausübung und zur Einhaltung der Anwaltpflichten unerlässlich sind. Hierzu gehört im einzelnen, dass

- der angestellte Anwalt sich das Recht ausbedingt, bei der Annahme oder Niederlegung von Beratungs- und Prozessmandaten völlig frei zu bleiben,
- jegliches Weisungsrecht des Arbeitgebers bei diesen Mandaten ausgeschlossen wird,
- der Arbeitgeber sich verpflichtet, seinen Kunden die freie Anwaltswahl zu belassen,
- die Wahrung des Berufsgeheimnisses des Anwalts allen andern arbeitsvertraglichen Pflichten vorgeht,
- eine Pflicht des Anwalts zur Rechenschaftsablegung gegenüber der Arbeitgeberin bezüglich der Mandatsführung ausgeschlossen wird,
- die Mandatsakten unzugänglich für den Arbeitgeber aufbewahrt werden,
- der Arbeitgeber Angestellte, die unter das Anwaltsgeheimnis fallende Informationen erlangen können, schriftlich zur Geheimniswahrung verpflichtet,
- der Anwalt sich das Recht ausbedingt, seinen Klienten gegenüber mit eigenem Briefkopf aufzutreten,
- der Arbeitgeber sich verpflichtet, keine Werbung mit Name und Beruf ihres Anwalts zu treiben
- der Anwalt sich das Recht vorbehält, für seine Tätigkeit dem Klienten im eigenen Namen Rechnung zu stellen.

(..)

4. c) Das Disziplinarverfahren ist vom Opportunitätsprinzip beherrscht. Anders als die Strafverfolgungsbehörden, die grundsätzlich einem Verfolgungs- und Anklagezwang unterstehen, können die Disziplinarbehörden nach Zweckmässigkeit entscheiden und auf ein Verfahren oder eine Rechtsfolge verzichten. Eine Disziplinar massnahme ist dann anzuordnen, wenn ein öffentliches Interesse dies verlangt. Richtschnur für die Handhabung des Disziplinarrechts ist nicht allein das Verschulden des Rechtsanwalts, sondern auch die Notwendigkeit, zum Schutz des Publikums und im Interesse der Rechtspflege und dem Vertrauen gegenüber dem Rechtsanwaltsstand ein Fehlverhalten zu ahnden (vgl. mit etwas abweichender Gewichtung Felix

Wolffers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, 1986, S. 197 f. mit Hinweisen). In der Regel wird aber das öffentliche Interesse ein Einschreiten der Disziplinarbehörde um so weniger erheischen, je geringer die Widerhandlung bzw. das Verschulden ist (Martin Sterchi, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, 1992, N 4 zu Art. 31 FG BE). Die Behörde kann von einer Disziplinierung absehen, wenn die Pflichtverletzung geringfügig ist, weit zurückliegt oder eine Wiederholungsgefahr nicht besteht. Ob eine Sanktion auszusprechen ist, hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (Wolffers, a.a.O., S. 197 ff.).

(Aufsichtskommission, 12. November 1998, i.S. RA X.)

§ 8 AnwG. – Bedeutung der anwaltlichen Pflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse bzw. des Wahrheitsgebots bei der Firma einer Anwalts-AG.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Anwaltskanzlei XY. führte eine Aktiengesellschaft mit der Firma "XY. Rechtsanwälte AG", die durch Umfirmierung und Zweckänderung der früheren D. AG entstanden ist. Zweck der Gesellschaft ist laut Handelsregister das Erbringen von Dienstleistungen auf dem Rechts- und Treuhandsektor, insbesondere das Bereitstellen von Infrastrukturen für den Betrieb von Anwaltskanzleien sowie von Treuhand- und Revisionsunternehmen.

Aus den Erwägungen:

2. Das Anwaltsgesetz erwähnt als Berufspflichten zum einen die allgemein anerkannten Regeln des Berufstandes (§ 8 AnwG) und umschreibt zum andern eine Reihe konkreter Berufspflichten (§ 9 – 15 AnwG). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Weitere Berufspflichten können sich aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung, insbesondere den kantonalen Verfahrensordnungen ergeben. Zur Konkretisierung der einzelnen Berufspflichten stützt sich die Aufsichtskommission auf die Judikatur sowie die anerkannte Literatur und zieht die Regeln der Ständesorganisationen als Richtlinien heran (vgl. GVP 1993/94, S. 215 ff.; Paul Wegmann, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich, 1969, S. 62 ff.).

a) Richtig ist, dass eine Pflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse weder im Zuger Anwaltsgesetz noch in den Ständesregeln des Anwaltsvereins des Kantons Zug ausdrücklich festgehalten wird. Dies lässt indes noch keineswegs den Schluss zu, dass die im Kanton Zug tätigen Rechtsanwälte das Gebot der Wahrheitspflicht bei ihrer Berufsausübung nicht zu beachten hätten. Nach Auffassung der Aufsichtskommission gehört die Pflicht, für klare Verhältnisse besorgt zu sein, vielmehr zu den allgemein anerkannten Regeln des Berufstandes. Auch handelt es sich hierbei nicht etwa um eine

untergeordnete Pflicht, deren Verletzung die Einleitung eines Disziplinarverfahrens generell kaum zu rechtfertigen vermöchte (...). Die Vertrauenswürdigkeit des Anwaltes, welche bei unklaren Verhältnissen Schaden nehmen kann, ist wohl die wichtigste Voraussetzung für die Ausübung seines Berufes. Wie die Betroffenen im übrigen selber ausführen, wird beispielsweise in den Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes vom 5. Mai 1995 eine entsprechende Pflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse ausdrücklich festgehalten (Art. 3 Abs. 2). Art. 17 dieser Standesregeln bestimmt ferner, dass sich die Bezeichnung von Anwaltsbüros ausschliesslich aus den Namen bestehender oder ehemaliger Partner zusammensetzen hat. Als Ausfluss des Wahrheitsgebotes wird sodann in Art. 19 der Luzerner Standesregeln festgehalten, dass – sofern sich der Anwalt mit Nichtanwältinnen zusammenschliesst – auf dem Briefkopf, den Visitenkarten und allen anderen Mitteilungen deutlich zu machen ist, welchen Beruf die Nichtanwältinnen ausüben (vgl. Fellmann/Sidler, Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes, Bern 1996, S. 46). Eine ausdrückliche Regelung kennt überdies der Kanton Zürich, dessen Anwaltsgesetz in § 8 Abs. 1 folgendes festhält: "Der Rechtsanwalt wahrt nach Recht und Billigkeit das Interesse des Auftraggebers und ist dabei bestrebt, klare Rechtsverhältnisse zu schaffen." Dass sich diese Berufspflicht nicht nur auf das konkrete Mandatsverhältnis, sondern auf das berufliche Verhalten schlechthin bezieht, kann sodann dem Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich (Zürich 1988) entnommen werden. Es handelt sich nicht nur um eine Verpflichtung gegenüber dem eigenen Klienten, sondern auch um eine solche im Verhältnis zu den Behörden, zum Prozessgegner und zu Dritten. Der Anwalt ist daher gehalten, bereits von Beginn weg Klarheit hinsichtlich der künftigen Mandatsverhältnisse zu schaffen (vgl. S. 43 ff. des Handbuches sowie BGE 123 I 18).

b) Den Rechtsanwältinnen der Anwaltskanzlei XY. ist es grundsätzlich erlaubt, sich mit Nichtanwältinnen bzw. Nichtanwältinnen zusammenzuschliessen, insbesondere wenn deren Tätigkeit mit derjenigen der Rechtsanwältinnen in einem sachlichen Zusammenhang steht und überdies u.a. sichergestellt ist, dass sich der Nichtanwalt bzw. die Nichtanwältin dem für den Anwaltsstand geltenden Berufsgeheimnis unterzieht. Allerdings ist gestützt auf das Wahrheitsgebot zu fordern, dass – unabhängig von der Frage, ob die XY. Rechtsanwältinnen AG bereits Mandate zur Rechtsberatung und Rechtsvertretung entgegengenommen hat – die tatsächlichen Verhältnisse von vornherein transparent dargestellt werden. Wer sich an die XY. Rechtsanwältinnen AG wenden will oder diese Aktiengesellschaft gar mandatiert, könnte aufgrund der Firma leichthin den falschen Eindruck gewinnen, dass sämtliche Organe und Aktionäre dieser Gesellschaft ohne weiteres den besonderen anwaltlichen Berufspflichten unterstehen. Eine Verletzung des Anwaltsgeheimnisses wird von Kunden nicht befürchtet, obwohl Mitglieder des Verwaltungsrates gemäss Art. 21 der Gesellschaftsstatuten jederzeit Auskunft über einzelne

Geschäfte verlangen können. Die Eintragung der Organe im Handelsregister ist im übrigen nicht geeignet, der Gefahr eines falschen Eindrucks in genügender Weise entgegenzuwirken; Rechtsanwaltstitel sind dort nicht vermerkt, womit für Dritte auch nicht klar ersichtlich wird, dass die Verwaltungsratspräsidentin den anwaltlichen Berufspflichten grundsätzlich nicht untersteht.

Hinzu kommt ein weiteres Element: Wie bereits im Schreiben vom 8. Juli 1998 ausgeführt, erachtet es die Aufsichtskommission unter dem Gesichtspunkt des Wahrheitsgebotes als problematisch, wenn der geschätzte Titel "Rechtsanwälte" in der Firma einer Aktiengesellschaft geführt wird, obwohl wie im vorliegenden Fall der Aktionärskreis und der Verwaltungsrat nicht ausschliesslich aus Rechtsanwälten bestehen, die in dieser Kanzlei tätig sind. Der Titel "Rechtsanwalt", der absoluten Schutz genießt, wird dabei einer (juristischen) Person übertragen, welche die notwendigen Voraussetzungen nicht erfüllt, womit der Titel im Resultat relativiert bzw. verfälscht wird. Die Situation lässt sich nicht mit derjenigen vergleichen, wo eine Anwaltsgemeinschaft den Titel "Rechtsanwälte" für die Kanzleibezeichnung verwendet, unter gleichzeitiger Nennung eines oder mehrerer Namen von Rechtsanwälten. Ein falscher Eindruck wird dort nicht hervorgerufen. Mit der Bezeichnung XY. Rechtsanwälte AG hingegen wird der Eindruck erweckt, dass eben sämtliche massgebenden Entscheidungsträger der Gesellschaft als Rechtsanwälte zugelassen sind.

Und schliesslich wirkt die Firma XY. Rechtsanwälte AG auch deshalb täuschend, weil sie vorgibt, dass die Gesellschaft im anwaltlichen Monopolbereich tätig ist, was aufgrund der heutigen Anwaltsgesetzgebung weitgehend ausgeschlossen und nach dem Zugeständnis der betroffenen Anwälte daher vorläufig auch nicht beabsichtigt ist.

c) Nach Auffassung der Aufsichtskommission liegen somit bei der derzeitigen Aktenlage genügend objektive Anhaltspunkte vor, die eine Verletzung der Berufspflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse durch die Rechtsanwälte der Kanzlei XY. wahrscheinlich erscheinen lassen, weshalb diesbezüglich ein Disziplinarverfahren einzuleiten ist.

3. Zu prüfen ist weiter, ob die Rechtsanwälte der Kanzlei XY. mit der Gründung und dem Betrieb der Aktiengesellschaft auch weitere Berufspflichtverletzungen begangen haben könnten. Nach § 8 Abs. 2 AnwG üben die Rechtsanwälte ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und in eigener Verantwortung aus; sie vermeiden mit der gebotenen Sorgfalt das Entstehen von Interessenskonflikten und unterlassen alles, was die freie Anwaltswahl beeinträchtigen könnte. Gemäss § 9 Abs. 1 AnwG sind die im Kanton Zug geschäftlich niedergelassenen Anwälte verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von 2 Mio. Franken abzuschliessen. Die Pflicht zur Einhaltung des Anwaltsgeheimnisses ergibt

sich schliesslich aus Art. 321 Ziff. 1 StGB sowie den Standesregeln des Anwaltsvereins des Kantons Zug (Ziff. 10).

a) Als Servicegesellschaft beschäftigt sich die XY. Rechtsanwälte AG mit der Bereitstellung von Infrastrukturen für den Betrieb von Anwaltskanzleien sowie von Treuhand- und Revisionsunternehmen. In diesem Bereich änderte sich nichts im Vergleich zur früheren Tätigkeit der D. AG. Dem Verwaltungsrat der XY. Rechtsanwälte AG gehören zwei Exponenten der Anwaltskanzlei XY. an, nämlich RA X. und RA Z.. Die übrigen Rechtsanwälte sind bis anhin offenbar nicht für die Aktiengesellschaft tätig geworden, sind jedoch nach eigener Darstellung massgeblich daran beteiligt. Alleine aus diesen Tatsachen lässt sich nun eine Verletzung der anwaltlichen Berufspflichten noch nicht herleiten. Selbstverständlich ist es freischaffenden Anwälten grundsätzlich erlaubt, sich an Aktiengesellschaften zu beteiligen und Verwaltungsratsmandate anzunehmen. Anhaltspunkte für eine Berufspflichtverletzung können sich hingegen aufgrund der Mandatsführung durch den Anwalt in einem konkreten Fall ergeben, insbesondere wenn dieser im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses Dritte vor Behörden oder Gerichten vertritt. Die Anwälte von XY. hielten indes in ihrer Stellungnahme sowie im Schreiben an den Anwaltsverein fest, dass zwischen der Aktiengesellschaft und ihnen noch keine Anstellungsverträge bestehen würden; auch müsse derjenige Teil ihrer Tätigkeit, der in der Rechtsform der AG ausgeübt werden solle, noch bestimmt werden. Diese Ausführungen legen den Schluss nahe, dass die Rechtsanwälte der Kanzlei XY. noch nicht spezifisch anwaltlich für Kunden der Aktiengesellschaft tätig geworden sind. Mangels Weisungen eines Arbeitgebers liefen sie somit bis anhin nicht Gefahr, sich einem Interessenskonflikt auszusetzen. Jedenfalls fehlen derzeit gegenteilige Anhaltspunkte.

(Aufsichtskommission, Beschluss vom 12. November 1998, i.S. RAe der Kanzlei XY., bestätigt im Urteil vom 11. März 1999)

4. Beurkundungswesen

§ 2 Abs. 3 BeurkG; § 1 Abs. 2 Ziff. 2 der Verordnung über die Prüfung der Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent für die Zulassung als Urkundspersonen im Kanton Zug; Art. 4 BV. – Das Erfordernis des ununterbrochenen Wohnsitzes im Kanton Zug seit mindestens 5 Jahren als Voraussetzung für die Zulassung ausserkantonaler Rechtsanwälte zur Beurkundungsprüfung ist verfassungswidrig.

Sachverhalt:

Rechtsanwalt X. verfügt über das Anwaltspatent des Kantons Y., wohnt seit rund zwei Jahren im Kanton Zug und ist hier als Rechtsanwalt in einem

Advokaturbüro tätig. Mit Eingabe vom 10. Dezember 1996 hat er beim Obergericht das Gesuch gestellt, er sei zur zugerischen Beurkundungsprüfung zuzulassen.

Aus den Erwägungen:

2. b) Nach § 2 Abs. 3 des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen vom 3. Juni 1946 (BeurkG) wird die Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung und Beglaubigung an Rechtsanwältinnen mit ausserkantonalem Patent erteilt, wenn diese mindestens fünf Jahre ununterbrochenen Wohnsitz im Kanton Zug haben, sich über hinreichende praktische Befähigung zur Beurkundung ausweisen und der betreffende Kanton Gegenrecht hält. Nach § 33 Abs. 3 BeurkG erlässt das Obergericht das Prüfungsreglement für die Prüfungen der Rechtsanwältinnen mit ausserkantonalem Patent. Gestützt auf diese Bestimmung hat das Obergericht in § 1 Abs. 1 Ziff. 2 seiner Verordnung über die Prüfung der Rechtsanwältinnen mit ausserkantonalem Patent für die Zulassung als Urkundspersonen im Kanton Zug vom 16. Oktober 1951 bestimmt, dass Rechtsanwältinnen mit ausserkantonalem Patent, welche die Prüfung für die Zulassung als Urkundsperson im Kanton Zug ablegen wollen, seit mindestens fünf Jahren ununterbrochen Wohnsitz im Kanton Zug haben müssen. Gesetz und Verordnung machen somit bezüglich Wohnsitzdauer keinen Unterschied zwischen der Prüfungszulassung und der Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung, obwohl diese grundsätzlich voneinander zu unterscheiden sind.

Aufgrund der genannten Bestimmungen könnte RA X. zum heutigen Zeitpunkt nicht zur Beurkundungsprüfung zugelassen werden. Es stellt sich die Frage, ob diese Bestimmungen durch die Revision des Anwaltsrechts faktisch aufgehoben worden sind oder deren Anwendung gegen das verfassungsmässige Recht der Rechtsgleichheit verstossen.

c) Nach neuem Anwaltsgesetz braucht, wer zur Anwaltsprüfung zugelassen werden will, nicht mehr Wohnsitz im Kanton Zug zu haben. Nach altem Recht wurde demgegenüber noch ein Wohnsitz im Kanton Zug seit mindestens einem Jahr vor der Anmeldung oder ein länger dauernder Wohnsitz im Kanton Zug in einer früheren Zeit verlangt (§ 1 Abs. 2 Ziff. 3 der Verordnung des Obergerichtes über die Fähigkeitsprüfung für den Rechtsanwaltsberuf vom 12. Juni 1951). Diese Gesetzesänderung allein kann nicht dazu führen, dass das Erfordernis des fünfjährigen Wohnsitzes als verfassungswidrig zu bezeichnen wäre, bestand doch diesbezüglich schon nach altem Recht eine Ungleichbehandlung: ein Jahr Wohnsitz im Kanton brauchte es für die Zulassung zur gesamten Anwaltsprüfung, fünf Jahre für die Zulassung zur Beurkundungsprüfung.

Man kann sich aber fragen, ob nicht die unterschiedlichen Anforderungen in zeitlicher Hinsicht an sich gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstossen.

aa) Nach BGE 119 Ia 128 verletzt ein Erlass dann den Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.

Wer sich als Inhaber eines ausserkantonalen Anwaltpatentes der Beurkundungsprüfung unterziehen will, muss schon fünf Jahre Wohnsitz im Kanton Zug haben, während die gleiche Person für die Absolvierung der gesamten, das Beurkundungsrecht einschliessenden Anwaltsprüfung keinen Wohnsitz im Kanton Zug mehr benötigt (bzw. nach altem Recht nur einen Wohnsitz seit einem Jahr). Soweit es nur um das Recht geht, die Prüfung an sich zu absolvieren, ist ein vernünftiger Grund für die unterschiedliche Regelung nicht ersichtlich. Es könnte somit einem Bewerber mit ausserkantonalem Patent, aber fehlendem bzw. noch nicht fünf Jahre dauerndem Wohnsitz der Zugang zur Beurkundungsprüfung nicht unter Berufung auf § 1 Abs. 2 der obergerichtlichen Verordnung verweigert werden.

bb) Die Prüfung muss aber wohl immer im direkten Zusammenhang mit der Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung gesehen werden. Die Materialien zum Beurkundungsgesetz geben keine Auskunft über den Sinn des Erfordernisses des fünfjährigen Wohnsitzes. Der Gedanke des Gesetzgebers muss aber wohl dahin gegangen sein, dass die Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung eine gewisse Vertrautheit mit den lokalen Verhältnissen (und namentlich mit dem kantonalen Recht) voraussetzt. Diese Vertrautheit wird beim Inhaber eines ausserkantonalen Patentes aufgrund des fünfjährigen Wohnsitzes im Kanton Zug vermutet. Der Erwerber des Zuger Patentes dagegen stellt diese Vertrautheit mit der Absolvierung der (das Beurkundungsrecht mitumfassenden) zugerischen Anwaltsprüfung und des vorangehenden, mindestens sechs Monate dauernden Praktikums im Kanton Zug unter Beweis. Diese Unterscheidung, die auf einer Gleichbewertung von fünf Jahren Wohnsitz mit der Ablegung der zugerischen Anwaltsprüfung beruht, erscheint indes nicht (mehr) vernünftig. Dies namentlich deshalb, weil gerade die Beurkundungsprüfung das für die Urkundsperson in erster Linie massgebliche kantonale Recht (Beurkundungsrecht und Zivilrecht) erfasst. Mithin verstösst auch das Erfordernis des fünfjährigen Wohnsitzes im Kanton Zug gemäss § 2 Abs. 3 BeurkG gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, weshalb diese Bestimmung im konkreten Fall nicht anwendbar ist.

(Obergericht, 18. Februar 1997, i.S. RA X.)

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Bürgerrecht

§ 79 GG. – Ordentliche Einbürgerung von Ausländern. – Einbürgerungsverfahren vor der Bürgergemeindeversammlung. – Vorgehen bei geheimer Abstimmung

Aus einem Schreiben an die Bürgerräte des Kantons Zug:

An einer Versammlung der Bürgergemeinde Baar war über verschiedene Einbürgerungsgesuche zu beschliessen. Dabei ergab sich bei einem Gesuch Stimmengleichheit. Nach § 79 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesezt, GG; BGS 171.1) ist in einem solchen Fall die Abstimmung zu wiederholen, ohne dass dazwischen eine Beratung durchgeführt wird (Abs. 1). Ergibt auch die Wiederholung Stimmengleichheit, ist der Beschluss nicht zustande gekommen (Abs. 2).

Bei dieser Rechtslage müsste das Abstimmungsergebnis unmittelbar nach der Abstimmung – jedenfalls noch an derselben Gemeindeversammlung – ermittelt werden. Anlässlich einer Aussprache mit einer Vertretung des Bürgerrates Baar zeigte sich jedoch, dass ein solches Vorgehen für die Bürgergemeinde Baar nicht praktikabel ist: Über Einbürgerungsgesuche muss gemäss einem entsprechenden Gemeindebeschluss geheim abgestimmt werden, und an den Einbürgerungsversammlungen nehmen jeweils bis zu 450 Stimmberechtigte teil, die über bis zu 15 Gesuche zu entscheiden haben. Für eine sofortige Auszählung der Ergebnisse müsste die Versammlung unter diesen Umständen bis zu zwei oder mehr Stunden unterbrochen werden. Dass bei einem solchen Unterbruch die Mehrzahl der Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer die Versammlung verlassen würde, versteht sich von selbst, ebenso, dass der Stimmkörper sich so auf eine Weise verändern würde, wie es den Vorstellungen des Gesetzgebers offensichtlich widerspricht.

Im regierungsrätlichen Bericht zum Gemeindegesezt zuhanden des Kantonsrates (Vorlage Nr. 4263 vom 12. Januar 1979) ist dazu folgendes nachzulesen: "... An sich hätte es bei einer einmaligen Abstimmung sein Bewenden haben können, wobei die Regel gegolten hätte, Stimmengleichheit bedeute Ablehnung eines Antrages. Indessen hätte eine solche Regelung die gleichen Probleme aufgeworfen wie ein allfälliger Stichentscheid des Gemeindepräsidenten. Es ist daher richtig, im Falle der Stimmengleichheit die Abstimmung unverzüglich zu wiederholen. Das Resultat der Stimmengleichheit mag den einen oder andern Stimmberechtigten bewegen, sich die Sache nochmals zu überlegen und einen andern Entscheid zu fällen. Es dürfte sich daher das zweite Mal eine deutliche Willenskundgebung der Versammlung

ergeben.“ Im übrigen lassen sich aus den Gesetzesmaterialien keine weiteren Hinweise für die Lösung der vorliegenden Problemstellung erkennen. Immerhin darf aufgrund der Entstehungsgeschichte von § 79 GG davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber bei dieser Bestimmung vor allem Abstimmung mit offenem Handmehr im Auge hatte, deren Ergebnisse ohne weiteres sofort ermittelt werden können, so dass bei Stimmengleichheit ohne zeitliche Verzögerung nochmals abgestimmt werden kann.

Wird § 79 GG restriktiv ausgelegt, muss bei Stimmengleichheit also unverzüglich (d.h. noch an derselben Versammlung) die Abstimmung wiederholt werden. Dies würde es jedoch mit sich bringen, dass über Einbürgerungsgesuche grundsätzlich nicht mehr im geheimen Verfahren abgestimmt werden könnte. Damit würde jedoch ein Abstimmungsverfahren verunmöglichlicht, das als korrekter einzustufen ist; dies insbesondere in Bezug auf das Stimmgeheimnis. Ferner würde auf diese Weise ein Konflikt mit § 77 Abs. 3 GG entstehen, wonach in jedem Falle ein Sechstel der anwesenden Stimmberechtigten die geheime Abstimmung verlangen kann.

Unter diesen Umständen haben wir uns für eine offenere Auslegung von § 79 GG entschieden. Im Einverständnis mit dem Regierungsrat als Aufsichtsbehörde über die Gemeinden ermächtigen wir dementsprechend die Bürgergemeinden, geheime Abstimmungen über Einbürgerungsgesuche erst nach Schluss der Versammlung auszuzählen. Ergibt sich dabei Stimmengleichheit, ist der entsprechende Antrag an der nächsten Bürgergemeindeversammlung den Stimmberechtigten nochmals vorzulegen. In möglicher Übereinstimmung mit dem Gesetzestext erfolgt diese zweite Abstimmung ohne vorgängige Beratung. Ergibt sich auch bei dieser Abstimmung Stimmengleichheit, gilt der Antrag als abgelehnt.

(Direktion des Innern, 12. September 1997)

Art. 51 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Eidgenössisches Bürgerrechtsgesetz; eidg. BüG) vom 29. September 1952 (SR 141.0); §§ 5 Abs. 2, 16 Abs. 1 des Gesetzes betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und des Kantonsbürgerrechts (Kantonales Bürgerrechtsgesetz; kant. BüG) vom 3. September 1992 (BGS 121.3). – Ordentliche Einbürgerung eines Ausländers (konkret: genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern); Begriff der beschwerdefähigen Verfügung; Rechtsmittel

Aus einem Schreiben an die Bürgergemeinden des Kantons Zug:

Im Rahmen des Informationsverfahrens in einem ordentlichen Einbürgerungsfall stellte der Bürgerrat X. das Gesuch eines Bürgerrechtsbewerbers zweimal wegen ungenügender Kenntnisse der deutschen Sprache zurück

und eröffnete ihm dies beidesmal mit einer beschwerdefähigen Verfügung. Ein Rechtsmittel wurde nicht ergriffen. Nach dem dritten Gespräch mit dem Bewerber erliess der Bürgerrat folgende beschwerdefähige Verfügung:

- ”1. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen wird festgestellt, dass Y. die Voraussetzungen für die Erteilung des Gemeindebürgerrechts hinsichtlich § 5 kant. BüG (genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern) nicht erfüllt.
Das Gesuch wird vom Bürgerrat einstimmig abgelehnt.
- 2

Dagegen erhob der Bürgerrechtsbewerber Beschwerde beim Regierungsrat. Als instruierende Direktion holten wir beim Bürgerrat eine Vernehmlassung ein und führten anstelle eines zweiten Schriftenwechsels (Replik / Duplik) eine mündliche Verhandlung durch, da es um Sprachprobleme ging. Diese ergab, dass der Bewerber tatsächlich grosse Mühe mit der deutschen Sprache hat. Er sah dies auch ein und zog in der Folge seine Beschwerde zurück, so dass diese vom Regierungsrat als erledigt abgeschrieben werden konnte.

Somit hatten wir keine Gelegenheit, uns in einem materiellen Beschwerdeentscheid präjudiziell zum Charakter der ”beschwerdefähigen Verfügung” im Sinne von § 16 Abs. 1 kant. BüG zu äussern. Wir möchten dies aber zumindest auf informellem Weg zuhanden aller Bürgerräte tun:

Der Bürgerrat X. hat in seiner Verfügung zunächst richtig festgestellt, dass Y. die Voraussetzungen gemäss § 5 kant. BüG zur Erteilung des Gemeindebürgerrechts (vorliegend: genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern) nicht erfüllt. Unrichtig ist jedoch, dass er das Gesuch (aus dem erwähnten Grund) abgelehnt hat. Bei der beschwerdefähigen Verfügung gemäss § 16 Abs. 1 (genau: Satz 2) kant. BüG handelt es sich lediglich um eine Feststellungsverfügung. Allerdings hätte der ”Ablehnungsentscheid” vorliegend nicht zur Nichtigkeit geführt, schon in Anbetracht der in Ziff. 1 vorangehenden Feststellung.

Auf Beschwerde hin stellt der Regierungsrat ebenfalls fest, ob eine oder mehrere Einbürgerungsvoraussetzungen gemäss § 5 kant. BüG nicht erfüllt sind, bei Weiterzug desgleichen das Verwaltungsgericht, allenfalls auch das Bundesgericht. Je nach Ausgang des Verfahrens stellt die Direktion des Innern dem Bundesamt für Polizeiwesen Antrag auf Erteilung oder Nichterteilung der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung. Gegen dessen Entscheidung kann der/die Betroffene beim eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) Beschwerde erheben, welches endgültig entscheidet. Die Regierung des Einbürgerungskantons kann gegen die Verweigerung der Einbürgerungsbewilligung durch das EJPD beim Bundesrat Beschwerde erheben. (Art. 51 Abs. 3 eidg. BüG).

(Direktion des Innern, 26. November 1997)

2. Politische Rechte

Art. 5 BV; §§ 40, 48, 49, 50 WAG; §§ 4, 10 Abs. 1, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 25, 28, 39 ff., 40 Abs. 1, 41 Abs. 1, 43 Abs. 1, 44, 50, 66 VRG. – Anfechtung des Zustandekommens eines Wahlvorschlages für die Erneuerungswahlen eines Gemeinderates.- Formelles (E. 1): Gegenstand der Beschwerde (E. 1): Entscheidungen und Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit Wahlvorschlägen von Privatpersonen bzw. von privaten Organisationen, namentlich einer Partei ausgehen, sind mit den Rechtsmitteln des Verwaltungsverfahrens grundsätzlich nicht anfechtbar (E. 1 c); Frist für die Anfechtung von Einredeentscheidungen des Gemeinderates (E. 2); Beschwerdelegitimation und Zuständigkeit des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz (E. 3). – Materielles (E. II): Kognition bei Beschwerde gegen Urnenwahlen (E. 1); Voraussetzungen der Gültigkeit eines Wahlvorschlages (Gültigkeit vorliegend bejaht) (E. 2); Die Anforderungen an das Wahlverfahren nach den Grundsätzen betreffend die politischen Rechte gemäss Art. 5 BV gelten nur für das amtliche Wahlverfahren, nicht jedoch für das parteiinterne Nominationsverfahren (E. 3); Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde, damit die Wahl wie vorgesehen durchgeführt werden kann (E. 4); Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigung (E. 5)

Sachverhalt:

A. Am 24. August 1998 reichte die Schweizerische Volkspartei (SVP) Baar bei der Gemeindekanzlei Baar ihren Wahlvorschlag ein für die Wahl des Gemeinderates für die Amtsperiode 1999 – 2002. Als Kandidaten wurden H.St. und B.Z. aufgeführt. Dieser Wahlvorschlag wurde in der Folge – zusammen mit den weiteren eingegangenen Wahlvorschlägen – in Anwendung von § 50 Abs. 1 des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen bis Mittwoch, 26. August 1998, 18.00 Uhr, auf der Gemeindekanzlei öffentlich aufgelegt. Innert dieser Frist erhob U.S., ...strasse, Baar, Einrede gegen den Wahlvorschlag der SVP Baar. Seine Einrede begründete U.S. damit, dass Dritte ihn vom Wahlvorschlag gestrichen hätten, obwohl man ihn anlässlich der Nominationsversammlung der SVP vom 13. August 1998 einstimmig als Gemeinderatskandidat ernannt habe. Bis zum heutigen Zeitpunkt sei er von dieser Kandidatur nicht zurückgetreten.

B. Mit Beschluss vom 26. August 1998 wies der Gemeinderat Baar die Einrede von U.S. ab, im wesentlichen mit folgender Begründung: Die Wahlliste der SVP Baar sei fristgerecht eingereicht worden. Deren Prüfung habe ergeben, dass der Wahlvorschlag die Kriterien von § 48 WAG erfülle, die vorgeschlagenen Kandidaten wahlfähig und die Unterzeichneten stimmberechtigt seien. Die Echtheit der Unterschriften werde vom Einsprecher nicht bestritten. Somit seien diejenigen Punkte, welche im Prüfungsbereich der Gemeindekanzlei lägen, erfüllt bzw. nicht bestritten. Im übrigen sehe das Wahl- und Abstimmungsgesetz in § 40 einzig den Regierungsrat als

Beschwerdeinstanz vor, weshalb eine Wahlbeschwerde nicht beim Gemeinderat, sondern beim Regierungsrat einzureichen sei.

C. Am 9. September 1998 reichte U.S. (im folgenden "Beschwerdeführer" genannt) beim Regierungsrat Beschwerde gegen die SVP Baar ein, mit folgenden Anträgen:

Der von der SVP Baar für die Gemeinderatswahlen eingereichte Wahlvorschlag mit den Kandidaten H.St. und B.Z. sei für ungültig zu erklären. Die SVP Baar sei ferner zu verpflichten, einen neuen Wahlvorschlag mit den Kandidaten U.S. und H.St. einzureichen, wobei der Beschwerdeführer auf der Kandidatenliste an erster Stelle aufzuführen sei. Die Beschwerde sei gutzuheissen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der SVP Baar.

Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer im wesentlichen folgendes vor: An der Nominationsversammlung der SVP Baar vom 13. August 1998 im Restaurant Brauerei, Baar, seien H.St. und er von den Anwesenden einstimmig als Kandidaten für den Gemeinderat Baar für die Amtsperiode 1999/2002 gewählt worden. Weitergehende Beschlüsse, insbesondere über die Reihenfolge der Kandidaten auf dem Wahlzettel, seien keine gefasst worden. Erst nach der Nominationsversammlung habe die Diskussion über die Reihenfolge der Kandidaten auf dem Wahlzettel begonnen. Dabei habe er unter analoger Anwendung von § 44 Abs. 2 des Wahlgesetzes gefordert, dass die Kandidaten in alphabetischer Reihenfolge auf dem Wahlzettel aufzuführen seien. Dieser Forderung sei aber seitens der Partei nicht entsprochen worden. Mit Einschreibebrief vom 21. August 1998 habe die SVP Baar in der Folge behauptet, dass er klar zum Ausdruck gebracht habe, auf eine Kandidatur verzichten zu wollen, falls sein Name nicht an erster Stelle aufgeführt werde. Dass dem nicht so sei, lasse sich aufgrund seiner Fax-Mitteilung vom 20. August 1998 leicht beweisen. Von einem Verzicht sei darin kein Wort geschrieben. Trotzdem sei an einer ausserordentlichen Vorstandssitzung vom 22. August 1998 beschlossen worden, ihn als Kandidaten von der Wahlliste zu streichen. Mit diesem Vorgehen habe die Partei unzweifelhaft einen an der Nominationsversammlung demokratisch getroffenen Entscheid missachtet und wissentlich einen falschen Wahlvorschlag eingereicht. Die damals aufgelegte Unterschriftenliste für den Wahlvorschlag sei nachträglich entweder mit den falschen Kandidatennamen versehen worden, oder es sei im nachhinein ein neuer Wahlvorschlag mit den falschen Kandidatennamen erstellt und der Gemeindekanzlei eingereicht worden. Ob und wie weit in diesem Zusammenhang allenfalls manipuliert worden sei, bleibe dahingestellt. Die Möglichkeit werde aber an dieser Stelle trotzdem erwähnt.

D. Mit Vernehmlassung vom 17. September 1998 beantragt der Gemeinderat Baar, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

Zur Begründung bringt er im wesentlichen vor, es stelle sich die Frage, ob der Beschwerdeführer eine Wahlbeschwerde im Sinne von § 40 des Wahlge-

setzes führe, oder ob er mit der Beschwerde das unter Ziff. 3 des Gemeinderatsbeschlusses vom 26. August 1998 aufgeführte Rechtsmittel gegen diesen Beschluss ergriffen habe. Im letzteren Fall sei – nebst der SVP – auch der Gemeinderat Baar Beschwerdegegner. – Der am 24. August 1998 der Gemeindekanzlei Baar eingereichte Wahlvorschlag der SVP Baar sei durch die Gemeindeorgane geprüft und für gültig befunden worden. Gegen diesen Wahlvorschlag hätten U.S. und A.Z. je eine Einrede eingereicht. An der Sitzung vom 26. August 1998 habe der Gemeinderat diese Einreden behandelt und darüber entsprechende Beschlüsse gefasst. Wie diesen Beschlüssen zu entnehmen sei, habe sich aufgrund der Einreden an der Gültigkeit des Wahlvorschlages der SVP Baar nichts geändert.

E. Die SVP Baar hat von der ihr eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme nicht Gebrauch gemacht. Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten ist im übrigen – und soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

Erwägungen:

I.

1. a) Der Beschwerdeführer richtet seine Beschwerde einerseits gegen den Entscheid des Gemeinderates Baar vom 26. August 1998, mit welchem die Einrede gegen den Wahlvorschlag der SVP Baar abgewiesen wurde. Andererseits ficht er aber auch das parteiinterne Nominationsverfahren an. Ebenfalls Beschwerdegegenstand ist damit in den Augen des Beschwerdeführers das Verhalten der Parteiorgane der SVP Baar im Vorfeld der Einreichung des Wahlvorschlages.

b) Gemäss § 40 des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen vom 23. Januar 1969 (WAG; BGS 131.1) sowie nach § 50 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) kann gegen Urnenwahlen und -abstimmungen beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden. Daneben kann jedermann, der durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist, diesen nach § 40 Abs. 1 in Verbindung mit § 41 Abs. 1 VRG durch Verwaltungsbeschwerde anfechten, sofern die Weiterzugsmöglichkeit nicht durch besondere Vorschrift ausdrücklich ausgeschlossen ist. Mit Verwaltungsbeschwerde anfechtbar sind Entscheide im Sinne von § 4 VRG. Als Entscheide gelten gemäss dieser Vorschrift Anordnungen und Feststellungen der dem Verwaltungsrechtspflegegesetz unterstellten Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung sowie Urteile des Verwaltungsgerichtes.

c) Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren können somit nur behördliche Entscheide einerseits und Urnenwahlen andererseits sein. Mit den Rechtsmitteln des Verwaltungsverfahrenrechts grundsätzlich nicht anfechtbar sind demgegenüber Entscheidungen und Verhaltensweisen,

die von Privatpersonen bzw. von privaten Organisationen ausgehen. Um eine solche private Organisation handelt es sich aber bei der SVP Baar; ihre Entscheide können folglich nicht auf dem Verwaltungsrechtsweg angefochten werden. Bei dieser Sach- und Rechtslage erweist sich die vorliegende Beschwerde als unzulässig, soweit damit das parteiinterne Nominationsverfahren angefochten wird. Dies bedeutet, dass auf die Beschwerde nur eingetreten werden kann, soweit sie gegen den Gemeinderatsbeschluss vom 26. August 1998 oder gegen die Wahl als solche bzw. gegen das amtliche Wahlverfahren gerichtet ist.

2. a) Für die Anfechtung von Einredeentscheiden, die in Anwendung von § 50 WAG ergehen, besteht keine ausdrückliche Fristbestimmung. Im Sinne einer Lückenfüllung könnte hier auf die Frist für Beschwerden gegen Urnenwahlen und -abstimmungen abgestellt werden. Diese Frist beträgt gemäss § 40 WAG und § 50 Abs. 2 Ziff. 1 VRG acht Tage, wobei der Fristenlauf erst mit dem der Wahl oder Abstimmung folgenden Tag beginnt (vgl. § 50 Abs. 2 Ziff. 1 Satzteil 2 VRG). Denkbar wäre aber auch eine analoge Anwendung der Fristbestimmungen für die ordentliche Verwaltungsbeschwerde im Sinne der §§ 39 ff. VRG. Für dieses Verfahren gilt eine Beschwerdefrist von 20 Tagen, die am Tag nach der Mitteilung des Entscheides zu laufen beginnt (vgl. § 43 Abs. 1 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 VRG). Die Frage nach den anwendbaren Fristbestimmungen kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, weil im angefochtenen Entscheid unter Ziff. 3 des Dispositivs die Beschwerdefrist mit 20 Tagen angegeben wurde. Nach Treu und Glauben durfte sich der Beschwerdeführer auf die Verbindlichkeit dieser Angabe verlassen.

b) Der Versand des angefochtenen Entscheides erfolgte am 27. August 1998 und die Zustellung mutmasslich am 28. August 1998. Die zwanzigtägige Beschwerdefrist dürfte demnach am 29. August zu laufen begonnen und am 17. September geendigt haben. Mit Postaufgabe am 9. September 1998 (Poststempel) erfolgte die Beschwerdeerhebung folglich innert Frist. Indem der Beschwerdeführer noch während der Auflage der Wahlvorschläge sich gegen angebliche Mängel des SVP-Wahlvorschlages beschwerte, ist er auch seiner Rechtspflicht zur sofortigen Rüge von Verfahrensmängeln bei Wahlen und Abstimmungen nachgekommen (vgl. hierzu Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 195). Die Beschwerde erweist sich somit als rechtzeitig.

3. Gegen Urnenwahlen und -abstimmungen ist gemäss § 50 Abs. 2 Ziff. 2 VRG ausser den in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffenen jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt. Der Beschwerdeführer ist Stimmbürger der Einwohnergemeinde Baar und als solcher zur Beschwerdeerhebung gegen die Gemeinderatswahlen in Baar befugt. Adressat der Beschwerdeschrift ist der Regierungsrat; die Beschwerde wurde damit bei der zuständigen Instanz erhoben (vgl. §§ 40 WAG und 50 Abs. 1 VRG). Die Beschwerde-

schrift erfüllt schliesslich auch die formellen Anforderungen gemäss § 44 VRG. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten, soweit sie sich nicht nur gegen die parteiinterne Kandidatennomination richtet.

II.

1. Nach § 50 Abs. 2 Ziff. 3 VRG kann gegen Urnenwahlen und -abstimmungen nur wegen Rechtsverletzung Beschwerde geführt werden. Eine Wahl leidet namentlich dann an einer Rechtsverletzung, wenn sie in einem Verfahren zustande gekommen ist, das formellrechtliche Mängel aufweist. Massgebend für die Beurteilung, ob solche Mängel vorliegen, sind die Vorschriften des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen. Der Beschwerdeführer trägt in dieser Hinsicht vor, der Wahlvorschlag der SVP Baar widerspreche dem Beschluss der Nominationsversammlung, weshalb dieser hätte für ungültig erklärt bzw. entsprechend abgeändert werden müssen. Gestützt darauf vertritt er die Auffassung, seine Einrede im Rahmen des Listenbereinigungsverfahrens im Sinne von §§ 50 ff. WAG sei begründet gewesen und hätte gutgeheissen werden müssen.

2. a) Gemäss § 50 Abs. 1 WAG liegen die Wahlvorschläge bei Wahlen für die gemeindlichen Wahlkreise auf der Gemeindekanzlei bis zu dem auf den Wahlanmeldeschluss folgenden Mittwoch, 18.00 Uhr, zur Einsicht auf (Satz 1). Während dieser Zeit können dort hinsichtlich der Gültigkeit des Wahlvorschlages, der Wahlfähigkeit der Kandidatinnen und Kandidaten, der Stimmberechtigung der Unterzeichneten und der Echtheit der Unterschriften Einreden geltend gemacht werden (Satz 2). Die Gültigkeitserfordernisse für die Wahlvorschläge richten sich nach den §§ 48 und 49 WAG. Gemäss § 48 Abs. 1 WAG müssen die Wahlvorschläge eine Überschrift (Parteititel) und die Kandidatenliste enthalten. Nach Absatz 3 derselben Bestimmung darf die Kandidatenliste nicht mehr Namen von wählbaren Kandidatinnen und Kandidaten enthalten, als für eine Behörde zu wählen sind (Satz 1), und der gleiche Name darf nur einmal geschrieben werden (Satz 2). Überdies müssen die Wahlvorschläge die eigenhändigen Unterschriften von zehn Stimmberechtigten mit Angabe der Wohnadresse tragen (§ 49 Abs. 1 WAG). Dabei darf ein Stimmberechtigter bloss einen einzigen Wahlvorschlag unterzeichnen (vgl. § 49 Abs. 3 WAG).

b) Unbestrittenermassen erfüllt der Wahlvorschlag der SVP Baar die sich aus §§ 48 und 49 WAG ergebenden Anforderungen. Der Beschwerdeführer bringt auch nicht vor, den beiden Kandidaten H.St. und B.Z. fehle es an der Wählbarkeit. Ebensowenig zieht er die Stimmberechtigung der Unterzeichnerinnen und Unterzeichner des Wahlvorschlages und die Echtheit von deren Unterschriften in Zweifel. Der Beschwerdeführer deutet lediglich in allgemeiner Weise an, es sei nicht auszuschliessen, dass am fraglichen Wahlvorschlag nachträglich unzulässige Manipulationen vorgenommen worden seien. Eine Prüfung des eingereichten Wahlvorschlages ergibt indessen keine

Anzeichen dafür, dass daran nachträglich unerlaubte Änderungen vorgenommen worden sein könnten. Insbesondere ist weder eine Streichung noch ein Auswechseln von Kandidatennamen erkennbar. Unter diesen Umständen ist aber der Wahlvorschlag der SVP Baar nicht zu beanstanden, weshalb der Gemeinderat Baar die diesbezügliche Einrede des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen hat. Soweit sie sich gegen den Gemeinderatsbeschluss vom 26. August 1998 richtet, erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet. Sie ist deshalb in diesem Punkt abzuweisen.

3. a) Bei Urnenwahlen und -abstimmungen sind nicht nur die Vorschriften des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen zu beachten, sondern auch die Anforderungen, die sich aus der auf Art. 5 der Bundesverfassung zurückzuführenden Garantie der politischen Rechte ergeben (vgl. hierzu Blaise Knapp in Kommentar BV, Art. 5, Rz. 62 ff.; Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, S. 379 ff.). Die Garantie der politischen Rechte umfasst unter anderem den Schutz der freien und unverfälschten Willenskundgabe der Stimmberechtigten (vgl. Knapp, a.a.O.; Müller, a.a.O., S. 387 ff.). Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes räumt das vom Verfassungsrecht des Bundes gewährleistete Stimm- und Wahlrecht der Bürgerin bzw. dem Bürger allgemein einen Anspruch darauf ein, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Es soll garantiert werden, dass jede Stimmbürgerin und jeder Stimmbürger ihren bzw. seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit ihrer bzw. seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann. Auf diese Grundsätze, welche das Bundesgericht auch als Wahl- und Abstimmungsfreiheit bezeichnet, hat dieses eine Reihe von Prinzipien abgestützt. So werden auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit zurückgeführt etwa die Ansprüche auf richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft, auf Wahrung der Einheit der Materie, auf korrekte Formulierung der Abstimmungsfragen, auf rechtmässige Durchführung von Wahlen und Abstimmungen und korrekte und zurückhaltende behördliche sowie private Informationen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen. (Vgl. zum Ganzen BGE 121 I 141 f. E. 3 mit zahlreichen Hinweisen).

b) Die vorstehend aufgeführten Grundsätze nehmen ausschliesslich Bezug auf das amtliche Wahl- bzw. Abstimmungsverfahren. Demgegenüber sind sie ihrer Natur nach nicht anwendbar auf parteiinterne Wahl- bzw. Abstimmungsvorbereitungshandlungen wie Parolenfassung oder Suche und Nomination von Kandidatinnen und Kandidaten für politische Ämter. Die Garantie der politischen Rechte begründet – entgegen der mutmasslichen Auffassung des Beschwerdeführers – denn auch keinen Anspruch auf eine parteiinterne Kandidatennomination nach demokratischen Grundregeln.

Dementsprechend muss eine Kandidatennomination nicht zwingend durch die Parteiversammlung vorgenommen werden, sondern kann – wie vorliegend geschehen – durch den Vorstand oder ein anderes Parteiorgan erfolgen. Selbst gegen eine Nomination durch Losziehung könnte nichts eingewendet werden. Indem die Stimmberechtigten im Rahmen der Urnenwahl frei sind, ihre Stimme der von der Partei nominierten Person zu geben oder nicht, bleibt die Wahlfreiheit in jedem Fall gewährleistet. Der Beschwerdeführer vermag somit auch aus der bundesverfassungsmässigen Garantie der politischen Rechte nichts für seinen Rechtsstandpunkt abzuleiten. Die Beschwerde erweist sich folglich auch in diesem Punkt als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist.

4. Nach § 66 Abs. 1 VRG hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufschiebende Wirkung, sofern die in der Hauptsache zuständige Behörde nicht aus zwingenden Gründen den sofortigen Vollzug des anfechtbaren Beschlusses angeordnet hat. Die aufschiebende Wirkung würde im vorliegenden Fall bewirken, dass die angefochtene Wahl nicht erwahrt und deshalb die gewählten Mandatsträgerinnen und Mandatsträger ihr Amt nicht antreten könnten. Da bei Verwaltungsgerichtsbeschwerden eine Verfahrensdauer von mehreren Monaten bis zu über einem Jahr in Kauf genommen werden muss, wäre im Beschwerdefall mit gravierenden Nachteilen für die politische Führung der Einwohnergemeinde Baar zu rechnen. Um diese Gefahr auszuschliessen, ist einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den vorliegenden Entscheid die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die vorliegende Beschwerde nur eingetreten werden kann, soweit sie sich gegen den Gemeinderatsbeschluss vom 26. August 1998 oder gegen die Wahl als solche richtet. Nicht Gegenstand der Beschwerde kann demgegenüber das parteiinterne Kandidatennominationsverfahren sein. Eine Prüfung des Wahlvorschlages der SVP Baar für die Gemeinderatswahlen ergibt, dass dieser den Vorschriften der §§ 48 und 49 WAG entspricht, die darauf aufgeführten Kandidaten wahlfähig und die Unterzeichneten stimmberechtigt sind. Es ergeben sich überdies keine Hinweise auf eine Fälschung der Unterschriften der Unterzeichneten, ebensowenig wie auf eine anderweitige Verfälschung des Wahlvorschlages. Da die Garantie der politischen Rechte nur für das amtliche Wahlverfahren gilt, nicht aber für die parteiinterne Kandidatennomination, vermag der Beschwerdeführer auch daraus nichts für seinen Rechtsstandpunkt abzuleiten. Die Beschwerde erweist sich somit als vollumfänglich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. – Bei diesem Ausgang des Verfahrens hätte der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (vgl. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Nach § 25 VRG können jedoch in besonderen Fällen, vorab wenn die Parteien an einer Streitsache nicht wirtschaftlich interessiert sind oder wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitfrage es rechtfertigt, die Kosten herabgesetzt oder ganz erlassen werden. Vorliegend ist sowohl das eine wie

auch das andere der Fall. Auf die Erhebung einer Spruchgebühr ist deshalb zu verzichten. Die Zusprechung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht; an den Beschwerdeführer deshalb, weil er im vorliegenden Verfahren unterlegen ist (vgl. § 28 Abs. 2 VRG e contrario) und an die Einwohnergemeinde Baar deshalb, weil sie in Ausübung ihrer obrigkeitlichen Funktion und nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt ist (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 1981/82, S. 114).

(RRB, 29. September 1998)

3. Gemeinden

Art. 5 BV; Art. 85 Bst. a BG über die Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110); §§ 3, 17 Abs. 1, 62, 105, 106 Abs. 2 GG; § 50 Abs. 2 KRB über die Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 1. Dezember 1932 (BGS 141.1); §§ 10 Abs. 3, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 28 Abs. 2, 49 VRG. – Beschwerde gegen §§ 20, 43 und 54 der am 4. November 1997 verabschiedeten neuen Geschäftsordnung des Grossen Gemeinderates der Stadt Zug (GGR). – Formelles (E. I): Eintreten. – Materielles (E. II): Anfechtung nur bei Rechtsverletzung (E. 1); Verletzung verfassungsmässiger Rechte? (E. 2): Keine Verletzung der Meinungs- bzw. Meinungsäusserungsfreiheit? (E. 3); Keine Verletzung der politischen Rechte? (E. 4); Keine Willkür in dem zum Beschluss führenden Verfahren (E. 5); Anderweitige Verletzung von Bundes-, kantonalem oder kommunalem Recht? (E. 6): Keine analoge Anwendung der Vorschriften des Gemeindegesetzes über die Gemeindeversammlung (b) – Mindeststandard bezüglich der Mitwirkungsmöglichkeiten der Mitglieder des Grossen Gemeinderates (c); Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigungen (E. 7)

Sachverhalt:

A. Mit Beschluss Nr. 1103 vom 4. November 1997 verabschiedete der Grosse Gemeinderat von Zug (GGR) seine neue Geschäftsordnung (GeschO). Diese enthält folgende für das vorliegende Verfahren interessierende Bestimmungen (die darin verwendeten Funktionsbezeichnungen beziehen sich sowohl auf Frauen als auch auf Männer):

§ 20 – Berichterstattung und Anträge

1 Die Kommissionen haben dem Rat schriftlich Bericht zu erstatten. Die Kommissionspräsidentin hat bis spätestens zehn Tage vor der entsprechenden Ratsitzung zuhänden der Stadtkanzlei den Kommissionsbericht abzuliefern.

2 Die Kommissionspräsidentin ist in der Regel Berichterstatteerin, welche die Anträge der Kommission vor dem Gesamtrat zu vertreten hat.

3 Bei geteilter Ansicht steht es einer Minderheit von mindestens drei Kommissionsmitgliedern frei, einen besonderen und schriftlichen Bericht und Antrag vorzulegen sowie eine eigene Berichterstatteerin zu bezeichnen.

§ 43 – Interpellationen

¹ Jedes Ratsmitglied ist befugt, vom Stadtrat über irgend einen die städtische Verwaltung betreffenden Gegenstand durch Interpellation Auskunft zu verlangen. Die Interpellationen sind der Stadtkanzlei bis am Vorabend vor der nächsten Ratssitzung schriftlich und unterzeichnet einzureichen.

² Die Präsidentin gibt dem Rat von der Interpellation Kenntnis. Falls die Interpellantin keine schriftliche Antwort verlangt, ist sie nach Wunsch des Stadtrates sofort oder in der folgenden ordentlichen Sitzung zu beantworten. Verlangt die Interpellantin schriftliche Beantwortung, so hat diese innert drei Monaten zu erfolgen. Die Antwort des Stadtrates ist den Ratsmitgliedern zuzustellen.

³ Nach der Beantwortung der Interpellation durch den Stadtrat kann die Interpellantin zur Antwort Stellung nehmen. Der Rat kann anschliessend Diskussion beschliessen.

§ 54 – Schluss der Beratung und Abbruch der Diskussion

¹ Wird das Wort aus dem Rat nicht mehr verlangt, so schliesst die Präsidentin die Beratung.

² Ist ein Antrag auf Schluss der Beratung angenommen, wird das Wort nur noch den eingeschriebenen Rednerinnen sowie den Kommissionsberichterstatte-rinnen und einer Vertreterin des Stadtrates erteilt.

³ Ist ein Ordnungsantrag auf Abbruch der Diskussion angenommen, wird das Wort nur noch den Kommissionsberichterstatte-rinnen und einer Vertreterin des Stadtrates bzw. bei parlamentarischen Vorstössen zusätzlich auch einer Vertreterin der Antragstellerinnen erteilt.

B. Gegen diesen Beschluss erhob Daniel Brunner, Artherstrasse 32, Zug (im folgenden "Beschwerdeführer" genannt), mit Eingabe vom 17. November 1997 Beschwerde beim Regierungsrat unter anderem mit dem Antrag, die Bestimmungen der §§ 20 (Berichterstattung und Anträge), 43 (Interpellationen) und 54 (Schluss der Beratung und Abbruch der Diskussion) der am 4. November 1997 durch den GGR verabschiedeten Geschäftsordnung seien aufzuheben und durch die bisherigen §§ 18, 41 und 54 zu ersetzen.

Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer im wesentlichen folgendes vor: Der GGR habe am 4. November 1997 in einer einzigen Lesung über seine revidierte Geschäftsordnung beschlossen. Der Beschluss Nr. 1103 sei am 7. November 1997 im Amtsblatt des Kantons Zug veröffentlicht worden. Die achttägige Beschwerdefrist sei mit dem heutigen Tag gewahrt. Als Mitglied des Grossen Gemeinderates sei er durch die angefochtenen Bestimmungen, welche die Rechte von Minderheiten im Rat regelten respektive massiv beschneiden, und durch die Beeinträchtigung seines Stimmrechts unmittelbar in seinen Rechten betroffen und somit zur Beschwerde legitimiert. In materieller Hinsicht stützt der Beschwerdeführer seine Eingabe auf Art. 4 der Bundesverfassung ab und rügt eine materielle Rechtsverweigerung, Willkür und einen Verstoss gegen die Meinungsäusserungsfreiheit. Die Art und Weise, wie die Geschäftsordnung des GGR geändert worden

sei, erfülle den Tatbestand der Willkür. Mit den angefochtenen Bestimmungen wolle eine teilweise nur sehr knappe Mehrheit des GGR die Spielregeln einschneidend ändern. Es zeige sich, dass der GGR am 4. November 1997 willkürlich und bewusst die Rechte politischer Minderheiten, und insbesondere auch deren Meinungsäusserungsfreiheit habe beschneiden wollen und somit auch deren Stimmrecht beeinträchtigt. Schon bei der Zusammensetzung der vorberatenden Kommission, welche die neue Geschäftsordnung ausarbeiten sollte, habe sich gezeigt, woher der Wind wehe. Die Mehrheit des GGR habe entschieden, dass sich eine Siebner- und nicht eine grössere Kommission mit der Revision befassen sollte. Bei der gegenwärtigen Zusammensetzung des GGR (13 FDP, 10 CVP, 7 SP, 4 SVP, 4 SGA/Parteilose und 2 Bunte Liste) sei somit klar gewesen, dass ein Teil des politischen Spektrums bzw. die Fraktion SGA/Parteilose und die Vertretung der Bunten Liste zum vornherein von den detaillierten Vorarbeiten zur Geschäftsordnungsrevision ausgeschlossen werden sollten. Die Siebner-Kommission habe sich in der Folge zusammengesetzt aus drei FDP, zwei CVP und je ein SP und SVP. – Das formelle Recht auf Kommissionsminderheitsberichte mit den Rechten einer parlamentarischen Berichterstatte(r)in bzw. eines Berichterstatte(r)s (§ 20) hätten neu nur noch Kommissionsminderheiten mit mindestens drei Mitgliedern. Dagegen habe die bisherige Geschäftsordnung überhaupt kein Quorum für die Abfassung eines Minderheitsberichts gekannt. Es sei festzuhalten, dass die Einreichung eines Minderheitsberichts die Transparenz über die zu fassenden Beschlüsse in der Regel erhöhe und somit beiden Teilen der Meinungsäusserungsfreiheit (jenem der 'Sendenden' wie jenem der 'Empfangenden') diene. In der für den GGR üblichen Kommissionsgrösse von sieben Mitgliedern sei somit ein extrem hohes Quorum verlangt. Ebenso zu beachten sei, dass der Status der Minderheitsberichterstatte(r)in bzw. des Minderheitsberichterstatte(r)s während der Debatte die Minderheit besser schütze; so könne eine Minderheitsberichterstatte(r)in bzw. ein Minderheitsberichterstatte(r) zum Beispiel jederzeit faktische Berichtigungen anbringen, während 'normale' Ratsmitglieder dafür in der Reihe ihrer Anmeldung beim Ratspräsidium 'anstehen' müssten. Ebenso dürften nach einem erfolgreichen Antrag auf Schluss der Diskussion die Kommissionsberichterstatte(r)innen bzw. -berichterstatte(r) noch einmal das Wort ergreifen. Ein Quorum von mindestens drei Kommissionsmitgliedern bedeute unter den konkreten Verhältnissen im Rat, dass die rot-grüne Minderheit bei der üblichen Kommissionsgrösse aus eigener Kraft nie das Recht auf einen Minderheitsbericht mit den entsprechenden Rechten während der Ratsdebatte habe. Dies führe das Instrument des Minderheitsberichts ad absurdum! – Noch verhängnisvoller sei die neu geschaffene Möglichkeit der einfachen Ratsmehrheit, nach Interpellationen eine Diskussion zu verhindern (neuer § 43). Bisher sei für eine Diskussionsverweigerung eine Zweidrittelmehrheit der anwesenden Ratsmitglieder nötig gewesen. Dass neu die Interpellant(in) bzw. der Interpellant das unveräusserliche Recht auf eine Antwort nach der stadträtlichen Interpellationsbeantwortung habe, ändere an

der Beschneidung der Minderheitenrechte und der Meinungsäusserungsfreiheit wenig. Denn angesichts der Unsicherheit, ob die (einfache) Ratsmehrheit eine Diskussion nach diesem 'gesicherten' Votum überhaupt gewähren werde, müsse eine Interpellantin bzw. ein Interpellant in einem einzigen Votum quasi 'alles' sagen. Schon dadurch könne die Ratsmehrheit finden 'Jetzt haben wir aber genug Unangenehmes gehört' und eine weitere Diskussion verhindern. Auf Grund der konkreten Geschichte des GGR lasse sich die neue Regel nicht anders, denn als willkürliche (materielle) Rechtsverweigerung und als Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit bezeichnen! Ergänzend sei betont, dass die Geschäftsordnung des Kantonsrates betreffend die angefochtenen Bestimmungen der neuen GeschO GGR praktisch gleichlautende Bestimmungen wie die alte aufweise: So setze die Geschäftsordnung des Kantonsrats (§ 26 Berichterstatter und Anträge) kein Quorum voraus, um einen Minderheitsbericht zu erstellen und damit über die Rechte einer Kommissionsberichterstatterin bzw. eines Kommissionsberichterstatters zu verfügen. Auch betreffend die Frage, ob nach der Beantwortung einer Interpellation durch die Exekutive eine Diskussion stattfinde, kenne die Geschäftsordnung des Kantonsrates (§ 40 Abs. 2) die bisher auch im GGR gültige Regelung, wonach eine Diskussion nur durch zwei Drittel der anwesenden Mitglieder verhindert werden könne. Eine Bestimmung über den Abbruch der Diskussion existiere für den Zuger Kantonsrat überhaupt nicht.

C. Mit Vernehmlassung vom 19. Dezember 1997 beantragt das Büro des Grossen Gemeinderates von Zug, die Beschwerde sei abzuweisen.

Zur Begründung wird im wesentlichen folgendes ausgeführt: Paragraph 20 der Geschäftsordnung vom 4. November 1997 sehe vor, dass bei Meinungsverschiedenheiten in einer Kommission auch eine unterlegene Minderheit dem Plenum einen schriftlichen Bericht vorlegen könne. Der Berichterstatter dieser Minderheit genieße - wie der Berichterstatter der Mehrheit - eine besondere Stellung im Plenum, insbesondere bei der Redeordnung (vgl. §§ 48 und 55 GeschO). Voraussetzung sei allerdings, dass die Minderheit aus mindestens drei Mitgliedern bestehe. Die alte Geschäftsordnung vom 17. März 1964 sehe die Möglichkeit eines Minderheitenberichts in ihrem § 18 Abs. 1 ebenfalls vor, wobei kein Mindestquorum vorgeschrieben sei, so dass an und für sich selbst ein einzelnes opponierendes Kommissionsmitglied einen eigenen Bericht habe verfassen können. Mit einem Mindestquorum von drei Mitgliedern werde gewährleistet, dass es sich um eine abweichende Meinung handle, der ein gewisses Gewicht zukomme, und es sich deshalb rechtfertigen lasse, dass sich die Ratsmitglieder mit dieser Auffassung auf Grund eines schriftlichen Berichts auseinandersetzen müssten. Würde dieses Quorum auf zwei reduziert oder ganz aufgehoben, so müsste sich der Rat allenfalls mit mehreren Minderheitenberichten auseinandersetzen oder mit schriftlich niedergelegten Auffassungen, die nur von einer klei-

nen Minderheit getragen würden. Dies würde nicht zuletzt auch einem der Ziele dieser Revision, der Steigerung der Effizienz, widersprechen. Abweichende Meinungen von einzelnen Kommissionsmitgliedern sollen selbstverständlich auch zum Ausdruck gebracht werden können; dazu solle aber nicht der schriftliche Bericht zur Verfügung stehen, sondern die Möglichkeit jedes einzelnen Ratsmitgliedes, im Plenum das Wort zu ergreifen und Anträge zu stellen. Eine derartige Regelung verletze weder die Meinungsäusserungsfreiheit noch sei sie willkürlich. Es frage sich überhaupt, ob mit der Ausgestaltung der parlamentarischen Abläufe in grundrechtlich geschützte Positionen der Ratsmitglieder eingegriffen werde, zumal diese hier eine besondere Organfunktion ausübten. – Der Beschwerdeführer beanstandete des weiteren § 43 Abs. 3 GeschO. Vorab sei festzuhalten, dass das Interpellationsrecht insofern gestärkt werde, als einem Interpellanten das unentziehbare Recht zustehe, zur Antwort des Stadtrates materiell Stellung zu nehmen, während bislang bei Verweigerung der Diskussion ein Interpellant lediglich habe erklären können, ob er von der erhaltenen Auskunft des Stadtrates befriedigt sei oder nicht (vgl. § 41 Abs. 3 aGeschO). Neu solle der Rat nach der Stellungnahme des Interpellanten darüber befinden, ob eine Diskussion stattfinden solle oder nicht (vgl. § 43 Abs. 3 GeschO). Dieser Beschluss solle neu mit einfacher Mehrheit erfolgen. Richtig sei, dass es die neue Regelung erleichtere, eine Diskussion über eine Interpellation zu verhindern. Auch diese Frage, mit welchem Mehrheitsbeschluss eine Diskussion im Nachgang zu einer Interpellation zugelassen oder verhindert werden solle, stehe grundsätzlich im freien Ermessen des Rats. Es gebe keine Vorschrift, welche die Beibehaltung eines erhöhten Quorums von zwei Dritteln erfordere. Auch aus Sinn und Zweck des Interpellationsrechts lasse sich nichts derartiges herleiten. Mit einer Interpellation werde die Exekutive nur verpflichtet, über einen in den Aufgabenkreis der Verwaltung fallenden Gegenstand Auskunft zu geben. Hingegen sei es nicht zwingend erforderlich, dass der Rat hernach stets eine Diskussion führe; darüber solle das Plenum im Einzelfall entscheiden. Auch in anderen Parlamenten sei es durchaus üblich, dass dieser Entscheid mit einfacher Mehrheit gefällt werde. – Schliesslich beantrage der Beschwerdeführer die Aufhebung von § 54 Abs. 3 GeschO. Diese Vorschrift regle den Ordnungsantrag auf Abbruch der Diskussion. Dieser Antrag, der mit einfachem Mehr angenommen werde, stelle zweifellos einen massiven Eingriff in die Rechte des Parlamentariers dar. Ein vorzeitiger Abbruch der Diskussion, wenn er offensichtlich erfolge, um Anträge einer Minderheit zu verhindern, könne sich als missbräuchlich erweisen und deshalb angefochten werden. Dies lasse die hier angefochtene Regelung aber nicht als unzulässig erscheinen. Erforderlich sei nur (aber immerhin), dass sie nicht missbräuchlich verwendet werde. In Anbetracht der einschneidenden Wirkung würde das Parlament von diesem Instrument nur sehr zurückhaltend Gebrauch machen, d.h. vor allem dann, wenn andere Mittel versagt hätten, um einen geordneten Ablauf der Debatte wieder herzustellen und deren Ende ordnungsgemäss herbeizuführen.

D. Mit Replik vom 3. März 1998 liess der Beschwerdeführer innert erstreckter Frist Stellung zur Vernehmlassung des Büros des Grossen Gemeinderates nehmen. Dabei liess er im wesentlichen folgendes ausführen: Die Stimmberechtigten hätten kraft eines ungeschriebenen Verfassungsgrundsatzes Anspruch auf eine unverfälschte Willenskundgabe. Als 'Stimmberechtigte' müssten auch Parlamentarier bezüglich ihrer Willenskundgabe in kommunalen Parlamenten angesehen werden. Eine Beeinträchtigung des Rechtes, seinen Willen unverfälscht kundgeben zu können, müsse bei einem Parlamentarier dann angenommen werden, wenn er aus verfahrensmässigen Gründen seinen Willen (seine Meinung) zu einem konkreten Geschäft überhaupt nicht dem Ratsplenum mitteilen könne, oder aber die verfahrensmässigen Hürden so hoch seien, dass es im Parlamentsalltag bestimmten Gruppen von Parlamentariern verwehrt sei, sich frei äussern zu können. Verfahrensbestimmungen, die solches bewirkten, seien verfassungswidrig. Die Frage, ob die Möglichkeit eines Parlamentariers, sich zu allen in Beratung stehenden Geschäften und insbesondere auch zu Interpellationsantworten zu äussern, als Anspruch auf Mitwirkung bei der staatlichen Meinungsbildung von der Verfassung geschützt werde, sei zu bejahen. Die parlamentarische Willensbildung setze nämlich voraus, dass diejenigen, die als gewählte Parlamentarier zu dieser Willensbildung beitragen dürften, sich auch tatsächlich äussern könnten. Werde dies – allen oder einzelnen – verunmöglicht, könne dies zur Folge haben, dass Aspekte und Argumente, welche die Willensbildung zu beeinflussen vermöchten, dem Parlament vorenthalten und deshalb bei der Willensbildung nicht berücksichtigt würden. Das Büro des Grossen Gemeinderates werde geltend machen, es müsse zulässig sein, in einer Geschäftsordnung Vorkehrungen vorzusehen, welche geeignet seien, den Ratsbetrieb zu strukturieren. Auch seien solche Geschäftsordnungsbestimmungen rechtens, die es ermöglichen würden, Parlamentarier, welche einen effizienten Ratsbetrieb beeinträchtigten, in die Schranken zu weisen. Letzteres sei jedoch auch mit den Mitteln der Sitzungspolizei möglich. Der grosse Unterschied zwischen sitzungspolizeilichen Massnahmen und der Anwendung der Bestimmungen betreffend Diskussion nach erfolgter Interpellationsantwortung bzw. Ordnungsantrag auf Abbruch der Diskussion bestehe nun aber darin, dass sitzungspolizeiliche Anordnungen dann, und nur dann erfolgen könnten, wenn hierfür konkrete Gründe für die Beeinträchtigung einer geordneten und effizienten Ratstätigkeit benannt werden könnten. Dabei müsse aber immer – dies als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips – eine Abwägung zwischen dem Rechtsgut eines geordneten Ratsbetriebes und demjenigen einer möglichst umfassenden Wahrung politischer Rechte der Parlamentarier vorgenommen werden. – In § 62 des Gemeindegesetzes werde festgehalten, dass für Einwohnergemeinden mit Grosseem Gemeinderat die Bestimmungen des zweiten Abschnittes ebenfalls gälten; dies unter dem Vorbehalt der Vorschriften des dritten Abschnittes (die Gemeinden mit Grosseem Gemeinderat betreffend). In diesem dritten Abschnitt sei bezüglich der Organisation des Grossen Gemeinderates in § 106 Abs. 2 festgelegt, dass sich letzterer im

Rahmen des Gesetzes und der Gemeindeordnung eine Geschäftsordnung gebe. Unter den in § 106 des Gemeindegesetzes verwendeten Begriff 'Organisation' falle all das, was im zweiten Abschnitt des Gemeindegesetzes spezifiziert sei, sei doch dieser zweite Abschnitt gerade mit dem Wort 'Organisation' überschrieben. Zu diesen Organisationsbestimmungen des zweiten Abschnittes gehörten insbesondere alle diejenigen Bestimmungen, welche sich mit der Gemeindeversammlung befassten, so beispielsweise bezüglich der Verhandlungsordnung (§ 75) und bezüglich des Interpellationsrechtes (§ 81). Insoweit der dritte Abschnitt des Gemeindegesetzes keine (anderslautenden) Bestimmungen enthalte, gälten für das städtische Parlament somit die gleichen Regelungen wie sie für die Gemeindeversammlung geschaffen worden seien. Auch in der Gemeindeversammlung könne sich – wie im Grossen Gemeinderat – das Problem stellen, dass wegen zu vieler Redner oder wegen zu langer Voten die Behandlung traktandierter Geschäfte in einer Art und Weise ausufere, die für eine seriöse und effiziente Geschäftsbehandlung nicht mehr tragbar sei. Der kantonale Gesetzgeber sei zur Lösung gelangt, dass die Redezeit beschränkt (§ 75 Abs. 2) oder ein Antrag auf Schluss der Beratung (ohne Diskussion) den Gemeindeversammlungsteilnehmern zur Abstimmung unterbreitet werden könne (§ 75 Abs. 3). Bei Annahme eines solchen Antrages dürften jedoch alle diejenigen, die sich vorher gemeldet hätten, noch zur Sache sprechen. Weitergehende Einschränkungen der politischen Rechte sehe das Gemeindegesetz keine vor. Es falle im übrigen schwer anzunehmen, dass in einem Parlament die Rechtsstellung der Parlamentarier eine schlechtere als für jeden Teilnehmer einer Gemeindeversammlung sein dürfe. Immerhin sei zu vermerken, dass jeder Parlamentarier von vielen Bürgern gewählt worden sei und somit in gewisser Weise ein bestimmtes Segment der Wählerschaft vertrete. Deshalb würde dann, wenn einem Parlamentarier politische Mitwirkungsrechte entzogen würden bzw. entzogen werden könnten, auch dessen Wähler in der Ausübung ihrer Rechte indirekt beeinträchtigt. Gemäss § 55 Abs. 3 sei es möglich, den Abbruch der Diskussion schon am Anfang einer Debatte zu beschliessen, mit der Folge, dass im Regelfall nur mehr ein Stadtrat bzw. – bei parlamentarischen Vorstössen – zusätzlich ein Gemeinderat überhaupt zur Sache sprechen könne. Eine solche Konsequenz wäre mit unserem demokratischen Grundverständnis nicht vereinbar. Ebenfalls nicht vereinbar wäre eine Situation, bei welcher unmittelbar vor dem Auftritt eines Parlamentariers, welcher dem konkreten Geschäft ablehnend gegenübersteht, ein Abbruch der Diskussion beschlossen würde. Es könnte so nämlich der Fall eintreten, dass während der Behandlung eines ganzen Gesetzes verhindert werden könnte, die Opposition zum Geschäft sprechen zu lassen. – Paragraph 81 des Gemeindegesetzes regle das Interpellationsrecht. Von Belang sei, dass im Gemeindegesetz die Beratung der Interpellationsantwort als normales Geschäft einer Gemeindeversammlung betrachtet werde und dabei bezüglich des Rederechtes der Gemeindeversammlungsteilnehmer keine (besonderen) Einschränkungen stipuliert seien. Es müsse dies deshalb, weil das Gemeindegesetz im dritten Abschnitt nichts anderes vorsehe, auch für

das städtische Parlament gelten. Dies sei auch sachlich geboten. Dem Grossen Gemeinderat obliege nämlich – wie den Gemeindeversammlungen auch – die Aufsicht über die Tätigkeit des Gemeinde- bzw. Stadtrates und die Oberaufsicht über die Verwaltung. Diese Aufsichtsrechte könnten – nebst der Behandlung des Voranschlages, des Jahresberichtes und der Jahresrechnung – nur durch das Institut der Interpellation wahrgenommen werden. Wenn nun zu solchen Interpellationen nur noch gesprochen werden könne, wenn der Rat dies ausdrücklich beschliesse, wären die Aufsichtsmöglichkeiten des Parlamentes in einer Weise eingeschränkt, die das kantonale Gemeindegesetz nicht zulasse. Die Erfahrung lehre nämlich, dass Interpellationen – zumindest hin und wieder – auch eingereicht würden, um einem 'eigenen' Exekutivvertreter die Möglichkeit zu geben, seine Leistungen in einem möglichst guten Licht zu präsentieren. Der Interpellant könne nun diese Leistung noch höher emporstilisieren und kein Ratsmitglied hätte bei Ablehnung von Diskussion anschliessend die Möglichkeit, die Dinge wieder etwas zurechtzurücken. So würde unter Umständen über eine bestimmte Amtsstelle ein viel zu guter Eindruck entstehen. Analog verhalte es sich im umgekehrten Fall, nämlich dann, wenn ein Parlamentarier eine das Dikasterium eines 'fremden' Exekutivvertreters betreffende Interpellation einreiche. Wenn nur der Interpellant selbst zur Interpellationsantwort Stellung nehmen könne, entfalle die Möglichkeit der parlamentarischen Unterstützung des betroffenen Exekutivvertreters. Es könnten so durch den Interpellanten unwidersprochen Dinge in die Welt gesetzt werden, die ein viel zu schlechtes Licht auf die betroffene Amtsstelle werfen.

E. Mit Duplik vom 6. April 1998 äussert sich das Büro des Grossen Gemeinderates zur Replik des Beschwerdeführers im wesentlichen wie folgt: Nach § 62 Abs. 2 GG gälten die Bestimmungen des zweiten Abschnittes unter dem Vorbehalt des dritten Abschnittes. In § 106 Abs. 2 GG werde der Grosse Gemeinderat ermächtigt und verpflichtet, 'sich im Rahmen des Gesetzes und der Gemeindeordnung eine Geschäftsordnung' zu geben. Daraus könne nicht geschlossen werden, dass die Vorschriften im zweiten Abschnitt für die Gemeindeversammlung *tel quel* zu übernehmen seien. Wäre dies der Fall, müsste – wie in Gemeinden mit Gemeindeversammlung – eine Geschäftsordnung kaum erlassen werden, da das Verfahren für die Gemeindeversammlung in den §§ 69 bis 82 GG abschliessend geregelt sei. Aus der Überschrift zu § 106 GG lasse sich nichts anderes entnehmen als der Hinweis zum Inhalt dieses Paragraphen. Es könne sich deshalb nur Fragen, ob an den zur Diskussion stehenden Vorschriften ein sachlich hinreichendes Interesse bestehe und ob sie nicht gegen geschriebenes oder ungeschriebenes (Verfassungs)Recht verstiesse. Dies sei – wie bereits in der Vernehmlassung ausgeführt – nicht der Fall.

F. Auf die weiteren Ausführungen der Beteiligten ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

Erwägungen:

I.

1. Gemäss § 17 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindengesetz, GG; BGS 171.1) sowie nach § 49 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) können Gemeindeversammlungsbeschlüsse und Beschlüsse des Grossen Gemeinderates durch Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden. Gemäss § 49 Abs. 2 VRG kommen dabei die Vorschriften über die Verwaltungsbeschwerde sinngemäss zur Anwendung mit folgenden für die Eintretensfrage massgeblichen Abweichungen: Die Beschwerdefrist beträgt acht Tage, und der Fristenlauf beginnt bei Beschlüssen des Grossen Gemeinderates mit dem auf die Publikation folgenden Tag (Ziff. 1). Ausser den in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffenen ist jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt (Ziff. 2).

2. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die neue Geschäftsordnung für den Grossen Gemeinderat, welche dieser mit Beschluss Nr. 1103 vom 4. November 1997 verabschiedete. Angefochten ist somit ein Gemeindebeschluss im Sinne von § 17 Abs. 1 GG bzw. im Sinne von § 49 Abs. 1 VRG. Die vom Beschwerdeführer getroffene Rechtsvorkehr erweist sich demzufolge als grundsätzlich zulässig. Im weiteren ist die Beschwerdefrist gewahrt: Der angefochtene Beschluss wurde im Amtsblatt des Kantons Zug Nr. 45 vom 7. November 1997 veröffentlicht. Nach § 49 Abs. 2 Ziff. 1 VRG begann die achttägige Beschwerdefrist am darauffolgenden Tag, d.h. am 8. November zu laufen und hätte am 15. November geendet. Da der 15. November im Jahr 1997 jedoch auf einen Samstag fiel, erfolgte der Fristablauf gestützt auf § 10 Abs. 3 VRG erst am nächsten Werktag, d.h. am Montag, dem 17. November 1997. Mit Postaufgabe am letzten Tag der Beschwerdefrist (Poststempel vom 17. November 1997) erweist sich die Beschwerde somit als rechtzeitig erhoben. Adressiert ist die Beschwerdeschrift an den Regierungsrat, die für die Beschwerdebehandlung zuständige Instanz (vgl. §§ 17 Abs. 1 GG und 49 Abs. 1 VRG). Der Beschwerdeführer ist schliesslich Stimmbürger der Stadt Zug und als solcher zur Beschwerdeerhebung befugt (vgl. § 49 Abs. 2 Ziff. 2 VRG). Überdies ist er in seiner Rechtsstellung als Gemeindeparlamentarier betroffen, so dass ihm die Beschwerdebefugnis auch als unmittelbar Betroffenenem zukommt (vgl. GVP 1987/88, S. 183). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

II.

1. Gemäss § 49 Abs. 2 Ziff. 3 VRG können Gemeindebeschlüsse nur wegen Rechtsverletzung angefochten werden. Keinen Beschwerdegrund stellt dagegen die Unzweckmässigkeit bzw. die blosse Unangemessenheit eines Beschlusses dar (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechts-

pflge im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 193). Hinsichtlich seines Inhalts ist ein Gemeindebeschluss rechtsverletzend, wenn er gegen materielles eidgenössisches oder kantonales Recht verstösst oder wenn ihm gemeindliche Gesetze und Verordnungen entgegenstehen, es sei denn, er ändere das bestehende kommunale Recht in dem dafür vorgesehenen Verfahren ab (vgl. Weiss, a.a.O., S. 193). Mit der Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse kann indessen nicht nur geltend gemacht werden, der angefochtene Gemeindebeschluss verstosse gegen das materielle eidgenössische, kantonale oder kommunale Recht, sondern es können auch formalrechtliche Mängel des zum Beschluss führenden Verfahrens gerügt werden (vgl. Weiss, a.a.O., S. 193).

2. In materieller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer, mit den angefochtenen Bestimmungen der neuen Geschäftsordnung für den Grossen Gemeinderat würden verschiedene verfassungsmässige Rechte verletzt, so insbesondere die Meinungsäusserungsfreiheit und das verfassungsmässig garantierte politische Stimmrecht. Der Beschwerdeführer macht mit andern Worten eine Verletzung von auf Verfassungsstufe angesiedeltem Bundesrecht geltend. Ein Gemeindebeschluss, dessen Inhalt mit solchen, von der Bundesverfassung garantierten Rechten unvereinbar ist, verletzt Bundesrecht und leidet folglich an einer Rechtsverletzung im Sinne von § 49 Abs. 2 Ziff. 3 VRG (vgl. Weiss, a.a.O. S. 193). Würde diese Unvereinbarkeit für einzelne oder gar für alle der angefochtenen Bestimmungen des vorliegend fraglichen Erlasses bejaht, wäre die Beschwerde insoweit gutzuheissen, und die als verfassungswidrig beurteilten Bestimmungen wären aufzuheben. Vorerst sind nun Bestand und Umfang der angerufenen Grundrechte zu prüfen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch die Frage zu beantworten, inwiefern bzw. in welcher Eigenschaft der Beschwerdeführer sich auf die behaupteten verfassungsmässigen Rechte berufen kann. Es stellt sich mithin die Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich dieser Rechte.

3. Die Meinungsfreiheit bzw. Meinungsäusserungsfreiheit ist ein ungeschriebenes Grundrecht der schweizerischen Bundesverfassung (vgl. Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, S. 89; derselbe in Kommentar BV, Meinungsfreiheit, Rz. 1; Karl Spühler, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994, Rz. 362; je mit Hinweisen). Es handelt sich dabei um ein Menschenrecht, das grundsätzlich sowohl allen natürlichen als auch allen juristischen Personen zusteht (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte, S. 94; derselbe in Kommentar BV, Meinungsfreiheit, Rz. 27 f.). Die Meinungsfreiheit umfasst das Recht, sich selber eine Meinung zu bilden, eine eigene Meinung zu haben und diese mit allen erlaubten Mitteln an andere Personen weiterzugeben (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte, S. 92; derselbe in Kommentar BV, Meinungsfreiheit, Rz. 15). Weder die angefochtenen noch die übrigen Bestimmungen der neuen Geschäftsordnung für den Grossen Gemeinderat verunmöglichen es

indessen dem Beschwerdeführer, sich selber eine Meinung zu bilden, eine eigene Meinung zu haben und diese an andere Personen weiterzugeben. Sie verunmöglichen ihm – falls überhaupt – nur die Weitergabe mit Hilfe von parlamentarischen Instrumenten. Inwiefern dadurch die Meinungsäusserungsfreiheit des Beschwerdeführers verletzt wird, ist indessen nicht ersichtlich. Aus dem Umstand, dass er dem Grossen Gemeinderat angehört, kann der Beschwerdeführer jedenfalls keine besonderen verfassungsmässigen Rechte für sich ableiten. Die Meinungsfreiheit steht nämlich jedermann in gleicher Weise zu. Demgegenüber kann das parlamentarische Instrumentarium nur von einer kleinen Minderheit – den Volksvertreterinnen und Volksvertretern – in Anspruch genommen werden. Der Gebrauch dieses Instrumentariums kann folglich auch nicht unter dem Schutz des verfassungsmässigen Rechts der Meinungsfreiheit stehen. Bei dieser Rechtslage ist die Antwort auf die Frage, ob eine Verletzung der Meinungsfreiheit bzw. der Meinungsäusserungsfreiheit vorliege, nicht von der Möglichkeit abhängig, für die Verbreitung der eigenen Meinung das parlamentarische Instrumentarium gebrauchen zu können. Insofern erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet.

4. a) Im weiteren rügt der Beschwerdeführer sinngemäss eine Verletzung seiner politischen Rechte. Die politischen Rechte umfassen einerseits das Stimm- und Wahlrecht, d.h. das Recht zu wählen und gewählt zu werden, das Recht an obligatorischen bzw. fakultativen Referenden teilzunehmen sowie das Recht, Initiativen, Referendumsbegehren und Wahlvorschläge zu unterzeichnen (vgl. hierzu Ulrich Häfelin / Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 1998, N 594 ff.; Jörg Paul Müller, Grundrechte, S. 379 ff.). In den Genuss der politischen Rechte kommen Schweizer Bürgerinnen und Bürger, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und die nicht nach Art. 369 ZGB entmündigt sind. Das so verstandene Stimm- und Wahlrecht wird von den angefochtenen Bestimmungen der neuen Geschäftsordnung für den Grossen Gemeinderat offensichtlich nicht beeinträchtigt.

b) Daneben beinhaltet die Garantie der politischen Rechte aber auch den Schutz der freien und unverfälschten Willenskundgabe. Hierbei handelt es sich um einen verfassungsmässigen Anspruch, welchen das Bundesgericht aus Art. 5 der Bundesverfassung ableitet (vgl. Blaise Knapp, in Kommentar BV, Art. 5, Rz. 57 ff.). Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts räumt das vom Verfassungsrecht des Bundes gewährleistete Stimm- und Wahlrecht der Bürgerin bzw. dem Bürger allgemein einen Anspruch darauf ein, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Es soll garantiert werden, dass jede Stimmbürgerin und jeder Stimmbürger ihren bzw. seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entspre-

chend mit ihrer bzw. seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann. Auf diese Grundsätze, welche auch als Wahl- und Abstimmungsfreiheit bezeichnet werden, hat das Bundesgericht eine Reihe von Prinzipien abgestützt. So werden auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit zurückgeführt etwa die Ansprüche auf richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft, auf Wahrung der Einheit der Materie, auf korrekte Formulierung der Abstimmungsfragen, auf rechtmässige Durchführung von Wahlen und Abstimmungen und korrekte und zurückhaltende behördliche sowie private Informationen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen. (Vgl. zum Ganzen BGE 121 I 141 E. 3 mit zahlreichen Hinweisen). Diese Grundsätze gelten für Volkswahlen und Volksabstimmungen. Nicht zur Anwendung gelangen sie demgegenüber – und entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – auf Wahlen und Abstimmungen in Parlamenten. Gegen parlamentarische Wahl- und Abstimmungsakte kann deshalb auch nicht Stimmrechtsbeschwerde im Sinne von Art. 85 Bst. a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG; SR 173.110) geführt werden. (Vgl. hierzu Christoph Hiller, Die Stimmrechtsbeschwerde, Diss. Zürich 1990, S. 182 ff.; Karl Spühler, a.a.O., Rz. 152 f. und 174; Stephan Widmer, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, S. 42; Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, zweite Auflage, Bern 1994, S. 150 f.). Der Beschwerdeführer kann somit auch aus der Garantie der politischen Rechte nichts für seinen Rechtsstandpunkt ableiten.

5. a) Was das zur Beschlussfassung führende Verfahren anbetrifft, vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, die Art und Weise, wie die Geschäftsordnung vom Grossen Gemeinderat geändert worden sei, erfülle den Tatbestand der Willkür. Er führt hierzu aus, mit den angefochtenen Bestimmungen wolle eine nur sehr knappe Mehrheit des Grossen Gemeinderates die Spielregeln einschneidend ändern. Es zeige sich, dass der Grosse Gemeinderat am 4. November 1997 willkürlich und bewusst die Rechte politischer Minderheiten und insbesondere auch deren Meinungsäusserungsfreiheit habe beschneiden wollen und somit auch deren Stimmrecht beeinträchtigt. Schon bei der Zusammensetzung der vorberatenden Kommission, welche die neue Geschäftsordnung ausarbeiten sollte, habe sich gezeigt, woher der Wind wehe. Die Mehrheit des Grossen Gemeinderates habe entschieden, dass sich eine Siebner- und nicht eine grössere Kommission mit der Revision befassen sollte. Bei der gegenwärtigen Zusammensetzung des Grossen Gemeinderates sei somit klar gewesen, dass ein Teil des politischen Spektrums bzw. die Fraktion SGA/Parteilose und die Vertretung der Bunten Liste zum vornherein von den detaillierten Vorarbeiten zur Geschäftsordnungsrevision ausgeschlossen werden sollte.

b) Willkür bedeutet Entscheiden nach Belieben, ohne Ausrichtung an einem Massstab, an allgemeingültigen Gerechtigkeitsvorstellungen. Das Willkürverbot umfasst neben der Nichtanwendung auch die völlig falsche

Anwendung des Rechts. Eine willkürliche Rechtsanwendung liegt vor, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist, in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft bzw. so weit vom massgebenden Rechtssatz abweicht, dass sie als Akt der Willkür erscheint. (Vgl. zum Ganzen: Georg Müller, in Kommentar BV, Art. 4, Rz. 48; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, zweite Auflage, Zürich 1993, Rz. 426 ff.; Jörg Paul Müller, Grundrechte, S. 239 f.). Die Einsetzung von Kommissionen für die Vorbereitung von Geschäften des Grossen Gemeinderates richtete sich bis Ende 1997 nach § 14 der Geschäftsordnung des Grossen Gemeinderates der Stadt Zug vom 17. März 1964 (aGeschO). Nach dieser Bestimmung bestellte der Grosse Gemeinderat zur Vorbereitung eines Geschäftes dann eine besondere Kommission, wenn dies von einem Drittel sämtlicher Ratsmitglieder (14) verlangt wurde (Abs. 1). Die Mitgliederzahl wurde vom Grossen Gemeinderat von Fall zu Fall festgesetzt (Abs. 2). Bei dieser Rechtslage war der Grosse Gemeinderat frei, eine Siebnerkommission zu bestellen. Die Einsetzung von Kommissionen mit sieben Mitgliedern war denn auch durchaus üblich. Dies ergibt sich auch aus dem Protokoll des Grossen Gemeinderates vom 7. März 1995 (vgl. Ziff. 3, S. 55 ff.), wonach vorerst keine Einwendungen gegen die aus der Ratsmitte vorgeschlagene Siebnerkommission erhoben wurden. Erst als sich zeigte, dass die Fraktion SGA/Parteilose bei dieser Mitgliederzahl in der Kommission nicht vertreten sein würde, regte sich Widerstand. Der nachfolgend gestellte Rückkommensantrag auf eine Neunerkommission unterlag dann aber im Rat mit 14 zu 23 Stimmen. Unter diesen Umständen kann nicht davon gesprochen werden, dass die Einsetzung einer Siebnerkommission willkürlich gewesen wäre. Dass der Entscheid – wie vom Beschwerdeführer behauptet – politisch motiviert gewesen sei, ist nicht von Belang; auch politische Motive sind als Entscheidkriterien grundsätzlich legitim, ungeachtet der Frage, ob sie im konkreten Einzelfall zu einem zweckmässigen Ergebnis führen oder nicht. Abgesehen davon lässt sich allgemein feststellen, dass in einem Parlament viele Entscheidungen politisch motiviert sind.

6. a) Somit steht fest, dass die angefochtenen Bestimmungen der neuen Geschäftsordnung für den Grossen Gemeinderat keine verfassungsmässigen Rechte des Beschwerdeführers verletzen. Es stellt sich indessen die Frage, ob eine anderweitige Verletzung von Bundes-, von kantonalem oder von kommunalem Recht vorliege. Der Beschwerdeführer bringt hierzu vor, in § 62 des Gemeindegesetzes werde festgehalten, dass für Einwohnergemeinden mit Grosse Gemeinderat die Bestimmungen des zweiten Abschnittes ebenfalls gälten, dies unter dem Vorbehalt der Vorschriften des dritten Abschnittes. In diesem dritten Abschnitt sei bezüglich der Organisation des Grossen Gemeinderates in § 106 Abs. 2 GG festgelegt, dass sich der Grosse Gemeinderat im Rahmen des Gesetzes und der Gemeindeordnung eine Geschäftsordnung gebe. Zu diesen Gesetzesbestimmungen gehörten insbesondere alle diejenigen Bestimmungen, welche sich mit der Gemeindever-

sammlung befassten, so beispielsweise bezüglich der Verhandlungsordnung (§ 75) und bezüglich des Interpellationsrechtes (§ 81). In der Gemeindeversammlung könne die Redezeit beschränkt (§ 75 Abs. 2) oder ein Antrag auf Schluss der Beratung gutgeheissen werden (§ 75 Abs. 3). Bei Annahme eines solchen Antrages dürften jedoch alle diejenigen, die sich vorher gemeldet hätten, noch zur Sache sprechen. Weitergehende Einschränkungen der politischen Rechte lasse das Gemeindegesetz nicht zu. Da demnach § 54 Abs. 3 GeschO dem kantonalen Gemeindegesetz widerspreche, sei diese Bestimmung aufzuheben. Entsprechendes verlangt der Beschwerdeführer für § 43 Abs. 3 Satz 2 GeschO, wonach im Anschluss an eine Interpellationsantwort eine Diskussion nur stattfindet, wenn der Rat eine solche beschliesst.

b) Gemäss § 106 Abs. 2 GG gibt sich der Grosse Gemeinderat im Rahmen des Gesetzes und der Gemeindeordnung eine Geschäftsordnung. Nach Auffassung des Beschwerdeführers beinhaltet die in dieser Bestimmung verwendete Formulierung "im Rahmen des Gesetzes" eine Verweisung auf das Gemeindegesetz, insbesondere auf dessen § 62 Abs. 2. Paragraph 62 Abs. 2 GG bestimmt, dass für Einwohnergemeinden mit Grosseem Gemeinderat die Bestimmungen des zweiten Abschnittes "Organisation" (geltend für Einwohnergemeinden mit ordentlicher Organisation) zur Anwendung gelangen, unter Vorbehalt der Vorschriften des dritten Abschnittes (Sonderbestimmungen für Einwohnergemeinden mit Grosseem Gemeinderat). Daraus schliesst der Beschwerdeführer, die Vorschriften über die Gemeindeversammlung (vgl. 69 ff. GG) seien zumindest sinngemäss auch auf die Geschäftsbehandlung im Grosseem Gemeinderat anwendbar. Diesem Schluss kann nicht gefolgt werden, und zwar aus den nachstehenden Gründen: Auszugehen ist von § 62 Abs. 1 GG. Danach gelten die Bestimmungen des zweiten Abschnittes grundsätzlich nur für diejenigen Einwohnergemeinden, welche nicht die Organisation mit Grosseem Gemeinderat eingeführt haben. Im Sinne einer Ausnahme sind gemäss § 62 Abs. 2 GG die für Einwohnergemeinden mit ordentlicher Organisation geltenden Vorschriften soweit auf die Einwohnergemeinden mit Grosseem Gemeinderat anwendbar, als im dritten Abschnitt keine besonderen Vorschriften bestehen. Mit § 106 Abs. 2 GG (betreffend Kompetenz des Grosseem Gemeinderates, sich selber eine Geschäftsordnung zu geben) ist aber gerade eine solche Sondervorschrift geschaffen worden. Die Einschränkung, dass diese Geschäftsordnung sich u.a. "im Rahmen des Gesetzes" bewegen müsse, nimmt vor allem Bezug auf die unter dem Titel "Grosser Gemeinderat" aufgeführten Bestimmungen, nicht jedoch auf die Vorschriften über die Gemeindeversammlung. Letztere sind weder sachlich noch nach deren Wortlaut unmittelbar auf den Grosseem Gemeinderat anwendbar. Aber auch eine sinngemässe Anwendung auf die Geschäftsbehandlung im Grosseem Gemeinderat war und ist nicht beabsichtigt, wie ein Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt: Im seinerzeitigen regierungsrätlichen Bericht und Antrag (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates zum Gemeindegesetz vom 12. Januar 1979, Kantonsratsvorlage Nr.

4263, S. 55, Kommentar zu § 105) wird denn auch ausdrücklich festgehalten, dass zu den Befugnissen des Grossen Gemeinderates eine Organisationsautonomie gehöre. Dem Grossen Gemeinderat steht somit beim Erlass seiner Geschäftsordnung ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Insbesondere ist er dabei – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – nicht an die ausschliesslich für die Gemeindeversammlung geltenden Vorschriften des zweiten Abschnittes (Bst. C) des Gemeindegesetzes gebunden. Da die letztgenannten Vorschriften zu einem überwiegenden Teil abschliessend sind, bestünde andernfalls für den Grossen Gemeinderat – wie dessen Büro zutreffend vorträgt – gar kein Bedarf mehr für den Erlass einer Geschäftsordnung. Schliesslich gilt es in diesem Zusammenhang auch auf die in § 3 GG verankerte Gemeindeautonomie hinzuweisen. Danach sind die Gemeinden berechtigt (und verpflichtet), ihre Angelegenheiten im Rahmen der Verfassung, der Gesetze und des ihnen zustehenden Ermessens selbstständig zu ordnen (vgl. § 3 Abs. 1 GG).

c) Immerhin ist im vorliegenden Zusammenhang in Betracht zu ziehen, dass der Grosse Gemeinderat bei Einführung der ausserordentlichen Gemeindeorganisation an die Stelle der Gemeindeversammlung tritt und nach § 105 GG auch deren Befugnisse wahrnimmt. Für die Geschäftsbehandlung im Grossen Gemeinderat muss deshalb ein Mindeststandard hinsichtlich der demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten der als Volksvertreterinnen bzw. -vertreter handelnden Parlamentsmitglieder gelten. Es geht dabei um grundlegende Prinzipien, die gleichsam begriffsnotwendig mit dem parlamentarischen System verbunden sind. Somit stellt sich die Frage, ob die angefochtenen Geschäftsordnungsvorschriften geeignet sind, den erwähnten Mindeststandard zu verletzen. Zu verneinen ist diese Frage zweifellos für die Einschränkung des Rechts der Kommissionsminderheit auf einen schriftlichen Minderheitsbericht, ebenso wie für die Einschränkung der Möglichkeit, nach einer Interpellationsantwort eine Diskussion zu führen. Der Zweck des Interpellationsrechts beschränkt sich ohnehin darauf, der Exekutive Fragen zu Verwaltungsangelegenheiten zu stellen. Aus diesem Grund ist eine Interpellation mit der Beantwortung der gestellten Fragen regelmässig erledigt. Insbesondere besteht im Anschluss an eine Interpellationsantwort kein Bedürfnis für eine Diskussion zwecks Willensbildung im Hinblick auf eine bestimmte Beschlussfassung materiellen Inhalts. Weniger klar ist die Antwort auf die Frage, ob § 54 Abs. 3 GeschO (Abbruch der Diskussion) die grundlegenden Prinzipien der parlamentarischen Geschäftsbehandlung verletze. Die überwiegende Zahl der Parlamentsordnungen in der Schweiz sieht denn auch vor, dass nach Annahme eines Ordnungsantrages auf Schluss bzw. Abbruch der Beratungen die eingeschriebenen Rednerinnen und Redner noch zur Sache sprechen dürfen (vgl. hierzu Zaccharia Giacometti, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zürich 1941, S. 358 f.; Ulrich Weiss, *Die Geschäftsordnung der Gemeindeparlamente im Kanton Zürich*, Diss. Zürich 1976, S. 198; Paul Stadlin [Hrsg.], *Die Parlamente der schweizerischen Kantone*, Zug 1990, synoptische Tabelle

XVI). Diese Regelung gilt im übrigen auch für den zugerischen Kantonsrat (vgl. § 50 Abs. 2 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 1. Dezember 1932, BGS 141.1). Demgegenüber gibt es vereinzelt aber auch Parlamente, in denen nach Annahme eines Antrages auf Schluss bzw. Abbruch der Diskussion niemand mehr bzw. nurmehr ein bestimmter Personenkreis das Wort ergreifen darf; dies ist beispielsweise der Fall in den kantonalen Parlamenten von Uri, Obwalden, Nidwalden, Glarus und St. Gallen (vgl. Stadlin, a.a.O., synoptische Tabelle XVI). Der entsprechende Beschluss erfordert in der Regel eine qualifizierte Mehrheit; dies ist jedoch nicht durchwegs der Fall (vgl. Stadlin, a.a.O.). Eine solche Regelung wird zwar zuweilen als problematisch, nicht jedoch als grundsätzlich unzulässig erachtet (vgl. hierzu insbesondere Antoine Santschy, *Le droit parlementaire en Suisse et en Allemagne*, thèse Neuchâtel 1982, S. 127; H.R. Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2. Auflage, Wädenswil 1991, N 4.3.5 zu § 105). Da ein Ordnungsantrag – auch ein solcher auf Abbruch der Diskussion – grundsätzlich jederzeit gestellt werden kann, bestünde – zumindest theoretisch – die Möglichkeit, mit diesem Mittel die parlamentarische Opposition von jeglicher Meinungsäußerung im Parlament auszuschliessen. Ein solches Vorgehen wäre jedoch als rechtsmissbräuchlich einzustufen (vgl. zum zürcherischen Recht: H.R. Thalmann, a.a.O., N 4.3.5 zu § 105). Massgebend ist in diesem Zusammenhang der Grundsatz, dass vor Verabschiedung eines Parlamentsgeschäfts alle im Parlament vertretenen Gruppierungen sich an den Beratungen beteiligen können (vgl. hierzu Christoph Lanz in: *Das Parlament – "Oberste Gewalt des Bundes"*, Festschrift der Bundesversammlung zur 700-Jahr-Feier der Eidgenossenschaft, S. 200). Paragraph 54 Abs. 3 GeschO führt indessen nicht notwendigerweise zu einem rechtsmissbräuchlichen Ausschluss der Opposition von der parlamentarischen Geschäftsberatung. Im Gegenteil ist eine rechtmässige Anwendung der angefochtenen Vorschrift möglich und darf denn auch erwartet werden. Dementsprechend führt das Büro des Grossen Gemeinderates in seiner Vernehmlassung aus, in Anbetracht der einschneidenden Wirkung werde das Parlament vom Instrument "Abbruch der Diskussion" nur sehr zurückhaltend Gebrauch machen, d.h. vor allem dann, wenn andere Mittel versagt hätten, um einen geordneten Ablauf der Debatte wieder herzustellen und deren Ende ordnungsgemäss herbeizuführen. In diesem Sinne stelle der Ordnungsantrag auf Abbruch der Diskussion eine *Ultima Ratio* dar. Unter diesen Umständen erscheint die angefochtene Bestimmung nicht als von vornherein rechtswidrig. Ist aber eine Vorschrift nicht von vornherein rechtswidrig, so besteht für den Regierungsrat kein Anlass, sie im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle aufzuheben. Die Beschwerde erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet. – Allerdings hindert dies den Regierungsrat nicht daran, die künftige Anwendung im konkreten Einzelfall zu überprüfen und – bei Vorliegen von Rechtsmissbrauch – den entsprechenden Parlamentsbeschluss aufzuheben. Auf eine rechtsmissbräuchliche Anwendung müsste beispielsweise dann geschlossen werden, wenn mit einem Abbruch der Diskussion – allein oder in Verbindung

mit § 20 Abs. 3 GeschO (Quorum für einen Minderheitsbericht) – bezweckt würde, eine parlamentarische Minderheit vom Ratsbetrieb auszuschliessen oder eine missliebige Minderheitsmeinung zu unterbinden. Sinn und Zweck der angefochtenen Bestimmungen bestehen denn auch einzig und allein darin, einen effizienten und reibungslosen Ratsbetrieb sicherzustellen; es dürfen damit insbesondere keine politischen Ziele verfolgt werden. Deshalb wird nur eine rechtsgleiche und willkürfreie Anwendung der fraglichen Bestimmungen einer regierungsrätlichen Prüfung im konkreten Einzelfall standhalten können.

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die neue Geschäftsordnung für den Grossen Gemeinderat weder mit § 20 Abs. 3 (Mindestgrösse der Kommissionminderheit, welche einen schriftlichen Minderheitsbericht erstatten darf) noch mit § 43 Abs. 3 (Diskussion im Anschluss an eine Interpellationsantwort nur, sofern vom Rat beschlossen) noch mit § 54 Abs. 3 (sofortiger Abbruch der Diskussion nach Annahme eines entsprechenden Antrages) in die verfassungsmässigen Rechte des Beschwerdeführers eingreift. Eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte liegt somit nicht vor. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sind die gemeindegeseztlichen Bestimmungen über die Gemeindeversammlung (vgl. §§ 69 ff. GG) weder unmittelbar noch analog auf die Geschäftsbehandlung im Grossen Gemeinderat anwendbar. Der Grosse Gemeinderat geniesst deshalb beim Erlass seiner Geschäftsordnung grosse Autonomie. Zu beachten sind immerhin die Schranken, die sich aus den grundlegenden, begriffsnotwendig mit der parlamentarischen Geschäftsbehandlung verbundenen demokratischen Mitwirkungsprinzipien ergeben. Diese Schranken werden indessen durch die angefochtenen Bestimmungen nicht durchbrochen. Die neue Geschäftsordnung für den Grossen Gemeinderat vom 4. November 1997 ist folglich nicht zu beanstanden. Unter diesen Umständen erweist sich die Beschwerde als vollumfänglich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. – Bei diesem Ausgang des Verfahrens hätte der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (vgl. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Nach § 25 VRG können jedoch in besonderen Fällen, vorab wenn die Parteien an einer Streitsache nicht wirtschaftlich interessiert sind oder wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitfrage es rechtfertigt, die Kosten herabgesetzt oder ganz erlassen werden. Vorliegend sind beide Voraussetzungen für eine Herabsetzung der Kosten bzw. für einen Kostenerlass erfüllt. Es erscheint daher als angezeigt, auf die Erhebung von Kosten zu verzichten. Die Zuspreehung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht; an den Beschwerdeführer deshalb, weil er im vorliegenden Verfahren unterlegen ist (vgl. § 28 Abs. 2 VRG e contrario) und an die Stadt Zug deshalb, weil sie in Ausübung ihrer obrigkeitlichen Funktion und nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt ist (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 1981/82, S. 114).

(RRB, 14. Juli 1998)

§§ 1 Ziff. 2, 17 Abs. 1, 32, 76 Abs. 1, 77 Abs. 4, 80, 120 Abs. 1 Ziff. 3 GG, § 16 Abs. 4 FHG; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 Ziff. 2, 49 VRG. – Verfahren der offenen Abstimmung in der Gemeindeversammlung, Vorgehen bei mehreren Anträgen. – Formelles (E. I): Eintreten. – Materielles (E. II): Beschwerdegrund, sofortige Rüge von Verfahrensmängeln (E. 1); Verfahrensvorschriften des Gemeindegesetzes (E.2); Garantie der politischen Rechte (E. 3); Wahl- und Abstimmungsfreiheit (a) – Verfahren nach dem Prinzip der sukzessiven Elimination (b und c) – Verfahren der koordinierten Abstimmung (d) – Fragestellung nach dem (vorliegend nicht angewandten) Prinzip der sukzessiven Elimination (e) – Tatsächlich angewandte Fragestellung (f) – Potentielle Verfahrensmängel (g); Auswirkungen des Verfahrensmangels auf das Abstimmungsergebnis (E. 4); Unmöglichkeit einer ziffernmässigen Festlegung (a) – Ungewissheit der Versammlungsteilnehmer/innen über den Abstimmungsmodus (b); Rechtswidriger Inhalt des Gemeindeversammlungsbeschlusses (offen gelassen) (E. 5); Nur kassatorische Natur des Beschwerdeentscheides (E. 6); Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigungen (E. 7)

Sachverhalt:

A. Am ... 1998 fand in X. eine Bürgergemeindeversammlung statt, an welcher der Bürgerrat den Stimmberechtigten unter Traktandum Nr. 5 unter anderem folgende Anträge unterbreitete: "Antrag Nr. 1: Der Beschluss der Bürgergemeindeversammlung vom ... 1989, wonach Industrieland inskünftig nur im Baurecht veräussert werden kann, sei aufzuheben und das Industrieland in J. sei zum Verkauf freizugeben" und "Antrag Nr. 2a: Es sei der Firma Z. AG, ein Stück Industrieland ab der Liegenschaft in J. im Ausmass von 5000 m² zu einem Preis von Fr. 270.- pro m², somit für Franken 1'350'000.-, zu verkaufen." In seinem Bericht und Antrag an die Stimmberechtigten führte der Bürgerrat aus, anlässlich der Versammlung vom 10. April 1989 habe die Bürgergemeinde beschlossen, Industrieland inskünftig nur noch im Baurecht abzugeben. Der Bürgerrat sei dabei ermächtigt worden, entsprechende Verhandlungen zu führen und Verträge abzuschliessen. Die Bürgergemeinde verfüge mittelfristig über genügend finanzielle Mittel, so dass sich von dieser Seite her ein Baulandverkauf nicht aufdränge. Mit der Abgabe von Industrieland im Baurecht blieben die heute vorhandenen Werte für die Zukunft erhalten. Die neueste Entwicklung im Landhandel zeige jedoch, dass je länger je mehr von einem Landerwerb im Baurecht abgesehen und das Bauland käuflich erworben werde, da einerseits der Finanzmarkt zur Zeit äusserst günstig sei und andererseits damit künftigen Schwankungen im Zinsbereich ausgewichen werden könne. Mit Schreiben vom 17. März 1998 sei nun Z. mit dem Gesuch an den Bürgerrat gelangt, der Firma Z. AG für die Erweiterung des Betriebes 5000 m² Bauland zu einem Preis von Fr. 270.- pro m² zu verkaufen.

B. Der Antrag Nr. 1 (Aufhebung des Beschlusses, wonach Industrieland nur im Baurecht abgegeben werden dürfe) wurde von der Bürgergemeinde-

versammlung nach kurzer Diskussion grossmehrheitlich gutgeheissen. Daran anschliessend fanden die Beratungen zu Antrag Nr. 2a (Verkauf von 5000 m² Industrieland an die Firma Z.AG zu einem Preis von Fr. 270.- pro m²) statt. Es entstand dabei eine längere Diskussion über die Angemessenheit des Verkaufspreises. Schliesslich wurden aus der Mitte der Versammlung zwei Anträge auf Herabsetzung des Verkaufspreises gestellt, nämlich ein solcher lautend auf Fr. 260.- pro m² (Antrag S.) und ein solcher lautend auf Fr. 250.- pro m² (Antrag M./E./D.). Im nun folgenden Abstimmungsverfahren hatten die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmern zuerst über den Antrag S. (Fr. 260.- pro m²) zu befinden, den sie mit einer Gegenstimme ablehnten. Sodann wurde über den Antrag M./E./D. abgestimmt; dieser vermochte 66 Stimmen auf sich zu vereinigen. Der Vizepräsident – der Bürgerpräsident befand sich im Ausstand – erklärte daraufhin den Antrag M./E./D. zum Beschluss, weil dieser mit 66 Stimmen bei 127 anwesenden Stimmberechtigten das absolute Mehr erreicht habe. Über den Antrag des Bürgerrates (Fr. 270.- pro m²) brauche deshalb nicht mehr abgestimmt zu werden.

C. Gegen diesen Beschluss erhob H. G., im folgenden "Beschwerdeführer" genannt, mit Eingabe vom ... 1998 Beschwerde beim Regierungsrat mit den Anträgen, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und der Bürgerrat sei anzuweisen, das Geschäft zur erneuten Behandlung zu traktandieren.

Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer im wesentlichen folgendes vor: Gemäss § 76 des Gemeindegesetzes könne jeder Stimmberechtigte Änderungsanträge stellen, soweit es das Gesetz nicht ausschliesse. Bei den zur Abstimmung gebrachten Anträgen aus dem Kreis der Versammlung habe es sich um solche Änderungsanträge gehandelt. Korrekterweise hätte der die Versammlung führende Vizepräsident zunächst eine Bereinigung der Änderungsanträge durchführen und den obsiegenden (Änderungs-) Antrag dem Antrag des Bürgerrates gegenüberstellen müssen. Jedenfalls sei es mit Sicherheit unrichtig gewesen, den Antrag des Bürgerrates überhaupt nicht der Abstimmung zu unterstellen. Zu erwähnen sei auch, dass bei Abstimmungen in der Gemeindeversammlung das offene Handmehr und nicht das absolute Mehr der Anwesenden gelte. Er habe sich nach der Abstimmung umgehend gemeldet und darauf hingewiesen, dass er das Vorgehen als falsch betrachte und sich noch entsprechend einsetzen werde.

D. Mit Vernehmlassung vom ... 1998 beantragt der Bürgerrat X., die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

Zur Begründung bringt der Bürgerrat im wesentlichen folgendes vor: Der Abstimmungsablauf sei in der Reihenfolge, wie sie der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde auf Seite 2 korrekt darstelle, erfolgt, mit der einzigen Ausnahme, dass es der Beschwerdeführer unterlassen habe, unmittelbar nach dem ersten Handmehr eine weitere Abstimmung über den Antrag des

Bürgerrates (Fr. 270.- pro m²) zu verlangen. Nachdem der Antrag M./E./D. das Handmehr und somit das absolute Mehr erreicht gehabt habe, habe sich eine zusätzliche Abstimmung über den Antrag des Bürgerrates erübrigt.

E. Mit Replik vom ... 1998 beantragt der Beschwerdeführer zusätzlich, die Verfahrenskosten seien dem Beschwerdegegner zu überbinden; im übrigen hält er an seinen in der Beschwerdeschrift gestellten Anträgen fest. Zur Vernehmlassung des Bürgerrates bringt er vor, das Versammlungsprotokoll sei betreffend das Traktandum 5/2a unvollständig. Er habe unmittelbar nach der Verkündung des Resultates durch den Vizepräsidenten das Wort verlangt und sich wie folgt geäußert: "Was geschieht mit dem Antrag des Bürgerrates? Ich habe noch nie erlebt oder gehört, dass an einer Gemeindeversammlung der Antrag der Behörde - Rückzug ausgenommen - nicht zur Abstimmung gebracht wurde. Ich kann mir nicht vorstellen, dass das Vorgehen anlässlich der heutigen Versammlung richtig sein kann. Ich frage Euch - Vizepräsident inklusive Bürgerrat: Seid Ihr wirklich sicher, dass die Abstimmung so richtig durchgeführt wurde?" Die Antwort des Vizepräsidenten habe gelautet: "So ist es!" Daraufhin habe er (der Beschwerdeführer) geantwortet: "Ich kann das nicht glauben, ich werde mich noch darum bemühen." Im übrigen könne aus dem absoluten Mehr bei der fraglichen Abstimmung doch nicht geschlossen werden, dass bei einer Gegenüberstellung der Bürgerratsantrag nicht obsiegen könne. Jedenfalls seien viele Stimmbürgerinnen und Stimmbürger verunsichert gewesen und hätten nicht verstanden, dass der Antrag des Bürgerrates nicht zur Abstimmung gekommen sei.

F. Mit innert erstreckter Frist eingereichter Duplik vom ... 1998 hält der Bürgerrat an seinen Anträgen fest. Zu den Vorbringen des Beschwerdeführers in dessen Replik äussert sich der Bürgerrat im wesentlichen wie folgt: Der Vizepräsident habe dem Beschwerdeführer nach dessen Intervention geantwortet, dass er sich bei den gemeindlichen Behörden über den Abstimmungsmodus informiert habe und ihm diese erklärt hätten, dass der Präsident - im vorliegenden Fall der Vizepräsident mit präsidialer Vollmacht - gemäss § 77 Abs. 4 des Gemeindegesetzes die Abstimmungsfolge bestimme, wenn sich mehrere Anträge gegenüberstünden. Der Bürgerrat vertritt im übrigen die Meinung, dass das Votum des Beschwerdeführers nicht als Antrag zur Abstimmung über den Bürgerratsbeschluss verstanden werden könne.

G. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist - soweit erforderlich - in den Erwägungen einzugehen.

Erwägungen:

I.

1. Gemäss § 17 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesetz, GG; BGS

171.1) sowie nach § 49 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) können Gemeindeversammlungsbeschlüsse und Beschlüsse des Grossen Gemeinderates durch Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden. Gemäss § 49 Abs. 2 VRG kommen dabei die Vorschriften über die Verwaltungsbeschwerde sinngemäss zur Anwendung mit folgenden für die Eintretensfrage massgeblichen Abweichungen: Die Beschwerdefrist beträgt acht Tage, und der Fristenlauf beginnt bei Gemeindeversammlungsbeschlüssen mit dem auf die Beschlussfassung folgenden Tag (Ziff. 1). Neben den in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffenen ist jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt (Ziff. 2).

2. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen einen Beschluss der Bürgergemeindeversammlung X., mit welchem der Bürgerrat ermächtigt werden sollte, ein gemeindliches Grundstück zu verkaufen. Nach § 1 Ziff. 2 GG handelt es sich bei Bürgergemeinden um Gemeinden im Sinne des Gemeindegesetzes. Angefochten ist somit ein Gemeindebeschluss im Sinne von § 17 Abs. 1 GG bzw. im Sinne von § 49 Abs. 1 VRG. Die vom Beschwerdeführer getroffene Rechtsvorkehr erweist sich demzufolge als grundsätzlich zulässig. Ebenso ist die Beschwerdefrist gewahrt: Der angefochtene Beschluss wurde an der Bürgergemeindeversammlung vom ... 1998 gefasst. Die achttägige Beschwerdefrist begann folglich am ... 1998 zu laufen und endigte am ... 1998. Mit Postaufgabe am ... 1998 (Poststempel) erweist sich die Beschwerde daher als rechtzeitig. Adressat der Beschwerdeschrift ist der Regierungsrat; die Beschwerde wird damit auch bei der zuständigen Instanz erhoben (vgl. §§ 17 Abs. 1 GG und 49 Abs. 1 VRG). Schliesslich ist der Beschwerdeführer stimmberechtigter Bürger von X. und als solcher zur Beschwerdeerhebung befugt. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

II.

1. Gemäss § 49 Abs. 2 Ziff. 3 VRG können Gemeindebeschlüsse nur wegen Rechtsverletzung angefochten werden. Keinen Beschwerdegrund stellt dagegen die Unzweckmässigkeit bzw. die blosser Unangemessenheit eines Beschlusses dar (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 193). Ein Gemeindebeschluss verletzt unter anderem dann geltendes Recht, wenn er in einem Verfahren zustande gekommen ist, das unter formellrechtlichen Mängeln leidet (vgl. Marco Weiss, a.a.O., S. 193). Voraussetzung für eine erfolgreiche Beschwerdeerhebung wegen Mängeln des zur Beschlussfassung führenden Verfahrens ist in der Regel die sofortige Rüge eines erkannten Formfehlers (vgl. Marco Weiss, a.a.O., S. 193; GVP 1987/88, S. 178). Im vorliegenden Fall rügte der Beschwerdeführer unmittelbar nach der angefochtenen Beschlussfassung das angewendete Abstimmungsverfahren. Er ist damit seiner Rechtspflicht zur sofortigen Rüge des in der Beschwerde geltend gemachten Verfahrensmanagements ausreichend nachgekommen.

2. Der Beschwerdeführer trägt in bezug auf das zur Beschlussfassung führende Verfahren vor, es sei unrichtig gewesen, dass der Antrag des Bürgerrates nicht zur Abstimmung gebracht worden sei. Korrekterweise hätte zuerst die Bereinigung der Änderungsanträge vorgenommen werden müssen, um dann den am Schluss obsiegenden Änderungsantrag dem Antrag des Bürgerrates gegenüberzustellen. Der Beschwerdeführer stützt sich dabei unter anderem auf das Gemeindegesetz. Dieses sieht in § 76 Abs. 1 vor, dass jede bzw. jeder Stimmberechtigte Änderungsanträge zu einer Gemeindeversammlungsvorlage stellen kann, soweit das Gesetz es nicht ausschliesst. Nach § 77 Abs. 4 Satz 1 GG bestimmt der Präsident die Abstimmungsfolge, wenn sich mehrere Anträge gegenüberstehen. Wird ein Einwand erhoben, entscheidet die Gemeindeversammlung (Satz 2). Diese Verfahrensvorschriften sind sehr allgemein gehalten, so dass der Beschwerdeführer aus ihnen nicht unmittelbar etwas für seinen Rechtsstandpunkt abzuleiten vermag. Immerhin ist vorauszusetzen, dass die Stimmberechtigten über das von der Versammlungsleitung festgelegte Vorgehen im Bild sind, damit sie sich überhaupt in die Lage versetzen können, Einwendungen dagegen zu erheben. Dafür, dass die Versammlungsleitung die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer über das von ihr festgelegte Abstimmungsverfahren ausreichend informiert hätte, bestehen indessen keine Anhaltspunkte.

3. a) Nebst den Vorschriften des Gemeindegesetzes sind für das Abstimmungsverfahren in der Gemeindeversammlung auch die Anforderungen zu beachten, die sich aus der Garantie der politischen Rechte ergeben. Die Garantie der politischen Rechte umfasst unter anderem den Schutz der freien und unverfälschten Willenskundgabe. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts räumt das vom Verfassungsrecht des Bundes gewährleistete Stimm- und Wahlrecht der Bürgerin bzw. dem Bürger allgemein einen Anspruch darauf ein, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Es soll garantiert werden, dass jede Stimmbürgerin und jeder Stimmbürger ihren bzw. seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit ihrer bzw. seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann. Auf diese Grundsätze, welche auch als Wahl- und Abstimmungsfreiheit bezeichnet werden, hat das Bundesgericht eine Reihe von Prinzipien abgestützt. So werden auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit zurückgeführt etwa die Ansprüche auf richtige Zusammensetzung der Aktivbürgererschaft, auf Wahrung der Einheit der Materie, auf korrekte Formulierung der Abstimmungsfragen, auf rechtmässige Durchführung von Wahlen und Abstimmungen und korrekte und zurückhaltende behördliche sowie private Informationen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen. (Vgl. zum Ganzen BGE 121 I 141 f. E. 3 mit zahlreichen Hinweisen).

b) Mit Blick auf eine korrekte Formulierung der Abstimmungsfragen und die rechtmässige Durchführung der Abstimmung ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer über das von der Versammlungsleitung gewählte Abstimmungsverfahren im Bilde waren und sie sich deshalb in die Lage versetzen konnten, die Tragweite ihres Abstimmungsverhaltens abzuschätzen. Es bestehen indessen – wie bereits vorstehend unter Ziff. 2 ausgeführt – keine Anhaltspunkte dafür, dass an der Versammlung einlässlich über das zur Anwendung gelangende Abstimmungsverfahren orientiert worden wäre. Damit stellt sich die Frage, mit was für einem Verfahrensablauf die Stimmberechtigten ohne diese Informationen rechnen durften bzw. mussten. Als Massstab hierfür ist auf ein Abstimmungsverfahren abzustellen, wie es ordentlicherweise in einer Gemeindeversammlung zur Anwendung gelangt. In der Regel ist dies ein Verfahren, das auf dem Prinzip der sukzessiven Elimination fusst (vgl. hierzu Peter Andri Vital, Das Verfahren in der bündnerischen Gemeindeversammlung, Diss. Zürich 1988, S. 107 ff. sowie H.R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2. Auflage, Wädenswil 1991, § 46 N 6.3 f.).

c) Auszugehen ist davon, dass in der Gemeindeversammlung stets ein selbständiger Antrag seitens des Gemeinderates vorliegt. Während der Diskussion sind die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer ermächtigt, beliebig Gegenanträge, Abänderungsanträge, Unterabänderungsanträge und Ergänzungsanträge zur behördlichen Vorlage zu stellen. Beim Verfahren nach dem Prinzip der sukzessiven Elimination hat die Versammlungsleitung nun die gestellten Anträge zu qualifizieren und der logisch richtigen hierarchischen Stufe zuzuordnen. Nach der Zuordnung aller Anträge in die richtige Gruppe wird jeder Hauptantrag (Antrag der Behörde, evtl. Gegenanträge aus der Mitte der Versammlung) für sich bereinigt. Dies geschieht, indem über alle zu einem Hauptantrag verlangten Änderungen oder Ergänzungen sukzessive entschieden wird. Man beginnt mit der gedanklich untersten Stufe und bereinigt die folgenden Stufen nacheinander von unten nach oben, und zwar nach der allgemeinen Regel, dass Unterabänderungsanträge vor den Abänderungsanträgen und letztere vor den Hauptanträgen zu erledigen sind. Innerhalb der gleichen gedanklichen Stufe werden die verschiedenen gleichgeordneten Anträge ebenfalls nach dem Prinzip der sukzessiven Elimination behandelt. Es sind immer zwei sich gegenseitig ausschliessende Anträge einander gegenüberzustellen und zur Abstimmung zu bringen. Die Abstimmungsfrage lautet in diesen Fällen nicht "Wollt ihr X annehmen, ja oder nein?", sondern "Wollt ihr X oder wollt ihr Y annehmen?". Derjenige Antrag, der mehr Stimmen auf sich vereinigt, wird dann dem nächsten Antrag der gleichen Stufe gegenübergestellt. Dieses Verfahren wird so lange fortgesetzt, bis nur noch ein einziger Antrag auf derselben Stufe übrig bleibt. Auf dieselbe Weise werden auch die Anträge auf der obersten Stufe, d.h. der ursprüngliche Hauptantrag der Behörde – allenfalls mit Modifikationen, die auf einer unteren Stufe erfolgten – und die Gegenanträge einander gegen-

übergestellt und sukzessive ausgeschieden. Derjenige Antrag, der zuletzt noch übrig bleibt, untersteht dann einer obligatorischen Schluss- oder Hauptabstimmung. (Vgl. zum Ganzen: Peter Andri Vital, a.a.O., S. 107 ff. mit zahlreichen Hinweisen sowie H.R. Thalman, a.a.O., § 46 N 6.3 f.).

d) Immerhin ist nach Auffassung von Vital auch ein Verfahren zulässig, das als "koordinierte Abstimmung" bezeichnet werden kann. Nach diesem Verfahren werden mehrere Hauptanträge – im Falle der Gemeindeversammlung also der Antrag der Behörde und die Gegenanträge aus der Mitte der Versammlung – zusammen der Abstimmung unterbreitet. Die Stimmbürgerin bzw. der Stimmbürger hat sich für einen dieser Anträge zu entscheiden und darf ihre bzw. seine Stimme nur einmal für einen Antrag abgeben. Erreicht kein Antrag in der ersten Abstimmungsrunde die absolute Mehrheit sämtlicher abgegebener Stimmen, fällt derjenige Antrag mit der kleinsten Stimmenzahl weg. Dieses Verfahren wird fortgesetzt, bis ein Antrag das absolute Mehr erreicht. Auch bei diesem System ist der am Schluss übrig gebliebene (Haupt-) Antrag einer Schlussabstimmung zu unterziehen. (Vgl. Peter Andri Vital, a.a.O., S. 112 f. sowie H.R. Thalman, a.a.O., § 46 N 6.4). Weil kaum überprüft werden kann, dass die Stimmberechtigten nicht mehreren Anträgen zugleich zustimmen, ist dieses System für Abstimmungen mit offenem Handmehr jedoch nicht zu empfehlen.

e) Im vorliegenden Fall wären nach dem Prinzip der sukzessiven Elimination zuerst die beiden Änderungsanträge aus der Mitte der Versammlung (lautend auf einen Verkaufspreis von Fr. 260.- bzw. von Fr. 250.- pro m²) einander gegenüberzustellen gewesen. Die Frage hätte gelautet: "Wollt ihr einem Verkaufspreis von Fr. 260.- pro m² oder wollt ihr einem Verkaufspreis von Fr. 250.- pro m² den Vorzug geben?" Das Abstimmungsergebnis hätte daraufhin dem vom Bürgerrat beantragten Verkaufspreis gegenübergestellt werden müssen (z.B.: "Wollt ihr einem Kaufpreis von Fr. 250.- pro m² oder wollt ihr einem Verkaufspreis von Fr. 270.- pro m² den Vorzug geben?"). Das Ergebnis dieser Abstimmung hätte sodann in den bürgerrechtlichen (Haupt-) Antrag übernommen werden müssen. Der so bereinigte Hauptantrag wäre schliesslich der Schlussabstimmung zu unterziehen gewesen (z.B.: "Wollt ihr den Bürgerrat ermächtigen, der Firma Z.AG ein Stück Industrieland in Y. im Ausmass von 5000 m² zu einem Preis von Fr. 250.- pro m², somit für Fr. 1'250'000.-, zu verkaufen, ja oder nein?").

f) Demgegenüber hat die Versammlungsleitung vorliegend ein Verfahren gewählt, das als Form der "koordinierten Abstimmung" verstanden werden könnte. Ein solches Verfahren wäre an sich – wie bereits vorstehend unter Bst. d erwähnt – auch zulässig, wenngleich es nicht sehr empfehlenswert und gebräuchlich ist. Die Versammlungsleitung hat es allerdings unterlassen, eine Schlussabstimmung durchzuführen. Damit erhielt das gewählte Abstimmungsverfahren aber eher den Charakter einer Variantenabstimmung im Sinne von § 67 GG bzw. im Sinne von §§ 95^{bis} ff. des Gesetzes über

die Wahlen und Abstimmungen vom 23. Januar 1969 (WAG, BGS 131.1). Aufgrund der Gesetzessystematik gilt dieses Verfahren jedoch nur für Urnenabstimmungen (es ist nicht zu verwechseln mit der Abstimmung über Varianten, die der Gemeinderat der Versammlung gestützt auf § 71 Abs. 2 GG unterbreiten kann!). Für Abstimmungen mit offenem Handmehr eignet sich das Variantenabstimmungsverfahren denn auch nicht, weshalb es in der Gemeindeversammlung grundsätzlich nicht angewendet werden soll (vgl. hierzu auch das Kreisschreiben der Direktion des Innern vom 16. Dezember 1983 zum Thema "Abstimmung über mehrere Anträge zum gleichen Gegenstand in der Gemeindeversammlung"). Beim Variantenabstimmungsverfahren nach zugerischem Recht ist übrigens das mehrfache "JA" zulässig. Damit hätte im vorliegenden Fall – bei Anwendung des Variantenabstimmungsverfahrens – auch der Antrag des Bürgerrates das erforderliche Mehr erreichen können, so dass die Abstimmung über diesen Antrag keineswegs überflüssig gewesen wäre.

g) Ungeachtet der Frage nach der entscheidungstheoretischen Richtigkeit steht jedenfalls fest, dass das gewählte Abstimmungsverfahren – sofern nicht überhaupt unzulässig – so doch aussergewöhnlich war und dass die Stimmberechtigten nicht mit einem solchen Verfahren rechnen mussten. Unter diesen Umständen ist aber davon auszugehen, dass die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer über den Verfahrensablauf nicht richtig im Bilde waren und sie somit die Wirkungen ihres Abstimmungsverhaltens nicht genügend beurteilen konnten. Darin ist ein Verfahrensmangel zu erblicken, der zu einem Abstimmungsergebnis geführt haben könnte, das den Willen der Stimmberechtigten nicht korrekt zum Ausdruck bringt.

4. a) Wie sich dieser Verfahrensmangel auf das Abstimmungsergebnis ausgewirkt hat, entzieht sich einer ziffernmässigen Festlegung. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass der Mangel deswegen bereits als erheblich zu betrachten und der angefochtene Beschluss aufzuheben wäre. Aufzuheben ist der angefochtene Beschluss nur – aber immerhin – dann, wenn der festgestellte Mangel erheblich ist und nach den gesamten Umständen beurteilt das Abstimmungsergebnis beeinflusst haben könnte. Es genügt, wenn eine derartige Beeinflussung im Bereich des Möglichen liegt. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Schwere des festgestellten Mangels und dessen Bedeutung im Rahmen der gesamten Abstimmung sowie auf die Grösse des Stimmenunterschiedes. Von der Aufhebung der Abstimmung kann abgesehen werden, wenn die Möglichkeit, dass die Abstimmung ohne den Mangel anders ausgefallen wäre, nach den gesamten Umständen als derart gering erscheint, dass sie nicht mehr ernsthaft in Betracht kommt (vgl. BGE 119 Ia 273 f. E. 3b mit Hinweisen).

b) Der Mangel, dass die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer über den Abstimmungsmodus im Ungewissen waren, wiegt schwer. Insbesondere der Umstand, dass über den Antrag des Bürgerrates nicht abge-

stimmt wurde bzw. keine Schlussabstimmung über den bereinigten Hauptantrag stattfand, dürfte nebst den Beschwerdeführer noch verschiedene andere Stimmberechtigte in ihren Erwartungen an das Abstimmungsverfahren getäuscht haben. Aufgrund der in Gemeindeversammlungen gebräuchlichen Abstimmungsverfahren durften sie zumindest eine Schlussabstimmung über den (bereinigten) Hauptantrag erwarten. Es besteht somit eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass verschiedene Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer ein anderes Stimmverhalten gezeigt hätten, wäre ihnen bekannt gewesen, dass auf die Abstimmung über den Antrag des Bürgerrates bzw. auf die Schlussabstimmung verzichtet werden sollte. Der an der fraglichen Versammlung zum Beschluss erhobene Antrag vereinigte bei 127 Anwesenden 66 Stimmen auf sich. Einmal angenommen, niemand habe sich der Stimme enthalten, wäre der angefochtene Beschluss nicht zustande gekommen, wenn nur schon drei dieser 66 Zustimmungmen anders gestimmt hätten. Unter diesen Umständen kann aber nicht gesagt werden, die Möglichkeit, dass die Abstimmung ohne den Mangel anders ausgefallen wäre, erscheine als derart gering, dass sie nicht mehr ernsthaft in Betracht komme. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der angefochtene Beschluss aufzuheben.

5. Ein Gemeindeversammlungsbeschluss kann im übrigen nicht nur wegen Mängeln des zur Beschlussfassung führenden Verfahrens angefochten werden, sondern auch wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts (vgl. Marco Weiss, a.a.O., S. 193). Für den vorliegenden Fall sei in diesem Zusammenhang namentlich auf § 16 Abs. 4 des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden vom 28. Februar 1985 (Finanzhaushaltgesetz, FHG; BGS 611.1) verwiesen. Nach dieser Bestimmung hat die Veräusserung von Vermögenswerten an Dritte in der Regel zum Verkehrswert zu erfolgen. Schliesslich ist vorliegend auch die Verpflichtung der Bürgergemeinden zu einer gesunden Finanzverwaltung (vgl. hierzu § 32 GG) und zur (sorgfältigen) Verwaltung des Bürgergutes gemäss § 120 Abs. 1 Ziff. 3 GG in Erinnerung zu rufen. Es steht in dieser Hinsicht insbesondere die Frage im Raum, wie es sich mit diesen Grundsätzen vereinbaren lässt, dass die Bürgergemeindeversammlung – nota bene ohne erkennbare Gegenleistung – den von der Kaufinteressentin angebotenen Kaufpreis noch unterbietet und so der Bürgergemeinde eine Vermögenseinbusse von Fr. 100'000.- zufügt. Da die Beschwerde bereits infolge von Mängeln des zur Beschlussfassung führenden Verfahrens gutzuheissen ist, können die vorstehenden Fragestellungen indes offengelassen werden.

6. Der Beschwerdeführer beantragt neben der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, der Bürgerrat sei anzuweisen, das fragliche Geschäft zur erneuten Behandlung zu traktandieren. Dieser Antrag ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zulässig, und zwar deshalb, weil der Beschwerdeentscheid des Regierungsrates aufgrund der Gemeindeautonomie nur kas-

satorischer Natur sein kann (vgl. Marco Weiss, a.a.O., S. 193). Der diesbezügliche Antrag ist deshalb abzuweisen. Falls der Bürgerrat das fragliche Geschäft nicht von sich aus wieder traktandieren will, steht dem Beschwerdeführer immerhin der Versuch offen, eine erneute Traktandierung mittels Motion im Sinne von § 80 GG zu erwirken.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die fehlenden bzw. unzureichenden Kenntnisse der Stimmberechtigten über das zur Anwendung gelangende Abstimmungsverfahren einen Mangel des zur Beschlussfassung führenden Verfahrens darstellen. Dieser Mangel war geeignet, ein Abstimmungsergebnis hervorzurufen, welches nicht dem wirklichen Willen der Stimmberechtigten entspricht. Aufgrund der gesamten Umstände besteht eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit, dass das Abstimmungsergebnis ohne den Mangel anders ausgefallen wäre. Unter diesen Umständen ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Bürgergemeindeversammlungsbeschluss aufzuheben. – Bei diesem Ausgang des Verfahrens hätte in Anwendung von § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG die Bürgergemeinde X. die Kosten zu tragen. Nach § 24 Abs. 2 VRG werden einer Gemeinde indessen nur dann Kosten auferlegt, wenn sie am Verfahren wirtschaftlich interessiert ist oder zum Verfahren durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offenbare Rechtsverletzung Anlass gegeben hat. Vorliegend ist jedoch weder das eine noch das andere der Fall. Auf eine Kostenerhebung ist deshalb zu verzichten. Weil weder ein Verfahrensfehler im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes noch eine offenbare Rechtsverletzung zur Gutheissung der Beschwerde führt, fällt auch die Zusprechung einer Parteientschädigung ausser Betracht (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG).

(RRB, 18. August 1998)

§§ 18, 33 Abs. 1, 37 GG; § 52 VRG. – Vertretung der Gemeinde im Beschwerdeverfahren; Aufsichtsbeschwerde gegen den Stadtrat von Zug betreffend Vertretung im Beschwerdeverfahren gegen Beschlüsse des Grossen Gemeinderates (GGR). – Formelles (E. I): Gesetzliche Grundlagen der Aufsichtsbeschwerde (E. 1); Zuständigkeit des Regierungsrates zur Behandlung der Aufsichtsbeschwerde (E. 2). – Materielles (E. II): Einer Aufsichtsbeschwerde ist nur Folge zu geben bei Verletzung klaren materiellen Rechts, bei Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen (E. 1); Die Frage, wann bzw. bis zu welchem Zeitpunkt der GGR von seiner Befugnis, die Vertretung anders zu ordnen (§ 18 Abs. 2 GG), Gebrauch machen darf, ist kontrovers. Es liegt somit weder eine Verletzung klaren materiellen Rechts noch eine Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze noch eine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen vor. Der Aufsichtsbeschwerde ist deshalb keine Folge zu geben (E. 2b) – Um dem GGR die grösstmögliche Freiheit beim Entscheid über das weitere

Vorgehen zu belassen, müsste der Stadtrat bei Beschwerdeentscheiden gegen GGR-Beschlüsse vorsorglich die dagegen zulässigen Rechtsmittel ergreifen (E 2d).

Sachverhalt:

A. Am 5. Februar 1998 hatte Gemeinderat Daniel Brunner beim Grossen Gemeinderat von Zug (GGR) einen parlamentarischen Vorstoss eingereicht mit dem Titel "Interpellation betreffend 'Einzonungsbefehl' des Verwaltungsgerichtes zum Hasenbühl". Darin wurde dem Stadtrat von Zug unter anderem die Frage gestellt, weshalb er nicht (wenigstens) vorsorglich staatsrechtliche Beschwerde gegen das Verwaltungsgerichtsurteil erhoben und dem GGR die Ausgangslage aufgezeigt sowie einen entsprechenden Beschlussentwurf vorgelegt habe, damit dieser als Volksvertretung in Kenntnis der möglichen finanziellen und erschliessungsmässigen Folgen hätte über die weiteren Schritte entscheiden können.

B. In seiner mündlichen Antwort vom 10. März 1998 verwies der Stadtrat von Zug unter anderem auf § 41 Abs. 2 VRG und § 18 Abs. 1 GG. Gestützt auf diese Bestimmungen sei auch in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich der Stadtrat zuständig für den Entscheid, ob Beschwerde erhoben werden solle oder nicht. Bei Parlamentsbeschlüssen könne der GGR gemäss § 18 Abs. 2 GG die Vertretung allerdings anders regeln. Davon habe der GGR hier jedoch nicht Gebrauch gemacht.

C. Mit Eingabe vom 13. März 1998 erhob Leo Granzio, Zug, Mitglied des GGR, beim Regierungsrat Aufsichtsbeschwerde gegen den Stadtrat von Zug mit folgendem Antrag: Der Stadtrat sei anzuweisen, den GGR, allenfalls dessen Büro, jeweils zu orientieren, wenn gegen Parlamentsbeschlüsse Beschwerde geführt werde, damit der GGR seine Befugnis gemäss § 18 Abs. 2 GG wahrnehmen könne.

Zur Begründung wird im wesentlichen folgendes ausgeführt: Der Stadtrat habe nicht nur den Entscheid "Hasenbühl", sondern auch andere Beschwerdeentscheide gegen den Zonenplan und die Bauordnung in Rechtskraft erwachen lassen, nämlich den Entscheid "Sagi" und den Entscheid "Lorzemündung". In keinem dieser Fälle sei der GGR über die Eröffnung des Verfahrens oder über dessen Beendigung orientiert worden. Für die künftige Handhabung setze der Stadtrat mit seiner Interpellationsantwort ein unakzeptables Präjudiz, das der Korrektur bedürfe. Im Kern behaupte der Stadtrat nämlich, dass gemäss § 18 Abs. 1 GG sowie § 41 Abs. 2 VRG grundsätzlich er selber für den Entscheid zuständig sei, ob in einem Beschwerdeverfahren gegen Beschlüsse des GGR oder der Stimmbürger Beschwerdeentscheide an die nächste Instanz weitergezogen werden sollen. Diese Auslegung sei falsch. Der Stadtrat sei Exekutive und damit Vollzugsbehörde der Beschlüsse des GGR und der Stimmbürger. Soweit solche Beschlüsse vom Regierungsrat oder vom Verwaltungsgericht beanstandet

würden, müsse der GGR in Kenntnis gesetzt und ihm die Möglichkeit geboten werden, über einen allfälligen Weiterzug oder die Anerkennung des Urteils neu zu beschliessen. Die Meinung des Stadtrates, wonach der GGR bereits mit der Beschlussfassung über die Zonenplanung hätte entscheiden müssen, wer in einem allfälligen Beschwerdeverfahren die Vertretung der Stadt wahrzunehmen habe, widerspreche dem klaren Wortlaut von § 18 Abs. 2 GG. Wäre dies der Fall, müsste sich der GGR bei jedem Beschluss überlegen, wie bei einer allfälligen Beschwerde vorzugehen sei und entsprechend darüber beschliessen. Paragraph 18 Abs. 2 GG sage deutlich, dass dann die Vertretung anders geordnet werden könne, wenn gegen einen Beschluss Beschwerde geführt werde. Damit sei aber klargestellt, dass der GGR nicht zum voraus – quasi präventiv – solche Entscheide fällen müsse, sondern abwarten könne, bis eine Beschwerde erhoben werde. Voraussetzung dafür, dass der GGR diese Kompetenz auch wahrnehmen könne, sei jedoch eine entsprechende Information durch den Stadtrat.

D. Mit Stellungnahme vom 7. April 1998 beantragte der Stadtrat von Zug, die Aufsichtsbeschwerde sei abzuweisen, soweit mehr verlangt werde als die umgehende Information des Büros des GGR über hängige und eingereichte Beschwerden gegen Beschlüsse des GGR.

Zur Begründung bringt der Stadtrat im wesentlichen folgendes vor: Für die vorliegende Fragestellung bestehe eine durchaus klare, eindeutige und zweckmässige Regelung. Gemäss § 41 Abs. 2 VRG stehe zur Wahrung öffentlicher Interessen das Beschwerderecht den zuständigen Gemeinderäten (gemeint sind die Exekutiven) zu. Das Gemeindegesetz lege damit übereinstimmend in § 18 fest, dass im Beschwerdeverfahren die Gemeinde vom Gemeinderat vertreten werde. Damit würden dem Stadtrat eigenständige und umfassende Vertretungsbefugnisse zugewiesen, die grundsätzlich auch Geltung hätten in Beschwerdeverfahren, die Beschlüsse von Parlament und Volk betrafen. Etwas anderes gelte nur dann, wenn bei Beschwerden gegen parlamentarische Beschlüsse der GGR im Einzelfall etwas anderes beschlossen habe. Der GGR habe die Vertretungsbefugnis in solchen Verfahren bislang nie anders geregelt. Eine Ausnahme bestehe einzig bei der Beschwerde von Daniel Brunner gegen einzelne Bestimmungen der neuen Geschäftsordnung. Dies erscheine auch als richtig, da hier parlamentsinterne Fragen der Redeordnung und des Abstimmungsverfahrens zur Diskussion stünden. Dass, ohne anderslautenden Entscheid des GGR im Einzelfall, der Stadtrat die Einwohnergemeinde Zug in Beschwerdeverfahren vertrete, erscheine auch sachlich als richtig. Diese Aufgabe müsse schon aus praktischen Gründen von einer Behörde wahrgenommen werden, die zur Wahrung von Fristen rasch tagen und entscheiden könne. Zudem sei der Stadtrat das geeignetere Gremium, um eine rechtliche Beurteilung vorzunehmen und die Fragen von Prozesschancen und -risiken abzuwägen. Solche Fragen sollten grundsätzlich nicht öffentlich in einem vierzigköpfigen Gremium debattiert

werden. Es sei deshalb wenig sinnvoll, die bewährte gesetzliche Regelung, die bisher stets praktiziert und vom Parlament akzeptiert worden sei, zu ändern.

E. Auf die weiteren Ausführungen der Beteiligten ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

Erwägungen:

I.

1. Gemäss § 52 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) kann jedermann die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen eine untere Verwaltungsbehörde von Amtes wegen erfordern. Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei, und eine Pflicht zur Begründung von aufsichtsrechtlichen Entscheiden besteht nicht (Abs. 2 und 4). Die Art der Erledigung ist dem Anzeiger jedoch mitzuteilen (Abs. 3). Eine Beschwerdefrist braucht nicht eingehalten zu werden (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 76). Ebensovienig muss eine anfechtbare Verfügung vorliegen (vgl. Weiss, a.a.O.; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, Rz. 1428; Imboden/Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Nr. 145 B IIb).

2. a) Nach § 52 Abs. 1 VRG ist Aufsichtsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu führen. Als Aufsichtsbehörden im Sinne dieser Bestimmung kommen grundsätzlich nur Verwaltungsbehörden in Frage (vgl. Weiss, a.a.O., S. 77; vgl. auch Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 1430), nicht jedoch Gerichte oder Parlamente. Vorliegend wird mittels Aufsichtsbeschwerde ein angebliches Fehlverhalten des Stadtrates von Zug gerügt. Da der Stadtrat die oberste Exekutiv- bzw. Verwaltungsbehörde der Einwohnergemeinde Zug ist, gibt es für diesen Fall keine Aufsichtsbehörde auf kommunaler Ebene. Es muss deshalb die Verbandsaufsicht des Kantons über die Gemeinden zum Tragen kommen.

b) Gemäss § 33 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesezt, GG; BGS 171.1) steht die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden dem Regierungsrat zu. Die Zuständigkeit für die Behandlung der vorliegenden Eingabe liegt folglich beim Regierungsrat. Dieser hat somit die Aufsichtsbeschwerde von Leo Granzio an die Hand zu nehmen.

II.

1. Gemäss § 37 GG besteht für die Aufsichtsbehörde nur dann Handlungsbedarf, wenn sie einen Missstand in der Gemeindeverwaltung oder

eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben feststellt. Mit anderen Worten ist einer Aufsichtsbeschwerde – entsprechend der Funktion des Aufsichtsrechtes und mit Rücksicht auf die Autonomie der Gemeinden – nur Folge zu geben bei Verletzung klaren materiellen Rechts, bei Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen (vgl. H.R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2. Auflage, Wädenswil 1991, Vorb. §§ 141 – 150 N 8.5; vgl. für das zugerische Recht auch die sinngemässen Ausführungen von Marco Weiss, a.a.O., S. 76). Demgegenüber steht der Aufsichtsbehörde keine umfassende Prüfungsbefugnis zu. Insbesondere genügt es für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten nicht, dass die Aufsichtsbehörde gegenüber einer mit guten Gründen vertretbaren Rechtsauffassung der Gemeindeorgane einer andern Auslegung des Gesetzes den Vorzug geben würde (vgl. Thalman, a.a.O.).

2. a) Unbestritten ist, dass gestützt auf § 18 Abs. 1 GG grundsätzlich der Stadtrat die Einwohnergemeinde Zug in Beschwerdeverfahren zu vertreten hat, die gegen diese bzw. gegen deren Entscheide gerichtet sind. Ebenfalls Einigkeit besteht bei den im vorliegenden Verfahren Beteiligten darüber, dass der GGR gestützt auf § 18 Abs. 2 GG die Vertretung anders ordnen kann, wenn Beschwerde gegen einen seiner eigenen Beschlüsse geführt wird. Darüber hinaus stimmen die Beteiligten offenbar aber auch darin überein, dass der GGR bei Beschwerden gegen seine eigenen Beschlüsse nicht nur über die Art der Vertretung beschliessen kann, sondern auch darüber, ob ein den angefochtenen GGR-Beschluss aufhebender Beschwerdeentscheid an die nächsthöhere Rechtsmittelinstanz weitergezogen werden soll oder nicht.

b) Streitig ist somit einzig die Frage, wann bzw. bis zu welchem Zeitpunkt der GGR von seiner Befugnis, die Vertretung anders zu ordnen, Gebrauch machen darf. Der Stadtrat scheint hier den Rechtsstandpunkt einzunehmen, der GGR müsse eine solche abweichende Vertretung bereits im Rahmen der Beschlussfassung über die Hauptsache anordnen. Demgegenüber vertritt der Aufsichtsbeschwerdeführer die Auffassung, ein solcher GGR-Beschluss müsse jederzeit möglich sein. Wie bereits die einlässlich begründeten Eingaben der Verfahrensbeteiligten zeigen, erweist sich die vorliegende Fragestellung als kontroverse. Ein Grund dafür dürfte im Umstand liegen, dass weder der Wortlaut des Gesetzes noch die Gesetzesmaterialien ohne weiteres eine eindeutige Antwort zulassen. Dementsprechend erscheint sowohl die Gesetzesauslegung des Stadtrates als auch diejenige des Aufsichtsbeschwerdeführers zumindest nicht als abwegig. Von einer Verletzung klaren materiellen Rechts, einer Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder einer Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen seitens des Stadtrates kann bei dieser Rechtslage aber nicht gesprochen werden. Der Aufsichtsbeschwerde von Leo Granzio ist deshalb keine Folge zu geben.

c) Immerhin sei im vorliegenden Zusammenhang auf den Umstand hingewiesen, dass die Frage, ob ein Beschwerdeentscheid angefochten werden

soll oder nicht, in der Regel erst nach Kenntnisnahme der Entscheidungsbegründung schlüssig beantwortet werden kann. Überdies ist es durchaus möglich, dass Verhältnisse, die eine von der Regel abweichende Rechtsvertretung nahelegen, erst im Verlauf des Verfahrens eintreten. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, eine andere Vertretung müsse auch noch zu einem späteren Zeitpunkt als demjenigen der Beschlussfassung des GGR über die Hauptsache angeordnet werden können. In diese Richtung zielt im übrigen auch ein Votum des Vorsitzenden der seinerzeitigen vorberatenden Kommission des Kantonsrates betreffend die Totalrevision des Gemeindegesetzes (vgl. Protokoll der 1. Sitzung vom 6. März 1979, S. 29). Danach erklärte dieser, bei § 18 Abs. 2 GG handle es sich um eine Ausnahmeregelung, z.B. für den Fall von Interessenkollisionen; ein solcher ausserordentlicher Vertreter müsse an der nächsten Versammlung bestimmt werden.

d) Sollte der GGR die Vertretung in Rechtsmittelverfahren gegen seine eigenen Beschlüsse jederzeit anders ordnen können, wäre er darauf angewiesen, vom Stadtrat jeweils über den Stand des Verfahrens orientiert zu werden. Indem der Stadtrat lediglich beantragt, die Aufsichtsbeschwerde sei abzuweisen, soweit mehr verlangt werde als die umgehende Information des Büros des GGR über hängige und eingereichte Beschwerden gegen GGR-Beschlüsse, erklärt er sich implizit zu einer derartigen Orientierung bereit. In denjenigen Fällen, in denen der GGR aus organisatorischen Gründen nicht in der Lage wäre, rechtzeitig zu handeln (z.B. bei Rechtsmittelfristen), hätte der Stadtrat vorsorglich alle diejenigen Vorkehren zu treffen, die notwendig wären, um dem GGR die grösstmögliche Freiheit beim Entscheid über das weitere Vorgehen zu belassen. In bezug auf Beschwerdeentscheide gegen GGR-Beschlüsse würde dies bedeuten, dass der Stadtrat vorsorglich die dagegen zulässigen Rechtsmittel ergreifen müsste.

(RRB, 20. Oktober 1998)

§§ 1 Ziff. 2, 17 Abs. 1, 75, 81 GG; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 25, 28 Abs. 2, 44, 49 VRG. – Behandlung einer Interpellation in der Gemeindeversammlung; Diskussion und Wortentzug. – Formelles (E. I): Auch Gemeindeversammlungsbeschlüsse verfahrensrechtlicher Art können angefochten werden (E. 1); Weitere Eintretensfragen (E. 2). – Materielles (E. II): Gemeindeversammlungsbeschlüsse können nur wegen Rechtsverletzung (materiell- und formellrechtlicher Art) angefochten werden (E. 1); Verhandlungsordnung nach § 75 GG (E. 2); Eine Interpellation dient nur dazu, der Exekutive Fragen zu Verwaltungsangelegenheiten zu stellen. Mit der Beantwortung der Fragen ist eine Interpellation grundsätzlich erledigt. Es fehlt das Bedürfnis für eine Diskussion zwecks Willensbildung für eine Beschlussfassung. (E. 3); Die Verhandlungsordnung nach § 75 GG ist deshalb auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Nachdem eine Diskussion abgelehnt und dem Beschwer-

deführer nur die Möglichkeit eingeräumt wurde, sich zu äussern, ob er von der Interpellationsantwort befriedigt sei oder nicht, ist die Beschwerde unbegründet (E. 4); Zusammenfassung, Kosten und Entschädigungen (E. 5)

Sachverhalt:

A. Am 25. Mai 1998 fand in der Bürgergemeinde Zug eine Gemeindeversammlung statt, an welcher der Bürgerrat unter Traktandum Nr. 8 eine Interpellation von Beat Holdener betreffend die Abstimmungsvorlage über die künftige Nutzung des Kapuzinerklosters zu beantworten hatte. Nachdem der Bürgerpräsident mit seinen diesbezüglichen Ausführungen zu Ende war, erteilte er Beat Holdener das Wort, damit dieser erklären könne, ob er von der Antwort des Bürgerrates befriedigt sei oder nicht. Beat Holdener erklärte sich von der Antwort des Bürgerrates nicht befriedigt und begann daraufhin, zu jeder Fragestellung einzeln zu replizieren. Nach einiger Zeit wurde aus der Mitte der Versammlung der Antrag gestellt, die Diskussion sei abzubrechen, weil die Bürgerschaft noch gar keine Kenntnis vom Wortlaut der Abstimmungserläuterungen habe. Dieser Antrag wurde in der nachfolgenden Abstimmung von der Versammlung mit 65 zu 58 Stimmen gutgeheissen, worauf der Bürgerpräsident Beat Holdener das Wort entzog.

B. Mit Eingabe vom 2. Juni 1998 beschwerte sich Beat Holdener, Oberaltstadt 8, Zug, im folgenden "Beschwerdeführer" genannt, beim Regierungsrat über das unter Bst. A vorstehend dargestellte Vorgehen. Dabei beantragte er, es sei festzustellen, dass die Verhandlungsführung nicht den Vorschriften des Gemeindegesetzes entsprochen habe, und der Bürgerrat der Stadt Zug sei zu ermahnen, künftig die Vorschriften über die Verhandlungsordnung der Bürgergemeinde einzuhalten.

Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer im wesentlichen folgendes vor: Im Anschluss an die Interpellationsbeantwortung habe man ihm das Wort zur Diskussion erteilt. Nach wenigen Sätzen sei er jedoch von einem Mitbürger unterbrochen worden, der einen Antrag auf Schluss der Beratungen habe stellen wollen. Der Bürgerrat habe sofort über den Antrag abstimmen lassen, wobei dieser mit knappem Mehr bei zahlreichen Enthaltungen angenommen worden sei. Es sei ihm (dem Beschwerdeführer) daraufhin das Wort entzogen worden, und er habe sein Votum nicht mehr beenden können, obwohl keine Redezeitbeschränkung verfügt worden sei und er lediglich Ausführungen zum Inhalt der Interpellationsantwort gemacht habe. Der Bürgerrat habe damit gegen § 75 Abs. 3 des Gemeindegesetzes verstossen, der besage, dass noch zur Sache sprechen könne, wer das Wort vor der Abstimmung über den Schluss der Beratung verlangt habe oder noch verlange. Diese Beschränkung der gesetzlich verankerten demokratischen Rechte sei umso bedenklicher, als dies im vorliegenden Fall die einzige Möglichkeit gewesen sei, zur bevorstehenden Abstimmung vom 28. Juni vom Bürgerrat verbindliche Auskünfte zu verlangen.

C. Mit Vernehmlassung vom 23. Juni 1998 beantragte der Bürgerrat der Stadt Zug, die Beschwerde sei abzuweisen.

Zur Begründung bringt der Bürgerrat im wesentlichen folgendes vor: Der Beschwerdeführer gehe von falschen gesetzlichen Grundlagen aus. Die Interpellation habe nicht auf der Traktandenliste gestanden, habe dies auch nicht gekannt, da sie erst zehn Tage vor der Gemeindeversammlung eingereicht worden sei. Paragraph 81 des Gemeindegesetzes besage, dass die Stimmberechtigten zu ausserhalb der auf der Traktandenliste stehenden Geschäfte Fragen stellen und Auskünfte über die Tätigkeit der Gemeindebehörden (...) verlangen könnten. Das Gesetz lasse die Frage offen, ob über eine Interpellation an der Gemeindeversammlung diskutiert werde, im Gegensatz z.B. zur Verfahrensordnung für den Kantonsrat oder den Grossen Gemeinderat. Mit der Beantwortung sei die Interpellation grundsätzlich erledigt. Somit könne § 75 Gemeindegesetz nicht herangezogen werden. Ferner sei festzuhalten, dass – obschon keine Diskussion hätte geführt werden müssen – der Bürgerpräsident dem Beschwerdeführer das Wort trotzdem überlassen habe. Nicht zutreffend sei dagegen, dass ihm bereits nach wenigen Sätzen das Wort wieder entzogen worden sei. Der Beschwerdeführer sei mittlerweile bei der vierten Frage (von sechs) seiner Interpellation angelangt gewesen, als ein Mitbürger den Diskussionsabbruch beantragt habe, mit der Begründung, die Diskussion beziehe sich auf eine Vorlage (bzw. einen Entwurf dazu), die gar noch nicht im Besitz der Bürger sei. Der Beschwerdeführer habe den zum Diskussionsabbruch führenden Beschluss akzeptiert, ohne dagegen an der Versammlung zu opponieren.

D. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

Erwägungen:

I.

1. Gemäss § 17 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesetz, GG; BGS 171.1) sowie nach § 49 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) können Gemeindeversammlungsbeschlüsse und Beschlüsse des Grossen Gemeinderates mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden. Gemäss § 49 Abs. 2 VRG kommen dabei die Vorschriften über die Verwaltungsbeschwerde sinngemäss zur Anwendung mit folgenden für die Eintretensfrage massgeblichen Abweichungen: Die Beschwerdefrist beträgt acht Tage, und der Fristenlauf beginnt bei Gemeindeversammlungsbeschlüssen mit dem auf die Beschlussfassung folgenden Tag (Ziff. 1). Neben den in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffenen ist jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt (Ziff. 2). In inhaltlicher Hinsicht enthält das Gesetz keine Vorschriften, welche die Anfechtbarkeit eines Gemeindebeschlusses

einschränken würden. Bei dieser Rechtslage ist davon auszugehen, dass sowohl Beschlüsse mit materiellem Inhalt als auch solche verfahrensrechtlicher Art – sofern es sich nicht um blosser Zwischenentscheide handelt – angefochten werden können (vgl. zum in der vorliegenden Frage gleichlautenden zürcherischen Recht: Simon Andreas Trippel, Gemeindebeschwerde und Gemeinderekurs im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1988, S. 64 ff.).

2. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss der Bürgergemeindeversammlung der Stadt Zug, die Geschäftsbehandlung über die fragliche Interpellation abbrechen und dem Beschwerdeführer dementsprechend das Wort zu entziehen. Weil dieser Beschluss zur endgültigen Erledigung des Geschäftes führte, liegt nicht ein blosser Zwischenentscheid vor, sondern ein grundsätzlich anfechtbarer Endentscheid. Nach § 1 Ziff. 2 GG handelt es sich bei den Bürgergemeinden um Gemeinden im Sinne des Gemeindegesetzes. Angefochten ist somit ein Gemeindebeschluss im Sinne von § 17 Abs. 1 GG bzw. im Sinne von § 49 Abs. 1 VRG. Die vom Beschwerdeführer getroffene Rechtsvorkehr erweist sich demzufolge als zulässig. Ebenso ist die Beschwerdefrist gewahrt: Der angefochtene Beschluss wurde an der Bürgergemeindeversammlung vom 25. Mai 1998 gefasst. Die achttägige Beschwerdefrist begann folglich am 26. Mai 1998 zu laufen und endigte am 2. Juni 1998. Mit persönlicher Übergabe am 2. Juni 1998 (vgl. Eingangsvermerk der Staatskanzlei) erweist sich die Beschwerde daher als rechtzeitig. Adressat der Beschwerdeschrift ist der Regierungsrat; die Beschwerde wird damit auch bei der zuständigen Instanz erhoben (vgl. §§ 17 Abs. 1 GG und 49 Abs. 1 VRG). Überdies ist der Beschwerdeführer stimmberechtigter Bürger der Stadt Zug und als solcher zur Beschwerdeerhebung befugt. Die Beschwerdeschrift erfüllt schliesslich auch die formellen Anforderungen gemäss § 44 VRG. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

II.

1. Gemäss § 49 Abs. 2 Ziff. 3 VRG können Gemeindebeschlüsse nur wegen Rechtsverletzung angefochten werden. Keinen Beschwerdegrund stellt dagegen die Unzweckmässigkeit bzw. die blosser Unangemessenheit eines Beschlusses dar (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 193). Hinsichtlich seines Inhalts ist ein Gemeindebeschluss rechtsverletzend, wenn er gegen materielles eidgenössisches oder kantonales Recht verstösst oder wenn ihm gemeindliche Gesetze und Verordnungen entgegenstehen, es sei denn, er ändere das bestehende kommunale Recht in dem dafür vorgesehenen Verfahren ab (vgl. Weiss, a.a.O., S. 193). Daneben können aber auch formellrechtliche Mängel des Beschlusses gerügt werden (vgl. Weiss, a.a.O.). Der Beschwerdeführer bringt in dieser Hinsicht vor, die Versammlung habe gegen § 75 Abs. 3 GG verstossen, indem sie ihm das Wort entzogen habe, obwohl keine Redezeitbeschränkung beschlossen worden sei und er zur Sache gesprochen

habe. Der Beschwerdeführer rügt somit sinngemäss, mit dem angefochtenen Beschluss werde kantonales Verfahrensrecht verletzt.

2. Nach § 75 Abs. 1 GG eröffnet der Gemeindepräsident die freie Beratung und erteilt jedem Anwesenden das Wort in der Reihenfolge, in der es verlangt wird. Sind zahlreiche Wortbegehren gestellt, kann der Präsident die Redezeit beschränken. Eine Beschränkung der Redezeit gilt nicht für die Berichterstatter des Gemeinderates (Abs. 2). Über einen Antrag auf Schluss der Beratung wird ohne Diskussion unverzüglich abgestimmt. Wer das Wort vor der Abstimmung verlangt hat oder noch verlangt, kann zur Sache noch sprechen (vgl. Abs. 3). Der Präsident kann einem Redner nach erfolgter Mahnung das Wort entziehen, wenn dieser offensichtlich nicht zur Sache oder ungebührlich spricht (Abs. 4). Diese Vorschriften stehen unter dem Marginale "Verhandlungsordnung". Sie enthalten Regeln, die den Ablauf der Beratungen über einen Verhandlungsgegenstand in der Gemeindeversammlung festlegen. Implizit wird damit aber vorausgesetzt, dass solche Beratungen überhaupt stattzufinden haben. Ob dies auf den vorliegenden Fall zutrifft, ist nachstehend zu prüfen.

3. Beim fraglichen Gemeindeversammlungsgeschäft handelt es sich um die Antwort zu einer vom Beschwerdeführer eingereichten Interpellation. Mittels Interpellation im Sinne von § 81 GG können die Stimmberechtigten dem Gemeinderat Fragen ausserhalb der auf der Traktandenliste stehenden Geschäfte stellen und Auskünfte über die Tätigkeit der Gemeindebehörden, der öffentlich-rechtlichen Anstalten oder anderer mit gemeindlichen Aufgaben betrauter Personen verlangen, soweit hierfür ein öffentliches Interesse besteht (Abs. 1). Werden solche Anfragen spätestens zehn Tage vor der Gemeindeversammlung schriftlich dem Gemeinderat eingereicht, sind sie sofort zu beantworten. Bei kurzfristigeren Anfragen steht dem Gemeinderat die sofortige Beantwortung frei (Abs. 2). Das Instrument der Interpellation im Sinne von § 81 GG dient somit nur – aber immerhin – dazu, der Exekutive Fragen zu Verwaltungsangelegenheiten zu stellen. Mit der Beantwortung der gestellten Fragen ist eine Interpellation deshalb regelmässig erledigt. Insbesondere kann der Sinn des Interpellationsrechts nicht darin liegen, mit Hilfe dieses Instrumentes der Gemeindeversammlung gegen deren Willen eine Diskussion zu einem nicht traktandierten Geschäft aufzuzwingen. Weil zu einer Interpellation kein (materieller) Beschluss zu fassen ist, besteht im übrigen auch kein Bedürfnis für eine Diskussion zwecks Willensbildung im Hinblick auf eine Beschlussfassung. Dementsprechend ist in § 81 GG eine Diskussion nicht vorgesehen. Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass im Anschluss an eine Interpellationsbeantwortung in der Gemeindeversammlung grundsätzlich keine Diskussion geführt wird.

4. Verschiedenenorts entspricht es indessen der Usanz, die Anwesenden anzufragen, ob eine Diskussion gewünscht werde, und die Versammlung – sofern ein solcher Wunsch geäussert wird – einen entsprechenden Beschluss

fassen zu lassen. Im vorliegenden Fall ist letzteres jedoch nicht geschehen; im Gegenteil lehnte die Versammlung eine Diskussion ausdrücklich ab. Angesichts der Begründung des zur Beschlussfassung führenden Antrages kann der angefochtene Beschluss jedenfalls nicht anders verstanden werden: Da die Bürgerinnen und Bürger über den Gegenstand der Interpellation gar nicht im Bilde waren, erschien es ihnen offensichtlich als verfehlt, eine Diskussion darüber zu führen. Unter diesen Umständen fand aber vorliegend gar keine Diskussion, und damit auch keine "freie Beratung" im Sinne von § 75 GG statt. Es verbleibt deshalb kein Raum für eine Verhandlungsordnung, die sich nach § 75 GG zu richten hätte; diese Bestimmung wurde denn auch folgerichtig gar nicht angewendet. Der Beschwerdeführer vermag somit aus § 75 Abs. 3 GG nichts für seinen Rechtsstandpunkt ableiten. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage hatte er insbesondere keinen Anspruch darauf, sein Votum zu Ende führen zu dürfen; im Gegenteil hätte ihm das Wort überhaupt nicht erteilt werden müssen. Dass ihm der Bürgerpräsident dennoch die Möglichkeit einräumte, kurz zu erklären, ob er von der Interpellationsantwort befriedigt sei oder nicht, ist ein Entgegenkommen, aus dem der Beschwerdeführer keine besonderen Rechte für sich ableiten kann. Unter diesen Umständen ist der angefochtene Beschluss jedoch nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist deshalb abzuweisen.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Anschluss an eine Interpellation in der Gemeindeversammlung grundsätzlich keine Diskussion stattfindet. Auch im vorliegenden Fall verhielt es sich damit nicht anders. Der Beschwerdeführer vermag sich deshalb nicht mit Erfolg auf § 75 Abs. 3 GG zu berufen. Er hatte somit keinen Anspruch darauf, sein Votum zur Sache noch zu Ende zu führen. Die Beschwerde erweist sich folglich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. – Bei diesem Ausgang des Verfahrens hätte der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (vgl. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Nach § 25 VRG können jedoch in besonderen Fällen, vorab wenn die Parteien an einer Streitsache nicht wirtschaftlich interessiert sind oder wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitfrage es rechtfertigt, die Kosten herabgesetzt oder ganz erlassen werden. Vorliegend sind beide Voraussetzungen erfüllt. Es erscheint daher als angezeigt, auf die Erhebung von Kosten zu verzichten. Die Zusprecherung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht; an den Beschwerdeführer deshalb, weil er im vorliegenden Verfahren unterlegen ist (vgl. § 28 Abs. 2 VRG e contrario) und an die Bürgergemeinde Zug deshalb, weil sie in Ausübung ihrer obrigkeitlichen Funktion und nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt ist (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 1981/82, S. 114).

(RRB, 3. November 1998)

§§ 17 Abs. 1, 72 Abs. 1 und 3, 74, 75 Abs. 1, 76 GG; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, § 28 Abs. 2, 44, 49 Abs. 1 und 2 VRG; Art. 85 Bst. a BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110). – Genehmigung des Projektierungskredites für den Neubau der Oberstufenanlage Sennweid, Baar, durch die Gemeindeversammlung. – Formelles/Eintreten (E. I): Anfechtbarkeit und Legitimation (E. 1 sowie 2a und c); Vorsorgliche Anfechtung vor der Durchführung der Gemeindeversammlung wegen angeblicher Mängel in der Vorbereitung der Abstimmung (Zulässigkeit bejaht): Voraussetzungen, insbesondere Frist (E. 2b). – Materielles (E. II): Kognition des Regierungsrates (E. 1); Inhalt und Würdigung des gemeinderätlichen Berichtes zuhanden der Gemeindeversammlung (E. 2 – 4); Hinreichende Kenntnisse der Gemeindeversammlung (E. 5). – Kosten und Entschädigungen (E. III)

Sachverhalt:

A. Für den 13. Juni 1996 war die Versammlung der Einwohnergemeinde Baar vorgesehen. Für diese waren gemäss Bericht und Antrag des Gemeinderates vier Geschäfte traktandiert. Unter Traktandum Nr. 2 beantragte der Gemeinderat folgendes:

1. Für die Projektierung des Oberstufenschulhauses Sennweid (Energiekonzept: Gasheizzentrale) mit einer Turnhalle und einer Bereitstellungsanlage sei ein Projektierungskredit von Fr. 1'380'000.- zu bewilligen.
2. Der Gemeinderat sei zu beauftragen, anstelle der Gasheizzentrale eine Holzschnittelheizung mit Schnitzelsilo vorzusehen. Für die Projektierung sei somit ein zusätzlicher Projektierungskredit von Fr. 30'000.- zu bewilligen.
3. Der Gemeinderat sei zu ermächtigen, mit den Architekten Müller + Straub Partner AG, Baar, sowie mit den Fachingenieuren und Spezialisten die erforderlichen vertraglichen Abmachungen zu treffen.

B. Am 3. Juni 1996 erhoben R. A. und P. A., nachfolgend Beschwerdeführer genannt) sowie U. A., alle vertreten durch lic. iur. M., Rechtsanwalt, Zug, beim Regierungsrat Beschwerde gegen den Gemeinderat Baar mit folgenden Anträgen:

- 1.1 Es sei der Gemeinderat von Baar anzuweisen, das Traktandum 2 der Einwohnergemeindeversammlung vom 13. Juni 1996 (Projektierungskredit für den Neubau der Oberstufenschule Sennweid) von der Traktandenliste abzusetzen und die entsprechende Abstimmung zu verschieben.
- 1.2 Die unter Ziff. 1.1 beantragten Massnahmen seien superprovisorisch zu erlassen.

2. Eventuell, im Falle der Durchführung der Abstimmung und Gutheissung des Projektierungskredits für den Neubau der Oberstufenschule Sennweid, sei diese Abstimmung aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

Zur Begründung lassen die Beschwerdeführer im wesentlichen folgendes vorbringen:

Der Abstimmung über das Traktandum Nr. 2 betreffend Projektierungskredit für den Neubau der Oberstufenschule Sennweid komme präjudizielle Wirkung zu, da zum einen das Projekt, wie es heute bekannt sei, als reines Oberstufenschulhaus ausgearbeitet werde, und zum anderen damit die Verwirklichung eines Primarschulhauses am gleichen Standort verunmöglicht werde, wie sich auch aus der Abstimmungsvorlage ergebe. Der Antrag und Bericht des Gemeinderates stelle für die Stimmberechtigten die wesentliche, wenn nicht gar einzige Möglichkeit dar, sich über die Abstimmungsvorlage zu orientieren. Insbesondere bei solchen Bauvorhaben seien die Stimmberechtigten darauf angewiesen, vom Gemeinderat umfassend, sachlich und objektiv informiert zu werden. Diesen Anforderungen genüge die Abstimmungsvorlage nicht. In der Abstimmungsvorlage werde die im Auftrag der Baudirektion erstellte Einwohner- und Arbeitsplatzprognose vom Januar 1995 mit keinem Wort erwähnt, obwohl diese auf neueren Erhebungen basiere als die Planungsgrundlagen der Gemeinde Baar und diese Planungsgrundlagen nicht nur relativiere sondern zum Teil ins Gegenteil verkehre. Unter anderem werde in der Abstimmungsvorlage ein falsches Bild von den langfristig zu erwartenden Schülerzahlen gezeichnet, und dem Aspekt der Altersstruktur würde keinerlei Bedeutung beigemessen. Auch an der Art und Weise, wie die zukünftigen Schülerzahlen prognostiziert würden, bestünden erhebliche Fragezeichen. Auf der Primarstufe werde mit Klassengrössen gerechnet, welche die vom Kanton vorgegebenen Richtzahlen zum Teil massgeblich unterschreiten würden. Bei der Berechnung der Schülerzahlen für die Oberstufe werde der zahlenmässige Übertritt in die Sekundar- und Realschule viel zu grosszügig berechnet. Die gegenüber früher kleineren Richtzahlen für die Klassengrösse würden schon jahrelang gelten, würden aber unzulässigerweise als neues Argument für die Zukunft verwendet. Die vom Bundesgericht geforderte freie Meinungsbildung sei im vorliegenden Fall offensichtlich unmöglich, da der einzelne Stimmbürger nicht im Besitz des Berichts zur Schulraumplanung sei, so dass er diesen kritisch analysieren könnte. Es wäre Aufgabe des Gemeinderates gewesen, die neuen Prognosen der Baudirektion in die Erwägungen miteinzubeziehen. Die wesentliche Tatsache, dass die bisherige Baarer Schulraumplanung durch die neue Prognose des Kantons in Frage gestellt sei, werde unterdrückt. Ein falsches Bild entstehe zudem, indem bei allen Berechnungen tendenziell von mehr Klassen und grösseren Schülerzahlen ausgegangen werde, als sich

tatsächlich belegen lasse. Die Gefahr der Verfälschung des Abstimmungswilens sei unverkennbar. Die aufgezeigten Mängel in der Abstimmungsvorlage hätten einen direkten Einfluss auf das Stimmverhalten der Bürgerinnen und Bürger. Infolge der Bedeutung der gerügten Mängel wäre es im Falle einer Durchführung der Abstimmung auch nicht sehr wesentlich, mit welchem Stimmenunterschied die Vorlage allenfalls angenommen würde. Selbst bei einem Stimmenunterschied von mehr als 10 % wäre die Abstimmung zu wiederholen, da die vorliegende Abstimmungsvorlage ein grosses Beeinflussungspotential enthalte. Würde nämlich die Argumentation des Gemeinderates in der Abstimmungsvorlage übernommen, fiel es schwer, Gegenargumente gegen den Projektierungskredit zu finden. Dem einzelnen Stimmbürger sei es kaum möglich, die plausibel dargestellte Entwicklung des Schulraumbedarfs zu hinterfragen, da ihm die Mittel dazu fehlen würden.

C. In seiner Vernehmlassung vom 7. Juni 1996 beantragte der Gemeinderat Baar:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführer.
2. Das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführer.
3. Die Beschwerde sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführer.

Zur Begründung wird insbesondere folgendes geltend gemacht: Gemäss Art. 49 Abs. 2 VRG sei eine Stimmrechtsbeschwerde erst nach der Abstimmung zulässig. Bei einer Abstimmung an einer Gemeindeversammlung sei nicht nur die vorbereitende schriftliche Information von Bedeutung, sondern gemäss § 74 Gemeindegesetz auch die weiteren Aussagen und Detailinformationen an der Versammlung selber. Auch den Stimmbürgern stehe das Recht zu, der Versammlung eigene Informationen vorzutragen oder Fragen an den Gemeinderat zu richten. Daher könne vor der Gemeindeversammlung gar nicht festgestellt werden, ob eine objektiv falsche Information im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überhaupt gegeben sei, da die Information noch nicht abschliessend erfolgt sei. Der Vorwurf der Beschwerdeführer, die Stimmbürger würden über den Schulraumbedarf unrichtig orientiert, sei unhaltbar. Die Stimmbürger seien bereits mit dem Bericht zur Schulraumplanung zuhanden der Gemeindeversammlung vom 14. Dezember 1993 detailliert und mit allen Grundlagen informiert worden. Die angebliche Unrichtigkeit dieser Planung oder gar ein irreführender Inhalt werde von den Beschwerdeführern nicht nachgewiesen, sondern nur behauptet. Der Gemeinderat habe seine Schulraumplanung nicht auf die eher summarischen Prognosen der Studie der Baudirektion über die mut-

masslichen Entwicklungen der Einwohnerzahlen ausgerichtet, sondern auf Grund der effektiven Geburtenzahlen in der Gemeinde und der Zahl der Kinder im Erhebungszeitpunkt, einschliesslich deren Wohnortaufteilung nach Strassen, konkret verfasst, was einen unvergleichlich höheren Grad an Genauigkeit und Vorhersehbarkeit ergebe, als es nach den pauschalen Schätzungen im Bericht der Baudirektion möglich gewesen wäre. Die darauf gestützte Planung sei auch vom Erziehungsrat des Kantons Zug im Beschluss vom 24. Oktober 1994 als "sehr gründlich und umfassend" bezeichnet worden. Im Bericht der Baudirektion sei nach dem Szenario "Expansion" eine Entwicklung der Baarer Bevölkerung von 16'100 im Jahre 1990 auf 17'400 im Jahre 2000 vorhergesagt. Das "Expansiv"-Szenario sei jedoch bereits überholt, da Baar bereits am 30. April 1996 17'840 Einwohner gezählt habe. Es wäre geradezu irreführend, sich auf Prognosen zu stützen, die durch die Entwicklung überholt worden seien. Die von der Gemeinde erhobenen Daten seien wesentlich konkreter, genauer und - bis hin zu den Quartierverhältnissen - äusserst differenziert. Die Vorlage des Gemeinderates erfülle sämtliche Anforderungen an eine sachliche, objektive und wesentliche Information des Stimmbürgers. Die Behörde sei nicht gehalten, anderslautende Standpunkte oder Meinungen zu übernehmen, darzulegen oder gar zu teilen.

D. Mit Schreiben vom 11. Juni 1996 wies der Regierungsrat die Anträge der Beschwerdeführer gemäss den Ziffern 1.1 und 1.2 ab, da die Voraussetzungen für eine Verschiebung der Abstimmung über Traktandum Nr. 2 nicht erfüllt seien.

E. Am 13. Juni 1996 liess U.A. durch seinen Rechtsvertreter die Beschwerde, soweit sie ihn selber betrifft, zurückziehen.

F. Am 13. Juni fand die Gemeindeversammlung der Einwohnergemeinde Baar statt. Die Beschwerdeführer liessen durch lic. iur. S., Rechtsanwalt, mit ausführlicher Begründung beantragen, auf das Traktandum Nr. 2 nicht einzutreten und den Gemeinderat zu beauftragen, den längerfristigen Bedarf für die Oberstufe, die erforderliche Grösse eines Oberstufenschulhauses, dessen Bau- und Ausbaustandard und damit zusammenhängend dessen Kosten und die Möglichkeit, im Sinne einer Option später einmal auf dem Sennweidareal ein Primarschulhaus realisieren zu können, zu überprüfen und einer nächsten Gemeindeversammlung Bericht und Antrag zu stellen. Dieser Rückweisungsantrag wurde gemäss - noch nicht genehmigtem - Protokoll mit grosser Mehrheit abgelehnt. Ein zweiter Antrag von S., es sei die Projektierung des Oberstufenschulhauses so vorzunehmen, dass im Sinne einer Option auf dem Sennweidareal auch die spätere Erstellung eines Primarschulhauses gewährleistet wäre, wurde ebenfalls grossmehrheitlich abgelehnt. Die Anträge des Gemeinderates wurden gemäss - noch nicht genehmigtem - Protokoll ohne Gegenstimme gutgeheissen.

G. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

I.

1. Gemäss § 17 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindengesetz, GG; BGS 171.1) sowie nach § 49 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) können Gemeindeversammlungsbeschlüsse durch Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden. Dabei kommen gemäss § 49 Abs. 2 VRG die Vorschriften über die Verwaltungsbeschwerde sinngemäss zur Anwendung mit folgenden für die Eintretensfrage massgeblichen Abweichungen: Die Beschwerdefrist beträgt acht Tage, und der Fristenlauf beginnt bei Gemeindeversammlungsbeschlüssen mit dem auf den Beschluss folgenden Tag (Ziff. 1). Ausser den in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffenen ist jede stimmberechtigte Person zur Beschwerde befugt (Ziff. 2).

2. a) Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen einen Beschluss der Einwohnergemeinde Baar vom 13. Juni 1996. Angefochten ist somit ein Gemeindeversammlungsbeschluss im Sinne von § 17 Abs. 1 GG und § 49 Abs. 1 VRG. Gegen solche Beschlüsse ist die Beschwerde mithin grundsätzlich zulässig. Zuständig zur Behandlung der Beschwerde ist der Regierungsrat.

b) Die Gemeindeversammlung fand am 13. Juni 1996 statt. Die Beschwerde wurde am 3. Juni 1996, also noch vor der Gemeindeversammlung, der Staatskanzlei überbracht und enthält als Eventualbegehren unter Ziff. 2 den Antrag, im Fall der Durchführung der Abstimmung und Gutheissung des Projektierungskredits für den Neubau der Oberstufenschule Sennweid sei diese Abstimmung aufzuheben. Mithin ist zu prüfen, ob schon vor einer Gemeindeversammlung ein Beschluss vorsorglich angefochten werden kann, was vom Gemeinderat Baar bestritten wird.

Mit der vorliegenden Beschwerde werden nicht Mängel des Abstimmungsverfahrens an der Gemeindeversammlung selbst gerügt, sondern Mängel in der Vorbereitung der Abstimmung. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes besteht eine Pflicht, solche Mängel bei der Vorbereitung von Wahlen und Abstimmungen "sofort" zu rügen (vgl. BGE 121 I S. 139 mit Hinweisen). Diese Pflicht wurde vom Bundesgericht auch im Rahmen von Gemeindeversammlungsbeschlüssen bejaht (vgl. BGE 118 Ia 271 ff.). Zwar bezieht sich diese Rechtsprechung auf Stimmrechtsbeschwerden im Sinne von Art. 85 Bst. a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110) und findet auf kantonale Rechtsmittel – wie im vorliegenden Fall – nicht ohne weiteres Anwendung (vgl. BGE 118 Ia S. 275f.). Auch der Regie-

rungsrat geht jedoch in seiner Rechtsprechung zu Beschwerden gegen Wahlen und Abstimmungen an der Urne von einer Pflicht zur sofortigen Rüge von Mängeln bei der Vorbereitung von Wahlen und Abstimmungen aus (vgl. Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, GVP, 1991/92, S. 282 E. 2; GVP 1989/90, S. 157f.). Bei Gemeindeversammlungen schliesslich wird in der regierungsrätlichen Rechtsprechung ebenfalls eine Pflicht zur sofortigen Rüge von Mängeln im Abstimmungsverfahren noch während der Versammlung angenommen (vgl. GVP 1987/88, S. 178). Mithin ist das Erfordernis der unverzüglichen Beschwerdeführung gegen fehlerhafte Vorbereitungshandlungen zu Wahlen oder Abstimmungen an der Urne beziehungsweise an Gemeindeversammlungen auch für das kantonalzugerische Recht grundsätzlich zu bejahen (vgl. auch Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 193). Mangels einer Bestimmung über die Frist, innert welcher Vorbereitungshandlungen zu rügen sind, ist § 49 Abs. 2 Ziff. 1 VRG analog anzuwenden, wobei die Frist von acht Tagen in Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit dem Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels zu laufen beginnt, demnach am Tag nach der amtlichen Publikation gemäss § 72 Abs. 1 GG im Amtsblatt beziehungsweise nach dem Eintreffen des Berichts und Antrags des Gemeinderates nach § 72 Abs. 3 GG bei den Stimmberechtigten (vgl. BGE 121 I S. 6 f.). Die Gemeindeversammlung und die Traktandenliste wurde am 31. Mai 1996 im Amtsblatt publiziert. Mit der am 3. Juni 1996 eingereichten, gegen den Bericht und Antrag des Gemeinderates gerichteten Beschwerde ist die Rügefrist eingehalten. Dass mit der Beschwerde ein Eventualantrag verbunden ist auf Aufhebung der Abstimmung, falls die Abstimmung durchgeführt und der Projektierungskredit angenommen würde, steht der formellen Zulässigkeit der Beschwerde nicht entgegen. Denn dadurch, dass die Gemeindeversammlung den Projektierungskredit gutgeheissen hatte, ist das Eventualbegehren zum Hauptbegehren geworden (vgl. BGE 121 I S. 140 mit Hinweisen). Dies würde im übrigen selbst dann gelten, wenn kein solcher Eventualantrag gestellt worden wäre. Denn wird eine Abstimmung wegen Abweisung des Gesuchs um eine vorsorgliche Massnahme wegen beanstandeter Vorbereitungshandlungen durchgeführt, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die gegen solche Vorbereitungshandlungen gerichtete Beschwerde so zu verstehen, dass sinngemäss auch der Antrag auf Aufhebung der Abstimmung selber gestellt wird (vgl. BGE 113 Ia S. 50 mit Hinweisen). Zwar trifft die Feststellung des Gemeinderates Baar zu, dass die Gemeindeversammlung – im Gegensatz zur Urnenabstimmung – Gelegenheit zur freien Beratung bietet, an welcher gemäss § 75 Abs. 1 GG jede stimmberechtigte Person teilnehmen kann und die Stimmberechtigten zudem nach § 76 GG Änderungsanträge stellen können, so dass die Information der Stimmberechtigten vor der Gemeindeversammlung noch nicht abschliessend erfolgt ist. Die Beschwerdeführer haben jedoch durchaus ein Rechtsschutzinteresse daran, die behaupteten Mängel des gemeinderätlichen Berichts und die dadurch angeblich verursachte Ver-

letzung der Stimmfreiheit materiell überprüfen zu lassen. Die Tatsache, dass vor der Abstimmung nicht alle Mängel bekannt sein mochten, schadet der formellen Zulässigkeit des (Eventual-)Begehrens auf Aufhebung des Gemeindeversammlungsbeschlusses nicht. Denn das Beschwerdeverfahren bezieht sich lediglich auf die von den Beschwerdeführern geltend gemachten Mängel.

c) Die Beschwerdeführer sind Stimmbürger der Einwohnergemeinde Baar und somit zur Beschwerde berechtigt. Da der Rechtsvertreter ordnungsgemäss bevollmächtigt ist und sich die Beschwerde auch im Sinne von § 44 VRG als formgerecht erweist, ist mithin auf sie einzutreten.

d) Die Beschwerde von U.A. ist infolge Rückzugs als erledigt vom Protokoll abzuschreiben.

II.

1. Gemäss § 49 Abs. 2 Ziff. 3 VRG sind Gemeindeversammlungsbeschlüsse nur wegen Rechtsverletzung anfechtbar, nicht aber wegen Unangemessenheit. Gerügt werden können dabei auch formellrechtliche Mängel des Beschlusses (vgl. Marco Weiss, a.a.O., S. 193). In diesem Zusammenhang fällt das ungeschriebene verfassungsmässige Recht der Wahl- und Abstimmungsfreiheit in Betracht (vgl. Stephan Widmer, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, S. 78). Dieses Recht garantiert nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, welches nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (BGE 121 I S. 141 und S. 155 je mit Hinweisen, GVP 1983/84 S. 163). Die freie Willensäusserung der Stimmberechtigten kann unter anderem verletzt werden durch unvollständige, irreführende, nicht objektive oder falsche behördliche Erläuterungen einer Abstimmung (vgl. Christoph Hiller, Die Stimmrechtsbeschwerde, Diss. Zürich 1990, S. 117; vgl. auch BGE 121 I 255f. mit Hinweisen; Bundesgerichtsentscheid vom 26. Mai 1995, zitiert in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 97/1996 Nr. 5, S. 233 ff. insb. S. 236 f. mit Hinweisen). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die Behörde verpflichtet ist, in den amtlichen Erläuterungen objektiv zu informieren und die Stimmberechtigten über Zweck und Tragweite einer Vorlage richtig zu orientieren, bezieht sich auf Urnenabstimmungen. Im vorliegenden Fall handelt es sich indessen um einen an der Gemeindeversammlung gefassten Beschluss. Es gilt daher, die Besonderheiten der Gemeindeversammlung zu berücksichtigen, nämlich dass gemäss § 74 GG an der Versammlung selbst zu den Vorlagen noch Bericht erstattet wird, dass eine Gemeindeversammlung den Stimmberechtigten gemäss § 75 GG Gelegenheit zur freien Beratung einer Vorlage bietet und dass die Stimmberechtigten gemäss § 76 GG ein Antragsrecht haben. Bei der Prüfung der Frage, ob der Bericht und Antrag des Gemeinderates Baar zu Traktandum Nr. 2 Mängel im Sinne der

erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufweist, sind mithin auch die für die Willensbildung der Stimmberechtigten bedeutenden Ausführungen des Gemeinderates, die Beratung sowie die Anträge der Stimmberechtigten miteinzubeziehen. Dies auch deshalb, weil nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Abstimmung nur aufzuheben ist, wenn die gerügten Mängel erheblich sind und das Abstimmungsergebnis beeinflusst haben könnten (vgl. BGE 119 Ia S. 273f. mit Hinweisen).

2. Die Beschwerdeführer behaupten, dass der Bericht des Gemeinderates Baar zu Traktandum Nr. 2 falsche und irreführende Angaben enthalte, was gemäss Bundesgericht eine unerlaubte Beeinflussung darstelle. Diese Behauptung stützt sich im wesentlichen auf folgende Argumente: Die neuen Prognosen im Bericht der Baudirektion, welche ebenfalls wichtige Aussagen für die Gemeinde Baar enthielten und die neue Tendenzen aufzeigten, würden mit keinem Wort erwähnt, geschweige denn in den Berechnungen berücksichtigt. Es werde ein falsches Bild von den langfristig zu erwartenden Schülerzahlen gezeichnet; die Hinweise auf die starke bauliche Entwicklung seien irreführend, da sie für sich alleine nichts über die zukünftigen Schülerzahlen aussagen würden, wobei insbesondere die mangelnde Berücksichtigung der zukünftigen Altersstruktur ins Gewicht falle; es werde auf der Primarschulstufe mit Klassengrössen gerechnet, welche die vom Kanton vorgegebenen Richtzahlen zum Teil massgeblich unterschreiten würden; bei der Berechnung der Schülerzahlen für die Oberstufe werde der zahlenmässige Übertritt in die Sekundar- und Realschule viel zu grosszügig berechnet; die gegenüber früher kleineren Richtzahlen für die Klassengrösse gälten schon jahrelang, würden aber unzulässigerweise als neues Argument für die Zukunft verwendet. Im Mittelpunkt der Kritik stehen demnach einerseits die Nichtberücksichtigung der Einwohner- und Arbeitsplatzprognose, welche im Auftrag der Baudirektion des Kantons Zug im Januar 1995 publiziert worden ist und andererseits die Prognosegrundlagen des Gemeinderates Baar. Wie es sich mit diesen Vorwürfen verhält, ist nachfolgend zu prüfen.

3. Ausgangslage und Zielsetzung der im Auftrag der Baudirektion erstellten Einwohner- und Arbeitsplatzprognose vom 13. Januar 1996 (nachfolgend kantonale Prognose genannt) war es, die notwendigen Grundlagen zu schaffen im Hinblick auf die geplante Revision des kantonalen Gesamtrichtplans und der Verkehrsrichtplanung (S. 10). Die kantonale Prognose umfasst – ausgehend von drei Szenarien – auch Aussagen über die Entwicklung der Nichterwerbsbevölkerung (Schüler, Studenten, Lehrlinge) sowie eine Tabelle der Altersstrukturentwicklung der Lorze-Ebene, zu welcher auch die Gemeinde Baar zählt. Diese Aussagen sind indessen kantonal beziehungsweise regional, nicht aber auf die einzelnen Gemeinden bezogen. Zudem räumt auch die kantonale Prognose ein, dass Geburten- und Sterberaten sowie Wanderungsbewegungen separat prognostiziert und jedes Jahr ins Modell integriert werden müssten (S. 21). Diese Feststellung zeigt, dass die Gemeinden, auch

wenn sie sich grundsätzlich auf die kantonale Prognose stützen, keineswegs davon entbunden sind, eigene Erhebungen vorzunehmen. Zudem ist gemäss dem – noch nicht genehmigten – Protokoll der Gemeindeversammlung vom 13. Juni 1996 die in der kantonalen Prognose unter dem Szenario "Expansion" für das Jahr 2000 prognostizierte Zahl Einwohnerinnen und Einwohner der Gemeinde Baar bereits jetzt übertroffen worden. Aus dieser Tatsache allein kann zwar nichts Konkretes über die Entwicklung der Anzahl Schülerinnen und Schüler gefolgert werden. Aber sie ist als Indiz dafür zu werten, dass die auf die Gemeinden bezogenen Daten der kantonalen Prognose von den Gemeinden nicht ungeprüft übernommen werden können. Schliesslich sagt die kantonale Prognose zwar etwas aus bezüglich kurzfristiger Einflüsse auf die Einwohnerentwicklung durch Bauvorhaben in einzelnen Gemeinden. Die Gemeinde Baar ist jedoch bei diesen Prognosen nicht erwähnt. Aus diesen Gründen ist grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, dass sich der Gemeinderat nicht auf die kantonale Prognose abgestützt hat, sondern auf eigene Erhebungen, sofern diese in dem Sinne frei von Mängeln sind, als sie eine freie Willensbildung der Stimmberechtigten ermöglichen. Ist diese Voraussetzung erfüllt, kommt das Nichterwähnen der kantonalen Studie nicht einem Unterdrücken eines für den Entscheid der Stimmberechtigten wichtigen Elementes gleich (vgl. BGE 112 Ia S. 135).

4. Die Beschwerdeführer stützen sich insbesondere auf den im Bericht des Gemeinderates erwähnten Grundlagenbericht zur Schulraumplanung, welcher von den Stimmberechtigten in Form eines Berichts und Antrags am 14. Dezember 1993 zur Kenntnis genommen wurde. Wie auch die Beschwerdeführer einräumen, ist davon auszugehen, dass die einzelnen Stimmberechtigten diesen Grundlagenbericht beim Studium des Berichts des Gemeinderates nicht beiziehen konnten, was ihnen auch nicht zuzumuten gewesen wäre. Entscheidend ist daher, ob der Bericht zu Traktandum Nr. 2 selbst eine unzulässige Beeinflussung der Willensbildung der Stimmberechtigten darstellt. Der Grundlagenbericht ist jedoch zur Prüfung dieser Frage ergänzend beizuziehen.

Auch die Beschwerdeführer anerkennen, dass die Erarbeitung von Prognosen schwierig ist. Gerade im Schulbereich sind sie mit mehreren Unsicherheitsfaktoren verbunden wie etwa: die zukünftigen Geburtenzahlen, welche wiederum von verschiedenen Faktoren abhängen, die Zu- und Wegzüge, der konkrete Zeitpunkt der Einschulung der einzelnen Schülerinnen und Schüler, die Übertritte in die Oberstufe. Über diese unbekanntes Grössen können die Meinungen durchaus divergieren, weshalb dem Gemeinderat bei der Prognosestellung ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden werden muss, sofern die Grundlagen dafür erkennbar sind und sich die Beurteilung als vernünftig und sachlich nachvollziehbar erweist (vgl. Gerold Steinmann, Aktuelle Juristische Praxis 3/96, S. 260f. mit Hinweisen). Der Bericht des Gemeinderates zu Traktandum Nr. 2 stützt sich ausdrücklich auf den anläss-

lich der Gemeindeversammlung vom 14. Dezember 1993 von den Stimmberechtigten zur Kenntnis genommenen Grundlagenbericht der Gemeinde Baar und enthält Angaben darüber, wie die künftige Zahl der Schülerinnen und Schüler sowie der entstehenden Klassen ermittelt wird, nämlich anhand der Geburtenzahlen, der allgemeinen Bevölkerungsentwicklung und aufgrund der gesetzlichen Vorschriften betreffend Klassengrössen und Schulstruktur. Die Erhebung erfolge quartierweise, damit seriöse Grundlagen für die Grösse der Schulanlagen und deren Standorte zur Verfügung gestellt werden könnten. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die merkliche Zunahme der Wohnbevölkerung und die wachsenden Geburtenzahlen ein Steigen der Schülerzahlen deutlich belegen würden. Darüber hinaus sei in Baar eine starke bauliche Entwicklung im Gang. Die Grundlagen der Prognosestellung des Gemeinderates sind mithin für die Stimmberechtigten erkennbar, deren Richtigkeit wird jedoch von den Beschwerdeführern bestritten. Zu prüfen bleibt, ob diese Prognosegrundlagen sowie die daraus gezogenen Schlüsse mangelhaft im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind. Dabei ist – wie erwähnt – zu berücksichtigen, dass die Gemeindeversammlung Gelegenheit zur Beratung und zu Fragen bietet und die amtlichen Erläuterungen mithin nicht als abschliessend zu betrachten sind.

Wie sich aus dem obenerwähnten Grundlagenbericht ergibt, geht der Gemeinderat Baar davon aus, dass 90% der jeweils sieben Jahre zuvor Geborenen eingeschult werden, was laut Beschwerdeführer verfälschend wirkt, da der durchschnittliche Prozentsatz in den letzten Jahren lediglich 82% betragen habe. Wie sich jedoch aus dem – noch nicht genehmigten – Protokoll der Gemeindeversammlung vom 13. Juni 1996 zu Traktandum Nr. 2 ergibt, besuchten zwischen 1990 und 1996 durchschnittlich 96% der sieben Jahre zuvor geborenen Mädchen und Knaben die erste Klasse. Der vom Gemeinderat Baar im Grundlagenbericht angewandte Prozentsatz von 90% kann mithin keineswegs als unhaltbar bezeichnet werden. Zwar trifft es zu, dass aus der Tatsache des Bevölkerungswachstums und der starken baulichen Entwicklung allein keine konkreten Aussagen über die Steigerung der Anzahl Schülerinnen und Schüler gemacht werden können. Aus der Feststellung des Gemeinderates lässt sich jedoch nicht einfach folgern, er berücksichtige die Altersstruktur der Baarer Bevölkerung nicht. Denn laut dem – noch nicht genehmigten – Protokoll weist Baar eine verhältnismässig junge Bevölkerung auf. Auch der Grundlagenbericht differenziert im übrigen bezüglich Altersstruktur insofern, als die Annahme, ein Geburtsjahrgang entspreche etwa 1.1 – 1.3% der Bevölkerung, dann als zutreffend erachtet wird, wenn die Bevölkerungszunahme durch Zuzug vorwiegend jüngerer Leute entsteht (Grundlagenbericht S. 10). Sodann kann dem Gemeinderat Baar nicht vorgeworfen werden, seine Annahme, rund 10% der Schülerinnen und Schüler würden nach Abschluss der Primarschule ans Gymnasium wechseln, sei irreführend und falsch. Zwar liegt der Prozentsatz – wie gemäss Protokoll auch von der Gemeinde bestätigt wurde – tatsächlich

höher als 10%; da nur 84% der Sechstklässlerinnen und Sechstklässler in die Sekundar- beziehungsweise Realschule übertreten. Die Abweichung ist indessen nicht so gravierend, dass sie als geradezu falsch und irreführend bezeichnet werden könnte. Auch das Argument der Beschwerdeführer, die Klassengrössen gemäss Schulraumplanung würden von den in § 12 des Schulgesetzes stipulierten Richtzahlen deutlich abweichen, vermag nicht zu überzeugen, selbst wenn diese Feststellung rein rechnerisch gesehen zutrifft. Zum einen ist dem Gemeinderat Baar auch bei der Berechnung der Anzahl Klassen ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen, dies umsomehr als – wie an der Gemeindeversammlung ausgeführt wurde – die quartiermässige Entwicklung sowie der Umstand, dass nach der ersten Klasse noch Repeatingentinnen und Repeatingenten hinzukommen können, zu berücksichtigen sind. Diesen Aspekten wird eine lineare Berechnungsart nicht gerecht. Zum anderen sind die Abweichungen von den Richtzahlen keineswegs so krass, dass sie als unhaltbar erscheinen. Schliesslich ist auch die Feststellung im Bericht zu Traktandum Nr. 2, die derzeit laufende Schulreform auf der Oberstufe mache ein örtliches Zusammenziehen der dezentralisierten Oberstufenklassen nötig, gemäss mündlicher Auskunft der Erziehungsdirektion des Kantons Zug zutreffend und zwar unabhängig vom Ergebnis der Reform. Den Beschwerdeführern ist dagegen insofern zuzustimmen, dass die Aussage des Berichts, wonach die jetzige Planung auf den vom neuen Schulgesetz vorgelegten neuen (kleineren) Klassengrössen (Richtzahlen) basiere, missverständlich ist, da durchaus der Eindruck entstehen kann, die Richtzahlen seien neu, obwohl das Schulgesetz bereits seit dem 1. August 1991 in Kraft ist. Dieser Mangel ist jedoch nicht als gravierend zu betrachten, da er bezüglich der zu beachtenden Klassengrössen nicht zu falschen Schlüssen führt.

Zusammenfassend enthält der Bericht des Gemeinderates zu Traktandum Nr. 2 keine Angaben, welche dermassen realitätsfremd und sachlich nicht nachvollziehbar sind, dass sie als nicht objektiv, irreführend oder falsch im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu qualifizieren wären. Da die eigenen und für die Gemeindeversammlung aktualisierten Erhebungen des Gemeinderates haltbar sind, bestand auch keine Verpflichtung für ihn, die nicht allgemein bekannte kantonale Prognose im Bericht zu erwähnen und Abweichungen zu begründen. Daher kann der Bericht auch nicht als unvollständig bezeichnet werden, zumal an der Gemeindeversammlung selber weitere Ausführungen zum Traktandum Nr. 2 gemacht wurden. Somit liegt keine unzulässige Willensbeeinflussung vor, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

5. Die Abweisung der Beschwerde ist umsomehr angezeigt, als die Beschwerdeführer bereits vor der Versammlung mit ihrem Anliegen an die Presse gelangt sind und an der Gemeindeversammlung vom 13. Juni 1996 laut dem – noch nicht genehmigten – Protokoll Gelegenheit hatten, durch Rechtsanwalt S. den Stimmberechtigten ihre Einwände gegen den Bericht des Gemeinderates darzulegen. Es ist daher davon auszugehen, dass die

Stimmberechtigten über die behaupteten Mängel der Vorlage des Gemeinderates orientiert waren. Wie aus dem Protokoll hervorgeht, folgte jedoch die Mehrheit der Stimmberechtigten der Sichtweise der Beschwerdeführer nicht. Der Rückweisungsantrag von S. wurde mit grosser Mehrheit abgelehnt. Auch der Antrag, die Projektierung des Oberstufenschulhauses Sennweid so vorzunehmen, dass im Sinne einer Option auf dem Sennweidareal auch die spätere Erstellung eines Primarschulhauses gewährleistet wäre, wurde gemäss – noch nicht genehmigtem – Protokoll grossmehrheitlich abgelehnt; die Anträge des Gemeinderates dagegen wurden klar angenommen. Die Stimmberechtigten haben sich mithin, auch nachdem sie von den Vorwürfen der Beschwerdeführer Kenntnis erhalten hatten, eindeutig für die Vorlage des Gemeinderates entschieden. Dieser Entscheid der Stimmberechtigten ist zu respektieren. Denn das Stimmrecht enthält nicht nur einen Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt, sondern es umfasst auch den Anspruch darauf, dass ein ordnungsgemäss zustande gekommenes Abstimmungsergebnis anerkannt wird (vgl. BGE 112 Ia S. 211). Selbst wenn der Bericht des Gemeinderates Mängel aufgewiesen hätte, wäre angesichts des – trotz Kenntnis der Rügen der Beschwerdeführer – deutlichen Abstimmungsergebnisses nicht davon auszugehen, dass sie das Abstimmungsergebnis beeinflusst hätten, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Voraussetzung für die Aufhebung einer Abstimmung wäre.

Da mithin kein Grund vorliegt, welcher die Aufhebung des Gemeindeversammlungsbeschlusses rechtfertigen würde, ist die Beschwerde abzuweisen.

III.

1. Gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG hat die unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen. Bei der vorliegenden Beschwerde ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerde ein Verfahren um Erlass einer superprovisorischen Massnahme vorangegangen ist. Die Kosten jenes Verfahrens werden gemäss Schreiben des Regierungsrates vom 11. Juni 1996 im ordentlichen Verfahren erhoben. Unter Berücksichtigung des mit dieser Beschwerdeangelegenheit verbundenen Aufwandes ist eine Gebühr von insgesamt Fr. 1'200.- angemessen.

2. Die Zusprechung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht: an die Einwohnergemeinde Baar deshalb, weil sie in Ausübung ihrer obrigkeitlichen Funktion und nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen beteiligt ist (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 1981/82 S. 114), und an die Beschwerdeführer deshalb, weil sie im vorliegenden Verfahren vollumfänglich unterlegen sind (vgl. § 28 Abs. 2 VRG e contrario).

(RRB, 22. Oktober 1996; weitergezogen an das Verwaltungsgericht und dort zurückgezogen am 18. Februar 1997)

§§ 44 Abs. 2, 58, 60 Abs. 1 G über den Feuerschutz vom 15. Dezember 1994 (Feuerschutzgesetz; BGS 722.21); Art. 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 ZGB; Art. 4 Abs. 2 BG über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (ZUG; SR 851.1); §§ 25, 28 Abs. 2, 41 Abs. 1 VRG; Ziff. 1 KRB über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1). – Feuerwehersatzabgabe. – Formelles (E. 1): Auswirkungen des zivilrechtlichen auf den unterstützungsrechtlichen Wohnsitz, Eintreten.- Materielles (E. 2): Konkrete Bestimmung des massgebenden zivilrechtlichen Wohnsitzes. – Kosten und Entschädigungen (E. 3 und 4); Endgültiger Entscheid des Regierungsrates (E. 5)

Erwägungen:

1. Vorliegend geht es um eine Beschwerde gegen einen Entscheid betreffend Feuerwehersatzabgabe. Gemäss § 60 Abs. 1 des Gesetzes über den Feuerschutz vom 15. Dezember 1994 (BGS 722.21) kann gegen Entscheide des Gemeinderates innert 20 Tagen Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat erhoben werden. Die vorliegende Beschwerde ist fristgerecht und an die zuständige Instanz erhoben worden. Auf das Beschwerdeverfahren sind gemäss § 58 des Feuerschutzgesetzes die Bestimmungen des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG, BGS 162.1) anwendbar. Nach § 41 Abs. 1 VRG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Diese Voraussetzung ist nach Auffassung des Gemeinderates von X. (Kanton Zug) vorliegend nicht erfüllt.

Es trifft zwar zu, dass dem Begehren des Beschwerdeführers um Aufhebung der Feuerwehersatzabgabe im Wiedererwägungsbeschluss vom 18. Februar 1997 entsprochen wurde. Im Beschlussesdispositiv wurde indessen festgehalten, dass sich der tatsächliche Wohnsitz des Beschwerdeführers in Genf befinde, und der Beschwerdeführer sowie seine Ehefrau wurden aufgefordert, ihre Meldeverhältnisse unverzüglich den tatsächlichen Wohnverhältnissen anzupassen, sich mithin in X. ab- und in Genf anzumelden. Durch die Ziffern 1 und 2 des Wiedererwägungsbeschlusses wurde daher die Frage, ob der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz im Sinne von Art. 23 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB) in X. hat, verneint. Diese Feststellung hat eine präjudizielle Wirkung auf die Frage, wo sich der für die Sozialhilfe massgebende Wohnsitz des Beschwerdeführers befindet, begründet doch die polizeiliche Anmeldung an einem Ort die gesetzliche Vermutung, dass eine Person an diesem Ort auch ihren unterstützungsrechtlichen Wohnsitz hat (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977, ZUG, SR 851.1). Überdies ist die Frage des Wohnsitzes im ZGB und im ZUG analog geregelt. Da der Beschwerdeführer geltend macht, er habe seinen Wohnsitz in X., ist er durch den Wiedererwägungsbeschluss des Gemeinderates X. als mindest mittelbar beschwert zu betrachten, auch wenn es vorliegend um die Frage der Feuerwehersatzabgabe

be und nicht um die Abklärung des unterstützungsrechtlichen Wohnsitzes geht. Der Beschwerdeführer ist daher zur Beschwerde legitimiert. Nachdem auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. Nach Meinung des Gemeinderates X. ist der Beschwerdeführer deshalb nicht feuerwehersatzpflichtig, weil er den Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse in Genf habe und sich sein Wohnsitz gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB somit nicht in X. befinde. Streitig ist vorliegend der zivilrechtliche – nicht der fürsorgerechtliche – Wohnsitz, wobei der unterstützungsrechtliche dem zivilrechtlichen Wohnsitz weitgehend entspricht, so dass für die Wohnsitzfrage Rechtsprechung und Lehre zum ZGB auch für den Unterstützungswohnsitz massgebend sind (vgl. Werner Thomet, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG), Zürich 1994, S. 65, Rz 95).

Gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Gefordert ist somit zum einen das faktische Verweilen, die physische Anwesenheit an einem bestimmten Ort. Zudem muss sich die betreffende Person auf unbestimmte Zeit an diesem Ort aufhalten wollen, und dies muss auch durchführbar sein. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Absicht des Verbleibs nachträglich ändert, sofern nicht ein nur vorübergehender Aufenthalt beabsichtigt war. Entscheidend ist, auf welche Absicht die erkennbaren äusseren Umstände schliessen lassen, nicht aber der innere Wille einer Person (vgl. W. Thomet, a.a.O., S. 66f., Rz 97). Die polizeiliche Anmeldung gilt dabei als ein Indiz, aus welchem sich nicht zwingend auf einen Wohnsitz im Sinne des Zivilgesetzbuches schliessen lässt (vgl. Hans Michael Riemer, Personenrecht des ZGB, Bern 1995, S. 88, Rz 186). Die polizeiliche Anmeldung begründet indessen im ZUG eine gesetzliche Vermutung für den Wohnsitz (Art. 4 Abs. 2 ZUG). Die Absicht des dauernden Verbleibs kann bereits dann bejaht werden, wenn diese Absicht nur einmal nach aussen erkennbar gewesen ist. Selbst wenn sich später herausstellt, dass sich das dauernde Verbleiben nicht verwirklicht hat, kann ein Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ZGB begründet worden sein (vgl. Riemer, a.a.O., S. 88, Rz 187). Bestehen Beziehungen zu mehreren Orten, gilt jener Ort als Wohnsitz, "den eine Person nach Massgabe ihres äusseren Verhaltens zum Mittel- oder Schwerpunkt ihrer Lebensbeziehungen gemacht hat" (Riemer, a.a.O., S. 87 Rz 184). Nach Art. 24 Abs. 1 ZGB bleibt der einmal begründete Wohnsitz einer Person bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes bestehen. Entsprechend § 44 Abs. 2 des Feuerschutzgesetzes sind für die Berechnung und den Bezug der Ersatzabgabe – mithin auch für die Beurteilung der Wohnsitzfrage – die Verhältnisse am 1. Juli 1996 massgebend.

Zwar sind der Beschwerdeführer und seine Ehefrau in X. angemeldet. Trotzdem ist im vorliegenden Fall unter Würdigung aller objektiv erkenn-

baren Umstände davon auszugehen, dass sich der Wohnsitz des Beschwerdeführers nicht in X. befindet. Wie sich aus den Akten ergibt, zogen der Beschwerdeführer und seine Ehefrau am 8. September 1995 nach X. Als Adresse gab der Beschwerdeführer die ...strasse 4 an, wo sein Sohn und seine Schwiegertochter eine - von ihnen auch bewohnte - Wohnung gemietet haben. Bereits im Oktober 1995 mietete der Beschwerdeführer in Genf eine Wohnung, da ihm dort eine Arbeitsstelle versprochen worden war. Bis zum 10. Juli 1996 wurde der Beschwerdeführer in Monaco eingearbeitet. Es war vorgesehen, dass er nach der Einarbeitung das Büro der Firma U. in Genf übernehmen sollte. Dazu kam es indessen nicht, da diese Firma beschlossen hatte, ihr Büro in Genf aufzugeben. Der Beschwerdeführer hatte sich in X. nicht abgemeldet, mit der Begründung, er habe erst die Probezeit abwarten wollen. Indem der Beschwerdeführer für sich und seine Ehefrau in Genf eine Wohnung gemietet hatte, in der Absicht, dort nach seiner Einarbeitung in Monaco eine Stelle anzutreten, hat er nach aussen erkennbar seine Absicht bekundet, sich in Genf niederzulassen. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ist es für die Frage des Wohnsitzes unerheblich, ob er sich freiwillig entschlossen hatte, nach Genf zu ziehen, oder ob er zu diesem Schritt wegen der Arbeitssituation gedrängt worden war (vgl. Eugen Bucher, Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, 1. Teilband: Art. 11-26 ZGB, 3. Auflage, Bern 1975., N 26 zu Art. 23 ZGB). Zu berücksichtigen ist ferner, dass auch die Ehefrau des Beschwerdeführers in Genf wohnte, sind doch gemäss Beschwerdeschrift beide nach Genf gezogen und "sitzen dort notgedrungen fest". Die im Schreiben vom 7. Oktober 1997 an das Sozialamt der Gemeinde X. gemachte Äusserung, der Beschwerdeführer habe die Wohnung in Genf nie bewohnt, kehrte er am 10. Juli 1996 von Monaco nach Genf zurück, hatte zumindest bis Ende August 1996 noch einen Mietvertrag und wollte sich gemäss seinem Schreiben vom 31. August 1996 an das Sozialamt der Gemeinde X. sogar in Genf anmelden. Schliesslich wohnte, wie bereits erwähnt, auch die Ehefrau des Beschwerdeführers in Genf. Mithin ist davon auszugehen, dass sich der Lebensmittelpunkt des Beschwerdeführers und damit sein Wohnsitz in Genf befand. Dafür spricht auch die Äusserung des Beschwerdeführers in seinem Schreiben vom 7. Oktober 1996 an das Sozialamt der Gemeinde X., wonach er seine Absicht geändert habe und nicht mehr in Genf sein wolle. Trotz dieser Änderung der Absicht hielt sich der Beschwerdeführer vorwiegend in Genf auf und kam, wenn überhaupt, nur selten nach X. Dies geht deutlich aus folgenden Tatsachen hervor: Das Schreiben des Beschwerdeführers vom 19. Mai 1997 ist ebenso wie die Beschwerde vom 27. Februar 1997 in Genf und nicht in X. abgeschickt worden. In der früheren Korrespondenz des Beschwerdeführers mit dem Sozialamt X. zeigt sich, dass die an die ...strasse 4 gesandte Post dem Beschwerdeführer von seinem Sohn nachgeschickt werden musste, schrieb er doch am 21. November 1996, er habe das Schreiben des Sozialamtes X. vom 25. Oktober 1996 gerade erst erhalten, da sein Sohn in den Ferien gewesen sei. Auch dieses Schreiben

wurde im übrigen in Genf abgestempelt und nicht in X. Wäre der Beschwerdeführer – wie er geltend macht – in Genf tatsächlich nur Wochen-aufenthalter gewesen und hätte seinen Wohnsitz in X. gehabt, hätte ihm die Post nicht mit einer Verzögerung von fast einem Monat von seinem Sohn nachgesandt werden müssen. Sodann erklärte der Vermieter der Liegen-schaft ...strasse 4 am 6. Juni 1997 gegenüber der Einwohnerkontrolle X., dass lediglich der Sohn und die Schwiegertochter des Beschwerdeführers in der Wohnung an der ...strasse 4 wohnten. Der Beschwerdeführer kann sich dort höchstens zeitweise aufgehalten haben. Wie dieser in seinem Schreiben vom 7. Oktober 1996 an das Sozialamt der Gemeinde X. festhielt, ist er von Zeit zu Zeit bei seinem Sohn und von Zeit zu Zeit bei seinem Bruder in Y. (Kanton Zug) untergebracht, was jedoch auf die Dauer keine haltbare Situation sei. Auch aus dieser Äusserung wird ersichtlich, dass es sich bei der Adresse ...strasse 4 nicht um den Wohnsitz des Beschwerdeführers handeln konnte. Dazu kommt, dass der Sohn und die Schwiegertochter zur Zeit im Ausland weilen und die Wohnung an der ...strasse 4 an eine Dritt-person untervermietet haben. Die Post wird auch für den Beschwerdeführer an eine Adresse in Z. (Kanton Zug) umgeleitet.

Daraus erhellt einmal mehr, dass der Adresse in X. die Bedeutung einer Zustelladresse und nicht diejenige eines Wohnsitzes im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB zukommt. Das Vorbringen des Beschwerdeführers schliesslich, er könne nicht nach X. kommen, weil ihm das Geld fehle, vermag nicht zu überzeugen, sondern macht vielmehr deutlich, dass der nach aussen erkennbare Lebensmittelpunkt des Beschwerdeführers nicht in X. liegt. Denn der Beschwerdeführer muss sich entgegenhalten lassen, dass er auch in Genf seine Lebenskosten irgendwie bestreiten musste. Zudem war es ihm offenbar möglich, zu einer Besprechung mit dem Sozialamt nach X. zu fahren. Somit ist davon auszugehen, dass er auch seine persönlichen Sachen nach X. an die von ihm als Wohnsitz angegebene Adresse hätte schaffen können. Insgesamt überwiegen mithin die Indizien klar, welche gegen einen Wohnsitz des Beschwerdeführers in X. sprechen. Somit hat der Gemeinderat von X. zu Recht keine Feuerwehersatzabgabe vom Beschwerdeführer erhoben, da nur Personen mit Wohnsitz im Kanton Zug feuerwehpflichtig sind. Bei dieser Rechtslage ist die Beschwerde abzuweisen.

3. Gemäss Ziff. 1 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Ver-waltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 ist für Entscheide des Regie-rungsrates in Beschwerdesachen eine Gebühr zu erheben. In besonderen Fällen kann jedoch, gestützt auf § 25 VRG, davon Umgang genommen wer-den; dies erscheint vorliegend angezeigt.

4. Die Zusprechung einer Parteientschädigung kommt vorliegend nicht in Betracht: an den Beschwerdeführer deshalb, weil er unterlegen ist (§ 28 Abs. 2 VRG e contrario), und an die Gemeinde X. deshalb, weil der Gemeinderat in Ausübung seiner obrigkeitlichen Funktion und nicht als Partei mit

gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt ist (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 181/83, S. 114).

5. Da es vorliegend um eine Beschwerde gegen einen die Feuerwehrsatzabgabe betreffenden Beschluss geht, entscheidet der Regierungsrat gemäss § 60 Abs. 2 des Feuerschutzgesetzes endgültig.

(RRB, 26. August 1997)

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 30 Abs. 1 ZGB; § 17^{bis} EG ZGB; Art. 38 Abs. 2 und 3 IPRG. – Aenderung des Familiennamens eines in Schweden wohnhaften schweizerisch-isländischen Doppelbürgers, der in der Schweiz geboren und in Island aufgewachsen ist, in die nach isländischem Recht vorgesehene Namensführung

Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 7. Juli 1997 an die schweizerische Botschaft in Stockholm (eingegangen bei der Direktion des Innern am 16. Juli 1997 durch die Zustellung des Eidg. Amts für das Zivilstandswesen, Bern) ersuchte Xson, F. J. (im folgenden "Gesuchsteller" genannt), geboren 1953 in Luzern, von Zug und isländischer Staatsangehöriger, wohnhaft in Malmö (Schweden), die schweizerische Botschaft in Stockholm um Änderung seines Familiennamens Xson in "Yson". Der Gesuchsteiler begründet seine Eingabe im wesentlichen wie folgt: Er sei isländischer Staatsangehöriger und sei, da seine Mutter Schweizerin ist, als Schweizer Bürger anerkannt worden. Da er in der Schweiz geboren wurde, habe man ihn, bei seiner Geburt in Luzern, mit dem Familiennamen seines Vaters "Xson" in das Familienregister eingetragen. In Island würden jedoch die Kinder den Vornamen des Vaters mit dem Ende "son" für Sohn oder "dottir" für Tochter als Familiennamen erhalten. Sein Vater trage den Vornamen "Y". Da er in Island aufgewachsen und zur Schule gegangen sei, würden alle seine Schul- und Arbeitszeugnisse auf den Namen "Yson" lauten. In der Schweiz habe er von 1970 bis 1980 gearbeitet und sei auch dort bei der AHV mit dem Familiennamen "Yson" registriert. Es sei ihm sehr wichtig, dass er seinen in der Schweiz amtlich eingetragenen Familiennamen "Xson" in den Namen "Yson" ändern könne.

Erwägungen:

1. Gemäss Art. 38 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) kann ein Schweizerbürger ohne Wohnsitz in der Schweiz bei der Behörde seines Heimatkantons eine Namensänderung verlangen. Voraussetzungen und Wirkungen unterstehen schweizerischem Recht (Art. 38 Abs. 3 IPRG). Nach Art. 30 Abs. 1 ZGB kann die Regierung des Wohnsitzkantons (im vorliegenden Fall Heimatkanton) einer Person die Änderung des Namens bewilligen, wenn wichtige Gründe vorliegen. Gemäss § 17^{bis} EG ZGB ist im Kanton Zug die Direktion des Innern für Namensänderungen erstinstanzlich zuständig. Xson, F.J., ist Bürger von Zug und wohnhaft in Schweden, weshalb die Zuständigkeit auf die Direktion des Innern fällt.

2. a) Art. 30 Abs. 1 ZGB setzt für die Bewilligung einer Namensänderung "wichtige Gründe" voraus. Die Vorschrift geht davon aus, dass grundsätzlich jedermann den ihm von Gesetzes wegen zustehenden Namen zu tragen hat. Nur wenn "wichtige Gründe" dies rechtfertigen, kann die Annahme eines andern Namens gestattet werden. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist eine Ermessensfrage, die "nach Recht und Billigkeit" (Art. 4 ZGB) zu beantworten ist. Die Behörde hat beim Entscheid über das Namensänderungsgesuch sowohl die Interessen des Gesuchstellers als auch diejenigen betroffener Dritter sowie der Allgemeinheit zu berücksichtigen und abzuwägen. Gegen eine Änderung des Namens sprechen in der Regel die Interessen der Staatsverwaltung und des Verkehrs (BGE 99 Ia 561 ff.). Eine Namensänderung kann bewilligt werden, wenn das Interesse des Namensträgers an einem neuen Namen dasjenige der Verwaltung und der Allgemeinheit an der Unveränderlichkeit des einmal erworbenen und in die Register eingetragenen Namens sowie an eindeutiger Kennzeichnung und Unterscheidung des Einzelnen überwiegt (BGE 109 II 177 ff.).

b) Als wichtiger Grund gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB kann gewürdigt werden, dass die beiden Brüder des Gesuchstellers den Familiennamen "Yson" tragen. Mit der Namensänderung könnte somit eine Namenseinheit der drei Brüder hergestellt werden. Nach isländischem Namensrecht erhalten die Kinder als Familiennamen den Vornamen des Vaters mit dem Ende "son" für Sohn oder "dottir" für Tochter. Die beiden jüngeren Brüder wurden in Island geboren und tragen, da der Vorname ihres Vaters "Y" lautet, den Familiennamen "Yson". Der Gesuchsteller wurde am 4. Mai 1953 in Luzern geboren. Gemäss schweizerischer Registertechnik bzw. schweizerischem Wohnsitzrecht trug man ihn im Geburtsregister von Luzern mit dem Familiennamen seines Vaters "Xson" ein. Am 11. November 1987 wurde der Gesuchsteller als Bürger von Zug anerkannt, da seine Mutter, durch Wiederaufnahme in das Bürgerrecht von Zug am 11. März 1961, Schweizerin ist. Ein einmal in ein schweizerisches Zivilstandsregister eingetragener Name bleibt grundsätzlich unverändert. Deshalb wurde der Familienname "Xson", gemäss Geburtsschein, bei der Anerkennung des Gesuchstellers als Schweizer Bürger in das Familienregister von Zug übertragen. Auch die Anerkennungsverfügung als Schweizer Bürger lautet auf den Namen "Xson". Eine Namensänderung kann demzufolge nur nach Art. 30 Abs. 1 ZGB erfolgen. Es ist verständlich, dass der Gesuchsteller den gleichen Familiennamen "Yson" tragen möchte wie seine Brüder. Seine Schul- und Arbeitszeugnisse lauten auf den angebehrten Namen, und auch an seinem Wohnort in Stockholm wird er unter dem Familiennamen "Yson" geführt (siehe Personalbescheinigung, Auszug aus dem Zivilstands- und Melderegister von Stockholm vom 7. Mai 1997). Der Namensänderung kann somit entsprochen werden.

(Direktion des Innern, 8. August 1997)

Art. 30 Abs. 1 (270 Abs. 2, 271 Abs. 3) ZGB. – Aenderung des Familiennamens eines Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern vom Familiennamen der Mutter, der die elterliche Gewalt entzogen und auf den Vater übertragen wurde, in den Familiennamen des Vaters

Aus den Erwägungen:

II.

Die Direktion des Innern hat das Gesuch des Kindsvaters auf Änderung des Familiennamens seiner Tochter A. von "X" in "Y" bewilligt. Dagegen opponiert die Beschwerdeführerin und Mutter von A. Zur Beschwerde ist folgendes in Erwägung zu ziehen:

1. Die schweizerische Rechtstradition geht von der Namenskontinuität aus. Danach trägt jede Person einen amtlichen Namen und zwar grundsätzlich unveränderlich von der Geburt bis zum Tod. Der Name zeigt die Zugehörigkeit zu einer Familie und damit auch die Herkunft einer Person an.

Allerdings sind die Grundsätze der Unveränderbarkeit des Namens und seiner Einheitlichkeit innerhalb einer Familie nicht unumstösslich. Nach Art. 30 Abs. 1 ZGB kann die Regierung des Wohnsitzkantons einer Person die Änderung des Namens bewilligen, wenn wichtige Gründe vorliegen. Soweit es bis anhin um die Änderung des Familiennamens unmündiger Kinder nicht verheirateter Eltern ging, entwickelte das Bundesgericht in der Vergangenheit eine relativ grosszügige Praxis zur Auslegung des wichtigen Grundes. So bewilligte es nicht selten Änderungen des Namens aus sozialen oder persönlichen Gründen; dem Kind wurde regelmässig ein legitimes Interesse zugestanden, seinen Namen mit demjenigen seiner sozialen Familie in Einklang zu bringen. Das Bundesgericht stufte bei Kindern das Bedürfnis nach Übereinstimmung des Namens mit der sozialen Umgebung häufig höher ein als die Durchsetzung der gesetzlichen Namensregelung, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass die gesellschaftlichen Veränderungen der letzten Jahre unterschiedliche Namen innerhalb einer Kleinfamilie nicht mehr unbedingt als mit einem Makel behaftete Ausnahme erscheinen lassen. Schliesslich sei, so das Bundesgericht, kaum mehr hinreichend nachzuweisen, dass einem Kind durch einen anderen Namen tatsächlich erhebliche Nachteile erwachsen. Deshalb verlangt es nun, dass das Kind in seinem Gesuch um Namensänderung "konkret aufzeigt, inwiefern ihm durch die von Gesetzes wegen vorgesehene Führung des Namens seiner Mutter (Art. 270 Abs. 2 ZGB) ernsthafte soziale Nachteile erwachsen, welche als wichtige Gründe für eine Namensänderung in Betracht gezogen werden können" (BGE 121 III 148). Der Entscheid, ob der Name eines Kindes geändert werden soll oder nicht, hat sich ausschliesslich am Wohl des Kindes zu orientieren; die Interessen der Eltern stehen im Hintergrund. Und keinesfalls darf die Namensänderung als Kampfmittel eines Elternteils gegenüber dem

anderen missbraucht werden mit dem Ziel, letzte Bindungen des anderen Elternteils zum Kind zu zerreißen.

Vorliegend ist zu prüfen, ob die an A. erteilte Bewilligung zur Namensänderung von "X." in "Y." diesen strengen Anforderungen zu genügen vermag.

2. Die Trennung zwischen der Mutter und ihrer Tochter "A." hat sich – und zwar sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht – im Verlaufe der letzten Jahre immer ausgeprägter konkretisiert, wie eine stichwortartige Auflistung der wichtigsten Ereignisse der letzten Zeit zeigt:

(...)

Zwar war das Verhältnis zwischen der Mutter und dem Vater keinesfalls konfliktfrei, wie den Akten zu entnehmen ist. Dass aber so weitreichende und auch einschneidende Kindesschutzmassnahmen notwendig geworden sind, erweckt den Anschein, dass A. für die Mutter zunehmend zur unerwünschten Belastung geworden war. Die Psychologin P. diagnostizierte in ihrem Bericht vom 20. Februar 1996 bei A. eine Schwäche der Beziehungs- und Bindungsfähigkeit und eine schwere Konfusion und Ambivalenz in ihrem Zugehörigkeitsempfinden und in ihren Beziehungen. Denn auch während der Zeit, in der die Mutter die Obhut über ihre Tochter hatte, wurde A. unter anderem von einer Tagesmutter, aber auch anderweitig und von verschiedensten Personen betreut. Die im Sinne eines längerfristigen Kindeswohls nötige Verwurzelung und Konstanz vermochte A., wie die Gutachterin festhielt, erst bei ihren Grosseltern väterlicherseits finden. Dies bestätigt auch das Zeugnis von Dr. V. (Kinderpsychiater) vom 29. Juli 1996; danach entwickelte sich A. bei ihren Pflegeeltern gut; es habe bereits eine Beruhigung ihrer psychischen Verfassung und ihres Verhaltens festgestellt werden können. A. zeige sich als aufgewecktes, intelligentes, lebhaftes und phantasievolles Mädchen. Die Verpflanzung von A. in eine neue Umgebung mit Abbruch der Beziehungen zu ihren bisherigen Bezugspersonen müsste ihre weitere Entwicklung gefährden. Dies heisst nichts anderes, als dass die Platzierung von A. bei den Grosseltern richtig war.

3. Zwar ist gerade der Entzug der elterlichen Gewalt ein tiefer Einschnitt in die Integrität des davon betroffenen Elternteils und eine praktisch endgültige unwiderrufliche Entscheidung. Vorliegend erfolgte dieser gewichtige Schritt aber einzig im Interesse des Kindes (Beschwerdeentscheid des Regierungsrats vom 12. November 1997). Unter diesen Vorzeichen ist das vom Vater für A. eingereichte Gesuch um Namensänderung somit nichts anderes als die letzte Folge in einer Reihe von Kindesschutzmassnahmen, die alle im Interesse von A. verfügt werden mussten. Jeder dieser Schritte bewirkte unweigerlich eine zunehmende Auflösung der äusseren Beziehungsmerkmale zwischen der Mutter und A., während sich umgekehrt logischerweise die Bindungen von A. zu ihrem Vater und zu dessen Beziehungsnetz verstärkten. Müsste A. unter diesen Umständen weiterhin den Namen ihrer Mutter

tragen, wären für das Kind ernsthafte soziale Nachteile nicht auszuschliessen, dies vor allem auch deshalb, weil ihre Pflegeeltern, zu denen sie gute Beziehungen aufgebaut hat, ebenfalls den Familiennamen Y. tragen.

4. Zwar meint die Mutter, A. sei sich ihres jetzigen Familiennamens sehr bewusst und trage ihn mit einem gewissen Stolz. Ob sich das nur gerade sechseinhalb Jahre alte Kind der Bedeutung seines Nachnamens überhaupt bewusst ist, erscheint fraglich. Zudem wächst A. seit August 1995 bei ihrem Vater und bei den Grosseltern väterlicherseits auf, die den gleichen Namen tragen wie ihr Vater. Es ist wenig wahrscheinlich, dass sich unter diesen Umständen bei A. ein spezielles Bewusstsein gebildet hat, dass ihr Name eigentlich nicht Y. lautet sondern X. Abgesehen davon hängt die Qualität der Beziehung einer Person zu einer anderen nicht entscheidend vom Namen ab, sondern von anderen Faktoren.

Die Namensänderung trifft A. also nicht in dem Ausmass und in der Schwere wie etwa der Obhutsentzug und die Fremdplatzierung, beides Massnahmen, die auch ein Kind als massive Eingriffe empfinden muss. Dass A. einen andern Namen erhält und künftig wie die Personen ihres nächsten sozialen Umfelds Y. heisst, wird sie erst in einem spätern Zeitpunkt bewusst realisieren. Bis dann wird sie aber schon über längere Zeit hinweg in Familieneinheit mit den Grosseltern und ihrem Vater gelebt haben. Eine schwerwiegende Belastung der Psyche von A. durch die Namensänderung ist deshalb nicht anzunehmen. Es darf im Gegenteil davon ausgegangen werden, dass die Namensänderung für A. das Gefühl des Beheimatetseins noch verstärken wird.

5. Die Mutter empfindet es als Kränkung, wenn ihre Tochter ihren Namen verliert, nachdem sie das Kind trotz inniger Beziehung habe weggeben müssen.

Natürlich bedeutet der Namenwechsel für die Mutter den Verlust eines Stücks eigener Identität, denn schliesslich ist und bleibt sie die Mutter von A. Doch haben hier die Interessen der Mutter vor denjenigen des Kindes zurückzutreten. Die bei den Vorakten liegenden psychologischen und psychiatrischen Gutachten attestieren A. eine gute und dauerhafte Integration in der Familie ihrer Grosseltern väterlicherseits. A. fühlt sich dort offensichtlich wohl. Die Beziehung zu den Grosseltern und zum Vater erweist sich als stabil. A. hat deshalb alles Interesse, den gleichen Namen tragen zu können wie der Elternteil, bei dem es aufwächst und dem auch die Elternrechte zustehen. Es liegt darum im Interesse von A., Übereinstimmung zwischen ihrem Namen und dem seiner engsten sozialen Familie zu schaffen. Dieses Interesse überwiegt dasjenige der Mutter mit dem Namen X. ein bestimmtes Kindesverhältnis zu dokumentieren.

6. Aufgrund dieser Ausführungen erweist sich die Beschwerde gegen den Entscheid der Direktion des Innern als unbegründet, weshalb sie abzuwei-

sen ist. Mit der Bewilligung der Namensänderung hat nämlich die Vorinstanz die Übereinstimmung des Namens von A. mit dem engsten sozialen Umfeld im Sinne von Art. 271 Abs. 3 ZGB erreicht. Deshalb hat sie die Namensänderung zu Recht bewilligt.

(RRB, 14. Juli 1998)

2. Familienrecht

Art. 276, 307 ff. insbesondere 308, 420 ZGB; § 46 EG ZGB; Art. 35 Abs. 1 BG über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20); §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG; Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif, VwGT; BGS 641.1). – Kindesschutz. – Kassierung des Entscheides einer Vormundschaftsbehörde, mit dem eine Erziehungsbeistandschaft infolge Wegzug des Kindes ins Ausland aufgehoben und das Kindesvermögen der geschiedenen Mutter zugesprochen wurde. – Formelles (E. I): Eintreten: Zulässigkeit der Beschwerde und Zuständigkeit der angerufenen Instanz (E. 1); Beschwerdeberechtigung (E. 2); Beschwerdefrist (E. 3). – Materielles (E. II): Gesetzliche Aufgaben des Erziehungsbeistandes (E. 1); Weiterführung der Erziehungsbeistandschaft bei Wegzug des Kindes ins Ausland? (E. 2); Weiterführung im Hinblick auf die Ausübung des mütterlichen Besuchsrechtes? (E. 3); Die der Erziehungsbeistandin zur Verwaltung ausbezahlten IV-Kinderrenten sind in das Kindesvermögen übergegangen (E. 4). Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigungen (E. 5)

Sachverhalt:

A. Am 19. Januar 1979 schlossen A.B. geboren 1956, damals jugoslawischer Staatsangehöriger, und C.D. geboren 1959, von X. vor dem Zivilstandsamt X. die Ehe. Der Ehe B.-D. entspross das am 1984 geborene Kind E.B. Mit Urteil vom 9. Juli 1986 schied das Kantonsericht des Kantons Zug die Ehe rechtskräftig. Das gemeinsame Kind E. wurde unter die elterliche Gewalt des Vaters gestellt und ihm zur Pflege und Erziehung zugewiesen. Gleichzeitig wurde eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 ZGB errichtet. Mit Beschluss vom 27. August 1986 ernannte der Bürgerrat X. K. zur Beistandin von E.

B. Mit Beschluss vom 16. April 1997 (versandt am 28. Mai 1997) hob der Bürgerrat X. die Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB über E.B. auf. Ein aus einer Kinderrente der Invalidenversicherung (IV) geäuftetes Vermögen wurde der Mutter von E., C.D., zugesprochen. Der Bürgerrat von X. begründete seinen Beschluss im wesentlichen damit, dass eine Weiterführung der Erziehungsbeistandschaft keinen Sinn ergebe, weil E. seit 1992 mit seinem Vater, A.B., in Kroatien, lebe und die Schriften nicht mehr in X.

deponiert seien. Im weiteren Sorge der Vater gut für seinen Sohn. Der Lebensunterhalt von E. sei gesichert. Auch habe E. ein schönes Verhältnis zur Stiefmutter und zu den Stiefgeschwistern.

C. Gegen diesen Beschluss erhob die Beiständin von E., K., im folgenden "Beschwerdeführerin" genannt, mit Eingabe vom 12. Juni 1997 Beschwerde beim Regierungsrat sinngemäss mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben; insbesondere sei das von ihr als Beiständin verwaltete Kindesvermögen nicht auf C.D. zu übertragen.

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im wesentlichen folgendes vor: Die Mutter, C.D., sei gegenüber gesetzlich unterhaltspflichtig. Aus Rücksicht auf den damaligen Gesundheitszustand der Mutter sei davon abgesehen worden, sie zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten. Ihrer Unterhaltspflicht sei die Mutter insofern nachgekommen, als sie die ihr ausbezahlte IV-Kinderrente an sie (die Beschwerdeführerin) als Beiständin des Kindes überwiesen habe. Ein Teil der Rente sei jeweils an den Vater für grössere Anschaffungen und an den Lebensunterhalt von E. bezahlt worden. Der Rest sei – nach Absprache mit dem Inhaber der elterlichen Gewalt – auf ein Sparheft zugunsten von E. gelegt worden. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist eine IV-Kinderrente ausschliesslich für den Unterhalt und die Ausbildung des betreffenden Kindes zu verwenden. Falls der Bürgerrat keine Beistandschaft mehr führen wolle (oder die gesetzlichen Bestimmungen dies nicht mehr zulassen), sei das Geld umgehend dem Inhaber der elterlichen Gewalt (A.B.) zu überweisen. Er Sorge in guten und schlechten Tagen für das Kind, nicht die Mutter, die zum Kind nie eine Beziehung gehabt habe. Dass der Lebensunterhalt von E. gesichert sei, entspreche einem 'Ist-Zustand'. Die Beschwerdeführerin beurteilt die Zukunft jedoch als unsicher. E. sei Schweizerbürger. Es sei deshalb nicht abwegig, davon auszugehen, dass E. – der ein guter Schüler sei – einmal eine Stelle in der Schweiz suchen wolle bzw. müsse. Eine Kontaktperson, die ihn und seine Situation seit Jahren kenne, könne dann nützlich sein. Sie vermöge deshalb die Aussage des Bürgerrates, eine Weiterführung der Beistandschaft erbege keinen Sinn, nicht voll zu unterstützen.

D. Mit Vernehmlassung vom 7. Juli 1997 beantragt der Bürgerrat X., die Beschwerde sei abzuweisen, die Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 ZGB über E. sei aufzuheben, und das Kindesvermögen sei laut Gesetz auf die Mutter zu übertragen.

Zur Begründung wird im wesentlichen folgendes ausgeführt: Der Bürgererrat erachte eine Weiterführung der Beistandschaft nicht als sinnvoll, da E. mit seinem Vater im Ausland lebe. Frau B. (Stiefmutter von E.) wohne seit 1992 mit den Kindern wieder in Jugoslawien. A.B. habe 1994 die Schweiz verlassen. Gemäss dem Scheidungsurteil vom 9. Juli 1986 habe der Vater das Sorgerecht für seinen Sohn erhalten. A.B. habe sich kurz nach seiner Schei-

derung wieder verheiratet. E. wohne also heute zusammen mit seinem Vater, der Stiefmutter sowie zwei Halbgeschwistern in einer intakten Familie. – Die Beschwerdeführerin bringe vor, C.D. habe sich als Mutter nie um ihr Kind gekümmert. Im Scheidungsurteil vom 9. Juli 1986 sei das Besuchsrecht geregelt. C.D. gebe an, dass sie noch zweimal Kontakt zu ihrem Sohn E. gehabt habe. Anschliessend habe A.B. ihr dann klar zu verstehen gegeben, dass er den Kontakt zwischen ihr und E. nicht mehr wünsche. – Die Beschwerdeführerin vertrete ferner die Auffassung, C.D. sei E. gegenüber gesetzlich unterstützungspflichtig. Im Scheidungsurteil sei jedoch ebenfalls geregelt, dass der Vater die Unterhaltskosten im ganzen Umfang für das Kind übernehme. Mit Verfügung vom 30. November 1988 habe die IV C.D. eine halbe IV-Rente zugesprochen. Ab 1995 sei ihr dann nur noch eine Viertelsrente ausgerichtet worden. Da C.D. eine Rente zugesprochen gewesen sei, habe auch E. von Gesetzes wegen eine Kinderrente erhalten.

E. Mit Eingabe vom 26. Juli 1997 reichte die Beschwerdeführerin ein an sie gerichtetes, von A. und E.B. unterzeichnetes Schreiben ein. Laut von der Ausländerberatungsstelle Zug ausgefertigter Übersetzung wird darin unter anderem folgendes ausgeführt: Er A.B. sei nicht damit einverstanden, dass C.D. das Geld von E. erhalte. Sie habe E. verlassen, als er ein Baby gewesen sei. Er, Vater von E. habe während 13 Jahren die Pflege und Erziehung geleistet. Für E. habe er kein Geld erhalten, ausser drei Überweisungen der Beschwerdeführerin. C.D. solle ihm einen Unterhaltsbeitrag zahlen, weil E. ihm zur Pflege und Erziehung zugesprochen worden sei. – Abschliessend bittet A.B. die Beschwerdeführerin, ihn und E. im vorliegenden Verfahren weiterhin zu vertreten.

F. Mit Schreiben vom 18. August 1997 nahm der Bürgerrat X. zu den Ausführungen von A.B. im wesentlichen wie folgt Stellung: Da C.D. eine Rente zugesprochen worden sei, habe auch E. von Gesetzes wegen eine Kinderrente erhalten. E. sei unter die elterliche Gewalt des Vaters gestellt und ihm zur Pflege und Erziehung zugewiesen worden. Gemäss dem Scheidungsurteil übernehme der Vater in vollem Umfang die Unterhaltskosten für E. Die Parteien hätten diesbezüglich eine Vereinbarung abgeschlossen, welche das Kantonsgericht anerkannt habe. Das Urteil sei damals mündlich eröffnet und begründet und von den Parteien unter Verzicht auf eine schriftliche Begründung angenommen worden. Es müsse hier zwischen der Kinderrente und dem Unterhaltsbeitrag unterschieden werden.

G. Auf die weiteren Ausführungen der Beteiligten ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

Erwägungen:

I.

1. Die Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB ist eine Kinderschutzmassnahme im Sinne von Art. 307 ff. ZGB. Anordnungen der Vor-

mundschaftsbehörden im Zusammenhang mit Kinderschutzmassnahmen unterliegen nach Art. 420 Abs. 2 ZGB der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde (vgl. Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, vierte Auflage, Bern 1994, N 27.64; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Kindesverhältnis] vom 5. Juni 1974, BBI 1974 III ff.). Vormundschaftliche Aufsichtsbehörde im Kanton Zug ist gemäss § 46 des Gesetzes betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB; BGS 211.1) der Regierungsrat. Bei der von der Beschwerdeführerin erhobenen Beschwerde handelt es sich somit um eine zulässige Rechtsvorkehr, die überdies an die zuständige Instanz gerichtet ist.

2. Beschwerdeberechtigt ist gemäss Art. 420 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ZGB jedermann, der ein Interesse an der Beschwerdeerhebung hat. Als Beiständin von E. erfüllt die Beschwerdeführerin diese Voraussetzung.

3. a) Nach Art. 420 Abs. 2 ZGB beträgt die Beschwerdefrist zehn Tage. Der angefochtene Entscheid wurde am 28. Mai 1997 versandt. Weil der 29. Mai 1997 ein Feiertag war (Fronleichnam), konnte die Zustellung an die Beschwerdeführerin frühestens am 30. Mai 1997 erfolgen. Die zehntägige Beschwerdefrist begann demzufolge frühestens am 31. Mai 1997 zu laufen und endigte damit nicht vor dem 9. Juni 1997.

b) Die Beschwerde wurde am 13. Juni 1997 (Poststempel) der Post übergeben. Damit ist unsicher, ob die Beschwerdeerhebung innert der zehntägigen Frist nach Art. 420 Abs. 2 ZGB erfolgte. Weil der angefochtene Entscheid eine falsche Rechtsmittelbelehrung enthielt (die Beschwerdefrist wurde irrtümlich mit 20 Tagen angegeben), kann jedoch offen bleiben, ob die Zehntagefrist eingehalten worden ist oder nicht. Aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung dürfen der bzw. dem Rechtsuchenden nämlich grundsätzlich keine Nachteile erwachsen. Dieses Prinzip fliesst aus dem verfassungsmässigen Recht auf Vertrauensschutz, wie es für Auskünfte von Verwaltungsbehörden gilt. So ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine unrichtige behördliche Auskunft dennoch verbindlich, wenn die folgenden fünf Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: 1. Die Behörde handelte in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen. 2. Die Behörde war für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig oder durfte von der betroffenen Person aus zureichenden Gründen für zuständig gehalten werden. 3. Die Unrichtigkeit der Auskunft war für die betroffene Person nicht ohne weiteres zu erkennen. 4. Im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft wurden Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. 5. Die gesetzliche Ordnung hat seit der Auskunfterteilung keine Änderung erfahren. (Vgl. zum Ganzen: BGE 117 Ia 422 E.2a; BGE 115 Ia 18 f. E.4a; Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, zweite Auflage, Bern 1991, S. 256 ff.; Karl Spühler, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994, N 491 ff.;

alle je mit Hinweisen). Die vorstehend aufgezählten Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Weil sich aus dem Gesetzestext nicht klar ergibt, welche Rechtsmittel im Kindesschutzverfahren gegeben sind, war insbesondere die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht ohne weiteres erkennbar. In diesem Zusammenhang fällt auch in Betracht, dass die Beschwerdeführerin nicht über eine einschlägige juristische Ausbildung verfügt. Die Beschwerdeführerin durfte sich damit in guten Treuen auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen. Der Umstand, dass ihr daraus keine Nachteile erwachsen dürfen, führt dazu, dass sich die gesetzliche Rechtsmittelfrist von zehn Tagen gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB entsprechend der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid auf 20 Tage verlängert. Bei dieser Sach- und Rechtslage endigte die Beschwerdefrist frühestens am 19. Juni 1997. Mit Postaufgabe am 13. Juni 1997 erweist sich die Beschwerde folglich als rechtzeitig. Damit sind die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

II.

1. a) Der Bürgerrat X. begründet die Aufhebung der Erziehungsbeistandschaft vor allem damit, dass das mit der Massnahme zu schützende Kind aus der Schweiz weggezogen sei. Eine Fortführung der Erziehungsbeistandschaft mache unter diesen Umständen keinen Sinn mehr. Dies wird von der Beschwerdeführerin in Abrede gestellt, mit dem Hinweis darauf, dass sie nach wie vor Teile des Kindesvermögens verwalte und es nicht ausgeschlossen werden könne, dass E. dereinst für seine berufliche Ausbildung wieder in die Schweiz zurückkehre. Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, welches die Aufgaben der Beschwerdeführerin als Beiständin im konkreten Fall waren bzw. es noch immer sind.

b) Nach Art. 308 Abs. 1 ZGB hat der Beistand die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat zu unterstützen. Es können ihm besondere Befugnisse übertragen werden, namentlich die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches und anderer Rechte sowie die Überwachung des persönlichen Verkehrs (vgl. Abs. 2). Dabei kann die elterliche Gewalt entsprechend beschränkt werden (vgl. Abs. 3).

c) Die Erziehungsbeistandschaft über E. wurde im Rahmen des Scheidungsverfahrens der Eltern B. errichtet (vgl. Scheidungsurteil des Kantonsgerichtes vom 9. Juli 1986, Dispositiv Ziff. 2 Bst. a). Im Scheidungsurteil sind die Aufgaben der Beiständin bzw. des Beistandes indessen nicht ausdrücklich umschrieben. Ebensovienig ergeben sich entsprechende Hinweise aus dem Beschluss des Bürgerrates X. vom 27. August 1986, mit dem dieser die Beschwerdeführerin als Beiständin ernannte. Gestützt auf den Wortlaut von Art. 308 ZGB gehörte es (bzw. gehört es nach wie vor) bei dieser Ausgangslage zu den Aufgaben der Beschwerdeführerin, den Vater, A.B. bei seiner Sorge um dessen Kind E. mit Rat und Tat zu unterstützen. Der Umstand,

dass die vorliegende Kindesschutzmassnahme im Zusammenhang mit einer Ehescheidung angeordnet wurde, führt ferner zum Schluss, dass die Erziehungsbeistandschaft auch zwecks Gewährleistung und Überwachung des persönlichen Verkehrs mit der leiblichen Mutter, C.D., errichtet wurde. Schliesslich besorgte die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit auch die Verwaltung eines Vermögens, das aus einer für E. ausbezahlten IV-Kinderrente resultierte. Daraus lässt sich schliessen, dass die Beschwerdeführerin als Erziehungsbeistandin auch die Aufgabe hatte bzw. nach wie vor hat, das Vermögen von E. – oder zumindest Teile davon – zu verwalten.

2. E. lebt heute mit seinem Vater, seiner Stiefmutter und seinen Halbgeschwistern in Kroatien. Infolge Wegzugs der Familie B. aus der Schweiz ist es der Beschwerdeführerin kaum mehr möglich, Einfluss auf das Wohl und die Erziehung von E. zu nehmen. Insofern ist dem Bürgerrat X. zuzustimmen, dass eine Weiterführung der Erziehungsbeistandschaft über E. in der Schweiz keinen Sinn mehr mache. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ändert daran auch der Umstand nichts, dass E. Schweizerbürger ist und möglicherweise später für seine Ausbildung in die Schweiz zurückkehren könnte. Eine Kindesschutzmassnahme bedeutet stets einen hoheitlichen Eingriff in die Elternrechte. Ein solcher darf nur für solange erfolgen, als eine Notwendigkeit dafür besteht. Immerhin wäre bei einer Rückkehr von E. in die Schweiz die Frage der Notwendigkeit einer Erziehungsbeistandschaft erneut zu prüfen. Im vorliegenden Zusammenhang fällt aber auch in Betracht, dass nach übereinstimmender Einschätzung der Beteiligten das Familienleben der Familie B. als intakt bezeichnet werden kann. Mit Blick auf die Sorge des Vaters, A.B., um das Wohl seines Kindes E. erscheint unter diesen Umständen auch eine Fortführung der Erziehungsbeistandschaft in Kroatien nicht als angezeigt. Die Beschwerde erweist sich somit in diesem Punkt als unbegründet.

3. Wie bereits vorstehend unter Ziff. II/1 Bst. c ausgeführt, dürfte die Erziehungsbeistandschaft seinerzeit auch mit dem Ziel errichtet worden sein, den persönlichen Verkehr zwischen E. und seiner Mutter, C.D., zu gewährleisten und zu überwachen. Die Frage, ob zu diesem Zweck nach wie vor eine Massnahme im Sinne von Art. 308 ZGB notwendig sei, lässt sich im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zuverlässig entscheiden. Aus den Akten ergeben sich lediglich Anhaltspunkte dafür, dass das der Mutter mit Scheidungsurteil vom 9. Juli 1986 zuerkannte Besuchsrecht seit einigen Jahren nicht mehr ausgeübt wird. Die Gründe dafür werden von den Beteiligten hingegen kontrovers beurteilt. Die Frage, ob im Hinblick auf die Ausübung des mütterlichen Besuchsrechtes die Erziehungsbeistandschaft fortzuführen sei, kann indessen – wie nachstehend aufzuzeigen sein wird – im vorliegenden Verfahren offen bleiben.

4. a) E. wurde infolge der Rentenberechtigung seiner leiblichen Mutter, C.D. von der Invalidenversicherung eine IV-Kinderrente zugesprochen. Die

Verwaltung der Einkünfte aus dieser Rente besorgt die Beschwerdeführerin. Der Bürgerrat X. vertritt hierzu die Auffassung, die Kinderrente – und damit auch die entsprechenden Einkünfte – stünden C.D. zu. Gemäss Scheidungsurteil sei ausschliesslich der Vater, A.B., für den Unterhalt von E. verantwortlich. Auch in diesem Zusammenhang bestehe folglich kein Grund mehr für eine Fortführung der Erziehungsbeistandschaft über E.

b) Nach Art. 35 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20) haben Männer und Frauen, denen eine Invalidenrente zusteht, für jedes Kind, das im Falle ihres Todes eine Waisenrente der Alters- und Hinterlassenenversicherung beanspruchen könnte, Anspruch auf eine Kinderrente. Anspruchsberechtigt ist somit nicht das Kind, sondern der rentenberechtigte Elternteil. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass – wie der Bürgerrat X. richtig feststellt – der Rentenanspruch nicht dem Kind zusteht, sondern vielmehr seiner leiblichen Mutter, C.D. Damit ist allerdings noch nichts darüber ausgesagt, wie es sich mit den Rentenbeträgen verhält, wenn sie einmal ausbezahlt sind. Der Bürgerrat X. vertritt hierzu die Auffassung, die entsprechenden Einkünfte stünden C.D. zu, weil gemäss Scheidungsurteil vom 9. Juli 1986 der Vater, A.B., allein für den Unterhalt des Kindes E. aufzukommen habe. Dieser Auffassung kann indessen nicht gefolgt werden. Nach Art. 276 ZGB ist grundsätzlich jeder Elternteil unterhaltspflichtig, ungeachtet der Frage, ob das Kind unter seiner elterlichen Gewalt steht oder sich in seiner Obhut befindet. Im seinerzeitigen Scheidungsurteil wurde nur deshalb kein von C.D. zu leistender Unterhaltsbeitrag festgelegt, weil diese damals über kein namhaftes Einkommen verfügte. Die Invalidenrente – und damit auch die IV-Kinderrente – wurde ihr erst mit Verfügung vom 30. November 1988 zugesprochen, mithin erst zwei Jahre nach Fällung des Scheidungsurteils. Seit dem Urteilspruch haben sich die Verhältnisse in diesem Punkt also erheblich verändert. Damit stellt sich aber auch die Frage, ob die zuständige Vormundschaftsbehörde dem Richter eine Änderung des Scheidungsurteils im Sinne von Art. 157 ZGB beantragen müsse.

c) Tatsächlich ist C.D. ihrer Unterhaltspflicht – zumindest teilweise – bereits bisher nachgekommen. So wurden die Einkünfte aus der IV-Kinderrente jeweils der Beschwerdeführerin in deren Eigenschaft als Erziehungsbeiständin zur Verwaltung übergeben. Darin ist gleichzeitig auch der entscheidende Hinweis zu erblicken, dass die fraglichen Rentenzahlungen in das Kindesvermögen von E. übergegangen sind. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass der Bürgerrat X. offenbar selber davon ausgeht, es handle sich beim fraglichen Vermögen um Kindesvermögen. So führt er in seiner Vernehmlassung vom 7. Juli 1997 wörtlich aus, "das Kindsvermögen von E.B. sei laut Gesetz der Mutter zuzuschreiben". C.D. hat weder die elterliche Gewalt über E. inne noch ist sie obhutsberechtigt. Sie hat deshalb weder Anspruch noch Zugriff auf das Vermögen von E. Bei dieser Sach- und

Rechtslage wendet die Beschwerdeführerin zu Recht ein, das von ihr als Beiständin von E. verwaltete Vermögen dürfe nicht auf C.D. übertragen werden. Insofern erweist sich die Beschwerde als begründet. Der angefochtene Entscheid ist deshalb aufzuheben und die Angelegenheit an den Bürgerrat X. zur Neu beurteilung zurückzuweisen. Dabei wird zu prüfen sein, ob die fraglichen Vermögenswerte dem Vater von E., A.B., als Inhaber der elterlichen Gewalt und Obhutsberechtigtem übergeben werden sollen, oder ob die Beistandschaft nach Art. 308 ZGB weitergeführt werden soll, mit dem Auftrag, weiterhin für die Verwaltung der Renteneinkünfte von E. zu sorgen.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass eine Erziehungsbeistandschaft, die in der Schweiz geführt wird, als wenig geeignet erscheint, den mit dem Kind in Kroatien lebenden Vater bei seiner Sorge um das Wohl des Kindes mit Rat und Tat zu unterstützen. Da überdies die Verhältnisse in der Familie, in welcher das Kind zusammen mit seinem Vater lebt, als geordnet erscheinen, besteht mit Blick auf die eigentliche Pflege und Erziehung des Kindes kein Grund mehr für eine Fortführung der Beistandschaft. Ob die Beistandschaft zwecks Gewährleistung und Überwachung des persönlichen Verkehrs mit der leiblichen Mutter aufrecht zu erhalten ist, kann im vorliegenden Verfahren nicht schlüssig beurteilt werden. Diese Fragestellung wird von der Vormundschaftsbehörde noch zu klären sein. Das von der Beschwerdeführerin als Beiständin verwaltete Vermögen aus einer IV-Kinderrente ist in das Kindesvermögen übergegangen. Es darf deshalb nicht auf die Mutter übertragen werden. Die Beschwerde ist somit diesbezüglich gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neu beurteilung zurückzuweisen. Dabei wird zu prüfen sein, ob das Vermögen dem Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt und Obhutsberechtigtem zu übertragen sei, oder ob zwecks Vermögensverwaltung die Beistandschaft weitergeführt werden müsse. Im weiteren stellt sich die Frage, ob der Umstand, dass der Mutter nachträglich eine Invalidenrente mit Kinderrente zugesprochen worden ist, nicht zu einer Abänderung des ursprünglichen Scheidungsurteils führen müsse. – Bei diesem Ausgang des Verfahrens hätte in Anwendung von § 23 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) die Bürgergemeinde X. die Kosten zu tragen. Nach § 24 Abs. 2 VRG werden einer Gemeinde indessen nur dann Kosten auferlegt, wenn sie am Verfahren wirtschaftlich interessiert ist oder zum Verfahren durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offenbare Rechtsverletzung Anlass gegeben hat. Vorliegend ist jedoch weder das eine noch das andere der Fall. Überdies dürfen gemäss Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) für Amtshandlungen zum Schutz von Kindern ohnehin keine Gebühren bezogen werden. Auf eine Kostenerhebung ist deshalb zu verzichten. Weil weder ein Verfahrensfehler noch eine offenbare Rechtsverletzung zur Gutheissung der Beschwerde geführt hat, fällt

auch die Zusprechung einer Parteientschädigung ausser Betracht (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG).

(RRB, 20. Januar 1998)

Art. 421 Ziff. 1, 404 ZGB. – Genehmigung des freihändigen Verkaufs einer Liegenschaft im Miteigentum des bevormundeten Ehemannes und der verbeiständeten Ehefrau

Erwägungen:

1. Es handelt sich vorliegend um einen Verkauf von Grundeigentum im Sinne von Art. 421 Ziff. 1 ZGB, weshalb der Gemeinderat X. das Geschäft zu Recht unter diesem Aspekt geprüft hat.

2. Zur Anwendung gelangt vorliegend auch Art. 404 ZGB. Nach dieser Bestimmung erfolgt die Veräusserung von Grundstücken Bevormundeter nach Weisung der Vormundschaftsbehörde und ist nur in den Fällen gestattet, wo die Interessen des Bevormundeten es erfordern (Abs. 1). Die Veräusserung erfolgt durch öffentliche Versteigerung (Abs. 2). Ausnahmsweise kann mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde der Verkauf aus freier Hand stattfinden (Abs. 3).

3. Vorliegend wurde ein freihändiger Verkauf getätigt. Nach herrschender Lehre muss ein Freihandverkauf notwendig sein, und es muss ein Preis geboten werden, der nach bestimmter Voraussicht auch bei öffentlicher Versteigerung nicht überboten würde (Egger, Zürcher Kommentar zum ZGB, N 8 zu Art. 404). Das Bundesgericht hat ferner in mehreren Fällen (BGE 117 II 18 ff., 80 II 377, 74 II 78, 63 I 180) festgestellt, dass Art. 404 Abs. 2 und 3 ZGB auch für Grundstücke gelten, die nicht dem Mündel allein gehören, sondern in gemeinschaftlichem Eigentum stehen, wobei auf die Grösse der Beteiligung nichts ankommt (Kreisschreiben der Direktion des Innern vom 1. Oktober 1979). Ein solcher Fall ist vorliegend bezüglich des bevormundeten A. gegeben.

4. Es ist somit zu prüfen, ob der vorliegende freihändige Verkauf der Liegenschaft vom Regierungsrat als vormundschaftlicher Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 404 Abs. 3 ZGB genehmigt werden kann.

Zu berücksichtigen ist einmal, dass die Eheleute A. – B. ihr Einfamilienhaus nicht mehr selber bewohnen können. Auch wäre es ihnen finanziell nicht möglich, dieses in einen vermietbaren Zustand zu versetzen, weshalb eine Veräusserung in ihrem Interesse liegt (Art. 404 Abs. 1 ZGB). Im Bericht der Liegenschafts-Schätzungskommission vom 19. Februar 1997 wird ein Realwert der Liegenschaft von Fr. 106'000.- ausgewiesen. Als Ertragswert werden Fr. 102'000.- angegeben. Der Verkehrswert beträgt Fr. 104'000.-.

Dem Gemeinderat X. ist beizupflichten, dass es sich beim Verkaufserlös von Fr. 175'000.- um einen guten Preis handelt, insbesondere in Anbetracht der heutigen Situation auf dem Immobilienmarkt und der nicht gerade komfortablen Lage der Liegenschaft. Zudem stellt der Kaufpreis das Höchstgebot unter mehreren Offerten dar. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass vorliegend wohl der bestmögliche Erlös erzielt wurde und auch bei einer Versteigerung kaum ein höherer Kaufpreis erzielt worden wäre. Nicht entscheidend aber dennoch positiv fällt ins Gewicht, dass beim Erwerb durch die Kinder der Eheleute A.-B. die Liegenschaft in Familienbesitz verbleibt.

5. Der Genehmigung des freihändigen Verkaufs der Liegenschaft steht somit nichts entgegen, weshalb die Direktion des Innern dem Regierungsrat entsprechend Antrag stellen kann.

(RRB, 27. Januar 1998)

Art. 85 Abs. 2 BG über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291); Art. 1, 2 Abs. 1, 12 des Haager Uebereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (MSA, SR 0.211.231.01); Art. 14, 311 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 und Abs. 2, 368 ZGB, §§ 36 Abs. 1 Satz 2, 46 EG ZGB; §§ 15 Abs. 1, 21 Abs. 3 VRG; Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. Mai 1974 (Verwaltungsgebührentarif, VwGT; BGS 641.1). – Kindes-schutz. – Entziehung der elterlichen Gewalt über einen alleinstehenden jugendlichen Kriegsflüchtling aus Somalia durch den Regierungsrat als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde. – Formelles (E. I): Anwendbarkeit internationalprivatrechtlicher Regeln (E. 1); Analoge Anwendung des MSA auf eine Person, die nur nach schweizerischem Recht minderjährig ist (E. 2); Gewöhnlicher Aufenthalt, Anwendung schweizerischen Rechts sowie Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zur Antragstellung und des Regierungsrates als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zum Entscheid (E. 3). – Materielles (E. II): Gesetzliche Regelung und Voraussetzungen der Gewaltentziehung sowie Prüfung milderer Kindesschutzmassnahmen (E. 1); Rechtliches Gehör (E. 2); Bevormundung als Folge der Entziehung der elterlichen Gewalt beider Eltern. – Amtsblattpublikation (E. III). – Kosten (E. IV)

Sachverhalt:

A. L.M. geboren am 1982, somalischer Staatsangehöriger, reiste am 15. Juli 1997 in die Schweiz ein, wo er am 16. Juli 1997 ein Asylgesuch stellte. Am 18. August 1997 gelangte er im Kanton Zug zur Anmeldung und fand zunächst in der kantonalen Durchgangsstation für Asylbewerber und Flüchtlinge, Steinhausen, Unterkunft. Mit Verfügung des Bundesamtes für Flücht-

linge vom 7. November 1997 (in Rechtskraft erwachsen am 11. Dezember 1997) wurde das Asylgesuch von L.M. abgelehnt und dieser vorläufig aufgenommen (Ausweis F). Er hält sich heute in der kantonalen Unterkunft für Asylbewerber und Flüchtlinge in Cham, Obermühlestrasse 10, auf. – Am 2. August 1997 waren auch die Mutter von L.M., L.A., geboren 1964, und bereits am 17. Juli 1997 seine Schwester, D.J., geboren 1986, beide somalische Staatsangehörige, in die Schweiz eingereist, wo sie am 4. August 1998 ein Asylgesuch stellten; beide kamen, zusammen mit L.M. am 18. August 1997 im Kanton Zug zur Anmeldung, hielten sich zunächst in der kantonalen Durchgangsstation Steinhausen auf und wurden nach Ablehnung der Asylgesuche und Erteilung der vorläufigen Aufnahme am 7. November 1997 (in Rechtskraft erwachsen am 11. Dezember 1997) in der kantonalen Unterkunft Cham untergebracht. – Vom (angeblichen) Vater von L.M. ist nur der Name bekannt, nämlich M.M.; weitere Personen- und örtliche Daten fehlen.

B. Am 4. März 1998 teilte die kantonale Koordinationsstelle für Asyl- und Flüchtlingswesen der Vormundschaftsbehörde der Einwohnergemeinde Cham mit, dass die Mutter von L.M., L.A., seit dem 10. Februar 1998 unbekanntem Aufenthaltes sei, und sie ersuchte die Vormundschaftsbehörde um Prüfung allfällig notwendiger vormundschaftlicher Massnahmen für L. im Sinne der einschlägigen Gesetzesbestimmungen (Art. 368 ZGB).

C. Mit Schreiben vom 17. April 1998 orientierte die Sozialabteilung der Gemeinde Cham die Direktion des Innern, dass sie von der kantonalen Koordinationsstelle für Asyl- und Flüchtlingswesen über die Situation von L. M. informiert worden sei. – Vorerst sei festzustellen, dass die Einwohnergemeinde Cham im Sinne der Bestimmungen über das Internationale Privatrecht zur Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen für L.M. zuständig sei. Die Vormundschaftsbehörde habe sich daher sowohl um das persönliche Wohl als auch um die rechtliche Vertretung von L. anzunehmen. Anlässlich einer persönlichen Aussprache vom 7. April 1998 beim Sozialsekretär habe L. bestätigt, dass er sich seit Juli 1997 in der Schweiz aufhalte. Zusammen mit seiner Mutter und seiner jüngeren Schwester habe er seinerzeit Somalia infolge Kriegswirren verlassen. Seit Oktober 1997 befinde er sich in der Asylbewerber-Unterkunft in Cham. Seit 10. Februar 1998 seien seine Mutter und seine Schwester spurlos verschwunden. In der Zwischenzeit habe er von ihnen nie etwas gehört; Anhaltspunkte für den heutigen Aufenthalt habe er keine. Zurzeit sei er völlig auf sich allein angewiesen. Insbesondere habe er in der Schweiz weder Angehörige noch Landsleute, an die er sich wenden könnte. Zu seinem Heimatland Somalia seien sämtliche Kontakte abgebrochen. Aus diesem Grund wünsche er sich eine engere Bezugsperson. – Die Vormundschaftsbehörde habe vorerst zu prüfen, ob allenfalls mildere vormundschaftliche Massnahmen (z.B. Vertretungsbeistandschaft) ausreichend wären. Aufgrund des klaren Sachverhaltes sei die Sozialabteilung jedoch der Auffassung, dass sowohl in persönlicher als auch

in rechtlicher Hinsicht der umfassende Schutz einer Unmündigenvormundschaft erforderlich sei. Bezüglich seiner künftigen Unterkunft, der schulischen Ausbildung und der beruflichen Eingliederung stünden Entscheidungen bevor, die nur ein Vormund vollumfänglich wahrnehmen könne. Der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde werde daher beantragt, den Eltern von L.M. die elterliche Gewalt im Sinne von Art. 311 Ziff. 1 und 2 ZGB zu entziehen.

D. Gemäss Rücksprache der Kantonalen Koordinationsstelle für Asyl- und Flüchtlingswesen vom 22. April 1998 mit dem Bundesamt für Flüchtlinge werden zur Zeit und bis auf weiteres keine somalischen Staatsangehörigen (zwangsweise) in ihren Heimatstaat zurückgeschafft.

E. Die Direktion des Innern liess L.M. durch S.E., dipl. Sozialarbeiterin, Mitarbeiterin des kantonalen Sozialamtes, befragen. Sie hielt das Ergebnis des Gesprächs vom 24. April 1998 wie folgt fest: L.M. habe nach wie vor nichts mehr von seiner Mutter gehört. Er wisse nicht, wie es mit ihm weitergehen solle. Zur Zeit besuche er die Integrationsschule in Cham, wo er Deutsch- und Mathematikunterricht erhalte. Er gehe gerne zur Schule. In Somalia habe er – kriegsbedingt – lediglich während vier Jahren Schulunterricht gehabt. Da er sich noch nicht so lange in Cham aufhalte, habe er auch noch nicht so viele Kontakte knüpfen können. In der Asylbewerber-Unterkunft fühle er sich eher etwas isoliert, da die meisten Bewohner älter seien als er. Er müsse Hausarbeiten verrichten, was für ihn ungewohnt sei. Sein Berufswunsch wäre, einmal Anwalt zu werden. Auch möchte er viele Sprachen lernen. Er wäre froh um eine Bezugsperson (Vormund), die sich um ihn kümmern würde. – Ihre persönlichen Eindrücke hielt S.E. wie folgt fest: Für die relativ kurze Anwesenheit in der Schweiz spreche L. recht gut Deutsch. Trotzdem sei es nicht immer leicht gewesen, sich gegenseitig zu verstehen. Sie habe sich daher mit L. abwechslungsweise in Englisch und Deutsch unterhalten. L. wirke trotz seiner Lebensumstände beherrscht und vernünftig. Er mache einen intelligenten Eindruck und habe eine angenehme Umgangsart. Er scheine sich gut anpassen zu können. Seinen Wunsch nach einer Bezugsperson (Vormund) habe er mehrmals bestätigt.

Erwägungen:

I.

1. a) Ziel der Vormundschaftsbehörde ist es, dem heute in der kantonalen Unterkunft für Asylbewerber und Flüchtlinge in Cham allein lebenden L.M. einen Vormund zu geben, der sich sowohl um dessen persönliches Wohl als auch um dessen rechtliche Vertretung kümmert.

b) L.M. ist somalischer Staatsangehöriger. Es handelt sich somit um einen Fall mit Auslandsberührung, weshalb internationalprivatrechtliche Regeln zur Anwendung gelangen.

2. a) Es kann davon ausgegangen werden, dass der gut 16jährige L.M. nach somalischem Recht volljährig ist (vgl. Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Band X, Somalia, S. 1 ff.). Nach schweizerischem Recht ist er indessen minderjährig (unmündig) (Art. 14 ZGB). Das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (MSA; SR 0.211.231.01) ist jedoch nur auf solche Personen anwendbar, die sowohl nach dem innerstaatlichen Recht, dem sie angehören, als auch dem innerstaatlichen Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthaltes minderjährig sind (Art. 12 MSA). Nach Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291) gilt das MSA indessen sinngemäss auch für Personen, die nur nach schweizerischem Recht minderjährig sind.

b) Nach Art. 1 MSA sind die Gerichte und Verwaltungsbehörden des Staates, in dem ein Minderjähriger (vorliegend nach schweizerischem Recht) seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zuständig, Massnahmen zum Schutze der Person oder des Vermögens Minderjähriger zu treffen. Nach Art. 2 Abs. 1 MSA treffen die zuständigen Behörden die in ihrem innerstaatlichen Recht vorgesehenen Massnahmen.

3. L.M. hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt zweifelsohne in Cham und damit im Kanton Zug (vgl. Jan Kropholler, Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger, 2. Auflage, Bielefeld 1977, S. 58 ff.). Der Gemeinderat Cham als Vormundschaftsbehörde war deshalb zur Antragstellung betreffend Entziehung der elterlichen Gewalt (Art. 311 ZGB) gemäss § 36 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB; BGS 211.1) auch örtlich zuständig. Als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde des Kantons Zug (§ 46 EG ZGB) ist auch der Regierungsrat sachlich und örtlich zum Entscheid über eine Entziehung der elterlichen Gewalt nach Art. 311 ZGB zuständig.

II.

1. a) Sind andere Kindesschutzmassnahmen erfolglos geblieben oder erscheinen sie von vorneherein als ungenügend, so entzieht die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde die elterliche Gewalt (Art. 311 Abs. 1 ZGB), wenn die Eltern wegen Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Ortsabwesenheit oder ähnlichen Gründen ausserstande sind, die elterliche Gewalt pflichtgemäss auszuüben (Ziff. 1), oder wenn die Eltern sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert oder ihre Pflichten gegenüber dem Kind gröblich verletzt haben (Ziff. 2).

b) Die Ortsabwesenheit im Sinne von Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gilt nur als Entziehungsgrund, wenn sie den Eltern die pflichtgemässe Ausübung ihrer elterlichen Gewalt tatsächlich verunmöglicht (vgl. Regierungsratsbe-

schluss vom 11. Mai 1994 i.S. M. und R. S.). Das ist zunächst inbezug auf die Mutter von L.M. zu bejahen, denn nach ihrem spurlosen Verschwinden kann sie nicht mehr hinreichend für L. sorgen. Durch ihren Weggang ohne spätere Bekanntgabe einer Adresse hat sie ferner ihre mütterlichen Pflichten im Sinne von Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB gröblich verletzt. Ausser dem Namen des (angeblichen) Vaters von L.M. sind von diesem keine weiteren Angaben bekannt. Trotzdem ist er in die Entziehung der elterlichen Gewalt einzubeziehen (was auf Ortsabwesenheit gemäss Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gegründet werden kann), soll die für L.M. geeignete Massnahme getroffen werden können.

c) Allerdings stellt sich noch die Frage, ob im vorliegenden Fall eine weniger weit gehende Kindesschutzmassnahme genügen würde (Stufenfolge der Kindesschutzmassnahmen, Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Dies könnte namentlich dann zutreffen, wenn wesentliche Teilbereiche der elterlichen Gewalt belassen werden könnten und die Eltern diesbezüglich nötigenfalls auch tätig würden. Da der Aufenthalt der Eltern jedoch nicht bekannt ist, könnten sie für die Ausübung gewisser Teilbereiche der elterlichen Gewalt nicht kontaktiert werden. Unter diesen Umständen ist sie vollumfänglich zu ersetzen. Als rechtlich gleichwertiges Gewalts- und Vertretungsverhältnis steht einzig die Vormundschaft zur Verfügung. Mildere Kindesschutzmassnahmen müssten im vorliegenden Fall derart umfassend ausgestattet werden, dass sie einem Elternrechtsentzug gleichkämen. In Lehre und Praxis wird aber die Auffassung vertreten, dass die elterliche Gewalt zu entziehen sei, wenn diese durch andere Kindesschutzmassnahmen praktisch ausgehöhlt werden müsste. (ZVW 34 [1979], S. 34). Für L.M. stehen – wie von der Vormundschaftsbehörde erwähnt – Entscheide an, die nur im Rahmen einer den elterlichen Gewalts- und Vertretungsverhältnissen entsprechenden Massnahme rechtlich sauber abgestützt und getroffen werden können.

2. Nach § 15 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1) gewährt die Behörde den Parteien, also den Personen, deren Rechte oder Pflichten der Entscheid berühren soll (§ 5 VRG), das rechtliche Gehör, bevor sie entscheidet. Im Falle der dauernden unbekanntenen Abwesenheit ist indessen die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht möglich. Dies hat jedoch nicht schlechthin zur Folge, dass eine notwendige Verfügung unterbleiben müsste. Die unbekanntene Abwesenheit der Eltern, namentlich der Mutter, darf nicht dazu führen, dass die für das Kindeswohl notwendigen Schutzmassnahmen unterbleiben müssen. Die Unmöglichkeit der Anhörung ist zudem eine Folge des eigenen Verhaltens der Eltern. Eine allfällige Benachteiligung im Verfahren haben sie daher selber zu verantworten. (Vgl. zit. ZVW 34 [1979], S. 34 f.). L.M. selber wurde sowohl durch Organe der Vormundschaftsbehörde als auch im aufsichtsbehördlichen Verfahren angehört. Er wünscht sich ausdrücklich einen Vormund.

3. Wird beiden Eltern die Gewalt entzogen, so erhalten die Kinder einen Vormund (Art. 311 Abs. 2 ZGB). Nach (unbenütztem) Ablauf der Rechtsmittelfrist im vorliegenden Verfahren hat daher der Gemeinderat Cham für L.M. eine Vormundschaft nach Art. 368 ZGB (Unmündigenvormundschaft) zu errichten und für ihn einen Vormund (geschlechtsneutral gemeint) zu wählen. Er wird bei der Frage nach der Eignung einer Person für das vormundschaftliche Amt auch die Rolle der Geschlechter im Heimatland von L.M. zu berücksichtigen haben.

III.

Die unbekannte Abwesenheit der Eltern hat auch zur Folge, dass ihnen die vorliegende Verfügung nicht zugestellt werden kann. Im Interesse der nötigen Rechtssicherheit in bezug auf die Rechtskraft der Verfügung ist es deshalb angezeigt, das Dispositiv gestützt auf § 21 Abs. 3 VRG im Amtsblatt zu publizieren.

IV.

Nach Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen (Verwaltungsgebührentarif) vom 11. Mai 1974 (BGS 641.1) dürfen für Amtshandlungen zum Schutze von Kindern keine Gebühren bezogen werden.

(RRB, 19. Mai 1998)

Art. 392 Ziff. 2, 422 Ziff. 5 ZGB. – Ausschlagung der Erbschaft zweier wegen möglicher Interessenkollision der Mutter verbeiständeter minderjähriger Kinder wegen Ueberschuldung des väterlichen Nachlasses

Aus den Erwägungen:

B. Mit Schreiben vom 25. November 1996 zuhanden der Erbteilungskommission X. schlug der Beistand die Erbschaft für die beiden minderjährigen Kinder N.E. und C.E. aus.

Der Gemeinderat von X. stimmte mit Beschluss vom 17. Dezember 1996 der Ausschlagung der Erbschaft zu. Zur Begründung führte er folgendes aus: Das öffentliche Inventar weise einen Passivenüberschuss von Fr. 623'725.23 aus. Die Annahme dieser Erbschaft könne den minderjährigen Erben nicht zugemutet werden, da die damit verbundenen finanziellen und persönlichen Belastungen unverhältnismässig und unverantwortlich seien.

C. Nach Art. 422 Ziff. 5 ZGB bedarf die Ausschlagung der Erbschaft eines Bevormundeten, nachdem die Beschlussfassung der Vormundschaftsbehörde vorausgegangen ist, der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Artikel 422

ZGB ist auch auf die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB anwendbar (Egger, Zürcher Kommentar zum ZGB, N 4 zu Art. 421).

Angesichts der ausgewiesenen Überschuldung des Nachlasses kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Ausschlagung vorliegend im Interesse der Verbeiständeten erfolgte, weshalb die Direktion des Innern dem Regierungsrat als vormundschaftlicher Aufsichtsbehörde beantragt, die Ausschlagung nach der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde ebenfalls zu genehmigen.

(RRB, 13. Januar 1997)

Art. 375 Abs. 1 und 2 (letzterer in der Fassung vom 16. Dezember 1994, in Kraft seit 1. Januar 1997; AS 1995 1227 1307; BBI 1991 III 1) ZGB: Verzicht auf die Veröffentlichung der Entmündigung einer geistesschwachen Person, deren Handlungsunfähigkeit für Dritte offenkundig ist

Erwägungen:

1. Nach Art. 375 Abs. 1 ZGB muss die Entmündigung, sobald sie rechtskräftig geworden ist, veröffentlicht werden. Die Unterstellung unter elterliche Gewalt vermag den Beteiligten die Publikation grundsätzlich nicht zu ersparen (Egger, Zürcher Kommentar zum ZGB, N 8 zu Art. 385; vgl. auch Schnyder/Murer, Berner Kommentar zum ZGB, N 37 zu Art. 375).

2. Mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde kann jedoch nach Art. 375 Abs. 2 ZGB in der Fassung vom 16. Dezember 1994 im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), in Kraft seit 1. Januar 1997 (AS 1995 1227 1307), auf eine Veröffentlichung verzichtet werden, wenn die Handlungsunfähigkeit für Dritte offenkundig ist oder der/die Geisteskranke oder Geistesschwache in einer Anstalt untergebracht ist.

a) X. hält sich nicht dauernd im Schwerbehindertenheim Maihof auf. Sie verbringt die Wochenenden gelegentlich zuhause bei ihren Eltern. Auf eine Publikation der Entmündigung kann daher nicht wegen Unterbringung in einer Anstalt verzichtet werden.

b) Dem ärztlichen Bericht, auf den sich die Vormundschaftsbehörde stützt, ist jedoch zu entnehmen, dass die Handlungsunfähigkeit von X. für Dritte offenkundig ist (was zudem von seiten des Heims telefonisch bestätigt wurde), weshalb ein Verzicht auf die Veröffentlichung der Entmündigung aus diesem Grund in Betracht fällt. Die neue Fassung von Art. 375 Abs. 2 ZGB entspricht im übrigen langjähriger Praxis des Regierungsrates, die sich auch auf eine Empfehlung der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK; früher VDK für Vormundschaftsdirektoren-Konferenz)

vom 27. November 1989 stützen konnte und in den neuen Gesetzeswortlaut Eingang gefunden hat (siehe BBI 1991 III 59).

3. Wird auf eine Publikation der Entmündigung verzichtet, ist diese aber dem Betreibungsamt mitzuteilen (neuer Art. 375 Abs. 2 letzter Halbsatz ZGB).

4. Abschliessend beantragt die Direktion des Innern dem Regierungsrat, auf eine Veröffentlichung der Entmündigung von X. zu verzichten.

(RRB, 12. August 1997)

Art. 307 Abs. 1 und 3, 308, 310 Abs. 1 ZGB; § 45 Abs. 1 EG ZGB; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 Ziff.2 VRG; Ziff. 109 und 114 Verwaltungsgebührentarif. – Kindesschutz; Wiederherstellung der elterlichen Obhut mit Bedingungen und Auflagen; Bestellung eines Aufsichtsorgans. – Formelle Voraussetzungen und Gegenstand der Beschwerde (E. 1). – Gutachten und nötige Massnahmen (E. 2): Empfehlungen der Gutachterin (a.); Würdigung des Gutachtens (b. und c.); Verzicht auf eine Erziehungsbeistandschaft (d.); Ueberwachung der Bedingungen und Auflagen durch eine geeignete Person oder Stelle (e.); Zusammenfassung (f.). – Kosten und Entschädigungen, insbesondere Beteiligung der Vormundschaftsbehörde an den Gutachterkosten (E. 3)

Erwägungen:

1. a) Die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde richtet sich gegen einen Beschluss des Gemeinderates X., T. und M.S. die Obhut über ihre Kinder A. und B. zu entziehen. Gemäss Art. 310 Abs. 1 ZGB hat die Vormundschaftsbehörde die elterliche Obhut aufzuheben, wenn der Gefährdung des Kindes auf andere Weise nicht begegnet werden kann. Die Ursache der Gefährdung muss darin liegen, dass das Kind unter elterlicher Obhut nicht in der für seine körperliche, geistige und sittliche Entwicklung nötigen Weise geschützt und gefördert wird (Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 4. Auflage, Bern 1994, N 27.36 mit Hinweis auf ZVW 1978 Nr. 22 S. 152).

b) Der Gemeinderat X. sah sich zum Obhutsentzug veranlasst, weil die früher angeordneten Massnahmen gemäss Art. 307 ZGB die Alkohol- und Paarproblematik nicht so verändert hätten, dass sich für die Kinder eine Beruhigung eingestellt habe. Vielmehr habe sich die Situation seit Januar 1997 wieder zugespitzt. Die Kinder seien verunsichert und zeigten Verhaltensauffälligkeiten. Dem halten die Beschwerdeführenden insbesondere entgegen, sie seien gewillt, an ihren Problemen zu arbeiten, befolgten die entsprechenden hierzu getroffenen Massnahmen und befänden und sich auf guten Wegen. Ein Obhutsentzug wäre sowohl für die Kinder als auch für die

Eltern kontraproduktiv. Die Gewaltszenen zwischen den Eltern und die Alkoholproblematik werden im übrigen nicht bestritten.

2. a) Laut dem kinderpsychologischen Gutachten von Dr. P. ist der psychische Zustand von A. und B. sowohl durch die über lange Zeit wiederholten traumatischen Erlebnisse in der Beziehung der Eltern und den damit verbundenen Umständen gekennzeichnet als auch durch das Eingreifen der Polizei. Zusätzlich habe sich die Zeit der Ungewissheit und der Angst, von den Eltern weg zu müssen, sehr belastend ausgewirkt. Weiteren Belastungen dürften die Kinder nicht ausgesetzt werden. Beide Kinder liebten ihre Eltern, fühlten sich wohl und heute auch sicher bei ihnen. Die Kinder im heutigen Zeitpunkt von ihren Eltern zu entfernen, wäre ihrem seelischen und allgemeinen Wohl äusserst schädlich. Für ihre eigene psychische Genesung und Erholung und für ihre gesunde psychische Weiterentwicklung sei es für die Kinder notwendig, dass sie ihre Eltern, die sie oft als angstausslösend hätten erleben müssen, als gut erleben könnten. Die psychische Genesung der Kinder sei am besten gewährleistet, wenn sie gleichzeitig die Genesung ihrer Eltern, die Genesung der Beziehung zwischen ihren Eltern und die Genesung der Familie als Ganzes miterleben könnten. Die Beziehung zwischen den Eltern habe sich positiv geändert. M.S. setze die medizinische Behandlung mit Erfolg fort und sei heute alkoholfrei. Die Familientherapie werde von beiden Eltern ernst genommen und als grosse Hilfe und Stütze bezeichnet. Als grosse Hilfe für die ganze Familie erweise sich auch die sozialpädagogische Familienbegleitung. Die Familie habe somit nebst eigenen persönlichen und sozialen Ressourcen einen guten, kompetenten und menschlich engagierten Rahmen von Helfern. Nach Meinung der Gutachterin ist die Wiederherstellung der elterlichen Obhut indessen mit Massnahmen zu verbinden. Dies insbesondere deshalb, weil die Traumatisierungen und Belastungen bei den Kindern ernsthafte psychische und emotionale Störungen und Fehlentwicklungen ausgelöst hätten und die Kinder daher dringend und umgehend einer psychotherapeutischen Behandlung bedürften. Dr. med. V. sei bereit, die Behandlung und Betreuung der beiden Kinder zu übernehmen. Zudem müssten die medizinische Behandlung und Betreuung durch Dr. Y., die Familientherapie bei Dr. Z. sowie die sozialpädagogische Familienbegleitung weitergeführt werden. Schliesslich müssten beide Eltern in Einzeltherapie ihre persönlichen Probleme aufarbeiten. Um die Anzahl der Bezugspersonen im jetzigen Zeitpunkt nicht weiter zu erhöhen, sei Dr. Z. bereit, mit T. und M. S. auch in Einzeltherapie zu arbeiten.

b) Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts steht der Entscheidbehörde bei der Würdigung der Beweismittel ein weiter Ermessensspielraum zu. Die richterliche Behörde ist daher an das Ergebnis eines Gutachtens nicht gebunden. Die Expertise unterliegt vielmehr der freien Beweiswürdigung (Vgl. ZVW 1996 Nr. 51 S. 113). Oberste Maxime des Kindesrechts ist das

Wohl des Kindes. Diese Maxime weist Behörden, die für das Kind Entscheidungen treffen müssen, an, in der jeweiligen Situation das zu tun, was die gedeihliche Entwicklung des Kindes am ehesten zu fördern verspricht (Hegnauer, a.a.O., N 26.04a). Für jede Anordnung oder Abänderung von Kinderschutzmassnahmen ist mithin eine Prognose über die künftige Entwicklung der massgebenden Umstände erforderlich. Dabei spielt das bisherige Verhalten der betroffenen Personen eine massgebliche Rolle (vgl. BGE 120 II E. 4d, S. 386).

c) Die Feststellungen und Folgerungen der Gutachterin erscheinen überzeugend. Dies umso mehr, als auch nach den übereinstimmenden Aussagen der Auskunftspersonen, welche im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen von der Direktion des Innern befragt worden waren, eine Beruhigung der Situation eingetreten ist. T. und M.S. haben sich kooperativ gezeigt, den Willen bekundet, ihre Probleme weiterhin anzugehen und sich bereit erklärt, die von der Gutachterin empfohlenen Massnahmen zu befolgen. Bei diesen Massnahmen handelt es sich im wesentlichen um Vorkehren, die auch der Gemeinderat X. sowie der Regierungsrat in seinem Zwischenentscheid vom 24. Juni 1997 für angezeigt erachtet hatten und die nach den Feststellungen des Regierungsrates zu einer deutlichen Verbesserung der Situation beigetragen haben. Auch der Gemeinderat X. hat im übrigen gegen das Gutachten keine Einwände vorgebracht. Den Beschwerdeführenden kann, sowohl was ihr bisheriges Verhalten als auch was ihre Kooperationsbereitschaft angeht, insgesamt eine günstige Prognose gestellt werden. Zum Wohl der Kinder ist daher von einem Obhutsentzug abzusehen, sofern die von der Gutachterin empfohlenen Bedingungen und Auflagen erfüllt werden. Gestützt auf Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB sind T. und M.S. mithin anzuweisen, die Kinder A. und B. bei Dr. med. V. psychotherapeutisch behandeln zu lassen. Die ambulante Alkoholtherapie bei Dr. Y., die Familientherapie bei Dr. Z. sowie die sozialpädagogische Familienbegleitung sollen weitergeführt werden. Schliesslich sind T. und M.S. zu ermahnen, ihre persönlichen Probleme bei Dr. Z. in Einzeltherapie aufzuarbeiten.

d) Im angefochtenen Beschluss des Gemeinderates X. vom 2. April 1997 wurde eine Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB angeordnet. Es bleibt zu prüfen, ob diese Massnahme beizubehalten ist. Gemäss Art. 308 ZGB ernennt die Vormundschaftsbehörde dem Kind einen Beistand, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt. Dem Erziehungsbeistand können besondere Befugnisse übertragen und die elterliche Gewalt kann entsprechend eingeschränkt werden. Dem Beistand kann beispielsweise der Vollzug einer nach Art. 307 Abs. 3 getroffenen Anordnung übertragen werden. Vorausgesetzt wird eine Gefährdung des Kindes, der nicht oder nicht allein mit Massnahmen gemäss Art. 307 ZGB begegnet werden kann (vgl. Hegnauer, a.a.O., N. 27.19 und 27.21). Dass die Erziehungsbeistandschaft im Gutachten nicht unter den empfohlenen Bedingungen

und Auflagen aufgeführt ist, bildet für sich allein keinen ausreichenden Grund, von dieser Massnahme abzusehen, da die Expertise – wie oben erwähnt – der freien Beweiswürdigung unterliegt. Der Regierungsrat ist indessen wie die Gutachterin davon überzeugt, dass der Familie S. bereits ein kompetenter Rahmen von Helferinnen und Helfern bestehend aus dem behandelnden Arzt, der behandelnden Ärztin, der sozialpädagogischen Familienbegleiterin sowie der Grossfamilie, der Schule und der Lehrpersonen zur Seite steht. Laut Gutachten sind die bereits mit der Familie arbeitenden drei Fachleute sowie die empfohlene Kinderpsychiaterin bereit, als kooperierendes Team zu arbeiten, und den Kindern und ihren Eltern fachlich und menschlich beizustehen. Zu berücksichtigen ist auch, dass einer der Schwerpunkte der sozialpädagogischen Familienbegleitung die Besprechung von Erziehungsfragen ist. Wird den oben aufgeführten Massnahmen entsprochen und zeigen sich die Eltern weiterhin kooperativ, erübrigt sich unter Würdigung aller Umstände – zumindest vorläufig – eine Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB. Dies auch deshalb, weil unter den im Kindesrecht geltenden Leitsätzen der Komplementarität und der Proportionalität ergänzend und nur soweit als nötig in die Elternrechte einzugreifen ist (vgl. Hegnauer, a.a.O., N 27.11f.).

e) Indessen ist die Einhaltung der Bedingungen und Auflagen, unter welchen von einem Obhutsentzug abzusehen ist, zu überwachen. Während der Dauer des Beschwerdeverfahrens war gemäss Beschluss des Regierungsrates vom 24. Juni 1997 die Direktion des Innern für die Durchführung und Überwachung der vorsorglich angeordneten Massnahmen zuständig. Mit Abschluss des Beschwerdeverfahrens vor dem Regierungsrat ist diese Aufgabe grundsätzlich der Vormundschaftsbehörde X. zu übertragen (vgl. § 45 Abs. 1 EG zum ZGB vom 17. August 1911; BGS 211.1 in Verbindung mit Art. 307 ff. ZGB). Gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB kann die Vormundschaftsbehörde eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, welcher Einblick und Auskunft zu geben ist. Diese Person oder Stelle ist unter anderem befugt, nicht nur von den Eltern und den Kindern sondern auch von Dritten Auskünfte einzuholen, soweit dies für die Erfüllung des Auftrages nötig ist; sie hat jedoch nicht die Kompetenzen eines Erziehungsbeistandes (vgl. Hegnauer, a.a.O., N. 27.17). Der Gemeinderat X. wird angewiesen, in Zusammenarbeit mit den Beschwerdeführenden und der Direktion des Innern, welche bis anhin mit der Überwachung der vorsorglichen Massnahmen betraut war, ein geeignetes Aufsichtsorgan zu bestimmen und festzulegen, in welchem Umfang die Aufsicht zu erfolgen hat. In Betracht käme insbesondere die sozialpädagogische Familienbegleiterin U., die grundsätzlich bereit wäre, diese Aufgabe zu übernehmen.

f) Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten: In Gutheissung des Antrages der Beschwerdeführenden ist der Beschluss des Gemeinderates X. vom 2. April 1997 aufzuheben. Aufzuheben ist aber auch der Beschluss des

Regierungsrates vom 24. Juni 1997 betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Die Kinder A. und B. sind wieder unter die Obhut von T. und M.S. zu stellen, und es sind die oben aufgeführten Massnahmen zu treffen. Diese Massnahmen dauern so lange, bis sie die Vormundschaftsbehörde X. als nicht mehr notwendig aufhebt, oder sie allenfalls durch andere Massnahmen ersetzen muss.

3. a) Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) ist das Beschwerdeverfahren gebührenfrei. Für Barauslagen wie Expertisen kann dagegen entsprechend Ziffer 109 des Verwaltungsgebührentarifs Ersatz verlangt werden. Eine Kostenaufgabe an die Beschwerdeführenden fällt ausser Betracht, da sie obsiegt haben (§ 23 Abs. 1 Ziff 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976, VRG, BGS 162.1 e contrario). Zu prüfen bleibt daher, ob diese Kosten der Gemeinde X. aufzuerlegen sind. Gemäss § 24 Abs. 2 VRG wird ein unterlegenes Gemeinwesen, wenn es – wie vorliegend – am Verfahren nicht wirtschaftlich interessiert ist, nur dann kostenpflichtig, wenn es zum Verfahren durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offenbare Rechtsverletzung Anlass gegeben hat. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht als erfüllt zu betrachten. Indessen stellt sich die Frage, ob das kinderpsychologische Gutachten nicht bereits von der Vormundschaftsbehörde hätte veranlasst werden sollen. Wie aus den Akten hervorgeht, hatte der Gemeinderat X. bereits am 4. Juli 1996 eine kinderpsychologische Abklärung mit allfälliger Therapie angeordnet. Unter diesem Druck habe sich das Ehepaar S. zusammen mit ihren Kindern in die Therapie zu Dr Z. begeben. Aufgrund dieser Tatsache und gemäss Absprache mit Dr. Z. sei auf ein kinderpsychologisches Gutachten unter Berücksichtigung der weiteren Entwicklung vorläufig verzichtet worden. In seiner Vernehmlassung vom 1. Mai 1997 begrüsst der Gemeinderat X. die Erstellung eines kinderpsychologischen Gutachtens ausdrücklich. Er war sich mithin offensichtlich im klaren darüber, dass ein kinderpsychologisches Gutachten grundsätzlich angezeigt gewesen wäre. Gemäss Protokoll der Sitzung vom 25. März, an welchem den Eltern das rechtliche Gehör gewährt wurde, erwähnte im übrigen auch M.S. ein kinderpsychologisches Gutachten. Schliesslich hat auch die Direktion des Innern in Kreisschreiben an die Vormundschaftsbehörden wiederholt darauf hingewiesen, dass die im Kinderschutz vielfach notwendigen psychologischen Begutachtungen bereits auf der Stufe der Vormundschaftsbehörden einzuholen sind. Zur Begründung, weshalb er den Obhutsentzug ohne Gutachten verfügt hatte, machte der Gemeinderat X, geltend, die Hinweise, welche beim Sozialdienst eingegangen seien, die Abklärungen und die Fachkompetenz des Sozialdienstes sowie die Dringlichkeit hätten einen Obhutsentzug ohne Gutachten zugelassen. Diese Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Zwar ist durchaus anzuerkennen, dass sich der Gemeinderat zu raschem Handeln veranlasst sah. Indessen hätte er die Möglichkeit gehabt, für die

Dauer der Erstellung des Gutachtens vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, wie dies vorliegend auch der Regierungsrat getan hat. Unter Würdigung aller Umstände ist es daher vorliegend angebracht, dass sich die Gemeinde X. an den Kosten des Gutachtens von Fr. ... - zur Hälfte beteiligt.

b) Eine Parteientschädigung an die obsiegenden Beschwerdeführenden kommt nicht in Betracht, da dem Gemeinderat X. weder ein Verfahrensfehler noch eine grobe Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG). Da den Beschwerdeführenden der unentgeltliche Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt M. bewilligt worden ist, gehen die ausgewiesenen Kosten der Rechtsverbeiständung von Fr. ... zulaften der Staatskasse.

(RRB, 11. November 1997)

3. Obligationenrecht

Art. 2 und 7 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (BGS 216.2; SR 221.121.1), Art. 3 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

Die Art. 2 und 7 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 sind bezüglich der Vermittlung bzw. Gewährung von Geschäftskrediten mit der Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 nicht vereinbar. Sie finden auf dem Gebiete des Kantons Zug deshalb keine Anwendung auf Geschäftskredite mehr (RRB i.S. X. AG vom 20. Oktober 1998).

Sachverhalt:

A. Mit Beschluss vom 21. November 1989 hat der Regierungsrat des Kantons Zug der Firma X. die Bewilligung zur gewerbsmässigen Vermittlung von Darlehen und Krediten erteilt. Diese wurde mit Beschluss vom 18. Juni 1996 auf die Firma X. AG übertragen.

B. Unter Beilage von Dokumenten wurde die Justiz- und Polizeidirektion am 16. Oktober 1997 von einen Journalisten darauf hingewiesen, dass die X. AG von potentiellen Kreditnehmern vor Bearbeitung des Kreditantrags eine Gebühr von Fr. 270.- erhebe. Bei Ablehnung des Kreditantrags würden die Bearbeitungskosten nur teilweise zurückerstattet. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1997 wies die Justiz- und Polizeidirektion die X. AG deshalb auf

die §§ 2 und 7 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (BGS 216.2) hin und forderte diese auf, zum Sachverhalt Stellung zu nehmen und eine allenfalls konkordatswidrige Praxis unverzüglich einzustellen.

C. Mit Eingabe vom 10. November 1997 machte die X. AG vertreten durch Rechtsanwalt Y., geltend, sie erhebe nur bei der Vermittlung von Geschäftskrediten eine Bearbeitungsgebühr von potentiellen Kreditnehmern. Bei der Vermittlung von Privatkrediten bezahle ihr der Kreditsuchende hingegen keine Entschädigung. Nur wenn der Kreditsuchende zusätzlich die Gründe für die Ablehnung eines Kreditgesuchs erfahren wolle, bezahle er eine Gebühr für die Benützung einer 157er-Telefonnummer, über die derartige Anfragen abgewickelt würden. Der normale Telefonverkehr zwischen Kunden und der X. AG laufe hingegen über die übliche Geschäftsnummer, wie sie auch im Begleitschreiben an Kreditsuchende erwähnt sei. In rechtlicher Hinsicht liess die X. AG im wesentlichen ausführen, die Artikel 2 und 7 des Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen in Zinswesen verstiesse gegen die Handels- und Gewerbefreiheit sowie die bundesrechtlichen Vorschriften über den Mäklervertrag und insbesondere das Binnenmarktgesetz, soweit sie auch auf die Vermittlung von Geschäftskrediten angewandt würden.

D. Zur Klärung der aufgeworfenen Fragen erteilte die Justiz- und Polizeidirektion der Eidgenössischen Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 8 Abs. 2 und 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) am 19. Februar 1998 den Auftrag zur Erstellung eines Gutachtens über die Vereinbarkeit des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen mit dem Binnenmarktgesetz, dem Kartellgesetz sowie weiteren wettbewerbsrechtlich relevanten Erlassen.

In ihrem Gutachten vom 17. August 1998 gelangte die Wettbewerbskommission zum Schluss, Art. 2 und 7 des Konkordats seien bezüglich der Vermittlung bzw. Gewährung von Geschäftskrediten mit der Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b des Binnenmarktgesetzes nicht vereinbar.

E. Am 28. August 1998 sandte die Justiz- und Polizeidirektion dem Vertreter der X. AG die vollständigen Akten und gewährte diesem Gelegenheit, bis zum 16. September 1998 zum Ergebnis des Gutachtens Stellung zu nehmen und allfällige Aktenergänzungsbegehren einzureichen.

Mit Eingabe vom 16. September 1998 beantragte die X. AG, es sei festzustellen, dass ihre Geschäftstätigkeit gemäss der Beschreibung in der Stellungnahme vom 10. November 1997 gesetzlich zulässig und insbesondere mit den Vorschriften des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 ver-

einbar seien. Der X. AG seien keine Kosten aufzuerlegen und es sei ihr gestützt auf § 31 des Verwaltungsverfahrensgesetzes eine angemessene Entschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.-- auszurichten. In tatsächlicher Hinsicht führte die X. AG aus, der Betrieb der 157er-Telefonnummer sei mittlerweile eingestellt worden. Auf die weiteren Ausführungen ist – soweit erforderlich – im Rahmen der Erwägungen einzugehen.

Erwägungen:

I.

Gemäss § 7 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Obligationenrechts für den Kanton Zug vom 30. Juli 1938 (EG OR; BGS 216.1) bedürfen gewerbsmässige Darleiher sowie Darlehens- und Kreditvermittler zur Ausübung ihres Gewerbes auf dem Gebiete des Kantons Zug einer Bewilligung des Regierungsrates. Gemäss § 8 Abs. 2 EG OR soll die Kontrolle der gewerbsmässigen Darleiher sowie Darlehens- und Kreditvermittler in einer Verordnung des Regierungsrates näher geregelt werden. Da eine entsprechende Ausführungsverordnung bislang nicht erlassen wurde, wird die Aufsicht gemäss § 7 EG OR durch den Regierungsrat ausgeübt.

II.

1. Am 1. Juli 1996 ist das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) in Kraft getreten. Das Gesetz gewährleistet gemäss Art. 1 allen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit den freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter darf der freie Zugang zum Markt nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes eingeschränkt werden, wenn diese Beschränkungen gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 Bst. a – c BGBM). Als überwiegende öffentliche Interessen fallen dabei namentlich die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Konsumentenschutz in Betracht (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BGBM). Vorschriften, die dem Binnenmarktgesetz widersprechen, sind von den Kantonen innert zwei Jahren nach dessen Inkrafttreten mit diesem in Einklang zu bringen (Art. 11 Abs. 1 BGBM).

2. Gemäss Artikel 2 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (BGS 216.2, SR 221.121.1; im folgenden: das Konkordat) darf, wer Darlehen oder Kredite vermittelt, weder vom Kreditnehmer noch vom Borger eine Entschädigung oder eine Kostenrückerstattung fordern. Artikel 7 des Konkordats untersagt, für ein nicht zustandekommes Darlehens- oder Kre-

ditgeschäft irgendeine Entschädigung zu fordern. Nach den Feststellungen der Wettbewerbskommission, die den Kantonen gemäss Art. 10 BGBM Gutachten über die Anwendung des Binnenmarktgesetzes erstatten kann, sind diese Beschränkungen der Kreditvermittlung bzw. -gewährung nur insoweit unerlässlich zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM), als sie sich auf die Vermittlung von Privatkrediten beziehen. Bei Geschäftskrediten erachtet die Wettbewerbskommission hingegen das Bedürfnis des sozialen Schutzes als nicht in ausreichendem Ausmass gegeben. Die Art. 2 und 7 des Konkordats stehen deshalb im Widerspruch zum Binnenmarktgesetz, soweit sie sich auf die Vermittlung von Geschäftskrediten beziehen.

Der Regierungsrat hat bereits in seiner Vernehmlassung vom 31. März 1998 zur Änderung des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (Konsumkreditgesetz, KKG; SR 221.214.1) einen Schutz der Kreditnehmerinnen und -nehmer über den Geltungsbereich des Konsumkreditgesetzes hinaus abgelehnt, da im Bereich der Geschäftskredite keine ausreichenden Sozialschutzbedürfnisse vorhanden sind. Der Regierungsrat schliesst sich deshalb der Beurteilung der Wettbewerbskommission an.

3. Artikel 11 Abs. 1 BGBM fordert die Kantone auf, ihr Recht innert zwei Jahren nach Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes mit diesem in Einklang zu bringen. Das Interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen kann allerdings nur in dem für Konkordate üblichen, langwierigen Verfahren geändert werden. Es ist deshalb fraglich, ob eine Änderung des Konkordats noch vor der bevorstehenden Revision des Bundesgesetzes über den Konsumkredit zu bewerkstelligen wäre. Da sich die meisten Kantone im Vernehmlassungsverfahren betreffend die Revision des Konsumkreditgesetzes für eine Aufhebung des Konkordats ausgesprochen haben, erscheint es deshalb wenig sinnvoll, eine formelle Änderung der Art. 2 und 7 des Konkordats zum heutigen Zeitpunkt noch in Angriff zu nehmen. In Anwendung von Art. 11 Abs. 1 BGBM sowie Art. 2 ÜbbBest der Bundesverfassung ist den fraglichen Bestimmungen hingegen materiell die Anwendung zu versagen, soweit sie sich auf das Gebiet des Geschäftskredits beziehen.

4. Die X. AG erhebt nach ihren Angaben eine Bearbeitungsgebühr nur für die Vermittlung von Geschäftskrediten. Dieses Verhalten ist unter dem Blickwinkel der binnenmarktskonform ausgelegten Art. 2 und 7 des Konkordats nicht zu beanstanden. Fraglich ist hingegen, ob die kostenpflichtige Erteilung von Auskünften über eine 157er-Telefonnummer mit Art. 2 und 7 des Konkordats vereinbar ist, soweit sie an Privatkreditkunden erfolgt. Da die X. AG diese Praxis mittlerweile eingestellt hat, besteht allerdings aufsichtsrechtlich kein Handlungsbedarf mehr. Die Frage kann deshalb offenbleiben.

5. Im Interesse der Rechtssicherheit sowie einer möglichst einheitlichen Rechtsanwendung auf dem Gebiet der Konkordatskantone erscheint es zweckmässig, das Gutachten der Wettbewerbskommission den übrigen Konkordatsmitgliedern sowie den Medien zuhänden der Öffentlichkeit zur Kenntnis zu bringen und sie über die neue Praxis des Regierungsrates zu Art. 2 und 7 des Konkordats zu informieren. Zum Schutze der X. AG erfolgt dies in anonymisierter Form.

6. Gemäss § 22 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1) erheben Verwaltungsbehörden für ihre Amtshandlungen Gebühren nach Tarif. Im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren trägt dabei die Partei die Kosten, die die Amtshandlung in ihrem eigenen Interesse beantragt oder durch ihr Verhalten veranlasst hat (§ 23 VRG). In besonderen Fällen, vorab wenn die Parteien an einer Streitsache nicht wirtschaftlich interessiert sind oder wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitfrage es rechtfertigt, können die Kosten gemäss § 25 VRG herabgesetzt oder ganz erlassen werden.

Vorliegend ist fraglich, ob die X. AG durch ihr Verhalten (insbesondere die Verwendung einer 157er-Telefonnummer), das einen Verstoss gegen die Art. 2 und 7 des Konkordats nahelegte, das vorliegende Verfahren im Sinne von § 22 VRG veranlasst hat. Die Frage kann jedoch offen bleiben, da die Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen im öffentlichen Interesse liegt. Der X. AG wären allfällige Kosten deshalb im Sinne von § 25 VRG zu erlassen. Auf die Auferlegung von Verfahrenskosten wird deshalb verzichtet.

7. Gemäss § 28 VRG werden im Verfahren vor den erstinstanzlichen Verwaltungsbehörden keine Parteientschädigungen zugesprochen. Die Ausrichtung einer Parteientschädigung an die X. AG ist deshalb durch die gesetzlichen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgeschlossen.

Die X. AG stützt ihren Anspruch auf Ausrichtung einer angemessenen Entschädigung in Höhe von Fr. 3'000.- auf § 31 VRG. Gemäss dieser Bestimmung hat, wer im Vertrauen auf einen aufgehobenen oder geänderten Entscheid gutgläubig Aufwendungen oder Vorkehren getroffen und durch die Aufhebung oder Änderung Schaden erlitten hat, Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, sofern ihn an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids kein Verschulden trifft. Zur Begründung lässt die X. AG ausführen, die Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug habe mit ihrem Schreiben vom 17. Oktober 1997 die ursprüngliche Bewilligung des Regierungsrates vom 21. November 1989 abgeändert, indem die freie Geschäftstätigkeit im Bereich der Kreditvermittlung massgeblich eingeschränkt worden sei.

Diese Begründung geht fehl. Die Justiz- und Polizeidirektion hat von einem Journalisten am 16. Oktober 1997 verschiedene Kreditunterlagen der

X. AG erhalten, die den Eindruck erweckten, die X. AG erhebe von allen potentiellen Kreditnehmern eine Bearbeitungsgebühr. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1997 hat die Justiz- und Polizeidirektion die X. AG deshalb aufgefordert, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen und eine allenfalls konkordatswidrige Praxis einzustellen. Dieses Vorgehen war aufsichtsrechtlich geboten, bestand doch zu diesem Zeitpunkt der Eindruck, die X. AG erhebe eine Bearbeitungsgebühr von allen Kreditsuchenden. Erst mit deren Antwort vom 10. November 1997 wurde bekannt, dass die X. AG für die Vermittlung von Konsumkrediten keine Bearbeitungsgebühr erhebt. Beim Schreiben der Justiz- und Polizeidirektion vom 17. Oktober 1997 handelt es sich deshalb um ein angesichts der Umstände angemessenes aufsichtsrechtliches Auskunftsbegehren. Eine Abänderung der ursprünglichen Bewilligung des Regierungsrats vom 21. November 1989 kann darin nicht erblickt werden. Es liegt deshalb kein entschädigungspflichtiger Vertrauensschaden im Sinne von § 31 VRG vor.

(RRB, 20. Oktober 1998)

III. Denkmalpflege und Archäologie

§§ 2 ff. G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmal-
schutzgesetz, Denkmal SG; vom 26. April 1990 BGS 423.11) .- Unterschutz-
stellung eines archäologischen Bodendenkmals (konkret: Frühmittelalter-
liches Gräberfeld Baar-Zentrum)

Aus den Erwägungen:

A. Das frühmittelalterliche Gräberfeld von Baar-Zugerstrasse ist ein archäologisches Bodendenkmal. Es besteht aus den sterblichen Überresten der dort bestatteten Menschen, aus den persönlichen Trachtbestandteilen bzw. Grabbeigaben sowie aus Grabbauten. Im kantonalen Richtplan ist die Fundstelle auf der Karte "Archäologische Fundstätten" eingetragen (AR05.022 F Baar-Kirchhof St. Martin I / AR05.023 F Baar-Kirchhof St. Martin II). Das Gräberfeld liegt in der Ortsbildschutzzone "Zentrum Kirche" der Gemeinde Baar.

B. Hinweise auf ein "altes" Gräberfeld gaben einige im Jahre 1923 auf dem "östlichen Vorgelände des alten Friedhofs bei der Kirche St. Martin" entdeckte Gräber. Weitere Bestattungen sollen angeblich im Jahre 1926 im Umkreis der Kirche St. Martin gefunden worden sein. Da zu diesen Gräbern keine Dokumentation bekannt ist, können sie weder zeitlich eingegrenzt noch genau lokalisiert werden.

Bei den im Jahre 1961 erfolgten Ausgrabungen im Innern der Kirche St. Martin konnte eine kontinuierliche Abfolge von älteren Kirchenbauten bis ins 8. Jahrhundert zurück nachgewiesen werden. Im Innern der ersten Kirche fanden sich u. a. Tuffsteinplattengräber. Unklar blieb, ob an der Stelle dieser ersten, merowingischen Kirche bereits im 7. oder gar 6. Jahrhundert bestattet wurde, oder ob hier gar eine noch ältere Kirche gestanden haben könnte.

Im Januar 1997 wurde östlich des Restaurants "Freihof" im Baarer Zentrum der Aushub für einen Anbau vorgenommen. Rund sechs Meter südlich einer römischen Mauer schnitt der Bagger in rund 1,2 m Tiefe ein menschliches Skelett an, die Körperbestattung eines Mannes. Die im Grab aufgefundenen Trachtteile oder Grabbeigaben - eine Gürtelgarnitur, bestehend aus Schnalle und drei Beschlägen - sind silber- und messingtauschiert. Die Stücke dürften ca. in der Mitte des 7. Jahrhunderts nach Christus entstanden sein. Beim Verstorbenen dürfte es sich um einen einheimischen "Kelto-Romanen" alamannischer (germanischer) Prägung handeln.

Im Rahmen des Grossprojektes "Sanierung und Neugestaltung der Zentrumsstrassen" wurde ein grosses frühmittelalterliches Reihengräberfeld ent-

deckt. In der Zeit zwischen dem 4. und 19. Juni 1998 wurden durch die Kantonsarchäologie 57 Skelette freigelegt, dokumentiert und wenn möglich geborgen. In mehreren Gräbern fanden sich Gürtelgarnituren aus Eisen (bestehend aus Schnalle und Beschlagen), Kurzschwerter (Sax), ein Langschwert (Spatha), farbige Glasperlen und drei Kämme aus Knochen. Die Beigaben zeigen, dass diese Verstorbenen in ihrer Tracht bestattet wurden. Die Körperbestattungen dürften mehrheitlich im 7. Jahrhundert nach Christus angelegt worden sein. Die 1997 entdeckte Bestattung östlich des Restaurants "Freihof" gehört ebenfalls zu diesem Gräberfeld.

C. Es entspricht nicht dem Auftrag und dem Ziel der Archäologie, das frühmittelalterliche Gräberfeld von Baar-Zugerstrasse möglichst komplett auszugraben und wissenschaftlich zu erforschen. Viel wichtiger ist es, dieses kulturelle Erbe auch an kommende Generationen zu überliefern. Da es sich bei der Fundstelle um einen Friedhof handelt, unterstreicht auch der Aspekt der Pietät die Notwendigkeit eines Schutzes.

Die gute Konservierung des frühmittelalterlichen Friedhofs gründet in erster Linie in einer genügend grossen Überdeckung der Gräber mit Sediment. Sollten im Verlaufe der Jahre Bauvorhaben die Fundstelle in Teilen bedrohen, so werden entweder technische Massnahmen zum Schutze der Gräber notwendig, oder es ist im Sinne einer Ersatzmassnahme vorgängig eine archäologische Untersuchung durchzuführen. Damit die Kulturschichten geschätzt und archäologische Massnahmen frühzeitig ausgeführt werden können, soll die Fundstelle unter kantonalen Schutz gestellt werden.

(RRB, 9. Dezember 1998)

*§§ 2 ff., 34 G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmal-
schutzgesetz, Denkmal SG) vom 26. April 1990 (BGS 423.11).- Schutzwür-
digkeit (und Unterschutzstellung) eines Baudenkmals von lokaler Bedeu-
tung aus den 50-er Jahren dieses Jahrhunderts (konkret: Wohn- und
Geschäftshaus "Seepark", Gartenstrasse 4, Zug); Ausrichtung des ordentli-
chen Beitrages an die Kosten für denkmalpflegerische Massnahmen*

Aus den Erwägungen:

B. Das Wohn- und Geschäftshaus "Seepark" wurde 1952 von Hanns A. Brüsch im Büro Stadler & Brütsch projektiert und 1953-1955 errichtet. Im bisher offen bebauten Gebiet an der Rigi- und der Gartenstrasse entstand ein geschwungenes Gebäude, gedacht als Eckpunkt einer grossräumig konsequenten, städtebaulich interessanten Randbebauung zwischen Postplatz, Bahnhofstrasse, Rigistrasse und Vorstadt. Die unteren Geschosse wurden für Büros und Arztpraxen geplant, die oberen Geschosse nehmen Wohnungen verschiedener Grössen auf. Der zeitgleich projektierte Innenhof erhielt

erst mit dem benachbarten Neubau des Bankvereins seine definitive Gestalt.

Das Gebäude ist "das schönste Wohn- und Geschäftshaus für gehobene Ansprüche in Zug", wie die Architekturkritikerin Irma Nosedá schreibt. Sie stellt am Bau aussergewöhnliche Qualitäten fest: "Städtebaulich durch die urbane 'Ecklösung' mit der eleganten Kurvenform, welche die Horizontalbewegung des modernen Stadtlebens und damit einen Topos der Moderne aufnimmt. Für die Wohnungsgrundrisse werden dadurch die Nachteile der düsteren Ecksituation auf der Hofseite vermieden und die Vorteile der optimalen Seesicht garantiert. Mit dem Zugang durch den grossen, mit Noblesse gestalteten Haupteingang in der Gebäudemitte und den vom Treppen-/Lifturm erschlossenen Laubengängen auf der Hofseite kommt ein moderner Erschliessungstyp zur Anwendung. Hof- und Strassenfassaden sind architektonisch überdurchschnittlich gestaltet. Für das Ortsbild fällt die Seeseite ins Gewicht: Durch seine feingliedrige Horizontalgliederung mit dünnsten Balkonaustragungen und filigranen Balkongittern und die verschieden stark zurückversetzten Erd- und Dachgeschosse kann das Gebäude geradezu als Massstab für eine anspruchsvolle, nicht monumentale Durchbildung von innerstädtischen Fassaden gelten."

Das Haus hat seit seiner Erbauung das Interesse der Fachleute geweckt und wurde in verschiedenen Publikationen positiv gewürdigt. Der Schweizer Architekturführer schreibt: "Themen der Moderne - die den Verkehrsfluss nachzeichnende Dynamik der Form, die kombinierte Nutzung durch Wohnungen, Büros, Praxen und einen ursprünglich vorgesehenen Tea-Room im Dachgeschoss, die hofseitige Laubengängerschliessung - werden in der feingliedrigen Handschrift und eleganten Detaillierung der 50er Jahre vorgetragen."

C. Das Gebäude wird gegenwärtig mit einem gesamten Kostenrahmen von Fr. 3'750'000.- saniert. Obwohl das Haus noch nicht unter Denkmalschutz steht und für die allgemeinen Sanierungsarbeiten keine Subventionen in Aussicht gestellt worden sind, haben der Bauherr und die Architekten sowohl mit Architekt Hanns A. Brütsch, als auch mit der kantonalen Denkmalpflege das Sanierungskonzept vorbesprochen und führen die teilweise delikaten Restaurierungsarbeiten mit grosser Sorgfalt aus. Vor rund zehn Jahren sind gewisse Massnahmen ergriffen worden, welche das Erscheinungsbild des Gebäudes negativ beeinflusst haben. Die damals eingesetzten neuen Fenster sind überdimensioniert und grob profiliert, Fassadendetails sind unschön gestaltet worden, und Anschlüsse entsprechen nicht mehr der Feingliedrigkeit des originalen Gebäudes. Auch diese jungen Massnahmen möchte die Bauherrschaft nun rückgängig machen, nicht aus bauphysikalischen Gründen, sondern, um das Haus weitestgehend in den Originalzustand zurückzuführen. Für die Ausführung dieser ästhetisch relevanten Arbeiten, die denkmalpflegerisch zu loben und zu befürworten sind, möchte

die Bauherrschaft einen Beitrag von Kanton und Stadt Zug. Diese besonderen Massnahmen sind gemäss § 34 Denkmalschutzgesetz subventionsberechtigt und belaufen sich auf Franken 1'065'000.-. Daraus resultiert ein Kantonsbeitrag von Franken 186'375.- oder 5% der Gesamtinvestitionen.

(RRB, 13. Mai 1997)

§§ 5, 18 Abs. 1, 22 ff. des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, Denkmal SG; BGS 423.11). – Zustimmung und Zeitplan betreffend archäologische Bauuntersuchungen an zwei privaten Wohnhäusern, die im Inventar der schützenswerten Denkmäler verzeichnet sind

Erwägungen:

1. Nach § 18 Abs. 1 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DSG; BGS 423.11) bedürfen archäologische Grabungen und Bauuntersuchungen der Zustimmung der Direktion des Innern. Vor Grabungen und Untersuchungen sind Abklärungen vorzunehmen. Lassen diese wertvolle Ergebnisse erwarten, ist ein Zeitplan für die weiteren Abklärungen zu erstellen und dem Grundeigentümer und dem Besitzer der Liegenschaft sowie der Gemeinde zu unterbreiten. Die Direktion des Innern hat auf Verlangen des Betroffenen den Zeitplan in einem anfechtbaren Entscheid festzulegen, namentlich wenn die Liegenschaft in ein Baubewilligungsverfahren einbezogen ist. (Vgl. zum Ganzen § 18 Abs. 2 DSG). Somit ist vorerst zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Durchführung von archäologischen Bauuntersuchungen überhaupt als angezeigt erscheint.

2. Gemäss § 5 DSG sind Objekte, deren Schutz erwogen wird, im Inventar der schützenswerten Denkmäler festzuhalten. Die Wohnhäuser ... strasse 7 und 7a sind als Gebäude der Altstadt von Zug in diesem Inventar verzeichnet. Daraus ist zu schliessen, dass möglicherweise ein überwiegendes öffentliches Interesse an deren Erhaltung vorhanden ist und demzufolge eine Unterschutzstellung erwogen wird. Ob tatsächlich ein solches Interesse besteht und deshalb eine Unterschutzstellung im Sinne der §§ 22 ff. DSG zu beschliessen ist, muss erst noch geprüft werden. Für diesen Entscheid sind jedoch fundierte Kenntnisse über die Geschichte der fraglichen Objekte erforderlich. Entgegen der Auffassung der Bauherrschaft liegen die entsprechenden Informationen noch nicht vor. Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, lassen archäologische Bauuntersuchungen die entscheidenden Ergebnisse erwarten, welche es erlauben werden, über die Unterschutzstellung zu befinden. Unter diesen Umständen ist den archäologischen Bauuntersuchungen insbesondere des Wohnhauses ... strasse 7 zuzustimmen.

3. Wird der Durchführung von archäologischen Forschungsmassnahmen im Sinne von § 18 DSG zugestimmt, muss ein Zeitplan für die Untersuchungsarbeiten erstellt werden, der dem Grundeigentümer und dem Besitzer der betroffenen Liegenschaft sowie der Gemeinde zu unterbreiten ist (vgl. § 18 Abs. 2 DSG). Im vorliegenden Fall sollen vorderhand lediglich archäologische Bauuntersuchungen vorgenommen werden. Dieser Zweck erfordert jedoch eine teilweise Räumung der fraglichen Liegenschaft. Entsprechend den Ausführungen im Sachverhalt müssen die Sockel- und Untergeschosse sowie das erste Blockgeschoss des Hauses ...strasse 7 (Ass.Nr. 402a) geräumt werden. Der Zeitbedarf für die Untersuchungen wird vom Amt für Denkmalpflege und Archäologie auf zwei Monate veranschlagt. Dieser Bedarf erscheint als angemessen. Das zu untersuchende Objekt ist deshalb dem Amt für Denkmalpflege und Archäologie während 60 Tagen ununterbrochen und in geräumtem Zustand gemäss den vorstehenden Ausführungen zur Verfügung zu stellen. Wann dies der Fall sein soll, kann der Bauherrschaft überlassen werden. Das Amt für Denkmalpflege und Archäologie ist indessen spätestens 30 Tage im voraus zu benachrichtigen.

(Direktion des Innern, 23. Oktober 1997)

IV. Bauwesen

Art. 22 RPG, § 21 Abs. 1 V BauG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 V BauG, Art. 73 Abs. 1 BO Neuheim – Umfang der bewilligungspflichtigen Bauvorhaben. Der Einbau einer kombinierten Spritz- und Trocknungskabine samt Abluftkamin in einem bisher zu Lagerzwecken genutzten Raum eines Garagenbetriebes unterliegt der Baubewilligungspflicht.

Aus den Erwägungen:

3. a) Eine kombinierte Spritz- und Trocknungskabine samt Abluftkamin ist eine künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtung. Diese verändert sowohl unter als auch über dem Boden den Raum äusserlich erheblich. Mit der Spritz- und Trocknungskabine samt Abluftkamin sind nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden, dass insbesondere ein Interesse der Nachbarschaft an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Zudem können Geruchsbelästigungen bzw. eine Belastung der Umwelt durch eine Spritz- und Trocknungskabine nicht ausgeschlossen werden. Die kombinierte Spritz- und Trocknungskabine samt Abluftkamin gilt deshalb als Anlage im Sinne von Art. 22 RPG und § 21 V BauG in Verbindung mit § 7 V BauG.

b) Die behördliche Kontrolle ist vorliegend umso mehr gerechtfertigt, weil ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit und der Nachbarschaft an einer Kontrolle besteht und weil die geplante Nutzungsänderung im Hinblick auf die einschlägigen Umweltschutzvorschriften bedeutsam ist. Die Umnutzung des Lagerraums in eine Karosseriewerkstatt sowie der Einbau der fraglichen Spritz- und Trocknungskabine samt Abluftführung kommen einer Zweckänderung im Sinne von Art. 22 RPG bzw. § 21 V BauG gleich.

(RRB, 21. Januar 1997).

Art. 22 RPG, § 21 Abs. 1 V BauG, § 70 Abs. 1 BO Zug – Unterliegt eine Holzwand mit einer Höhe von 1,80 m und 15 m Länge, die zur Grundstücksgrenze des Nachbarn einen Abstand von 15 cm einhält, der Bewilligungspflicht?

Aus den Erwägungen:

3. b) Im Kanton Zug ist das Baubewilligungsverfahren auf kantonaler Ebene in der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz geregelt. Gemäss § 21 Abs. 1 V BauG bedürfen einer Baubewilligung die Erstellung oder Änderung sowie die Zweckänderung von Bauten und Anlagen gemäss § 7 dieser Verordnung. Der Begriff der "Bauten und Anlagen" ist in § 7 Abs. 1 V BauG

in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf allgemeine Art und Weise definiert. Die Gemeinden können den Umfang der Bewilligungspflicht weiter ausdehnen (§ 21 Abs. 4 V BauG). Die Stadt Zug hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und in § 70 Abs. 1 BO Zug die bewilligungspflichtigen Vorhaben aufgeführt.

c) § 70 Abs. 1 lit. d BO Zug sieht eine Bewilligungspflicht für Einfriedungen, worunter die umstrittene Holzwand zweifellos fällt, nur vor, wenn sich diese entlang von Strassen und Wegen befinden. Diese Norm ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da sich die umstrittene Holzwand im Grenzbereich von zwei privaten Parzellen befindet. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Generalklausel von § 70 Abs. 1 lit. g BO Zug zum Zuge kommt. Diese bestimmt, dass auch andere Vorkehren, die das Orts- und Landschaftsbild beeinflussen, wie Lagerplätze, Antennen, Aufstellung von Wohnwagen ausserhalb der öffentlichen Zeltplätze usw. bewilligungspflichtig sind. Diese exemplarische Aufzählung zeigt, dass es sich um Vorkehren handeln muss, die von ihrer Grösse her eindeutig das Orts- und Landschaftsbild beeinflussen. Letzteres kann von der fraglichen Holzwand nicht gesagt werden und sie ist deshalb nicht bewilligungspflichtig.

(RRB, 18. Februar 1997).

Art. 6 Abs. 1 SVG/Art. 96 Abs. 1 SSV, § 30 Abs. 1 und 2 BO Steinhausen – Plakatstellen entlang von Kantonsstrassen bedürfen einer baurechtlichen Bewilligung des Gemeinderates und einer verkehrspolizeilichen Bewilligung der Justiz- und Polizeidirektion (heute Sicherheitsdirektion). Sie sind nur zulässig, wenn sie die Umgebung nicht beeinträchtigen und die Verkehrssicherheit nicht gefährden.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der angefochtene Entscheid in Unzuständigkeit ergangen und somit nichtig sei. Da es sich bei der Knonauerstrasse um eine Kantonsstrasse handle, habe die Justiz- und Polizeidirektion zu entscheiden.

Weil die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass der angefochtene Entscheid infolge Unzuständigkeit des Gemeinderates nichtig sei, ist das vorliegende Bewilligungsverfahren einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.

Gemäss § 30 Abs. 1 Bauordnung der Gemeinde Steinhausen vom 15. Dezember 1988 (BO Steinhausen) bedürfen Reklamen einer Bewilligung des Gemeinderates. Wenn sie die Umgebung beeinträchtigen oder die Verkehrssicherheit gefährden, ist die Bewilligung zu verweigern. Über die Zulässigkeit von Reklamen im Bereich der Kantons- und Nationalstrasse entscheidet die Justiz- und Polizeidirektion (§ 30 Abs. 2 BO Steinhausen). Laut Art. 6

Abs. 1 Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01; SVG) und Art. 96 Abs. 1 Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 (SR 741.21; SSV) sind Reklamen und andere Ankündigungen untersagt, wenn sie im Bereich der für Motorfahrzeuge oder Fahrräder offenen Strasse die Verkehrssicherheit beeinträchtigen könnten. Artikel 96 Abs. 1 SSV wiederholt diesen Grundsatz und konkretisiert ihn mit einer Liste von Beispielen. Dem gleichen Zweck dienen auch die Weisungen über Strassenreklamen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 20. Oktober 1982. Soweit Reklamen zulässig sind, bedürfen sie der Bewilligung (Art. 100 Abs. 1 SSV). Über die verkehrspolizeiliche Zulässigkeit von Reklamen und anderen Ankündigungen entscheidet im Bereich der Kantons- und Nationalstrassen die Justiz- und Polizeidirektion, im Bereich von Gemeindestrassen der zuständige Gemeinderat (§ 13 Abs. 1 Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation vom 22. Februar 1977; BGS 751.21). Als Anlagen bedürfen Reklamestellen zusätzlich einer Baubewilligung des Gemeinderates (§ 7 Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 29. März 1988 i.V.m. § 30 Abs. 1 BO Steinhausen).

Daraus erhellt, dass Plakatstellen entlang von Kantonsstrassen einerseits einer baurechtlichen Bewilligung des Gemeinderates, andererseits einer verkehrspolizeilichen Bewilligung der Justiz- und Polizeidirektion bedürfen. Diese Entscheide sind – wie die Beschwerdeführerin richtigerweise festhält – grundsätzlich formell und materiell zu koordinieren. Vorliegend hat der Gemeinderat die Baubewilligung für die Plakatstellen bereits aus Gründen des Umgebungsschutzes verweigert. Deshalb erübrigte es sich für ihn, die verkehrspolizeiliche Bewilligung der Justiz- und Polizeidirektion einzuholen und mit dem Baubewilligungsentscheid zu koordinieren. Weder hat der Gemeinderat damit in Unzuständigkeit gehandelt, noch muss er sich den Vorwurf der mangelhaften Koordination gefallen lassen. Die Beschwerde ist in diesem Umfang unbegründet.

3. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass der Gemeinderat zu Unrecht das Gesuch aus Gründen des Umgebungs- und Ortsbildschutzes abgewiesen hat.

Wie bereits dargelegt, ist die Bewilligung für Reklamen u.a. dann zu verweigern, wenn sie die Umgebung beeinträchtigen (§ 30 Abs. 1 BO Steinhausen). Zudem sind sämtliche Bauten und Anlagen so in die landschaftliche und bauliche Umgebung einzuordnen und zu unterhalten, dass eine gute Gesamtwirkung erzielt wird (§ 25 BO Steinhausen).

Der angefochtene Entscheid des Gemeinderates greift in den Schutzbereich von verfassungsmässigen Rechten ein. Er berührt namentlich den Schutzbereich des Eigentums sowie der Handels- und Gewerbefreiheit. Eingriffe in verfassungsmässige Rechte bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (BGE 100 Ia 161). Sie müssen im öffentlichen Interesse liegen und haben

sich am Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu orientieren (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, S. 871 ff.). Das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage für eine derartige Beschränkung der Grundrechte bestreitet die Beschwerdeführerin ebensowenig wie das öffentliche Interesse der Gemeinde Steinhausen, mit der Bewilligungspflicht für Reklamen das Orts- bzw. Landschaftsbild zu schützen. Sinngemäss macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Verweigerung der Bewilligung für das Aufstellen von zwei Reklametafeln den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletze.

Es bleibt daher im folgenden zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid des Gemeinderates verhältnismässig und zweckmässig ist oder ob er einzelnen Grundrechten, namentlich der Eigentumsgarantie sowie der Handels- und Gewerbefreiheit, widerspricht.

a) Das Recht, auf seinem Grundstück Plakate auszuhängen, ist Ausfluss des Eigentums und wird demgemäss durch die Eigentumsgarantie, Art. 22^{er} Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (SR 101; BV), geschützt (ZBI 80/ 1979, S. 228). Der Eingriff in das Eigentum muss das richtige Mittel zur Erreichung des Ziels darstellen, welches seinerseits in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln stehen muss (Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 873). Notwendig ist die Eigentumsbeschränkung nicht nur dann, wenn das Ziel ohne den Eingriff überhaupt nicht durchführbar wäre, sondern auch dann, wenn es ohne diesen nicht zweckmässig oder nur mit einem unverhältnismässigen Mehraufwand ausgeführt werden könnte (BGE 90 I 331).

Mit der Abweisung der vorliegenden Gesuche soll Fremdwerbung an den fraglichen Standorten unterbleiben und gleichzeitig soll das Orts- und Landschaftsbild erhalten werden. Dass der Gemeinderat Steinhausen ein besonderes Augenmerk der Siedlungs- und Landschaftsgestaltung widmen will, ist an sich zu begrüssen. Wie am Augenschein dargelegt worden ist, plant der Gemeinderat die Erarbeitung eines Konzeptes für das Aufstellen von Reklametafeln. Darin wolle er festlegen, wo Plakatstellen erwünscht seien und wo auf sie verzichtet werden müsse. Daraus erhellt, dass sich gestützt auf die allgemeinen Ästhetikvorschriften der BO Steinhausen und auf das noch auszuarbeitende Konzept die Ziele des Gemeinderates mit mildereren Mitteln und ohne erheblichen Mehraufwand dennoch erreichen lassen. Ein generelles Verbot für Fremdwerbung mag möglicherweise in bestimmten, genau abgegrenzten Zonen seine Berechtigung haben. Die Umfahrungsstrasse der Gemeinde Steinhausen wird jedoch mit Sicherheit nicht mit einem Verbot für Fremdwerbung belegt werden können. Der angefochtene Entscheid scheidet in der vorliegenden Form am Grundsatz der Verhältnismässigkeit, weil der Gemeinderat mit der Abweisung der Gesuche unter Berufung auf den Umgebungsschutz zu weit ging. Nicht jede auf privatem Grund stehende Fremdreklame ist an sich bereits hässlich. Der angefochtene Entscheid schränkt die Eigentumsfreiheit unverhältnismässig ein.

b) Wer eine privatwirtschaftliche Tätigkeit ausübt, steht unter dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen auch Einschränkungen dieses Grundrechts neben einer gesetzlichen Grundlage und dem öffentlichen Interesse vor allem die Grundsätze der Verhältnismässigkeit einhalten. Zulässig sind lediglich polizeiliche, soziale oder sozialpolitische Beschränkungen (BGE 111 Ia 186 E 2b). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit erheischt, dass Einschränkungen des Grundrechtes nicht über das hinausgehen dürfen, was erforderlich ist, um den Zweck zu erfüllen, dem sie dienen sollen. Sie müssen also das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein und es erlauben, dieses unter möglicher Schonung der Freiheit des Einzelnen zu erreichen. Das gesteckte Ziel muss zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln und den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen (BGE 93 I 219).

Ein Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit kann durchaus mit dem öffentlichen Interesse am Ortsbildschutz begründet sein. Sinngemäss macht die Beschwerdeführerin geltend, dass der angefochtene Entscheid weder geeignet, noch nötig, noch verhältnismässig sei.

Die Abweisung der Reklamesuche entlang der Umfahrungsstrasse von Steinhausen aus Gründen des Umgebungsschutzes, abseits der Kernzone, kommt faktisch einem generellen Verbot von Fremdwerbung auf Privatgrundstücken gleich. Abgesehen von einem generellen Verbot auf dem ganzen Gemeindegebiet stellt dieses Vorgehen die schwerste Form einer Handels- und Gewerbebeschränkung dar. Der freie Wettbewerb wird dadurch gänzlich ausgeschaltet.

Die Abweisung der Gesuche vermag zwar die Verkehrssicherheit und den Ortsbildschutz zu garantieren. Sie erweist sich insofern als zwecktauglich. Sie scheidet jedoch bereits an der Zweckangemessenheit, wonach ein Eingriff nicht schärfer sein darf, als es der Zweck der Massnahme verlangt, und demzufolge unzweckmässig ist, wenn auch ein geringerer Eingriff zum Ziel führen würde (Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 341). Weder befinden sich in unmittelbarer Nähe zu den fraglichen Standorten der Plakatstellen schützenswerte Liegenschaften, noch handelt es sich dabei um Bereiche mit besonders sensibler Umgebung. Die Knonauerstrasse führt als Umfahrungsstrasse am Rande des Siedlungsgebietes der Gemeinde Steinhausen vorbei. Lärmschutzwälle schützen bei beiden Standorten, im Bereich der Einmündungen der Kirchmatt- und der Industriestrasse in die Knonauerstrasse, Mehrfamilienhäuser vor Immissionen der Umfahrungsstrasse. Die Plakate werden nur durch die Verkehrsteilnehmer auf der Knonauerstrasse wahrgenommen werden können. Von einer Beeinträchtigung der Umgebung durch die Reklamestellen kann also keine Rede sein. Angesichts der Begründung des angefochtenen Entscheides ist die Frage an den Gemeinderat berechtigt, wo in Steinhausen – wenn nicht entlang dieser Umfahrungsstrasse – Plakate aufgestellt werden können.

Der angefochtene Entscheid des Gemeinderates widerspricht den verfassungsrechtlich garantierten Grundfreiheiten, namentlich der Eigentums- sowie der Handels- und Gewerbefreiheit. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen.

(RRB, 7. Juli 1998).

§ 53 lit. a, § 54 Abs. 1, § 55 BO Zug – Eine Arealüberbauung hat gegenüber der Einzelbauweise erhöhten Anforderungen zu genügen.

Aus den Erwägungen:

3. Bei einer Arealbebauung besteht nicht von vornherein ein Anspruch auf Konsumation der maximal möglichen Ausnützungsziffer. Gemäss § 55 BO Zug beträgt die maximale Ausnützung bei einer Arealbebauung 0,7. Dies ergibt einen Bonus von mehr als 40% gegenüber einer Einzelbauweise. Um in den Genuss des gesamten Bonus zu kommen, muss sich eine Überbauung besonders gut in das Landschaftsbild und die Quartierstruktur eingliedern. Der Bonus darf nur dann vollumfänglich gewährt werden, wenn mit der Arealbebauung eine besonders gute städtebauliche und architektonische Lösung für eine städtebauliche Einheit mit Rücksicht auf das jeweilige Landschaftsbild und die jeweilige Quartierstruktur erreicht wird.

(RRB, 14. Juli 1998).

V. Soziale Sicherheit

Berufliche Vorsorge

Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB. – Ausdehnung der Anwendbarkeit bestimmter BVG-Vorschriften auf sämtliche Personalfürsorgestiftungen, d.h. auch auf nichtregistrierte

Aus den Erwägungen:

Durch die am 1. Januar 1997 in Kraft getretene Aenderung von Art.89^{bis} Abs. 6 ZGB unterstehen nun sämtliche Personalfürsorgestiftungen den Vorschriften von Art. 71 BVG über die Vermögensverwaltung und damit Art. 47 bis 60 BVV2 betreffend Rechnungswesen und Rechnungslegung sowie Anlage des Vermögens.

Demnach darf das Vermögen, soweit es zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden. Der Stiftungsrat wird aufgefordert, eine Umschichtung der Vermögensanlage vorzunehmen oder das Guthaben gegenüber dem Arbeitgeber ausreichend sicherzustellen. Gleichzeitig wird der Stiftungsrat aufgefordert, das Deckungskapital gemäss Berechnungen des Experten künftig in der Jahresrechnung separat auszuweisen.

(Direktion des Innern, Abteilung berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht, 26. Mai 1998)

Art. 4 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42). – Zwingende Pflicht der Vorsorgeeinrichtung, sämtliche Austrittsleistungen samt Verzugszins spätestens zwei Jahre nach Eintritt des Freizügigkeitsfalles gemäss Mitteilung der Destinatäre oder – bei fehlender Mitteilung – nach Massgabe des Gesetzes zu erbringen

Aus den Erwägungen:

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Jahresrechnung pro 1996 stellt die Aufsichtsbehörde hinsichtlich der Freizügigkeitsleistungen (Austrittsleistungen) ausgetretener Destinatäre fest, dass diese aufgrund von Art. 4 Abs. 1 und 2 FZG spätestens zwei Jahre nach dem Freizügigkeitsfall samt Verzugszins zu erbringen sind. Der Stiftungsrat wird deshalb aufgefordert, dieser Pflicht nachzukommen. Der entsprechende Nachweis ist der Aufsichtsbehörde spätestens mit der Einreichung der Jahresrechnung pro 1998 zu erbringen.

(Direktion des Innern, Abteilung berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht, 23. Oktober 1998)

VI. Verwaltungsrechtspflege

Art. 4 Abs. 1 BV; Art. 27 BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021); § 16 VRG. – Kinderschutz/Entziehung der elterlichen Obhut. – Akteneinsichtsrecht: Rechtliche Grundlagen des Anspruchs und der Verweigerung (E. 1), Verweigerung der Einsichtnahme der Mutter in das psychiatrische Gutachten, mündliche Bekanntgabe in Anwesenheit ihres Anwalts und uneingeschränktes Einsichtsrecht des Anwalts (E. 2)

Erwägungen:

1. Gemäss § 16 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1) haben die Parteien grundsätzlich Anspruch auf Einsicht in die Akten. Ein Akteneinsichtsrecht garantiert auch der aus Art. 4 der Bundesverfassung (BV) fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. BGE 122 I 112 E. 2a mit Hinweisen). Der Umfang des Akteneinsichtsrechts bemisst sich primär nach kantonalem Recht und subsidiär im Sinne eines Minimalanspruchs nach Art. 4 Abs. 1 BV (BGE 121 I E. 2a S. 227 mit Hinweisen). Das Akteneinsichtsrecht ist jedoch nicht schrankenlos. Es kann ganz oder teilweise verweigert werden, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (§ 16 Abs. 1 VRG; ähnlich auch Art. 27 BG über das Verwaltungsverfahren; VwVG; SR 172.021; vgl. auch Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 1987/88, S. 121). Gemäss Bundesgericht ist es mit Art. 4 Abs. 1 BV vereinbar, das Akteneinsichtsrecht aus triftigen Gründen einzuschränken (BGE 122 I 55, E. 4a). Eine solche Einschränkung kann auch im Interesse der betroffenen Person selbst geboten sein, soweit es sich um Krankengeschichten oder ärztliche und psychiatrische Gutachten handelt (vgl. Andreas Keiser, Öffentlichkeit im Verfahren vor dem Zürcher Verwaltungsgericht, ZBI 95 S. 5; BGE 113 Ia E. 4a S. 4 mit Hinweis). Ob das Akteneinsichtsrecht eingeschränkt werden darf, ist aufgrund einer Abwägung der Rechtsgüter und unter Wahrung des Prinzips der Verhältnismässigkeit zu entscheiden (vgl. Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband Nr. 83 d, S. 274; BGE 113 Ia E. 4a S. 4 mit Hinweis).

2. Da es sich vorliegend um ein psychiatrisches Gutachten handelt, ist es gemäss Bundesgericht grundsätzlich zulässig, das Akteneinsichtsrecht von X (Mutter) zu beschränken. Zwar wiegt ihr Interesse, in das Gutachten Einsicht und dazu Stellung zu nehmen, schwer, weil das Gutachten eine wesentliche Entscheidungsgrundlage im Kinderschutzverfahren bilden wird. Gegen das Akteneinsichtsrecht von X. spricht jedoch die Meinung des Gutachters, eine Aushändigung oder direkte Konfrontation mit dem Gutachten

sei aus medizinisch-psychologischer Sicht ausserordentlich gefährlich. Es stehen sich somit das Interesse, zum Gutachten Stellung nehmen zu können, einerseits und die psychische Gesundheit von X. andererseits gegenüber. Der Aspekt des Gesundheitsschutzes ist vorliegend höher zu werten. Dies insbesondere auch deshalb, weil nicht auszuschliessen ist, dass sich die vom Gutachter als möglich erachtete schwere Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit von X. auch auf das Kind negativ auswirkt. In Würdigung aller Umstände ist daher – zumindest vorläufig – davon abzusehen, X. in das Gutachten Einsicht nehmen zu lassen.

Dies bedeutet nicht, dass X. vom Inhalt des Gutachtens keine Kenntnis erhalten dürfte. Eine solche Einschränkung des Akteneinsichtsrechts wäre nicht nur unverhältnismässig, sondern stünde auch im Widerspruch zur klaren Regelung von § 16 Abs. 2 VRG, wonach der wesentliche Inhalt eines Aktenstückes, in welches die Einsicht verweigert wird, soweit mitzuteilen ist, als es ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist. Gegen eine mündliche Eröffnung auf eine stützende Art und Weise und ohne direkten Beizug der Expertise hegt auch der Gutachter keine Bedenken. Vorliegend erscheint es daher angezeigt, X. den Inhalt des Gutachtens im Beisein ihres Rechtsvertreters durch die Direktion des Innern mündlich zu eröffnen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Es gibt indessen keinen Grund, das Gutachten dem Rechtsvertreter von X. vorzuenthalten. Um den Rechtsschutz von X. zu wahren, wurde ihm das Gutachten zur Stellungnahme zugestellt mit dem Hinweis darauf, dass das Einsichtsrecht seiner Mandantin eingeschränkt werden soll und daher von einer Weiterleitung des Gutachtens abzusehen sei.

(RRB, 27. Januar 1998)

§§ 23 Abs. 2, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2, 47 Abs. 2 VRG; Ziff. 109, 114 Verwaltungsgebührentarif. – Kosten und Parteientschädigung bei Abschreibung einer Beschwerde infolge Gegenstandslosigkeit

Aus den Erwägungen:

(...)

In verfahrensrechtlicher Hinsicht fehlt es heute, im Zeitpunkt des Entscheides (vgl. § 47 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1]), an einer beschwerdefähigen Verfügung, weshalb die Beschwerde als gegenstandslos abzuschreiben ist.

Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1994 (Verwaltungsgebührentarif,

VGT; BGS 641.1) dürfen für Amtshandlungen zum Schutze von Kindern keine Gebühren erhoben werden. Nach Ziff. 109 VGT kann jedoch für Gutachten Kostenersatz in jedem Falle verlangt werden. Dem Stadtrat von Zug sind keine Kosten aufzuerlegen, da er am Verfahren weder wirtschaftlich interessiert ist, noch dazu durch einen groben Verfahrensmangel oder eine offenbare Rechtsverletzung Anlass gegeben hat (§ 24 Abs. 2 VRG). Eine Kostentragung durch die Beschwerdeführerin fällt ausser Betracht, nachdem ihr die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde. Der Vater der Kinder ist deshalb nicht zu einer (möglicherweise teilweisen) Kostentragung im Sinne von § 23 Abs. 2 VRG heranzuziehen, weil in diesem sozial komplexen Fall ohne materiellen Entscheid das Mass des Obsiegens bzw. Unterliegens nicht hinreichend erkennbar ist.

Auch bei Abschreibung einer Beschwerde wegen Gegenstandslosigkeit ist zu prüfen, ob eine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Dabei sind die Grundsätze zu beachten, welche bei einem Sachentscheid massgebend sind (GVP 1995/96, S. 194 f.). Vorliegend fällt die Zusprechung einer Parteientschädigung jedoch ausser Betracht, zulasten der Stadt Zug deshalb, weil dem Stadtrat weder ein Verfahrensfehler noch eine offenbare Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann (§ 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG), und zulasten des Vaters oder der Mutter der Kinder deshalb, weil – wie bezüglich der Verfahrenskosten – das Mass des Obsiegens bzw. Unterliegens (§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG) bei dieser Verfahrenssituation nicht hinreichend abschätzbar ist.

(RRB, 3. November 1998)

Art. 4 Abs. 1 BV; Art. 310 ZGB; §§ 27 Abs. 1 und 2, 29 VRG; Ziff. 114 KRB über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1994 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1); § 25 G über die Sozialhilfe im Kanton Zug vom 16. Dezember 1982 (Sozialhilfegesetz, SHG; BGS 861.4). – Unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlicher Rechtsbeistand im Beschwerdeverfahren betreffend Kinderschutz (konkret: Aufhebung der elterlichen Obhut): Voraussetzungen der Gewährung und einer allfälligen Rückerstattung

Erwägungen:

1. Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) dürfen für Amtshandlungen zum Schutze von Kindern keine Gebühren bezogen werden. Für allfällige Barauslagen wie Expertisen kann dagegen entsprechend Ziffer 109 des Verwaltungsgebührentarifs Ersatz verlangt werden. Laut § 27 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1) kann die entscheidende Behörde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligen, wenn einer Partei die nötigen Mittel fehlen und ihr Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint. Wie sich

nachstehend ergibt, sind diese Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegend erfüllt.

2. a) Nach dem Wortlaut von § 27 Abs. 2 VRG kann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht bestellt werden. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist indessen von einem unmittelbar aus Art. 4 der Bundesverfassung fliessenden Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes auch im Verwaltungsverfahren auszugehen, sofern der Partei die nötigen Mittel fehlen und sie zur gehörigen Wahrung ihrer Interessen eines Rechtsbeistandes bedarf und das Verfahren nicht aussichtslos ist (vgl. BGE 122 I 324 mit Hinweisen, 119 Ia 264, 112 Ia 14).

b) Für die Beurteilung der Bedürftigkeit sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung massgebend (vgl. BGE 122 I 6 mit Hinweisen). Die gegenwärtigen monatlichen Einnahmen werden mit Fr. 5'150.- beziffert. Diesen stehen geltend gemachte Ausgaben von Fr. 6'421.30 gegenüber, woraus sich ein Fehlbetrag von Fr. 1'271.30 ergibt. Die Angaben zu den Einnahmen und den Ausgaben sind indessen zu relativieren. Zum einen beinhalten die Ausgaben den Mietzins von Fr. 1'270.- für die Wohnung in X., welcher jedoch erst ab dem 1. Oktober 1997 zu leisten ist. Darüber hinaus werden keine Einnahmen aus der Vermietung der zur Zeit noch von A.B. bewohnten Wohnung in Y. angegeben. Gemäss den Richtlinien 1996 der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Sozialhilfe errechnet sich für A.B. und ihre Tochter C. ein soziales Existenzminimum von ca. Fr. 5'100.-, wobei anerkannt wird, dass A.B. berufsbedingt auf ein Auto angewiesen ist. Eingerechnet in diesem Betrag sind auch die Fremdbetreuungskosten für C. von Fr. 1'000.- pro Monat. Nicht berücksichtigt sind der Mietzins für die Wohnung in Y. einerseits und die Mietzinseinnahmen für die von A.B. noch bewohnte Wohnung andererseits. Selbst mit dieser Korrektur zeigt sich jedoch, dass die Einnahmen das soziale Existenzminimum nur knapp decken. Was die Einkommenssituation betrifft, ist somit die Voraussetzung der fehlenden finanziellen Mittel vorliegend erfüllt. Zu berücksichtigen ist indessen, dass A.B. Eigentümerin einer mit Fr. 385'200.- belasteten Liegenschaft ist, deren Verkehrswert von der Liegenschaftsschätzungskommission im Januar 1997 auf Fr. 492'000.- geschätzt wurde. Entgegen der Meinung der Gesuchstellerin, welche vom Steuerwert der Liegenschaft von Fr. 404'500.- ausgeht und das Reinvermögen auf der Liegenschaft mit Fr. 19'300.- angibt, liesse sich bei einem Verkauf der Liegenschaft mithin ein Gewinn von Fr. 106'800.- abzüglich der Grundstückgewinnsteuer erzielen. Wäre ein solcher Gewinn bei Einreichung des Gesuchs realisiert worden, könnte A.B. ohne weiteres zugemutet werden, für die Kosten der Rechtspflege und des Rechtsbeistandes selber aufzukommen. Zwar wäre es unverhältnismässig zu verlangen, dass A.B. ihr Haus verkauft, nur um die Barauslagen und die Anwaltskosten bezahlen zu können. Auch eine

Erhöhung der hypothekarischen Belastung kommt vorliegend kaum in Betracht, da die maximale Belehnungsgrenze der Banken bei 80% des Verkehrswertes, mithin bei Fr. 393'000.- liegt. Indessen ist es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, die erteilte Bewilligung zu entziehen, wenn die Bedürftigkeit während des Verfahrens wegfällt (vgl. BGE 122 I 6f.). Diese Voraussetzung wäre im Falle des freiwilligen Verkaufs der Liegenschaft vorliegend als erfüllt zu betrachten. Ebenso erachtet es das Bundesgericht als mit Artikel 4 der Bundesverfassung vereinbar, die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung nach Erledigung des Verfahrens zurückzuverlangen, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der begünstigten Person ausreichend verbessert haben (vgl. BGE 122 I 6 mit Hinweisen). In der zugerischen Verwaltungsrechtspflege ist – im Gegensatz zur Zivilprozessordnung – zwar weder ein Entzug der Bewilligung noch eine Rückerstattungspflicht für den Fall, dass die bedürftige Person zu Vermögen gelangt, vorgesehen. Indessen ist davon auszugehen, dass beides im zugerischen Verwaltungsverfahren zulässig ist. Denn zum einen hat der Gesetzgeber nicht gewollt und bewusst auf diese Möglichkeiten verzichtet; sie blieben vielmehr einfach unerwähnt. Zum anderen ist in § 29 VRG ausdrücklich vorgesehen, dass die Behörde aus wichtigen Gründen einen Entscheid ausserhalb eines Revisionsverfahrens von Amtes wegen ändern oder aufheben kann, soweit nicht besondere Vorschriften, der Grundsatz von Treu und Glauben oder andere allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze dies ausschliessen oder einschränken. Solche Hinderungsgründe sind vorliegend nicht gegeben; denn es stehen – wie dargelegt – keine Vorschriften oder allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze entgegen. Auch der Grundsatz von Treu und Glauben ist nicht verletzt, wenn A.B. auf die Möglichkeit des Bewilligungsentzugs und die Rückerstattungspflicht aufmerksam gemacht wird. Eine vollständige oder teilweise Rückerstattungspflicht für den Fall, dass Vermögen anfällt, statuiert sodann auch das Gesetz über die Sozialhilfe im Kanton Zug vom 16. Dezember 1982 (BGS 861.4; § 25). Es ist nicht einzusehen, weshalb die Rückerstattungspflicht für die Sozialhilfe gelten soll, nicht aber für die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung, sofern dadurch dem Sinn und Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege – dem Rechtsschutz – nicht zuwidergehandelt wird.

c) Zu prüfen bleibt, ob A.B. zur Wahrung ihrer Rechte eines Beistands bedarf. Das Bundesgericht erachtet die Bestellung eines Rechtsbeistandes grundsätzlich als geboten, falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung der bedürftigen Person eingreift. Andernfalls müssen zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Gesuchstellenden trotz der geltenden Oficialmaxime allein nicht gewachsen sind, wobei die sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung massgebend ist (vgl. BGE 119 Ia S. 265f.). Kindesschutzverfahren sind in der Regel heikel, oft komplexe, langwierige und für die Betroffenen vielfach einschneidende Ver-

fahren. Dies trifft zweifellos auch auf den vorliegenden Fall zu. Überdies ist die Beschwerde gegen den Gemeinderat X. betreffend Aufhebung der elterlichen Obhut (Art.310 ZGB) nicht als offensichtlich aussichtslos zu werten. Die Bewilligung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat erscheint daher gerechtfertigt. Der Bestellung von Rechtsanwalt J. steht nichts entgegen.

d) Zusammenfassend ist A.B. für allfällige Barauslagen, welche der Beschwerdeinstanz im Zusammenhang mit dem Kindesschutzverfahren erwachsen, die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt J. zu bestellen. Sollte A.B. indessen während des Beschwerdeverfahrens vor dem Regierungsrat oder nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens zu Vermögen gelangen, insbesondere durch den Verkauf ihrer Liegenschaft, kann die Bewilligung ganz oder teilweise entzogen oder die gänzliche oder teilweise Rückerstattung der durch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung erwachsenen Kosten verlangt werden.

(RRB, 16. September 1997)

(Art. 4 Abs. 1 BV, §§ 27 Abs. 1 und 2, 29 VRG: Siehe RRB vom 16. September 1997 vorstehend); Art. 273 ff., 307 ff. ZGB. – Unentgeltlicher Rechtsbeistand für die (unverheiratete) Mutter im Beschwerdeverfahren betreffend Besuchsrecht des (unverheirateten) Vaters: Voraussetzungen

Aus den Erwägungen:

1. ...

2. a) und b) ...

c) Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin zur Wahrung ihrer Rechte eines Rechtsbeistandes bedarf und ob das Verfahren nicht aussichtslos ist. Das Bundesgericht erachtet die Bestellung eines Rechtsbeistandes grundsätzlich als geboten, falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung der bedürftigen Person eingreift. Andernfalls müssen zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Gesuchstellenden trotz der geltenden Offizialmaxime allein nicht gewachsen sind, wobei die sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung massgebend ist (vgl. BGE 119 Ia 265 f.). Der Regierungsrat erachtet Kindesschutzverfahren in der Regel als heikle, komplexe und für die Betroffenen vielfach einschneidende Verfahren und bewilligt in solchen Fällen regelmässig den unentgeltlichen Rechtsbeistand (vgl. RRB vom 16.09.1997 i.S. G.H.). Zwar figurieren die Bestimmungen von Art. 273 ff. ZGB über den persönlichen Verkehr (Besuchsrecht) nicht unter denjenigen über den Kindesschutz (vide Art. 307

ff. ZGB), doch geht es im vorliegenden Fall mit seinen besonderen Umständen sehr wohl um den Schutz und das Wohl der Kinder. Im Interesse des Kindeswohls hat die instruierende Direktion des Innern am 1. Oktober 1997 die Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens angeordnet. Zur Auseinandersetzung mit diesem Gutachten und zur Wahrung ihrer und der Interessen der Kinder bedarf die Beschwerdeführerin fachkundiger Hilfe. Auch kann nicht gesagt werden, ihr Antrag auf Einräumung eines begleiteten Besuchsrechts an den Vater der Kinder sei aussichtslos. Die Bewilligung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat erscheint daher gerechtfertigt. Der Bestellung von Rechtsanwältin K. steht nichts entgegen.

(RRB, 21. Oktober 1997)

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Oberaufsichtsrecht des Kantonsrates gegenüber Exekutive und Justiz

a) Stellungnahme der Büros des Kantonsrats

Die Verfassung des Kantons Zug (§ 41 Bst. c) weist dem Kantonsrat "die Oberaufsicht über die Behörden sowie über die Einhaltung und Vollziehung der Verfassung und der Gesetze" zu. Im Rahmen einer Motion (Nr. 594.2 - 9674) hat sich der Kantonsrat gleichsam in eigener Sache mit der Frage befasst, wie weit sein Aufsichtsrecht gegenüber der Exekutive und der Justiz gehen kann. Er ist dabei zum Schluss gekommen, dass diese Kontrolle einerseits den äusseren Geschäftsgang der Gerichte und die Justizverwaltung einschliesst, andererseits aber auch ein Akteneinsichtsrecht, das in § 24 der Geschäftsordnung umschrieben ist.

Das Zuger Kantonsparlament hat am 17. Dezember 1998 eine Motion (Nr. 594.2 - 9674) betreffend Oberaufsichtsrecht des Kantonsrates gegenüber Exekutive und Justiz behandelt. Die Motion war aus einer Interpellation hervorgegangen, mit der ein Ratsmitglied Auskunft über ein Aufsichtsverfahren verlangte, welches das Obergericht eröffnet und nach neun Monaten wieder eingestellt hatte. Das Obergericht beantwortete jedoch nur einen Teil der Fragen, und zwar mit der Begründung, dass diese den Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht sprengten. Es sei auf die Gewaltenteilung und die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens Rücksicht zu nehmen. Mit ihrem Vorstoss beauftragten die Motionäre das Büro des Kantonsrates, den Umfang des Oberaufsichtsrechts des Kantonsrates gegenüber der Exekutive und der Justiz abklären zu lassen.

Das Büro des Kantonsrates und mit ihm dann auch das Plenum kamen zum Schluss, dass sich die parlamentarische Oberaufsicht nicht auf den äusseren Geschäftsgang und die Justizverwaltung beschränkt, sondern dass sie im Sinne einer Qualitätskontrolle auch den Einblick in die Inhalte staatlichen Handelns von Exekutive und Justiz umfasst. Das Parlament als oberste Gewalt kann die Verwaltungsbehörden und Gerichte wegen Rechtswidrigkeit oder Unangemessenheit von Amtshandlungen rügen und unverbindliche Direktiven für die Zukunft erteilen. Dabei ist aber Zurückhaltung geboten.

Die Kantonsverfassung (§ 41 Bst. c) weist dem Kantonsrat "die Oberaufsicht über die Behörden sowie über die Einhaltung und Vollziehung der Verfassung und der Gesetze" zu. Somit hat das Parlament gegenüber den beiden andern Gewalten eine gewisse Vorrangstellung, was aber nicht heisst, dass das Parlament Entscheidungen von Exekutive und Justiz verbindlich vorgeben oder im Nachhinein abändern oder aufheben darf - dies würde dem Prinzip der Gewaltenteilung widersprechen. Der Aufsicht sind aber dennoch Grenzen gesetzt, namentlich dort, wo hängige Verfahren und der

Persönlichkeitsschutz von Betroffenen tangiert sind. Nach der Geschäftsordnung des Kantonsrates (§§ 21 und 24) kann dieser für jedes in seine Kompetenz fallende Geschäft, also auch für die ihm obliegende Aufsicht und Kontrolle über alle Behörden eine Kommission zur Vorberatung und Antragstellung ernennen. Die Kommission ist befugt, in sämtliche Akten des Beratungsgegenstandes Einsicht zu nehmen und von den zuständigen Direktionen bzw. Gerichten alle zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu verlangen. Die Auskunftspflichtigen sind dabei vom Amtsgeheimnis entbunden.

Das Parlament darf hingegen nicht in die Kompetenz von Regierungsrat und Gerichten eingreifen und sich etwa in hängige Fälle der Justiz (Urteil) oder der Verwaltung (Bewilligung, Ausweisentzug etc.) einmischen. Im Streitfall muss aber das Parlament als beaufsichtigende Instanz entscheiden, ob ein unzulässiger Eingriff vorliegt.

Der Zuger Kantonsrat vertritt die Auffassung, dass das Informationsrecht der Parlamentsmitglieder dem Umfang der Aufsicht entspricht. Eine sinnvolle Aufsicht ist ohne genügende Information über die Justiz und die Regierung nicht möglich. Somit besteht eine umfassende Auskunftspflicht der Exekutive wie der Judikative gegenüber dem Kantonsrat. Daraus resultiert ein umfassendes Akteneinsichtsrecht, das in § 24 der Geschäftsordnung klar umschrieben ist. Der Umfang des Aufsichtsrechts und der Aufsichtspflicht ist bei Exekutive und Judikative der gleiche. Abzuwägen gilt es im Einzelfall, ob das Informationsbedürfnis des Kantonsrates dem Datenschutz und dem Persönlichkeitsschutz nicht zuwider laufen. Sofern die Persönlichkeitsrechte überwiegen könnten, ist das Geschäft der Justizprüfungskommission oder einer andern Kommission zu überweisen, welche in geeigneter Form Bericht erstattet. Genau diesen Weg hätte der Kantonsrat einschlagen können, nachdem er von den Antworten des Obergerichtes auf die erwähnte Interpellation nicht befriedigt war.

(Aus Bericht und Antrag des Büros des Kantonsrats vom 12. November 1998)

b) Stellungnahme des Verwaltungsgerichts vom 5. Dezember an das Büro des Kantonsrats

I. Ausgangslage

1. FDP-Motion betreffend Umfang des Oberaufsichtsrechtes des Kantonsrates

In seiner Sitzung vom 22. Mai 1997 schrieb der Kantonsrat eine Interpellation Josef Lang betreffend Aufsichtsverfahren des Obergerichtes gegen Rechtsanwalt Barth ab und stimmte einer Motion der FDP-Fraktion mit folgendem Antrag zu:

”Das Büro des Kantonsrates wird beauftragt, in grundsätzlicher Hinsicht den Umfang des Oberaufsichtsrechtes des Kantonsrates gegenüber der Exekutive und der Justiz abzuklären bzw. abklären zu lassen. Hauptsächlich ist dabei zu prüfen, wieweit Regierungsrat und Obergericht – u.a. im Rahmen der Beantwortung von Interpellationen sowie bei der Rechenschaftsablegung – Auskunft über hängige oder abgeschlossene Verfahren zu geben haben.”

2. Vernehmlassungsverfahren des Ratsbüros

Mit Schreiben vom 4. Juli 1997 lud das Büro des Kantonsrates nebst dem Regierungsrat und dem Obergericht auch das Verwaltungsgericht zur Vernehmlassung ein. Das Büro stellte ein Exposé der Staatskanzlei vom 7. Juli 1997 zu, von dem es Kenntnis genommen habe und zu dem es eine Stellungnahme erwarte, in welcher das Gericht die ”vom vorliegenden Exposé abweichende Auffassung darlegen und insbesondere allfällige Widersprüche begründen wolle”.

Im Exposé der Staatskanzlei werden folgende Thesen vertreten:

- ” 1. Die parlamentarische Aufsicht stellt keine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips dar. Parlamentarische Aufsicht und Gewaltenteilung widersprechen sich nicht und schliessen sich keineswegs aus.
2. Der Verfassungsauftrag der ”Oberaufsicht über die Behörden sowie über die Einhaltung und Vollziehung der Verfassung und der Gesetze” verpflichtet den Kantonsrat zur wirksamen Kontrolle der Regierung und der Gerichte in all ihren Funktionen: Verwaltung, Justizverwaltung und Rechtsprechung.
3. Das Prinzip der Unabhängigkeit der vollziehenden und der richterlichen Behörden im Sinne der Gewaltenteilung verbietet dem Parlament nur verbindliche Direktiven für verwaltungsrechtliche oder richterliche Entscheide sowie deren Korrektur (Eingriffsverbot). Die Gewaltenteilung verbietet dem Parlament nicht mehr und nichts anderes, als ersatzweise anstelle von Exekutive und Justiz zu handeln. Weitere rechtliche Schranken sind der parlamentarischen Aufsicht nicht gesetzt.
4. Die Gewaltenteilung verbietet dem Parlament nicht die Kenntnis und Erörterung des Inhalts der Entscheide von Verwaltung und Justiz. Denn ohne Kenntnis der Entscheidungsgründe ist eine parlamentarische Kontrolle nicht möglich. Die parlamentarische Aufsicht beschränkt sich also keineswegs auf die Kontrolle des formellen Geschäftsablaufs und auf die Prüfung des ”äusseren Geschäftsgangs”.

5. Aufsichtsmittel sind neben der Prüfung von Staatsrechnung und Rechenschaftsberichten vor allem auch Interpellationen und Kleine Anfragen. Damit kann jedes Ratsmitglied Auskunft verlangen über alle den Kanton betreffenden Angelegenheiten. Mit der Abklärung kann der Kantonsrat Kommissionen beauftragen. Diese sind befugt, zuhanden des Kantonsrates in alle Akten Einsicht zu nehmen und sämtliche Auskünfte zu verlangen, – ausdrücklich auch von den Gerichten.
6. Bezüglich parlamentarischer Aufsicht lässt sich eine unterschiedliche Behandlung von allgemeiner Staatsverwaltung und Justizverwaltung nicht begründen. In beiden Fällen handelt es sich um Verwaltung. Justizverwaltung ist nicht Justiz, sondern eben Verwaltung (also auch die Aufsicht des Obergerichts über die Rechtsanwälte).
7. Auch im Bereich der Rechtsprechung – ob diese Funktion nun in die Kompetenz der Regierung als verwaltungsinterner Rechtsmittelinstanz oder in die Zuständigkeit der Gerichte fällt – ist eine unterschiedliche Handhabung der parlamentarischen Aufsicht sachlich nicht begründbar.
8. Eine inhaltliche Kontrollabstinenz der Aufsichtsbehörde gegenüber der Rechtsprechung würde dem Verfassungsauftrag der Aufsicht über die "Einhaltung und Vollziehung der Gesetze" nicht gerecht.
9. Kritik einer Gewalt an den Entscheidungen einer anderen Gewalt ist nicht nur zulässig, sondern notwendig. Deshalb ist sie denn auch rechtlich institutionalisiert, nämlich eben gerade durch die parlamentarische Kontrolle und Oberaufsicht; ferner durch die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ohne Kritik gäbe es im übrigen keine Fortentwicklung des Rechts durch Lehre und Praxis. Und schliesslich ist das Recht auf Kritik an den Behörden für jede pluralistische und freiheitliche Gesellschaft existentiell.
10. Bei der Kritik an der Rechtsprechung – auch der verwaltungsinternen – ist in der Praxis Zurückhaltung geboten. Die Rechtsprechung soll vom Parlament nicht ohne Not kritisiert und politisch beeinflusst werden. Das aber ist keine Rechtsfrage, sondern eine Frage des politischen Stils.
11. Bei Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der Aufsicht entscheiden natürlich nicht die der Kontrolle unterstellten Behörden (Regierung und Gerichte), sondern selbstverständlich der Kantonsrat als höchstes Staatsorgan und oberste aufsehende Gewalt."

II. Erwägungen

1. Zur Lehre der Gewaltenteilung

Unter Gewaltenteilung versteht man die Zuweisung der staatlichen Funktionen der Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung an drei voneinander unabhängige Organe. Die organisatorische Gewaltentrennung ist durch die personelle Gewaltentrennung zu ergänzen, damit nicht die gleichen Personen an der Ausübung der verschiedenen staatlichen Funktionen beteiligt sind. Im positiven Recht wird den obersten Organen eine staatliche Funktion als Hauptfunktion übertragen, neben die noch andere staatliche Tätigkeiten als Nebenfunktionen treten. Diese Tatsache führt zur Unterscheidung zwischen materiellen und formellen staatlichen Funktionen je nach dem Blick auf die Rechtsnatur der Aufgabe oder der organisatorischen Zuweisung. So ist beispielsweise die Exekutive die vollziehende Gewalt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört aber auch der Erlass von Vollziehungsverordnungen und die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege. Materiell handelt es sich um Nebenfunktionen der Rechtsetzung und der Rechtsprechung. Formell geht es um die Verwaltung, der die Vollziehungsverordnung zur Erleichterung einer rechtsgleichen Praxis und die Rechtspflege zur Kontrolle der an hierarchisch untergeordnete Stellen delegierten Rechtsanwendung dient. Auch die bescheidenen Nebenfunktionen der Gerichte im Bereich der Justizverwaltung oder der Rechtsetzung, wie z.B. beim Erlass der eigenen Geschäftsordnung, dienen ihrer Hauptfunktion.

Die Gewaltenteilung ist mit weiteren tragenden Grundsätzen der Staatslehre eng verknüpft. Zu denken ist an den besonderen Charakter des Parlamentes als Volksvertretung, an den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung oder die Unabhängigkeit der Gerichte. Während das Parlament auf seiner Zuständigkeitsstufe Recht setzt, sind die Gerichte bei der Behandlung ihrer Fälle in einen Instanzenzug bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingebunden. Zum weitaus überwiegenden Teil wenden die Gerichte nicht kantonales sondern höherrangiges Recht an.

2. Die Überprüfung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung der kantonalen Gerichte unterliegt der Überprüfung durch die eidgenössischen Gerichte und in beschränktem Umfang durch die Kommission und den Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg. Soweit die europäische Menschenrechtskonvention, die Bundesverfassung und die Justizgesetzgebung dies vorsehen, ist die materielle Überprüfung sowie die Überprüfung des Verfahrens einschliesslich der Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung zulässig. Die Frage, ob und wieweit der Zuger Kantonsrat Entscheide der Gerichte materiell zu überprüfen hat, ist im folgenden nach geltendem Recht zu überprüfen. Dabei sollen zunächst die richterliche

Unabhängigkeit und die Öffentlichkeit des Verfahrens einer Betrachtung unterzogen werden.

3. Die Unabhängigkeit der Gerichte

Bei der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit schrieb die kantonsrätliche Kommission unter der Leitung von Dr. Paul Stadlin in ihrem Bericht und Antrag vom 9. Januar 1976 (Kantonsratsvorlage Nr. 3788):

„Das Prinzip der Gewaltentrennung und vor allem die Unabhängigkeit der Justiz vom Parlament, von der Exekutive und von der Verwaltung ist eines der wichtigsten Merkmale des modernen, demokratischen Rechtsstaates. Unabhängige Gerichte bilden insbesondere die wesentliche Garantie für Freiheit und Rechtsschutz des einzelnen Bürgers“.

Mit diesen Worten ist treffend wiedergegeben, was sich auch aus heutiger Sicht aus der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), aus Verfassung und Gesetz sowie aus der Rechtsprechung und der führenden staatsrechtlichen Literatur ergibt. Nach Art. 6 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht gehört wird. Diese Garantie hat grundsätzlich den gleichen Umfang wie Art. 58 Abs. 1 BV. Das Recht auf einen unparteiischen Richter soll verhindern, dass ausserhalb des Prozesses liegende Umstände das Urteil auf eine Art beeinflussen können, die nicht objektiv ist, sei es zugunsten oder zuungunsten einer Partei: Wer unter solchen Einflüssen steht, kann nicht mehr ein „rechter Mittler“ sein (Bundesgericht in Pra 1991 Nr. 56 S. 262, mit Hinweisen). Ein Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Es muss organisch und personell, nach der Art seiner Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach dem äusseren Erscheinungsbild unabhängig und unparteiisch sein, sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien (BGE 123 I 91 mit zahlreichen Hinweisen). Die richterliche Unabhängigkeit soll verhindern, dass sachwidrige Umstände zugunsten oder zulasten einer Partei auf das Urteil einwirken. Ziel ist ein korrekter, fairer Prozess sowie die notwendige Offenheit des Verfahrens und ein gerechtes Urteil. Der Schutz dient dem Vertrauen der Betroffenen in das rechtsstaatliche Justizverfahren, der Legitimation von Gerichten und ermöglicht die innere Anerkennung des Gerichtsurteils. Nur ein unabhängiges und unparteiisches Gericht vermag dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu genügen. Dies setzt in erster Linie Unabhängigkeit von anderen staatlichen Gewalten wie auch von den am Verfahren beteiligten Parteien voraus (Alfred Kölz, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 58 N. 53 mit zahlreichen Hinweisen). Zur Unabhängigkeit gehört insbesondere auch die Unabhängigkeit von den anderen Staatsgewal-

ten. In der rechtsprechenden Tätigkeit entscheiden die Gerichte frei von Einwirkungen durch Parlament oder Exekutive (cf. Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, § 22 N. 413; Ulrich Häfelin / Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht 3. A., S. 278 N. 881).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Befangenheit anzunehmen:

„... wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen innern Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung eines Richters nicht nachgewiesen zu werden, dass dieser tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten, wozu auch verfahrensorganisatorische Aspekte gehören, begründet sein. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann allerdings nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen in den Richter muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen“ (BGE 114 Ia 50 ff. E. 3b).

Die Befangenheit kann somit auch in organisatorisch-institutionellen Gründen bzw. in objektiven Gründen liegen, die einen Richter im Einzelfall befangen erscheinen lassen. In verschiedenen Fällen im Bereiche Untersuchungsrichter – Überweisungsrichter – erkennender Richter hat das Bundesgericht Befangenheit aus organisatorisch-institutionellen Gründen angenommen (Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung 2. A., S. 312, mit Hinweisen).

Dem Gericht ist kein anderer Kanton und kein anderes Land bekannt, in welchem die Gerichte im Rahmen der Rechenschaftsablegung bzw. Oberaufsicht, auf dem Interpellationswege oder durch Gewährung von Akteneinsicht dem Parlament über die materielle Beurteilung der einzelnen Fälle Rechenschaft ablegen müssten. Dementsprechend befasst sich auch die staatsrechtliche Literatur nicht direkt mit dieser Frage, und liegen keine Gerichtsentscheide vor. Die von der Staatskanzlei postulierte Auskunftspflicht müsste aber die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichtes in erheblicher Weise tangieren. Das Verwaltungsgericht würde ein entsprechendes Begehren des Kantonsrates für verfassungs- und konventionswidrig erachten.

4. Öffentlichkeit und Datenschutz

Rechtsnormen der verschiedensten Stufen regeln Öffentlichkeit und Schutz der Privatsphäre in gerichtlichen Verfahren. Für das Verwaltungsgericht kann ohne umfangreiche Zitate auf Verfahrensgegenstände hingewiesen werden, welche die Öffentlichkeit betreffen, wie z.B. Ortsplanungen

oder Geschwindigkeitsbeschränkungen. Andererseits betreffen Verfahren der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, der Kranken-, Invaliden-, Unfallversicherung und weiterer Sozialversicherungszweige in der Regel hochsensible persönliche Daten. Das gleiche gilt für Verfahren im Vormundschaftsrecht, das Steuergeheimnis oder im Asylverfahren erhobene Daten. Gerichtsentseide werden in geeigneter Form und Auswahl publiziert (Lose Blätter und "Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug"). Zu seiner Dokumentation hält sich das Verwaltungsgericht rund zwei Dutzend Periodika, welche über die Rechtspraxis Auskunft geben .

Soweit nach der Rechtsordnung der Grundsatz der Öffentlichkeit zum Zuge kommt, geht es um eine durch das Gericht zu gewährleistende Öffentlichkeit für das Publikum (vgl. René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, S. 32, N. 136; Arthur Haefliger, Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung, in: Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung, S. 244). Soweit die rechtsprechende Tätigkeit öffentlich ist, wird diese Öffentlichkeit nicht auf dem Wege der Interpellation und der Parlamentsdebatte hergestellt. Die publizierte Rechtsprechung und deren Verarbeitung durch die Rechtsliteratur dienen auch der weiteren öffentlichen Diskussion und allenfalls der Fortbildung des Rechtes im Gesetzgebungsverfahren.

5. Oberaufsicht

Dem Kantonsrat obliegt die Oberaufsicht über die Behörden sowie über die Erhaltung und Vollziehung der Verfassung und der Gesetze sowie die Prüfung der Amtsberichte des Regierungsrates, des Obergerichtes und des Verwaltungsgerichtes (§ 41 lit. c und g KV). Nach Art. 85 Ziff. 11 BV kommt der Bundesversammlung die Oberaufsicht über die Eidgenössische Verwaltung und Rechtspflege zu. Für den Bund und den Kanton stellt sich die Frage, wie der Begriff der Oberaufsicht über die Gerichte zu verstehen sei. Trotz der einheitlichen Wortwahl ist die Oberaufsicht über die Verwaltung nicht die gleiche wie die Oberaufsicht über die Rechtspflege (Jean-François Aubert, Kommentar BV, Art. 85, Ziff. 10/11 N 155 und 181). Gemäss diesem Autor kann Gegenstand der Oberaufsicht über das Bundesgericht

"... lediglich die 'formelle Regelmässigkeit' der Rechtspflege sein. Sie darf selbstverständlich nicht politisch sein, sie darf sich nicht einmal auf den Inhalt der Entscheide beziehen, da sonst die Unabhängigkeit der Richter in Frage gestellt wäre".

"Die Bundesversammlung prüft lediglich, ob Recht gesprochen wurde; ihre Oberaufsicht bezieht sich jedoch nicht auf den Inhalt der Entscheide" (Aubert, a.a.O. Art. 71 N 61).

Die gleiche Ansicht vertritt der Autor in "Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band II, S. 677, N 1378".

Weitere führende Autoren äussern sich in gleichem Sinne.

„...Über die eidg. Gerichte übt die Bundesversammlung eine gewisse Aufsicht aus, indem sie den äusseren Geschäftsgang und die Angelegenheiten der Justizverwaltung kontrolliert“ (René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, S. 462 B VI).

Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. A., nennen die Oberaufsicht im Zusammenhang mit der „Gewaltenhemmung“ zwischen der Bundesversammlung und dem Bundesgericht, wobei diese völlig einseitig zu Gunsten der Bundesversammlung ausgestattet sei. Sie nennen die Oberaufsicht des Parlamentes über das Bundesgericht,

„...wobei die Kontrolle der Bundesversammlung sich auf den äusseren Geschäftsgang beschränkt und keine Überprüfung des materiellen Gehalts der richterlichen Tätigkeit einschliesst;“ (S. 199)

Im Zusammenhang mit der differenzierten Darstellung der Aufsicht über Regierung, Verwaltung und Bundesgericht begründen die gleichen Autoren die Aufsicht über das Bundesgericht aus der Überordnung der Volksvertretung gegenüber der Justiz. Sie fügen bei:

„Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz verlangt, dass die *Justiztätigkeit im einzelnen nicht kontrolliert* wird. Hingegen kann die allgemeine Geschäftserledigung überprüft werden, wie z.B. die Frage der Behandlungsdauer der Verfahren“ (S. 237, N 747; Hervorhebung durch die Autoren).

René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, äussern sich zum Thema „Kontrolle über den Richter“ u.a. wie folgt:

„Die Kontrolle der *materiellen Rechtsprechung* erfolgt nur im Rahmen des *Rechtsmittelzuges*. Sie setzt ein entsprechendes Begehren eines Rechtsmittelklägers voraus und wirkt deshalb bloss punktuell.“ (S. 32 N 133; Hervorhebung durch die Autoren)

„Die *nicht eigentliche Rechtsprechung darstellende Tätigkeit* (Justizverwaltung, äusserer Gang der Geschäftserledigung, Verhandlungsführung) bildet Gegenstand der *parlamentarischen Oberaufsicht* über die Justiz und – innerjustiziell in den Kantonen – der *Aufsicht der oberen über die unteren Gerichte*“ (S. 32 N 134; Hervorhebungen durch die Autoren)

„Die Justiz untersteht der parlamentarischen Oberaufsicht. Diese muss jedoch die richterliche Unabhängigkeit respektieren und darf nicht Anlass sein, Urteile zu kritisieren ...“ (S. 30 N 119).

Die Praxis der Zuger Verfassungsorgane folgte seit jeher und bisher unangefochten der oben dargestellten, bewährten Lehre bei der Handhabung der Oberaufsicht des Kantonsrates über die Gerichte. In den Anfangsjahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit gab die Justizprüfungskommission unter der Leitung von Dr. Paul Stadlin diesen Grundsätzen in ihren Anträgen an den Kantonsrat wiederholt Ausdruck und zwar wie folgt:

”Die Überprüfung, die eine solche der Funktionsfähigkeit des Verwaltungsgerichtes ist und unter strikter *Wahrung des Prinzips der Gewaltentrennung* erfolgt, wurde von der Kommission anlässlich ihrer Sitzung...” (Bericht und Antrag vom 8. November 1979, KR-Vorlage Nr. 4393)

”Die Aufsicht des Kantonsrates über die Justiz bezieht sich nach dem Grundsatz der Gewaltentrennung nur auf die Funktionstüchtigkeit und nicht auf die Rechtsprechung” (Bericht und Antrag vom 2. November 1983, KR-Vorlage Nr. 5138)

”... dass das Verwaltungsgericht seine Aufgaben auf zweckmässige und speditiv-ve Art erfüllt. Selbstverständlich beschränkt sich diese Aussage nach dem Prinzip der Gewaltentrennung strikt auf die Organisation und Funktionstüchtigkeit der überprüften Instanz während der Berichtsperiode 1983/84” (Bericht und Antrag vom 22. April 1986, KR-Vorlage Nr. 5754)

Die gerichtliche Berichterstattung einerseits und der Umfang der Überprüfung durch den Kantonsrat bei der Genehmigung der Rechenschaftsberichte bestätigen das bisher unangefochtene Verständnis der betroffenen Staatsorgane über die Tragweite der parlamentarischen Oberaufsicht.

An der Praxis der zugerischen Staatsorgane, die in voller Übereinstimmung mit dem Verfassungsrecht steht, ist festzuhalten. Es könnte keine Rede davon sein, dass der Kantonsrat seit Jahren oder Jahrzehnten seine Oberaufsicht über die Gerichte in Verletzung seiner verfassungsmässigen Obliegenheiten nicht ausreichend wahrgenommen hätte, oder dass die Gerichte entsprechend unvollständig Rechenschaft erstattet hätten.

6. Justizselbstverwaltung seit 1990

In der Volksabstimmung vom 28. Juni 1990 wurde die Justizverwaltung den Gerichten übertragen (§ 63 KV). Die damaligen Änderungen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe lassen sich – soweit hier von Interesse – wie folgt charakterisieren: Die Zuständigkeit für die Wahl der Gerichtsschreiber und des Kanzleipersonals des Verwaltungsgerichtes wurde vom Regierungsrat auf das Verwaltungsgericht übertragen, desgleichen die Personalaufsicht. Den obersten Gerichten wurde je in ihrem Bereich das Recht eingeräumt, dem Kantonsrat den Erlass von Gesetzen und Beschlüssen vorzuschlagen. Der Kantonsrat ergänzte seine Geschäftsordnung um den § 29^{bis} betreffend die Mitwirkung der richterlichen Behörden, indem die Präsidenten des Obergerichtes und des Verwaltungsgerichtes an der Behandlung von Berichten und Anträgen ihrer Gerichte mit beratender Stimme an den Verhandlungen des Kantonsrates teilnehmen. Bei weiteren Geschäften, welche die Justizgesetzgebung oder die Justizverwaltung betreffen, kann das Büro des Kantonsrates die Gerichte zur Vernehmlassung und Vertreter der Gerichte zur Teilnahme an den Verhandlungen des Rates mit beratender Stimme einladen. Damit wurden die Gerichte in die Lage versetzt, in jenen Bereichen der Justizverwaltung Antrag zu stellen, wo der Kantonsrat entscheidet (Bud-

get, Personalplafond) oder wo der gegenseitige Verkehr bisher nicht geregelt war (Zahl der vollamtlichen Richter, Genehmigung der Geschäftsordnung, Fragen einzelner Kantonsräte zum Rechenschaftsbericht).

Diese Veränderungen betreffen die Rechtsprechung der Gerichte, somit die materielle Behandlung des Einzelfalles, nicht. Sie beeinträchtigen die Unabhängigkeit der Justiz nicht, sondern sollen sie gegenteils fördern, ohne dass dadurch die Stellung des Parlamentes als Volksvertretung irgendwie geschmälert würde.

Der gegenseitige Verkehr zwischen Gericht und Parlament hat sich an die Schranken zu halten, die sich durch die richterliche Unabhängigkeit ergeben. Beratende Stimme, Interpellationen, Akteneinsicht und Rechenschaftsablage sind Mittel, welche im Rahmen der verfassungsmässigen Zuständigkeit einzusetzen sind, für eine materielle Überprüfung von Einzelentscheiden der Justiz aber nicht zur Verfügung stehen.

III. Schlussfolgerungen

Die Thesen des Exposé's hängen innerlich zusammen und lassen sich auf die Frage zurückführen, ob der Richter über seinen Entscheid dem Parlament inhaltlich Auskunft zu geben hat. Abschliessend wird erklärt, dass bei Meinungsverschiedenheiten "selbstverständlich der Kantonsrat als höchstes Staatsorgan" über den Umfang der Aufsicht entscheide. Im Sinne der Aufforderung des Büros und der gemäss Exposé "nicht nur zulässigen, sondern notwendigen" Kritik ist festzuhalten, dass sich das Exposé mit dem geltenden Recht, der umfangreichen Rechtsprechung, der führenden Literatur und der langjährigen Verfassungspraxis der Zuger Staatsorgane nur ungenügend auseinandersetzt. Eine eingehende Überprüfung ergibt vielmehr eine klare Bestätigung der bisher unangefochtenen Praxis. Die moderne Entwicklung geht - nicht zuletzt aufgrund der europäischen Menschenrechtskonvention - in Richtung einer grösseren Sensibilität für die richterliche Unabhängigkeit und die Garantie des "fair trial". Die Einführung einer materiellen Rechenschaftspflicht vor dem Parlament würde eine institutionelle Abhängigkeit von der Politik begründen und sowohl die richterliche Unabhängigkeit wie auch die verfahrensrechtliche Stellung der Parteien beeinträchtigen, da je nach politischem Interesse bestimmte Aspekte mit der Absicht der Beeinflussung herausgestellt werden könnten. Die Staatsorgane, vor denen beide Prozessparteien in gleicher Weise zu Worte kommen, wo alle Akten berücksichtigt, die materielle und die Verfahrensgesetzgebung strikte eingehalten und das Verfahren bis zum Entscheid offen sein muss, sind nun einmal die Gerichte. Mit einer Verpolitisierung würde das Vertrauen in die Justiz und den Rechtsstaat keineswegs gefördert. Durch Präjudizensammlungen, Rechtswissenschaft und zahlreiche Fachvereinigungen wird die Entwicklung der Rechtspraxis vermittelt, so dass den Parla-

menten für die Gesetzgebungsarbeit zuverlässige Unterlagen zur Verfügung stehen.

Die Frage des Kantonsrates ist demnach wie folgt zu beantworten: Die Entscheide der Gerichte unterliegen der materiellen Überprüfung durch die höheren Gerichtsinstanzen. Dem Kantonsrat obliegt die Oberaufsicht über den äusseren Geschäftsgang. Die Aufsichtsmittel wie Rechenschaftsbericht, Interpellationen oder Akteneinsicht stehen nur im Rahmen dieser Oberaufsicht zur Verfügung.

