



Gerichts-
und Verwaltungspraxis
des Kantons Zug
2001

Staatskanzlei des Kantons Zug
Zug 2001-700

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)	5
Abkürzungsverzeichnis	17
 <i>A. Gerichtspraxis</i>	
I Staats- und Verwaltungsrecht	43
1. Steuern und Abgaben	43
2. Sozialversicherung	55
3. Planungs- und Baurecht	83
II. Zivilrecht	115
1. Personenrecht	115
2. Familienrecht	126
3. Erbrecht	130
4. Obligationenrecht	134
III. Schuldbetreibung und Konkurs	149
IV. Rechtspflege	169
 <i>B. Verwaltungspraxis</i>	
I. Zivilrecht	183
1. Personenrecht	183
2. Familienrecht	185
3. Grundbuchwesen	195
4. Verwaltungsrecht	205
5. Baurecht	209
6. Strassenverkehr	225
7. Berufliche Vorsorge	227

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis	239
Vorbemerkungen	239
Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private	240
Zur Datenbekanntgabe an vorgesetzte Stellen	243
Datenschutz und Amtshilfe	244
Datenbeschaffung bei Dritten aufgrund einer Vollmacht des Betroffenen	247
Bekanntgabe von Grundbuchdaten im Internet?	250
Kann der Patient vom Spital die Herausgabe der Originale der Krankengeschichte verlangen?	253

Inhaltsverzeichnis 2001

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Steuern und Abgaben

- § 136 i.V. mit § 187 StG. – Rekursverfahren. Der Rekurs ist zulässig gegen den Einspracheentscheid. Alle Mängel können gerügt werden. Kann ausnahmsweise ausserhalb dieser Ordnung Rekurs erhoben werden?* 43
- § 14 GStG. – Verlustverrechnung nach vollständiger Veräusserung des Grundstücks. Anwendung beim Verkauf von mehreren geerbten Stockwerkeinheiten.* 47
- § 5 GStG. – Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Identität zwischen Veräusserer und Erwerber.* 49
- Reglement über die Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeinde Zug (Regl.). § 8 Regl. – Besitzesdauer bei Verkauf im Baurecht. Die Besitzesdauer beginnt nicht beim Kauf des Grundstücks, sondern bei der Begründung des Baurechts.* 53

2. Sozialversicherungsrecht

- Art. 28 IVG. – Berechnung des Invaliditätsgrades. Bestimmung der beiden Vergleichseinkommen. Beweiswürdigung im vorliegenden Fall ergibt, dass dem Gutachten der MEDAS erhöhte Beweiskraft zukommt. Schlechte Sprachkenntnisse und bescheidene intellektuelle Fähigkeiten sind invaliditätsfremde Gründe, die neben soziokulturellen und rentenbegehrlichen Aspekten nicht berücksichtigt werden können.* 55
- Art. 21 Abs. 1 IVG, Art. 2 Abs. 2 HVI und Ziff. 7 des Anhangs zur HVI – Kann der Versicherte wegen eines Geburtsgebrechens (Atresia auris congenita) keine Brille tragen, so hat er zu Lasten der Invalidenversicherung Anspruch auf Kontaktlinsen, selbst wenn die Voraussetzungen für die Übernahme der Kosten der Kontaktlinsen als solche gemäss HVI nicht erfüllt sind.* 62
- Art. 15 Abs. 3 lit. c UVG und Art. 24 Abs. 3 UVV. – Berechnung des versicherten Verdienstes bei Versicherten, die am Tage eines Unfalls nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit beziehen. In casu Anwendung der Sonderregelung verneint, weil sich der Versicherte in einem gewöhnlichen Teilzeitarbeitsverhältnis ohne Ausbildungscharakter befand.* 66

Art. 52 AHVG – Mitglieder des Verwaltungsrates sind Organe im formellen Sinn (Erw. 4a). Die Organschaft im Sinne des materiellen Organbegriffs ist zu bejahen, wenn erstellt ist, dass der Beklagte die Geschäftstätigkeit massgeblich beeinflusste resp. bestimmte (Erw. 4b). Ergibt sich aus den Akten und dem Beweisverfahren, dass der Beklagte keine Entscheidungen selbständig traf, so ist er nicht Organ im materiellen Sinn (Erw. 4c). Ist jemand durch eine plötzlich festgestellte, schwere und lebensbedrohende Krankheit so vereinnahmt, dass er seine Verantwortung als Verwaltungsrat und Geschäftsführer einer Gesellschaft nicht mehr wahrzunehmen vermag, kann ihm trotz Missachtung von Vorschriften Grobfahrlässigkeit nicht zum Vorwurf gemacht werden (Erw. 5a). Wer die korrekte Lohnverbuchung und die Abrechnung gegenüber der Ausgleichskasse, bei Lohnzahlung die Ablieferung resp. Sicherstellung der Sozialversicherungsbeiträge unterlässt und nur auf die Rechnungsstellung durch die Ausgleichskasse wartet, handelt grobfahrlässig im Sinne von Art. 52 AHVG (Erw. 5b). 71

§ 7 KZG. – Begriff des Pflegekinds im Sinne von § 7 KZG. 77

Art. 52 AHVG – Es kann einer Ausgleichskasse nicht als Selbstverschulden angelastet werden, wenn sie – auf Beschwerde hin – Beiträge, deren Rechtmässigkeit ebenfalls Gegenstand eines Verwaltungsgerichtsverfahrens ist, aus einem Tilgungsplan streicht, diese aber – nach Vorliegen des entsprechenden Gerichtsurteils – wieder geltend macht. 80

3. Planungs- und Baurecht

§ 22 BauG. – Zone des öffentlichen Interesses. Eine der breiten Öffentlichkeit dienende Tennisanlage mit zugeordnetem Clubhaus ist in der Zone ÖI zonenkonform. 83

Art. 11 ff. USG; Art. 4 und Anh. 1 NISV. – Zulässigkeit und Schranken der Errichtung von Mobilfunkantennen. 86

§ 12 V PBG. – Nicht anrechenbare Geschossflächen. Entscheidend ist die bauliche Eignung, nicht ein allfälliges Nutzungsverbot. 92

§ 17 GSW. – Mindestabstand für Gebäude an Gemeindestrassen von 4 m, soweit keine Baulinien bestehen. Ausnahmegewilligungen sind auf Ausnahmesituationen im Einzelfall beschränkt. Sie dürfen nicht den gesetzlichen Minimalabstand oder den Erlass von Baulinien unterlaufen. 96

4. Umweltrecht

Siehe Mobilfunkantennen 86

5. Vergaberecht

- §27 VRöB. – Ungewöhnlich niedrige Angebote . 99
- Art. 11 und 12 IVöB. – Auswahl im selektiven Verfahren. Wie ist vorzugehen beim Erwerb eines Konsortialführers durch die Holding eines anderen Konsortialführers im Hinblick auf eine Fusion während eines zweistufigen Vergabeverfahrens? 100

6. Denkmalschutz

- §25 DSG. – Denkmalschutz. Unterschutzstellung des alten Pfarrhelferhauses in Oberägeri. Interessenabwägung. 108

7. Strassenrecht

- Siehe Mindestabstand für Gebäude 96

8. Verfahren

- Siehe Rekursverfahren gegen Einspracheentscheid 43

II. Zivilrecht**1. Personenrecht**

- Art. 28 ff. ZGB; Art. 1, 7 und 11 ff. USG; Art. 3, 4 und 13 NISV; §129 Ziff. 3 ZPO. Schutz der Persönlichkeit – Vorsorgliche Massnahmen; Frage der Verwirkung (E. 3). Aktiv- und Passivlegitimation (E. 4). Persönlichkeitsverletzung durch Erhöhung der Strahlung einer Hochspannungsleitung? (E. 5). Rechtfertigung durch die umweltschutzrechtlichen Vorschriften? (E. 6). Fall einer sog. Handhabung klaren Rechts? (E. 7). 115

2. Familienrecht

- Art. 163 ZGB. – Voraussetzungen, unter denen ein Ehegatte verpflichtet ist, dem anderen Ehegatten an dessen Kosten im Scheidungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (E. 2). Der bedürftige Ehegatte hat nur dann Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss, wenn er seine Mittellosigkeit nicht böswillig herbeigeführt hat (E. 3). Die Leistungsfähigkeit des belangten Ehegatten ist zu bejahen, wenn dieser Eigentümer von zwei Wohnungen in Istanbul ist, welche einen Wert von mindestens Fr. 170'000.– bzw. US\$ 100'000.– aufweisen, und eine der beiden Wohnungen ohne weiteres verkauft werden kann (E. 4). 126

3. Erbrecht

Art. 613 ZGB – Begriff der «Sachgesamtheit». 130

4. Obligationenrecht

Art. 324a OR – Übersteigen die Versäumnisse des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr die Dauer von drei Wochen bzw. von fünfzehn Arbeitstagen, so kann keine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin für die durch Krankheit verlängerte Kündigungsfrist bestehen. Zudem muss der Arbeitnehmer bei der Verlängerung der Kündigungsfrist seine Arbeit wieder anerbieten oder dem Arbeitgeber zumindest seine Wiedergenesung anzeigen, wenn er seinen Lohnanspruch nicht verlieren will. 134

Art. 349a OR – Durch die Freistellung eines Handelsreisenden kann der Arbeitgeber weder die Bezahlung des Lohnes einseitig sistieren noch die Höhe des geschuldeten Lohnes beeinflussen; der Lohn muss grundsätzlich in derselben Höhe weiterbezahlt werden, wie wenn der Freigestellte während der Dauer seiner Freistellung arbeiten würde. War die Lohnhöhe bisher schwankend, ist für die Bestimmung des Freistellungslohns auf eine repräsentative Referenzperiode abzustellen. 139

Art. 29 Abs. 2 AVIG – Der von der Arbeitgeberin an den Handelsreisenden zu bezahlende Betrag ist um den von der Arbeitslosenkasse an den Arbeitnehmer bezahlten Betrag herabzusetzen. 139

Art. 76 Abs. 1 LMV. – Aktivlegitimation einer lokalen paritätischen Berufskommission gemäss Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV). 142

Art. 697a ff. OR. – Materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung. Die Sonderprüfung ist ein Mittel, das den Aktionären Zugang zu Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen soll. Die Sonderprüfung soll dem Informationsdefizit abhelfen, das dadurch entsteht, dass die Minderheitsaktionäre kaum Möglichkeiten haben, an Interna der Gesellschaft heranzukommen. Eine Sonderprüfung setzt aber auch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Gesuchsteller voraus. 143

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 22 und 160 SchKG. – Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreibung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur 149

- für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreibung angehoben worden ist, da die Annahme der Teilnichtigkeit kaum praktikabel wäre.*
- Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 SchKG; Art. 40 Abs. 1 SchKG. – Das Betreibungsamt darf einen auf einem offensichtlichen Irrtum des Registerführers gründenden Eintrag im Handelsregister als in seinen betreibungsrechtlichen Wirkungen nicht mehr gültig oder umgekehrt eine erfolgte Löschung als unwirksam betrachten. 150
- Art. 41 SchKG. – Grundpfandgesicherte Zinsen oder Annuitäten darf der Gläubiger auch auf dem Weg der ordentlichen Betreibung einfordern, ohne dass sich der Schuldner auf das *beneficium excussionis realis* berufen könnte (E. 1). Unter Annuitäten sind nur solche Kapitalabzahlungen zu verstehen, die mit dem Zins zu einer einheitlichen Summe zusammengefasst sind (E. 2b bb). Ein Verzicht auf die Einrede der Vorausverwertung ist nicht leichthin anzunehmen (E. 2c). 152
- Art. 80 SchKG; Art. 26 ff. und 31 ff. LugÜ. – Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils. Weder beim selbständigen Exequaturentscheid nach Art. 31 ff. LugÜ noch beim inzidenten Entscheid über die Anerkennung gemäss Art. 26–30 LugÜ wird – im Gegensatz zur Rechtslage bei einem inländischen Urteil – vorausgesetzt, dass das ausländische Urteil in formelle Rechtskraft erwachen ist (E. 2). Voraussetzungen für die Sistierung eines Entscheides nach Art. 30 Abs. 1 bzw. 38 Abs. 1 LugÜ (E. 3). 154
- Art. 174 Abs. 2 SchKG. – Eine erst nach Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld, also einschliesslich sämtlicher Kosten und Zinsen, kann nur berücksichtigt werden, wenn das innerhalb der Rechtsmittelfrist geschehen ist. Frage offen gelassen, ob es zulässig wäre dem Schuldner eine Nachfrist im Rechtsmittelverfahren anzusetzen, wenn einzig die Gerichtskosten des Konkurseröffnungsverfahrens nicht beglichen worden sind. 161
- Art. 293 ff. SchKG. – Die Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung im einvernehmlichen privaten Schuldbereinigungsverfahren schliesst nicht aus, dass im nachfolgenden Nachlassstundungsverfahren eine neuerliche Stundung gewährt werden kann (E. 1). Die Bewilligung der Nachlassstundung setzt materiell voraus, dass Aussicht auf das Zustandekommen eines Nachlassvertrages besteht (E. 2). Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Wahrung des Instanzenzuges (E. 3). 162

IV. Zivilrechtspflege

- §46 Abs. 1 ZPO – Bei der Prüfung der Bedürftigkeit im Sinne von §46 Abs. 1 ZPO sind die Unterstützungspflichten der Eltern gegenüber ihren unmündigen Kindern zu berücksichtigen. Zum Unterhalt gehört u.a. auch die Leistung von Vorschüssen zur Führung von Prozessen, die zur Wahrung der Rechte des Kindes notwendig und nicht aussichtslos sind. 169
- Art. 9 Abs. 3 GestG – Genügender örtlicher und sachlicher Bezug zum gewählten Gerichtsstand 170
- §6 und 8 Abs. 1 GOG; §93 und 129 Ziff. 3 ZPO. – Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidiums zum Erlass vorsorglicher Massnahmen auch während des Berufungsverfahrens (E. 2a). Die Bindungswirkung einer Massnahme beschränkt sich allein auf identische Verhältnisse; wenn sich aufgrund nachträglich veränderter Umstände die Massnahme als ungerechtfertigt erweist, muss deren Änderung, Aufhebung oder Wiedereinreichung weiterhin möglich sein. Abänderbarkeit im konkreten Fall bejaht, da sich die Verhältnisse seit Erlass der ersten Verfügung wesentlich verändert hatten, indem das Kantonsgericht im Hauptsacheprozess nach Durchführung eines ausgedehnten Beweisverfahrens in seinem Urteil die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes festgestellt und dem Beschwerdeführer in Gutheissung der Klage eine konkurrenzierende Tätigkeit verboten hatte (E. 2b). 171
- §§41 ff. GOG – Ausstand. Ein Kantonsrichter, der als Mitglied einer Abteilung des Kantonsgerichts im ordentlichen Verfahren bei der Fällung eines Urteils mitwirkte, in welchem dem Beklagten unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter verboten wird, die Klägerin zu konkurrenzieren, ist nicht befangen, wenn das Urteil durch den Obergericht weitergezogen wird und der Klägerin für die Dauer des Berufungsverfahrens im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme bei diesem Kantonsrichter in seiner Eigenschaft als Einzelrichter im summarischen Verfahren ein Gesuch um vorsorgliche Realexekution des Konkurrenzverbots stellt. 174
- §127^{bis} Abs. 1 und 4; §208 Ziff. 2 und 4e ZPO. – Voraussetzungen, unter denen eine Verfügung des Eheschutzrichters als superprovisorische Massnahme zu qualifizieren ist (E. 4a). Liegt eine superprovisorische Verfügung vor, kann auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht eingetreten werden. Insbesondere kann sich der Beschwerdeführer auch nicht auf den Beschwerdegrund der Rechtsverweigerung gemäss §208 Ziff. 2 ZPO berufen, da eine Verweigerung der Rechtspflege im Sinne dieser Bestimmung nach konstanter Praxis der Justizkommission nur in einem Nichttätigwerden gerichtlicher Instanzen bestehen kann (E. 4b). 177

- § 215 ZPO; § 129 ZPO i.V.m. Art. 274g Abs. 1 OR. – *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. Bei Mietausweisungen, wenn die Kündigung angefochten und der Ausweisungsrichter gestützt auf Art. 274g OR angerufen wurde, ist die Wiederaufnahme ausnahmsweise zuzulassen.* 180

B. Verwaltungspraxis

I. Zivilrecht

1. Personenrecht

- Art. 84 Abs. 2 und 88 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 5 der Vollziehungsverordnung über die Ausübung der Aufsicht über Stiftungen vom 9. März 1929 (BGS 212.2).* – *Stiftungsaufsicht: Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen und dessen Übertragung auf eine gemeinnützige Institution mit gleichem oder ähnlichem Zweck.* 183
- Art. 84 ff. ZGB i.V.m. § 3 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung über die Ausübung der Aufsicht über Stiftungen vom 9. März 1929 (BGS 212.2)* – *Stiftungsaufsicht: Unterstellung einer gemeinnützigen Stiftung, die zwar nicht gesamtschweizerisch, aber auch ausserhalb des Kantons Zug tätig sein will, unter die gesetzliche Aufsicht. Vorbehalten bleibt eine allfällige spätere Überprüfung der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde aufgrund eventueller örtlicher Schwerpunkte oder einer Ausdehnung der Stiftungstätigkeiten.* 184

2. Familienrecht

- Art. 273, 308 Abs. 2 ZGB – Besuchsrechtsbeistand.* – *Kindeswohl, Besuchsrecht (E. 2); Besuchsrechtsbeistand (E. 3); Zusammenfassung (E. 4).* 185
- Art. 308, 311 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB; §§ 5, 15 Abs. 1, 21 Abs. 4 Verwaltungsrechtspflegengesetz (VRG; BGS 162.1); Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif (BGS 641.1).* – *Entziehung der elterlichen Sorge einer mit unbekanntem Aufenthalt im Ausland abwesenden Mutter über ihre in der Schweiz beim Vater wohnhaften Kinder.* – *Entziehung der elterlichen Sorge (E. I): Gesetzliche Voraussetzungen (E. 1); Ortsabwesenheit (E. 2); Vernachlässigung der elterlichen Pflichten (E. 3); Verhältnismässigkeit (E. 4); Rechtliches Gehör (E. 5); Erziehungsbeistandschaft (E. 6).* – *Publikation (E. II).* – *Kosten (E. III)* 188
- § 28 Abs. 2 VRG, § 47 Abs. 2 VRG, Ziffer 114 Verwaltungsgebührentarif, § 8 f. Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (Kostenverordnung)* – *Kosten und Parteientschädigung einer anwaltlich vertretenen Partei bei Abschreibung einer Beschwerde in Kindesschutzsachen infolge Gegenstandslosigkeit.* 193

3. Grundbuchwesen

- Art. 1 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 181, 770 Abs. 3, 914 OR (SR 220); Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} BG über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973 (StG; SR 641.0); §§ 1, 2, 3, 5 Abs. 1 und 2 insbes. Ziff. 3, 7, 26 Abs. 3, 29 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (Grundbuchgebührentarif) vom 28. Februar 1980 (BGS 215.35); §§ 18 Abs. 1, 62 Steuergesetz vom 25. Mai 2000 (BGS 632.1); §§ 2, 5, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 28 Abs. 2, 41 Abs. 1 VRG. – Grundbuchwesen; Grundbuchgebührentarif; Handänderungsgebühren* 195

II. Verwaltungsrecht

1. Waffentragbewilligung

- §§ 7, 9 und 19 der Verordnung zur Bundesgesetzgebung über Waffen, Waffenzubehör und Munition (BGS 514.1); Art. 27 des eidgenössischen Waffengesetzes (SR 514.54); Art. 4 BV (neu 8) – Der Schutz von Personen, worunter auch der Schutz der eigenen Person fällt, gehört nicht zu den Aufgaben eines Liegenschafts- und Immobilienverwalters* 205

2. Baurecht

- Art. 7 Abs. 7, Art. 11 Abs. 2, Art. 15 und Art. 25 USG; Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 LSV; § 9 Lärmbekämpfungsverordnung Cham – Benützungsordnung für den Pausenplatz des Schulhauses Städtli II in Cham* 209
- Art. 19 Abs. 2 RPG; Art. 5 Abs. 1 WEG – Erschliessungspflicht der Gemeinde eines in der Bauzone gelegenen Grundstückes.* 214
- Art. 2 Abs. 1 und Art. 45 Abs 5 BO Unterägeri – Tragweite der Besitzstandsgarantie.* 215
- § 1 Abs. 2 VPBG; § 26 PBG – Ist ein in einem Baustellenwagen vorgesehene Jugendcafé eine bewilligungspflichtige Baute und ist diese in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen zonenkonform?* 216
- Art. 16 Abs. 3 BV; NISV* 218

3. Strassenverkehr

- Art. 14, 16 und 17 SVG in Verbindung mit Art. 30 bis 33 sowie Art. 35 Abs. 6 VZV – Vorsorglicher Entzug des Führerausweises und vorsorgliches Mofa-Fahrverbot – Gemäss der neueren bundesgerichtli-* 225

chen Rechtsprechung (BGE 126 II 185) muss selbst bei Personen, die bis anhin nicht durch Fahren in alkoholisiertem Zustand aufgefallen sind, die Fahreignung abgeklärt werden, wenn sie mit einer Blutalkoholkonzentration von 2.50⁰/₁₀₀ oder mehr ein Motorfahrzeug gelenkt haben. Ein blosser, einfacher Entzug des Führerausweises genügt in derartigen Fällen nicht, weil ein solcher Promillewert eine sehr hohe Alkoholtoleranz voraussetzt, die in aller Regel auf eine Alkoholabhängigkeit hinweist.

4. Berufliche Vorsorge

- Art. 62 Abs. 1 lit. b BVG i.V.m. Art. 71 Abs 1 BVG und Art. 57 Abs. 1 und 2 BVV 2 – *Jährliche Berichterstattung: Für die Berichterstattung pro 2000 gelten die seit 1. April 2000 in Kraft getretenen neuen Anlagevorschriften gemäss BVV 2, wonach das Vermögen, soweit es zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden. Sodann dürfen ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber 20% des Vermögens nicht übersteigen.* 227
- Art. 84 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 61 Abs. 1 BVG und §1 der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1) – *Unterstellung unter die gesetzliche Aufsicht: Unterstellung einer registrierten Vorsorgestiftung unter die kantonale Aufsicht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt einer erneuten späteren Überprüfung der Voraussetzungen für die Unterstellung, da die Stiftung lediglich ihren formellen Sitz im Kanton Zug hat, jedoch am Produktionssitz der Firma im Kanton Neuenburg verwaltet wird und sich dort auch die Mehrheit ihrer Destinatäre befindet.* 228
- Art. 88 Abs. 1 und 89^{bis} Abs. 6 ZGB i.V.m. §4 lit. c der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1) – *Liquidation: Aufforderung an den Stiftungsrat, die Vorsorgestiftung zu liquidieren und das vorhandene Vermögen an die Destinatäre zu verteilen, nachdem über die Stifterfirma zwei Jahre zuvor der Konkurs eröffnet und das Verfahren kurz darauf mangels Aktiven eingestellt worden ist.* 229
- Art. 23 Abs. 1 und 3 lit. a. und b. FZG – *Teilliquidation: Wird eine Firma restrukturiert bzw. ihr Personalbestand erheblich vermindert, sind die Voraussetzungen für eine Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich erfüllt. Von der Durchführung der Teilliquidation ist jedoch aufgrund des knappen Deckungsgrades und unter Berücksichtigung der Fortbestandesinteressen der Stiftung abzusehen.* 230

5. Fischerei

§§ 11 Abs. 1, 21 Fischereigesetz (FG; BGS 933.21); § 7 Ausführungsbestimmungen zum Konkordat über die Fischerei im Zugersee vom 23. Mai 1996 (BGS 933.111); §§ 4, 7, 10 Abs. 1, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 28 Abs. 2 e contrario, 39, 49, 41 Abs. 1, 42 Abs. 1, 43 Abs. 1, 44 VRG; Ziff. 1 Verwaltungsgebührentarif. – Entzug der Fischereiberechtigung. – Eintreten (E. I): Zulässigkeit der Beschwerde (E. 1); Legitimation (E. 2); Zuständige Instanz (E. 3); Beschwerdefrist (E. 4); Formelle Anforderungen (E. 5). – Materielles (E. II): Rüge der Willkür (E. 1); Angemessenheit des Entzuges der Fischereiberechtigung (E. 2); Praxisänderung (E. 3); Kosten und Entschädigungen (E. 4)

233

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

239

Abkürzungsverzeichnis

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

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

DSG; eidg.	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
Denkmal G	G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz) vom 26. April 1990 (BGS 423.11)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EG	Einführungsgesetz
EG FFE	EG zum BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) vom 28. Januar 1982 (BGS 213.11)
EGG	BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (SR 211.412.11)
EG ZGB	G betr. die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (BGS 211.1)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ES	Entscheidungssammlung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
f.; ff.	(und) folgende (Seiten)
FHG	G über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden (Finanzhaushaltsgesetz) vom 28. Februar 1985 (BGS 611.1)
FIG	BG über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (SR 836.1)
FZG	BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
G	Gesetz (des Kantons Zug)
GBP	Grundbuchparzelle
GestG	BG vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
GewG	G über die Gewässer vom 25. November 1999 (BGS 731.1)

GG	G über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden (Gemeindengesetz) vom 4. September 1980 (BGS 171.1)
GO	KRB über die Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 1. Dezember 1932 (BGS 141.1)
GO RR	KRB über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (BGS 151.1)
GOG	G über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. Oktober 1940 (BGS 161.1)
GOSTVw	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
GS	Gesetzessammlung
GSchG	BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 8. Oktober 1971 (SR 814.20)
GstG	Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (GS 23, 66s). Dieses Gesetz ist durch das Steuergesetz vom 25. Mai 2000 per 1. Januar 2001 aufgehoben (vgl. §187 ff. Stg; BGS 632.1)
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IRSG	BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz) vom 20. März 1981 (SR 351.1)
IRSV	V über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfeverordnung) vom 24. Februar 1982 (SR 351.11)
IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IR 831.20)
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994
IVV	V vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (SR 831.201)
i.S	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
JKE	Entscheid der Justizkommission
K	Kantonsgericht

kant. BüG	G betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und Kantonsbürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz vom 3. September 1992 (BGS 211.3))
kant. ZStV	VV über das Zivilstandswesen (kantonale Zivilstandsverordnung) vom 28. April 1981 (BGS 212.1)
KBG	G über die Zuger Kantonalbank vom 20. Dezember 1973 (BGS 651.1)
KOV	V über die Geschäftsführung des Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32)
KRB	Kantonsratsbeschluss
KRV	Kantonsratsvorlage
KSV	Kreisschreiben über die Versicherungspflicht
KV	Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (BGS 1/1.1)
KZG	G über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (BGS 844.4)
LBG	G über die Besoldung der Lehrer an den Volksschulen (Lehrerbesoldungsgesetz) vom 21. Oktober 1976 (BGS 412.31)
lit.	litera (Buchstabe)
LPG	BG über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (SR 221.213.2)
LSV	Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41)
MP	Mietrechtspraxis
MSÜ	Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (SR 0.211.231.01)
N	(Band-) Note(n) in Kommentaren
NHG	BG über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NISV	V des Bundesrates vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (SR 814.710)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung Zürich
O	Obergericht

OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OHG	BG über die Hilfe an Opfern von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (Opferhilfegesetz, SR 312.5)
OR	BG betr. die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PAV	V über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (SR 211.222.338)
PBG	Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (BGS 721.11)
PfIKV	V über das Pflegekinderwesen (Pflegekindverordnung) vom 7. Mai 1985 (BGS 213.41)
Pr	Praxis des Bundesgerichtes
PStG	Polizeistrafgesetz vom 26. Februar 1981 (BGS 311.1)
PvKG	G betr. individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 15. Dezember 1994 (BGS 842.6)
R	Regierungsrat
Regl	Reglement
R OG	Rechenschaftsbericht des Obergerichtes
RPG	BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPK	Rechnungsprüfungskommission
RPV	V über die Raumplanung vom 2. Oktober 1989 (SR 700.1)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RTVG	BG vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.4)
Rz	Randziffer
S	Strafgericht
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 16. Dezember 1994 (SR 281.1)
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	Steuergesetz vom 25. Mai 2000 (BGS 632.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 321.1)
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
TVA	Technische Verordnung über die Abfälle vom 10. Dezember 1990 (SR 814.600)
URG	BG betr. das Inhaberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 14. Oktober 1922 (SR 231.1)
USG	BG über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)
UVG	BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UVV	V über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202)
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
V	Verwaltungsgericht
VAM	Verein für Arbeitsmarktmassnahmen
VBB	V über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (SR 211.412.110)
VE	Sammlung der Verwaltungsentscheide (Anh. zum Rechenschaftsbericht des Regierungsrates des Kantons Zug; letztmals erschienen 1975 für die Jahre 1971–1974)

VRöB	Vergaberichtlinien aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 14. September 1995
VG	G über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 1. Februar 1979 (BGS 154.11)
VormV	V über das Vormundschaftswesen vom 20. November 1943 (BGS 213.2)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRG	G über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 1. April 1976 (BGS 162.1)
VRV	V über die Strassenverkehrsregeln vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VV	Vollziehungsverordnung
VwOG	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
VwVG	BG über die Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WAG	G über die Wahlen und Abstimmungen vom 23. Januar 1969 (BGS 131.1)
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 222.1)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSA	Zeitschrift für Sozialarbeit
ZStV	V über das Zivilstandswesen (Zivilstandsverordnung) vom 1. Juni 1953 (SR 211.112.1)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP

A

Aktien

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

Aktienkapital

- Zinsverbot; nicht Garantieverprechen eines Dritten 1999 S. 118

Alters- und Hinterlassenenversicherung

- Parteientschädigung bei gegenstandslos gewordener Schadenersatzforderung 1999 S. 47
- Verwaltungsratsmitglieder als Organe; grobfahrlässiges Handeln 2001 S. 71
- Streichung von (in einem Rechtsmittelverfahren bestrittenen) Beiträgen aus einem Tilgungsplan und deren Geltendmachung nach Vorliegen des Gerichtsurteils 2001 S. 80

Amtshilfe

- datenschutzrechtliche Grundlagen 2001 S. 244

Altstadtreglement

- Kriterien für die Auslegung, Verweigerung einer Umbaubewilligung 1999 S. 73

Arbeitsverhältnis, öffentlich-rechtliches

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

Arbeitslosenversicherung

- Einstellung der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit 1999 S. 52
- Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Falle des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung; dies gilt auch für seine Ehefrau 2000 S. 49

- Einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist Verwirkungsfrist 2000 S. 50
- Gesetzlicher Zweck der Insolvenzenschädigung; Lohnforderung muss mindestens glaubhaft gemacht werden 2000 S. 56

Aufenthaltsbewilligung

- Voraussetzungen zur Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung 1999 S. 163
- Verneint für Bäcker/in zur Herstellung von biologischem Vollwertbrot 2000 S. 193

Auslagerung

- von öffentlichen Aufgaben an Private: datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen 2001 S. 240

Ausnützungsübertragung

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

B

Baurecht

- siehe Planungs- und Baurecht

Berufliche Vorsorge

- Anlagen beim Arbeitgeber 2001 S. 227
- Aufsicht; örtliche Zuständigkeit 2001. S. 228 Aufhebung und Liquidation einer Stiftung, wenn ordnungsgemässer Zustand nicht wiederhergestellt werden kann und der Konkurs droht 1999 S. 228
- Auflagen gegenüber Stiftungsrat bei Teilliquidation einer Stiftung infolge Personalabbaus 1999 S. 223
- Gesamtliquidation einer Sammelstiftung und Übertragung des Vermögens auf eine andere Sammelstiftung 1999 S. 226
- Liquidation im Fall von Konkurs 2001 S. 229
- Teilliquidation; Voraussetzungen 2001 S. 230
- Ungenügende Organisation und gesetzeswidrige Vermögensanlagen 1999 S. 227

Besoldungsreglement

- der ev. ref. Kirchgemeinde; für Streitigkeiten gilt das Klageverfahren vor Verwaltungsgericht 2000 S. 89

Bürgergut

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

D

Datenschutz

- Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private; Datenbekanntgabe an vorgesetzte Stellen; Amtshilfe; Vollmacht/Ermächtigung zur Datenbekanntgabe; Veröffentlichung von Grundbuchdaten im Internet; Herausgabe von Original-Krankengeschichten an Patienten 2001 S. 240

Denkmalpflege

- Unterschutzstellung einer Raketenstellung 2000 S. 225

E

Eherecht

- Scheinehe als Unzumutbarkeitsgrund für die Fortsetzung der Ehe 2000 S. 113
- Fremdgehen, Arbeit in Sex- und Massagesalon 2000 S. 119
- Mitarbeit im Gewerbe und Arbeiten im gemeinsamen Haushalt 2000 S. 121
- Keine Entschädigung für die Finanzierung einer Weiterbildung 2000 S. 123
- Erwerbstätigkeit nach Auflösen des gemeinsamen Haushalts; hypothetisches Einkommen 2000 S. 126
- Kostenvorschuss an andern Ehegatten im Scheidungsverfahren 2001 S. 126

Erbrecht

- Begriff der Sachgesamtheit gemäss Art. 613 ZGB 2001 S. 130

Erbschaftsverwaltung

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

Ergänzungsleistungen

- Rückerstattung wegen verschwiegener Pensionskassenrente 1999 S. 57

Ermächtigung

- zur Datenbekanntgabe (Datenschutz) 2001 S. 247

F

Finanzausgleich

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

Finanzhaushalt

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

Fischerei

- Entzug einer Fischereiberechtigung 2001 S. 233

Fotos

- Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Fotos im Gerichtsarchiv 1999 S. 149

Fristen im SchKG

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

Führerausweisentzug

- wegen schwerer Verkehrsgefährdung; Aquaplaning 1999 S. 105
- vorsorglicher Entzug bei Verdacht auf Alkoholabhängigkeit 2001 S. 225

Fürsorgerische Freiheitsentziehung

- persönliche Fürsorge nur in stationärem Klinikaufenthalt, Voraussetzungen 2000 S. 92

G

Gebühren

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

Genugtuung

- Anspruch für nahe Angehörige und Höhe 1999 S. 111

Gesamtüberbauungsplan

- spätere Änderungen in Einzelbauweise 1999 S. 79

Gerichtsstand

- örtlicher und sachlicher Bezug zum Gerichtsstand 2001 S. 170

Grundbuchdaten

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

Grundbuchgebührentarif

- Bemessung der Handänderungssumme aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückserwerb; Beschwerdelegitimation der Gemeinden 1999 S. 198
- Bemessung bei einer Fusion 2001 S. 195

Grundstück

- dingliche Belastung eines Grundstücks im Gesamteigentum, bei der ein Mitglied der Erbengemeinschaft verbeiständet ist 1999 S. 191

Grundstückgewinnsteuer

- Anlagekosten; Begriff 1999 S. 45
- Besitzesdauer richtet sich nach Grundbucheintrag 1999 S. 39
- Kaufpreis ist auf den Tag der Handänderung zu diskontieren 1999 S. 39
- Die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt nicht unter die Grundstückgewinnsteuer, sondern unter die Einkommenssteuer 2000 S. 43
- Voraussetzung für die Anrechenbarkeit der Anlagekosten eines abgebrochenen Gebäudes 2000 S. 44
- Mietzinsgarantie als Erlösminderung, revisionsweise Berücksichtigung 2000 S. 47
- Besitzesdauer bei Verkauf im Baurecht. Die Besitzesdauer beginnt nicht beim Kauf des Grundstücks, sondern bei der Begründung des Baurechts 2001 S. 53

I

Internationales Privatrecht

- Minderjährigenschutz; örtliche Zuständigkeit 1999 S. 125
- Zuständigkeit der Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zur Änderung des Besuchs- oder Ferienrechts in Scheidungsurteilen 1999 S. 158
- Vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zwecks späterer Adoption 1999 S. 192

Internet

- datenschutzrechtlicher Rahmen betr. Veröffentlichung von Grundbuchdaten 2001 S. 250

Invalidenversicherung

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

K

Kindesschutzmassnahmen

- Besuchsrechtsbeistand 2001 S. 185
- Entziehung der elterlichen Sorge einer mit unbekanntem Aufenthalt abwesender Mutter 2001 S. 188.
- Keine Zuständigkeit des Regierungsrats, wenn bereits ein gerichtliches Eheschutzverfahren läuft 2000 S. 203

Krankengeschichte

Herausgabe der Originale an Patienten (Datenschutz) 2001 S. 253

Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung

- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 S. 69

M

Mobilfunkantennen

- Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86

Motionen

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

N

Nachrede, üble

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

Natur- und Heimatschutz

- Moore und Moorlandschaft 2000 S. 84

O

Obhut

- Wiedereinräumung der elterlichen Obhut an die Mutter; Abweisung des Anspruchs auf Übertragung der elterlichen Gewalt an den Vater 1999 S. 194
- Vorsorgliche Massnahme in Beschwerdeverfahren betr. Aufhebung der elterlichen Obhut 2000 S. 208
- Aufhebung eines Obhutentzuges und Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung 2000 S. 208

Obligationenrecht

Allgemeiner Teil

- Vertrag z.G. Dritter durch Abgabe einer Garantieerklärung beim Amt für Ausländerfragen für einen Gast durch den Gastgeber 2000 S. 130

Die einzelnen Vertragsverhältnisse

- Versäumnisse des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr und ihr Folgen 2001 S. 134
- Freistellung eines Handelsreisenden; Bestimmung des Freistellungslohnes 2001 S. 139
- Freistellungslohn und Leistungen der Arbeitslosenkasse 2001 S. 139
- Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe; Aktivlegitimation einer lokalen paritätischen Berufskommission 2001 S. 142

Gesellschaftsrecht

- Sonderprüfung einer Aktiengesellschaft, Voraussetzungen; Obliegenheiten des Gesuchstellers 2000 S. 132
- Materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung 2001 S. 143
- Widerruf der Auflösung einer Gesellschaft infolge nachträglicher Eintragung einer Revisionsstelle im Handelsregister 2000 S. 139

Outsourcing

- s. Auslagerung

P

Parteienschädigung

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

Personenrecht

- Persönlichkeitsverletzung durch Erhöhung der Strahlung einer Hochspannungsleitung? 2001 S. 115
- Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen 2001 S. 183
- Aufsicht; örtliche und sachliche Zuständigkeit 2001 S. 184

Pfändungsankündigung

- Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung; Weiterverrechenbarkeit 1999 S. 142

Pflegekind

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

Planungs- und Baurecht

- Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates 2000 S. 71
- Ausnützung; Keller und Abstellräume im Erdgeschoss eines nicht unterkellerten Gebäudes 1999 S. 220
- Ausrichtung der Hauptwohnräume (§19 BO Zug) 1999 S. 221
- die Bestandesgarantie in einer Bauordnung beruht auf höherrangigem Recht; Auslegung der Bauordnung 1999 S. 84
- Bestandesgarantie; darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau nicht zur Ausnützung zählt? 1999 S. 219
- Besitzstandgarantie; Bauordnung Unterägeri; Tragweite 2001 S. 215
- Bewilligungspflicht für Geländeänderungen durch Deponieren von Aushub 2000 S. 59

- Bewilligungsanforderungen für Hartplatz bei Schulanlage, der teils in der Bauzone und teils in der Freihaltezone liegt 2000 S. 79
- Erschliessungspflicht der Gemeinde eines in der Bauzone gelegenen Grundstücks 2001 S. 214
- Geschossflächen, nicht anrechenbare: Entscheidend ist die bauliche Eignung 2001 S. 92
- Jugendcafé in Baustellenwagen; bewilligungspflichtige Baute? Zonenkonformität mit Zone des öffentlichen Interesses? 2001 S. 216
- Lärmbekämpfungsverordnung Cham; Benützungsordnung für den Pausenplatz des Schulhauses Städtli II 2001 S. 209
- Mindestabstand für Gebäude an Gemeindestrassen 2001 S. 96
- Mobilfunkantennen, Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86
- Mobilfunkanlage und Informationsfreiheit 2001 S. 218
- Mobilfunkanlage in Wohnzone 3 2000 S. 229
- Planungspflicht ausserhalb der Bauzone; wann ist eine Ausnahmegewilligung zulässig und wann bedarf es einer Nutzungsplanung 1999 S. 88
- Planungszone; Freihaltung zwecks Strassenplanung 2000 S. 62
- Tennisanlage, die breiten Öffentlichkeit dient und Zone des öffentlichen Interesses 2001 S. 83
- Überprüfung der Ortsplanung durch die Genehmigungsinstanz und Ermessenspielraum der Gemeinden 1999 S. 95
- Umnutzung einer gewerblichen Liegenschaft ausserhalb der Bauzone 2000 S. 76
- Wohnzone 2; welche gewerbliche Nutzungen sind zulässig? 1999 S. 219
- Strassenreklamen; Praxisänderung für die Bewilligung 2000 S. 231
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfosten an bestehendem Garenhaus 2000 S. 233

Prozessführung

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

R

Rechtspflege

Strafrechtsverfahren

- Abwesenheitsverfahren 2000 S. 191
- Aktenherausgabe; kein Anspruch auf Herausgabe an den Verteidiger 2000 S. 178
- Ausstand eines Kantonsrichters, der in verschiedenen Verfahren mitwirkt 2001 S. 174
- Einstellung der Strafuntersuchung; die Verweisung auf den Zivilweg ist ein prozessleitender Entscheid, keine Beschwerde an die Justizkommission 2000 S. 182
- Qualität der Beschwerde gegen Urteile des Einzelrichters in Strafsachen 2000 S. 183
- Kompetenz des Einzelrichters bei Zusatzstrafen 2000 S. 187
- Vergewaltigung als Officialdelikt; Recht des Angeschuldigten Fragen an den Belastungszeugen zu stellen 2000 S. 188
- Abwesenheitsverfahren 2000 S. 191

Verwaltungsbeschwerdeverfahren

- unentgeltliche in einem Besuchsrechtsbeschwerdeverfahren 1999 S. 231
- Kosten und Parteienschädigung bei Abschreibung einer Kindesschutzbeschwerde infolge Gegenstandslosigkeit 2001 S. ??

Zivilrechtsverfahren

- Pfandausfallschein als Beweismittel für Zahlungsunfähigkeit 2000 S. 173
- Unentgeltliche Prozessführung; Unterhaltskosten für ein im gleichen Haushalt lebendes Kind 2000 S. 173
- Verfügung des Eheschutzrichters als superprovisorische Massnahme; Nichteintreten auf Beschwerde wegen Rechtsverweigerung 2001 S. 177
- Bedürftigkeit, Unterhaltspflichten: Leistung von Prozesskostenvorschüssen 2001 S. 169
- Wiederaufnahme eines Verfahrens; Ausnahmen für das summarische Verfahren 2001 S. 180

- Keine unentgeltliche Rechtspflege bei Verheimlichung von Vermögenswerten 2000 S. 175
- Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidenten zum Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Berufungsverfahrens 2001 S. 171

Rechtsöffnungsverfahren

- Bemessung der Parteientschädigung 1999 S. 129

S

Schaden

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

Schuldbetreibung und Konkurs

- Konkursamt ist nicht legitimiert, gegen das Konkursdekret eine Beschwerde einzureichen zur Feststellung dessen Nichtigkeit (Änderung der Rechtsprechung), Rechtsfolgen, 2000 S. 141
- Anforderungen an die Angaben im Betreibungsbegehren; i.c. Adresse des Gläubigers 2000 S. 147
- Korrektur einer fehlerhaften Gläubiger- und Parteibezeichnung 2000 S. 149
- Deutscher Vergütungsfeststellungsbeschluss; Vollstreckbarerklärung, Rechtsöffnung 2000 S. 150
- Betreibung einer AG, über die der Konkurs eröffnet worden ist, die aber noch im HReg eingetragen ist 2000 S. 153
- Streitwert der Kollokationsklage; Zuständigkeit des Friedensrichters 2000 S. 158
- Provisorische Pfändung; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung 2000 S. 169
- Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreibung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreibung angehoben worden ist 2001 S. 149
- Eine erst nach Konkursöffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld kann nur berücksichtigt werden, wenn diese innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist 2001 S. 161
- Auf offensichtlichem Irrtum beruhender Eintrag im Handelsregister und deren Folgen für das Betreibungsamt 2001 S. 150
- Einforderung grundpfandgesicherter Zinsen und Annuitäten 2001 S. 152
- Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils 2001 S. 154
- Nachlassstundungsverfahren; Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung und Gewährung einer neuerlichen Stundung 2001 S. 162

Schule

- Kognition bei Schülerbeurteilungen; Beschwerde gegen Maturitätsnote 2000 S. 221

Sozialhilfe

- Einschränkung wegen Verweigerung zumutbarer Mitwirkung 2000 S. 102

Steuern und Abgaben

- Rekursverfahren. Der Rekurs ist zulässig gegen den Einspracheentscheid. Frage offen gelassen ob ausserhalb dieser Ordnung Rekurs erhoben werden kann 2001 S. 43
- Verlustverrechnung nach vollständiger Veräusserung eines Grundstücks. Anwendung beim Verkauf von mehreren geerbten Stockwerkeinheiten 2001 S. 47
- Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Identität zwischen Veräusserer und Erwerber 2001 S. 49

Stiftung

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

Strafrecht

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

T

Tempo 30-Zone

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

U

Unfallversicherung

- Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Unfalls 2000 S. 53
- Berechnung des versicherten Verdienstes bei Versicherten, die am Tage eines Unfalls nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit beziehen 2001 S. 66

V

Vergaberecht

- Ungewöhnlich niedrige Angebote 2001 S. 99
- Auswahl im selektiven Verfahren; Fusion von Firmen während eines zweistufigen Verfahrens 2001 S. 100

Versicherungsbedingungen, Allgemeine

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

Vollmacht

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

Vollstreckungsverfahren

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

W

Waffentragbewilligung

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

Wahlen

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

Wasserrecht

- Konzessionsgebühr für eine Boje im Bojenfeld 1999 S. 104

Wohnsitz

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Z

Zahlungsunfähigkeit

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Zuständigkeit

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

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Steuern und Abgaben

§136 i.V. mit §187 StG. – Rekursverfahren. Der Rekurs ist zulässig gegen den Einspracheentscheid. Alle Mängel können gerügt werden. Kann ausserhalb dieser Ordnung Rekurs erhoben werden?

Sachverhalt:

A. Mit Eingabe beim Verwaltungsgericht erhob die X. AG Einsprache gegen die Androhung der Einschätzungskommission für die Grundstückgewinne der Stadt Zug, die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer nach pflichtgemäsem Ermessen vorzunehmen. Es wird beantragt:

Es sei dem Grundstückgewinnsteueramt zu untersagen, im zugrundeliegenden Fall eine ermessensweise Veranlagung vorzunehmen. Die Kommission habe vielmehr eine ordentliche Veranlagung aufgrund der ihr vorliegenden Dokumente und Buchhaltungsunterlagen zu erlassen.

Zur Begründung wird ausgeführt, am 3. Oktober 1999 habe die Vertreterin der X. AG die Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer eingereicht. Als Nachweis für die Land-, Bau- und Finanzierungskosten seien der geprüfte Jahresabschluss 1999 sowie die Kontoblätter 2000 der Firma beigelegt worden. Auf die Aufforderung hin, sämtliche Rechnungsbelege einzureichen, habe die Vertreterin geantwortet, dass gemäss §12 GStG für Grundstücke des Geschäftsvermögens die bei der ordentlichen Steuerveranlagung ermittelten Grundlagen massgebend seien. Offensichtlich habe die Stadt Zug in konstanter Missachtung dieser Gesetzesbestimmung den buchführungspflichtigen Steuerpflichtigen seit 1991 zugemutet, nebst der Buchführung weiteren administrativen Aufwand zu betreiben. Zu welchem Zweck dieser administrative Leerlauf stattfinden solle, sei bis heute unbekannt, akzeptierten doch sämtliche anderen Gemeinden des Kantons die Buchhaltungsunterlagen.

B. In ihrer Stellungnahme vom 19. Juni 2001 beantragt die Grundstückgewinnsteuer-Kommission der Stadt Zug:

Es sei auf den Rekurs nicht einzutreten und es sei der Rekurrentin eine letzte Frist zur Einreichung der verlangten Unterlagen anzusetzen, mit der Androhung, dass bei Missachten dieser Frist eine Veranlagung nach Ermessen vorgenommen würde, unter Kostenfolge zu Lasten der Rekurrentin.

Die Kommission führt aus, im Jahre 1999 und 2000 habe die Rekurrentin alle Stockwerkeigentumseinheiten an verschiedene Erwerber veräussert. Nachdem die Steuererklärung nicht eingereicht worden sei, sei am 4. September 2000 eine erste Mahnung erfolgt, worauf dann am 6. Oktober 2000

die Steuererklärung eingereicht worden sei, jedoch ohne die detaillierte Bauabrechnung. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2000 habe die Kommission daher sämtliche Rechnungs- und Aufwandbelege betreffend der geltend gemachten Land-, Bau-, Attika- und Finanzierungskosten von Fr. 5'479'111.60 verlangt. Die Rekurrentin habe auf dieses Schreiben entgegnet, dass mit der Kantonssteuerverwaltung Kontakt aufgenommen werden sollte, da diese Vorrang hätte. Eine weitere Mahnung vom 18. Oktober 2000 sei erfolglos geblieben und die Rekurrentin habe mit Schreiben vom 23. Februar 2001 die Veranlagung verlangt, worauf unter Hinweis auf die früheren Mahnungen bei Nichteinreichung der detaillierten Bauabrechnung eine ermessensweise Einschätzung gemäss §20 Abs. 2 GStG angedroht worden sei.

Die Steuerpflichtige wolle ihren Verfahrenspflichten nicht nachkommen. Das Gesetz sehe in §20 Abs. 2 GStG bei solchen Steuerpflichtigen eine pflichtgemässe Ermessenseinschätzung vor. In materieller Hinsicht bestehe gemäss §19 Abs. 1 GStG ein unbedingter Anspruch darauf, dass der Steuerpflichtige die notwendigen Unterlagen beim Grundstückgewinnsteueramt einreiche. Die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer erfolge jeweils meistens vor der ordentlichen Steueranmeldung, auf die sich die Rekurrentin berufen wolle. Auch vorliegendenfalls seien noch keine Veranlagungshandlungen der kantonalen Steuerverwaltung vorgenommen worden. Meistens warte die kantonale Steuerverwaltung mit der Veranlagung zu, bis ein Entscheid der Grundstückgewinnsteuer-Kommission vorliege, da diese primär die Bauabrechnung auf Übereinstimmung mit dem Gesetz prüfe. Die Grundstückgewinnsteuer und die Ertragssteuer seien nicht deckungsgleich. Gemäss Grundstückgewinnsteuerrecht seien nur die in §10 GStG genannten Aufwendungen anrechenbar. Zwecks Eruiierung dieser Fakten sei die Kommission auf die detaillierte Bauabrechnung angewiesen, zumal §10 Abs. 5 GStG ausdrücklich darauf hinweise, dass die bei der Ertragssteuer anrechenbaren Auslagen als Aufwendungen ausser Betracht fielen. Zudem werde die Grundstücksteuer als Objektsteuer in der Regel vor der Ertragssteuer veranlagt. Paragraph 12 sei daher nur subsidiär anwendbar und entbinde den Steuerpflichtigen nicht, sämtliche Belege einzureichen. Von einem Leerlauf könne nicht gesprochen werden. Die Kommission nennt sodann einzelne Problemkreise, die aufgrund der einzureichenden Belege zu prüfen seien.

Nachdem die Rekurrentin auf die letzte Fristansetzung nicht reagiert habe, bzw. den vorliegenden Rekurs eingereicht habe, sei vom Verwaltungsgericht eine neue und letztmalige Frist anzusetzen, damit die Steuerpflichtige ihren Verfahrenspflichten noch nachkommen könne.

Erwägungen:

1. Am 1. Januar 2001 trat das total revidierte Steuergesetz vom 25. Mai 2000 (nStG, BGS 632.1) in Kraft, welches das Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1999 (GStG, BGS 632.211) aufhob. Gemäss

§241 nStG werden jedoch Grundstückgewinnsteuern nach altem Recht erhoben, wenn die öffentliche Beurkundung oder die Vertragsunterzeichnung bis 31. Dezember 2000 vollzogen worden ist.

Gegen den Einspracheentscheid der Veranlagungsbehörde kann die steuerpflichtige Person innert 30 Tagen schriftlich Rekurs beim Verwaltungsgericht erheben. Mit dem Rekurs können alle Mängel des angefochtenen Entscheides und des vorangegangenen Verfahrens gerügt werden (§136 Abs. 1 und 2 nStG i.V. mit §187 Abs. 1 und 2 nStG). Das Verwaltungsrechtspflegegesetz bezeichnet das Verwaltungsgericht als kantonale Rekursbehörde in kantonalen und gemeindlichen Steuersachen. Für den Steuerrekurs gelten die besonderen Bestimmungen des Steuergesetzes (§74 VRG, BGS 162.1). Ein Rekurs ist somit zulässig, nachdem der Veranlagungsentscheid im Einspracheentscheid überprüft worden ist. Einen Rekurs gegen verfahrensleitende Anordnungen im Veranlagungsverfahren kennt weder das neue noch das alte Gesetz. Die Praxis lässt jedoch Ausnahmen zu, insbesondere den Vorentscheid über Steuerpflicht, Steuerbefreiung und Steueraufschub. Aus verfahrensökonomischen Gründen wird es für zulässig erachtet, auf Ersuchen der Steuerpflichtigen diese Fragen der Steuerpflicht vorab zu entscheiden, um ein allenfalls aufwendiges Veranlagungsverfahren, das sich als unnötig erweisen könnte, zu vermeiden (ES 1987, Bl. 7; GVP 1985/86, 8 = ES 1986, Bl. 7, je mit Hinweisen). Verfahrensleitende Verfügungen können in aller Regel nicht gesondert angefochten werden. Verfahrensmängel sind mit dem Rechtsmittel gegen den das Verfahren abschliessenden Entscheid zu rügen (GVP 1985/86, 9 mit Hinweisen). Dass eine verfahrensleitende Anordnung für die Steuerpflichtigen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben könnte, wird hier nicht geltend gemacht. Wohl aber bringt die Rekurrentin vor, in Missachtung von §12 GStG werde den buchführungspflichtigen Steuerpflichtigen nebst der Buchführung weiterer administrativer Aufwand abverlangt, der im Rekurs als «administrativer Leerlauf» bezeichnet wird. Dieses Vorbringen hat eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Vorentscheid über die Steuerpflicht, und zwar insofern als eine generelle Frage des Veranlagungsverfahrens vorgebracht und unnötiger Aufwand beklagt wird. Es rechtfertigt sich, diese Rüge in einem separaten Verfahren zuzulassen. Dabei stellt sich die Frage, ob die Sache der Grundstückgewinnsteuer-Kommission zum Entscheid zu überweisen ist bzw. ob mangels Einspracheentscheid das Verwaltungsgericht funktionell noch nicht zuständig ist. Im VGE vom 4. Februar 1999 i.S. B. ist das Verwaltungsgericht trotz Einverständnis beider Parteien mangels funktioneller Zuständigkeit auf einen Rekurs nicht eingetreten und hat die Sache an die Kommission zur Behandlung als Einsprache überwiesen. Das Gericht schloss bei besonderen prozessualen Konstellationen, insbesondere wenn dies verfahrensökonomisch geboten erscheint, ein direktes Eintreten des Gerichtes auf einen Rekurs zwar nicht aus, hielt aber bei der Bejahung solch besonderer Umstände grosse Zurückhaltung für geboten. Im vorliegenden Fall haben die Parteien miteinander in

einem Umfange korrespondiert, welcher dem entspricht, was einer Anordnung im Veranlagungsverfahren und einem Festhalten auf erfolgte Einsprache hin entspricht, so dass es verfahrensökonomisch auch unter diesem Aspekt gerechtfertigt erscheint, in der vorliegenden verfahrensrechtlichen Situation auf die Sache einzutreten.

2. Die Grundstückgewinnsteuer wird auf Gewinnen erhoben, die sich bei Handänderungen von Grundstücken ergeben (§3 Abs. 1 GStG). Nach dem «Zürcher-System» unterliegen Verkäufe aus dem Privat- und dem Geschäftvermögen ausschliesslich der Grundstückgewinnsteuer (vgl. Änderung von §17 Abs. 1 Ziff. 4 und §38 Abs. 2 Ziff. 3 des Gesetzes über die Kantons- und Gemeindesteuern gemäss §34 GStG). Die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer erfolgt deshalb im Grundstückgewinnsteuerverfahren, in welchem der Steuerpflichtige eine unterzeichnete Steuererklärung, versehen mit den notwendigen Unterlagen einzureichen hat. Es ist Sache der Kommission, die für die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer notwendigen Unterlagen im Rahmen der Leitung des Veranlagungsverfahrens gemäss §20 Abs. 1 bis 3 GStG zu bestimmen. Die von der Rekursgegnerin verlangten «sämtliche Rechnungsbelege der geltend gemachten Land-, Bau-, Attika- und Finanzierungskosten von Fr. 5'479'111.60» gehören ohne weiteres zu den Unterlagen, welche für die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer von Bedeutung sein können. Bei der ordentlichen Steuerveranlagung erfolgt keine Veranlagung nach den Normen der Grundstückgewinnsteuer. Diese ist durch die Kommission vorzunehmen. Die Kommission nennt überdies einzelne Problemkreise und bemerkt, dass nur eine detaillierte Überprüfung sämtlicher Aufwandbelege eine sachgerechte Veranlagung ermögliche. Daraus folgt, dass im Grundsatz der Kommission zuzustimmen ist. Sie ist berechtigt, die verlangten Unterlagen beizuziehen.

Einzelheiten der Veranlagung und die dafür benötigten Beweismittel sowie die Frage, welche bei der ordentlichen Steuerveranlagung ermittelten Grundlagen im Sinne von §12 für die Erhebung der Grundstückgewinnsteuer massgebend sind, müssen dem Veranlagungsverfahren vorbehalten bleiben. Diesbezügliche Rügen sind ins Einsprache- und ins Rekursverfahren nach erfolgter Veranlagung zu verweisen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist, soweit auf ihn eingetreten werden kann. Damit sind der Rekurrentin gemäss §120 nStG die Kosten aufzuerlegen.

Verwaltungsgericht, 10. Juli 2001

§14 GStG. – Verlustverrechnung nach vollständiger Veräusserung des Grundstücks. Anwendung beim Verkauf von mehreren geerbten Stockwerkeinheiten.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Steuerpflichtige erbt fünf Stockwerkeinheiten im gleichen Haus. Entsprechend 698/1000 des Grundstücks. Sie verkauft die Wohnungen teils mit Gewinn, teils mit Verlust und macht nach vollständiger Veräusserung die Verlustverrechnung geltend. Es wird strittig, ob die Steuerpflichtige das Grundstückstück «parzellenweise» vollständig veräussert habe, oder ob sie mit 698/1000 der Liegenschaft überhaupt nie das Ganze besessen habe.

Aus den Erwägungen:

2. Die Grundstücksgewinnsteuer wird auf Gewinnen erhoben, die sich bei Handänderungen von Grundstücken ergeben (§3 Abs. 1 GStG). Als Grundstücke gelten gemäss §2 GStG Liegenschaften, in das Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte sowie Miteigentumsanteile. Zu diesen Miteigentumsanteilen zählt insbesondere das Stockwerkeigentum (Art. 655 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB und Art. 712a ff. ZGB). Die Stockwerkeigentumseinheit gilt somit als Grundstück. Es ist der Verkauf des Grundstückes, welcher unabhängig von der periodischen Besteuerung von Einkommen und Vermögen durch eine spezielle Steuer erfasst wird. Nach dem Prinzip der Objektsteuer bildet jede Grundstückveräusserung einen Steuerfall für sich. Das Grundstückgewinnsteuerrecht wird deshalb vom Grundsatz der gesonderten Gewinnermittlung beherrscht (VGE vom 24. August 1989, E. 2, vom 9. Juni 1988, E. 2; Heinrich Guhl, Die Spezialbesteuerung der Grundstücksgewinne in der Schweiz, Zürich 1952, S. 267; August Reimann/Ferdinand Zuppinger/Erwin Scharrer, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Band IV, Zürich 1966, §164 N 18). Der Grundstücksgewinn ist der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten übersteigt (§8 Abs. 1 GStG). Ergibt sich bei einem Veräusserungsgeschäft kein Gewinn oder ein Verlust, so wird keine Steuer erhoben.

Die Grundsätze der Einzelbesteuerung und der gesonderten Gewinnermittlung sind auf das einzelne Veräusserungsgeschäft bezogen. Das Veräusserungsgeschäft kann ein einziges Grundstück zum Gegenstand haben. Es können aber auch mehrere, sachenrechtlich verselbständigte Grundstücke als einheitliches Wirtschaftsgut in den Handel gebracht werden, wie beispielsweise ein landwirtschaftliches Heimwesen, ein Herrschaftsgut, ein Häuserblock oder ein industrieller Betrieb mit je mehreren Grundstücken. Sie werden wie ein einziges Grundstück behandelt, sofern der Grundstückskomplex als einheitliches Wirtschaftsgut die Hand wechselt (GVP 1985/86, 16). Von einer Gesamtveräusserung ist zu sprechen, wenn mehrere grundbuchlich selbständige Grundstücke gleichzeitig an denselben Erwerber veräussert werden. In diesem Fall ist die Gewinnberechnung auf diesen Grundstücken gesamthaft vorzunehmen. Erfolgen aber die Teilveräusserungen an vonei-

ander unabhängige Erwerber aufgrund separater Verträge, so greift die Einzelbesteuerung Platz (VGE vom 4. Februar 1999 i.S. L.; GVP 1989/90, 17; 1977/78, 45). Dementsprechend wurde im genannten Urteil vom 4. Februar 1999 die gesamthafte Besteuerung angeordnet beim gleichzeitigen Kauf einiger Eigentumswohnungen als Angestelltenwohnungen bei einer Überbauung mit total 26 Stockwerkeinheiten.

Zutreffend hat die Vorinstanz die vier Grundstücke GS Nr. 16089, 16090, 16093 und 16094, welche die Rekurrentin am 15. April 1999 an Josef Arnold gleichzeitig und im gleichen Vertrag verkauft hat, als ein Veräusserungsgeschäft behandelt und gesamthaft veranlagt.

3. Unter dem Titel «Teilveräusserung» bestimmt §14 GStG was folgt:

- 1) Bei parzellenweiser Veräusserung ist der Gesamterwerbspreis nach den Wertverhältnissen im Zeitpunkt des Erwerbes anteilmässig anzurechnen.
- 2) Aufwendungen sind anrechenbar, soweit sie die veräusserte Parzelle betreffen; unausscheidbare Aufwendungen sind anteilmässig anrechenbar.
- 3) Verluste aus Teilveräusserungen können nach vollständiger Veräusserung des Grundstückes den Anlagekosten der mit Gewinn veräusserten Parzellen anteilmässig zugerechnet werden.

Die Verlustrechnung von §14 Abs. 3 GStG knüpft nicht beim Steuersubjekt an, sondern beim Steuerobjekt. Es geht somit nicht um die Frage, ob der Steuerpflichtige neben Gewinnen auch Verluste zu verzeichnen hat; vielmehr berücksichtigt §14 Abs. 3 GStG im Fall der parzellenweisen Veräusserung die ursprüngliche Gesamtheit des Grundstückes. Diese Gesamtheit, die als Ganzes zu erfassen und zu besteuern ist, kann – wie unter Ziffer 2 hier vor dargelegt – auch eine Gesamtheit sein, welche sachenrechtlich aus verschiedenen Grundstücken besteht. Da es dem Veräusserer freisteht, ein Grundstück zu parzellieren oder auch zu vereinigen, hat die Rechtsprechung die rechtsgleiche Anwendung der Steuernormen sicherzustellen, unabhängig von der grundbuchlichen Erfassung des veräusserten Objektes.

Gemäss Ausscheidungsvertrag vom 19. Dezember 1986 hat die Rekurrentin aus der Erbschaft von der GBP Nr. 1660 die Stockwerkeinheiten Nrn. 2, 3, 4, 6 und 7 zu Alleineigentum erhalten. Die Wohnungen sind gleichzeitig im gleichen Vertrag, aus dem gleichen Rechtsgrund von der Erbengemeinschaft auf die Rekurrentin übergegangen. Dieser Erwerb aus Erbschaft stellt daher das Ganze dar, welches nunmehr in Teilveräusserungen vollständig wieder veräussert wurde. Diese Auslegung ergibt sich nicht nur in Übereinstimmung mit der Praxis zur Gesamtbesteuerung oder Einzelbesteuerung, sondern sie befriedigt auch vom Ergebnis her. Hätte die Rekurrentin alle vier Eigentumswohnungen und drei Bastelräume, somit die sieben Stock-

werkeinheiten entsprechend 1000/1000 Miteigentum an der GBP Nr. 1660 als Erbteil erhalten, so wäre nach Verkauf aller Einheiten die Verlustverrechnung möglich gewesen, wie die Kommission in der Vernehmlassung bemerkt. Nun umfasste aber das Erbteil der Rekurrentin nur drei Wohnungen und zwei Bastelräume, entsprechend 698/1000 Anteil an GBP Nr. 1660. Diesfalls müsste ihr die Verlustverrechnung gemäss vorinstanzlichem Entscheid verwehrt bleiben. Es kommt hier nicht auf die GBP Nr. 1660 noch auf die Grösse des Erbteils an; vielmehr bildet das Ganze im Sinne von §14 GStG, was die Rekurrentin aus Erbschaft erworben hat. Dies wurde vollständig veräussert, weshalb die Verlustverrechnung Platz greift. Dies führt zur Gutheissung des Rekurses und zur Rückweisung der Sache zur Neuberechnung durch die Vorinstanz.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Rekursgegnerin gemäss §120 Abs. 1 nStG die amtlichen Kosten des Rekursverfahrens aufzuerlegen. Der obsiegenden Rekurrentin wird für die Vertretung durch eine Fachperson eine angemessene Entschädigung zugesprochen (§ 120 Abs. 3 nStG).

Verwaltungsgericht, 18. September 2001

§5 GStG. – Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Identität zwischen Veräusserer und Erwerber.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Steuerpflichtige erwarb 1978 in Unterägeri eine Liegenschaft, welche er aus seiner Errungenschaft bezahlte und auf seinen Namen im Grundbuch eintragen liess. Im Jahre 1998 verkaufte er diese Liegenschaft an die Eheleute Y. Aus dem Erlös erwarben der Steuerpflichtige und seine Ehefrau als Gesamteigentümer zufolge einfacher Gesellschaft eine Eigentumswohnung in Baar. Die Grundstückgewinnsteuer-Kommission Unterägeri veranlagte den Verkauf der Liegenschaft in Unterägeri. Zum Steueraufschub erklärte sie, dieser beschränke sich auf jenen Teil des Gewinnes, der nach Anrechnung der Anlagekosten für die Wiederinvestition verwendet werde. Der Berechnung legte die Kommission $\frac{1}{2}$ -Anteil des Kaufpreises der Ersatzliegenschaft zugrunde, da der Veräusserer die Ersatzliegenschaft zusammen mit seiner Ehefrau erworben habe. Da der $\frac{1}{2}$ -Anteil des Kaufpreises weniger als die Anlagekosten der verkauften Liegenschaft ausmachte, resultierte ein wieder investierter Gewinn von Fr. 0.–.

Erwägungen:

1. Am 1. Januar 2001 trat das total revidierte Steuergesetz vom 25. Mai 2000 (nStG, BGS 632.1) in Kraft, welches das Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (GStG, BGS 632.211) aufhob. Gemäss

§241 nStG werden jedoch Grundstücksgewinnsteuern nach altem Recht erhoben, wenn die öffentliche Beurkundung oder die Vertragsunterzeichnung bis 31. Dezember 2000 vollzogen worden ist. Dies ist hier der Fall. Der Rekurs ist rechtzeitig gemäss §22 Abs. 2 GStG eingereicht worden, weshalb die Sache zu prüfen ist.

2. Die Grundstücksgewinnsteuer wird auf Gewinnen erhoben, die sich bei Handänderungen von Grundstücken oder Anteilen von solchen ergeben (§3 Abs. 1 GStG). Gegenstand des Verfahrens ist die Veräusserung des Grundstücks in Unterägeri gemäss öffentlich beurkundetem Kaufvertrag zwischen X. als Verkäufer und den Eheleuten Y. als Käufern. Steuersubjekt der Grundstücksgewinnsteuer ist der Veräusserer (§7 Abs. 1 GStG). Mehrere Veräusserer haben die Steuer entsprechend ihren Anteilen unter solidarischer Haftbarkeit zu entrichten (§7 Abs. 2 GStG). Die Grundstücksgewinnsteuer ist eine Spezialsteuer, welche den Grundstücksgewinn als Steuerobjekt erfasst und in einem separaten Verfahren aufgrund der erfolgten Handänderung erhebt. Sie unterscheidet sich dadurch von der periodisch erhobenen Einkommens- und Vermögenssteuer, bei welcher das Einkommen und Vermögen der Ehegatten, die in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe leben, ohne Rücksicht auf den Güterstand zusammengerechnet wird (Art. 9 Abs. 1 DBG und §7 aStG). Während bei dieser Zusammenrechnung Verschiebungen zwischen den Ehegatten grundsätzlich unerheblich sind, knüpft die Steuerpflicht bei der Grundstücksgewinnsteuer beim Veräusserer an. Ausnahmen von der Steuerpflicht statuiert das Gesetz in §4 über den Steueraufschub, §5 über den Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung und §6 über die Steuerbefreiung. Eine Handänderung zwischen Ehegatten liegt nicht vor, da die Liegenschaft an Dritte verkauft wurde. Der Steueraufschub gemäss §4 Ziff. 1 GStG fällt somit ausser Betracht. Strittig ist die Auslegung von §5 GStG über den Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung, welche im Folgenden zu prüfen ist.

3. Gemäss §5 Abs. 1 Ziff. 2 GStG besteht Anspruch auf Steueraufschub bei Handänderungen zum Zwecke der Ersatzbeschaffung von gleichgenutzten Liegenschaften im Kanton infolge Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum am Wohnsitz des Steuerpflichtigen. Der Steueraufschub wird gewährt, soweit der Veräusserungserlös innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zur Investition in den Erwerbspreis oder für anrechenbare Aufwendungen einer Ersatzliegenschaft verwendet wird (§5 Abs. 2 Satz 1 GStG). 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 entschuldigen Gründen vor Ablauf von 10 Jahren eine Selbstnutzung nicht aufrecht erhalten kann (§5 Abs. 3 GStG).

Der Rekurrent war Alleineigentümer seiner Liegenschaft in Ägeri und als deren Veräusserer grundsätzlich steuerpflichtig. Der Erwerb des Stockwerkanteils in Baar erfolgte durch die Eheleute X. zu Gesamteigentum als einfache Gesellschaft. Es besteht somit keine Identität zwischen dem Eigentümer des veräusserten Grundstückes und den Eigentümern des Ersatzgrundstückes. Das Erfordernis dieser Identität hat das Verwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der Verlagsbehörde im Entscheid ES 1996 Bl. 2 = GVP 1995/96, 21 bestätigt. Gleich hat das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen am 16. September 1999 entschieden (GVP SG 1999, Nr. 29, S. 87, Hinweis in StR Nr. 4/2001, S. 294). Nach der Zürcher Praxis steht dem Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung nicht entgegen, wenn der Steuerpflichtige Alleineigentümer und somit Alleinveräusserer war, das Ersatzobjekt jedoch von ihm und seinem Ehegatten zu je hälftigem Miteigentum erworben worden ist, sofern der Kaufpreis für das funktionell gleichartige Objekt nicht aus anderen Mitteln als aus dem Erlös des veräusserten Eigenheims aufgebracht wurde (Felix Richner/ Walter Frei/Stefan Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, § 216, N. 293; RB 1995, Nr. 53).

Der Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung gemäss § 5 GStG unterscheidet sich von den eigentlichen Steueraufschubtatbeständen gemäss § 4 GStG dadurch, dass eine Veranlagung nicht einfach unterbleibt und bei einer späteren Veräusserung auf den letzten Erwerb abgestellt wird, der keinen Steueraufschubtatbestand darstellt. Vielmehr wird gemäss § 5 Abs. 3 GStG eine Veranlagung durchgeführt. Die veranlagte Steuer wird unter bestimmten Voraussetzungen zur Zahlung fällig. Diese Bedingungen für die Fälligkeit betreffen den Steuerpflichtigen oder seine Erben. Es geht dabei um die Veräusserung oder die Selbstnutzung des Ersatzgrundstückes. Die Stundung der Zahlung setzt somit Eigentum des Veräusserers an der Ersatzliegenschaft und Selbstnutzung voraus, sofern nicht aus entschuldigen Gründen die Selbstnutzung vor Ablauf der 10 Jahre nicht aufrecht erhalten werden kann. In einem Entscheid vom 19. Dezember 2000 hat das Bundesgericht in einem Fall, der die Frage einer wiederholten Ersatzbeschaffung betraf, festgestellt, die vom Zuger Gesetzgeber geschaffene Ordnung beruhe auf dem Aufschub der Fälligkeit der anlässlich der Veräusserung des ersetzten Grundstückes veranlagten Grundstückgewinnsteuer. Die in § 5 Abs. 3 Satz 2 GStG vorgesehene, mit einem echten Steueraufschub nicht zu vereinbarende Frist mache daher vor allem Sinn, wenn sie gleichsam als Sperrfrist gewürdigt werde, während welcher die Selbstnutzung am Ersatzgrundstück aufrecht zu erhalten sei. Es solle mit dieser Ordnung der Gemeinde während einer gewissen Zeit die Steuerleistung gewährleistet bleiben (Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission an den Kantonsrat vom 4. Juli 1990, Vorlage Nr. 7131, S. 10). Damit vertrage sich eine weitere Ersatzbeschaffung nicht. Das bedeute allerdings nicht, dass nicht bei der Veräusserung des Ersatzobjektes die zu veranlagende Grundstückgewinnsteuer ihrerseits wegen dieser neuen Ersatzbeschaffung aufgeschoben werde.

Der Gesetzgeber hat somit die Ersatzbeschaffung nicht einfach zum Steueraufschub-Tatbestand erklärt, sondern für den Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung eine eigene Regelung getroffen. Diese enthält hinsichtlich Veräusserung des Ersatzobjektes, Selbstnutzung, 10-Jahresfrist und 2-Jahresfrist für die Investition ins Ersatzobjekt klare gesetzliche Voraussetzungen. Die Regelung grenzt auch das Besteuerungsrecht der Gemeinde der ersetzten Liegenschaft und der Gemeinde des Ersatzobjektes ab. Die gesetzliche Regelung hat auch zur Folge, dass die latente Steuerlast aus der Veräusserung des ersetzten Objektes beim Veräusserer und somit beim gleichen Steuerpflichtigen bzw. seinen Erben verbleibt. Die gesetzliche Regelung ist somit nicht ohne Folgerichtigkeit. Es soll aber auch nicht unerwähnt bleiben, dass Prof. F. Zuppinger in einer Begutachtung des Entwurfes zum GStG am 15. Januar 1990 davon abgeraten hat, im Hinblick auf das Harmonisierungsgesetz neue unerprobte Lösungen zu schaffen.

4. Die Rekurrenten stellen den Geldfluss dar, wie die Mittel aus der veräusserten Liegenschaft für die Ersatzliegenschaft verwendet wurden. Dieser konkrete Mittelfluss ist im zugerischen Recht unerheblich. Paragraph 5 Abs. 2 GStG gewährt den Steueraufschub, soweit der Veräusserungserlös innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zur Investition in den Erwerbspreis oder für anrechenbare Aufwendungen einer Ersatzliegenschaft verwendet wird. Die Ersatzinvestition ist somit ebenso privilegiert, wenn sie vor oder nach der Handänderung getätigt wird. Die Mittelverwendung im Sinne von §5 Abs. 4 GStG ist deshalb nicht im Sinne eines konkreten Mittelflusses zu verstehen, sondern im Sinne der Gegenüberstellung von Erlös und Investition in die Ersatzliegenschaft.

5. Die Rekurrenten verweisen sodann auf die gemäss Art. 169 ZGB erforderliche Zustimmung des Ehegatten zur Veräusserung der Familienwohnung und auf die Ansprüche aus Beteiligung am Vorschlag gemäss Art. 215 ZGB. Auch diese zivilrechtlichen Bestimmungen sind ohne Auswirkungen auf die Steuerpflicht. Beide Institute setzen das Eigentum des Ehemannes im Zeitpunkt der Veräusserung voraus bzw. bestätigen sein Eigentum. Ein Übergang zufolge Güterrecht hat nicht stattgefunden.

Die Eheleute X. erwarben die Eigentumswohnung in Baar als Gesamteigentümer zufolge einfacher Gesellschaft. Da nichts anderes vereinbart wurde, hat damit jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Grösse seines Beitrages gleichen Anteil an Gewinn und Verlust (Art. 533 OR). Gemäss Art. 652 ZGB geht das Recht eines jeden Gesamteigentümers auf die ganze Sache. Die Rekurrenten wollen daraus schliessen, als Gesamteigentümer habe X. in diesem Sinn das Recht auf die ganze Sache behalten. Sie wollen daraus folgern, eine Veräusserung im Sinne von §5 Abs. 3 GStG sei nicht erfolgt. Diese ideelle Betrachtungsweise hinsichtlich der Eigentumsquote hat insbesondere ihre Bedeutung hinsichtlich der Verkehrsfähigkeit des Gesamteigentums. Für die Grundstückgewinnsteuer ist aber sehr wohl

zwischen Alleineigentum und Gesamteigentum zu unterscheiden, da an das Eigentum des Veräusserers die Steuerpflicht anknüpft. Die Praxis kann daher in Fällen wie dem vorliegenden weder von einer Veräusserung des Alleineigentums noch von einer Beibehaltung des Rechtes aufs Ganze ausgehen, sondern hat eine teilweise Veräusserung anzunehmen, welche sich – andere Regelung vorbehalten – auf gleiche Quoten bezieht. Sie folgt damit der allgemeinen Praxis bei der Begründung oder Quotenänderung bei Gesamteigentum (vgl. Reimann/Zuppinger/Schärfer, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Zürich 1996, S. 191 N. 10). Zu Recht ist die Vorinstanz auch hier so vorgegangen.

6. Der Kaufpreis der Ersatzliegenschaft in Baar betrug Fr. 581'000.–, wovon Fr. 290'500.– (1/2-Anteil) als Investition in die Ersatzliegenschaft angerechnet wurden. Die Anlagekosten gemäss Veranlagung für die veräusserte Liegenschaft in Unterägeri sind höher, nämlich Fr. 316'623.–. Die anrechenbare Ersatzinvestition übersteigt somit die angerechneten Anlagekosten des ersetzten Objektes nicht, so dass der Gewinn nicht wieder als zum Erwerb der Eigentumsquote verwendet gilt. Die Berechnung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden.

Es ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der unterliegenden Partei auferlegt (§ 120 nStG).

Verwaltungsgericht, 23. Oktober 2001

§8 des Reglements über die Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeinde Zug (Regl.). – Besitzesdauer bei Verkauf im Baurecht. Die Besitzesdauer beginnt nicht beim Kauf des Grundstücks, sondern bei der Begründung des Baurechts.

Aus den Erwägungen:

1. Am 1. Januar 2001 trat das total revidierte Steuergesetz vom 25. Mai 2000 (StG, BGS 632.1) in Kraft, welches das Gesetz über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7. Dezember 1946 (aStG, BGS 632.1) sowie das Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (GStG, BGS 632.211) aufhob. Dieses wiederum ersetzte per 1. Januar 1991 das Reglement über die Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeinde Zug vom 4. November 1975 (Regl.).

Das Verfahren bei hängigen Rekursfällen, welche am 1. Januar 2001 hängig sind, richtet sich nach neuem Recht (§242 Abs. 2 StG), während die unter altem Recht verwirklichten Tatbestände der Grundstückgewinnsteuer nach bisherigem Recht zu beurteilen sind (§241 StG). In materieller Hinsicht findet deshalb auf den vorliegenden Fall das Reglement Anwendung. Der Rekurs ist gemäss §22 Abs. 2 Regl. frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb er zu prüfen ist.

....

5. a) Die Rekurrenten stellen sich auf den Standpunkt, dass von einer fünfjährigen Besitzdauer auszugehen sei. Sie begründen dies damit, dass sie das Land am 1. Juli 1982 käuflich erworben und am 28. (recte: 22.) Juli 1985 darauf ein Baurecht errichtet hätten, welches ins Grundbuch eingetragen worden sei. Die Rekurrenten gehen davon aus, dass die Ansicht der Vorinstanz, wonach die Errichtung des Baurechtes die letzte massgebende Handänderung darstelle, nicht korrekt sei. Sie begründen ihre Ansicht unter anderem damit, dass das Baurecht als Eigentümerdienstbarkeit ausgestaltet worden sei. Daran habe sich auch durch die Aufteilung in Stockwerkeigentum nichts geändert, da die Stockwerkeigentümergeinschaft einzig aus den Landeigentümern bestanden habe. Unter Verweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts führen die Rekurrenten aus, dass die Begründung eines Baurechts keine für die Gewinnsteuer relevante Handänderung darstelle, wenn der Rechtserwerber dafür kein Entgelt zu bezahlen habe, sondern Baurechtszinsen zu entrichten habe. In casu sei für die Errichtung des Baurechts kein Entgelt verlangt worden. Sei aber der Begründungsakt keine steuerauslösende Handänderung, so könne er auch nicht als Beginn der massgeblichen Besitzdauer im Grundstücksgewinnsteuerverfahren anlässlich einer späteren Veräusserung angesehen werden. Zudem würden die Rekurrenten schlechter gestellt, als jene Veräusserer, die Stockwerkeigentum ohne Bestehen eines Baurechts verkauft. Zudem hätte es der Steuerpflichtige weitgehend selbst in der Hand, die Anzahl Besitzjahre zu bestimmen, wenn auf den Zeitpunkt der Baurechtsbegründung abgestellt würde. Im Weiteren führen sie aus, dass der Sinn und Zweck von §15 des Reglements darin liege, dass derjenige begünstigt werde, der ein Grundstück nicht zu kurzfristigen Spekulationszwecken erwerbe. Begründe beispielsweise ein Eigentümer in irgend einem Zeitpunkt seiner unter Umständen langen Besitzdauer ein Baurecht, ohne dieses aber sogleich zu veräussern, habe er deshalb noch keinen Tatbestand gesetzt, welcher im Hinblick auf den erwähnten Gesetzeszweck seine Schlechterstellung rechtfertigen würde.

b) Grundsätzlich führt die Steuerkommission aus, dass die Begründung eines Baurechtes keine steuerpflichtige Handänderung darstelle. Unter Verweis auf einen Bundesgerichtsentscheid in einem Zürcher Fall führt die Steuerkommission weiter aus, dass bei der vorliegenden Ausgangslage die letzte massgebliche Handänderung die Begründung des Baurechts darstelle, weshalb von einer Besitzdauer von weniger als 3 Jahren auszugehen sei.

c) Massgebend für die Berechnung der Besitzdauer ist die letzte steuerpflichtige Handänderung (§8 Abs. 3 Regl.). Zur Beurteilung dieser Frage muss zwischen dem Eigentum am Land und dem Eigentum am Baurecht unterschieden werden. Die Wohnungen, Läden und Praxen sind alle im Baurecht verkauft worden. Die Rekurrenten sind nach wie vor Eigentümer der Landparzelle GBP 856. Deshalb kann nicht auf den Erwerbszeitpunkt der Landparzelle abgestellt werden; dieser ist allenfalls bei einem Verkauf der Landparzelle GBP 856 relevant. Es ist demzufolge auf die Errichtung des

Baurechts am 22. Juli 1985 abzustellen. «Beim ersten Baurechtsnehmer ist die massgebende Besitzesdauer der Zeitraum zwischen der Errichtung des Baurechts und dem Verkauf desselben» (Beat Koller, Liegenschaftenverkauf und Steuer im Kanton Zürich, Verlag Schulthess Zürich, 1992, S. 51). Die Praxis des Verwaltungsgerichtes Zürich bestätigt diese Ansicht (StE 1996 B 42.1 Nr. 4). Die Vorinstanz hat demzufolge die Besitzdauer korrekt errechnet.

Im Weiteren beantragen die Rekurrenten – sollte das Gericht wider erwarten die Baurechtsbegründung als die massgebende Handänderung ansehen – dass die Baurechtszinsen, die zwischen Baubeginn (= Baubewilligung) und Bauvollendung anfallen, in analoger Anwendung zur Rechtsprechung zu den Landzinsen, als anrechenbare Aufwendungen anzuerkennen. Diesbezüglich vertritt die Steuerkommission die Ansicht, dass es sich um einen fiktiven Aufwand handele, denn es sei nicht anzunehmen, dass die identischen Grundeigentümer und Baurechtsnehmer sich Zinsen bezahlen würden, schon gar nicht vor Baurechtsbegründung. Auch hier fehle es am einem rechtlich relevanten Aufwand, zumal der Baurechtszins gemäss Baurechtsvertrag Seite 8 erst nach der Bezugsbereitschaft bezahlt werden müsse.

Das Gericht macht eben gerade keine «virtuelle Trennung» zwischen Landeigentümer und Baurechtseigentümer; sie sind identisch. Deshalb würde ein allfälliger Baurechtszins aus derjenigen Kasse bezahlt, in die er wieder fliesst. Sie stellen somit keine anrechenbaren Aufwendungen dar.

Verwaltungsgericht, 18. Dezember 2001

2. Sozialversicherungsrecht

Art.28 IVG. – Berechnung des Invaliditätsgrades. Bestimmung der beiden Vergleichseinkommen. Beweiswürdigung im vorliegenden Fall ergibt, dass dem Gutachten der MEDAS erhöhte Beweiskraft zukommt. Schlechte Sprachkenntnisse und bescheidene intellektuelle Fähigkeiten sind invaliditätsfremde Gründe, die neben soziokulturellen und rentenbegehrlichen Aspekten nicht berücksichtigt werden können.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Anmeldung vom 9. November 1996 ersuchte A.B. die IV-Stelle um Leistungen (evtl. Umschulung, Rente). Als Art der Behinderung nannte er eine hysterische Plexuslähmung der linken oberen Extremität durch einen Unfall. Die IV-Stelle holte bei der früheren Arbeitgeberin einen Arbeitgeberbericht ein und verlangte vom Hausarzt einen ärztlichen Bericht. Dieser bestätigte, dass A. B. seit dem 9. August 1995 dauernd zu 100% arbeitsunfähig sei. Die IV-Stelle zog in der Folge die Akten der SUVA bei und veranlasste schliesslich eine Abklärung bei der MEDAS Zentralschweiz, wo der Versicherte Ende Mai 1998 während vier Tagen polydisziplinär abgeklärt

wurde. Am 30. Juni 1998 erstattete die MEDAS das entsprechende Gutachten. Mit Verfügung vom 21. April 1999 sprach die IV-Stelle A. B. mit Wirkung ab dem 1. November 1996 eine halbe Invalidenrente basierend auf einem Invaliditätsgrad von 63% zu.

B. Gegen diese Verfügung liess A. B. Beschwerde einreichen und beantragen, es sei ihm eine ganze Rente auszurichten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der IV-Stelle. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, die IV-Stelle gehe davon aus, dass er eine Kontroll- und Überwachungstätigkeit einarmig zu 50% ausüben könne. Sie ziehe jedoch nicht in Betracht, dass er an beiden Armen erhebliche Einschränkungen in der Beweglichkeit aufweise. Auch den rechten Arm könne er nur noch bis maximal Kopfhöhe anheben und dies auch nur unter erheblichen Anstrengungen. Es sei undenkbar, dass er eine Arbeit – wenn auch nur zu 50% – ausüben könne, in der er den rechten Arm regelmässig benötige. Des Weiteren limitiere eine erhebliche Spondylarthrose L4/S1 die Arbeitsfähigkeit, die im Bereich des Rückens erhebliche Schmerzen bereite. Die IV-Stelle berücksichtige auch nicht, dass er unter starken Nackenschmerzen leide, die in den Rücken und in die Schultern ausstrahlen würden. Diese würden unter anderem verhindern, dass er längere Zeit sitzen könne, was darum von Bedeutung sei, weil er so keine Kontroll- und Überwachungsaufgaben ausüben könne. Diese Tätigkeiten seien auch durch die mangelhafte Seh- und Hörfähigkeit beeinflusst. Weiter müsse beachtet werden, dass die Arbeit, die er noch ausüben könne, intellektuell wenig anspruchsvoll sein dürfe. Auch die Sprachkenntnisse seien hinsichtlich der deutschen Sprache rudimentär.

C. Mit Vernehmlassung vom 13. Juli 1999 beantragt die IV-Stelle die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 28 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG) besteht bei einer Invalidität von 40% Anspruch auf eine Viertelsrente, ab 50% auf eine halbe und ab $66\frac{2}{3}\%$ auf eine ganze Rente der Invalidenversicherung. Für die Bemessung der Invalidität wird gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG das Erwerbseinkommen, das der Versicherte nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage noch erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das er erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Die Bemessung der Invalidität von Personen, die eine Erwerbstätigkeit ausüben, hat wo immer möglich durch die allgemeine Methode des Einkommensvergleiches zu erfolgen. Von der medizinisch festgestellten Arbeitsunfähigkeit darf nicht einfach auf einen entsprechenden Invaliditätsgrad geschlossen werden, sofern die medizinischen Feststellungen zusammen mit den übrigen Angaben eine solche Annahme nicht ohne jeden Zweifel rechtfertigen.

Für die Invaliditätsbemessung ist grundsätzlich nicht die medizinisch-theoretische Schätzung der Arbeitsfähigkeit durch einen Arzt ausschlaggebend, sondern vielmehr die durch die Unfallfolgen oder die Erkrankung bedingte Einschränkung der Erwerbsmöglichkeiten auf dem gesamten für den Versicherten in Betracht fallenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (BGE 110 V 275 E. 4a). Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten ein Versicherter arbeitsfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen einem Versicherten noch zugemutet werden können. Entscheidend ist nicht, welche Arbeitsleistungen ein Versicherter tatsächlich erbringt, sondern was er zumutbarerweise noch zu erwerben fähig wäre (BGE 106 V 88 E. 2b).

3. Bei der Ermittlung des hypothetischen Valideneinkommens ist davon auszugehen, was der Versicherte aufgrund seiner beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Umstände an Verdienst zu erwarten gehabt hätte. Muss man annehmen, dass ein Arbeitnehmer seine angestammte Tätigkeit ohne gesundheitsbedingte Leistungsbeeinträchtigung weitergeführt hätte, ist für das Valideneinkommen jener Verdienst heranzuziehen, der an der bisherigen Arbeitsstelle erzielt wurde (ZAK 1989, S. 457 f. E. 3a). Dies trifft im vorliegenden Fall zu. Gemäss den Angaben seiner früheren Arbeitgeberin verdiente der Beschwerdeführer im Jahre 1994 (inklusive Ferienentschädigung und 13. Monatslohn) Fr. 54'602.-. Dies hätte im Jahre 1996 einem Jahreslohn von Fr. 55'898.- (aufgewertet mit Hilfe des Nominallohnindex, in: Die Volkswirtschaft 9/99, Tabelle B 10.3, S. 28) entsprochen.

4. Für die Berechnung des möglichen Invalideneinkommens muss zuerst festgestellt werden, wie gross die Arbeitsfähigkeit aus ärztlicher Sicht ist und welche Arbeiten dem Versicherten wegen seiner Gesundheitsschädigung noch zugemutet werden können.

a) Der Hausarzt erklärte am 22. Februar 1997 gegenüber der IV-Stelle, der Beschwerdeführer leide unter einem Zustand nach Schulterluxation links mit einer vollständigen hysterischen Armparese. Er sei am 9. August 1995 in den Sommerferien in K. auf die linke Schulter gestürzt, die luxiert habe, aber sofort wieder habe reponiert werden können. Am 29. August 1995 habe er den Patienten erstmals in seiner Praxis gesehen. Er habe den linken Arm noch ordentlich bewegt. In der Folge sei es zu einer raschen Verschlechterung der Beweglichkeit und einer Zunahme der Schmerzen in der linken Schulter gekommen. Am 18. September 1995 habe ein Schulter-Arthro-CT eine ansatznahe Ruptur der Supraspinatussehne mit nachfolgender Verfärbung der bursa subdeltoidea ergeben. Am 3. Oktober 1995 sei eine Revision der linken Schulter bei Dr. K. im Kantonsspital Zug durchgeführt worden: keine Supraspinatussehnenruptur bei subacromialem Impingement: subacromiale Defilée-Erweiterung. Nach der Operation habe der Patient den lin-

ken Arm nicht mehr bewegt. Es habe sich keine Besserung bis zum heutigen Tag ergeben. Der Patient besuche einmal in der Woche die physikalische Therapie im Kantonsspital Zug zur Verhinderung der vollständigen Versteifung der linken Schulter. Passiv könne der linke Arm bis gut 100 Grad gehoben werden. Der Fall sei eigentlich gut dokumentiert und brauche keine weiteren Abklärungen. Er glaube, dass hier eine 100%ige Invalidität vorliege; ohne linken Arm könne man wahrscheinlich nicht arbeiten. Wenn die IV-Stelle anderer Meinung sei, so dürfe man den Patienten gerne für die MEDAS aufbieten.

b) Vom 25. bis zum 29. Mai 1998 weilte der Beschwerdeführer während vier Tagen in der MEDAS Zentralschweiz und wurde dort abgeklärt.

aa) Das neurologische Konsilium durch Dr. med. A. ergab Folgendes: Bei normaler Trophik und normalen Reflexen sowie den in bestimmten Situationen zu beobachtenden erhaltenen Bewegungen im linken Arm könne bereits aufgrund der klinischen Befunde eine echte Parese sowohl zentraler wie auch peripherer Genese weitgehend ausgeschlossen werden. Die normalen sensiblen neurographischen Befunde würden die Intaktheit der entsprechenden sensiblen Fasern postganglionär belegen, die fehlende Spontanaktivität in der untersuchten Muskulatur die Unversehrtheit der entsprechenden motorischen Fasern. Auch eine zentrale Störung könne er bei seitengleichen Reflexen und den erhaltenen Potentialen bei Magnetstimulation ausschliessen. Damit könne er die bereits früher gestellte Diagnose einer nicht organischen Pseudoparese natürlich nur bestätigen. Über die Bewusstseinssebene könne er nichts aussagen. Obwohl natürlich die intakte Innervation einen vollständigen Einsatz und damit eine Arbeitsfähigkeit erlauben würde, sei es illusorisch anzunehmen, dass der Patient je wieder die Arbeitsfähigkeit erlangen werde.

bb) Aus dem rheumatologischen Konsilium ergibt sich unter anderem bezüglich der linken Schulter Folgendes: Soweit die durch das abnorme Krankheitsverhalten des Patienten erschwerten Umstände eine Aussage erlauben würden, könne orthopädischerseits keine Pathologie weder seitens der HWS noch der Schultergelenke objektiviert werden, die geeignet wäre, einen solchen Zustand auch nur annähernd zu erklären. Die dramatisch ausgestalteten Schmerzreaktionen im Rahmen bereits geringgradiger dynamischer Funktionsbeanspruchungen der HWS bzw. leichter taktiler Gewebsreize des Nackens würden sich angesichts der lediglich altersentsprechenden Veränderungen seitens einer umfassenden diagnostischen Bildgebung somit nicht nachvollziehen lassen. Analoges gelte für die beklagte Lumboischialgie, die klinisch keine Hinweise auf eine aktuelle neurologische Kompromittierung nachweisen lasse.

Bezüglich Arbeitsfähigkeit meint Dr. med. B., unter der Voraussetzung, dass aus schulisch-beruflicher und eignungs- bzw. veranlagungsmässiger Sicht eine Eingliederungsfähigkeit gegeben sei, bestehe auf der Basis einer funk-

tionellen rechts-dominanten Einhändigkeit für Arbeiten, die allein mit der rechten Hand ausgeführt werden könnten, und mit Hebebeschränkungen auf 5 kg sowie nur seltenen Arbeitsabläufen seitens der rechten Hand über Kopfhöhe verbunden seien (wie z.B. visuelle Prüftätigkeiten in der Industrie bzw. Kontrollganganarbeiten etc.) eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit.

cc) Das psychiatrische Konsilium von Dr. med. C. kommt zu der Beurteilung, dass sich der Beschwerdeführer ohne Zweifel und endgültig für die Pension entschieden habe. Der Unfall von 1995 dürfte dafür der Auslöser gewesen sein. Der Beschwerdeführer habe nichts dazu beigetragen, zu seiner Gesundheit zurück zu finden, auch wenn er heute gerade die Gesundheit als seinen grössten Wunsch nenne. Die bisherigen Versicherungsleistungen einerseits und die Entlastung von aller Verantwortung durch seine Familie andererseits würden verhindern, dass er sich noch irgendwie anstrengt. Der regressive Zustand des Beschwerdeführers sei höchstens zum Teil, sicherlich nicht voll die Folge von Krankheit oder Unfall. Kulturelle sowie rentenbegehrliche Aspekte würden eine wesentliche Rolle spielen. Andererseits müsse berücksichtigt werden, dass er heute nach dreijähriger Arbeitslosigkeit kaum noch eine Arbeitsstelle finden würde. Weil aufgrund des Unfalles und der Operation ein somatischer Kern sicherlich nicht verneint werden dürfe, andererseits aufgrund massiver Aggravation und Symptomenausweitung eine Objektivierung der Beschwerden extrem schwierig sein dürfte, empfehle er, die Situation im Sinne eines Kompromisses zu lösen. Eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit komme der narzisstischen Kränkung entgegen, welche dieser einfache Mann aufgrund der Schulteroperation, der Cholezystektomie und der Hörverminderung empfinden müsse. Die theoretisch angenommene Restarbeitsfähigkeit von 50% entspreche dem soziokulturellen Einfluss, der invaliditätsfremd sei. Abschliessend diagnostiziert Dr. C. eine hysterische Armlähmung bei offensichtlich soziokultureller Problematik. Als Empfehlung präzisiert er nochmals, dass er die Situation im Sinne eines Kompromisses lösen und die Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht mit 50% bezeichnen würde. Die Arbeitsfähigkeit sei rein theoretischer Natur und aufgrund kultureller Faktoren nicht realisierbar. Daher würden sich Eingliederungs- und Umschulungsmassnahmen erübrigen.

dd) Das MEDAS-Gutachten kommt gesamthaft bezüglich Arbeitsfähigkeit zu der Beurteilung, in der bis September 1995 ausgeübten körperlich schweren Tätigkeit als Hilfsarbeiter erachte man den Versicherten als bleibend nicht mehr arbeitsfähig, wobei sowohl die rheumatologischen wie auch die psychopathologischen Befunde limitierend seien. Eine körperlich leichte bis mittelschwere Beschäftigung, die einarmig durchführbar und intellektuell wenig anspruchsvoll sei, könne ihm zu 50% zugemutet werden, wobei vor allem die psychopathologischen Befunde limitierend seien. Medizinische Massnahmen könnten die Arbeitsfähigkeit nicht verbessern. Die Fortsetzung von physikalischen und/oder psychotherapeutischen Behandlungen erscheine wenig sinnvoll, nachdem diese bis anhin nicht erfolgreich gewesen

seien. Auch berufliche Massnahmen seien nicht indiziert. Den Beginn der geschätzten reduzierten Arbeitsfähigkeit lege man aufgrund der vorliegenden Akten auf November 1995 fest. Es sei sowohl in somatischer als auch in psychischer Hinsicht mit einem stationären Verlauf zu rechnen.

c) Im Anschluss an die MEDAS-Begutachtung legte der IV-Berufsberater das zumutbare Invalideneinkommen bei einer Erwerbstätigkeit mit Leistung 50%, praktisch einarmiger Einsatz, vorwiegend Kontroll- und Überwachungstätigkeiten, abzüglich Leidensabzug von 25% für einfache und leichte Arbeit, auf Fr. 21'085.- fest. Als Berechnungsgrundlage nahm er Vergleichseinkommen in der Metall- und Kunststoffindustrie 1994 an (leichte, einfache, repetitive Arbeiten: Fr. 4300.- x 12; Montagearbeiter bei der Firma X AG 1994 Fr. 4350.- x 13; Firma Y AG 1998 Fr. 4315.- x 13).

d) Der Beschwerdeführer lässt geltend machen, die Arbeitsfähigkeit werde zusätzlich durch die eingeschränkte Beweglichkeit des rechten Armes, durch die Spondylarthrose, durch die Nackenschmerzen, durch die verminderte Seh- und Hörfähigkeit beeinträchtigt, was die IV-Stelle nicht beachtet habe. Diese Punkte haben aber bei der Festsetzung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit durch die MEDAS Berücksichtigung gefunden. Im Übrigen sind die Hördefizite und die verminderte Sehkraft gut korrigiert und beeinträchtigen die Arbeitsfähigkeit nicht in relevantem Ausmass. Die Nackenschmerzen haben zwar Krankheitswert, sind jedoch keine wesentliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Die Arbeitsfähigkeit wird nur durch die hysterische Lähmung des linken Armes und durch das mittelschwere lumbospondylogene Syndrom beeinträchtigt. Im Wissen um all die Schäden hat die MEDAS ihre Beurteilung abgegeben, so dass keine neuen Gesundheitsschäden zu würdigen sind, welche die MEDAS nicht beachtet hätte.

Bei der Beweiswürdigung kommt dem Gutachten der MEDAS hier eine erhöhte Beweiskraft zu. Der Beschwerdeführer wurde dort während vier Tagen polydisziplinär abgeklärt. Die MEDAS-Ärzte hatten sämtliche medizinischen Unterlagen der IV-Stelle zur Verfügung, nahmen Einsicht in die Akten der SUVA, und edierten diverse Unterlagen vom Kantonsspital Zug und von früheren behandelnden Ärzten. Sie stützten sich des Weiteren auf die Angaben des Versicherten (alle Befragungen fanden unter Beizug eines Dolmetschers statt) über Familie, Soziales, Beruf und persönliche Anamnese. Sie nahmen Kenntnis von den geklagten Leiden, stellten den Allgemeinzustand und diverse Laborbefunde fest. Es gab drei umfangreiche Konsilien, deren Ergebnisse in einlässlich begründeten Beurteilungen festgehalten sind. Die MEDAS kommt zu klaren Schlüssen bezüglich Arbeitsfähigkeit, die sorgfältig begründet und ohne weiteres für einen Laien nachvollziehbar sind. Es gibt keine Gründe, weshalb das Gericht nicht auf diese Beurteilungen abstellen sollte.

Demnach kann dem Beschwerdeführer eine körperlich leichte bis mittelschwere Beschäftigung, die einarmig durchführbar und intellektuell wenig anspruchsvoll ist, zu 50% zugemutet werden, wobei vor allem die psychopat-

hologischen Befunde limitierend sind. Weil der Beschwerdeführer seit 1995 keine ihm an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit mehr aufgenommen hat, wird das Gericht für die Ermittlung des Invalideneinkommens auf die Lohnstrukturhebungen des Bundesamtes für Statistik (LSE) für das Jahr 1996 zurückzugreifen. Gemäss der Tabelle «Monatlicher Bruttolohn (Zentralwert)» im privaten Sektor (TA 1) hätte der Beschwerdeführer bei einer Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche und voller Arbeitsfähigkeit im Durchschnitt einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 4294.- (Anforderungsniveau 4: einfache und repetitive Tätigkeiten) verdienen können. Umgerechnet auf die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit von 41,9 Stunden ergibt dies bei voller Arbeitsfähigkeit einen Lohn von Fr. 4497.95, was einem Jahreslohn von Fr. 53'975.- entspricht.

Geht man bei der Berechnung des Invalideneinkommens von den Werten der Lohnstrukturhebungen aus, muss man beachten, dass die für die Ermittlung des Invalideneinkommens von Versicherten, die früher schwere körperliche Arbeit geleistet haben und nun wegen ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen bloss noch leichte Hilfstätigkeiten ausüben können, herangezogenen Tabellenlöhne bis zu 25% gekürzt werden können. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass diese Versicherten das durchschnittliche Lohnniveau der entsprechenden Hilfsarbeit nicht erreichen (BGE 114 V 310). Der Abzug von 25% kommt nicht generell und in jedem Fall zur Anwendung. Vielmehr ist anhand der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles zu prüfen, ob und in welchem Ausmass das hypothetische Einkommen als Invaliden zusätzlich reduziert werden muss (AHI 1998, 177 Erw. 3a). Der Beschwerdeführer, der vor Eintritt des Gesundheitsschadens schwere körperliche Arbeit als Bauarbeiter verrichtet hat, ist erheblichen Einschränkungen unterworfen. Zu beachten ist einmal, dass er den linken Arm so gut wie nicht einsetzen kann. Beim rechten Arm besteht eine Hebebeschränkung von 5 kg. Des Weiteren sollte er selten Arbeitsabläufe über Kopfhöhe ausführen. Diese Einschränkungen genügen nach Meinung des Gerichtes bereits, um einen Leidensabzug von 25% zu begründen, wie dies im Übrigen auch die IV-Stelle berücksichtigt hat. Die bescheidenen intellektuellen Fähigkeiten und die schlechten Sprachkenntnisse sind hingegen nicht invaliditätsbedingt und können bei der Festsetzung des Invalideneinkommens nicht berücksichtigt werden.

(Detaillierte Berechnung des Invalideneinkommens ergibt einen Invaliditätsgrad von 65%)

Das Gericht hat sich die Frage gestellt, ob der Beschwerdeführer mit seinem Beschwerdebild von einem durchschnittlichen Arbeitgeber überhaupt realistischerweise angestellt würde. Es hat sich für die Beurteilung der MEDAS und des IV-Berufsberaters entschieden, weil diese bereits die soziokulturellen und rentenbegehrlichen Aspekte in genügendem Mass zu Gunsten des Beschwerdeführers gewürdigt haben. Obwohl die MEDAS eine Objektiv-

vierung der Beschwerden als eher schwierig beurteilt hat, ist man trotzdem von einer erheblich reduzierten Arbeitsfähigkeit ausgegangen. Wenn es unter diesen Umständen die Fachärzte als zumutbar erachten, dass der Beschwerdeführer leichte bis sogar mittelschwere Tätigkeiten ausübt, bleibt für das Gericht kein Raum mehr, um auf eine Unzumutbarkeit der Erzielung eines entsprechenden Invalideneinkommens zu erkennen. Die Beschwerde erweist sich im Ergebnis als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 29. Dezember 1999

(Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil vom 9. März 2001 abgewiesen)

Art. 21 Abs. 1 IVG, Art. 2 Abs. 2 HVI und Ziff. 7 des Anhangs zur HVI – Kann der Versicherte wegen eines Geburtsgebrechens (Atresia auris congenita) keine Brille tragen, so hat er zu Lasten der Invalidenversicherung Anspruch auf Kontaktlinsen, selbst wenn die Voraussetzungen für die Übernahme der Kosten der Kontaktlinsen als solche gemäss HVI nicht erfüllt sind.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Schreiben vom 30. November 1998 teilte Dr. med. H.R., Augenarzt FMH, der IV-Stelle des Kantons Zug mit, A.B., Jahrgang 19., habe ihn wegen einer Brillenverordnung aufgesucht. A.B. leide unter einer Ohratresie rechts und einer Myopie. Die ophthalmologische Untersuchung habe eine Kurzsichtigkeit ergeben, welche sich problemlos mit einer optischen Korrektur korrigieren lasse, so dass der Patient einen Visus von 1.0 erreichen könne. Dazu benötige er eine optische Korrektur und zwar in diesem Fall Kontaktlinsen, weil aufgrund der Ohratresie rechts der Brillenbügel keinen Halt finde. Auch der Vater von A.B. ersuchte mit Schreiben vom 3. Dezember 1998 um Übernahme der Kosten der Kontaktlinsen. Mit Verfügung vom 4. Januar 1999 teilte die IV-Stelle dem Vater von A.B. mit, die Voraussetzungen für die Übernahme von Kontaktlinsen seien nicht erfüllt. Kontaktlinsen könnten nur übernommen werden, sofern sie notwendigerweise anstelle von Brillen treten und überdies eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen darstellen würden. Im Weiteren verweise man darauf, dass Kontaktlinsen für sich allein betrachtet auch keine Hilfsmittel der Invalidenversicherung seien. Das Leistungsbegehren müsse demnach abgewiesen werden.

B. Gegen diese Verfügung liess A.B. am 4. Februar 1999 Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung sei aufzuheben und die Invalidenversicherung sei zu verpflichten, die Kosten für die anstelle der Brille beantragten Kontaktlinsen zu übernehmen, eventuell die Mehrkosten gegenüber den Kosten der Brille. Zur Begründung wird ausgeführt, der Beschwerdeführer

leide unter dem Geburtsgebrechen Nr. 441 gemäss der Verordnung über Geburtsgebrechen, GgV (Anhang Nr. 441). Eine Untersuchung beim Augenarzt habe eine Kurzsichtigkeit ergeben, die sich optisch korrigieren lasse. Wegen der Ohratresie rechts könne der Brillenbügel keinen Halt finden. Anspruch auf Hilfsmittel habe der Versicherte im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste. Zu beachten sei, dass dabei das Bedürfnis für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontakts mit der Umwelt und für die Selbstsorge von Bedeutung sei. Im vorliegenden Fall bestehe kein Zweifel, dass es für die Fortbewegung und die Herstellung des Kontakts mit der Umwelt eine dringende Notwendigkeit sei, dass die Kurzsichtigkeit optisch korrigiert werde. Durch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer keine Brille tragen könne, seien Kontaktlinsen notwendig. Diese seien im Geburtsgebrechen, das von der Invalidenversicherung anerkannt sei, begründet. In der Hilfsmittelliste seien Kontaktlinsen ausdrücklich erwähnt, sofern sie «notwendigerweise anstelle von Brillen treten und eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen darstellen» würden. Die Argumentation, das Tragen der Brille sei keine Folge des Geburtsgebrechens und folglich könnten die anstelle der Brille beantragten Kontaktlinsen nicht übernommen werden, sei eine Erwägung, die nicht den Kern der vorliegenden Frage betreffe. Die Verfügung stütze sich nicht auf eine sachgerechte Begründung und sei folglich aufzuheben. Als Eventualantrag wäre denkbar, dass die IV-Stelle die Differenz zwischen den Mehrkosten der Kontaktlinsen gegenüber der Brille zu tragen hätte. Wie dies genau zu berechnen sei, sei vorliegend nicht zu entscheiden, da es um eine Grundsatzfrage gehe.

C. Mit Vernehmlassung vom 30. März 1999 beantragt die IV-Stelle die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt die IV-Stelle unter anderem aus, die Argumentation in der Beschwerde übersehe, dass ein optisches Hilfsmittel von der Invalidenversicherung nur im Zusammenhang mit einer angestrebten Visusverbesserung abgegeben werden könne, die bei einem Minderjährigen gerade aufgrund eines die Augen betreffenden Geburtsgebrechens notwendig sei. Entsprechend sei auch eine augenärztliche Verordnung erforderlich. Im vorliegenden Fall sei jedoch kein entsprechendes Geburtsgebrechen gegeben, noch bestehe ein Visus von 0,2 oder weniger. Ein optisches Hilfsmittel könne schon mangels dieser Grundvoraussetzung nicht abgegeben werden. Auch wenn man sich auf den Standpunkt stellen sollte, diese Voraussetzung sei erfüllt, müsste eine entsprechende Leistung durch die Invalidenversicherung abgelehnt werden, da Brillen wie Kontaktlinsen nur abgegeben würden, sofern sie eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen darstellten. Wohl stelle die Behandlung des Geburtsgebrechens Nr. 441 eine medizinische Massnahme dar. Das geforderte optische Hilfsmittel sei aber in keiner Weise eine Ergänzung der medizinischen Massnahmen. Vielmehr sei das optische Hilfsmittel aufgrund der Kurzsichtigkeit angezeigt, weshalb die Kosten nicht von der Invalidenversicherung übernommen werden könnten.

Aus den Erwägungen:

.....

2. Gemäss Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG) hat der Versicherte im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste Anspruch auf jene Hilfsmittel, deren er für die Ausübung der Erwerbstätigkeit oder Tätigkeit in seinem Aufgabenbereich, für die Schulung, die Ausbildung oder zum Zwecke der funktionellen Angewöhnung bedarf (Satz 1). Kosten für Zahnprothesen, Brillen und Schuheinlagen werden nur übernommen, wenn diese Hilfsmittel eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen bilden (Satz 2). Laut Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung vom 29. November 1976 (HVI), erlassen durch das Eidg. Departement des Innern (EDI) gestützt auf Art. 21 Abs. 4 IVG und Art. 14 der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (vgl. BGE 108 V 12 Erw. 2b, 105 V 26 f. Erw. 3a, 258 Erw. 2), besteht im Rahmen der im Anhang aufgeführten Liste Anspruch auf Hilfsmittel, soweit diese für die Fortbewegung, die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge notwendig sind. Anspruch auf die in dieser Liste mit * bezeichneten Hilfsmittel besteht, soweit diese für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder die Tätigkeit im Aufgabenbereich, für die Schulung, die Ausbildung, die funktionelle Angewöhnung oder für die bei einzelnen Hilfsmitteln ausdrücklich genannte Tätigkeit notwendig sind (Art. 2 Abs. 2 HVI).

Ziffer 7 HVI Anhang regelt die Abgabe von Brillen und Kontaktlinsen. Gemäss Ziff. 7.01* werden Brillen übernommen, sofern sie eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen darstellen. Kontaktlinsen werden übernommen, sofern sie notwendigerweise anstelle von Brillen treten und eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen darstellen (Fassung gemäss Verordnung vom 8. Januar 1996 (AS 1996 768). Ab diesem Zeitpunkt besteht bei hochgradigem irregulärem Astigmatismus oder Keratokonus kein selbständiger Anspruch mehr auf Kontaktlinsen-Versorgung zu Lasten der Invalidenversicherung. Vielmehr ist auch bei diesem Krankheitsbild die Anspruchsberechtigung nur gegeben, wenn dieses Hilfsmittel eine wesentliche Ergänzung medizinischer Eingliederungsmassnahmen bildet.

Gemäss den Angaben von Dr. med. H.R. vom 30. November 1998 ergab eine ophthalmologische Untersuchung, dass der Beschwerdeführer unter einer Kurzsichtigkeit leidet, die sich problemlos mit einer optischen Korrektur korrigieren lässt, so dass er einen Visus von 1.0 erreichen kann. Dazu benötigt er eine optische Korrektur. Die Besonderheit liegt in diesem Fall darin, dass der Brillenbügel wegen der Ohratresie keinen Halt findet, weshalb auf Kontaktlinsen ausgewichen werden muss. Es ist im vorliegenden Fall zwischenzeitlich an sich unbestritten, dass die Kontaktlinsen nicht als wesentli-

che Ergänzung von medizinischen Eingliederungsmassnahmen zu betrachten sind, da keine solchen angeordnet wurden. Gestützt auf Art. 21 IVG bzw. Ziff. 7.02* HVI hat die IV-Stelle die Übernahme der Kosten für die Kontaktlinsen zu Recht abgelehnt. Beim Beschwerdeführer besteht wie bei vielen anderen Versicherten eine Kurzsichtigkeit, die sich mit Hilfe einer Brille korrigieren lässt. Hierfür hat er – wie die meisten anderen Brillenträger – an sich keinen Anspruch auf Hilfsmittel.

3. Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, dass der Beschwerdeführer wegen eines von der Invalidenversicherung anerkannten Geburtsgebrechens keine Brille tragen kann, weil seine als Geburtsgebrecchen anerkannte Ohratresie verhindert, dass der Brillenbügel Halt findet. Gemäss der Meinung des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers handelt es sich hier um eine vom Richter zu füllende Gesetzeslücke.

Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine (befriedigende) Antwort gibt. Bevor aber eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers, ein sog. qualifiziertes Schweigen, darstellt. Ist dies zu verneinen, bleibt zu prüfen, ob sich mit Hilfe der Auslegungsregeln dem Gesetz eine stillschweigende Anordnung entnehmen lässt. Erst nach Verneinung dieser Frage kann von einer Lücke gesprochen werden. Die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken (BGE 125 V 8 ff. mit Hinweisen). Während bei einer echten Lücke eine sich unvermeidlich stellende Rechtsfrage nicht beantwortet wird und der Richter diese unter Rückgriff auf die ratio legis zu schliessen hat (BGE 124 V 307 Erw. 4c), liegt bei einer unechten Lücke eine sachlich unbefriedigende Antwort vor, deren Korrektur den rechtsanwendenden Organen grundsätzlich nicht bzw. nur unter strengen Voraussetzungen erlaubt ist (BGE 124 V 164 f. Erw. 4c und 275 Erw. 2a).

In diesem Fall findet sich im IVG und den dazu gehörenden Vollziehungserlassen keine befriedigende Antwort auf die Frage, wie der Anspruch eines Versicherten geregelt ist, der wegen eines Geburtsgebrechens Hilfsmittel benötigt, auf die er gemäss den Bestimmungen von Art. 21 IVG bzw. der HVI eigentlich keinen Anspruch hat. Die Frage ist daher vom Gericht unter Rückgriff auf die «ratio legis» zu beantworten. Gegenstand der medizinischen Massnahmen gemäss Art. 12 f. IVG sind unter anderem die Geburtsgebrecchen und die in ihren Symptomkreis fallenden Leiden. Dies betrifft einmal das Geburtsgebrecchen selber, wie es im Anhang zur GgV umschrieben ist. Zu der Behandlung des Geburtsgebrechens zählen aber auch alle Folgeleiden und Begleiterscheinungen, die – medizinisch gesehen – in den Symptomkreis des in Frage stehenden Geburtsgebrechens fallen (Meyer-Blaser U., Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, S. 103). Die Tatsa-

che, dass sich an der fehlenden Ohrmuschel des Beschwerdeführers wegen seiner Atresia auris congenita kein Brillenbügel befestigen lässt, muss als Folgeleiden bzw. Begleiterscheinung qualifiziert werden. Für die durch diese Begleiterscheinung entstandenen Mehrkosten hat die Invalidenversicherung nach Meinung des Gerichts aufzukommen. Dabei ist es nicht der Sinn des Gesetzes, dass die Invalidenversicherung die Kosten für die Kontaktlinsen als Ganzes übernimmt. Vielmehr sind nur die Mehrkosten der Versorgung mit Kontaktlinsen gegenüber der Brillenversorgung zu erstatten, denn die Basiskosten der optischen Korrektur als solche hat jeder Versicherte, der an Kurzsichtigkeit leidet, auch selber zu übernehmen. Nur die Mehrkosten, die durch die Ohratresie entstehen, gehen zu Lasten der Invalidenversicherung. Wie hoch aber diese Mehrkosten sind, die durch das Tragen von Kontaktlinsen gegenüber einer Brille entstehen, lässt sich den vorliegenden Akten nicht entnehmen. Die Beschwerdesache muss deshalb zur ergänzenden Abklärung und zur Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen an die IV-Stelle zurückgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 1. Mai 2000

(Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil vom 17. Februar 2001 abgewiesen)

Art. 15 Abs. 3 lit. c UVG und Art. 24 Abs. 3 UVV. – Berechnung des versicherten Verdienstes bei Versicherten, die am Tage eines Unfalls nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit beziehen. In casu Anwendung der Sonderregelung verneint, weil sich der Versicherte in einem gewöhnlichen Teilzeitarbeitsverhältnis ohne Ausbildungscharakter befand.

Aus dem Sachverhalt:

A. V. R. stürzte am 19. September 1995 in W. kopfvoran aus einer Höhe von mehreren Metern auf Steinboden. Dabei erlitt er eine schwere traumatische Hirnverletzung. Mit Verfügung vom 24. September 1998 stellte die Unfallversicherung K. einen Invaliditätsgrad von 100% fest. Ab dem 1. Oktober 1998 gewährte sie eine monatliche Komplementärrente in Höhe von Fr. 133.– mit gleichzeitiger Einstellung der Taggelderleistungen. Ebenfalls ab dem 1. Oktober 1998 gewährte sie eine Hilflosenentschädigung mittleren Grades in der Höhe von Fr. 1068.–. Die Integritätsentschädigung wurde mit Fr. 97'200.– festgelegt. Eine gegen diese Verfügung erhobene Einsprache vom 16. Oktober 1998 wurde mit Einspracheentscheid vom 29. April 1999 abgewiesen.

B. Gegen diesen Entscheid liess V. R. Beschwerde einreichen und beantragen, die Unfallversicherung habe ihm eine Komplementärrente aufgrund eines versicherten Einkommens von Fr. 84'000.– p.a. auszubehalten, alles

unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Unfallversicherung. Zur Begründung liess er ausführen, er sei vom 1. Juli 1992 bis am 31. Dezember 1992 vollzeitlich als Redaktionsmitarbeiter bei der X. AG tätig gewesen. Nebst seiner Ausbildung zum Journalisten/Redaktionsmitarbeiter habe er den Abschluss eines juristischen Studiums an der Universität B. angestrebt und zu diesem Zweck seine Tätigkeit als Journalist ab dem 1. Januar 1993 auf 40% reduziert. Es sei davon auszugehen, dass er im Zeitpunkt des Unfalls eine zweifache Berufsausbildung als Redaktor/Journalist und als Jurist absolviert habe. Es habe für ihn festgestanden, dass er nach Abschluss des juristischen Lizentiates in einem Beruf tätig sein würde, in dem er seine Berufserfahrung als Journalist mit der juristischen Ausbildung verbinden könne. Die Tätigkeit bei der X. AG habe eine praktische Ausbildung zum Medienschaffenden beinhaltet und sei nicht nur auf den Erwerb eines Einkommens ausgerichtet gewesen. Seine Interessen seien schwerpunktmässig nicht in der Ausbildung zum Juristen gelegen, sondern hätten sich auf die praktische Tätigkeit eines Journalisten/Redaktionsmitarbeiters konzentriert. Bei der Berechnung des Taggeldes ab dem Zeitpunkt, da er nach Abschluss seines Studiums eine berufliche Tätigkeit aufgenommen hätte, sei die Unfallversicherung unpräjudiziell von einem Jahreslohn von Fr. 84'000.- ausgegangen. Dieser Jahreslohn sei auch der Invalidenrente zugrunde zu legen. Es sei durchaus realistisch, dass der Beschwerdeführer nach Erlangung des juristischen Lizentiates in seinem anvisierten Beruf als Redaktor und Journalist ein durchschnittliches Monatseinkommen im Bereich von Fr. 7000.- erzielt hätte. Des Weiteren wird auch geltend gemacht, dass das von der Unfallversicherung der Rente zugrunde gelegte Einkommen von Fr. 18'720.- bei einem Arbeitspensum von 40% erzielt worden sei. Die Beschränkung der Erwerbstätigkeit auf 40% sei aus Gründen der Ausbildung temporär eingeschränkt gewesen. Der Rente müsse ein versicherter Verdienst zugrunde gelegt werden, welcher einem Vollzeitpensum entspräche. Gemäss Angaben der X. AG gegenüber dem Schadenexperten der Unfallversicherung hätte er bei einem Vollzeitpensum ein monatliches Einkommen von Fr. 5200.- bis 5600.- erzielt, weshalb von einem versicherten Verdienst von Fr. 64'800.- (12 mal Fr. 5400.-) auszugehen sei.

C. Mit Vernehmlassung vom 3. November 1999 beantragt die Unfallversicherung die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

2. Streitig und zu prüfen ist die Höhe des versicherten Verdienstes als Grundlage des Rentenanspruchs. Die Rente wird in der Regel anhand des Lohnes, welcher innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogen wurde, berechnet (Art. 15 Abs. 2 UVG). Gemäss Art. 15 Abs. 3 lit. c UVG hat der Bundesrat unter anderem für Versicherte, die nicht oder noch nicht den berufsüblichen Lohn erhalten, Sonderbestimmungen zu erlassen. Gestützt auf diese Ermächtigung hat der Bundesrat unter anderem Art. 24 Abs. 3 UVV

erlassen. Dieser bestimmt Folgendes: Bezog der Versicherte wegen beruflicher Ausbildung am Tage des Unfalls nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit derselben Berufsart, so wird der versicherte Verdienst von dem Zeitpunkt an, da er die Ausbildung abgeschlossen hätte, nach dem Lohn festgesetzt, den er im Jahr vor dem Unfall als voll Leistungsfähiger erzielt hätte. Mit dieser Sonderregel soll verhindert werden, dass eine versicherte Person, die vor Beendigung der beruflichen Grundausbildung einen viel kleineren Lohn als die Ausgebildeten bezieht, Zeit ihres Lebens eine geringere Rente als diese bekommt (Alfred Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 333).

a) Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich der Beschwerdeführer am Tage des Unfalles in beruflicher Ausbildung befand und deswegen nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit derselben Berufsart erhalten hat. Als voll leistungsfähig gilt praxisgemäss, wer sein primäres Ausbildungsziel erreicht hat und seinen Beruf normal ausüben kann (BGE 106 V 229 E. 2). Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer – gemäss der Unfallmeldung der X. AG – als gelernter Mitarbeiter im Bereich Programm/Redaktion angestellt war. In ihrem Schreiben vom 21. Juli 1998 führte die ehemalige Arbeitgeberin auf Anfrage der Unfallversicherung aus, der Beschwerdeführer sei im Sinne einer Nebenbeschäftigung zu seinem Jura-Studium beschäftigt gewesen. Es habe nie die Absicht bestanden, ihn vollumfänglich zu beschäftigen oder ihn journalistisch auszubilden. Damit steht fest, dass die Tätigkeit bei der X. AG an sich keine Ausbildung seitens des Arbeitgebers beinhaltete. Auch das Zwischenzeugnis vom 31. Juli 1995 deutet darauf hin, dass der Beschwerdeführer bei der X. AG nicht in Ausbildung war. Die X. AG schreibt, dass der Beschwerdeführer nach einer mehrwöchigen Einführung sämtliche Rubriken der X. AG betreut und redigiert habe.

b) Zu prüfen ist sodann, ob das Jus-Studium allenfalls als Ausbildung zum Journalisten zu verstehen ist. Der Ausbildungsweg von Journalisten ist nicht klar vorgegeben. Auch wenn entsprechende Schulen existieren, verfügen Journalisten oft über eine Ausbildung in einem anderen Gebiet. Unter diesem Gesichtspunkt ist auf obige Frage einzugehen. Artikel 24 Abs. 3 UVV verlangt, dass es sich bei den Erwerbszweigen des «in Ausbildung Stehenden» und des «bereits Ausgebildeten» um dieselbe Berufsart handelt. Mit anderen Worten muss ein Kausalzusammenhang zwischen der versicherten Tätigkeit und dem angestrebtem Berufsziel bestehen. Einen solchen Zusammenhang hat das EVG im Falle eines Werkstudenten verneint, der im Sommer im Baugewerbe als Hilfsmonteur arbeitet, weil die Tätigkeit des Bauarbeiters nicht in Verbindung mit dem angestrebten Berufsziel des Biologiemittelschullehrers steht (RKUV 1992 Nr. U 148 S. 122 f. E. 5b und c). Das primäre Berufsziel des Beschwerdeführers ist nach Angabe seines Rechtsvertreters Journalist/Redaktionsmitarbeiter. Die Eltern des Beschwerdeführers erklärten gegenüber der Unfallversicherung, dass drei berufliche Wege zur Diskussion gestanden hätten: weiteres Studium im Medien/Euro-

parecht, Anwaltspatent oder die Journalistenschule. Wie sein Arbeitgeber ausführt, hat er diesen Beruf bei der X. AG in Teilzeit bereits unabhängig von seinem Studium ausgeübt. Ein abgeschlossenes Studium wäre sicher vorteilhaft in Form von Hintergrundwissen in die journalistische Tätigkeit eingeflossen und hätte sich auch auf den Lohn ausgewirkt. Das zeigt sich im Formular bezüglich des mutmasslichen Lohnes. Der Monatslohn des Beschwerdeführers wäre nach dem Erlangen des Lizentiaten im Frühjahr 1996 für das Jahr 1996 bei einer 100% Anstellung um Fr. 1000.- gestiegen. Der Beschwerdeführer hat die Tätigkeit als Journalist jedoch schon ohne seine juristische Ausbildung selbständig ausüben können. Das Jus-Studium hätte dem Beschwerdeführer allenfalls die Möglichkeit eröffnet sich als Fachjournalist zu etablieren. Der Beschwerdeführer verfolgte gemäss den Akten jedoch kein solches spezifisches Berufsziel, es standen vielmehr verschiedene Weiterbildungsoptionen im Anschluss an das Studium zur Diskussion. Und selbst wenn er ein solches Berufsziel verfolgte hätte, entspräche es nicht mehr der versicherten Grundausbildung zur Erreichung des primären Ausbildungsziels gemäss Art. 24 Abs. 3 UVV (Alfred Maurer, a.a.O., S. 332).

c) Aus dem oben Ausgeführten folgt, dass sich der Beschwerdeführer offensichtlich nicht in Ausbildung zum Programm-/Redaktionsmitarbeiter befand. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 24 Abs. 3 UVV muss aber die Entlohnung wegen der Ausbildung niedriger sein als der Lohn des voll Leistungsfähigen derselben Berufsart. Die berufliche Ausbildung muss also für den kleineren Lohn kausal sein. Dies traf im vorliegenden Fall offensichtlich nicht zu. Der Lohn des Beschwerdeführers entsprach dem eines Redaktionsmitarbeiters mit einem 40%-Pensum. Dass es sich dabei um eine Nebenbeschäftigung handelte, zeigt auch die Tatsache, dass er seine Redaktionsarbeit vorwiegend an den Wochenenden ausübte, während er wochentags seinem Studium nachging. Nachdem der Beschwerdeführer offensichtlich nicht wegen Ausbildung einen geringeren Lohn bezog als ein Versicherter mit voller Leistungsfähigkeit, erübrigen sich Ausführungen darüber, ob er nach dem Studium eine Ausbildung als Journalist gemacht hätte. Der Vollständigkeit halber sei aber erwähnt, dass es sich bei der Jus-Lizentiatsprüfung um eine vollständig andere Ausbildung gehandelt hat, in deren Anschluss sicher auch eine intensivere Ausbildung in journalistischer Hinsicht möglich gewesen wäre. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass der Beschwerdeführer nicht wegen einer Ausbildung weniger verdiente, sondern wegen des Teilzeitverhältnisses und der Tatsache, dass es sich dabei offensichtlich um eine Nebenbeschäftigung handelte.

3. Der Beschwerdeführer lässt – gestützt auf einen neueren Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts – vorbringen, dass selbst bei verunfallten Schnupperlehrlingen von einem versicherten Verdienst auszugehen ist, welcher einem durchschnittlichen Einkommen der Arbeitnehmer gemäss der Lohn- und Gehaltserhebung des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit entspreche. Er lässt ausführen, es könne nicht Meinung des Ge-

setzgebers sein, dass Schnupperlehrlinge, deren berufliche Zukunft noch völlig offen sei, besser gestellt würden als Studenten, welche kurz vor Abschluss des Hochschulstudiums ständen. Es fänden sich weder im Gesetz noch in der Verordnung Hinweise darauf, dass Absolventen eines akademischen Studiums schlechter gestellt werden sollten als Lehrlinge.

Dem ist entgegenzuhalten, dass Schnupperlehrlinge gemäss Art. 1 UVG in Verbindung mit Art. 1a Abs. 1 UVV obligatorisch versichert sind, Studierende hingegen auch nicht freiwillig nach UVG versichern lassen können. Gemäss dem UVG sind nur Personen versichert, die eine praxisbezogene Ausbildung absolvieren. So ist eine Person, welche eine kaufmännische Lehre absolviert, im Gegensatz zu einer Person, die eine Handelsschule mit demselben Berufsabschluss macht, versichert. Ausschlaggebend für die Versicherung ist nicht die Ausbildung oder das Berufsziel, sondern alleine die praktische Tätigkeit. Dies führt zur Problematik, dass Schnupperlehrlinge im Gegensatz zu Studierenden in der Unfallversicherung in dem Sinne besser gestellt sind, als Studierende in ihrer Eigenschaft als in einer theoretischen Ausbildung stehend nicht versichert sind. Sobald Studierende eine praktische Tätigkeit ausüben, welche nach Reglement oder Übung zur beruflichen Grundausbildung gehört, z.B. das vorgeschriebene Praktikum für Juristen, die das Anwaltsexamen ablegen wollen, sind auch sie UVG-versichert (Alfred Maurer, a.a.O., S. 332). Es ist demnach aus der Gesetzessystematik ersichtlich, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, Studierende für das Risiko Unfall nicht zu versichern. Damit weist die Sonderregelung von Art. 24 Abs. 3 UVV in dem Sinne keine Lücke auf. Das EVG führt denn in seinem Entscheid vom 22. August 1995 auch explizit aus, dass Art. 24 Abs. 3 UVV insbesondere auf den Fall der Lehrlinge zur Anwendung gelange (RKUV 1995 S. 211 f. E. 3b aa).

4.

5. Der Beschwerdeführer lässt auch beantragen, es solle von einem versicherten Verdienst ausgegangen werden, welcher einem 100%igen Arbeitspensum entspreche. Wie oben ausgeführt, besteht im Sinne von Art. 24 Abs. 3 UVV kein Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit als Programm/Redaktionsmitarbeiter und der Ausbildung zum Juristen. Der versicherte Verdienst wird demnach nach der Grundregel von Art. 15 Abs. 1 UVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 4 UVV berechnet. Gemäss BGE 114 V 113 ist für die Ermittlung des versicherten Verdienstes das Kriterium der «normalen Beschäftigungsdauer» von entscheidender Bedeutung. Bei unterjährigen Arbeitsverhältnissen werde vermutet, dass der Versicherte ganzjährig zu den gleichen Bedingungen gearbeitet hätte, weshalb die Umrechnung auf 12 Monate erfolge. Wer aber in der versicherten Tätigkeit nur teilzeitlich arbeitet, kann keine Umrechnung auf 12 Monate oder 100% beanspruchen. Wirtschaftlich betrachtet macht es denn keinen Unterschied aus, ob dieses Arbeitspensum am Stück oder über das ganze Jahr hinweg bewältigt wird (Ur-

teil des EVG vom 10. März 1992, RKUV 1992 S. 123 E 5b). In seinem Urteil vom 15. Januar 1997 hat das EVG diese Rechtsprechung bestätigt, indem es festhielt, dass ein nach einem Unfall invalid gewordener teilzeiterwerbstätiger Versicherter nicht im gleichen Ausmass entschädigt werde, wie wenn er vollzeitlich gearbeitet hätte (SVR 1998 UV Nr. 3). Es erweist sich, dass die Versicherung von dem korrekten versicherten Verdienst ausgegangen ist. Entsprechend muss die Beschwerde abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 30. November 2000

(Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil vom 24. Januar 2002 abgewiesen)

Art. 52 AHVG – Mitglieder des Verwaltungsrates sind Organe im formellen Sinn (Erw. 4a). Die Organschaft im Sinne des materiellen Organbegriffs ist zu bejahen, wenn erstellt ist, dass der Beklagte die Geschäftstätigkeit massgeblich beeinflusste resp. bestimmte (Erw. 4b). Ergibt sich aus den Akten und dem Beweisverfahren, dass der Beklagte keine Entscheidungen selbständig traf, so ist er nicht Organ im materiellen Sinn (Erw. 4c). Ist jemand durch eine plötzlich festgestellte, schwere und lebensbedrohende Krankheit so vereinnahmt, dass er seine Verantwortung als Verwaltungsrat und Geschäftsführer einer Gesellschaft nicht mehr wahrzunehmen vermag, kann ihm trotz Missachtung von Vorschriften Grobfahrlässigkeit nicht zum Vorwurf gemacht werden (Erw. 5a). Wer die korrekte Lohnverbuchung und die Abrechnung gegenüber der Ausgleichskasse, bei Lohnzahlung die Ablieferung resp. Sicherstellungsstellung durch die Ausgleichskasse wartet, handelt grobfahrlässig im Sinne von Art. 52 AHVG (Erw. 5b).

Aus dem Sachverhalt:

A. Über die RA GmbH wurde am 15. Oktober 1996 der Konkurs eröffnet. Mit Datum vom 17. Dezember 1996 gab die Ausgleichskasse ihre Forderung im Umfange von Fr. 8128.50 im Konkurs ein. Mit Datum vom 19. Dezember 1996 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven wieder eingestellt. Zufolge dessen blieb ihre Forderung vollumfänglich ungedeckt. Mit Datum vom 4. November 1997 konfrontierte die Ausgleichskasse A.B., C.D. und E.F. mit der Möglichkeit der Schadenersatzpflicht im Sinne von Art. 52 AHVG und gewährte ihnen das rechtliche Gehör zur Frage ihrer Verantwortlichkeit für die konkursite Gesellschaft. A.B. teilte der Kasse in der Folge mit, sie habe wohl als verantwortliche Geschäftsführerin gezeichnet. Sie sei allerdings Mitte 1995 mit der Diagnose MS (multiple Sklerose) konfrontiert worden. In der Folge habe sie ihrer Arbeit nicht mehr nachkommen

können. Sie gelte als arbeitsunfähig. C.D. verwies darauf, er sei lediglich Projektleiter in der konkursiten Gesellschaft gewesen. Es habe ihm an Zeichnungsbefugnis gemangelt. E.F. schliesslich erklärte, lediglich als Domizilhalter ohne weitere Funktionen geamtet zu haben. Mit Schadenersatzverfügung vom 18. Dezember 1997 ersuchte die Ausgleichskasse A.B. als Gesellschafterin mit Einzelzeichnungsbefugnis sowie frühere Geschäftsführerin der konkursiten Gesellschaft, C.D. als deren Nachfolger für die Geschäftsführung der Gesellschaft sowie E.F. als weiteres Gesellschaftsorgan, ihr für entgangene Sozialversicherungsbeiträge Schadenersatz im Betrage von Fr. 8128.50 zu leisten. Alle drei Adressaten einer Schadenersatzverfügung erhoben dagegen Einsprache.

Am 18. Februar 1998 reichte die Ausgleichskasse gestützt auf Art. 52 AHVG gegen A.B. sowie C.D. und E.F. Klage ein und beantragte, diese seien zu verpflichten, ihr Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge im Betrage von Fr. 8128.50 zu bezahlen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Verantwortlichkeitsbereiche der drei Beklagten seien zwar nicht restlos geklärt, fest stehe aber, dass A.B. als Geschäftsführerin im Handelsregister eingetragen sei und auch als solche fungiert habe. Soweit sie geltend mache, ab Mitte 1995 diese Position krankheitshalber nicht mehr bekleidet zu haben, sei ihr entgegenzuhalten, dass über diese Zeit hinaus Löhne ausbezahlt worden seien, dass aber A.B. selbst im April 1996 die Lohnmeldung erbracht habe. Hinsichtlich der Organstellung könne die Krankheit, so ernst diese auch sei, nicht beachtet werden. Hingegen sei ihr bei der Beurteilung des Umfangs der Haftung Beachtung zu schenken. C.D. habe als einziger Lohn bezogen, gleichwohl niemand die Berechtigung gehabt haben solle, Löhne auszuzahlen. E.F. schliesslich habe zufolge der Erkrankung von A.B. als Domizilhalter der Gesellschaft weitere Funktionen übernommen, die es rechtfertigten, ihn zur Verantwortung zu ziehen. Die drei Beklagten beantragen alle die Abweisung der Klage.

Aus den Erwägungen:

.....

4. a) Die Organstellung von A.B. ist bereits nach dem formellen Organbegriff zu bejahen, figurierte sie doch seit Anmeldung der Gesellschaft beim Handelsregister in Zug und bis zur Konkurseröffnung als geschäftsführende Gesellschafterin der konkursiten RA GmbH. Dass sie sich nach ihrer Erkrankung an MS im Sommer, Herbst 1995 zur Ausübung ihrer Tätigkeiten nicht mehr in der Lage sah, möglicherweise dazu auch objektiv gesehen nicht mehr in der Lage war, ist bei der Beurteilung des Verschuldens zu würdigen.

b) Mit dem Beklagten 2 ist festzustellen, dass in seinem Falle nicht vom formellen Organbegriff ausgegangen werden kann. Hingegen ist zu prüfen, ob der materielle Organbegriff, wie er in der Bundesgerichtspraxis erarbeitet

wurde, auf den Beklagten 2 zutreffe. Wiederholt hielt das Bundesgericht fest, Organ sei nicht nur, wer entsprechend im Handelsregister eingetragen sei oder mit Zeichnungsbefugnis ausgestattet sei. Vielmehr müsse beachtet werden, welche tatsächlichen Funktionen jemand in einer Gesellschaft ausübe. Dabei sei aber ein eher strenger Massstab anzuwenden. Die Person müsse, um als Organ im materiellen Sinne gelten zu können, mit Kompetenzen ausgestattet sein resp. gewesen sein, die es ihr erlaubten, die Geschäftstätigkeit wesentlich zu beeinflussen. C.D. bestreitet seine Organstellung vollumfänglich. Er verwies schon auf dem Fragebogen über die Arbeitgeberhaftung darauf, keine Unterschriftsberechtigung besessen und lediglich als Projektleiter fungiert zu haben. In der Einsprache wies er zudem darauf hin, weder mit Prokura noch mit einer anderen Generalbevollmächtigung ausgestattet gewesen zu sein. Im Widerspruch dazu erklärte er allerdings in seiner Klageantwort, nach Erkrankung von A.B. habe er interimistisch die Geschäftsleitung übernommen. An anderer Stelle führte er aus, da die RA GmbH zu diesem Zeitpunkt nur noch als Messeorganisatorin aktiv gewesen sei, die übrigen Geschäftsbereiche wie den Handel mit Medizin- und Computertechnik bereits eingestellt habe, sei seine Tätigkeit als interimistischer Geschäftsführer der Gesellschaft mit der Funktion des Projektleiters für die Messe 95 identisch gewesen. Auch anlässlich der Parteibefragung vom 7. November 2000 erklärte er, er habe A.B. als seine damalige Lebenspartnerin nach ihrer Erkrankung entlastet und ihre Funktionen übernommen. Damit bestätigte er unmissverständlich, ab Erkrankung von A.B. als Geschäftsführer der konkursiten RA GmbH fungiert zu haben. Gemäss Akten und als Ergebnis der Parteibefragung darf als erstellt betrachtet werden, dass C.D. bis Spätsommer resp. Herbst 1995 im Auftragsverhältnis für die RA GmbH tätig, ab Spätsommer oder Herbst 1995 fest angestellt war, ab diesem Zeitpunkt aber die notwendigen Verhandlungen für die Gesellschaft geführt hatte, sowohl die Kontakte mit den Kunden wie den Kontakt mit dem mit der Buchhaltung beauftragten Treuhandbüro wahrgenommen hatte. Dass er auch die notwendigen Entscheide selbst traf, ergibt sich unter anderem aus der Äusserung von A.B., man habe sie zu schonen versucht, habe sie angesichts ihrer Erkrankung mit den Problemen um die Messe 95 nicht belasten wollen. Es sei allerdings möglich, dass sie auf Vorlage von C.D. die eine oder andere Unterschrift unter bereits gefertigte Papiere geleistet habe. Diese Aussage blieb unwidersprochen. In diesem Zusammenhang nicht unbeachtlich erscheint auch der Hinweis von E.F., Liquiditäts- und andere Probleme habe er mit C.D. besprochen. Der Umstand, dass C.D. gleichwohl er nun offensichtlich Entscheidungsträger war, nicht zeichnungsberechtigt war, spricht sowenig gegen seine Organschaft wie das Faktum, dass die Geschäftsführung der Gesellschaft sich mehr oder weniger in der Projektleitung für die Messe 95 erschöpfte. C.D. ist nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ab Oktober 1995 als faktisches Organ der konkursiten RA GmbH zu sehen und als solches für allfällige Schäden haftbar, so ihm ein Verschulden im Sinne von Art. 52 AHVG zum Vorwurf gemacht werden kann.

c) Auch im Falle von E.F. kann nicht vom formellen Organbegriff ausgegangen werden und es ist zu prüfen, ob der materielle Organbegriff gemäss Praxis des Bundesgerichts auf ihn zutrifft. E.F. bestritt stets eine Organstellung für sich. Im Fragebogen über die Arbeitgeberhaftung verwies er darauf, lediglich Domizilhalter der RA GmbH gewesen zu sein. In der Einspracheschrift präzisierte er, namens der A. Treuhand-Gesellschaft AG am 31. Januar 1996 die Domizilannahmeerklärung unterzeichnet zu haben. Infolge Erkrankung der Geschäftsführerin habe seine Gesellschaft die Erledigung gewisser unaufschiebbarer Administrativarbeiten übernommen, allerdings ohne spezielle Vollmachten oder Weisungsbefugnisse. Im Umgang mit Domizilgesellschaften sei dies üblich. Im Juli 1996 sei die Vollmacht für den Verkehr mit dem Betreibungsamt erstellt worden, von Fall zu Fall seien dann noch weitere Vollmachten erfolgt. Lohnabrechnungen und Lohnzahlungen habe er nie erbracht. Soweit er Lohnmeldungen unterschrieben habe, nachdem er vorerst davon ausgegangen sei, dass die RA GmbH gar kein Personal beschäftige, sei dies stellvertretend für die im Spital weilende Gesellschafterin erfolgt. Anlässlich der Parteibefragung vom 7. November 2000 erklärte E.F. auf Befragen, seine mittlerweile ebenfalls nicht mehr existente Treuhandgesellschaft habe für die konkursite RA GmbH das Domizil gewährt, im Übrigen die Buchhaltung, somit auch Lohnbuchhaltung, erstellt, Steuerfragen geklärt und weitere Aufgaben erfüllt, wie dies in Treuhandverhältnissen üblich sei. Ein schriftlicher Treuhandvertrag habe nicht bestanden. Schliesslich räumte E.F. ein, die RA GmbH in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht vielleicht nicht mit der Sorgfalt beraten zu haben, wie dies angezeigt gewesen wäre, betonte aber, auf die Geschäftstätigkeit nie Einfluss und keine Entscheidbefugnisse gehabt zu haben. In Würdigung der Akten sowie der zitierten Parteiaussagen, die von den übrigen Parteien nicht in Abrede gestellt wurden, kann von Organstellung von E.F., auch im materiellen Sinne, nicht ausgegangen werden. Die von E.F. erbrachten Arbeiten dürfen nach Ansicht des Gerichts gesamthaft als treuhänderische Mandaterledigungen betrachtet werden. Dies belegt auch die Aussage von C.D., E.F. sei auszuklammern, da er nur administrative Arbeiten erledigt habe. Dass kein Treuhandvertrag vorliegt, deutet nicht auf weitergehende Einbindung von E.F. in die Gesellschaftsstruktur der konkursiten RA GmbH sondern offenbart vielmehr, dass er als Inhaber einer mittlerweile ebenfalls konkursiten Treuhandgesellschaft auf formale Ordnung in der Geschäftsausübung weniger Wert legte. Sollten sich Zweifel an seiner korrekten Mandatsausübung für die RA GmbH regen, ist dies ohne Bedeutung für die Beurteilung der Organfrage. Dass er schliesslich die Mitteilung, die RA GmbH beschäftige kein Personal, unterzeichnet hatte, die spätere Lohnmeldung aber nicht unterzeichnet hat, indiziert weder Organstellung noch Treuhandverhältnis. Jedenfalls ergibt sich aus den Akten kein Hinweis, dass E.F. in der konkursiten Gesellschaft Mitspracherecht genoss, den Geschäftsgang in irgend einer Form zu beeinflussen vermochte. Anlässlich der Parteibefragung setzte selbst der Vertreter der Klägerin hinter die Organstellung von E.F. ein Fragezeichen. Nach dem Beweisgrad der

überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist demzufolge anzunehmen, E.F. sei nicht als Organ der konkursiten RA GmbH zu betrachten, demzufolge für entstandenen Schaden der Klägerin dieser gegenüber nicht haftbar.

5. Nunmehr stellt sich die Frage nach dem Verschulden von A.B. und C.D.. Auch diese Frage ist für beide gesondert zu prüfen.

a) A.B. wusste um die periodische Pflicht zur Abrechnung und Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen resp. hätte bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit und Wahrung ihrer Sorgfaltspflicht darum wissen müssen. Dieses Wissen wird auch nicht bestritten. Zu Ihrer Entschuldigung führt A.B. an, Mitte 1995 an multipler Sklerose erkrankt zu sein. Bis zu ihrer Erkrankung habe sie alles alleine gemacht, sich aber keinen Lohn ausbezahlt. Ihr Gesundheitszustand habe sich dann dermassen verschlechtert, dass sie ab Oktober 1995 die Geschäftsführung nicht mehr ausüben können. Nun sei C.D. eingesprungen. Letzterer bestreitet dies nicht. Ab Januar 1996 habe sie, A.B., gar hospitalisiert werden müssen. A.B. könnte hierauf wohl entgegengehalten werden, dass ihre Erkrankung sich schritt- oder schubweise einstellte, so dass es ihr hätte möglich sein müssen, ihre Stellvertretung in der Gesellschaftsführung zu organisieren resp. ihre Entlastung aus ihrer Funktion auch in formeller Hinsicht in die Wege zu leiten. Andererseits ist A.B. zugute zu halten, dass sie von der ihr gestellten medizinischen Diagnose wohl zu Recht erschrocken, ja niedergeschlagen war, wie auch jede andere Person in der gleichen Lage durch diese Diagnose niedergeschlagen gewesen wäre, kann multiple Sklerose nach Pschyrembel doch einen sehr unterschiedlichen Verlauf nehmen, in einzelnen Fällen mit tödlichem Ausgang in wenigen Monaten oder Jahren, was bei erster Diagnose wohl kaum mit Sicherheit beurteilt werden dürfte. Dass in diesem Falle und angesichts eines solchen Einschnitts ins Leben geschäftliche Belange für A.B. keine Bedeutung mehr hatten, erscheint als vollumfänglich nachvollziehbar. Dass sich A.B. um die geschäftlichen Belange nicht mehr kümmerte, kann ihr zwar als fehlende Führungsverantwortung, somit als Sorgfaltspflichtverletzung vorgehalten werden. Auf Grund der gesamten Verhältnisse, auf Grund der Konfrontation mit einer schweren und lebensbedrohenden Krankheit darf ihr dies aber nicht schwer angelastet werden und es lässt sich im Rahmen des richterlichen Ermessens feststellen, dass die vorliegende Unsorgfalt den Grad der Grobfahrlässigkeit nicht erreicht. Dass A.B. nach ihrer Erkrankung und auf Vorlage durch C.D. ihrem Partner noch einzelne Dokumente unterzeichnet hatte, ändert an der Beurteilung ihres Verschuldens nichts. A.B. erscheint daher mangels Grobfahrlässigkeit nicht haftbar.

b) Anders präsentiert sich die Verschuldenssituation von C.D. Er wusste um die periodische Pflicht zur Abrechnung und Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen resp. hätte bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit und Wahrung seiner Sorgfaltspflicht darum wissen müssen. Auch er bestreitet dieses Wissen nicht. Inwieweit er sich auf die Beurteilung des Treuhänders, er figu-

riere nicht als Angestellter, sondern dürfe als Selbständigerwerbender beurteilt werden, hätte verlassen dürfen, kann dahin gestellt bleiben, erklärte er doch anlässlich der Parteibefragung vom 7. November 2000 selbst ausdrücklich, er habe gewusst, dass auf seinen Löhnen die Sozialversicherungsleistungen zu erbringen seien. Die RA GmbH hatte, wie die Parteibefragung ergab, kein geregeltes Lohnwesen gekannt. Nachdem A.B. sich nie Löhne ausbezahlt hatte, pflegte C.D. Geldbeträge, soweit verfügbar, einfach einzustecken. Diese wurden ihm dann nachträglich und weil er andere Verwendung nicht belegen konnte, als Lohn angerechnet. Ein solches System der Lohnabwicklung wirkt wenig seriös und birgt in sich die Gefahr, dass korrekte Lohndeklarationen an die Sozialversicherungen gar nicht mehr vorgenommen werden können. Jedenfalls ist die Lohnauszahlung in zeitlicher Hinsicht so nicht bestimmbar. Dieses Vorgehen erscheint daher auch mit einer sorgfältigen Geschäftsführung bei seriöser Lohnbuchhaltung unvereinbar.

Gemäss konstanter Praxis des EVG kann der Rückbehalt von Sozialversicherungsbeiträgen nicht als Sanierungsmittel für ein illiquides Unternehmen betrachtet werden. Die Unterlassung der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen ist höchstens ausnahmsweise einmal zu tolerieren, wenn sich Liquiditätsprobleme einstellen, auf deren Beseitigung binnen kurzer Frist von zwei, drei Monaten die Geschäftsführung in guten Treuen und berechtigterweise hoffen darf, die Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge danach aber umgehend nachgeholt werden kann. Ob vorliegend von einer vorübergehenden Liquiditätskrise gesprochen werden darf, auf deren Beseitigung C.D. als verantwortlicher Geschäftsführer in guten Treuen hoffen durfte, ist somit zu prüfen. In casu zeichneten sich bereits bei der Organisation der Messe 95 im Herbst 1995 erste Probleme ab. Grosse Aussteller wie N., W., C., M. und S. sagten ab, schliesslich auch D. Mehrere hundert Quadratmeter Ausstellungsfläche blieben somit frei, hätten kurzfristig anders vergeben werden müssen, was nicht möglich war. Damit zeigte sich bereits vor Messebeginn, dass das somit entstandene Liquiditäts-Loch nur bei gutem Messebesuch, bei Eintritt in den Bereich der maximal budgetierten Besucherzahlen (35'000 bis 50'000) hätte beseitigt werden können. Gewinn erschien nach Angaben von C.D. bereits zu diesem Zeitpunkt nicht mehr realistisch, hingegen hätte ein gutes Messeergebnis Verlust vermeiden können. Angesichts dessen erscheinen Lohnzahlungen ohne jede Sicherstellung der Sozialversicherungsbeiträge bereits zu diesem Zeitpunkt als problematisch. Die Messe selbst endete dann in einem Fiasko. Anstelle der erhofften 50'000 Besucher fanden lediglich ca. 5500 den Weg in die Messe. Mit dem Ende der Messe musste C.D. demzufolge wissen, dass die erfolgten Einnahmen die Schulden in keiner Weise zu decken vermöchten. Auf weitere Einkünfte konnte er frühestens für den Fall einer zweiten Durchführung der Messe binnen Jahresfrist hoffen. Dass er sich nach resp. bei Beendigung der Messe, wenn auch noch 1995, letzte Lohnzahlungen zukommen liess, gedacht als Entlohnung für die notwendigen Folgearbeiten nach Messeschluss, die Sozial-

versicherungsbeiträge wiederum nicht abrechnete und sicherstellte resp. bezahlte, erscheint den obigen Ausführungen zufolge als absolut unverantwortlich. Da er auf baldige Liquidität berechtigterweise nicht mehr hoffen konnte, hätte er, vor Leistung weiterer Lohnzahlungen, vorerst die bisher angefallenen Ausstände der Sozialversicherungen bereinigen müssen. Der Hinweis, Rechnungen der Kasse seien erst später zugegangen, exkulpert ihn in keiner Weise, da er, wie er zugestand, um die entsprechende periodische Abrechnungs- und Bezahlungspflicht gewusst hatte. Da es sich in casu um eine Gesellschaft mit einfachster Struktur handelte, lediglich ein Lohn, sein Lohn ausbezahlt wurde, hätte C.D. bei allgemein üblicher Lohnauszahlung den Durchblick nie verlieren können. Es kann ihm daher der Vorwurf der grobfahrlässigen Verletzung von Bestimmungen des AHVG nicht erspart bleiben, weshalb er für den entstandenen Schaden zu haften hat.

Verwaltungsgericht, 21. Dezember 2000

Art. 7 KZG. – Begriff des Pflegekindes im Sinne von § 7 KZG.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 15. Januar 2001 lehnte die Ausgleichskasse des Kantons Zug ein Gesuch von A.B. auf Ausrichtung von Kinderzulagen für die Stiefkinder C. und D. ab. Zur Begründung führte die Kasse aus, der Stiefvater habe für ein Stiefkind nur dann Anspruch auf Kinderzulagen, wenn er für den Unterhalt des Kindes aufkomme. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da die Alimentenbevorschussungsstelle K. Alimente bezahle. A. B. erhob gegen diese Verfügung Beschwerde und erklärte, er sei seit acht Jahren mit seiner Frau verheiratet und seither sowohl für die Erziehung wie auch für den Unterhalt der beiden Kinder C. und D., welche inzwischen seinen Familiennamen angenommen hätten, verantwortlich. Der leibliche Vater sei weder an einer Beteiligung an den Unterhaltskosten noch an seinem Besuchsrecht interessiert. Seine Frau könne wegen Erziehungsaufgaben und aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr arbeiten und er habe somit immer die Kinderzulagen zugesprochen erhalten. Die Kinderzulagen über den leiblichen Vater einzuholen, wäre zwecklos, da dieser verschuldet sei. Die Alimente bezahle er auch nicht, so dass sie diesbezüglich eine Bevorschussung der Stadt K. bekämen. Die Ausgleichskasse beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

.....

2. Nach § 5 Abs. 1 KZG haben haupt- und nebenberufliche Arbeitnehmer mit einem Kind oder mehreren Kindern, deren nichtlandwirtschaftliche Arbeitgeber diesem Gesetz unterstellt sind, Anspruch auf Kinderzulagen für jeden vollen Arbeitsmonat. Zulageberechtigt sind Kinder verheirateter und unverheirateter Eltern und Pflegekinder (§ 7 Abs. 1 KZG).

a) Der Beschwerdeführer ist nicht der leibliche Vater der beiden Kinder C. und D. Vielmehr brachte die Ehefrau des Beschwerdeführers und Mutter die beiden Kinder in die Ehe ein. Die beiden Kinder leben aber seit langem zusammen mit einem gemeinsamen Kind des Ehepaars B. im Haushalt des Beschwerdeführers. Der leibliche Vater hat sich gemäss Unterhaltsverträgen vom 23. Januar 1989 und vom 2. April 1990 verpflichtet, Unterhaltsbeiträge und Kinderzulagen an den gesetzlichen Vertreter zu bezahlen. Diese werden von der Stadt K. bevorschusst. Da der Beschwerdeführer nicht der leibliche Vater von C. und D. ist, kann er somit nur dann Kinderzulagen beanspruchen, wenn C. und D. als seine Pflegekinder im Sinne von §7 KZG zu betrachten sind.

b) Als Pflegekind im Sinne von §7 des Gesetzes gilt ein Kind dann, wenn die Pflegeeltern eine Bewilligung der zuständigen Behörde vorweisen können (§ 6 der Vollziehungsverordnung zum KZG, VVKZG). C. und D. leben bei ihrer Mutter und dem Stiefvater. Damit ist eine Pflegebewilligung offensichtlich nicht notwendig. Aus dem Wortlaut von §6 VVKZG («Als Pflegekind ... gilt in der Regel ...») ergibt sich, dass dem Begriff «Pflegekind» auch noch eine andere Bedeutung zukommt, die ebenfalls einen Anspruch auf Kinderzulagen begründet. Allerdings lässt sich diese weitere Bedeutung weder dem Wortlaut der Bestimmung noch den Materialien entnehmen, weshalb zur Auslegung des Begriffs «Pflegekind» verwandte Gesetzesbestimmungen herangezogen werden müssen.

Nach der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts besteht das wesentliche Element des Pflegekindverhältnisses in der tatsächlichen Ausübung der gewöhnlich den leiblichen Eltern zufallenden Lasten und Aufgaben. Der Grund der Übertragung ist nicht wesentlich, er liefert aber einen Hinweis auf die Natur der Beziehung, besonders auf deren Dauerhaftigkeit und Unentgeltlichkeit. Als Pflegekind im Sinne des AHV-Rechts gilt ein Kind, das sich in der Pflegefamilie tatsächlich in der Lage eines ehelichen Kindes befindet und dessen Pflegeeltern die Verantwortung für Unterhalt und Erziehung wie gegenüber einem eigenen Kind wahrnehmen (Ueli Kieser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AHVG, Zürich 1996, S. 135 mit Hinweisen). Eine ähnliche Umschreibung findet sich in Rz 3207 ff. der Wegleitung über die Renten, gültig ab 1. Januar 1997 (RWL). Nach mehreren Urteilen des Zürcher Versicherungsgerichts ist wesentlich, dass das aufgenommene Kind faktisch den eigenen Kindern gleichgestellt wird. Wichtig ist auch, dass das Verhältnis dauerhaft und unentgeltlich ist (vgl. hiezu BSV, Die Rechtsprechung der kantonalen Rekursbehörden in den Jahren 1989 bis 1994, S. 197 f.; BSV, Die Rechtsprechung der kantonalen Rekursbehörden in den Jahren 1971 bis 1979, S. 77 ff.). Auch für die Auslegung des Pflegekindbegriffs in §7 KZG und §6 VVKZG muss darauf abgestellt werden, ob der Pflegevater gegenüber dem Kind für Unterhalt und Erziehung in gleicher Weise aufkommt, wie wenn es sein eigenes leibliches Kind wäre. Ebenfalls

ist auf die Dauerhaftigkeit und Unentgeltlichkeit des Verhältnisses abzustellen (vgl. dazu das Urteil des Verwaltungsgerichts i.S. S. AG und L. vom 10. Dezember 1992 und GVP 1993/94, S. 97 ff.).

c) C. und D. leben unbestrittenermassen seit längerem im Haushalt des Beschwerdeführers, sind dem inzwischen im Jahre 1994 geborenen ehelichen Kind des Ehepaares B. gleichgestellt und tragen den Familiennamen des Beschwerdeführers. Damit ist das Element der Dauerhaftigkeit offensichtlich erfüllt. Es ist auch nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer die gewöhnlich dem leiblichen Vater zufallenden Lasten und Aufgaben zu einem wesentlichen Teil übernommen hat. Fraglich ist hingegen, ob die Voraussetzung der Unentgeltlichkeit des Pflegekindverhältnisses ebenfalls erfüllt ist. Unentgeltlich ist das Pflegeverhältnis nach analog heranzuziehendem AHV-Recht, wenn die an die Pflegeeltern für das Kind von dritter Seite erbrachten Leistungen (z.B. Unterhaltsbeiträge der Eltern oder von Verwandten, Alimentenbevorschussung, Kostgelder, Sozialversicherungsrenten, an die Pflegeeltern ausbezahlte Waisenrenten u.a.) weniger als einen Viertel der tatsächlichen Unterhaltskosten decken (Rz 3210 RWL; BGE 98 V 253).

Der Unterhaltsbedarf für ein Kind im Alter von elf und zwölf Jahren beträgt bei einem von drei Kindern gemäss Anhang III zur RWL (Ansätze zur Bestimmung des Unterhaltsbedarfes für Kinder) für 1999/2000 Fr. 1023.-, für zwei Kinder somit das Doppelte, nämlich Fr. 2046.-. Mit der Alimentenbevorschussung durch die Stadt K. von monatlich Fr. 974.75 ist damit der Viertel des Unterhaltsbedarfs von Fr. 511.50 im vorliegenden Fall offensichtlich überschritten, weshalb es an der Unentgeltlichkeit mangelt. Der Beschwerdeführer hat mithin keinen Anspruch auf Kinderzulagen für die Stiefkinder C. und D.

Im vorliegenden Fall ist auch noch Folgendes zu beachten: In den Unterhaltsverträgen aus den Jahren 1989 und 1990 verpflichtete sich der leibliche Vater von C. und D. neben der Bezahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen auch zur Geltendmachung und monatlichen Bezahlung von Kinderzulagen, sofern diese nicht anderweitig bezogen würden. Ausdrücklich ist in Ziff. 1 lit. b des jeweiligen Vertrages enthalten, dass er persönlich haftbar werde, wenn er dieser Pflicht nicht nachkomme. Gegenüber dem leiblichen Vater besteht somit ein klagbarer Anspruch auf Bezahlung der Kinderzulagen.

Verwaltungsgericht, 10. Mai 2001

Art. 52 AHVG – Es kann einer Ausgleichskasse nicht als Selbstverschulden angelastet werden, wenn sie – auf Beschwerde hin – Beiträge, deren Rechtmässigkeit ebenfalls Gegenstand eines Verwaltungsgerichtsverfahrens ist, aus einem Tilgungsplan streicht, diese aber – nach Vorliegen des entsprechenden Gerichtsurteils – wieder geltend macht.

Aus dem Sachverhalt:

A. Über die EX. AG wurde am 26. November 1998 der Konkurs eröffnet. Bereits am 10. Dezember 1998 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven wieder eingestellt, so dass es der Ausgleichskasse nicht möglich war, ihre Forderung der Gesellschaft gegenüber im Konkurs einzugeben. Mit Schreiben vom 20. September 1999 lud die Ausgleichskasse A.B. als einzigen Verwaltungsrat der konkursiten EX. AG ein, zur Frage des ihr entstandenen Schadens sowie zur Frage seiner subsidiären Haftung als ehemals verantwortliches Gesellschaftsorgan Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 8. und vom 11. Oktober 1999 nutzte A.B. die Gewährung des rechtlichen Gehörs und verwies im Wesentlichen auf einen Tilgungsplan, der im Rahmen eines Verfahrens vor Verwaltungsgericht ausgehandelt und von der Kasse verfügt worden sei, der den nun geltend gemachten Schaden aber nicht enthalte. Mit Schadenersatzverfügung vom 15. November 1999 ersuchte die Ausgleichskasse A.B., ihr für entgangene Sozialversicherungsbeiträge Schadenersatz im Betrage von Fr. 12'372.85 zu leisten. Zur Begründung führte die Kasse an, durch den Konkurs der fraglichen Gesellschaft sei ihr ein Schaden entstanden. Die gemäss Tilgungsplan vom 7. August 1998 geleisteten Zahlungen seien selbstverständlich angerechnet worden. Die noch verbleibende Forderung ergebe sich aus den Verfügungen vom 19. Dezember 1997, welche durch das Urteil des Verwaltungsgerichts bestätigt worden seien. Die Haftbarkeit von A.B. stütze sich auf Art. 52 AHVG und ergebe sich aus seiner Stellung als einziger Verwaltungsrat der konkursiten Gesellschaft. Mit Einsprache vom 15. Dezember 1999 liess A.B. die Aufhebung der Schadenersatzverfügung beantragen. Zur Begründung verwies er vorerst darauf, die Forderungssumme beschlage fast ausschliesslich die von der Kasse als Lohn verstandenen letzten Zahlungen an C.D. Dieser sei 1994 und 1995 wohl nicht mehr Angestellter der EX. AG gewesen, der Gesellschaft sei aber im entsprechenden Verfahren vor Verwaltungsgericht der Beweis dafür nicht gelungen, so dass das Gericht am 4. September 1998 die Beschwerde gegen die entsprechenden Nachzahlungsverfügungen der AHV-Ausgleichskasse abgewiesen habe. Beachtlich erscheine allerdings, dass die EX. AG auch einen Tilgungsplan der Ausgleichskasse, verfügt mit Datum vom 5. Juni 1998, beim Verwaltungsgericht angefochten habe mit der Konsequenz, dass die Kasse den fraglichen Tilgungsplan durch einen neuen Plan, verfügt am 7. August 1998, betraglich im Umfange der vorliegenden Forderung gekürzt, ersetzt habe, was zur Abschreibung dieses Verwaltungsgerichtsverfahrens geführt habe. Wenn die Ausgleichskasse damals durch Erlass eines zweiten Tilgungsplanes auf den Forderungsbetrag von Fr. 12'372.85 verzichtet habe, so könne sie

diesen Betrag nun, nach Konkurs der Gesellschaft, nicht beim ehemaligen Verwaltungsrat als Schaden wieder geltend machen. Zudem könne ihm weder absichtliches noch grobfahrlässiges Tun zum Vorwurf gemacht werden. Dies werde auch dadurch indiziert, dass er den zweiten und definitiven Tilgungsplan der Ausgleichskasse eingehalten habe, gleichwohl die Gesellschaft bereits mehr als marode gewesen sei.

Am 20. Januar 2000 reichte die Ausgleichskasse gestützt auf Art. 52 AHVG Klage ein und beantragte, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge im Betrage von Fr. 12'372.85 zu bezahlen. Mit Klageantwort vom 23. Februar 2000 liess der Beklagte vollumfängliche Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragen.

Aus den Erwägungen:

.....

5. Nun stellt sich die Frage, ob dem Beklagten hinsichtlich der Verletzung der Bestimmungen des AHVG ein Verschulden im Sinne grobfahrlässigen oder gar absichtlichen Tuns oder Unterlassens zum Vorwurf gemacht werden kann. Dies ist zu bejahen. Der Beklagte wusste um die periodische Pflicht zur Abrechnung und Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge resp. hätte bei angemessener Sorgfalt und in seiner Position darum wissen müssen, war die EX. AG als eine kleine und überschaubare Gesellschaft von einfacher Struktur doch wiederholt Empfängerin von Nachzahlungsverfügungen. Das Wissen um die Abrechnungs- und Bezahlungspflicht nach Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV wird denn auch nicht bestritten. Der Beklagte berief sich hingegen darauf, durch Bezahlung der Forderungen gemäss Tilgungsplan vom 7. August 1998 habe er getan, was von ihm hätte erwartet werden dürfen, so dass ihm die Nichtbezahlung der nun geltend gemachten Forderung nicht zum Vorwurf gemacht werden dürfe, zumal diese der Gesellschaft rechtsverbindlich erlassen worden sei. Es erscheine als unhaltbar, nach Konkurseröffnung ihm gegenüber auf diese Forderung zurückzukommen. Dem ist mit der Klägerin entgegenzuhalten, dass diese nachweislich einen Forderungsverzicht nie erklärt hatte. Der Klägerin ist auch zuzustimmen, soweit sie festhielt, es würde dem Rechtscharakter von Tilgungsplänen widersprechen, wollte man daraus nicht nur auf die Zahlungsmodalitäten sondern auch auf den Bestand resp. Nichtbestand von Forderungen schliessen. Revidierte die Klägerin ihren am 5. Juni 1998 verfügten Tilgungsplan und erliess am 7. August 1998 einen zweiten Tilgungsplan, der die Beitragsforderung, soweit diese Gegenstand eines separaten Beschwerdeverfahrens vor Verwaltungsgericht Luzern war, nicht mehr enthielt, bedeutet dies nicht Forderungsverzicht. Da es zu diesem Zeitpunkt an der Durchsetzbarkeit der Forderung im strittigen Umfang gemangelt hatte, beharrte die Klägerin zurecht nicht darauf, diesen Teil der Forderung in den Tilgungsplan

aufzunehmen. Mit Urteil vom 4. September 1998 bestätigte das Verwaltungsgericht aber die Richtigkeit des fraglichen Forderungsbetrages. Dieses Urteil wurde von beiden Parteien anerkannt und es dürfte ausser Frage stehen, dass es auch für dieses Verfahren als verbindlich anzusehen ist.

Steht ausser Frage, ob die strittige Forderung stets Bestand hatte, ist gleichwohl noch eingehend zu prüfen, ob die Nichtbezahlung der fraglichen Restforderung dem Beklagten als schuldhaftes Tun oder Unterlassen zum Vorwurf gemacht werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die vorliegend strittige Forderung aus den Jahren 1994 und 1995 stammt, der EX. AG nach erfolgter Revision für die Zeitspanne vom 1. Januar 1992 bis zum 30. Juni 1995 mit Nachzahlungsverfügung vom 21. Juni 1996 erstmals, nach erfolgter Beschwerde mit neuer Verfügung vom 19. Dezember 1997 nochmals in Rechnung gestellt wurde, und dass die EX. AG sowie der für sie verantwortliche Beklagte somit durch das Urteil vom 4. September 1998, durch die Bestätigung der Richtigkeit der Forderung, nicht völlig überrascht sein konnte. Im Wissen um den Prozess vor Verwaltungsgericht und im Wissen um das bestehende Prozessrisiko wäre die EX. AG demnach gehalten gewesen, die entsprechenden Beträge vorsorglich sicherzustellen; der Beklagte wäre auf Grund seiner Überwachungspflicht verpflichtet gewesen, für die entsprechende Sicherstellung besorgt zu sein. In diesem Zusammenhang erscheint ebenfalls als nicht ganz unbeachtlich, dass die konkursite EX. AG über längere Zeit mit der Abrechnung und Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen Mühe bekundet hatte und dass ihr auf Grund verschiedener Nichtmeldungen von Mitarbeitern nach der zitierten Revision mehrere Nachzahlungsverfügungen hatten zugestellt werden müssen. Ob die konkursite Gesellschaft Sozialversicherungsbeiträge bewusst nicht bezahlt und ausbezahlte Löhne bewusst der Kasse nicht deklariert hatte, um so den prekären finanziellen Verhältnissen Abhilfe zu verschaffen, kann nicht schlüssig beurteilt werden. Allerdings ist festzuhalten, dass die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen nicht als Sanierungsinstrument für illiquide Gesellschaften verstanden werden darf. Wer aber entstandener Zahlungsunfähigkeit keine angemessene Beachtung schenkt, verletzt im Sinne der Praxis ebenfalls seine Sorgfaltspflicht. Soweit sich die Frage nach der betriebsinternen Kompetenzregelung stellen sollte, ist an die generelle höchstrichterliche Praxis zur Verantwortlichkeit von Organen von Aktiengesellschaften zu erinnern, wonach die Delegation von Aufgaben von der Verantwortung nicht zu entbinden vermag. Der Delegierende hat für die richtige Auswahl des Beauftragten, für seine ausreichende Instruktion und Überwachung einzustehen (cura in eligendo, instruendo et custodiendo). Diese Pflicht trifft alle, die im Sinne der Praxis als Gesellschaftsorgane zu sehen sind. Handelt es sich – wie bereits erwähnt – um eine Gesellschaft von eher einfacher Struktur, so wiegt diese Pflicht umso mehr. Schliesslich bleibt festzustellen, dass der Beklagte beachtliche Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe nicht zu nennen vermochte und auch Belege, die zu seinen Gunsten zu würdigen wären, nicht

ins Recht legen konnte. Dass er nicht sämtliche Beitragsverpflichtungen schuldig blieb und den Zahlungsverpflichtungen teilweise nachkam, kann nicht zu seiner Rechtfertigung resp. Exkulpation dienen. In Würdigung all dieser Fakten kann dem Beklagten auf Grund der klaren Missachtung der Abrechnungs- und Zahlungsverpflichtung der Vorwurf der grobfahrlässigen Verletzung der Bestimmungen des AHVG nicht erspart bleiben, weshalb er für den entstandenen Schaden einzustehen hat.

Aus dem obig gesagten ergibt sich, dass die Revision des Tilgungsplanes vom 5. Juni 1998 durch Erlass einer neuen Tilgungsplan-Verfügung vom 7. August 1998 auch nicht im Sinne eines Selbstverschuldens der Klägerin gewertet werden darf. Im Gegenteil ist festzustellen, dass die Klägerin recht tat, wenn sie den Plan für die konkrete Tilgung der Schuld nur für den Teil der Forderung verfügte, der seinerseits rechtskräftig verfügt war resp. als durchsetzbar erschien.

Verwaltungsgericht, 31. Oktober 2001

3. Planungs- und Baurecht

Baugesetz für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11, in Kraft bis Ende 1999).

§22 BauG. – Zone des öffentlichen Interesses. Eine der breiten Öffentlichkeit dienende Tennisanlage mit zugeordnetem Clubhaus ist in der Zone ÖI zonenkonform.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss §22 des Baugesetzes für den Kanton Zug in der bis Ende Dezember 1999 gültigen Fassung (BauG, BGS 721.11) sind die Zonen des öffentlichen Interesses innerhalb des Baugebietes für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmt, ausserhalb des Baugebietes für Frei- und Grünflächen, die dem Gemeinwohl dienen (§22 Abs. 1 BauG). In den Zonen des öffentlichen Interesses, die im Baugebiet liegen, können private Bauten und Anlagen bewilligt werden, wenn sie dauernd öffentlichen Interessen dienen und dieser Zweck dinglich gesichert ist (§22 Abs. 2 BauG). Das am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) bringt – soweit hier von Interesse – keine Änderung der Rechtslage. Anwendbar ist das Recht im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheidens des Regierungsrates als oberster Instanz mit voller Kognition (§47 Abs. 2 in Verbindung mit §63 VRG).

Die Bauordnung der Einwohnergemeinde Steinhausen verweist in §59 auf das kantonale Recht. Die Gemeinde hat östlich anschliessend an das Zentrum eine grössere Zone des öffentlichen Interesses für die Schulanlage

Sunnegrund und angrenzende Sportareale, insbesondere Fussballfelder und Tennisplätze, geschaffen. Die Gemeinde erfüllt damit ihre Aufgaben im Volksschulwesen und zur Förderung des kulturellen Lebens und der Volksgesundheit im Sinne von §59 Abs. 1 Ziff. 4 und 6 des Gemeindegesetzes (GG, BGS 171.1). Überdies können die Gemeinden weitere Aufgaben im Gemeinwohl erfüllen (§59 Abs. 2 GG). Die Tennisplätze dienen dem Freizeit- und Sportangebot, welches auf dem gemeindlichen Areal der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Die Beschwerdeführer bringen zwar vor, der Tennisclub Steinhausen habe nur etwa 170 erwachsene Mitglieder, etwa 1,5% der Einwohner von Steinhausen. Ähnliches liesse sich zur Benützung der Turnhallen durch Turnvereine oder zur Benützung von Fussballfeldern wohl auch feststellen. Das Angebot wird durch die Gemeinde einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt. Insgesamt und über die Jahre betrachtet wird wohl ein viel grösserer Anteil der Bevölkerung von den Möglichkeiten für Sport und Freizeit Gebrauch machen. Es besteht kein Zweifel, dass die Tennisplätze, wie sie gestalterisch und rechtlich erstellt sind und betrieben werden, in der Zone des öffentlichen Interesses der Gemeinde Steinhausen zonenkonform sind (vgl. auch Daniel Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, unter besonderer Berücksichtigung des Luzerner Planungs- und Baurechts, Diss. Zürich 1999). Gegenstand dieses Verfahrens sind allerdings nicht die Tennisplätze selber, welche im früheren Verfahren rechtskräftig bewilligt wurden. Für die strittige Frage des Clubhauses ist aber vorfrageweise von Bedeutung, ob die Tennisplätze selbst zonenkonform sind.

Die Zone des öffentlichen Interesses steht allen Anlagen und Bauten einer im öffentlichen Interesse liegenden Sportart offen. Zulässig sind die für die Ausübung der Sportart notwendigen Bauten, aber auch Clubhäuser oder Restaurants, die den Sportstätten angegliedert sind und vornehmlich von den Benützern der Anlage besucht werden. Solche Nutzungen müssen allerdings in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Sportanlage stehen (vgl. dazu Gsponer, a.a.O., S. 76, mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall soll das Clubhaus im bestehenden Barackenbau eingerichtet werden, welcher im Erdgeschoss eine Fläche von rund 22x6 m umfasst. Vorgesehen ist ein Aufenthaltsraum von 55.6 m², eine Küche von 15.9 m² und ein Lageraum von 7.7 m². Nebst Damen- und Herren-WC ist ein Büroraum von 13.8 m² vorgesehen. Im Untergeschoss, welches über eine interne Treppe erreicht wird, sind Garderobenräume von 14.5 m² je für Damen und Herren sowie je drei Duschen und ein WC auf einer Grundfläche von rund 11x6 m². Das Erdgeschoss und die nördliche Hälfte des Untergeschosses dieses Barackenbaus, welcher auf dem Grundstück der Einwohnergemeinde liegt, wird vertraglich dem Tennisclub für eine erste Vertragsdauer von 15 Jahren zur Verfügung gestellt mit der Befugnis, die Baracke nach den Bedürfnissen des Clubs einzurichten und soweit auszubauen, als äusserlich keine wesentliche Veränderung erfolgt. Westlich, zwischen Bau und Tennisplätzen, befindet sich ein Aussensitzplatz. Ein weiterer Platz liegt nördlich des Clubhauses

und erlaubt ebenfalls den Überblick über die Tennisplätze. Die Baute ist dem Tennisbetrieb zugeordnet. Sie enthält Garderobe, Duschen und WC-Räume, dient aber auch dem Aufenthalt im Inneren und draussen. Von der Grösse und vom Erscheinungsbild her erscheint der Begriff Clubhaus richtig. Das Erscheinungsbild wird nicht dem eines landesüblichen Restaurants entsprechen. Das Clubhaus ist somit der Tennisanlage zugeordnet und damit zonenkonform. Die dingliche Sicherung gemäss §22 Abs. 2 BauG (§36 Abs. 2 PBG) ist insofern nicht erforderlich, als das Grundstück der Gemeinde gehört.

Die Beschwerdeführer stellen Berechnungen an über die Kapazität der Sitzplätze und der Küche und befürchten die Entwicklung auf einen eigentlichen öffentlichen Restaurantbetrieb hin, allenfalls auch im Interesse der Amortisation der Investitionen. Den ausgesprochenen Befürchtungen ist entgegen zu halten, dass durch die Dimensionen und die Gestaltung der bestehenden Baute, durch die Baubewilligung und die vertraglichen Auflagen doch Gewähr geboten erscheint, dass der Betrieb sich im zulässigen Rahmen halten wird. Dazu gehören auch die Anlässe im festgelegten Rahmen. Aus der Baubewilligung dürfte aber andererseits nicht gefolgert werden, dass die bewilligten Räume für eine intensivierete gastronomische Nutzung ganz anderer Art verwendet werden dürften. Die Zone des öffentlichen Interesses lässt nicht jede Nutzungsintensivierung oder -änderung zu. Solche Vorhaben wären als Nutzungsänderungen bewilligungspflichtig und könnten wiederum nur soweit bewilligt werden, als sie in der Zone des öffentlichen Interesses zonenkonform wären.

Verwaltungsgericht, 18. Juli 2000

(Eine Staatsrechtliche Beschwerde gegen dieses Urteil wurde vom Bundesgericht am 29. März 2001 abgewiesen.)

Art. 11 ff. USG; Art. 4 und Anh. 1 NISV. – Zulässigkeit und Schranken der Errichtung von Mobilfunkantennen.

Sachverhalt:

A. Die Orange Communications SA, Dübendorf, plant den Bau von Mobilfunkantennen mit Richtstrahlsender und einem Container am Sendeturm Chnodenwald auf der in der Landwirtschaftszone gelegenen Parzelle GS Nr. 247 in Hünenberg. Die Wasserwerke Zug AG als Grundeigentümerin und der Kanton als Eigentümer des bestehenden Sendemasts hatten der Geschstellerin die Zustimmung zur entsprechenden Nutzung der Anlage erteilt. Während der öffentlichen Auflage gingen insgesamt 35 Einsprachen ein. Am 21. Dezember 1999 erteilte der Gemeinderat Hünenberg die Baubewilligung und wies die Einsprachen ab.

B. Gegen den ablehnenden Entscheid des Gemeinderates erhoben B., S. und M. beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde, die er mit Entscheid vom 7. März 2000 abwies, soweit darauf einzutreten war.

Der Regierungsrat stützte sich bei seinem Entscheid auf die am 1. Februar 2000 in Kraft getretene Verordnung des Bundesrates über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999 (NISV, SR 814.710). Der Regierungsrat erklärte, gestützt auf nationale und internationale Gutachten, auf die Meinung von Fachgremien und auf Stellungnahmen der Vernehmlassungsteilnehmer habe der Bundesrat die Immissions- und die Anlagegrenzwerte in Berücksichtigung des höherrangigen Rechtes, insbesondere des Umweltschutzgesetzes vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01) festgesetzt. Es stehe dem Regierungsrat im Rahmen des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens nicht zu, die NISV samt Grenzwerten zu hinterfragen oder sogar – wie die Beschwerdeführer forderten – ausser Kraft zu setzen. Ein Anspruch der Beschwerdeführer auf Ausarbeitung einer Verstrahlungskarte oder eines Feldstärkenkatasters lasse sich aus der Gesetzgebung nicht begründen. Auch der Aufbau von drei eigenständigen Mobilfunknetzen sei Bestandteil der eidgenössischen Konzession und könne vom Regierungsrat nicht in Frage gestellt werden. Insofern könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Zu prüfen sei aber, ob an Orten mit empfindlichen Nutzungen, die in der NISV enthaltenen Grenzwerte eingehalten seien.

Aus dem von der Bauherrschaft eingereichten Standortdatenblatt gehe hervor, dass die frequenzabhängigen Immissionsgrenzwerte gemäss Anhang 2 zur NISV von 58 V/m eingehalten seien. Das detaillierte Standortdatenblatt sei vollständig ausgefüllt und die Berechnungen seien korrekt durchgeführt worden. Die NISV lege neu Anlagegrenzwerte als Emissionsbegrenzung für die von einer Anlage allein erzeugte Strahlung fest. Bei Mobilfunkanlagen, die ausschliesslich im Frequenzbereich um 1800 MHz oder in einem höheren Frequenzbereich senden, liege der Anlagegrenzwert bei 6.0 V/m (Ziff. 64 Anhang 1 zur NISV). Dieser Anlagegrenzwert sei bei Orten mit empfindlicher Nutzung einzuhalten. Orte mit empfindlicher Nut-

zung seien Räume, in denen sich Personen regelmässig während längerer Zeit aufhielten, namentlich auch öffentliche oder private, raumplanungsrechtlich festgesetzte Kinderspielplätze, ausserdem Schulen und Altersheime. Des weiteren gehörten dazu diejenigen Flächen von unüberbauten Grundstücken, auf denen die vorgenannten Nutzungen zulässig, jedoch noch nicht realisiert seien (Art. 3 Abs. 3 NISV). Anhand der Angaben im korrekt ausgefüllten Standortdatenblatt sei auch der Anlagegrenzwert bei den Orten mit empfindlicher Nutzung vorliegend bei weitem eingehalten. Aus diesen Gründen seien durch die nichtionisierende Strahlung der geplanten Mobilfunkantennenanlage keine schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten. Auch eine Beeinträchtigung der Gesundheit der Bevölkerung könne nach heutigem Kenntnisstand ausgeschlossen werden. Änderungen an der Mobilfunkantennenanlage, insbesondere die Erhöhung der Sendeleistung, bedürften einer erneuten Bewilligung.

Im Weiteren wird vom Regierungsrat ausgeführt, der Kanton Zug gehe beim Aufbau der Mobilfunknetze und bei der Festlegung der Antennenstandorte von folgender Kaskade aus: Mobilfunkantennenanlagen sollen in erster Linie wegen des grösseren Abstandes zu Orten mit empfindlichen Nutzungen ausserhalb der Bauzonen, jedoch dort vornehmlich auf Gemeinschaftsanlagen erstellt werden. Selbstverständlich müsse ausserhalb der Bauzonen bei Neuanlagen die Standortgebundenheit gegeben sein (Art. 24 Abs. 1 RPG). Demgegenüber werde die Montage von Mobilfunkantennenanlagen an bestehenden Gemeinschaftsanlagen ausserhalb der Bauzonen als teilweise Änderung bewilligt werden können (Art. 24 Abs. 2 RPG). Sei ein Standort ausserhalb der Bauzonen jedoch nicht möglich, sollten die Mobilfunkantennen vorab in der Industrie- und Gewerbezone, erst in zweiter Linie in der Wohn- und Gewerbezone gebaut werden. Seien Standorte in diesen Zonen nachgewiesenermassen technisch oder rechtlich nicht möglich, könnten Anlagen in der Wohnzone errichtet werden. Dabei sei jedoch darauf zu achten, dass sie nicht in die Nähe von Kindergärten und -spielplätzen, Schulhäusern, Altersheimen oder Spitälern zu stehen kämen.

Die Bauherrschaft habe fussend auf dieser Kaskade und gestützt auf einen Beschwerdeentscheid des Regierungsrates im Zusammenhang mit einem Standort in der Wohnzone einen Standort ausserhalb der Bauzonen gesucht. Überdies sei festzuhalten, dass es sich vorliegend hinsichtlich der Strahlenbelastung um einen günstigen Standort handle. Eine Verschiebung der Antennenanlage auf einen anderen Standort sei deshalb nicht geboten.

C. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. April 2000 beantragen B., S. und M.:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei gutzuheissen, der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zug vom 7. März 2000 sei aufzuheben, und das Baugesuch der Firma Orange Communications SA sei in der vorliegenden Form abzuweisen.

2. Es ist eine akzessorische Prüfung über die NISV durchzuführen (Normenprüfung), und es seien vom Regierungsrat des Kantons Zug die gemäss den geltenden kantonalen und eidgenössischen Gesetzen notwendigen Prüfunterlagen zu verlangen.

3. Den Beschwerdeführern sei es zu gestatten, bei einer allfälligen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug einen Fachberater beizuziehen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner.

Zur Begründung wird die Verletzung von Verfassungsrechten, des USG, StGB, des Entscheids der EU-Kommission über die Anwendung des Vorsorgeprinzips und der UNO-Charta 37/7, der Weltcharta für Natur, 217 A (III) und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte geltend gemacht. Der Regierungsrat habe keine akzessorische Prüfung durchgeführt, was eine eindeutige Rechtsverweigerung darstelle. Die Erwägungen seien im luftleeren Raum und würden eine Anzahl von Behauptungen enthalten. Wenn der Bund eine die akzessorische Prüfung nicht bestehende NISV vorlege, müsse der Kanton als Vollzugsorgan die ergänzenden Massnahmen einführen. Die gepulsten Mikrowellenstrahlen müssten einer Umweltverträglichkeitsprüfung gemäss Art. 9 USG unterzogen werden. Dem Kanton obliege der Vollzug des USG, womit er die Kompetenz zur Durchführung der UVP habe. Gemäss Aussage des BUWAL müsse bei einer Sendeanlage, die eine Leistung von 500 kWatt erbringe, eine UVP zwingend durchgeführt werden, und es brauche eine ausdrückliche Bezeichnung der Projekte durch den Bundesrat. Die UVP, d.h. die Antennen - und Verstrahlungskataster zusammen, seien das Instrument, das die Vorsorge darstelle.

Es müsse betont werden, dass die vorliegende Funktechnik veraltet sei und mit der digitalen Pulsation noch schädlicher geworden sei. Wenn die Wirtschaft mit einer Technik daher komme, die keine Vorsorgeprinzipien erfülle, könne sie nicht bewilligt werden. Die angeführte Erwägung bezüglich der Erreichbarkeit des technisch Möglichen und wirtschaftlich Machbaren sei nicht stichhaltig. Italien habe im Januar 1999 die Emissionsgrenze auf 6 V/m und die Stadt Genua auf 3 V/m reduziert. Das Land Salzburg habe seit 1998 die Emissionsgrenzwerte auf 0,6 V/m festgelegt, ohne die technische oder wirtschaftliche Komponente zu verletzen.

Die Beschwerdeführer ersuchen das Verwaltungsgericht, die Anhörung von Geschädigten in die Gerichtsverhandlung aufzunehmen. Es sei völlig unhaltbar, die heutige NISV weiterhin anzuwenden, ohne weitergehende auf übrige Gesetze abgestützte Baugesuchsunterlagen einzufordern. Die Folgen durch die zunehmende Verstrahlung und die heute vorliegenden Erkenntnisse über die Schädlichkeit der angeblich naturwidrigen krankmachenden Mobilfunksendetechnik seien zunehmend und müssten gestoppt

werden, bis eine Funktechnik von der Wirtschaft vorgelegt würde, die mit Feldstärken auskomme (Vorsorgewerte), mit denen die Menschen und Tiere nicht geschädigt würden.

D. In seiner Vernehmlassung vom 3. Mai 2000 erklärt der Gemeinderat Hünenberg, er habe zwar vor dem Inkrafttreten der neuen NISV die Bewilligung für die Mobilfunk-Sendeanlage im Chnodenwald erteilt, seinen Entscheid aber auf die Verordnung gestützt. Die Grenzwerte gemäss NISV seien eingehalten resp. deutlich unterschritten. Es wird beantragt, die Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführer abzuweisen.

E. Mit Vernehmlassung vom 11. Mai 2000 lässt die Bauherrschaft beantragen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer. Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, die Beschwerdegegnerin errichte die Netzinfrastruktur nicht aus eigenem Belieben, sondern habe als Konzessionärin die Auflage, eine Netzinfrastruktur aufzubauen. Ein erstes Baugesuch in der Gemeinde Hünenberg für einen Standort auf dem Hochhaus Lindenbergstrasse 12 sei nicht bewilligt worden. Im vorliegenden Verfahren gehe es um den vom Kanton bevorzugten Standort ausserhalb der Bauzonen. Die Beschwerdeführer würden nicht bestreiten, dass die in der NISV festgelegten Grenzwerte durch die geplante Anlage bei Weitem eingehalten seien. Mit dem Erlass der NISV habe der Bundesrat von seiner Kompetenz gemäss Umweltschutzgesetz Gebrauch gemacht. Für eine akzessorische Normenkontrolle bestehe hier kein Raum. Für die geforderten ergänzenden Massnahmen, namentlich einen Feldstärkenkataster oder eine Umweltverträglichkeitsprüfung bestünden keinerlei gesetzliche Grundlagen. Schliesslich wird ausgeführt, die Beschwerdeführer machten in keiner Art und Weise geltend, sie selbst würden durch die bereits bestehende Gemeinschaftsanlage Chnodenwald in irgendeiner Art und Weise geschädigt. Sie verlangten indessen die Berücksichtigung von Aussagen von anderweitig betroffenen Personen. Hier habe die Bauherrschaft Anspruch auf Erteilung der Bewilligung, da die einschlägigen bau- und umweltrechtlichen Vorschriften eingehalten seien.

F. In ihrer Vernehmlassung vom 11. Mai 2000 beantragt die Baudirektion des Kantons Zug, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheides verwiesen. Neu sei einzig die Forderung nach einer Umweltverträglichkeitsprüfung. Diese wäre aber gemäss Ziff. 80.7 Anhang UVPV nur für ortsfeste Funkanlagen mit einer Sendeleistung von mehr als 500 kW gefordert. Die Anlage unterstehe damit nicht der UVP-Pflicht.

Erwägungen:

....

2. Während des vorliegenden Verfahrens hatte das Bundesgericht in einem Grundsatzentscheid die umweltrechtlichen Voraussetzungen für den Betrieb von Mobilfunkantennen zu beurteilen (BGE 126 II 399 = URP

2000/6, 602). Das Bundesgericht hatte insbesondere die NISV daraufhin zu prüfen, ob sie der Vorsorge mit Blick auf die nicht-thermischen Strahlen ausreichend Rechnung trage, und ob sie in Bezug auf den Schutz vor nichtionisierenden Strahlen als abschliessende Ordnung betrachtet werden dürfe. Das Bundesgericht stellte dabei fest, dass die NISV keine umfassende Ordnung darstelle, sondern sich auf den Schutz vor elektrischen und magnetischen Feldern im Frequenzbereich von 0 Hz bis 300 GHz, welche von ortsfesten Anlagen ausgehen, beschränke. Weiter führte es aus, dem heute noch ungenügenden Kenntnisstand der Wissenschaft bezüglich der nicht-thermischen (biologischen) Wirkungen nichtionisierender Strahlen und dem Vorsorgeprinzip des USG sei mit den in Art. 4 und Anh. 1 NISV geregelten zusätzlichen Emissionsbegrenzungen und insbesondere mit den dort für verschiedene Anlagekategorien vorgesehenen Anlagegrenzwerten genügend Rechnung getragen worden. Die rechtsanwendenden Behörden können nicht im Einzelfall gestützt auf Art. 12 Abs. 2 USG eine noch weitergehende Begrenzung verlangen. Dass die in der NISV enthaltenen, von der ICNIRP übernommenen Immissionsgrenzwerte allfälligen nicht-thermischen Wirkungen der nichtionisierenden Strahlen nicht Rechnung tragen, verstösst nicht gegen Art. 13 und Art. 14 lit. a und b USG. Dies einerseits, weil nach dem gegenwärtigen Wissensstand eine Grenzziehung zwischen schädlichen und unschädlichen Belastungen bezüglich dieser nicht-thermischen Wirkungen gar nicht möglich ist, und andererseits, weil diesen im Rahmen der vorsorglichen Emissionsbegrenzung gemäss Art. 11 Abs. 2 USG und Art. 4 und Anh. 1 NISV noch genügend Rechnung getragen werden kann. Der Bundesrat hat mit dem Erlass der fraglichen Anlagegrenzwerte, die sich nicht an medizinischen Kriterien orientieren, sondern an den technischen und betrieblichen Möglichkeiten und der wirtschaftlichen Tragbarkeit für die Mobilfunkbetreiber, den ihm zustehenden Spielraum nicht überschritten. Sobald jedoch eine sachgerechte und zuverlässige Quantifizierung der nichtthermischen Wirkungen nichtionisierender Strahlen auf Grund neuer Erkenntnisse möglich ist, müssen die Immissions- und Anlagegrenzwerte überprüft und soweit nötig angepasst werden (BGE 126 II 399).

Die Beschwerdeführer berufen sich auf Erfahrungen, dass «rasch wachsend eine immer grössere Zahl Menschen, Tiere und Pflanzen durch Mobilfunkantennen krank werde. Es ist somit offensichtlich, dass die heutige NISV und die ICNIRP-Grenzwerte den Schaden weder im Voraus noch im Nachhinein begrenzen.» In rechtlicher Hinsicht berufen sich die Beschwerdeführer auf die Präambel, und die Artikel 5, 7, 8 Abs. 1 und 2, 9, 10, 11 Abs. 1, 13 Abs. 1, 26, 35, 36, 73, 74 Abs. 1 und 2, 77, 78 und 118 der Bundesverfassung. Das Umweltschutzgesetz wird als verletzt erachtet in seinen Artikeln 1, 2, 4 Abs. 1, 6, 8, 9, 11, 12, 13 Abs. 2, 44 und 64. Gerügt wird schliesslich die Verletzung der Artikel 312, 314 und 317 StGB. Ausserdem beanstanden die Beschwerdeführer die Verletzung des Entscheides der EU-Kommission über die Anwendung des Vorsorgeprinzips und die Verletzung der UNO-Charta

37/7, der Weltcharta für Natur, 217 A (III) sowie der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Insgesamt geht es dabei um Leben und Integrität der menschlichen Person in ihrer Umwelt. Die Beschwerdeführer verlangen eine akzessorische Überprüfung der Normen der NISV und halten den Schutz vor nichtionisierender Strahlung für ungenügend. Das Bundesgericht hat aber im vorgenannten Entscheid gerade berücksichtigt, dass der Kenntnisstand der Wissenschaft bezüglich der nicht-thermischen (biologischen) Wirkung nichtionisierender Strahlen heute noch ungenügend ist, dass aber mit den Grenzwerten auch dem Vorsorgeprinzip des Umweltschutzgesetzes Genüge getan ist. Das Bundesgericht bezeichnet die Regelung als abschliessend. Die rechtsanwendenden Behörden können im Einzelfall gestützt auf Art. 12 Abs. 2 USG keine weitergehende Begrenzung verlangen (BGE 126 II 399). Es erübrigt sich deshalb, auf die zahlreichen angerufenen Vorschriften im Einzelnen einzugehen. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die strittige Anlage der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung entspricht.

3. Die Bauherrschaft hat das Standortdatenblatt vollständig ausgefüllt mit den Gesuchsunterlagen eingereicht. Die Berechnungen sind von der Vorinstanz überprüft und als korrekt durchgeführt befunden worden. Darnach sind die frequenzabhängigen Immissionsgrenzwerte gemäss Anhang 2 zur NISV von 58 V/m eingehalten. Der Anlagegrenzwert von 6.0 V/m gemäss Ziff. 64 Anhang 1 zur NISV ist an den Orten mit empfindlicher Nutzung bei weitem eingehalten. Die Vorinstanz geht auch auf die Richtstrahlanlage ein, die hier einen Frequenzbereich von 18–38 GHz umfasst. Sie verweist auf Messungen bei der grössten Richtstrahlanlage der Schweiz St-François in Lausanne, wo Messungen eine dreissigtausendfache Unterschreitung des Immissionsgrenzwertes ergeben habe. Bei der hier geplanten viel kleineren Anlage könne eine Beeinträchtigung der Gesundheit oder eine Störung des Wohlbefindens erst recht ausgeschlossen werden.

Die Beschwerdeführer bringen nichts vor, was diese Feststellungen widerlegen würde. Ihre Beanstandungen sind nicht auf die Einhaltung der Grenzwerte, sondern auf deren Ungenügen gerichtet.

4. Die Beschwerdeführer berufen sich auch auf Art. 8 und 9 des Umweltschutzgesetzes. Nach Art. 8 USG sind Einwirkungen sowohl einzeln als auch gesamthaft und nach ihrem Zusammenwirken zu beurteilen. Artikel 9 regelt die Umweltverträglichkeitsprüfung, welche bei den vom Bundesrat bezeichneten Anlagen vorzunehmen ist (Art. 9 Abs. 1 UWG). Im Anhang zur Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung hat der Bundesrat unter Ziffer 80.7 ortsfeste Sendeeinrichtungen mit 500 kW oder mehr Leistung der UVP unterstellt. Diese Leistung erreicht die strittige Anlage bei weitem nicht.

Als ergänzende Massnahme zur NISV verweisen die Beschwerdeführer auf das Beispiel des Kantons Zürich, der einen Antennenkataster angelegt habe. Gestützt darauf könne ein Feldstärkenkataster erstellt werden, der Auskunft über die Gesamtbelastung und das Grundrauschen sowie über die Überlagerung und Kreuzung der Sendeeulen gebe.

Eine Rechtspflicht zu einem solchen Vorgehen besteht heute nicht. Es ist heute auch nicht konkret ersichtlich, dass bei der vorliegenden Beurteilung weitere Faktoren einbezogen werden müssten. Ob Recht oder Praxis bei einer Verdichtung der Netze zum Mittel des Katasters greifen sollten, kann hier offen bleiben.

5. Die strittige Anlage ist hier ausserhalb der Bauzone in der Landwirtschaftszone geplant und zwar in Ergänzung bestehender Einrichtungen. Die Praxis des Regierungsrates gibt einem solchen Standort gegenüber einem Standort in der Wohnzone den Vorzug. Damit wird dem Vorsorgegedanken zusätzlich Rechnung getragen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die angefochtene Bewilligung zu Recht erteilt worden ist. Die Grenzwerte sind eingehalten. Die Beschwerde ist, insbesondere auch gestützt auf den während des Verfahrens ergangenen Entscheid des Bundesgerichtes, abzuweisen.

Gemäss §23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG werden die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht durch die unterliegende Partei getragen. Zu Lasten der unterliegenden Partei ist der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen (§28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG). Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird die Spruchgebühr auf Fr. 1800.- festgelegt und den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag auferlegt. In gleicher Weise haben sie der Bauherrschaft eine Parteientschädigung zu entrichten, welche auf Fr. 1200.- festgelegt wird.

Verwaltungsgericht, 1. März 2001

§12 V PBG. – Nicht anrechenbare Geschossflächen. Entscheidend ist die bauliche Eignung, nicht ein allfälliges Nutzungsverbot.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Eigentümerin einer Liegenschaft am Rössliweg in Buonas, Gemeinde Risch, ersuchte am 18. Dezember 1997 um die nachträgliche Baubewilligung für die Umnutzung von Zimmern als Kleinwohnung sowie den Einbau von Dusche, WC und Sauna im Untergeschoss. Mit Urteil vom 23. September 1999 hat das Verwaltungsgericht die nachträgliche Baubewilligung des Gemeinderates Risch sowie teilweise den Beschwerdeentscheid des Regierungsrates aufgehoben.

Das Verwaltungsgericht legte in der Begründung auch erneut die Besonderheiten der Bauordnung Buonas dar (VGE vom 23. September 1999 i.S. St. = ES 1999, Bl. 10; ES 1997, Bl. 14 = GVP 1997/98, 101; ES 1995, Bl. 11; GVP 1989/90, 52; 1987/88, 68). Das Verwaltungsgericht stellte konkret fest,

dass sich der Umbau mit Erstellung einer zweiten Wohneinheit im Erdgeschoss und der Umnutzung eines Teils der Waschküche als Küche der zweiten Wohneinheit, sowie die Wohnnutzung im Untergeschoss, insbesondere auch der Einbau von Dusche, Toilette und Sauna als unzulässig erweise. Im Baubewilligungsverfahren war die nachträgliche Baubewilligung zu prüfen. Das Gericht bemerkte, dass dem Gemeinderat die Herstellung und Überwachung des rechtmässigen Zustandes obliege.

In der Folge blieben diverse von den Baubewilligungsbehörden angeordneten Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unbestritten. Für den Abstellraum im Untergeschoss erliess der Gemeinderat ein Nutzungsverbot für Wohn- und Gewerbezwecke. Ausserdem ordnete er an, die Bodenheizung durch Versiegeln zu unterbinden. Diese Massnahme betreffend Bodenheizung blieb umstritten.

Aus den Erwägungen:

2. Der Gemeinderat hat ein Nutzungsverbot für den Abstellraum im Untergeschoss ausgesprochen, der nicht zu Wohn- und Gewerbezwecken nutzbar ist. Umstritten ist die weitere Anordnung, die Bodenheizung im Abstellraum sei zu unterbinden bzw. zu versiegeln. Zunächst ist unter baurechtlichen Aspekten zu prüfen, ob ein Nutzungsverbot für Wohn- und Gewerbezwecke ausreicht, oder ob es einer zusätzlichen Massnahme bedarf.

Gemäss §12 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz (V PBG vom 16. November 1999, BGS 721.111) sind Flächen unterhalb des Erdgeschosses auf die Ausnützung anzurechnen, soweit sie Wohn- oder Gewerbezwecken dienen können. Damit wurde die Formulierung der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz gemäss Änderung vom 29. September 1994 (GS 24,483) ins neue Recht übernommen. Die ursprüngliche Fassung der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 28. Dezember 1967 lautete sinngemäss gleich. In §17 Abs. 2 wurden alle dem Wohnen und dem Gewerbe nicht dienenden oder hierfür nicht verwendbaren Flächen, welche dann exemplifikativ aufgezählt wurden, nicht auf die Ausnützung angerechnet. Entscheidend ist somit, ob ein Raum baulich einem Wohn- oder Gewerbezweck dienen kann. In baulicher Hinsicht achtet die Praxis vor allem auf die Grösse des Raumes, dessen Zugänglichkeit, auf die Grösse der Fenster und damit die natürliche Belichtung sowie auf die Heizung. So wurden wiederholt Räume im Dachgeschoss oder im Untergeschoss, welche als Estrich oder als Abstellräume geplant wurden, im Zweifel als nicht anrechenbare Räume noch bewilligt, wenn beispielsweise Heizung oder Belichtung oder Zugänglichkeit eine rechtswidrige Nutzung baulich weitgehend ausschlossen (VGE vom 6. Juni 2000 i.S. K.A., vom 30. Dezember 1993 i.S. R., GVP 1993/94, 21, 1985/86, 49 und 1979/80, 41). Den Vorinstanzen ist daher zunächst insofern beizupflichten, als ein blosses Verbot, den ohnehin nur als Abstellraum bewilligten Raum für Wohn- und Gewerbezwecke zu nutzen, grundsätzlich nicht genügt, sondern durch bauliche Massnahmen in der Verwendbarkeit auf den zulässigen

Zweck zu beschränken ist. Insofern geht es deshalb nicht um die Frage, ob Räume im Untergeschoss beheizt werden dürfen, ob bestimmte Fenstergrössen vorgeschrieben seien oder Vorschriften über Zugänglichkeit und Grösse von Räumen bestehen. Die Berufung darauf, dass es viele nicht anrechenbare Räumlichkeiten gebe, welche beheizt werden könnten, und dass der angefochtene Entscheid deshalb erhebliche präjudizierende Auswirkungen für den ganzen Kanton Zug hätte, geht fehl. Vergleichsweise kann hingewiesen werden auf § 12 Abs. 2 lit. e V PBG, wonach verglaste Veranden auf die Ausnützung nicht anrechenbar sind, wenn heiztechnische Installationen fehlen. Diese aus der Praxis entwickelte und bereits in die Vollziehungsverordnung zum Baugesetz aufgenommene Regelung, rechnet einen grundsätzlich bewohnbaren, dem Wohnbereich zugeordneten und belichteten Raum deshalb nicht zur anrechenbaren Geschossfläche, weil eines der Kriterien baulicher Art nicht erfüllt ist. Entscheidend ist somit, ob ein Raum gemäss seiner baulichen Gestaltung Wohn- oder Gewerbezwecken dient oder dienen kann (vgl. Hans Hagmann, Kommentar zur Bauordnung der Stadt Zug, S. 60).

Beizufügen ist, dass es im vorliegenden Fall nicht nur nicht um die generelle Frage geht, ob Räume im Untergeschoss beheizt werden dürfen, sondern es liegen auch in der Bauzone 2 in Buonas hinsichtlich Geländeverlauf und Anordnung von Garage und Untergeschoss unterschiedliche Verhältnisse vor. Während bei der Liegenschaft der Beschwerdeführerin die Garage und der Abstellraum seeseits als Untergeschoss voll in Erscheinung treten, befindet sich etwa bei einer benachbarten Liegenschaft die Garage auf Erdgeschosshöhe und das Untergeschoss unter Niveau. Die strittige Frage darf somit nicht in unzulässiger Weise verallgemeinert werden.

3. Im hier zugrundeliegenden Baubewilligungsverfahren, aber auch in weiteren Entscheiden hatte sich das Verwaltungsgericht mit den Besonderheiten der Bauordnung Buonas auseinanderzusetzen (ES 1999, Bl. 10 mit Hinweisen). Der gemeindliche Gesetzgeber begnügte sich praktisch mit Rahmenvorschriften für eine verdichtete Bauweise, welche den Eigentümern der ursprünglichen Grossparzellen weite Gestaltungsfreiheit einräumte. In der hier zutreffenden Bauzone 2 wurden aufgrund des obligatorischen Gesamtüberbauungsplanes 22 Einfamilienhäuser bewilligt. Dank seiner sehr sorgfältigen Gestaltung wurde eine hohe Verdichtung mit guter Wohnqualität und ländlich parkartiger Gestaltung erreicht. Die einzeln verkauften Einfamilienhäuser unterstehen aber für weitere Änderungen nicht den Regeln der Einzelbauweise. Bei späteren Änderungswünschen mussten vielmehr in mehreren Entscheiden, auf die verwiesen worden ist, Regeln und Grenzen für spätere Änderungen entwickelt werden. Es darf als Folge dieser Bauordnung bezeichnet werden, dass die subtile Abstimmung im Rahmen der Gestaltungsfreiheit des ursprünglichen Eigentümers mit dem Verkauf an zahlreiche Rechtsnachfolger zu einer besonderen Problematik zwischen Bewahrung, Anpassung und Veränderung geführt hat. Rechtsgleichheit und Rechtsfriede unter den Eigentümern im fraglichen Perimeter verlangen des-

halb eine sehr sorgfältige und konsequente Praxis der Baubewilligungsbehörden. In diesem Sinn kommt der Herstellung des rechtmässigen Zustandes erhebliches öffentliches Interesse zu. Der verlangte Eingriff erscheint ohne weiteres als verhältnismässig, sowohl was die Unterbindung der Heizung wie auch eine Isolation nach den heutigen Normen betrifft.

4. Die Beschwerdeführerin beruft sich nebst dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz auch auf den Grundsatz von Treu und Glauben und macht geltend, das Gemeinwesen könne nach Jahren nicht mehr den bewilligten bzw. geduldeten Zustand in Frage stellen. Hierzu ist zunächst zu bemerken, dass der Raum selber mit Zugang vom Hauseingang her und mit den Fenstern gegen Osten und Norden nicht in Frage gestellt ist. Der Raum ist in dieser Gestaltung als Geräteraum mit Zementboden, Backsteinwänden und Betondecke bewilligt worden. Eine Bodenheizung ist nicht bewilligt worden. Die Beheizung des fraglichen Raumes war nicht Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens. Durch Nachfrage beim Installateur hat die Vorinstanz in Erfahrung gebracht, dass die Bodenheizung schon beim Bau installiert worden sei. Dem Regierungsrat ist auch beizupflichten, dass die Beschwerdeführerin nichts für sich ableiten kann, wenn die Baubewilligungsbehörde nicht von Amtes wegen eine diesbezügliche Kontrolle vorgenommen hat. Was die Beschwerdeführerin aber gegen sich gelten lassen muss, ist die Bewilligung als Geräteraum, was die Verwendbarkeit für eine Wohn- oder Gewerbenutzung ausschliesst, sowie die Überbauungsvorschriften der Gesamtplanung für die Bauzone 2, wonach generell ein Vollgeschoss und ein ausgebautes Dachgeschoss zulässig sind (Ziff. 6 der Überbauungsvorschrift). Eine dritte Wohnebene ist somit ausgeschlossen.

Unter diesen Umständen kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf ihr Vertrauen in die Rechtmässigkeit der Bodenheizung berufen. Das zugerische Recht kennt sodann auch keine Verjährungs- oder Verwirkungsfrist für die Herstellung des rechtmässigen Zustandes. Anlass zum Einschreiten ergab sich hier im Zusammenhang mit nicht bewilligten baulichen Änderungen, welche Anlass für das nachträgliche Baubewilligungsverfahren gaben. Mit Lehre und Rechtsprechung ist unter diesen Umständen die Befugnis zum Einschreiten auf 30 Jahre zu befristen (BGE 107 Ia 124 E. 1b = Pra 71 (1982) Nr. 40; Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, S. 64).

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die strittige Anordnung nach Recht und Praxis sowie aufgrund der ursprünglichen Baubewilligung nicht zu beanstanden ist. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der sorgfältigen und konsequenten Durchsetzung des als rechtmässig festgestellten Zustandes. Die Beschwerdeführerin wird nicht unverhältnismässig getroffen und kann sich auch nicht durch Berufung auf Treu und Glauben der Wiederherstellungsverfügung entziehen.

...

Verwaltungsgericht, 24. April 2001

§17 GSW. – Mindestabstand für Gebäude an Gemeindestrassen von 4 m, soweit keine Baulinien bestehen. Ausnahmegewilligungen sind auf Ausnahmesituationen im Einzelfall beschränkt. Sie dürfen nicht den gesetzlichen Minimalabstand oder den Erlass von Baulinien unterlaufen.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben an der Bühlstrasse in Unterägeri, wo eine ältere Liegenschaft im chaletähnlichen Stil abgerissen und durch einen Neubau ersetzt werden soll, wird der Strassenabstand strittig. Die herkömmliche Bauweise hält den neuen gesetzlichen Strassenabstand nicht ein. Die Gemeinde hat keine Strassen- oder Baulinie aufgelegt.

Aus den Erwägungen:

2. Nach dem Gesetz über die Abänderung des Strassengesetzes betr. Baulinien und Landerwerb vom 26. März 1956 (in der bis zum 31. Dezember 1996 gültigen Fassung, BGS 751.142) konnten die Gemeinden nach Massgabe des Bedürfnisses für bestehende und neu zu erstellende Gemeindestrassen gemäss den Bestimmungen dieses Gesetzes Baulinienpläne aufstellen, sofern sie in ihren Bauordnungen nicht besondere Vorschriften erliessen (§ 6 Abs. 1). Wo keine Baulinien festgelegt waren, hatten die Neubauten, ferner An- und Aufbauten folgende Mindestabstände von der Strassen- bzw. Trottoirgrenze einzuhalten: a) an Strassen I. Klasse 4 m, b) an den übrigen Strassen 3 m (§ 14 Abs. 1). Ausnahmen konnten bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse vorlagen und die Verkehrssicherheit es gestattete (§ 14 Abs. 3). Artikel 20 Abs. 5 des Strassenreglements der Gemeinde Unterägeri vom 13. April 1988 bestimmte dazu, dass in den Kernzonen – mit Ausnahme in der Zone «Sonderbauvorschriften-Kern» – städtebauliche Aspekte zu berücksichtigen seien, d.h. der Gemeinderat könne im begründeten Einzelfall das Näherbauen zulassen.

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Strassen und Wege vom 30. Mai 1996 (GSW, BGS 751.14) am 1. Januar 1997 ist das Gesetz über die Abänderung des Strassengesetzes betr. Baulinien und Landerwerb vom 26. März 1956 aufgehoben worden (vgl. § 46 Bst. c GSW). Seither beträgt der Mindestabstand gemäss § 17 Abs. 1 Bst. b GSW für Gebäude an Gemeindestrassen 4 m, soweit keine Baulinien bestehen. Nach § 17 Abs. 3 GSW kann die Baubewilligungsbehörde in Ausnahmefällen und insbesondere für Kleinbauten eine Unterschreitung des Abstandes gegen Revers zulassen.

3. Bei der Bühlstrasse handelt es sich unstreitig um eine Gemeindestrasse. Da keine Baulinien bestehen, muss nach § 17 Abs. 1 GSW beim Ersetzen bestehender Bauten und Anlagen an der Strasse grundsätzlich der gesetzlich vorgeschriebene Mindestabstand von 4 m eingehalten werden. Vorbehalten bleiben lediglich Ausnahmefälle. Ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme erfüllt sind, stellt eine Rechtsfrage dar, welche das Verwaltungsgericht frei

überprüft. Gesetzliche Ausnahmegewilligungen (Befreiung von den normalerweise geltenden Vorschriften) dürfen dabei nicht von vornherein eng, sondern müssen nach den allgemeinen Regeln ausgelegt werden (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Nr. 184ff.). Sie werden aber stets nur in Einzelfällen gewährt. Kommt die zu beurteilende Situation häufig vor, dann müssen Pläne und Vorschriften geändert werden (vgl. GVP 1989/90, 58ff., 60). Insbesondere darf eine grosszügige Handhabung von Ausnahmegewilligungen nicht kantonale oder kommunale Vorschriften unterlaufen (vgl. dazu auch Leo Schürmann/Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 1995, S. 268f.).

a) Hinsichtlich der Frage, ob ein Ausnahmefall vorliege, wird von den Beschwerdeführern im Wesentlichen vorgebracht, dass bei Beachtung aller gesetzlichen Abstände ohne Ausnahme eine sinnvolle Überbauung der streitbetreffenden Parzelle nicht mehr möglich sei. Des Weiteren wird beanstandet, dem Umstand, dass das Bauprojekt in der Kernzone liege, sei keine Beachtung geschenkt worden. Der Sinn der Kernzone – nämlich das verdichtete Bauen sowie die Berücksichtigung städtebaulicher Aspekte bei der Verringerung der Abstände nach Art. 20 Abs. 5 des gemeindlichen Strassenreglements – hätte nach Ansicht der Beschwerdeführer bei der Auslegung von §17 Abs. 3 GSW berücksichtigt werden müssen. Schliesslich wird geltend gemacht, dass sich jenseits der Strasse keine Baute befinde und auch künftig keine Baute erstellt werde. Dass eine «Strassenschlucht» entstehe, treffe nicht zu.

b) Die Bau- und Zonenordnung 1988 der Gemeinde Unterägeri lässt im Vergleich zum alten Recht zweifellos (u.a.) in der Kernzone 2 eine wesentlich dichtere Überbauung zu (vgl. nur Art. 41 Abs. 2 und Art. 45 BauO Unterägeri). Dass dieses Verdichtungspotential im Rahmen der bisherigen Parzellierung gegebenenfalls nicht vollständig ausgenutzt werden kann, wenn die Grenz-, Gebäude- und Strassenabstandsvorschriften ohne Ausnahme vollständig eingehalten werden müssen, kann nicht als ungewöhnlich gelten. Das hängt jeweils (nicht zuletzt) von der Grösse der zu bebauenden Parzelle ab. Inwiefern unter diesem Gesichtspunkt das Bauvorhaben der Beschwerdeführer in der Kernzone 2 einen Ausnahmefall darstellen sollte, ist nicht ersichtlich. Vielmehr zeigen die örtlichen Verhältnisse und die umliegende bauliche Entwicklung, dass die zu beurteilende Situation beim Ersetzen der bestehenden, meist chaletähnlichen Bauten durch mehrgeschossige Geschäfts-, Gewerbe- und Wohnbauten häufig vorkommt (bzw. noch vorkommen wird) und damit keineswegs einen Einzelfall darstellt.

c) Das Gesagte gilt im Besonderen für den hier zu beurteilenden Strassenabstand. Erklärte Absicht des Gemeinderates ist die Beibehaltung der bisherigen Fassadenlinie entlang der bebauten Seite der Bühlstrasse. Dieses Ziel kann vom Gegenstand her nur in einem Planungsverfahren angemessen

sen erfasst werden, etwa durch Erlass von Baulinien-, Strassenplänen oder einem Bebauungsplan. Den Baulinien kommt in einem solchen Fall eine wichtige gestalterische Aufgabe zu, nämlich die Sicherstellung der geordneten baulichen Entwicklung (vgl. BGE 109 Ib 117). Es ist deshalb nicht zulässig, den Erlass von Baulinien durch Erteilung von Ausnahmegewilligungen von Fall zu Fall (auf unbestimmte Zeit) aufzuschieben. Dadurch würden die kantonalen und kommunalen Vorschriften in sachwidriger Weise systematisch unterlaufen. Unter diesen Umständen kann damit dahingestellt bleiben, ob der Erteilung einer Ausnahmegewilligung im Übrigen keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen würden, etwa weil auf der dem Bauprojekt gegenüberliegenden Strassenseite nicht gebaut würde und die Gefahr der Entstehung einer Strassenschlucht nicht bestünde. Es vermöchte für sich genommen jedenfalls keine Ausnahmesituation zu begründen.

Im Übrigen muss ernsthaft bezweifelt werden, dass sich seit Inkrafttreten des GSW am 1. Januar 1997 eine derartige (gesetzeswidrige) Bewilligungspraxis der Behörden tatsächlich bereits eingelebt hat, wie die Beschwerdeführer geltend machen. Sollte dies dennoch der Fall sein, so wären entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer jedenfalls die Voraussetzungen für eine Praxisänderung als erfüllt zu betrachten. Dafür würden nach dem vorangehend Gesagten zweifellos ernsthafte und sachliche Gründe sprechen, die eine grundsätzliche Änderung zu rechtfertigen vermöchten und das Interesse der Beschwerdeführer an der Beibehaltung der bisherigen Praxis eindeutig überwiegen würden.

4. Es ergibt sich somit, dass ein «Ausnahmefall» im Sinne von §17 Abs. 3 GSW nicht vorliegt, welcher (lediglich) in Einzelfällen eine Unterschreitung des gesetzlich vorgesehenen Mindestabstands von 4 m für Gebäude an Gemeindestrassen erlaubt. Ebenso wenig könnte demnach von einem «begründeten Einzelfall» im Sinne von Art. 20 Abs. 5 des Strassenreglements (1988) der Gemeinde Unterägeri gesprochen werden. Geht es darum, das Näherbauen entlang der Bühlstrasse ganz allgemein aus städtebaulichen Gründen zu ermöglichen, muss die geordnete bauliche Entwicklung in einem Planungsverfahren sichergestellt werden, etwa durch Erlass von Baulinien-, Strassenplänen oder einem Bebauungsplan. Dafür kann und darf das Erteilen von Ausnahmegewilligungen von Fall zu Fall kein Ersatz sein. Die Beschwerden werden deshalb als unbegründet abgewiesen.

....

Verwaltungsgericht, 3. Juli 2001

§27 VRöB. – Ungewöhnlich niedrige Angebote.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Beschwerdeführerin erhebt Beschwerde gegen eine Zuschlagsverfügung und macht geltend, die berücksichtigte Firma habe unter den Selbstkosten offeriert.

Aus den Erwägungen:

3. Nach §27 der Vergaberichtlinien vom 14. September 1995 (VRöB, BGS 721.521) aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen kann eine Auftraggeberin oder ein Auftraggeber, wenn sie oder er ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, bei der Anbieterin oder beim Anbieter Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass diese oder dieser die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen kann.

a) Im Grundsatz gilt somit, dass ein Anbieter mangels Eignung vom Wettbewerb ausgeschlossen wird, wenn er ausserstande ist, die Teilnahmebedingungen einzuhalten oder die Auftragsbedingungen zu erfüllen. Dagegen sind die Auftraggeber nicht von Gesetzes wegen verpflichtet, Unterangebote von der Vergabe auszuschliessen, nur weil die unternehmerischen Selbstkosten nicht gedeckt sind. Vielmehr ist ein solcher Ausschluss unzulässig, wenn er allein mit dem ungewöhnlich tiefen Angebotspreis begründet wird oder einzig dem Interesse an der Erhaltung eines leistungsfähigen Wirtschaftssektors dient. Denn die Gründe für ein derartiges Unterangebot können vielfältig und durchaus lauter sein: Es sollen beispielsweise Überkapazitäten überbrückt, Fixkosten gedeckt oder Arbeitsplätze erhalten werden. Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass das Angebot der berücksichtigten Firma nicht kostendeckend sei, ist damit nicht geeignet, im vorliegenden Fall einen Ausschluss des Angebots vom Wettbewerb zu begründen. Unter diesem Gesichtspunkt muss die Beschwerde deshalb als unbegründet abgewiesen werden.

b) Allerdings ist einzuräumen, dass Unterangebote aus wettbewerbsrechtlichen Gründen widerrechtlich und damit unzulässig sein können, wenn ein Anbieter in unzulässiger Art und Weise – zum Beispiel unter Missbrauch seiner Marktmacht oder mit unlauteren Mitteln – andere Teilnehmer unterbietet. Unlauter ist ein (Unter-)Angebot insbesondere dann, wenn der Unternehmer die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- oder Abgabehinterziehungen resultieren.

Mehr als blossе Mutmassungen vermag die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht jedoch nicht vorzubringen. Konkrete Anhaltspunkte, die einen diesbezüglichen Verdacht zu begründen vermöchten, werden von ihr nicht dargetan. Eine Verpflichtung der Vergabebehörde, weitere Erkundigungen einziehen, wäre in diesem Fall nur anzunehmen, wenn das Angebot «unge-

wöhnlich niedriger als andere eingereichte Angebote» erschiene (vgl. §27 VRöB). Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht in absoluten Zahlen oder einem bestimmten Prozentsatz angeben, zumal rechnerische Methoden, die zur Eruierung von Unterangeboten angewandt werden, weder Rücksicht auf die Angebotsstruktur noch die spezielle Unternehmens- und Kostenstruktur eines bestimmten Anbieters nehmen, der möglicherweise günstiger einkauft als die anderen oder in der Lage ist, die Arbeiten äusserst rationell auszuführen. Stets ist eine Würdigung der Umstände im Einzelfall vorzunehmen, wobei der Vergabebehörde in diesem Zusammenhang ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht.

Im zu beurteilenden Fall übertraf nach dem Offertöffnungsprotokoll vom 6. Juni 2000 das zweitplatzierte Angebot dasjenige der berücksichtigten Firma um ganze 39,9 Prozent, und das drittplatzierte Angebot der Beschwerdeführerin war sogar um 42,5 Prozent höher. Wie die objektive Vergleichstabelle nach Prüfung und Berichtigung der Angebote zeigt, beträgt die effektive Differenz jedoch weniger, nämlich lediglich 23,2 bzw. 21,0 Prozent. Die Abweichung zwischen Offertöffnungsprotokoll und objektiver Vergleichstabelle kann damit erklärt werden, dass von der Erstplatzierten die Mehrwertsteuer auf dem Deckblatt subtrahiert statt addiert und weitere Abzüge nicht berechnet wurden. Wird schlussendlich für die Vergabe in sämtlichen Offerten der in Position R 139.201 genannte Positionsbetrag gestrichen und ein sog. «per-Preis» eingesetzt, vermindert sich die Preisdifferenz sogar auf 15,3 Prozent. Das Angebot der erstplatzierten Firma kann damit nicht (eindeutig) als ungewöhnlich niedriger als andere eingereichte Angebote angesehen werden. Nachdem die Vergabebehörde ansonsten keinen Grund zur Annahme hatte, dass diese Anbieterin die Teilnahmebedingungen nicht einhalten und die Auftragsbedingungen nicht erfüllen könnte, brauchte sie sich zur Einziehung von (weiteren) Erkundigungen nicht als verpflichtet zu betrachten. Soweit die Beschwerdeführerin deshalb beantragt, es sei eine eingehende Prüfung des Sachverhalts vorzunehmen, erweist sich ihre Beschwerde ebenso als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 5. Juni 2001

Art. 11 und 12 IVöB. – Auswahl im selektiven Verfahren. Wie ist vorzugehen beim Erwerb eines Konsortialführers durch die Holding eines anderen Konsortialführers im Hinblick auf eine Fusion während eines zweistufigen Vergabeverfahrens?

Aus dem Sachverhalt:

A. Im Amtsblatt des Kantons Zug vom 4. und 11. Mai 2001 schrieben die Baudirektion des Kantons Zug und die Stiftung Spital Baar als Auftraggeberinnen einen zweistufigen Gesamtleistungs-Studienauftrag im selektiven

Verfahren betreffend Neubauprojekte Zentralspital und Pflegezentrum in Baar aus. Die erste Stufe umfasst einen Ideenwettbewerb (selektives Verfahren), die zweite Stufe einen Gesamtleistungs-Studienauftrag. Ziel des Wettbewerbsverfahrens ist die Erlangung von bewilligungsreifen Bauprojekten, einschliesslich verbindlichen Kostendachangeboten und Terminprogrammen, für die beiden Neubauvorhaben Zentralspital und Pflegezentrum in Baar, mit optimalen Betriebsabläufen, hoher Funktionalität und grosser baulicher Flexibilität. In der ersten Stufe ist von den teilnahmeberechtigten Bewerberteams je ein konzeptioneller Lösungsvorschlag einzureichen, der darüber Auskunft gibt, wie das Bewerberteam die gestellte Aufgabe grundsätzlich angehen und lösen würde. Zudem muss jedes Bewerberteam in einer separaten Eingabe seine Projektorganisation und Referenzen einreichen und damit den Erfahrungsnachweis erbringen, dass es eine fachkompetente Planung und professionelle Realisierung des Zentralspitals und des Pflegezentrums gewährleisten kann. In der ersten Stufe werden maximal fünf Bewerberteams für die zweite Stufe ausgewählt. In der zweiten Stufe müssen die ausgewählten Konzepte zu bewilligungsreifen Bauprojekten, einschliesslich verbindlichem Kostendachangebot und Terminprogramm, ausgearbeitet werden. Teilnahmeberechtigt sind interdisziplinäre Bewerberteams, bestehend aus Spitalplanern, Architekten, Bauingenieuren, Haustechnikplanern, Generalunternehmern sowie weiteren Fachplanern und Spezialisten nach Bedarf und Vorschlag der Bewerberteams. Unter den Teilnahmebedingungen ist sodann stipuliert: «Mehrfachbewerbungen von einzelnen Teammitgliedern in verschiedenen Bewerberteams sind nicht gestattet und haben den Ausschluss des ganzen Bewerberteams zur Folge. Ausgenommen davon sind rechtlich selbständige Zweigniederlassungen bzw. Teilfirmen, die im Handelsregister (Stichtag 4. Mai 2001) eingetragen sind.»

B. Mit Verfügung vom 11. September 2001 eröffnete die Baudirektion des Kantons Zug die Auswahl aus den dreizehn Bewerberteams, die sich am selektiven Verfahren beteiligten. Vier Bewerberteams unter Federführung der folgenden Firmen wurden zur zweiten Wettbewerbsstufe eingeladen:

- Arbeitsgemeinschaft Fischer Architekten AG, Zug, und Zschokke Generalunternehmung AG, Dietlikon
- Göhner Merkur Totalunternehmung AG, Zürich
- HRS Hauser Rutishauser Suter AG, Kreuzlingen
- Mobag Generalunternehmung AG, Zürich

Als Ersatz, falls eines der vorgenannten Teams auf die Teilnahme an der zweiten Wettbewerbsstufe verzichtet, figuriert:

- Karl Steiner Total- und Generalunternehmung AG, Zürich.

C. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 24. September 2001 lassen die Mitglieder des fünftplatzierten Bewerberteams unter der Federführung der Karl Steiner AG Total- und Generalunternehmung beim Verwaltungsgericht beantragen:

1. Es sei in Gutheissung dieser Beschwerde der Entscheid der Baudirektion des Kantons Zug vom 11. September 2001 in Sachen Submissionsverfahren «Zentralspital und Pflegezentrum in Baar» vollumfänglich aufzuheben.

2. Es sei in Gutheissung dieser Beschwerde das unter der Federführung der Göhner Merkur Totalunternehmung AG, Zürich, befindliche Bewerberteam aus dem Submissionsverfahren «Zentralspital und Pflegezentrum in Baar» auszuschliessen.

3. Es seien in Gutheissung dieser Beschwerde folgende vier Bewerberteams, unter der Federführung der nachfolgend genannten Firmen, zur 2. Wettbewerbsstufe des Submissionsverfahrens «Zentralspital und Pflegezentrum in Baar» einzuladen:

- Arbeitsgemeinschaft Fischer Architekten AG, Zug, und Zschokke Generalunternehmung AG, Dietlikon;
- HRS Hauser Rutishauser Suter AG, Kreuzlingen;
- Mobag Generalunternehmung AG, Zürich;
- Karl Steiner AG Total- und Generalunternehmung, Zürich (anstelle Göhner Merkur Totalunternehmung AG, Zürich).

4. Eventualiter seien in Gutheissung dieser Beschwerde folgende fünf Bewerberteams, unter der Federführung der nachfolgend genannten Firmen, zur 2. Wettbewerbsstufe des Submissionsverfahrens «Zentralspital und Pflegezentrum in Baar» einzuladen:

- Arbeitsgemeinschaft Fischer Architekten AG, Zug, und Zschokke Generalunternehmung AG, Dietlikon;
- Göhner Merkur Totalunternehmung AG, Zürich
- HRS Hauser Rutishauser Suter AG, Kreuzlingen
- Mobag Generalunternehmung AG Zürich
- Karl Steiner AG Total- und Generalunternehmung, Zürich.

5. Subeventualiter sei in Gutheissung dieser Beschwerde die Sache an die Baudirektion des Kantons Zug zur Neu beurteilung zurückzuweisen.

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegner.

Zur Begründung wird ausgeführt, gemäss Wettbewerbsprogramm vom 1. Mai 2001 (Ziff. 1.3.1.b) hätten in der 1. Wettbewerbsstufe maximal fünf Konzeptvorschläge und deren Bewerberteams, welche die Anforderungen und Bedingungen am besten erfüllten, für die 2. Stufe ausgewählt werden sollen. Ein zusätzliches Team sollte als Ersatz für einen allfälligen Ausfall eines ausgewählten Bewerberteams bestellt werden. Die Federführung der Bewerberteams obliege dem zukünftigen Vertragspartner (Ziff. 1.4 des Wettbewerbs-

programms). Nach der gleichen Bestimmung seien Mehrfachbewerbungen von einzelnen Teammitgliedern in verschiedenen Bewerberteams nicht gestattet und hätten den Ausschluss des ganzen Bewerberteams zur Folge.

Am 25. Mai 2001, also noch während des Verlaufs der 1. Wettbewerbsstufe, habe die Zschokke Generalunternehmung AG (federführende Firma eines Bewerberteams) die Göhner Merkur Totalunternehmung AG (federführende Firma eines anderen Bewerberteams) käuflich erworben. Der Erwerb der Göhner Merkur Totalunternehmung AG durch die Zschokke Generalunternehmung AG sei mit Wirkung per 1. April 2001 erfolgt, wie einer Medienmitteilung vom 25. Mai 2001 zu entnehmen sei. Mit Wirkung per 1. Januar 2002 erfolge der Zusammenschluss der Zschokke Generalunternehmung AG und der Göhner Merkur Totalunternehmung AG mittels Fusion, wie einem Schreiben dieser beiden Unternehmen vom 3. September 2001 zu entnehmen sei. Ab diesem Datum würden somit diese beiden Unternehmen als ein Unternehmen weitergeführt. Bis zu diesem Datum würden laut dem vorerwähnten Schreiben Arbeitsgruppen die Integration der beiden Unternehmen unter einem Dach durchführen. Daraus folge, dass die neu in einer Gesellschaft zusammengefassten Zschokke Generalunternehmung AG und Göhner Merkur Totalunternehmung AG als federführende Unternehmen in verschiedenen Bewerberteams teilnehmen würden, was gemäss Ziff. 1.4 des Wettbewerbsprogramms den Ausschluss der ganzen Bewerberteams zur Folge haben müsste. Ausgewählt und für die 2. Stufe eingeladen worden seien vier Bewerberteams. Die im Wettbewerbsprogramm vorgesehene Maximalzahl von fünf Bewerberteams sei nicht ausgeschöpft worden. Die vier ausgewählten Bewerberteams würden bis am 15. März 2002 ein vollständiges, baueingabereifes Projekt mitsamt allen Zusatzprojekten wie Statik, Haustechnik, Spitaltechnik, Landschaftsplanung usw. ausarbeiten müssen. Zusätzlich müssten die vier ausgewählten Bewerberteams eine verbindliche Generalunternehmerofferte für die schlüsselfertige Erstellung des neuen Zentralspitals und Pflegezentrums Baar ausarbeiten. Für all diese Leistungen erhielten sie je ein Honorar im Betrag von Fr. 1'000'000.-. Der angefochtene Entscheid der Baudirektion sei in Missachtung des Wettbewerbsprogramms erlassen worden, da die Zschokke Generalunternehmung AG und Göhner Merkur Totalunternehmung AG entgegen Ziff. 1.4 des Wettbewerbsprogramms nicht ausgeschlossen, sondern beide für die 2. Wettbewerbsstufe ausgewählt worden seien.

...

Mit dem federführenden Unternehmen des in der 2. Wettbewerbsstufe obsiegenden Bewerberteams werde der Vertrag für die Realisierung des Zentralspitals und Pflegezentrums in Baar abgeschlossen. Im Hinblick auf diesen Vertragsabschluss hätten die vier ausgewählten Bewerberteams auch eine verbindliche Generalunternehmerofferte für die schlüsselfertige Erstellung des neuen Zentralspitals und Pflegezentrums Baar auszuarbeiten. Das habe

zur Folge, dass infolge des Zusammenschlusses der Zschokke Generalunternehmung AG und der Göhner Merkur Totalunternehmung AG bei den beiden erstplatzierten Projekten ein- und derselbe Anbieter den Werkpreis ermitteln bzw. offerieren werde.

...

Die Beschwerdeführerin schliesst, es sei nicht zulässig, sowohl die Zschokke Generalunternehmung AG als auch die Göhner Merkur Totalunternehmung AG für die 2. Stufe des Wettbewerbs auszuwählen. Vielmehr sei mindestens ein Unternehmen vom Wettbewerb auszuschliessen. Dieser Ausschluss ergebe sich zwingend aus Ziff. 1.4 des Wettbewerbsprogramms. Der angefochtene Entscheid sei daher in Missachtung des Wettbewerbsprogramms und unter Verletzung elementarer Grundsätze des Vergaberechts ergangen und müsse aufgehoben werden. Daraus folge, dass das Bewerberteam unter Federführung der Karl Steiner AG Total- und Generalunternehmung zur zweiten Wettbewerbsstufe zuzulassen sei. Wollte man wider Erwarten die Zschokke Generalunternehmung AG und die Göhner Merkur Totalunternehmung AG beibehalten, so wäre aus Gründen der Fairness und zur Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbes angebracht, die Beschwerdeführer als fünftes Bewerberteam auszuwählen.

...

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss §6 lit. c des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz, SubmG, BGS 721.51) kann die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Vergabeverfahren angefochten werden. Zuständige Beschwerdeinstanz gemäss Art. 15 Abs. 1 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, BGS 721.52) ist das Verwaltungsgericht. Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens gerügt werden sowie die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Art. 16 Abs. 1 IVöB).

Der Regierungsrat des Kantons Zug und die Stiftung Spital Baar als Auftraggeberinnen, vertreten durch die Baudirektion des Kantons Zug, haben vier Bewerberteams ausgewählt und zur 2. Wettbewerbsstufe eingeladen. Die Beschwerdeführer belegen den 5. Platz und wurden als Ersatz bestimmt, falls eines der ausgewählten Teams auf die Teilnahme an der 2. Wettbewerbsstufe verzichten würde. Falls aus diesem oder einem anderen Grund ein Bewerberteam zu ersetzen wäre, so kämen die Beschwerdeführer zum Zuge. Sie sind deshalb vom angefochtenen Entscheid betroffen, weshalb ihre Legitimation gegeben ist. Die Beschwerde ist im Übrigen rechtzeitig eingereicht worden, so dass sie zu prüfen ist.

Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung. Diese kann auf Gesuch hin oder von Amtes wegen erteilt werden (Art. 17 Abs. 1 und 2 IVöB). Am 26. September 2001 erteilte der Kammervorsitzende der Beschwerde vorläufig und vorsorglich die aufschiebende Wirkung. Mit der Vernehmlassung vom 17. Oktober 2001 ersuchte die Baudirektion des Kantons um deren Aufhebung. Da in der Sache selbst entschieden werden kann, erübrigt sich eine Stellungnahme zu diesem Antrag.

....

3. Die Beschwerdeführer rügen eine unzulässige Mehrfachbewerbung durch den Zusammenschluss der Zschokke Generalunternehmung AG und der Göhner Merkur Totalunternehmung AG. Mehrfachbewerbungen sind sowohl im Wettbewerbsprogramm unter Ziffer 1.4 wie auch in der Publikation unter Ziffer 5, je am Schluss gemäss vorerwähntem Wortlaut (A. am Ende) ausgeschlossen. Dem Verwaltungsgericht präsentieren sich die Vorgänge wie folgt: Die Ausschreibung im Amtsblatt datiert vom 4. Mai 2001 (zugleich Stichtag Handelsregister) und 11. Mai 2001. Eingabetermin war der 13. Juli 2001. Am 11. September 2001 erging der angefochtene Entscheid der Auftraggeberinnen über die Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren. Bereits am 3. September 2001 hatten die Zschokke Generalunternehmung AG und die Göhner Merkur Totalunternehmung AG in einem gemeinsam unterzeichneten Schreiben das Hochbauamt des Kantons Zug über den Zusammenschluss der Firmen wie folgt informiert: Wie aus der Presse zu erfahren gewesen sei, habe die Zschokke Gruppe am 25. Mai 2001 die Göhner Merkur TU AG erworben. Der Zusammenschluss sei von der Wettbewerbskommission am 8. August 2001 genehmigt worden. Bis zum 31. Dezember 2001 würden beide Unternehmen als juristische und operative Einheiten wie bisher fortbestehen. Der Zusammenschluss der Unternehmen und Aktivitäten erfolge zum 1. Januar 2002. Ab diesem Datum würde die Firma juristisch und operativ einheitlich unter dem Namen Zschokke Generalunternehmung AG auftreten. Laufende Verträge bzw. Projekte seien durch den Integrationsprozess in keiner Weise betroffen. Die auf den ausgeschriebenen Projekten arbeitenden Teams würden beibehalten und stünden bis zum Projektabschluss für die Abwicklung zur Verfügung. Bis zum effektiven Zusammenschluss am 1. Januar 2002 würden Arbeitsgruppen die Integration der beiden Unternehmen unter einem Dach durchführen. Die Firma werde die Submissionsbehörde Anfang Dezember 2001 in detaillierter Form über die ab 2002 gültige Organisation sowie die Zuständigkeiten und Ansprechpartner unterrichten.

Nach dem Entscheid forderte das Hochbauamt die federführenden Firmen der ausgewählten Werberteams auf, ihre Teilnahme an der 2. Wettbewerbsstufe zu bestätigen. Zwischen dem 17. und 19. September 2001 bestätigten alle vier Werberteams ihre Teilnahme an der 2. Wettbewerbsstufe. Am 19. September 2001 gelangte die Baudirektion des Kantons Zug

unter Bezugnahme auf die Mitteilung des Zusammenschlusses und das Ergebnis der ersten Wettbewerbsstufe an die Zschokke Generalunternehmung AG mit dem Hinweis, dass gemäss den Wettbewerbsbedingungen Mehrfachbewerbungen von einzelnen Teammitgliedern in verschiedenen Bewerberteams nicht gestattet seien. Mit dem Zusammenschluss der Unternehmen Zschokke GU AG und Göhner Merkur TU AG würden sich Schwierigkeiten ergeben. Am 1. Januar 2002 würde dasselbe Unternehmen in zwei Bewerberteams sitzen, was gegen die Wettbewerbsbedingungen verstossen würde. Die Zschokke GU AG werde deshalb angefragt, wie sie weiterzufahren gedenke. Die Baudirektion sehe zur Zeit die folgenden Möglichkeiten: Entweder ziehe sich ab 1. Januar 2002 die Zschokke Generalunternehmung AG aus dem Bewerberteam «Sanite» oder «Sansibaar» zurück oder die beiden Unternehmungen blieben bis zum Abschluss des zweistufigen Gesamtleistungsstudienauftrages (Ende April 2002) juristisch und operativ getrennte Firmen. Möglich seien auch rechtlich selbständige Zweigniederlassungen bzw. Teilfirmen, die im Handelsregister als solche eingetragen seien. Die Baudirektion fügte bei, dass sie eine Lösung fussend auf dem zweiten Vorschlag vorziehen würde. Am 20. September 2001 antwortete die Zschokke Holding AG, gemäss den Wettbewerbsbedingungen seien Mehrfachbewerbungen nach der rechtlichen Stellung der Teammitglieder am Stichtag 4. Mai 2001 zu beurteilen. Allfällige spätere juristische Änderungen bei einzelnen Teammitgliedern könnten daher nicht mehr unter das Ausschlusskriterium von Mehrfachbewerbern fallen. Die Zschokke Holding AG als Eigentümerin der beiden Unternehmen Zschokke GU AG und Göhner Merkur TU AG bestätige der Baudirektion jedoch gerne, dass beide Unternehmen als juristisch eigenständige Einheiten zumindest bis zum Abschluss des Gesamtleistungsauftrages (Ende April 2002) Bestand haben würden. Die Firma werde dafür besorgt sein, dass die beiden Bewerberteams «Sanite» und «Sansibaar» weiterhin strikte getrennt arbeiteten. Bezugnehmend auf ein Telefonat mit dem Hochbauamt präziserte die Zschokke Holding AG mit Schreiben vom 24. September 2001 ihre Zusage gemäss Schreiben vom 20. September 2001 dahin, dass die beiden Bewerberteams auch in der zweiten Phase strikte getrennt arbeiten würden. Dieses Erfordernis ergebe sich auch aus den beiden bereits heute deutlich verschiedenen Projektentwürfen. Die aus zahlreichen Planern und Spezialisten zusammengesetzten Bewerberteams würden im ureigensten Interesse in ihrer jetzigen Konstellation weiterarbeiten. Es liege daher nicht nur im Interessen der Zschokke, sondern im Bestreben aller Teammitglieder, dass die Weiterbearbeitung sowohl organisatorisch wie personell sowie räumlich absolut getrennt erfolge und keine Projektvermischung oder ein gegenseitiger Austausch von Informationen stattfinde. Um auch innerhalb der beiden Zschokke-Gesellschaften diese operative Unabhängigkeit sicherzustellen, würden die Vertreter der Göhner Merkur TU AG im Bewerberteam «Sansibaar» bis zum Abschluss der 2. Stufe (Ende April 2002) am bisherigen Geschäftssitz der Göhner Merkur TU AG, Schaffhauserstrasse 505, in Zürich, ihren Arbeitsplatz behalten.

Die Teilnahmebedingungen schliessen Mehrfachbewerbungen von einzelnen Teammitgliedern in verschiedenen Bewerberteams aus. Ausgenommen davon sind rechtlich selbständige Zweigniederlassungen bzw. Teilfirmen, die im Handelsregister (Stichtag 4. Mai 2001) eingetragen sind. Gemäss Antrag des Preisgerichtes wurden das Bewerberteam unter der Federführung der Fischer Architekten AG und Zschokke Generalunternehmung AG als erstplatziertes sowie das Bewerberteam unter der Federführung der Göhner Merkur Totalunternehmung AG als zweitplatziertes Team ausgewählt. Der Zusammenschluss von Zschokke und Göhner Merkur erfolgte zunächst dadurch, dass die Zschokke Holding AG die Göhner Merkur Totalunternehmer AG erwarb und nunmehr Eigentümerin der Zschokke GU AG und der Göhner Merkur TU AG ist. Am Stichtag vom 4. Mai 2001 waren die beiden konsortialführenden Firmen selbständige Teilfirmen und als solche im Handelsregister eingetragen. Die beiden Firmen wollten gemäss ihrem Schreiben vom 3. September 2001 ab 1. Januar 2002 juristisch und operativ einheitlich unter dem Firmennamen Zschokke Generalunternehmung AG auftreten. Davon nahmen sie jedoch auf Intervention der kantonalen Baudirektion Abstand. Die Zschokke Holding AG sicherte in der Folge die rechtliche und operative Unabhängigkeit bis zum Abschluss des Gesamtleistungsauftrages zu. Damit werden die Verhältnisse nicht während der 2. Stufe verändert, sondern bleiben aufrecht. Die Teilnahmebedingungen unter dem Titel «Mehrfachbewerbungen» bleiben eingehalten.

Die Beschwerdeführer erblicken in der vertraglichen Fixierung des Zusammenschlusses während des Wettbewerbsverfahrens eine Verletzung des Ausschlusses der Mehrfachbewerbung. Die beiden erstplatzierten Bewerberinnen müssten in submissionsrechtlicher Hinsicht als wirtschaftliche Einheit bzw. als ein Bewerber betrachtet werden. Zivilrechtlich sind die Zschokke Generalunternehmung AG und die Göhner Merkur Totalunternehmung AG rechtlich selbständige Gesellschaften. Wieweit rechtlich selbständige, aber wirtschaftlich nahestehende oder beherrschte Gesellschaften in zivilrechtlicher Betrachtung als je selbständige Firmen zu behandeln sind oder in wirtschaftlicher Betrachtungsweise als ein Unternehmen zu gelten haben, kann für die verschiedenen Bereiche der Rechtsordnung nicht einheitlich beantwortet werden. In diesem Verfahren sind auch in dieser Hinsicht die Teilnahmebedingungen massgeblich. Diese erlauben ausdrücklich die gleichzeitige Teilnahme von rechtlich selbständigen Zweigniederlassungen bzw. Teilfirmen. Mit der Aufrechterhaltung der Selbständigkeit der Teilfirmen bis zum Abschluss der Stufe 2 bleibt somit die Voraussetzung hinsichtlich Mehrfachbewerbung erfüllt. Die Beschwerdeführer verlangen darüber hinaus, den Zusammenschluss der beiden Bewerber bis zum Ende der Realisierungsphase zu verbieten, um die submissionsrechtlich unerwünschte Situation zu vermeiden, dass beide Bewerber beim Obsiegen eines der beiden profitieren würden. Eine solche Auflage über die Vergabe hinaus findet keine Stütze in der Gesetzgebung und müsste wohl als Teilnahmebedingung des Auftraggebers als nicht sachgerecht und unverhältnismässig beurteilt werden.

4. Die Beschwerdeführer hatten den Entscheid über die Teilnehmerauswahl vom 11. September 2001 in einem Zeitpunkt anzufechten, in welchem die Fusion der Zschokke

Generalunternehmung AG und der Göhner Merkur Totalunternehmung AG per 1. Januar 2002 geplant war. Die Verschiebung der Fusion und die Gewährleistung der rechtlichen und operativen Selbständigkeit der beiden erstplatzierten Teams bzw. der beiden Tochtergesellschaften der Zschokke Holding ist nach dem Entscheid der Auftraggeberinnen erfolgt. Für diese bestand erst Anlass, die Frage der Mehrfachbewerbung aufzuwerfen, nachdem das Resultat der 1. Stufe bekannt war und die vier ausgewählten Teams ihre Zusage für die 2. Stufe bestätigt hatten. Die Verschiebung der Fusion stellt keine unzulässige nachträgliche Änderung dar, sondern gewährleistet die Aufrechterhaltung des Zustandes, wie er nach dem Wortlaut der Teilnahmebedingungen nur auf den Stichtag vom 4. Mai 2001 bezogen ist. Unter den gegebenen Umständen ist das verfahrensmässige Vorgehen der Auftraggeberinnen nicht zu beanstanden. Es erweist sich insbesondere als verfahrensmässig geboten, vor Beginn der 2. Stufe die Teilnahmeberechtigung zu klären, unter Einschluss jener Sachverhaltselemente, welche sich nach dem angefochtenen Entscheid ergeben haben. Es ergibt sich somit, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie einzutreten ist.

Verwaltungsgericht, 13. November 2001

§25 Denkmal G. – Denkmalschutz. Unterschutzstellung des alten Pfarrhelferhauses in Oberägeri. Interessenabwägung.

Sachverhalt:

A. In seiner Sitzung vom 4. April 2000 stellte der Regierungsrat das alte Pfarrhelferhaus, Assek.-Nr. 105a, Oberägeri, im Eigentum der Einwohnergemeinde Oberägeri, als Denkmal von lokaler Bedeutung unter kantonalen Denkmalschutz.

Der Regierungsrat begründete diese Unterschutzstellung wie folgt:

«Das alte Pfarrhelferhaus in Oberägeri ist das Pfrundhaus der 1687 gegründeten Iten'schen Familienpfründe und geht in seiner Bausubstanz in diese Gründungszeit zurück. Oberägeri besass die stattliche Zahl von fünf Pfründen. Schon im Spätmittelalter waren die Pfrundherren gehalten, Schule zu halten und insbesondere auch eine weit herum bekannte Lateinschule zu führen. Die Pfründen waren in verschiedenen Häusern untergebracht, u.a. im Pfrundhaus an der Hauptstrasse bei der Kirche. Von den weiteren Häusern ist nur mehr das Iten'sche Pfrundhaus erhalten. Im 19. Jahrhundert,

wohl um 1872, als das Gebäude von der Gemeinde zum Pfarrhelferhaus bestimmt wurde, erhielt es sein heute sichtbares Aussehen mit verschindelten Fassaden, regelmässigen Fensterachsen und vertäfernten Dachuntersichten. Auch im Inneren sind die beiden Bauphasen gut erkennbar, indem die beiden Hauptgeschosse im Erscheinungsbild des mittleren 19. Jahrhunderts mit rückwärtig zentriert angeordnetem Treppenhaus, Wand- und Deckentäfern und entsprechenden Türen ausgestattet sind, der grosszügige, nicht ausgebaute Dachstock und auch der Keller aber in die Bauzeit des 17. Jahrhunderts zurückzuweisen. Neben dem bereits geschützten und restaurierten Pfrundhaus an der Hauptgasse ist das Pfarrhelferhaus der letzte bauliche Zeuge der langen und wichtigen Pfründner- und Schultradition in Oberägeri.

Das gut erhaltene Haus gehört zum letzten homogenen historischen Gebiet des Dorfes Oberägeri. Es ist darum der Ortsbildschutzzzone Oberägeri zugewiesen worden. In der Nähe befinden sich weiter das unter Denkmalschutz stehende Zurlaubenhaus, das ebenfalls bereits geschützte alte Schulhaus und der von der Gemeinde im Kernplan Dorf als schützenswert bezeichnete «Bauernhof». In demselben Plan ist das alte Pfarrhelferhaus als «Baute mit Bedeutung für das Ortsbild» aufgeführt.»

Zum Anlass der Unterschutzstellung wird im Entscheid des Regierungsrates ausgeführt, die Einwohnergemeinde Oberägeri plane eine Dreifachturnhalle auf den Schulanlagen Hofmatt mit darunter angeordneten Parkanlagen. Der Gemeinderat habe auch von Projektstudien des Architekturbüros Mathis & Meier Kenntnis genommen sowohl für den Umbau und die Umnutzung des alten Pfarrhelferhauses gemäss Vorgaben der kantonalen Denkmalpflege wie auch einen Neubau mit leicht grösserem Volumen. Der Gemeinderat habe zur Kenntnis genommen, dass ein Umbau und eine Umnutzung mit den geforderten zwei Kindergärten möglich und sinnvoll sei, und dass die Kosten dieses Umbaus etwas tiefer lägen als die Kosten für einen Neubau. Vorgesehen sei auch die Erschliessung der Einstellhalle unter der Turnhalle vom Bachweg her zwischen dem «Bauernhof» und dem alten Pfarrhelferhaus. Der Gemeinderat sei zum Schluss gekommen, eine Zufahrt zur Tiefgarage sei nur realisierbar, wenn das alte Pfarrhelferhaus abgebrochen werde. Demgegenüber sei die kantonale Denkmalkommission zum Schluss gekommen, das Haus sei ein interessantes, schützenswertes Objekt, das sich in gutem Zustand befinde und einer Zufahrt in die Tiefgarage nicht im Wege stehe. Der Regierungsrat misst dem alten Pfarrhelferhaus die Eigenschaft eines schutzwürdigen Denkmals von lokaler Bedeutung zu. Die Erhaltung liege im überwiegenden öffentlichen Interesse.

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 12. Mai 2000 lässt die Einwohnergemeinde Oberägeri, vertreten durch den Gemeinderat Oberägeri, beantragen, der Beschluss des Regierungsrates betreffend Unterschutzstellung sei aufzuheben.

Der Rechtsvertreter des Gemeinderates stellt zunächst ebenfalls die Vorgeschichte dar. Zur zusätzlichen Begründung seines Abbruchgesuches habe der Gemeinderat bei der Direktion des Innern geltend gemacht, ein Neubau auf GS 350 ermögliche ein wesentlich besseres Nutzungskonzept als eine Sanierung. Bei einem Neubau könnten auch bezüglich Schallschutz wirksamere Massnahmen getroffen werden, was gerade bei einer gemischten Nutzung, z.B. Kindergarten und Musikschulräume, aber auch bei der Einquartierung von zwei Kindergärten in ein- und demselben Haus besonders wichtig sei.

In rechtlicher Hinsicht fragt sich die Beschwerdeführerin, ob das alte Pfarrhelferhaus ein Denkmal von besonderem wissenschaftlichem, kulturellem oder heimatkundlichem Wert im Sinne von §25 Abs. 1 lit. a DSG sei. Gestützt auf das kantonale Amt für Denkmalpflege komme der Regierungsrat zum Schluss, dass das Haus als Pfrundhaus für die Ortsgeschichte und wegen seiner für die Entstehungs- und Renovationszeit typische und gut erhaltene Bausubstanz einen hohen Eigenwert aufweise. Ebenso hoch sei die Bedeutung für das Ortsbild einzustufen, bilde es doch zusammen mit einer ganzen Reihe weiterer Bauten den eigentlichen historischen Ortskern von Oberägeri. Der Begriff der Besonderheit beinhalte im Zusammenhang mit dem Denkmalschutz und vorab, wenn es um die heimatkundliche Besonderheit gehe, sicher auch den Begriff der Einmaligkeit. Nun sei aber in Oberägeri bereits das Pfrundhaus an der Hauptstrasse bei der Kirche unter kantonalen Denkmalschutz gestellt worden. Soweit mit Gebäulichkeiten der Geschichte das Pfrundwesen dokumentiert werden solle, so sei dies bereits durch das Pfrundhaus an der Hauptstrasse geschehen. Dem alten Pfarrhelferhaus komme keine Einmaligkeit zu. In bauhistorischer Hinsicht werde die Schutzwürdigkeit damit begründet, dass das Gebäude deshalb besonders interessant sei, weil es um 1872, als das Gebäude von der Gemeinde zum Pfarrhelferhaus bestimmt worden sei, sein heute sichtbares Aussehen mit verschildelten Fassaden, regelmässigen Fensterachsen und vertäfernten Dachuntersichten erhalten habe. Auch im Inneren seien die beiden Bauphasen gut erkennbar, indem die beiden Hauptgeschosse im Erscheinungsbild des mittleren 19. Jahrhunderts mit rückwärtig zentriert angeordnetem Treppenhaus, Wand- und Deckentäfer und entsprechenden Türen ausgestattet seien, der grosszügige, nicht ausgebaute Dachstock und auch der Keller aber in die Bauzeit des 17. Jahrhunderts zurückweisen würden. Die Tatsache, dass das ehemalige Pfrundhaus um 1872 ein offenbar völlig neues Aussehen erhalten habe, zeige, dass eben gerade nicht von einem besonders bedeutenden Zeugen einer Bauzeit gesprochen werden könne. Das alte Pfarrhelferhaus, wie es sich heute präsentiere, sei für sich alleine sicher nicht schutzwürdig. Es fehle ihm der besondere, eigenständige und zeitgeschichtlich bedeutende Charakter. Die heute noch sichtbaren Elemente aus dem ursprünglichen Bau seien dagegen nur noch teilweise erkennbar und somit ebenfalls nicht mehr von besonderer Bedeutung. Der Regierungsrat stelle zwar fest, dass die Erkennbarkeit

der beiden Bauphasen interessant sei. Er vermöge aber nicht darzulegen, inwieweit das Gebäude gerade dadurch ein besonders charakteristisches Zeugnis der Vergangenheit abzulegen vermöge. Dem unter Schutz gestellten Gebäude fehle von vornherein der besondere wissenschaftliche, kulturelle oder heimatkundliche Wert. Selbst wenn wider Erwarten dem alten Pfarrhelferhaus die geforderte Besonderheit zugesprochen würde, so könnte die historische Bedeutung nicht überaus gross sein. Das Gesetz unterscheide zwischen Denkmälern nationaler, regionaler und lokaler Bedeutung, je nach ihrem Wert. Das alte Pfarrhelferhaus werde vom Regierungsrat als Denkmal von lokaler Bedeutung eingestuft. Damit verweise er selbst den Wert auf das unterste Drittel der Bedeutungsskala. Der Kanton habe das Gebäude auch erst nach Eingang des Abbruchgesuches in das Inventar der schützenswerten Bauten aufgenommen. Dies hindere zwar die Unterschutzstellung nicht, sei aber ein Indiz für die bisherige Bewertung. Das Schutzinteresse werde durch weitere Umstände reduziert. Das alte Pfarrhelferhaus stehe am Rande des Ortskerns. An das Haus schliesse sich die moderne Schulanlage an, so dass das Haus längst aus seiner historischen Umgebung herausgelöst worden sei, und insbesondere der Bezug zur Kirche gänzlich fehle. Die Beschwerdeführerin zweifelt auch daran, ob das Haus mit Garten als Ensemble zu erhalten sei, wenn für den vorgesehenen Kindergarten ein Anbau erstellt werde, und die zweispurige Tiefgarageneinfahrt gemäss Vorschlag der Denkmalpflege unmittelbar neben dem Garten und dem alten Pfarrhelferhaus hindurch führe. Dem relativ geringen öffentlichen Interesse am denkmalpflegerischen Schutz sei das Interesse der Beschwerdeführerin an ihrem unbelasteten und uneingeschränkten Eigentum gegenüber zu stellen. Das Gebäude befinde sich in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen, direkt angrenzend an die Schulanlage Hofmatt. Geplant sei die Realisierung von zwei Kindergärten. Die Feststellung des Regierungsrates möge zwar zutreffen, dass das Kindergartenprojekt auch im bestehenden Haus möglich sei. Der Variante Umnutzung stünden erhebliche Nachteile entgegen. Zu denken sei an den Schallschutz, welchem bei zwei Kindergärten, eventuell gleichzeitiger Unterbringung von Musikschulräumen, besondere Bedeutung zuzumessen sei. Ungünstig für einen Kindergarten seien die Treppen- und die Raumaufteilung. Kindergärten benötigten nicht viele kleine, niedrige, sondern möglichst grosse und vernünftig hohe Räume. Die Belichtung entspreche ebenfalls nicht den heute an einen Kindergarten zu stellenden, wohngygienischen Anforderungen. Das Kindergartenprojekt könne nur mit einem zusätzlichen Anbau realisiert werden. Ein solcher Anbau beeinträchtige aber das zu erhaltende Gebäude in erheblichem Ausmass.

Es komme dazu, dass sich gezeigt habe, dass die Tiefgarageneinfahrt teilweise auf dem Grundstück 350 erstellt werden müsse. Die Denkmalpflege vertrete auch hier die Auffassung, dass eine doppelspurige Tiefgarageneinfahrt auch bei gleichzeitigem Erhalt des alten Pfarrhelferhauses möglich sei. Dabei werde aber verkannt, dass diese Einfahrt mit dem Kindergarten im al-

ten Schulhaus insgesamt eine unbefriedigende Situation erzeuge, da der für den Kindergarten nötige Spielplatz direkt an die Tiefgarageneinfahrt grenze. Mit einem Neubau könnte auf diese Situation optimal reagiert werden. Der Kindergarten könnte in einem Neubau in den neu zu realisierenden Teil der Hofmattschulanlage integriert werden.

Erwägungen:

....

2. Der Regierungsrat beschliesst die Unterschutzstellung, wenn a) das Denkmal von besonderem wissenschaftlichem, kulturellem oder heimatkundlichem Wert ist; b) das öffentliche Interesse an dessen Erhaltung allfällige entgegenstehende Privatinteressen überwiegt; c) die Massnahme verhältnismässig ist; d) die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten auch auf Dauer tragbar erscheinen. Mit dem Beschluss wird das Denkmal als Objekt von regionaler oder lokaler Bedeutung klassiert (§25 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz, Denkmalschutzgesetz, BGS 423.11). Die Unterschutzstellung überbindet dem Eigentümer eine Sorgfaltpflicht. Er hat das Denkmal so zu unterhalten, dass sein Bestand dauernd gesichert wird (§26 Abs. 1 Denkmalschutz G). Veränderungen des Bauzustandes oder der geschützten Ausstattung eines unter Schutz gestellten Denkmals bedürfen der Zustimmung der Direktion des Innern (§30 Abs. 1 des Gesetzes). Die Formulierung von §25 Abs. 1 des Denkmalschutzgesetzes über die Voraussetzungen der Unterschutzstellung entspricht den Anforderungen an Eingriffe in das durch Art. 26 der Bundesverfassung gewährleistete Eigentum. Eigentumsbeschränkungen sind nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und sich unter den gegebenen Umständen als verhältnismässig erweisen (BGE 121 I 120, 119 Ia 366 E. 3a). Hinsichtlich der Gemeindeautonomie verweist die Kantonsverfassung in §76 (BGS 111.1) auf die Gesetzgebung, ebenso wie §3 des Gemeindegesetzes (GG, BGS 171.1).

3. Die Denkmalpflege erwähnt die in Oberägeri nachgewiesenen fünf Pfründen mit ihren Häusern, von denen noch zwei vorhanden sind. Sie sind nach ihren Baugeschichten und ihrem Erscheinungsbild verschieden. Das alte Pfarrhelferhaus ist das Pfrundhaus der 1687 gegründeten Iten'schen Familienpfründe und geht in seiner Bausubstanz auf diese Gründungszeit zurück. Es wird auch vorgebracht, schon im Spätmittelalter seien die Pfrundherren gehalten gewesen, Schule zu halten, und sie hätten insbesondere auch eine weit herum bekannte Lateinschule geführt. Im 19. Jahrhundert, wohl um 1872, als das Gebäude von der Gemeinde zum Pfarrhelferhaus bestimmt wurde, erhielt es nach den Ausführungen der Denkmalpflege sein heutiges sichtbares Aussehen mit verschindelten Fassaden, regelmässigen Fensterachsen und vertäferten Dachuntersichten. Im Inneren sind die beiden Bauphasen, wie auch der Augenschein bestätigt hat, gut erkennbar. Die

beiden Hauptgeschosse im Erscheinungsbild des mittleren 19. Jahrhunderts mit rückwärtig zentriert angeordnetem Treppenhaus, Wand- und Deckentäfern und entsprechenden Türen unterscheiden sich vom Dachstock und Keller aus der Bauzeit des 17. Jahrhunderts.

Die Zeit als Pfrundhaus und als Pfarrhelferhaus lässt sich nicht unmittelbar aus dem Bau ablesen. Dies ist hier für die Schützwürdigkeit ebenso wenig entscheidend wie bei Geburts- und Wohnhäusern berühmter Persönlichkeiten. Die Schützwürdigkeit wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass in Oberägeri ein zweites der fünf Pfrundhäuser erhalten und überdies neu renoviert ist. Das alte Pfarrhelferhaus gehört neben dem «Bauernhof», dem alten Schulhaus, dem Zurlaubenhaus und dem Pfrundhaus an der Kantonsstrasse zum ältesten Dorfteil in der näheren oder weiteren Nachbarschaft der Kirche und stellt ein Denkmal von kulturellem oder heimatkundlichem Wert im Sinne des Denkmalpflegegesetzes dar. Die diesbezüglichen Ausführungen der Organe der Denkmalpflege sind auch für den Nichtfachmann verständlich und einleuchtend, so dass die Bewertung der weiteren Interessenabwägung zugrunde gelegt werden kann.

4. Der Gemeinderat Oberägeri hätte das Grundstück GBP Nr. 350 mit der strittigen Baute gerne in die Planung der Dreifachturnhalle auf dem angrenzenden Areal der Schulanlagen Hofmatt und der Parkieranlage in der Tiefgarage einbezogen. Das Schulareal grenzt an den alten Dorfteil. Im Pfarrhelferhaus sollten insbesondere zwei Kindergartenklassen untergebracht werden. Die zentrale und doch ruhige Lage, etwas abgesetzt von den Schulbauten, dürfte sich hierfür zweifellos gut eignen. Wie von Seiten der Gemeinde am Augenschein dargetan wurde, hat der zentrale Kindergarten auch eine wichtige Ausgleichsfunktion bei der Zuteilung der Kinder auf die verschiedenen Kindergärten. Es ist zwar unbestritten, dass auch im strittigen Bau zwei Kindergärten, nebst anderweitig verwendbarem Raum, untergebracht werden könnten. Bei einem Neubau würden aber die Räume grosszügiger gestaltet, funktioneller angeordnet und besser isoliert. Dass die Räume im alten Pfarrhelferhaus zu wenig belichtet wären, hat sich am Augenschein nicht bestätigt. Seitens des Gemeinderates kam aber insgesamt der klare Wille zum Ausdruck, über das im Eigentum der Gemeinde stehende Gebäude verfügen und nach einem Abbruch das Areal neu überbauen zu können.

Die rechtlich relevanten Interessen der Einwohnergemeinde Oberägeri kommen nicht abschliessend in der aktuellen Stellungnahme des Gemeinderates im Zusammenhang mit der Schulplanung zum Ausdruck. Zu Recht verweist der Regierungsrat auch auf die vom gemeindlichen Souverän beschlossene Ortsplanung. Gemäss Art. 59 der Bauordnung der Einwohnergemeinde Oberägeri vom 25. Oktober 1994 (BO) bezweckt die Ortsbildschutzzone die Erhaltung des speziellen Ortsbildes. Der Abbruch von Bauten oder Bauteilen sowie von Anlagen bedarf einer vorherigen Bewilligung. Für alle Bauvorhaben in der Ortsbildschutzzone ist das kantonale Amt für Denkmal-

pflege und Archäologie beratend beizuziehen. Im Übrigen verweist Art. 59 BO mit dem Titel Ortsbildschutzzone auf die für die Kernzone Dorf erlassenen Sonderbauvorschriften. Das alte Pfarrhelferhaus gehört zur Ortsbildschutzzone. Der Kernplan Dorf vom 16. Dezember 1986 bezeichnet das Pfarrhelferhaus als «Baute mit Bedeutung für das Ortsbild». Gemäss §3 der Sonderbauvorschriften für das Dorfkernegebiet dürfen Bauten mit Bedeutung für das Ortsbild sowie die bestehenden markanten dorfbildenden Gebäude unter Beibehaltung der ursprünglichen Bausubstanz, des bisherigen Gebäudeprofils und des herkömmlichen Erscheinungsbildes um- und ausgebaut sowie wieder aufgebaut werden. Ein Abbruch und Wiederaufbau ist zulässig, wenn sich eine Renovation als unverhältnismässig erweist. Es entspricht somit auch den vom gemeindlichen Souverän zum Ausdruck gebrachten Interessen der Gemeinde, dem alten Pfarrhelferhaus für sich und im Zusammenhang mit dem Ortsbildschutz im Kerngebiet des Dorfes den ihm zustehenden Schutz zukommen zu lassen. Dieser gemeindliche Schutz erklärt auch nebst administrativen Gründen, dass die kantonale Denkmalpflege zuvor nicht eigene Massnahmen getroffen hat.

5. Wie der Augenschein bestätigt hat, und im Übrigen unbestritten ist, ist die Beseitigung der unter Schutz gestellten Baute nicht erforderlich, um die Einfahrt in die Tiefgarage zu erstellen. Ein Neubau ist auch nicht zwingend, um nach den Vorstellungen des Gemeinderates zwei Kindergärten im Bau unterzubringen und den übrigen Raum schulisch zu nützen. Von Seiten der Denkmalpflege bestehen keine Bedenken, den Bau durch einen Treppenhautanbau zu ergänzen. Eine Renovation mit Umbau entsprechend den bereits vorhandenen Vorstellungen erscheint verglichen mit einem Abbruch und Wiederaufbau keineswegs als unverhältnismässig. Die planerischen Vorschriften der Einwohnergemeinde Oberägeri bringen die auch unter denkmalpflegerischem Aspekt zu berücksichtigenden Interessen sachgerecht zum Ausdruck. Die Unterschutzstellung des alten Pfarrhelferhauses bringt für die Gemeinde Oberägeri weder unter schulischen, finanziellen noch planerischen Aspekten eine Belastung mit sich, welche die kulturellen und heimatkundlichen Werte des Schutzobjektes in Zusammenhang mit dem Ortsbild im alten Dorfteil überwiegen würde. Der Regierungsrat hat deshalb zu Recht die Unterschutzstellung angeordnet, weshalb die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen ist.

Verwaltungsgericht, 1. März 2001

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 28 ff. ZGB; Art. 1, 7 und 11 ff. USG; Art. 3, 4 und 13 NISV; §129 Ziff. 3 ZPO. Schutz der Persönlichkeit – Vorsorgliche Massnahmen; Frage der Verwirkung (E. 3). Aktiv- und Passivlegitimation (E. 4). Persönlichkeitsverletzung durch Erhöhung der Strahlung einer Hochspannungsleitung? (E. 5). Rechtfertigung durch die umweltschutzrechtlichen Vorschriften? (E. 6). Fall einer sog. Handhabung klaren Rechts? (E. 7).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

A. liess beim Kantonsgerichtspräsidium Zug ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen stellen und beantragen, es sei das Elektrizitätswerk X. im Sinne von Art. 28c ZGB in Verbindung mit §129 Ziff. 3 ZPO vorsorglich zu verpflichten, die Zuschaltung der 380 kV Starkstromleitung über den Grundstückparzellen a und b in der Gemeinde Y. abzuschalten und die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, damit die Immissionen der Starkstromleitung auf ihren Grundstücken denjenigen einer Starkstromleitung von 220 kV entsprechen. Das Kantonsgerichtspräsidium wies dieses Gesuch ab, soweit es überhaupt darauf eintrat. Dagegen erhob A. Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts.

Aus den Erwägungen:

2. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Der im Sinne dieser Bestimmung in seiner Persönlichkeit widerrechtlich Verletzte kann dem Richter gestützt auf Art. 28a Abs. 1 ZGB mit Klage beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten (Ziff. 1), eine bestehende Verletzung zu beseitigen (Ziff. 2) oder die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Ziff. 3); vorbehalten bleiben die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung (Abs. 3). Wer glaubhaft macht, dass er in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt ist oder eine solche Verletzung befürchten muss und dass ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, kann die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangen (Art. 28c Abs. 1 ZGB). Das Gericht kann insbesondere die Verletzung vorsorglich verbieten oder beseitigen (Art. 28 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Vorsorgliche Massnahmen, die angeordnet werden, bevor die Klage rechtshängig ist, fallen dahin, wenn der Gesuchsteller nicht innerhalb der vom Gericht festgesetzten Frist, spätestens aber innert 30 Tagen, Klage erhebt (Art. 28e Abs. 2 ZGB).

Der Schutzbereich der Persönlichkeitsrechte erfasst die physische Integrität bzw. die körperliche Unversehrtheit des Menschen. Der Mensch besitzt ein Persönlichkeitsrecht auf physische Integrität; der menschliche Körper ist unantastbar (Riemer, Personenrecht des ZGB, Bern 1995, Rz 338). Der Gesuchsteller hat im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes nicht den strikten Beweis für das Bestehen oder die Gefahr einer Persönlichkeitsverletzung und für deren Widerrechtlichkeit zu erbringen. Es genügt, das Vorliegen der in Art. 28 ZGB enthaltenen Voraussetzungen glaubhaft zu machen, d.h. darzutun, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Vorhandensein spricht. Blosser Behauptungen genügen dagegen nicht. Dabei ist zu beachten, dass die Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich auch deren Widerrechtlichkeit zur Folge hat. Wenn sich die Gegenpartei dem Gesuch widersetzt, so liegt es an ihr, das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes wahrscheinlich zu machen. Das Interesse an der Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist nur schützenswert, wenn ohne solche Massnahme der durch die Verletzung verursachte Nachteil nicht leicht wiedergutzumachen wäre. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, muss die Massnahme im Vergleich zur Schwere der Verletzung, gegen die sie sich richtet, verhältnismässig sein (Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. A., Basel/Genf/München 1999, Rz 518, 622 ff.; Meili, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Zivilgesetzbuch I, Basel und Frankfurt am Main 1996, N 56 zu Art. 28, N 2 und 4 zu Art. 28c; vgl. Gloor, Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Zürich 1982, S. 49 f.). Auf Grund der eingeschränkten Überprüfung von Sachverhalt und Rechtslage durch den Massnahmerichter kann sich eine gewährte vorsorgliche Massnahme im Hauptprozess als unbegründet erweisen. Auf Antrag des Gesuchsgegners kann die Massnahme daher wieder aufgehoben werden, sobald der Richter im ordentlichen Prozess deren Unbegründetheit feststellt (Pedrazzini/Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, 4. A., Bern 1993, S. 175).

3. Der Vorderrichter hält dafür, die angebehrten vorsorglichen Massnahmen könnten nur angeordnet werden, wenn deren zeitliche Dringlichkeit bzw. die Eilbedürftigkeit des Rechtsschutzes gegeben sei. Da die Beschwerdeführerin ohne triftige Gründe mit der Einreichung des Gesuchs bis zum 11. Mai 2000 zugewartet habe, obwohl das beanstandete Verhalten des Beschwerdegegners sowie die behaupteten Gesundheitsstörungen bereits seit Mai 1998 andauerten, könne dem Gesuch schon unter dem Gesichtspunkt des Verbots des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht stattgegeben werden. Die Beschwerdeführerin rügt dies und bringt vor, es könne ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie sich seit Beginn der Beeinträchtigungen mit dem Beschwerdegegner und unter Vermittlung der Gemeinde Y. um eine aussergerichtliche Lösung bemüht habe und aus diesem Grund mit der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zugewartet habe.

a) Aus der Korrespondenz der Beschwerdeführerin geht hervor, dass der Beschwerdegegner im November 1998 auf telefonische Anfrage hin bekannt gegeben habe, bei der über das fragliche Grundstück führenden Hochspan-

nungsleitung sei «eine massive Aufschaltung vorgenommen» worden. Aktenkundig sind ausserdem die aussergerichtlichen Bemühungen der Parteien sowie der Gemeinde Y. um eine einvernehmliche Lösung der Angelegenheit. Die unbestrittenermassen im Mai 1998 erfolgte Erhöhung der Spannung der Leitung von 220 kV auf 380 kV macht die Beschwerdeführerin als Ursache für ihre gesundheitlichen Beeinträchtigungen geltend, an denen sie offenbar seit Frühsommer 1998 leidet.

b) Die Persönlichkeitsrechte unterstehen – abgesehen von daraus abgeleiteten Geldforderungen und den entsprechenden Klagen – keiner Frist, deren Ablauf infolge Verjährung das Klagerecht beseitigen würde oder infolge Verwirkung den Verlust des Rechts zur Folge hätte. Da dem Opfer einer Persönlichkeitsverletzung mit den ihm zur Verfügung stehenden Klagen auf Grund der oftmals langwierigen und im Ergebnis unsicheren gerichtlichen Verfahren nicht immer geholfen ist, hat der Bundesgesetzgeber in Art. 28c – 28f ZGB einen für die ganze Schweiz einheitlichen Rechtsschutz geregelt. Damit kann der Betroffene beim Richter unverzüglich einen effektiven Rechtsschutz erlangen, indem eine Verletzung vorläufig verboten oder beseitigt wird. Diese Bestimmungen regeln nur das Wesentliche, weshalb für die im Bundesrecht nicht geregelten Fragen auf das kantonale Prozessrecht abzustellen ist. Dabei sind allerdings Wortlaut und Zweck der bundesrechtlichen Regeln zu beachten. Was die Frage der Dringlichkeit vorsorglicher Massnahmen anbetrifft, so sieht Art. 28d ZGB vor, dass dem Gesuchsgegner Gelegenheit zu geben ist, sich zum Gesuch zu äussern (Abs. 1), bei dringender Gefahr jedoch vom Gericht schon vor Anhörung des Gesuchsgegners auf blosser Einreichung des Gesuchs hin Massnahmen vorläufig angeordnet werden können, es sei denn, der Gesuchsteller habe sein Gesuch offensichtlich hinausgezögert (Abs. 2). Die besondere Voraussetzung der drohenden Gefahr ist dabei Bedingung, um bereits ohne Anhörung der Gegenpartei Massnahmen anordnen zu können. Wer sein Gesuch offensichtlich hinausgezögert, handelt rechtsmissbräuchlich und verliert das Recht auf Massnahmen, die ohne Anhörung der Gegenpartei vorläufig angeordnet werden (Bucher, a.a.O., Rz 511, 618 f., 647 ff., 652). Bei längerem Zuwarten dürfte im Übrigen in der Regel die Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht mehr gegeben sein, ohne dass sich die Frage des Rechtsmissbrauchs des Gesuchstellers stellt (vgl. Baumann, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1998, N 425 zu Art. 2 ZGB).

c) Während der Anspruch aus Art. 28 ZGB grundsätzlich unabhängig von der Intensität der körperlichen Beeinträchtigung besteht, vermöchte demgegenüber ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen kaum bereits beim Auftreten erster gesundheitlicher Beschwerden glaubhaft gemacht zu werden, da zusätzlich ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vorausgesetzt wird. Ein solcher könnte einer Person durchaus erst nach einer längeren Strahlungsexposition drohen. Daraus erhellt, dass die Beschwerdeführerin keine Rechte verwirkte, indem sie vorprozessual um eine einver-

nehmliche Lösung bemüht war. Auch wurde die Stellung der Gegenpartei von der (bloss prozessualen) Untätigkeit der Beschwerdeführerin in keiner Weise betroffen. Die Auffassung der Vorinstanz erweist sich demnach als unzutreffend.

4. a) Die Klagen zum Schutz der Persönlichkeit können von jeder Person erhoben werden, die unmittelbar in ihrer Persönlichkeit verletzt wird oder verletzt worden ist. Die Persönlichkeitsrechte sind mit der Person ihres Trägers untrennbar verbunden. Soweit sie nicht vermögensrechtlicher Natur sind, handelt es sich um höchstpersönliche Rechte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB, die ihrem Träger um seiner Persönlichkeit willen zustehen. Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen üben sie ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters aus, während Urteilsunfähige, da handlungsunfähig, durch den gesetzlichen Vertreter geschützt werden müssen (Bucher, a.a.O., Rz 512 f., 561; Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz 417). Die Beschwerdeführerin klagt vorliegend in ihrem eigenen Namen; sie ist daher aktivlegitimiert, soweit sie eine Verletzung ihrer eigenen Persönlichkeit geltend macht. Nicht zu prüfen sind demgegenüber allfällige Persönlichkeitsverletzungen, die ihr Ehemann oder ihre Kinder erleiden. Im Rahmen der Glaubhaftmachung der Anspruchsvoraussetzungen können bestehende gesundheitliche Beeinträchtigungen der Familienmitglieder allerdings als Indizien für eine Verletzung der Persönlichkeit der Beschwerdeführerin gewürdigt werden, da in sachlicher Hinsicht – abgesehen von allfällig individuell unterschiedlichen Befindlichkeiten – grundsätzlich gleiche Verhältnisse vorliegen. Diese vermögen indessen den Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit gesundheitlicher Beeinträchtigungen, welche die Beschwerdeführerin persönlich erlitten haben soll, nicht zu ersetzen. Hingegen ist auf gesundheitliche Beeinträchtigungen von Tieren der Beschwerdeführerin zum vornherein nicht abzustellen, da Tiere vom Persönlichkeitsschutz im Sinne von Art. 28 ZGB nicht erfasst werden.

b) Der Schutz der Persönlichkeit kann jedermann entgegengehalten werden. Die Persönlichkeitsrechte stellen deshalb absolute Rechte dar. Der Anspruch richtet sich grundsätzlich gegen den Urheber der Verletzung. Der Verletzte kann gegen jede Person Klage erheben, die an der Persönlichkeitsverletzung mitgewirkt hat. Er braucht dabei nicht gegen sämtliche potenziellen Beklagten gleichzeitig vorzugehen (Bucher, a.a.O., Rz 505, 566; Brückner, a.a.O., Rz 684). Der Beschwerdegegner ist unbestrittenermassen Betreiber der Hochspannungsleitung, welche im Bereich der Gemeinde Y. über die Grundstücke a und b der Beschwerdeführerin führt. Auf Grundstück a steht das Wohnhaus, in dem die Beschwerdeführerin zusammen mit ihrer Familie lebt. Die Passivlegitimation des Beschwerdegegners ist demnach gegeben.

5. Primäre Voraussetzung für eine Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen ist das Bestehen einer vom Beschwerdegegner verursachten Persönlichkeitsverletzung.

a) Die Beschwerdeführerin führte im Gesuch vom 11. Mai 2000 aus, dass zwar kein sie persönlich betreffendes Arztzeugnis aufgelegt werde, sie aber seit der Zuschaltung der Stromleitung – wie die ganze Familie – mit körperlichen Beschwerden zu kämpfen habe. Erst mit der Replik legte sie ein sie selbst betreffendes, vom 31. Mai 2000 datierendes ärztliches Zeugnis auf. Der ausstellende Arzt, Dr. med. U., hielt darin fest, dass sich die Beschwerdeführerin seit Mitte März 1999 bei ihm in Behandlung befinde. Er diagnostizierte anfänglich eine progrediente Schwäche und Sensibilitätsstörungen in beiden Beinen, die eine notfallmässige Hospitalisierung der Patientin indiziert hätten. Der untersuchende Neurologe im Spital Z. habe jedoch keine Ursachen der Beschwerden eruieren können. Anlässlich einer Ferienabwesenheit hätten sich die Symptome grösstenteils zurückgebildet. In der Folge hätten sich in Zusammenhang mit einer Magenübersäuerung stehende Beschwerden eingestellt, die sich unter entsprechender Medikation sowie Diät wieder gebessert hätten. Ende Mai 2000 habe ihn die Patientin wegen Gliederschmerzen konsultiert, die seit eineinhalb Monaten angedauert hätten und mit Kribbelparästhesien und Schwellungen in beiden Handgelenken sowie in den Fusssohlen einhergegangen seien. In der Beurteilung hielt der Arzt fest, die Beschwerdeführerin leide an schlecht definierbaren Beschwerden, die in kein gängiges Krankheitsbild passten. Eigentliche organische Ursachen hätten sich nicht nachweisen lassen, weshalb sich der Verdacht aufdränge, dass die Belastung durch die elektromagnetischen Felder zumindest teilweise für die Beschwerden verantwortlich sei. Ergänzend führte er aus, beim Ehepaar A. bestehe zusätzlich eine verständliche Sorge um das Wohlergehen der Familie, insbesondere jenes der Kinder, die unter eher ungewöhnlichen Hautausschlägen leiden würden.

Andere ärztliche Zeugnisse oder allfällige Untersuchungsergebnisse zum Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin lagen dem Kantonsgerichtspräsidium nicht vor. Damit steht zunächst fest, dass die Beschwerdeführerin seit der Erhöhung der Spannung der Hochspannungsleitung von 220 kV auf 380 kV im Mai 1998 in drei Perioden – in der Zeit ab Mitte März 1999, zu einem undefinierten späteren Zeitpunkt sowie Ende Mai 2000 – wegen jeweils unterschiedlicher gesundheitlicher Beschwerden in ärztlicher Behandlung stand. Die Beschwerdeführerin begab sich dabei erstmals rund zehn Monate nach der Aufschaltung der Hochspannungsleitung, die sie als Ursache und gleichzeitigen Beginn ihrer gesundheitlichen Beschwerden anführt, in ärztliche Behandlung. Danach traten lediglich zweimal Beschwerden auf, die vor bzw. nach Gesuchseinreichung wiederum eine ärztliche Behandlung erforderlich machten. Eine andauernde Beeinträchtigung der Gesundheit der Beschwerdeführerin bestand offenbar nicht. Bereits diese Sachverhaltsumstände sprechen eher gegen einen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem veränderten Betrieb der Hochspannungsleitung und den von Dr. U. diagnostizierten Beschwerden. Kommt hinzu, dass Dr. U. diese Beschwerden lediglich mutmassend auf die elektromagnetischen Felder der Hochspannungslei-

tung, und auch dies nur als mögliche Teil- bzw. Mitursache, zurückführte. Die Beschwerdeführerin behauptet im Übrigen nicht, dass es sich bei Dr. U. um eine Fachperson auf dem Gebiet der Wirkung nichtionisierender Strahlung auf den Menschen handelt. Dieser hielt vielmehr selber fest, die Datelage bezüglich Elektromog sei noch nicht geklärt. Dr. U. äusserte mithin bloss seine persönliche, weder wissenschaftlich abgestützte noch durch die medizinische Untersuchung erhärtete Überzeugung. Seine Angaben können daher gerade unter dieser Rücksicht nur als Indiz für einen Zusammenhang zwischen den diagnostizierten Beschwerden und der mit dem Betrieb der Hochspannungsleitung verbundenen elektromagnetischen Strahlung gewürdigt werden. Die prozessual zu fordernde Wahrscheinlichkeit der behaupteten Ursache ist demnach nicht dargetan.

b) Mit Bezug auf die Familienmitglieder der Beschwerdeführerin konstatierte Dr. med. V. in einem an den Präsidenten der Gemeinde Y. gerichteten Schreiben vom 29. Juni 2000 eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes und der Leistungsfähigkeit des Ehemannes der Beschwerdeführerin auf Grund verschiedener psychovegetativer Veränderungen und Schmerzsyndrome. Gemäss seinen Feststellungen stehe der Patient in einem grossen Spannungsfeld, einerseits wegen der das Grundstück im Wohnbereich querenden Starkstromleitung, andererseits wegen des psychologischen Druckfeldes im Streit um die Festlegung eines neuen Standorts für eine Wohnmöglichkeit ausserhalb des Einflussbereichs der Starkstromleitung. Beide Faktoren seien seiner Ansicht nach massiv mitbeteiligt an den Gesundheitsstörungen der Eheleute A. sowie deren Kinder; die ganze Familie leide seit langem an verschiedensten gesundheitlichen Störungen und habe deshalb immer wieder ärztlich behandelt werden müssen. Die Angaben in diesem ärztlichen Bericht können – aus den gleichen, vorhin genannten Gründen – nurmehr als Indiz für einen ursächlichen Zusammenhang zwischen den gesundheitlichen Beschwerden und dem Betrieb der Hochspannungsleitung verstanden werden, zumal Dr. V. einen wissenschaftlich nachweisbaren Einfluss elektromagnetischer Strahlung auf den Menschen ebenfalls verneinte und somit bloss seine persönliche Überzeugung äusserte. Er stellte denn auch in seiner Empfehlung an den Präsidenten der Gemeinde Y. zur Suche eines Standorts für eine Wohnmöglichkeit ausserhalb des Einflussbereichs der Starkstromleitung offensichtlich die psychosozialen Belastungen der Familie A. in den Vordergrund. Auch die von Dr. med. W. gemäss Bescheinigung vom 19. April 2000 diagnostizierten Beschwerdesymptome können höchstens als Indiz für einen ursächlichen Zusammenhang mit dem Betrieb der Hochspannungsleitung gewürdigt werden. Insbesondere fehlen spezifische Angaben zu Beginn, Dauer und Grad der festgestellten Beschwerden wie auch der medizinischen Untersuchungen. Dass die Symptome nur mit der Belastung durch den Elektromog erklärt werden könnten, stellt offensichtlich die persönliche Auffassung des Arztes dar und wird nicht näher erläutert. Es handelt sich mithin um eine blossе Vermutung, nicht um einen eindeutigen medizinischen Befund. Stellen aber die ärztlichen Zeugnisse betreffend den Ehe-

mann der Beschwerdeführerin nicht mehr als vage Indizien dafür dar, dass die 380 kV-Hochspannungsleitung (Mit-)Ursache der gesundheitlichen Beschwerden ist, so vermögen sie die behauptete Persönlichkeitsverletzung der Beschwerdeführerin nicht massgeblich zu stützen. In den ärztlichen Zeugnissen betreffend die drei Kinder wird sodann kein allfälliger Zusammenhang zwischen den hauptsächlich dermatologischen Beschwerden und der elektromagnetischen Strahlung festgestellt; ein derartiger Zusammenhang wurde vielmehr von der Beschwerdeführerin gegenüber dem Arzt bezüglich der Beschwerden der Tochter B. geäussert. Diese Zeugnisse fallen daher zum vorneherein nicht als Indizien für eine Persönlichkeitsverletzung der Beschwerdeführerin in Betracht.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass im Sinne von Art. 28c ZGB nicht glaubhaft gemacht ist, die behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Beschwerdeführerin seien vom Beschwerdegegner bzw. durch dessen Betrieb der fraglichen Hochspannungsleitung verursacht worden.

6. Wäre mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass eine durch den Beschwerdegegner bewirkte Persönlichkeitsverletzung vorliegt, so stünde diesem gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB der Nachweis offen, dass die Verletzung durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Der Rechtfertigungsgrund ist im vorsorglichen Massnahmeverfahren glaubhaft zu machen. Der Beschwerdegegner macht geltend, die vom Betrieb der Hochspannungsleitung ausgehenden Umweltbelastungen entsprächen den umweltschutzrechtlichen Vorschriften. Er beruft sich mithin auf den Rechtfertigungsgrund des Gesetzes.

a) Die nichtionisierende Strahlung (Elektrosmog) zählt zu den schädlichen oder lästigen Einwirkungen, vor denen Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume zu schützen sind (Art. 1 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 USG). Sie wird beim Austritt aus Anlagen als Emission, am Ort ihres Einwirkens als Immission bezeichnet (Art. 7 Abs. 2 USG). Zu diesem Zweck ist die Emission nichtionisierender Strahlung bei der Quelle zu begrenzen, was unter anderem durch die Festlegung von Emissionsgrenzwerten in einer Verordnung erfolgen kann (Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 USG). Für die Beurteilung der schädlichen und lästigen Einwirkungen legt der Bundesrat durch Verordnung Immissionsgrenzwerte fest (Art. 13 Abs. 1 USG). Mit der am 1. Februar 2000 in Kraft getretenen Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) vom 23. Dezember 1999 (AS 2000 213) wurden im Sinne der vorsorglichen Emissionsbegrenzung Anlagegrenzwerte festgelegt. Dieser Wert beträgt bei Freileitungen und Kabelleitungen zur Übertragung von elektrischer Energie für den Effektivwert der magnetischen Flussdichte sowohl bei alten wie bei neuen Anlagen 1 μ T (Mikro-Tesla) (Art. 4 Abs. 1 NISV und Anhang 1, Ziff. 14). Der Immissionsgrenzwert für den Effektivwert der magnetischen Flussdichte beträgt 100 μ T (= 5/0,05 kHz); er muss überall eingehalten werden, wo sich Men-

schen aufhalten können (Art. 13 Abs. 1 NISV und Anhang 2, Ziff. 11). Bei der fraglichen Hochspannungsleitung handelt es sich unbestrittenermassen um eine alte Anlage im Sinne von Art. 3 Abs. 1 NISV.

b) Die von S. auf der Liegenschaft der Beschwerdeführerin in deren Auftrag an zwei Tagen im Januar 2000 durchgeführten Messungen der magnetischen Felder wurden vorinstanzlich vom Beschwerdegegner als plausibel und übereinstimmend mit Werten, die in dessen Auftrag vom Gutachter F. bei der Siedlung R. in praktisch gleicher Distanz zur Leitung gemessen worden seien, anerkannt. Sie ergaben auf der Höhe des Wohnhauses Werte von 0,866 und 0,484 μT (Samstag) bzw. 1,248 und 1,012 μT (Montag). Es handelt sich hierbei um die höchsten auf der Liegenschaft gemessenen Werte. Damit steht fest, dass der Immissionsgrenzwert deutlich unterschritten und überall eingehalten wird. Der gemäss Art. 4 NISV ebenfalls zu beachtende Anlagegrenzwert beträgt 1 μT . Der Beschwerdegegner macht geltend, selbst dieser Anlagegrenzwert werde «praktisch durchwegs eingehalten». Damit räumt er ein, dass dieser Wert grundsätzlich – wenn auch nur leicht – überschritten wird. Überschreitet die von einer alten Anlage erzeugte Strahlung im massgebenden Betriebszustand an Orten mit empfindlicher Nutzung den Anlagegrenzwert, so ist die Phasenbelegung so zu optimieren, dass die magnetische Flussdichte an diesen Orten minimiert wird. Die Frist für die von der zuständigen Behörde zu verfügende Sanierung beträgt höchstens drei Jahre (Art. 7 und 8 Abs. 1 NISV, Anhang 1 Ziff. 16). Als Orte mit empfindlicher Nutzung gelten u.a. Räume in Gebäuden, in denen sich Personen regelmässig während längerer Zeit aufhalten, sowie diejenigen Flächen von unüberbauten Grundstücken, auf denen derartige Nutzungen zugelassen sind (Art. 3 Abs. 3 lit. a und c NISV). Aus dem Konzept zur vorsorglichen Emissionsbegrenzung ergibt sich demnach, dass bei Überschreitung des Anlagegrenzwertes eine alte Anlage bis zur fristgerechten Durchführung der behördlich verfügten Sanierung grundsätzlich weiterbetrieben werden darf. Selbst nach der Sanierung einer Anlage ist jedoch eine Überschreitung des Anlagegrenzwertes nicht ausgeschlossen, denn vorgeschrieben ist lediglich eine Minimierung der magnetischen Flussdichte mittels Optimierung der Phasenbelegung. Der Beschwerdegegner hatte vorinstanzlich geltend gemacht, eine Optimierung der Phasenbelegung sei bereits erfolgt, was unbestritten blieb. Demnach ist der Rechtfertigungsgrund glaubhaft gemacht. Eine allfällige Persönlichkeitsverletzung wäre bei dieser Sachlage nicht widerrechtlich.

c) Die Beschwerdeführerin kann sich im Übrigen nicht mit Erfolg auf den Erläuternden Bericht (zur NISV) des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) vom 23. Dezember 1999 berufen. Darin wurde ausgeführt, dass bei Menschen neurovegetative Störungen und eine Schwächung des Immunsystems im Bereich von 1–10 μT experimentell nachgewiesen worden seien; vereinzelt seien Wirkungen bei noch niedrigeren magnetischen Flussdichten beobachtet worden. Einerseits kann daraus nicht gefolgert werden, damit sei der Nachweis gesundheitlicher Beeinträchtigungen

der Beschwerdeführerin und ihrer Familie erbracht. Andererseits kann aus Art. 11 Abs. 2 USG, wonach Emissionen unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen sind, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist, nicht abgeleitet werden, von einer Anlage Betroffene hätten überhaupt keine Belastungen hinzunehmen. Die Vorsorge hat hinsichtlich der Einwirkungen nicht zwingend eliminierenden Charakter, sondern dient vor allem deren weiteren Begrenzung in Fällen, in denen die Immissionsgrenzwerte eingehalten sind. Die NISV übernimmt als Immissionsgrenzwerte (Anhang 2) die von der Internationalen Kommission zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung (ICNIRP) erarbeiteten Grenzwerte. Diese berücksichtigen lediglich die wissenschaftlich erhärteten thermischen Wirkungen nichtionisierender Strahlung, das heisst jene Wirkungen, die in experimentellen Untersuchungen wiederholt und reproduzierbar erzeugt werden konnten und die für den Menschen ein Gesundheitsrisiko darstellen. Dagegen wurden einmalige oder nicht wiederholbare Befunde, insbesondere epidemiologische Untersuchungen und individuelle Erfahrungen «elektrosensibler» Personen ausgeklammert. Der Verordnungsgeber hat daher zusätzlich vorsorgliche Emissionsbegrenzungen angeordnet (Art. 4 NISV), die das Risiko schädlicher Wirkungen, die zum Teil erst vermutet werden und noch nicht absehbar sind, möglichst gering halten sollen. Mit diesen zusätzlichen Emissionsbegrenzungen trägt die neue Verordnung dem Vorsorgeprinzip gemäss Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 USG Rechnung und konkretisiert die dazu erforderlichen Massnahmen. Diese Regelung ist abschliessend; die rechtsanwendenden Behörden können nicht im Einzelfall eine noch weitergehende Begrenzung verlangen (BGE 126 II 399 ff.). Vorliegend setzt die Verordnung den Emissionsgrenzwert hundert Mal tiefer an als den Immissionsgrenzwert. Dieser tiefe Grenzwert trägt somit dem Umstand Rechnung, dass sich nach dem gegenwärtigen Wissensstand hinsichtlich der nicht-thermischen (biologischen) Wirkungen nichtionisierender Strahlen die Grenze zwischen schädlichen oder lästigen Belastungen einerseits und unbedenklichen Belastungen andererseits nicht ziehen lässt. Sobald jedoch eine sachgerechte und zuverlässige Quantifizierung der nicht-thermischen Wirkungen nichtionisierender Strahlen auf Grund neuer Erkenntnisse möglich ist, müssen die Immissions- und die Anlagegrenzwerte überprüft und soweit nötig angepasst werden (BGE 126 II 405 ff., 408, mit Hinweis auf den Erläuternden Bericht des BUWAL, S. 6). Die Beschwerdeführerin kann somit auch aus einer (geringfügigen) Überschreitung des Anlagegrenzwertes, die – wie vorstehend dargelegt – nicht als rechtswidrig bezeichnet werden kann, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das schliesst Massnahmen des Zivilrichters gestützt auf die Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz aus.

7. Die Beschwerdeführerin stützt ihr Begehren im Weiteren auf einen mit dem Beschwerdegegner abgeschlossenen Dienstbarkeitsvertrag vom 20. Oktober 1986/22. Dezember 1988 und trägt im Wesentlichen vor, dieser gestatte

nicht die Durchführung einer 380 kV-Leitung. Die Vorinstanz prüfte das Rechtsbegehren unter diesem Gesichtspunkt als Befehlsgesuch im Sinne von § 129 Ziff. 3 ZPO, da sich die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Eigentümerin der fraglichen Liegenschaften sinngemäss auf das Rechtsinstitut der «schnellen Handhabung klaren Rechts» berufen habe. Das wird in der Beschwerde nicht gerügt.

a) Gemäss § 129 Ziff. 3 ZPO kann das Kantonsgerichtspräsidium auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, Verfügungen treffen, die dazu dienen, andere als auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtete fällige Rechtsansprüche zu schützen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht. Diese Bestimmung dient vor allem der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen. Gestützt auf § 129 Ziff. 3 ZPO können indes gemäss konstanter Praxis bei liquiden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen auch Leistungsansprüche durchgesetzt werden, wenn zusätzlich bei nicht sofortigem Rechtsschutz ein nicht leicht ersetzbarer Schaden oder Nachteil droht. Auch Ansprüche auf Beseitigung eines bestehenden Zustandes können auf diesem Weg durchgesetzt werden (sog. Handhabung klaren Rechts; vgl. Brandenburg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Zürich 1966, S. 84 ff.).

b) Soweit nicht das Nachbarrecht Anwendung findet, erfolgt die dingliche Belastung fremder Grundstücke mit einer Leitung für elektrische Kraft durch die Errichtung einer Dienstbarkeit (Art. 676 Abs. 2 ZGB). Die Dienstbarkeit entsteht gemäss Art. 676 Abs. 3 ZGB mit der Eintragung in das Grundbuch, wenn die Leitung nicht äusserlich wahrnehmbar ist, in den andern Fällen mit der Erstellung der Leitung. Voraussetzung ist der Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrages (Art. 732 ZGB; vgl. Rey, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Zivilgesetzbuch II, Basel und Frankfurt am Main 1998, N 15 zu Art. 676 ZGB). Die Parteien stimmen darin überein, dass für die fragliche Hochspannungsleitung eine Personaldienstbarkeit zu Gunsten des Beschwerdegegners und zu Lasten der im Eigentum der Beschwerdeführerin stehenden Grundstücke a und b, Gemeinde Y., besteht (vgl. Rey, a.a.O., N 9 zu Art. 676 ZGB). Streitig ist hingegen der Inhalt bzw. Umfang dieser Dienstbarkeit. Die Bestimmung des Inhalts einer Servitut in einem konkreten Fall ist durch Auslegung vorzunehmen. Nach Art. 738 ZGB ist die Auslegung einer im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit nur im Rahmen des Eintrags möglich. Dieses Prinzip kann indes nur für die konstitutive Eintragung Geltung haben, da dabei die Servitut nur und ausschliesslich in dem Masse entsteht, als der Eintrag mit einem gültigen Erwerbstitel übereinstimmt. Bei bloss deklaratorischer Eintragung kann der Servitut auf dem Wege der Auslegung ein anderer oder weitergehender Inhalt als derjenige, welcher im Hauptbuch dargelegt ist, zuerkannt werden (Piotet, Dienstbarkeiten und Grundlasten, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, Basel und Stuttgart

1977, S. 582). Vorliegend besteht kein – deklaratorischer – Grundbucheintrag. Um den Inhalt der Servitut in ihren Einzelheiten zu präzisieren, ist demnach der Erwerbstitel zu interpretieren und nötigenfalls zu ergänzen. Dazu muss vor allem der Zweck der Servitutsbegründung in Betracht gezogen werden. Es ist insbesondere danach zu fragen, ob die Servitut derzeitige Bedürfnisse befriedigen muss, welche im Zeitpunkt ihrer Errichtung noch nicht bestanden. Unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Mehrbelastung ist sodann zu beachten, dass die Art und Intensität der Ausübung einer Servitut erlaubterweise ändern können, wenn das der Dienstbarkeit innewohnende Ziel gleich bleibt. Bei äusserlich wahrnehmbaren Leitungen im Sinne von Art. 676 Abs. 3 ZGB kann zudem auch ohne grundbuchliche Eintragung auf dem dienenden Grundstück durch Ersitzung eine Ausdehnung des Inhaltes einer bestehenden Leitungsdienstbarkeit erfolgen (Piotet, a.a.O., S. 582 ff., 574 FN 7).

c) Die Beschwerdeführerin trägt vor, dass eine Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages erforderlich sei und der Vorderrichter hiefür zu Recht das Vertrauensprinzip angewendet habe. Das Vertrauensprinzip kommt zum Zug, wenn ein Konsensstreit (Willensdissens) vorliegt, d.h. mindestens eine der Parteien die andere nicht tatsächlich richtig verstanden hat, deren wirklichen Willen mithin nicht erkannt hat. Dabei ist die Erklärung der anderen Partei so auszulegen, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Durch diese Auslegung wird der objektive Sinn des Erklärungsverhältnisses ermittelt. Beschränkt sich der Auslegungsstreit auf den Inhalt und nicht das Zustandekommen des Vertrages, so hat der Richter den übereinstimmenden wirklichen Willen, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, festzustellen (subjektive Auslegung). Lässt sich der wirkliche Vertragswille der Parteien nicht mehr mit Sicherheit feststellen, hat der Richter durch objektivierte (normative) Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Der Streit um den Vertragsinhalt kann sich indes schon dadurch erledigen, dass der Inhalt des Vertrages sich nach der damaligen Vorstellung der einen oder anderen Partei richtet, weil sie den Schutz des Vertrauensprinzips genießt (Gauch/Schluop/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. A., Zürich 1998, N 315 ff., 1196 ff.). Zur Bestimmung des Inhalts der Leitungsdienstbarkeit ist mithin zunächst der Erwerbstitel im Lichte dieser Grundsätze auszulegen. Die Beschwerdeführerin räumt nun ein, dass mit dem vom 16. Dezember 1988 datierenden Schreiben des Beschwerdegegners durchaus ein Anhaltspunkt vorliegt, der auf eine (gewollte) Zuschaltung einer 380 kV-Leitung hinweist. Die Bedeutung dieses Schreibens und dessen Verhältnis zum Wortlaut des streitigen Vertrages – wie auch die Bedeutung der dem Dienstbarkeitsvertrag von 1988 vorangegangenen Verträge – können jedoch nicht im Befehlsverfahren, welches liquide tatsächliche und rechtliche Verhältnisse voraussetzt, geklärt werden. Auch das ausführliche Gutachten geht davon aus, dass der Dienstbarkeitsvertrag auslegungsbedürftig ist, klares Recht mithin nicht gegeben ist. Insbesondere wird darin die

Auffassung vertreten, dass dem Beschwerdegegner in einem ordentlichen Zivilprozess der Beweis offen stehe, dass die Grundeigentümer in den Vertragsverhandlungen über die Aufschaltung der Leitung von 220 kV auf 380 kV orientiert worden seien oder dieser Aufschaltung sogar zugestimmt hätten. Das Kantonsgerichtspräsidium trat daher mangels Liquidität insoweit zu Recht nicht auf das Gesuch ein. Die Beschwerde erweist sich demnach auch in diesem Punkt als unbegründet.

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist.

Justizkommission, 30. März 2001

2. Familienrecht

Art. 163 ZGB. – Voraussetzungen, unter denen ein Ehegatte verpflichtet ist, dem anderen Ehegatten an dessen Kosten im Scheidungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (E. 2). Der bedürftige Ehegatte hat nur dann Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss, wenn er seine Mittellosigkeit nicht böswillig herbeigeführt hat (E. 3). Die Leistungsfähigkeit des belangten Ehegatten ist zu bejahen, wenn dieser Eigentümer von zwei Wohnungen in Istanbul ist, welche einen Wert von mindestens Fr. 170'000.– bzw. US\$ 100'000.– aufweisen, und eine der beiden Wohnungen ohne weiteres verkauft werden kann (E. 4).

Aus den Erwägungen:

1. Strittig ist im vorliegenden Fall einzig die Frage, ob die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner an dessen Kosten im Scheidungsprozess einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 15'000.– zu bezahlen hat.

2. Die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Scheidungsverfahren gehört zum Unterhalt gemäss Art. 163 ZGB. Bei gegebenen Voraussetzungen besteht sie in gleicher Weise für Ehemann und Ehefrau. Unerheblich ist die Parteistellung des Ehegatten, der den Kostenvorschuss verlangt; der Anspruch des klagenden oder ein Rechtsmittel ergreifenden Ehegatten erfährt aber insofern eine Einschränkung, als Klage oder Rechtsmittel bei summarischer Prüfung nicht von vornherein als offenkundig aussichtslos oder mutwillig erscheinen dürfen. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt voraus, dass einerseits der Ehegatte, der ihn verlangt, für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen Teils angewiesen ist und dass andererseits der angesprochene Ehegatte zur Leistung des Vorschusses in der Lage ist (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, 3. A., Bern 1980, N 259 ff. zu Art. 145 aZGB; Spühler/Frei-Maurer, Berner

Kommentar, Ergänzungsband, Bern 1991, N 259 ff. zu Art. 145 aZGB; vgl. auch Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. A., Bern 2000, Rz. 12.64; Lüchinger/Geiser, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Zivilgesetzbuch I, Basel und Frankfurt am Main 1996, N 25 zu Art. 145 aZGB; Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N 53 zu Art. 137 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 40 zu Art. 137 ZGB).

3. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Beistandsbedürftigkeit des Beschwerdegegners bejaht. Sie habe unberücksichtigt gelassen, dass der Beschwerdegegner im Jahre 1995 noch über zwei Gewerberäumlichkeiten in Istanbul verfügt habe, die er angeblich später zum «Spottpreis» von DM 60'000.- verkauft habe. Daneben habe er mit seiner damaligen Freundin teure Ferien in der Türkei verbracht. Dabei habe er nicht einmal die geschuldeten Kinderalimente bezahlt, so dass er von der Alimenten-Inkassostelle für die ausstehenden Alimentenschulden von über Fr. 65'000.- habe betrieben werden müssen. Der Beschwerdegegner habe über seinen eigenen Verhältnissen gelebt, sein Vermögen «verprasst» und leichtfertig seine gut bezahlte Arbeitsstelle aufs Spiel gesetzt, um keine Unterhaltsbeiträge oder andere Abfindungen leisten zu müssen. Es sei daher rechtsmissbräuchlich, wenn er nun unter Hinweis auf ihre eheliche Unterhaltspflicht einen Prozesskostenvorschuss verlange. Die Vorinstanz habe sich mit diesen Argumenten überhaupt nicht auseinandergesetzt und einfach festgestellt, der Beschwerdegegner verfüge derzeit über kein Vermögen; dies sei willkürlich.

Der Beschwerdegegner bestreitet, dass es sich beim Verkaufspreis von DM 60'000.- um einen «Spottpreis» gehandelt habe und er teure Ferien in der Türkei verbracht habe. Seine desolante finanzielle Situation sei aktenkundig und könne den mit dem Armenrechtsgesuch eingereichten Akten entnommen werden. Das Betreibungsregister weise 55 Betreibungen über einen Betrag von insgesamt Fr. 130'147.30 aus.

a) Die Beistandsbedürftigkeit ist gegeben, wenn der Ansprecher ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts nicht über eigene Mittel rechtlich oder tatsächlich und binnen nützlicher Frist verfügen kann, die für die gehörige Prozessführung erforderlich sind. Selbstverschuldete Mittellosigkeit schliesst den Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss nicht aus, es sei denn, die Mittellosigkeit sei böswillig herbeigeführt worden, um die Voraussetzungen für einen Vorschuss zu schaffen (Bühler/Spühler, a.a.O., N 269 ff. ZGB; vgl. auch Schwenzer, a.a.O., N 53 zu Art. 137 ZGB; Lüchinger/Geiser, a.a.O., N 25 zu Art. 145 aZGB).

b) Die Vorinstanz führte aus, es sei unbestritten, dass der Beschwerdegegner den Prozess nicht aus eigenen Mitteln finanzieren könne, ohne bedürftig zu werden. Beide Parteien lebten nur unwesentlich über dem Existenzminimum. Überdies sei aus den beigezogenen Lohnabrechnungen ersichtlich,

dass der über dem Existenzminimum liegende Lohn des Beschwerdegegners durch das Betreibungsamt gepfändet sei. Die Beistandsbedürftigkeit des Beschwerdegegners sei daher zu bejahen.

c) Die Beschwerdeführerin bestreitet zu Recht nicht, dass der Beschwerdegegner derzeit nicht über genügend finanzielle Mittel verfügt, um den Scheidungsprozess zu finanzieren. In der Zwischenzeit wurde denn auch mit Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichts M. vom 12. Januar 2001 der Konkurs über ihn eröffnet, nachdem er am 8. Januar 2001 eine Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG abgegeben hatte und keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung bestand. Umstritten ist einzig die Frage, ob der Beschwerdegegner seine Mittellosigkeit böswillig herbeigeführt hat, insbesondere ob er die beiden Ladenlokale zu einem «Spottpreis» verkauft und den Verkaufserlös «verprasst» hat, wie die Beschwerdeführerin behauptet. Diesbezüglich ist dem Protokoll der im Rahmen des hängigen Scheidungsprozesses erfolgten Parteibefragung vom 4. November 1999 zu entnehmen, dass der Beschwerdegegner im Dezember 1997 zwei Ladenlokale zum Preis von DM 60'000.- verkaufte – ein Preis, der nach seinen Angaben «unter dem Wert» der Lokale lag. Zu diesem Verkauf war er offenbar gezwungen, weil «Herr G.» die Rückzahlung eines Darlehens in der Höhe von Fr. 50'000.- forderte. Mit dem erzielten Erlös zahlte er dieses Darlehen zurück und gab zudem ca. Fr. 2000.- für Geschenke aus. Das Darlehen hatte er als Anzahlung für die Wohnung in B./Istanbul aufgenommen. Die Beschwerdeführerin hat diese Angaben an der Parteibefragung ausdrücklich bestätigt. Da die Beschwerdeführerin ausdrücklich mit der Aufnahme des Darlehens für den Erwerb der Wohnung in B., deren Eigentümerin sie ist, einverstanden war und der erzielte Verkaufserlös in erster Linie zur Tilgung dieses Darlehens eingesetzt wurde, kann keine Rede davon sein, der Beschwerdegegner habe den Erlös «verprasst» und damit böswillig Vermögen entäussert. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist auch durch nichts belegt, dass er teure Ferien in der Türkei verbracht hat. Dass der Beschwerdegegner weitere Vermögenswerte böswillig veräussert hat, hat die Beschwerdeführerin nicht behauptet. Die Vorinstanz hat demnach die Beistandsbedürftigkeit des Beschwerdegegners zu Recht bejaht.

4. Die Beschwerdeführerin macht ferner geltend, sie sei finanziell nicht in der Lage, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Sie lebe von einer IV-Rente und einem monatlichen Ertrag von ca. Fr. 300.- aus der Vermietung der Wohnung in B./Istanbul. Dies alles (inklusive der bevorschussten Kinderalimente) reiche kaum zur Deckung ihres Existenzminimums und desjenigen ihres Sohnes. Indirekt unterstütze sie sogar bereits den Beschwerdegegner, indem sie dessen Mutter und Bruder gratis in der Wohnung in K./Istanbul wohnen lasse. Sie sei zwar grundsätzlich bereit, diese Wohnung zu verkaufen. Eine Ausweisung lasse sich aber nach türkischem Recht nicht realisieren und eine besetzte Wohnung könne nicht verkauft werden. Zudem fehlten ihr die Mittel, um in die Türkei zu reisen und die entsprechenden

Mandate zu erteilen oder selber die entsprechenden Rechtshandlungen vorzunehmen. Hinzu komme, dass das Kantonsgerichtspräsidium ein Verfügungsverbot erlassen habe und der Beschwerdegegner nie eine vorbehaltlose Zustimmung zum Verkauf erteilt habe. Als Frau sei es ihr zusätzlich erschwert, die Wohnung zu verkaufen, und ein gemeinsamer Verkauf komme wegen der Streitigkeiten zwischen den Parteien nicht in Frage. Falls die Wohnung in K. wider Erwarten geräumt und verkauft werden könnte, müssten auch ihre bestehenden Schuldverpflichtungen miteinbezogen werden. Die zweite Wohnung in B. diene als Altersvorsorge und Sicherheit, auch für ihren gemeinsamen Sohn, weshalb sie diese unter keinen Umständen verkaufen wolle.

Der Beschwerdegegner führt demgegenüber aus, Wohnungen seien in Istanbul aufgrund der Erdbeben Mangelware und dürften weit höhere Erträge als Fr. 300.- pro Monat abwerfen. Es sei auch nicht ersichtlich, weshalb seine Mutter für den Verkauf aus der Wohnung gewiesen werden müsse; die Beschwerdeführerin könne genau so gut die andere Wohnung verkaufen. Sie habe sich ferner rund sieben Wochen in der Türkei aufgehalten und hätte genügend Zeit gehabt, sich um diese Angelegenheit zu kümmern. Abgesehen davon habe sie genügend Familienangehörige in Istanbul, um die notwendigen Schritte zu veranlassen. Im Weiteren sei aktenkundig, dass er mit einem Verkauf einer Wohnung einverstanden sei. Schliesslich sei es auch in der Türkei für Frauen ohne weiteres möglich, eine Wohnung zu verkaufen.

a) Die Vorschusspflicht findet ihre Grenze an der Leistungsfähigkeit des belagten Ehegatten. Diese beurteilt sich im Wesentlichen gleich wie bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages nach dessen Einkommens- und Vermögensverhältnissen. Die Vorschusspflicht entfällt, wenn der belangte Ehegatte durch die Verpflichtung zu einem Vorschuss der Mittel für den Lebensunterhalt für sich und die Familie sowie für die eigene Prozessführung (Barvorschüsse an das Gericht, Anwaltskosten) entblösst würde oder wenn er selber den Prozess ohne Anwalt führt und die Gegenpartei gewandt genug ist, auch ihrerseits ihre Interessen im Prozess persönlich genügend zu wahren (Bühler/Spühler, a.a.O., N 273 ff. zu Art. 145 aZGB).

b) Die Vorinstanz bejahte die Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin, da sie Eigentümerin von zwei Wohnungen in Istanbul sei, welche einen Wert von mindestens Fr. 170'000.- bzw. US\$ 100'000.- aufwiesen. Dieses Vermögen sei auch realisierbar. Der Beschwerdeführerin sei es ohne weiteres möglich, mindestens eine der Eigentumswohnungen zu verkaufen. Es treffe nicht zu, dass ihr dies durch Gerichtsaufgabe untersagt sei. In der Verfügung vom 6. November 1998 sei ihr einzig verboten worden, über die auf ihren Namen lautenden Eigentumswohnungen in B./Istanbul und K./Istanbul ohne Zustimmung des Beschwerdegegners zu verfügen. Die Beschwerdeführerin habe aber nicht einmal versucht, das Einverständnis des Beschwerdegegners zum Verkauf einer der beiden Wohnungen einzuholen.

c) Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin Eigentümerin von zwei Wohnungen in Istanbul ist, welche hypothekarisch nicht belastet sind und einen Wert von rund Fr. 170'000.- bzw. US\$ 100'000.- aufweisen. Strittig ist einzig die Frage, ob die Beschwerdeführerin durch den Verkauf oder die Belehnung dieser Wohnungen erhebliche Mittel flüssig machen könnte. Mit dieser Frage hat sich die Justizkommission bereits im Beschwerdeverfahren betreffend Entzug der Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung ausführlich auseinandergesetzt. Sie kam zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin genügend Zeit gehabt hätte, die nötigen Schritte für den Verkauf oder die Belehnung der Wohnung(en) zu unternehmen. Wenn sie untätig geblieben sei, habe sie es sich selber zuzuschreiben, dass es ihr in der von der Vorinstanz angesetzten Frist nicht gelungen sei, die Mittel für die Prozessführung zu beschaffen. Daran ist festzuhalten. Die Beschwerdeführerin räumt selber ein, sie sei grundsätzlich bereit, eine der Wohnungen zu verkaufen. Andererseits hat der Beschwerdegegner nochmals unmissverständlich erklärt, dass er «mit dem Verkauf einer Wohnung einverstanden» sei und «hiezü jederzeit seine Zustimmung geben» werde. Unter diesen Umständen ist aber nicht einzusehen, weshalb die Beschwerdeführerin nicht schon längstens den Verkauf einer der beiden Wohnungen veranlasst hat. Sie hätte dazu ohne weiteres von der Schweiz aus jemanden in der Türkei beauftragen können. Die Behauptung, dass Mieter in der Türkei nicht aus einer Wohnung ausgewiesen werden und eine Besichtigung durch Kaufinteressenten verhindern könnten, hat sie in keiner Weise belegt. Ebenso wenig ist erstellt, dass Frauen in der Türkei nur unter erschwerten Bedingungen Wohnungen verkaufen dürfen. Ferner ist es der Beschwerdeführerin gemäss Verfügung der Einzelrichterin beim Kantonsgerichtspräsidium Zug vom 6. November 1998 durchaus erlaubt, eine der Wohnungen mit Zustimmung des Beschwerdegegners zu verkaufen. Unerheblich ist schliesslich, ob eine Eigentumswohnung einem Ehegatten als Altersvorsorge oder Sicherheit dient; auch solche Werte zählen zum anrechenbaren Vermögen. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin bejaht und diese zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an den Beschwerdegegner verpflichtet hat.

Justizkommission, 10. August 2001

3. Erbrecht

Art. 613 ZGB – Begriff der «Sachgesamtheit»

7. Nachdem der Umfang des Nachlasses und die Erbquoten bestimmt sind, ist die Teilung im engeren Sinn vorzunehmen. Dabei kommt dem Richter eine umfassende direkte Teilungskompetenz zu, d.h. er ist – bei ei-

nem entsprechend lautenden Rechtsbegehren – befugt, die Nachlassobjekte den Erben direkt zuzuweisen (s. Seeberger, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg 1992, S. 78 ff.; Druet, Grundriss des Erbrechts, 4. A., Bern 1997, §16 N 88).

(...)

7.1. Hinsichtlich der «Erbteilung im einzelnen» führte der klägerische Rechtsvertreter an der Hauptverhandlung im Wesentlichen Folgendes aus

(...)

7.1.2. Im Weiteren werde beantragt, alle Familienaktiengesellschaften der Klägerin zuzuteilen, die seit Jahrzehnten für diese Gesellschaften in leitender Funktion tätig sei. Der Nachlass halte die Mehrheit der Aktien bei den Gesellschaften A. AG, B. AG, C. AG und D. AG. Eine Aufteilung der Aktien hätte zur Folge, dass die Mehrheit verloren ginge, was erfahrungsgemäss auch einen Wertverlust (im Umfang des sog. «Paketzuschlages») mit sich bringen würde. Bei den übrigen Gesellschaften besitze die Klägerin selbst bereits Aktien, die zusammen mit den sich im Nachlass befindenden Aktien immer zu einer Mehrheit führen würden. Der Antrag, alle Familiengesellschaften bzw. alle Beteiligungen der Klägerin zuzuweisen, sei von den Regeln des bürgerlichen Erbrechts geprägt. Im Vordergrund stehe die Selbstbewirtschaftung. Dieser Aspekt gehe im bürgerlichen Erbteilungsrecht, das die Erhaltung des bürgerlichen Gewerbes als solches bezwecke, den persönlichen Verhältnissen vor. Die Übernahme durch einen willigen und befähigten Bewirtschafter biete die beste Gewähr für das Erreichen dieser Zielsetzung. Nach Art. 613 Abs. 1 ZGB dürfe auch eine Unternehmung oder ein Geschäft nur ausnahmsweise geteilt werden. Der Sinn der Nichtteilung liege offensichtlich ebenfalls darin, den Betrieb als Ganzes zu erhalten, wobei auch hier das Kriterium der Selbstbewirtschaftung einen entscheidenden Teilaspekt bilden müsse. Der Nachkomme, der das Unternehmen führe und sich bewährt habe, zähle zu den Selbstbewirtschaftern und habe daher ein besseres Recht an der Sache als die Kontrahenten. Die Tatsache, dass ein Bewerber zur Zeit der Erbteilung das Unternehmen bereits führe, sei aber auch insofern von besonderer Bedeutung, als der Erbteilungsrichter den bisherigen Betreiber auf die Strasse stellen müsse, wenn er das Gewerbe einem anderen Erben zuweise. Dadurch würde jener seiner Existenzgrundlage beraubt. Die Bevorzugung des bisherigen Selbstbewirtschafters sei im Übrigen auch dem Gesetz bekannt (Art. 620 Abs. 2 ZGB). Die Klägerin habe nicht erst seit dem Tode des Erblassers immer in verantwortlicher Position für die Unternehmen gearbeitet. Demgegenüber habe der Beklagte 2 eine Tätigkeit für die Unternehmen bislang abgelehnt und im Rahmen der Erbteilungsverhandlungen immer Wert darauf gelegt, möglichst mit liquiden Mitteln abgefunden zu werden. Damit müsste einer Zuteilung der Familiengesellschaften an die Klägerin aus der Sicht des Beklagten 2 eigentlich nichts entgegenstehen.

(...)

7.2. Während sich die Beklagte 1 «mangels Rechtsschutzinteresse ... sämtlicher Ausführungen zur Teilung in materieller und formeller Hinsicht» enthielt, widersetzte sich der Beklagte 2 den Anträgen der Klägerin, und zwar insbesondere mit Bezug auf die sog. «Familiengesellschaften». So brachte er schon in der Duplik vor, dass bei einem möglichen Vollzug der Teilung die Liegenschaftswerte einer Versteigerung anheimzugeben wären. Ein allfälliger Einwand, es könnten die blossen Immobilienaktien verteilt werden, würde näherer Betrachtungsweise nicht standhalten, weil «diese nahezu als Pseudokonstruktion zu erachtenden Wertpapiere lediglich Steuerbehelfe ohne eigentliche unternehmerische Nutzniessung geblieben» seien.

(...)

Im Anschluss an die Hauptverhandlung führte der Beklagte 2 sodann aus, es sei «übelster Rechtsmissbrauch», wenn verlangt werde, dass «landwirtschaftliches Sonder-Erbrecht (...) auf einen Fall einer nicht unternehmerisch staatswirtschaftlich bedeutungslosen, rein tresorierenden steuerprophylaktischen Aktiengesellschaftsgruppe» angewendet werde.

(...)

7.3. Strittig ist in erster Linie, wem die Beteiligungen an den sog. «Familiengesellschaften» zuzuweisen sind. Diese Frage ist nachfolgend zu prüfen.

7.3.1. Das Erbteilungsrecht ist von den Grundsätzen der freien Erbteilung, der Naturalteilung und der Gleichberechtigung der Erben geprägt. Der Grundsatz der Naturalteilung beinhaltet ein Zweifaches: Vorerst verbietet er die Versilberung und schreibt die Übertragung der Nachlassobjekte auf die Erben vor; darüber hinaus verlangt er, dass die Erbschaftssachen in jenem Zustand verteilt werden, wie sie der Erblasser hinterlassen hat. Streiten sich die Erben allerdings um ein materiell beliebig teilbares Objekt und kann sich keiner von ihnen auf ein Vorrecht berufen, so kommt der Richter regelmässig nicht darum herum, die Sache in Übereinstimmung mit den Erbquoten körperlich zu teilen und die daraus entstandenen neuen Gegenstände auf die Erben zu verteilen. Diese körperliche Teilung materiell beliebig teilbarer Güter lässt sich jedoch nicht allein auf den Grundsatz der Naturalteilung zurückführen; sie ist in erster Linie Ausfluss des Grundsatzes der qualitativen Gleichheit aller Erben (Seeberger, a.a.O., S. 111). Gesetzliche Erben haben sowohl unter sich als auch mit eingesetzten Erben nach den gleichen Grundsätzen zu teilen. Dabei haben die Erben, wenn keine anderen Vorschriften Platz greifen, alle den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft (Art. 607 Abs. 1 und Art. 610 Abs. 1 ZGB). Zu diesen «anderen Vorschriften» gehören namentlich die Teilungsvorschriften des Erblassers im Sinne von Art. 608 Abs. 1 ZGB, die für Erben und Richter grundsätzlich verbindlich sind (s. Seeberger, a.a.O., S. 158). Zu beachten sind aber auch ande-

re gesetzliche Teilungsregeln wie z.B. die Bestimmung von Art. 613 Abs. 1 ZGB, wonach Erbschaftssachen, die ihrer Natur nach zusammengehören, nicht voneinander getrennt werden sollen, wenn einer der Erben gegen die Teilung Einspruch erhebt. Gegenstand dieser Regelung ist eine Mehrzahl rechtlich unabhängiger Güter, die objektiv eine wirtschaftliche Einheit bilden. Ein solcher Komplex zeichnet sich durch die gemeinsame, einheitliche wirtschaftliche Zweckbestimmung der zusammengefassten Einzelsachen aus. Die Beziehung zwischen den einzelnen Objekten besteht nicht von Natur aus, sie wird erst durch menschliches Zutun, meistens durch den Erblasser hergestellt. Eine auf diese Weise geschaffene Einheit übersteht die Erbteilung als Ganzes, wenn sie verkehrsblich und gewohnheitsmässig ist. Sachgesamtheiten im Sinne von Art. 613 Abs. 1 ZGB sind z.B. ein Paar Schuhe, eine Kleidung bestehend aus Hose und Veston, eine Marken- oder Gemäldesammlung, eine Handwerksausrüstung, eine Fachbibliothek, eine Polstergruppe oder eine Unternehmung. Das Aktienpaket, das seinem Übernehmer die Stellung eines Mehrheits- oder Hauptaktionärs verleiht, fällt ebenfalls unter Art. 613 Abs. 1 ZGB (Seeberger, a.a.O., S. 185, mit zahlreichen Hinweisen).

7.3.2. Der Beklagte 2 erachtet die klägerische Auffassung, die sich unter anderem auf das aus dem bäuerlichen Erbrecht stammende Kriterium der Selbstbewirtschaftung stützt, als rechtsmissbräuchlich. Davon kann jedoch nicht die Rede sein. Diese Auffassung wird – mit eingehender und einleuchtender Begründung – insbesondere von Seeberger vertreten, nach dessen Ansicht das Kriterium der Selbstbewirtschaftung nicht nur bei der Teilung von Bauernhöfen, sondern auch bei der Zuweisung anderer «Unternehmen» den entscheidenden Teilaspekt der persönlichen Verhältnisse bildet (a.a.O., S. 225). Wie es sich damit verhält, kann im vorliegenden Fall allerdings offen bleiben. Die Familiengesellschaften sind nämlich – jedenfalls in ihrer Gesamtheit – weder als eine Unternehmung noch als Gegenstände zu betrachten, die im Sinne von Art. 613 Abs. 1 ZGB ihrer Natur nach zusammengehören. Ein Blick in die Bewertungen und Jahresrechnungen der einzelnen Gesellschaften zeigt vielmehr, dass sie ausschliesslich der Verwaltung des Vermögens dienen, welches der Erblasser im Laufe der Zeit erworben hat. Objektiv betrachtet bilden sie keine wirtschaftliche Einheit, noch lässt sich sagen, dass sie nur in ihrer Gesamtheit demselben Zweck dienen oder nur in dieser Verbindung Bedeutung besitzen (vgl. Tuor/Picenoni, Berner Kommentar, 2. A., Bern 1964, N 2 f. zu Art. 613 ZGB). Es geht auch nicht um Betriebe oder Unternehmungen im herkömmlichen, verkehrsblichen Sinn (wie z.B. eine Bäckerei, ein Lebensmittelladen, ein Wirtshaus, eine Arztpraxis, ein Anwaltsbüro oder ein Mehrheitsaktienpaket, das die Bestimmung über einen solchen Betrieb sichern würde; s. Seeberger, a.a.O., S. 225), sondern einzig um das Halten und Verwalten von Liegenschaften und Wertschriften bzw. die steuergünstige Anlage des im Laufe der Zeit angehäuften Vermögens. In diesem Sinn sind auch die Äusserungen des Beklagten 2 zu verste-

hen, der – wohl zu Recht – von einer «Pseudokonstruktion (...) ohne eigentliche unternehmerische Nutzniessung» bzw. von einer «rein tresorierenden steuerprophylaktischen Aktiengesellschaftsgruppe» gesprochen hat. Eine solche Konstruktion muss – anders als ein landwirtschaftlicher Betrieb – nicht als Ganzes erhalten bzw. über das Stadium der Erbteilung hinaus weitergeführt werden. Entsprechend besteht auch kein Anlass, die Gesellschaften einzeln oder gar in ihrer Gesamtheit dem «richtigen», d.h. einem zur Selbstbewirtschaftung gewillten und geeigneten Erben zu übertragen. Vielmehr drängt es sich auf, die Aktien der Familiengesellschaften als reine Vermögenswerte (ohne schützenswerte Zweckbestimmung) zu behandeln und diese – wie auch die übrigen Nachlassobjekte – den Erben zu gleichen Teilen zukommen zu lassen. Damit wird dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben, der obersten Richtschnur für die Erbteilung, in doppelter Hinsicht Rechnung getragen: Zum einen werden die Aktien der Familiengesellschaften als identische (oder zumindest ähnliche) Güter gleichmässig unter den Erben aufgeteilt (s. Seeberger, a.a.O., S. 175 f., 187 und 189 f.). Zum anderen wäre es störend, wenn der Beklagte 2 vorwiegend Barwerte erhielte, während der Klägerin in erheblichem Masse Aktiven zugeteilt würden, deren effektiver Wert nicht bekannt ist, da die Bewertung allein aufgrund von (privaten) Schätzungen vorgenommen wurde. Die Parteien erklärten sich an der Verhandlung vom 7. Juli 1999 zwar ausdrücklich damit einverstanden, diese Schätzungen auch für die Berechnung des Wertes zum Teilungszeitpunkt als verbindlich zu betrachten. Es liegt jedoch auf der Hand, dass eine Benachteiligung des einen oder anderen Erben – und damit eine Verletzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes – nur dann vermieden werden kann, wenn auch die Aktien der Familiengesellschaften den Erben möglichst gleichmässig zugewiesen werden. Dem anderslautenden Antrag der Klägerin kann mithin nicht stattgegeben werden.

Kantonsgericht, 4. April 2001

4. Obligationenrecht

Art. 324a OR – Übersteigen die Versäumnisse des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr die Dauer von drei Wochen bzw. von fünfzehn Arbeitstagen, so kann keine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin für die durch Krankheit verlängerte Kündigungsfrist bestehen. Zudem muss der Arbeitnehmer bei der Verlängerung der Kündigungsfrist seine Arbeit wieder anbieten oder dem Arbeitgeber zumindest seine Wiedergenesung anzeigen, wenn er seinen Lohnanspruch nicht verlieren will.

Art. 327b Abs. 1 OR – Eine Vergütung für Zeiten, während welcher der Arbeitnehmer das ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Fahrzeug nicht braucht, lässt sich, wenn zwar ein solches Nutzungsrecht, jedoch keine Ver-

gütung vereinbart wurde, weder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Arbeitsvertragsrechts ermitteln noch ist sie üblich. Vielmehr sind solche Zeitperioden der Nichtbenützung voraussehbar, weshalb darauf abzustellen ist, dass dies bereits im vom Arbeitnehmer zu tragenden Kostenanteil berücksichtigt ist.

Art. 327b OR – Entschädigung, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer für Geschäftsfahrten das Privatauto benützt.

Ein Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer unter gewissen Umständen verlangen, sich bei einem Vertrauensarzt der Firma untersuchen zu lassen; das folgt aus der Treupflicht. Der Arbeitgeber hat dann die Kosten des Vertrauensarztes zu tragen.

Aus den Erwägungen:

2. Unter dem Titel «Lohn Dezember 1999/13. Monatslohn» macht der Kläger insgesamt brutto Fr. 5200.– geltend. Zur Begründung führt er an, er sei während der Kündigungsfrist mehrere Tage infolge Krankheit arbeitsunfähig gewesen, was der Beklagten bekannt gewesen sei. Eines Arbeitsangebotes nach Wegfall der Krankheit habe es nicht bedurft, da der Kläger freigestellt gewesen sei. Die Beklagte hält dem entgegen, die Kündigungsfrist verlängere sich um jene Zeit, während welcher ein Arbeitnehmer krank sei. Mithin habe der Kläger Anspruch auf eine Entschädigung von 91.5 Arbeitsstunden bzw. Fr. 2525.40 sowie einen entsprechenden Anteil am 13. Monatslohn von Fr. 110.90.

2.1 Gemäss Art. 336c Abs. 2 OR ist die Kündigung, die während einer Sperrfrist infolge Krankheit des Arbeitnehmers erklärt wird, grundsätzlich nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein vertraglicher oder gesetzlicher Kündigungstermin (wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche) und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese gemäss Art. 336c Abs. 3 OR bis zum nächstfolgenden Endtermin. Eine Erkrankung während der Kündigungsfrist verlängert diese, sofern der Arbeitgeber gekündigt hat (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. A., Zürich 1993, N 10 zu Art. 324a/b OR und N 10 zu Art. 336c OR).

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis am 7. Oktober 1999 per 30. November 1999 gekündigt. Der Kläger war vom 16. bis 26. November 1999 – d.h. während der Kündigungsfrist – krank. Entgegen der Auffassung der Beklagten verlängerte sich die Kündigungsfrist somit bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin, d.h. bis zum 31. Dezember 1999 (Art. 62.3 GAV). Das Arbeitsverhältnis endete entsprechend am 31. Dezember 1999.

2.2 Von den Sperrfristen gemäss Art. 336c OR zu unterscheiden ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers; die Sperrfristen bezwecken nur die Sicherung des Arbeitsplatzes, während sich der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR richtet (Schönenberger/Staehelin, in: Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1996, N 10 zu Art. 324a OR; vgl. auch Humbert, Die Freistellung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis, in: Schweizer Arbeitgeber 23/2000, S. 1061). Der Kläger macht nicht geltend, er sei im Dezember 1999 im Sinne von Art. 324a OR an der Arbeitsleistung verhindert gewesen. Demnach ist die Beklagte von vornherein nicht zur Lohnfortzahlung im Sinne von Art. 324a OR verpflichtet. Davon abgesehen war der Kläger von Februar bis Oktober 1999 während 114.5 Stunden bzw. an 14 Tagen wegen Krankheit bzw. Unfall unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert; überdies war er vom 16. bis 26. November 1999 krank. Übersteigen mithin die Versäumnisse des Klägers im ersten Dienstjahr die Dauer von drei Wochen bzw. von fünfzehn Arbeitstagen, so kann auch gemäss Art. 324a Abs. 2 OR keine Lohnfortzahlungspflicht der Beklagten für Dezember 1999 bestehen (zur Lohnfortzahlungspflicht im ersten Dienstjahr ausführlich: Schönenberger/Staehelin, a.a.O., N 39 f. zu Art. 324a OR). Gemäss Eingabe an das Kantonsgericht vom 22. August 2000 macht der Kläger allerdings den – ordentlichen – Lohnanspruch für den Monat Dezember 1999 geltend, wobei er implizit einräumt, dass er nach Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit kein «Arbeitsangebot» gemacht hat. Dem Kläger ist zwar insoweit beizupflichten, dass der Arbeitnehmer im Falle der Freistellung seine Arbeitskraft in der Regel nicht mehr anerbieten muss; denn mit der Freistellung bringt der Arbeitgeber zum Ausdruck, dass er auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichtet. Anders verhält es sich aber in jenen Fällen, in denen die mit der Kündigungsfrist verbundene Kündigungsdauer verlängert wird, namentlich gemäss Art. 336c Abs. 2 OR. In solchen Fällen der Verlängerung der Kündigungsfrist muss der Arbeitnehmer seine Arbeit wieder anerbieten oder dem Arbeitgeber zumindest seine Wiedergenesung anzeigen, wenn er seinen Lohnanspruch nicht verlieren will (Humbert, a.a.O., S. 1061; JAR 1990, S. 247; BGE 115 V 444; Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss. Zürich 2000, S. 41 ff./50). Da der Kläger der Beklagten seine Wiedergenesung nicht angezeigt hat bzw. seine Arbeit nicht anerbieten hat, hat er gegenüber der Beklagten grundsätzlich auch keinen Lohnanspruch für den Monat Dezember 1999. In Anwendung von § 54 ZPO ist die Beklagte allerdings zu verpflichten, dem Kläger den anerkannten Betrag für den Monat Dezember 1999 von netto Fr. 2525.40 zu bezahlen.

4. Unter dem Titel «Rückerstattung Fahrzeugabzug» macht der Kläger Fr. 500.- geltend. Zur Begründung lässt er anführen, er habe 19.3 Ferientage bezogen, während 15 Arbeitstagen sei er krank und während acht Tagen infolge Unfalls arbeitsunfähig gewesen. In dieser Zeit habe er das Fahrzeug der Beklagten nicht benützen können. Das Fahrzeug sei im Übrigen in der Zeit vom 7. bis 27. Oktober 1999 in Reparatur gewesen. Am 19. November

1999 sei das Fahrzeug der Beklagten zurückgegeben worden; entsprechend habe der Kläger das Fahrzeug während weiterer zwei Tage nicht benutzen können. Mithin habe der Kläger das Fahrzeug während insgesamt 59.2 Arbeitstagen nicht gebrauchen können. Die Beklagte habe für diese Zeit die vorgenommenen Abzüge von total Fr. 500.- zurückzuerstatten. Die Beklagte wendet insoweit ein, das Fahrzeug habe ihr während den betreffenden Zeiten nicht zur Verfügung gestanden, so dass ein Rückerstattungsanspruch nicht gegeben sei.

4.1 Gemäss Art. 327b Abs. 1 OR sind dem Arbeitnehmer, wenn er im Einverständnis mit dem Arbeitgeber für seine Arbeit ein von diesem oder ein von ihm selbst gestelltes Motorfahrzeug benützt, die üblichen Aufwendungen für dessen Betrieb und Unterhalt nach Massgabe des Gebrauchs für die Arbeit zu vergüten. Die Berechtigung des Arbeitnehmers, das ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Motorfahrzeug auch für Privatfahrten zu verwenden, besteht bloss, wenn dies durch Abrede so vereinbart ist. Ohne entgegenstehende Abrede hat der Arbeitnehmer den Kostenanteil für Privatfahrten zu übernehmen. Nutzt ein Arbeitnehmer ihm zugestandene Privatkilometer nicht aus, steht ihm dafür kein Vergütungsanspruch zu (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 327b OR).

4.2 Im Arbeitsvertrag vom 21. Januar 1999 vereinbarten die Parteien, der Kläger könne das von der Beklagten zur Verfügung gestellte Fahrzeug auch für private Zwecke verwenden, wofür ein Fahrzeuganteil von Fr. 200.- monatlich vom Lohn des Klägers abgezogen werde. Das Nutzungsrecht des Klägers am Geschäftsfahrzeug der Beklagten ist denn auch unbestritten. Keine Vergütung wurde jedoch vereinbart für Zeiten, während welcher der Kläger das Fahrzeug nicht braucht; eine solche Vergütung lässt sich auch weder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Arbeitsvertragsrechts ermitteln noch ist sie üblich (vgl. GVP 1987/88, S. 98 = JAR 1989, S. 239 ff.). Vielmehr sind solche Zeitperioden der Nichtbenützung voraussehbar, weshalb darauf abzustellen ist, dass dies bereits im vom Arbeitnehmer zu tragenden Kostenanteil berücksichtigt ist. Mithin kann die Forderung des Klägers auf Rückerstattung des Fahrzeugabzugs nicht geschützt werden.

5. Unter dem Titel «Kilometerentschädigung» macht der Kläger total Fr. 923.40 geltend. Zur Begründung führt er an, in der Zeit vom 1. März bis 1. April 1999 habe ihm kein Geschäftsfahrzeug zur Verfügung gestanden; er habe jeweils mit dem eigenen Fahrzeug die auswärtigen Arbeitsorte erreichen müssen. In dieser Zeit sei er 23 Mal in X. und dreimal in Y. gewesen, so dass er 1100 km zurückgelegt habe. In der Zeit vom 7. bis zum 27. Oktober 1999 habe sich der Geschäftswagen in Reparatur befunden, weshalb der Kläger ebenfalls mit seinem eigenen Fahrzeug zu den jeweiligen Arbeitsorten und damit 1539 km gefahren sei. Gemäss Art. 46.1 GAV sei eine angemessene Entschädigung geschuldet. Ziehe man den Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe hilfsweise heran, welcher eine Ent-

schädigung von Fr. 0.60 pro Kilometer vorsehe, so ergebe sich eine Kilometerentschädigung von total Fr. 923.40. Die Beklagte macht demgegenüber geltend, Reisezeiten würden zwar bezahlt, jedoch nur von R. zur jeweiligen Baustelle und zurück; Arbeitswege würden nicht als Arbeitszeiten gelten. Gemäss Arbeitsvertrag seien ferner keine Spesen zu bezahlen.

5.1 Gemäss Art. 46 GAV können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer für Geschäftsfahrten das Privatauto benützt. In diesem Falle wird ihm eine angemessene Entschädigung ausgerichtet (Ziff. 1). Der Arbeitnehmer bzw. der Halter des Fahrzeuges hat für das private Motorfahrzeug, das den Geschäftsfahrten dient, auf eigene Kosten eine Haftpflichtversicherung mit unbeschränkter Deckung abzuschliessen (Ziff. 3). Mit der angemessenen Fahrkostenentschädigung sind die Verpflichtungen des Arbeitgebers aus Art. 327b Abs. 1 und 2 OR abgelöst und sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers aus dem Betrieb des Fahrzeuges dem Arbeitgeber gegenüber abgegolten (Ziff. 4). Zu ersetzen sind die Auslagen, wenn die Arbeitsleistung auswärts, d.h. weder am Ort der Betriebsstätte noch am Wohnort des Arbeitnehmers, erfolgt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 327a OR; Rehbinder, a.a.O., N 5 zu Art. 327a OR).

5.2 Unbestrittenermassen sind die Parteien übereingekommen, dass der Kläger für Geschäftsfahrten während einer beschränkten Zeit das Privatauto benützen muss. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, dem Kläger die Kosten für den geschäftlichen Gebrauch des Privatfahrzeuges zu vergüten. Mangels anderer Regelung ist es angezeigt, für die Bemessung der Höhe der Entschädigung den Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe heranzuziehen. Gemäss dessen Art. 60 Abs. 3 haben Arbeitnehmer, wenn sie auf ausdrückliche Anordnung des Betriebes ihren Privatwagen benützen, Anspruch auf eine Entschädigung von mindestens Fr. 0.60 je Kilometer Dienstfahrt. Als Dienstfahrt hat der Weg zu gelten, welchen der Kläger vom Ort der Betriebsstätte oder von seinem Wohnort bis zum Ort der Arbeitsleistung zurücklegte, wobei der jeweils nähere Ort (Betriebsstätte oder Wohnort) zu gelten hat, da der Kläger nicht geltend macht, er habe jeweils zuerst die Betriebsstätte aufsuchen müssen.

6. Der Kläger war in der fraglichen Zeit unbestrittenermassen 23 Mal in X. (17.9 km pro Weg ab R., total mithin 823.4 km) sowie dreimal in Y. (15.9 km pro Weg ab R., total mithin 95.4 km), tätig. Ferner fuhr er 15 Mal nach S. (8.5 km pro Weg ab R., total mithin 255 km) sowie zweimal nach B. (21 km pro Weg ab R., total mithin 84 km). Somit ist die Beklagte zu verpflichten, den Kläger für total 1257.8 km mit dem Privatfahrzeug gefahrene Kilometer zu entschädigen, d.h. insgesamt mit Fr. 754.70 (1257.8 km x Fr. 0.60/km).

7. Unter dem Titel «Arztkosten» macht der Kläger weiter Fr. 88.- geltend. Zur Begründung bringt er vor, er habe sich auf Geheiss der Beklagten der Untersuchung durch einen Vertrauensarzt unterziehen müssen. Die ärztlichen Leistungen hätten sich auf Fr. 64.- belaufen. Der beklagte Vertrauens-

arzt habe seine Praxis in R. Der Weg vom Wohnort des Klägers nach R. und zurück sei ebenfalls von der Beklagten zu entschädigen, was bei 40 km Fr. 24.- ausmache. Die Beklagte nimmt zu diesen Ausführungen nicht Stellung.

7.1 Ein Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer unter gewissen Umständen verlangen, sich bei einem Vertrauensarzt der Firma untersuchen zu lassen; das folgt aus der Treuepflicht. Der Arbeitgeber hat dann die Kosten des Vertrauensarztes zu tragen (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 12 zu Art. 324a/b OR; Rehbindler, a.a.O., N 18 f. zu Art. 324a OR).

7.2 Die Beklagte hat vom Kläger unbestrittenermassen den Besuch eines Vertrauensarztes der Firma verlangt. Mithin hat die Beklagte für die entsprechenden, vom Kläger getragenen Kosten für die ärztlichen Leistungen in unbestrittener Höhe von Fr. 64.- aufzukommen. Ferner hat die Beklagte den Kläger für den Anfahrtsweg nach R. und zurück mit Fr. 19.20 (32 km x Fr. 0.60/km) zu entschädigen. Für den Arztbesuch hat die Beklagte dem Kläger somit total Fr. 83.20 zu bezahlen.

Kantonsgericht, 19. Februar 2001

Art. 349a OR – Durch die Freistellung eines Handelsreisenden kann der Arbeitgeber weder die Bezahlung des Lohnes einseitig sistieren noch die Höhe des geschuldeten Lohnes beeinflussen; der Lohn muss grundsätzlich in derselben Höhe weiterbezahlt werden, wie wenn der Freigestellte während der Dauer seiner Freistellung arbeiten würde. War die Lohnhöhe bisher schwankend, ist für die Bestimmung des Freistellungslohns auf eine repräsentative Referenzperiode abzustellen.

Art. 29 Abs. 2 AVIG – Der von der Arbeitgeberin an den Handelsreisenden zu bezahlende Betrag ist um den von der Arbeitslosenkasse an den Arbeitnehmer bezahlten Betrag herabzusetzen.

2. Die Parteien sind sich darin einig, dass das Arbeitsverhältnis per 31. März 2001 endete und dass der Kläger von der Beklagte am 1. Februar 2001 freigestellt wurde. Die Parteien liegen indessen darüber im Streit, ob die Beklagte dem Kläger für die Dauer der Freistellung den bislang erzielten durchschnittlichen Lohn von unbestrittenermassen netto Fr. 2322.75 pro Monat zu bezahlen hat. Die Beklagte macht insoweit sinngemäss geltend, der Kläger müsse sich angesichts der Freistellung von der Arbeit mit der in § 5 Abs. 1 des «Arbeitsvertrages» vereinbarten «Mindestprovision» von brutto Fr. 500.- pro Monat begnügen.

2.1 Gemäss Art. 349a OR hat der Arbeitgeber dem Handelsreisenden Lohn zu entrichten, der aus einem festen Gehalt mit oder ohne Provision besteht (Abs. 1). Eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, ist gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt (Abs. 2).

Die Entrichtung des Lohnes an den Handelsreisenden als Arbeitnehmer stellt die Hauptleistung des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag dar; durch die Bezahlung des Lohnes gilt der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ab. Mit der Freistellung kann der Arbeitgeber zwar freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichten. Seine vertragliche Hauptleistungspflicht kann er damit aber nicht einseitig sistieren. Vielmehr besteht seine Lohnzahlungspflicht während der Dauer des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich weiter, und zwar unabhängig vom Verzicht auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat sich durch den Verzicht auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers selbst in Annahmeverzug gesetzt, und seine Lohnzahlungspflicht ergibt sich entsprechend aus Art. 324 Abs. 1 OR (vgl. Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss. St. Gallen, Zürich 2000, S. 134).

Durch die Freistellung kann der Arbeitgeber aber auch die vereinbarte Höhe des geschuldeten Lohnes nicht beeinflussen; der Lohn muss grundsätzlich in derselben Höhe weiterbezahlt werden, wie wenn der Freigestellte während der Dauer seiner Freistellung arbeiten würde. War die Lohnhöhe bisher schwankend, ist für die Bestimmung des Freistellungslohns auf eine repräsentative Referenzperiode abzustellen (Blesi, a.a.O., S. 134 ff.). Das ergibt sich vorliegend auch daraus, dass angesichts eines vereinbarten monatlichen Mindestgehalts von bloss Fr. 500.- von einem «angemessenen Entgelt» im Sinne von Art. 349a Abs. 2 OR nur dann die Rede sein kann, wenn der Durchschnitt der bislang an den Kläger ausbezahlten Provisionen in die Berechnung einbezogen wird; die Abrede, wonach sich ein Arbeitnehmer der Beklagten unter Umständen mit dem blossen Mindestgehalt von brutto Fr. 500.- pro Monat begnügen muss (vgl. §5 Abs. 1 des «Arbeitsvertrages»), ist – entgegen der Auffassung der Beklagten – mit Art. 349a Abs. 2 OR nicht zu vereinbaren.

2.2 Wie bereits erwähnt, wurde der Kläger am 1. Februar 2001 von der Beklagten freigestellt. Entsprechend verzichtete die Beklagte ab dem 1. Februar 2001 auf die Arbeitsleistung des Klägers, was sie indessen nicht von ihrer Lohnzahlungspflicht entbindet (vgl. Erwägung 2.1). Somit schuldet die Beklagte dem Kläger den vollen Lohn für die Monate Februar und März 2001. Da die Lohnhöhe während der Anstellungszeit des Klägers schwankend war, ist für die Bestimmung des Lohnes während der Dauer der Freistellung auf die Referenzperiode, mithin auf die Zeit von Oktober 2000 bis Januar 2001 abzustellen. Der durchschnittliche Lohn des Klägers während

dieser Zeit betrug unbestrittenermassen brutto Fr. 2403.- bzw. netto Fr. 2322.75 pro Monat, und die Parteien sind sich auch darin einig, dass es sich dabei um ein «angemessenes Entgelt» im Sinne Art. 349a Abs. 2 OR handelte. Im Februar 2001 erhielt der Kläger netto Fr. 203.35, im März 2001 netto Fr. 480.85 von der Beklagten ausbezahlt. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit – grundsätzlich – für Februar 2001 netto Fr. 2119.40 (Fr. 2322.75 abzüglich Fr. 203.35) und für März 2001 netto Fr. 1841.90 (Fr. 2322.75 abzüglich Fr. 480.85), d.h. insgesamt netto Fr. 3961.30.

3. Am 11. Mai 2001 reichte die Arbeitslosenkasse des Kantons X. eine separate Klage gegen die Beklagte ein mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, der Arbeitslosenkasse X. Fr. 855.85 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, aufgrund der ungeklärten Sachlage habe die Kasse dem B. für die Zeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Taggelder im Totalbetrag von netto Fr. 855.85 ausbezahlt. Mit der Zahlung dieser Arbeitslosenentschädigung sei der Anspruch gestützt auf Art. 29 AVIG auf die Arbeitslosenkasse übergegangen.

Gemäss Art. 29 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG, SR 837.0) zahlt die Kasse Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 Buchstabe a oder b aus, wenn sie begründete Zweifel darüber hat, ob der Versicherte für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 hat oder ob sie erfüllt werden (Abs. 1). Mit der Zahlung gehen alle Ansprüche des Versicherten samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über. Diese darf auf die Geltendmachung nicht verzichten, es sei denn, das Konkursverfahren werde durch das Konkursgericht eingestellt (Abs. 2).

Die Arbeitslosenkasse X. hat dem Kläger Arbeitslosentaggelder in der Höhe von Fr. 855.85 ausbezahlt. Der von der Beklagten zu bezahlende Betrag ist wegen der Zahlung der Arbeitslosenkasse X. um Fr. 855.85 herabzusetzen (Art. 29 Abs. 2 AVIG). Mithin ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger netto Fr. 3105.45 (Fr. 3961.30 abzüglich Fr. 855.85) zu bezahlen. Über die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung des Betrages von Fr. 855.85 an die Arbeitslosenkasse X. ist entsprechend im Prozess A. zu befinden.

Kantonsgerichtspräsidium, 12. September 2001

Art. 76 Abs. 1 LMV. – Aktivlegitimation einer lokalen paritätischen Berufskommission gemäss Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV).

1. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert.

1.1 Aktiv- und Passivlegitimation gehören zur Begründetheit der Klagebegehren, und ihr Fehlen führt zur Abweisung der Klage. Die Bejahung der Passivlegitimation bedeutet bloss, dass sich der vom Kläger behauptete Anspruch gegen den Beklagten richten kann, und die Bejahung der Aktivlegitimation, dass der Kläger berechtigt ist, diesen Anspruch geltend zu machen. Mit der Bejahung von Aktiv- oder Passivlegitimation ist noch nicht entschieden, ob der Anspruch des Klägers überhaupt und im behaupteten Umfang besteht (Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 66 zu §§ 27/28 ZPO-ZH).

1.2 Die Klägerin stützte ihren Forderungsanspruch im Wesentlichen auf Art. 79 des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (LMV) und ihren Feststellungsanspruch auf Art. 76 LMV. Unbestritten ist, dass die Beklagte nicht Mitglied der vertragschliessenden Parteien des LMV ist, weshalb für die Beklagte nur diejenigen Bestimmungen des LMV gelten, welche allgemeinverbindlich erklärt worden sind.

1.3 Die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages (GAV) bilden grundsätzlich eine einfache Gesellschaft. Wollen sie gemeinsam einen Anspruch durchsetzen, müssen sie ein gemeinsames Organ bezeichnen, das in ihrem Namen klagt. Die Parteifähigkeit im Prozess ist gegeben, wenn das gemeinsame Organ durch eine GAV-Bestimmung bevollmächtigt ist, für die Einhaltung des GAV zu sorgen. Da bei gemeinsamer Durchführung keine juristische Person entsteht und die Vertragsparteien deshalb ein Gesamthandverhältnis bilden, ist es zur Prozessführung erforderlich, dass eine paritätische Kommission bevollmächtigt wird. Eine solche Vollmacht kann im GAV selbst enthalten sein. Der paritätischen Kommission kommt dann nach herrschender Meinung Aktivlegitimation im Prozess zu (Stöckli, Berner Kommentar, Bern 1999, N 13 f. zu Art. 357b OR und dort zitierte Lehre und Rechtsprechung). Die Aktivlegitimation der paritätischen Kommission wird auch gegenüber einem Aussenseiter anerkannt, wenn eine Allgemeinverbindlicherklärung vorliegt (Streff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A., Zürich 1992, N 5 zu Art. 357b OR).

1.4 Im vorliegenden Fall ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 76 Abs. 1 LMV die bestellten lokalen paritätischen Berufskommissionen ausdrücklich ermächtigt sind, den LMV während seiner Gültigkeit zu vollziehen. Diese Bestimmung ist allgemeinverbindlich erklärt worden. In dieser Bestimmung ist eine ausdrückliche Bevollmächtigung der Klägerin zur Prozessführung zu erblicken, denn das Inkasso bzw. die Prozessführung gehören zu den Vollzugsaufgaben im Sinne von Art. 76 Abs. 1 LMV. Damit ist die Aktivlegitima-

tion der Klägerin gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung erstellt. Es besteht auch kein vernünftiger Grund, von dieser Auffassung abzurücken. Das Bundesgericht hat im Entscheid 118 II 534 lediglich darauf hingewiesen, dass die Frage der Aktivlegitimation von paritätischen Berufskommissionen in der Literatur umstritten sei, hat aber diese Frage selber nicht entschieden. Entgegen der Meinung der Beklagten kann daraus nicht abgeleitet werden, dass das Bundesgericht die Frage der Aktivlegitimation von paritätischen Berufskommissionen generell verneint hätte, wenn es diese Frage hätte prüfen müssen. Dass die Klägerin die Rechtsform eines Vereins aufweist, ergibt sich aus deren Statuten. Den Statuten kann auch der Zweck der Klägerin, welcher in der Durchsetzung von Ansprüchen der Vertragsparteien des LMV besteht, entnommen werden. Somit ist der beklaglichen Einrede der fehlenden Aktivlegitimation die Grundlage entzogen.

Kantonsgericht, 13. Dezember 2001

Art. 697a ff. OR. – Materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung. Die Sonderprüfung ist ein Mittel, das den Aktionären Zugang zu Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen soll. Die Sonderprüfung soll dem Informationsdefizit abhelfen, das dadurch entsteht, dass die Minderheitsaktionäre kaum Möglichkeiten haben, an Interna der Gesellschaft heranzukommen. Eine Sonderprüfung setzt aber auch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Gesuchsteller voraus.

3. In materieller Hinsicht muss glaubhaft gemacht werden, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR). Zudem muss die Abklärung des fraglichen Sachverhalts auf dem ausserordentlichen Weg der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte der Gesuchsteller erforderlich sein (Art. 697a Abs. 1 OR).

3.1 Generell geht es bei der Sonderprüfung nicht um die Kritik von Ermessensentscheiden und die Zweckmässigkeit von Geschäftsentscheiden, nicht um Wertungen, Erstattung von Rechtsgutachten oder überhaupt um rechtliche Beurteilungen. Jede Sonderprüfung ist demnach zweckgerichtete Tatsachenforschung. Die Sonderprüfung dient auch nicht der Abklärung undefinierter Rechtswidrigkeiten oder gar blosser Unzulänglichkeiten, sie dient nicht der umfassenden Untersuchung der Geschäftsführung im Allgemeinen oder der Geschäftspolitik und in der Regel auch nicht dazu, die Richtigkeit von Angaben der Unternehmensleitung im Geschäftsbericht überprüfen zu lassen (Böckli, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, N 1872 und 1877; Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1991, S. 43 f. N 16 ff., S. 48 N 28 f).

3.2 Das Glaubhaftmachen betrifft sowohl Tat- wie Rechtsfragen. In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Tatsachen herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Das Gericht darf weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Es hat vielmehr in wertender Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen die von den Gesuchstellern behaupteten Verdachtsmomente auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu prüfen. Zu weit ginge allerdings, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum vorsorglichen Rechtsschutz uneingeschränkt zu übernehmen, wonach einem Begehren bereits zu entsprechen ist, wenn es sich nach einer summarischen Prüfung der massgebenden Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist. Bei allzu grosszügiger Handhabung des Erfordernisses des Glaubhaftmachens entstünde nämlich ein Widerspruch zum Regelungsgedanken des Gesetzgebers, wonach die zwangsweise Sonderprüfung nicht leichthin zuzulassen ist (BGE 120 II 393 ff. E. 4c m.w.H.; vgl. auch Urteil der Justizkommission des Obergerichts vom 21. Januar 1994 i.S. S. gegen A., S. 7, E. 3a). Bei der Beurteilung der materiellen Voraussetzungen gilt es auch das Interesse der Gesellschaft im Auge zu behalten. Die Sonderprüfung gibt dem Aktionär mittelbar das Recht, in interne Verhältnisse der Gesellschaft einzudringen. Sie stellt deshalb immer einen Eingriff in die Geheimsphäre der Gesellschaft dar, was ein gewisses Schädigungspotential in sich birgt, und dies namentlich deshalb, weil den Aktionär keine Treuepflicht und damit auch keine Geheimhaltungspflicht trifft (Casutt, a.a.O., S. 17 ff. N 3 ff.).

3.3 Zunächst ist in materieller Hinsicht zu prüfen, ob ein zulässiger Gegenstand einer Sonderprüfung gegeben ist und die Abklärung des Sachverhalts auf dem ausserordentlichen Weg der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697a Abs. 1 OR).

Die Sonderprüfung ist ein Mittel, das den Aktionären Zugang zu Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen soll. Damit soll den Aktionären ermöglicht werden, in hinreichender Kenntnis der Sachlage darüber zu entscheiden, ob und wie sie von ihren Aktionärsrechten Gebrauch machen wollen. Die Sonderprüfung soll dem Informationsdefizit abhelfen, das dadurch entsteht, dass die Minderheitsaktionäre kaum Möglichkeiten haben, an Interna der Gesellschaft heranzukommen (BGE 123 III 263 f. E. 2). Es genügt, wenn zwischen dem Sonderprüfungsbegehren und der Ausübung von Aktionärsrechten ein Zusammenhang erkennbar ist (Casutt, a.a.O., S. 40 N 9). Eine Sonderprüfung setzt aber auch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Gesuchsteller voraus. Die Durchführung der Sonderprüfung muss dem Antragsteller die Ausübung von Rechten oder die Beurteilung von Chancen ermöglichen, wozu er sonst nicht in der Lage wäre (BGE 123 III 265 f. E. 3a).

Es obliegt den Gesuchstellern, den Zusammenhang zwischen dem von ihnen anvisierten Aktionärsrecht und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen (Böckli, a.a.O., N 1870). Darüber hinaus ist die Aufdeckung von Tatsachen, um den Aktionären die Einleitung einer Verantwortlichkeitsklage zu ermöglichen, sicherlich eine der Hauptaufgaben der Sonderprüfung. Allerdings hängt die Zulässigkeit ihrer Durchführung nicht von der Möglichkeit ab, Verantwortlichkeitsklage zu erheben (Casutt, S. 50 ff. N 34 ff.).

3.4 Das von den Gesuchstellern anvisierte Aktionärsrecht ist grundsätzlich die Verweigerung der Genehmigung der Revisionsberichte der Geschäftsjahre 1998 und 1999. Der vorliegend zu beurteilende Fall weist insofern eine besondere Konstellation auf, weil die Gesuchsteller in der fraglichen Periode nicht nur Aktionäre, sondern gleichzeitig auch Geschäftsführer (Gesuchsteller 1) bzw. einziger Verwaltungsrat (Gesuchsteller 2) waren. Dabei hatte insbesondere der Letztgenannte gemäss Art. 715a Abs. 1 OR in seiner Funktion als Verwaltungsrat das Recht, Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen. Auch der Gesuchsteller 1 konnte als Geschäftsführer Einsicht in die Geschäftsakten sowie Einfluss auf die Entscheide nehmen. Es mutet daher seltsam an, dass die Gesuchsteller ausgerechnet für jene Zeitspanne um Einsetzung eines Sonderprüfers ersuchen, in welcher sie selbst die Geschicke der Gesellschaft bestimmten. Vor diesem Hintergrund ist deshalb zu verneinen, dass die Abklärung des Sachverhalts auf dem ausserordentlichen Weg der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Der Umstand, dass die Sonderprüfung dem Informationsdefizit abhelfen soll, welches dadurch entsteht, dass die Minderheitsaktionäre kaum Möglichkeiten haben, an Interna der Gesellschaft heranzukommen, zeigt ebenfalls, dass das Institut der Sonderprüfung nicht auf die vorliegenden Verhältnisse zugeschnitten ist. Ferner muss im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines aktuellen Rechtsschutzinteresses die Sonderprüfung dem Aktionär die Ausübung von Rechten oder die Beurteilung von Chancen ermöglichen, wozu er sonst nicht in der Lage wäre. Es ist vorliegend kaum denkbar, dass die Gesuchsteller als einziger Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführer während der fraglichen Zeitspanne nicht in der Lage sind, die an den Sonderprüfer zu richtenden Fragen betreffend einzelner Bilanzpositionen selber zu beantworten, zumal sie den Geschäftsverlauf direkt mitgestalteten.

Somit bleibt festzuhalten, dass bei den vorliegenden Verhältnissen die Abklärung des Sachverhalts auf dem ausserordentlichen Weg der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte nicht erforderlich ist und es zudem an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse fehlt.

3.5 Die Gesuchsteller haben Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR). Der Vorgang, über den sich die Minderheitsak-

tionäre ins Bild setzen lassen wollen, muss somit mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechtswidrig sein. Um zu bestimmen, welche Handlungen einen Verstoss gegen Gesetz oder Statuten darstellen, können Lehre und Praxis zur Anfechtungsklage herangezogen werden. Es handelt sich dabei in erster Linie um die Verletzung zwingender oder dispositiver Normen des Aktienrechts und um die Verletzung von Statutenbestimmungen. Unter Gesetz ist die gesamte Rechtsordnung zu verstehen. Als Gesetzesverletzung gilt deshalb auch jener Verstoss gegen allgemeine Rechtsnormen oder gegen einen ungeschriebenen Grundsatz des Aktienrechts (Casutt, a.a.O., S. 52 N 37). Die Gesuchsteller müssen mindestens ihren Vorwurf klar umreissen und objektive Anhaltspunkte darlegen, aus denen sich der Schluss ergibt, dass das Behauptete wahrscheinlich ist. Sie müssen darlegen, welche Verhaltenspflicht die Unternehmensleitung ihrer Meinung nach verletzt hat und warum dieser Verstoss gegen die Regeln Schaden anrichtet, d.h. das Reinvermögen der Gesellschaft oder der Aktionäre vermindert hat. Der ursächliche Zusammenhang zwischen behauptetem Verstoss und behauptetem Schaden ist zwar nicht Gegenstand eines Beweises, wohl aber muss er sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung aus der vorgebrachten summarischen Tatsachendarstellung als plausibel ergeben (Böckli, a.a.O., N 1867 ff.; Casutt, a.a.O., S. 52 ff. N 37 ff.).

Mit Bezug auf die Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre ist vom klassischen Schadensbegriff der unfreiwilligen Vermögensverminderung auszugehen. Gemeint ist nicht nur der unmittelbare Schaden der Gesellschaft, sondern auch der unmittelbare Schaden des Aktionärs, der keinen Schaden der Gesellschaft voraussetzt. Unmittelbar geschädigt ist der Aktionär beispielsweise, wenn ihm das Bezugsrecht zu Unrecht vorenthalten oder der ihm zustehende Dividendenanteil nicht ausbezahlt wird. Ebenso kann eine immaterielle Schädigung, wenn sie wirklich substantiell ist, einen materiellen Schaden zur Folge haben; unter dieser Voraussetzung genügt sie als Gesuchsanlass. Ist es nicht möglich, einen Schaden glaubhaft zu machen, ist das Sonderprüfungsbegehren vom Richter abzuweisen. Ein lediglich drohender Schaden kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zur Einsetzung eines Sonderprüfers führen (Gabrielli, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Zürich 1997, S. 112 f.).

Die Gesuchsteller stellen sich auf den Standpunkt, es sei für die Aktionäre Schaden entstanden, indem die Gesellschaft bei ausgewiesenem andauerndem Aufwandüberschuss und offensichtlicher Überschuldung weitergeführt wurde. Die Gesellschaft müsse unverzüglich liquidiert werden, damit weiterer Schaden verhindert werden könnte. Jeder Franken Aufwand bedeute einen Verlust von Eigenkapital, da keinerlei Ertrag mehr erzielt worden sei. Die Gesellschaft habe ihren Zweck verloren und der Verwaltungsrat hätte Antrag auf Liquidation der Gesellschaft stellen müssen. Diese Pflichtverletzung habe zu direktem Schaden für die Aktionäre geführt.

Diesen Ausführungen ist zu entgegnen, dass der Gesuchsteller 2 erst am 8. März 2000 als Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin demissionierte, d.h. er wäre in den Geschäftsjahren 1998 und 1999 als einziger Verwaltungsrat unter anderem auch zuständig gewesen, den Richter gemäss Art. 725 Abs. 2 OR zu benachrichtigen. Dabei ist es kaum denkbar, dass sich die von den Gesuchstellern erwähnte offensichtliche Überschuldung erst nach dem 8. März 2000, also nach dem vollzogenen Wechsel im Verwaltungsrat abzeichnete. Vielmehr ist in den Rechtsschriften der Gesuchsteller von Sanierungsbemühungen die Rede, da sich die finanzielle Lage der Gesuchsgegnerin in den Jahren 1998 und 1999 zunehmend verschlechtert habe. Zudem hatte der Gesuchsteller 2 die Möglichkeit, über sämtliche Internas der Gesellschaft informiert zu werden bzw. Einsicht zu erhalten. Demzufolge musste er laufend vom Geschäftsergebnis Kenntnis haben. Geht man somit davon aus, dass mit einer Liquidation der Gesellschaft tatsächlich die Aktionäre vor weiterer Schädigung hätten bewahrt werden können, müsste dieses Versäumnis, wenn überhaupt, dem Gesuchsteller 2 angelastet werden. Somit wurde nicht glaubhaft gemacht, wie diese angebliche Pflichtverletzung zu einem direkten Schaden der Aktionäre hätte führen sollen.

Mithin wurde weder eine Verletzung des Gesetzes oder der Statuten durch Gründer oder Organe noch eine Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre gemäss Art. 697b Abs. 1 OR glaubhaft gemacht.

4. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das vorliegende Gesuch um Sonderprüfung abzuweisen ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Gesuchsteller die gerichtlichen Kosten zu tragen (§38 Abs. 1 ZPO) und die Gesuchsgegnerin für die prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen (§40 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert ist unbestimmt.

Kantonsgerichtspräsidium, 17. Dezember 2001

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 22 und 160 SchKG. – Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreibung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreibung angehoben worden ist, da die Annahme der Teilnichtigkeit kaum praktikabel wäre.

Aus den Erwägungen:

3. Indes ist die Konkursandrohung aus einem anderen Grund aufzuheben: Wie erwähnt, stellte die 2. Abteilung des Kantonsgerichts mit Urteil vom 19. Februar 2001 fest, dass die Kläger die Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes X. für den Betrag von Fr. 11'680.– nebst Zins zu 5% seit 3. November 1999 fortsetzen können. Auf entsprechenden Antrag der P. erfolgte die Konkursandrohung jedoch nicht nur für diese Forderung, sondern ebenfalls für die mit vorerwähntem Urteil und mit Urteil des Obergerichts zugesprochenen Parteientschädigungen an die Kläger über insgesamt Fr. 4000.–. Diese Parteientschädigungen, welche den Klägern in dem von ihnen eingeleiteten Anerkennungsprozess zugesprochen wurden, können aber in der bereits angehobenen Betreibung nicht geltend gemacht werden. Es handelt sich dabei nicht um Betriebskosten. Da für die fraglichen Parteientschädigungen mithin kein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegt, dürfen diese Beträge nicht in die Konkursandrohung aufgenommen werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Fortsetzung einer Betreibung, die nicht auf einem rechtskräftigen Zahlungsbefehl beruht, nichtig (BGE 109 III 56 E. 2.b, 85 III 18, 73 III 147, 73 I 356). Lehre und Rechtsprechung halten daher dafür, dass eine Konkursandrohung nichtig ist, in welcher nicht in Betreibung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreibung angehoben worden ist, da die Annahme der Teilnichtigkeit kaum praktikabel wäre. Nichtig ist somit eine Konkursandrohung, wenn darin nebst der Hauptforderung Parteientschädigungen aufgenommen werden, die einem Betreibenden in einem Anerkennungs- bzw. Aberkennungsprozess zugesprochen worden sind (vgl. OGer. Solothurn, in: SOG 1990 Nr. 32, sowie Rudolf Ottomann, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Basel/Genf/München 1998, N 2 zu Art. 160). Aus dem Gesagten folgt, dass die der Beschwerdeführerin zugestellte Konkursandrohung nichtig ist. Das Betreibungsamt X. ist daher anzuweisen, der Beschwerdeführerin die Konkursandrohung einzig für die mit Urteil des Kantonsgerichts zugesprochene Forderung von Fr. 11'680.– nebst Zins zu 5% seit 3. November 1999 zuzustellen. Ferner hat es in der fraglichen Betreibung als betreibende Partei nicht die P., sondern den C., die Gewerkschaft B. und die Gewerkschaft S. aufzuführen. Zwar wurde die Betreibung von der

P. eingeleitet, aus den Urteilen des Kantons- und Obergerichts geht aber hervor, dass nicht diese Gläubigerin der in Betreuung gesetzten Forderung ist, sondern den vorerwähnten Sozialpartnern die Gläubigerstellung zukommt. Die Beschwerdeführerin konnte über die Identität der Gläubiger indes keine Zweifel haben. So erfolgte die von der P. verhängte Konventionalstrafe, die in der Folge vor den staatlichen Gerichten durchgesetzt wurde, aufgrund von der Beschwerdeführerin begangenen Verletzungen des Landesmantelvertrags, den die oben erwähnten Sozialpartner vereinbart hatten. Es ist daher nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig, dass das Betreibungsamt den Namen der betreibenden Partei berichtigt (BGE 102 III 133 ff.).

Justizkommission als AB SchKG, 23. November 2001

Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 SchKG; Art. 40 Abs. 1 SchKG. – Das Betreibungsamt darf einen auf einem offensichtlichen Irrtum des Registerführers gründenden Eintrag im Handelsregister als in seinen betriebsrechtlichen Wirkungen nicht mehr gültig oder umgekehrt eine erfolgte Löschung als unwirksam betrachten.

Aus den Erwägungen:

3. Wie den vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen zu entnehmen ist, meldete er am 1. Oktober 1999 dem Handelsregisteramt Zug die Aufgabe der Geschäftstätigkeit der Einzelfirma X. mit Sitz in Zug an. Das Handelsregisteramt Zug bestätigte am 6. Dezember 2000 ausdrücklich, dass es diese Anmeldung am 5. Oktober 1999 erhalten, die Löschung indes versehentlich erst am 22. November 2000 im Handelsregister eingetragen habe.

Nach Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG wird die Betreuung auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt, wenn der Schuldner als Inhaber einer Einzelfirma im Handelsregister eingetragen ist. Der Handelsregistereintrag ist – unter Vorbehalt von Art. 40 Abs. 1 SchKG – für die Konkursfähigkeit konstitutiv. Die Konkursfähigkeit beginnt in allen Fällen erst am Tage nach der Veröffentlichung der Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und dauert noch während sechs Monaten seit der Veröffentlichung ihrer Streichung an (Art. 39 Abs. 3 und Art. 40 Abs. 1 SchKG; BGE 122 III 206). Der im Handelsregister eingetragene Schuldner unterliegt der Konkursbetreuung für sämtliche Schulden, also für die Geschäfts- und Privatschulden (BGE 120 III 4). Im allgemeinen obliegt es dem Betreibungsamt, die im konkreten Falle durchzuführende Betreibungsart zu bestimmen; dabei hat es einen Handelsregistereintrag, der die Konkursfähigkeit begründet, nicht auf seine Rechtmässigkeit hin zu prüfen (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, §9 Rz 14). Nach der bundesgerichtli-

chen Rechtsprechung ist für sie der Stand im Handelsregister massgebend (BGE 120 III 4; 80 III 97). Es kommt also grundsätzlich nicht darauf an, und die Betreibungsbehörden haben denn auch nicht zu prüfen, ob die im Handelsregister erfolgten Eintragungen und Löschungen gerechtfertigt sind oder nicht (BGE 120 III 4; 80 III 97 mit Hinweisen; 78 III 89 E.1). Dieser Grundsatz soll nach BGE 30 I 760 sogar dann gelten, wenn eine Eintragung oder Löschung auf einem offensibaren Irrtum beruht. In neuester Zeit ist dieser Rechtsprechung allerdings in der Literatur Kritik erwachsen. Domenico Accocella (Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Basel/Genf/München 1998, N 7 zu Art. 39) hält diese Praxis für zu absolut. Nach diesem Autor sollte hier zur Vermeidung nichtiger Betreibungen ausnahmsweise die Überprüfungsbezugnis der Betreibungsbehörden über diese Vorfrage zugelassen werden. In der Tat zog das Bundesgericht diese Möglichkeit noch in BGE 23 I 423 und 28 I 293 in einem ganz eng begrenzten Rahmen selber in Betracht, nämlich für den Fall, dass der Eintrag nach den tatsächlichen Verhältnissen ganz offensichtlich auf einem Irrtum des Registerführers beruhe. In BGE 30 I 760 gab es diesen Vorbehalt dann ausdrücklich auf und erklärte den gegebenen Inhalt des Handelsregisters als für die Betreibungsbehörden schlechthin massgebend; allerdings nur um in neuerer Zeit die Frage dann doch wieder aufzugreifen und offen zu lassen (BGE 80 III 97). Der vom Bundesgericht in BGE 30 I 760 vertretene rigorose Standpunkt hat den Vorteil der Einfachheit und Klarheit, aber auch der eindeutigen Zuständigkeitsregelung für sich. Dass aber die Berücksichtigung eines offenkundigen Irrtums des Registerführers durch die Betreibungsbehörden zu Kompetenzkonflikten und Komplikationen aller Art führen würde, wie das Bundesgericht dort erwog, ist nicht recht einzusehen. Die Justizkommission ist deshalb der Auffassung, dass in diesem wohl eher seltenen und eng begrenzten klaren Ausnahmefall den Betreibungsbehörden zugestanden werden sollte, einen auf einem offensiblichen Irrtum des Registerführers gründenden Eintrag als in seinen betreibungsrechtlichen Wirkungen nicht mehr gültig oder umgekehrt eine erfolgte Löschung als betreibungsrechtlich unwirksam zu betrachten.

Nachdem im vorliegenden Fall der Beschwerdeführer tatsächlich zweifelsfrei und offenkundig aufgrund eines Versehens des Handelsregisteramtes nicht bereits im Oktober 1999 im Handelsregister als Inhaber der Einzelfirma X. gelöscht wurde, steht fest, dass er im Zeitpunkt der Einreichung des Fortsetzungsbegehrens nicht mehr der Konkursbetreibung unterlag. Die Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege der Pfändung anstatt des Konkurses (oder umgekehrt) ist nach der Rechtsprechung nichtig (Walder, SchKG Textausgabe, 14. A., Zürich 1997, S. 25 mit Hinweis auf BGE 120 III 106). Die Konkursandrohung vom 12. September 2000 in der Betreibung Nr. ... gegen den Beschwerdeführer ist daher nichtig.

Justizkommission als zivilrechtliche Beschwerdeinstanz, 26. Januar 2001

Art. 41 SchKG. – Grundpfandgesicherte Zinsen oder Annuitäten darf der Gläubiger auch auf dem Weg der ordentlichen Betreibung einfordern, ohne dass sich der Schuldner auf das beneficium excussionis realis berufen könnte (E. 1). Unter Annuitäten sind nur solche Kapitalabzahlungen zu verstehen, die mit dem Zins zu einer einheitlichen Summe zusammengefasst sind (E. 2b bb). Ein Verzicht auf die Einrede der Vorausverwertung ist nicht leichthin anzunehmen (E. 2c).

Aus den Erwägungen:

1. Für pfandgesicherte Forderungen wird nach Art. 41 Abs. 1 SchKG, auch gegen die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner, grundsätzlich die Betreibung durch Verwertung des Pfandes fortgesetzt. Wird für eine pfandgesicherte Forderung trotzdem Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eingeleitet, so kann der Schuldner mit Beschwerde verlangen, dass der Gläubiger vorerst das Pfand in Anspruch nehme (Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG). Sinn und Zweck dieses Privilegs der Vorausvollstreckung wird vom Bundesgericht in BGE 77 III 101 f. wie folgt umschrieben: «Dieses beneficium excussionis realis wird durch die Erwägung gerechtfertigt, dass der Schuldner die verpfändeten Vermögensstücke nicht frei verwerten kann, um sich die Mittel zur Zahlung seiner Schulden zu beschaffen, und folglich bei Durchführung der ordentlichen Betreibung unter Umständen die Pfändung und Verwertung anderer Gegenstände oder sogar den Konkurs über sich ergehen lassen müsste, selbst wenn die Schuld mit Hilfe des Pfandes hätte gedeckt werden können. Hierzu kommt, dass der Gläubiger das Pfand gerade zu dem Zweck erhalten hat, dass er bei Verzug sich daraus bezahlt machen kann. Deshalb darf ihm im Regelfall zugemutet werden, sich zunächst an das Pfand zu halten.» Für grundpfandgesicherte Zinsen oder Annuitäten kann gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung jedoch nach der Wahl des Gläubigers entweder die Pfandverwertung oder, je nach der Person des Schuldners, die Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs stattfinden.

2. a) Aus den beiden von der Gläubigerin eingereichten Kreditverträgen (Gegenbriefe) vom 17. und 18. September 1998 ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin zwei «Einmalbarkredite auf Roll-Over-Basis» in der Höhe von Fr. 6'760'000.- (auf CHF-Konto Nr. 0986-20701/01) bzw. Fr. 3'640'000.- (auf CHF-Konto Nr. 0986-20701/02) mit einer Laufzeit bis zum 15. bzw. 31. Oktober 2018 zur Verfügung gestellt wurden. Die beiden Kredite sind nebst weiteren Sicherheiten mit Grundpfandrechten (Inhaber-Schuldbriefe) gesichert. Für den Kredit von Fr. 3,64 Mio. ist sodann eine halbjährliche Kapitalrate von Fr. 91'000.-, fällig jeweils am 31. März und 30. September, vereinbart. Der Zinssatz bestimmt sich in einer näher umschriebenen Weise grundsätzlich nach dem LIBOR zuzüglich 1% p.a.

b) Es ist unbestritten, dass die beiden Kredite u.a. auch grundpfändlich gesichert sind. Die Gläubigerin macht nun geltend, der von ihr in Betreibung gesetzte Betrag von Fr. 275'384.35 setze sich zusammen aus einer sol-

chen Halbjahres-Abzahlungsrate von Fr. 91'000.- und den reinen Zinsen von insgesamt Fr. 184'384.35. Die Kapitalforderungen als solche seien (noch) nicht in Betreuung gesetzt worden.

aa) Die Beschwerdeführerin hat diese Darstellung nicht bestritten. Was mithin die Zinsforderung angeht, kann sich die Beschwerdeführerin zum vornherein nicht auf das *beneficium excussionis realis* berufen. Die Gläubigerin hat die freie Wahl, ob sie Betreuung auf Pfandverwertung oder eine ordentliche Betreuung einleiten will; nur ist sie an die einmal getroffene Wahl dann gebunden (BGE 97 III 51 E. 1 mit Hinweis auf BGE 61 III 70/71).

bb) Anders verhält es sich mit der ebenfalls in Betreuung gesetzten halbjährlichen Kapitalrate von Fr. 91'000.-. Der Begriff der Annuität gemäss Art. 41 Abs. 2 SchKG ist enger zu fassen als derjenige des ZGB, wie etwa gemäss Art. 862 und 874 (Domenico Acocella, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Basel/Genf/München 1998, N 38 zu Art. 41). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Annuitäten im Sinne dieser Bestimmung nicht irgendwelche periodisch zu leistende Kapitalraten, sondern nur solche, die, wie bei der Amortisationshypothek, in Form eines Zinszuschlages zu entrichten, also mit dem Zins zu einer einheitlichen, zumeist gleichbleibenden Summe zusammengefasst sind, wobei sich die in jeder Zahlung enthaltene, von Jahr zu Jahr anwachsende Kapitalrate anhand der bisherigen Abzahlungen und des Zinssatzes ermitteln lässt. Annuitäten sind also nur solche Kapitalabzahlungen, die mit dem Zins zu einer einheitlichen Summe zusammengefasst sind. Annuitäten im weiteren Sinne in Form von gewöhnlichen, vom Zins getrennten Kapitalabzahlungen fallen nicht darunter, auch wenn sie periodisch zu erfolgen haben (Domenico Acocella, a.a.O., N 38 zu Art. 41). Im vorliegenden Fall sind diese halbjährlichen Kapitalraten vertraglich vom Zins getrennt und auf andere Termine als die Zinsen zu leisten. Sie sind denn auch nicht mit dem Zins zu einer einheitlichen Summe vereinigt (BGE 63 III 125). Sie stellen mithin offensichtlich keine solche Annuitäten i.S. der Rechtsprechung dar. Die Gläubigerin kann sich daher insoweit nicht auf das Wahlrecht gemäss Art. 41 Abs. 2 SchKG berufen, und die Beschwerdeführerin kann sie auf die Pfandverwertungsbetreibung verweisen.

c) Die Gläubigerin hält der Einrede der Beschwerdeführerin sodann entgegen, dass diese implizite auf das *beneficium excussionis realis* verzichtet habe. Das ergebe sich daraus, dass neben den Grundpfandsicherheiten zahlreiche weitere Sicherheiten, so Abtretung von Mietzinsforderungen, Abtretung von Ansprüchen aus der Mietzinsversicherung, Abtretung von Ansprüchen aus Versicherungsvertrag, Begebung diverser Wechsel, vereinbart worden seien.

Richtig ist, dass es den Parteien frei steht, das Recht auf Vorausvollstreckung zum Voraus vertraglich auszuschliessen (BGE 97 III 50; 84 III 69 f.). Der Schuldner kann sich nicht auf das *beneficium excussionis realis* berufen,

wenn er auf die Einrede nach Art. 41 Abs. 1 SchKG verzichtet hat, was auch im voraus, also vor Anhebung der Betreibung möglich ist. Ein solcher Verzicht ist zudem formfrei zulässig (Domenico Acocella, a.a.O., N 28 zu Art. 41). Wie erwähnt, stellt das beneficium excussionis realis ein Privileg des Schuldners dar, das dadurch gerechtfertigt wird, dass der Schuldner die verpfändeten Vermögensgegenstände nicht frei verwerten kann, um sich die Mittel zur Zahlung seiner Betreibung zu verschaffen. Der Gläubiger hat das Pfand aber gerade zu dem Zweck erhalten, dass er sich beim Verzug des Schuldners daraus bezahlt machen kann, weshalb ihm regelmässig zugemutet werden kann, sich zunächst an das Pfand zu halten. Ein Verzicht auf das beneficium excussionis realis ist mithin nicht leichthin anzunehmen. Aus der Tatsache allein, dass für die in Frage stehenden Schulden neben der Grundpfandsicherheit noch weitere Sicherheiten haften, lässt sich ein konkludenter Verzicht auf die Einrede der Vorausverwertung nach Art. 41 SchKG nicht herleiten.

3. Aufgrund des Gesagten muss die Berufung der Beschwerdeführerin auf das beneficium excussionis realis daher insoweit zugelassen werden, als die Gläubigerin mit der vorliegenden ordentlichen Betreibung auch eine Kapitalrate fordert. Insoweit ist die Betreibung aufzuheben. Die Gläubigerin wird für diese Forderung die Betreibung auf Pfandverwertung am Ort des verpfändeten Grundstückes einzuleiten haben (Art. 51 Abs. 2 SchKG). Nichts spricht indes dagegen, dass die ordentliche Betreibung für die Zinsforderungen aufrecht bleibt, obwohl die Beschwerdegegnerin die Vollstreckung der Kapital- und Zinsforderungen gleichzeitig mit einer einzigen Betreibung eingeleitet hat. Die Betreibung für die Zinsen kann daher gleichwohl auf dem ordentlichen Wege fortgesetzt werden (BGE 97 III 49).

Justizkommission als AB SchKG, 6. April 2001

Art. 80 SchKG; Art. 26 ff. und 31 ff. LugÜ. – Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils. Weder beim selbständigen Exequatursentscheid nach Art. 31 ff. LugÜ noch beim inzidenten Entscheid über die Anerkenbarkeit gemäss Art. 26–30 LugÜ wird – im Gegensatz zur Rechtslage bei einem inländischen Urteil – vorausgesetzt, dass das ausländische Urteil in formelle Rechtskraft erwachen ist (E. 2). Voraussetzungen für die Sistierung eines Entscheides nach Art. 30 Abs. 1 bzw. 38 Abs. 1 LugÜ (E. 3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die T. in Liq. stellte beim Kantonsgerichtspräsidium Zug ein Gesuch um Vollstreckbarerklärung eines – noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsenen – italienischen Urteils und um definitive Rechtsöffnung in der Betrei-

bung Nr. ... des Betreibungsamtes X. gegen die S. AG für Fr. 586'556.50 nebst Zins und Betreuungskosten. Die S. AG widersetzte sich diesen Begehren und beantragte, das Verfahren sei bis zum Vorliegen des Entscheides des italienischen Appellationsgerichts auszusetzen. Der Rechtsöffnungsrichter wies das Sistierungsgesuch der S. AG ab und erteilte der T. in Liq. definitive Rechtsöffnung für Fr. 584'030.10 nebst Zins. Hiergegen erhob die S. AG in Liq. Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts und beantragte, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und das Verfahren zur Durchführung des vollständigen Rechtsöffnungs- und Vollstreckungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und das Beschwerdeverfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides des zwischen den Parteien in Italien hängigen Verfahrens zu sistieren; subeventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und keine Rechtsöffnung zu erteilen.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Vorinstanz habe zu Unrecht definitive Rechtsöffnung erteilt. Für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung gemäss Art. 80 SchKG werde nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ein vollstreckbares und formell rechtskräftiges Urteil, d.h. ein Urteil, das nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden könne, vorausgesetzt. Es treffe zwar zu, dass jeder in einem Lugano-Vertragsstaat von einem Gericht erlassene Entscheid gemäss LugÜ vollstreckbar sei, wobei die formelle Rechtskraft – im Gegensatz zur Rechtslage bei einem inländischen Urteil – keine Voraussetzung darstelle. Vorliegend handle es sich aber eben gerade nicht um eine Vollstreckung nach LugÜ, sondern lediglich um eine inzidente Anerkennung eines ausländischen Entscheides nach Art. 26–30 LugÜ. Wie die Justizkommission in ihrem Entscheid vom 9. Februar 2001 festgehalten habe, könne der Gläubiger zwischen dem LugÜ- und dem SchKG-Vollstreckungsverfahren wählen. Wähle er die Vollstreckung nach SchKG, seien die Voraussetzungen, welche das SchKG für eine Zwangsvollstreckung aufstelle, zu erfüllen. Aus diesem Grunde stelle die formelle Rechtskraft des ausländischen Entscheides im vorliegenden Fall eine Voraussetzung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung dar. Insofern sei das erwähnte Urteil der Justizkommission ungenau, wonach für die Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Entscheidung lediglich deren Vollstreckbarkeit im Ursprungsstaat vorausgesetzt werde. Die Vollstreckbarkeit des Entscheides im Ursprungsstaat genüge nur für den Fall, dass der Gläubiger die Vollstreckung nach LugÜ wähle, nicht aber bei einer Vollstreckung nach SchKG. Dass die formelle Rechtskraft im vorliegenden Fall Voraussetzung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung sei, rechtfertige sich aber auch aufgrund der Tatsache, dass für die LugÜ-Anerkennung (Art. 26–30 LugÜ) keine parallele Bestimmung gemäss Art. 38 Abs. 3 LugÜ (für die LugÜ-Vollstreckung) bestehe, wonach der Schuldner bis zur formellen Rechtskraft der zu vollstreckenden Entscheidung Sicherungsmassnahmen

verlangen könne. Durch diese Bestimmung werde der Schuldner geschützt, indem gegen ihn nur unter Anordnung von Sicherungsmassnahmen vollstreckt werden könne, sofern im Ursprungsstaat ein ordentliches Rechtsmittel eingelegt worden sei. Gemäss den Bestimmungen der Anerkennung (Art. 26–30 LugÜ), die vorliegend zur Anwendung kämen, komme der Schuldner hingegen nicht in den Genuss eines solchen Schutzes. Deshalb rechtfertige es sich, dass nur formell rechtskräftige Entscheide nach SchKG vollstreckt würden, unabhängig davon, ob es sich dabei um in- oder ausländische Entscheide handle, ansonsten wäre der Schuldner jedes Mal schlechter gestellt, wenn der Gläubiger eine Vollstreckung nach SchKG anstatt nach LugÜ wählen würde. Demzufolge sei die formelle Rechtskraft des italienischen Entscheides Voraussetzung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung, weshalb die Verfügung des Rechtsöffnungsrichters aufzuheben sei.

a) Wird ein ausländischer Entscheid in der Schweiz für vollstreckbar erklärt, bildet er Grundlage für eine Zwangsvollstreckung in der Schweiz, wie wenn ein entsprechender schweizerischer Vollstreckungstitel vorläge (Schwander, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, Referat an der Tagung vom 3. November 1995 im Casino in Luzern, S. 1; Volken, Die bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen vorzulegenden Unterlagen, Referat an der Tagung vom 3. November 1995 im Casino Luzern, S. 4, Ziff. 10.2). Die besondere Wirkung des Exequatur (Vollstreckbarerklärung) besteht darin, dass dem ausländischen Entscheid zusätzlich die Vollstreckbarkeit nach dem Zwangsvollstreckungsrecht des Zweitstaates verliehen wird. Ein ausländisches Leistungsurteil auf Geld oder Sicherheit in Geld wird also durch das Exequatur zu einem definitiven Rechtsöffnungstitel des SchKG gemacht (Schwander, a.a.O., S. 14).

b) Wie die Justizkommission bereits in ihrem Entscheid vom 9. Februar 2001 ausgeführt hat, stehen dem Gläubiger nach dem Lugano-Übereinkommen zwei Wege zur Durchsetzung seiner Geldforderung offen: Entweder beantragt er vorgängig einer Betreibung die Vollstreckbarerklärung im kantonalen Exequaturverfahren (Art. 31 ff. LugÜ), oder er leitet die Betreibung ein und beantragt zusammen mit der Rechtsöffnung die Zulassung der Entscheidung zur Zwangsvollstreckung, so dass ein inzidentes Anerkennungsverfahren zur Anwendung gelangt (Art. 26–30 LugÜ). Wählt der Gläubiger zur Durchsetzung seines Anspruchs das Rechtsöffnungsverfahren, liegt kein «Lugano-Verfahren» vor, sondern lediglich eine inzidente Entscheidung über die Anerkennbarkeit gemäss materiellem Anerkennungsrecht des Lugano-Übereinkommens. Die normalen autonomen Verfahrensvorschriften gelangen zur Anwendung (Stoffel, Das Verfahren zur Anerkennung handelsrechtlicher Entscheide, in: SZW 1993, S. 115; BLSchK 61 [1997], S. 64). Dies bedeutet, dass nicht die für den Gläubiger vorteilhafteren Verfahrensbestimmungen gemäss Art. 31 ff. LugÜ, sondern jene der Rechtsöffnung zur Anwendung kommen (vgl. BGE 125 III 386 ff., ZBJV 137 [2001], S. 327). Das Verfahren nimmt seinen gewöhnlichen Verlauf nach SchKG (Kellerhals,

Umsetzung des Lugano-Übereinkommens ins kantonale Recht, in: ZBJV 1992, S. 86). Insofern – also nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht – verzichtet demnach der Gläubiger mit der Wahl des Rechtsöffnungsverfahrens auf die Vorteile, die ihm die Art. 31 ff. LugÜ gewähren (vgl. Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2. A., Bern 1998, S. 431, mit Hinweisen). In materieller Hinsicht hingegen, bezüglich der Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils, besteht im Geltungsbereich des LugÜ kein Unterschied, ob der Gläubiger vor der Betreibung ein selbstständiges Exequaturverfahren anstrengt, oder ob er direkt die Betreibung einleitet und die Exequaturbedingungen im Rahmen der Rechtsöffnung geprüft werden. Weder beim selbständigen Exequaturentscheid nach Art. 31 ff. LugÜ noch beim inzidenten Entscheid über die Anerkenbarkeit gemäss Art. 26–30 LugÜ wird – im Gegensatz zur Rechtslage bei einem inländischen Urteil – vorausgesetzt, dass das (ausländische) Urteil in formelle Rechtskraft erwachsen ist. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies denn auch zu Recht nicht in Bezug auf den selbständigen Exequaturentscheid. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gilt dies aber auch beim inzidenten Entscheid über die Anerkenbarkeit im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens. Das Erfordernis, dass die Entscheidung endgültig oder gar rechtskräftig sein muss, wurde im Geltungsbereich des LugÜ bewusst nicht aufgestellt. Deshalb können auch vorläufig vollstreckbare Urteile anerkannt und vollstreckt werden (Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. A., Heidelberg 1998, N 22 zu Art. 25 LugÜ). Daran vermag nichts zu ändern, dass im vorliegenden Fall der strittige Entscheid über die inzidente Anerkenbarkeit im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens nach SchKG erfolgte. Zwar wird im innerschweizerischen Recht, wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemerkt, nach herrschender Lehre und Rechtsprechung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung gemäss Art. 80 SchKG vorausgesetzt, dass der betreffende Entscheid in formelle Rechtskraft erwachsen ist. Dies gilt indes nur für inländische Urteile. Bei ausländischen Urteilen, die in den Anwendungsbereich des LugÜ fallen, gehen hingegen die materiellen Anerkennungs Voraussetzungen des LugÜ vor, weshalb es genügt, wenn das Urteil in dem Staat, in dem es ergangen ist, vollstreckbar ist. Dies führt zweifelsohne zur Vorzugsbehandlung jener Schuldner, die im Inland beklagt werden. Man kann sich daher fragen, ob nicht auch in der Schweiz die Schaffung einer Möglichkeit der provisorischen Vollstreckung nicht rechtskräftiger Urteile in Betracht zu ziehen wäre (vgl. Siegenthaler, Für eine vorläufige Vollstreckung nicht rechtskräftiger Urteile betreffend Geldforderungen – ein Diskussionsbeitrag, in: AJP 2000, S. 174 f.). Diese Frage muss jedoch vorliegend nicht entschieden werden. Schliesslich kann auch der Einwand der Beschwerdeführerin, der Schuldner komme beim inzidenten Anerkennungsverfahren nicht in den Genuss von Sicherungsmassnahmen, nicht gehört werden. Aus den Akten geht hervor, dass das Appellationsgericht in B. offenbar den Liquidator der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 11. Mai 2000 zur Rückstellung streitiger Beträge verpflichtet hat. Damit wurde sichergestellt,

dass bis zum formell rechtskräftigen Entscheid im italienischen Gerichtsverfahren keine Ausschüttungen an die Aktionäre der Beschwerdegegnerin erfolgen werden. Insofern ist die Beschwerdeführerin nicht schlechter gestellt, als wenn die Beschwerdegegnerin das selbständige Exequaturverfahren gemäss Art. 31 ff. LugÜ gewählt und die Beschwerdeführerin als Schuldnerin Sicherungsmassnahmen nach Art. 38 Abs. 3 LugÜ verlangt hätte.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die formelle Rechtskraft des Urteils des Tribunale di C. vom 2. Oktober 1997 keine Voraussetzung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung ist.

3. Die Beschwerdeführerin ist im Weiteren der Ansicht, das vorliegende Verfahren sei bis zum endgültigen Entscheid der Gerichte in Italien zu sistieren. Aus der Berufungsschrift an das Appellationsgericht in B. vom 29. Oktober 1999 gehe hervor, dass das erstinstanzliche Urteil in Italien nicht nur falsch, sondern auch aktenwidrig sei. Unhaltbar sei insbesondere die Behauptung des vorinstanzlichen Gerichts, dass der Lieferung der Beschwerdeführerin nur ein Wert von FF 6'483'750.- zugerechnet werden solle; denn sie (die Beschwerdeführerin) habe ihrem Lieferanten selber FF 10'650'000.- bezahlen müssen. Ebenso unhaltbar sei es, wenn das erstinstanzliche Gericht den allgemein bekannten Umstand vernachlässige, dass ein Händler die Waren nie zum vom Hersteller verrechneten Preis weiterverkaufen könne, sondern eine Marge zur Deckung der Unkosten und zur Erzielung eines Gewinns auf den Herstellerpreis schlagen müsse. Schliesslich sei im erstinstanzlichen Urteil vollständig vernachlässigt worden, dass mit der Lieferung der Anlage auch deren Installation vereinbart worden sei, wofür eine zusätzliche Entschädigung geschuldet gewesen sei. Entsprechend hoch sei die Wahrscheinlichkeit, dass das Berufungsgericht in B. das zur Vollstreckung eingereichte Urteil des Tribunale di C. aufheben oder zumindest abändern werde. Dies gelte um so mehr, als das erstinstanzliche Urteil zu Unrecht die bei der Staatsanwaltschaft M. eingereichte Strafanzeige gegen R.B., M.B. und P.B. (Mitglied des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin) als Beweismittel für die Begründung ihres Entscheides berücksichtigt habe. Die Strafanzeige sei nämlich zwei Jahre nach der besagten Lieferung und sogar nach Zustellung des Zahlungsbefehls erstattet worden und habe nur dem Zwecke der Einsprache gedient. Mit Urteil vom 8. November 2000 sei denn auch das Strafverfahren gegen die genannten Personen eingestellt worden. Da die Strafanzeige eine wichtige Stellung in der Argumentation der italienischen Vorinstanz einnehme, sei damit zu rechnen, dass die Berufung gutgeheissen werde. Vor diesem Hintergrund müsse andererseits das Risiko der Beschwerdeführerin gesehen werden, den massgeblichen Betrag von Fr. 586'556.50 an die sich in Liquidation befindliche Beschwerdegegnerin bezahlen zu müssen. Eine Rückzahlung des zu leistenden Betrages nach Erlass eines neuen, revidierten Urteils in Italien wäre daher höchst gefährdet. Aus all diesen Gründen überwiege das Interesse der Beschwerdeführerin an der Aussetzung des Anerkennungsverfahrens dasjenige der Beschwerdegegnerin

auf Anerkennung und Vollstreckung der angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung, weshalb das vorliegende Verfahren bis zum endgültigen Entscheid in Italien zu sistieren sei.

a) Gemäss Art. 30 Abs. 1 LugÜ kann das Gericht eines Vertragsstaates, in dem die Anerkennung einer in einem anderen Vertragsstaat ergangenen Entscheidung geltend gemacht wird, das Verfahren aussetzen, wenn gegen die Entscheidung ein ordentlicher Rechtsbehelf eingelegt worden ist. Entsprechendes gilt nach Art. 38 LugÜ für die Vollstreckung eines in einem anderen Vertragsstaat ergangenen Urteils (vgl. SZIER 1/96, S. 120 f.). Ob es zu einer solchen Aussetzung kommt, liegt im Ermessen des Gerichts, das zwischen den divergierenden Parteiinteressen abzuwägen hat. Das Verfahren ist grundsätzlich nur auszusetzen, wenn mit einem Erfolg des im Erststaat eingelegten ordentlichen Rechtsmittels gerechnet werden muss. Das Gericht darf bei seiner Entscheidung über die Aussetzung allein solche Gründe berücksichtigen, die der Schuldner vor dem Gericht des Ursprungsstaates noch nicht geltend machen konnte; dagegen können Gründe, die im Ursprungsstaat bereits unterbreitet wurden, schon wegen des Verbots der *révision au fond* (Art. 29 bzw. Art. 34 Abs. 3 LugÜ) nicht mehr berücksichtigt werden, und auch mit solchen Gründen, die im Urteilsstaat nicht vorgebracht wurden, aber hätten vorgebracht werden können, ist der Schuldner ausgeschlossen, weil sonst der durch das LugÜ erstrebte freie Urteilsverkehr zu stark eingeschränkt würde (Kropholler, a.a.O., N 5 zu Art. 30 LugÜ und N 5 zu Art. 38 LugÜ, mit Hinweisen; vgl. auch Walter, a.a.O., S. 422).

b) Die Justizkommission setzte sich bereits im Rahmen des Kostenent-scheides vom 9. Februar 2001 ausführlich mit den divergierenden Parteiinteressen auseinander und kam zum Schluss, dass die Rechtsöffnungsrichterin das Verfahren am 13. September und 23. Oktober 2000 wohl nicht mehr hätte sistieren dürfen. Damit stellte sie implizit fest, dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid, an der Sistierung festzuhalten bzw. das Verfahren erneut zu sistieren, in Überschreitung ihres richterlichen Ermessens gehandelt habe, weshalb die beiden Beschwerden – wenn sie nicht gegenstandslos geworden wären – hätten gutgeheissen werden müssen. An der damaligen Beurteilung der Sachlage ist festzuhalten. Das Appellationsgericht in B. hat mit der Ablehnung des Antrages der Beschwerdeführerin auf Suspendierung der Vollstreckung des Entscheides klar zum Ausdruck gebracht, dass es die Erfolgchancen des eingelegten Rechtsbehelfs als gering einstuft. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann daher keine Rede davon sein, dass das erstinstanzliche Urteil «offensichtlich unrichtig» oder «widersprüchlich» sei. Angesichts der Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Rückstellung der streitigen Geldsumme erscheint auch die von der Beschwerdeführerin behauptete Gefährdung allfälliger zukünftiger Gläubigerinteressen als wenig wahrscheinlich. Seit dem Entscheid der Justizkommission vom 9. Februar 2001 hat sich die Interessenlage der Parteien nicht verändert. Neu bringt die Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Antrages auf Sistierung des Ver-

fahrens einzig vor, das Tribunale Ordinario di M. habe am 8. November 2000 im Strafverfahren gegen R.B., M.B. und P.B. einen Nichteintretensentscheid gefällt, womit ein entscheidendes Beweismittel des erstinstanzlichen Urteils weggefallen sei. Mit diesem Einwand kann die Beschwerdeführerin indes im Rechtsmittelverfahren nicht mehr gehört werden. Gemäss §212 i.V.m. §205 ZPO sind neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel im Beschwerdeverfahren nur zulässig, wenn eine Partei wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht habe anrufen können. Die Beschwerdeführerin hat mit keinen Wort dargetan, und es ist denn auch sonst nicht ersichtlich, weshalb sie diese Bestreitungen und Behauptungen nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorbringen können, geht doch aus den Akten hervor, dass der vormalige Verwaltungsrat und Aktionär der Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 9. November 2000 über diesen Entscheid orientiert worden war. Ihr Einwand – selbst wenn er gehört werden könnte – wäre aber auch nicht dazu angetan, den vorinstanzlichen Entscheid zu Fall zu bringen, hat sie doch nicht glaubhaft dargelegt, dass die zivile Berufungsinstanz in B. an den Entscheid des Strafgerichts M. gebunden ist. Schliesslich ist zu beachten, dass in der Zwischenzeit offenbar die Urteilsverhandlung im italienischen Berufungsverfahren auf den 4. Dezember 2002 angesetzt wurde. Mit dem zweitinstanzlichen Entscheid in Italien ist somit erst in rund 18 Monaten zu rechnen. Da es auch im bisherigen Verlauf des Berufungsverfahrens immer wieder zu Verzögerungen kam und nach dem Entscheid des Appellationsgerichts in B. möglicherweise noch eine weitere Instanz angerufen wird, ist es ungewiss, wann mit einem formell rechtskräftigen Entscheid in Italien gerechnet werden darf. Unter all diesen Umständen fällt eine weitere Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des italienischen Gerichtsverfahrens ausser Betracht.

Justizkommission, 29. Juni 2001; eine von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 13. September 2001 ab.

Art. 174 Abs. 2 SchKG. – Eine erst nach Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld, also einschliesslich sämtlicher Kosten und Zinsen, kann nur berücksichtigt werden, wenn das innerhalb der Rechtsmittelfrist geschehen ist. Frage offen gelassen, ob es zulässig wäre dem Schuldner eine Nachfrist im Rechtsmittelverfahren anzusetzen, wenn einzig die Gerichtskosten des Konkurseröffnungsverfahrens nicht beglichen worden sind.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann das obere Gericht, an das der Entscheid des Konkursgerichtes innert 10 Tagen nach seiner Eröffnung weitergezogen wird, die Konkurseröffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen entweder die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt, der geschuldete Betrag beim oberen Gericht hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet.

b) Der Beschwerdeführer behauptet in seiner Beschwerde, den Beschwerdegegner mittlerweile vollumfänglich befriedigt zu haben. Aus dem von ihm vorgelegten Posteinzahlungsschein ergibt sich indes, dass er am 30. November 2000 auf das Postcheck-Konto des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin den Betrag von Fr. 2983.75 einbezahlt hat. Er hat damit zwar den Nachweis geleistet, dass er die in Betreuung gesetzte Forderung inkl. Zinsen und aufgelaufene Betriebskosten innerhalb der Beschwerdefrist bezahlt hat, nicht aber, dass er auch die von der Beschwerdegegnerin erlegten gerichtlichen Kosten für das Konkurseröffnungsverfahren beglichen hat. Nach konstanter Rechtsprechung ist aber die gesamte Schuld, d.h. inkl. sämtlicher Kosten, innerhalb der Rechtsmittelfrist zu begleichen, um Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG zu genügen. Nachdem die Beschwerdegegnerin zur Beschwerde keine Stellung genommen hat, und damit insbesondere auch nicht erklärt hat, dass ihre Forderung durch die Zahlung des Beschwerdeführers vom 30. November 2000 vollumfänglich getilgt sei, fehlt es bereits am gesetzlichen Erfordernis der vollumfänglichen Tilgung der Schuld gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, um die Konkurseröffnung aufzuheben. Nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung kann nämlich eine erst nach Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld, also einschliesslich sämtlicher Kosten und Zinsen, nur berücksichtigt werden, wenn das innerhalb der Rechtsmittelfrist geschehen ist. Es ist grundsätzlich daher auch nicht angängig, dem Schuldner hiefür etwa noch eine Nachfrist im Rechtsmittelverfahren anzusetzen. Ob dies allenfalls zulässig wäre, wenn es sich einzig um die Gerichtskosten des Konkurseröffnungsverfahrens handelt, wie das hier zutrifft, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da es – wie nachfolgend zu zeigen ist – ohnehin auch an der weiteren Voraussetzung der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit mangelt.

Justizkommission, 8. Januar 2001

Art. 293 ff. SchKG. – Die Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung im einvernehmlichen privaten Schuldbereinigungsverfahren schliesst nicht aus, dass im nachfolgenden Nachlassstundungsverfahren eine neuerliche Stundung gewährt werden kann (E. 1). Die Bewilligung der Nachlassstundung setzt materiell voraus, dass Aussicht auf das Zustandekommen eines Nachlassvertrages besteht (E. 2). Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Wahrung des Instanzenzuges (E. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin wendet sich zunächst gegen die Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach eine Nachlassstundung zum vorneherein nicht mehr gewährt werden könne, wenn – wie im vorliegenden Fall – die nach Art. 295 Abs. 1 SchKG mögliche, erste Höchstdauer der Nachlassstundung durch die Dauer der Stundung im Schuldbereinigungsverfahren bereits ausgeschöpft worden sei.

a) Ein Schuldner – unterliege er der Konkursbetreibung oder nicht –, der einen Nachlassvertrag erlangen will, muss dem Nachlassrichter ein begründetes Gesuch und den Entwurf eines Nachlassvertrages einreichen. Er hat dem Gesuch eine Bilanz und eine Betriebsrechnung oder entsprechende Unterlagen beizulegen, aus denen seine Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage ersichtlich ist, sowie ein Verzeichnis seiner Geschäftsbücher wenn er verpflichtet ist, solche zu führen (Art. 293 Abs. 1 SchKG). Besteht Aussicht auf einen Nachlassvertrag, so gewährt der Nachlassrichter dem Schuldner gemäss Art. 295 Abs. 1 SchKG die Nachlassstundung für vier bis sechs Monate und ernennt einen oder mehrere Sachwalter. Auf Antrag des Sachwalters kann die Stundung auf zwölf, in besonderes komplexen Fällen auf höchstens 24 Monate verlängert werden, wobei bei einer Verlängerung über zwölf Monate hinaus die Gläubiger anzuhören sind (Art. 295 Abs. 4 SchKG).

Ein Schuldner, der nicht der Konkursbetreibung unterliegt, kann gemäss Art. 333 Abs. 1 SchKG beim Nachlassrichter auch die Durchführung einer einvernehmlichen privaten Schuldbereinigung beantragen. Erscheint eine Schuldbereinigung mit den Gläubigern nicht von vornherein als abgeschlossen, und sind die Kosten des Verfahrens sichergestellt, so gewährt der Nachlassrichter dem Schuldner eine Stundung von höchstens drei Monaten und ernennt einen Sachwalter. Diese Stundung kann auf Antrag des Sachwalters auf höchstens sechs Monate verlängert werden (Abs. 2). Die Stundungsbewilligung hat die Sistierung von laufenden Pfändungen, insbesondere der Einkommenspfändung zur Folge (Dominik Gasser, Das neue Sanierungsverfahren, in: BLSchK 1993, S. 216). Sie soll also Gewähr dafür bieten, dass der Schuldner in Ruhe (ohne Betreibungsdruck) mit seinen Gläubigern zu einem Einvernehmen gelangen kann. Misslingt die Einigung mit den Gläubigern auf dieser privaten Ebene, so bleibt dem Schuldner nichts anderes übrig als die Insolvenzerklärung (Art. 191 SchKG) oder das gerichtliche

Nachlassverfahren (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 57 N 6 und 9). Ist die private Schuldenbereinigung erfolglos, kann also der Schuldner noch einen ordentlichen Nachlassvertrag beantragen. Ein solcher Fall wird indessen selten eintreten, weil beim Scheitern eines aussergerichtlichen Nachlassvertrages auch die Erfolglosigkeit eines gerichtlichen Nachlassvertrages indiziert ist. Die Überführung des Verfahrens nach Art. 333 ff. SchKG in ein solches nach Art. 293 ff. SchKG ist aber grundsätzlich möglich, da letzteres nicht auf Personen beschränkt ist, die im Handelsregister eingetragen sind, sondern – wie bereits erwähnt – für alle offen steht. In diesem Sinne sind Fälle denkbar, bei welchen das Scheitern der privaten Schuldenbereinigung auf der unflexiblen Haltung einiger weniger Gläubiger beruht, die bei einem gerichtlichen Nachlassvertrag in den Zwangsvergleich eingebunden worden wären (Alexander Brunner, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band III, Basel/Genf/München 1998, N 3 und 5 zu Art. 336). Die Überführung kann aber nur auf ausdrücklichen Schuldnerantrag auf Stundung gemäss Art. 293 SchKG erfolgen.

Nach Art. 336 SchKG wird die Dauer der im Rahmen einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung gewährten Stundung auf die Dauer der Nachlassstundung angerechnet. Auch daraus wird klar, dass das Institut der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung, das durch die Revision des SchKG von 1994 eingeführt wurde, ein nachfolgendes Nachlassverfahren und damit eine Nachlassstundung nicht ausschliesst. Die Bestimmung von Art. 336 SchKG bezweckt den Schutz der Gläubiger, die durch eine private Schuldenbereinigung mit nachfolgendem Nachlassverfahren nicht über Gebühr hingehalten werden sollen (Alexander Brunner, a.a.O., N 1 zu Art. 336). Wurde im einvernehmlichen Schuldenbereinigungsverfahren bereits die Höchstdauer der Stundung ausgeschöpft, hindert aber nichts daran, im nachfolgenden Nachlassstundungsverfahren eine neuerliche Stundung zu gewähren, sofern ein entsprechender Antrag des Sachwalters vorliegt (Art. 295 Abs. 4 SchKG). Es ist in diesem Falle aber so zu halten, wie wenn die erste Stundungsbewilligung im Sinne von Art. 295 Abs. 1 SchKG bereits konsumiert worden wäre.

b) Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin rechtzeitig ein Nachlassstundungsgesuch im Sinne von Art. 293 SchKG eingereicht und der Sachwalter hat dieses unterstützt. Damit steht aber einer Bewilligung der Nachlassstundung unter diesem Gesichtspunkt nichts entgegen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkte als begründet.

2. Der Nachlassrichter hat das Gesuch um Nachlassstundung darüber hinaus auch deshalb abgelehnt, weil er das Zustandekommen eines Nachlassvertrages aus mehreren Gründen als aussichtslos beurteilte.

a) Die Vorinstanz hält vorweg zutreffend fest, dass aufgrund des Schlussberichtes des Sachwalters im Schuldenbereinigungsverfahren für eine Annahme des Nachlassvertrages durch die Gläubiger ein Quorum von 21 Kopf-

stimmen und ein Forderungssummenmehr von Fr. 136'607.- oder ein Quorum von 11 Kopfstimmen und ein Forderungssummenmehr von Fr. 153'683.- erforderlich wäre (Art. 305 Abs. 1 SchKG). Er kommt dann zum Schluss, dass aufgrund des bisherigen Verhaltens der Eltern der Beschwerdeführerin (Anspruch auf vollständige Tilgung der Darlehensschuld von Fr. 64'693.20) deren Zustimmung zum vorgeschlagenen Nachlassvertrag ausgeschlossen werden müsse.

Diese Einschätzung ist nun aber nicht zwingend. In der Tat bestanden die Eltern der Beschwerdeführerin im vorausgehenden Schuldenbereinigerungsverfahren zwar noch auf einer vollständigen Tilgung ihrer Darlehensforderung von Fr. 64'693.20. Die Beschwerdeführerin weist aber zu Recht darauf hin, dass ihre Eltern damals im Gegenzuge eine Sicherstellung angeboten hätten, sodass sie, die Beschwerdeführerin, bei einer Bank ein Darlehen zur direkten Auszahlung der vorgeschlagenen Nachlassdividende hätte erhalten können. Die Beschwerdeführerin hatte, wie sie richtig erwähnt, bereits im vorinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass eine solche Sicherstellung im Nachlassverfahren nicht mehr durch ihre Eltern in Frage kommen könne, wenn diese ebenfalls dem Nachlassvertrag zustimmen sollen. Im Beschwerdeverfahren hat nun die Beschwerdeführerin eine Erklärung ihrer Eltern vom 9. November 2000 beigebracht, wonach diese das Zustandekommen des beabsichtigten Nachlassvertrages nicht verhindern und dem vorgeschlagenen Forderungsnachlass von 80% zustimmen würden. Zwar handelt es sich dabei um ein Novum, das gemäss §212 in Verbindung mit §205 ZPO grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden könnte. Die Beschwerdeführerin macht indes mit Recht geltend, dass nach Art. 294 Abs. 1 SchKG dem Entscheid über die Nachlassstundung eine mündliche Anhörung hätte vorgehen müssen, was nicht geschehen ist. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die vorerwähnte Erklärung im Beschwerdeverfahren noch zu berücksichtigen. Damit ist aber dem Argument des Nachlassrichters die Grundlage ohne weiteres entzogen.

b) Die Vorinstanz bezweifelt sodann, dass die Beschwerdeführerin ihre Möglichkeiten zur Befriedigung der Gläubiger genügend ausschöpfe und mithin die angebotene Summe im Sinne von Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG angemessen sei, weshalb unter dem Blickwinkel der zitierten Gesetzesbestimmung nicht mit einer Bestätigung des Nachlassvertrages durch den Nachlassrichter gerechnet werden könne. Er hält deshalb auch aus diesem Grunde die Aussicht auf einen Nachlassvertrag (Art. 295 Abs. 1 SchKG) für nicht gegeben.

Man kann sich fragen, ob eine solche Beurteilung bereits beim Stundungsentscheid einfließen darf, ist doch nicht völlig ausgeschlossen, dass ein ursprüngliches Angebot im Laufe der Stundung allenfalls aufgrund eingetretener Veränderungen der Verhältnisse verbessert werden könnte. Es handelt sich denn auch in diesem Stadium des Verfahrens erst um einen Entwurf des Nachlassvertrages, dessen allfällige Mängel durchaus während der Stundung

noch beseitigt werden könnten. Jedenfalls sollte nur in eindeutigen Fällen eine solche vorgezogene Beurteilung bereits die Stundung zum Scheitern bringen können. Die Frage kann hier indes dahingestellt bleiben. Mit Recht macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sie an der mündlichen Verhandlung, die unter Verletzung von Art. 294 SchKG nicht stattgefunden habe, Gelegenheit erhalten hätte, allfällige Zweifel über das Nachlassangebot zu beseitigen bzw. Entgegenkommen im Sinne der Vorstellungen des Gerichtes zu verwirklichen. Was die Beschwerdeführerin deshalb in ihrer Beschwerde nun neu vorbringt, muss trotz des an sich geltenden Novenverbotes (§212 i.V.m. §205 ZPO) gehört werden. So hält sie der Feststellung der Vorinstanz, wonach ihrem Nachlassstundungsgesuch keine Hinweise auf in der Zwischenzeit geäußerte Ersparnisse entnommen werden könnten, obschon solche nach dem ersten Bericht des Sachwalters während des Schuldenbereinungsverfahrens im Umfange von Fr. 6000.- möglich sein sollten, entgegen, dass sie in den letzten sechs Monaten über Fr. 13'000.- zur Tilgung des Kontouberzuges auf ihrem Lohnkonto verwendet habe. Die Beschwerdeführerin legt zwar für diese Behauptung keinerlei Belege ins Recht, indes widerspricht auch der Sachwalter dieser Darstellung in seiner Vernehmlassung nicht. Die Beschwerdeführerin räumt dabei auch ein, dass dieses Vorgehen problematisch war, weist aber darauf hin, dass daraus immerhin entnommen werden könne, dass sie die ihr zur Verfügung gestandene Budgetreserve nicht leichtsinnig ausgegeben habe. Sie stimmt auf der anderen Seite der Vorinstanz insofern zu, dass man von ihr durchaus verlangen könne, dass sie nicht monatlich für ihre Ausbildung Fr. 660.- und nicht noch monatlich an ihre Eltern Darlehenszinsen von Fr. 250.- zahle, sondern die Budgetreserve zur Befriedigung der Gläubiger einsetzen müsse. Sie erklärte, dass sie die damals noch vorgesehene, kostspielige Ausbildung vor allem wegen ihrer finanziellen Probleme nicht aufgenommen habe, weshalb diese Budgetposition denn auch entfalle. Ebenso würden die erwähnten Darlehenszinsen entfallen, wenn ihre Eltern dem Nachlassvertrag zustimmen würden. Sie könne somit tatsächlich mehr als die vorgesehenen Fr. 1000.- pro Monat an die Gläubiger abliefern, nicht zuletzt auch deshalb, weil sie zwischenzeitlich eine Lohnerhöhung erhalten habe. Sie sei nur der Ansicht, dass man sie nicht auf das betriebsamtliche Existenzminimum setzen dürfe, da dieses sehr tief angesetzt sei und die Gefahr in sich berge, dass die Sanierung eher scheitern könnte, sobald etwas Unvorhergesehenes eintreffe. Die Beschwerdeführerin präsentiert dann ein detailliertes Budget, das bei einem Nettoeinkommen von Fr. 6930.- für die Schuldenbereinigung Fr. 2200.- berücksichtigt. Sie hält dann dafür, dass sie damit in der Lage wäre, in 24 Monaten eine Nachlassdividende von 25% anzubieten.

Auch in diesem Punkte ist mit diesen Vorbringen der Argumentation der Vorinstanz die Grundlage nachträglich entzogen. In der Tat liegt das von der Beschwerdeführerin präsentierte Budget, abgesehen von den darin eingerechneten Rückstellungen von rund Fr. 800.- und den Steuern nur unwe-

sentlich über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum, das mittlerweile auf den 1. März 2001 aufgrund der neu erlassenen Richtlinien erhöht wurde. Die Beschwerdeführerin hat sodann am 2. Februar 2001 mitgeteilt, dass sie mittlerweile mit ihrem Freund zusammenlebe und damit die Miete geteilt werden könne. Damit erhöht sich die mögliche Sparquote noch einmal um rund Fr. 780.-, und die Beschwerdeführerin zeigt sich bereit, auch diese Einsparungsmöglichkeit zu Gunsten ihrer Gläubiger einzusetzen. Schliesslich erwähnt sie im besagten Schreiben, dass im Sommer 2001 ihr Lohn vermutlich nochmals angehoben werde.

c) Die Vorinstanz erachtete schliesslich die Sicherstellung der Dividende bzw. ein Verzicht der Gläubiger darauf als derart unwahrscheinlich, dass die Aussicht auf einen Nachlassvertrag auch aus diesem Grunde nicht bejaht werden könne.

Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass die noch im Schuldenbereinigungsverfahren vorgesehene Sicherstellung der Dividende durch ihre Eltern im Nachlassvertragsverfahren nicht mehr in Frage kommen kann. Sie schlug denn auch schon im vorinstanzlichen Verfahren vor, einen Verzicht auf Sicherstellung seitens der Gläubiger anzustreben und demgegenüber den Sachwalter mit der Überwachung gemäss Art. 314 Abs. 2 SchKG zu betrauen. Die Vorinstanz zweifelte insbesondere deshalb an einem Verzicht der Gläubiger auf Sicherstellung, weil aufgrund der damaligen Eckdaten und Prognosen die Dividende erst nach rund 41 Monaten angespart und den Gläubigern ausbezahlt würde. In Anbetracht dieser verhältnismässig langen Zeitspanne erachtete sie – wohl zu Recht – eine Prognose in diesem Punkte als unmöglich, so dass dann das Nachlassstundungsgesuch auch aus diesem Grunde abgelehnt werden müsse. Wie bereits erwähnt, sind diese Prämissen indes nicht zutreffend, sei es, dass die Vorinstanz teilweise von falschen Grundlagen ausgegangen ist, sei es, dass sich diese mittlerweile verändert haben. Nach den derzeitigen Erkenntnissen sollte eine Auszahlung der Dividende in weniger als der halben Zeitspanne möglich sein. Die Beschwerdeführerin bzw. ihr Sachwalter hat aber auch anhand eines konkreten vergleichbaren Falls dargelegt, dass lediglich ein Teil der Dividende sichergestellt werden musste und die Gläubiger im Übrigen mit einer Überwachung durch den Sachwalter sich begnügten. Geht man davon aus, dass die Eltern der Beschwerdeführerin auf eine Sicherstellung verzichten, womit immerhin bereits $\frac{1}{3}$ der Dividende nicht sichergestellt werden müsste, kann in der Tat nicht von der Hand gewiesen werden, dass eine gewisse Aussicht besteht, dass sich im vorliegenden Fall die Gläubiger mit einer Überwachung durch den Sachwalter begnügen und auf eine Sicherstellung der Dividende ganz oder zumindest teilweise verzichten. Damit erweist sich aber auch in diesem Punkt der vorinstanzliche Entscheid als unrichtig.

3. Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall tatsächlich Aussicht auf einen Nachlassvertrag besteht, weshalb der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 295 Abs. 1 SchKG Nachlassstundung zu

gewähren ist. Nachdem sich die Verhältnisse nicht allzu kompliziert darstellen, erscheint eine Stundungsdauer von sechs Monaten als gerechtfertigt, wie das die Beschwerdeführerin denn auch verlangt. Eine allfällige Verlängerung wäre dabei auf begründeten Antrag des Sachwalters maximal noch um weitere sechs Monate möglich (Art. 295 Abs. 4 SchKG). Damit der Beschwerdeführerin der Instanzenzug hinsichtlich des Bestätigungsentscheides des Nachlassrichters gewahrt bleibt, ist die Sache im Übrigen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird, den vorstehenden Erwägungen entsprechend, der Beschwerdeführerin eine Nachlassstundung für sechs Monate zu bewilligen, den Sachwalter zu ernennen, die Publikation und Mitteilungen im Sinne von Art. 296 SchKG vorzunehmen und das Nachlassverfahren durchzuführen haben.

Justizkommission, 8. März 2001

IV. Rechtspflege

Zivilrechtspflege

§46 Abs. 1 ZPO – Bei der Prüfung der Bedürftigkeit im Sinne von §46 Abs. 1 ZPO sind die Unterstützungspflichten der Eltern gegenüber ihren unmündigen Kindern zu berücksichtigen. Zum Unterhalt gehört u.a. auch die Leistung von Vorschüssen zur Führung von Prozessen, die zur Wahrung der Rechte des Kindes notwendig und nicht aussichtslos sind.

1. Die Gesuchstellerin suchte für ein Verfahren betreffend Feststellung des Kindesverhältnisses und Unterhalt um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach.

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

3. Bei der Prüfung der Bedürftigkeit im Sinne von §46 Abs. 1 ZPO sind die Unterstützungspflichten der Eltern gegenüber ihren unmündigen Kindern zu berücksichtigen (vgl. Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, in: AJP 2/95, S. 181, mit weiteren Hinweisen). Zum Unterhalt gehört u.a. auch die Leistung von Vorschüssen zur Führung von Prozessen, die zur Wahrung der Rechte des Kindes notwendig und nicht aussichtslos sind. Die Unterhaltspflicht geht dem Anspruch gegen das Gemeinwesen auf unentgeltliche Rechtspflege vor (Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N 39 zu Art. 276 ZGB, mit weiteren Hinweisen; Bühler, Die neuere Rechtsprechung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege, in: SJZ 94 [1998]; S. 231).

Das – erweiterte – Existenzminimum der Mutter der Gesuchstellerin berechnet sich wie folgt:

Grundbetrag (Fr. 1250.- + 20%)	Fr. 1500.-
Grundbetrag Kind (Fr. 250.- + 20%)	Fr. 300.-
Miete	Fr. 1815.-
Krankenkasse (Mutter und Kind)	Fr. 365.90
Fahrkosten für den Arbeitsweg	Fr. 254.-
Versicherung	Fr. 43.-
Steuern	Fr. 380.-
Total Grundbedarf	Fr. 4657.90

Demgegenüber erzielt die Mutter der Gesuchstellerin ein Erwerbseinkommen von Fr. 5820.75 netto monatlich (inkl. 13. Monatslohn), zuzüglich einer Kinderzulage in nicht bekannter Höhe. Mithin ergibt sich für die Mutter der Gesuchstellerin ein monatlicher Überschuss von Fr. 1162.85 zuzüglich Kinderzulage.

Ferner verfügt die Mutter der Gesuchstellerin über Sparhefte/Wertschriften/Bargeld in der Höhe von Fr. 5481.- sowie über eine Lebensversicherung mit einem Rückkaufswert von Fr. 5304.-, mithin über Vermögenswerte von insgesamt Fr. 10'785.-.

Entsprechend ist die Mutter der Gesuchstellerin in der Lage, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss zu leisten.

Kantonsgerichtspräsidium, 31. August 2001

Art. 9 Abs. 3 GestG – Genügender örtlicher und sachlicher Bezug zum gewählten Gerichtsstand

1. In Ziff. 9 des Darlehensvertrages vom 22. Februar 2000 vereinbarten die Parteien Folgendes (KB 1):

«Dieser Darlehensvertrag untersteht schweizerischem Recht. Ausschliesslicher Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Darlehensvertrag ist Zug.»

Die Parteien sind sich zu Recht darin einig, dass die in Ziff. 9 des Darlehensvertrages enthaltene schriftliche Gerichtsstandsvereinbarung gültig ist (Art. 39 des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 [GestG] i.V.m. §2 ZPO). Die Beklagte hat denn auch keine Einwendungen gegen die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug erhoben. Die Wirkungen der vorliegenden «altrechtlichen» Zuständigkeitsvereinbarung richten sich – wie der Kläger zutreffend ausführen lässt – nach dem neuen Recht, d.h. dem GestG. Dies gilt insbesondere für die Frage, unter welchen Umständen das vereinbarte Gericht zur Annahme der Prorogation verpflichtet ist (Wirth, in: Müller/Wirth, Kommentar zum Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, N 4 Absatz 2 zu Art. 9 GestG).

2. Gemäss Art. 9 Abs. 3 GestG kann das bezeichnete Gericht seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtlichen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist. Aus Art. 9 Abs. 3 GestG ergibt sich, dass das prorogierte Gericht seine Zuständigkeit nicht ablehnen darf, sobald ein genügender Bezug vorliegt (Wirth, a.a.O., N 114 zu Art. 9 GestG). Ein ausreichender, die Annahmepflicht begründender

der Bezug ist immer dann anzunehmen, wenn eine der Parteien Wohnsitz oder Sitz am vereinbarten Gerichtsstand hat. Ein genügender Bezug im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GestG liegt aber auch vor, wenn sich der Erfüllungsort für mindestens eine wesentliche Verpflichtung aus dem Hauptvertrag am vereinbarten Gerichtsstand befindet oder wenn der Vertragsabschluss und/oder wesentliche Vertragsverhandlungen am vereinbarten Gerichtsstand stattgefunden haben (Wirth, a.a.O., N 117 ff. zu Art. 9 GestG). Selbst wenn kein näherer örtlicher oder sachlicher Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand vorliegt, steht es im Ermessen des vereinbarten Gerichts, die prorogierte Streitsache trotzdem anzunehmen (Wirth, a.a.O., N 114 und N 122 ff. zu Art. 9 GestG).

Die Beklagte hatte im Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages Sitz in Baar, Kanton Zug. Überdies wurde in Ziff. 1 des Darlehensvertrages bestimmt, dass der Kläger den Darlehensbetrag der Beklagten «auf das Konto Nr. XY bei der Post 6341 Baar» zu überweisen habe; die Überweisung auf dieses Konto erfolgte per 25. Februar 2000. Somit liegt ein genügender örtlicher und sachlicher Bezug zum gewählten Gerichtsstand Zug im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GestG vor. Das Kantonsgericht Zug ist daher verpflichtet, auf die vorliegende Klage einzutreten.

Kantonsgericht, 14. Dezember 2001

§6 und 8 Abs. 1 GOG; §93 und 129 Ziff. 3 ZPO. – Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidiums zum Erlass vorsorglicher Massnahmen auch während des Berufungsverfahrens (E. 2a). Die Bindungswirkung einer Massnahme beschränkt sich allein auf identische Verhältnisse; wenn sich aufgrund nachträglich veränderter Umstände die Massnahme als ungerechtfertigt erweist, muss deren Änderung, Aufhebung oder Wiedereinreichung weiterhin möglich sein. Abänderbarkeit im konkreten Fall bejaht, da sich die Verhältnisse seit Erlass der ersten Verfügung wesentlich verändert hatten, indem das Kantonsgericht im Hauptsacheprozess nach Durchführung eines ausgedehnten Beweisverfahrens in seinem Urteil die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes festgestellt und dem Beschwerdeführer in Gutheissung der Klage eine konkurrenzierende Tätigkeit verboten hatte (E. 2b).

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz hätte in zweierlei Hinsicht auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht eintreten dürfen. Einerseits sei während eines hängigen Berufungsverfahrens der obergerichtliche Referent und nicht das Kantonsgerichtspräsidium für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig; andererseits stehe dem erneuten, identi-

schen Gesuch die materielle Rechtskraft der Verfügung des kantonsgerichtlichen Referenten vom 9. April 1999 bzw. des Urteils der Justizkommission vom 2. Dezember 1999 entgegen. Dem Beschwerdeführer kann in beiden Punkten nicht beigeplichtet werden.

a) Das von der Beschwerdegegnerin gestellte Unterlassungsbegehren stützt sich in prozessualer Hinsicht auf § 129 Ziff. 3 ZPO. Nach dieser Bestimmung kann der Gerichtspräsident auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, Verfügungen treffen, die dazu dienen, andere als auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtete fällige Rechtsansprüche zu schützen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht. Bei dem in dieser Bestimmung erwähnten Gerichtspräsidenten handelt es sich um den Kantonsgerichtspräsidenten. Dieser bzw. ein gestützt auf die Delegationsnorm von § 6 GOG bezeichnetes anderes Mitglied des Kantonsgerichts ist sachlich für den Erlass von Verfügungen im summarischen Verfahren zuständig (§ 8 Abs. 1 GOG in Verbindung mit §§ 126 f. ZPO). Diese Zuständigkeit gilt für Verfahren vor und während der Rechtshängigkeit eines Hauptprozesses und sie dauert an, wenn der Prozess in der Hauptsache an das Obergericht oder an das Bundesgericht weitergezogen wird (Art. 58 OG; Brandenburg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966, S. 31). Diese Regelung entspricht derjenigen des Kantons Aargau, wo für den Erlass vorsorglicher Massnahmen – auch bei Rechtshängigkeit des Hauptsverfahrens vor Obergericht – grundsätzlich der Gerichtspräsident, d.h. der jeweilige Bezirksgerichtspräsident, sachlich zuständig ist (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 1 zu § 291 AG-ZPO, N 1 zu § 303 AG-ZPO). Andere Kantone – z.B. der Kanton St. Gallen – kennen die Regelung, dass bei Rechtshängigkeit des Hauptprozesses über den Erlass vorsorglicher Massnahmen der Präsident des zuständigen Gerichts entscheidet (Art. 9 Abs. 1 SG-ZPO) und dass mit Einreichung der Berufungsschrift die Berufungsinstanz zuständiges Gericht werde (Art. 9 Abs. 2 SG-ZPO). Nach der gesetzlichen Regelung für den Kanton Zug bleibt aber das Prinzip der Einzelrichterzuständigkeit gewahrt (Brandenburg, a.a.O., S. 31). Wenn der Beschwerdeführer argumentiert, die Zuständigkeit des Obergerichts bzw. des im Berufungsverfahren zuständigen Referenten ergebe sich aus § 93 ZPO, ist ihm Folgendes entgegenzuhalten:

Es ist zwar richtig, dass gemäss dieser Bestimmung der Referent vorsorgliche Massnahmen anordnen kann, und zwar sowohl der Referent im erstinstanzlichen als auch im zweitinstanzlichen Verfahren. Er kann nach dem Wortlaut der Bestimmung von § 93 ZPO aber nur die erforderlichen Massnahmen «zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes» treffen. Inhaltlich entspricht diese Regel den Bestimmungen von § 129 Ziff. 1 und 4 ZPO, wonach der Gerichtspräsident Verfügungen trifft, die dazu dienen, den

bestehenden Zustand gegen unerlaubte Selbsthilfe oder eigenmächtige Eingriffe oder Störungen zu schützen (Ziff. 1) und den tatsächlichen Zustand bei oder nach Anhängigmachung eines Prozesses aufrechtzuerhalten (Ziff. 4). Ein Kläger hat mithin die Möglichkeit, bei oder nach Anhängigmachung des Hauptprozesses die Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes entweder gestützt auf §93 ZPO beim zuständigen Referenten oder gestützt auf §129 Ziff. 1 und 4 ZPO beim Kantonsgerichtspräsidium zu verlangen. Er kann gestützt auf diese Bestimmungen aber nur um die genannten Sicherungsmassnahmen nachsuchen. In diesem Sinn hat sich das Obergericht bereits in dem vom Beschwerdeführer angerufenen Entscheid vom 11. Mai 1978 ausgesprochen (GVP 1977/78, S. 196 f.). §93 ZPO bildet indes nach dessen Wortlaut keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen, welche – wie im vorliegenden Fall – bei Unterlassungsklagen provisorisch die Vollstreckung des Hauptanspruchs ganz oder teilweise vorwegnehmen; solche Leistungsmassnahmen lassen sich einzig auf §129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen – wie gezeigt – ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist. Der Einzelrichter beim Kantonsgerichtspräsidium Zug hat sich daher zu Recht als in der Sache zuständig erklärt, auch wenn im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung der Hauptprozess bereits beim Obergericht anhängig war. Ob de lege ferenda eine andere Zuständigkeitsregelung, wie sie z.B. der Kanton St. Gallen kennt, wünschbar wäre, muss an dieser Stelle nicht beurteilt werden.

b) Ihrer provisorischen Natur entsprechend muss die Änderung oder Aufhebung der vorsorglichen Massnahme jederzeit möglich sein. Ob dabei die gänzlich freie Abänderbarkeit der Massnahme zulässig sei, ist eine Frage der Rechtskraft. Nach neuerer Lehre wird der vorsorglichen Massnahme wenigstens beschränkte materielle Rechtskraft zugesprochen, d.h. die Rechtskraft ist allein für ein Verfahren derselben Erkenntnisstufe anzunehmen. An einen vorausgegangenen Massnahmeentscheid ist der ordentliche Richter daher ausschliesslich in der Funktion als Massnahmerichter als gebunden zu betrachten. Dies hat insbesondere auch für ein abgewiesenes Massnahmebegehren zu gelten, das nicht beliebig oft soll eingereicht werden können. Die Bindungswirkung an die vorangegangene vorläufige Anordnung beschränkt sich allerdings allein auf identische Verhältnisse; wenn sich aufgrund nachträglich veränderter Umstände die Massnahme als ungerechtfertigt erweist, muss deren Änderung, Aufhebung oder Wiedereinreichung weiterhin möglich sein. Eine Neuurteilung setzt wesentliche neue Vorbringen voraus, welche die Voraussetzungen zum vorangegangenen Massnahmeerlass im Lichte der veränderten Umstände als nicht mehr erfüllt erscheinen lassen. Solche neuen Gesichtspunkte können sich aus tatsächlichen Veränderungen der Gefährdungssituation oder aus neuen Tatsachen bzw. Beweismitteln bezüglich der Anspruchsgrundlage ergeben, soweit diese auch bei minimaler Sorgfalt nicht rechtzeitig bereits hätten beigebracht werden können. Die

Glaubhaftmachung bezüglich der Gefährdungslage bzw. des geltend gemachten Rechtsanspruchs hat durch die neuen Vorbringen indes deutlich erschüttert zu werden, damit angesichts der Rechtskraft der Massnahme eine Aufhebung oder Abänderung als zulässig erscheint (Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 165 ff. mit Hinweisen). Im Lichte dieser allgemeinen Grundsätze ist für den vorliegenden Fall festzustellen, dass sich die Verhältnisse seit Erlass der ersten Verfügung vom 2. April 1999 wesentlich verändert hatten, indem das Kantonsgericht im Hauptsacheprozess nach Durchführung eines ausgedehnten Beweisverfahrens in seinem Urteil vom 22. Oktober 2000 die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbotes feststellte und dem Beschwerdeführer in Gutheissung der Klage eine konkurrenzierende Tätigkeit verbot. Aufgrund dieses Urteils musste der Einzelrichter im summarischen Verfahren im nachträglich gestellten Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen davon ausgehen, dass der Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht sei.

Justizkommission, 14. September 2001

§§ 41 ff. GOG – Ausstand. Ein Kantonsrichter, der als Mitglied einer Abteilung des Kantonsgerichts im ordentlichen Verfahren bei der Fällung eines Urteils mitwirkte, in welchem dem Beklagten unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter verboten wird, die Klägerin zu konkurrenzieren, ist nicht befangen, wenn das Urteil durch den Beklagten an das Obergericht weitergezogen wird und der Klägerin für die Dauer des Berufungsverfahrens im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme bei diesem Kantonsrichter in seiner Eigenschaft als Einzelrichter im summarischen Verfahren ein Gesuch um vorsorgliche Realexekution des Konkurrenzverbots stellt.

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe sich mit der Problematik der Vorbefassung gar nicht näher auseinandergesetzt. Aus der Tatsache, dass im Verfahren betreffend vorsorgliche Realexekution des Konkurrenzverbotes nicht nur über den Rechtsanspruch, sondern auch über den Verfügungsgrund, die sachliche Zuständigkeit und die Rechtskraft der Referentenverfügung zu befinden sein werde, leite der Vorderrichter ab, dass keine objektiven Umstände vorlägen, welche geeignet wären, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Beschwerdegegners zu erwecken. Faktum sei aber, dass sich der Beschwerdegegner als Mitglied des Kantonsgerichts mit dem geltend gemachten Rechtsanspruch der E. AG im Urteil vom 23. Oktober 2000 eingehend befasst habe. Weder er in seiner Stellungnahme im vorinstanzlichen Verfahren noch die Vorinstanz hätten bestritten, dass es sich diesbezüglich um eine Vorbefassung handle. Der Beschwerdegegner sei bei der Beur-

teilung der Rechtsfrage im Massnahmeverfahren, d.h. der Frage der Zulässigkeit der Realexekution, insofern befangen und voreingenommen, als genau diese Frage im ordentlichen Prozessverfahren, in welchem der Beschwerdegegner als Richter mitgewirkt habe, beurteilt und entschieden worden sei. Auch wenn dieses Urteil zufolge der Appellation nicht in Rechtskraft erwachsen sei, könne der Beschwerdegegner von dieser Beurteilung nicht abrücken, ohne dass er das Kantonsgericht bzw. die beiden anderen Kantonsrichter damit desavouieren würde. In der Beurteilung dieser Rechtsfrage sei er offensichtlich nicht mehr offen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

2. a) Der Beschwerdeführer spricht damit ausschliesslich die Problematik der sogenannten richterlichen Vorbefassung an. Mit diesem Begriff bezeichneten Lehre und Rechtsprechung jene Fälle, in welchen sich einzelne Richter mit der konkreten Streitsache bereits früher in amtlicher (richterlicher oder anderer) Funktion befasst hatten. Das Bundesgericht stellt sich in diesen Fällen – es geht v.a. um Strafverfahren – jeweils die Frage, ob sich der betreffende Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen bezüglich einzelner Fragen schon in einem Masse festgelegt hat, dass er nicht mehr als unvoreingenommen und das Verfahren demnach nicht mehr als offen erscheint. Die frühere Tätigkeit kann – wie das Bundesgericht bemerkt – eine Art «Betriebsblindheit» zur Folge haben, so dass der Richter im späteren Verfahren Antworten auf seine Fragen im Sinn seiner Erwartung interpretiert oder Fragen übergeht, die ein unbefangener Richter sehen und stellen würde. Nach dem Strassburger Gerichtshof kann in der Mitwirkung ein und desselben Richters in mehreren Verfahrensstadien ferner ein Unterlaufen der gesetzlich – eventuell zur Sicherung der Unvoreingenommenheit – vorgesehenen Zuweisung verschiedener Funktionen an unterschiedliche Organe erblickt und ein Grund der Befangenheit gesehen werden. Es kommt aber immer auf Ausmass und Art der vorgängig getroffenen Massnahmen an. Die Konstellationen der sogenannten Vorbefassung sind sehr vielfältig (Häfliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. A., Bern 1999, S. 169; BGE 114 Ia 57).

b) Im vorliegenden Fall hat das Kantonsgericht die Klage der E. AG im Rahmen eines ordentlichen Prozesses geschützt und dem Beschwerdeführer antragsgemäss bis zum 28. Februar 2002 verboten, die Klägerin zu konkurrieren. Dieses Urteil ist durch die beim Obergericht eingereichte Berufung des Beschwerdeführers nicht in Rechtskraft erwachsen, und die Klägerin strebt nun für die Dauer des Berufungsverfahrens eine vorsorgliche Realexekution des Konkurrenzverbotes an. Sie beantragt diese einstweilige Massnahme nicht bei der Berufungsinstanz, sondern wiederum bei der ersten Instanz, also beim Kantonsgerichtspräsidium.

Soweit ersichtlich, geht es bei den in der Praxis beurteilten Fällen der Vorbefassung ausschliesslich um solche, bei denen sich der Richter in einem früheren Verfahrensstadium bzw. -abschnitt oder in einem dem in Frage ste-

henden Verfahren zeitlich vorgelagerten Verfahren mit der Streitsache bereits befasst hatte. Im vorliegenden Fall geht es hingegen gerade umgekehrt um die Frage, ob eine Vorbefassung des Richters gegeben sei, der in einem in der Regel nachgelagerten Verfahren bzw. Entscheid bereits mit der Streitsache eingehend befasst war und nun erneut mit der Sache in einem Verfahren bzw. Entscheid konfrontiert ist, das bzw. der vom Sinn und Zweck her dem früheren Verfahren bzw. Entscheid vorangeht. Diese Problematik ergibt sich hier nur, wenn man davon ausgeht, dass das zugerische Verfahrensrecht eine vorsorgliche Massnahme auch dann in die Kompetenz des erstinstanzlichen Richters legt, wenn die Hauptsache bereits an die obere Instanz weitergezogen wurde. Es handelt sich hier also um eine völlig atypische Konstellation der sogenannten Vorbefassung. Sie kann in gewisser Weise am ehesten mit der Situation verglichen werden, in der sich der Richter befindet, dessen Urteil durch die Rechtsmittelinstanz aufgehoben und zur neuen Entscheidung an ihn zurückgewiesen wird oder der nach Gutheissung einer Revision erneut zu urteilen hat. Auch hier hat der Richter schon einmal in der selben Sache aufgrund eines umfassenden Verfahrens und einlässlich entschieden. Sowohl das Bundesgericht als auch der Strassburger Gerichtshof nehmen indes in diesen Fällen keine unzulässige Vorbefassung an (Urteile Ringeisen und Diennet c/F, zitiert bei Häfliger/Schürmann, a.a.O., S. 176; BGE 113 Ia 408; 116 Ia 28). Ebenso wird es grundsätzlich als zulässig betrachtet, dass ein und derselbe Richter schon vor dem Sachentscheid prozessuale Anordnungen trifft oder Gesuche um vorsorgliche Massnahmen behandelt (BGE 114 Ia 57; ZR 2001 S. 11). Es ist nun nicht einzusehen, weshalb eine unzulässige Vorbefassung im umgekehrten Fall anzunehmen sein sollte, wenn derselbe Richter, der in der Hauptsache bereits geurteilt hat, eine vorsorgliche Massnahme für die Dauer eines Rechtsmittelverfahrens anzuordnen hat. Das umso weniger, als sich der Richter in der gegebenen Konstellation sein Urteil aufgrund eines umfassenden Verfahrens und ohne Beweismittelbeschränkung gebildet hat. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen wird bezweckt, dem Geschädigten vor oder während eines ordentlichen Verfahrens vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren. Der Entscheid muss daher rasch gefällt werden. Deswegen sind in diesem Verfahren die Beweismittel beschränkt und es werden geringere Anforderungen an die Beweistrenge – nur Glaubhaftmachen statt strikter Beweis – gestellt (vgl. Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. A., Bern 1999, 12. Kap. N 149 ff. u. 190 ff.). Das Kantonsgericht hat dagegen in seinem Urteil vom 23. Oktober 2000 nach Durchführung eines umfassenden Beweisverfahrens über den Rechtsanspruch der E. AG entschieden. Der Beschwerdeführer kann daher kein schützenswertes Interesse geltend machen, dass nachträglich in einem lediglich summarischen Verfahren, das durch seine Beschränkung der Beweismittel und des Beweismasses (Glaubhaftmachung statt strikter Beweis) gekennzeichnet ist, erneut über den selben Anspruch entschieden wird. Das liefe Sinn und Zweck des Massnahmeverfahrens zuwider. Vielmehr wird der Massnahmerichter in einem solchen Fall mit Bezug auf die Hauptsachenprog-

nose auf den Entscheid des Kantonsgerichts abzustellen haben und nur davon abweichen dürfen, wenn dieses Urteil offensichtlich fehlerhaft wäre und sich geradezu als unhaltbar erweise. Einen solchen Mangel, den der Beschwerdeführer im Übrigen gar nicht behauptet, könnte aber zweifellos auch vom Richter beurteilt werden, der am Urteil im Prozess selbst beteiligt war, ohne dass eine unzulässige Vorbefassung vorläge. Diese Situation lässt sich nämlich zwanglos mit der eines Revisionsprozesses vergleichen, in dem der früher urteilende Richter nicht als befangen gilt. Unter diesen Umständen kann sich der Beschwerdeführer nicht auf den Standpunkt stellen, es liege eine unzulässige Vorbefassung vor, weil der Beschwerdegegner zunächst im ordentlichen Verfahren mitgewirkt habe und nun darüber befinde, ob das Konkurrenzverbot im Massnahmeverfahren zu erlassen sei.

c) Schliesslich ist festzuhalten, dass der Prozessgegenstand des Massnahmeverfahrens und des ordentlichen Verfahrens sich nicht derart gleichen, dass der Ausgang des Massnahmeverfahrens bei Mitwirkung desselben Richters in beiden Verfahren weitgehend vorbestimmt ist und nicht mehr als hinreichend offen erscheint (BGE 120 Ia 88). Der Massnahmerichter hat nicht nur über den Verfügungsanspruch zu befinden, sondern auch über den Verfügungsgrund, d.h. über die Dringlichkeit der Massnahme. Sodann stellen sich für ihn im vorliegenden Fall in besonderer Weise auch die Frage der sachlichen Zuständigkeit und der materiellen Rechtskraft der Verfügung des kantonsgerichtlichen Referenten vom 9. April 1999, mit welcher der Antrag auf provisorische Anordnung des Verbots konkurrenzierender Tätigkeit abgewiesen wurde. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann der Vorinstanz beigeplant werden, dass keine objektiven Umstände vorliegen, die geeignet wären, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Beschwerdegegners zu erwecken. Der angefochtene Entscheid ist daher nicht zu beanstanden.

Justizkommission, 16. März 2001

§ 127^{bis} Abs. 1 und 4; § 208 Ziff. 2 und 4e ZPO. – Voraussetzungen, unter denen eine Verfügung des Eheschutzrichters als superprovisorische Massnahme zu qualifizieren ist (E. 4a). Liegt eine superprovisorische Verfügung vor, kann auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht eingetreten werden. Insbesondere kann sich der Beschwerdeführer auch nicht auf den Beschwerdegrund der Rechtsverweigerung gemäss § 208 Ziff. 2 ZPO berufen, da eine Verweigerung der Rechtspflege im Sinne dieser Bestimmung nach konstanter Praxis der Justizkommission nur in einem Nichttätigwerden gerichtlicher Instanzen bestehen kann (E. 4b).

Aus den Erwägungen:

2. Bei den vom Beschwerdeführer angefochtenen Anordnungen der ersten vorinstanzlichen Verfügung vom 11. September 2000 handelt es sich ausschliesslich um solche, die der Eheschutzrichter in seiner Verfügung aus-

drücklich als «einstweilen» bezeichnet hat. Entsprechend hat er seine Verfügung denn auch mit keinem Wort begründet, sondern lediglich auf seine Schreiben vom 30. Juni 1999 und vom 18. August 2000 an die Parteien sowie das Protokoll der «informellen» Parteibefragung vom 18. August 2000 und die Eingaben der Parteivertreter vom 31. August 2000 hingewiesen. Er hat seine Verfügung sodann auch nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Offensichtlich betrachtete er seine einstweiligen Anordnungen unter Ziff. III. seiner Verfügung vom 11. September 2000 als nicht weiterziehbar.

3. Der Beschwerdeführer widerspricht dieser Ansicht und macht geltend, es handle sich dabei um eine normale Verfügung im summarischen Verfahren von weitreichender Bedeutung und einer gewissen Dauer, welcher die normale Anfechtungsmöglichkeit nicht einfach durch den Vermerk «einstweilen» entzogen werden könne. Für ein solches Vorgehen, das einer Rechtsverweigerung gleichkomme, sei keine Rechtsgrundlage ersichtlich. Es könne auch rechtsstaatlich nicht angehen, dass der verfügende Richter seine eigenen Entscheide auf diese Weise der gesetzlich vorgesehenen und auch notwendigen Überprüfungsmöglichkeiten entziehe. Auch wenn die Verfügung als vorläufig bezeichnet werde, was im summarischen Verfahren angesichts der fehlenden materiellen Rechtskraft und der Änderungsmöglichkeiten in gewissem Masse immer zutreffe, handle es sich im vorliegenden Fall doch eindeutig um eine Erledigungsverfügung, welche die Situation auf unbestimmbare Zeit regle und die weitere Abwicklung eindeutig präjudiziere. Bei einer Auflösung des Haushalts und Zuteilung der Kinder gehe es zweifellos um eine Erledigungsverfügung, auch wenn sie den ohnehin selbstverständlichen Vorbehalt der Abänderung enthalte. Es sei nicht zweifelhaft, dass Anordnungen des Einzelrichters betreffend Haushaltsauflösung, Kinderzuteilung etc. grundsätzlich anfechtbar seien. Noch vielmehr müsse diese Rechtswahrung für einstweilige Entscheide gelten, die von grosser Tragweite und gar noch nicht abgeklärt seien. Dies ergebe sich auch aufgrund der Formulierung: Bestätigt, aufgehoben oder abgeändert werden könne nur eine bestehende, gleichwertige Verfügung. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern hier rechtlich, sachlich und logisch eine Abgrenzung oder Unterteilung gemacht werden könnte, welche zum Nachteil der Parteien deren Rechte eindeutig schmälere und eine angemessene Interessenwahrung verunmögliche. Auch wenn man eine solche vorläufige Massnahme als prozessleitende Verfügung betrachten wolle, ergäbe sich kein anderes Ergebnis, indem gemäss §208 Ziff. 4e ZPO der Erlass provisorischer Massnahmen ausdrücklich als anfechtbar festgelegt werde. Wenn dies bereits für prozessleitende Verfügungen provisorischer Art gelte, dann müsse der Grundsatz noch viel mehr für einen effektiv materiellen Entscheid gelten. Im Weiteren sei festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung mit keinem Wort begründet sei und auf die abweichenden, berechtigten Gegenanträge des Gesuchsgegners überhaupt nicht eingetreten werde, so dass eine klare Rechtsverweigerung vorliege, weshalb die Beschwerde aufgrund von §208 Ziff. 1, 2 und 4 ZPO zulässig und berechtigt sei. Schliesslich sei auch noch festzuhalten, dass der Entscheid

auch den verfassungsmässigen Anspruch auf Rechtsgleichheit verletze, wie auch nebst den anderen Punkten im nachfolgenden materiellen Teil aufzuzeigen sein werde.

4. Macht der Gesuchsteller die Berechtigung seines Anspruches und die Dringlichkeit sofortiger Massnahmen glaubhaft, kann der Gerichtspräsident gemäss § 127^{bis} Abs. 1 ZPO auf entsprechenden Antrag vor Vernehmlassung der Gegenpartei die erforderlichen Massnahmen treffen. Auch der Eheschutzrichter muss zum Erlass solcher superprovisorischer Massnahmen für die Dauer des Verfahrens befugt sein (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 23 zu § 110 ZPO; Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, 2. A., Zürich 1997, N 17 zu Art. 180 ZGB). Solche Verfügungen können mit Beschwerde nicht angefochten werden (§ 127^{bis} Abs. 4 ZPO). Die zugerische Gerichtspraxis hat denn auch bereits vor der Novelle vom 16. Dezember 1999, wodurch § 127^{bis} in die Zivilprozessordnung eingefügt wurde und für die superprovisorische Verfügung eine gesetzliche Grundlage geschaffen wurde, solche Verfügungen auch im Bereich des scheidungs- und eheschutzrechtlichen Massnahmeverfahrens zugelassen, wobei schon damals eine Weiterzugsmöglichkeit ausgeschlossen war.

a) Im vorliegenden Fall ist die angefochtene Verfügung als superprovisorische Massnahme zu qualifizieren. Zwar wurde der Beschwerdeführer vorgängig zur Vernehmlassung eingeladen, und er hat eine solche denn auch abgegeben. Der Eheschutzrichter kam aber offenbar zum Schlusse, dass weitere Abklärungen notwendig sind und die beiden Rechtsschriften keine genügende Grundlage für einen definitiven Entscheid bildeten. Auf der anderen Seite musste aber, da es sich hier um Kinderbelange handelte und die Parteien in einem heftigen Konflikt und ausser Stande schienen, einen vorübergehenden modus vivendi selber zu finden, sofort eine einstweilige Anordnung getroffen werden. Es war mit anderen Worten ein dringender Handlungsbedarf gegeben und ein Zuwarten, bis die notwendigen Erhebungen durchgeführt waren, ausgeschlossen. Wenn der Einzelrichter aber – zu Recht – zum Schlusse gelangte, dass ein nicht aufschiebbarer Handlungsbedarf bestand, war er durchaus berechtigt, ja verpflichtet, einstweilige, bis zum definitiven Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen geltende Anordnungen zu treffen. Diese können sich auf § 127^{bis} ZPO stützen. Dass er die Parteien bereits angehört hatte, ändert daran nichts. Wenn schon die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme zulässig ist, ohne der belasteten Partei vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren, erscheint es erst recht zulässig, nach Anhörung derselben eine vorläufige Anordnung zu treffen, wenn zum Erlass einer endgültigen vorsorglichen Massnahme noch Weiterungen notwendig sind (ZR 100 Nr. 36, S. 119).

b) Liegt aber eine solche superprovisorische Verfügung vor, kann auf die vorliegende Beschwerde nicht eingetreten werden.

Der Beschwerdeführer kann sich auch nicht auf den Beschwerdegrund der Rechtsverweigerung gemäss §208 Ziff. 2 ZPO berufen. Eine Verweigerung der Rechtspflege im Sinne dieser Bestimmung kann nach konstanter Praxis der Justizkommission nur in einem Nichttätigwerden gerichtlicher Instanzen bestehen. Entscheide gerichtlicher Instanzen können dagegen, selbst wenn sie unter Verletzung von Verfahrensvorschriften gefällt wurden, nicht unter Berufung auf diesen Beschwerdegrund gerügt werden, da die Rechtsverweigerungsbeschwerde des zugerischen Straf- und Zivilprozessrechts nicht kasuatorischer, sondern disziplinarischer Natur ist. Andernfalls könnte mit der Rüge der Rechtsverweigerung die Beschwerdefrist von zehn Tagen illusorisch gemacht werden, was nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht (vgl. ROG 1973/74, S. 74; ROG 1949/50, S. 66 und 69; GVP 1997/98, S. 191).

Justizkommission, 14. September 2001

§215 ZPO; §129 ZPO i.V.m. Art. 274g Abs. 1 OR. – 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 materielle rechtliche Ansprüche geurteilt wird, ohne dass die Möglichkeit eines nachfolgenden ordentlichen Verfahrens oder diejenige der Wiedererwägung oder Abänderung besteht. Bei Mietausweisungen, wenn die Kündigung angefochten und der Ausweisungsrichter gestützt auf Art. 274g OR angerufen wurde, ist die Wiederaufnahme ausnahmsweise zuzulassen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Gesuchsteller beantragt die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäss §215 ZPO.

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 einzelne streitige Punkte des Rechtsbegehrens nicht beurteilt hat (Ziff. 1), wenn im Versäumnisverfahren der Ausgebliebene nicht formrichtig vorgeladen oder wenn er aus wichtigen Gründen verhindert war, zu erscheinen oder sein Ausbleiben zu entschuldigen (Ziff. 2), wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel entdeckt, deren Geltendmachung vor Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Entscheides trotz Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre (Ziff. 3), wenn durch Strafurteil (oder ausnahmsweise in anderer Art) festgestellt wird, dass durch eine strafbare Handlung zum Nachteil des Gesuchstellers auf den Entscheid

eingewirkt wurde (Ziff. 4), oder wenn bei einer rechtskräftigen Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Folgen in Ehesachen Mängel im Vertragsabschluss vorliegen (Ziff. 5). Der Wortlaut von § 215 ZPO lässt die Wiederaufnahme des Verfahrens somit nur gegen Urteile und Erledigungsbeschlüsse zu, die im ordentlichen Verfahren ergangen sind; Verfügungen des summarischen Verfahrens werden 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 Art. 712r Abs. 2 ZGB. In solchen Fällen entbehrt die hinsichtlich anderer Summarentscheide gerechtfertigte Nichtzulassung der Wiederaufnahme jeder sachlichen Begründung und hält daher vor Art. 9 BV nicht stand, weshalb die Wiederaufnahme zuzulassen ist (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 12b cc zu § 192 und N 2b zu § 367 BE-ZPO; GVP 1997/98, S. 193 f.).

b) Das Verfahren betreffend Mietausweisung wird im Kanton Zug formell im summarischen Verfahren durchgeführt (vgl. § 129 ZPO), womit grundsätzlich die Wiederaufnahme ausgeschlossen ist. Zu berücksichtigen ist nun aber, dass der Mietausweisungsrichter im vorliegenden Fall nicht nur über das Ausweisungsbegehren, sondern gemäss Art. 274g Abs. 1 OR auch über die Anfechtung der ausserordentlichen Kündigung zu entscheiden hatte. Eine solche Kompetenzzattraktion vor dem Ausweisungsrichter hat den Zweck, verschiedene Verfahren vor dem Ausweisungs- und Anfechtungsrichter sowie widersprüchliche Urteile zu verhindern. Damit aber die Mieterrechte in einem summarischen oder beschleunigten Verfahren nicht verkürzt werden, ist der von Bundesrechts wegen zum Entscheid über die Kündigungsanfechtungen zuständige Ausweisungsrichter unbekümmert um die Ausgestaltung des Ausweisungsverfahrens verpflichtet, die angefochtene Gültigkeit der Kündigung sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht umfassend zu prüfen. Dem Entscheid des Ausweisungsrichters kommt demnach von Bundesrechts wegen materielle Rechtskraft zu (BGE 119 II 143; 122 III 95). Führt aber das Verfahren vor dem Ausweisungsrichter zu einem materiell rechtskräftigen Entscheid, muss dieser Entscheid (und auch der entsprechende Entscheid der Rechtsmittelinstanz) der Wiederaufnahme zugänglich sein. Der Ausschluss der Wiederaufnahme in solchen Fällen wür-

de jeder sachlichen Begründung entbehren, wäre daher willkürlich und verstiesse gegen Art. 9 BV (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 4 zu Vorbem. §289-316 und N 2 f. zu §343 AG-ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 5d zu Art. 89 und N 1b zu Art. 246 SG-ZPO; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Luzern 1994, N 3 zu §238 und N 4 zu §273 LU-ZPO). Es rechtfertigt sich daher, bei Mietausweisungen, wenn die Kündigung angefochten und der Ausweisungsrichter gestützt auf Art. 274g OR angerufen wurde, ausnahmsweise (und entgegen dem Wortlaut von §215 ZPO) eine Wiederaufnahme einer im summarischen Verfahren ergangenen Verfügung zuzulassen (vgl. auch BGE 109 Ia 106). Auf das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens ist somit einzutreten.

Justizkommission, 26. Januar 2001

B. Verwaltungspraxis

I. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 84 Abs. 2 und 88 Abs. 1 ZGB i.V.m. §5 der Vollziehungsverordnung über die Ausübung der Aufsicht über Stiftungen vom 9. März 1929 (BGS 212.2). – Stiftungsaufsicht: Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen und dessen Übertragung auf eine gemeinnützige Institution mit gleichem oder ähnlichem Zweck.

A. Unter dem Namen «Ferienstiftung für fürsorgebedürftige Kinder des Kantons Zug» mit Sitz in Zug besteht eine mit öffentlicher Urkunde vom 19. April 1958 errichtete Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB.

Die gesetzliche Aufsicht gemäss Art. 84 ZGB und §17 Ziff. 1 EG ZGB obliegt dem Regierungsrat.

B. Die Stiftung bezweckt, fürsorgebedürftigen Kindern aus dem Kanton Zug Ferien zu ermöglichen. Damit soll eine ärztliche, geistige und seelische Betreuung verbunden werden.

Durch einstimmigen Beschluss des Stiftungsrates kann die Stiftung gemäss Art. 17 des Stiftungsstatuts aufgelöst werden und zwar nur aus wichtigen Gründen, wie Geldmangel, Unmöglichkeit der Zweckerfüllung usw. Im Falle der Auflösung fallen zwei Drittel des vorhandenen Stiftungsvermögens an das Seraphische Liebeswerk Zug und das restliche Drittel an die Gemeinnützige Gesellschaft des Kantons Zug (Art. 18 des Statuts).

C. Dem Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht liegen u.a. die Jahresrechnung pro 2000 mit dem entsprechenden Kontrollstellenbericht der BVS-Buchhaltungsstelle vom 4. Juni 2001 vor. Die Kontrollstelle stellt in ihrem Bericht vorbehaltlos die Richtigkeit der Jahresrechnung fest.

D. Im Zusammenhang mit der Einreichung der Jahresrechnung pro 1999 stellte die für die Stiftung geschäftsführende Kinder und Jugendberatung Zug (vormals: Kinder- und Jugendfürsorge Zug) des Seraphischen Liebeswerks Zug unter Beilage des entsprechenden Zirkulationsbeschlusses des Stiftungsrates vom September 2000 dem Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht den Antrag auf Auflösung der Stiftung. Begründet wird der Antrag mit der Doppelspurigkeit bezüglich der Erfüllung des Stiftungszwecks und dem geringen vorhandenen Stiftungsvermögen. Die Kinder und Jugendberatung Zug des Seraphischen Liebeswerks Zug finanziere ebenfalls Ferien für Kinder und Familien, welche mit dem Existenzminimum leben.

Zudem falle der Sinn und Zweck der Stiftung, über Ferien für Pflegekinder deren Entwicklung zu kontrollieren, in der heutigen Zeit weg. Gemäss telefonischer Rücksprache mit der Geschäftsführerin ist beabsichtigt, das restliche Vermögen im Sinne des Stiftungszwecks auf das Seraphische Liebeswerk Zug zugunsten der Kinder- und Jugendberatung Zug zu übertragen.

F. Eine Stiftung wird gemäss Art. 88 Abs. 1 ZGB von Gesetzes wegen aufgehoben, wenn ihr Zweck unerreichbar geworden ist. Darüber hinaus kennt die Praxis die organisatorische Aufhebung, die vorwiegend bei Vorsorgestiftungen, dort vor allem z. B. bei Strukturänderungen bei der Stifterfirma, vorgenommen wird. Gemeinsames Merkmal aller dieser Aufhebungsfälle ist die Tatsache, dass das Stiftungsvermögen weiterhin dem ihm zugeordneten Zweck dient, wenn auch unter anderer Trägerschaft. Die organisatorische Aufhebung aufgrund einer globalen Übertragung des vorhandenen Stiftungsvermögens auf einen anderen Rechtsträger mit identischem Zweck ist zulässig, sofern sie im Interesse einer besseren Erfüllung des Stiftungszweckes liegt, aus triftigen Gründen als geboten erscheint und keine Drittrechte – namentlich Destinatarrechte – verletzt.

Das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht hat die eingereichten Unterlagen geprüft. Die letzte Jahresrechnung pro 2000 wurde durch die Kontrollstelle geprüft und für richtig befunden. Der Regierungsrat kann von dieser Jahresrechnung Kenntnis nehmen. Gleichzeitig kann er der kollektiven Vermögensübertragung und der organisatorischen Aufhebung der Stiftung zustimmen, nachdem die Kinder- und Jugendberatung Zug des Seraphischen Liebeswerks Zug einen identischen Zweck verfolgt wie die Stiftung. Dem Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht ist die Verwendung bzw. Übertragung des restlichen Stiftungsvermögens zu belegen.

(Regierungsrat, 11. September 2001)

Art. 84 ff. ZGB i.V.m. §3 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung über die Ausübung der Aufsicht über Stiftungen vom 9. März 1929 (BGS 212.2) – Stiftungsaufsicht: Unterstellung einer gemeinnützigen Stiftung, die zwar nicht gesamtschweizerisch, aber auch ausserhalb des Kantons Zug tätig sein will, unter die gesetzliche Aufsicht. Vorbehalten bleibt eine allfällige spätere Überprüfung der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde aufgrund eventueller örtlicher Schwerpunkte oder einer Ausdehnung der Stiftungstätigkeiten.

Unter dem Namen «R. M.-Stiftung» mit Sitz in Zug besteht eine mit öffentlicher Urkunde vom 21. November 2001 errichtete Stiftung gemäss Art. 80 ff. ZGB.

Die Stiftung bezweckt die Unterstützung von Organisationen, welche sich annehmen:

kranker, behinderter oder sonstwie in Not geratener Menschen, des Tier-schutzes oder misshandelter, verlassenener oder sonstwie in Not geratener Frauen.

Die Stiftung kann Mittel auch direkt kranken, behinderten oder sonstwie in Not geratenen Menschen sowie misshandelten oder verlassenenen Frauen zuwenden.

Laut Art. 6.1 Abs. 1 der Stiftungsurkunde kann der Stiftungsrat Einzelheiten der Stiftungsorganisation, der Zweckverfolgung und der Finanzierung in separaten Reglementen festlegen und laut Art. 9 Abs. 2 diese selbst abändern. Allfällige Reglemente und deren Änderungen sind der Aufsichtsbehörde im Doppel zur Kenntnisnahme einzureichen.

Gemäss Art. 11 der Stiftungsurkunde wird die Stiftung ihre Tätigkeit zwar in verschiedenen Kantonen, nicht aber auf dem gesamten Gebiet der Schweiz ausüben. Aus der schriftlichen Absichtserklärung des Stiftungsrates vom 6. Dezember 2001 geht deutlich hervor, dass die Stiftung im Wesentlichen in den Kantonen Zug, Zürich, Luzern und Umgebung, nicht aber gesamtschweizerisch tätig sein wird, so dass der Unterstellung unter die Aufsicht im Sitzkanton grundsätzlich nichts im Wege steht. Die gesetzliche Aufsicht gemäss Art. 84 ZGB und §17 Ziff. 1 EG ZGB obliegt dem Regierungsrat. Vorbehalten bleibt jedoch eine allfällige spätere Überprüfung der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde aufgrund eventueller örtlicher Schwerpunkte oder einer Ausdehnung der Stiftungstätigkeiten.

Die Stiftungsurkunde wurde vom Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht vorgeprüft; sie gibt zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass.

Regierungsrat, 18. Dezember 2001

2. Familienrecht

Art. 273, 308 Abs. 2 ZGB – Besuchsrechtsbeistand. – Kindeswohl, Besuchsrecht (E.2); Besuchsrechtsbeistand (E.3); Zusammenfassung (E.4).

Aus den Erwägungen:

2. 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 (vgl. Cyril Hegnauer, Grundriss des

Kindesrechts, 5. Auflage, Bern 1999, N 26.04a). Voraussetzung für die Anordnung einer Kindeschutzmassnahme ist somit die Gefährdung des Kindeswohls, wobei unerheblich ist, ob die Eltern ein Verschulden trifft. Eine Gefährdung liegt vor, wenn nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen oder geistigen Wohls des Kindes besteht. Kindeschutzmassnahmen sollen dem jeweiligen Grad der Gefährdung entsprechen und die elterliche Sorge so wenig wie möglich, jedoch soviel wie nötig beschränken (Hegnauer, a.a.O., N 27.12). Kindeschutzmassnahmen sind keine Sanktionen. Somit ist es für deren Anordnung nicht erforderlich, dass Beeinträchtigungen des Kindeswohles bereits eingetreten sind, sondern es genügt eine Gefährdung des Kindes, damit geeignete und rechtzeitig einsetzende Massnahmen ergriffen werden können (Bundesgerichtsentscheid der II. Zivilabteilung vom 30. Januar 2001, E.4b).

Gemäss Art. 273 ZGB hat der nicht-obhutsberechtigte Elternteil ein Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr mit seinem unmündigen Kind. Dieser Anspruch steht den Eltern um ihrer Persönlichkeit willen zu und ist somit ein höchstpersönliches Recht (BGE 111 II 405 E. 3). Es handelt sich dabei aber nicht um einen absoluten Rechtsanspruch, denn das Besuchsrecht kann eingeschränkt werden, wenn höherwertige Interessen entgegenstehen (Heinz Hausheer, Zeitschrift für das Vormundchaftswesen (ZVW) 1998, S. 21). Das Besuchsrecht ist auch nicht nur ein Recht sondern gleichzeitig eine Pflicht. Dieses Pflichtrecht erfasst nicht nur die Eltern-Kindesbeziehung zum Vater oder zur Mutter sondern enthält auch eine Loyalitäts- und Friedenspflicht gegenüber dem andern Elternteil (Hausheer, a.a.O., S. 21 f.).

3. a) Im vorliegenden Fall wurde eine Beistandschaft zur Überwachung des persönlichen Verkehrs nach Art. 308 Abs. 2 ZGB, also eine Besuchsrechtsbeistandschaft, verfügt. Die Beiständin wurde vom Gemeinderat im Wesentlichen damit beauftragt, das Besuchsrecht zu überwachen, zwischen den Eltern zu vermitteln und nötigenfalls die Modalitäten des Besuchsrechts im Rahmen der vereinbarten Regelung verbindlich festzulegen. Zudem soll sie sich im Einvernehmen mit der Mutter laufend Rechenschaft über das Wohlergehen des Kindes geben und – falls nötig – andere Kindeschutzmassnahmen beantragen. Der Vormundschaftsbehörde hat sie so oft als notwendig Bericht und Antrag über die Ausübung des Besuchsrechtes einzureichen.

Kindeschutzmassnahmen sollen nur angeordnet werden, wenn damit die Gefährdung des Kindeswohles abgewendet werden kann, die Eltern nicht von sich aus die Gefährdung des Kindeswohles verhindern wollen oder können (Subsidiarität), sie die vorhandenen elterlichen Fähigkeiten ergänzen (Komplementarität) und zudem dem Grad der Gefährdung entsprechen (Proportionalität) (Hegnauer, a.a.O., N 27.10 ff.). Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind oder ob der Gefährdung des Kindeswohles auch mit einer mildereren Massnahme begegnet werden kann

b) Beide Elternteile werfen sich in ihren Stellungnahmen gegenseitig verbale und gar physische Attacken in Anwesenheit des Kindes vor. Zudem äusserten beide verschiedentlich den Wunsch, das Besuchsrecht auszudehnen respektive einzuschränken. Weitere Konflikte scheinen hiermit bevorzuzustehen. Uneinige und zerstrittene Eltern können das Kindeswohl gefährden (Hegnauer, a.a.O., S. 206).

Die vorliegende Korrespondenz der Beteiligten und Stellungnahmen des Vormundschaftsamtes zeigen, dass die Eltern offensichtlich nicht in der Lage sind, von sich aus eine einvernehmliche Besuchsrechtsregelung zu erstellen und umzusetzen. Ein Beistand kann durch Kontakte mit den Eltern und den Kindern in erheblichem Masse dazu beitragen, dass sich die Situation entschärft und durch entsprechende Festlegung der Einzelheiten für eine reibungslose Abwicklung des Besuchsrechtes sorgen. Eine solche Massnahme liegt somit im Interesse aller Beteiligten (BGE 108 II 372, 375) und unterstützt die Eltern in ihrer Aufgabe.

Trotzdem hat die instruierende Direktion des Innern dem Antrag der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 25. Mai 2000 entsprochen, die Beschwerdebehandlung bis zum Entscheid der Gemeindebehörden über ein Wiedererwägungsgesuch zu sistieren. In der Folge bemühte sich das Vormundschaftsamt der Gemeinde verschiedentlich, zusammen mit den Beteiligten eine einvernehmliche Lösung zu finden und umzusetzen. Anlässlich einer Besprechung vom 20. September 2000 vereinbarten die Parteien zudem, eine Vertreterin des Vormundschaftsamtes informell als Begleiterin/Beraterin für die Besuchsrechtsregelung einzusetzen. Das Vormundschaftsamt bedauert in seinem Schreiben vom 23. Februar 2001, dass es trotzdem nicht gelungen ist, auf dieser freiwilligen Basis eine dem Kindeswohl entsprechende einvernehmliche Besuchsrechtsregelung zu etablieren. Auch wenn diese freiwillige Betreuung nicht vom Gemeinderat verfügt wurde, entspricht diese doch inhaltlich den in Art. 307 Abs. 3 ZGB erwähnten geeigneten mildereren Kinderschutzmassnahmen. Deshalb kann auch nicht erwartet werden, dass weitere Weisungen, die vom Gemeinderat als zuständige Vormundschaftsbehörde angeordnet werden könnten, mehr Erfolg haben würden. Die Anordnung einer Beistandschaft zur Überwachung des persönlichen Verkehrs nach Art. 308 Abs. 2 ZGB als die nächststärkere Massnahme erfüllt somit die Voraussetzung der Proportionalität. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die Eltern sich zwar den besonderen Anordnungen der Beiständin bezüglich der Regelung des persönlichen Verkehrs zu unterziehen haben, die Vormundschaftsbehörde aber keine Beschränkung der elterlichen Sorge der Beschwerdeführerin gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet hat. Die erzieherischen Fähigkeiten der Beschwerdeführerin werden mit dieser Besuchsrechtsbeistandschaft weder in Frage gestellt noch bemängelt.

c) Für jede Anordnung oder Abänderung von Kinderschutzmassnahmen ist eine Prognose über die künftige Entwicklung der massgebenden Umstände erforderlich. Dabei spielt das bisherige Verhalten der betroffenen Perso-

nen eine massgebliche Rolle (vgl. BGE 120 II 386). In der Unsicherheit jeder Zukunftsprognose liegt auch ein Grund dafür, dass der rechtsanwendenden Behörde bei der Wahl der geeigneten Massnahme ein gewisses Ermessen zusteht (vgl. Bundesgerichtsentscheid der II. Zivilabteilung vom 30. Januar 2001, E.4b). Dieses Ermessen wurde im vorliegenden Fall weder über- noch unterschritten. Im Gegenteil: den Vormundschaftsbehörden kann attestiert werden, dass sie sich intensiv darum bemühte, mit den Beteiligten eine Lösung ausserhalb behördlich verordneter Massnahmen zu finden.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beistandschaft zur Überwachung des persönlichen Verkehrs gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB zu Recht angeordnet wurde, weil diese dem Kindeswohl dient und auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Regierungsrat, 25. September 2001

Art. 308, 311 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB; §§5, 15 Abs. 1, 21 Abs. 4 Verwaltungspflegergesetz (VRG; BGS 162.1); Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif (BGS 641.1). – Entziehung der elterlichen Sorge einer mit unbekanntem Aufenthalt im Ausland abwesenden Mutter über ihre in der Schweiz beim Vater wohnhaften Kinder. – Entziehung der elterlichen Sorge (E. 1): Gesetzliche Voraussetzungen (E. 1); Ortsabwesenheit (E. 2); Vernachlässigung der elterlichen Pflichten (E. 3); Verhältnismässigkeit (E. 4); Rechtliches Gehör (E. 5); Erziehungsbeistandschaft (E. 6). – Publikation (E. II). – Kosten (E. III)

Aus dem Sachverhalt:

A. Die Ehe von R. B., geboren am ..., und D. B., geboren am ..., heute wohnhaft in A., wurde mit Urteil vom 5. September 1989 des Bezirksgerichts X. geschieden. Das gemeinsame Kind X., geboren am ... 1986, wurde unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt. Am 25. August 1999 hat D. B. das zweite gemeinsame Kind Y., geboren am ... 1991, als seinen Sohn anerkannt.

Nach der Geburt von X. reiste R. B. mit ihren beiden Söhnen nach Z. (Ausland) und begründete seither in der Schweiz keinen Wohnsitz mehr. In Z. hat sie sich nicht offiziell angemeldet. Um X. und Y. eine gute schulische Ausbildung zu ermöglichen, veranlasste R. B. jedoch die Rückkehr ihrer beiden Kinder in die Schweiz. Seit Sommer 1998 lebt X. und seit Sommer 1999 Y. bei seinem Vater in A. Dieser übt seither faktisch die elterliche Sorge über seine beiden Söhne aus, kann diese aber rechtlich nicht vertreten, da das Sorgerecht bei der Mutter liegt.

Mit Schreiben vom 24. September 1999 liess R. B. verlauten, dass sie bereit sei, allenfalls das Sorgerecht mit D. B. zu teilen. Mit der alleinigen Übertragung des Sorgerechts auf den Vater sei sie jedoch nicht einverstanden. Mit schriftlicher Anfrage vom 26. November 1999 wurde R. B. zu einer Stellungnahme bezüglich der geplanten Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft, kombiniert mit einem Obhutsentzug, aufgefordert. Eine diesbezügliche Antwort blieb in der Folge aber aus.

B. Aufgrund der rechtlich unbefriedigenden Situation wurde am 25. Januar 2000 durch Beschluss des Gemeinderats von A. eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB errichtet und gleichzeitig ein Obhutsentzug gemäss Art. 310 Abs. 3 ZGB angeordnet. Per Telefax wurde dieser Beschluss an die einzig bekannte Verbindungsadresse von R. B. in Z. gesandt. Wiederum ging von der Mutter keine Stellungnahme bei der Vormundschaftsbehörde dazu ein. Seit dem 11. April 2000 führt nun F. von der Kinder- und Jugendfürsorge das Mandat als Vertretungsbeiständin.

C. Um den Aufenthaltsort sowie die aktuellen Lebensumstände von R. B. in Z. zu eruieren, beauftragte das Vormundschaftsamt der Gemeinde A. mit Schreiben vom 14. Dezember 1999 den Internationalen Sozialdienst in Genf, Abklärungen an den möglichen Aufenthaltsorten vorzunehmen. Die Nachforschungen in Z. verliefen jedoch ohne Ergebnis, weshalb diese im Oktober 2000 eingestellt wurden. Auch Erkundigungen bei den nächsten Verwandten im vergangenen Dezember brachten keine Erkenntnisse über den aktuellen Aufenthaltsort von R. B. Im Verlaufe des letzten Jahres fanden gemäss Angaben des Vaters nur noch ganz vereinzelt telefonische Kontakte zwischen der Mutter und den Kindern statt. Dabei machte sie jeweils keine überprüfbaren Angaben zu ihrem Verbleib im Ausland.

D. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2000 reichte D. B. einen Antrag auf Übertragung des Sorgerechtes beim Vormundschaftsamt der Gemeinde A. ein. Daraufhin erfolgte am 25. Januar 2001 die Anhörung des Vaters und der 14- und 9-jährigen Söhne, welche sich beide für die Übertragung des Sorgerechts auf den Vater aussprachen.

E. Deshalb beantragte der Gemeinderat A. mit Beschluss vom 20. Februar 2001 dem Regierungsrat als vormundschaftlicher Aufsichtsbehörde, R. B. in Anwendung von Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB die elterliche Sorge über ihre beiden Kinder X. und Y. zu entziehen. Der Gemeinderat A. führte dazu im Wesentlichen Folgendes aus: R. B. sei aufgrund ihrer seit langem bestehenden Ortsabwesenheit ausserstande, die elterliche Sorge gegenüber beiden Kindern im Sinne von Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB pflichtgemäss auszuüben. Auch sei erwiesen, dass bei R. B. die Voraussetzungen zur Entziehung des Sorgerechts gestützt auf Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB vorlägen, da sie sich aufgrund ihrer Ortsabwesenheit nicht ernstlich um ihre Kinder kümmert hat.

Aus den Erwägungen:

I.

1. a) Sind andere Kindesschutzmassnahmen erfolglos geblieben oder erscheinen sie von vornherein als ungenügend, so entzieht die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde gemäss Art. 311 Abs. 1 ZGB die elterliche Sorge, wenn die Eltern wegen Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Ortsabwesenheit oder ähnlichen Gründen ausserstande sind, die elterliche Sorge pflichtgemäss auszuüben (Ziff. 1), oder wenn die Eltern sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert oder ihre Pflichten gegenüber dem Kinde gröblich verletzt haben (Ziff. 2).

b) Die Entziehung der elterlichen Sorge setzt die dauernde faktische Unfähigkeit voraus, die elterliche Sorge pflichtgemäss auszuüben. Das trifft objektiv gemäss Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu, oder die Unfähigkeit kann subjektiv aus dem bisherigen Verhalten im Sinne des erwähnten Artikels nach Ziff. 2 hervorgehen. Beide Gründe sind von einem Verschulden der Eltern unabhängig. Es ist ein strenger Massstab an die Würdigung der Umstände zu legen: Die Entziehung ist nur zulässig, wenn andere Kindesschutzmassnahmen erfolglos geblieben sind oder von vornherein als ungenügend erscheinen (Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage, Bern 1999, N 27.46).

2. Die Ortsabwesenheit im Sinne von Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gilt nur als Entziehungsgrund, wenn sie dem Elternteil mit dem alleinigen Sorgerecht die pflichtgemässe Ausübung der elterlichen Sorge tatsächlich verunmöglicht (Zeitschrift für Vormundschaftswesen, 34 [1979], S. 32). Dies ist vorliegend zu bejahen, da sich R. B. seit 1991 in Z. (Ausland) aufhält, dort gemäss Auskunft der schweizerischen Botschaft nicht offiziell angemeldet ist und seit November 1999 Unklarheit besteht, wo sie ihren Lebensmittelpunkt hat. Über die bisher angegebene Verbindungsadresse konnte seit Herbst 1999 bis heute kein Kontakt mehr hergestellt werden. Die seither an R. B. adressierten Ratsbeschlüsse wurden wegen Unzustellbarkeit zurückgesandt. Auch Versuche, über ihre Telefaxnummer eine Rückmeldung von R. B. zu erwirken, scheiterten. Aufgrund der minimalen Telefonkontakte zwischen ihr und der Familie war es ebenfalls nicht möglich, ihren Aufenthaltsort zu bestimmen. Nachfragen bei der Mutter und dem Bruder der Gesuchten verliefen ebenfalls ergebnislos. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2000 bestätigten diese, dass seit mehr als einem Jahr kein Kontakt zwischen ihnen und der Gesuchten mehr stattgefunden habe und sie auch keine Angaben über deren Wohnort machen können. Schliesslich gelang es auch unter Mithilfe des Internationalen Sozialdienstes in Genf nicht, eine Verbindung mit R. B. herzustellen. Angesichts dieser Sachlage ist belegt, dass R. B. aufgrund ihrer seit langem bestehenden Ortsabwesenheit ausserstande ist, die elterliche Sorge im Sinne von Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB pflichtgemäss auszuüben. Damit sind die Voraussetzungen für den Entzug der elterlichen Sorge gegeben.

3. a) Darüber hinaus wird hier noch geprüft, ob R. B. ihren elterlichen Pflichten gemäss Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB genügend nachgekommen ist und sich ernstlich um ihrer Kinder gekümmert hat. Nach dem Wortsinn kümmert sich um das Kind, wer an dessen Ergehen Anteil nimmt. Die bloss subjektive Hinwendung zum Kind genügt nicht. Es braucht ein positives Verhalten, ein Tätigwerden für sein Wohl, vor allem für die Erfüllung der elementaren Bindungsbedürfnisse des Kindes. Ernstlich meint intensiv, kontinuierlich und Ausrichtung auf das Kindeswohl. Nicht ernstlich kümmert sich, wer sein Interesse nur beiläufig, nur sporadisch oder in einer für das Kind nachteiligen Weise bekundet. Dabei sind auch die zeitlichen Umstände und das Alter eines Kindes zu berücksichtigen (Cyril Hegnauer in Berner Kommentar, N 21a ff. zu Art. 265c ZGB).

b) R. B. ist seit langer Zeit ortsabwesend. Sie unterhält nur minimale Telefonkontakte zu den Kindern und ist, da sie keine feste Wohnadresse hat, faktisch auch nicht erreichbar. Besuche in der Schweiz erfolgten seit Jahren nicht mehr. Gerade in Anbetracht des Alters von X. und Y. ist davon auszugehen, dass sich das Fehlen der Zuwendung durch die Mutter bereits nach Ablauf von wenigen Monaten nachteilig auf die Entwicklung der Knaben ausgewirkt hat, vor allem da in Z. zu Beginn der Kindheit noch eine Hausgemeinschaft bestand. Faktisch übt der Vater seit langem das Sorgerecht aus, ohne dabei in irgendeiner Weise von der Mutter unterstützt oder begleitet zu werden. Laut Angaben der Vertretungsbeiständin kümmert sich D. B. umfassend um das Wohl der Kinder und nimmt die Verantwortung für die Erziehung seiner beiden Söhne wahr. X. und Y. fühlen sich denn auch bei ihrem Vater sehr wohl und unterstützen anlässlich der Anhörung vom 25. Januar 2001 den Entscheid, das Sorgerecht von der Mutter auf den Vater zu übertragen. Damit ist erwiesen, dass sich R. B. nicht ernstlich im Sinne von Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB um ihre Kinder gekümmert hat, womit nicht nur die Voraussetzungen für den Sorgerechtsentzug gemäss Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, sondern auch von Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 gegeben sind.

4. Es stellt sich noch die Frage, ob im vorliegenden Fall eine weniger weitgehende Kindesschutzmassnahme genügen würde (Stufenfolge der Kindesschutzmassnahmen, Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Dies könnte namentlich dann zutreffen, wenn wesentliche Teilbereiche der elterlichen Sorge der Mutter belassen werden könnten und die Mutter diesbezüglich auch tätig würde. Da der Aufenthalt der Mutter jedoch ungewiss ist, könnte sie für die Ausübung gewisser Teilbereiche der elterlichen Sorge jedoch gar nicht kontaktiert werden. Mildere Kindesschutzmassnahmen müssten im vorliegenden Fall derart umfassend ausgestaltet werden, dass sie einem Sorgerechtsentzug gleichkämen. In Lehre und Praxis wird aber die Auffassung vertreten, dass die elterliche Sorge zu entziehen sei, wenn diese durch andere Kindesschutzmassnahmen praktisch ausgehöhlt werden müsste (ZVW 34 [1979], S. 34 f.). Eine mildere Kindesschutzmassnahme ist daher nicht geeig-

net, dem Kindeswohl in gleicher Weise wie ein Entzug der elterlichen Sorge zu entsprechen. Der Entzug des Sorgerechts der Mutter ist daher erforderlich.

5. Nach § 15 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; 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 unbekannteten Abwesenheit ist indessen die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht möglich. Dies hat jedoch nicht schlechthin zur Folge, dass eine notwendige Verfügung unterbleiben müsste. Die unbekanntete Abwesenheit 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 Mutter. Eine allfällige Benachteiligung im Verfahren hat sie daher selber zu verantworten (vgl. ZVW 34 [1979], S. 34 f.). X. und Y. wurde das rechtliche Gehör anlässlich der Sitzung vom 25. Januar 2001 gewährt, wo sich beide für die Übertragung des Sorgerechts von der Mutter auf den Vater aussprachen.

6. Mit der Entziehung des Sorgerechts der Mutter kann die Vormundschaftsbehörde das Sorgerecht über X. und Y. auf D. B. übertragen. Mit der Übertragung des Sorgerechts fällt die Vertretungsbeistandschaft dahin, da nun der Vater der gesetzliche Vertreter seiner Kinder ist. Gemäss Angaben der Vormundschaftsbehörde soll die Vertretungsbeistandschaft in eine Erziehungsbeistandschaft umgewandelt werden. Da ein gutes Vertrauensverhältnis zu F. besteht, schlägt der Vater vor, dass diese weiterhin als Mandatsträgerin eingesetzt bleibe.

II.

Die unbekanntete Abwesenheit der Mutter hat auch zur Folge, dass ihr 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. 4 VRG im Amtsblatt zu publizieren.

III.

Nach Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) dürfen für Amtshandlungen zum Schutz von Kindern keine Gebühren bezogen werden.

Regierungsrat 20. März 2001

§28 Abs. 2 VRG, §47 Abs. 2 VRG, Ziffer 114 Verwaltungsgebührentarif, §8 f. Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (Kostenverordnung)

Kosten und Parteientschädigung einer anwaltlich vertretenen Partei bei Abschreibung einer Beschwerde in Kindesschutzsachen infolge Gegenstandslosigkeit

Aus dem Sachverhalt:

Der Gemeinderat beschloss, dass sich Sohn X. wie auch seine Eltern, dann, wenn sie sich bei Abweichungen von der geltenden Besuchsrechtsregelung nicht einigen können, den Vormundschaftssekretär anrufen können. Dieser sollte alsdann nach Anhörung aller Parteien zum Wohl des Sohnes vermitteln und allenfalls entscheiden (Ziffer 3 des Beschlusses). Gegen diesen Beschluss erhob der Vater, vertreten durch Rechtsanwalt Y, Beschwerde mit dem Antrag, Ziffer 3 des Beschlusses des Gemeinderats sei aufzuheben. Eventualiter sei Ziffer 3 so abzuändern, dass der Vormundschaftssekretär zwar vermitteln, nicht aber entscheiden dürfe. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass es vorliegend rechtswidrig sei, dem Vormundschaftssekretär Entscheidungsbefugnisse zuzuweisen, ohne ihn gleichzeitig auch als Beistand zu ernennen. In der Folge beschloss der Gemeinderat die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen und Ziffer 3 im Sinne des Eventualantrags des Beschwerdeführers abzuändern. Gegen die neue Verfügung wurde keine Beschwerde erhoben.

Erwägungen:

Nachdem der Gemeinderat den angefochtenen Beschluss durch eine neue Verfügung ersetzte und gegen diese zweite Verfügung keine Beschwerde erhoben wurde, kann die Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben werden.

Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) ist das Beschwerdeverfahren in Kindesschutzsachen gebührenfrei.

a) Gemäss §28 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1) ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen. Nach herrschender Lehre gilt dies im allgemeinen nur, wenn ein Sachentscheid ergeht. Indessen rechtfertigt es sich nicht, bei Erledigung einer Beschwerde ohne Anspruchsprüfung eine Parteientschädigung generell zu verweigern. In einem solchen Fall sind für die Parteientschädigung diejenigen Grundsätze massgebend, welche bei einem Sachentscheid anzuwenden sind (vgl. Martin Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1986, S. 143; Gerichts- und Verwaltungsspra-

xis des Kantons Zug, GVP, 1997/98 S. 335ff.; vgl. auch GVP 95/96 S. 192ff. und 194f. sowie GVP 83/84, S. 126). Es ist daher summarisch zu prüfen, welche Partei obsiegt hätte. Hierbei sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids massgebend (§ 47 Abs. 2 VRG).

b) Der Regierungsrat hätte bei einem materiellen Sachentscheid als oberste Maxime das Kindeswohl zu beachten gehabt. 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 (vgl. Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage, Bern 1999, N. 26.04a). Aufgrund der Aktenlage hätte der Regierungsrat befunden, dass es im Interesse des Kindeswohls angezeigt war, eine konkretisierende Regelung betreffend Ausübung des Besuchsrechts festzusetzen. Sodann hätte er die vom Gemeinderat in Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses vorgesehene Regelung für sinnvoll erachtet, diese jedoch leicht modifiziert, um sie so mit der Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Dass es angezeigt war, eine Regelung festzusetzen, ergibt sich auch daraus, dass der Beschwerdeführer ansonsten nicht seinen Eventualantrag auf Modifizierung und somit auf Weiterbestand von Ziffer 3 des Beschlusses gestellt hätte. Im Weiteren scheint die neu getroffene Regelung auch tatsächlich dem Kindeswohl zu dienen. Dafür spricht namentlich, dass der neue Beschluss vom Beschwerdeführer, mithin dem Vater, nicht angefochten wurde. Dadurch brachte er konkludent zum Ausdruck, dass auch er die neue Regelung als im Interesse des Kindeswohls liegend erachtet, ist doch auch bei ihm davon auszugehen, dass er sich stets zum Wohl des Kindes einsetzt. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Regierungsrat, hätte er in der Sache materiell zu entscheiden gehabt, den Hauptantrag der Beschwerde auf Streichung von Ziffer 3 des Beschlusses abgewiesen, den Eventualantrag auf rechtskonforme Abänderung von Ziffer 3 hingegen gutgeheissen hätte. Mit anderen Worten heisst dies, dass der Beschwerdeführer bezüglich des Hauptantrags unterlegen und einzig bezüglich des Eventualantrags obsiegt hat.

c) Gemäss §28 Absatz 2 Ziffer 2 VRG ist zu Lasten des Gemeinwesens dann eine Parteientschädigung zuzusprechen, wenn dessen Behörden als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung begangen haben. Vorliegend ist letzteres der Fall, führte doch der Gemeinderat selbst in seinem Wiedererwägungsentscheid zutreffend aus, dass ihm eine Rechtsverletzung unterlaufen sei, sei doch im vorliegenden Fall die Zuweisung der Entscheidungsbefugnis an den Vormundschaftssekretär, ohne ihn zum Beistand zu ernennen, nicht mit Art. 307 Abs. 3 ZGB vereinbar. Hieraus ergibt sich, dass der Gemeinderat, da der Beschwerdeführer teilweise obsiegt hat, diesem eine Parteientschädigung zu bezahlen hat.

d) Mangels einer Bestimmung über die Höhe der Parteientschädigung für das Verwaltungsverfahren ist die Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (Kostenverordnung; BGS

162.12) analog heranzuziehen. Gemäss § 8 f. der Kostenverordnung muss die Entschädigung für eine anwaltlich vertretene Partei angemessen sein. Das Honorar bewegt sich grundsätzlich zwischen Fr. 100.- bis Fr. 3000.-, je nach Zeit- und Arbeitsaufwand, Wichtigkeit und Schwierigkeit der Sache sowie den sonstigen Interessen der Parteien an der Beurteilung der Angelegenheit. Gemäss ständiger Praxis des Regierungsrats übt dieser jedoch grosse Zurückhaltung bei der Zusprechung einer Parteientschädigung.

e) Der Rechtsvertreter reichte eine Honorarrechnung über Fr. 3500.- ein. Bei der Bemessung der Parteientschädigung fällt vorliegend ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer mit seinem Hauptantrag unterlegen ist und nur im Rahmen des Eventualantrags obsiegt hat. Somit ist ihm einzig der zur Geltendmachung der Rechtswidrigkeit notwendige Arbeitsaufwand seiner Rechtsvertreterin zu vergüten. Eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 600.- scheint vorliegend als angemessen. Dieser Betrag geht zu Lasten des Gemeinderats.

Regierungsrat, 4. Dezember 2001

3. Grundbuchwesen

Art. 1 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 181, 770 Abs. 3, 914 OR (SR 220); Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} BG über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973 (StG; SR 641.0); §§ 1, 2, 3, 5 Abs. 1 und 2 insbes. Ziff. 3, 7, 26 Abs. 3, 29 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (Grundbuchgebührentarif) vom 28. Februar 1980 (BGS 215.35); §§ 18 Abs. 1, 62 Steuergesetz vom 25. Mai 2000 (BGS 632.1); §§ 2, 5, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 28 Abs. 2, 41 Abs. 1 VRG. – Grundbuchwesen; Grundbuchgebührentarif; Handänderungsgebühren

Sachverhalt:

A. Im Zuge einer umfassenden Umstrukturierung wurde das Immobiliengeschäft der Genossenschaft A. auf die B. Immobilien AG übertragen. Die Übertragung der Grundstücke erfolgte mittels Sacheinlagevertrag vom 27. November 2000. Die Übertragung erfolgte zum Buchwert, welcher gemäss Sacheinlagevertrag insgesamt Fr. 38'849'400.- betrug und unter Übernahme der Grundpfandschulden in der Höhe von insgesamt Fr. 17'675'000.-. Die Differenz zwischen den Übernahmewerten und den übernommenen Grundpfandschulden wurde einerseits durch Zuerkennung von Namenaktien beglichen, welche die Genossenschaft A. von der B. Immobilien AG als Gegenleistung erhielt, andererseits durch Gutschrift als Agio-Reserve.

B. Am 25. Januar 2001 stellte das Grundbuchamt Zug der Stadtgemeinde Zug für die Eigentumsübertragung infolge Sacheinlagevertrag die entsprechende Gebührenrechnung zu. Danach beliefen sich die zu entrichtenden

Handänderungsgebühren auf insgesamt Fr. 357'646.40. Die Rechnung basiert auf einem Übernahmewert von insgesamt Fr. 4'700'800.- und einem Gebührenansatz von 4 Promille. Am 8. Februar 2001 stellte die Stadtkanzlei Zug der B. Immobilien AG den Betrag von Fr. 357'646.40 in Rechnung.

C. Dagegen reichte die B. Immobilien AG am 1. März 2001 beim Regierungsrat Beschwerde mit folgendem Antrag ein: Die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 8. Februar 2001 betreffend die Erhebung der Gebühren des Grundbuchamtes sowie der Gemeinde basierend auf dem am 27. November 2000 verkündeten Sacheinlagevertrag zwischen der Genossenschaft A. und der Beschwerdeführerin sei aufzuheben und die Gebühren seien in Anwendung von §5 Abs. 2 Ziff. 3 des Gesetzes über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (Grundbuchgebührentarif) auf Fr. 89'406.60 (Gebühren des Grundbuchamtes) resp. auf Fr. 89'416.60 (Gebühren der Gemeinde), insgesamt auf CHF 178'823.20 festzulegen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdeführerin begründet die Beschwerde damit, dass eine Fusion bzw. ein fusionsähnlicher Sachverhalt vorliege, weshalb nicht der Satz von 4 Promille gemäss §5 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif Anwendung finde, sondern der ermässigte Satz von 2 Promille der Handänderungssumme, welcher gemäss §5 Abs. 2 Ziff. 3 im Falle einer Fusion gelte.

D. Der Stadtrat Zug weist in seinem Schreiben vom 3. April 2001 darauf hin, dass im vorliegenden Falle eine reine Rechtsfrage zu entscheiden sei. Da die zum Entscheid berufene Behörde das Recht von Amtes wegen anzuwenden habe, verzichte er auf die Einreichung einer Vernehmlassung.

Das Grundbuchamt führt in seiner Vernehmlassung vom 4. April 2001 an, dass der geltende Grundbuchgebührentarif Handänderungen infolge Sacheinlagevertrages nicht privilegiere, weshalb es den ordentlichen Gebührensatz von 4 Promille angewendet habe.

Aus den Erwägungen:

I.

1.

2.

II.

1.

2. Nach §5 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif beträgt die Handänderungsgebühr in der Regel 4 Promille. In den in §5 Abs. 2 geregelten Fällen findet der reduzierte Gebührenansatz von 2 Promille Anwendung. Privilegiert sind nach Ziff. 3 des erwähnten Absatzes Handänderungen infolge Umwandlung von Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder juristischen Personen ohne

wertmässige Veränderung der Anteilsrechte der Beteiligten sowie bei Fusionen von juristischen Personen und sonstigen Handelsgesellschaften. Streitig ist nun, ob die Übertragung der im Kanton Zug gelegenen Grundstücke von der Genossenschaft A. mittels Sacheinlagevertrag und unter Übernahme der Grundpfandschulden eine Handänderung darstellt, welche gebührenrechtlich privilegiert ist.

Den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Streitfrage bildet der Wortlaut des § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif, dessen Sinn nach den allgemeinen Regeln der Auslegung zu ermitteln ist. ...

3. Nach dem Wortlaut von § 5 Abs. 2 Ziff. 3 des Grundbuchgebührentarifs werden zivilrechtliche Handänderungen «bei Fusionen von juristischen Personen und sonstigen Handelsgesellschaften» mit einer Handänderungsgebühr von 2 Promille belastet. Wie der Begriff der Umwandlung wird auch derjenige der Fusion im geltenden Grundbuchgebührentarif nicht definiert. Der Begriff findet sich im Obligationenrecht, welches aber nur die Verschmelzung zwischen Aktiengesellschaften (Art. 748f. OR), Kommanditaktiengesellschaften (Art. 770 Abs. 3 OR), zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Kommanditaktiengesellschaft (Art. 750 und 770 Abs. 3 OR) und zwischen Genossenschaften (Art. 914 OR) zu einer neuen Unternehmens Einheit ausdrücklich regelt. Es unterscheidet dabei die Absorptionsfusion (Art. 748 OR), bei der eine juristische Person von einer anderen übernommen wird, von der Kombinationsfusion (Art. 749 OR), bei der sich zwei oder mehrere Gesellschaften zu einer neuen Gesellschaft zusammenschliessen (Guhl/Merz/Koller/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1991, S. 701). In der Lehre und Rechtsprechung ist für diese gesetzlich geregelten Tatbestände der Verschmelzung der Begriff «echte Fusion» geläufig, deren für den Rechtsverkehr entscheidende Merkmale in bestimmten Rechtswirkungen, nämlich in der Gesamtrechtsnachfolge infolge Universal sukzession, der mitgliedschaftsrechtlichen Kontinuität und der Auflösung ohne Liquidation erblickt werden (Guhl/Merz/Koller/Druey, a.a.O., S. 701; Christoph von Greyerz, Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Basel 1982, S. 286; Rudolf Tschäni, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 748 OR N. 1 m.H.a. BGE 108 Ib 445; 115 II 418).

Das Obligationenrecht setzt für die Annahme einer echten Fusion voraus, dass eine oder mehrere oder alle an der Fusion beteiligten Gesellschaften in einer einzigen, bereits bestehenden oder neu gegründeten Gesellschaft aufgehen (BGE 102 IB 140). Der im vorliegenden Fall Handänderungsgebühren auslösende Rechtsvorgang, d.h. die Übertragung der mit dem Immobiliengeschäft verbundenen Aktiven und Passiven der Genossenschaft A. auf die B. Immobilien AG gegen Ausgabe neuer Aktien stellt keine echte Fusion dar, zumal die beteiligten Gesellschaften weiterbestehen. Dies wird von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten. Es wird vielmehr geltend

gemacht, es liege ein fusionsähnlicher Tatbestand vor. Der Begriff des fusionsähnlichen Tatbestandes ist gesetzlich nicht definiert. In Lehre und Praxis werden eine ganze Reihe fusionsähnlicher Tatbestände unterschieden (unechte Fusion, Quasifusion, fusionsähnliche Vermögensabtretung, etc.), welche von der Praxis im Hinblick auf Unternehmensrestrukturierungen aus verschiedenen Gründen einer echten Fusion vorgezogen werden (Tschäni, a.a.O., Art. 748 OR N. 1, 3; Guhl/Merz/Koller/Druey, a.a.O., S. 701; BGE 102 Ib 140). Dabei ist man sich einig, dass das Obligationenrecht die möglichen Formen der Fusion nicht abschliessend regelt (BGE 57 II 1, 115 II 415, 125 III 18). Anerkannt wird auch, dass der Fusion in Gestalt der Absorption nahekommende Wirkungen auch durch verschiedene Formen der gesetzlich ebenfalls nicht geregelten Spaltung erzielt werden können (Guhl/Merz/Koller/Druey, a.a.O., S. 701). Die Spaltung stellt ein der Fusion umgekehrter Vorgang, gewissermassen eine «rückwärts abgewickelte Fusion» dar (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, S. 209, 296q). Mittels Spaltung überträgt eine Gesellschaft einen oder mehrere Teile ihres Vermögens auf eine oder mehrere andere Gesellschaften gegen Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an ihre Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Während die echte Fusion eine Gesamtrechtsnachfolge infolge Universalsukzession bewirkt, werden fusionsähnliche Unternehmensrestrukturierungen mangels gesetzlicher Normierung regelmässig auf dem Wege der Sacheinlagegründung oder der Sachübernahme mit oder ohne Teilliquidation und Sachausschüttung unter Anwendung von Art. 181 OR durchgeführt, jedoch in der Weise, dass die übertragende Gesellschaft formell weiterbesteht. Da Art. 181 OR nur für die mit dem Vermögen oder Geschäft verbundenen Schulden ein Übergang von Gesetzes wegen vorsieht, müssen die Aktiven einzeln nach den Regeln der Singularsukzession übertragen werden. Da eine echte Fusion zwischen Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform, wie zwischen einer Genossenschaft und einer Aktiengesellschaft im geltenden Recht nicht vorgesehen ist (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensabtretung vom 13. Juni 2000; Fusionsgesetz; FusG; BBl 2000 S. 4343), müssen Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform entsprechende Wirkungen auf anderem Wege herbeiführen. Diese Notwendigkeit bestand auch im zu beurteilenden Fall. Die Genossenschaft A. und die B. Immobilien AG haben sich für den Abschluss eines Sacheinlagevertrages entschieden.

Ob im zu beurteilenden Vorgang ein fusionsähnlicher Vorgang liegt, ist dann von eher theoretischem Interesse, wenn sich aufgrund der Auslegung der einschlägigen Bestimmung des Grundbuchgebührentarifs zweifelsfrei ergibt, dass der Begriff der Fusion, so wie ihn der Grundbuchgebührentarif verwendet, mit dem obligationenrechtlichen Sinne des Begriffes übereinstimmt bzw. die gebührenmässige Privilegierung gemäss § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif eine echte Fusion voraussetzt. Dass nicht ohne weiteres von dieser Annahme auszugehen ist, deutet bereits die gesetzliche

Wendung «Fusionen von juristischen Personen und sonstigen Handelsgesellschaften» an. Da gemäss Obligationenrecht nur juristische Personen gleicher Rechtsform fusionieren können, macht die ausdrückliche Erwähnung sonstiger Handelsgesellschaften wenig Sinn. Unternehmenszusammenschlüsse zwischen «sonstigen Handelsgesellschaften», zu denen neben den Handelsgesellschaften mit Rechtspersönlichkeit, wie beispielsweise der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, auch die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft gehören (Guhl/Merz/Koller/Druey, a.a.O., S. 581, 583), können nicht auf dem Wege einer echten Fusion vollzogen werden. Wenn der Grundbuchgebührentarif diesem Grundsatz widersprechend auch Fusionen sonstiger Handelsgesellschaften gebührenmässig privilegiert, so bildet dies einen gewichtigen Anhaltspunkt dafür, dass sich der gebührenrechtliche Begriff der Fusion nicht mit demjenigen des Obligationenrechts deckt und die gebührenrechtliche Privilegierung von Handänderungen infolge von Fusionen gemäss § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif nicht auf die im Obligationenrecht explizit geregelten Arten beschränkt ist (Stephan Pfenninger, Grundsteuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 161, Zürich 1995, S. 140). Dieses Auslegungsergebnis aufgrund des grammatikalischen Auslegungselements – es ist unter Berücksichtigung der übrigen Auslegungselemente zu verifizieren – ist, soviel steht fest, vom weitesten nach allgemeinem Sprachgebrauch noch möglichen Sinn des Wortes «Fusion» gedeckt.

4. Der Sinn eines Begriffes oder einer gesetzlichen Regelung lassen sich oft erst von der Zielsetzung der Norm her konkretisieren, wobei die gesetzgeberischen Vorarbeiten hierüber Aufschluss geben können. Das ist vor allem der Fall bei Gesetzen, die wirtschaftspolitische Ziele anstreben und Ausnahmeregelungen enthalten, deren Tragweite nicht von vornherein offensichtlich ist (BGE 102 Ib 145). Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, dass neben dem Gesetz auch die Gesetzesmaterialien keinen Aufschluss über die Tragweite des Begriffes «Fusion» erteilen. Dieser Auffassung kann nicht vorbehaltlos beigetreten werden. Welche Überlegungen zur Schaffung der Gesetzesbestimmung führten und die endgültige Fassung von § 5 Abs. 2 Ziff. 3 des Grundbuchgebührentarifs bestimmten, kann insbesondere dem Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission des Kantonsrats vom 29. August 1979 (Vorlage Nr. 4343) entnommen werden. Daraus wird zunächst ersichtlich, dass die geltende Regelung durch ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 30. April 1979 mitgeprägt wurde. Im betreffenden Entscheid hatte das Gericht – allerdings gestützt auf den damals massgebenden Kantonsratsbeschluss vom 6. November 1941 – einen Anspruch auf Gebührenreduktion infolge einer Übertragung von Grundeigentum durch eine Industrieholding AG auf eine von ihr gegründete und von ihr vollständig beherrschte Tochtergesellschaft in Form einer AG mangels gesetzlicher Grundlage verneint.

Den vorhandenen Protokollen ist weiter zu entnehmen, dass der Regierungsrat den Begriff der Fusion eng fassen wollte. Es bestand die Absicht, jene Tatbestände gebührenmässig zu privilegieren, deren Bevorzugung «auch in Bundesgesetzen auf irgendeine Weise» vorgesehen ist. Von einer ausdrücklichen gesetzlichen Erwähnung fusionsähnlicher Vorgänge nahm man mit der Begründung Abstand, dass damit ein Ansatzpunkt für Streitigkeiten bezüglich der Berechnung der Handänderungsgebühren geschaffen würde. Das Grundbuchamt wäre bei der Geltendmachung von fusionsähnlichen Tatbeständen zu umfangreichen Abklärungen gezwungen. Die gebührenmässige Privilegierung von fusionsähnlichen Tatbeständen erschien daher unter dem Aspekt der Rechtssicherheit nicht als praktikabel. In der Schlussabstimmung anlässlich der Sitzung der vorberatenden Kommission vom 29. August 1979 obsiegte aber trotz der genannten Bedenken die heutige, auf den Antrag Schweizer zurückzuführende Fassung gegenüber dem Antrag des Regierungsrates. Im Bericht und Antrag wird die heute geltende Fassung von § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif wie folgt motiviert:

... «Als gleichermassen stossend wird nun aber auch von der Kommission erachtet, wenn jemand volle Handänderungsgebühren bezahlen muss, wenn er ein Grundstück besitzt und dieses in eine Aktiengesellschaft einbringt, in welcher er wiederum als Alleinaktionär das Eigentumsrecht an diesem Grundstück ausübt. In diesem Sinne werden auch die weiteren Handänderungen infolge Umwandlung ohne wertmässige Veränderung der Anteilsrechte der Beteiligten als privilegierungswürdig betrachtet. Derartige Umwandlungen, die lediglich eine Änderung der Rechtsform, nicht aber der wirtschaftlichen Beherrschungsverhältnisse bedeuten, entsprechen denn auch vielfach dem Bedürfnis, dadurch entweder die Haftung beschränken zu können oder zur Erstarkung und besseren wirtschaftlichen Absicherung des betreffenden Betriebes beizutragen, was nicht nur dem betreffenden Inhaber, sondern vielmehr auch den darin beschäftigten Arbeitnehmern zugute kommt und der Erhaltung von Arbeitsplätzen dienen kann. Da keine wirtschaftliche Änderung der Beherrschungsverhältnisse damit verbunden ist, rechtfertigt sich nach Ansicht der überwiegenden Mehrheit der Kommission die vorgeschlagene Privilegierung.»

Diese, die Umwandlung und die Fusion gleichermassen betreffende Begründung erhellt die Grundposition des Gesetzgebers, gibt Auskunft über den Zweck der Regelung und macht den historischen wie auch den geltungszeitlichen Normsinn deutlich: Paragraph 5 Abs. 2 Ziff. 3 soll verhindern, dass zivilrechtliche Handänderungen, welche sich lediglich in der Änderung der Rechtsform erschöpfen und bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit keiner Eigentumsübertragung auf einen mit dem bisherigen nicht mehr identischen Rechtsträger verbunden sind, dem ordentlichen Gebührensatz von 4 Promille unterliegen. Dies als Folge davon, dass solche Handänderungen zwecks Reorganisation der Unternehmung erfolgen. Dass die Handänderung eine Gesamtrechtsnachfolge infolge Universalsukzession bewirkt, wur-

de für die Privilegierung ausdrücklich als nicht ausschlaggebend betrachtet. Etwas anderes gilt hinsichtlich des Erfordernisses einer grundbuchlichen Auswirkung des Vorganges. Dieser sollte vom für die Berechnung der Handänderungsgebühr zuständigen Grundbuchamt möglichst leicht und ohne grossen Aufwand festgestellt werden können, weshalb die Idee, durch Übertragung von Mehrheitsbeteiligungen an einer Immobiliengesellschaft bewirkte «Fusionen» gebührenrechtlich zu privilegieren, aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit verworfen wurde. Dies war auch deshalb sachgerecht, weil Objekt des Erwerbs von Beteiligungsrechten an einer Immobiliengesellschaft nach allgemeiner Auffassung die Wertpapiere als Beweglichkeiten und nicht das Unternehmen selbst bildet (vgl. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988, S. 62, 122).

Angesichts der auf Bundesebene laufenden Bestrebungen zur Erleichterung und steuerlichen Privilegierung von Unternehmensrestrukturierungen – sie wurden im Vernehmlassungsverfahren seitens aller Kantone begrüsst – kann davon ausgegangen werden, dass der kantonale Gesetzgeber den Begriff der Fusion heute nicht restriktiv fassen, sondern einer weiten Auslegung den Vorzug geben würde (Meier-Hayoz, a.a.O., Art 1 ZGB N. 155). Dies macht im Ergebnis auch die Beschwerdeführerin geltend, wenn sie ihren Rechtsstandpunkt unter Hinweis auf den Entwurf des Fusionsgesetzes zu untermauern versucht, den der Bundesrat am 13. Juni 2000 den eidgenössischen Räten unterbreitet hat. Das Ziel dieses Gesetzes besteht in der Erleichterung der rechtlichen Organisation von Unternehmungen, indem Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensabtretungen von Unternehmen gleicher oder unterschiedlicher Rechtsform im Normalfall ohne Steuerfolgen durchgeführt werden können. Als Beispiele nennt die Botschaft ausdrücklich den Tatbestand der Übertragung eines Betriebs auf eine Tochtergesellschaft (horizontale Spaltung). Der Wille des Bundesgesetzgebers, die Reorganisation von Unternehmungen de lege ferenda zu erleichtern und steuerlich zu begünstigen, bildet indessen für sich alleine keine verbindliche Richtschnur für die Beurteilung der Streitfrage, da dem schweizerischen Recht eine Vorwirkung von Erlassen fremd ist. Die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Privilegierungen können aber als Ausdruck der im Zeitpunkt der Auslegung des § 5 Abs. 2 Ziff. 3 des Grundbuchgebührentarifs vorherrschenden Wertvorstellungen und Zwecküberlegungen gewertet werden, was bei einer objektivzeitgemässen Auslegung der betreffenden Bestimmungen ins Gewicht fällt (Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 ZGB N. 162ff.; Ernst Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 91ff.). Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass der historische Auslegungsbefund dem aufgrund der grammatikalischen Auslegung ermittelten Normsinn nicht widerspricht. Er besteht darin, dass der Gesetzgeber nicht bloss Vorgänge privilegieren wollte und durch die endgültige Fassung des § 5 Abs. 3 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif privilegiert hat, wel-

che sämtliche Merkmale der im Obligationenrecht geregelten echten Fusionsstatbestände aufweisen, sondern auch andere zivilrechtliche Handänderungen an Grundstücken mit gleichen Zwecken und ähnlichen Wirkungen.

5. Aufschluss über den Normsinn liefert regelmässig auch die systematische Betrachtung einer Gesetzesnorm. Das systematische Auslegungselement zieht Schlüsse aus der Stellung einer Norm im Normengefüge (vgl. Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 1 ZGB N. 188ff.). Dabei ist nicht nur das in Frage stehende Gesetz, sondern die Rechtsordnung als Ganzes in die Betrachtungen einzubeziehen. Das systematische Auslegungselement ermöglicht einerseits die Berücksichtigung von übergeordneten Wertentscheidungen und damit die Vermeidung von Wertungswidersprüchen, aber auch eine disziplinenübergreifende Sichtweise, womit dem Postulat nach Einheit der Rechtsordnung Rechnung getragen wird (Lanz, a.a.O., S. 174). Aus ihm ergibt sich auch das Erfordernis der bundesrechtskonformen Auslegung und der Grundsatz, die Voraussetzungen der Steuerprivilegierung nach einkommenssteuerrechtlichen Grundsätzen auszulegen, soweit das Gesetz hierfür Raum lässt und nicht mit Blick auf die besondere Rechtsnatur der Handänderungsgebühr auf einen davon abweichenden Normsinn geschlossen werden muss (Pfenninger, a.a.O., S. 146).

Die Voraussetzungen der Privilegierung von Unternehmensrestrukturierungen gemäss § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif können vor allem mit denjenigen der Privilegierung der ebenfalls als Rechtsverkehrssteuer ausgestalteten Stempelabgabe verglichen werden (Pfenninger, a.a.O., S. 146 m.H.a. Max Kramer, Fusionen und fusionsähnliche Zusammenschlüsse im Bereich der Emissionsabgabe, ASA 57 1988/89, S. 8). In der Botschaft (BB1 1972 II 1294ff.) zum entsprechenden Bundesgesetz vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG; SR 641.10), welches den einer Fusion wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschluss in Art. 6 Abs. 1 Bst.a bis StG ausdrücklich von der Emmissionsabgabe ausnimmt, werden mehrere fusionsgleiche Sachverhalte umschrieben. Ausdrücklich erwähnt ist unter anderem die Übernahme der Aktiven und Passiven einer Genossenschaft durch eine Aktiengesellschaft gemäss Art. 181 OR gegen Ausgabe neuer Beteiligungsrechte und unter Liquidation der übernommenen Unternehmen. Auch das Bundesgericht bezeichnet unter Verweis auf die Lehre die Übernahme des nicht in Form einer Aktiengesellschaft konstituierten Unternehmens mit Aktiven und Passiven durch eine Aktiengesellschaft gemäss Art. 181 OR sowie die Übertragung des Vermögens von einer Gesellschaft auf eine andere gegen Übernahme von Aktien der übernehmenden Gesellschaft ausdrücklich als fusionsähnlichen Sachverhalt. In Zusammenhang mit der Stempelabgabe hat es im Entscheid 102 Ib 145 festgestellt, dass einer echten Fusion infolge unterschiedlicher Gesellschaftsformen rechtliche Hindernisse entgegenstehen können, was dazu führe, dass der auf dem Wege der Fusion nicht erreichbare Zweck mit einer anderen Rechtsform verwirklicht werden müsse. Da mit der vom Gesetz getroffenen Lösung Fusionen begünstigt werden

sollten, sei davon auszugehen, dass in gleicher Weise auch der wirtschaftlich einer Fusion gleichkommende Zusammenschluss zu privilegieren ist. Es rechtfertigte sich, an die aus einem solchen Zusammenschluss zu erwartenden Wirkungen keinen strengeren Massstab anzulegen als gegenüber den eigentlichen Fusionen, sofern die Intensität der Verbindung rechtlich und faktisch nicht völlig integrierter Gesellschaften jener einer eigentlichen Fusion praktisch gleichkomme. Massgebend für den Eintritt einer wirtschaftlich der Fusion gleichkommenden Vereinigung ist nach dem erwähnten Entscheid, dass die Gesellschaften, die bei echter Fusion in die aufnehmende Gesellschaft überführt werden, zwar rechtlich als solche weiter existieren, aber wirtschaftlich von einer einzigen Stelle aus geleitet werden und sich die aus der Fusion erwarteten günstigen wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit, die den Grund der Privilegierung bildeten, beabsichtigt werden oder zu erwarten sind. In diesem Fall habe der Zusammenschluss wirtschaftlich grundsätzlich die gleichen Wirkungen wie eine echte Fusion. Das Bundesgesetz wolle in diesem Falle den Zusammenschluss des Privilegs teilhaftig werden lassen ohne Rücksicht auf die rechtliche Form, in der die Wirtschaftskonzentration erreicht wird (BGE 102 Ib 147).

Nach einkommenssteuerrechtlichen Grundsätzen greift eine Steuerpflicht regelmässig dann nicht Platz, wenn der seit der letzten steuerbaren Handänderung aufgelaufene Mehrwert trotz eines Subjektwechsels nicht realisiert wird (Pfenninger, a.a.O., S. 146 m.H.a. Auskunft Finanzdirektion Zug vom 4.11.1993). Nach § 18 Abs. 1 des zugerischen Steuergesetzes vom 25. Mai 2000 (Steuergesetz; BGS 632.1) kann eine erfolgsneutrale Umstrukturierung einer Personenunternehmung ohne Besteuerung der stillen Reserven als Einkommen erfolgen, soweit sie keine Liquidations- oder Veräusserungsmassnahme darstellt und die im Zeitpunkt der Umstrukturierung vorhandenen stillen Reserven der Besteuerung in der Schweiz nicht entzogen werden. Die Regelung der Gewinnsteuer juristischer Personen in § 62 lautet wie folgt: «Stille Reserven einer juristischen Person werden bei einer erfolgsneutralen Umstrukturierung nicht besteuert, soweit sie keine Liquidations- oder Veräusserungsmassnahme darstellt und die im Zeitpunkt der Umstrukturierung vorhandenen stillen Reserven der Besteuerung in der Schweiz nicht entzogen werden.» Einer Auslegung des § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif nach einkommenssteuerrechtlichen Gesichtspunkten sind indessen Grenzen gesetzt, da im Handänderungsgebührenrecht nicht der Realisationsbegriff des Einkommenssteuer- bzw. Gewinnsteuerrechts den Ausschlag für die Privilegierung gemäss § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif gab. Im Vordergrund stand die begünstigte Behandlung von Universalsukzessionen und formellen Handänderungen, welche die wirtschaftlichen Verhältnisse nicht ändern (Pfenninger, a.a.O., S. 146f, Fn. 17 m.H.a. Auskunft Grundbuchamt Zug vom 31. Januar 1994).

6. Da gesetzliche Anordnungen zur Erfüllung bestimmter Zwecke erlassen werden, ist dem Zweck einer gesetzlichen Bestimmung bei der Ermittlung des Normsinns der ihm gebührende Stellenwert einzuräumen. Das te-

teleologische Auslegungselement verlangt vom Rechtsanwender die Berücksichtigung des Normzweckes, der im Rahmen der gesamten Rechtsordnung zu eruieren ist (vgl. statt vieler Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 1 ZGB N. 192ff.; Lanz, a.a.O., ZBJV 137 2001, S. 15). Die Grenze der Auslegung liegt aus diesem Grunde nicht im möglichen Wortsinn einer Bestimmung, sondern im Normsinn (Pfenninger, a.a.O., S. 145). Die Rechtsanwendung darf nicht einfach auf formelle zivilrechtliche Kriterien abstellen, sondern hat die materiellen, zweckorientierten Gesichtspunkte einer Regelung zu berücksichtigen. Zum gleichen Ergebnis führt auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise, von der im Abgaberecht meistens dann die Rede ist, wenn die Frage beantwortet werden muss, ob zivilrechtliche Begriffe in Steuernormen im Sinne der zivilrechtlichen Bedeutung oder im Sinne ihres wirtschaftlichen Inhaltes auszulegen sind (Raphael Lanz, Von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Privatrecht, ZBJV 137 2001 S. 1f.). Heute ist anerkannt, dass es sich bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht um eine Sondermethode der Auslegung handelt, sondern um eine ohne weiteres durch zweckgerichtete Gesetzesauslegung sich ergebende Betrachtungsweise. Sie wird in der Methodenlehre als Ausformung der teleologischen Interpretationsmethode dargestellt (Lanz, a.a.O., ZBJV 137 2001 S. 14).

Unter das teleologische Auslegungselement «subsumiert» werden kann einerseits der historisch-teleologische Zweck, den der historische Gesetzgeber mit der Schaffung des § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif verfolgte, und andererseits der objektiv-teleologische Zweck, welcher im geltungszeitlichen Kontext zu eruieren ist (Kramer, a.a.O., S. 111). Wie bereits dargelegt, besteht zwischen diesen beiden Zwecken im zu beurteilenden Fall kein Spannungsverhältnis. Die grammatikalische, historische und systematische Auslegung weisen darauf hin, dass es handänderungsgebührenrechtlich nicht ausschlaggebend sein kann wie die «Fusion» bewirkt wird. Steuerlich massgebend sein muss im vorliegenden Fall das mit dem Abschluss des Sacheinlagevertrages verfolgte Ziel (Pfenninger, a.a.O., S. 202), das mangels gleicher Rechtsform der beteiligten Unternehmungen durch echte Fusion nicht zu erreichen war. Auch wenn die Privilegierung einer Unternehmensrestrukturierung bezüglich der Handänderungsgebühr eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage voraussetzt, dürfen die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nicht überspannt werden. Es muss genügen, dass die privilegierte Behandlung von Umstrukturierungen mittels Fusion im Grundbuchgebührentarif eine ausdrückliche Erwähnung gefunden hat (Pfenninger, a.a.O., S. 140f., 145). Dass bei einer fusionsähnlichen Unternehmensreorganisation keine Universalsukzession stattfindet und die Aktiven daher auf dem Wege der Sacheinlage übertragen werden mussten, ist angesichts des Normzweckes kein Grund, den Anspruch auf Gebührenreduktion auszuschliessen (Pfenninger, a.a.O., S. 140f., 215).

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich das bereits aufgrund der grammatikalischen Auslegung des § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif sich ergebende Resultat, wonach der Begriff der Fusion nicht im engen obligatio-

nenrechtlichen Sinne zu verstehen ist, dem Ergebnis entspricht, das aufgrund der historischen, der systematischen und insbesondere auch der teleologischen Betrachtungsweise gefunden wurde. Setzt man den Begriff «Fusion» mit «echte Fusion» gleich, dann wird die Regelung des §5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif verglichen mit der Teleologie des Gesetzes zu eng interpretiert. Der Begriff der Fusion bzw. die gesetzliche Regelung ist daher auf den Anwendungsbereich zu erweitern ist, welcher der mit Hilfe aller sonstigen Auslegungsmittel eruierten ratio legis entspricht (Jaun, a.a.O., S. 23). Daraus ergibt sich, dass es sich beim zu beurteilenden Vorgang um einen privilegierten Tatbestand im Sinne von §5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif handelt.

....

Regierungsrat, 5. Juni 2001

4. Verwaltungsrecht

Waffentragbewilligung

§§ 7, 9 und 19 der Verordnung zur Bundesgesetzgebung über Waffen, Waffenzubehör und Munition (BGS 514.1); Art. 27 des eidgenössischen Waffengesetzes (SR 514.54); Art. 4 BV (neu 8) – Der Schutz von Personen, worunter auch der Schutz der eigenen Person fällt, gehört nicht zu den Aufgaben eines Liegenschafts- und Immobilienverwalters.

Aus dem Sachverhalt:

... B.H. stellte am 4. Februar 1999 ein Gesuch um Erteilung einer Bewilligung für das Tragen einer Waffe des Typs Revolver/Pistole nach neuem Recht. Mit Verfügung vom 6. August 1999 wies die Kantonspolizei Zug das Gesuch um Bewilligung eines Waffentragscheins ab. Am 10. August 1999 erhob B.H. gegen diese Verfügung Einsprache. (...) Mit Entscheid vom 24. November 2000 wies die Kantonspolizei die Einsprache ab. Gegen diesen Einspracheentscheid erhob B.H. Beschwerde beim Regierungsrat.

Aus den Erwägungen:

...

1. Der Beschwerdeführer macht in formeller Hinsicht geltend, die angefochtene Verfügung sei in verwaltungsrechtlicher Hinsicht fragwürdig zustande gekommen, da seinem Rechtsvertreter der Einblick in die Empfehlung Nr. 4 der Schweizerischen Bundespolizei, Arbeitsausschuss Waffen und Munition, vom 10. November 1998 verweigert worden sei.

a) Zu dem aus alt Art. 4 BV (neu Art. 8 BV) abgeleiteten Anspruch auf rechtliches Gehör gehört auch das Recht auf Akteneinsicht. Das Akteneinsichtsrecht soll garantieren, dass der von einem staatlichen Verfahren betroffene Bürger umfassende Kenntnis von den Entscheidungsgrundlagen erhält (Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 68 f.). Gemäss Literatur und Rechtsprechung ist das Verwaltungsverfahren grundsätzlich kein öffentliches Verfahren. Akteneinsicht kann nur verlangen, wer ein rechtliches Interesse daran hat, die Akten einzusehen. Dies gilt insbesondere für die an einem Verwaltungsverfahren beteiligten Personen. Ihnen gegenüber gilt der Grundsatz, dass das Verwaltungsverfahren nicht öffentlich ist, nicht. Vielmehr müssen den an einem Verwaltungsverfahren beteiligten Personen grundsätzlich sämtliche erhebliche Akten gezeigt werden, sofern in der sie unmittelbar betreffende Verfügung darauf abgestellt wird (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1986, Band I: Allgemeiner Teil, Nr. 83 B. I; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Nr. 83 B. I; BGE 99 Ib 113).

b) Offensichtlich hat sich die Vorinstanz bei ihrer angefochtenen Verfügung auf die Empfehlung Nr. 4 des Arbeitsausschusses Waffen und Munition der Schweizerischen Bundespolizei gestützt. Zu Unrecht ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass es sich bei diesem Schreiben um ein vertrauliches Papier handle, in das dem Beschwerdeführer keine Einsicht gewährt werden dürfe. Mit der Vernehmlassung vom 26. Januar 2001 hat sie dieses Schreiben jedoch nachgereicht. Der Beschwerdeführer hatte in der Folge die Möglichkeit, von diesem Schreiben Kenntnis und im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels dazu Stellung zu nehmen. Damit ist dieser Mangel geheilt (Attilio R. Gadola, a.a.O., Zürich 1991, S. 453; Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, N. 1320 ff.).

...

3. b) Von einer Person, die um eine Waffentragbewilligung ersucht, darf verlangt werden, dass sie glaubhaft macht, das Tragen einer Waffe sei für sie das am besten geeignete Mittel zur Abwendung der Gefahren, die sie befürchtet (BGE 2A.407/2000 vom 11. Dezember 2000, S. 5; BGE 2A.26/2001 vom 1. Mai 2001, S.3). Der Bundesrat hatte dazu in seiner Botschaft ausgeführt, der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin habe glaubhaft zu machen, dass nur durch das Tragen einer Waffe einer Gefährdung, die im Einzelnen dargetan werden muss, begegnet werden könne (BBl 1996 I S. 1071). Die Bedürfnisklausel umfasst demzufolge einerseits das Glaubhaftmachen, dass eine Waffe benötigt wird und andererseits das Glaubhaftmachen, dass nur durch das Tragen einer Waffe einer Gefährdung, die im Einzelfall dargetan werden muss, begegnet werden kann und deshalb das Tragen einer Waffe die einzige Möglichkeit ist, sich zu schützen (BGE 2A.407/2000 vom 11. Dezember 2000, S. 5).

c) Der Beschwerdeführer macht geltend, er benötige eine Waffe, da er im Immobilienhandel und in der Liegenschaftsverwaltung in der ganzen Schweiz tätig sei und öfters grosse Barbeträge entgegennehmen müsse. Zudem gehöre auch das Eintreiben von Mieten zu seinen Aufgaben. Es sei offensichtlich, dass jemand, der so häufig mit grossen Geldbeträgen unterwegs sei, viel eher das Ziel eines Raubüberfalls werde, da zumindest die Zahlenden und zumeist auch Dritte Kenntnis vom mitgeführten Geld hätten.

d) Dass der Beschwerdeführer als Liegenschaftsverwalter Akten und Geldbeträge mit sich trägt, wird nicht in Abrede gestellt. Trotzdem vermag dies allein die Erteilung einer Waffentragbewilligung noch nicht zu rechtfertigen. Wie das Bundesgericht im Entscheid 2A.411/200 vom 22. März 2001 festhält, besteht das mit dem Transport von Geld verbundene Risiko eines Überfalls für jeden Geschäftsführer oder Angestellten irgendeines Betriebes, wenn nach Ladenschluss grössere Geldbeträge von der Kasse in eine anderes Gebäude, z.B. in einen Nachttresor, gebracht werden müssen. Es würde aber zu weit gehen und dem Zweck des neuen Waffengesetzes widersprechen, allen Personen, die am Abend eine Kasse leeren und grössere Geldbeträge transportieren, eine Waffentragbewilligung zu erteilen (vgl. auch BGE 2A.26/2001 vom 1. Mai 2001 S. 4). Der Arbeitsausschuss Waffen und Munition der Schweizerischen Bundespolizei hat in seiner Empfehlung Nr. 4 vom 10. November 1998 zudem festgehalten, dass eine möglichst strenge Anwendung der Bedürfnisklausel zu empfehlen sei. Insbesondere müssten an den Nachweis einer Gefährdung strenge Anforderungen gestellt werden. Zudem müssten konkrete, das übliche Mass übersteigende Gefährdungsmomente nachgewiesen werden können. Dabei genüge der alleinige Hinweis eines Treuhänders auf einen geschäftsbedingten Transport hoher Geldbeträge für den Nachweis einer erhöhten Gefährdung seiner Person, seines Eigentums oder ihm anvertrauter Sachen nicht aus.

...

5. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die heutige strikte Bewilligungspraxis der Kantonspolizei sei mit den Grundzügen des Waffengesetzes nicht vereinbar. Durch die aktuelle Bewilligungspraxis sei es einem bedrohten Bürger nicht mehr möglich, einen Waffentragschein zu erhalten. Zudem widerspreche es dem eidgenössischen Waffengesetz, wenn die Regelung in §7 der kantonalen Verordnung zur Bundesgesetzgebung über Waffen, Waffenzubehör und Munition als abschliessend betrachtet werde.

a) Gemäss §7 Abs. 1 der kantonalen Verordnung zur Bundesgesetzgebung über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 15. Dezember 1998 (BGS 514.1) kann das Bedürfnis, eine Waffe zu tragen nach Art. 27 Abs. 2 Bst. b WG insbesondere gegeben sein bei Personen, die aufgrund ihrer beruflichen Stellung einer tatsächlichen Gefährdung ausgesetzt sind. Dazu gehören namentlich Personen (Art. 7 Abs. 2), die im Sicherheitsdienst tätig sind (Bst. a); Personen, die im Schmuckhandel tätig sind (Bst. b); Bankangestellte für Geld- und Wertsachentransporte (Bst. c).

b) Zum einen ist festzuhalten, dass sich die Vorinstanz beim Erlass der angefochtenen Verfügung offensichtlich an der genannten Empfehlung des Arbeitsausschusses für Waffen und Munition als auch an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts orientierte. Diese Empfehlung weist ausdrücklich daraufhin, dass die Erteilung einer Waffentragbewilligung dann zu erteilen sei, wenn eine erhöhte Gefährdung nachgewiesen werde. Dabei seien die individuellen Umstände des Einzelfalls entscheidend. Von einer eigenen, im Vergleich zu andern Kantonen zu strengen und damit dem eidgenössischen Waffengesetz widersprechenden Praxis des Kantons Zug kann also nicht die Rede sein. Zum andern ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, wenn er geltend macht, §7 der kantonalen Verordnung sei als nicht abschliessend zu qualifizieren. So hielt denn insbesondere auch die Justiz- und Polizeidirektion (heute: Sicherheitsdirektion) im erläuternden Bericht zur Verordnung über den Vollzug des eidgenössischen Waffenrechts vom 15. Dezember 1998, S. 7, fest, dass das kantonale Recht lediglich beispielhaft und nicht abschliessend aufliste, in welchen Fällen ein Bedürfnis, eine Waffe zu tragen, gegeben sein könne. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist auch die Vorinstanz bei §7 der kantonalen Verordnung von einer nicht abschliessenden Aufzählung ausgegangen (vgl. dazu Vernehmlassung S. 3; Duplik S. 2).

Mit der Replik reichte der Beschwerdeführer ein Blatt ein, auf welchem er sechs Vorfälle registrierte, bei denen er gemäss eigenen Angaben bedroht worden sein will.(...) Der Beschwerdeführer führt aus, dass bei ihm eine konkrete Gefährdung vorliege und diese vergleichbar sei mit einer im Schmuckhandel tätigen Person. Noch bedrohlicher wirke sich der Umstand aus, dass er sich vielfach in Gegenden bewege, in denen eine erhöhte Gewaltbereitschaft vorhanden sei. (...) Ob der Beschwerdeführer in den von ihm erwähnten Vorfällen bzw. in seiner Funktion als Verwalter von Immobilien und Liegenschaften aber tatsächlich besonders gefährdet war bzw. ist, kann indes letztlich offen bleiben. Wer einen Waffentragschein beanspruchen will, muss nämlich, wie erwähnt, nicht nur das Vorliegen einer tatsächlichen Gefahr glaubhaft machen, sondern auch, dass er dieser Bedrohung nur durch das Tragen einer Waffe begegnen kann (BB1, 1996 I, S. 1071; vgl. auch BGE 2A.26/2001 vom 1. Mai 2001). Wie nachfolgend dargetan, ist dies vorliegend aber gerade nicht der Fall.

7. Zweifellos benötigt der Beschwerdeführer zur Ausübung seines Berufes grundsätzlich keine Waffe. Der Schutz von Personen, worunter selbstverständlich auch der Schutz der eigenen Person fällt, gehört nicht zu den Aufgaben eines Liegenschafts- und Immobilienverwalters. Das Tragen einer Waffe ist auch bei den übrigen Aktivitäten des Beschwerdeführers nicht notwendig. So kann er insbesondere als Schiessinstruktor von seiner Waffe Gebrauch machen, ohne dass er dafür eine Waffentragbewilligung benötigt. Würde er bei der Ausübung seines Berufes aber trotzdem einmal in eine be-

drohliche Lage kommen, so bestehen entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers durchaus mögliche Alternativen zu einer Waffe. Zu denken ist da etwa an einen bewilligungsfreien Pfefferspray oder ähnliche zulässige Mittel, an die Beauftragung einer Werttransportfirma für den Transport von grossen Geldbeträgen oder aber auch an die Beauftragung einer Sicherheitsfirma für die Begleitung bei der Arbeit in gefährlicheren Gegenden bzw. schwierigeren Wohnquartieren (BGE 2A.26/2001 vom 1. Mai 2001; vgl. dazu auch Hans Wüst, Schweizer Waffenrecht, Zürich 1999, S. 20; Arbeitsausschuss Waffen und Munition, Empfehlung Nr. 4: Bedürfnisnachweis für Waffentragbewilligung). Solche Alternativen drängen sich umso mehr auf, als allgemein anerkannt ist, dass das Tragen bzw. der Einsatz einer Schusswaffe gegebenenfalls zu fatalen Folgen führen kann. Dass der Beschwerdeführer sich als Schiessinstruktor engagiert und mit der Waffenhandhabung bestens vertraut ist, spielt dabei keine Rolle, da dies einen fehlenden Bedürfnisnachweis nicht ersetzen kann. Im Interesse der öffentlichen Sicherheit ist die Zahl der Personen, die dazu berechtigt sind, in der Öffentlichkeit eine Waffe zu tragen, klein zu halten und auf solche Personen zu beschränken, für die das Tragen einer Waffe effektiv das geeignetste Mittel darstellt, um sich vor einer tatsächlichen Gefahr wirksam zu schützen (BGE 2A.407/2000 vom 11. Dezember 2000, E. 2). Die Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 2 Bst. b WG sind deshalb vorliegend nicht erfüllt.

...

Regierungsrat 13. November 2001

5. Baurecht

Art. 7 Abs. 7, Art. 11 Abs. 2, Art. 15 und Art. 25 USG; Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 LSV; § 9 Lärmbekämpfungsverordnung Cham - Benützungsort für den Pausenplatz des Schulhauses Städtli II in Cham

Aus den Erwägungen:

4. Der Gemeinderat hat die Lärmsituation am 9. Juni 1999 durch das Ingenieurbüro ..., untersuchen und entsprechende Massnahmen vorschlagen lassen. Dabei sind einerseits bauliche Massnahmen, insbesondere die Hinderniswirkung durch Lärmschutzwände, die Reduktion der Reflexionen an den Schulhauswänden, die Verringerung von Ballaufprallgeräuschen, Massnahmen bei Empfänger sowie eine Dämpfung durch Bewuchs, andererseits betriebliche Massnahmen vorgeschlagen worden. Mit Beschluss vom 22. Mai 2000 hat der Gemeinderat eine Benützerordnung nur für den Pausenplatz des Schulhauses Städtli II festgesetzt. Danach hat er die ausserschulische Benützung der Aussenanlagen des Schulhauses Städtli II an Wochentagen

bis 22.00 Uhr, an Samstagen, Sonn- und Feiertagen bis längstens 18.00 Uhr erlaubt. U.a. untersagte er das laute Abspielen von Radio- und Tonbandgeräten, ausser in Verbindung mit Lektionen der Schule oder von Vereinen. Solche Emissionsbegrenzungen sind zu den Betriebsvorschriften von Art. 12 Abs. 1 lit c USG zu zählen. Bei diesen Betriebsvorschriften handelt es sich um Massnahmen, die auf eine Beeinflussung des Betriebsablaufes abzielen, wie zum Beispiel zeitliche Betriebseinschränkungen oder Anordnungen über den Betriebsablauf oder über den Ort von Fahrzeugabstell- und Lagerplätzen (Vallender/Morell, Umweltrecht, Bern 1997, S. 238). Zeitliche Festlegungen sind im vorliegenden Fall als Betriebsvorschriften im Sinne einer Allgemeinverfügung gestützt auf die Umwelt- bzw. die Lärmschutzgesetzgebung erfolgt. Durch den Erlass einer Benützerordnung mit Beschluss des Gemeinderates kann festgelegt werden, welche Einwirkungen zu tragen und welche Einschränkungen beim Betreiben einer Anlage zu erdulden sind.

Nachfolgend bedarf es nun der Beurteilung, ob die Benützerordnung einer genaueren Prüfung standhält.

5. Der Pausenplatz dient in erster Linie schulischen Zwecken sowie als Spielplatz für die Kinder der Anwohner des in der Zone des öffentlichen Interesses liegenden Schulhauses Städtli. Das Bundesgericht verzichtet auf die tatsächliche Erhebung des von einem Pausen- und Spielplatz ausgehenden Lärms. Der Normalbetrieb ist zonenkonform und Garant genug für eine zulässige Lärmbelastung. Damit steht eindeutig fest, dass Sanierungs- bzw. Emissionsbegrenzungsmassnahmen nur bei Überschreitung des Normalbetriebs ins Auge zu fassen sind (BGE 123 II 74 E 5a). Vorliegend gibt die bestimmungsgemässe Nutzung des Pausenplatzes durch die Schule und die Vereine kaum zu Problemen Anlass. Die Anwohner akzeptieren ausdrücklich diese Immissionen. Einige wenden sich jedoch gegen die Lärmimmissionen Jugendlicher, welche den Pausenplatz in den Abendstunden und an Wochenenden nutzen.

6. Ein Teil der Anwohner fühlt sich durch die Nutzung des Pausenplatzes durch Jugendliche in den Abendstunden und an Wochenenden gestört. Sie verlangen deshalb eine stärkere Beschränkung der Öffnungszeiten des Platzes, als es der Gemeinderat verfügt hat. Ein weiterer Teil der Anwohner begehrt die Lockerung der vom Gemeinderat verfügten Öffnungszeiten, insbesondere an Wochenenden.

Vorliegend geht es also um die nicht bestimmungsgemässe Nutzung des zu Schulzwecken errichteten Pausenplatzes. Der Platz, bedingt durch seine Ausstattung und Lage dient als Freizeitanlage nicht nur schulischen Zwecken oder einem intimen privaten Kreis. Er zieht auch Jugendliche eines weiteren Umkreises an, welche nicht in der Umgebung des Schulhauses wohnen. Aus diesem Grund ist unbestritten, dass der Erlass von Betriebsvorschriften zusammen mit der Festlegung von Schliessungszeiten zu einer

Verminderung der Lärmimmissionen führen. Mangels anderer in Betracht kommender Massnahmen erscheint eine solche Anordnung auch erforderlich, um die Lärmimmissionen des Platzes nach Schulschluss herabzusetzen. Zu prüfen ist, ob diese Verminderung der Lärmbelästigung und der damit verbundene Vorteil der Nachbarschaft in einem angemessenen Verhältnis zur Einschränkung der Jugendlichen steht.

Bei der Bestimmung des maximal zulässigen Immissionsniveaus ist auf die besondere Schutzwürdigkeit der Nachtruhe zu achten. Massgebend ist dabei gemäss Art. 15 USG das Wohlbefinden der Bevölkerung. Nach den Anhängen zur LSV beginnt die Nacht je nach Lärmart zwischen 19.00 Uhr (Anhang 6) und 22.00 Uhr (Anhänge 3 und 4). Jedenfalls aber ist die Nachtruhe der Bevölkerung ab 22.00 Uhr schutzwürdig. In der Zeit kurz nach 22.00 Uhr handelt es sich im Normfall um die besonders lärmempfindliche Einschlafphase. Zudem ist die Bedeutung einer ungestörten Nachtruhe für die Gesundheit und das Wohlbefinden des Menschen massgebend. Selbstverständlich können Einzelpersonen oder Personengruppen, welche durch rücksichtsloses Benehmen übermässige Ruhestörungen verursachen, direkt gestützt auf kommunale Polizeivorschriften ins Recht gefasst werden. Insoweit hat sich die Rechtslage auch durch das Inkrafttreten der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes nicht geändert. Somit ist für die Beurteilung der Übermässigkeit von Ruhestörungen durch solche Einzelereignisse, die nicht dem bestimmungsgemässen Gebrauch einer Anlage entsprechen und auch nicht vom Anlagebetreiber zu verantworten sind, weiterhin das kommunale Polizeirecht massgebend. Bei der Anwendung solcher Polizeivorschriften ist auf die nach den geltenden Zonenvorschriften zulässige Störungsintensität abzustellen (BGE 118 Ib 590).

a) Ein vom Gemeinderat in Auftrag gegebenes Lärmgutachten sowie ein von einer früheren Verfahrensbeteiligten eingereichtes Lärmgutachten brachten wenig neue Erkenntnisse. Bauliche Massnahmen sind geprüft worden und mit dem Ersatz der Metallgitter durch Fangnetze konnte die Situation bereits entschärft werden. Bisweilen werden die Fussballtore weggeräumt, um den Pausenplatz weniger attraktiv zu machen. Mangels eidgenössischer und kantonaler Vorschriften für die vorliegend zur Diskussion stehende Lärmart entschied sich der Gemeinderat gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. c USG für den Erlass von Betriebsvorschriften für die ausserschulische Benützung der Aussenanlagen des Schulhauses Städtli II. Er erlaubte die Benützung des Pausenplatzes an Wochentagen bis 22.00 Uhr, an Samstagen, Sonn- und Feiertagen bis längstens 18.00 Uhr. Er orientierte sich dabei an der Verordnung über die Lärmbekämpfung vom 21. April 1971 des Gemeinderates Cham (Lärmbekämpfungsverordnung). Danach sind Musizieren und Singen im Freien sowie lärmende Spiele unter dem Vorbehalt weitergehender Vorschriften von 22.00 Uhr bis 07.00 Uhr untersagt, wenn dadurch die Nachbarschaft gestört wird (§6 Lärmbekämpfungsverordnung). Für die vorliegend zur Diskussion stehende Lärmart beginnt gemäss der gemeindlichen Lärm-

bekämpfungsverordnung erst ab 22.00 Uhr die Nachtruhe. Aufgrund dieser gesetzlichen Grundlage ist es gerechtfertigt, die Benützung des Pausenplatzes bis 22.00 Uhr zuzulassen. An Wochenenden sowie an Feiertagen ging der Gemeinderat sogar noch weiter. Obwohl die Lärmbekämpfungsverordnung in Bezug auf Wochentage einerseits sowie Wochenenden und Feiertage andererseits keine Unterscheidung macht, lässt der Gemeinderat eine Benützung der Anlagen an letzteren nur bis 18.00 Uhr zu. Er stützt sich dabei sinngemäss auf §9 Lärmbekämpfungsverordnung. Danach sind lärmige Arbeiten grundsätzlich nur bis 18.00 Uhr erlaubt (§9 Abs. 1 Lärmbekämpfungsverordnung). An Sonn- und Feiertagen sind solche lärmigen Arbeiten untersagt, sofern sie Lärm verursachen oder die Sonntagsruhe beeinträchtigen (§9 Abs. 3 Lärmbekämpfungsverordnung).

Diese Bestimmung darf aber – für den Samstagabend – vorliegend weder direkt noch indirekt Anwendung finden, weil es sich hier eben nicht um lärmige Arbeiten, sondern um lärmiges Verhalten Jugendlicher geht. Es sind somit die Bestimmungen der Lärmbekämpfungsverordnung für Musizieren, Singen und lärmende Spiele sinngemäss anzuwenden. Die Lärmbekämpfungsverordnung untersagt derartige Aktivitäten an Samstagabenden erst ab 22.00 Uhr. Die Anwendung dieser Bestimmung ist auch sinnvoll. Besonders an Samstagabenden finden in allen Lebensbereichen besonders intensive soziale Aktivitäten statt, die in vielen Fällen mit Lärmimmissionen verbunden sind. Die Akzeptanz derartiger Immissionen an Samstagabenden ist entsprechend grösser als während der Woche. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass am nächsten Tage (Sonntag) kein Werktag ist und längere Morgenruhe möglich ist. Nicht weniger als 44 Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer verlangen dementsprechend, dass die Nutzung des Pausenplatzes auch an Samstagen bis 22.00 Uhr offenstehen sollte. Die Beschwerden sind in diesem Punkte gutzuheissen. Demgegenüber kann dem Begehren einer weitergehenden Öffnung der Betriebszeiten an Sonn- und Feiertagen, wie es die Mehrheit der Beschwerdeführer beantragt, nicht stattgegeben werden. Der Regierungsrat verweist auf das Gesetz über die öffentlichen Ruhetage und die Öffnungszeiten der Verkaufsgeschäfte vom 4. November 1974 (BGS 942.31). Danach sind Sonntage öffentliche Ruhetage (§2 Abs. 1 Ziff. 1). An den öffentlichen Ruhetagen ist jede Betätigung untersagt, welche durch Lärm oder auf andere Weise die öffentliche Ruhe stört (§3 Abs. 1 Ziff. 1). Ebenfalls die gemeindliche Lärmbekämpfungsverordnung sieht für Sonntage – aufgrund der Sonntagsruhe – strengere Bestimmungen vor als während der Woche.

Der Forderung nach einer vollständigen Schliessung des Platzes an Sonn- und Feiertagen, wie es eine Minderheit verlangt, kann nicht entsprochen werden. Weitergehende Einschränkungen an Wochenenden und Feiertagen führten zu einer Verbannung der Jugendlichen aus dem Zentrum an die Peripherie von ... und zu einer Ausgrenzung, die aus gesellschaftlichen Gründen nicht wünschenswert wäre.

Ein Benützungsverbot an Sonn- und Feiertagen hätte namentlich für die Jugendlichen, aber auch für jüngere Kinder von Anwohnern unangemessene Einschränkungen zur Folge. Die Lärmbekämpfungsverordnung geht zwar eindeutig von einem erhöhten Ruhebedürfnis der Bevölkerung an Sonn- und Feiertagen aus. Diesen Gedanken hat der Gemeinderat in seinem Betriebsreglement übernommen, indem er die Benützung des Pausenplatzes an diesen Tagen lediglich bis 18.00 Uhr zulässt. Er trug damit dem berechtigten Bedürfnis nach vermehrter Ruhe an Sonn- und Feiertagen gebührend Rechnung.

Die zeitliche Beschränkung der ausserschulischen Benützung des Pausenplatzes vermindert die Lärmimmissionen auf ein Niveau, welches in der Wohnzone W3 als zulässig erachtet werden kann. Insofern sind die Beschwerden unbegründet und deshalb abzuweisen.

b) Mit dem Betriebsreglement untersagte der Gemeinderat u.a. das laute Abspielen von Radio- und Tonbandgeräten, ausser in Verbindung mit Lektionen der Schule oder von Vereinen. Bei der Durchsetzung dieser Vorschrift wird die Vollzugsbehörde beurteilen müssen, ob es sich um lautes, d.h. nicht mehr zulässiges, oder aber um leises, noch tolerierbares Abspielen von Musik handelt. Objektive Kriterien zur Beantwortung dieser Frage gibt es insbesondere im Grenzbereich keine. Auch zu diesem Thema äussert sich die gemeindliche Lärmbekämpfungsverordnung hinlänglich. Gemäss §6 Lärmbekämpfungsverordnung ist der Gebrauch von Kofferradios und ähnlichen Apparaten auf öffentlichen Strassen, in öffentlichen Anlagen und Badeanstalten untersagt. Bei dieser klaren Rechtslage steht dem Gemeinderat kein Ermessensspielraum mehr zu. Es geht deshalb nicht an, dass nur lautes Abspielen von Radio- und Tonbandgeräten verboten wird. Vielmehr muss gestützt auf diese Vorschrift bei der ausserschulischen Nutzung des Platzes jeglicher Gebrauch von Radios, Tonbandgeräten, CD-Playern und dergleichen untersagt sein. Insofern ging der Gemeinderat im Betriebsreglement zu wenig weit. Die entsprechenden Rügen sind in diesem Umfang begründet und die Beschwerden sind entsprechend gutzuheissen. Das Reglement bedarf diesbezüglich einer Korrektur.

c) Der Vollzug dieses Betriebsreglementes liegt in den Händen des Gemeinderates. Übertretungen der Vorschriften des Betriebsreglementes können im Sinne von §14 Lärmbekämpfungsverordnung gemäss Polizeistrafgesetz vom 26. Februar 1981 (BGS 311.1) geahndet werden. Trotzdem wird es für den Gemeinderat nicht einfach sein, den Vollzug zu gewährleisten. Der Regierungsrat hat Kenntnis davon, dass sich verschiedene Beschwerdeführer, Vertreter der Schulleitung sowie der Gemeinde in einer Begleitgruppe zusammengefunden haben, um zusätzliche Massnahmen zur Lärmreduktion im weitesten Sinne zu besprechen. Dieses gemeinsame Vorgehen verdient Unterstützung. In diesem Rahmen wird auch die von einigen Beschwerdeführern geforderte Verlegung gewisser Aktivitäten vom Pausenplatz des Schulhauses Städtli II auf die Aussenanlagen des Städtli I zu prü-

fen sein. Weil der Gemeinderat sich in seiner angefochtenen Benützerordnung nur zum Pausenplatz des Schulhauses Städtli II geäußert hat, kann im vorliegenden Verfahren auf diese Begehren der Beschwerdeführer nicht eingetreten werden.

Regierungsrat, 27. Februar 2001

Art. 19 Abs. 2 RPG; Art. 5 Abs. 1 WEG – Erschliessungspflicht der Gemeinde eines in der Bauzone gelegenen Grundstückes.

Aus den Erwägungen:

Obwohl sich die verschiedenen Parteien, insbesondere die ... als Grundeigentümerin, um eine definitive Erschliessungsmöglichkeit bemüht haben, kam es in den letzten fünf Jahren zu keiner Lösung. Es wird also weiterhin die Aufgabe der Beteiligten sein, eine definitive Erschliessungsvariante aufzuzeigen und rechtlich zu verankern. Dabei muss sich die Gemeinde bewusst sein, dass sie im Jahre 1994 einen Teil der Parzelle GS Nr. ... eingezont hat. Es obliegt deshalb der Gemeinde, auch die Erschliessung und damit die definitive Baureife der fraglichen Parzelle herbeiführen. Sie ist verpflichtet, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mittel die Überbauung der eingezonten Gebiete zu fördern (BGE 115 Ia 343 E 5e). Ihr obliegt die Erschliessung (Art. 19 Abs. 2 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700), und zwar auch die Feinerschliessung (Art. 5 Abs. 1 Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974, WEG, SR 843). Die Gemeinde kann die Kosten der Feinerschliessung den Grundeigentümern überbinden (Art. 6 Abs. 2 WEG).

Aufgrund der Erfahrungen der letzten fünf Jahre wird wohl ohne den Erlass von Strassen- oder Baulinien, möglicherweise auch über Liegenschaften Dritter, keine definitive Erschliessung der Parzelle GS Nr. ... zustandekommen. Der Gemeinderat hat hierfür die Federführung zu übernehmen. Er ist angesichts der bisherigen Verfahrensdauer aufsichtsrechtlich zu verpflichten, die definitive Erschliessung entweder gemäss gemeindlichem Richtplan von der Holzhäuserstrasse her oder aber rückwärtig über die Dersbachstrasse, diesfalls mit einer Anpassung des Verkehrsrichtplans und in Absprache mit der Denkmalpflege, innerhalb eines Jahres seit Rechtskraft dieses Entscheides erstinstanzlich sicherzustellen. Nur mit diesem Vorgehen ist es möglich, die seit 1994 eingezonte Parzelle GS Nr. ... definitiv zu erschliessen. Mit der Rechtskraft der definitiven wird die provisorische Erschliessung gemäss Einmündungsbewilligung des Tiefbauamtes rückgebaut werden müssen. Damit ist überdies gewährleistet, dass die von der Beschwerdeführerin befürchteten Lärm-, Staub- und Geruchsimmissionen am südlichen Ende ihrer Liegenschaft GS Nr. nur vorübergehend sind.

Regierungsrat, 10. April 2001

Art. 2 Abs. 1 und Art. 45 Abs 5 BO Unterägeri – Tragweite der Besitzstandsgarantie.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Westseite der zusammengebauten Gebäude 20.98 m messe. Der erforderliche Grenzabstand müsse zum Grundstück ... nun 5.33 m betragen, unter Berücksichtigung des Mehrlängenzuschlages von einem Drittel der Mehrlänge über 20 m. Gemäss den Bauplänen werde dieses Mass jedoch nur vom Neubau, nicht aber vom bestehenden Wohnhaus auf der Parzelle GS Nr. ... eingehalten.

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob beim Bauvorhaben die Abstandsvorschriften eingehalten werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 5 Bauordnung der Gemeinde Unterägeri vom 21. März 1988 (BO Unterägeri) erhöhen sich die Grenzabstände bei Fassadenlängen von mehr als 20 m um einen Drittel der Mehrlänge. Vorliegend beträgt die Gesamtlänge des Altbaus und des Neubaus 20.98 m. Das bedeutet, dass sich der Grenzabstand um einen Drittel von 0.98 m, d.h. um aufgerundet 33 cm, von 5 m auf 5.33 m erhöht. Dieser Abstand von 5.33 m wird vorliegend nur vom Neubau eingehalten. Der auf der Parzelle GS Nr. ... stehende Altbau hält lediglich einen Grenzabstand von 5 m ein. Art. 45 BO Unterägeri legt die Grenzabstände fest. Er besagt nicht, dass sich ein allfälliger Mehrabstand nur auf Neubauten zu beziehen hat. Grundsätzlich haben deshalb alle Teile eines Gebäudes den Grenzabstand einzuhalten (Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, S. 427). Zudem wurde bei der Berechnung der Balkone von der Gesamtlänge der zusammengebauten Häuser ausgegangen. Es muss somit geprüft werden, ob bei der Berechnung des Grenzabstandes nicht auch diese Gesamtgebäuelänge ausschlaggebend ist.

Vorliegend stellt sich nun also die Frage, ob das bestehende Gebäude bei der Ermittlung des Mehrlängenabstandes einzubeziehen ist, d.h. ob es auch selbst den Mehrlängenabstand einhalten muss oder ob das bestehende Gebäude die Bestandesgarantie anrufen kann. In Unterägeri ist der Weiterbestand von Bauten, die vor Änderung der Bauordnung bewilligt oder erstellt wurden, grundsätzlich gewährleistet (Art. 2 Abs. 1 BO Unterägeri). Art. 2 Abs. 2 BO Unterägeri hält aber ausdrücklich fest, dass bei wesentlichen Änderungen die Bauordnung einzuhalten ist. Die Besitzstandsgarantie bezieht sich einzig auf bestehende Bauten. Sinn der Vorschrift ist es, bei der Durchsetzung des geltenden Rechts auf bestehende Bauten Rücksicht zu nehmen. Die Bestandesgarantie kann somit nicht für Umbauten in Anspruch genommen werden, die einem Neubau gleichkommen. Dem Neubau sind auch neubauähnliche Umgestaltungen altrechtlicher Bauten gleichzustellen (GVP 1981/82, 47; Hans Hagmann, Kommentar zur Bauordnung der Stadt Zug, Zürich 1998, S. 15). Der Umbau des Gebäudes ... auf GS Nr. ... betrifft den Einbau eines Gewerberaumes, den Abbruch des Treppenhauses und den Zusammenbau mit dem neuen Gebäude auf der Nachbarparzelle. Ein Um-

bau des alten Gebäudes im vorliegenden Ausmass zusammen mit dem Neubau auf GS Nr. ... muss als wesentliche Änderung qualifiziert werden. Das alte Gebäude selbst entspräche den aktuellen Vorschriften der BO Unterägeri. Deshalb ist die Frage der Bestandesgarantie für den altrechtlichen Bau nicht relevant. Der Altbau wird im Weiteren nicht durch eine Gesetzesänderung, sondern erst durch den Anbau sowie durch die Gebäudelänge und den damit verbundenen Mehrlängenabstand grenzabstandswidrig. Die Bauherrschaft kann sich folglich nicht auf die Bestandesgarantie berufen.

Das Bauvorhaben erfüllt somit die Voraussetzungen bezüglich des Mindestgrenzabstandes nicht. Auch das Argument, es existiere auf dem entsprechenden Grundstück bereits eine angebaute Garage und der Grenzabstand werde im heutigen Zeitpunkt auch nicht eingehalten, greift nicht. Bei der angebauten Garage handelt es sich um eine Kleinbaute im Sinne von Art. 18 BO Unterägeri, für die ein anderer Grenzabstand gilt. Die Bauherrschaft kann sich auch nicht auf eine Ausnahme im Sinne von Art. 5 BO Unterägeri berufen. Weder führt die Einhaltung der Bauvorschriften vorliegend zu einer unzumutbaren Härte, noch bedeutet sie eine unzumutbare Härte (Art. 5 Abs. 1 BO Unterägeri). Wird nämlich die Gebäudelänge um 0.98 m gekürzt, entfällt der Mehrlängenabstand. Diesfalls kann die Bauherrschaft den Neubau sogar 0.33 m näher an die Grenze rücken.

Weil sich die Bauherrschaft in Bezug auf das auf Parzelle GS Nr. ... stehende Wohnhaus nicht auf die Bestandesgarantie stützen kann und weil auch keine Ausnahmesituation ersichtlich ist, muss die Beschwerde wegen Verletzung des Mehrlängenabstandes gutgeheissen werden.

Regierungsrat, 1. Mai 2001

§1 Abs. 2 VPBG; §26 PBG – Ist ein in einem Baustellenwagen vorgesehenes Jugendcafé eine bewilligungspflichtige Baute und ist diese in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen zonenkonform?

Aus den Erwägungen:

3. Vorerst ist abzuklären, ob es sich beim vorliegenden Baustellenwagen um eine Baute oder Anlage handelt. Unter Bauten und Anlagen sind nach §1 Abs. 1 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG; BGS 721.111) künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen zu verstehen, die den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Darunter fallen nach §1 Abs. 2 V PBG auch Fahrnisbauten und provisorische Bauten. Im öf-

fentlichen Recht müssen wie im Zivilrecht sämtliche baulichen Vorrichtungen und Anlagen wegen ihrer baupolizeilichen und raumplanerischen Bedeutung in den Bautenbegriff eingeschlossen werden (Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 1985, S. 62ff.). Infolge der längeren Nutzungsdauer und des festen Standortes stellt dieser Wagen eine Baute im Sinne von §1 V PBG dar. Die Baubewilligungspflicht für den Baustellenwagen ergibt sich überdies auch aus Art. 65 Abs. 1 lit. a BO Cham.

4. Als Nächstes ist abzuklären, ob die Baute auch zonenkonform ist. Gemäss §26 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1999 (PBG; BGS 721.11) und Art. 27 der Bauordnung der Einwohnergemeinde Cham vom 10. September 1997 (BO Cham) dienen die Zonen des öffentlichen Interesses dem Gemeinwohl und können sowohl Frei- und Grünflächen als auch Bauten und Anlagen, welche überwiegend öffentlich-rechtlichen Körperschaften dienen, enthalten. Private Bauvorhaben sind in dieser Zone zulässig, wenn sie dauernd öffentlichen Interessen dienen.

Das Jugendcafé ist in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen am Seeweg in Cham geplant. Auf diesem Gebiet befinden sich ein Bootshaus, eine Tennisplatzanlage, Schrebergärten und das Strandbad. In der Zone des öffentlichen Interesses sind der Allgemeinheit dienende Anlagen zulässig. Die Öffentlichkeit kann rechtlich oder faktisch von der Benutzung einer Anlage oder Baute ausgeschlossen werden, indem diese zum Beispiel nur einem bestimmten eingegrenzten Personenkreis offen steht. Dennoch darf «öffentlich» nicht mit «jedermann offen stehend» gleichgesetzt werden (Daniel Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, unter besonderer Berücksichtigung des Luzerner Planungs- und Baurechts, Diss. Zürich 1999, S. 41).

Es ist vorliegend unbestritten, dass keiner Personengruppe der Zutritt zu diesem Café verweigert wird. Im Betriebskonzept ist festgehalten, dass der Zutritt jedermann ab 16 Jahre gestattet ist. Zudem dienen Jugendtreffpunkte als Begegnungsstätten. Es steht die Absicht dahinter, Gemeinschaftsbeziehungen zu festigen und die Toleranz sowie die Daseinsfürsorge durch vielfältige Anregungen und Kontakte zu fördern. Sie liegen also im öffentlichen Interesse (vgl. Daniel Gsponer, a.a.O., S. 77). Der Einwand, das fragliche Jugendcafé diene nur einem kleinen Bevölkerungskreis und nicht der Öffentlichkeit, ist somit unzutreffend. Wie aus der Benützerordnung, dem Betriebs- und dem Alkoholkonzept hervor geht, steht beim Jugendcafé nicht der Erwerbzweck, sondern die Funktion der Begegnungsstätte im Vordergrund. Den Jugendlichen soll ein Raum geboten werden, wo sie sich auch ohne Konsumationszwang treffen können.

Daraus ergibt sich, dass das Jugendcafé eine Anlage im öffentlichen Interesse darstellt, die vorwiegend der Allgemeinheit dient, obwohl sie nicht durch das Gemeinwesen, sondern durch den Verein ... Cham, d.h. eine pri-

vate Trägerschaft geführt wird. Die Zonenkonformität des Jugendcafés ist ohne weiteres gegeben. Die Beschwerde ist in diesem Umfang unbegründet und deshalb abzuweisen.

Regierungsrat, 15. Mai 2001

Art. 16 Abs. 3 BV; NISV

Aus den Erwägungen:

3. Der Gemeinderat geht davon aus, dass Mobilfunkanlagen gesundheits-schädigend sein sollen. Zudem sei er von der Gemeindeversammlung am 19. Juni 2000 beauftragt worden, keine weiteren Anlagen mehr zu bewilligen.

a) Gemäss Art. 16 Abs. 3 Bundesverfassung vom 19. April 1999 (BV; SR 101) hat jede Person das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten. Die Informationsfreiheit ist bis anhin in der Lehre und Rechtsprechung als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht des Bürgers anerkannt und mit der Überarbeitung als Grundrecht in die neue Bundesverfassung aufgenommen worden. Bestandteil der Informationsfreiheit ist unter anderem auch die Empfangsfreiheit (BGE 120 Ia 66, E 4a). Unter deren Schutz stehen insbesondere die als Übertragungsmittel dienenden Antennen. Dabei soll es keinen Unterschied machen, um welche Art es sich bei diesen Antennen handelt. Die Informationsfreiheit ist indes nicht unbegrenzt. Sie kann im Spannungsfeld mit der Raumplanung und dem Natur- und Landschaftsschutz stehen, denen ebenfalls Verfassungsrang zukommt. Es ist dabei vor allem Sache der Gesetzgebung, Grundrechte und öffentliche wie private Interessen so abzuwägen, dass namentlich den verfassungsrechtlichen Anliegen in einem ausgewogenen Verhältnis Rechnung getragen wird.

b) Der Bundesrat hat die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710) am 23. Dezember 1999 beschlossen und auf 1. Februar 2000 in Kraft gesetzt. Grundsätzliche Diskussionen über die Schädlichkeit der nichtionisierenden Strahlung und die Höhe der Grenzwerte haben damit in einem Bewilligungsverfahren keinen Platz mehr. Fusend auf der Schädlichkeit und Lästigkeit der nichtionisierenden Strahlung und gestützt auf nationale und internationale Gutachten, auf die Meinung von Fachgremien und auf Stellungnahmen der Vernehmlassungsteilnehmer hat der Bundesrat die Immissionsgrenzwerte festgesetzt. Diese stimmen mit den internationalen Grenzwerten überein. Zusätzlich setzte der Bundesrat Anlagegrenzwerte für Orte mit empfindlicher Nutzung fest, wobei diese die Immissionsgrenzwerte noch um das 10-fache unterschreiten. Der Bundesrat

hat dabei auch die Wirkungen der Immissionen auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit, wie Kinder, Kranke, Betagte und Schwangere beurteilt und von seiner Verordnungskompetenz Gebrauch gemacht (Art. 13 Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01). Es steht weder dem Gemeinderat im Baubewilligungsverfahren, noch dem Regierungsrat im Rahmen dieses Verwaltungsbeschwerdeverfahrens zu, die NISV samt Grenzwerten zu hinterfragen. Nachdem der Bundesrat von seiner Verordnungskompetenz Gebrauch gemacht hat, können weder die Kantone und erst recht nicht die Gemeinden eigene Vorschriften erlassen (BGE 126 II 399). Es ist den Kantonen namentlich untersagt, neue Immissionsgrenzwerte, Alarmwerte oder Planungswerte festzulegen. Auch eine Rechtsgrundlage für die Ausarbeitung eines Feldstärken- oder eines Belastungskatasters lässt sich weder aus der neuen NISV, noch direkt aus dem USG, noch aus dem Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) ableiten.

Nachdem die Anwendung der NISV sowie der darin geschriebenen Grenzwerte feststehen, wird nachfolgend zu prüfen sein, ob diese Grenzwerte eingehalten sind.

4. Die NISV regelt die Begrenzung der Emissionen von elektrischen und magnetischen Feldern mit Frequenzen von 0 Hz bis 300 GHz, die beim Betrieb von einzelnen ortsfesten Anlagen erzeugt werden (Art. 2 Abs. 1 lit. a NISV). Der Anlagegrenzwert ist eine Emissionsbegrenzung für die von einer Anlage allein erzeugte Strahlung (Art. 3 Abs. 6 NISV). Als einzelne Anlage gelten alle Sendeantennen für die Funkdienste, welche auf denselben Masten angebracht sind oder die in einem engen räumlichen Zusammenhang stehen, namentlich auf dem Dach des gleichen Gebäudes (Ziff. 62 Abs. 1 Anhang 1 NISV). Nur die Immissionen dieser Anlagen sind demnach als Einzelanlage zu beurteilen. Demgegenüber muss der Immissionsgrenzwert überall eingehalten sein, wo sich Menschen aufhalten können (Art. 13 Abs. 1 NISV). Das bedeutet, dass die Gesamtimmisionsbelastung sämtlicher, nicht-ionisierende Strahlung emittierender Anlagen mit oder ohne räumlichen Zusammenhang am Immissionsgrenzwert zu messen sind. Daraus erhellt, dass sich die NISV mit dem Anlagegrenzwert auf Emissionsbegrenzung von Einzelanlagen sowie mit dem Immissionsgrenzwert auf Immissionsbekämpfung sämtlicher Anlagen an jenen Orten bezieht, an dem sich Menschen aufhalten können.

Bei der Errichtung einer Antennenanlage, für die Anhang 1 der NISV eine Emissionsbegrenzung festlegt, muss deren Inhaber der Behörde im Bewilligungsverfahren ein Standortdatenblatt einreichen (Art. 11 Abs. 1 NISV). Dabei handelt es sich um eine Unterlage ähnlich einem Baugesuchsformular. Das Standortdatenblatt setzt keine Grenzwerte fest. Das BUWAL hat am 20. Oktober 1998 ein Standortdatenblatt für die Beurteilung der NIS-Immissionen neuer Basisstationen von GSM-Mobilfunknetzen veröffentlicht. Dieses Standortdatenblatt ist zwar noch als Entwurf bezeichnet, trotzdem fand

es bis heute schweizweit zur Deklaration und Beurteilung der Immissionen Anwendung. Mit Hilfe dieses Standortdatenblattes werden seit Ende 1998 alle GSM-Mobilfunkantennensuche geprüft und bewilligt. Dieses Standortdatenblatt hat bereits in vielen Beschwerdeverfahren – selbst vor Bundesgericht – standgehalten. Trotzdem stellt es keine Rechtsvorschrift dar.

Im März 2001 hat nun das BUWAL ein überarbeitetes Standortdatenblatt für die Beurteilung von GSM-, UMTS- und WLL-Antennenanlagen vorgestellt. Es hat dieses Standortdatenblatt bei interessierten Fachkreisen sowie bei den kantonalen Fachstellen bis Ende Mai 2001 in eine erste Vernehmlassung gegeben. Gleichzeitig wurde auch ein neues Berechnungsmodell präsentiert, in welchem ein Vorsorge-Faktor zwei eingebaut werden soll. Dieses neue Standortdatenblatt sowie das Berechnungsmodell – selbstverständlich nach Berücksichtigung sämtlicher Stellungnahmen – sollen voraussichtlich im Herbst 2001 das bisherige Standortdatenblatt vom 20. Oktober 1998 ersetzen. Da die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend sind – soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt (§47 Abs. 2 VRG) –, ist bis zur Gültigkeit des neuen und bis zur Aufhebung des alten das bisherige Standortdatenblatt mit dem darin enthaltenen Berechnungsmodell anwendbar.

5. Aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Standortdatenblatt geht hervor, dass die frequenzabhängigen Immissionsgrenzwerte gemäss Anhang 2 zur NISV eingehalten sind. Das detaillierte Standortdatenblatt ist vollständig ausgefüllt und die Berechnungen sind korrekt durchgeführt worden. Die NISV legt neu Anlagegrenzwerte für die von einer Anlage allein erzeugte Strahlung fest. Bei Mobilfunkanlagen, die ausschliesslich im Frequenzbereich um 1800 MHz oder in einem höheren Frequenzbereich senden, liegt der Anlagegrenzwert bei 6.0 V/m (Ziff. 64 Anhang 1 zur NISV). Dieser Anlagegrenzwert ist bei Orten mit empfindlicher Nutzung einzuhalten. Orte mit empfindlicher Nutzung sind Räume, in denen sich Personen regelmässig während längerer Zeit aufhalten, namentlich auch öffentliche oder private, raumplanungsrechtlich festgesetzte Kinderspielplätze, ausserdem Schulen und Altersheime. Des Weiteren gehören dazu diejenigen Flächen von unüberbauten Grundstücken, auf denen die vorgenannten Nutzungen zulässig, jedoch noch nicht realisiert sind (Art. 3 Abs. 3 NISV). Anhand der Angaben im korrekt ausgefüllten Standortdatenblatt ist auch der Anlagegrenzwert bei den Orten mit empfindlicher Nutzung vorliegend eingehalten. Aus diesen Gründen sind durch die nichtionisierende Strahlung der geplanten Mobilfunkantennenanlage auch auf Personen mit erhöhter Empfindlichkeit keine schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten. Auch eine Beeinträchtigung der Gesundheit der Bevölkerung kann nach heutigem Kenntnisstand ausgeschlossen werden. Änderungen an der Mobilfunkantennenanlage, insbesondere die Erhöhung der Sendeleistung, bedürfen jedoch einer erneuten Bewilligung.

Die geplanten Richtstrahlverbindungen werden zwar vorliegend nicht erwähnt, trotzdem ist nachfolgend auf diese Anlagen auf dem Dach derselben Liegenschaft kurz einzugehen: Vorliegend handelt es sich um eine Richtstrahlanlage im Frequenzbereich von 18 bis 38 GHz, was dem heute gängigen Frequenzbereich für kurze Richtstrahlverbindungen entspricht. Dank der höheren Strahlenbündelung bei diesen Frequenzen sind bei solchen Anlagen nur sehr niedrige Sendeleistungen notwendig. Die Richtstrahlverbindungen dienen der drahtlosen Datenübermittlung zwischen zwei Orten mit Sichtverbindung. Die Mikrowellen lassen sich durch Parabolspiegel so stark bündeln, dass der Grossteil der abgestrahlten Leistung in einem engen Strahl von weniger als einem Winkelgrad konzentriert wird und sich der Strahl geradlinig zwischen Sende- und Empfangsantenne ausbreitet. Der Immissionsgrenzwert im Frequenzbereich 2 bis 300 GHz beträgt 10 W/m^2 . Bei der grössten Richtstrahlanlage der Schweiz, St. François in Lausanne, ergaben Messungen eine 30'000 fache Unterschreitung dieses Immissionsgrenzwertes. Die Immissionsbelastung der Bevölkerung durch Richtstrahlanlagen liegt deshalb in aller Regel mindestens 30'000 mal unter dem Immissionsgrenzwerte der NISV. Vorliegend handelt es sich um eine viel kleinere Anlage, weshalb eine Beeinträchtigung der Gesundheit oder eine Störung des Wohlbefindens durch diese Immissionen erst recht ausgeschlossen werden kann.

Daraus erhellt, dass die Immissionen der fraglichen Mobilfunkanlage, d.h. der Antennen samt Richtstrahlsender, weder schädlich noch lästig sind, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung die Immissionen weder Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gefährden noch die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden erheblich stören können. Die fragliche Anlage entspricht den Vorgaben der NISV und ist unbedenklich.

Es ist nun nachfolgend zu prüfen, ob allenfalls im Sinne der Vorsorge die Mobilfunkanlage an einen anderen Standort verschoben werden müsste oder ob aufgrund des Vorsorgeprinzips weitere Bedingungen und Auflagen zu beschliessen sind.

6. Im Sinne der Vorsorge sind Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, frühzeitig zu begrenzen (Art. 1 Abs. 2 USG; Art. 4 Abs. 1 NISV). Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen dieser Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Dem Vorsorgeprinzip der Umweltschutzgesetzgebung liegt der Präventionsgedanke zugrunde. Bezogen auf seinen Anwendungsbereich ist das Vorsorgegebot nicht bloss ein konzeptioneller Entscheid, sondern ein verbindlicher Rechtssatz. Dies eröffnet der rechtsanwendenden Behörde einen grossen Ermessensspielraum. Dieser Ermessensspielraum findet aber jeweils bei der Abwägung wirtschaftlicher und umweltbezogener Interessen dort seine

Grenze, wo das Vorsorgeprinzip verletzt wird. Der Anwendungsbereich des Vorsorgeprinzips deckt sich mit dem Sachbereich jener Umweltvorschriften, die der Verhinderung neuer bzw. der Reduktion bestehender schädlicher und lästiger Einwirkungen dienen (Rausch, Kommentar USG, N 18 ff. zu Art. 1). Der rechtlich massgebliche Stand der Technik wird erst dadurch hinreichend bestimmt, dass die Emissionsbegrenzung nicht nur technisch, sondern auch betrieblich möglich sein muss. Erst die Verbindung der beiden Anforderungen lässt eine Aussage über den nötigen Reifegrad einer bestimmten Technologie zu. Die Ermittlung der wirtschaftlichen Tragbarkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 USG wird nicht nur aufgrund der Gegebenheiten der einzelnen Betriebe erfolgen können; entscheidend sind vielmehr die Verhältnisse innerhalb bestimmter Kategorien oder Branchen. Bei der Beurteilung soll in der Regel der mittlere gut geführte Betrieb als Massstab dienen (Schrade/Loretan, Kommentar USG, N 19 ff. zu Art. 11).

Die Umschreibung des Vorsorgeprinzips in Art. 11 Abs. 2 USG enthält mit ihrer Rücksichtnahme auf das technisch und betrieblich Mögliche und das wirtschaftlich Tragbare eine gesetzliche Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, welcher als Verfassungsprinzip bei allen staatlichen Tätigkeiten zu beachten ist. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit müssen jedoch immer zwei Seiten gegeneinander abgewogen werden. Die Verhältnismässigkeit ist nur gewahrt, wenn die öffentlichen Interessen an der Durchführung der Massnahme die entgegenstehenden privaten Interessen überwiegen. Die Anordnungen zur Emissionsbegrenzung gemäss Art. 11 USG müssen den in Art. 12 Abs. 1 USG abschliessend aufgezählten Massnahmen entsprechen. Unter dem Aspekt der Vorsorge dürfen keine Vorkehrungen verlangt werden, welche die Anlage als solche in Frage stellen. Als Massnahmen zur Begrenzung der elektronischen Felder im Sinne der Vorsorge fallen bei Sendeanlagen, insbesondere bei Mobilfunkanlagen, die Wahl von Standorten in Betracht, welche möglichst von Orten mit empfindlichen Nutzungen, insbesondere von Aufenthaltsräumen von Personen, entfernt sind. Des Weiteren spielt die Wahl eines geeigneten Antennentyps sowie die Ausrüstung mit einer Regelung eine Rolle, welche die Sendeleistung automatisch an den jeweiligen Bedarf anpasst (Robert Wolf, Elektrosmog: Zur Rechtslage bei Erstellung und Betrieb von ortsfesten Anlagen, in: URP 1996, S. 102 ff.).

a) Der Kanton Zug geht beim Aufbau der Mobilfunknetze und bei der Festlegung der Antennenstandorte von folgender Kaskade aus: Mobilfunkantennenanlagen sollen in erster Linie wegen des grösseren Abstandes zu Orten mit empfindlichen Nutzungen ausserhalb der Bauzonen, jedoch dort vornehmlich auf Gemeinschaftsanlagen erstellt werden. Selbstverständlich muss ausserhalb der Bauzonen bei Neuanlagen die Standortgebundenheit gegeben sein. Demgegenüber wird die Montage von Mobilfunkantennenanlagen an bestehenden Gemeinschaftsanlagen ausserhalb der Bauzonen als blosser teilweise Änderung bewilligt werden können. Ist ein Standort ausser-

halb der Bauzonen jedoch nicht möglich, sollen die Mobilfunkantennen vorab in der Industrie- und Gewerbezone, erst in zweiter Linie in der Wohn- und Gewerbezone gebaut werden. Sind Standorte in diesen Zonen nachgewiesenermassen technisch oder rechtlich nicht möglich, können Anlagen in der Wohnzone errichtet werden. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass sie nicht in die Nähe von Kindergärten und -spielplätzen, Schulhäusern, Altersheimen oder Spitäler zu stehen kommen.

Die Beschwerdeführerin will ihre Antennenanlage auf dem Dach der Liegenschaft ... (GS Nr. ...) in Unterägeri erstellen. Die Liegenschaft befindet sich in der Industrie- und Gewerbezone. Die Mobilfunkantennenanlage stellt eine technische Infrastrukturbaute zur Sicherstellung der Telekommunikation dar. In Bezug auf die Strahlenbelastung handelt es sich um einen günstigen Standort. Deshalb hat das Amt für Umweltschutz in seiner Beurteilung des Gesuches zu Händen des Bauamtes vom 18. Dezember 2000 diesen Standort positiv gewertet. Die Bauherrschaft ist fussend auf der obgenannten Kaskade zum Schluss gekommen, dass vorliegend nur ein Standort innerhalb der Industrie- und Gewerbezone in Frage kommt. Wie bereits dargelegt, sind bei diesem Standort sämtliche Vorgaben der NISV eingehalten, namentlich der Anlagengrenzwert bei sämtlichen benachbarten Räumen mit empfindlicher Nutzung. Eine Verschiebung der Antennenanlage auf einen anderen Standort drängt sich auch deshalb nicht auf. Trotzdem ist die Strahlenbelastung für die Umgebung nicht derart unbedeutend, dass noch von einem sogenannten umweltrechtlichen Bagatelldfall gesprochen werden kann.

Nachfolgend bedarf es noch der Prüfung, in welchem Umfang dem Vorsorgeprinzip Rechnung zu tragen ist.

b) Basisstationen für das Mobilfunknetz können mit einer Automatik, dem sogenannten «Down-Link-Power-Control»-System, versehen werden, welche die Sendeleistung der Anlage stets auf den Bedarf der momentan übermittelten Gespräche beschränkt. Solche Einrichtungen gehören heute zum Standard und müssen bei der Erstellung neuer Stationen im Rahmen des Vorsorgeprinzips zwingend eingebaut werden. Im Übrigen drängen sich angesichts der Unterschreitung der massgebenden Richtwerte für die strittige Antennenanlage keine weiteren emissionsbeschränkenden Massnahmen im Sinne der Vorsorge auf.

Damit ergibt sich nun aber, dass die Mobilfunkantennenanlage auf der Liegenschaft ... in ... von der Vorinstanz zu Unrecht nicht bewilligt worden ist. Dem Gemeinderat steht im Bewilligungsverfahren für Mobilfunkanlagen nur wenig Entscheidungsfreiheit zu. Diesen engen Handlungsspielraum muss er ausschöpfen. Zu Unrecht hat der Gemeinderat die Bewilligung gestützt auf gesundheitliche Bedenken sowie insbesondere gestützt auf den Auftrag der Gemeindeversammlung vom 19. Juni 2000 verweigert. Dieser Auftrag ist im Übrigen bundesrechtswidrig. Es geht nicht an, Mobilfunkanla-

gen einzig aus politischen Gründen oder wegen einer Einsprachenflut zu verweigern und den «Schwarzen Peter» den Rechtsmittelinstanzen weiterreichen zu wollen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

7. Bei diesem Ausgang würde es sich erübrigen, die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin zu prüfen. Die Sache wäre grundsätzlich an den Gemeinderat zur Neu Beurteilung zurückzuweisen. Weil nun aber die Beschwerdeführerin die Erteilung der Baubewilligung durch den Regierungsrat verlangt, dies jedoch trotz der vollständigen Überprüfungs befugnis des Regierungsrates im Verwaltungsbeschwerdeverfahren nicht seine Aufgabe sein kann, sind nachfolgend auch die weiteren Rügen zu prüfen.

8. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Gebäudehöhe durch den auf dem Dach notwendigen Container nicht verletzt sei. Der Container auf dem Dach könne weder als Vollgeschoss noch als Dach qualifiziert werden. Er gelte als technisch bedingte Dachaufbaute, welche bei der Berechnung der Gebäude- und der Firsthöhe unbeachtlich sei.

Der Gemeinderat glaubt, eine Verletzung der Vorschriften über die Gebäudehöhe zu erkennen. Mit einer Gebäudehöhe von über 20 m überschreite die Baute die für die Industrie- und Gewerbezone maximal zulässige Gebäudehöhe von 10.5 m fast um das Doppelte. Weil es sich dabei nicht um dem Gebäude dienende, technisch bedingte Installationen handle, könne die Antennenanlage nicht bewilligt werden.

Die Vorinstanz verkennt offenbar, dass Dachaufbauten und dergleichen bei der Gebäudehöhe unberücksichtigt bleiben. Sie könnten allenfalls bei der Firsthöhe ins Gewicht fallen. Diesbezüglich äussert sich aber § 16 Abs. 2 Bauordnung der Gemeinde Unterägeri vom 21. März 1988 (BO Unterägeri). Danach fallen technisch bedingte Installationen, Antennen, Sonnenkollektoren, Lüftungsrohre, Kamine, Liftaufbauten und dergleichen bei der Berechnung der Firsthöhe ausser Betracht und sind in die Dachgestaltung miteinzubeziehen. Zu diesen Bauten und Anlagen zählen grundsätzlich Einrichtungen, welche dem Gebäude selbst dienen. Mit der fraglichen Mobilfunkantennenanlage wird die Firsthöhe nicht verändert, unabhängig davon, ob die Antennen dem Haus selbst oder auch anderen Zwecken dient. Die BO Unterägeri enthält nur für Anlagen der Haustechnik spezielle Bauvorschriften bezüglich Grösse und Standort auf den Dächern. Zu Antennen des Mobilfunks bzw. zu Anlagen auf Dächern, welche nicht nur dem jeweiligen Gebäude dienen, äussert sie sich nicht. Solche Einrichtungen sind demnach grundsätzlich zulässig, sofern ihnen nicht die Eingliederung, der Denkmal- oder des Ortsbildschutzes entgegenstehen (Regierungsratsbeschluss vom 6. Juni 2000 i.S. R.Q).

Weder gebieten bei der fraglichen Liegenschaft das Verunstaltungsverbot noch das Eingliederungsgebot einen Verzicht auf die Mobilfunkantenne, weder steht das Haus unter Denkmalschutz noch liegt es in einer Ortsbild-

schutzzone. Das Gebäude samt Mobilfunkantenne entspricht den Vorgaben der BO Unterägeri vollumfänglich. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde begründet und deshalb gutzuheissen.

Regierungsrat, 14. August 2001

6. Strassenverkehr

Vorsorglicher Entzug des Führerausweises und vorsorgliches Mofa-Fahrverbot – Gemäss der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 126 II 185) muss selbst bei Personen, die bis anhin nicht durch Fahren in alkoholisiertem Zustand aufgefallen sind, die Fahreignung abgeklärt werden, wenn sie mit einer Blutalkoholkonzentration von 2.50‰ oder mehr ein Motorfahrzeug gelenkt haben. Ein blosser, einfacher Entzug des Führerausweises genügt in derartigen Fällen nicht, weil ein solcher Promillewert eine sehr hohe Alkoholtoleranz voraussetzt, die in aller Regel auf eine Alkoholabhängigkeit hinweist.

Gestützt auf Art. 14, 16 und 17 des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SVG) in Verbindung mit Art. 30 bis 33 sowie Art. 35 Abs. 3 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 (VZV) erliess die Sicherheitsdirektion folgende Verfügung

.....

Aus den Erwägungen:

A. Aus dem Rapport der Kantonspolizei Zug vom 4. Juni 2001 geht hervor, dass X. gleichentags zur Mittagszeit, ca. 12:25 Uhr, auf der Zugerstrasse in Unterägeri als Lenkerin des Personenwagens infolge Nichtgewährens des Vortritts mit zwei Fussgängerinnen kollidierte, die auf dem Fussgängerstreifen die Zugerstrasse überqueren wollten. X. lenkte den Personenwagen in angetrunkenem Zustand; aus dem ärztlichen Bericht zur Blutalkoholanalyse vom 8. Juni 2001 ist zu entnehmen, dass die rückgerechnete Blutalkoholkonzentration im Minimalwert 2,30‰ und im Maximalwert 2,90‰, ergab. Aus dem Protokoll der ärztlichen Untersuchung vom 4. Juni 2001 geht hervor, dass das Verhalten von X ruhig und das Gesicht sowie die Sprache unauffällig gewesen seien. Auch das Gleichgewicht (Romberg, Strichgang, Finger-Finger-Probe) seien sicher und präzise gewesen. Nach Einschätzung des Arztes schiene X zudem nicht merkbar unter Alkoholeinwirkung gestanden zu haben.

B. Gemäss der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 126 II 185) muss selbst bei Personen, die bis anhin nicht durch Fahren in alkoholisiertem Zustand aufgefallen sind, die Fahreignung abgeklärt werden, wenn sie mit einer Blutalkoholkonzentration von 2.50‰ oder mehr ein Motorfahrzeug gelenkt haben. Ein blosser Entzug des Führerausweises genügt in derartigen Fällen nicht, weil ein solcher Promillewert eine sehr hohe Alkoholtoleranz voraussetzt, die in aller Regel auf eine Alkoholabhängigkeit hinweist.

C. Auch wenn gemäss der rückgerechneten Blutalkoholkonzentration – vom Minimalwert ausgehend – die oben genannten 2,50‰ knapp nicht erreicht wurden, so ist aufgrund der dennoch sehr hohen Blutalkoholkonzentration sowie der Feststellungen im Protokoll der ärztlichen Untersuchung ebenfalls von einer sehr hohen Alkoholtoleranz auszugehen. Aufgrund der Aktenlage besteht deshalb ein erheblicher Verdacht, dass bei X eine Alkoholproblematik vorliegen könnte.

D. Mithin bestehen ernsthafte Zweifel an der Eignung von X zum Lenken von Motorfahrzeugen und Mofas. Der Führerausweis wird ihr deshalb vorsorglich für unbestimmte Zeit entzogen. Über die Frage, ob ein Warnungs- oder Sicherungsentzug zu verfügen sei, wird erst entschieden, wenn geklärt ist, ob X aus verkehrsmedizinischer Sicht zum Lenken von Fahrzeugen in der Lage ist oder nicht. Diese Abklärungen wird das Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRMZ) vornehmen.

E. X wird empfohlen, vorgängig mit einem Vertrauensarzt Kontakt aufzunehmen und sich vor der spezialärztlichen Untersuchung beim IRMZ einer ca. sechsmonatigen Alkoholabstinenz gemäss den Merkblättern C und D in der Beilage zu unterziehen. Die spezialärztliche Untersuchung kann nämlich erst nach Vorliegen einer rund sechsmonatigen Alkoholabstinenz als sinnvoll erachtet werden.

F. Die Kosten für den spezialärztlichen Untersuch hat X selber zu tragen. Sie hat deshalb vorgängig einen Kostenvorschuss von Fr. 600.- zu bezahlen.

...

G. Weitere Abklärungen sowie die Anordnung einer neuen theoretischen und praktischen Führerprüfung bleiben vorbehalten.

H. Der vorsorgliche Entzug stützt sich auf Art. 35 Abs. 3 VZV. Danach kann der Führerausweis bis zur Abklärung von Ausschlussgründen sofort vorsorglich entzogen werden.

I. Der Führerausweis wurde X am 4. Juni 2001 polizeilich abgenommen und befindet sich bei den Akten. Der Entzug des Führerausweises begann am Tag der Abnahme des Führerausweises.

J. Das Lenken von Motorfahrzeugen und von Mofas nach Erhalt der Verfügung gilt als Fahren trotz Entzugs des Führerausweises und wird straf- und administrativrechtlich geahndet (Art. 95 Ziff. 2 SVG bzw. Art. 145 Ziff. 2 VZV).

Sicherheitsdirektion, 6. Juli 2001

(Gegen diese Verfügung liess X Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug erheben. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 2. Oktober 2001 gut, hob die angefochtene Verfügung auf und wies die Angelegenheit zu ergänzenden Abklärungen und zu einem allfälligen neuen Entscheid an die Sicherheitsdirektion zurück. Eine von der Sicherheitsdirektion gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts erhobene Beschwerde an das Bundesgericht hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 26. November 2001 gut. Mithin wurde der Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 2. Oktober 2001 aufgehoben und die Verfügung der Sicherheitsdirektion vom 6. Juli 2001 bestätigt.)

7. Berufliche Vorsorge

Art. 62 Abs. 1 lit. b BVG i.V.m. Art. 71 Abs 1 BVG und Art. 57 Abs. 1 und 2 BVV 2 – Jährliche Berichterstattung: Für die Berichterstattung pro 2000 gelten die seit 1. April 2000 in Kraft getretenen neuen Anlagevorschriften gemäss BVV 2, wonach das Vermögen, soweit es zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden. Sodann dürfen ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber 20% des Vermögens nicht übersteigen.

Für die Berichterstattung pro 2000 gelten die neuen Anlagevorschriften, in Kraft seit 1. April 2000. Das Vermögen darf, soweit es zur Deckung der Freizügigkeitsleistungen sowie zur Deckung der laufenden Renten gebunden ist, nicht ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden (Art. 57 Abs. 1).

Ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber dürfen 20 Prozent des Vermögens nicht übersteigen (Art. 57 Abs. 2). Erweiterungen der Anlagemöglichkeiten u. a. nach dem Artikel 57 Abs. 2 sind gestützt auf ein Anlagereglement nach den Anforderungen von Art. 49a BVV2 in Zukunft möglich, sofern die Einhaltung von Art. 50 BVV2 in einem Bericht schlüssig dargetan werden kann. Das Ergebnis ist im Anhang der Jahresrechnung festzuhalten.

ABVSA, 9. Januar 2001

Art. 84 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 61 Abs. 1 BVG und §1 der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1) – Unterstellung unter die gesetzliche Aufsicht: Unterstellung einer registrierten Vorsorgestiftung unter die kantonale Aufsicht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt einer erneuten späteren Überprüfung der Voraussetzungen für die Unterstellung, da die Stiftung lediglich ihren formellen Sitz im Kanton Zug hat, jedoch am Produktionsitz der Firma im Kanton Neuenburg verwaltet wird und sich dort auch die Mehrheit ihrer Destinatäre befindet.

A. Unter dem Namen P mit Sitz in Zug besteht eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB, Art. 331 OR und Art. 48 Abs. 2 BVG. Sie wurde mit öffentlicher Urkunde vom 9. November 2000 errichtet.

Die Stiftung bezweckt die obligatorische berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG und seiner Ausführungsbestimmungen für die Arbeitnehmer der Stifterfirma sowie für deren Angehörige und Hinterlassenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität.

Die Stiftung kann über die gesetzlichen Mindestleistungen hinaus weitergehende Vorsorge betreiben, einschliesslich Unterstützungsleistungen in Notlagen wie bei Krankheit, Unfall, Invalidität oder Arbeitslosigkeit.

C. Vorsorgeeinrichtungen, welche die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG durchführen, sind von der zuständigen Aufsichtsbehörde im Register für berufliche Vorsorge mit einer Ordnungsnummer und dem Datum der Registrierung einzutragen (Art. 11 Abs. 1 und 3 BVV 1).

D. Gemäss §2 der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 stehen die Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz im Kanton Zug unter der Aufsicht der Direktion des Innern, welche die ihr zustehenden Entscheidungsbefugnisse als kantonale Aufsichtsbehörde in der beruflichen Vorsorge durch Verfügung vom 3. Februar 1999 an das kantonale Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht delegiert hat (§6 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998). Dieses führt auch das Register für berufliche Vorsorge.

E. Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass die Bestätigung des anerkannten Experten für berufliche Vorsorge, J.c/o A. AG, Zürich, vom 27. März 2001, gemäss Art. 53 Abs. 2 BVG für das seit 1. Januar 2001 gültige Vorsorgereglement gemäss Stiftungsratsbeschluss vom 20. März 2001 vorliegt. Die aufsichtsbehördliche Reglementsprüfung im Sinne von Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG gibt zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass. Die Bestimmungen des BVG und seiner Ausführungsbestimmungen gehen jedoch den von der Vorsorgeeinrichtung erlassenen Bestimmungen vor, auch wenn letztere bei der summarischen Prüfung durch die Aufsichtsbehörde im Rahmen der Registrierung nicht als gesetzeswidrig erkannt wurden (Art. 50 Abs. 3 BVG).

Das ABVSA hat die Stiftungsurkunde geprüft. Sie gibt unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass.

Der rechtliche Sitz der Stiftung befindet sich zwar in Zug, doch wird deren Verwaltung offenbar durch die P.S.A. in C. wahrgenommen. Dort dürfte sich auch die grosse Mehrheit der Destinatäre der Stiftung befinden. Die Korrespondenz der Stiftungsverwaltung an das ABVSA erfolgt in der Regel in französischer Sprache, welche nicht dessen offizieller Amtssprache entspricht. Bereits in den Gesprächen mit Vertretern der Stifterfirma vor der Errichtung der Stiftung wurde auf diese Erschwernisse für die Destinatäre und die Beaufsichtigung durch das ABVSA aufmerksam gemacht und darauf hingewiesen, einer allfälligen Unterstellung der Stiftung unter die Aufsicht des ABVSA könnte vorläufiger Charakter zukommen. Sollte eine spätere Überprüfung ergeben, dass das ABVSA unter diesen Voraussetzungen die Aufsicht nicht umfassend genug ausüben kann, müsste im Interesse der Destinatäre und der Rechtssicherheit eine Aufsichtsübertragung auf die dafür zuständige Aufsichtsbehörde in Betracht gezogen werden.

Gestützt auf die vorstehenden Feststellungen kann die Pensionskasse P der gesetzlichen Aufsicht des ABVSA unterstellt und im Register für berufliche Vorsorge eingetragen werden. Ausdrücklich vorbehalten bleibt die erneute Überprüfung der Voraussetzungen für die Unterstellung bzw. die Übertragung der Aufsicht auf eine andere, nachgewiesen zuständige Aufsichtsbehörde.

ABVSA, 2. April 2001

Art. 88 Abs. 1 und 89^{bis} Abs. 6 ZGB i.V.m. §4 lit. c der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1) – Liquidation: Aufforderung an den Stiftungsrat, die Vorsorgestiftung zu liquidieren und das vorhandene Vermögen an die Destinatäre zu verteilen, nachdem über die Stifterfirma zwei Jahre zuvor der Konkurs eröffnet und das Verfahren kurz darauf mangels Aktiven eingestellt worden ist.

Über die Stifterfirma C. AG ist am 12. April 1999 der Konkurs eröffnet und das Verfahren am 26. Mai 1999 mangels Aktiven eingestellt worden. Folglich wurde das Guthaben gegenüber der Stifterfirma in der Höhe von Fr. 7904.- vollständig abgeschrieben. Nachdem nun die Stifterfirma keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt, ist die Stiftung aufzulösen. Diesbezüglich fordern wir den Stiftungsrat auf, das Liquidationsverfahren unverzüglich in die Wege zu leiten. Wir erwarten den betreffenden Stiftungsratsbeschluss mit Sachverhaltsdarstellung über die Liquidation, die Feststellung der Höhe

der effektiv vorhandenen Mittel per Stichtag zur Verteilung an die Destinatäre sowie den Nachweis über die Arbeitnehmer der Firma C. AG oder der mit ihr wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, rückwirkend per 1. Januar 1995. Der sodann erstellte Verteilungsplan ist vom Experten für berufliche Vorsorge beurteilen zu lassen. Bitte beachten Sie dazu als Hilfestellung unsere Homepage www.zug.ch/abvsa/ unter Punkt 11. «Aufhebung von Vorsorgestiftungen.»

ABVSA, 7. Mai 2001

Art. 23 Abs. 1 und 3 lit. a. und b. FZG – Teilliquidation: Wird eine Firma restrukturiert bzw. ihr Personalbestand erheblich vermindert, sind die Voraussetzungen für eine Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich erfüllt. Von der Durchführung der Teilliquidation ist jedoch aufgrund des knappen Deckungsgrades und unter Berücksichtigung der Fortbestandesinteressen der Stiftung abzusehen.

A. Unter dem Namen «Personalvorsorgestiftung der R. Limited» (nachfolgend «Stiftung») mit Sitz in Zug besteht eine mit öffentlicher Urkunde vom 20. Dezember 1994 errichtete Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB, Art. 331 OR sowie Art. 48 Abs. 2 BVG. Die Stiftung ist im Register für berufliche Vorsorge unter der Ordnungsnummer ZG-0096 eingetragen.

Die Stiftung bezweckt die Versicherung des Personals der Stifterin gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität im Rahmen der obligatorischen beruflichen Vorsorge gemäss BVG. Die Stiftung kann über die gesetzlichen Mindestleistungen hinaus weitergehende Vorsorge betreiben. Sie kann ebenfalls dem Personal in Notlagen, wie z. B. bei Krankheit oder Unfall, Unterstützungsleistungen erbringen.

Der Stiftung kann auch das Personal anderer von der Stifterin bestimmten Gesellschaften angeschlossen werden.

B. Gemäss §2 der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 stehen die Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz im Kanton Zug unter der Aufsicht der Direktion des Innern, welche die ihr zustehenden Entscheidungsbefugnisse als kantonale Aufsichtsbehörde in der beruflichen Vorsorge durch Verfügung vom 3. Februar 1999 an das kantonale Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht delegiert hat (§6 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998). Dieses führt auch das Register für berufliche Vorsorge.

C. Dem Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht liegt die Jahresrechnung pro 2000 mit dem Bericht der Acton Revisions AG, Zug, als anerkannte Kontrollstelle vom 5. Juli 2001 vor. Die Kontrollstelle stellt in

ihrem Bericht die Richtigkeit der Rechnung fest. Aufgrund der aufsichtsrechtlichen Einsichtnahme kann sie ohne Bemerkungen zur Kenntnis genommen werden.

Mit Schreiben vom 23. November 2000 teilte S. anerkannte Expertin für berufliche Vorsorge, dem ABVSA mit, dass die Stifterin im Jahre 2000 umstrukturiert wurde. Diese Massnahme hatte Frühpensionierungen und Entlassungen zur Folge. Die Phase der Umstrukturierung dauere bis Mitte 2001. Als Stichtag für die Teilliquidation wurde der 31. Dezember 2000 vorgeschlagen, da für die Stiftung per 1. Januar 2000 eine Verteilung freier Mittel in Form von Zusatzzinsen und Einholen von Rentenzielen durchgeführt worden sei. Bei dieser Verteilung seien alle Versicherten, inklusive der im Jahr 2000 ausgetretenen Mitarbeiter, berücksichtigt worden. Des Weiteren wurden Angaben über den betroffenen Personenkreis und über das technische Vorgehen gemacht.

Die Stiftung reichte dem ABVSA mit Schreiben vom 10. August 2001 die technische Expertise von S. vom 3. August 2001 im Hinblick auf die Teilliquidation mit dem entsprechenden Stiftungsratsbeschluss vom 9. August 2001 zur Prüfung ein. Die Expertise beruht auf den individuellen Daten der Versicherten am 31. Dezember 2000/1. Januar 2001, welche die Stiftung zur Verfügung stellte, sowie auf dem Bericht der Kontrollstelle zur Jahresrechnung pro 2000 vom 5. Juli 2001. Die technische Fortführungsbilanz, welche die Reserven künftiger Risiken berücksichtigt, ergibt folgendes Bild:

Total der Aktiven	23'004'014.95	
- Fremdkapital	1'769'828.10	
- Fortführungsreserven		
- Schwankungsreserve auf den Wertschriften	2'900'000	
- Solvabilitätsreserve	450'000	
- Kompensationsreserve	115'465	
- Reserve für Vorpensionen	1'702'657	6'937'950.10
Nettovermögen	16'066'064.85	
- Direkte Verpflichtungen		
- Aktive Versicherte	14'110'117.50	
- Rentenbezüger	1'782'767.00	15'892'884.50
Freies Stiftungsvermögen	173'180.35	

Zusammenfassend weist die Expertin in ihren Schlussbemerkungen darauf hin, dass die Stifterin in den Jahren 2000 und 2001 infolge Umstrukturierung 28 Versicherte entlassen oder vorzeitig in den Ruhestand versetzt hat. Faktisch sei damit der Tatbestand einer Teilliquidation gegeben. Da aber seit der Gründung der Stiftung im Jahre 1995 der für die technischen Reserven nicht benötigte Anteil an freien Stiftungsmitteln regelmässig an die Versicherten verteilt worden sei und aufgrund der Tatsache, dass die Jahresrechnung pro 2000 mit einem negativen technischen Vermögensertrag abgeschlossen habe, seien am Teilliquidationsstichtag materiell keine Reserven für eine Verteilung vorhanden. Zu beachten sei auch die Tatsache, dass keine vollumfängliche Rückversicherung bestehe, sondern die Risiken Invalidität und Tod mittels einer Stop Loss-Deckung teilweise rückversichert sind und deshalb technische Reserven benötigt werden. Die Fortführungsbilanz per 31. Dezember 2000 weise zwar einen Deckungsgrad von 101% aus, dieser enthalte aber keine Marge zur Verteilung freier Stiftungsmittel. Dem Stiftungsrat empfahl die Expertin für berufliche Vorsorge deshalb, im Rahmen der im Prinzip durchzuführenden Teilliquidation auf eine Verteilung freier Mittel zu verzichten, um das finanzielle Gleichgewicht der Stiftung nicht zu gefährden. Gemäss Protokoll der Sitzung des Stiftungsrates vom 9. August 2001 hat der Stiftungsrat von der technischen Expertise und ihren Schlussfolgerungen zustimmend Kenntnis genommen.

Gemäss Art. 23 Abs. 1 FZG entscheidet die Aufsichtsbehörde darüber, ob die Voraussetzungen für eine Teil- oder Gesamtliquidation einer Vorsorgeeinrichtung erfüllt sind. Sie genehmigt zudem den Verteilungsplan. Die freien Mittel sind aufgrund des Vermögens, das zu Veräusserungswerten einzusetzen ist, zu berechnen. Aus der Bilanz muss die tatsächliche finanzielle Lage der Vorsorgeeinrichtung deutlich hervorgehen. Die Voraussetzungen sind nach Art. 23 Abs. 4 FZG u. a. vermutungsweise erfüllt, wenn eine erhebliche Verminderung der Belegschaft erfolgt oder ein Unternehmen restrukturiert wird.

Das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht hat die ihm eingereichten Unterlagen geprüft und kommt zum Schluss, dass der Sachverhalt einer Teilliquidation nach Art. 23 FZG zwar gegeben ist, jedoch eine Verteilung von freien Stiftungsmitteln aufgrund des geringen Deckungsgrades und unter Wahrung der Fortbestandesinteressen der Stiftung nicht angezeigt erscheint.

F. Zusammenfassend und gestützt auf die gesamten vorliegenden Unterlagen kann das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht von der Jahresrechnung pro 2000 Kenntnis nehmen und dem beantragten Verzicht auf eine materielle Durchführung der Teilliquidation des Stiftungsvermögens per 31. Dezember 2000 zustimmen.

ABVSA, 16. Oktober 2001

5. Fischerei

§§ 11 Abs. 1, 21 Fischereigesetz (FG; BGS 933.21); § 7 Ausführungsbestimmungen zum Konkordat über die Fischerei im Zugersee vom 23. Mai 1996 (BGS 933.111); §§ 4, 7, 10 Abs. 1, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 28 Abs. 2 e contrario, 39, 49, 41 Abs. 1, 42 Abs. 1, 43 Abs. 1, 44 VRG; Ziff. 1 Verwaltungsgebührentarif. – Entzug der Fischereiberechtigung. – Eintreten (E. 1); Zulässigkeit der Beschwerde (E. 1); Legitimation (E. 2); Zuständige Instanz (E. 3); Beschwerdefrist (E. 4); Formelle Anforderungen (E. 5). – Materielles (E. II): Rüge der Willkür (E. 1); Angemessenheit des Entzuges der Fischereiberechtigung (E. 2); Praxisänderung (E. 3); Kosten und Entschädigungen (E. 4)

Sachverhalt

A. Am 23. Dezember 2000 fischte A. im Zugersee fünf Felchen während der Schonzeit. Der Wildhüter beobachtete dies, beschlagnahmte die Fische und entzog ihm das Fischereipatent.

B. Mit Schreiben vom 17. Januar 2001 an das Amt für Fischerei und Jagd beantragte A. das Fischereipatent sei ihm zurückzugeben. Als Begründung führte er an, dass dies sein erstes Vergehen sei und das Fangen von fünf Felchen während der Schonzeit sei nicht schwerwiegend.

C. Am 14. Februar 2001 erfolgte die Verzeigung durch den Wildhüter. Mit Verfügung vom 28. Februar 2001 wies das Amt für Fischerei und Jagd das Gesuch von A. um Rückgabe der Fischereiberechtigung mit der Begründung ab, es handle sich zwar um einen erstmaligen, aber vorsätzlichen Verstoss gegen die Fischereivorschriften, der als «nicht leicht» zu beurteilen sei.

D. Gegen diesen Entscheid erhob A. gegenüber der Direktion des Innern am 5. März 2001 Verwaltungsbeschwerde. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, es gehe dem Amt für Fischerei und Jagd darum, ein Exempel zu statuieren, weshalb dieses Vorgehen als willkürlich zu betrachten sei. Überdies sei das Fangen von Felchen während der Schonzeit nicht als schweres Vergehen zu bezeichnen.

E. In seiner Stellungnahme vom 9. März 2001 äussert sich das Amt für Fischerei und Jagd dahingehend, dass zwar der Entzug der Fischereiberechtigung für ähnlich gelagerte Fälle ein Novum darstelle, dass aber diese Praxisänderung sich aufdränge, weil die relativ geringen Bussen kein wirksames Mittel gegen Fischereifrevel darstellten.

Erwägungen:

I.

Der Beschwerdeführer ficht mittels Verwaltungsbeschwerde eine Verfügung des Amtes für Fischerei und Jagd an.

1. Nach §39 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1) ist die Verwaltungsbeschwerde die förmliche, an eine Frist gebundene Anfechtung von Entscheiden unterer Verwaltungsbehörden bei der oberen Verwaltungsbehörde, wodurch diese verpflichtet wird, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden. Mit der Verwaltungsbeschwerde angefochten werden können alle Entscheide unterer Verwaltungsbehörden, sofern die Weiterzugsmöglichkeit nicht durch besondere Vorschrift ausdrücklich ausgeschlossen ist (§40 Abs. 1 VRG). Als Entscheide im Sinne des VRG gelten gemäss §4 VRG Anordnungen und Feststellungen der dem Verwaltungsrechtspflegegesetz unterstellten Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung sowie Urteile des Verwaltungsgerichtes. Mit der vorstehend erwähnten Verfügung wird ein Entscheid im Sinne von §4 bzw. §39f. VRG angefochten. Die Weiterzugsmöglichkeit ist überdies nicht ausgeschlossen. Damit erweist sich die vorliegende Beschwerde als grundsätzlich zulässig.

2. a) Gemäss §41 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer durch den Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Beschwerdelegitimiert ist demnach, wer durch den Entscheid in höherem Mass als ein beliebiger Dritter oder die Allgemeinheit berührt wird und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat; das schutzwürdige Interesse besteht dabei im praktischen Nutzen, der mit erfolgreicher Beschwerde erzielt werden könnte (vgl. GVP 1997/98, S.87; GVP 1995/96, S.17 und 131; GVP 1977/78, S.175ff.) Dieses Rechtsschutzinteresse hat grundsätzlich aktuell zu sein (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S.93).

2. b) Als Adressat der angefochtenen Verfügung ist der Beschwerdeführer von dieser unmittelbar betroffen. Er hat an deren Aufhebung bzw. Änderung ein schutzwürdiges und aktuelles Interesse. Damit ist die Rechtsmittelbefugnis des Beschwerdeführers zu bejahen.

3. Nach §40 Abs. 2 VRG sind Beschwerden solcher kantonalen Behörden, die dem Regierungsrat unterstehen, an den Regierungsrat zu richten. Mit der vorliegenden Beschwerde wird ein Entscheid des Amtes für Fischerei und Jagd angefochten. Der Beschwerdeführer richtet seine Beschwerde auf Grund einer entsprechenden (falschen) Rechtsmittelbelehrung an die Direktion des Innern, also an die nicht zuständige Behörde. Gemäss §7 VRG sind Eingaben an eine unzuständige Behörde von Amtes wegen und unter Mitteilung an den Absender an die zuständige Behörde weiterzuleiten. Im vorliegenden Fall hat die Direktion des Innern die Beschwerde an den Regierungsrat als zuständige Instanz weitergeleitet. Indem die Beschwerde an den Regierungsrat weitergeleitet wurde, ist die Beschwerde folglich an die für den Beschwerdeentscheid zuständige Instanz gerichtet worden.

4. Die Beschwerde erweist sich im Weiteren als fristgerecht: Nach §43 Abs. 1 VRG beträgt die Beschwerdefrist zwanzig Tage und gemäss §7 Abs. 2 ist bei der Eingabe an eine nicht zuständige Instanz für die Einhaltung der Frist der Zeitpunkt der Einreichung bei der unzuständigen Behörde massgebend. Der angefochtene Entscheid wurde am 28. Februar 2001 versandt. Daraus ist zu schliessen, dass er dem Beschwerdeführer frühestens am 1. März zuzuging. Aufgrund von §10 Abs. 1 VRG begann die zwanzigtägige Beschwerdefrist am darauffolgenden Tag, d.h. frühestens am 2. März 2001 zu laufen und endigte nicht vor dem 22. März 2001. Mit Postaufgabe am 5. März 2001 wurde die Beschwerde deshalb rechtzeitig erhoben.

5. Überdies erfüllt die Beschwerdeschrift die formellen Anforderungen von §44 VRG. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

II.

1. Gemäss §42 Abs. 1 VRG können mit Verwaltungsbeschwerde – nebst den Mängeln des Verfahrens – alle Mängel des angefochtenen Entscheides gerügt werden. In dieser Hinsicht lässt der Beschwerdeführer vorbringen, der Entzug der Fischereiberechtigung sei willkürlich und es gehe nur darum, ein Exempel zu statuieren. Dies gelte vor allem deshalb, weil in der Vergangenheit in ähnlich gelagerten Fällen nur eine Busse ausgesprochen, nicht aber das Fischereipatent entzogen worden sei.

2. Gemäss §11 Abs. 1 des Fischereigesetzes (FG; BGS 933.21) steht das Recht, Fische, Krebse und Fischnährtiere in öffentlichen Gewässern zu fangen und zu verwerten vollumfänglich dem Kanton zu. Der Zugersee ist ein öffentliches Gewässer und deshalb braucht jede Person, die dort fischen will eine Fischereiberechtigung gemäss §12 FG. Einzige Voraussetzung für die Fischereiberechtigung ist das Erreichen des achten Altersjahres (§12 Abs. 1 FG). Eine bereits verliehene Berechtigung ist zu entziehen, wenn Tatsachen eintreten oder bekannt werden, die eine Verleihung ausschliessen (§12 Abs. 3 FG). Die Verleihung ist nach §12 Abs. 2 Bst. B ausgeschlossen, wenn vorsätzlich oder wiederholt fahrlässig gegen die eidgenössischen oder kantonalen Fischereivorschriften verstossen wurde. Gemäss §7 der Ausführungsbestimmungen zum Konkordat über die Fischerei im Zugersee vom 23. Mai 1996 fällt der Monat Dezember in die Schonzeit für Felchen. A. hat unbestrittenermassen während dieser Schonzeit Felchen gefangen. Er tat dies weiter mit Wissen und Willen um die Widerrechtlichkeit des Fischens von Felchen während dieser Zeit. Damit hat er in vorsätzlicher Art und Weise gegen eine Fischereivorschrift verstossen. Nach dem Gesagten ist ihm deshalb auf Grund des klaren Wortlautes von §12 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 FG die Fischereiberechtigung grundsätzlich zu entziehen. Ausnahmsweise kann aber auf den Entzug verzichtet werden, wenn so eine unbillige Härte vermieden werden kann oder wenn es sich nur um einen leichten Fall handelt.

Das Fangen von Fischen während der Schonzeit kann keinesfalls als leichter Fall betrachtet werden. Mit den Schonzeiten wird der absolute Schutz der betroffenen Fische bezweckt, damit ein gesunder, natürlicher Bestand gewährleistet werden kann. Jegliche Vereitelung dieses Zweckes ist deshalb möglichst zu vermeiden. Das Befischen einer geschonten Art stellt ein krasser Eingriff in den vom Gesetzgeber anvisierten Geschehensablauf dar. Auch ist in Rechnung zu stellen, dass A. nicht etwa aus Versehen nur eine Felche an der Angel hatte und diese nicht wieder ins Wasser zurückbrachte. Der Beschwerdeführer fischte im vollen Unrechtsbewusstsein fünf Felchen. Damit kann nicht mehr die Rede von einem leichten Fall im Sinne von §12 Abs. 4 FG sein. Auch eine unbillige Härte gemäss der erwähnten Bestimmung ist mit dem Entzug der Fischereiberechtigung nicht auszumachen.

Nach dem Gesagten wurde dem Beschwerdeführer mit Recht die Fischereiberechtigung entzogen. Gemäss §12 Abs. 4 kann die Fischereiberechtigung für höchstens zwei Jahre entzogen werden. Mit einer Entzugsdauer von sechs Monaten bewegt sich das Amt für Fischerei und Jagd trotz der Schwere des Gesetzesverstosses im unteren Bereich des vom Gesetze vorgesehenen Massnahmenrahmens. Die Entzugsdauer ist deshalb auch nicht zu beanstanden.

3. Der Beschwerdeführer macht eine rechtsungleiche Behandlung geltend, weil in der Vergangenheit für ähnlich gelagerte Fälle jeweils kein Entzug der Fischereiberechtigung ausgesprochen worden sei. Tatsächlich liegt gemäss den Ausführungen des Amtes für Fischerei und Jagd mit dem vorliegenden Fall eine Praxisänderung vor. Nachfolgend ist nun die Zulässigkeit einer solchen Praxisänderung zu überprüfen.

Dem Grundsatz nach sind Praxisänderungen zulässig. Keineswegs können bestehende Verhältnisse auf unbestimmte Zeit hin Geltung beanspruchen. Entscheidend ist jedoch, dass Praxisänderungen qualifiziert begründet sind (vgl. Jürg Martin, Leitfaden für den Erlass von Verfügungen, Schulthess, Zürich 1996, S. 117). Gegenüber dem Postulat der Rechtssicherheit lässt sich eine Praxisänderung nur begründen, wenn die neue Lösung besser dem Gesetz oder veränderten äusseren Verhältnissen entspricht (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Stämpfli, Bern 1999, S. 405 sowie BGE 100 Ib 71). Beides ist vorliegend der Fall: Wie oben dargelegt wurde, sieht das FG gemäss klarem Wortlaut von §12 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 zwingend den Entzug der Fischereiberechtigung vor, sofern kein Ausnahmetatbestand im Sinne von §12 Abs. 4 FG gegeben ist. Bisher wurde jeweils in ähnlich gelagerten Fällen auf den Entzug der Fischereiberechtigung verzichtet, obwohl der Gesetzeswortlaut den Entzug dem Grundsatz nach verlangt. Mit der anvisierten Praxisänderung bewegt sich das Amt für Fischerei und Jagd näher an den Wortlaut des Gesetzes hin und erfüllt damit schon eine von Lehre und Rechtsprechung verlangte Bedingung zur Praxisänderung. Aber auch die äusseren Verhältnisse haben sich verändert. Das Amt

für Fischerei und Jagd hat nämlich festgestellt, dass mit Bussen allein in Fällen wie diesem die gewünschte Verhaltenskorrektur der Fischer nicht erreicht werden kann. Dies muss um so mehr gelten als die Bussen mit einer Höhe von rund Fr. 60.– bis anhin recht moderat waren. Aus diesem Grund drängt sich ebenfalls eine Praxisänderung auf, wonach in Fällen wie dem vorliegenden grundsätzlich die Fischereiberechtigung entzogen wird. Nur so kann offenbar den Intensionen des Gesetzgebers genügend Nachachtung verschafft werden. Immerhin lässt der Beschwerdeführer sinngemäss verlauten, er halte das Fischen während der Schonzeit nicht für einen schweren Fall. Ob mit einer blossen Busse in einem solchen Fall die gewünschte Verhaltenskorrektur erreicht wird, kann dahingestellt bleiben. Festzustellen bleibt, dass mit dem Entzug der Fischereiberechtigung ein wirksameres Mittel zur Durchsetzung der gesetzgeberischen Absichten zur Verfügung steht als dies mit einer blossen Busse der Fall ist. Im Übrigen muss eine Praxisänderung nicht angekündigt werden (vgl. AGVE 1991, S. 285) und es besteht gemäss Lehre und Rechtsprechung auch kein Anspruch auf Beibehaltung einer rechtswidrigen Praxis. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht dem Rechtsgleichheitsprinzip im Konfliktfall vor. Wenn eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das dem Privaten, der sich in der gleichen Lage befindet, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls von der Norm abweichend behandelt zu werden (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998 N. 412 sowie BGE 122 II 446, 451f.) Selbstverständlich hat die Behörde eine vorgenommene Praxisänderung sofort und überall anzuwenden (vgl. BGE 108 Ia 124), d.h. dass inskünftig Fälle wie der vorliegende in der Regel – §12 Abs. 4 FG vorbehalten – zwingend zu einem Entzug der Fischereiberechtigung führen müssen. Dies verlangen die Gebote der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit (vgl. Jürg Martin, a.a.O. S. 118).

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde von A. gegen die Verfügung des Amtes für Fischerei und Jagd als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens zu tragen (vgl. §23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Nach Bst. A Ziff. 1 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) vom 11. März 1974, kann für Entscheide des Regierungsrates in Beschwerdesachen eine Gebühr von Fr. 40.– bis Fr. 3700.– erhoben werden. Dem Aufwand zur Beschwerdebehandlung ist eine Spruchgebühr von Fr. 500.– angemessen. Die Zusprechung einer Parteientschädigung an den Beschwerdeführer fällt ausser Betracht; weil er im vorliegenden Verfahren unterlegen ist (vgl. §28 Abs. 2 VRG e contrario).

Regierungsrat, 1. Mai 2001

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

Vorbemerkungen

Zentrale Rechtsgrundlage in den Bereichen Datenschutz und Datensicherheit ist für die öffentliche Verwaltung das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000¹ (im Folgenden: DSG).

Ein Hinweis zu den Befugnissen des Datenschutzbeauftragten (im Folgenden: DSB): Gemäss §20 Abs. 2 DSG kann der Datenschutzbeauftragte bei Verletzung von Datenschutzvorschriften das Organ auffordern, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Wird die Aufforderung nicht befolgt oder abgelehnt, kann die Angelegenheit dem Gemeinderat (in gemeindlichen Angelegenheiten) bzw. dem Regierungsrat (in kantonalen Angelegenheiten) unterbreitet werden. Werden in gemeindlichen Angelegenheiten die erforderlichen Massnahmen durch den Gemeinderat nicht ergriffen, so kann der DSB eine Stellungnahme an die Direktion des Innern als allgemeinem Aufsichtsorgan² der Gemeinden richten. Anschliessend kann die Angelegenheiten dem Regierungsrat unterbreitet werden.

Lehnt der Regierungsrat die Empfehlung des DSB ab, so ist der verwaltungsinterne Weg erschöpft. Aufgrund von §19 Abs. 1 Bst. f DSG besteht allerdings die Möglichkeit, die *Öffentlichkeit* über wesentliche Anliegen des Datenschutzes zu orientieren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der DSB grundsätzlich³ keine Weisungsbefugnisse hat. Der Datenschutz soll durch *Information*, *Beratung* und *Empfehlung* umgesetzt werden.

Im Folgenden werden acht Fälle aus der DSB-Beratung zusammengefasst. Weitere Beispiele und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis finden sich in den ausführlichen Tätigkeitsberichten⁴ des DSB.

¹ BGS 157.1.

² §42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (BGS 151.1).

³ Ausnahme: Gemäss §19 Abs. 1 Bst. g kann der DSB gegenüber Datenschutzstellen der Gemeinden und der kantonalen Direktionen Weisungen erteilen. Bis anhin haben jedoch weder Gemeinden noch kt. Direktionen von der Möglichkeit, eigene Datenschutzstellen zu schaffen, Gebrauch gemacht (Stand: 15. April 2002).

⁴ Kostenlos beim DSB zu bestellen sowie auf der Web-Site des DSB: «www.datenschutzzug.ch» zugänglich.

I. Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private

Aus verschiedenen Gründen werden zunehmend Aufgaben, die bis anhin durch die öffentliche Verwaltung erledigt wurden, an private Unternehmen übertragen. In der Regel ist damit auch die Datenbekanntgabe an und/oder die Datenbearbeitung durch Private verbunden. Wie die Auslagerung aus datenschutzrechtlicher Sicht zu beurteilen ist, soll anhand des folgenden konkreten Beispiels aufgezeigt werden.

Fragestellung

Können Druck- und Versandaufträge von Steuerunterlagen,⁵ die bisher verwaltungsintern⁶ erledigt wurden, an Privatfirmen vergeben werden? Wie ist die Rechtslage bezüglich der folgenden Aspekte: Grundsätze, Grenzen, Rahmenbedingungen, Besonderheiten bezüglich Datenbekanntgabe?

Um diesen Auftrag erfüllen zu können, müssen die Adressen sowie weitere Angaben über sämtliche steuerpflichtigen natürlichen und juristischen Personen bekannt gegeben werden.

Aus den Empfehlungen

1. Rechtslage – die Grundsätze

1.1 Steuergeheimnis

Die Geheimhaltungspflicht in Steuersachen ist in § 108 Abs. 1 des Steuergesetzes (StG; BGS 632.1) wie folgt festgelegt:

«b) Geheimhaltungspflicht

¹ Wer mit dem Vollzug dieses Gesetzes betraut ist oder dazu beigezogen wird, muss über Tatsachen, die ihr oder ihm in Ausübung ihres oder seines Amtes bekannt werden, und über die Verhandlungen in den Behörden Still-schweigen bewahren und Dritten den Einblick in amtliche Akten verweigern.»

Diese Bestimmung geht wesentlich über das Amtsgeheimnis, wie es in § 29 des Personalgesetzes (BGS 154.21) i.V.m. § 11 der Personalverordnung (BGS 154.211) umschrieben ist, hinaus, beschlägt doch die Geheimhaltungspflicht *sämtliche* Tatsachen, die den Mitarbeitenden bekannt werden.

Das allgemein für die Verwaltungsmitarbeitenden geltende Amtsgeheimnis gemäss Personalgesetz bezieht sich hingegen nur auf Tatsachen, «an denen ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse oder ein Persönlichkeitsschutzinteresse besteht oder die gemäss besonderer Vorschrift geheim zu halten sind».

⁵ Vorbedruck der Steuererklärungsformulare sowie Verpackung und Versand.

⁶ Durch das ITL (Informationstechnik-Leistungszentrum), das verwaltungsinterner Dienstleister im Bereiche Informatik ist.

Beim Steuergeheimnis handelt es sich somit um ein *qualifiziertes* Amtsgeheimnis. Hintergrund: Die Steuerpflichtigen müssen den Steuerbehörden eine Vielzahl von persönlichen und heiklen Daten bekannt geben. In der Terminologie des Datenschutzgesetzes handelt es sich vielfach um *besonders schützenswerte* Personendaten bzw. um *Persönlichkeitsprofile* (vgl. § 2 Bst. b DSG).

In persönlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass sich § 108 StG nur auf Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung bezieht, geht es doch um Tatsachen, die in Ausübung des Amtes bekannt werden. Auf beauftragte externe Personen bezieht sich dagegen § 108 StG *nicht*.

Strafrechtlicher Schutz des Amtsgeheimnisses – StGB Art. 320

Wird das Steuergeheimnis verletzt, so kann sich die Frage nach personalrechtlichen Massnahmen, nach zivilrechtlicher Haftung und auch nach strafrechtlichen Konsequenzen stellen.

Das Amtsgeheimnis erfährt durch die Strafandrohung nach Art. 320 des Strafgesetzbuches einen *starken Schutz*.

Auf beauftragte externe Personen bezieht sich Art. 320 StGB hingegen nicht.

1.2 Auslagern der Datenbearbeitung gemäss Datenschutzgesetz

§ 6 DSG sieht vor:

Ausgelagertes Bearbeiten von Daten

«¹ Das Bearbeiten von Daten kann ausgelagert werden, wenn

- a) die Auftraggeberin oder der Auftraggeber dafür sorgt, dass die Daten nur so bearbeitet werden, wie sie oder er es selbst tun dürfte und
- b) keine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht es verbietet.

² Die Einhaltung des Datenschutzes wird durch Auflagen, Vereinbarungen oder in anderer Weise sichergestellt.»

1.3 Zum Verhältnis von § 108 StG zu § 6 DSG

Vorweg stellt sich die Frage, ob § 108 Abs. 1 StG eine Auslagerung in grundsätzlicher Weise verbietet, somit ein Anwendungsfall von § 6 Abs. 1 Bst. b DSG darstellt.

Dies scheint nicht der Fall zu sein. § 108 StG wendet sich an die Mitarbeitenden und verbietet ihnen, Informationen nach aussen zu tragen bzw. Dritten Einblick in amtliche Akten zu geben.

Über die Organisation und Strukturierung von Arbeitsabläufen bzw. Arbeitsteilung spricht sich § 108 StG jedoch nicht aus – jedenfalls so lange der materielle Gehalt der Bestimmung nicht in grundlegender Weise tangiert ist.

1.4 Zwischenergebnis

Die Steuerbehörden bearbeiten eine Vielzahl von besonders schützenswerten Personendaten. Sie unterstehen deswegen einer strengen Geheimhaltungsregelung, die auch strafrechtlich bewehrt ist. Eine Auslagerung gewisser Aufgaben an externe Private ist m.E. rechtlich grundsätzlich zulässig. Dabei sind Beauftragte zwingend denselben Sicherheitsvorschriften unterworfen wie die Verwaltung.

2. Rahmenbedingungen

Im Folgenden werden einige Hinweise auf mögliche Sicherheitsmassnahmen für den Fall der Auslagerung der Datenbearbeitung an Drittfirmen gegeben. Die Hinweise sind nicht abschliessend. Die konkrete Ausgestaltung hängt von den zu bearbeitenden Daten ab – je heikler die zu bearbeitenden Daten, desto weitergehende Massnahmen sind zu ergreifen.

Das Amtsgeheimnis verbietet grundsätzlich die Datenbekanntgabe an andere Stellen. Auch das Datenschutzgesetz sieht in § 5 vor, dass eine Datenbekanntgabe nur in engen Grenzen zulässig ist. Was für die öffentliche Verwaltung gilt, ist erst recht auf Private anwendbar: Der Kreis der Personen, die bei der Arbeitstätigkeit Einsicht in Daten haben, muss möglichst *eng* gefasst werden.

Personen, die mit der Datenbearbeitung betraut werden, sind vom Beauftragten sorgfältig auszuwählen und zu instruieren.

Dem Beauftragten ist es zu untersagen, seinerseits Arbeitsschritte an weitere Drittfirmen zu vergeben.

Besonders sensible Arbeitsschritte/Datenbearbeitungen sind von *zwei* Personen (Vorgesetzte/er und Mitarbeiter/in) gleichzeitig auszuführen (= «Vier-Augen-Prinzip»).

Jede Person, die Zugang zu Daten hat, muss eine *Verpflichtungserklärung* unterzeichnen. Darin wird auf folgendes hingewiesen: Bedeutung der Datenbearbeitung, Verschwiegenheit, Verantwortung, Konsequenzen bei Verstössen.

Es ist mittels *technischer* Massnahmen zu verhindern, dass Mitarbeitende elektronische Daten kopieren bzw. entwenden können. Durch entsprechende EDV-mässige Protokollierungen muss dies jederzeit überprüfbar sein.

Technische Massnahmen haben einen Sicherheitsstandard wie sie heute beim ITL bestehen, zu garantieren (Gebäudesicherheit, Brandschutz, Redundanz von Systemen/Sicherheitskopien etc.).

Bei Verletzung von vertraglichen Verpflichtungen betreffend Datenschutz wird eine *Konventionalstrafe* fällig. Zivil- und strafrechtliche Sanktionen sind vorbehalten.

3. Hinweis zum Datenaustausch mit dem Beauftragten

Die Datenlieferung (Adressen sowie weitere Informationen, die auf die Steuerformulare zu drucken sind) hat auf *sicherem* Weg zu erfolgen (vgl. §7 DSG). Unverschlüsselte Datenübertragung via Internet ist unzulässig.

4. Fazit

Meines Erachtens entspricht der bisher durch das ITL erfolgte Formular-druck den Erfordernissen des Datenschutzes bzw. der Datensicherheit.

Aus rechtlicher Sicht kann die Datenbearbeitung jedoch grundsätzlich ausgelagert werden. Zwingend ist diesfalls, dass die entsprechenden Massnahmen ergriffen werden. Es dürfen bezüglich Datenschutz/Datensicherheit keinerlei Abstriche zum heutigen Stand gemacht werden.

Aus Gründen des Datenschutzes ist die Auftragerfüllung durch *kantonsinterne* Stellen der Vergabe eines Auftrages an Drittfirmen *klar vorzuziehen*.

II. Zur Datenbekanntgabe an vorgesetzte Stellen

Sachverhalt

In einer Gemeinde stellte sich die Frage, welche Daten die Sozialbehörde dem Gemeinderat im Zusammenhang mit den Quartalsabrechnungen bekannt zu geben hat. Es ging insbesondere darum, ob die Sozialhilfebezügler namentlich und mit den betragsmässigen Bezügen bekannt zu geben sind.

Aus den Empfehlungen

1. Rechtslage

a) Grundsätzliches

Gemäss §11 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes (BGS 861.4) ist der Gemeinderat die Sozialbehörde. Unter Gemeinderat ist das *Gesamtgremium* zu verstehen.

Gemäss §11 Abs. 2 des Sozialhilfegesetzes kann er Aufgaben und Kompetenzen einer Kommission übertragen.

Falls eine Kommission eingesetzt ist, sind dieser die für die Aufgabenerfüllung notwendigen Informationen bekannt zu geben. Ist keine Kommission vorhanden, sind die für die Aufgabenerfüllung notwendigen Informationen an den Gesamtgemeinderat bekannt zu geben.

Nun stellt sich die entscheidende Frage: Welche Daten sind «für die Aufgabenerfüllung notwendig»?

b) Verhältnismässigkeitsprinzip/Datensparsamkeit

Grundsätzlich sind nur diejenigen Daten bekannt zu geben, die für die jeweilige Aufgabenerfüllung sachgerecht, notwendig und geeignet sind.

Es gilt der wichtige Grundsatz der Datensparsamkeit: «So wenig wie möglich – so viel wie nötig.»

Wo die Grenzen zu ziehen sind, kann in abstrakter Weise nur schwer beurteilt werden.

Es können etwa die folgenden Überlegungen herangezogen werden:

Falls die Entscheide grundsätzlich abschliessend durch den Sozialvorsteher getroffen werden, sind die übrigen Gemeinderäte über Details *nicht* zu informieren. So ist es nicht notwendig, dass die Sozialhilfeempfänger namentlich mit den erhaltenen Unterstützungsbeiträgen bekannt gegeben werden.

Falls hingegen der Gesamtgemeinderat in der Sache entscheidet, ist eine Informationspflicht gegeben.

Ausgeschlossen ist jedenfalls eine Datenbekanntgabe ausserhalb der Aufgabenerfüllung (z.B. bloss aus dem allgemeinen Interesse, informiert zu sein, was im Sozialbereich läuft; Interesse in einem anderen Zusammenhang etc.).

Im Rahmen von Stichproben/Kontrollen darf jedenfalls nach umfassender Information verlangt werden.

2. Fazit

Es kommt darauf an, wie die Kompetenzverteilung geregelt ist und welche Daten für die entsprechende Aufgabenerfüllung zwingend notwendig sind. Was nicht benötigt wird, ist nicht bekannt zu geben. Soweit möglich, ist zu anonymisieren.

III. Datenschutz und Amtshilfe

Bezüglich der Datenbekanntgabe zwischen verschiedenen staatlichen Stellen stellt sich sehr häufig die Frage, wer welche Daten unter welchen Umständen erhält. Darüber hat der Datenschutzbeauftragte in seinen Tätigkeitsberichten verschiedentlich berichtet. Hier sollen anhand von drei Beispielen die Grundsätze aufgezeigt werden.

1. Untersuchungsrichter benötigt Auskünfte von der AHV

Ein Mitarbeiter hat gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber den Vorwurf erhoben, er hätte die Arbeitgeberbeiträge nicht an die AHV-Stellen weitergeleitet. Es wurde ein Strafverfahren eingeleitet. Der Untersuchungsrichter beauftragte die Kantonspolizei Zug mit der Einleitung eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens betreffend Widerhandlung gegen das AHV-Gesetz. Entsprechende Anfragen der Polizei wollte die Ausgleichskasse unter Hinweis auf das Datenschutzgesetz nicht beantworten. Die Ausgleichskasse verlangte vom Untersuchungsrichteramt die Einreichung eines Amtshilfesuchens. Zu Recht?

Aus der Empfehlung

Da es sich um ein hängiges Strafverfahren handelt, kommt das kantonale DSG gemäss §3 Abs. 2 Bst. a DSG *nicht* zur Anwendung. Massgebend für die AHV-Ausgleichskasse ist in diesem Zusammenhang das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10). Art. 50a sieht unter dem Titel «Datenbekanntgabe» folgendes vor:

«!Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, dürfen Daten im Einzelfall und auf schriftliches und begründetes Gesuch hin bekannt gegeben werden an:

c. Strafgerichte und Strafuntersuchungsbehörden, wenn sie für die Abklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens erforderlich sind;

(...))»

Die Ausgleichskasse verlangt demnach zu Recht ein schriftlich begründetes Gesuch. Diesem wird in der Regel wohl entsprochen – sofern keine überwiegenden Privatinteressen entgegenstehen.

2. Kantonspolizei verlangt Auskunft von der Arbeitslosenkasse

Der Kantonspolizei wurde zugetragen, dass jemand bei der Arbeitslosenkasse/IV-Stelle einen Zwischenverdienst nicht ordnungsgemäss gemeldet habe. Die Polizei verlangt deshalb von diesen Stellen eine Auskunft. Die Arbeitslosenkasse bzw. die IV-Stelle verweigern diese und verlangen ein schriftliches und begründetes Gesuch im Rahmen einer Strafuntersuchung. Zu Recht?

Aus der Empfehlung

Das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) sieht in Art. 97a unter dem Titel «Datenbekanntgabe» folgendes vor:

«¹Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, dürfen Daten im Einzelfall und auf schriftliches und begründetes Gesuch hin bekannt gegeben werden an:

(...)

c. Strafgerichte und Strafuntersuchungsbehörden, wenn sie für die Abklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens erforderlich sind;

²Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, dürfen Daten bekannt gegeben werden an:

(...)

e. Strafuntersuchungsbehörden, wenn es die Anzeige oder die Abwendung eines Verbrechens erfordert.

(...))»

Fazit

Wenn die Polizei im Auftrag der Strafuntersuchungsbehörden handelt, ist eine Datenbekanntgabe im Einzelfall und auf schriftliches und begründetes Gesuch hin möglich, in den übrigen Fällen dagegen nicht. Anzuführen ist, dass die fraglichen Behörden (Arbeitslosenkasse, IV-Stelle) der Anzeigepflicht von § 6 StPO unterliegen.

3. Datenaustausch zwischen der kantonalen Steuerverwaltung und der Gemeinde – eine Einbahnstrasse

Die Gemeindeverwaltung fragt sich, ob sie verpflichtet ist, Informationen, die sie über Steuerpflichtige hat, auf Begehren der kantonalen Steuerverwaltung bekannt zu geben.

Aus den Empfehlungen

Einschlägig ist § 110 des Steuergesetzes (BGS 632.1) «Amtshilfe anderer Behörden»:

«¹Verwaltungs- und Strafuntersuchungsbehörden sowie Gerichte haben ungeachtet einer allfälligen Geheimhaltungspflicht den Steuerbehörden auf Verlangen aus ihren Akten Auskunft zu erteilen. Sie können von sich aus den Steuerbehörden Mitteilung machen, wenn sie vermuten, dass eine unvollständige Versteuerung besteht.

²Die gleiche Pflicht zur Amtshilfe haben Organe von Körperschaften und Anstalten, soweit sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.»

Fazit

Gemeindliche Behörden haben der kantonalen Steuerverwaltung die verlangten Auskünfte *zu erteilen*.

Ergänzender Hinweis – die Einbahnstrasse

Es ist hier darauf hinzuweisen, dass es im umgekehrten Verhältnis grundsätzlich *keinerlei* Datenbekanntgabe gibt: Vorbehältlich expliziter entsprechender Regelungen erhalten weder kantonale noch gemeindliche Verwaltungsstellen von der kantonalen Steuerbehörde Daten über Steuerpflichtige. Es gilt das Steuergeheimnis (vgl. § 108 StG).

IV. Datenbeschaffung bei Dritten aufgrund einer Vollmacht des Betroffenen

Problemstellung

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten grundsätzlich bei der betroffenen Person zu beschaffen (§ 4 Bst. c DSG).

In der Praxis ist es jedoch aus den verschiedensten Gründen nicht immer möglich, benötigte Daten bei der betroffenen Person zu erheben. Im Weiteren ist es nicht immer möglich, jede einzelne Datenbekanntgabe an involvierte Stellen durch die betroffene Person genehmigen zu lassen. Für beide Fälle steht grundsätzlich die Möglichkeit zur Verfügung, sich durch die betroffene Person zum Datenbezug bzw. zur Datenbekanntgabe bevollmächtigen zu lassen.

Das folgende Beispiel stellte sich bei Sicherheitsdirektion. Eine Versicherungsgesellschaft verlangte eine Datenbekanntgabe aufgrund einer durch den Kunden unterzeichneten Vollmacht.

Welche Anforderungen sind an eine solche Vollmacht aus datenschutzrechtlicher Sicht zu stellen?

⁷ «Behördenmitglieder, Beamte und Angestellte des Gemeinwesens müssen strafbare Handlungen, die von Amts wegen verfolgt werden und die ihnen in Ausübung ihrer behördlichen, amtlichen oder beruflichen Tätigkeit bekannt werden, mit allen sachdienlichen Angaben zur Anzeige bringen.»

1. Rechtslage

Die Frage der Datenbekanntgabe richtet sich nach dem Datenschutzgesetz: Handelt es sich um besonders schützenswerte Daten⁸, ist §5 Abs. 2 Bst. c DSG anwendbar. Demgemäss dürfen besonders schützenswerte Daten u.a. bearbeitet⁹ werden, sofern «die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt (...) hat».

Es fragt sich somit insbesondere, welche Bedeutung der Passage «im Einzelfall ausdrücklich einwilligt» zukommt.

(ergänzende Hinweise:

Die Rechtslage betreffend den «gewöhnlich» schützenswerten Daten unterscheidet sich hier gemäss §5 Abs. 1 Bst. c DSG nicht von derjenigen bezüglich besonders schützenswerten, da in beiden Fällen eine ausdrückliche Einwilligung im Einzelfall verlangt wird.

Die datenschutzrechtliche Regelung ist eine konkretisierende Bestimmung zum in Art. 27 Abs. 2 ZGB niedergelegten Grundsatz des Schutzes der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung.)

1.1 Abgrenzung: Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes

Die vorliegende «Ermächtigung» ist von einer Vollmachtserteilung durch den Betroffenen an eine anwaltschaftliche Rechtsvertretung in eigener Sache scharf zu unterscheiden. Diesfalls handelt der Anwalt als eingesetzter Vertreter des Betroffenen in dessen direktem Interesse. Der Anwalt handelt nur an Stelle des Betroffenen, hat somit keinerlei eigene Interessen. Er beschafft Informationen ausschliesslich für den Betroffenen. Das Einsichtsrecht (gemäss §§13 und 14 DSG) des Anwalts entspricht diesfalls demjenigen des Betroffenen selber.

Anders hier: Der Versicherer verlangt von der Verwaltung für die Abwicklung/Optimierung seiner eigenen Geschäftsabläufe den direkten Zugang zu gewissen Daten der betroffenen Person.

1.2 Grundsätzliches

§4 Bst. b DSG führt einen zentralen datenschutzrechtlichen Grundsatz auf: «Daten sind in der Regel bei der betroffenen Person zu beschaffen.»

⁸ Gemäss §2 Bst. b DSG.

⁹ Gemäss §2 Bst. c DSG ist darunter auch die Bekanntgabe zu verstehen.

Nur so ist gewährleistet, dass die betroffenen Personen wissen, wer über welche Daten über sie verfügt. Jede Datenbeschaffung, die nicht direkt über die betroffene Person läuft, muss als *Ausnahme* verstanden werden.

§5 Abs. 1 Bst. c bzw. Abs. 2 Bst. c DSGVO lassen eine Datenbekanntgabe auch zu, wenn die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich einwilligt. Es ist näher zu prüfen, was darunter zu verstehen ist.

1.3 Einwilligung – Folgen der Nichteinwilligung?

Die Einwilligung ist nur dann rechtsgenügend, wenn sie auf der *freien Entscheidung* des Betroffenen beruht (so ausdrücklich auch das deutsche Bundesdatenschutzgesetz/BDSG in §4 a Abs. 1).

Die Entscheidung ist u.a. dann nicht frei, wenn die *Verweigerung* der Einwilligung Nachteile für den Betroffenen zur Folge hat.

Es muss für den Betroffenen stets auch die Möglichkeit bestehen, die Daten selber zu beschaffen und diese anschliessend der nachfragenden Stelle bekannt zu geben.

1.4 Der «Einzelfall»

Die Einwilligung muss sich auf einen *konkreten Einzelfall* beziehen. Eine Globalermächtigung ist *nicht* rechtsgenügend. Der Betroffene muss wissen, für welche Daten er welcher Stelle die Einwilligung erteilt hat und ebenso, für welchen konkreten Zweck die Daten benötigt werden.

1.5 «Ausdrückliche» Einwilligung

«Ausdrücklich» bedeutet hier, dass die betroffene Person in Kenntnis der Sachlage die entsprechende Willensäußerung explizit, somit nicht stillschweigend, vornimmt. Aus Beweisgründen ist für die Einwilligung naheliegenderweise *Schriftlichkeit* zu verlangen.

1.6 Verhältnismässigkeit

Jede Datenbearbeitung, somit auch jede Datenbekanntgabe an Dritte, muss verhältnismässig sein. Sie muss folglich im konkreten Fall geeignet und erforderlich sein. Welche Daten dies sind, entscheidet das datenbearbeitende verantwortliche Organ selber. Im vorliegenden Fall ist es der Verwaltungsstelle überlassen, zu entscheiden, welche Daten dem Versicherer bekanntzugeben sind (sofern die Vollmacht grundsätzlich als rechtmässig erachtet wird).

1.7 Umfang – Grenzen

Auskunft und Einsicht in die eigenen Daten richten sich nach §§13 und 14 DSGVO. In §14 Abs. 1 DSGVO sind Einschränkung, Aufschiebung und Verweigerung «aus überwiegenden Interessen der Öffentlichkeit oder Dritter» vorgehen.

Was für das Einsichtsrecht des Betroffenen gilt, gilt erst recht im vorliegenden Fall. Das Einsichtsrecht einer Drittstelle kann nicht mehr umfassen, als das Recht des Betroffenen selber.

1.8 Zeitliche Befristung/Widerruf

Die Ermächtigung ist zeitlich zu befristen; zudem ist ausdrücklich zu erwähnen, dass sie jederzeit widerrufbar ist.

1.9 Datenweitergabe durch den Datenbezüger

Grundsätzlich ist jegliche Datenweitergabe *auszuschliessen*. Daten, zudem besonders schützenswerte, die weitergegeben werden, geraten für die Betroffenen sonst ausser Kontrolle.

Ist ausnahmsweise eine Datenweitergabe notwendig, so ist der Datenweitbezüger explizit aufzuführen. Zudem ist diesem die Datenweitergabe zu verbieten.

2. Zusammenfassung

Jeder Datenbezug bzw. jede Datenbekanntgabe muss für die betroffene Person transparent sein. Konkret bedeutet dies bezüglich einer Vollmacht/Ermächtigung zum Datenbezug zusammenfassend:

- *Zweck*: Ist möglichst konkret, nicht allgemein zu umschreiben.
- *Kreis der Datenbezüger/Datenempfänger*: Nicht: «Diese Vollmacht erlaubt den Datenbezug von sämtlichen öffentlichen Stellen» – sondern konkret umschreiben.
- *Datenweitergabe*: Ausschliessen bzw. explizit aufzuführen (keine Weitergabe durch diese Datenempfänger ihrerseits).
- *Zeitliche Befristung der Vollmacht*
- *Widerrufsrecht*: Widerruf der Vollmacht durch betroffene Person ist jederzeit zulässig.
- *Kopie der Vollmacht* der betroffenen Person aushändigen

V. Bekanntgabe von Grundbuchdaten im Internet?

Sachverhalt

Jedermann hat das Recht, beim Grundbuchamt Auskunft zu erhalten, wer als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist. Es stellte sich die Frage, ob diese Daten im Internet zugänglich gemacht werden dürfen.

Aus den Empfehlungen

1. Ausgangspunkt – zum «Publikationsorgan Internet»

Grundsätzlich ist vorweg festzuhalten, dass eine Veröffentlichung von Informationen im Internet in qualitativer Hinsicht etwas anderes darstellt, als eine Bekanntgabe mit konventionellen Mitteln.

Das Internet, als weltweit und zu jeder Zeit zugängliche Informationsplattform, spricht als Zielpublikum theoretisch die «ganze Welt» an. Zudem ist es problemlos möglich, die publizierten Informationen abzuspeichern, auszuwerten, zu verknüpfen und Profile zu erstellen. Spezialisten können zudem Inhalte leicht verändern, ergänzen oder gar löschen. Was einmal im Netz ist, kann zudem auch nicht mehr zurückgeholt werden. Die Gefahren eines Missbrauchs sind im Internet nicht zu unterschätzen.

Der Zuger Gesetzgeber hat denn auch – in Anbetracht dieser Sachlage – im Datenschutzgesetz bezüglich der Publikation des Amtsblattes die Regelung getroffen, dass Informationen, die besonders schützenswerte Daten enthalten, nur in der gedruckten Version des Amtsblattes, nicht hingegen im Internet-Amtsblatt zu veröffentlichen sind (vgl. §26 Abs. 2 Bst. b DSG: «(...) Die Veröffentlichung im Internet oder durch andere elektronische Kommunikationsmittel sind für beide Teile zulässig. Davon ausgenommen sind im Amtlichen Teil besonders schützenswerte Daten. (...))»).

2. Rechtslage

2.1 Zum Umfang der Datenbekanntgabe gemäss Art. 970 Abs. 1 ZGB

Art. 970 Abs. 1 ZGB gibt jedermann das Recht, Auskunft zu erhalten, wer als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist. Es handelt sich somit um die folgenden Daten die aufgrund einer Anfrage beim Grundbuchamt *voraussetzungslos* zugänglich sind: Name, Vorname, Adresse von natürlichen Personen bzw. Firmenname, Sitz und Adresse bei juristischen Personen.

Ergänzender Hinweis: Die oft vertretene Ansicht, die im Rahmen von Art. 970a ZGB im Amtsblatt veröffentlichten Daten seien wie der Grundstückseigentümer ebenfalls voraussetzungslos erhältlich (– da ja bereits *publiziert*) ist *nicht* richtig. Das Bundesgericht hat dies in einem kürzlich ergangenen Entscheid klar festgehalten (BGE 126 III 519 vom 6. Oktober 2000).

2.2 Datenabfrage via Internet

Vorweg: Grundsätzlich können nur die voraussetzungslos erhältlichen Daten Gegenstand einer frei zugänglichen Internet-Publikation sein.

Art. 970 ZGB regelt die Frage nach den Modalitäten der Auskunftserteilung nicht. Aufgrund der Entstehung dieser Bestimmung ist klar, dass diese Bestimmung von *konventionellen* Modalitäten ausgeht.

Im hier zu beurteilenden Projekt ist vorgesehen, dass via Internet grundstücksbezogene Abfragen in einer (kopierten) Datenbank vorgenommen werden können.

Ein Abfragesystem, das ohne Beteiligung einer Person auf Seiten des Auskunftgebers auskommt, ist als *Zugriff im Abrufverfahren* zu qualifizieren. Ein solches System wird einer besonderen rechtlichen Regelung unterworfen, weil der Auskunftserteilende (hier: das Grundbuchamt) grundsätzlich keine Möglichkeit hat, den Vorgang zu beeinflussen.

Der Online-Zugriff, ob unmittelbar – bzw. wie vorliegendenfalls geplant – mittelbar, ist *abschliessend* in Art. 111 m Grundbuchverordnung (GBV, SR 211.432.1) geregelt. Unter die abschliessende Regelung fällt auch der mögliche Kreis berechtigter Personen (Abs. 1 und 2).

Ein freier Zugang, wie es ein Zugriff via Internet bedeutet, ist *nicht* vorgesehen. Im Gegenteil: Gemäss Art. 111 m Abs. 2 Bst. b haben selbst «andere Behörden» nur dann Zugriff auf beschreibende Daten und Daten über die Eigentumsverhältnisse an Grundstücke, wenn sie diese Daten *zur Erfüllung ihrer Aufgaben* benötigen; wobei die Abfrage nach Massgabe von Abs. 3 zu protokollieren ist.

Das geltende Bundesrecht lässt somit eine freie Auskunftserteilung über Grundbuchdaten via Internet *nicht* zu.

2.3 Technische Kontrollmöglichkeiten

Falls der Zugriff via Internet nicht frei, sondern durch das Grundbuchamt kontrollierbar (z.B. durch Einrichten eines passwortgeschützten Bereiches aufgrund einer schriftlichen Anmeldung, mit Kontrollmöglichkeiten der Zugriffe etc.) eingerichtet würde, so müsste ein solches Projekt einer gesonderten rechtlichen Beurteilung unterzogen werden.

3. Revisionsprojekt betr. Art. 970 ZGB

Soweit ersichtlich, ist das Revisionsprojekt auf Bundesebene noch in einem frühen verwaltungsinternen Stadium. Ob die vorgesehenen weitergehenden Öffnungen auch Eingang in das ZGB finden werden, wird das weitere gesetzgeberische Verfahren zeigen.

Zudem wird auch die Frage rund um den Datenzugang via Internet zu thematisieren bzw. ausdrücklich zu regeln sein.

Ob es tatsächlich sinnvoll ist, solche Daten weltweit frei zur Verfügung zu stellen, ist jedenfalls – auch im Hinblick auf Sicherheitsaspekte – kritisch zu hinterfragen. In den USA ist aufgrund der Ereignisse des 11. Septembers 2001 bezüglich der Internet-Publikation zunehmend eine grundsätzliche

Vorsicht festzustellen: nicht sämtliche vorhandenen Daten sollen auch weltweit bekannt gemacht werden (dies betrifft insbesondere auch Daten geographischer Informationssysteme etc.).

4. Fazit

Die freie Abfrage von Grundbuchdaten via Internet ist im vorgesehenen Rahmen mit dem geltenden Recht *nicht* vereinbar.

Ob eine kontrollierte Abfrage rechtskonform realisiert werden könnte, ist je nach konkretem Vorhaben gesondert zu prüfen.

VI. Kann der Patient vom Spital die Herausgabe der Originale der Krankengeschichte verlangen?

Fragestellung

Es war zu prüfen, ob Patienten eines Spitals, das dem kantonalen Datenschutzgesetz untersteht, das Recht haben, die Originale ihrer Krankengeschichte (bzw. Teile davon) herauszuverlangen.

Aus den Empfehlungen

1. Ausgangspunkt

Das vollständige Einsichtsrecht in die eigenen Akten ist gegeben, wurde durch niemanden bestritten – und ist dem Patienten auch gewährt worden. Ebenfalls wurde die Möglichkeit geboten, kostenlos Kopien der Krankengeschichte anzufertigen. Es geht hier somit ausschliesslich um die Frage nach der Aushändigung bzw. Vernichtung der *Originale* der Krankengeschichte.

2. Rechtsgrundlage

§11 DSG sieht unter dem Titel «Anonymisieren und Vernichten von Daten» folgendes vor:

«Organe müssen Daten, die sie nicht mehr benötigen, anonymisieren oder vernichten, soweit die Daten nicht unmittelbaren Beweis Zwecken dienen oder dem zuständigen Archiv abzuliefern sind.»

Für das Spital stellen sich hier insbesondere *beweisrechtliche* Fragen: Solange Zivil- oder strafrechtsrelevante Fristen laufen, muss das Spital grundsätzlich (zur Ausnahme s. den folgenden Abschnitt) noch über die entsprechenden Original-Beweisunterlagen verfügen. In der Regel sind die Akten somit während mindestens 10 Jahren seit Abschluss des Falles aufzubewahren.

Es ist vorstellbar, dass jemand seine vollständigen Unterlagen vor Ablauf der Verjährungsfrist ausgehändigt erhält, etwa im Falle eines definitiven Ver-

lassens der Schweiz. Diesfalls hat der Patient die Übernahme der Aufbewahrungspflicht und die Entbindung der Klinik von jeglicher Verantwortung schriftlich zu bestätigen.

Es fragt sich dann jedoch, ob die Klinik noch Kopien behalten darf, falls sich noch Anstände im Verhältnis Versicherer-Klinik bzw. Strafrechtsbehörden-Klinik – beispielsweise bei der Einleitung einer Strafuntersuchung gegen einen Mitarbeiter – stellen könnten.

Sind sämtliche Fristen abgelaufen, so stellt sich die Frage nach der Archivierung. Falls nicht zu archivieren ist, ist zwingend zu vernichten. Anstelle der Vernichtung können die Unterlagen auch ohne Weiteres den Betroffenen auf deren Wunsch herausgegeben werden.

3. Fazit

Vor Ablauf von Verjährungsfristen sollten Originalakten aus Beweisgründen grundsätzlich *nicht* herausgegeben werden.¹⁰

¹⁰ Ergänzender Hinweis: Der Rechtsdienst FMH hat Mustererklärungen betr. Herausgabe von Original-Akten ausgearbeitet. Diese beziehen sich jedoch auf das Verhältnis Patient – private Arztpraxis. Diese Erklärung ist auf der Web-Site des FMH veröffentlicht: «<http://www.fmh.ch>».