



Gerichts-  
und Verwaltungspraxis  
des Kantons Zug  
2002

Staatskanzlei des Kantons Zug  
Zug 2002-700

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
Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2002 . . . . .	5
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze) . . . . .	29
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	41
 <i>A. Gerichtspraxis</i>	
I Staats- und Verwaltungsrecht . . . . .	51
1. Grundrechte . . . . .	51
2. Steuern und Abgaben . . . . .	73
3. Sozialversicherung . . . . .	78
4. Planungs- und Baurecht . . . . .	100
5. Vergaberecht . . . . .	120
6. Fischereirecht . . . . .	125
7. Ausländerrecht . . . . .	130
8. Verfahrensrecht . . . . .	135
II. Zivilrecht . . . . .	143
1. Personenrecht . . . . .	143
2. Familienrecht . . . . .	151
3. Erbrecht . . . . .	161
4. Obligationenrecht . . . . .	164
III. Schuldbetreibung und Konkurs . . . . .	175
IV. Strafrecht . . . . .	193
V. Rechtspflege . . . . .	197
1. Zivilrechtspflege . . . . .	197
2. Strafrechtspflege . . . . .	219

## B. *Verwaltungspraxis*

I	Grundlagen, Organisation, Gemeinden . . . . .	225
1.	Politische Rechte . . . . .	225
2.	Gemeinden . . . . .	230
II	Zivilrecht . . . . .	246
1.	Personenrecht, Stiftungsaufsicht . . . . .	246
2.	Familienrecht . . . . .	248
3.	Grundbuchwesen . . . . .	253
III	Baurecht . . . . .	270
IV	Soziale Sicherheit . . . . .	274
1.	Berufliche Vorsorge . . . . .	274
2.	Sozialhilfe . . . . .	285
V	Verwaltungsrechtspflege. . . . .	289
1.	Keine Wiedererwägung von Rechtsmittelentscheiden . . . . .	289
2.	Rechtzeitige Einreichung einer Beschwerdeschrift . . . . .	291

## C. *Grundsätzliche Stellungnahmen*

	Datenschutzpraxis . . . . .	295
	Vorbemerkungen . . . . .	295
I	Welche Bedeutung hat die Amtshilfe für die Steuerverwaltung?	296
II	Zum Recht kantonsrätlicher Kommissionen auf Einsicht in Daten der Verwaltung. . . . .	297
III	Welche Patientendaten benötigt die Krankenkasse? . . . . .	300
IV	Einbürgerungsverfahren: Darf von einbürgerungswilligen Personen ein Foto verlangt werden? . . . . .	302
V	Zum Einsichtsrecht von Umweltschutzorganisationen. . . . .	305

## Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999 – 2002

### **A**

#### **Aktien**

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

#### **Aktienkapital**

- Zinsverbot; nicht Garantieverprechen eines Dritten 1999 S. 118

#### **Alters- und Hinterlassenenversicherung**

- Parteientschädigung bei gegenstandslos gewordener Schadenersatzforderung 1999 S. 47
- Verwaltungsratsmitglieder als Organe; grobfahrlässiges Handeln 2001 S. 71
- Streichung von (in einem Rechtsmittelverfahren bestrittenen) Beiträgen aus einem Tilgungsplan und deren Geltendmachung nach Vorliegen des Gerichtsurteils 2001 S. 80
- Waisenrente, Anspruchsdauer; Begriff der Ausbildung 2002 S. 78

#### **Altstadtreglement**

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

#### **Amtshilfe**

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

#### **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
- Überzeitenschädigungen und Entschädigungen für geleistete Überstunden sind nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes, der Grundlage für die Berechnung des Taggeldes bildet 2002 S. 85

### **Aufenthaltsbewilligung**

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

### **Auslagerung**

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

### **Ausländerrecht**

- Eingrenzungs- oder Ausgrenzungsverfügungen gegen Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung. Beurteilung der Beschwerde durch den ANAG-Einzelrichter 2002 S. 130

### **Ausnützungübertragung**

- 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
- Anordnung einer Liquidation infolge Konkurses 2002 S. 274
- Verhängung einer Ordnungsbusse gegen säumigen Stiftungsrat 2002 S. 278
- Umwandlung einer gemischten Vorsorgeeinrichtung in eine klassische Stiftung 2002 S. 281
- Aufhebung einer Sterbekasse und Übertragung an Verein mit gleichem Zweck 2002 S. 283

### **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**

### **Datenbekanntgabe**

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

### **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
- s.2002 S. 296 ff.
- Kantonsgericht und Herausgabe von Akten der Sicherheitsdirektion 2000 S. 238
- Videoüberwachung von öffentlichen Räumen 2000 S. 239
- Einsicht in eigene Personaldossiers 2000 S. 241
- in Einbürgerungsverfahren 2000 S. 242
- Amtsgeheimnis von Referendumsunterzeichnenden 2000 S. 244

### **Denkmalpflege**

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

## **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

### **Eigentumsgarantie**

- Einschränkung durch Öffentlicherklärung einer Waldstrasse 2002 S. 51

### **Einbürgerungsverfahren**

- (Datenschutz) Fotos im Einbürgerungsverfahren 2002 S. 302

### **Erbrecht**

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

### **Erbschaftsverwaltung**

- Streit unter 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**

### **Familienrecht**

- Voraussetzungen für die Anordnung der Gütertrennung bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nach Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts 2002 S. 151
- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht 2002 S. 252
- Anfechtung der Wahl eines neuen Vormundes 2002 S. 250
- Entziehung der elterlichen Sorge durch die Aufsichtsbehörde; Strafanandrohung 2002 S. 248

### **Finanzausgleich**

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

### **Finanzhaushalt**

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

### **Fischerei**

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

### **Fotos**

- Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Fotos im Gerichtsarchiv 1999 S. 149
- von einbürgerungswilligen Personen 2002 S. 302

### **Fristen im SchKG**

- Gesetzliche Eingabefristen sind grundsätzlich erstreckbar; Ersteckung einer zehntägigen Frist für die Durchführung des Konkurses und für die Leistung des Barvorschlusses 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 an Antrag des Betreibungsamts 1999 S. 144

### **Gemeinden**

- Behandlung von Motionen im Kirchgemeinderat; Mietvertrag für die Nutzung des Kirchenturms 2002 s. 230
- Pflicht zur sofortigen Rüge von Verfahrensmängeln; Ausstandspflicht 2002 S. 237

### **Genugtuung**

- Anspruch für nahe Angehörige und Höhe 1999 S. 111

### **Gesamtüberbauungsplan**

- spätere Änderungen in Einzelbauweise 1999 S. 79

### **Gesundheitswesen**

- (Datenschutz) zur Bekanntgabe der Krankengeschichte an den Versicherer 2002 S. 300

### **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 Grundstückerwerb; Beschwerdelegitimation der Gemeinden 1999 S. 198
- Handänderungsgebühr berechnet sich auf der Gesamtheit der Leistungen, die der Erwerber dem Veräußerer für die Eigentumsübertragung am Erwerbobjekt tatsächlich zu erbringen hat; Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis (Präzisierung der Praxis 1999 S. 198) 2002 S. 235
- Bemessung bei einer Fusion 2001 S. 195

### **Grundschulunterricht, unentgeltlicher**

- Umfang des Anspruchs auf unentgeltlichen Schulbus 2002 S. 66

### **Grundstück**

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

### **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
- Gewährung von medizinischen Massnahmen bei angeborenem POS. Diagnosestellung und Behandlung müssen als Anspruchsvoraussetzungen vor Vollendung des 9. Altersjahres kumulativ erfüllt sein 2002 S. 82

## **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
- Ablehnung der Rückführung eines Kindes nach Australien (Art. 13 Abs. 1 HenfÜ), weil der Antragssteller dem Verbleib des Kindes in der Schweiz zugestimmt hat und regelmässig Marihuana konsumiert. Im Verfahren betr. Kindesrückführung dürfen keine gerichtlichen Kosten auferlegt werden. Die unterliegende Partei hat indes die obsiegende Partei für ihre prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen 2002 S. 154

### **Krankengeschichte**

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

### **Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung**

- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 S. 69
- Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe 2002 S. 94

## **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
- Der Arbeitsausfall einer Frau im Haushalt ist gestützt auf die Zahlen der SAKE-Studie zu ermitteln, wenn sie nach einem Unfall invalid geworden ist 2002 S. 164

#### *Die einzelnen Vertragsverhältnisse*

- 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
- Ausstelldatum eines erst einige Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten (Schluss)Arbeitszeugnisses 2002 S. 169

### Gesellschaftsrecht

- Sonderprüfung einer Aktiengesellschaft, Voraussetzungen; Obliegenheiten des Gesuchstellers 2000 S. 132
- Materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung 2001 S. 143

- Wer beim Gericht einen Antrag auf Sonderprüfung einreicht, muss nicht mit dem Aktionär identisch sein, welcher das Begehren um Auskunftserteilung gestellt hat. Sonderprüfung ist zweckgerichtete Tatsachenforschung, nicht umfassende Untersuchung der Geschäftsführung oder -politik 2002 S. 170
- 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
- Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen. Rechtsschutzinteresse 2002 S. 143
- Eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat 2002 S. 144

## **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
- Planungspflicht ausserhalb der Bauzone; wann ist eine Ausnahmebewilligung 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 Ermessensspielraum der Gemeinden 1999 S. 95
- Umnutzung einer gewerblichen Liegenschaft ausserhalb der Bauzone 2000 S. 76
- Wohnzone 2; welche gewerbliche Nutzungen sind zulässig? 1999 S. 219
- Mobilfunkanlage in Wohnzone 3 2000 S. 229

- Strassenreklamen; Praxisänderung für die Bewilligung 2000 S. 231
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfosten an bestehendem Garenhaus 2000 S. 233
- Grenze zwischen Wohnraumerweiterung und auf die Ausnützung nicht anrechenbarem Wintergarten 2002 S. 100
- Minimaler Gewerbeanteil von 60% bei Baumassenziffer. Der Mindestanteil bezieht sich auf die Maumasse des Bauvorhabens, nicht auf die maximal mögliche Baumasse 2002 S. 102
- Haftung für Schäden aus missbräuchlicher Baubeschwerde. Zuständig sind die Zivilgerichte. Das Verwaltungsgericht tritt auf ein Begehren um Feststellung der missbräuchlichen Beschwerdeführung nicht ein 2002 S. 109
- Verhältnis von Eingliederungsgebot, Ortsbildschutz und Denkmalschutz 2002 S. 110
- Zonenkonformität eines Frischmarktladens mit nächtlicher Anlieferung 2002 S. 270

### **Politische Rechte**

- Auch knappes Resultat verschafft keinen Anspruch auf Nachzählung, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Auszählen oder eine gesetzwidrige Verhalten der zuständigen Organe vorliegen 2002 S. 225

### **Prozessführung**

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

## 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
- Mit dem Rückzug des Strafantrages entfällt eine Prozessvoraussetzung, das Strafverfahren ist einzustellen; Auswirkung auf Kostenfolge 2002 S. 219
- Aufsichtsbeschwerde ist nicht Ersatz für nicht existierendes Rechtsmittel; Subsidiarität gegenüber Berufung; Vorwurf des Amtsmissbrauchs 2002 S. 220

#### *Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren*

- unentgeltliche in einem Besuchsrechtsbeschwerdeverfahren 1999 S. 231
- Kosten und Parteienschädigung bei Abschreibung einer Kindesschutzbeschwerde infolge Gegenstandslosigkeit 2001 S. 193
- Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Regierungsrat eine Vormundschaftsbeschwerde als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat 2002 S. 135
- Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis verleiht dem legitimierten Gesuchsteller Anspruch auf einen beschwerdefähigen Entscheid der Aufsichtsbehörde, somit des Regierungsrats. Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen 2002 S. 137
- Legitimation zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde 2002 S. 246
- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht 2002 S. 252
- Keine Wiedererwägung von Rechtsmittelentscheiden 2002 S. 289
- Einreichung einer Beschwerdeschrift; Rechtzeitigkeit 2002 S. 291

### 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
- Der verfassungsmässige Anspruch der bedürftigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege bezieht sich grundsätzlich nur auf die Zukunft 2002 S. 197
- Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, kein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2002 S. 198
- Unlauterer Wettbewerb: Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung genügt allein noch nicht als Verfügungsgrund. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung 2002 S. 201
- ZPO: §201 Abs. 2 hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen 2002 S. 207
- Beschwerdebegründung als gesetzliches Gültigkeitserfordernis; Voraussetzung für die Wiederherstellung einer Beschwerdefrist 2002 S. 210
- ZPO §208 Ziff. 2: Kompetenzen der Aufsichtsinstanz 2002 S. 212
- Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann nach der Praxis der Justizkommission gegen eine Verfügung des Referenten keine Beschwerde erhoben werden und der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weitergezogen werden 2002 S. 215
- Auslegung der Begriffe öffentliche oder private Strasse; Massgebend für die Zuständigkeit ist das Interesse für eine Verkehrsanordnung auf privaten Grund 2002 S. 216

### 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

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

## **Schule**

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

## **Sozialhilfe**

- Einschränkung wegen Verweigerung zumutbarer Mitwirkung 2000 S. 102
- Unterstützungswohnsitz; Beweislast 2002 S. 285

## **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
- Verlustrechnung nach vollständiger Veräusserung eines Grundstücks. Anwendung beim Verkauf von mehreren geerbten Stockwerkeinheiten 2001 S. 47
- Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Identität zwischen Veräusserer und Erwerber 2001 S. 49
- Verjährungsfrist, absolute; Einführung 2002 S. 73

## **Stiftung**

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

## **Strafrecht**

- Begriff des Arbeitsergebnisses i.S. von Art. 23 UWG 2000 S. 165
- Check- und Kreditkartenmissbrauch; Verhältnis zu Betrug 2000 S. 166
- Unlauterer Wettbewerb; Begriff der besonders aggressiven Verkaufsmethode 2002 S. 193

## **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
- Beginn der Versicherung 2002 S. 87
- Unfallähnliche Körperschädigung. Voraussetzungen, unter denen Meniskusrisse als UVG-versicherte Ereignisse gelten 2002 S. 90

### **Umweltrecht**

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

## **V**

### **Vergaberecht**

- Ungewöhnlich niedrige Angebote 2001 S. 99
- Auswahl im selektiven Verfahren; Fusion von Firmen während eines zweistufigen Verfahrens 2001 S. 100
- Ungewöhnlich niedriges Angebot. Ein Unterangebot ist nicht zulässig, aber Anlass zur näheren Prüfung 2002 S. 120
- Die Vergabekriterien sind vor der Submission festzulegen 2002 S. 122

### **Versicherungsbedingungen, Allgemeine**

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

### **Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren**

- siehe unter Rechtspflege

### **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

# Inhaltsverzeichnis 2002

## A. Gerichtspraxis

### I. Staats- und Verwaltungsrecht

#### 1. Grundrechte

- Art. 26 und 36 BV, §4 GSW. – Einschränkung der Eigentumsgarantie durch Öffentlicherklärung einer Waldstrasse.* 51
- Art. 62 BV. – Unentgeltlicher Grundschulunterricht. Umfang des Anspruchs auf unentgeltlichen Schulbus.* 66

#### 2. Steuern und Abgaben

- §23 aGStG, §78bis aStG. – Einführung der absoluten Veranlagungsverjähung. In der Grundstückgewinnsteuer wurde die absolute Veranlagungsverjähung von 15 Jahren mit dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Januar 1991 eingeführt.* 73

#### 3. Sozialversicherung

- Art. 25 Abs. 5 AHVG. – Der Anspruch auf eine Waisenrente dauert bis zur Vollendung des 18. Altersjahres. Befindet sich der Ansprecher in Ausbildung, so verlängert sich dieser Anspruch bis zu deren Abschluss, jedoch längstens bis zum vollendeten 25. Altersjahr. Begriff der Ausbildung.* 78
- Art. 13 IVG, Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 3 GgV, Ziff. 404 GgV Anhang. – Gewährung von medizinischen Massnahmen bei angeborenem POS. Diagnosestellung und Behandlung müssen als Anspruchsvoraussetzungen vor Vollendung des 9. Altersjahrs kumulativ erfüllt sein.* 82
- Art. 23 AVIG. – Überzeitenschädigungen und Entschädigungen für geleistete Überstunden sind nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes, der Grundlage für die Berechnung des Taggeldes bildet.* 85
- Art. 3 UVG. – Beginn der Versicherung* 87
- Art. 9 UVV. – Unfallähnliche Körperschädigung. Voraussetzungen, unter denen Meniskusrisse als UVG-versicherte Ereignisse gelten.* 90

*Art. 41 Abs. 3 KVG. – Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe. Verneinung der Leistungspflicht des Wohnkantons im vorliegenden Fall, da eine Hospitalisation im Wohnkanton medizinisch möglich und eine Verlegung zumutbar gewesen wäre.* 94

#### **4. Planungs- und Baurecht**

*§12 V PBG. – Wo liegt die Grenze zwischen Wohnraumerweiterung und auf die Ausnützung nicht anrechenbarem Wintergarten?* 100

*Art. 59 BO Baar. – Minimaler Gewerbeanteil von 60 % bei Baumassenziffer. Der Mindestanteil bezieht sich auf die Baumasse des Bauvorhabens, nicht auf die maximal mögliche Baumasse.* 102

*§67 Abs. 4 PBG. – Haftung für Schaden aus missbräuchlicher Baubeschwerde. Zuständig sind die Zivilgerichte. Das Verwaltungsgericht tritt auf ein Begehren um Feststellung der missbräuchlichen Beschwerdeführung nicht ein.* 109

*§26 und 30 Abs. 1 BO. – Gestaltung und Eingliederung. Verhältnis von Eingliederungsgebot, Ortsbildschutz und Denkmalschutz. Bauvorhaben an der Sonnenstrasse in Zug.* 110

#### **5. Vergaberecht**

*§27 VRöB. – Ungewöhnlich niedriges Angebot. Ein Unterangebot ist nicht unzulässig, aber Anlass zu näherer Prüfung.* 120

*§8 Submissions Regl Steinhausen, Ziff. 5.1.2 der Richtlinien. – Die Vergabekriterien sind vor der Submission festzulegen.* 122

#### **6. Fischerei**

*§11 FG. – Private Fischereirechte an öffentlichen Gewässern erfordern kein Patent.* 125

#### **7. Ausländerrecht**

*Art. 13e ANAG, §4 EG ANAG. – Eingrenzungs- oder Ausgrenzungsverfügung gegen Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung. Beurteilung der Beschwerde durch den ANAG-Einzelrichter.* 130

#### **8. Verfahren**

*Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Regierungsrat eine Vormundschaftsbeschwerde als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat.* 135

- Art. 84 ZGB, § 61 VRG. – Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis verleiht dem legitimierten Gesuchsteller Anspruch auf einen beschwerdefähigen Entscheid der Aufsichtsbehörde, somit des Regierungsrates. Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen.* 137

## II. Zivilrecht

### 1. Personenrecht

- Art. 28a und 28c ZGB – Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen. Rechtsschutzinteresse.* 143
- Art. 71 ZGB – Eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat.* 144

### 2. Familienrecht

- Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB – Voraussetzungen für die Anordnung der Gütertrennung bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nach Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts.* 151
- Art. 13 Abs. 1 und 26 HEntfÜ. – Ablehnung der Rückführung eines Kindes nach Australien gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. a und b HEntfÜ, weil der Antragsteller dem Verbleib des Kindes in der Schweiz zugestimmt hat (Erw. 3) und eingestandenermassen in seinem Garten Hanfpflanzen anbaut, Gebäck mit «Hanfessenzen» zu sich nimmt und regelmässig Marihuana konsumiert (Erw. 4). Im Verfahren betreffend Kindsrückführung dürfen keine gerichtlichen Kosten auferlegt werden. Die unterliegende Partei hat indes die obsiegende Partei für ihre prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen (Erw. 5 und 6).* 154

### 3. Erbrecht

- Art. 614 ZGB. – Berufte sich der schuldende Erbe auf Art. 614 ZGB, kann er sich der Einforderung der Schuld vor der Teilung widersetzen und im Rahmen der Teilung weder von den Miterben noch vom Richter* 161

zur Schuldentilgung gezwungen werden. Dasselbe Recht steht ihm auch gegenüber dem Erbenvertreter zu. In einem allfälligen Rechtsöffnungsprozess oder in einem ordentlichen Verfahren kann er daher die Einrede der Stundung vorbringen und somit die Eintreibung der Forderung verhindern.

#### 4. Obligationenrecht

Art. 42 OR – Der Arbeitsausfall einer Frau im Haushalt ist gestützt auf die Zahlen der SAKE-Studie zu ermitteln, wenn sie nach einem Unfall invalid geworden ist. 164

Art.330a Abs. 1. OR – Ausstelldatum eines erst einige Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten (Schluss) Arbeitszeugnisses 169

Art. 697 Abs. 1 OR; Art. 697b Abs. 1 OR – Wer beim Gericht einen Antrag auf Sonderprüfung einreicht, muss nicht mit dem Aktionär identisch sein, welcher das Begehren um Auskunftserteilung gestellt hat (Erw. 2). Die Sonderprüfung ist zweckgerichtete Tatsachenforschung. Die Sonderprüfung dient nicht der umfassenden Untersuchung der Geschäftsführung im Allgemeinen oder der Geschäftspolitik und in der Regel auch nicht dazu, die Richtigkeit der Angaben der Unternehmensleitung im Geschäftsbericht überprüfen zu lassen (Erw. 5). Voraussetzung für eine Änderung der Anträge (Erw. 5.4.2). 170

### III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 53 SchKG. – Verändert der Schuldner seinen Wohnsitz bzw. seinen Sitz während des Einleitungsverfahrens und ist die Betreibung dementsprechend am neuen Ort fortzusetzen, hat der Gläubiger am neuen Betreibungsort das für ihn bestimmte Zahlungsbefehlsdoppel im Original vorzulegen. 175

Art. 61 SchKG – Rechtsstillstand wegen schwerer Erkrankung. Die Gewährung des Rechtsstillstandes wegen schwerer Erkrankung setzt voraus, dass es dem Schuldner deswegen entweder nicht möglich oder zumutbar war, einen Vertreter zu bestellen, oder dass der Schuldner wegen der schweren Krankheit arbeitsunfähig und erwerbslos ist und die Zahlungsfähigkeit gerade auf den Abbruch der Arbeit zurückzuführen ist, also nicht bereits vorbestanden hat. 177

Art. 80 und 81 SchKG. – Die in einem Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgte Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils erwächst in materielle Rechtskraft und bindet den Richter in einem späteren Rechtsöffnungsverfahren. 179

- Art. 80 SchKG; Art. 27 Nr. 2, 46 Nr. 2 und 48 Abs. 1 LugÜ. – Die Prüfung der ordnungsgemässen Zustellung i. S. von Art. 27 Nr. 2 LugÜ obliegt in erster Linie dem Urteilsstaat, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll (Erw. 2). Art. 46 Nr. 2 LugÜ verlangt für den Zustellungsnachweis eine besondere Zustellungsurkunde, aus der sich die Tatsache der Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks oder eines gleichwertigen Schriftstücks direkt ergibt (Erw. 3a). Bei der in Art. 48 Abs. 1 LugÜ vorgesehenen Möglichkeit, auf den direkten Zustellungsnachweis zu verzichten und stattdessen auf gleichwertige Urkunden abzustellen, handelt es sich um eine Ausnahmeregelung, die zurückhaltend anzuwenden ist (Erw. 3b). 182
- Art. 260 Abs. 2 SchKG; Art. 63 KOV. – Der Prozessgewinn des Klägers besteht im Betrag der Differenz zwischen derjenigen Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre, und derjenigen, welche ihm nun nach der gerichtlich bereinigten Kollokation wirklich zukommt. 185
- Art. 262 Abs. 2 SchKG; Art. 83 und 85 KOV. – Die Frage, ob eine an und für sich nicht bestrittene Forderung als Kostenforderung oder Massaschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, ist als eine solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Erw. 2). Bei der durch die Zwangsverwertung einer Liegenschaft anfallenden Mehrwertsteuer handelt es sich um Massekosten, die vorab aus dem Gesamterlös der betreffenden Liegenschaft zu bezahlen sind (Erw. 3). 187
- Art. 271 und 272 SchKG. – Ein Arrest kann nur auf Sachen und Rechte gelegt werden, die zumindest nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Dritteigentum darf nur im Falle eines sog. «Durchgriffs» verarrestiert werden, d.h. wenn der Schuldner seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat. 190

#### IV. Strafrecht

- Art. 23 UWG, Art. 3 lit. h UWG. – Unlauterer Wettbewerb; Begriff der besonders aggressiven Verkaufsmethode. 193

## V. Rechtspflege

### 1. Zivilrechtspflege

- §46 Abs. 1 ZPO – Der verfassungsmässige Anspruch der bedürftigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege bezieht sich grundsätzlich nur auf die Zukunft 197
- §46 ff. ZPO und Verordnung des Obergerichts des Kantons Zug vom 20. November 2001 über die Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten. Für das Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten kann schon mangels Entscheidungskompetenz der Behörde kein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes bestehen. Ferner ist die Erforderlichkeit der Verbeiständung im Sinne von §48 Abs. 1 ZPO zu prüfen, welche im vorwiegenden Fall zu verneinen war. 198
- §129 Ziff. 3 ZPO; Art. 14 UWG. Unlauterer Wettbewerb (vorsorgliche Massnahmen) – Ein Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung genügt allein noch nicht als Verfügungsgrund, wenn der Realerfüllungsanspruch durch eine nachträgliche Surrogation mittels Geldleistung als Schadenersatz, Kondiktion oder Gewinnherausgabe ökonomisch vollumfänglich repariert werden kann. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung, das beispielsweise in der Entleerung oder Aushöhlung des Realerfüllungsanspruchs zu erblicken ist. Voraussetzung im konkreten Fall bejaht (Erw. 1c). Der einstweilige Rechtsschutz ist nur bei völlig grundlosem, rechtsmissbräulichem Zuwarten verwirkt (Erw. 1d). 201
- §§201, 203 und 204 ZPO. – §201 Abs. 2 ZPO hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen. 207
- §208 Ziff. 1 und 210 Abs. 1 ZPO; §67 Abs. 3 und 90 Abs. 2 GOG. Die Beschwerdebegründung stellt gesetzliches Gültigkeitserfordernis dar. Eine fehlende oder ungenügende Begründung kann nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht mehr nachgereicht bzw. ergänzt werden. Der Beschwerdeführer bzw. der Kläger, der das gerichtliche Verfahren eingeleitet hat, hat sich entsprechend einzurichten bzw. entsprechende Vorkehrungen zu treffen, dass ihm der Entscheid jederzeit zugestellt werden kann und er in der Lage ist, dagegen ein allfälliges Rechtsmittel rechtzeitig zu ergreifen. Voraussetzungen für die Wiederherstellung einer Beschwerdefrist. 210

- §208 Ziff. 2 ZPO; §15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Die Aufsichtsinstanz kann als solche nur nachprüfen, ob eine Verletzung der Amtspflicht vorliegt, die Überprüfung der Richtigkeit und der Formgültigkeit des betreffenden Entscheides ist ihr infolge der richterlichen Unabhängigkeit entzogen (Erw. 3a und b). Beurteilung der Frage, ob ein Fristerstreckungsgesuch etwas grosszügiger zu bemessen gewesen wäre (Erw. 3c). 212
- §§ 94, 154 Abs. 4 und 208 Ziff. 4 ZPO. – Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann nach der Praxis der Justizkommission gegen eine Verfügung des Referenten keine Beschwerde erhoben werden und der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weitergezogen werden. 215
- §21 der kantonalen Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation. – Die Begriffe öffentliche bzw. private Strasse in §21 der kantonalen Verordnung sind nicht gestützt auf Bundesrecht auszulegen; bei der Festlegung der Zuständigkeit geht es darum, in wessen Interesse eine Verkehrsanordnung auf privatem Grund erlassen wird (Erw. 1a und b). §4 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über Strassen und Wege ist anwendbar (Erw. 1c). 216
- 2. Strafrechtspflege**
- § 34 Abs. 2 und 56bis Abs. 2 StPO. – Mit dem Rückzug des Strafantrages, einer Prozessvoraussetzung, ist das Strafverfahren ohne weiteres einzustellen. Eine Weiterführung des Verfahrens ist deshalb auch im Hinblick auf die Kostenfrage ausgeschlossen. Diese beurteilt sich aufgrund der Aktenlage im Zeitpunkt des Rückzuges des Strafantrages. 219
- §§ 70 Abs. 3 und 80 Ziff. 2 StPO; § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG.- Die Aufsichtsbeschwerde hat nicht die Funktion eines Ersatzes für ein nicht existierendes Rechtsmittel (Erw. 3a). Die Beschwerde ist gegenüber der Berufung subsidiär (Erw. 3b). Für die Beurteilung des strafrechtlichen Vorwurfes des Amtsmissbrauchs gemäss Art. 312 StGB ist die Justizkommission nicht zuständig (Erw. 3c). 220
- § 55 Abs. 3 Beurteilung von Zivilforderungen im Strafverfahren; Umrechnung früherer nationaler Währungen (i.c. D-Mark) in Euro. 222

# B. Verwaltungspraxis

## I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

### 1. Politische Rechte

- §§ 19 Abs. 1 und 3 G über Wahlen und Abstimmungen (BGS 131.1) – korrekte Wahl der Stimmzählerinnen und Stimmzähler (E. II. 3.). Selbst ein knappes (Listenstimmendifferenz von 17 Listenstimmen) oder gar ein sehr knappes Abstimmungsresultat verschafft keinen Anspruch auf Nachzählung, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder ein gesetzeswidriges Verhalten der zuständigen Organe vorliegen (E. II. 4.). 225

### 2. Gemeinden

- §§ 69, 80 Abs. 2 und 3, 84 Abs. 1, 129 G über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden (BGS 171.1) – Das Recht des Kirchgemeinderates, zu einer Motion Stellung zu nehmen, impliziert auch das Recht, darüber zu entscheiden, ob eine Motion der Gemeindeversammlung vorgelegt werden soll oder nicht (E. II. 1.1.). Aufgrund der gesetzlichen Zuständigkeitsvermutung zu Gunsten der Exekutive ist der Kirchgemeinderat befugt, einen Mietvertrag mit einem Dritten über die Nutzung des Kirchenturms abzuschliessen (E. II. 1.2. und E. II. 5.). Keine Unterbreitung der Motion an die Kirchgemeindeversammlung wegen Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips (E.II.2.). Analoge Anwendung der obligationenrechtlichen Willensmängel auf verwaltungsrechtliche Verträge (E. II. 3.). 230
- §§ 10 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 4, 17 Abs. 1, 69 GG; § 12 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (BGS 151.1); §§ 23 Abs. 1 Ziffer 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 Ziff. 2. – Pflicht zur sofortigen Rüge von Verfahrensmängeln bei Gemeinderatsversammlungen. Ausstandspflicht des Gemeindepräsidenten an der Gemeindeversammlung. – Formelles (E.I): Beschwerdelegitimation und weitere Eintretensfragen. – Materielles (E.II): Rechtsverletzung durch Gemeindebeschluss. Als Verfahrensfehler gelten auch formelle Unregelmässigkeiten in der Verhandlungsführung. Erfordernis der sofortigen Rüge an der Gemeindeversammlung. Das Sitzenbleiben des Gemeindepräsidenten auf dem Podium und die weitere Teilnahme an der Behandlung des Geschäfts verletzt die Ausstandspflicht. Sich im Ausstand befindende Mitglieder des Gemeinderates haben das Podium zu verlassen und im Sitzungssaal Platz zu nehmen. Keine Kostenpflicht des Gemeinderates wegen offenkundiger Rechtsverletzung. 237

## II. Zivilrecht

### 1. Personenrecht; Stiftungsaufsicht

*Art. 84 Abs. 2 ZGB – Legitimation zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde* 246

### 2. Familienrecht

*Art. 311 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 292 StGB (SR 311.0). Entziehung der elterlichen Sorge durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde und Erlass einer Strafandrohung: Erwägungen (E. I): Voraussetzungen für die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde (E. 4a und 4b) – Voraussetzungen für den Erlass einer Strafandrohung zur Durchsetzung der Ansprüche auf persönlichen Verkehr (E. 5b)* 248

*Art. 379 Abs. 1, 380, 381, 384, 388 (SR 210); §4 Ziff. 1 EG ZGB (BGS 211.1). – Anfechtung der Wahl eines neuen Vormundes: Erwägungen (E. I): Anfechtungsberechtigung (E. 1a); Berichterstattung des Gemeinderates (E. 1b) – Voraussetzungen für die Wahl als Vormund (E. 2) – Vorschlagsrecht des Kindsvaters (im vorliegenden Fall nicht wahrgenommen) (E. 3)* 250

*Art. 420 ZGB (SR 210); §52 VRG (BGS 162.1).- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht* 252

### 3. Grundbuchwesen

*Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 18 OR; Art. 667 ZGB; §§2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Anforderungen an die Begründung der Gebührenrechnungen – Verletzung des rechtlichen Gehörs (E. II). Die Handänderungsgebühr berechnet sich auf der Gesamtheit der Leistungen, die der Erwerber dem Veräusserer für die Eigentumsübertragung am Erwerbsobjekt tatsächlich zu erbringen hat (E III 1). Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis, wenn das Geschäft gemäss dem Willen der Vertragsparteien und seinem wirtschaftlichen Gehalt dem Verkauf einer fertigen Baute gleichkommt (E. III 2). Frage der Vereinbarkeit mit dem Akzessionsprinzip (E. III 3). Das Entgelt für den Erwerb eines Benützungsrechts an einem Autoeinstellplatz in der gemeinschaftlichen Tiefgarage durch einen Stockwerkeigentümer unterliegt der Handänderungsgebühr (E. III 4). Präzisierung der Praxis gemäss GVP 1999, S. 198ff.* 253

### III. Baurecht

- §40 Abs. 1 BO Hünenberg, §2 Abs. 1 und Abs. 4 Lärmbekämpfungsverordnung Hünenberg, Ziff. 31 Anhang 6 LSV – Ist ein Frischmarktladen mit nächtlicher Anlieferung des Frischwarensortimentes und Weiterverteilung dieses Sortimentes an andere Geschäfte in der Kernzone von Hünenberg zonenkonform? Sind die Betriebszeiten einzuschränken? 270

### IV. Soziale Sicherheit

#### 1. Berufliche Vorsorge

- Art. 88 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG. – Aufsichtsrechtliche Massnahmen: Anordnung der Liquidation einer registrierten Vorsorgeeinrichtung infolge Konkurses der Stifterfirma und nachdem die Aussichtslosigkeit der Wiederherstellung eines ordnungsgemässen finanziellen Zustandes bzw. die Zahlungsunfähigkeit der Stiftung festgestellt worden ist. 247

- Art. 62 Abs. 1 und Art. 79 Abs 1 BVG i.V.m. §4 lit. j der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1). – Ordnungswidrigkeiten: Verhängung einer Ordnungsbusse gegen einen säumigen Stiftungsrat, der trotz mehrmaligen und nachdrücklichen Aufforderungen und unter Hinweis auf die Strafdrohung gemäss Art. 79 BVG diverse Unterlagen zur Jahresrechnung sowie betreffend die angeordnete Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma nicht einreichte. 278

- Art. 86 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BVG und §4 lit. a der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1). – Umwandlung einer gemischten Vorsorgeeinrichtung in eine klassische Stiftung: Übertragung des Vorsorgebereiches einer Stiftung, deren ursprünglicher Zweck sich nicht ausschliesslich auf die berufliche Vorsorge beschränkt, sondern auch weitergehende Elemente enthält, auf eine Vorsorgeeinrichtung und Umwandlung der Stiftung mittels Neufassung der Stiftungsurkunde in eine klassische Stiftung. 281

- Art. 84 Abs. 2 und 88 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BVG. – Organisatorische Aufhebung einer Sterbekasse mit konstant abnehmendem Restvermögen durch dessen vollumfängliche Übertragung auf einen Verein mit gleichem Zweck. 283

#### 2. Sozialhilfe

- Art. 4 ZUG (SR 851.1): Unterstützungswohnsitz in der Sozialhilfe; Beweislast 285

## V. Verwaltungsrechtspflege

### 1. Keine Wiedererwägung von Rechtsmittelentscheiden

*Die Rechtskraftwirkung von verwaltungsbehördlichen Rechtsmittelentscheiden ist stärker als jene von Verfügungen. Deshalb unterliegen solche Entscheide einem Wiedererwägungsverbot. Ein Wiedererwägungsgesuch kann sich nur auf erstinstanzliche Verfügungen beziehen* 289

### 2. Rechtzeitige Einreichung eine Beschwerdeschrift

*§44 VRG; Art. 157, 169 Abs. 1 Bst. d und e Verordnung (1) zum Postverkehrsgesetz vom 1. September 1967 (PVV, SR 783.01). – Wann gilt eine eingeschriebene Briefpostsendung als zugestellt? Nichteintreten auf eine Beschwerde nach unbenütztem Ablauf einer Nachfrist zur Verbesserung der Beschwerdefrist* 291

## C. Grundsätzliche Stellungnahmen

### Datenschutzpraxis

<i>Vorbemerkungen</i>	295
<i>I. Welche Bedeutung hat die Amtshilfe für die Steuerverwaltung?</i>	296
<i>II. Zum Recht kantonsrätlicher Kommissionen auf Einsicht in Daten der Verwaltung</i>	297
<i>III. Welche Patientendaten benötigt die Krankenkasse?</i>	200
<i>IV. Einbürgerungsverfahren: Darf von einbürgerungswilligen Personen ein Foto verlangt werden?</i>	302
<i>V. Zum Einsichtsrecht von Umweltschutzorganisationen</i>	305

## 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

## A. Gerichtspraxis

# Staats- und Verwaltungsrecht

## 1. Grundrechte

*Art. 26 und 36 BV, §4 GSW. – Einschränkung der Eigentumsgarantie durch Öffentlicherklärung einer Waldstrasse.*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Mit Gemeinderatsbeschluss vom 12. Februar 2001 wurde die Strasse Mühlebachrank – Mangeli – Innerblack durch den Gemeinderat Menzingen öffentlich erklärt. Die Öffentlicherklärung der Mangelistrasse wurde am 2. März 2001 unter Hinweis auf das Einspracherecht im Amtsblatt des Kantons Zug publiziert. Am 14. März 2001 erhob M. als betroffener Landeigentümer Einsprache. Am 30. April 2001 wies der Gemeinderat Menzingen die Einsprache ab und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Der Gemeinderat führte aus, das Gebiet Mangeli umfasse einerseits Waldparzellen, welche von den öffentlichen und privaten Waldeigentümern bewirtschaftet würden, andererseits befänden sich auf dem Mangeli verschiedene kleinere Parzellen, die teilweise überbaut seien. Der Grossteil dieser Bauten werde als Ferienhäuser, einzelne würden aber auch ganzjährig bewohnt. Die in das Gebiet Mangeli führenden Strassen ab Mühlebachrank sowie ab Innerblack gehörten teils privaten Grundeigentümern, teils dem Kanton. Eine öffentliche Wegberechtigung habe bis anhin nicht bestanden. Auch bestünden zugunsten der meisten Wald- oder überbauten Grundstücke keine privaten Wegrechte an diesen Strassen. Rechtlich sei deshalb das Gebiet Mangeli bis anhin nicht erschlossen.

Die Strasse Innerblack – Vordermangeli sei seinerzeit durch die Eigentümer der im Mangeli gelegenen Waldgrundstücke erstellt worden. Dazu hätten sie sich «vermeintlich» zu einer Genossenschaft zusammengeschlossen, was u.a. Voraussetzung dafür gewesen sei, dass der damalige Strassenbau massiv von der öffentlichen Hand subventioniert worden sei. Da die Genossenschaft in der Folge nicht im Handelregister eingetragen worden sei, sei sie nie rechtsgültig entstanden. Daraus habe sich die Konsequenz ergeben, dass auch die Wegberechtigung am fraglichen Strassenstück nicht geregelt worden sei. Vermeintliche Genossenschafter hätten Landparzellen, auf denen Teile der Strasse Innerblack – Vordermangeli liegen würden, an Dritte verkauft und hinsichtlich der Strasse keine Lasten überbunden. Schliesslich seien einzelne Grundeigentümer nicht mehr bereit gewesen, im Mangeli private Wegrechte einzuräumen und hätten sogar Fahrverbote veranlasst. Durch die Öffentlicherklärung werde die rechtliche Erschliessung des Gebietes Mangeli mit Mitteln des öffentlichen Rechtes gewährleistet. Das öffentliche Interesse an der Erschliessung eines bewohnten und bearbeiteten Gebietes sei offenkundig, dazu könne auch auf den Bericht des Gemeinderates vom 8. Mai 2000 verwiesen werden. Der Einsprecher bestreite das Vorliegen

eines öffentlichen Interesses mit zwei Argumenten, nämlich dass die Grundstücke im Mangeli bereits durch die Zufahrt ab Mühlebachrank genügend erschlossen seien und dass vorgesehen sei, das Strassenstück Innerblack – Vordermangeli im Winter nicht offen zu halten. Dazu erklärt der Gemeinderat, ein öffentliches Interesse könne auch darin bestehen, ein Gebiet durch zwei Strassen zu erschliessen. Aus Sicherheitsgründen bleibe das zu erschliessende Gebiet auch im Falle der Nichtbefahrbarkeit der einen Strasse erreichbar. Zudem seien aus Umweltschutzgründen Umwegfahrten zu vermeiden. Wäre diese Betrachtungsweise, insbesondere des Sicherheitsaspektes, nicht richtig, so müsste ein öffentliches Interesse für alle «Runderschliessungen» verneint werden, und es könnte bei solchen Runderschliessungen immer ein (nicht aber zwei) Eigentümer eines Strassenstückes geltend machen, die konkret in Frage stehende Runderschliessung müsse auf seinem Grundstück zufolge Fehlens eines öffentlichen Interesses unterbrochen werden, da eine einzige Zufahrt genüge. Richtig sei aber, dass das öffentliche Interesse allein nicht genüge. Es müsse auch – bezogen auf die entgegenstehenden Privatinteressen des Einsprechers – verhältnismässig sein. Um dies beurteilen zu können, seien vorab die geltend gemachten öffentlichen Interessen zu gewichten. Dazu sei zunächst festzuhalten, dass – vorab in den schneefreien Monaten – mehrere Personen ganz oder über das Wochenende auf dem Mangeli wohnten. Wegen des Umstandes, dass die Strasse vom Mangeli bis Mühlebachrank / Finstersee recht lang sei und durch bewaldetes sowie zum Teil recht steiles Gelände führe, könne nie ausgeschlossen werden, dass sie über kürzere oder längere Zeit nicht befahren werden könne. Zu denken sei an umgestürzte Bäume, Erdbeben oder an einen Verkehrsunfall. Die Erreichbarkeit des Mangeli in dieser Zeit sei nicht gewährleistet, zumal die Erfahrung zeige, dass der Einsprecher durch irgendwelche Massnahmen (Steine, Seile etc.) die faktische Benützung verhindern könnte. Im Extremfall könnten Gesundheit und Leben von Personen gefährdet sein. Die Möglichkeit, im Winter nicht rechtzeitig auf das Mangeli gelangen zu können, lasse sich vertreten, weil in der Winterzeit dort nur vereinzelte Menschen wohnten und deshalb auch das Gefährdungspotential durch eine ungenügende Erschliessung kleiner sei. Der Einsprecher erwähne, dass er im Rahmen der Forstbewirtschaftung Seile spannen müsse, mit welchen ein Radfahrer kollidieren könnte. Bei Stürmen könnten Bäume auf die Strasse fallen. Der Gemeinderat meint, im gesamten Mangeligebiet werde Forstwirtschaft betrieben, weshalb diese Gefahren überall auftreten könnten. Bei einer nur einseitigen Strassenerschliessung könnte durch solche Geschehnisse auch die Waldbewirtschaftung beeinträchtigt werden. Die zweiseitige Erreichbarkeit gewährleiste, dass auch bei Blockierung der Strasse von der anderen Seite zugefahren werden könne. Ein weiterer Grund für die zweiseitige Erschliessung des Mangelis liege im Umweltschutz. Vorliegendenfalls wären die Umwegfahrten für all diejenigen, die aus Richtung Menzingen zum Mangeli fahren wollten, und dies sei die Mehrheit, nicht unbedeutend. Insbesondere für Landwirte aus Menzingen mit Waldbesitz im

Mangeli sei ein Umweg über Finstersee unzumutbar. Dies würde zu einem erhöhten Benzin- und Dieserverbrauch und damit zu höheren Schadstoffemissionen führen und zudem Lärmimmissionen in Finstersee bewirken, während an der Strasse über Innerblack keine zusammenhängenden Siedlungen betroffen seien.

Die entgegenstehenden Interessen des Einsprechers seien in ihrer Bedeutung minimal. Die angeblichen Nachteile des Forstbetriebes seien nicht näher konkretisiert. Auch das Versehen von Waldstrassen mit geeigneten Strassenbelägen sei nicht unüblich. Geringfügige Beschädigungen als Folge der Holznutzung würden ohne nennenswerten Aufwand periodisch durch das unterhaltspflichtige Gemeinwesen behoben. Nur bei grösseren Beschädigungen durch ungeeignete Arbeitsweise wäre ein Regress auf den Einsprecher möglich. Grössere Beschädigungen der Strasse und insbesondere der Strassenkoffierung müssten aber auch ohne Öffentlicherklärung ausgebessert werden. Zur Haftungssituation wird bemerkt, es sei davon auszugehen, dass der Einsprecher bei der Grösse seines Forstwirtschaftsbetriebes eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen habe. Die Haftung für Waldarbeiten hänge nicht von der Öffentlicherklärung ab. Bei Waldarbeiten müsse immer mit dem Auftauchen von Menschen gerechnet werden, und es sei nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdeführer bei Verletzungen oder Beschädigungen haftpflichtig werden könnte. Bei Öffentlicherklärung müsse die Haftung für die Strasse in die gemeindliche Haftpflichtpolice integriert werden.

Schliesslich erklärt der Gemeinderat dem Einsprecher, durch die Öffentlicherklärung der Strasse Mühlebachrank - Vordermangeli erhalte er erstmals die rechtliche Möglichkeit, dieses Strassenstück rechtens befahren zu können. Er brauche dieses Strassenstück für die Erreichbarkeit und Bewirtschaftung seines Waldes viel intensiver, als andere das Strassenstück Innerblack - Vordermangeli beanspruchen würden. Schon unter dem Aspekt von Treu und Glauben sei nicht unproblematisch, Vorteile für sich zu akzeptieren, in der gleichen Sache aber auch geringfügige Nachteile nicht auf sich nehmen zu wollen.

Im Hinblick auf die mit der Öffentlicherklärung verbundene Übernahme der Unterhaltskosten unterbreitete der Gemeinderat Menzingen am 8. Mai 2000 der Einwohnergemeindeversammlung Bericht und Antrag. Der Gemeinderat weist zunächst auf den Bau der Strasse unter Kostenbeteiligung von Bund und Kanton durch mehrere private Waldeigentümer hin. Aus Gründen, die nicht mehr im Einzelnen rekonstruierbar seien, sei die Genossenschaft nie formell gegründet und im Handelsregister eingetragen worden. Der Kanton Zug übernehme heute die Verantwortung dafür, dass damals eine solche Eintragung unterblieben sei. Jahrelange Bemühungen hätten zu einer weitgehenden Einigung über die rechtliche Erschliessung und die Kostentragung geführt, aber nie zu einer umfassenden, der jeder der Beteiligten zugestimmt hätte. Da die Blackstrasse in einem unerfreulichen Zustand sei,

weil sie wegen Fehlens eines eigentlichen Verantwortlichen nie richtig unterhalten worden sei, sei der Kanton Zug nun bereit, die Strasse vom Black bis zum Hintermangeli umfassend instand zu stellen und zu sanieren. Die vom Kanton hierfür aufzuwendenden Kosten würden rund Fr. 250'000.- betragen. Regierungsrat und Gemeinderat seien zum Ergebnis gelangt, dass eine privatrechtliche Lösung der rechtlichen Erschliessung des Mangeli unmöglich, zumindest aber unwahrscheinlich geworden sei. Es bleibe kein anderer Ausweg, als mit den Mitteln des öffentlichen Rechtes die Erschliessung rechtlich sicherzustellen. Durch die Öffentlicherklärung würden sich die Eigentumsverhältnisse am Strassenland nicht ändern, die Gemeinde erhalte jedoch eine Rechtstellung, die derjenigen eines Wegberechtigten sehr nahe komme. Unter den Voraussetzungen für die Öffentlicherklärung nennt der Gemeinderat zunächst die Aufnahme in den Verkehrsrichtplan als lokale Verbindungsstrasse. Sodann soll die erstmalige Instandstellung und Sanierung durch den Kanton vertraglich geregelt werden, ebenso die Übernahme von Unterhalt und Erneuerung des Teilstücks Mühlebachrank/Mangeli. Als weitere Voraussetzung ist die Äufnung eines Fonds aus Einzahlungen von Hauseigentümern im Gebiete Mangeli in der Höhe von minimal Fr. 80'000.- genannt. Die Gemeindeversammlung stimmte grossmehrheitlich gegen zwei Stimmen dem Antrag des Gemeinderates zu, nämlich, von der beabsichtigten Öffentlicherklärung Kenntnis zu nehmen, Unterhalt und Erneuerung des Strassenstücks Innerblack bis Hintermangeli und Übernahme des Winterdienstes für das Strassenstück Mühlebachrank bis Vordermangeli zu übernehmen unter der Bedingung, dass auch die Beiträge des Kantons und der Hauseigentümer zur Verfügung stehen würden.

B. Gegen den Einspracheentscheid liess M. beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde einreichen. Der Regierungsrat wies diese Beschwerde am 4. Dezember 2001 ab und bestätigte den Entscheid des Gemeinderates in allen Teilen.

C. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 9. Januar 2002 beantragt der Beschwerdeführer:

1. Der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zug vom 4. Dezember 2001 sei aufzuheben, und es sei neu wie folgt zu entscheiden:
  - a) Der Weg zwischen Innerblack und Vordermangeli sei, soweit er über mein Grundstück Nr. 824 (Vordermangeli) verläuft, nicht öffentlich zu erklären und deshalb der gegenteilige Entscheid des Gemeinderates Menzingen vom 12. Februar 2001 aufzuheben; eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
  - b) Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates für alle Instanzen.

....

Der Beschwerdeführer erklärt zur Begründung, die Strasse zwischen Innerblack und Vordermangeli führe teilweise über sein Grundstück. Es handle sich um zwei Teilstücke dieser Strasse, nämlich um ein grösseres Teilstück Richtung Menzingen und eine kurze Teilstrecke zwischen Vordermangeli und Hintermangeli. Zwischen den beiden Teilbereichen seien vor ca. 35 bis 40 Jahren (seines Wissens ohne Bewilligung) mehrere Ferienhäuser erstellt worden. Diese seien nur gelegentlich bewohnt. Die Strasse solle ausschliesslich deshalb der Öffentlichkeit gewidmet werden, weil die Ferienhausparzellen dadurch besser erschlossen würden. Es sei aber unbestritten, dass die Ferienhausparzellen strassenmässig erschlossen seien. Der Gemeinderat und der Regierungsrat seien jedoch der Meinung, es bestehe ein öffentliches Interesse an einer Ring- oder Runderschliessung des fraglichen Gebietes. Dieser Ansicht widerspreche der Beschwerdeführer in aller Form. Es sei von vornherein unverhältnismässig und gesetzeswidrig zur (noch besseren) Erschliessung von weniger als zehn Ferienhäusern, die zudem selten bewohnt seien, eine Waldstrasse für alle zu öffnen. Die Ferienhausparzellen seien bereits jetzt doppelt erschlossen, da das grundbuchlich verankerte Recht bestehe, den Weg Gibel-Dutz-Finstersee zu benützen. Dieser Weg sei im heutigen Zustand zwar für Motorfahrzeuge im Vordermangeli nicht benützbar. Es sei Sache der berechtigten Grundeigentümer, den Weg zu sanieren. Es gehe nicht an, sich einfach für die billigere Variante zu entscheiden, nämlich für die Öffentlicherklärung der Waldstrasse des Beschwerdeführers. Weit bedeutender sei aber die bestehende Erschliessung: Niemand habe die Öffentlicherklärung angefochten, insoweit der Weg ausserhalb des Grundstückes des Beschwerdeführers verlaufe. Damit hätten die Ferienhausbesitzer eine einwandfreie strassenmässige Erschliessung ihrer Parzellen. Es fehle lediglich das erwähnte kleine Strassenstück Richtung Hintermangeli, das auf seinem Grundstück verlaufe. Der Beschwerdeführer wolle, dass auch dieses Strassenstück nicht öffentlich erklärt werde, erklärt sich aber bereit, auf privatrechtlicher Basis den Ferienhausbesitzern ein Fuss- und Fahrwegrecht gegen angemessene Entschädigung einzuräumen. Im Eventualfall wäre nur dieses kleine Strassenstück öffentlich zu erklären, keinesfalls aber das Strassenstück Vordermangeli Richtung Menzingen.

Die Vorinstanzen befürworteten ein Interesse an einer Ring- oder Runderschliessung. Ein solches öffentliches Interesse bestehe nicht oder sei im Verhältnis zu gegenläufigen Interessen völlig untergeordnet. Die Waldstrasse verlaufe auf dem Grundstück des Beschwerdeführers ausschliesslich durch den Wald. Gemäss Art. 15 des Waldgesetzes dürften der Wald und die Waldstrassen nur zu forstlichen Zwecken mit Motorfahrzeugen befahren werden. Die Kantone könnten zulassen, dass Waldstrassen zu weiteren Zwecken befahren werden dürften, wenn nicht die Walderhaltung oder andere öffentliche Interessen dagegen sprächen. Gemäss Art. 13 der Waldverordnung dürften Waldstrassen zu Rettungs- und Bergungszwecken, zu Polizeikontrollen, zur Durchführung von Massnahmen zum Schutz vor Naturereignissen und

zum Unterhalt von Leitungsnetzen mit Motorfahrzeugen befahren werden. Einer Öffentlicherklärung bedürfe es deswegen nicht. Die beanstandete Öffentlicherklärung verstosse gegen diese Bestimmungen. Die Vorinstanzen machten geltend, die bestehende Erschliessung sei ein Umweg. Im Notfall müssten sodann Fahrzeuge durch den Wald Vordermangeli zu den Ferienhausgrundstücken zufahren können. Das letztgenannte Anliegen, das kaum ernst gemeint sein könne, werde bereits durch Art. 13 der Waldverordnung ohne weiteres erfüllt. Der Umweg sei mit 1 km unbedeutend unter Umweltaspekten. Die Waldstrasse solle gegenteils nur zur Bequemlichkeit einiger Ferienhausbesitzer für die gesamte Öffentlichkeit geöffnet werden. Dies stehe in krassem Widerspruch zum Zweck des Waldes. Auf einer solchen Waldstrasse könne man seinen Töff und sein Auto ausprobieren, die Bremsen prüfen, möglichst nahe zum idyllischen Grillplatz fahren etc. Dem Verkehr durch den Wald werde Tür und Tor geöffnet und dies allein deshalb, um ein kleines Gebiet, das bereits gut erschlossen sei, noch luxuriöser zu erschliessen. Nehme man die Interessenabwägung vor, so sei klar, dass die Waldstrasse nicht öffentlich erklärt werden könne.

Die Strasse zwischen Innerblack und Vordermangeli solle selbst bei der bestrittenen Öffentlicherklärung im Winter nicht geräumt werden. Dies zeige deutlich, welchen geringen Stellenwert die Strasse für die Ferienhausbesitzer habe. Einerseits solle diese Luxuserschliessung wichtig und von öffentlichem Interesse sein, andererseits könne man offenbar auf sie im Winter problemlos verzichten. Der Hinweis des Regierungsrates auf diverse Passstrassen, die im Winter auch gesperrt seien, hinke bedenklich.

Durch die Öffentlicherklärung erachtet sich der Beschwerdeführer in der Waldbewirtschaftung wesentlich behindert. Die Strasse sei Ende der 50er Jahre weitgehend aus privaten Mitteln und ausschliesslich zur Waldbewirtschaftung erstellt worden. Der Beschwerdeführer betreibe zusammen mit seinem Sohn eine Sägerei. Der Wald sei ihre Existenz. Auf der Waldstrasse würden die Fahrzeuge, darunter Traktoren, verkehren. Es würden Bäume und Baumstämme geschleift, was die Strasse zweifellos beschädigen werde. Für die Waldbewirtschaftung wolle er keinen Bitumenbelag. Er wolle im Wald auch keine Autobahn, sondern eine Werkstrasse, die es ermögliche, den Beruf auszuüben. Nur eine ordnungsgemässe Bewirtschaftung des Waldes garantiere auch seinen Wert als Erholungsraum. Der öffentliche Verkehr und die Motorfahrzeuge der Ferienhausbesitzer hätten auf dieser Strasse nichts zu suchen. Werde die Strasse öffentlich erklärt, so werde dadurch die Waldbewirtschaftung, insoweit diese den Waldweg betreffe, zur ungeliebten Tätigkeit. Jeder Strassenbenützer habe das Recht auf freie Fahrt. Behinderungen durch Traktoren, Baumstämme, Forstarbeiter etc. seien unerwünscht. Das lasse er sich nicht gefallen. Zudem sei der Waldweg für ihn ein wichtiger Holzlagerplatz. Es sei aus verschiedenen Gründen vorteilhafter, das Holz auf dem Weg zu lagern statt im Wald. Schliesslich befinde sich sein Forsthaus in nächster Nähe (Assek. Nr. 746a). Es sei ihm auch nicht zuzu-

muten, zugunsten einer völlig unnötigen Luxuserschliessung einiger Ferienhausparzellen sich in der Waldbewirtschaftung und hinsichtlich der zu treffenden Vorsichtsmassnahmen (Gefahrenabwehr) einzuschränken. Jetzt spiele es keine Rolle, wenn Bäume über den Weg stürzten und dort liegen blieben. Der Weg sei ausschliesslich Privateigentum. Nach der Öffentlichklärung müsse er generell und insbesondere bei Waldarbeiten wesentlich höhere Vorsichtsmassnahmen treffen. Andernfalls laufe er Gefahr, haftbar zu werden.

D. In seiner Vernehmlassung vom 17. Januar 2002 beantragt der Gemeinderat Menzingen, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Er verweist auf seine Vernehmlassung im vorinstanzlichen Verfahren und auf den angefochtenen Entscheid.

E. Mit Vernehmlassung vom 30. Januar 2002 beantragt die Direktion des Innern des Kantons Zug namens des Regierungsrates die Abweisung der Beschwerde unter Hinweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheides.

F. Am 6. Mai 2002 nahm eine Delegation des Gerichtes in Anwesenheit der Parteien einen Augenschein vor.

....

*Das Verwaltungsgericht erwägt:*

....

2. Gemäss §4 Abs. 1 des Gesetzes über die Strassen und Wege (GSW, BGS 751.14) sind Strassen und Wege öffentlich, wenn sie: a) seit unvordenklicher Zeit im Gemeingebrauch stehen, oder b) das Gemeinwesen über die entsprechenden Wegrechte verfügt, oder c) im Verfahren der Öffentlichklärung dem Gemeingebrauch gewidmet worden sind. Über die Öffentlichkeit von Gemeindestrassen entscheidet der Gemeinderat. Der Entscheid ist unter Hinweis auf das Einsprache- und Beschwerderecht im Amtsblatt zu publizieren. Die Betroffenen sind soweit möglich direkt zu benachrichtigen (§4 Abs. 2 GSW).

a) Private Eigentümer öffentlicher Strassen und Wege müssen Bau- und Unterhaltsarbeiten durch das Gemeinwesen dulden (§4 Abs. 4 GSW). Die Einwohnergemeinden verwalten die öffentlichen Gemeindestrassen (§2 Abs. 2 lit. b i.V. mit §8 Abs. 1 GSW). Kanton und Gemeinden gewährleisten den baulichen und den betrieblichen Unterhalt der unter ihrer Verwaltung stehenden Strassen und Wege (§28 Abs. 1 GSW). Kanton und Einwohnergemeinden übernehmen für die von ihnen verwalteten Strassen und Wege die Werkeigentümerhaftung (§30 GSW). Öffentliche Strassen und Wege dürfen anderseits im Rahmen ihrer Zweckbestimmung und der gesetzlichen Vor-

schriften von allen benutzt werden (Gemeingebrauch). Die Benutzung darf den bestimmungsgemässen Gebrauch durch andere nicht übermässig beeinträchtigen. Der Gemeingebrauch kann im überwiegenden öffentlichen Interesse beschränkt oder aufgehoben werden (§ 20 GSW).

b) Das Institut der Öffentlicherklärung ist im zugerischen Recht neu (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 25. April 1995 betreffend Gesetz über Strassen und Wege, Vorlage Nr. 247.1, Lauf-Nr. 8615, S. 7). Die Widmung setzt die Verfügungsmacht des Gemeinwesens über die öffentliche Sache voraus. Sie kann aufgrund eines dinglichen Rechts des Gemeinwesens an der Sache (Eigentum, beschränktes dingliches Recht) bestehen. Bei Grundstücken, die sich im Eigentum Privater befinden, muss das Gemeinwesen die Zustimmung des Eigentümers zur Widmung einholen oder ihm eine entsprechende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung auferlegen (Ulrich Haefelin/Georg Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., S. 464, N. 1833; Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, S. 817 und René A. Rhinow/Beat Krähenmann, a.a.O., Ergänzungsband, S. 354). Auch das luzernische Recht, auf welches sich der Regierungsrat bei der Totalrevision des Strassengesetzes berufen hat, unterscheidet zwischen Zustimmung des privaten Eigentümers und Öffentlicherklärung mit Enteignungsermächtigung durch Erlass einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung. Diese kann einen erheblichen Eingriff ins verfassungsrechtlich garantierte Eigentum (Art. 29 BV) darstellen. Insoweit hat das Institut der Öffentlicherklärung eine gewisse Ähnlichkeit zum Planungsrecht. Die Zonenzuweisung eines Grundstückes betrifft die Eigentumsgarantie. Die Zuweisung zu einer Bauzone, allenfalls noch mit einer höheren Ausnützung als bisher, trifft den Eigentümer ganz anders als die Zuweisung zu einer Zone des öffentlichen Interesses, welche das Grundstück mit einem Verbot privater Bauten belegt. In einer gewissen Analogie kann die Öffentlicherklärung einer Strasse den Interessen des betroffenen Eigentümers entgegen kommen oder sie kann einen erheblichen Eingriff ins verfassungsrechtlich garantierte Eigentum darstellen. Der Gemeinderat erklärt zu Recht, die Öffentlicherklärung verschaffe eine ähnliche Rechtstellung wie Wegrechte zugunsten der Öffentlichkeit. Wenn solche nicht freihändig erworben werden können, müsste der Erwerb durch Expropriation von Dienstbarkeiten erfolgen. Dabei liegt die Erheblichkeit des Eingriffes auf der Hand. Die Öffentlicherklärung ist ein Institut des öffentlichen Rechts, welches keineswegs darauf abzielt, Eingriffe ins Eigentum zu erleichtern. Das Eigentum ist durch die Bundesverfassung gewährleistet (Art. 29 BV). Eigentumsbeschränkungen sind nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und sich unter den gegebenen Umständen als verhältnismässig erweisen (Art. 36 BV; BGE 121 I 120, 119 Ia 366 E. 3a, 441 E. 2b mit Hinweisen). Unerheblich ist, ob die Eigentumsbeschränkungen öffentlich-rechtlicher Natur sind oder auf den Erwerb privatrechtlicher Rechte abzielen. Der Be-

schwerdeführer lehnt die Öffentlicherklärung ab, wobei für die Strecke zwischen Vordermangeli und Hintermangeli bezüglich der Beanspruchung seines Strassenlandes auf wenigen Metern eine differenziertere Haltung besteht. Im Folgenden ist konkret zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Eingriff in das Eigentum des Beschwerdeführers erfüllt sind.

3. Die gesetzliche Grundlage für den Eingriff ins private Eigentum ist in § 4 GSW – wie bereits dargestellt – gegeben. Strittig ist, ob die geltend gemachten öffentlichen Interessen das private Interesse des Eigentümers überwiegen.

Die hier interessierende Strasse vom Black nach dem Mangeli wurde in den 50er Jahren in drei Sektionen, beginnend beim Black / Seite Dorf Menzingen, mit einer Länge von ca. 2'900 m gebaut. Trägerin des Gemeinschaftswerkes war die Genossenschaft Black-Mangeli-Waldweg, welche am 15. Februar 1951 durch zehn Waldbesitzer gegründet wurde. In der Folge wurden neun weitere Grundeigentümer aufgenommen. In engster Zusammenarbeit mit dem Kantonsforstamt war die Genossenschaft Trägerin des Strassenbaus bis zum Abschluss. Die jüngste bei den Akten liegende Abrechnung für das Jahr 1959 datiert vom 23. Februar 1961 und ist vom Kantonsförster unterzeichnet. Wie sich später ergab, war die Genossenschaft nicht rechtmässig gegründet worden. Die Statuten sahen als Genossenschaftszweck die Anlage und den Unterhalt des Waldweges Black-Mangeli vor. Mitglied der Genossenschaft wurde gemäss den Statuten jeder Eigentümer eines oder mehrerer am Waldweg interessierten Grundstücke, wobei die Mitgliedschaft mit dem Eigentum der interessierten Landparzellen verbunden wurde. Mit jeder Handänderung der Grundstücke sollte die Mitgliedschaft ohne weiteres auf den Rechtsnachfolger übergehen. Die Genossenschafter wurden durch die Statuten verpflichtet, das für die Weganlage notwendige Land sowie das vorhandene Strassenbaumaterial der Genossenschaft unentgeltlich zu Eigentum zu übertragen. Die Genossenschafter leisteten an die Bau- und Unterhaltskosten der Weganlage, soweit sie nicht durch Subventionen des Bundes, des Kantons und der Gemeinde oder anderweitige Zuwendungen gedeckt wurden, Beiträge nach Massgabe eines den beteiligten Liegenschaften entsprechenden Verteilungsplanes, der vom Vorstand aufzustellen und von der Generalversammlung zu genehmigen war. Sämtliche Genossenschafter sind nach den Statuten berechtigt, den von der Genossenschaft erstellten Waldweg für ihre Zwecke unentgeltlich selbst zu benutzen oder in ihrem Auftrage benutzen zu lassen. Auf Ersuchen des Kantonsforstamtes genehmigte der Regierungsrat des Kantons Zug mit Beschluss vom 13. April 1951 das Waldstrassenprojekt der Genossenschaft Black-Mangeli, I. Sektion (542 m ab Black) mit einem Kostenvoranschlag von Fr. 45'000.-. Es wurde ein kantonaler Beitrag von 26% zugesichert, 15% zu Lasten des Forstwesens und 11% zu Lasten des Landwirtschaftswesens. Die Beitragszusicherung erfolgte mit dem Vorbehalt des öffentlichen Fahr-

wegrechtes. Ausserdem wurde das eidgenössische Oberforstinspektorat um Zusicherung des maximalen Bundesbeitrages ersucht. Der Begründung des Regierungsratsbeschlusses (RRB) ist zu entnehmen, dass der geplanten Strasse sowohl forst- wie landwirtschaftliche aber auch verkehrstechnische Bedeutung zugemessen wurde. Mit der Strasse würde eine Privatwaldfläche von 40 ha erschlossen, die zuvor ihrer schlechten Abfuhrverhältnisse wegen nur extensiv habe genutzt werden können. Im ersten Teil des Projektes würden ca. 17 ha wertvolles Landwirtschaftsland erschlossen, womit eine leichtere Bewirtschaftung der Liegenschaft ermöglicht werde. Die projektierte Blackstrasse schaffe aber auch die kürzeste Verbindung von Menzingen nach dem Gottschalkenberg, woraus die verkehrstechnische Bedeutung ersichtlich werde. Es handle sich um ein mutiges Gemeinschaftswerk weitsichtiger Bergbauern. Die Bauleitung unterstehe dem Kantonsforstamt. Im RRB vom 8. Mai 1954 sicherte der Regierungsrat für die Sektion II mit einer Länge von 1'786 m und veranschlagten Kosten von Fr. 110'000.- einen Kantonsbeitrag von Fr. 33'000.- zu, wovon Fr. 22'000.- zu Lasten des Forstwesens und Fr. 11'000.- zu Lasten des Landwirtschaftswesens. Auch in diesem Beschluss ist das öffentliche Fuss- und Fahrwegrecht für die ganze Strecke vorbehalten. Der dauernde Unterhalt der Strasse durch die Genossenschaft sei zugesichert. Zum Ausbau der Strasse wird ausgeführt, die Steinbettbreite betrage 2,8 m mit fahrbarer Schale. Wo es das Terrain erlaube, würden Ausweichstellen und Verbreiterungen im Bau berücksichtigt. Für die zweite Sektion liegt auch der Beschluss des Bundesrates vom 26. März 1955 bei den Akten. Der Bundesrat genehmigte den Kostenvoranschlag von Fr. 110'000.- ebenfalls für das Waldwegprojekt Black-Mangeli II (Nr. 55 der Kontrolle der eidgenössischen Inspektion für Forstwesen). Der ordentliche und ausserordentliche Bundesbeitrag wurde auf 24% und 8% festgelegt, zusammen Fr. 35'200.-. Mit dem Bezug der Bundessubventionen wurde der Kanton Zug verpflichtet, für den dauernden Unterhalt des neuen Weges zu sorgen. Mit RRB vom 7. März 1958 genehmigte der Regierungsrat das Waldstrassenprojekt Black-Mangeli III mit einer Gesamtlänge von 1'096 m und einem Kostenvoranschlag von Fr. 85'000.-. Der kantonale Beitrag von 30% wurde auf Fr. 25'500.- festgelegt. Der Begründung lässt sich entnehmen, gemäss § 14 des kantonalen Forstgesetzes vom 16. Januar 1908 leiste der Kanton an die Anlagen ständiger Holzabfuhrwege, die vom Bund subventioniert würden, einen kantonalen Beitrag bis zu 20 % der wirklichen Kosten. Mit Rücksicht auf die verhältnismässig hohen Kosten (Fr. 115.50 pro Meter) einerseits und die finanzielle Lage der Waldweggenossenschaft, die aus nur zehn Bergbauern bestehe, andererseits, insbesondere aber auch in Beachtung der grossen forst- und landwirtschaftlichen wie auch verkehrstechnischen Bedeutung dieser Strasse als direkte Durchgangsstrasse Menzingen-Gottschalkenberg-Oberägeri resp. Biberbrücke sei nicht nur der maximale Beitrag im Sinne des Forstgesetzes, sondern wie auch an die II. Sektion ein ausserordentlicher Beitrag von 10%, mithin total 30% zuzubilligen. Der Regierungsrat stellt ebenfalls fest, am Ende der III. Sektion treffe die Blackstrasse im Man-

geli mit der Mühlebachstrasse zusammen. Die beiden Strassenzüge bildeten ein Ganzes, seien auf gleicher privatrechtlicher Basis gebaut worden und berechtigten daher auch zu gleich hoher Unterstützung durch die öffentliche Hand. Das öffentliche Fuss- und Fahrwegrecht wird wiederum für die ganze Strecke vorbehalten. Der dauernde Unterhalt der Strasse durch die Genossenschaft sei mit Schreiben vom 27. Februar 1958 zugesichert. Aus den möglicherweise unvollständigen Akten ist auch ein Beitrag der Einwohnergemeinde Menzingen von Fr. 11'000.- per 24. Februar 1956 ersichtlich. In der Schlussabrechnung werden Perimeterbeiträge gemäss erschlossener Fläche bei 19 Genossenschaftern im Jahr 1957 im Totalbetrag von Fr. 61'800.- erhoben, soweit Zahlungen nicht schon früher erfolgten. Der Beschwerdeführer ist im Perimeter mit einer Fläche von 19 ha erfasst, was einen Beitrag von Fr. 15'000.- ergab.

Nach Bau und Bezahlung der Strasse begannen sich die vorerwähnten Rechtsmängel auszuwirken. Wann sie entdeckt wurden, ist nicht aktenkundig. Es unterblieben nicht nur die Übertragung des Strassenlandes an die Genossenschaft, sondern es begann auch der Verkauf und die Überbauung der Ferienhausparzellen ohne konsequente Regelung der Wegrechte. Der ausreichende Unterhalt unterblieb, weil sich niemand zuständig fühlte. Auf Ersuchen der Grundeigentümer wurde schliesslich gerichtlich das Fahren auf den GBP Nrn. 824, 825 (Vordermangeli) und 827 (Käpfenhölzli) verboten. Bemühungen des kantonalen Direktors des Innern, auf dem Gesprächsweg eine einvernehmliche Regelung zu erreichen, blieben schliesslich erfolglos.

Das aktuelle öffentliche Interesse ergibt sich zum Teil aus der Entstehungsgeschichte und dem nach wie vor gültigen Interesse an der Verkehrerschliessung für die Forstwirtschaft und die Landwirtschaft sowie an der direkten Verbindung Menzingen-Gottschalkenberg, wobei die Erschliessung der altrechtlich erstellten Ferien- bzw. Wohnbauten zusätzlich zu berücksichtigen ist. Der Kanton hat seine Verantwortung für die Einhaltung der seinerzeitigen Subventionsbedingungen für die öffentlichen Gelder des Bundes und des Kantons wahrzunehmen, nämlich die Gewährleistung des Unterhaltes und das öffentliche Fahrwegrecht. Für die umfassende Instandstellung wird in der Vorlage an die Gemeindeversammlung mit vom Kanton zu tragenden Kosten von Fr. 250'000.- gerechnet. Die beim früheren Perimeter noch nicht berücksichtigten Hauseigentümer der nachher erbauten Ferienhäuser beteiligen sich an der Sanierung im Mindestumfang von Fr. 80'000.-. Die Änderung des Verkehrsrichtplanes sowie die Genehmigung der Kosten der Öffentlicherklärung durch die Gemeindeversammlung Menzingen, fallen bei der Würdigung der öffentlichen Interessen weiter ins Gewicht. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers sind die Umstände des Strassenbaus durch Anstösser und Gemeinwesen rechtserheblich und bringen die Interessen Privater, der Waldwirtschaft, der Landwirtschaft und der Allgemeinheit unverändert zum Ausdruck.

4. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch die Öffentlicherklärung in der Waldbewirtschaftung wesentlich behindert. Behinderungen durch Traktoren, Baumstämme, Forstarbeiter seien aus der Sicht des Strassenbenützers unerwünscht. Zudem sei der Waldweg ein wichtiger Holzlagerplatz.

Die öffentlich erklärte Strasse zwischen dem Wald des Beschwerdeführers und dem Mühlebachrank verläuft überwiegend im Waldgebiet und dient auch den Waldarbeiten. Beim Augenschein lagerte Holz aus dem Sturm Lothar auf der Strasse des Beschwerdeführers Richtung Black, da ein Verkauf bzw. Abtransport noch nicht möglich gewesen sei. Allerdings erweckt das gelagerte Holz eher den Eindruck einer Sperre als einer Notmassnahme. Das an die Strasse angrenzende Gelände ist zwar abfallend. Wie der Augenschein gezeigt hat, ist aber die vorübergehende Holzlagerung am Strassenrand ohne weiteres möglich. Im Bereich der Zufahrt vom Mühlebachrank hat die Waldbewirtschaftung in wesentlich steilerem Gelände zu erfolgen. Soweit Waldarbeiten vorübergehende Wartezeiten oder eine zeitweise Sperrung wirklich erfordern, erscheint der Anschluss der Strasse ans weitere Strassennetz beim Black und beim Mühlebachrank von Vorteil. Blicke die eine Zufahrt privat und geschlossen, so müsste die öffentlich erklärte Verbindung sowohl den Verkehr wie auch die Waldbewirtschaftung bewältigen. Die Waldbewirtschaftung dürfte auch dem Beschwerdeführer ohne übermässige Beeinträchtigung der anderen Verkehrsteilnehmer möglich sein. Soweit gleichwohl mit Beeinträchtigungen zu rechnen ist, fallen diese bei zweiseitigem Zugang zum weiteren Strassennetz weniger ins Gewicht. Der Beschwerdeführer wendet sich auch gegen den beabsichtigten Strassenbelag, welcher durch das Schleppen von Baumstämmen beschädigt werden könnte. Der Kantonsförster erklärte dazu am Augenschein, bei ordnungsgemässer Bewirtschaftung bestätige sich diese Befürchtung bei den anderen Waldstrassen mit Belag nicht. Eher werde das Holz als der Strassenbelag beschädigt.

Der Beschwerdeführer befürchtet auch, auf einer öffentlichen Waldstrasse könne man seinen Töff oder sein Auto ausprobieren, die Bremsen prüfen und möglichst nahe zum idyllischen Grillplatz fahren. Dem Verkehr durch den Wald werde Tür und Tor geöffnet. Es ist nicht zu verkennen, dass der Wald als Erholungsgebiet besonders an leicht zugänglichen Stellen auch belastet wird. Der Beschwerdeführer möchte liegengelassenem Unrat vorbeugen, wie er am Augenschein erklärte. Diese Gefahr wäre aber selbst bei Beschränkung der Öffentlicherklärung auf die eine Zufahrt nicht gebannt. Wer das Gebiet bewusst aufsucht, könnte die öffentliche Waldstrasse benützen. Im Übrigen ist nicht zu erwarten, dass die doch abgelegene Örtlichkeit einem besonderen Druck durch Ausflügler ausgesetzt würde. Der Beschwerdeführer selbst, auch wenn er dies nicht vorbringt, hat ein privates Interesse an der Strasse mit rechtlich geregelterm Fahrrecht, welche seine Parzellen erschliesst. Eine gegenwärtige Duldung der Strassenbenützung über fremde Grundstücke, kann eine rechtlich gesicherte Regelung der strassenmässigen Erschliessung nicht ersetzen. Der Beschwerdeführer hat entsprechend seiner

Waldfläche einen nicht unerheblichen Beitrag an den Strassenbau geleistet. Auch die Übernahme der Instandstellung durch den Kanton und des späteren Unterhaltes durch die Gemeinde liegen im objektiven Interesse der beteiligten Grundstücke.

Von der Haftpflicht für die Strasse wird der Beschwerdeführer durch die Öffentlicherklärung entlastet. Hinsichtlich der Haftpflicht für Waldarbeiten ist daran zu erinnern, dass zufolge des allgemeinen Betretungsrechtes des Waldes und der in die Nähe führenden öffentlichen Strasse die nötige Sorgfalt ohnehin zu beachten ist.

Der Beschwerdeführer wäre aber zweifellos insofern in seinem Eigentum eingeschränkt, als er die Strasse nicht ohne weiteres dauernd als Werkplatz verwenden könnte. Andererseits darf auch in diesem Zusammenhang nicht ausser Acht bleiben, dass der Eingriff ins Eigentum des Beschwerdeführers einen Wert betrifft, welcher durch die Gemeinschaft geschaffen wurde, und soweit das Waldareal betroffen ist, sie dieses auch strassenmässig erschlossen hat. Durch die Sperre der Strasse nimmt der Beschwerdeführer vielmehr einen Wert für sich in Anspruch, an den Andere und das Gemeinwesen massgeblich beigetragen haben.

5. Der Beschwerdeführer rügt es als unverhältnismässig, dass sich die Öffentlicherklärung nicht auf die Zufahrt ab Mühlebachrank beschränkt. Eine Runderschliessung sei nicht erforderlich.

Es trifft zu, dass die öffentlich erklärte Strecke beim Black einerseits und beim Mühlebachrank andererseits ans weitere gemeindliche Strassennetz anschliesst. Der Weg vom Vordermangeli über Mühlebachrank-Finstersee bis zur Kantonsstrasse Richtung Hütten beträgt rund 4,5 km. Die Distanz über Black bis zur Kantonsstrasse in Menzingen rund 3,5 km. Demgegenüber beträgt die Distanz vom Vordermangeli nach Menzingen über Mühlebachrank ca. 7 km. Es ist richtig, dass die öffentlich erklärte Strecke von zwei Seiten her ans Verkehrsnetz angeschlossen ist. Unter den genannten geographischen Voraussetzungen bedeutet dies aber nicht, dass unnötigerweise zwei Strassen zum gleichen Gebiet öffentlich erklärt worden sind. Vielmehr bietet sich Richtung Zürichsee die Variante über Mühlebachrank und nach Menzingen-Zug die direkte Verbindung Black-Menzingen an, welche doch erheblich kürzer ist als der Weg über Finstersee.

Das Begehren des Beschwerdeführers, die Öffentlicherklärung auf seinem Grundstück aufzuheben, ist auch unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 der Bundesverfassung zu beurteilen. Würden andere Eigentümer im Bereich ihrer Grundstücke den gleichen Anspruch erheben und das Befahren verbieten, so wäre auch die einseitige, rechtlich gewährleistete Erschliessung in Frage gestellt. Weder die Berufung auf das Privateigentum noch auf die Bedürfnisse der Waldwirtschaft, welche anderen auch zustehen würde, könnte rechtsgleich zugunsten der Eigentümer angewendet

werden, ohne das Ganze zu gefährden. Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass ein Fahrrecht an einer Stelle unterbrochen ist und der Zugang nur von beiden Seiten her offen bleibt, wenn ein entsprechend gewichtiges privates Interesse vorgebracht werden könnte. Eine solche Interessenlage des Beschwerdeführers, welche von jener der anderen Eigentümer sich soweit unterscheiden würde, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer selber an der Gegenseitigkeit der Fahrberechtigung interessiert ist, da gemäss vorliegenden Grundbuchauszügen seine Parzelle nicht durch private Wegrechte erschlossen ist.

6. Wald und Waldstrassen dürfen nur zu forstlichen Zwecken mit Motorfahrzeugen befahren werden. Der Bundesrat regelt die Ausnahmen für militärische und andere öffentliche Aufgaben (Art. 15 Abs. 1 WaG). Die Kantone können zulassen, dass Waldstrassen zu weiteren Zwecken befahren werden dürfen, wenn nicht die Walderhaltung oder andere öffentliche Interessen dagegen sprechen (Art. 15 Abs. 2 WaG). Die Kantone sorgen für die entsprechende Signalisation und für die nötigen Kontrollen. Wo Signalisation und Kontrollen nicht genügen, können Barrieren angebracht werden (Art. 15 Abs. 3 WaG).

Die Öffentlicherklärung fällt unter die Zuständigkeit des Kantons gemäss Art. 15 Abs. 2 WaG. Es ist nicht vorgesehen, den Charakter der Waldstrasse als Waldstrasse zu ändern. Wohl werden die Anwohner inskünftig den kürzeren Weg wählen können, um das übergeordnete Strassennetz zu erreichen. Insbesondere geht es darum, die nicht geregelten Zufahrtsrechte im Sinne einer einwandfreien rechtlichen Erschliessung sicherzustellen. Insofern geht es darum, dem bisherigen faktischen Verkehrsaufkommen eine der einsamen Gegend und den Beitragsleistungen an die Strasse adäquate gesicherte Zufahrt zu verschaffen. Mit ins Gewicht fallendem Durchgangs- oder Ausflugsverkehr ist aufgrund der örtlichen Verhältnisse nicht zu rechnen. Anliegen der Walderhaltung oder andere öffentliche Interessen, welche der Öffentlicherklärung entgegenstehen würden, sind nicht ersichtlich. Auch die Rodungsfrage stellt sich nicht.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Öffentlicherklärung ihre gesetzliche Grundlage im Gesetz über Strassen und Wege findet. Bei der Gewichtung und Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen fällt der Bau der Strasse durch die interessierten Grundeigentümer sowie die Unterstützung durch Bund, Kanton und Gemeinde samt der gesetzlichen Zweckbestimmung und den Auflagen hinsichtlich der Öffentlichkeit erheblich ins Gewicht. Zwar lässt der Beschwerdeführer vorbringen, zu würdigen seien die aktuellen Verhältnisse. Dies trifft zu, ohne dass jedoch die Entstehung des Wertes, in welchen eingegriffen wird, ausser Acht gelassen werden könnte. Die Einwohnergemeindeversammlung sowie der Kanton unterstreichen durch ihre Beiträge das öffentliche Interesse, welches auch in der Erfüllung der Erschliessungspflicht unter Beizug der Eigentümer der späteren Bauten

zum Ausdruck kommt. Das Grundstück des Beschwerdeführers hat objektiv durch den Bau der Waldstrasse und damit der Erschliessung des Waldareals Nutzen gezogen und ist wie die anderen Grundstücke an einer rechtlichen Regelung unter Entlastung von Haftpflicht und Unterhaltskosten interessiert. Demgegenüber ist das persönliche Interesse des Beschwerdeführers zu beachten, auf seinem Grundeigentum die Durchfahrt zu verhindern. Dieses private Interesse betrifft aber hier weder die persönliche Sphäre noch einen vom Beschwerdeführer erworbenen oder geschaffenen Wert. Die dauernde Holzlagerung auf der Strasse statt am Strassenrand entspricht nicht den üblichen Gepflogenheiten der Waldbewirtschaftung. Eine geordnete vorübergehende Beanspruchung der Strasse für Waldarbeiten bleibt allen anstossenden Waldeigentümern vorbehalten. Das öffentliche Interesse an der Öffentlicherklärung überwiegt deshalb das private Interesse an einer Verhinderung des Fahrrechtes. Die Beschwerde kann auch nicht gutgeheissen werden aufgrund der Beanstandung einer unverhältnismässigen Runderschliessung. Die Verknüpfung mit dem weiteren Strassennetz auf Seite Menzingen und auf Seite Finstersee erscheint an sich nicht unverhältnismässig, insbesondere wenn man die normale Breite der Waldstrasse mit rund 3 m und mögliche Hindernisse bei Waldarbeiten auf der einen oder anderen Seite in Betracht zieht. Soweit sich eine Gutheissung der Beschwerde gegen die Öffentlicherklärung insgesamt richten würde, bliebe das öffentliche Interesse unberücksichtigt. Soweit aber eine Gutheissung nur das Strassenstück des Beschwerdeführers betreffen würde, so wird die Frage der rechtsgleichen Behandlung mit anderen Grundeigentümern und nicht die Frage der Verhältnismässigkeit aufgeworfen. Es ergibt sich deshalb, dass die Beschwerde nicht begründet ist und abgewiesen werden muss. Dies führt zur Kostenpflicht des Beschwerdeführers (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG).

Verwaltungsgericht, 13. August 2002

(Eine Beschwerde gegen dieses Urteil ist vom Bundesgericht zur Zeit der Drucklegung noch nicht entschieden. )

*Art. 62 BV. – Unentgeltlicher Grundschulunterricht. Umfang des Anspruchs auf unentgeltlichen Schulbus.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Mit Beschluss des Gemeinderates von Neuheim vom 15. September 1988 wurde festgelegt, den Eltern von Schülern der 1. und 2. Klasse im Oberland, ab Hof, werde für die Schulwegkosten pro Jahr eine Fahrtvergütung im Betrage von Fr. 400.– ausgerichtet. Mit Gemeinderatsbeschluss vom 10. Dezember 1991 wurde die Fahrtvergütung auch auf Schüler des Kindergartens ausgedehnt. Mit Beschluss vom 28. Juni 1999 erneuerte der Gemeinderat seinen Beschluss, legte die Fahrtvergütung unverändert auf Fr. 400.– per annum fest und ergänzte, die Entschädigung werde unabhängig von der Art des für den Schulweg eingesetzten Transportmittels ausgerichtet.

Mit Petition vom 19. August 2000 ersuchte eine Gruppe von Eltern, die Gemeinde Neuheim habe für die Kinder des Oberlands, des Warzental und der Sennweid einen Schulbus einzurichten. Die Petition war von mehr als 200 Personen unterzeichnet. Am 12. Dezember 2000 ermächtigte die Gemeindeversammlung von Neuheim den Gemeinderat, die Schülertransportbeiträge per 1. Januar 2001 angemessen zu erhöhen und die Bezugsberechtigung zu regeln. Mit Beschluss vom 5. März 2001 hielt der Gemeinderat von Neuheim im Wesentlichen fest, die Transportkostenentschädigung für bezugsberechtigte Eltern werde pro Familie und Jahr per Schuljahr 2000/2001 auf Fr. 800.– festgesetzt. Bezugsberechtigt seien Schülerinnen und Schüler ab Kindergarten bis und mit 4. Klasse.

Auf Beschwerde der betroffenen Eltern hin verpflichtete der Regierungsrat den Gemeinderat Neuheim, für den Transport der Kinder der Beschwerdeführer, die den Kindergarten und die erste und zweite Primarklasse besuchten, am Morgen zur Schule und am Nachmittag wieder zurück einen unentgeltlichen Schulbus einzuführen.

....

Bestehe die Verpflichtung für die Gemeinde, einen Schulbus einzurichten, erübrige sich die Prüfung der vom Gemeinderat festgelegten Transportkostenbeiträge. Die Eltern könnten nicht verpflichtet werden, den Transport der Kinder zur Schule selbst durchzuführen.

Der Regierungsrat führte sodann aus, es gehe um Schulwege von einer Distanz von 2.3 bis 3.0 Kilometern, bei einem Gefälle von 150 bis 200 Metern. Dies beanspruche für einen Erwachsenen eine Wegzeit von 28 bis 38 Minuten, für Schüler des Kindergartens und der ersten und zweiten Primarklasse erhöhe sich die Wegzeit bis zu einer Stunde. Dank der guten Wegbeschaffenheit könnten aber Kinder ab der dritten Schulklasse den Weg mit dem Fahrrad zurücklegen und sie seien in der Lage, Gefahren, die auf der

untersten Strecke der Oberlandstrasse wegen der Lastwagen und wegen der Überquerung der Sihlbruggstrasse drohten, zu erkennen und angemessen zu reagieren. Die geringe Strassenbreite zwingt die Automobilisten zu gemäßigtem Tempo. Für Schülerinnen und Schüler des Kindergartens und der ersten und zweiten Klasse erscheine es aber als nicht zumutbar, den Schulweg von annähernd einer Stunde täglich zweimal zu Fuss zurückzulegen. Der Schulbeginn im Kindergarten um 08.30 Uhr und in der Primarklasse ab 07.45 Uhr bringe mit sich, dass der Schulweg im Winter bei Dunkelheit zurückgelegt werden müsse. Der Schulweg beinhalte nebst einem steilen Abstieg auch einen steilen Aufstieg. Die Gesamtdistanz, die notwendige Marschzeit und gewisse Gefahren, die im Bereich des Kiesabbaus vor allem in der Winterzeit bestünden, lasse den Schulweg für die Kinder bis zur zweiten Primarklasse als unzumutbar erscheinen, so dass die Gemeinde für diese Kinder einen Schulbus einrichten müsse.

Am 28. Juni 2002 reichten die Ehepaare ... beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug gegen den Entscheid des Regierungsrats Beschwerde ein und beantragten, unter Aufhebung des Regierungsratsentscheides sei die Gemeinde Neuheim zu verpflichten, den Schulbusbetrieb zwischen der Schule von Neuheim und ihrer Wohnadresse für die schulpflichtigen Kinder unentgeltlich einzurichten. ... Die Länge des Schulwegs, beispielsweise ab Blachen, die Schnee- und Witterungsverhältnisse im Winter, die Gefahren auf Grund des starken Werkverkehrs zweier grösserer Unternehmen und das Fehlen von Trottoirs lasse daher den Weg für alle schulpflichtigen Kinder als unzumutbar erscheinen. Problematisch sei der angefochtene Entscheid zudem, sehe er doch keine Transporte über Mittag vor, gleichwohl ein Mittagstisch in Neuheim nicht zur Verfügung stehe. Da die Kinder sicherlich ein Recht auf eine Mittagsmahlzeit hätten, müsse entweder ein Mittagstisch organisiert werden, oder es müsse den Kindern die Heimkehr und Rückkehr in die Schule, zwecks Mittagsverpflegung, ermöglicht werden. Setze der Regierungsrat voraus, dass Schüler ab der 3. Klasse mit dem Fahrrad in die Schule gehen könnten, sei ihm vorzuhalten, dass die zur Bewältigung der möglichen Gefahren erforderliche theoretische Verkehrsschulung erst in der 5. Klasse abgeschlossen werde. Allerdings sei auch dann noch vom Fahrradgebrauch abzuraten. Das starke Gefälle lasse hohe Geschwindigkeiten zu. Bei schlechter Witterung seien aber die Schüler wie die Chauffeurs des Werkverkehrs in ihrer Sicht beeinträchtigt, zudem seien dann die Strassen verschmutzt, was hohe Gefahren mit sich bringe. Schliesslich müsse auch auf die Gefahr sexueller Übergriffe verwiesen werden.

*Aus den Erwägungen:*

4. Artikel 62 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV), in Kraft seit dem 1. Januar 2000, bestimmt unter anderem, für das Schulwesen seien die Kantone zuständig und diese hätten für einen ausreichenden Grundschulunterricht besorgt zu sein, der an öffentlichen Schulen unent-

geltlich sei. Inhaltlich erscheint die neue Verfassungsbestimmung somit im Wesentlichen identisch mit der Regelung von Art. 27 Abs. 2 aBV. Somit darf auch auf die Praxis, wie sie während der Geltungsdauer der alten Verfassungsbestimmung erarbeitet wurde, zurückgegriffen werden, gleichwohl neu gegen kantonal letztinstanzliche Entscheide zur Frage des Anspruchs auf ausreichenden Schulunterricht nicht mehr die Beschwerde an den Bundesrat sondern die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht gegeben ist (vgl. Bundesgesetz über prozessuale Anpassungen an die neue Bundesverfassung vom 8. Oktober 1999, demgemäss Art. 73 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG] ersatzlos aufgehoben wurde). Der Praxis des Bundesrats ist zu entnehmen, der Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Grundschulunterrichts beinhaltet auch den Anspruch auf einen Schulweg ohne unzumutbare Erschwerung des Schulbesuches und verlange somit, dass die Gemeinden zur Einrichtung eines Schulbusses und zur Übernahme von dessen Kosten verpflichtet seien, soweit Schüler zu befördern seien, die sonst einen unzumutbaren Schulweg zurückzulegen hätten. Soweit das kantonale Schulgesetz und die Vollziehungsverordnung zum Schulgesetz hierzu abweichende Regelungen hinsichtlich Schulbus vorsehen, stehen diese im Widerspruch zu sie derogierendem Bundesrecht und verdienen, im Einklang mit der Bundesverwaltungs- und Bundesgerichtspraxis, keine Beachtung. In einem Entscheid aus dem Jahre 1941 erachtete der Bundesrat Schulwege von 3 Kilometern und einem Höhenunterschied von 215 Metern, resp. von 30 Gehminuten, im Berggebiet von 45 Gehminuten als durchaus zumutbar. Die Lehre, insbesondere Herbert Plotke, kritisiert diese Praxis und hält fest, heute müsste weniger auf die Länge des Schulwegs als vielmehr auf dessen Gefährlichkeit, die Qualität des Weges, auf Alter und Einsicht der Kinder sowie auf deren Beanspruchung durch die Schule abgestellt werden (Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, Bern 1979, S. 179 f., erschienen in der Schriftenreihe der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren). Dem entsprechend führte der Bundesrat im Entscheid vom 17. Februar 1999 i.S. K. versus Gemeinderat Walchwil und Regierungsrat des Kantons Zug (VPB 2000 64/III, 64.56) aus, ein Schulweg beurteile sich nicht nur nach Länge und Höhenunterschied, entscheidend seien auch die Beschaffenheit des Weges und die Gefahren, die sich daraus ergeben könnten. Andererseits sei auch den besonderen Umständen weitläufiger Gemeinden im Berggebiet und gegebenenfalls deren beschränkter finanzieller Leistungsfähigkeit Rechnung zu tragen. Massgebend seien die durchschnittliche Gesundheit und normale Kondition sowie das Alter der Kinder. Zu beurteilen sei der Zeitraum des ganzen Jahres, so dass Schnee- und Witterungsverhältnisse, die den Schulbesuch an ein paar Tagen im Jahr verunmöglichten, nicht ausschlaggebend sein könnten.

5. Der Referent konfrontierte Wm André Widmer (Verkehrsinstruktor mit Zusatzausbildung zum Fachlehrer für Verkehr am IAP-Zürich, zuständig für

die Verkehrserziehung an den Schulen in mehreren Zuger Gemeinden) mit der Frage der Zumutbarkeit des fraglichen Schulweges unter Zuhilfenahme des Fahrrades. Widmer äusserte, man unterscheide generell die Fussgängerreife, die Kinder in der Regel im Alter von etwa 8 bis 10 Jahren erreichten, die Fahrradreife, die, unabhängig von Art. 19 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG), wonach schulpflichtige Kinder im öffentlichen Verkehr Rad fahren dürften, im Alter von 12 bis 14 Jahren erreicht sei, sowie die Kraftfahrerreife, für die der Gesetzgeber die Schwellenwerte festgelegt habe. Die Fahrradreife messe sich an der Fähigkeit, in Gefahrensituationen und auf besondere Begebenheiten angemessen zu reagieren. Aufgrund seiner 7-jährigen Erfahrung als «Verkehrserzieher» könne er sagen, dass mehr als die Hälfte aller Drittklässler schwierige Verkehrssituationen nicht zu meistern wüssten. Grosses Gefälle beispielsweise verleite sie zu zu schneller Fahrt. Häufig seien die Schüler dann ausser Stande, die Geschwindigkeit richtig abzuschätzen und die Bremsen richtig einzusetzen. Die Zuger Verkehrsinstruktoren hätten daher neu beschlossen, die Fahrrad- ausbildung, die in der dritten Klasse beginne, im ersten Jahr noch im «Schonraum» und nicht auf der Strasse zu betreiben. Bei Viertklässlern könne bereits mehr als die Hälfte entsprechende Situationen bewältigen, derweil Fünftklässler in der Regel bedenkenlos als strassenverkehrstauglich qualifiziert werden könnten. Zur konkreten Strecke von Sarbach bis Hof erklärte Widmer, derweil die Fahrt ins Oberland Drittklässler konditionell an ihre Grenzen bringe, was unter dem Aspekt der Sicherheit weniger bedenklich sei, erscheine die Fahrt abwärts problematischer, da das grosse Gefälle, die gefahrene Geschwindigkeit, insbesondere bei Gegenverkehr und verschmutzter Strasse, einige Ansprüche an die technischen Fähigkeiten stelle, das lange Bremsen zudem auch einiges an Kraft erfordere, die kleinere Kinder schlicht noch nicht hätten. Schliesslich übergab Widmer dem Referenten ein Schreiben zu den Akten, das die Zuger Polizei den Schulen von Unterägeri in Beantwortung einer Anfrage um Vorverlegung der fahrradspezifischen Verkehrsausbildung zukommen liess. Demgemäss sei es entwicklungspsychologisch nicht unproblematisch, wenn Kinder die Fussgängerreife noch nicht perfektioniert hätten und gleichwohl schon auf ein schnelleres Verkehrsmittel wechselten. Die Verkehrsinstruktoren seien daher zum Schluss gelangt, die praktische Fahrradausbildung erst anzubieten, wenn die Fussgängerreife erlangt sei, somit nicht vor der dritten Klasse.

6. In casu geht es um die Frage, ob der Schulweg der Kinder der Beschwerdeführer ab der dritten Klasse zu Fuss oder mit dem Fahrrad zumutbar sei.

a) Die Beschwerdeführer erachten den Schulweg für Schulkinder jeden Alters als unzumutbar, sei es zu Fuss, sei es mit dem Fahrrad.

b) Im angefochtenen Entscheid hielt der Regierungsrat fest, da Kinder ab der dritten Schulklasse den Schulweg auf der gut ausgebauten Strasse gröss-

tenteils mit dem Fahrrad zurücklegen könnten, ab dritter Klasse auch in der Lage seien, die im Zusammenhang mit dem Werkverkehr und der Querung der Hauptstrasse lauernden Gefahren zu erkennen und angemessen zu reagieren, erscheine der Schulweg für sie zumutbar, zumal die Autofahrer angesichts der geringen Strassenbreite zu gemässigtem Tempo gezwungen seien. Damit erachtete der Regierungsrat, entgegen den etwas abweichenden Ausführungen in der Vernehmlassung vom 28. August 2002, den Schulweg für die Kinder ab dritter Klasse insbesondere auf Grund der Möglichkeit, den Weg mit dem Fahrrad zurückzulegen, als zumutbar. Für die jüngeren Kinder, die den gleichen Schulweg zu Fuss zurückzulegen hätten, erwog er, ein Fussmarsch von täglich zweimal annähernd einer Stunde, im Winter im Dunkeln, mit Aufstieg und Gefälle auf dem Hin- und Rückweg, mit den Gefahren im Bereich des Kiesabbaugebietes, erscheine als unzumutbar.

c) Soweit der Regierungsrat auf die lange Marschdauer und auf die Dunkelheit im Winter verwies, bleibt zu ergänzen, dass diese Umstände Kinder ab der dritten Klasse in gleicher Weise treffen wie die kleineren Schulkinder. Auch ist nicht anzunehmen, dass Kinder ab der dritten Klasse den Schulweg bereits in der Zeit zu bewältigen vermöchten, die der Augenschein einer Vertretung der Direktion für Bildung und Kultur für Erwachsene ergab. Mit den Beschwerdeführern ist zudem festzustellen, dass der fragliche Schulweg einige Gefahren birgt. Nicht nur ist eine stark befahrene Hauptstrasse zu queren, die Kinder müssen auf ihrem Schulweg auch einen steilen Abstieg, ohne Trottoir und mit Lastwagenverkehr, später einen steilen Aufstieg bewältigen. Im Übrigen führt der Weg über eine längere Strecke durch unbewohntes Gebiet, wo sie lediglich mit einzelnen Automobilen konfrontiert sind. Dem Regierungsrat ist zuzustimmen, dass der vorliegend zu beurteilende Schulweg nicht einfach mit dem Schulweg der Kinder vom Walchwiler Berg, den der Bundesrat zu beurteilen hatte, zu vergleichen ist. War der Schulweg in Walchwil steiler, der Höhenunterschied mehr als doppelt so gross, so barg er andererseits weniger Gefahren von Seiten des Verkehrs. Während es sich im Walchwiler Fall rechtfertigte, vermehrt auf die physische Kondition abzustellen, rechtfertigt es sich in casu, vermehrt auf die Verkehrsreife abzustellen. Wenngleich Drittklässler im Alter von 8, 9 Jahren aus der Sicht des Verkehrspädagogen bereits eine gewisse Fussgängerreife haben dürften, allerdings noch nicht in perfektionierter Form, stellt ein Schulweg dieser Länge und dieses Schwierigkeitsgrades, der im Winter im Dunkeln absolviert werden muss, mit Steigung und Gefälle in beiden Richtungen, an Kinder im Alter von 8 bis 10 Jahren noch immer hohe Anforderungen, so dass der Schulbesuch dadurch nicht unbeeinträchtigt sein dürfte. Das Gericht kommt daher zum Schluss, der fragliche Schulweg sei für Kinder bis und mit der vierten Klasse zu Fuss nicht als zumutbar zu beurteilen. Zieht man die Erwägungen des Regierungsrates sowie die Erwägungen des Gemeinderates in seinem Beschluss vom 5. März 2001, als er den Fahrtkostenbeitrag auf Grund ähnlicher Überlegungen erhöhte und auch auf Schüler der

dritten und vierten Klasse ausdehnte, in Betracht, zeigt sich, dass diese Überlegungen den Vorinstanzen nicht fremd sein dürften, dass sie sich in ihren Entscheidungen von ähnlichen Überlegungen hatten leiten lassen. Schliesslich ist der Einwand der Beschwerdeführer nicht völlig von der Hand zu weisen, wenn sie darlegen, es erscheine als stossend, von Kindern tägliche Fussmärsche zu verlangen von einer Länge, die Erwachsene nicht mehrmals täglich zurückzulegen bereit wären.

d) Somit verbleibt die Klärung der Frage, ab welchem Alter der Schulweg als zumutbar beurteilt werden dürfe, weil die Kinder den Weg in der Regel mit dem Fahrrad zurücklegen können. Der Regierungsrat liess ausführen, da die Verkehrserziehung im Kanton Zug bereits im Kindergarten beginne, dürften Drittklässler bedenkenlos mit dem Fahrrad in den Verkehr entlassen werden.

Mit dem Leiter der Verkehrsinstruktion der Zuger Polizei ist dem entgegengehalten, dass sich der Verkehrsunterricht im Kindergarten und in der Unterstufe der Primarschule vorerst auf das Erlangen der Fussgängerreife beschränkt. Die praktische Verkehrserziehung zum Radfahren beginnt erst ab der dritten Klasse und eine Vorverlegung, wie sie die Gemeinde Unterägeri für ihre Schulen beantragt hatte, wurde von der Polizei aus entwicklungspsychologischen Gründen abgelehnt. Zudem beschlossen die Zuger Verkehrsinstruktoren, aus Sicherheitsgründen neu beim Fahrradunterricht mit Drittklässlern die Strasse vorerst zu meiden. Der Verkehrsinstruktor unterstützt auch die Auffassung der Beschwerdeführer, Dritt- und Viertklässler seien durch einen Schulweg, wie er sich für die Kinder des Oberlandes insbesondere zwischen dem Schulhaus und dem Gebiet Hof präsentiere, oft überfordert, Drittklässler mehrheitlich. Vor allem für Drittklässler seien die zu bewältigenden Steigungen in der Regel fahrend noch nicht zu bewältigen, die Gefälle aber würden einige Gefahren bergen, da ihnen die erforderlichen fahrtechnischen Fähigkeiten, insbesondere bei Konfrontation mit einem unerwarteten Hindernis oder mit unerwartetem Gegenverkehr, schlicht noch fehlten. Die falsche Manipulation des Fahrrades bei starkem Gefälle, zudem noch auf verschmutzter Strasse, berge ein hohes Sturz- resp. Unfallrisiko. Mit dem Hinweis, erst in der fünften Klasse werde die praktische Verkehrserziehung zum Radfahren mit der Radfahrerprüfung abgeschlossen, erklärte Widmer anlässlich eines Gesprächs mit dem Referenten, ab der fünften Klasse erachte er den fraglichen Schulweg mit dem Fahrrad für Schüler als bedenkenlos zumutbar.

In Berücksichtigung der kompetenten Auffassung der Verkehrsinstruktoren der Zuger Polizei, in Beachtung auch der Gründe, die die Gemeinde Neuheim bewogen, den Fahrtkostenbeitrag auf Schüler bis zur vierten Klasse auszuweiten, in Beachtung schliesslich der Argumentation der Beschwerdeführer, die einige Gefahren des Schulwegs ihrer Kinder aufzuzeigen vermochten, gelangt das Gericht somit zum Schluss, der fragliche Schulweg der

Kinder der Beschwerdeführer sei auch für Schüler der dritten und vierten Primarklasse nicht zumutbar.

Stützt sich die Beurteilung des Gerichts auf die Verkehrsreife, welche nach Ansicht des Experten ab der fünften Primarschulklasse hinsichtlich Bewältigung des fraglichen Schulweges mit dem Fahrrad, in Ausnahmefällen zu Fuss, als gegeben betrachtet werden kann, geht man davon aus, dass mögliche witterungsbedingte Beeinträchtigungen über das ganze Jahr betrachtet nicht dergestalt relevant sind, dass sie die Zumutbarkeit des Schulwegs für Schüler ab der fünften Klasse beeinflussen könnten, ergibt sich nach Ansicht des Gerichts kein Anhaltspunkt für eine Unzumutbarkeit des Schulwegs für ältere Kinder ab dem fünften Primarschuljahr. Hinsichtlich der Befürchtungen der Beschwerdeführer, ihren Kindern drohe auf dem Schulweg sexuelle Gewalt, ist entgegenzuhalten, dass derlei Gefahren leider allen Kindern in gleichem Umfange drohen, wohnen sie nun innerorts oder ausserorts, in der Stadt oder auf dem Lande. Zur Abwendung dieser Gefahr Schulbusse für die ganze Dauer des Schulobligatoriums einzurichten, erschiene nicht als verhältnismässig, schenkt man auch den finanziell nicht unbegrenzten Mitteln der Gemeinde Beachtung.

e) Zusammenfassend gelangt das Gericht trotz gebotener Zurückhaltung zum Schluss, soweit den Kindern der Beschwerdeführer, die die dritte und vierte Klasse besuchen, der unentgeltliche Transport zur Schule nicht gewährt werde, sei Art. 62 Abs. 2 BV verletzt. Der Gemeinderat ist somit zu verpflichten, für die Kinder der Beschwerdeführer, welche den Kindergarten und die ersten vier Primarschulklassen besuchen, einen Schulbus einzuführen. Der Anspruch umfasst die Fahrt am Morgen zur Schule und am Nachmittag zurück. Die Beschwerde ist somit in diesem Umfang, also teilweise, gutzuheissen.

7. In konstanter Praxis hielt der Bundesrat immer wieder fest, es sei nicht die Aufgabe einer Gemeinde, für die Mittagsverpflegung der Schulkinder aufzukommen, denen es unmöglich sei, das Mittagessen zuhause einzunehmen. Obgleich das Anliegen der Beschwerdeführer verständlich erscheint, die Einrichtung eines Mittagstischs zum Selbstkostenpreis durchaus prüfenswert erschiene, ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der in Art. 27 aBV resp. Art. 62 Abs. 2 BV garantierte Anspruch auf unentgeltliche Grundschulausbildung keinen Anspruch auf Mittagsverpflegung beinhaltet, dass eine Regelung hinsichtlich Mittagsverpflegung, sei dies in der Schule oder zuhause, nicht aus der fraglichen Verfassungsbestimmung hergeleitet werden kann. Es darf der Gemeinde Neuheim überlassen werden zu entscheiden, ob sie diesbezüglich etwas unternehmen kann, soll und will.

Verwaltungsgericht, 3. Dezember 2002

## 2. Steuern und Abgaben

§23 aGStG, §78<sup>bis</sup> aStG. – Einführung der absoluten Veranlagungsverjährung. In der Grundstückgewinnsteuer wurde die absolute Veranlagungsverjährung von 15 Jahren mit dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Januar 1991 eingeführt.

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Im Jahre 1984 verkaufte der Rekurrent 14 Stockwerkeigentumseinheiten in der Gemeinde Zug. Mit Beschluss vom 20. Juni 1995 veranlagte die Einschätzungskommission die einzelnen Verkäufe und auferlegte dem Steuerpflichtigen Grundstückgewinnsteuern im Totalbetrag von Fr. xx'xxx.– Mit Einsprache vom 20. Juli 1995 liess der Steuerpflichtige die Veranlagungen anfechten. Als Hauptstandpunkt trug er vor, dass die Steuerforderungen verjährt seien. Im Eventualstandpunkt wurde materiell eine von der Veranlagung abweichende Haltung eingenommen. Die Einschätzungskommission für die Grundstückgewinnsteuern der Stadt Zug machte die Verjährungseinrede zum Gegenstand eines Vorentscheides und wies die Verjährungseinrede mit Einspracheentscheid vom 24. Oktober 1995 ab. Hiegegen reichte der Steuerpflichtige am 24. November 1995 Rekurs beim Verwaltungsgericht ein. Mit Urteil vom 2. Oktober 1997 wies das Verwaltungsgericht den Rekurs betreffend Verjährung ab.

Mit Einspracheentscheid vom 10. April 2000 wies die Einschätzungskommission für Grundstückgewinnsteuern der Stadt Zug die Einsprache auch materiell ab. Gegen diesen Einspracheentscheid wurde Rekurs erhoben mit dem Antrag, das Steuerverfahren sei zufolge Verjährung einzustellen, da keine Steuerschuld mehr bestehe.

*Aus den Erwägungen:*

1. Gegen Einspracheentscheide kann innert 30 Tagen schriftlich Rekurs beim Verwaltungsgericht erhoben werden (§ 136 i.V. mit § 187 des Steuergesetzes vom 25. Mai 2000, StG, BGS 632.1). An dieser Zuständigkeit hat sich gegenüber früherem Recht nichts geändert. Die Grundstückgewinnsteuer wird nach dem neuen Recht erhoben, wenn die öffentliche Beurkundung oder Vertragsunterzeichnung nach dem 31. Dezember 2000 vollzogen wird (§241 StG). Desgleichen erfolgt die Besteuerung von Gewinnen, die vor dem Inkrafttreten des durch das neue Steuergesetz abgelösten Gesetzes über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (GStG, BGS 632.211) erzielt wurden, nach bisherigem Recht. Anwendbar ist somit das Reglement der Einwohnergemeinde Zug über die Grundstückgewinnsteuer vom 4. November 1975. Der Rekurs ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Als Rechtsnachfolger sind die Erben des verstorbenen Rekurrenten X.Y. sel. ins Verfahren eingetreten.

2. a) Die Rekurrenten bringen im Hauptantrag vor, in der vorliegenden Steuersache sei inzwischen die absolute Verjährung eingetreten. Sie machen geltend, mit der Novelle vom 4. September 1986 sei die absolute Verjährungsfrist von 15 Jahren gemäss §78<sup>bis</sup> aStG ins Steuergesetz aufgenommen worden. Die Frage der absoluten Verjährung habe sich im Zeitpunkt des Entscheids des Verwaltungsgerichtes vom 2. Oktober 1997 noch nicht gestellt, wohl aber im gegenwärtigen Zeitpunkt. Die Rekurrenten führen sodann die Daten der Beurkundung der Grundstücksverkäufe an und erklären, der letzte Verkauf sei am 10. Dezember 1984 im Grundbuch eingetragen worden. Die späteren Sacheinlagen in die X.Y. Immobilien AG seien am 1. Mai 1985 ins Grundbuch eingetragen worden. Seither seien 15 volle Jahre verstrichen. Die Veranlagung der Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildenden Verkaufsgeschäfte sei daher absolut verjährt.

Besondere Übergangsregelungen seien in der Gesetzesänderung vom 4. September 1986 nicht enthalten, so dass diese neue absolute Verjährung mit sofortiger Wirkung eingeführt worden sei. Auch das städtische Reglement sei nicht geändert worden. Zum Zeitpunkt der Einführung des Gesetzes über die Grundstückgewinnsteuern ab dem 1. Januar 1991, mit welchem die absolute 15-jährige Verjährungsfrist materiell nur bestätigt worden sei, sei die absolute Verjährungsfrist gemäss §78<sup>bis</sup> aStG längst geltendes Recht gewesen und sei daher gemäss §35 Abs. 2 GStG ebenso anwendbar gewesen wie die bisherige 10-jährige relative Verjährungsfrist gemäss §32 Regl. Die Übergangsregelung von §35 Abs. 2 GStG sei daher nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar.

Massgebend sei die klare Regelung gemäss § 150 aStG, wonach mit dem Inkrafttreten einer neuen Regelung alle damit in Widerspruch stehenden Bestimmungen aufgehoben seien. Eine Übergangsregelung, wonach der Lauf der absoluten Verjährungsfrist erst ab dem 1. Januar 1987 beginnen sollte, wäre mit der Regel des § 150 aStG unvereinbar.

Für den Fall, dass dennoch eine echte Gesetzeslücke anzunehmen wäre, müsste die Lückenfüllung nach allgemeinen Regeln getroffen werden. Als solche allgemeine Regel gelte, dass Verjährungsbestimmungen des neuen Rechtes auf altrechtliche Ansprüche Anwendung fänden, sofern diese unter der Geltung des alten Rechts noch nicht verjährt seien.

Im Sinne einer allgemein gültigen Rechtsregel sei eine Lückenfüllung so vorzunehmen, dass sie dem aktuellen Rechtszustand möglichst nahe komme. Dem entspreche, dass die absolute Verjährungsfrist in Steuersachen mittlerweile auch beim Bund wie auch schon seit langen Jahren im Kanton Rechtsregel geworden sei. Es würde gegen den Sinn dieser Regelung verstossen, wenn sie dann nicht angewandt würde, wenn die Verjährung vor Einführung der Schutzbestimmung beginne. Daraus folge, dass die Steuerverwaltung jahrelang Zeit gehabt habe, sich auf den Ablauf der absoluten Verjährung einzurichten. Es sei nicht die Absicht des Gesetzgebers und wäre

stossend, die Wirksamkeit der Gesetzesänderung von 1986 erst ab dem Jahr 2002 beginnen zu lassen. Zu berücksichtigen sei auch der Kerngehalt des Art. 6 EMRK, wonach auch Steuerverfahren innert nützlicher Frist abzuwickeln seien. Es sei unzulässig, wenn eine Veranlagungsbehörde eine ordnungsgemäss eingereichte Steuererklärung während praktisch 10 Jahren völlig grundlos unbearbeitet liegen lassen dürfte und nach dem Zwischenentscheid des Verwaltungsgerichtes wiederum rund 2<sup>1</sup>/<sub>2</sub> Jahre grundlos zugewartet habe. Eine verfassungskonforme Lückenfüllung gebiete es, die absolute – lange – Verjährungsfrist von 15 Jahren bei laufenden erstmaligen ordentlichen Verjährungsfristen vollumfänglich anzuwenden. Sinn und Zweck der absoluten Verjährung sei ja einzig, den Bürger vor übermässig langen Steuerverfahren zu schützen. Es gehe darum, den bei jeder Rechtsanwendung geltenden Grundsatz zu beachten, dass die Rechtsanwendung kein stossendes und dem Gerechtigkeitsgefühl zuwider laufendes Ergebnis zeitige. Dies wäre bei einer Nichtanwendung der absoluten Verjährungsfrist im vorliegenden Fall offenkundig das missliche Ergebnis.

b) In der Vernehmlassung erklärt die Kommission, die Veranlagung sei gemäss Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 2. Oktober 1997 rechtzeitig erfolgt. Die Frage der absoluten Verjährung stelle sich nicht. Das anwendbare Reglement kenne keine absolute Verjährungsfrist. Zwar sei richtig, dass das kantonale Steuergesetz am 4. September 1986 durch § 78<sup>bis</sup> ergänzt worden sei und mit Inkrafttreten am 1. Januar 1987 eine absolute Verjährungsfrist von 15 Jahren eingeführt worden sei. Das gemeindliche Reglement sei jedoch nicht angepasst worden. Erst das Grundstückgewinnsteuergesetz vom 2. November 1990, in Kraft seit 1. Januar 1991, sehe für die Grundstückgewinnsteuer in § 23 eine absolute Verjährungsfrist von 15 Jahren vor. Eine Rückwirkungsklausel sei zu Recht nicht eingeführt worden, so dass diese Bestimmung ab 1. Januar 1991 zum Tragen kommen könne, weshalb die absolute Verjährung erst am 31. Dezember 2005 eintreten könnte, wenn man das Gesetz rückwirkend auf diesen Steuerfall anwenden würde. Die Kommission beruft sich auf BGE 126 I 1 ff. und erklärt, mit der bundesgerichtlichen Argumentation sei endgültig geklärt, dass sich die Frage der absoluten Verjährung erst mit dem Inkrafttreten des Grundstückgewinnsteuergesetzes am 1. Januar 1991 stellen könnte und die 15-jährige Frist somit noch längst nicht abgelaufen sei. Die Handlungsweise des zugerischen Gesetzgebers sei nicht anders gewesen als jene des Bundes.

c) Gemäss § 23 Regl verjährt das Recht zur Einleitung eines Einschätzungsverfahrens für die Grundstückgewinnsteuer in 10 Jahren nach Ablauf des die Grundstückgewinnsteuerpflicht begründenden Tatbestandes. Im Urteil vom 2. Oktober 1997 hat das Gericht festgestellt, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine Verjährungsbestimmung im Rechtssinne und nicht um eine Verwirkungsbestimmung handle und dass mit jeder dem Steuerpflichtigen bekannt gegebenen Veranlagungshandlung die 10-jährige Verjährungsfrist neu zu laufen begonnen hat. Die Veranlagung mit Be-

schluss vom 20. Juni 1995 war damit rechtzeitig. Die Frage der absoluten Verjährung stellte sich nicht und die Anwendbarkeit von §78<sup>bis</sup> aStG konnte offen bleiben.

Die Regelung von §78<sup>bis</sup> aStG wurde durch Änderung vom 4. September 1986 ins Gesetz über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7. Dezember 1946 eingefügt (GS 22,811) und ist am 1. Januar 1987 in Kraft getreten. Dem Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 8. Oktober 1985 (Kantonsratsvorlage Nr. 5574, S. 23) ist zu entnehmen, dass die Gesetzesergänzung im Zusammenhang mit der damaligen Steuergesetzrevision aus Gründen der Rechtssicherheit beantragt wurde, weil zuvor eine gesetzliche Bestimmung über die Veranlagungsverjährung fehlte. Diese Begründung traf nur für das kantonale Steuergesetz zu, nicht aber für die damals noch gemeindlichen Grundstückgewinnsteuerreglemente, insbesondere auch das hier anwendbare Reglement der Einwohnergemeinde Zug. Der Gesetzgeber stipulierte eine 5-jährige Verjährungsfrist, welche mit dem gemeindlichen Reglement nicht übereinstimmt. Dem Bericht und Antrag des Regierungsrates ist in keiner Weise zu entnehmen, dass die neue Bestimmung von §78<sup>bis</sup> auch im Grundstückgewinnsteuerrecht hätte gelten sollen. Eine solche Absicht hätte mit den unterschiedlichen Ordnungen in den gemeindlichen Reglementen in Übereinstimmung gebracht werden müssen. Dies ist aber in keiner Weise geschehen, so dass schon aus der Entstehungsgeschichte zu schliessen ist, dass §78<sup>bis</sup> für die Grundstückgewinnsteuer keine Geltung beanspruchen kann.

Im Zusammenhang mit der Einführung der absoluten Verjährung im Recht der direkten Bundessteuer hatte sich auch das Bundesgericht unter übergangsrechtlichen Aspekten mit der absoluten Verjährung zu befassen. Es bestätigte die Praxis, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung zur absoluten Verjährung im Bundesratsbeschluss über die direkte Bundessteuer nicht als Lücke, sondern als qualifiziertes Schweigen aufzufassen ist. Dass das neue Recht eine absolute Verjährung vorsieht, ändert daran nichts. Das Bundesgericht bestätigte auch seine Praxis, dass es sich bei der Verjährung, ungeachtet einer systematischen Zuordnung der Verjährungsbestimmungen zum Verfahrensteil eines Gesetzes, um ein materiell-rechtliches Institut handelt, das unmittelbar den Bestand der Steuerforderung betrifft (BGE 126 II 1 ff.; Agner/Jung/Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995 N. 3 zu Art. 201; vgl. auch BGE 126 II 49 betreffend Verrechnungssteuer). Für das zugerische Recht besteht kein Anlass für eine andere Auslegung, zumal sich die kantonale Gesetzgebung für die Kantons- und Gemeindesteuern eng ans Recht der Bundessteuer anlehnt. Das Fehlen einer Frist für die absolute Verjährung im Reglement über die Grundstückgewinnsteuer, ist somit keine Lücke, die gefüllt werden müsste. Eine Anwendung von §78<sup>bis</sup> aStG gestützt auf §32 Regl fällt ebenfalls ausser Betracht, nicht nur weil der kantonale Gesetzgeber sich – wie bereits ausgeführt – auf eine Regelung im kantonalen Steuergesetz be-

schränkte, sondern auch weil die Verjährungsvorschriften gemäss Praxis als materielles Recht gelten, während § 32 bei fehlenden Verfahrensvorschriften sinngemäss auf die Bestimmungen des kantonalen Steuerrechts verweist.

In der Zuger Grundstückgewinnsteuer wurde die absolute Verjährung durch das Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990, in Kraft seit 1. Januar 1991, eingeführt. Paragraph 23 dieses bereits wieder durch das Steuergesetz vom 25. Mai 2000 abgelösten Gesetzes sieht die absolute Verjährung in 15 Jahren nach dem Eintritt des Tatbestandes vor, der die Steuerpflicht begründet. Anwendbar ist das Gesetz auf Handänderungen seit dem 1. Januar 1991. Für das Verhältnis zwischen Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer und Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer erwog das Bundesgericht, dass die Frist für die Verjährung altrechtlicher Steuerforderungen noch weiterlaufen könnte, wenn Steuerforderungen, die unter dem neuen Recht entstanden und demnach jünger sind, bereits absolut verjährt sind. Diesbezüglich erscheinen die Übergangsbestimmungen des neuen Rechts lückenhaft. Das Bundesgericht erwog, diese Lücke durch Übernahme der allgemeinen Regel zu schliessen, wonach eine neue vorgesehene Verjährungsfrist erst vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechtes an zu laufen beginne. Das Bundesgericht liess aber die sich erst in Zukunft stellende Frage offen (BGE 126 II 6). Auch für das kantonale Recht kann die Frage offen bleiben. Selbst wenn die absolute Verjährung auch auf altrechtliche Veranlagungen der Grundstückgewinnsteuer anwendbar sein sollte, so wäre diese Frist seit Inkrafttreten der entsprechenden gesetzlichen Regelung zu berechnen. Die strittige Veranlagung ist somit nicht verjährt.

Verwaltungsgericht, 3. April 2002

### 3. Sozialversicherung

*Art. 25 Abs. 5 AHVG. – Der Anspruch auf eine Waisenrente dauert bis zur Vollendung des 18. Altersjahres. Befindet sich der Ansprecher in Ausbildung, so verlängert sich dieser Anspruch bis zu deren Abschluss, jedoch längstens bis zum vollendeten 25. Altersjahr. Begriff der Ausbildung.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

M. B. hatte seit dem 1. Januar 2001 Anspruch auf eine Mutter- und Vaterwaisenrente. Am 20. September 2001 stellte sie der Ausgleichskasse unter anderem einen Lehrvertrag zwischen ihr und X. Y. zu, worin zwischen den Beteiligten ein dreijähriger Lehrgang vom 1. Oktober 2001 bis zum 31. September 2004 vereinbart worden war. Mit Verfügung vom 12. Dezember 2001 teilte die Ausgleichskasse M. B. mit, dass man ihre jetzige Tätigkeit nicht mehr als Ausbildung im AHV-rechtlichen Sinn qualifizieren könne, weshalb kein weiterer Anspruch auf eine Waisenrente mehr bestehe. Gegen diese Verfügung reichte M. B. Beschwerde ein und beantragte, es sei ihr weiterhin die Vollwaisenrente bis zum Erreichen des 25. Altersjahres auf ihr Konto zu überweisen. Mit Vernehmlassung vom 12. März 2002 beantragt die Ausgleichskasse die Abweisung der Beschwerde.

*Aus den Erwägungen:*

2. Kinder, deren Vater und Mutter gestorben sind, haben Anspruch auf zwei Waisenrenten (Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, AHVG). Nach Art. 25 Abs. 4 AHVG erlischt der Anspruch auf eine Waisenrente mit der Vollendung des 18. Altersjahres. Für Kinder, die noch in Ausbildung sind, dauert der Rentenanspruch bis zu deren Abschluss, längstens aber bis zum vollendeten 25. Altersjahr (Art. 25 Abs. 5 AHVG).

Als in Ausbildung begriffen gelten Personen, die während einer bestimmten Zeit, mindestens während eines Monats, Schulen und Kurse besuchen oder einer beruflichen Ausbildung obliegen. Nicht als in Ausbildung begriffen gelten Personen, die zur Hauptsache einem Erwerb nachgehen und nur nebenbei Schulen und Kurse besuchen, wie auch Studierende, die neben dem Studium durch eine Erwerbstätigkeit überwiegend beansprucht sind. Ist zu überprüfen, ob eine neben der Ausbildung ausgeübte Erwerbstätigkeit überwiegt, so bildet in quantitativer Hinsicht nicht der Zeit-, sondern der Einkommensvergleich das massgebende Kriterium. Eine überwiegende berufliche Ausbildung liegt dann vor, wenn ein wesentlich geringeres Einkommen erzielt wird, als ein Erwerbstätiger mit abgeschlossener Berufsbildung orts- und branchenüblich erhalten würde (Rz 3259 ff. der Wegleitung über die Renten, gültig ab 1. Januar 1997, RWL). Eine berufliche Ausbildung liegt

nicht nur dann vor, wenn eine Person in einem eigentlichen Lehrverhältnis gemäss dem Bundesgesetz über die Berufsbildung steht. Als berufliche Ausbildung gilt jede Tätigkeit, welche die systematische Vorbereitung auf eine zukünftige Erwerbstätigkeit zum Ziel hat und während welcher mit Rücksicht auf den vorherrschenden Ausbildungscharakter ein wesentlich geringeres Einkommen erzielt wird, als ein Erwerbstätiger mit abgeschlossener Berufsbildung orts- und branchenüblich erhalten würde (z.B. Lehrlingslohn, Entschädigung für Volontariate). Unerheblich ist, ob eine solche Tätigkeit zum Erwerb bestimmter Vorkenntnisse (z.B. zum Erlernen von Sprachen), für eine spätere Berufslehre, zur Erlernung des eigentlichen Berufes oder zur Erlangung besonderer beruflicher Fähigkeiten (z.B. zur Spezialisierung im erlernten Beruf) ausgeübt wird. Das Arbeitsentgelt der in Ausbildung begriffenen Person gilt dann als wesentlich geringer als dasjenige eines Vollausgebildeten, wenn es abzüglich der besonderen Ausbildungskosten um mehr als ein Viertel unter den im Zeitpunkt der Rentenzusprechung orts- und branchenüblichen Anfangslöhnen für vollausgebildete Erwerbstätige liegt (Rz 3263 RWL mit Verweis auf ZAK 1960, 318). Für eine systematische Berufsvorbereitung genügt es nicht, wenn eine Person rein formell die dafür vorgeschriebenen Schulen und Praktika besucht. Sie hat vielmehr die Ausbildung mit dem ihr objektiv zumutbaren Einsatz zu betreiben, um sie innert nützlicher Frist erfolgreich hinter sich zu bringen. Der Umstand, dass eine Person während der Ausbildung ein Erwerbseinkommen erzielt, mit welchem sie ihren Lebensunterhalt selbst bestreiten kann, steht dem Rentenanspruch noch nicht entgegen (Rz 3266 RWL mit Verweis auf ZAK 1981, 170).

3. Zur Frage, ob sich die Beschwerdeführerin seit Oktober 2001 noch in Ausbildung befindet, ergibt sich aus den Akten und der Parteibefragung Folgendes:

a) Nach der Primar- und Sekundarschule absolvierte die Beschwerdeführerin eine Lehre als Schneiderin. Anschliessend besuchte sie eine Modedesignschule, die sie mit dem Diplom einer Modedesignerin abschloss. In einem Schnittzeichnungsbüro absolvierte sie anschliessend während drei Monaten ein Praktikum als CAD-Schnittzeichnerin. Daneben besuchte sie Zusatzausbildungen in Italienisch und Englisch.

b) Am 29. März 2001 schloss sie mit X.Y. eine Vereinbarung über ein Praktikum als Schneiderin für die Zeit vom 7. März bis zum 21. September 2001. Vereinbart wurde eine wöchentliche Arbeitszeit von 33,5 Stunden bzw. von vier vollen Arbeitstagen. Bei der persönlichen Befragung erklärte die Beschwerdeführerin hierzu, der Vertrag sei auf sechs Monate abgeschlossen worden, weil ein Praktikum grundsätzlich zwischen drei Monaten und einem Jahr dauere. Zu Beginn habe man noch nicht gewusst, was man gegenseitig von einander zu halten habe. Deshalb sei man von einem halben Jahr ausgegangen. Man habe sich gemeinsam auf vier Tage pro Woche geeinigt.

c) Im Herbst 2001 schloss die Beschwerdeführerin mit X.Y. einen neuen Vertrag über einen dreijährigen Lehrgang für die Zeit vom 1. Oktober 2001 bis zum 30. September 2004. In diesem Vertrag ist festgehalten, dass die Beschwerdeführerin bei X.Y. einen dreijährigen Lehrgang absolviere, der es ihr ermöglichen solle, später ein Modedesigngeschäft vollständig allein zu führen. In dem Vertrag wurde nicht vereinbart, wie viele Tage pro Woche die Beschwerdeführerin arbeiten würde. Sie erklärte hierzu, man habe vereinbart, dass sie je nach Fachbereich und Arbeitsanfall anwesend sein sollte. Es gebe Zeiten, an denen sie nur drei Tage pro Woche arbeite, dann aber auch solche, an denen sie fünf Tage arbeite. Unter dem Titel «Lohn» wird festgehalten, dass die Spesen bezahlt würden. Gemäss den mündlichen Angaben der Beschwerdeführerin handelt es sich dabei um Auto-, Parkierungs- und Verpflegungsspesen.

d) Während des Beschwerdeverfahrens ersuchte das Gericht X.Y., die Lohnabrechnung der Beschwerdeführerin für die Zeit von Oktober 2001 bis März 2002 einzureichen und dem Gericht mitzuteilen, mit welcher Ausgleichskasse sie die Löhne ihrer Mitarbeiter abrechne. Am 25. April 2002 reichte X.Y. einen von ihr und der Beschwerdeführerin am 1. Oktober 2001 unterzeichneten Arbeitnehmer-Überlassungsvertrag zu den Akten. Darin wird die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Praktikantin/freischaffende Mitarbeiterin gemäss separatem Stellenbeschrieb bezeichnet und eine monatliche Arbeitszeit nach Arbeitsanfall vereinbart (in der Regel jedoch 62 Stunden/Monat bzw. zwei Tage pro Woche). Vereinbart wurde auch eine Entschädigung von Fr. 15.- pro Stunde (inklusive Sozialbeiträge, Pauschalspesen und Ferien). Vereinbart wurden ebenfalls monatliche Arbeitsrapporte. Auf die Frage, warum sie diesen Vertrag der Ausgleichskasse nicht eingereicht habe, erklärte die Beschwerdeführerin, es handle sich lediglich um einen Vertrag zwischen ihr und X.Y., den man benötigt habe, damit die Sekretärin die Buchungen habe vornehmen können. Der im Vertrag enthaltene Stellenbeschrieb sei mit der Arbeitsauflistung im Lehrvertrag identisch. Die Beschwerdeführerin bestätigte, dass sie je nach Arbeitsanfall arbeite, wobei sie - wenn möglich - fünf Tage/Woche arbeiten würde. Es mache jedoch keinen Sinn, dass sie herumstehe, wenn keine Arbeit vorhanden sei.

e) X.Y. reichte ebenfalls monatliche Abrechnungen zu den Akten, aus denen sich ergibt, dass die Beschwerdeführerin in der Regel während zwei Tagen pro Woche, jeweils Dienstag und Mittwoch, arbeitet bzw. während 60 bis 70 Stunden/Monat arbeitet. Die Entlohnung erfolgt zu dem oben erwähnten Ansatz von Fr. 15.- pro Stunde. Die Beschwerdeführerin erklärte, diese Arbeitszeit habe man vereinbart, als sich das Geschäft in einer Krise befunden habe. Heute gehe es wieder etwas aufwärts. Sie bestätigt, dass sie von Januar bis März 2002 während zwei Tagen pro Woche gearbeitet habe. Vor den Ferien habe sie auch länger gearbeitet und zusätzlich bei Abendpräsentationen ausgeholfen. Auf die Frage, ob sie noch eine Nebenbeschäftigung

tigung habe, erklärte die Beschwerdeführerin, sie gebe noch Sportunterricht und arbeite zusätzlich einen halben Tag/Woche bei einem Modefachgeschäft. Der Lohn von Fr. 15.- pro Stunde entspreche nicht dem Lohn einer Modedesignerin. Eine frisch angestellte Modedesignerin verdiene ca. Fr. 3'800.- im Monat und Modedesigner mit Erfahrung würden bis zu Fr. 6'000.- bei Grossbetrieben wie Globus oder Mammut verdienen. In der Modebranche seien aber Arbeitsstellen, bei denen ein Angestellter einen klar geregelten Vertrag mit entsprechender Abrechnung erhalte, sehr rar.

Aus den schriftlichen Unterlagen und den mündlichen Angaben bei der Parteibefragung ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin keinen Lehrgang absolviert, welcher der systematischen Vorbereitung auf ein künftiges Berufsziel dient. Zur Hauptsache geht sie bei X.Y. zeitlich unregelmässig – je nach Arbeitsanfall – einer bezahlten Teilzeitbeschäftigung nach. Dass sie dabei noch wertvolle berufliche Erfahrung sammeln kann, ist unbestritten. Eine Ausbildung im Sinne von Art. 25 Abs. 2 AHVG muss aber innert nützlicher Frist erfolgreich zum Abschluss gebracht werden und muss der systematischen Vorbereitung auf ein künftiges Berufsziel dienen. Dafür genügt es nicht, wenn man zwei Tage pro Woche in einem Betrieb freischaffend tätig ist. Praktika dauern, wie es die Beschwerdeführerin selber bestätigt hat, in der Regel nicht länger als ein Jahr und werden – abgesehen von kleinen symbolischen Entschädigungen – in der Regel nicht adäquat entschädigt. Auch sind sie in der Regel Voraussetzung für die Zulassung zu einer Prüfung. Die Beschwerdeführerin besitzt aber bereits einen Abschluss als Modedesignerin. Das selbständige Führen eines Modedesignergeschäfts ist sicher ein erstrebenswertes Ziel, aber kein Ausbildungsziel im Sinne des Gesetzes. Dass sie dafür mehrere Jahre Erfahrung als Angestellte braucht, entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, macht diese Zeit aber nicht zu einer Ausbildung im Sinne des Gesetzes. Würde man anders entscheiden, so müssten bei jedem Versicherten, der eine Lehre abgeschlossen hat, die ersten Jahre seiner Berufstätigkeit als Ausbildung anerkannt werden. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin noch anderweitig erwerbstätig ist, was ebenfalls gegen eine systematische Vorbereitung auf ein künftiges Berufsziel spricht.

Auch wenn das Ergebnis aus der persönlichen und finanziellen Situation der Beschwerdeführerin als unglücklich zu bezeichnen ist, so muss doch festgehalten werden, dass sie sich nicht mehr in «Ausbildung» befindet. Sie befindet sich vielmehr in einer Teilzeitbeschäftigung auf Abruf. Damit erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 26. September 2002

*Art. 13 IVG, Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 3 GgV, Ziff. 404 GgV Anhang. – Gewährung von medizinischen Massnahmen bei angeborenem POS. Diagnostikstellung und Behandlung müssen als Anspruchsvoraussetzungen vor Vollendung des 9. Altersjahrs kumulativ erfüllt sein.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Mit Anmeldung vom 8. März 2001 ersuchte A.B., die Mutter von C.B. (geboren am 8. März 1991), die Invalidenversicherung um die Zuspreehung von medizinischen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Geburtsgebrechen POS. Die IV-Stelle holte in der Folge bei dem behandelnden Facharzt einen Bericht ein. Mit Verfügung vom 20. Juni 2001 teilte sie der Mutter von C.B. mit, dass die Behandlung eines POS nur übernommen werden könne, wenn dieses mit bereits gestellter Diagnose vor Vollendung des 9. Lebensjahres behandelt worden sei. Gegen diese Verfügung liess A.B. Beschwerde einreichen und beantragen, es sei dem Anspruch auf medizinische Massnahmen betreffend POS zu entsprechen. Mit Vernehmlassung vom 28. August 2001 beantragt die IV-Stelle die Abweisung der Beschwerde. Das Gericht ersuchte in der Folge die frühere Kinderpsychiaterin um Beantwortung verschiedener Fragen im Zusammenhang mit dem Geburtsgebrechen von C.B..

*Aus den Erwägungen:*

...

2. Gemäss Art. 13 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG) haben Versicherte bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen. Der Bundesrat bezeichnet die Gebrechen, für welche diese Massnahmen gewährt werden (Art. 13 Abs. 2 IVG). Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat durch den Erlass der Verordnung über Geburtsgebrechen vom 9. Dezember 1985 (GgV) Gebrauch gemacht. Artikel 1 Abs. 1 GgV bestimmt, dass als Geburtsgebrechen im Sinne von Art. 13 IVG Gebrechen gelten, die bei vollendeter Geburt bestehen. Die blosser Veranlagung zu einem Leiden gilt nicht als Geburtsgebrechen. Die Geburtsgebrechen sind in einer Liste im Anhang aufgeführt. Der Anspruch auf die notwendigen medizinischen Massnahmen beginnt mit deren Einleitung, frühestens jedoch nach vollendeter Geburt. Wird die Behandlung eines Geburtsgebrechens nur übernommen, weil eine im Anhang festgelegte Therapie notwendig ist, so beginnt der Anspruch mit der Einleitung dieser Massnahme. Er umfasst alle medizinischen Massnahmen, die in der Folge zur Behandlung des Geburtsgebrechens notwendig sind (Art. 2 Abs. 3 GgV). Gemäss Ziff. 404 des Anhangs gelten kongenitale Hirnstörungen mit vorwiegend psychischen und kognitiven Symptomen bei normaler Intelligenz

(kongenitales infantiles Psychosyndrom, kongenitales hirndiffuses psychoorganisches Syndrom, kongenitales hirnlokales Psychosyndrom) als Geburtsgebrechen, sofern sie mit bereits gestellter Diagnose als solche vor Vollendung des 9. Altersjahres behandelt worden sind.

Kongenitale Hirnstörungen im Sinne von Ziff. 404 GgV Anhang können sowohl angeboren (prä- oder perinatale Entstehung) als auch nachgeburtlich erworben sein. Invalidenversicherungsrechtlich stellt sich damit nicht nur die Frage, ob ein POS als solches vorliegt; vielmehr muss ausserdem feststehen, dass das Leiden angeboren ist. Es ist somit notwendig, die prä- oder perinatal entstandenen von den erworbenen Hirnstörungen abzugrenzen. Ziffer 404 GgV Anhang beruht auf der medizinisch begründeten und empirisch belegten Annahme, dass das Gebrechen vor Vollendung des 9. Altersjahres diagnostiziert und behandelt worden wäre, wenn es angeboren gewesen wäre. Zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführte Abklärungsmassnahmen können nach dieser empirischen Erkenntnis nicht mehr zuverlässig Aufschluss über die Abgrenzungsfrage geben, ob das Leiden angeboren war oder später erworben wurde. Mit zunehmendem Alter ist eine Abgrenzung zwischen angeborenen und erworbenen Störungen medizinisch nicht mehr mit hinreichender Wahrscheinlichkeit möglich. Nach der Praxis des EVG ist daran festzuhalten, dass die fehlende Diagnose und Behandlung vor dem vollendetem 9. Altersjahr die unwiderlegbare Rechtsvermutung begründen, dass es sich nicht um ein angeborenes POS handelt. Damit entfällt auch der nachträgliche Beweis, dass die Möglichkeit der Diagnosestellung und Behandlung vor dem vollendetem 9. Altersjahr bestanden hätte (BGE 122 V 113 ff. 120 mit Verweis auf BGE 105 V 22). Ein Verdacht und eine deshalb eingeleitete Abklärung sind noch keine Diagnose. Mit dem 9. Geburtstag setzt die unwiderlegbare Vermutung ein, dass kein angeborenes POS vorliegt. Daran kann auch nichts ändern, wenn sich nachträglich herausstellt, dass eine rechtzeitige Diagnose an sich möglich gewesen wäre (EVGE vom 3. September 2001, I 554/00, in Sachen G. Erw. 2e).

Am 22. März 2001 hat Dr. med. P.B. erstmals ein infantiles hirnlokales psychoorganisches Syndrom POS diagnostiziert. Er erwähnt in dem entsprechenden Bericht zwar unter lit. A. die Geburtsgebrechensziffer 404, hält aber unter lit. B. fest, ein Geburtsgebrechen gemäss GgV liege nicht vor. Ob es sich hierbei um einen Verschieb handelt (nachdem er auch nicht von einem kongenitalen POS spricht), kann dahingestellt bleiben, da er die entsprechende Diagnose erst in einem Zeitpunkt stellt, da C.B. bereits mehr als zehn Jahre alt ist. Weiter hält er in seinem Bericht fest, dass die Diagnose erstmals im Januar 1998 gestellt worden sei. Im Januar 1998 ist C.B. an die Kinderpsychiaterin zur Abklärung eines POS überwiesen worden. Die Ärztin fand damals zwar Hinweise für ein POS, wollte sich aber noch nicht festlegen, weil für sie die emotionale Unreife im Vordergrund stand. Ab Januar 1999 befand sich C.B. dann bei ihr in regelmässiger Behandlung. Die Behandlung stand nicht im Zusammenhang mit einem POS, sondern die Ärz-

tin ging von Störungen im Sinne von ICD-10 (F92 kombinierte Störungen des Sozialverhaltens und der Emotionen) aus. Auch noch im Dezember 2000 war sie nicht in der Lage, die Diagnose eines POS zu stellen. Sie hält denn auch klar fest, dass sie C.B. nie als POS-Kind behandelt habe.

Was A.B. dagegen vorbringen lässt, vermag nicht zu überzeugen. Die Tatsache, dass die Untersuchungstests im Januar/Februar 1998 auf POS hingewiesen haben, stellt noch keine Diagnose dar, wie sie vom Gesetz bzw. der Ziff. 404 GgV Anhang verlangt wird. Ein Verdacht und eine deshalb eingeleitete Abklärung sind keine Diagnose. Die Kinderpsychiaterin stellt ausdrücklich fest, sie habe sich damals noch nicht festlegen und den Verlauf abwarten wollen. Die Störung sei komplex und die Symptome könnten noch andere Ursachen haben. Ausdrücklich hält sie dann aber fest, dass sie C.B. nie als POS-Kind behandelt habe.

Damit steht fest, dass vor dem 8. März 2000 (an diesem Tag wurde C.B. neun Jahre alt) ein POS bei C.B. weder klar diagnostiziert noch behandelt worden ist. Bei dem von Dr. P.B. am 22. März 2001 diagnostizierten POS handelt es sich nicht um ein kongenitales POS im Sinne von Ziff. 404 GgV Anhang, sondern rechtlich um ein nach der Geburt erworbenes POS: Für die medizinischen Massnahmen, die für die Behandlung dieses Leidens notwendig sind, können von der Invalidenversicherung gestützt auf Art. 2 Abs. 3 GgV keine Leistungen übernommen werden. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 25. April 2002

(Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom EVG mit Urteil vom 13. Januar 2003 abgewiesen.)

*Art. 23 AVIG. – Überzeitenschädigungen und Entschädigungen für geleistete Überstunden sind nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes, der Grundlage für die Berechnung des Taggeldes bildet.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Mit Verfügung vom 22. August 2001 teilte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug A.B. mit, dass ihr versicherter Verdienst Fr. 5'791.– betrage. Die ursprüngliche Festsetzung des versicherten Verdienstes mit Fr. 5'929.– sei nicht korrekt. In der Begründung führt die Arbeitslosenkasse unter anderem aus, Überzeitenschädigungen dürften beim versicherten Verdienst nicht angerechnet werden. Dies bedeute, dass Arbeitszeiten, welche die gesetzlich festgelegte Höchstarbeitszeit nach Arbeitsgesetz überschreiten würden, auf den versicherten Verdienst bei der Arbeitslosenkasse keinen Einfluss hätten. Grundsätzlich würden die Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ihre Arbeitskraft für die im Vertrag verabredete Zeit zur Verfügung stellen. Werde gegenüber dem zeitlich vereinbarten Umfang der Arbeit die Leistung von Überstunden notwendig, so seien die Arbeitnehmer dazu soweit verpflichtet, als sie diese zu leisten vermöchten und es ihnen nach Treu und Glauben zugemutet werden könne.

Gegen diese Verfügung reichte A.B. Beschwerde ein und beantragte sinngemäss die Überprüfung ihres versicherten Verdienstes. Mit Vernehmlassung vom 18. Oktober 2001 beantragt die Arbeitslosenkasse die Abweisung der Beschwerde.

*Aus den Erwägungen:*

2. a)...

b) Als Überzeitarbeit im Sinne von Art. 9 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG) gelten diejenigen geleisteten Überstunden, welche die gesetzlich festgelegte Höchstarbeitszeit nach Arbeitsgesetz überschreiten und bei Nichtausgleich durch Freizeit mit einem Zuschlag von mindestens 25 Prozent wettzumachen sind (Art. 9 ArG in Verbindung mit Art. 13 ArG). Dass Entschädigungen für Überzeitarbeit AHV-rechtlich Bestandteile des für die Beitragspflicht massgebenden Lohnes darstellen (Art. 7 lit. a AHVV), bedeutet nicht, dass sie zwangsläufig zum arbeitslosenversicherungsrechtlich relevanten versicherten Verdienst gehören. Denn nur jener beitragsrechtlich massgebende Lohn, welcher während des Bemessungszeitraumes normalerweise erzielt wird, gehört zum versicherten Verdienst (BGE 116 V 284 Erw. 2b). In Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes «normalerweise» ergibt sich, dass vom Arbeitgeber geleistete Entschädigungen für solche Überzeit nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes bilden (ARV 1990 Nr. 15). Zum gleichen Ergebnis führt auch die Auslegung nach Sinn und

Zweck von Art. 23 Abs. 1 AVIG. Das AVIG will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle u.a. wegen Arbeitslosigkeit garantieren (Art. 114 der Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV; Art. 1 AVIG). Eine Entschädigung für ausgefallene Überzeitarbeit widerspräche dem auch in anderen Bereichen des Gesetzes zum Ausdruck kommenden Grundgedanken der Arbeitslosenversicherung: Diese soll nur für eine normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz bieten, dagegen keine Entschädigung für Erwerbseinbussen ausrichten, die aus dem Ausfall einer Überbeschäftigung stammen (BGE 115 V 328 Erw. 3a). Gemäss Art. 9 ArG beträgt die wöchentliche Höchstarbeitszeit für Büropersonal 45 Stunden pro Woche. Bei durchschnittlich 22 Arbeitstagen pro Monat ergibt dies eine monatliche Höchstarbeitszeit von 198 Stunden. Von den 234,5 Stunden, die die Beschwerdeführerin im Oktober 2000 gearbeitet hat, sind daher höchstens 198 Stunden anrechenbar.

c) Überstundenarbeit ist jede die normale Arbeitszeit überschreitende Arbeit. Unter normaler Arbeitszeit ist diejenige Arbeitszeit zu verstehen, die einzelvertraglich vereinbart worden ist (Manfred Rehbinder, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1985, Obligationenrecht I, N 1 zu Art. 321c OR). Hat der Arbeitnehmer Überstunden geleistet, so entsteht ein Anspruch auf Überstundenvergütung, sofern ein solcher nicht ausgeschlossen ist oder Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Ausgleich durch Freizeit vereinbart haben. Der Ausgleich durch Freizeit kann nur im gegenseitigen Einverständnis erfolgen (Rehbinder, a.a.O., N 8 zu Art. 321c OR). Wird das Arbeitsverhältnis beendet, bevor der Arbeitnehmer seine Überstunden vollumfänglich durch Freizeit kompensieren konnte, so ist der Kompensationsanspruch nicht völlig entfallen, sondern bleibt als Anspruch auf Überstundenentschädigung bestehen. Bei vertraglicher Vereinbarung dahingehend, dass Überstunden durch Kompensation und nicht durch Überstundenvergütungen auszugleichen sind, kann der bei der Beendigung des entsprechenden Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer zustehende Entschädigungsanspruch für nicht kompensierte Überstunden nicht als Bestandteil des versicherten Verdienstes qualifiziert werden.

Bei der zu prüfenden Frage, ob die von der Beschwerdeführerin bezogene Überstundenentschädigung Bestandteil des massgebenden Lohnes im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG und daher Bestandteil des versicherten Verdienstes ist, ist wiederum auf die Auslegung nach Sinn und Zweck des Art. 23 Abs. 1 AVIG abzustellen. Grundgedanke des AVIG ist, den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle u.a. wegen Arbeitslosigkeit zu garantieren (Art. 114 BV, Art. 1 AVIG). Der Gesetzgeber will keinen vollen, sondern nur einen «angemessenen» Ersatz für bestimmte Erwerbsausfälle gewähren; letztlich bedeutet dies nur eine teilweise Entschädigung (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG), Band 1, Art. 1 N 13). Die Arbeitslosenversicherung soll daher nur für eine normale übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz bieten

(BGE 116 V 284 Erw. 2d). Dieser Grundgedanke kommt auch im Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 AVIG zum Ausdruck, welcher besagt, dass als versicherter Verdienst nur derjenige Lohn massgebend sein kann, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde. Erwerbseinbussen, die aus dem Ausfall einer die normale vertraglich festgelegte Arbeitszeit überschreitenden Überbeschäftigung stammen, werden daher nicht entschädigt. Überstunden überschreiten die vertraglich vorgesehene normale Arbeitszeit und fallen daher nicht unter den versicherten Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG. Diese Auslegung entspricht auch Randziffer C2 des KS-ALE, welche besagt, dass Überstunden, welche die betriebliche Normalarbeitszeit überschreiten, nicht zum massgebenden Verdienst im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG gehören.

Vorliegend dürfen daher die von der Beschwerdeführerin im Oktober 2000 geleisteten Überstunden nicht in die Berechnung des versicherten Verdienstes einbezogen werden.

Verwaltungsgericht, 28. März 2002

(Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom EVG mit Urteil vom 4. Oktober 2002 abgewiesen.)

*Art. 3 UVG. – Beginn der Versicherung.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

A.B. knickte am 24. August 2001 während eines Auslandsaufenthalts beim Gehen am Gehsteig ohne Fremdeinwirkung mit dem Fuss um und erlitt dabei ein Distorsionstrauma des linken Sprunggelenks. Nach ihrer Rückkehr in die Schweiz trat sie am 25. September 2001 eine neue Arbeitsstelle als Sekretärin bei der P. AG an. Am 12. November 2001 meldete die P. AG bei der X. Versicherungs-Gesellschaft einen Unfall und am 18. November 2001 musste sich A.B. wegen einer Peroneus-brevis-Sehnenläsion einer Operation unterziehen.

*Aus den Erwägungen:*

...

2a) Die Versicherung beginnt gemäss Art. 3 Abs. 1 UVG an dem Tag, an dem der Arbeitnehmer aufgrund der Anstellung die Arbeit antritt oder hätte antreten sollen, in jedem Falle aber im Zeitpunkt, da er sich auf den Weg zur Arbeit begibt.

Der Antritt der Arbeit ist im Sinne eines tatsächlichen Ereignisses und nicht im Sinne eines rein rechtlichen Verhältnisses (Beginn des Arbeitsvertrages) zu verstehen. Der Arbeitnehmer tritt die Arbeit an, wenn er mit der eigentlichen Arbeit, um deretwillen er angestellt wurde, beginnt, oder wenn er jene Vorbereitungshandlungen konkret vornimmt, die für die Arbeit erforderlich sind (Alexandra Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Unfallversicherung, 2. A., Zürich 1995, S. 9 f. mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin trat ihre Arbeitsstelle bei der P. AG unbestrittenmassen am 25. September 2001 an und war damit ab diesem Datum über den Arbeitgeber bei der Beschwerdegegnerin unfallversichert. Der Unfall, den die P. AG der Beschwerdegegnerin mit Unfallmeldung UVG vom 12. November 2001 meldete, hatte sich jedoch bereits am 24. August 2001 – mithin vor Antritt der Stelle bei der P. AG – in A. ereignet. Im Zeitpunkt des Unfalles vom 24. August 2001, bei dem die Beschwerdeführerin mit dem Fuss am Gehsteig umknickte, war sie nach ihren eigenen Angaben gegenüber der Beschwerdegegnerin in A. temporär angestellt und ohne Arbeitgeber in der Schweiz. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin beim Unfall vom 24. August 2001 nicht bei der Beschwerdegegnerin versichert war, weshalb grundsätzlich auch keine Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin aus UVG für dieses Ereignis vorliegt.

b) Dieser Ausschluss der Leistungspflicht gilt im Übrigen auch für allfällige Fehlbehandlungen, Rückfälle und Spätfolgen aus diesem Unfallereignis vom 24. August 2001 (vgl. dazu Art. 6 Abs. 3 UVG und Art. 11 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, UVV). Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob der Unfall vom 24. August 2001 im Sinne dieser Bestimmungen als ursächlich für die nachfolgenden Beschwerden bzw. die Operation vom 19. November 2001 zu betrachten ist.

Den medizinischen Unterlagen ist dazu Folgendes zu entnehmen: Prof. Dr. med. H. von der Abteilung Radiologie der Universitätsklinik B. teilte Dr. med. Z. am 6. November 2001 mit, dass eine MR-Untersuchung des linken Fusses eine Partialläsion der Peroneus-brevis-Sehne retromalleolär ergeben habe bei Status nach massiver Distorsion des OSG und USG links mit persistierenden Beschwerden (vor allem Peronealsehnen). Dr. Z., der die Beschwerdeführerin am 19. November 2001 operiert hatte, diagnostizierte in seinem Operationsbericht eine fibulotarsale Bandinsuffizienz links mit Peronealsehnenbeschädigung und fügte als Vorbemerkung an, es bestehe ein posttraumatischer Zustand im Sinne einer sogenannten unfallähnlichen Körperschädigung der Sehnen und Bänder. Die vorgenommene Operation beschrieb er als fibulotarsale Bandrekonstruktion links und Peronealsehnenrevision. In seinem Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 22. November 2001 diagnostizierte Dr. Z. eine fibulotarsale Bandläsion links und Partialläsion der Peroneus brevis-Sehne links. Zur Anamnese hielt er fest, dass die Patientin am 24. August 2001 ein Distorsionstrauma des OSG links erlitten

habe. Anschliessend habe sie für etwa eine Woche Schienenbehandlung bekommen. Die Patientin sei dann in die Schweiz zurückgekehrt und hier von mehreren Ärzten behandelt worden; eine Ruhigstellung sei nicht durchgeführt worden. Zur Abklärung sei ein Szintigramm durchgeführt worden und die Patientin sei dann über mehrere Umwege wegen rezidivierender starker Beschwerden am OSG links in seiner Sprechstunde erschienen. Seit dem 25. September 2001 arbeite die Patientin nun als Sekretärin. Sie habe dann sehr viel mit diesem Fuss herumgehen müssen und es sei zu zunehmenden Beschwerden gekommen, insbesondere im Bereiche der Peroneus brevis-Sehne. Der fibulotarsale Bandapparat sei offensichtlich nicht so abgeheilt, dass es zu einem stabilen Gelenk gekommen wäre, und in der Folge hätten dann ständige Mikrotraumata die Peroneus brevis-Sehne so geschädigt, dass die Patientin jetzt operiert werden müssen. In einem weiteren Schreiben vom 24. Mai 2002 zuhanden der Beschwerdeführerin führte Dr. Z. aus, bei dieser Patientin, die einen Unfall erlitten habe, sei es offensichtlich zu einer Bandverletzung am Aussenknöchel links gekommen. In der Folge sei es zu einer nicht suffizienten Behandlung gekommen und es habe deswegen eine Instabilität im oberen und unteren Sprunggelenk links persistiert. Geblieben sei eine Instabilität im oberen Sprunggelenk und dabei sei es, weil sie zwischenzeitlich arbeitsfähig geschrieben worden sei, zur sogenannten unfallähnlichen Körperschädigung gekommen, indem immer wieder schädigende Misstritte unbeabsichtigt und plötzlich wegen der Instabilität auftreten seien. Er hielt zudem fest, dass es immer wieder plötzlich wegen Instabilitätsproblemen zu Schädigungen der Sehne gekommen sei und dass sicher keine degenerativen Veränderungen vorlägen, sondern eine unfallähnliche Körperschädigung, weil die dokumentierte Schädigung eindeutig traumatischen Charakter habe. Die Plötzlichkeit sei in dem Sinne ausgewiesen, als es völlig klar sei, dass es bei einem instabilen Sprunggelenk bei den kleinsten Unebenheiten im Sinne eines Überraschungsmoments zu Subluxationen im Gelenk komme und damit zu rezidivierenden traumatischen Schädigungen der Peronealsehnen.

c) Aufgrund dieser medizinischen Angaben ist es offenkundig, dass das Ereignis vom 24. August 2001 und die nachfolgenden Beschwerden, die schliesslich zur Operation vom 19. November 2001 geführt haben, nicht getrennt voneinander betrachtet werden können. Ursächlich für die nachfolgenden Beschwerden und die Operation war zweifellos der Misstritt in A. Dabei spielt es letztlich auch keine Rolle, ob dabei eine allfällige Fehlbehandlung (keine Ruhigstellung) vorlag oder ob es sich um eine Spätfolge (scheinbar geheiltes Leiden, das im Verlaufe längerer Zeit organische oder psychische Veränderungen bewirkt, die zu einem oft völlig anders gearteten Krankheitsbild führen) bzw. um einen Rückfall (Wiederaufflackern einer vermeintlich geheilten Krankheit) handelte. Wesentlich ist, dass zwischen dem ursprünglichen Unfallereignis und den nachfolgenden Beschwerden bzw. der Operation ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang be-

steht, denn ohne den Misstritt in A. wäre es zweifellos nicht zu der bereits rund drei Monate später erfolgten Operation gekommen. Damit aber muss die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin für die Operation vom 19. November 2001 verneint werden. Wenn sie für den Grundunfall vom 24. August 2001 nicht einzustehen hat, gilt dieser Ausschluss auch für die Folgeschäden, die durch den ursprünglichen Unfall verursacht wurden.

Verwaltungsgericht, 14. November 2002

*Art. 9 UVV. – Unfallähnliche Körperschädigung. Voraussetzungen, unter denen Meniskusrisse als UVG-versicherte Ereignisse gelten.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Am 19. Januar 2000 teilte die X. AG der SUVA mit, dass sich A.B., Jahrgang 1941, am 15. Januar 2000 beim Verschieben von Möbeln (hockende Haltung) am linken Knie eine Meniskusverletzung zugezogen habe. Mit Verfügung vom 27. Juni 2000 eröffnete die SUVA dem Versicherten, dass weder ein Unfall noch eine unfallähnliche Körperschädigung vorliege. Eine gegen diese Verfügung erhobene Einsprache vom 28. Juni 2000 wies die SUVA mit Einspracheentscheid vom 31. August 2000 ab. Gegen diesen Einspracheentscheid reichte A.B. am 1. September 2000 Beschwerde ein und beantragte die Aufhebung des Entscheides der SUVA. Mit Vernehmlassung vom 3. November 2000 beantragt die SUVA die Abweisung der Beschwerde.

*Aus den Erwägungen:*

...

2. Nach Art. 6 Abs. 1 UVG werden, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Versicherungsleistungen bei Berufsunfällen, Nichtberufsunfällen und Berufskrankheiten gewährt. Als Unfall gilt gemäss Art. 9 Abs. 1 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV) die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper. Artikel 6 Abs. 2 UVG ermächtigt den Bundesrat, Körperschädigungen, die den Folgen eines Unfalles ähnlich sind, in die Versicherung einzubeziehen. Von dieser Ermächtigung hat der Bundesrat in Art. 9 Abs. 2 UVV Gebrauch gemacht. Danach sind folgende, abschliessend aufgeführte Körperschädigungen, sofern sie nicht eindeutig auf eine Erkrankung oder eine Degeneration zurückzuführen sind, auch ohne ungewöhnliche äussere Einwirkung Unfällen gleichgestellt: a) Knochenbrüche; b) Verrenkungen von Gelenken; c) Meniskusrisse;

d) Muskelrisse; e) Muskelzerrungen; f) Sehnenrisse; g) Bandläsionen; h) Trommelfellverletzungen.

Im vorliegenden Fall ist primär streitig, ob der Beschwerdeführer eine unfallähnliche Körperschädigung erlitten hat und deshalb gegenüber der SUVA im Grundsatz leistungsberechtigt ist.

a) Die SUVA verneint das Vorliegen einer unfallähnlichen Körperschädigung mit der Begründung, dass es sich bei den betreffenden Beschwerden eindeutig um die Folgen eines krankhaften bzw. degenerativen Prozesses handle. Dem die Beschwerden auslösenden Ereignis soll hierbei nach Ansicht der SUVA keine selbständige Bedeutung zukommen, da es den Rahmen des Alltäglichen, Banalen definitionsgemäss nicht überschreite und insofern kein praktikables Kriterium bilde, eine Verletzung von einer Degeneration zu unterscheiden.

b) Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in seinem Urteil vom 5. Juni 2001 (U 398/00) festgehalten, dass auch unter der seit 1. Januar 1998 in Kraft stehenden Fassung von Art. 9 Abs. 2 UVV, wonach einerseits der bisher nur für Bst. a (Knochenbrüche) geltende Vorbehalt der eindeutigen Erkrankung im Ingress auf alle Tatbestände von Abs. 2 ausgedehnt und dieser andererseits auf die eindeutige degenerative Veränderung erweitert worden sei (AS 1998 151 ff.; vgl. auch RKUV 1998 S. 71 ff. und 89), die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 43 ff. weiterhin Geltung habe. Danach besteht der Zweck des Instituts der unfallähnlichen Körperschädigung nicht darin, krankhafte oder degenerative Körperschäden von der obligatorischen Unfallversicherung auszuschliessen, sondern darin, die oft schwierige Abgrenzung zwischen Unfall und Krankheit zugunsten der Versicherten zu vermeiden. Weiter führte das EVG in einem neueren Urteil vom 27. Juni 2001 (U 92/00) dazu aus, eine unfallähnliche Körperschädigung liege vor, wenn mit Ausnahme der Ungewöhnlichkeit alle Kriterien des Unfallbegriffs erfüllt seien. Insbesondere müsse ein äusseres Ereignis vorliegen, d.h. ein ausserhalb des Körpers sich ereignender, objektiv feststellbarer, sinnfälliger Vorfall. Gelingen es, ein solches äusseres Ereignis mit Einwirkung auf den Körper auszumachen, und sei es auch nur als Auslöser eines der in Art. 9 Abs. 2 Bst. a-h UVV aufgezählten Gesundheitsschäden, liege keine eindeutig krankheits- oder degenerativ bedingte Gesundheitsschädigung, sondern eine unfallähnliche Körperschädigung vor, selbst wenn auch degenerative Faktoren gegeben seien.

c) Aus dem Erfordernis, dass ausser dem ungewöhnlichen äusseren Faktor die übrigen Begriffsmerkmale gegeben sein müssen, folgt, dass auch bei einer auf Krankheits- oder Abnützungserscheinungen beruhenden Läsion eine plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung als Auslösfaktor eintreten muss (BGE 123 V 45 mit Verweisen). Der Auslösfaktor kann alltäglich und diskret sein. Wesentlich ist, dass ein plötzliches Ereignis,

beispielsweise eine heftige Bewegung oder ein plötzliches Aufstehen aus der Hocke, die in Art. 9 Abs. 2 Bst. b bis h erwähnten Verletzungstatbestände hervorruft. Fehlt es an einem solchen unmittelbaren Geschehen und ist die Verletzung vielmehr wiederholten, im täglichen Leben erfolgten Mikrotraumata zuzuschreiben, welche die allmähliche Abnützung und schliesslich das Ausmass einer behandlungsbedürftigen Schädigung bewirken, liegt kein Unfall sondern eine Krankheit vor. Als erforderliches äusseres, einmaliges und sinnfälliges Ereignis kommen – wie bereits erwähnt – das Aufstehen aus der Hocke, eine unkontrollierte Drehbewegung bei gebeugtem Kniegelenk, ein Misstritt beim Volleyballspielen oder ein Sprung aus einer Höhe von 60–80 cm in Frage. Treten Kniebeschwerden beispielsweise kontinuierlich und unter vermehrter Arbeitsbelastung auf, und handelt es sich nicht um ein unmittelbares, einmaliges und plötzliches Geschehen, so kann man nicht von einem Unfall sprechen (EVGE vom 30. August 2001, U 198/00, Erw. 2).

3. Aus den Akten ergibt sich bezüglich eines sinnfälligen Vorfalles Folgendes:

a) Gemäss der Unfallmeldung der X. AG vom 19. Januar 2000 hat der Beschwerdeführer bei sich zu Hause in hockender Haltung Möbel verschoben und sich dabei am Knie eine Meniskusverletzung zugezogen. Zwei Tage später suchte er Dr. P.B. auf. Dieser notierte in seinem Arztzeugnis vom 1. Februar 2000 unter der Ziff. 2. Angaben des Patienten zum Unfallhergang: «Beim Möbelschieben forcierte Belastung des linken Knies mit spürbarem Knacken». Unter «Befund» hielt Dr. B. unter anderem fest: Blockade in Ruhestellung, Beugung und Streckung. Der Beschwerdeführer wurde sofort an einen Facharzt für Orthopädie überwiesen.

b) Am 24. Januar 2000 wurde der Beschwerdeführer in der Klinik R. von Dr. med. S. am linken Knie operiert. Doktor S. diagnostizierte eine Meniskusklausion medial links und stellte unter «Indikation» fest, dass bei der typischen Anamnese, dem Nachweis mit dem MRI und dem klinischen Verdacht auf eine Meniskusklausion die Indikation zur weiteren Abklärung und Behandlung mit einer Arthroskopie gegeben gewesen sei. Im Anschluss an die Arthroskopie sei der gelockerte und eingerissene Meniskus vom Vorderhorn her inzidiert und schrittweise gegen dorsal gelöst worden. Der gelockerte Meniskuslappen habe so «in toto» entfernt werden können. Es habe sich gezeigt, dass das Hinterhorn ebenfalls horizontal eingerissen gewesen sei. Es habe mit der Knipszange nachreseziert werden müssen. Die Resektionsränder seien mit dem Shaver geglättet worden. Sie seien ohne weitere Einrisse gewesen. Der Restmeniskus habe nicht mehr ins Gelenk hinein luxiert. Im Bericht über die Arthroskopie ist unter anderem festgehalten, dass im mittleren Drittel des medialen Kompartiments ventral ein gestielter, grosser Meniskuslappen habe ausgemacht werden können, der als gequetscht erscheine und im Gelenk nach ventral eingeschlagen sei. Auch das Hinterhorn sei multipel eingerissen.

c) Am 20. März 2000 beantwortete der Beschwerdeführer die Frage der SUVA, ob sich etwas Besonderes ereignet habe, mit Ja. Weiter hält er Folgendes fest: «Abtreten/Stossen beim Tragen/Schieben von schweren Möbeln in der Hocke, dadurch zu grossen Druck auf das Knie erhalten». Es habe sich nicht um eine ihm gewohnte Tätigkeit gehandelt und es sei auch nicht unter normalen äusseren Bedingungen abgelaufen. Am 7. April 2000 hielt die SUVA in einer Telefonnotiz fest, der Beschwerdeführer habe am 6. April 2000 erklärt, er habe am 15. Januar 2000 in seiner Wohnung Möbel verschoben. Dabei habe er öfters in der Hocke die Möbel gestossen, so auch beim Verschieben des Doppelbetts. Es könne durchaus sein, dass er in der Hocke mit dem linken Knie ausgeglitten und dadurch das Knie abgedreht worden sei. Das Verdrehen des Knies sei allerdings nur eine Vermutung. Beim Aufstehen und danach bei jeder Bewegung habe er ein Knacken im Knie gespürt. Nach einigen Stunden habe er Schmerzen im linken Knie verspürt, die sukzessive zugenommen hätten. Er habe keine erheblichen Unfälle erlitten. Es seien auch keine Krankheiten bekannt. Er habe nie Knieprobleme gehabt. Er jogge täglich.

d) Am 26. April 2000 stellte der Beschwerdeführer gegenüber der SUVA fest, die Angaben in der Aktennotiz vom 7. April würden nicht seinen Aussagen entsprechen. Er müsse diese Aktennotiz in aller Form zurückweisen. Es sei damals zu einem Ausrutschen gekommen, was er aber auf der Meldung vom 20. März 2000 vergessen habe zu unterstreichen. Er habe bei dem Gespräch auch erwähnt, dass er sofort ein «Knacksen» im Knie verspürt habe und dass sich dieses Knacksen später bei jeder Bewegung des Knies permanent wiederholt habe und sich die Schmerzen gesteigert hätten. Als er dann praktisch gehunfähig gewesen sei, habe er den Arzt angerufen. Er habe der SUVA auch mitgeteilt, dass er noch am Morgen des Unfalltages ohne die geringsten Probleme einen Jogginglauf absolviert habe. Am 28. Juni 2000 erklärte der Beschwerdeführer gegenüber der SUVA, dass er nach Erhalt des Schreibens der SUVA vom 17. April 2000 mit dem Operationsarzt Dr. A.S. telefonischen Kontakt gehabt habe, der ganz klar erwähnt habe, dass der Meniskusriss, der die plötzlichen und starken Schmerzen verursacht habe, ganz klar auf ein unfallähnliches Vorkommnis zurückzuführen gewesen sei.

Diese Fakten gilt es nun zu würdigen: Vor dem 15. Januar 2000 war der Beschwerdeführer bezüglich seines linken Knies beschwerdefrei und hat regelmässig Sport getrieben (so gibt er an, dass er noch am Morgen des Unfalltages einen Jogginglauf absolviert habe). Beim Verschieben von schweren Möbeln kam es in hockender Stellung zu einem übermässigen Druck auf das Knie, dass sogar ein Knacken hörbar war. In der Folge stellten sich rasch Schmerzen ein, die in den folgenden 36 Stunden zu einer zeitweiligen Blockade des linken Knies exazerbierten. Der Beschwerdeführer wurde von dem erstkonsultierten Arzt umgehend einem Facharzt für orthopädische Chirurgie zugewiesen, der auch unverzüglich eine Arthroskopie und eine mediale Menisektomie vornahm. Damit muss klar von einem sinnfälligen

Ereignis ausgegangen werden. Die Verletzung ist somit einem einzigen Ereignis und nicht einer Vielzahl von wiederholten, im täglichen Leben erfolgten Mikrotraumata zuzuschreiben, welche die allmähliche Abnützung und schliesslich das Ausmass einer behandlungsbedürftigen Schädigung bewirkt haben. Wir haben es hier nicht mit einer kontinuierlichen Zunahme von Kniebeschwerden zu tun, sondern mit einem unmittelbaren und plötzlichen Geschehen, das sofort die Konsultation eines Arztes und einen operativen Eingriff nötig machte. Es hat eine unvermittelte konkrete Bewegung stattgefunden, welche die Verletzung zumindest mitverursacht hat. Damit sind aber die Voraussetzungen für die Annahme einer unfallähnlichen Körperschädigung erfüllt und die SUVA hat die gesetzlichen Leistungen für die Unfallfolgen zu übernehmen. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet und wird vollumfänglich gutgeheissen.

Verwaltungsgericht, 31. Januar 2002

*Art. 41 Abs. 3 KVG. – Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe. Verneinung der Leistungspflicht des Wohnkantons im vorliegenden Fall, da eine Hospitalisation im Wohnkanton medizinisch möglich und eine Verlegung zumutbar gewesen wäre.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Mit Verfügung vom 11. April 2001 teilte die Gesundheitsdirektion des Kantons Zug der Kranken- und Unfallversicherung X. mit, dass eine Kostenbeteiligung des Kantons Zug an der ausserkantonalen Hospitalisation von A. K. im Spital C. in D. vom 10. bis zum 17. Dezember 1999 abgelehnt werden müsse. Gegen diese Verfügung reichte die Kranken- und Unfallversicherung X. am 7. Mai 2001 Beschwerde ein und beantragte, die Verfügung sei aufzuheben und der Kanton Zug sei zu verpflichten, sich gemäss Art. 41 Abs. 3 KVG an den Kosten für die ausserkantonale Hospitalisation zu beteiligen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, A. K. habe am 7. Dezember 1999 notfallmässig die Poliklinik des Frauenspitals in D. aufgesucht, wo bei ihr eine Anämie festgestellt worden sei. Sie sei zu weiteren Abklärungen an den Hausarzt überwiesen worden. Weil sie zu diesem Zeitpunkt als Wochenaufenthalterin in D. gelebt habe, ihre Schriften jedoch in Baar im Kanton Zug hinterlegt gehabt habe, sei es naheliegend gewesen, dass sie für die weiteren Abklärungen am 10. Dezember 1999 ihren Hausarzt in D., Dr. med. K.J., aufgesucht habe. Dieser habe aufgrund der am 10. Dezember 1999 durchgeführten Untersu-

chung den Verdacht auf das Vorliegen einer oberen Gastrointestinalblutung gehabt und sich veranlasst gesehen, die Patientin notfallmässig ins Spital C. einzuweisen. Der Kantonsarzt habe am 15. Dezember 1999 und am 5. Juli 2000 Kostengutsprache gesuche gemäss Art. 41 Abs. 3 KVG für diesen Spitalaufenthalt abgelehnt. Mit Vernehmlassung vom 16. Juli 2001 beantragt die Gesundheitsdirektion die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

*Aus den Erwägungen:*

...

2. Gemäss Art. 41 Abs. 1 KVG können die Versicherten unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen. Bei ambulanter Behandlung muss der Versicherer die Kosten höchstens nach dem Tarif übernehmen, der am Wohn- oder Arbeitsort der versicherten Person oder in deren Umgebung gilt. Bei stationärer oder teilstationärer Behandlung muss der Versicherer die Kosten höchstens nach dem Tarif übernehmen, der im Wohnkanton der versicherten Person gilt. Beanspruchen Versicherte aus medizinischen Gründen einen anderen Leistungserbringer, so richtet sich die Kostenübernahme nach dem Tarif, der für diesen Leistungserbringer gilt (Art. 41 Abs. 2 KVG). Medizinische Gründe liegen bei einem Notfall vor oder wenn die erforderlichen Leistungen nicht angeboten werden. Beansprucht die versicherte Person aus medizinischen Gründen die Dienste eines ausserhalb ihres Wohnkantons befindlichen öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitals, so übernimmt der Wohnkanton die Differenz zwischen den in Rechnung gestellten Kosten und den Tarifen des betreffenden Spitals für Einwohner und Einwohnerinnen des Kantons (Art. 41 Abs. 3 KVG).

Nach der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts bestimmt Art. 41 Abs. 2 KVG abschliessend, was unter «medizinischen Gründen» zu verstehen ist (EVGE vom 7. Dezember 2000, K 64/99, Erw. 4). Es ist dies einerseits der Notfall, d.h. die Lage, in welcher medizinische Hilfe unaufschiebbar und für die notwendige ambulante Behandlung eine Rückkehr in die Wohn- oder Arbeitsregion bzw. für die stationäre Behandlung in den Wohnkanton nicht möglich oder angemessen ist, und andererseits ist es der Umstand, dass die erforderlichen Leistungen innerhalb der örtlichen Grenzen gar nicht angeboten werden (a.a.O., Erw. 4 mit Verweis auf Eugster, Krankenversicherung, in: SBVR Rz 318). Der Notfall kann analog zu Art. 36 Abs. 2 KVV umschrieben werden. Er liegt vor, sofern der Versicherte einer Behandlung bedarf und eine Rückreise in den Wohnkanton nicht angemessen ist, also vernünftigerweise vom Versicherten nicht verlangt werden kann. Dies trifft z.B. zu, wenn der Versicherte ausserhalb seines Wohnkantons während einer Geschäfts- oder Ferienreise einen Kreislaufkollaps oder einen Hirnschlag erleidet und ins nächste Spital eingewiesen wird (vgl. hierzu Maurer, Das neue

Krankenversicherungsgesetz, S. 74). Es sind jeweils die konkreten Umstände zu berücksichtigen.

3. Aus den Akten ergibt sich zu den konkreten Umständen der umstrittenen Hospitalisation vom 10. Dezember 1999 Folgendes:

a) Im Bericht des Spitals C. über die Hospitalisation der Versicherten vom 10. bis zum 17. Dezember 1999 wird eine Eisenmangelanämie unklarer Aetiologie DD gastrointestinal (Dünndarmangiodyplasien) gynäkologisch diagnostiziert. Unter dem Marginale «Anamnese» wird festgehalten, die Patientin habe am 7. Dezember 1999 notfallmässig die Poliklinik des Frauenspitals aufgesucht und über jeweils zum Beginn der Menstruation auftretende Bauchschmerzen, diesmal jedoch verstärkt mit zusätzlich Schwindel und Nausea, geklagt. Dort sei ein Hämoglobin von 70 g/l festgestellt worden. Die Patientin sei zur weiteren Abklärung an den Hausarzt verwiesen worden. Sonographisch sei ein unauffälliger Befund erhoben worden. Beim Eintritt habe sich die 38 Jahre alte Patientin in leicht reduziertem Allgemeinzustand befunden und sei bei klarem Bewusstsein gewesen. Der Ernährungszustand sei unauffällig gewesen, die Patientin blass und kardiopulmonal kompensiert. Das Abdomen sei weich und indolent gewesen. Leichte Klopfdolenz habe über beiden Nierenlogen bestanden; grob neurologisch sei sie unauffällig gewesen. Unter dem Titel «Beurteilung und Verlauf» wird unter anderem ausgeführt, man habe ebenfalls eine hypochrome, mikrozytäre Anämie mit einem Hämoglobin von 77 g/l gefunden ohne labormässige Hinweise für das Vorliegen einer Entzündung. Mit Ausnahme des Hämoglobins, des Ferritins und der Retikulozyten lagen die Laborparameter beim Eintritt im Normbereich. Zum Ausschluss einer Blutungsquelle im Magen-Darmbereich sei zuerst eine obere Panendoskopie durchgeführt worden, die endoskopisch unauffällige Verhältnisse ohne nachweisbare Schleimhautläsion oder Blutungsquelle gezeigt habe. Die anschliessend durchgeführte Colonoskopie sei ebenfalls normal gewesen. Im Magen-Darmbereich habe keine floride Blutung nachgewiesen werden können. Die Anämie habe sich im weiteren Verlauf unter Eisensubstitution nur leichtgradig bis auf ein Hämoglobin von 86 g/l gebessert. Die Ursache bleibe offen. Differentialdiagnostisch komme eine Blutungsquelle im gynäkologischen Bereich in Frage. Zur weiteren gynäkologischen Abklärung werde sich die Patientin in der Frauenklinik des Kantonsspitals D. melden.

b) Am 13. Dezember 1999 ersuchte ein Assistenzarzt des Spitals C. den Kantonsarzt des Kantons Zug um eine Kostengutsprache für den Eintritt vom 10. Dezember 1999. Eine Begründung ist aus dem kopierten Formular (Beilage 5 der Beschwerdeführerin) nicht ersichtlich. Angekreuzt ist die Rubrik «Notfall». Der Kantonsarzt lehnte die Kostengutsprache mit dem Hinweis ab, die Abklärung/Behandlung wäre auch im Wohnkanton durchführbar gewesen. Am 16. Juni 2000 reichte das Spital C. nochmals ein Gesuch um Kostengutsprache für ausserkantonale Behandlungen ein. Wieder wird

auf einen Notfall hingewiesen. Begründet wird der Notfall mit einer Eisenmangelanämie. Auf dem Formular ist ohne nähere Begründung festgehalten, dass die Patientin nicht verlegungsfähig gewesen sei. Der Kantonsarzt wies dieses Gesuch am 5. Juli 2000 erneut ab.

c) Mit Schreiben vom 15. August 2000 gelangte Dr. C. K. vom Spital C. an den Kantonsarzt und führte unter anderem aus, die Versicherte sei durch ihren Hausarzt notfallmässig wegen einer neu entdeckten Anämie von 76g/l bei Verdacht auf eine obere Gastrointestinalblutung zugewiesen worden. Sie sei damals unter nicht steroidalen Antirheumatika gestanden sowie unter erheblichem Stress. Wie im Austrittsbericht erwähnt, habe sich keine akute Blutungsquelle gefunden. Der chronische Charakter der Anämie habe schliesslich aufgrund des tiefen Ferritin-Werts sowie des Knochenmarkbefundes nachgewiesen werden können. Zum Zeitpunkt des Eintritts habe eine akute Blutungsquelle nicht ausgeschlossen werden können. Auch in den Augen des Hausarztes sei eine dringliche Abklärung indiziert gewesen. Wie üblich sei am Eintrittstag vom Aufnahmebüro ein Telefonanruf an die Kranken- und Unfallversicherung X. erfolgt. Man habe zur Antwort erhalten, dass die Patientin für die 3. Klasse in der ganzen Schweiz versichert sei. Man habe sich deshalb aus formellen Gründen nicht veranlasst gesehen, die Patientin in den Kanton Zug zu verlegen, auch nachdem aufgrund der oberen und unteren Panendoskopie vom 14. Dezember 1999 an und für sich klar gewesen sei, dass eine akute Blutung nicht vorliege. Mit Befremden habe zu einem späteren Zeitpunkt festgestellt werden müssen, dass die Kranken- und Unfallversicherung X. bei der Patientin doch nicht für die ganze Schweiz gelte.

d) Mit Schreiben vom 30. März 2001 teilte Dr. med. K. J. dem Kantonsarzt mit, dass ihn die Versicherte am 10. Dezember 1999 in seiner Sprechstunde aufgesucht und ihm über starke Müdigkeit, Schwindel und Übelkeit berichtet habe. Ihren Angaben zufolge sei drei Tage vorher in der Poliklinik des Frauenspitals D. eine Konsultation erfolgt, bei der man ein Hämoglobin von 7,6g% festgestellt habe. Die anamnestischen Angaben hätten den Verdacht auf eine Episode von Melaena aufkommen lassen. Klinisch habe sich eine Druckdolenz im Oberbauch bei spärlichen Darmgeräuschen gefunden. Die oben erwähnten Punkte zusammen mit der Tatsache, dass die Patientin Ponstan eingenommen habe, hätten im hektischen Praxisalltag zumindest an die Möglichkeit einer oberen Gastrointestinalblutung denken lassen. Dass die Patientin einige Tage vorher von den Gynäkologen entlassen worden sei, schliesse eine Blutung letztlich nicht aus. Hinzu komme noch, dass ihm die Patientin angegeben habe, sie sei 1. Klasse versichert, was er auf dem Einweisungsschreiben an das Spital C. auch vermerkt habe. Der Zeitraum, in dem er die Patientin gesehen habe, habe ihm als freipraktizierendem Arzt gar keine andere Wahl gelassen, als die Patientin zur Beurteilung der Situation zu hospitalisieren, zumal die Angaben der Patientin betreffend der stationären Versicherungsdeckung dies ja auch zugelassen hätten. Aus

der Honorarrechnung für die Behandlung vom 10. Dezember 1999 durch Dr. med. K. J. ergibt sich, dass eine Konsultation, ein internistischer Status und ein zusätzlicher Zeitaufwand im Betrag von insgesamt Fr. 78.40 in Rechnung gestellt wurden.

In Würdigung dieser Fakten kommt das Gericht zu den folgenden Schlüssen: Am Dienstag, den 7. Dezember 1999, suchte die Versicherte notfallmässig die Frauenklinik auf und zwar wegen im Rahmen der Menstruation auftretender Bauchschmerzen, die diesmal noch zusätzlich von Schwindel und Übelkeit begleitet waren. Man stellte dort unter anderem einen Hämoglobinwert von 70g/l fest, was nur noch zirka der Hälfte des Normwertes für Frauen entsprach. Verwiesen wurde die Versicherte zur näheren Abklärung an ihren Hausarzt. Offensichtlich war man in der Notfallstation des Frauenspitals nicht der Meinung, dass es sich um einen Notfall handle, ansonsten man sie wohl kaum sofort entlassen und an ihren Hausarzt verwiesen hätte. In der Folge vereinbarte die Versicherte mit Dr. J. einen Termin für Freitag, den 10. Dezember 1999. Einen rascheren Termin erachtete man offenbar beiderseits nicht für medizinisch erforderlich. Einen Arzt in ihrem Wohnkanton zu suchen, stand für die Versicherte offenbar gar nicht zur Diskussion. Am 10. Dezember 1999 äusserte die Versicherte gegenüber Dr. J. die gleichen Symptome wie drei Tage vorher im Frauenspital. Aufgrund der anamnestischen Angaben ergab sich für Dr. J. der Verdacht auf eine Meläna (Blutstuhl). Auch dachte er an die Möglichkeit einer oberen Gastrointestinalblutung. Soweit aus den Akten ersichtlich veranlasste er selber keine Hämoglobinbestimmung. Weil ihm die Patientin versicherte, dass sie über einen entsprechenden Versicherungsschutz verfüge, überwies er sie zur Abklärung in das Spital C. Beim Eintritt ins Spital präsentierte sich die Versicherte bei klarem Bewusstsein und in nur leicht reduziertem Allgemein- und unauffälligem Ernährungszustand. Der Hämoglobinwert lag bei 77g/l. Eine obere Panendoskopie und eine Colonoskopie ergaben in den folgenden Tagen keine Hinweise für eine Blutungsquelle. Von Bedeutung ist auch die Tatsache, dass im Austrittsbericht festgehalten ist, dass sich die Patientin zur weiteren gynäkologischen Abklärung bei der Frauenklinik des Kantonsspitals D. melden solle. Man dachte offensichtlich immer noch nicht daran, dass die Versicherte mit damaligem Wohnsitz in Zug aus krankensicherungsrechtlicher Sicht eigentlich einem Leistungserbringer im Kanton Zug hätte zugewiesen werden müssen.

Die beiden Kostengutspracheformulare vom 13. Dezember 1999 bzw. 16. Juni 2000 sind von geringer Aussagekraft und haben wenig Beweiswert. Das erste enthält den Hinweis auf einen Notfall ohne nähere Begründung. Im zweiten Gesuch wird der Notfall mit einer Eisenmangelanämie begründet. Nachträglich wurde auf dem Formular von einer Drittperson eingetragen, die Patientin sei «nicht verlegungsfähig» gewesen. Wie wenig zuverlässig diese Feststellung ist, ergibt sich aus dem Schreiben des Spitals C. vom 15. August 2000, in dem festgehalten wird, man habe sich aus formellen

Gründen nicht veranlasst gesehen, die Patientin in den Kanton Zug zu verlegen, nachdem man von der Krankenkasse die Auskunft erhalten habe, dass die Patientin in der ganzen Schweiz versichert sei. Zu beachten ist auch der Umstand, dass die Versicherte als damalige Gerantin des Restaurants R. in D. dort bereits mit hoher Wahrscheinlichkeit einen relativ festen Wohnsitz begründet hatte und von sich aus an einer Hospitalisation im Kanton Zug wohl weniger Interesse hatte. Es ist von daher auch verständlich, dass sie sich nach dem Besuch auf der Notfallstation zur näheren Abklärung einen Arzt in D. gesucht hat und nach dem Spitalaufenthalt eine Abklärung in der Frauenklinik des Kantonsspitals D. als im wahrsten Sinn des Wortes «naheliegend» erachtete. Diese freie Wahl des Leistungserbringers durch den Versicherten zieht aber keine Kostenbeitragspflicht des Wohnsitzkantons mit sich.

Eine Kostenübernahme des Wohnsitzkantons für ausserkantonale stationäre Behandlungen in einem öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spital muss sich auf medizinisch begründete Notfälle beschränken wie der weiter oben bereits erwähnte Kreislaufkollaps, ein Hirnschlag oder ein Herzinfarkt. Stationäre Abklärungen eines ungeklärten Krankheitsbildes können in den meisten Fällen in einer Anstalt im Wohnkanton vorgenommen werden. Das Krankheitsbild der Beschwerdeführerin hatte sich in den drei Tagen zwischen dem Besuch in der Notfallstation des Frauenspitals und der Konsultation bei Dr. F. nicht wesentlich verändert. Aus dem Schreiben von Dr. F. an den Kantonsarzt kann man denn auch entnehmen, dass er sich seiner Sache nicht so sicher war und eine Einweisung in das Spital C. auch vornahm, weil er der irrigen Meinung war, dass seine Patientin ihren eigenen Angaben zufolge dort auch versichert sei. Die Reise von D. nach Zug wäre sowohl mit einem Personenwagen wie auch mit den öffentlichen Verkehrsmitteln bequem in weniger als zwei Stunden zu bewältigen und der Versicherten ohne Weiteres zumutbar gewesen. Sie befand sich beim Eintritt ins Spital ja – wie bereits erwähnt – in gutem Ernährungs- und nur leicht reduziertem Allgemeinzustand. Sowohl Dr. F. wie auch das Spital C. bestätigen, dass eine Einweisung bzw. eine Verlegung nach Zug nicht geprüft worden sei, weil man hierzu aufgrund der Angaben der Patientin bzw. der Krankenkasse bezüglich Versicherungsdeckung keine Veranlassung gehabt habe. Eine durchaus mögliche Verlegung wurde daher aus «formellen» Gründen gar nicht in Erwägung gezogen.

Aufgrund dieser Fakten kommt das Gericht zum Schluss, dass es sich bei der Einweisung zur Abklärung des Verdachts auf eine obere Gastrointestinalblutung nicht um einen medizinischen Notfall im Sinne von Art. 41 Abs. 2 KVG gehandelt hat. Entsprechend kann der Kanton Zug nicht zur Kostenübernahme im Sinne von Art. 41 Abs. 3 KVG verpflichtet werden. Die Verfügung vom 11. April 2001 erweist sich als korrekt und die Beschwerde muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 31. Oktober 2002

#### 4. Planungs- und Baurecht

*§ 12 V PBG. – Wo liegt die Grenze zwischen Wohnraumerweiterung und auf die Ausnützung nicht anrechenbarem Wintergarten?*

*Aus den Erwägungen:*

...

2. Gemäss §7 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) sind die Einwohnergemeinden verpflichtet, in der Form allgemeinverbindlicher Beschlüsse Bauvorschriften sowie Zonen- und Bebauungspläne für ihr Gemeindegebiet zu erlassen. Diese Pflicht bestand bereits auf Grund des alten Baugesetzes (vgl. §10 aBauG). Die Einwohnergemeinde Risch kam dieser Verpflichtung mit Erlass ihrer Bauordnung resp. ihrer revidierten Bauordnung vom 12. Juni 1994, sowie mit Erlass einer speziellen, mittlerweile vom 12. Juni 1994 ebenfalls revidierten Bauordnung Buonas in besonderer Weise nach (Anhang 1 zur Bauordnung von Risch). Mit Erlass der Bauordnung Buonas verfolgte die Gemeinde Risch besondere Planungsziele, stellte insbesondere höhere Anforderungen an die harmonische Einpassung von Bauten, um den vorwiegend ländlichen Charakter von Buonas weitgehendst erhalten zu können. In §1 al. 4 der BO Buonas statuierte sie Kriterien zur Gewährleistung der harmonischen Eingliederung von Bauten.

3. Das strittige Projekt betrifft die Bauzone 3 von Buonas, wo Einzelbauweise zugelassen ist. Vorliegend lassen sich die rechtlich relevanten Fragen wie folgt formulieren: Entspricht der geplante Anbau dem Begriff Wintergarten, resp. steht dem Erstellen eines Wintergartens das Gebot der harmonischen Eingliederung nach kommunalem Recht wie nach übergeordnetem Recht entgegen, resp. erlaubt die Bewilligungspraxis der Gemeinde Risch eine Projektbewilligung selbst für den Fall, dass das Projekt den kantonalen und kommunalen Bestimmungen nicht gerecht würde?

a) Zwischen den Parteien unbestritten ist, dass das von den Beschwerdeführern geplante Bauprojekt aus Gründen der Ausnützung nur realisiert werden kann, wenn es als Wintergarten gelten kann und demzufolge nicht an die Ausnützung anzurechnen wäre. Es gilt somit vorab zu klären, ob vorliegend von einem Wintergarten gesprochen werden kann oder nicht.

Die Vorinstanz hielt fest, der geplante Anbau sei bereits rein äusserlich nicht als Wintergarten zu erkennen, da er in massiver Bauweise, mit einer Brüstung und eher kleinen Glasflächen vorgesehen sei. Da das Dach begehrbar sein solle, sei auch dieses in Massivbauweise geplant. Die gestalterische Anlehnung an den Hauptbau nehme dem Projekt die filigrane Leichtigkeit eines Wintergartens und lasse es eher als Wohnraumerweiterung im ersten Obergeschoss erscheinen.

Weder die Bauordnung von Risch, die Bauordnung von Buonas noch das kantonale Planungs- und Baugesetz (PBG) kennen eine Legaldefinition für einen Wintergarten. Allerdings erwähnt § 12 Abs. 2 lit. e der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG) bei der Enumeration der zur Ausnützung nicht anrechenbaren Flächen verglaste Veranden, Vorbauten, Balkone und Terrassen, sofern diese weniger als 10% der Summe aller anrechenbaren Geschossflächen ausmachen und keine heiztechnischen Installationen enthalten. Diese Umschreibung entspricht dem, was in der Bewilligungspraxis in der Regel als Wintergarten qualifiziert wird. Wintergärten sind somit unbeheizte, verglaste Balkone, Terrassen, Veranden oder Vorbauten massvoller Ausdehnung. Felix Huber definiert Wintergärten einfach als durch Verglasung geschlossene Räume (Felix Huber: Die Ausnützungsziffer, erschienen in der Reihe Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Zürich 1986, S. 64 f.). Gemäss Fritsche/Bösch können solche geschlossenen, verglasten Vorräume auch ohne Beheizung über 6 Monate im Jahr einer gewissen, beschränkten Wohnnutzung dienen. Eine höchstens auf 10 Grad angelegte Frostschutzheizung hindert die Befreiung von der Ausnützung nach Zürcher Praxis nicht. Hingegen wird ein Wintergarten zur Ausnützung gezählt, wenn der Dämmperimeter an seiner Aussenhülle liegt (Christoph Fritsche/Peter Bösch: Zürcher Planungs- und Baurecht, Verlag Stutz Druck AG, Wädenswil, 2. Auflage 2000, S. 276 und 284). Wie es sich bezüglich Wärmedämmung und Isolation in casu verhält, ist den Akten nicht zu entnehmen. Das Gebot der filigranen und leichten Bauweise resp. das Gebot des leichten Erscheinungsbildes, wie es von der Vorinstanz vorgezeichnet wurde, ergibt sich den obigen Ausführungen zufolge aus dem Hinweis auf Verglasung als Wesenselement von Wintergärten resp. aus funktionalen Überlegungen, da ein Wintergarten nicht einfach Wohnraumerweiterung sein darf, nicht aber aus Gründen der Ästhetik (vgl. zum Thema Wohnraumerweiterung auch Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 23. September 1999 in Sachen S. und J. S. versus U. und R. W., V 1998 117/119). Resultiert zusammenfassend, Wintergärten seien nicht beheizbare, eher unauffällige, zufolge grosser Glasflächen beinahe transparent erscheinende «Hausanbauten», die nicht als Wohnraumerweiterung gesehen werden können, auch nicht durch einfachen Heizungseinbau dazu gemacht werden können, verbietet es sich vorliegend und per definitionem, das strittige Projekt in der beabsichtigten Massivbauweise als Wintergarten zu bewilligen.

Der Einwand der Beschwerdeführer, sie hätten eine leichtere Bauweise mit mehr Glasflächen vorgeschlagen, seien dann aber durch das Bauamt der Gemeinde Risch zur Projektänderung im nun zu beurteilenden Sinne angehalten worden, ändert nichts an der Tatsache, dass das fragliche Projekt nicht als Wintergarten angesehen werden kann und daher nicht zu bewilligen ist. Der Ärger der Beschwerdeführer, für die jeder Änderungswunsch des Bauamtes neue Planungskosten nach sich zog, ist, angesichts der Vorgeschichte, verständlich. Gleichwohl ist ihnen entgegenzuhalten, dass die Auskunft

eines Mitarbeiters des Bauamtes nicht Anspruch auf Bewilligung gewährt. Schliesslich darf nicht vergessen werden, dass sich wohl keines der Projekte völlig leicht und transparent präsentiert haben dürfte, war doch stets Begehbarkeit des Dachs des «Wintergartens» beabsichtigt, was massive Bauweise zumindest teilweise bedingt. Sah sich der Mitarbeiter des Bauamtes Risch veranlasst, das Projekt Wintergarten in «Leichtbauweise» zur Überarbeitung zurückzuweisen, dürfte dies eventuell Ausfluss weiterer Gebote der Bauordnung nach harmonischer Einordnung gewesen sein, stellt doch die Bauordnung Buonas Anforderungen auch an die Situierung, das Ausmass, an Baugestaltung und Architektur, an die Baugliederung, die Dachform, die Verwendung der Materialien, die Farbgebung, aber auch an die Einpassung an das Terrain und die Umgebungsgestaltung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das vorliegend zu beurteilende Projekt von der Vorinstanz zurecht als Wohnraumerweiterung resp. als Raumerweiterung auf Vorrat gewertet wurde. Als solches ist es angesichts der hierfür fehlenden Ausnützung nicht zu bewilligen.

...

Verwaltungsgericht, 27. Februar 2002

*Art. 59 BO Baar. – Minimaler Gewerbeanteil von 60% bei Baumassenziffer. Der Mindestanteil bezieht sich auf die Baumasse des Bauvorhabens, nicht auf die maximal mögliche Baumasse.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

A. Die X. AG, Zug, ist Eigentümerin der 18'211 m<sup>2</sup> grossen Parzelle GS Nr. 721 in Inwil, Gemeinde Baar. Mit Beschluss der Einwohnergemeindeversammlung Baar vom 15. Juni 2000 wurde das Grundstück von der Industrie- und Gewerbezone 1 in die Dienstleistungs-, Gewerbe- und Wohnzone (DGW) umgezont. Gleichzeitig wurde das Grundstück mit einer Arealbauungspflicht belegt. Anfangs 2001 reichte die X. AG das Gesuch um Arealbauung sowie das Baugesuch für ein Betriebsgebäude sowie eine Wohnüberbauung mit Mehrfamilienhäusern, Reiheneinfamilienhäusern und Tiefgaragen ein. Am 27. Juni 2001 bewilligte der Gemeinderat Baar die Arealbauung und erteilte gleichzeitig die Baubewilligung. Gleichentags wies er acht gegen das Bauvorhaben erhobene Einsprachen im Wesentlichen ab.

Der Regierungsrat hiess eine Beschwerde der Nachbarn gut, da er zum Schlusse kam, der maximale Wohnanteil sei überschritten bei gleichzeitiger Unterschreitung des Mindestgewerbeanteils. Gemeinderat, Regierungsrat, Bauherrschaft (Beschwerdeführerin) und Nachbarschaft (Beschwerdegegner)

bringen unterschiedliche Standpunkte zur Auslegung vor.

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss §61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1) ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst. Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Die Bauherrschaft ist zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb sie zu prüfen ist.

2. Die Liegenschaft der Beschwerdeführerin liegt in der Dienstleistungs- und Gewerbezone gemäss Art. 59 der Bauordnung der Einwohnergemeinde Baar vom 2. Juni 1991 (BO). Artikel 59 Abs. 1 und Abs. 2 bestimmen was folgt:

Die Dienstleistungs- und Gewerbezone ist für mässig störende Dienstleistungs- und Gewerbebetriebe bestimmt. Wohnen ist zulässig.

Es gelten folgende spezielle Vorschriften:

- max. Baumassenziffer: 5.0
- min. Gewerbeanteil: 60 %.

Strittig ist die Auslegung dieser Bestimmung.

a) Im aufgehobenen Entscheid führte der Gemeinderat unter Ziffer 2.5 Baumassenziffer folgendes aus:

«Das Bauvorhaben befindet sich in der Dienstleistungs-, Gewerbe- und Wohnzone (DGW) mit einer Baumassenziffer von 5.0. Der minimale Gewerbeanteil beträgt 60%, der maximale Wohnanteil somit 40%. Die Anteile werden aufgrund der maximal möglichen Baumasse ermittelt.

Anzurechnende Landfläche	18'211 m <sup>2</sup>	
Maximal mögliche Baumasse über dem Terrain	91'055 m <sup>3</sup>	100.0 %
Errechnete Baumasse Wohnen	36'887 m <sup>3</sup>	40.5 %
Errechnete Baumasse Gewerbe	41'544 m <sup>3</sup>	45.6 %

Baumassenziffer = 4.3 = 78'431 m<sup>3</sup>

Mit der Arealbebauung wird die aus ortsbaulicher Sicht maximal mögliche Baumasse festgelegt. Allfällige spätere Gesuche um Erweiterung (Ausbau der Wohnräume, Wintergärten usw.) sind demnach nicht bewilligungsfähig. Die leichte Überschreitung des Wohnanteils wird toleriert.»

b) Im vorinstanzlichen Entscheid geht der Regierungsrat davon aus, dass der Gewerbeanteil in der DGW-Zone gemäss Art. 59 BO mindestens 60 % betrage. Somit dürfe der maximal zulässige Wohnanteil 40% nicht über-

schreiten. Es stelle sich nun aber die Frage nach der Bezugsgrösse für die Berechnung des minimalen Gewerbe- bzw. des maximalen Wohnanteils. Der Gemeinderat beziehe sich bei seiner Berechnung auf die maximal mögliche Baumasse. Dabei verkenne er, dass sich Art. 27 Abs. 2 BO Baar zur Berechnungsart der fraglichen Bezugsgrösse in Zonen mit einer Ausnützungsziffer bereits äussere. Danach sei bei einem festgelegten Mindestanteil für Wohnen sowie für die Berechnung der Parkplatzzahl und die Grösse der Spielplätze die effektive Geschossfläche massgebend. Auch in anderen zugehörigen Gemeinden werde bei der Ermittlung des Wohnanteils jeweils auf die effektiven Flächen eines Bauprojektes, namentlich auf die anrechenbare Fläche im Erdgeschoss und in den darüber liegenden Geschossen abgestellt. So zählten in der Stadt Zug die Bruttogeschossflächen im Erdgeschoss und in den darüber liegenden Geschossen zu den Bezugsflächen für die Berechnung des Wohnanteils (§25 Abs. 1 Bauordnung der Stadt Zug vom 4. Dezember 1994). In der DGW-Zone der Gemeinde Baar werde die Baudichte nicht mit der Ausnützungsziffer, sondern mit der Baumassenziffer festgelegt. Für dieses Nutzungsmass nenne die BO Baar keine Bezugsfläche für die Berechnung des Gewerbe- bzw. des Wohnanteils. Dass der Ermittlung des Mindestgewerbeanteils bzw. des Maximalwohnanteils in Zonen mit einer Baumassenziffer jedoch nicht das effektive Bauvorhaben, sondern ein hypothetisches Projekt zugrunde liege, mache weder Sinn noch gebe es dafür einen plausiblen Grund. Zudem widerspräche diese Ermittlung dem Sinn der Berechnung des Wohnanteils in Zonen mit einer anderen Baudichte. Falsch wäre auch, wenn vorliegend – wie es die beschwerdeführenden Nachbarn sehen würden – von den effektiven Geschossflächen ausgegangen werden sollte, Art. 27 Abs. 2 BO Baar direkte Anwendung fände und die Gebäudevolumen unberücksichtigt blieben, welche bei der Ermittlung der Baumassenziffer wegleitend seien. Aus diesem Grunde könne in sinngemässer Anwendung von Art. 27 Abs. 2 BO Baar die vorliegend in Frage kommende Regelung für die Berechnung des Mindestgewerbeanteils in der DGW-Zone nur folgendermassen lauten: Bei einem festgelegten Mindestanteil für Gewerbe bzw. einem Maximalanteil für Wohnen sei das effektive Bauvolumen massgebend:

Effektive Baumasse gemäss Projekt	78'431 m <sup>3</sup>	100.00 %
Geplante Baumasse Wohnen	36'887 m <sup>3</sup>	47.03 %
Geplante Baumasse Gewerbe	41'544 m <sup>3</sup>	52.96 %

Der Regierungsrat erklärt sodann, rund 5'500 m<sup>3</sup> umbauter Raum dürfte vorliegend nicht dem Wohnen, sondern müsste dem Gewerbe zugewiesen werden. Das Mass einer «beschränkten Abweichung» werde damit überschritten, weshalb der Gemeinderat das Projekt zu Unrecht bewilligt habe.

c) Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, der maximale Wohnanteil sei auf der Basis der theoretisch möglichen Nutzung des Grundstückes zu berechnen. Der Eigentümer habe das Recht, sein Grundstück zu nutzen, wobei die Zonen- und Bauordnung Schranken setze, aber auch auf-

zeige, wie intensiv das Grundstück genutzt werden könne. Es bestehe deshalb ein Anspruch darauf, dass auf dem rund 18'200 m<sup>2</sup> grossen Grundstück bei einer Baumassenziffer von 5.0 ein Volumen von rund 91'055 m<sup>3</sup> realisiert werden dürfe. Wenn nun eine Bauordnung zusätzlich eine Vorschrift über Gewerbe- und Wohnanteil aufstelle, so teile sich der aus der Grösse des Grundstückes und der Nutzungsziffer abgeleitete Anspruch in diese Wohn- und Gewerbeanteile auf. Ein Wohn- oder Gewerbeanteil basiere auf der Grösse des Grundstückes und nicht auf einem effektiven Projekt. Wenn ein Grundeigentümer seinen Anspruch nicht voll und ganz ausschöpfe, so dürfe ihm dies nicht zum Nachteil gereichen. Sein Eigentum gewähre ihm das Recht, auch nur einen Teil dessen auszunützen, worauf er Anspruch habe. Wenn die Nutzung in einen Gewerbe- und in einen Wohnanteil aufgeteilt sei, müsse bei einer nur teilweisen Nutzung des Anspruchs die Möglichkeit bestehen, den einen Teil – hier den Gewerbeteil – nur teilweise, den anderen Teil – hier den Wohnanteil – vollumfänglich auszuschöpfen. Wenn das Projekt der Beschwerdeführerin einen Wohnanteil von 40% ausweise, heisse dies nichts anderes, als dass die Wohnnutzung auf dem Grundstück vollständig beansprucht sei. Daneben dürfe, sei dies im jetzigen Projekt oder zu einem späteren Zeitpunkt, das Grundstück nur noch gewerblich genutzt werden. Eine Pflicht jedoch, das Grundstück schon heute auch gewerblich voll und ganz auszunützen, gebe es nicht. Zu bedenken sei auch, dass ein Bauherr nicht gezwungen werden könne, alles zu bauen, was bewilligt worden sei. Es sei also sehr wohl möglich, dass eine Überbauung erstellt werde, welche in Bezug auf die Nutzungsverhältnisse der Bauordnung widerspreche. Eine nachträgliche Korrektur sei dannzumal nicht mehr möglich. Es sei an den Grundsatz zu erinnern, dass es eine Pflicht zum Bauen nicht gebe.

Zur Auslegung von Art. 27 Abs. 1 BO Baar wird ausgeführt, die Bestimmung beziehe sich auf die Ausnützungsziffer und nicht auf die Baumassenziffer. Sie gelte somit von vornherein nur dort, wo die AZ massgebend sei. Wenn in der Zone nicht auf die Fläche (AZ), sondern auf das Volumen (BZ) abgestellt werde, müsse dies auch für die Berechnung der Durchmischung gelten. Artikel 27 Abs. 1 BO definiere sodann den Unterschied zwischen den Begriffen der «effektiven Geschossfläche» und der «anrechenbaren Geschossfläche». Für Wohnanteile sei die effektive, nicht die anrechenbare Geschossfläche massgebend. Entgegen der Auffassung des Regierungsrates gehe es somit nicht um die Frage, ob für die Berechnung des Mindestwohnanteils die Geschossfläche massgebend sei, sondern die Frage, welche Art von Geschossfläche bei der Berechnung des Wohnanteils massgebend sei. Auf das sich hier stellende Problem könne daher Art. 27 Abs. 2 BO auch analog keine Anwendung finden.

d) Die Beschwerdegegner halten in der Vernehmlassung an ihrer Auffassung fest, dass für die Berechnung die effektive Geschossfläche massgebend sei. Weder der Regierungsrat noch die Beschwerdeführerin hätten dargelegt, warum sie entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 27 BO von dieser Geset-

zesbestimmung abwichen. Artikel 27 Abs. 2 BO äussere sich explizit zur Frage der Bezugsgrösse des Wohnanteils. Ohne stichhaltige Begründung dürfe weder der Gemeinderat noch der Regierungsrat von einer durch den Souverän erlassenen Bestimmung abweichen. Artikel 27 Abs. 2 BO sei systematisch unter dem Titel «Baurechtsbegriffe» den Zonenvorschriften vorangestellt. Im dritten Abschnitt würden die Baurechtsbegriffe definiert, die bei allen Zonen grundsätzlich Anwendung fänden. Somit sei zu fordern, dass nur dann von diesen allgemeinen Baurechtsbegriffen abgewichen werden könne, falls in den jeweiligen Zonenvorschriften dies ausdrücklich festgehalten sei oder aus sachlichen Gründen die Anwendung des allgemeinen Baurechtsbegriffes keinen Sinn mache.

Die Wohnanteilvorschriften wollten sicherstellen, dass in bestimmten Gebieten die Nutzungsdurchmischung oder eine dominierende Nutzung gewahrt werde. Im vorliegenden Fall sei gemäss Art. 59 BO die Zone primär für mässig störende Dienstleistungs- und Gewerbebetriebe bestimmt. Wohnen sei zulässig. Dementsprechend werde ein minimaler Gewerbeanteil von 60 % definiert. Zur Bestimmung der jeweiligen Nutzungsanteile werde regelmässig auf die Flächen und nicht auf das Volumen abgestellt. Nur die Fläche ergebe eine zuverlässige Bezugsgrösse, in welchem Umfang eine Nutzung ausgeübt werden könne. Die Fläche bestimme, wie viele Arbeitsplätze eingerichtet werden könnten. Die Fläche definiere, wie viele Parkplätze notwendig seien. Die überbaute Fläche definiere, mit wie vielen Bewohnern in einer Überbauung zu rechnen sein werde. Werde zum Beispiel eine Montagehalle errichtet, welche eine Höhe von 10 m aufweise, weise eine solche Halle zwar ein erhebliches Volumen auf, die Anzahl Arbeitsplätze würde aber durch die Grundfläche der Halle definiert. Daraus ergebe sich, dass die direkte Anwendung von Art. 27 Abs. 2 BO auch vom Sinn und Zweck der Wohnanteilvorschriften richtig sei, da nur über die Fläche die gewünschte Nutzungsdurchmischung gewährleistet werden könne.

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu Art. 27 BO gingen fehl. Art. 27 Abs. 1 BO sage nur aus, was die effektive Geschossfläche sei. Aus diesem Absatz könne aber nicht abgeleitet werden, wo sie angewendet werde. Der Anwendungsbereich werde in Abs. 2 von Art. 27 BO definiert. Wie bereits ausgeführt, habe der Gesetzgeber hier für Fragen der Quantität der Nutzung (Anzahl Parkplätze, Anzahl Bewohner, Nutzenmix) die richtige Bezugsgrösse definiert. Die Beschwerdeführerin mache geltend und versuche mit der Studie der Peikert Contract AG aufzuzeigen, dass es hypothetisch möglich wäre, durch eine Projektänderung die Wohn- und Gewerbeanteile selbst dann auszunutzen, falls die an sich zulässige Baumasse ganz ausgeschöpft werde. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass die Gemeinde im Baubewilligungsentscheid klar und deutlich ausgeführt habe, dass das hier vorliegende Projekt mit einer Baumassenziffer von ca. 4.3 die höchst zulässige Nutzung darstelle und keine nachträgliche Möglichkeit bestehe, diese Nutzung noch zu erhöhen. Im vorliegenden Fall gehe es somit nur um die

Frage, wie die Wohnanteilsvorschriften bei einer Arealbebauung, welche das gesamte Areal des Eigentümers umfasse, und die das zulässige Mass der Ausnützung konsumiere, zu handhaben sei. Es bestehe mit anderen Worten nicht die Möglichkeit, in einem späteren Zeitpunkt die jetzt fehlenden Wohn- und Gewerbebauten zu planen und zu erstellen. Der vorliegende Fall zeige schliesslich exemplarisch auf, dass bei Bauvorhaben, bei denen die maximal gemäss Bauordnung mögliche Ausnützung definitiv nicht ausgeschöpft werden solle oder könne, die Anwendung der hypothetisch zulässigen Ausnützung dazu führen würde, dass die wirtschaftlichen Einbussen im Falle der Nichtrealisierung für den Eigentümer verkleinert würden. Bei einer sehr hohen Ausnützung wie im vorliegenden Fall, welche aber für reine Wohnbauten nicht zweckdienlich sei, und je nach Nachfragesituation auf dem Wohnungsmarkt auch nicht mehr marktfähig wäre, würde das Ausschöpfen des hypothetisch möglichen Wohnanteils es wirtschaftlich tragbar machen, auf den Gewerbeanteil definitiv zu verzichten und somit die Gewerbeanteilsvorschriften zu unterlaufen.

4. Die Bauordnung der Gemeinde Baar nennt in Art. 51 die Grundmasse der Überbauung für die verschiedenen Zonen. Das Gebäudevolumen wird in den Kernzonen, Wohnzonen und der Wohn- und Gewerbezone durch die Ausnützungsziffer und die Geschosshöhe, Geschosshöhe, Gebäudehöhe und Firsthöhe bestimmt, wobei allfällige Mindestwohnanteile oder Mindestgewerbeanteile festgelegt sind. Für die Dienstleistungs- und Gewerbezone sowie die Industrie- und Gewerbezone wird auf Art. 59 bzw. Art. 60 BO verwiesen. Hier wird die Bauweise durch die Baumassenziffer festgelegt. Der Mindestgewerbeanteil beträgt 60%. Der Bauherr ist somit frei, 60% bis 100% gewerblich zu nutzen. Die Bauherrschaft erklärt zu Recht, dass es eine Pflicht zum Bauen nicht gibt. Will aber der Eigentümer sein Grundstück bebauen, so hat er sich an die Vorschriften der Bau- und Zonenordnung zu halten. Dazu gehört auch die Einhaltung des Mindestgewerbeanteils. Dabei handelt es sich gewissermassen um eine Mindestnutzungsvorschrift im Verhältnis zum gesamten Nutzungsmass. Es kann von einer mittelbaren Baupflicht aufgrund der Vorschriften betreffend Nutzungsanteile gesprochen werden (Roman Sieber, Die bauliche Verdichtung aus rechtlicher Sicht, S. 344 f.). Die Bauordnung unterscheidet klar zwischen Zonen mit Ausnützungsziffer und anderen Bauvorschriften hinsichtlich der Höhendimension und Zonen gemäss Art. 59 und 60 BO, deren Überbauung durch die Baumassenziffer geregelt wird. Der Mindestgewerbeanteil kann sich daher auch nur auf die Baumasse beziehen. Eine Vermischung der flächenbezogenen Ausnützung und der volumenbezogenen Baumasse fällt ausser Betracht. Der Gesetzgeber verzichtet gerade für die Dienstleistungs- und die Industrie- und Gewerbezone auf die für die übrigen Zonen übliche Bestimmung des Gebäudevolumens.

Die Verpflichtung, den minimalen Gewerbeanteil von 60% der Baumasse einzuhalten, bezieht sich auf das Bauvorhaben auf der vom Baugesuch erfas-

sten Grundstücksfläche. Es ist daher der Berechnungsart des Regierungsrates beizupflichten. Die Überlegungen der Bauherrschaft laufen gewissermassen darauf hinaus, die beiden Nutzungsarten zu verselbständigen mit dem Recht, die eine oder andere ganz oder teilweise bis zum vorgeschriebenen Prozent-Umfang zu verwirklichen. Mit Recht erklären die Beschwerdeführer, dass damit eine immer noch erhebliche reine Wohnnutzung unter Verzicht auf den Gewerbeanteil realisiert werden könnte. Diese Freiheit hat die Bauherrschaft nicht. Sie kann (unter dem Teilaspekt von Art. 59 Abs. 2 BO) auf einen Wohnanteil verzichten. Sie ist aber bei einem konkreten Bauvorhaben verpflichtet, 60% der Baumasse gewerblich zu nutzen.

Die Berufung auf Art. 27 BO erweist sich als wenig hilfreich. Danach umfasst die «effektive Geschossfläche» gemäss gemeindlichem Recht die «anrechenbare Geschossfläche» gemäss kantonalem Recht zuzüglich der Räume über dem obersten Geschoss, soweit sie sich als Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsräume eignen. Bei einem Mindestanteil für Wohnen ist die effektive Geschossfläche, somit auch Wohnräume über dem obersten Geschoss, auf den Wohnanteil anrechenbar. Eine gewisse Analogie zum hier zu beurteilenden Fall und damit eine Bestätigung der vorgenommenen Auslegung ergibt sich insofern, als die Berechnung des Wohnanteils in Zonen mit Ausnutzungsziffer gemäss Art. 27 BO ebenfalls auf die Berechnung bei einem konkreten Bauvorhaben zugeschnitten ist und nicht auf die unabhängige Berechnung eines abstrakten Anteils ausgerichtet ist.

5. Die Bestätigung der Berechnungsweise des Regierungsrates führt dazu, dass – wie er berechnet hat – rund 5'500 m<sup>3</sup> umbauter Raum nicht dem Wohnen, sondern dem Gewerbe zugewiesen werden müsste. Dies führt zu einer Projektänderung in einem Mass, welches auch nach Beurteilung durch das Gericht die Beschränkung auf die Frage des Gewerbeanteils rechtfertigte. Das geänderte Projekt wird wiederum auf die Qualitätsanforderungen einer Arealbebauung zu achten haben und ist sowohl als Ganzes wie auch in seinen Teilen zu würdigen. Es ist verständlich, dass die Parteien eine Stellungnahme zu weiteren Rügen in diesem Verfahren begrüssen würden. Dadurch könnten weitere Fragen im Hinblick auf eine Projektüberarbeitung geklärt werden. Umgekehrt hat die Praxis gezeigt, dass die nicht zwingende Stellungnahme zu weiteren Rügen im Hinblick auf ein bereinigtes Baugesuch sich auch nachteilig auswirken kann. Eine Partei kann sich vor die Frage gestellt sehen, ob sie eine im Sinne der weiteren Klärung erfolgte Begründung anfechten soll, was an sich nicht möglich ist, oder ob sie entgegen einer nur begründungsweise geäusserten Meinung doch in einem neuen Baugesuch eine Entscheidung suchen soll. Der Regierungsrat hat deshalb nicht nur zutreffend die angefochtene Bewilligung wegen Verletzung des Gewerbeanteils aufgehoben, sondern er hat dabei auch keineswegs die Interessenlage der Parteien verkannt.

...

Verwaltungsgericht, 3. April 2002

*§67 Abs. 4 PBG. – Haftung für Schaden aus missbräuchlicher Baubeschwerde. Zuständig sind die Zivilgerichte. Das Verwaltungsgericht tritt auf ein Begehren um Feststellung der missbräuchlichen Beschwerdeführung nicht ein.*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst (§61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, BGS 162.1). Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Die Beschwerdeführer sind als Eigentümer des benachbarten Grundstückes durch das Bauvorhaben der Beschwerdegegner betroffen und deshalb zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb sie zu prüfen ist.

b) Die Beschwerdegegner verbinden mit ihrer Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Bauvorhaben das Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass die Beschwerde missbräuchlich sei im Sinne von §67 Abs. 4 des Planungs- und Baugesetzes (PBG, BGS 721.11). Diese Bestimmung lautet: Wer missbräuchlich Rechtsmittel ergreift und dadurch dem Bauherrn einen Schaden zufügt, kann dafür haftbar gemacht werden. Im Streitfall entscheidet das Zivilgericht. Zuständig für Schadenersatzbegehren sind somit die Zivilgerichte. Mit dem Rechtsbegehren verlangen die Beschwerdegegner, die Teilfrage des Missbrauchs im verwaltungsgerichtlichen Verfahren durch einen Feststellungsentscheid zu beurteilen. Eine ähnliche Zuständigkeit besteht nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift im Submissionsrecht. Bei der Geltendmachung des Schadenersatzes gemäss §7 des kantonalen Submissionsgesetzes (BGS 721.51) hat das Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit festzustellen, während für die Geltendmachung der Schadenersatzbegehren gemäss Verantwortlichkeitsgesetz die Zivilgerichte zuständig sind. Eine analoge gesetzliche Regelung gilt für die missbräuchliche Ergreifung von Rechtsmitteln gemäss §67 Abs. 4 PBG aber nicht, weshalb der Entscheid umfassend bei den Zivilgerichten liegt. Zum gleichen Schluss führen verfahrensrechtliche Überlegungen. Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nämlich im Sinne der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit der angefochtene Baubewilligungsentscheid des Regierungsrates und indirekt des Gemeinderates. Über den Missbrauch von Rechtsmitteln liegt kein Verwaltungsentscheid vor, welcher angefochten werden könnte. Die Einleitung eines neuen Verfahrens im Sinne der ursprünglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit müsste durch Klage erfolgen und nicht im Rahmen der Vernehmlassung zu einer Beschwerde. Die verwaltungsgerichtliche Klage gemäss §§80 ff. VRG ist aber nur für Klagen gegen Körperschaften des öffentlichen Rechtes vorgesehen, nicht aber für Streitigkeiten unter Privaten. Es ergibt sich somit auch unter prozessuellem Aspekt, dass das Begehren im zivilgerichtlichen Verfahren auf Schadenersatz geltend gemacht werden muss. Auf den Antrag Ziffer 2 ist hier nicht einzutreten.

Verwaltungsgericht, 4. Juni 2002

*§§ 26 und 30 Abs. 1 BO. – Gestaltung und Eingliederung. Verhältnis von Eingliederungsgebot, Ortsbildschutz und Denkmalschutz. Bauvorhaben an der Sonnenstrasse in Zug.*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Das Konsortium Sonnenstrasse beabsichtigt, auf seinem Grundstück Nr. 607 an der Sonnenstrasse 10 in Zug das bestehende Einfamilienhaus abzubauen und ein neues Einfamilien- sowie ein Doppel- und Einfamilienhaus zu erstellen. Das Grundstück mit einer Fläche von 844 m<sup>2</sup> liegt in der Wohnzone W2b. Innert der Auflagefrist reichten diverse Nachbarn beim Stadtrat Einsprache gegen das Bauvorhaben ein. Die Einsprecher machten im Baubewilligungsverfahren geltend, die Siedlung an der Sonnenstrasse bestehe aus zehn Einfamilienhäusern, welche allesamt zwischen 1910 und 1912 durch denselben Architekten erbaut worden seien. Der Stil der Häuser sei weitgehend einheitlich. Auffällig seien insbesondere die durchwegs tief hinunterreichenden steilen Mansardendächer. Die parallele Anordnung der Bauten links und rechts der Sonnenstrasse erwecke den Eindruck einer kleinen, aber überaus schmucken Allee. Das Ostportal dieser Allee werde durch das Haus auf GS Nr. 613 und durch das abzureissende Haus der Einsprachegegner auf GS Nr. 607 gebildet. Das abzureissende Haus sei somit für das Gesamterscheinungsbild der Strasse überdurchschnittlich wesentlich. Insgesamt sei die Sonnenstrasse als überaus empfindliches Gebiet zu bezeichnen, in welcher an die Gestaltung und Eingliederung von Neubauten sehr hohe Anforderungen gestellt werden müssten. Der geplante, sehr gradlinig und streng wirkende Kubus, insbesondere des Doppel- und Einfamilienhauses an der Sonnenstrasse passe sich nicht einmal ansatzweise ins bestehende Strassenbild ein. Mit der lieblichen Verspieltheit des Quartiers Sonnenstrasse habe der geplante Neubau rein nichts gemeinsam. Die Bestimmung von § 26 Abs. 2 der Bauordnung, wonach sich Bauten in ihrer Erscheinung in das Stadt-, Quartier- und Strassenbild einzufügen hätten, würde vorliegend klar verletzt. Die beiden geplanten Neubauten seien viel wichtiger als alle bestehenden Bauten und würden zudem Flachdächer aufweisen, welche die bislang intakte Dachlandschaft durchbrechen würden. Dadurch werde auch die Bestimmung von § 30 Abs. 1 der Bauordnung verletzt, wonach auf eine harmonische Dachlandschaft zu achten sei.

Am 23. Oktober 2001 wies der Stadtrat die Einsprache ab und erteilte die Baubewilligung. Dem Entscheid ist u.a. zu entnehmen, die Stadtbildkommission habe sich als beratendes Organ des Stadtrates intensiv mit dem Bauvorhaben und einer möglichen Nachverdichtung im Quartier auseinandergesetzt und der Bauherrschaft klare Vorgaben gemacht. Sie habe insbesondere einen eindeutigen Ortsbezug und eine Auseinandersetzung mit den Charakteristika der benachbarten Bauten der Einsprecher verlangt. Auf die Kritik der Stadtbildkommission habe die Bauherrschaft ihre erste Baueingabe vom 5. Feb-

ruar 2001 zurückgezogen und ein im Sinne der Empfehlungen und Auflagen der Stadtbildkommission neu überarbeitetes Projekt eingereicht. Das nun vorliegende Projekt sei in gestalterischer Hinsicht nicht zu beanstanden und stelle einen wertvollen städtebaulichen Beitrag dar. Die Neubauten ordneten sich trotz der neuen Formensprache gut in die Umgebung ein. Mit der Platzierung der beiden Baukörper direkt an der Sonnenstrasse und auf dem südlichen Grundstücksteil sei in Berücksichtigung der Grundstücksform und der möglichen Ausnützung die bestehende Körnung im Quartier adäquat aufgenommen worden. Der Stadtrat erklärt sodann, entgegen den Ausführungen der Einsprecher könne nicht von einem «Ensemble Sonnenstrasse» gesprochen werden, weil in den vergangenen Jahren an den bestehenden Gebäuden teilweise sehr unsensible und massive Eingriffe vorgenommen worden seien, welche die ursprüngliche Qualität des Strassenzuges zum grossen Teil zerstört hätten. So seien namentlich der Strassenraum und die Gärten durch nachträglich vorgenommene Pflästerungen und durch den Bau von Parkplätzen und Garagen, aber auch die Dachlandschaft sehr stark beeinträchtigt worden. Bei der Beurteilung des Bauvorhabens seien unter den gegebenen Umständen nicht nur die Häuser an der Sonnenstrasse, sondern auch die Gebäude in einem weiteren Umkreis einzubeziehen. Dabei zeige sich eine Vielfalt von verschiedensten Gebäude- und Dachformen. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände erweise sich das Bauvorhaben als mit den Gestaltungsvorschriften von §26 und 30 der Bauordnung in jeder Hinsicht vereinbar. Zwar sei einzuräumen, dass die Überbauung Sonnenstrasse eine besondere Qualität aufweise. Entsprechend hätten die 90 Jahre alten Häuser an der Sonnenstrasse im Zuger Bautenführer und im ISOS, dem Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, Aufnahme gefunden. Dies ändere jedoch nichts an der Tatsache, dass weder das «Ensemble Sonnenstrasse» noch einzelne Bauten davon formell unter Schutz gestellt seien.

B. Gegen den Einspracheentscheid des Stadtrates erhoben die Einsprecher Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat. Sie reichten auch ein Parteigutachten der Archicultura, Stiftung für Orts- und Landschaftsbildpflege, Luzern, vom 8. Dezember 2001 ein. Der Gesamtregierungsrat nahm im Beisein einer Vertretung des Amtes für Denkmalpflege einen Augenschein vor. Am 11. Juni 2002 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab. Der Regierungsrat stellte insbesondere fest, die Beschwerdeführer seien sich bewusst, dass die Liegenschaften entlang der Sonnenstrasse formell nicht unter Schutz stünden. Weil sie jedoch im Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) sowie im Zuger Bautenführer enthalten seien, handle es sich um ein besonders sensibles Gebiet. Es handle sich um ein gemeindliches Baubewilligungsverfahren, nicht aber um die Erfüllung einer Bundesaufgabe. Die Inventare nach Art. 5 des Natur- und Heimatschutzgesetzes vom 1. Juli 1966 (NHG, SR 451) seien aber auch bei der Erfüllung kantonaler Aufgaben nicht vollständig bedeutungslos. Den Inventaren komme materiell Konzeptcharakter im Sinne von Art. 13 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979

(RPG) zu, was die Kantone bei der Richt- und Nutzungsplanung zu berücksichtigten hätten (Art. 6 Abs. 4 RPG). Diese Aufgabe habe der Kanton Zug nur teilweise vollzogen. Im Richtplan 1987 seien die BLN-Gebiete aufgeführt. Aufgrund der Umsetzung und Konkretisierung in der Richtplanung sei demnach das BLN-Inventar auch für die Behörden von Kanton und Gemeinden verbindlich. Das ISOS-Inventar für den Kanton Zug datiere vom 19. April 2000. Es habe deshalb keine Aufnahme in den Richtplan von 1987 gefunden. Es werde erst mit der zur Zeit laufenden Revision Aufnahme in den Richtplan finden. Erst anschliessend werde es bei der Erfüllung von gemeindlichen und kantonalen Aufgaben zu berücksichtigen sein.

Beim Augenschein der Baubewilligungsbehörde habe sich der kantonale Denkmalpfleger dahin geäussert, es handle sich um ein Ensemble, dem aus historischen Gründen Sorge getragen werden solle. Die kantonale Denkmalpflege habe vorgeschlagen, die Überbauung an der Sonnenstrasse in das Inventar der schützenswerten Denkmäler aufzunehmen, zu konkreten Schritten für eine Unterschutzstellung sei es jedoch nicht gekommen. Der frühere Denkmalpfleger habe der Bauherrschaft sogar bestätigt, dass keine Unterschutzstellung der Liegenschaft Sonnenstrasse 10 geplant sei, worauf die Bauherrschaft erst das fragliche Grundstück erworben habe. Beim Augenschein des Regierungsrates habe der Denkmalpfleger mitgeteilt, dass er auf Gesuch der Beschwerdeführer im April 2002 ein Unterschutzstellungsverfahren für einzelne Gebäude entlang der Sonnenstrasse eröffnet habe. Weil aber die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend seien, soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergebe (§47 Abs. 2 VRG), müsse sowohl die Aufnahme der Liegenschaften entlang der Sonnenstrasse in das ISOS-Inventar als auch das eingeleitete Unterschutzstellungsverfahren bei der Beurteilung des vorliegend zur Diskussion stehenden Bauvorhabens unberücksichtigt bleiben. Der Neubau könne deshalb nicht an den Schutzziele des ISOS-Inventars gemessen werden. Auch das eingeleitete Unterschutzstellungsverfahren spiele vorliegend keine Rolle.

Das Haus Bindschedler (Sonnenstrasse 2) habe als Vertreter des Quartiers Sonnenstrasse im «Zuger Bautenführer» Aufnahme gefunden. Das Bauforum Zug habe 1992 mit diesem Bautenführer die zunehmende Auseinandersetzung breiter Bevölkerungskreise und der Medien mit Architektur sowie den Wunsch nach einer besser gebauten Umwelt unterstützen und somit die Diskussion über Architektur fördern wollen. Der Bautenführer erhebe keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die Aufnahme des Hauses Sonnenstrasse 2 bzw. des Quartiers Sonnenstrasse in dem Zuger Bautenführer entfalte für die Baubewilligungsbehörde keine Rechtswirkung.

Der Regierungsrat äussert sich auch zur politischen Diskussion über die planerische Zuordnung der Sonnenstrasse bei der letzten Gesamtrevision der Bau- und Zonenordnung der Stadt Zug anfangs bis Mitte der 90er Jahre.

Der Grosse Gemeinderat habe insbesondere die Einführung von Strukturierungsgebieten geprüft. Diese Zonen hätten für gewisse Gebiete, insbesondere auch für die Sonnenstrasse, eine Art Ortsbildschutzzone darstellen sollen. Schliesslich habe aber der Grosse Gemeinderat die Idee solcher Strukturierungszonen verworfen. Mit der Gesamtrevision der Bau- und Zonenplanung sei ebenfalls die Liste der Einzelobjekte und Ensembles von schutzwürdigen Bauten und Anlagen überprüft worden. Auch dort habe die Sonnenstrasse keine Aufnahme gefunden. Sie sei im Gegenteil einer gewöhnlichen Wohnzone W2b zugewiesen worden. Diese Zuweisung sei für die Beurteilung heutiger Bauvorhaben massgebend. Angesichts der Vorgeschichte könnten die Beschwerdeführer keinen weitergehenden Schutz der Liegenschaften an der Sonnenstrasse ableiten. Jedes Bauvorhaben sei an den ordentlichen Ästhetikparagraphen der BO Zug zu messen.

Zur Rüge, der geplante Neubau genüge den gestalterischen Anforderungen der Bauordnung nicht, erklärt der Regierungsrat, die Wohnzone W2b, der auch die Liegenschaften an der Sonnenstrasse angehörten, zeichne sich vor allem durch eine grosse Vielfalt verschiedenster Gebäude- und Dachformen aus. Einfamilien- und Mehrfamilienhäuser, Schräg- und Flachdächer wechselten sich ab. Die Wohnbauten der weiteren Umgebung stammten aus verschiedenen Zeitepochen. Die beiden Neubauten ordneten sich trotz der neuen Formsprache gut in die bauliche und landschaftliche Vielfalt ein. Insbesondere das Doppel Einfamilienhaus an der Sonnenstrasse nehme die Struktur, die Körnung und die Mantellinien der bestehenden Einfamilienhäuser der Sonnenstrasse auf und setze den Rhythmus der Bebauung fort. Die Häuser Sonnenstrasse 4, 6 und 8 stünden in einem Gebäudeabstand von rund 9 m zueinander. Das Doppel Einfamilienhaus nehme diese Folge auf und verfüge seinerseits über einen Abstand von rund 8.5 m zum Haus 8. Dieser Abstand sei ca. 1.5 m grösser als heute. Unter anderem dank dem gegenüber der Strasse typischen geringen Abstand habe die Bautiefe beim Doppel Einfamilienhaus nahezu übernommen werden können. Der Dachknick der Mansardendächer der Altbauten bilde eine Referenzlinie des geplanten Doppel Einfamilienhauses. Mit diesen Massnahmen hätten wesentliche Bestandteile der bestehenden Baustruktur übernommen, d.h. respektiert und weitergeführt werden können. Das Neubauprojekt wolle aber bewusst keine Kopie der Altbauten darstellen. Es solle Neues geschaffen werden, das sich jedoch an den bisherigen Strukturen orientiere. Trotzdem oder gerade deshalb gliedere sich die zeitgenössische Architektur des Neubauprojekts in die nähere und weitere bauliche und landschaftliche Umgebung ein.

Die Beschwerdeführer störten sich insbesondere an der Form des Daches. Das geplante Flachdach verletze die entsprechende Vorschrift der Bauordnung. Der Neubau stelle einen Fremdkörper dar. Dazu führt der Regierungsrat aus, unter Berücksichtigung der Einordnung sowie einer harmonischen Dachlandschaft seien Flachdächer und Schrägdächer zulässig (§30 Abs. 1 BO Zug). Insbesondere derselben Wohnzone zugewiesene Mehr-

familienhäuser nördlich der Liegenschaft Sonnenstrasse verfügten über Flachdächer. Auch südlich angrenzend an die Sonnenstrasse seien Gebäude in der Wohnzone W3 mit Flachdächern auszumachen. Im Weiteren präsentiere sich die Dachlandschaft im Guthirtquartier sehr unterschiedlich. Indem der Stadtrat die räumliche Abgrenzung bei der Beurteilung der Einordnung nicht auf die Liegenschaften entlang der Sonnenstrasse beschränkt habe, sei ihm darin zuzustimmen, dass auch Flachdächer in diesem Gebiet üblich seien. Eine allfällige Anweisung an den Stadtrat, ein Flachdach zu verbieten und eine Schrägdachform zu bewilligen, würde zu noch grösseren Einordnungsproblemen führen. Die kopierte Übernahme von bestehenden Schrägdächern würde sich nicht besser einordnen und würde zu einer Art «Schrägdachkitsch» führen.

C. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 15. Juli 2002 gelangten die Einsprecher ans Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zug vom 11. Juni 2002 sei aufzuheben und die Baubewilligung zu verweigern.

Die Beschwerdeführer berufen sich auf §26 BO als generelle Einordnungsvorschrift sowie auf §30 BO hinsichtlich der Dachform. Sie erklären, es sei zwar richtig, dass das ISOS-Inventar zur Zeit keine direkten Wirkungen auf ein Baubewilligungsverfahren habe. Hingegen beweise die Empfehlung, die Substanz des Ensembles Sonnenstrasse zu erhalten, dass es sich um besonders empfindliches Gebiet handelt, in welchem an die Gestaltung von Bauvorhaben besonders hohe Anforderungen gestellt werden müssten. Das Ensemble Sonnenstrasse finde auch Erwähnung im INSA-Inventar, welches von der Gesellschaft für schweizerische Kunstgeschichte erstellt werde. Auch von Fachleuten der kantonalen Denkmalschutzkommission sowie dem Denkmalpfleger des Kantons Zug werde dem Ensemble Sonnenstrasse ein besonderer Wert zuerkannt. Dieser besondere Substanzwert müsse Ausgangspunkt für die Beurteilung sein, ob der geplante Neubau sich positiv und damit gut in das Ensemble einordne.

Die Beschwerdeführer halten daran fest, dass die weitere bauliche Umgebung der Sonnenstrasse für die Beurteilung in diesem besonderen Fall nicht berücksichtigt werden dürfe, wo dem Strassenbild für sich alleine besondere Qualitäten attestiert werde. Wenn das Gericht die gegenteilige Auffassung des Regierungsrates schützen würde, wären damit die gemeindlichen Einordnungs- und Ästhetikvorschriften faktisch bedeutungslos. Die Einordnung eines Bauvorhabens in eine weitere Umgebung könne kaum je beanstandet werden, da immer Elemente der Uneinheitlichkeit oder Disharmonie auszumachen seien. Die Beschreibung der weiteren Umgebung im vorinstanzlichen Entscheid sei nicht falsch. In dieser Umgebung befinde sich aber eine in sich geschlossene Zelle, welche ein besonders schönes Strassenbild abgebe. Es sei logisch, dass der Neubau die Basketballfelder nicht zu beeinträchtigen vermöge. Das Strassenbild aber, an dessen Pforte der Neubau zu stehen

kommen solle, werde vom Neubau beeinflusst und beeinträchtigt. Beurteilungssperimeter könne damit einzig das Strassenbild der Sonnenstrasse sein.

Der Neubau könne sich ins bestehende Bild nicht einpassen. Der bestehende Rhythmus werde durch die Verschiebung des Grundrisses gestört. Die Proportionen würden verletzt. Weder in der Tiefe noch in der Anstosslänge halte sich der Neubau an die bestehende Struktur. Durch das Flachdach bedingt werde auf weniger Höhe mehr Volumen gebaut, so dass auch die Massstäblichkeit massiv beeinträchtigt werde. Die unterschiedlichen, aber doch gleichartigen Details an den Fassaden der bestehenden Bauten fehlten gänzlich, so dass die bislang hochgelobte Grunderscheinung verloren gehe. Weder der Neubau als Einzelobjekt noch die Eingliederung würden den Anforderungen von §26 BO genügen. Die bestehende Dachlandschaft, geprägt durch die steilen, sehr selten anzutreffenden Mansardendächer, sei in so perfekter Harmonie wohl kaum anderswo im Kanton Zug anzutreffen. Sie werde mit einem Flachdach gänzlich zerstört. Erwiesenermassen präge eine harmonische Dachlandschaft ein Orts- oder Strassenbild ganz speziell. Nicht ohne Grund sei denn auch diese Dachlandschaft durch §30 BO der Bauordnung von Zug speziell geschützt. Indem der geplante Neubau ein Flachdach vorsehe, werde alleine dadurch §30 BO verletzt.

...

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss §61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst. Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Die Beschwerdeführer sind Eigentümer von Liegenschaften an der Sonnenstrasse, die entweder dem Baugrundstück direkt benachbart sind oder zum Ensemble gehören, dessen Schutz geltend gemacht wird. Sie sind zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb sie zu prüfen ist.

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann jede Rechtsverletzung gerügt werden. Als Rechtsverletzung gelten insbesondere die Nichtanwendung und die unrichtige Anwendung eines Rechtssatzes, die unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache, der Missbrauch oder die Überschreitung des Ermessens sowie die Verletzung einer wesentlichen Form- oder Verfahrensvorschrift. Die Ermessensüberprüfung steht dem Gericht nicht zu; es kann nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens des Regierungsrates setzen (vgl. §63 Abs. 3 VRG).

Soweit sich aus der Natur einer Streitsache nichts anderes ergibt, sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeent-scheides massgebend (§47 Abs. 2 VRG). Soweit sich aus der Natur der

Streitsache nichts anderes ergibt, sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides des Regierungsrates auch für den Entscheid des Verwaltungsgerichtes massgebend, da das Gericht mit beschränkter Kognition nicht aufgrund anderer tatsächlicher und rechtlicher Verhältnisse urteilen kann (GVP 1983/84, 61).

2. Objekte, an deren Erhaltung ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, werden unter kantonalen Schutz gestellt und in das Verzeichnis der geschützten Denkmäler eingetragen (§4 des Denkmalschutzgesetzes vom 26. April 1990, BGS 423.11). Zuständig ist der Regierungsrat (§10), in besonderen Fällen die Direktion des Innern (§11 Abs. 3). Die Gemeinden erlassen im Rahmen ihrer Bauordnungen Vorschriften zur Erhaltung der Eigenart und der Schönheit schützenswerter Siedlungsgebiete im Sinne des kantonalen Richtplanes (§6 des Denkmalschutzgesetzes). Gemäss der Bauordnung der Stadt Zug vom 4. Dezember 1994 (BO) bezwecken die Ortsbildschutzzonen die Erhaltung und Pflege des jeweiligen Orts- und Quartierbildes. Veränderungen der bestehenden Gebäude sind nur zulässig, wenn sie das heutige Erscheinungsbild nicht beeinträchtigen. Einzelne Neubauten sind zulässig, wenn sie dem Charakter des schutzwürdigen Ortsbildes entsprechen. Es ist unbestritten, dass bei der Ausarbeitung der Bauordnung 1994 die Einführung einer Ortsbildschutzzone bzw. einer Strukturerhaltungszone auch für die Sonnenstrasse geprüft wurde. Ebenso wurde die Liste der Einzelobjekte und Ensembles von schutzwürdigen Bauten und Anlagen überprüft. Der Gesetzgeber hat dies in Kenntnis des ISOS-Inventars wie auch des Zuger Bautenführers getan. Er hat sich insbesondere in Kenntnis der Aufnahme des Ensembles im Inventar schützenswerter Ortsbilder der Schweiz (ISOS) für eine vorbehaltlose Zuweisung zur Wohnzone W2b entschlossen. Der gemeindliche Gesetzgeber, der das Instrumentarium für den Ortsbildschutz geschaffen und in der Altstadtzone, der Ortskernzone Oberwil und in weiteren Gebieten angewendet hat, hat für die Sonnenstrasse auf eine entsprechende Massnahme verzichtet. Die strittige Baute steht auch nicht unter kantonalem Denkmalschutz.

Schliesslich ist zu Recht unbestritten, dass das ISOS-Inventar gemäss Art. 6 Abs. 2 NHG Beurteilungsgrundlage bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe darstellt, wozu aber die nach kantonalem und insbesondere gemeindlichem Recht erteilte Baubewilligung nicht gehört. Das strittige Baugesuch verletzt somit keine Vorschriften des Denkmal- oder des Ortsbildschutzes. Zu prüfen bleibt im Folgenden, ob die geplante Baute den Einordnungsvorschriften der Bauordnung entspricht.

3. a) Unter dem Titel Gestaltung bestimmt §26 BO was folgt:

Bauten, Anlagen und Umschwung sind für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen so zu gestalten und zu unterhalten, dass eine gute Gesamtwirkung erzielt wird.

Bauten und Anlagen, Teile von solchen, bauliche Einrichtungen und Ausrenovierungen, haben sich in ihrer Erscheinung in das Stadt-, Quartier- und Strassenbild einzufügen und anerkannten architektonischen Gestaltungsprinzipien zu entsprechen.

Unter dem Titel Dächer bestimmt § 30 Abs. 1 BO:

Unter Berücksichtigung der Einordnung sowie einer harmonischen Dachlandschaft sind Flachdächer und Schrägdächer zulässig.

Im angefochtenen Entscheid stellt der Regierungsrat seine konstante Praxis bei der Anwendung dieser Vorschriften zutreffend wie folgt dar: Die Bestimmung ist eine allgemeine positive ästhetische Generalklausel. Sie erschöpft sich nicht in einem blossen Verunstaltungsverbot, wonach Bauvorhaben nicht einen stossenden Gegensatz zur Nachbarschaft bilden oder auffallend störend in Erscheinung treten dürfen. Sie verlangt darüber hinaus positiv eine architektonische Gestaltung, welche sich gut in die Umgebung einordnet. Da eine gute Gesamtwirkung verlangt wird, dürfen strengere Massstäbe angelegt werden als bei einem blossen Verunstaltungsverbot (GVP 1993/94, 297). Allerdings sind die Anforderungen an ein Bauvorhaben sorgfältig zu begründen. Es darf nicht einfach auf ein beliebiges, subjektives architektonisches Empfinden oder Gefühl abgestellt werden. Es muss im Einzelnen dargelegt werden, weshalb mit einer bestimmten baulichen Gestaltung weder für den Bau selbst noch für die Umgebung eine gute Gestaltung erzielt wird (BGE 114 Ia 343). Dieser Beurteilung unterliegt jede Baute, auch wenn die übrigen Bau- und Zonenvorschriften beachtet worden sind. Andererseits darf die Anwendung der Gestaltungsvorschrift nicht dazu führen, dass generell für ein bestimmtes Gebiet die Zonenvorschriften ausser Kraft gesetzt werden. Erweisen sich die Auswirkungen von Bauvorschriften allgemein als gestalterisch unbefriedigend, so sind die Pläne und Vorschriften zu ändern (Hans Hagmann, Kommentar zur Bauordnung der Stadt Zug, Zürich 1998, S. 70 f.).

Das Verwaltungsgericht hat diese Praxis wiederholt bestätigt (VGE i.S. B. vom 13. August 2002, i.S. P. vom 4. Juni 2002, i.S. H. vom 29. Dezember 1999). Im Entscheid vom 29. Dezember 1999 hat das Gericht insbesondere darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber anstelle von konkreten Baumassen oder Gestaltungsnormen das Gewachsene zur Norm erklären kann, was in gewissem Masse in den Ortsbildschutzzonen und in sehr hohem Masse in der Altstadtzone geschieht. Der Gesetzgeber könnte sich in entsprechend empfindlichen Lagen nicht auf die Gestaltungsvorschrift von § 26 BO verlassen. In den genannten Entscheiden hat das Gericht allgemein zum Einordnungsgebot festgestellt, dass es nicht bedeuten kann, die Bauherrschaft bei einer Neubaute auf die traditionelle Architektur oder die herkömmliche Quartiergestaltung zu verpflichten. Die Fragen der Einordnung werden akzentuiert, wenn Kanton und Gemeinde gemäss Art. 1 Abs. 1 RPG dafür

sorgen, dass der Boden haushälterisch genutzt wird und dieses Ziel in Bau-normen umsetzen, welche die Nutzung nicht auf die Masse der bisherigen Überbauung begrenzen, sondern eine Verdichtung erlauben.

b) Die Häuser Sonnenstrasse 1-10 wurden 1910/12 erbaut. Die Benennung im ISOS-Inventar lautet: «Eigenheim-Kolonie Sonnenstrasse, stark umgrünte Doppelreihe von zehn Einfamilienhäusern». Die Initiative zur Überbauung hatten zwei SBB-Beamte gegeben. Die Bauten sind auf einer Linie zur Sonnenstrasse ausgerichtet, mit sehr ähnlichen Anstoss-Längen. Auf den von der Strasse abgewandten Seiten wurden die Gärten angelegt. Die Bauten weisen alle gleichschenklige Schrägdächer mit Vordächern auf. Vorhanden sind die Dachformen: Mansardengiebeldach, Mansardendach mit Schopf sowie Giebel-dach. Die Dachneigung beträgt zwischen 40 und 50 Grad. Von den drei Geschossen sind in der Regel zwei ganz oder teilweise ins Dach eingebunden. Die unteren Teile der Mansardendächer sind steiler als die genannte Dach-neigung. Die Sonnenstrasse präsentiert sich als recht homogenes und dennoch wohlthuend abwechslungsreich wirkendes Ensemble. Allerdings sind vereinzelt auch Eingriffe erfolgt als Anbauten oder Veränderung der Umgebung. Der Zuger Bautenführer nennt die Häuser Sonnenstrasse Nr. 1 und 2 als Portal der Siedlung. Das Haus Nr. 10 bildet zusammen mit dem Haus Nr. 8 den oberen Abschluss der Überbauung Sonnenstrasse auf Seiten des Flurweges bzw. der Kantonsschule. Beide Häuser sind sehr ähnlich im Erscheinungsbild und haben Mansardendächer bis zur Decke des Erdgeschosses.

Den Beschwerdegegnern ist beizupflichten, dass es sich bei ihrem Projekt um eine zeitgemässe Interpretation derjenigen Elemente handelt, welche die Sonnenstrasse charakterisieren. Dies betrifft die Situierung der Häuser: das Haupthaus im Rhythmus der Häuserreihe an der Strasse, das Gartenhaus in Abstimmung nach Grösse und Materialisierung zum Gartengelände. Die Bauherrschaft beansprucht nicht die volle Ausschöpfung der Ausnützung. Hinsichtlich der Eingliederung hat die Bauherrschaft die Auflagen der Bau-bewilligungsbehörde angenommen. Die gewünschte Gestaltung wurde durch das Näherbaurecht des Kantons erleichtert. Diese Bemühungen, um in der Volumetrie, Gebäudehierarchisierung und Körnung auf die gebaute Umgebung Rücksicht zu nehmen, betrifft vor allem das Strassenbild im Sinne von §26 Abs. 2 BO. Zutreffend wird von den Parteien das ebenfalls zu berücksichtigende Quartierbild beschrieben, in welches die Einordnung in-dessen nicht Anlass zu Diskussionen bietet. Die Vorinstanzen haben an die Einordnung in das Erscheinungsbild der Sonnenstrasse hier strengere Anforderungen gestellt als dies üblicherweise bei Neubauten der Fall ist, wenn eine verdichtete Nutzung des Grundstückes zulässig ist. Trotzdem bleibt der Unterschied zwischen den bestehenden Bauten und dem Neubau erheblich. Augenfällig ist das Flachdach, aber wohl die gesamte Architektur des Bauprojektes, mit welchem zwar im vorgenannten Masse besonders auf die Eingliederung geachtet, gleichwohl aber die heutige Formensprache der Architektur gewählt und bewilligt wurde.

In rechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, wieweit unter dem Titel der Gestaltung und Einordnung gemäss §26 und §30 BO auch Belange des Denkmal- und Ortsbildschutzes zu berücksichtigen sind, für welche die Rechtsordnung andere Instrumente zur Verfügung stellt. Ein Verbot des Abbruches bzw. eine Verpflichtung zur Erhaltung ist im Verfahren der Unterschutzstellung anzuordnen oder durch den Bauordnungsgesetzgeber. Eine Verpflichtung des Ortsbildschutzes, bei Neubauten Volumen und Architektur der Vorgängerbauwerke oder des Quartiers beizubehalten, ginge ebenfalls über eine Gestaltungsvorschrift hinaus, da die geltende Zonenordnung nicht auf diese Art und Weise ausser Kraft gesetzt werden dürfte. Vielmehr hätte der gemeindliche Gesetzgeber eine entsprechende Ortsbildschutzzone anzuordnen. In §30 Abs. 1 BO wird zwischen Flachdächern und Schrägdächern unterschieden. Wenn auch die Dachlandschaft ein besonderes Charakteristikum der Überbauung Sonnenstrasse ist, so könnte doch nicht das Postulat erhoben werden, den Neubau mit einem Schrägdach zu versehen. Dabei wäre zu beachten, dass ein Schrägdach mit gleichem Neigungswinkel wegen der grösseren Fläche zu einem grösseren Volumen führen würde oder bei einer weniger steilen Dachgestaltung ebenfalls einen markanten Unterschied zwischen bestehenden Bauten und Neubauten zeigen würde. Ein Flachdach gliedert sich eher ins Bestehende ein als ein nicht angepasstes Schrägdach. Es ergibt sich auch unter diesem Aspekt, dass eine möglichst weitgehende Bewahrung des heutigen Ensembles die Tragweite der Einordnungsvorschriften von §26 und §30 BO übersteigt. Schutz, Erhaltung und Möglichkeiten der Neugestaltung müssten mit denkmalpflegerischen oder ortsbildschützerischen Massnahmen angeordnet werden. Dessen war sich der Gesetzgeber auch bewusst. Er hat aber die Sonnenstrasse in eine Wohnzone eingewiesen. Die Bauherrschaft hat deshalb Anspruch auf Beurteilung ihres Vorhabens nach der geltenden Bauordnung. Sie hat in erhöhtem Masse, soweit sich dies auf die Gestaltungsvorschriften abstützen lässt, den besonderen Charakter der Sonnenstrasse berücksichtigt. Die Vorinstanzen haben mit der Bewilligung des Bauprojektes kein Recht verletzt und das Ermessen nicht überschritten, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

Verwaltungsgericht, 3. Dezember 2002

## 5. Vergaberecht

*§27 VRöB. – Ungewöhnlich niedriges Angebot. Ein Unterangebot ist nicht unzulässig, aber Anlass zu näherer Prüfung.*

*Erwägungen:*

...

2. Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, dass die Firma H., welche den Zuschlag erhalten hat, ein (unzulässiges) Unterangebot gemacht habe und deshalb vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Sie beantragt deshalb, die berücksichtigte Anbieterin sei zu verpflichten, durch Hinterlegung ihrer Kalkulation zu belegen, dass sie kostendeckend sein könne, und eine Bestätigung beizubringen, dass sie vollumfänglich dem GAV nachkomme.

a) Der Begriff des «Unterangebots» ist nicht einheitlich. Traditionellerweise ist von einem Unterangebot die Rede, wenn die Leistung zu einem unter den Gesteungskosten liegenden Preis angeboten wird. Im öffentlichen Beschaffungswesen wird der Begriff meistens gebraucht für ein besonders niedriges Angebot, welches über die Verletzung von Vorschriften zustande kommt. Das (teilweise in kantonalen Gesetzen vorgesehene) Verbot, Unterangebote zu berücksichtigen, gründet einerseits im Gedanken, der Staat sei an finanziell gesunden Unternehmungen interessiert, damit Arbeitsplätze und Substrat erhalten bleiben. Andererseits birgt die Berücksichtigung von Unterangeboten die Gefahr in sich, dass der soziale Friede gestört wird, zumal der Arbeitnehmer damit erfahrungsgemäss zu höherer Arbeitsleistung angetrieben wird.

b) Das zugerische SubmG und die dazugehörige Vollziehungsverordnung vom 10. September 1996 (SubmV, BGS 721.53) äussern sich nicht zum Thema des Unterangebots. Dagegen bestimmt die Vergaberichtlinie vom 14. September 1995 (VRöB, BGS 721.521) aufgrund der IVöB Folgendes: Erhält eine Auftraggeberin oder ein Auftraggeber ein Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, kann sie oder er bei der Anbieterin oder beim Anbieter Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass diese oder dieser die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen kann (§27 VRöB).

Das kantonale Vergaberecht spricht somit kein grundsätzliches Verbot von Unterangeboten aus. Ein sehr niedriges Angebot muss damit nicht automatisch ein (unzulässiges) Unterangebot darstellen. Vielmehr wäre ein Abschluss eines Angebotes unzulässig, wenn er allein mit dem ungewöhnlich tiefen Angebotspreis begründet würde oder einzig dem Interesse an der Erhaltung eines leistungsfähigen Wirtschaftssektors diene. Das Gesetz will

lediglich sicherstellen, dass ein Anbieter trotz offerierter Tiefstpreise die Teilnahme- und Auftragsbedingungen erfüllen kann (vgl. dazu auch VGr. GR, 9. September 1998, PVG 1998, Nr. 60, S. 202 f.; Solothurn. Schätzungskommission, 24. Februar 1999, SOG 1999 Nr. 49; Galli / Lehmann / Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Nr. 468).

Ein sehr niedriges Angebot kann lediglich einen Hinweis für die Vergabestelle darstellen, diesbezüglich weitere Abklärungen zu treffen. Diese Abklärungen sollen einerseits verhindern, dass einem Anbieter der Zuschlag erteilt wird, welcher die einschlägigen Bestimmungen nicht einhält. Andererseits dienen sie auch dem Schutz des Auftraggebers in dem Sinn, als sie verhindern sollen, dass der Zuschlag auf Grund einer Offerte geschieht, welche gar nicht eingehalten werden kann.

Im Übrigen ist es in einem liberalisierten Markt grundsätzlich Sache der Unternehmen, wie sie ihre Preise kalkulieren und welche Risiken sie dabei in Kauf nehmen wollen. Wie weit die Kalkulation des Anbieters aus seiner Sicht als wirtschaftlich vertretbar erscheint, hat die Vergabestelle nicht zu prüfen. Selbst ein Angebot, dessen Preis unter Kalkulation eines Verlustes zustande gekommen ist, erscheint nicht von vornherein als unzulässig. Ein solches Angebot kann aus Sicht des Anbieters gerechtfertigt sein, um die Beschäftigung seiner Arbeitnehmer in einer kritischen Phase zu gewährleisten oder in einem neuen Geschäftsbereich Fuss zu fassen. Diese Art von Preisbildung ist im Geschäftsverkehr unter Privaten weder ungewöhnlich noch gilt sie grundsätzlich als unzulässig; ein Verbot dieses Vorgehens würde den Anbietern das Eindringen in neue Märkte erschweren und bestehende Marktstrukturen zementieren, was nicht der Zielsetzung des Vergaberechts entspricht.

c) Vorliegend ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle keinen Anlass dazu sah, weitergehende Erkundigungen bei der Firma H. einzuziehen. Die Beschwerdeführerin macht zu Unrecht eine Verletzung der Prüfungspflicht geltend. Die Kostendifferenz kann im Wesentlichen mit der Verwendung einer anderen Technik erklärt werden, womit es der Firma H. möglich ist, die Transporte preisgünstiger abzuwickeln. Infolge der Ausschreibung der Transporte ist auch mit Verbesserungs- und dadurch Kostensenkungsmöglichkeiten in Bezug auf Routenführung, Bewirtschaftung der Sammelcontainer etc. zu rechnen. Die Firma H. ist zudem dem ZEBÄ seit Jahrzehnten durch ihre Tätigkeit für Zuger Einwohnergemeinden bekannt. Eine Meldung der zuständigen Organe des Gesamtarbeitsvertrages, dass von der Firma H. der GAV nicht eingehalten würde, ist nicht bekannt. Auch aus den von der Beschwerdeführerin zu den Akten gereichten Presseartikeln (Kipp/Zuger Presse) lässt sich nichts anderes ableiten. Der kleinste von der Firma H. ausbezahlte Monats-Bruttolohn im Bereich Müllabfuhr liegt immer noch über den gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten minimalen Bruttolöhnen.

Aufgrund der im Submissionsverfahren nur eingeschränkt zur Verfügung

stehenden Mittel der Aufklärung ist auch nicht feststellbar, dass das Angebot der Firma H. aus anderen Gründen unlauter im Sinne des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) wäre. Unlauter wäre das Angebot der Firma H. etwa dann, wenn sie als marktmächtiger Unternehmer versuchen würde, die Mitbewerber durch gezieltes Unterbieten ihrer Preise vom Markt zu verdrängen. Dafür, dass dem so wäre, gibt es jedoch keine begründeten Hinweise. Der vergleichsweise tiefe Angebotspreis sagt in dieser Hinsicht nichts aus. Die Überprüfung der Kalkulationsunterlagen vermöchte deshalb noch nichts zu beweisen, selbst wenn sich dabei das Angebot der Firma H. als nicht kostendeckend erweisen würde. Diesbezügliche Anträge der Beschwerdeführerin müssen daher abgewiesen werden, wie sich auch die Beschwerde als solche als nicht begründet erweist.

Verwaltungsgericht, 23. April 2002

*§8 Submissions Regl Steinhausen, Ziff. 5.1.2 der Richtlinien. – Die Vergabekriterien sind vor der Submission festzulegen.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Die Vergabestelle schreibt die Arbeitsgattungen Lüftung und Heizung separat aus und erteilt den Zuschlag nicht auf das je wirtschaftlich günstigste Angebot, sondern auf das gesamthaft günstigste Angebot. Das Gericht beschränkt den Zuschlag auf die Heizungsanlage (günstigstes Angebot) und erteilt den Zuschlag auf das günstigste Angebot der Lüftungsanlage.

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss §10 des Submissionsreglements der Gemeinde Steinhausen richtet sich der Rechtsschutz bei der Vergabe von gemeindlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nach §9 des Submissionsgesetzes des Kantons Zug und wird für sämtliche öffentlichen Aufträge unabhängig von einem Schwellenwert gewährt. Gemäss §9 in Verbindung mit §§5 und 6 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 27. Juni 1999 (Submissionsgesetz, SubmG; BGS 721.5) kann u.a. der Entscheid der Auftraggeberin oder des Auftraggebers über den Zuschlag mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Die vorliegende Beschwerde wurde fristgerecht beim Verwaltungsgericht eingereicht und entspricht auch den übrigen formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist.

2. Gemäss §8 Abs. 1 des Submissionsreglements der Gemeinde Steinhausen wird der Auftrag dem Bewerber mit dem günstigsten Preis-/Leistungsverhältnis erteilt. Neben dem Preis sind in der Regel bei der Vergabe folgen-

de Kriterien gebührend zu beachten: Einhaltung der allgemeinen und speziellen Bedingungen der Angebotsunterlagen, Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technische Werte, Ästhetik, Kreativität sowie Infrastruktur. Nach 5.1.2 Satz 1 der Richtlinien zum Submissionsreglement der Gemeinde Steinhausen sind die Vergabekriterien gemäss §8 vor der Submission festzulegen.

Die erfolgte Festsetzung der massgeblichen Vergabe- bzw. Zuschlagskriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist bei der Zuschlagserteilung für die Vergabestelle und die Anbieter verbindlich und schränkt in diesem Sinne das der Vergabestelle zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebotes ein. Das Gebot der Transparenz erfordert, dass die Vergabestelle die Gewichtung der Angebote nach den von ihr bekanntgegebenen Kriterien beurteilt. Werden bekanntgegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzliche Kriterien herangezogen, die nicht bekannt gegeben wurden, handelt die Vergabestelle vergaberechtswidrig (BR 4/99, S. 141 Nr. S25 = Entscheid BRK 006/1999 vom 3. September 1999).

Es ist im Prinzip unbestritten, dass es sich bei den erst- und zweitrangierten Bewerberinnen für die Arbeitsgattung BKP 244 Lüftungsanlage um (nach den bekanntgegebenen Vergabekriterien) ebenbürtige Unternehmen handelt. Die Vergabe der ausgeschriebenen Arbeiten hätte somit, dies steht ebenso ausser Frage, ausschliesslich aufgrund des Preises der eingereichten Angebote erfolgen müssen. Demzufolge hätte die Beschwerdeführerin den Zuschlag für die Arbeitsgattung BKP 244 Lüftungsanlage erhalten müssen, da ihr Angebot gegenüber dem Angebot der Sch. AG preislich günstiger war, wie aus dem Offertvergleich vom 25. März 2002 hervorgeht.

Indem sich die Vergabestelle abweichend von den bekanntgegebenen Vergabekriterien dazu entschied, die beiden Arbeitsgattungen BKP 24 Heizungsanlage und BKP 244 Lüftungsanlage aufgrund des Totalpreises für beide Arbeitsgattungen gemeinsam zu vergeben, hat sie ein zusätzliches, nicht bekanntgegebenes Kriterium herangezogen. Damit hat sie das ihr bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebotes zustehende Ermessen überschritten und somit vergaberechtswidrig gehandelt. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet und muss gutgeheissen werden.

Daran ändert nichts, dass die Vergabe der beiden Arbeitsgattungen BKP 244 Lüftungsanlage und BKP 24 Heizungsanlage an den gleichen Unternehmer sinnvoll sein oder Vorteile für den Bau und Betrieb mit sich bringen kann, wie die beigeladene Sch. AG ausführt. Mit der getrennten Ausschreibung hat die Vergabebehörde eine Entscheidung getroffen, welche Grundlage für die Beteiligung der Anbieterinnen und Anbieter, der Beurteilung der Angebote und des Zuschlages des Auftrags bleibt.

3. Nach 5.8.2 der Richtlinien zum Submissionsreglement der Gemeinde

Steinhausen darf der Werkvertrag erst nach Ablauf der ungenutzten Beschwerdefrist oder nach Beschluss des Verwaltungsgerichts auf Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung unterzeichnet werden. Vorliegend wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Der Werkvertrag durfte somit noch nicht unterzeichnet werden.

Gelangt das Verwaltungsgericht zu einer Gutheissung der Beschwerde und ist der Vertrag noch nicht abgeschlossen, kann das Verwaltungsgericht die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen (§ 72 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976, VRG, BGS 162.1; vgl. auch Art. 18 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, IVöB, BGS 721.52).

Die angefochtene Verfügung ist in Gutheissung der Beschwerde insofern aufzuheben, als der Zuschlag für die Arbeitsgattung BKP 244 Lüftungsanlage an die nach den bekanntgegebenen Kriterien zweitplatzierte Sch. AG erteilt wurde. Nachdem feststeht, dass das preislich und nach den bekanntgegebenen Kriterien auch wirtschaftlich günstigste Angebot von der Beschwerdeführerin stammt, kann in der Sache selbst entschieden und der Zuschlag für die Arbeitsgattung BKP 244 Lüftungsanlage an die Beschwerdeführerin erteilt werden.

Verwaltungsgericht, 4. Juni 2002

## 6. Fischereirecht

*§ 11 FG. – Private Fischereirechte an öffentlichen Gewässern erfordern kein Patent.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Am 18. September 2000 ersuchte Hanspeter Merz um eine Bewilligung zum Laichfischfang in der Fischenze Eierhals im Ägerisee. Dadurch erhielt das Amt für Fischerei und Jagd Kenntnis vom Eigentumsübergang der Fischenze Eierhals von vormals Johann Josef Merz auf neu Hanspeter Merz, Eierhals, Oberägeri. Mit Schreiben vom 26. September 2000 stellte sich das Amt für Fischerei und Jagd auf den Standpunkt, Hanspeter Merz habe als neuer Eigentümer der Privatfischenze Eierhals um die Erteilung des Patentes für die Berufsfischerei nachzusuchen (Fangausübung mit Netzen, Garnen und Bären). Obwohl Hanspeter Merz der Ansicht widersprach, er habe als Eigentümer einer Privatfischenze um ein Patent für die Berufsfischerei nachzusuchen, erteilte ihm das Amt für Fischerei und Jagd das Patent für die Berufsfischerei...

Gegen diese Verfügung erhob Hanspeter Merz beim Regierungsrat Beschwerde und führte im Wesentlichen aus, er sei unbestrittenermassen Eigentümer eines selbständigen und dauernden Fischereirechtes, das aus dem Jahre 1852 datiere. Damit habe er ein wohlerworbenes Recht, das ihn zur Fischerei mit Netzen, Garnen und Bären auch ohne Berufsfischerpatent berechtige. Am 14. August 2001 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab. Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut.

*Erwägungen:*

...

2. Das Gesetz über die Fischerei vom 26. Januar 1995 regelt im 3. Abschnitt die «Fischerei in öffentlichen Gewässern». Paragraph 11 FG lautet wie folgt:

Staatsregal

1. Das Recht, Fische, Krebse und Fischnährtiere in öffentlichen Gewässern zu fangen und zu verwerten, steht vollumfänglich dem Kanton zu. Vorbehalten bleiben die nachgewiesenen Sonderrechte von Gemeinden und Privaten.
2. Der Kanton übt sein Regalrecht aus, indem er:
  - a. die Freiangelfischerei im Zugersee ermöglicht;
  - b. Patente für die Berufs- und Angelfischerei im Zugersee abgibt;

- c. kantonale Uferreviere und die Schwebnetzfischerei im Zugersee verpachtet;
  - d. Fliess- und Kleingewässer verpachtet;
  - e. Sonderbewilligungen erteilt.
3. Private Fischereirechte an öffentlichen Gewässern können vom Kanton erworben werden.

Es ist unbestritten, dass es sich bei der Fischenz Eierhals um ein solches Sonderrecht eines Privaten handelt. Hanspeter Merz ist als Eigentümer des selbständigen und dauernden Rechtes am Grundstück Nr. 84512 im Grundbuch des Kantons Zug, Gemeinde Oberägeri, eingetragen. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 22. März 1994 (Vorlage Nr. 143.1 / Lauf-Nr. 8305) wird zu § 11 des Gesetzes über die Fischerei ausgeführt, bereits nach geltendem Recht stehe das Fischereirecht an öffentlichen Gewässern dem Kanton zu (§ 4 des Gesetzes über die Fischerei im Kanton Zug vom 25. Mai 1961). Daran werde auch im neuen Recht festgehalten. Nach wie vor könnten aber auch privatrechtliche bzw. gemeindliche Fischereirechte an öffentlichen Gewässern bestehen. Nach zugerischer Rechtsordnung handle es sich dabei um selbständige und dauernde Rechte im Sinne von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, die ins Grundbuch aufzunehmen seien (vgl. BGE 97 II 25 ff. i.S. Kanton Aargau gegen Kanton Zug betreffend Fischereirecht an der Reuss). Die Sonderrechte von Gemeinden und Privaten stammen aus früherer Zeit. Ernst Zumbach, Die Fischereirechte des Ägerisees, Zug 1922, legt die seit Alters ausgeübten Rechte des Gemeinwesens und von Privaten am Ägerisee dar. Erst die Übertragung fischereirechtlicher Kompetenzen an den Bund durch die Verfassung von 1874 (Art. 25) und die in Ausführung derselben erlassenen Gesetze nötigten den Kanton zu gesetzgeberischer Arbeit, da die Festsetzung vieler Einzelheiten der Gesetzgebung sowie die Vollziehung den Kantonen übertragen wurde (Zumbach, a.a.O., S. 52). Im Jahre 1891 wurden vom Kanton in Gesetzesform Ausführungsbestimmungen zum revidierten eidgenössischen Fischereigesetz von 1888 erlassen. Darin wurde das Recht der Fischerei in den öffentlichen Gewässern unter Vorbehalt wohl-erworbener Privatrechte dem Staat zugesprochen. Dadurch erhielt das staatliche Fischereiregal, früher vom Kanton nicht ausgebeutet, eine feste gesetzliche Grundlage. Gestützt darauf erliess der Regierungsrat am 28. September 1892 eine Verordnung, welche all jene zur Lösung eines kantonalen Patentes verpflichtete, welche in öffentlichen Gewässern dem berufsmässigen Fischfang obliegen wollten. Dagegen wandten sich die Einwohnerräte von Ober- und Unterägeri, welche unter Berufung auf ihre Fischereirechte dem Kanton die Berechtigung zur Patenterteilung, d.h. das Fischereiregal im Ägerisee, absprachen. Im Jahre 1905 entschied das Bundesgericht, dass zwischen dem Eigentum an der Fischerei und dem Eigentum am See als öffentliche Sache zu unterscheiden sei. Die Fischerei im Ägerisee wurde, der historischen Entwicklung entsprechend, den Gemeinden im vollem Umfang zugesprochen,

allerdings unter dem ausdrücklichen Vorbehalt wohlervorbener privater Fischereirechte. Das Eigentum am See als öffentlichem Gewässer dagegen wurde, entsprechend den damals neueren Rechtsanschauungen, dem Kanton zugesprochen (Zumbach, a.a.O., S. 57 mit Hinweis auf BGE Bd. 31.2,1905, S. 866 f.). Unter einer früheren Rechtsordnung entstanden, ist die Fischenz heute unter der Ordnung des ZGB als privatrechtliche Berechtigung anerkannt. Unbestrittenerweise gelten aber für die Ausübung der Fischerei die jeweils geltenden Polizeivorschriften (Richard Bühler, Die Fischereiberechtigung im Kanton Zürich, Meilen 1969; Zumbach, a.a.O., S. 71). Das Recht, Fische, Krebse und Fischnährtiere in öffentlichen Gewässern zu fangen und zu verwerten, steht also vollumfänglich dem Kanton zu, vorbehalten (soweit hier von Interesse) die nachgewiesenen Sonderrechte von Privaten. Der Kanton kann das Regal nutzen, indem er es in Regie betreibt und somit das Recht selbst ausbeutet oder indem er die ihm durch das Regal gehörenden Fischereirechte an Dritte verleiht (Bühler, a.a.O., S. 86). Der Kanton Zug übt sein Regalrecht gemäss §11 Abs. 2 FG aus, indem er «im Zugersee» die Freiangelfischerei ermöglicht, Patente für die Berufs- und die Angelfischerei abgibt und kantonale Uferreviere und die Schwebnetzfischerei verpachtet. Das Gesetz nennt jeweils ausdrücklich den Zugersee. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 22. März 1994 (a.a.O. S. 13) wird – damit übereinstimmend – ausgeführt, auf private Fischereirechte in öffentlichen Gewässern seien die Bestimmungen des 3. Abschnittes grundsätzlich nicht anwendbar. Der Kanton regelt nämlich hier die Ausübung seines Regalrechtes bzw. die Verleihung der Fischereiberechtigung, insbesondere durch Erteilung von Patenten und Verpachtung. Diese moderne verwaltungsrechtliche Verleihung der Fischereiberechtigung ist anwendbar, wo nicht Sonderrechte von Gemeinden oder Privaten bestehen, wie im vorliegenden Fall die Fischenz des Beschwerdeführers als privatrechtliche Fischereiberechtigung. Er benötigt somit kein Patent. Andererseits ist der Kanton ohne weiteres berechtigt, im Rahmen der (öffentlich-rechtlichen) Verleihung der Fischereiberechtigung Differenzierungen über die Art der Fischereiberechtigung und auch über die zeitliche Dauer und den Entzug festzulegen. Die Fischenz hingegen nimmt am Privatverkehrsverkehr teil und steht im Übrigen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie. Ein Entzug müsste die Voraussetzungen einer Enteignung erfüllen.

3. Es ist sodann unbestritten, dass die fischereipolizeilichen Vorschriften, wie sie insbesondere im 2. Abschnitt des Gesetzes und in der Bundesgesetzgebung enthalten sind, sowohl für die öffentlich-rechtlich wie auch die privatrechtlich Berechtigten gelten.

4. Die Bewirtschaftung der Fischgewässer ist auf einen nachhaltigen Ertrag unter Berücksichtigung von Tierschutz und ökologischen Interessen auszurichten (§5 Abs. 1 FG). Im Interesse der natürlichen Artenvielfalt und des Bestandes einheimischer Fische, Krebse und Fischnährtiere können

Sonderfänge bewilligt, durchgeführt oder angeordnet werden, namentlich zur Laichgewinnung, zur Bewirtschaftung von Aufzuchtgewässern, zur Bekämpfung von Krankheiten, zur Bestandesregulierung ... (§5 Abs. 2 FG). Diese Bestimmungen von §5 FG unter dem Titel «Bewirtschaftung der Fischgewässer» stehen im 2. Abschnitt des Gesetzes mit den fischereipolizeilichen Vorschriften. Sie gelten somit auch für den Beschwerdeführer als Inhaber einer Privatfischerei. Im 4. Abschnitt des Gesetzes «Förderung der Fischerei» wird in §17 FG über Fischbrut- und Aufzuchtanlagen sowohl auf die «kantonale» wie die «private» Fischerei Bezug genommen.

Der Regierungsrat hat das Gesuch um eine Laichfischfangbewilligung als implizites Gesuch um ein Berufsfischerpatent interpretiert. Dabei beruft er sich auf §8 FV, wonach die Bewilligung zum Laichfischfang erhalten kann, wer die Fischerei berufsmässig ausübt, über einen entsprechenden Fähigkeitsausweis verfügt und Gewähr für einen fachkundigen und ordnungsgemässen Laichfischfang bietet. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 22. März 1994 an den Kantonsrat (a.a.O., S. 9) wird erläuternd ausgeführt, Sonderfänge könnten sich in Bezug auf den Zeitpunkt, die Methode, die verwendeten Geräte und die gefangenen Tiere von der normalen Fangausübung unterscheiden. Die üblichste Art des Sonderfanges sei der sogenannte Laichfischfang. Wo der natürliche Fischnachwuchs beispielsweise wegen Beeinträchtigung des Gewässers nicht mehr genüge, um den Fang zu ersetzen, müsse mit der Fischzucht nachgeholfen werden. Mit dem Ziel, das in den Brutanstalten benötigte Laichmaterial zu beschaffen, würden Elterntiere während ihrer Vollreife gefangen und ihnen dann die Fortpflanzungsprodukte entnommen. Es verstehe sich von selbst, dass diese Art von Sonderfängen nur bewährten Berufsleuten aus der Fischereiaufsicht und der Berufsfischerei übertragen werden könne. Sonderfänge könnten aber auch beim Auftreten von Fischkrankheiten, zum Schutz des Fischbestandes, im Zusammenhang mit technischen Eingriffen in ein Gewässer oder für Erhebungen und Abklärungen notwendig werden. Jeder Sonderfang müsse einzeln bewilligt und mit den notwendigen Auflagen versehen werden. Um zeitgerecht handeln zu können, sei es angezeigt, das Amt für Fischerei und Jagd als Bewilligungsbehörde einzusetzen (§18 Abs. 2 FG).

Der Beschwerdeführer ist im Besitze eines anerkannten Fähigkeitsausweises. Wie bereits ausgeführt, sind Sonderfänge gemäss §5 FG ohnehin im Einzelfall zu bewilligen. Der Regierungsrat bemängelt denn auch nicht die fachlichen Voraussetzungen des Beschwerdeführers, sondern hat ihm vielmehr entgegen seinem Willen ein Patent erteilt. Ein solches ist aber auch für die Bewilligung eines Sonderfanges nicht erforderlich. Gemäss §8 FV kann eine Bewilligung zum Laichfischfang erhalten, wer über einen entsprechenden Fähigkeitsausweis verfügt und Gewähr für einen fachkundigen und ordnungsgemässen Laichfischfang bietet. Die weitere Voraussetzung der berufsmässigen Ausübung ist ein Kriterium, welches im Rahmen des Staats-

regals bei der Erteilung von Patenten für die Berufs- oder die Angelfischerei relevant ist (§ 11 Abs. 2 lit. b und § 13 FG). Auch auf dem Umweg über die differenzierte Ausübung des Regalrechtes durch den Kanton ergibt sich keine Patentpflicht für den Beschwerdeführer. Vielmehr ist die Verordnung gesetzeskonform auszulegen. Dies bedeutet, dass der Beschwerdeführer die Fischerei im Rahmen seiner privatrechtlichen Berechtigung ausübt, dabei aber an die fischereipolizeilichen Vorschriften gebunden ist. Dazu gehört auch die Bewilligung von Sonderfängen. Bei der Bewilligung des Laichfischfangs gemäss § 8 FV darf der Fähigkeitsausweis verlangt werden und ist die Gewähr für einen fachkundigen und ordnungsgemässen Laichfischfang zu prüfen. Falls die Fischereiverordnung nicht ohnehin gesetzeskonform ausgelegt werden könnte, so wäre dem Beschwerdeführer darin beizupflichten, dass die Eigentumsgarantie verbieten würde, auf Verordnungsstufe die privatrechtliche Fischereiberechtigung von einer Patenterteilung abhängig zu machen.

Verwaltungsgericht, 23. April 2002

## 7. Ausländerrecht

*Art. 13e ANAG, §4 EG ANAG. – Eingrenzungs- oder Ausgrenzungsverfügung gegen Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung. Beurteilung der Beschwerde durch den ANAG-Einzelrichter.*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Mit Ausgrenzungsverfügung vom 14. August 2002 untersagte das Kantonale Amt für Ausländerfragen Zug (KAFA) X. mit sofortiger Wirkung das Betreten des gesamten zugerischen Stadtgebietes mit Ausnahme von Behördengängen. Als integrierenden Bestandteil wurde der Verfügung eine Plankopie beigelegt, welche das Gebiet, das nicht mehr betreten werden darf, vollständig aufführt.

Die Verfügung ist damit begründet, dass X. bei einer Polizeikontrolle auf der Rössliwiese in Zug im Drogenmilieu angehalten und überprüft worden sei. Dabei sei festgestellt worden, dass er Betäubungsmittel konsumiert und damit gehandelt habe. Seine Anwesenheit in der Stadt Zug stelle eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar, insbesondere im Bereich des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels. X. dürfe das Gebiet der Stadt Zug ab sofort nicht mehr betreten, ausgenommen für Behördengänge.

B. Am 27. August 2002 liess X. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde einreichen mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben.

Zur Begründung wird ausgeführt, am 14. August sei X. in der Nähe der Rössliwiese bei einer Polizeikontrolle angehalten und überprüft worden. Der Besitz von oder der Handel mit Betäubungsmitteln habe nicht festgestellt werden können. Auf die Frage, ob er Betäubungsmittel konsumiere, habe X. wahrheitsgemäss geantwortet, dass er Cannabis rauche. Darauf sei ihm die Ausgrenzungsverfügung ausgehändigt worden. Die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht, nämlich Art. 13e Abs. 1 ANAG sowie eine wesentliche Formvorschrift und damit Art. 63 Abs. 1 Ziff. 4 VRG. Die Verfügung sei unangemessen, unkorrekt und nicht nachvollziehbar.

Die Ausgrenzungsmassnahme wie sie in Art. 13e ANAG vorgesehen sei, beziehe sich auf die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, insbesondere auf die Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels. X. habe zu keiner Zeit die Absicht geäussert, Betäubungsmittel zu kaufen oder zu verkaufen. Eine Verwicklung in den widerrechtlichen Betäubungsmittelhandel habe ihm nicht nachgewiesen werden können. Eine

Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liege nicht vor.

C. Am 2. September 2002 reichte das KAFA dem Verwaltungsgericht seine Vernehmlassung ein mit dem Rechtsbegehren, die Anträge des Beschwerdeführers seien vollumfänglich unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu seinen Lasten abzuweisen.

Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, auf der Rössliwiese in Zug gebe es gemäss Aussagen der Zuger Polizei seit Jahren immer wieder Probleme wegen Unordnung, Verschmutzung, Sachschäden und übermässiger Lärmentwicklung. In diesem Sommer habe man zudem ansatzweise Drogenhandel festgestellt. Überdies sei es auch zu Drohungen und konkreter Gewalt gegen Beamte gekommen. Die Rössliwiese habe gedroht, zu einem rechtsfreien Raum zu werden, wo Sicherheitskräfte auch in Notfällen nicht mehr hätten eingreifen können. Da die Situation immer mehr eskaliert sei, habe das Zuger Polizeikommando beschlossen, vom 14. bis 18. August 2002 eine gezielte Polizeiaktion durchzuführen, um Sicherheit, Ruhe und Ordnung wiederherzustellen und aufrecht zu erhalten. Das Amt für Ausländerfragen sei angehalten worden, während dieser Tage jeweils von 13.30 Uhr bis 21.00 Uhr Pikettdienst zu leisten.

Bei dieser gezielten Aktion gegen Drogendealer im Umfeld der Rössliwiese hätten zwei Beamte der Zuger Polizei festgestellt, wie X. am 14. August 2002 einer männlichen Person ein Minigripsäcklein überreicht habe. Anschliessend habe er von jener Person eine Geldnote entgegen genommen und diese in seine Hosentasche gesteckt. Etwas später sei er beim Rauchen eines Joints beobachtet worden. Bei einer nachfolgenden Kontrolle und nach Überführung in das Polizeihauptgebäude habe er zugegeben, ab und zu Marihuana zu rauchen. Er sei wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zur Verzeigung gebracht worden. X. sei zudem am 28. Juli 2002 an einer Schlägerei mit T.R. beteiligt gewesen. Nach Eintreffen der Polizei sei einer der Beamten von T.R. in den See geworfen und verletzt worden. Bei dessen Einvernahme habe dieser X. des Handelns mit leichten Drogen bezichtigt. Bereits am 23. Mai 2002 sei X. wegen Hausfriedensbruchs und Verletzung des Polizeistrafgesetzes zu sieben Tagen Gefängnis verurteilt worden.

Die Ausgrenzung sei auf der gesetzlichen Grundlage von Art. 13e ANAG erfolgt und liege im öffentlichen Interesse des Schutzes der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit und insbesondere der Gesundheit. Die Ausgrenzung aus bloss einer Gemeinde sei in jedem Fall eine relativ milde Massnahme.

D. Mit eingeschriebener Post vom 3. September 2002 wurde der Vertreterin des Beschwerdeführers unter Hinweis auf die kurze Entscheidungsfrist Gelegenheit zur Stellungnahme zur Vernehmlassung des KAFA eingeräumt bis Freitag, 6. September 2002, 10.00 Uhr beim Gericht eintreffend (unter Anga-

be der Fax Nummer). Weder innert Frist noch verspätet ist eine weitere Eingabe eingereicht worden.

*Der ANAG-Richter erwägt:*

1. Die zuständige kantonale Behörde kann einem Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und der die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet, insbesondere zur Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels, die Auflage machen, ein ihm zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten (Art. 13e Abs. 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAG, SR 142.20). Diese Massnahmen werden von der Behörde des Kantons angeordnet, der für den Vollzug der Weg- oder Ausweisung zuständig ist. Das Verbot, ein bestimmtes Gebiet zu betreten, kann auch von der Behörde des Kantons erlassen werden, in dem dieses Gebiet liegt (Art. 13e Abs. 2 ANAG). Gegen die Anordnung dieser Massnahmen kann bei einer kantonalen richterlichen Behörde Beschwerde geführt werden. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 13e Abs. 3 ANAG).

Der kantonale Gesetzgeber hat im Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (EG ANAG, BGS 122.5) angeordnet, dass Beschwerden gegen Ein- und Ausgrenzungsaufgaben innert 30 Tagen seit dem Empfang der Verfügung eingereicht werden können. Sie sind innert 8 Arbeitstagen nach Eingang zu entscheiden. Kantonale richterliche Behörde im Sinne des ANAG ist das Verwaltungsgericht (§4 EG ANAG), welches aus seiner Mitte den ANAG-Richter bezeichnet (§56 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, BGS 162.1, §3 Abs. 1 Ziff. 2 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes, BGS 162.11).

Die Beschwerde an den ANAG-Richter ist somit zulässig. Sie ist frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb sie zu prüfen ist.

Der kantonale Gesetzgeber hat die kurze Entscheidungsfrist von 8 Arbeitstagen ins Gesetz aufgenommen, weil das Bundesgesetz in Art. 13e Abs. 3 ANAG einer Beschwerde gegen die Anordnung von Ein- und Ausgrenzungsaufgaben die aufschiebende Wirkung entzieht (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 11. Juni 1996 an den Kantonsrat, Vorlage Nr. 375.1, Laufnummer 8951). Über die beantragte aufschiebende Wirkung ist somit nicht zu entscheiden. Gemäss §17 EG ANAG werden im Bereich der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht keine Verfahrenskosten erhoben.

Gemäss §19 Abs. 1 ANAG soll ein Entscheid die Daten der Entscheidung und des Versandes enthalten. Es trifft zu, dass die angefochtene Verfügung kein Datum trägt. Daraus darf dem Betroffenen kein Nachteil erwachsen. Das Kafa hat aber separat zum Verfügungstext eine Empfangsbestätigung vorgelegt, welche das Datum der Verfügung und das Datum des Empfanges trägt. Der Beschwerdeführer hat durch seine Unterschrift den Empfang be-

stätigt. Er hat rechtzeitig Beschwerde erhoben. Es ist ihm somit kein Nachteil erwachsen.

2. Die Anordnung der Eingrenzung oder Ausgrenzung ist die schwächste der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht. Ausgehend vom Grundsatz, dass Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung oder Niederlassungsbewilligung kein Recht auf umfassende Bewegungsfreiheit haben, sollen die Kantone die Möglichkeit besitzen, zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gerade in Bereichen, die durch das Strafrecht kaum abgedeckt werden können, die betreffenden Personen zu disziplinieren und allfällige Straftaten zu verhindern. Da es sich um einen relativ leichten Eingriff in die persönliche Freiheit des Ausländers handelt, ist die Schwelle für die Anordnung der Massnahmen nicht sehr hoch angesetzt. Um die Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu definieren, ist vom weiten Begriff des Polizeigüterschutzes auszugehen. So fällt nicht nur deliktisches Verhalten wie Drohungen gegen Heimleiter oder andere Asylbewerber darunter, eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liegt auch vor, wenn konkrete Anhaltspunkte für den Verdacht der Begehung strafbarer Handlungen – etwa im Drogenmilieu – vorliegen, wenn Kontakte zu extremistischen Kreisen bestehen, oder wenn der Ausländer ganz allgemein in grober Weise gegen ungeschriebene Regeln des sozialen Zusammenlebens verstösst. Damit kann auch renitentes oder dissoziales Verhalten mit einer Sanktion belegt werden, ohne dass allerdings bereits jede Bagatelle darunter fallen würde. Die persönliche Freiheit darf allerdings nicht derart beschränkt werden, dass die Massnahme einem verdeckten Freiheitsentzug gleichkommt (Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, Bundesblatt 1994, Band I, Seite 327).

X. wurde beim Einzelrichteramt des Kantons Zug wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz verzeigt. Er wurde auf der Rössliwiese beobachtet, wie er ein Minigripsäcklein (vermutlich mit Marihuana) überreichte und anschliessend von jener Person eine Geldnote entgegen nahm und in seine Hosentasche steckte. Er wurde auch beobachtet, wie er später mit einer anderen Person einen Joint rauchte. Nach dem Polizeirapport unterhielt X. regen Kontakt zu verschiedenen Personen und legte dabei ein Verhalten an den Tag, das auf Drogenhandel habe schliessen lassen. Bei der anschliessenden Befragung habe er nur zugegeben, ab und zu Marihuana zu konsumieren. Am 28. Juli 2002 war X. in eine Schlägerei mit T.R. verwickelt. Die Polizei musste intervenieren, wobei ein Polizist von T. R. in den Zugersee gestossen wurde. T.R. beschuldigte X. des Handels mit leichten Drogen. Zur Schlägerei war es gekommen, weil T.R. nach eigenen Aussagen X. zur Rede stellte, weil er einen Monat zuvor beim Kauf von Haschisch für Fr. 50.- viel zu wenig (im Säcklein) übergeben habe. X. hat ausserdem ein Betretungsverbot für verschiedene Asylunterkünfte übertreten. Am 23. Mai 2002 wurde er wegen Hausfriedensbruchs mit sieben Tagen Gefängnis bestraft.

Die getroffene Massnahme steht im Zusammenhang mit der gezielten Polizeiaktion, welche im August 2002 notwendig wurde, um die Sicherheit, Ruhe und Ordnung wieder herzustellen, nachdem die polizeilichen Güter zunehmend gefährdet erschienen und ansatzweise Drogenhandel und ein rechtsfreier Raum sich zu entwickeln drohten. Die Polizei hat mehrere Personen überprüft, und es wurden einige Ausgrenzungen verfügt. Wenn auch kein erneutes Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz eingeleitet werden musste, so gehörte doch der Beschwerdeführer zur ansatzweise beginnenden Drogenszene mit den Begleiterscheinungen. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers liegt eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bereits dann vor, wenn konkrete Anhaltspunkte für den Verdacht der Begehung strafbarer Handlungen – etwa im Drogenmilieu – vorliegen (BBl. a.a.O., S. 327). Die Massnahme ist auf das Gebiet der Stadt Zug begrenzt. Sie scheint geeignet und angemessen zum Schutz der in Frage stehenden Rechtsgüter. Die Beschwerde ist abzuweisen.

## **8. Verfahrensrecht**

*Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Regierungsrat eine Vormundschaftsbeschwerde als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Eine vom Gemeinderat als Vormundschaftsbehörde getroffene Regelung des Besuchsrechts wird mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten. Mit Zustimmung der Beschwerdeführerin überweist der Regierungsrat die Sache dem Verwaltungsgericht zur direkten Beurteilung im Sinne einer Sprungbeschwerde. Das Verwaltungsgericht weist die Sache zur materiellen Behandlung an den Regierungsrat zurück.

*Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB kann gegen die Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde binnen zehn Tagen nach deren Mitteilung bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden. Die Vormundschaftsbehörde ist nicht nur zuständig im Vormundschaftsrecht im engeren Sinn (dritte Abteilung des ZGB); deren Zuständigkeit bezieht sich grundsätzlich auf Entscheidungen, welche von Bundesrechts wegen der Vormundschaftsbehörde zugewiesen sind (Thomas Geiser, in Komm. zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I/2, Art. 420 N. 13; Hans Michael Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl., S. 29). Insbesondere unterliegen Anordnungen der Vormundschaftsbehörde gestützt auf Art. 275 ZGB über das Besuchsrecht der Beschwerde gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB an die Aufsichtsbehörde (Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, Art. 275 ZGB N. 92; Ingeborg Schwenzer, in Komm. zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I, Art. 275 N. 6). Die Kantone bestimmen die Vormundschaftsbehörde und die Aufsichtsbehörde (Art. 361 ZGB). Gemäss §8 des zugerischen Einführungsgesetzes (EG ZGB, BGS 211.1) ist der Gemeinderat Vormundschaftsbehörde und als solche zuständig für alle vormundschaftlichen und kindesrechtlichen Aufgaben, welche das Bundesrecht der Vormundschaftsbehörde zuweist. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Bürgerrates für an ihrem Heimatort wohnende Gemeindebürger (§12 EG ZGB). Aufsichtsbehörde im Vormundschaftswesen ist der Regierungsrat (§4 Ziff. 1 EG ZGB). Der Regierungsrat ist damit eine vormundschaftliche Behörde im Sinne von Art. 361 Abs. 1 ZGB, und zwar jene der vormundschaftlichen Behörden, welche im Sinne des Vormundschaftsrechtes als Aufsichtsbehörde bezeichnet wird und welcher nebst Aufgaben, wie sie beispielsweise in Art. 422 ZGB aufgezählt werden, von Bundesrechts wegen auch die Aufgabe übertragen wird, auf Beschwerde

hin Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde zu beurteilen (Art. 420 Abs. 2 ZGB). Dem Verwaltungsgericht kommt die Eigenschaft einer Aufsichtsbehörde in Vormundschaftssachen nicht zu. Der kantonale Gesetzgeber hat seine Zuständigkeit gemäss Art. 52 Schlusstitel ZGB insofern wahrgenommen, als er den Gemeinderat bzw. den Bürgerrat zur Vormundschaftsbehörde und den Regierungsrat zur Aufsichtsbehörde bestimmte (vgl. VGE vom 15. November 1990 i.S. Sch.). Insbesondere wurden auch nicht zwei Instanzen geschaffen und deren Zuständigkeiten bestimmt gemäss Art. 361 Abs. 2 ZGB.

Der Regierungsrat bringt sodann vor, seine Aufgabe als Aufsichtsbehörde im Vormundschaftswesen sei insofern «nichts Ausserordentliches» als gemäss §4 des Gemeindegesetzes (GG; BGS 171.1) die Gemeinden der Aufsicht des Kantons unterstünden. Gemäss §33 Abs. 1 GG stehe diese Aufsicht des Kantons über die Gemeinden dem Regierungsrat zu. Was der Regierungsrat aus dieser Feststellung für seinen Rechtsstandpunkt im vorliegenden Verfahren herleiten will, ist jedoch nicht ersichtlich. Gerade die Gemeindeaufsicht ist klarerweise Aufgabe des Regierungsrates (§47 Abs. 1 lit. h der Kantonsverfassung, BGS 111.1). Auch aufsichtsrechtliche Entscheide des Regierungsrates unterliegen aber der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, ohne dass dadurch das Verwaltungsgericht zur Aufsichtsbehörde über Gemeinden würde.

2. Gemäss §61 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1) können Verwaltungsentscheide des Regierungsrates an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst. Bei Zustimmung des Beschwerdeführers kann der Regierungsrat eine Verwaltungsstreitsache unter Verzicht auf einen Entscheid an das Verwaltungsgericht zur direkten Beurteilung überweisen; der Regierungsrat kann zur Beschwerde Stellung nehmen und Anträge einreichen (Sprungbeschwerde, §61 Abs. 2 VRG). Ein Weiterzug ans Verwaltungsgericht ist hier weder nach Bundesrecht noch nach kantonalem Recht ausgeschlossen (vgl. GVP 1985/86, 119). Der Weiterzug ans Verwaltungsgericht garantiert die Überprüfung durch eine unabhängige richterliche Behörde (vgl. Ernst Langenegger, in Komm. zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB I/2, Art. 361 N. 6). Das Bundesrechtspflegegesetz (OG, SR 173.110) in der Fassung vom 26. Juni 1998, in Kraft seit 1. Januar 2000 sieht in Art. 44 lit. d OG nunmehr die Berufung ans Bundesgericht bei Anordnungen über den persönlichen Verkehr vor. Das Bundesgericht wird ebenso wenig vormundschaftliche Aufsichtsbehörde wie das Verwaltungsgericht. Diese Aufgabe hat der Gesetzgeber – wie bereits bemerkt – in §4 Ziff. 1 EG ZGB dem Regierungsrat übertragen. Dass Verwaltungsbehörden als Vormundschafts- und Aufsichtsbehörden bestellt werden, entspricht der Behördenorganisation in einer Mehrheit der Kantone, vorab in der deutschsprachigen Schweiz (Langenegger, a.a.O., Art. 361 ZGB N. 7).

Der Regierungsrat macht geltend, die zuständigen Behörden und das Verfahren seien gemäss Art. 361 ZGB i.V. mit Art. 54 Schlusstitel ZGB im kantonalen Recht zu regeln. Dies ist insoweit zutreffend, als nicht der Bundesgesetzgeber selber Anordnungen trifft. Das Bundesrecht weist den Entscheid über Beschwerden gegen die Vormundschaftsbehörde zwingend der Aufsichtsbehörde zu. Damit ist ausgeschlossen, dass die Beschwerde-zuständigkeit einer Instanz ausserhalb der Vormundschaftsorganisation übertragen wird (Geiser, a.a.O., Art. 420 ZGB N. 3). Die bundesrechtlichen Vorschriften über Beschwerdeinstanz und Beschwerdefrist gehen der Regelung des kantonalen Verwaltungsrechtes, insbesondere auch von §61 Abs. 2 VRG vor, weshalb die Sprungbeschwerde nicht zulässig ist. Die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde hat die ihr vom Bundesgesetzgeber übertragene Kompetenz zur Überprüfung der Vormundschaftsbeschwerden selbst auszuüben. Es ergibt sich deshalb, dass das Verwaltungsgericht zur Zeit funktionell nicht zuständig ist und deshalb auf die Beschwerde nicht eintreten kann. Gemäss § 7 VRG ist die Sache an die zuständige Instanz zu überweisen. Der Entscheid des Regierungsrates als Aufsichtsbehörde wird jedoch der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen.

Verwaltungsgericht, 24. September 2002

*Art. 84 ZGB, §61 VRG. – Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis verleiht dem legitimierten Gesuchsteller Anspruch auf einen beschwerdefähigen Entscheid der Aufsichtsbehörde, somit des Regierungsrates. Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen.*

*Erwägungen:*

1. Die Stiftungen stehen unter der Aufsicht des Gemeinwesens (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehören (Art. 84 Abs. 1 ZGB). Die Aufsichtsbehörde hat dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird (Art. 84 Abs. 2 ZGB). Lehre und Rechtsprechung leiten aus Art. 84 Abs. 2 ZGB das Recht jedes Interessierten ab, gegen unliebsame Handlungen oder Unterlassungen der Stiftungsorgane auf dem Beschwerdeweg an die Aufsichtsbehörde zu gelangen (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, ZGB-Grüniger, Art. 84 N 17). Diese Lehre und Rechtsprechung stützt sich auf die Materialien zum ZGB (BGE 107 II 389). Neben der ebenfalls zulässigen Anzeige im Sinne der Popularbeschwerde setzt die Stiftungsaufsichtsbeschwerde ein eigenes Interesse des Beschwerdeführers an der Anordnung der von ihm geforderten Massnahmen voraus. Bei der Stiftungsaufsichtsbeschwerde handelt es sich um ein Rechtsmittel sui generis, das sich aus der Zivilgesetzgebung herleitet. Die Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts sind auf sie nicht direkt, sondern nur sinngemäss anwendbar (BGE 107 II 391). Das Recht auf

Beschwerde an die Aufsichtsbehörde gegenüber den Handlungen (Entscheidungen und deren Vollzug) und Unterlassungen der Stiftungsorgane oder bestimmter ihrer Organmitglieder steht allen Personen zu, die daran ein rechtliches Interesse haben, also insbesondere tatsächlichen und potentiellen Destinatären, dem Stifter, dessen Willensvollstrecker, den Erben des Stifters, anderen Stiftungsorganen und deren Mitgliedern, insbesondere auch Überstimmten (Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Riemer, Art. 84 ZGB N 119 mit Hinweisen).

Nach dem kantonalen Einführungsgesetz zum ZGB (EG ZGB, BGS 211.1) ist der Regierungsrat die zuständige Aufsichtsbehörde für Stiftungen, die nach ihrer Bestimmung dem Kanton angehören (§17 Ziff. 1 EG ZGB). In der kantonalen Vollziehungsverordnung über die Ausübung der Aufsicht über Stiftungen vom 9. März 1929 (BGS 212.2) bestimmt §10: Bei Beurteilung von Beschwerden gegen Stiftungsorgane entscheidet der Regierungsrat als letzte Instanz, soweit nicht die Gerichte dafür zuständig sind. Die weiteren Bestimmungen des öffentlichen Rechtes bleiben vorbehalten. Soweit das EG ZGB Entscheide und Massnahmen Verwaltungsbehörden überträgt, gilt für das Verfahren und für die Rechtspflege gemäss §18 EG ZGB das Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (VRG, BGS 162.1).

Die vorliegende Streitsache wirft verschiedene verfahrensrechtliche Fragen auf. Es ist insbesondere zu prüfen, wie die aus dem Privatrecht entwickelte Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis sich zum jüngeren öffentlichen Verfahrensrecht des Kantons verhält.

2. Der Begriff der Verwaltungsbeschwerde ist in §39 VRG wie folgt formuliert: Die Verwaltungsbeschwerde ist 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. Als Entscheide im Sinne des Verwaltungsrechtspflegegesetzes gelten Anordnungen und Feststellungen der dem Gesetz unterstellten Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung sowie Urteile des Verwaltungsgerichtes (§4 VRG). Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst (§61 Abs. 1 Ziff. 2 VRG). Bei Zustimmung des Beschwerdeführers kann der Regierungsrat eine Verwaltungsstreitsache unter Verzicht auf einen Entscheid an das Verwaltungsgericht zur direkten Beurteilung überweisen; der Regierungsrat kann zur Beschwerde Stellung nehmen und Anträge einreichen (§61 Abs. 2 VRG). Verwaltungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind Rechtsmittel der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die jeweils einen anfechtbaren Entscheid einer dem Gesetz unterstellten Verwaltungsbehörde voraussetzen. Davon zu unterscheiden wäre die verwaltungsgerichtliche Klage, welche auf wenige namentlich genannte Zuständigkeiten beschränkt ist und im Sinne der ursprünglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Gerichtes

im Klageverfahren begründet (§ 80 ff. VRG). Die Sprungbeschwerde im Sinne von §61 Abs. 2 VRG steht voll im Zusammenhang der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Der Verzicht auf einen Entscheid und die Überweisung zur direkten Beurteilung ans Verwaltungsgericht setzt voraus, dass der Regierungsrat zur Beurteilung der Beschwerde zuständig ist, aber eben darauf verzichtet und mit Zustimmung des Beschwerdeführers die Beschwerde an das Verwaltungsgericht überweist (GVP 1983/84, 119). Im damaligen Entscheid stellte das Verwaltungsgericht fest, durch das Verwaltungsrechtspflegegesetz sei dem Regierungsrat die Beurteilung von Verwaltungsbeschwerden übertragen, obliege ihm doch die oberste Aufsicht über die Verwaltung. Andererseits sei auch darauf geachtet worden, den Regierungsrat von Beschwerdefällen zu entlasten (Bericht des Regierungsrates an den Kantonsrat über die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 8. Juli 1975, Vorlage-Nr. 3737, S. 11; Bericht und Antrag der vorbereitenden Kommission vom 9. Januar 1976, Vorlage-Nr. 3788 mit Anhang Schematische Darstellung des Instanzenzuges). Die Sprungbeschwerde dient somit ausschliesslich der Entlastung des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz. Paragraph 61 Abs. 2 VRG erlaubt aber keinen Verzicht auf die Wahrnehmung der dem Regierungsrat erstinstanzlich zugewiesenen Aufgaben und deren Überweisung ans Verwaltungsgericht. Im vorliegenden Fall hat der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde erstinstanzlich zu entscheiden. Dabei geht es insbesondere auch nicht darum, einen Entscheid einer unteren, dem VRG unterstellten Verwaltungsbehörde im Sinne von § 4 VRG zu überprüfen. Eine solche untere Verwaltungsbehörde ist ein Stiftungsrat nicht. Die Stiftung ist vielmehr eine handlungsfähige juristische Person des Privatrechts und berechtigt, ihren Willen selbst zu bilden und ihre Verhältnisse selbst zu regeln (Riemer, a.a.O., Art. 84 N 124).

Vom Begriff der Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis direkt auf das öffentliche Verfahrensrecht des Kantons zu schliessen, erweist sich als unzulässig. Die Beschwerde, welche sich auf Art. 84 ZGB stützt, könnte treffender als Gesuch um Erlass eines beschwerdefähigen aufsichtsrechtlichen Entscheides bezeichnet werden. Unter den von der Rechtsprechung zu Art. 84 ZGB entwickelten Voraussetzungen hat der Gesuchsteller Parteistellung und Anspruch auf einen Entscheid. Bei der Stiftungsaufsichtsbeschwerde handelt es sich aber dennoch nicht um eine Beschwerde im Sinne des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, die die Überprüfung des Verwaltungsentscheides einer untergeordneten Verwaltungsbehörde betrifft. Es kommt auch nicht die für die Verwaltungsbeschwerde oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgesehene Beschwerdefrist zur Anwendung. Das gleiche gilt für die Vorschriften über die aufschiebende Wirkung gemäss §45 und §66 VRG. Sollen vor dem erstinstanzlichen Entscheid zur Erhaltung des Zustandes oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen getroffen werden, so kann ein solches Gesuch gemäss §17 VRG bei der Aufsichtsbehörde eingereicht werden.

3. Paragraph 52 VRG regelt sodann die Aufsichtsbeschwerde. Mit der Aufsichtsbeschwerde kann jedermann die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen eine untere Verwaltungsbehörde von Amtes wegen erfordern. Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei. Die Art der Erledigung ist ihm mitzuteilen. Eine Pflicht zur Begründung besteht nicht.

Diese kantonale Aufsichtsbeschwerde ist als Popularbeschwerde ausgestaltet. Das Gesetz umschreibt die entsprechend dem leichten Zugang ausgestaltete Erledigung. Die Aufsichtsbeschwerde kann aber auch zu einem Einschreiten der angesprochenen Behörde im Rahmen ihrer ordentlichen oder ihrer aufsichtsrechtlichen Kompetenzen führen. Soweit dieses Einschreiten durch Erlass eines Verwaltungsentscheides geschieht, ist er durch beschwerdeberechtigte Parteien anfechtbar.

Die Aufsichtsbeschwerde gemäss §52 VRG erfüllt die Anforderungen an eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde, welche ohne Interessennachweis eingereicht werden kann oder zum Zuge kommt, wenn bei einer förmlichen Eingabe als Stiftungsaufsichtsbeschwerde die Legitimation oder andere Eintretensvoraussetzungen fehlen (vgl. Grüniger, a.a.O., Art. 84 N 18). Adressat dieser Anzeige kann aber wiederum bei allfälligem Fehlen der Legitimation des Beschwerdeführers nicht das Verwaltungsgericht sein, da es weder Aufsichtsbehörde gemäss Art. 84 ZGB ist, noch sonst irgendwelche Aufsicht über den Regierungsrat ausübt.

4. Der Regierungsrat hat die Überweisung ans Verwaltungsgericht auch damit begründet, dass sich der Regierungsrat oder einzelne Mitglieder schon unter verschiedenen Aspekten mit der Angelegenheit X. befasst haben. Eine eigentliche Ausstandspflicht habe er aber noch nicht abschliessend geprüft. Die Ausstandspflicht wird in §11 der Geschäftsordnung geregelt (BGS 151.1). Dabei geht es vereinfacht gesagt um Entscheide in eigener Sache eines Mitgliedes oder von nahen Verwandten. Selbst wenn sich die Ausstandspflicht einzelner Mitglieder ergeben sollte, so könnte dies keine selbständige Begründung für eine Sprungbeschwerde darstellen.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Regierungsrat die Stiftungsaufsichtsbeschwerde erstinstanzlich zu behandeln hat. Dazu gehört auch die erstinstanzliche Überprüfung der Legitimation. Soweit eine materielle Überprüfung nicht vorzunehmen sein wird, müsste die Eingabe als Anzeige erledigt werden.

Eine aufschiebende Wirkung hat die eingereichte Aufsichtsbeschwerde nicht. Zu beachten ist aber das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gemäss Antrag 2.

Die Kosten sind mit dem regierungsrätlichen Entscheid zu erledigen.

Verwaltungsgericht, 29. Januar 2002

# Zivilrecht

## 1. Personenrecht

*Art. 28a und 28c ZGB – Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen. Rechtsschutzinteresse.*

*Aus den Erwägungen:*

Persönlichkeitsverletzende Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen, können – entgegen der Auffassung der Gesuchsteller – von vornherein nicht mit den Rechtsbehelfen des Art. 28a bzw. Art. 28c ZGB abgewehrt werden; Gerichtsverfahren sollen nämlich nicht durch eine Beschneidung der Äusserungsfreiheit der daran Beteiligten beeinträchtigt werden. Vielmehr sollen die Parteien in einem Gerichtsverfahren alles vortragen dürfen, was sie zur Wahrung ihrer Rechte für erforderlich halten, auch wenn dadurch die Ehre eines andern berührt wird. Ob das Vorbringen wahr und erheblich ist, soll nicht in einem separaten Verfahren, sondern allein in diesem – seiner eigenen Ordnung unterliegenden – Gerichtsverfahren geprüft werden, das dem Betroffenen hinreichende Rechtsschutzgarantien für den Schutz seiner Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB bietet. Es wäre mit den schutzwürdigen Belangen der Beteiligten und den Erfordernissen eines sachgerechten Funktionierens der Rechtspflege unvereinbar, wenn die Kompetenzen des Gerichts durch die Möglichkeit der Geltendmachung von Abwehransprüchen in einem gesonderten Prozess vor einem anderen Gericht unterlaufen werden könnten (vgl. BGH NJW 1995, 397). Entsprechend ist das Rechtsschutzinteresse für die Behandlung des Massnahmegesuchs vom 24. Dezember 2001 von vornherein zu verneinen (zum fehlenden Rechtsschutzbedürfnis bei Äusserungen zum Zwecke der Rechtsverfolgung ausführlich: Prinz/Peters, Medienrecht – Die zivilrechtlichen Ansprüche, München 1999, S. 54 ff., mit weiteren Hinweisen; für das Strafrecht vgl. von Büren, Ehrverletzungen: Nicht im Prozess, in: SJZ 1977, S. 85 f.). Auf das Gesuch kann mithin schon unter diesem Aspekt nicht eingetreten werden.

Kantonsgerichtspräsidium, 18. März 2002

(Obergericht: Abweisung der Beschwerde am 10. Oktober 2002)

*Art. 71 ZGB – Eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat.*

*Sachverhalt (Zusammenfassung):*

1. Über den Verein X. wurde gemäss Art. 191 SchKG der Konkurs eröffnet, nachdem er im Zusammenhang mit der Organisation und Durchführung eines Grossanlasses ein Defizit von rund Fr. 0,5 Mio. erwirtschaftet hatte. In der Folge trat das Konkursamt gemäss Art. 260 SchKG unter anderem die «Forderung in vorderhand noch unbestimmter Höhe gegenüber den Vereinsmitgliedern zur Deckung der Vereinsschulden nach Massgabe von Art. 71 Abs. 2 ZGB» an diverse Konkursgläubiger ab. Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger (nachfolgend «Kläger» genannt) reichte in der Folge beim Kantonsgerichtspräsidium Zug gegen B., ein Mitglied des Vereins X., Klage auf Zahlung von Fr. 780.– ein. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, in den Statuten des Vereins X. sei hinsichtlich der Beitragspflicht nur (und ausschliesslich) stipuliert worden, dass Mitgliederbeiträge zu bezahlen seien, die alljährlich von der Vereinsversammlung festgesetzt würden und jeweils für das folgende Kalenderjahr gelten sollten. Damit sei die Beitragspflicht der Mitglieder nicht dem Grundsatz nach begrenzt worden, wie es die Anwendung von Abs. 1 von Art. 71 ZGB erfordern würde. Die Mitgliederbeiträge seien daher nicht nach Massgabe des Art. 71 Abs. 1 ZGB, sondern nach dessen Absatz 2 zu bemessen. Als eines von mehr als 600 Mitgliedern des Vereins X. hafte B. somit anteilmässig für die Vereinsschulden im Betrag von rund Fr. 0,5 Mio.

*Aus den Erwägungen:*

3. Gemäss Art. 71 ZGB werden bei einem Verein die Beiträge der Mitglieder durch die Statuten festgesetzt (Abs. 1). Solange es an einer solchen Festsetzung fehlt, haben die Mitglieder die zur Verfolgung des Vereinszweckes und zur Deckung der Vereinsschulden nötigen Beiträge zu gleichen Teilen zu leisten (Abs. 2).

In den Statuten des Vereins X. waren die Beitragspflichten der Mitglieder wie folgt geregelt: «Die Mitglieder haben einen jährlichen Mitgliederbeitrag zu bezahlen. Ausnahmen bestimmt der Vorstand. Die Mitgliederbeiträge werden alljährlich von der Vereinsversammlung festgesetzt. Sie gelten jeweils für das folgende Kalenderjahr.»

Hauptstreitpunkt des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob B. anteilmässig für die Verbindlichkeiten des Vereins X. aufzukommen hat. Die Kläger bejahen diese Frage und stellen sich auf den Standpunkt, aufgrund der Vereinsstatuten seien die Beiträge der Mitglieder nicht genügend bestimmt oder bestimmbar gewesen. Die Beklagte habe daher gemäss Art. 71 Abs. 2 ZGB anteilmässig den zur Deckung der Vereinsschulden nötigen Beitrag zu leisten. B. bringt demgegenüber vor, Art. 71 Abs. 2 ZGB komme nicht zur Anwendung, da die Jahresbeiträge – wie in den Statuten vorgesehen – jeweils jährlich von der Generalversammlung festgesetzt worden und somit jederzeit objektiv bestimm- und feststellbar gewesen seien.

3.1 Allgemein ist vorab festzuhalten, dass dem Verein – besonders im Hinblick auf seinen nichtwirtschaftlichen Zweck und den daher nicht im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Schutz von Gläubigern und Beteiligten – in der Ausgestaltung seines Vereinslebens grosse Freiheit gelassen wird. Dies gilt auch mit Bezug auf die Beiträge, welche die Mitglieder an den Verein zur Erfüllung seines Zwecks zu leisten haben und in den Statuten in vielerlei Gestalt (und dabei auch kumulativ) umschrieben sein können. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass nach dem sogenannten «verbandsrechtlichen Legalitätsprinzip» die Leistungspflichten der Mitglieder an den Verein der statutarischen Grundlage bedürfen. Als Anwendungsfall dieses Grundsatzes wird in Art. 71 Abs. 1 ZGB vorgesehen, dass der Verein seine Mitgliederbeiträge in den Statuten «festsetzt». Dabei wurde in den Materialien davon ausgegangen, dass der Verein in der Regel von dieser Möglichkeit Gebrauch machen werde und bejahendenfalls «kein Mitglied mehr zu leisten habe, als die Statuten vorschreiben». Als eigentliche Ausnahme (BGE 46 II 319) zum «verbandsrechtlichen Legalitätsprinzip» wird in Art. 71 Abs. 2 ZGB aber auch ausdrücklich die Möglichkeit erwähnt, dass der Verein keinerlei Begrenzung der Beitragspflicht vorgenommen hat. Das ist zulässig, wobei sich diesfalls die Beiträge nach dem Vereinszweck richten, d.h. nach den bevorstehenden und allenfalls den bereits bestehenden Verbindlichkeiten des Vereins (s. Riemer, Berner Kommentar, Bern 1990, Systematischer Teil N 278 sowie N 8 und 11 f. zu Art. 71 ZGB, mit weiteren Hinweisen; Scherrer, Basler Kommentar, Basel 1996, N 1 f. zu Art. 71 ZGB). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die gesetzliche Regelung von Art. 71 ZGB in erster Linie dem Schutz der Mitglieder und nicht den Interessen Dritter dient, indem der Verein von seinen Mitgliedern stets nur den in den Statuten festgesetzten Betrag verlangen kann. Mehr kann er nicht verlangen, und das einzelne Mitglied muss auch nicht damit rechnen, mehr bezahlen zu müssen. In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das schweizerische Recht für keine andere juristische Person einen ähnlich hohen Grad an Freiheit vorsieht wie für den Verein. Der Gesetzgeber wollte damit die ungezählten, oft nur losen Verbindungen zu nichtwirtschaftlichen Zwecken möglichst wenig einschränken. Dafür musste er notgedrungen darauf verzichten, den Verkehrsinteressen den gleichen Schutz angedeihen

zu lassen wie bei den Gesellschaften des Obligationenrechts (s. Riemer, Personenrecht des ZGB, 2. A., Bern 2002, N 676; Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. A., Bern 1998, § 20 N 29 f.).

3.2 Im Lichte dieser Ausführungen besteht kein Anlass, die Bestimmung von Art. 71 Abs. 1 ZGB, wonach die Mitgliederbeiträge «in den Statuten festgesetzt» werden, eng auszulegen und auf diese Weise die Vereinsgläubiger zu Lasten der Vereinsmitglieder, zu deren Schutz Art. 71 Abs. 1 ZGB in erster Linie dient, zu bevorzugen. Eine Begrenzung der Beitragspflicht bzw. der Schuld ist mithin nicht nur dann anzunehmen, wenn in den Statuten der Beitrag ziffernmässig genau bestimmt bzw. aufgrund der Statuten objektiv bestimmbar ist oder in den Statuten ein bestimmter Maximalbetrag genannt wird und allfällige Abweichungen nach unten einem Vereinsbeschluss usw. überlassen werden (vgl. Riemer, Berner Kommentar, Bern 1990, N 11 zu Art. 71 ZGB; Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 20 N 25; Ruetz-Venzin, Finanzielle Beitragspflichten der Vereinsmitglieder, Diss. Zürich 1985, S. 17 ff., 79 und 105). Eine Begrenzung der Beitragspflicht liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten diese Pflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht (d.h. die betragsmässige Festsetzung) einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat; verneinendenfalls ist Art. 71 Abs. 2 ZGB anzuwenden, während bejahendenfalls für die Anwendung von Art. 71 Abs. 2 ZGB kein Raum ist (Riemer, Berner Kommentar, Bern 1990, N 11 zu Art. 71 ZGB; gl.M. Scherrer, Wie gründe und leite ich einen Verein?, 10. A., Zürich 1996, S. 74 f.; zustimmend auch Viktor Aeppli im [privaten] Rechtsgutachten vom 20. Juli 2000, in welchem er ergänzend festhält, dass sich «dieser Schutz des Mitglieds durch Begrenzung der Leistungspflicht auf die festgelegten Mitgliederbeiträge (oder anders ausgedrückt: die Ausschaltung der Rechtsfolge der an sich unbeschränkten Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 2 ZGB) ... grundsätzlich unabhängig vom Umstand [rechtfertigt], wer den Vereinsbeitrag festlegt, solange aufgrund der Statuten feststeht, dass ein solcher Beitrag grundsätzlich geschuldet ist, und ein Beitrag tatsächlich und rechtsverbindlich dann auch festgesetzt wurde»).

3.3 Die Kläger stützen ihre gegenteilige Auffassung in erster Linie auf Ruetz-Venzin, der in seiner Dissertation die Ansicht vertritt, Art. 71 Abs. 1 ZGB sei nur dann anwendbar, wenn die finanziellen Beitragspflichten in den Statuten betragsmässig fixiert worden seien. Es genüge namentlich nicht, wenn die Statuten zwar eine Beitragspflicht allgemein vorsehen, die Kompetenz zur Festsetzung des Umfangs jedoch einem Vereinsorgan übertragen würden. Wenn die Vereinsversammlung die Höhe der jährlich von den Mitgliedern zu leistenden Jahresbeiträgen festsetze, heisse dies nichts anderes, als dass der Verein explizit darauf verzichte, die Beitragshöhe zum Vor-

aus in den Statuten verbindlich und betragsmässig zu normieren, weshalb in solchen Fällen Art. 71 Abs. 2 ZGB zur Anwendung gelange. Dies führe zwar dazu, dass Mitglieder von Vereinen, die ihre Beitragspflicht in den Statuten nicht betragsmässig fixieren, sondern an die Vereinsversammlung delegieren würden, einem erheblichen finanziellen Risiko unterliegen würden. Zur Vermeidung dieses Risikos genüge es jedoch, in den Statuten auf ein Reglement zu verweisen, welches dann seinerseits die finanziellen Beitragspflichten der Vereinsmitglieder an den Verein ziffernmässig festhalte. So enthalte die Normativordnung des Vereins die verlangte Festsetzung der Beiträge (Art. 71 Abs. 1 ZGB), und das belastende Risiko der vereinsrechtlichen Schuldendeckungspflicht (Art. 71 Abs. 2 ZGB) sei ausgeschlossen. Bei einer Änderung der Höhe der finanziellen Beiträge sei so nicht mehr eine Statutenänderung mit allen nötigen Umtrieben erforderlich, sondern lediglich eine Neufassung des Reglements. Nach jeder Vereinsversammlung, die auch die finanziellen Beitragsleistungen der Mitglieder neu festsetze oder die bisherigen Ansätze bestätige, würde zusammen mit dem schriftlichen Beschlusprotokoll jedem Mitglied gleichzeitig ein «Neudruck» des Beitragsreglements zugestellt. Damit würde gegenüber den Mitgliedern die Festsetzung publik gemacht. Aber auch Dritte, die mit dem Verein in rechtsgeschäftlichen Beziehungen stünden, würden aus den Statuten sofort ersehen, dass sie sich um das Beitragsreglement bemühen müssten, um ihr eigenes finanzielles Risiko abschätzen zu können (Ruetz-Venzin, a.a.O., S. 34 ff., 43, 62 ff. und 102 f.).

Diese Ausführungen überzeugen nicht. Zum einen beruhen sie auf einer (zu) engen Auslegung von Art. 71 ZGB, die sich zu stark auf grammatische Überlegungen stützt und dem Zweck der gesetzlichen Regelung (s. dazu vorne Erwägung 3.1) zu wenig Rechnung trägt. Zum anderen ist nicht einzusehen, weshalb der in den Statuten vorgesehene periodische Vereinsbeschluss bzw. das entsprechende Protokoll für die rechtsgenüglihe Festsetzung der Mitgliederbeiträge nicht genügen soll, während ein separates – ebenfalls von der Vereinsversammlung alljährlich geändertes – schriftliches Beitragsreglement ohne weiteres als eine (statutarische) Festsetzung der Mitgliederbeiträge im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB gelten soll. Ob sich ein Dritter nebst den Statuten um ein Beitragsreglement oder um das Protokoll der Vereinsversammlung zu bemühen hat, macht im Übrigen keinen Unterschied; so oder anders ist es einem Dritten, der mit einem Verein ins Geschäft kommen will, möglich und zumutbar, die nötigen Abklärungen zu treffen und allenfalls Sicherheiten zu verlangen. Dies gilt um so mehr, als es – wie schon mehrfach erwähnt – beim Verein keine zwingenden Gläubigerschutzbestimmungen gibt und auch Art. 71 ZGB primär dem Schutz der Mitglieder und nicht dem Schutz von Verkehrsinteressen dient.

3.4 Anzumerken bleibt, dass in denjenigen Fällen, in denen die Kompetenz zur Festsetzung des Beitrages generell an ein Vereinsorgan delegiert wird, zwar das Risiko besteht, dass das betreffende Organ den Delegations-

auftrag nicht oder nicht richtig wahrnimmt (s. Scherrer, Basler Kommentar, a.a.O., N 5 zu Art. 71 ZGB). Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass eine solche Delegation generell unzulässig wäre. Zum einen ist – wie bereits erwähnt – Art. 71 Abs. 1 ZGB dispositiver Natur; zum anderen liegt eine Begrenzung der Beitragspflicht eben nur dann vor, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat (s. vorne Erwägung 3.2). Im Weiteren hat Aepli in seinem Gutachten zu Recht darauf hingewiesen, dass selbst das Umschreiben von objektiven Bemessungskriterien in den Statuten (was das auch immer heissen mag) das delegierte Organ nicht davon abhalten kann, den Delegationsauftrag gerade nicht zu erfüllen. Zu beachten ist schliesslich, dass im Zusammenhang mit der Festsetzung der Mitgliederbeiträge ein statutenwidriges Verhalten allenfalls Haftungsansprüche gegenüber den verantwortlichen Personen auslösen kann (Scherrer, Basler Kommentar, a.a.O., N 5 zu Art. 71 ZGB) und sowohl den Vereinsmitgliedern als auch den Gläubigern eine Vielzahl von Möglichkeiten offen steht, um gegen unzulässige Beschlüsse vorzugehen (s. dazu ausführlich Riemer, Berner Kommentar, Bern 1990, N 19 f. zu Art. 71 ZGB). Auch unter diesem Aspekt drängt es sich somit nicht auf, eine Statutenbestimmung, mit der die Kompetenz zur Festsetzung der Mitgliederbeiträge an ein Vereinsorgan delegiert wird, von vornherein als unzulässig zu betrachten.

3.5 Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB nicht nur dann anzunehmen ist, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat.

Kantonsgerichtspräsidium, 20. Juni 2002

...

Gegen das Urteil des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 20. Juni 2002 erhoben die Kläger Staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 9 BV. Die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts wies die Staatsrechtliche Beschwerde mit Urteil vom 8. Oktober 2002 ab, soweit sie darauf einzutrat.

*Aus den Erwägungen des Bundesgerichts:*

3.2 Die Frage, ob es zur Begrenzung der Beitragspflicht der Vereinsmitglieder im Sinne von Art. 71 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ZGB ausreicht, dass die Statuten lediglich bestimmen, es sei ein fester jährlich festzulegender

Beitrag zu leisten, wobei die Festsetzung der Höhe des Beitrags dem dafür vorgesehenen Organ überlassen wird, oder ob der Beitrag mit einer bestimmten oder bestimmaren Höhe in den Statuten selbst festgelegt sein muss, hatte das Bundesgericht bisher noch nie zu beurteilen. Nach Auffassung eines Teils der Literatur wird die Beitragspflicht auch dann begrenzt, wenn in die Statuten der allgemeine Grundsatz des fixen Beitrags aufgenommen und die betragsmässige Festsetzung einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten worden ist (so Riemer, Personenrecht des ZGB, 2. A., Bern 2002, S. 257 f., N 676; derselbe, Berner Kommentar, N 11 zu Art. 71 ZGB mit weiteren Hinweisen; Scherrer, Wie gründe und leite ich einen Verein, 11. A., Zürich 2002, Ziff. 117, S. 79 f.; Egger, Zürcher Kommentar, N 8 zu Art. 71 ZGB). Andere Autoren vertreten die Meinung, Art. 71 Abs. 2 ZGB werde nur dort ausgeschlossen, wo die Höhe des Beitrags auf Grund der Statuten objektiv bestimmt werden könne, sei es, dass in diesen ein Maximalbetrag genannt werde (so Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, S. 386, N 1290), sei es, dass die Beitragshöhe sich aus den statutarisch umschriebenen Kriterien errechnen lasse oder ein Verzicht auf Mitgliederbeiträge in den Statuten verankert worden sei (Ruetz-Venzin, Finanzielle Beitragspflichten der Vereinsmitglieder, Diss. Zürich 1985, S. 81 und 107); enthielten die Statuten keine Bestimmung über die finanzielle Beitragspflicht der Mitglieder oder sei aus ihnen deren Höhe nicht ersichtlich, so bestimme sich diese nach Art. 71 Abs. 2 ZGB (Heini, Das Schweizerische Vereinsrecht, Basel 1988, S. 59; Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, S. 221, Rz. 18.47).

3.3 Dem Einzelrichter kann im erwähnten Punkt nach dem Gesagten schon deshalb nicht Willkür vorgeworfen werden, weil er sich für seinen Entscheid auf namhafte Lehrmeinungen stützen kann (vgl. dazu BGE 127 III 232 E. 3a, S. 233 f.; 126 III 438 E. 4b, S. 444; 122 III 439 E. 3b, S. 442 f.; 104 II 249 E. 3b, S. 251 f.). Diese lassen sich zudem sachlich begründen: Art. 71 Abs. 1 ZGB ist Ausdruck des Grundsatzes, wonach die Leistungspflichten der Mitglieder eines Vereins der statutarischen Grundlage bedürfen. Legen die Statuten die Leistungspflichten fest, hat kein Mitglied mehr zu erbringen, als in den Statuten vorgeschrieben (so schon Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, 2. A., Bern 1914, I. Band, S. 89). Fehlt es an einer Regelung in den Statuten, richtet sich die Leistungspflicht nach den Bedürfnissen des Vereins und dessen Verschuldung (Art. 71 Abs. 2 ZGB). Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Ausnahme vom erwähnten Grundsatz, der nur beschränkte Bedeutung zukommt (BGE 46 II 313 E. 2, S. 319). Die dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegende Annahme, diese Ausnahme komme nur zum Tragen, wenn den Statuten überhaupt nichts zur Beitragspflicht und zu deren betragsmässigem Umfang zu entnehmen ist, ist auf jeden Fall nicht unhaltbar.

4. Für den Fall, dass die Annahme des kantonalen Richters, die Beitragspflicht der Mitglieder des Vereins X. sei auf Grund der Vereinsstatuten be-

grenzt gewesen, als nicht willkürlich betrachten werden sollte, beanstanden die Beschwerdeführer, dass das zuständige Organ weder für das Jahr 2000 noch für die späteren Jahre die erforderlichen Beschlüsse über die konkreten Mitgliederbeiträge gefasst habe.

Unbestritten ist, dass die Vereinsversammlung zumindest seit 1984, dem Jahr des Eintritts der B. in den Verein X., alljährlich den Mitgliederbeitrag entsprechend der statutarischen Ordnung festgelegt hat. Für das Jahr 2000 ist dies jedoch in der Tat nicht (mehr) geschehen. Wenn die kantonale Instanz dieser einzigen Ausnahme keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat, ist dies nicht unhaltbar, zumal im Herbst 1999 über den Verein X. dann der Konkurs eröffnet wurde. Es kommt hinzu, dass der Verein X. anlässlich der Vereinsversammlung vom 27. Mai 1999 offenbar wegen des desolaten finanziellen Zustands und im Hinblick auf die Gründung eines neuen Vereins bewusst auf die Mitgliederbeiträge für das Jahr 2000 verzichtet hat. Bei dieser Sachlage durfte ohne Willkür angenommen werden, für jenes Jahr sei der Mitgliederbeitrag auf Null festgesetzt worden. Der betreffende Beschluss hätte binnen zwei Jahren seit Konkurseröffnung angefochten werden können (Art. 285 ff. in Verbindung mit Art. 292 Ziff. 2 SchKG), doch wurde von einer solchen Anfechtung abgesehen.

Bundesgericht, 8. Oktober 2002 [5P.292/2002]

## 2. Familienrecht

*Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB - Voraussetzungen für die Anordnung der Gütertrennung bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nach Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts.*

*Aus den Erwägungen:*

Eine Gütertrennung kann während des Zusammenlebens der Ehegatten nur angeordnet werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (Art. 185 ZGB), bei einer Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes aber schon dann, wenn die Umstände es rechtfertigen (Art. 176 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB).

Damit wird das Gericht auf das pflichtgemässe Ermessen nach Art. 4 ZGB verwiesen. Der Anwendungsbereich von Art. 176 ZGB ist somit weiter gefasst als derjenige von Art. 185 ZGB (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Teilband II/1c, Zürich 1998, N 56 zu Art. 176 ZGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die «Umstände» in Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB unter dem Blickwinkel von Art. 175 ZGB zu sehen. In diesem Rahmen soll der Eheschutzrichter alle Umstände prüfen, in denen die Ehegatten leben, und im Hinblick darauf über die Anordnung der Gütertrennung entscheiden. Im Vordergrund steht dabei die Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen, doch sind auch andere Überlegungen wirtschaftlicher Natur oder auch solche, die mit Rücksicht auf die Person der Ehegatten angestellt werden, nicht ausgeschlossen (BGE 116 II 28 f.). Gegen den Willen eines Ehegatten erscheint die Anordnung der Gütertrennung immer dann gerechtfertigt, wenn die Errungenschaftsbeteiligung bzw. die Gütergemeinschaft ihre innere Berechtigung verloren hat oder der ordentliche Gang des Güterstandes gefährdet ist. Ersteres wird häufig zureffen, wenn die Wohngemeinschaft unter den Ehegatten dauernd aufgegeben ist oder jedes einträgliche Zusammenwirken durch das Verhalten des einen oder beider Ehegatten oder durch objektive Umstände verunmöglicht wird (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, II/1.3.1, Bern 1992, N 19 zu Art. 185 ZGB):

Nach Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts hat dieser Aspekt an Bedeutung gewonnen, und der Zweck des Eheschutzverfahrens hat sich teilweise geändert. Das Eheschutzverfahren dient heute oft zur Vorbereitung der Scheidung. Diesem Wandel ist auch bei der Anordnung der Gütertrennung Rechnung zu tragen. Existiert zwischen den Ehegatten keine Schicksalsgemeinschaft mehr und dient das Eheschutzverfahren einzig der Scheidungsvorbereitung, liegt kein hinreichender Grund vor, die engen wirtschaftlichen Bindungen, die durch die Errungenschaftsbeteiligung oder Gütergemeinschaft bestehen, gegen den Willen eines Ehegatten aufrecht zu erhalten. Steht somit aufgrund der Akten und nach Würdigung der gesamten Umstände fest, dass keine oder nur geringe Aussicht auf eine Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist, und nach Ablauf der vierjährigen Trennungszeit mit grosser Wahrscheinlichkeit die Scheidungsklage einge-

reicht werden wird, hat die Eheschutzrichterin auf entsprechendes Begehren die Gütertrennung anzuordnen (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9.1.2001, in: AJP 2001, S. 463 ff.; Urteil des Obergerichts Solothurn vom 1.9.2000, in: SJZ 97 (2001) S. 581). Wenn die Ehegatten nichts mehr miteinander zu tun haben, wächst das Risiko, dass sie finanziell voneinander nur noch profitieren oder sich gegenseitig schaden wollen. Das kann aber nicht bedeuten, dass die Gütertrennung ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände gewissermassen automatisch angeordnet werden sollte, wenn ein Ehegatte das Getrenntleben als Vorbereitung einer späteren Scheidung versteht (Weber, AJP 2001, S. 465 ff.). Der subjektive Scheidungswille genügt nicht. Hinzukommen müssen objektive Anhaltspunkte, dass die Trennung als Dauerzustand zu betrachten ist (Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter im Familienrecht, 5.4.2001).

Im vorliegenden Fall scheint eine Wiedervereinigung der Parteien unwahrscheinlich. Die drei gerichtlichen Verfahren haben eine tiefe Zerstrittenheit der Parteien offengelegt. Im September 2000 waren sich die Parteien grundsätzlich einig, die einvernehmliche Scheidung durchzuführen; bereits Anfang 2001 war indessen der Gesuchsgegner nicht mehr damit einverstanden, offensichtlich aus finanziellen Gründen. Die Parteien haben denn auch in der bisherigen Trennungszeit kaum mehr Kontakt gehabt; zwischen der Anhörung vom 4. Oktober 2000 und der persönlichen Befragung im vorliegenden Verfahren vom 25. Oktober 2001 haben sie sich nur ein einziges Mal gesehen. Im ersten Eheschutzverfahren, welches vom Gesuchsgegner Ende Juli 2000 eingeleitet wurde, haben sich beide Parteien gegenseitig bezichtigt, Vermögenswerte des andern Ehegatten verschwinden zu lassen, so dass damals Kontosperrungen angeordnet werden mussten. Die Gesuchstellerin hält auch im heute hängigen Verfahren am Vorwurf, ihr Ehemann versuche, sie finanziell zu schädigen, fest. Das Getrenntleben dauert mittlerweile schon bald zwei Jahre. Aufgrund all dieser Umstände kann objektiv davon ausgegangen werden, dass es sich um eine länger andauernde Trennung handelt, die spätestens nach Ablauf der vierjährigen Frist nach Art. 114 ZGB zu einer Scheidung führen wird; die Gesuchstellerin ihrerseits hielt im Scheidungsverfahren auch an ihrem Scheidungswillen sowie der Scheidungsvereinbarung fest. Die Ehepartner haben auch schon mehrmals versucht, eine güterrechtliche Auseinandersetzung durchzuführen, welche allenfalls auch eine Beruhigung der Situation gebracht hätte; diese ist aber in verschiedenen Anläufen gescheitert. Auch seitens des Gesuchsgegners ist davon auszugehen, dass er den Ehemillen endgültig verloren hat, hat er doch einerseits eine neue Beziehung aufgenommen und hat er sich andererseits an der persönlichen Befragung vom 25. Oktober 2001 ebenfalls bereit erklärt, Verhandlungen über eine Scheidungskonvention aufzunehmen. Objektiv ist daher die innere Rechtfertigung der Weiterführung der wirtschaftlichen Interessengemeinschaft entfallen. Unter diesen Umständen ist die Anordnung der Gütertrennung gerechtfertigt.

Es ist aber festzuhalten, dass in diesem Verfahren nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nur über die Anordnung der Gütertrennung entschieden wird, während hernach in einem ordentlichen Zivilprozess über die güterrechtliche Auseinandersetzung zu befinden ist (BGE 116 II 24), sofern sich die Parteien nicht aussergerichtlich einigen können; dies hat entweder in einem Prozess auf güterrechtliche Auseinandersetzung oder im Rahmen des später einzuleitenden Scheidungsverfahrens zu erfolgen.

Die Anordnung der Gütertrennung hat vorerst nur zur Folge, dass damit der Stichtag für die Auflösung des Güterstandes festgelegt wird und zwar rückwirkend auf den Zeitpunkt, in dem das Begehren gestellt wurde (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Eingereicht wurde das Begehren am 29. Mai 2001. Die Gesuchstellerin vertritt allerdings die Auffassung, die Gütertrennung sei per 17. September 2000 anzuordnen, und begründet dies im Wesentlichen damit, eine Anordnung der Gütertrennung per 29. Mai 2001 würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen; aufgrund der vom Gesuchsgegner selbst verschuldeten Erwerbslosigkeit sei davon auszugehen, dass ein Teil der Vermögenswerte, die er aufgrund der Scheidungsvereinbarung erhalten habe, bereits verbraucht sei, weshalb es stossend wäre, wenn der Gesuchsgegner von der allenfalls seit dem 17. September 2000 geäußerten Errungenschaft profitieren könnte. Schliesslich sei die Anordnung der Gütertrennung bereits am 30. Juli 2000 beantragt worden; jenes Eheschutzverfahren sei ohne Not vor der rechtskräftigen Erledigung des Scheidungsverfahrens abgeschrieben worden, was unverständlich sei. Dieser letztere Einwand erweist sich aber von vornherein als unbegründet, waren es doch die Parteien selbst, welche die gestellten Anträge zurückzogen; nach diesem Rückzug bestätigten sowohl der damalige Rechtsvertreter des Gesuchsgegners wie auch die Gesuchstellerin persönlich auf Anfrage der Eheschutzrichterin nochmals, dass alle Anträge zurückgezogen seien (ES 2000 305). Aber auch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Gesuchsgegners ist nicht erwiesen. Ob der Gesuchsgegner allenfalls Vermögenswerte, die er aufgrund der Scheidungskonvention erhalten hatte, bereits ohne Not verbraucht hatte oder nicht und ob darin allenfalls ein Verhalten gegen Treu und Glauben liegt, muss erst im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung geprüft werden; diesbezüglich ist denn auch einem allfälligen rechtsmissbräuchlichen Verhalten eines Ehegatten durch das Gesetz ein Riegel geschoben (Art. 208 ZGB).

Demzufolge ist festzuhalten, dass zwischen den Parteien der Güterstand der Gütertrennung per 29. Mai 2001 anzuordnen ist.

Kantonsgerichtspräsidium, 29. April 2002

Obergericht: Abweisung der Beschwerde am 10. Mai 2002

(Zur Zeit der Drucklegung beim Bundesgericht hängig)

*Art. 13 Abs. 1 und 26 HEntfÜ. – Ablehnung der Rückführung eines Kindes nach Australien gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. a und b HEntfÜ, weil der Antragsteller dem Verbleib des Kindes in der Schweiz zugestimmt hat (Erw. 3) und eingestandenermassen in seinem Garten Hanfpflanzen anbaut, Gebäck mit «Hanfessenzen» zu sich nimmt und regelmässig Marihuana konsumiert (Erw. 4). Im Verfahren betreffend Kindesrückführung dürfen keine gerichtlichen Kosten auferlegt werden. Die unterliegende Partei hat indes die obliegende Partei für ihre prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen (Erw. 5 und 6).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a und b des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HEntfÜ) gilt das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes als widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte. Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass X. unmittelbar vor dem Verbringen in die Schweiz seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Australien hatte, und nach australischem Recht beiden Elternteilen, solange sie verheiratet sind, die elterliche Sorge gemeinsam zusteht. Nicht in Abrede gestellt wurde sodann, dass das Sorgerecht gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde bzw. ausgeübt worden wäre, falls X. nicht in die Schweiz überführt worden wäre. Strittig ist demgegenüber – neben verfahrensrechtlichen Fragen –, ob im vorliegenden Fall die Rückgabe von X. nach Australien im Sinne von Art. 13 Abs. 1 HEntfÜ verweigert werden kann, weil der Beschwerdeführer dem Verbringen von X. in die Schweiz bzw. dem Zurückhalten in der Schweiz zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat (lit. a), oder weil die Rückgabe von X. nach Australien mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist (lit. b).

2. Der Beschwerdeführer beantragt vorab, es sei das Verfahren zur Neubeurteilung an das Kantonsgerichtspräsidium zurückzuweisen und ein neutraler Richter einzusetzen, damit der bisherige Einzelrichter als Zeuge einvernommen werden könne. Im vorinstanzlichen Verfahren sei einiges schief gelaufen. Er sei beispielsweise vom Richter aufgefordert worden, Belege einzureichen, um die Unentgeltlichkeit der Prozessführung zu erlangen, obwohl nach dem HEntfÜ die Unentgeltlichkeit ohne weitere Belege zu bewilligen sei. Der Richter habe ihm auch mitgeteilt, dass er keinen Anwalt benötige; wenn nun im Entscheid ausgeführt werde, der Richter sei

nicht dazu da, die Parteien zu beraten, so könne dieser Haltung ein gewisser Zynismus nicht abgesprochen werden. Der vorinstanzliche Richter habe ihm sodann eine Trennungsvereinbarung vorgeschlagen und im Rahmen eines Telefongesprächs mehr oder weniger die Zusage entlockt, mit dem Verbleib des Kindes in der Schweiz einverstanden zu sein. Wenn ein Richter in einem fremden Land am Telefon solche Vorschläge mache, habe er (der Beschwerdeführer) notgedrungen davon ausgehen müssen, dass dies wohl geltendem Recht entspreche und keine anderen Möglichkeiten mehr bestünden. Er habe im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich beantragt, dass weitere Beweismittel vorgelegt werden könnten, falls sich abzeichnen sollte, dass das Verfahren aufgrund missverständlicher Aktennotizen entschieden werde. Da dem Einzelrichter mutmasslich bekannt gewesen sei, dass solche Beweismittel zu Komplikationen führen würden, habe er die Abnahme weiterer Beweismittel unterlassen. Dies zeige, dass keine Waffengleichheit herrsche und dem Verfahren die notwendige Fairness fehle.

a) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die fraglichen Gespräche zwischen dem Beschwerdeführer und dem vorinstanzlichen Richter fanden im Rahmen des ebenfalls hängigen – und inzwischen sistierten – Eheschutzverfahrens statt. Der vorinstanzliche Richter hatte am 15. März, 27. März und 29. Mai 2001 telefonischen Kontakt mit dem Beschwerdeführer. Bei all diesen Gesprächen hat sich der Beschwerdeführer nie in dem Sinne geäußert, dass er X. nach Australien zurückführen möchte. Er betonte zwar im zweiten Gespräch, dass er dafür «kämpfen» werde, das Kind sehen zu können, deutete aber bereits im ersten Gespräch an, dass er «durchaus an einer gütlichen Einigung interessiert» sei. Es bestand daher für den Eheschutzrichter gar kein Anlass, den Beschwerdeführer auf das HEntfÜ aufmerksam zu machen. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer selber Ende März 2001 einen australischen Anwalt konsultiert. Wenn ihm dieser – zusammengefasst – den Rat erteilte, «that I could commence proceedings in Australia for an interim order for residence, but that I didn't have much chance of winning custody and that I would be better off finalising property and child support and just seeking contact with X.», mithin ihm von prozessualen Schritten abriet, und der Beschwerdeführer in der Folge im Gespräch mit dem Richter erklärte, dass er «damit einverstanden [sei], dass die Mutter die Obhut über das Kind [habe]», kann diese Erklärung entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht einem angeblich irreführenden Verhalten des Richters angelastet werden. Ebenso wenig widerspricht es dem genannten «Grundsatz der Waffengleichheit und Fairness» des Verfahrens, wenn der Richter nach freiem Ermessen entscheidet, welche Beweismittel er zulassen will und wie er die zugelassenen Beweismittel würdigt (vgl. §56 ZPO). Unter diesen Umständen besteht daher kein Anlass, den vorliegenden Fall aufgrund angeblicher verfahrensrechtlicher Mängel an die Vorinstanz zurückzuweisen und einen anderen Richter einzusetzen.

b) Hinzu kommt Folgendes: Der Beschwerdeführer hat weder im Eheschutz- noch im Vollstreckungsverfahren ein Ausstandsgesuch gegen den vorinstanzlichen Richter gestellt. Diesen Weg hätte er aber einschlagen müssen, um die Einsetzung eines anderen Richters zu verlangen. Wenn er dies unterlassen hat und erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren einen entsprechenden Antrag stellt, kann er damit 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. Der Beschwerdeführer hat mit keinem Wort dargetan und es ist denn auch sonst nicht ersichtlich, weshalb er diesen Antrag nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorbringen können. Insbesondere geht es nicht an, dass ein Antragsteller zunächst den erstinstanzlichen Entscheid abwartet und erst wenn dieser negativ ausfällt, Antrag auf Rückweisung und Einsetzung eines «neutralen» Richters stellt. Auch aus diesem Grund besteht kein Anlass, den Fall an die Vorinstanz zurückzuweisen und einen anderen Richter einzusetzen.

3. Der Beschwerdeführer rügt, er habe dem Verbringen von X. in die Schweiz bzw. der Zurückbehaltung in der Schweiz nicht zugestimmt. Mit der Aussage «Io ti penso sempre e ti amo. Se tu non mi ami più davvero, me lo devi dire, e ti voglio guardare negli occhi mentre me lo dici... Se è vero, allora o.k., facciamo come voi te» habe er lediglich festgestellt, dass er sich dem Willen der Beschwerdegegnerin zur generellen Auflösung der Beziehung beugen und auch akzeptieren würde, dass sie ihn wirklich nicht mehr liebe. Keineswegs habe er sich aber damit sämtlicher Rechte bezüglich seines Kindes begeben wollen. Als er diese Zeilen geschrieben habe, sei er unter dem Schock der erst gerade erfolgten Mitteilung gestanden, dass seine Ehefrau nicht nach Australien zurückkomme und er habe Mittel und Wege gesucht, um in einem friedfertigen Ton seine Frau zur Rückkehr nach Australien zu bewegen. Unter diesen Umständen könne einem solchen Satz, welcher im Übrigen nicht einmal spezifisch auf die Zurückhaltung des Kindes Bezug nehme, nicht die Bedeutung zukommen, welche das Abkommen in Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ voraussetze. Auch aus dem Satz, er sei «damit einverstanden, dass die Mutter die Obhut über das Kind habe», könne kein abschliessender Schluss über die Zustimmung zur Zuteilung des Sorgerechtes gezogen werden. Zum einen sei diese – bestrittene – Aussage aufgrund eines Willensmangels zustande gekommen. Er sei über seine Rechte nicht im Bilde gewesen und habe aufgrund seiner beschränkten Mittel seine Rechte auch nicht überprüfen können. Zum anderen müsse dieser Satz als eine aus dem Zusammenhang des Telefongesprächs gerissene Feststellung betrachtet werden. Eine Zustimmung nach Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ dürfe nur sehr zurückhaltend angenommen werden und angesichts des eigenartigen Prozessverlaufes müsse insgesamt gesehen das Vorliegen einer Zustimmung verneint werden.

a) Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ ist das Gericht oder die Verwaltungsbehörde des ersuchten Staates u.a. nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn die Person, Behörde oder sonstige Stelle, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, nachweist, dass die Person, Behörde oder sonstige Stelle, der die Sorge für die Person des Kindes zustand, dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat.

b) Dem Beschwerdeführer ist insofern beizupflichten, als Zustimmung zu einem beschränkten Ferienaufenthalt nicht Zustimmung zur Ausreise i.S. von Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ bedeutet; vielmehr liegt nach Ablauf des vereinbarten Zeitraums Widerrechtlichkeit vor. Allerdings wird dieses Einverständnis nicht selten später als Zustimmung zur Ausreise gedeutet (vgl. Kuhn, «Ihr Kinderlein bleibet, so bleibet doch all», Neuere schweizerische Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungs-Übereinkommen, in: AJP 9/1997, S. 1104). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann nun aber nicht allein aufgrund des Prozessverlaufs das Vorliegen einer Zustimmung verneint werden. Vielmehr ist durch Auslegung der Erklärungen des Beschwerdeführers zu ermitteln, ob er dem Verbringen von X. in die Schweiz zugestimmt bzw. dies nachträglich genehmigt hat oder nicht.

c) Die Vorinstanz hat die Erklärung des Beschwerdeführers gegenüber der Beschwerdegegnerin im Fax-Schreiben vom 25. März 2001 «Io ti penso sempre e ti amo. Se tu non mi ami più davvero, me lo devi dire, e ti voglio guardare negli occhi mentre me lo dici... Se è vero, allora OK, facciamo come vuoi te!» als - wenn auch schwer zu akzeptierende - Zustimmung zum Vorgehen der Beschwerdegegnerin, nämlich dem Verbleib in der Schweiz zusammen mit dem Kind, qualifiziert. Dies ist nicht zu beanstanden. Nach Treu und Glauben kann diese Erklärung (frei übersetzt: «... dann machen wir es wie du willst!») nur so verstanden werden, dass der Beschwerdeführer mit einer allfälligen Trennung und deren Nebenfolgen entsprechend den Wünschen der Beschwerdegegnerin einverstanden war. Wenn der Beschwerdeführer diese Erklärung nachträglich nur in Bezug auf die Frage der Trennung gelten lassen will, so verkennt er, dass im fraglichen Fax ausdrücklich auch vom Kind («il bambino») die Rede ist, und er sich nicht in diesem einschränkenden Sinn äusserte, sondern sich uneingeschränkt dem Willen der Beschwerdegegnerin beugen wollte (oder dies zumindest vorgab). Seine Erklärung muss daher als umfassende Zustimmung verstanden werden. Bis im November 2001 hat er denn auch seine Einwilligung nie bestritten bzw. widerrufen. Soweit der Beschwerdeführer sodann ausführen lässt, er sei damals unter Schock gestanden und habe seiner Erklärung nicht diese Bedeutung beimessen wollen, so widerspricht dies seinen eigenen Ausführungen im Affidavit vom 3. Oktober 2001, wo er erklärte «I didn't demand that she return to Australia with X. as I thought that would ruin any chance of reconciliation». Bei der Abgabe dieser Erklärung hatte er im Übrigen be-

reits Kenntnis vom HEntfÜ, weshalb entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch nicht gesagt werden kann, es dürfe nicht auf seine damaligen Erklärungen abgestellt werden, da er diese in Unkenntnis des HEntfÜ abgegeben habe. Die Vorinstanz hat daher aufgrund dieser Erklärungen zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer mit dem Verbleib von X. in der Schweiz einverstanden gewesen sei, weshalb dessen Zurückhalten nicht als widerrechtlich gelten könne. Dies gilt umso mehr, dass der Beschwerdeführer auch in einem – von ihm initiierten – Telefongespräch mit dem Eheschutzrichter ausdrücklich erklärte, er sei damit einverstanden, dass das Kind in der Schweiz und unter der Obhut der Beschwerdegegnerin verbleibe. Wie in Erw. 2a hievor dargelegt, kann diese Erklärung entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht einem angeblich irreführenden Verhalten des Richters angelastet werden. Nicht nachvollziehbar ist ferner, weshalb diese Erklärung aus dem Zusammenhang gerissen sein soll, bestreitet doch der Beschwerdeführer zu Recht nicht, dass anlässlich dieses Telefongesprächs über die Frage der Obhutsteilung gesprochen worden ist. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz das Gesuch um Rückführung des Kindes X. nach Australien gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. a HEntfÜ abgewiesen hat.

4. Der Beschwerdeführer wendet ferner ein, die Rückführung von X. sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz mit keiner schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens verbunden. Die Vorinstanz halte einerseits fest, dass eine gesundheitliche Gefährdung nur ausnahmsweise angenommen werden könne und nur eine wirklich schwere Gefährdung die Rückführung auszuschliessen vermöge. Andererseits werfe sie ihm Hanfkonsum vor, der in seinen Auswirkungen auf die Gesundheit äusserst umstritten sei. Die eidgenössischen Parlamente debattierten denn auch bereits über die Aufhebung der entsprechenden Strafbestimmung. Schon aus diesem Grund liege keine wirklich schwere Gefahr für die Gesundheit vor. Im Übrigen hätte bei X. schon jetzt ein eindeutiger Schaden festgestellt werden müssen, da er ja einige Zeit bei seinem Vater in Australien verbracht habe; den eingereichten ärztlichen Zeugnisse sei jedoch keine eindeutige Schädigung zu entnehmen.

a) Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ kann die Rückgabe des Kindes verweigert werden, wenn die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens des Kindes verbunden ist oder die Rückgabe das Kind auf eine andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt. Notwendig ist, dass sich aus der Lebensführung eine Gefährdung des Kindes ergibt, und dass diese Gefährdung schwer ist. Beispielsweise wurde die Rückführung eines Kindes nach Australien deshalb abgelehnt, weil der Antragsteller eingestandenermassen Drogen konsumiert und damit in der ehelichen Wohnung gehandelt hatte (Kuhn, a.a.O., S. 1101, mit Hinweisen).

b) Die Vorinstanz führte aus, der Beschwerdeführer habe Hanfpflanzen im Garten, nehme «Hanfessenzen» zu sich und konsumiere ausserdem

Marihuana. Daraus zog sie den Schluss, dass X. bei einer Rückkehr nach Australien ernsthaft Gefahr laufen würde, in seiner geistig-psychischen, körperlichen, moralischen und sozialen Entwicklung negativ beeinflusst zu werden, und ihm die Gefahr eines seelischen Schadens drohe. Dieser Meinung schliesst sich auch die Justizkommission an. Wie den Akten zu entnehmen ist, pflanzt der Beschwerdeführer im Garten seines Hauses Hanf an. Er hat zudem eingestanden, dass er Gebäck mit «Hanfessenzen» zu sich nimmt und regelmässig Marihuana konsumiert. Dieser Sachverhalt ist auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren unbestritten. Wird ein Kleinkind in ein solches Umfeld zurückgeführt, ist es dabei zweifelsohne Gefahren ausgesetzt, die nicht verharmlost werden dürfen. Es mag zwar zutreffen, dass in der Schweiz in letzter Zeit über die Legalisierung von sog. «weichen» Drogen diskutiert wurde. Trotzdem ist der Anbau und der Konsum von Marihuana bzw. Haschisch nach wie vor strafbar, weshalb dem vorinstanzlichen Richter entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht vorgeworfen werden kann, er sei voreingenommen, nur weil er diesen Sachverhalt beim Untersuchungsrichteramt zur Anzeige gebracht hat (vgl. §6 StPO). Ausserdem darf nicht übersehen werden, dass Marihuana halluzinogene Wirkstoffe enthält, welche zu physischen und psychischen Schädigungen führen können. Dieses Betäubungsmittel führt individuell unterschiedlich (u.a.) zu Dämmerzuständen, Euphorie, Unruhe, veränderter Wahrnehmung bis zu kurzzeitigen Halluzinationen (vgl. Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, 258 A., Berlin 1998, S. 635). Wenn der Beschwerdeführer zwar offenbar auch bereits früher Marihuana konsumierte und X. sein erstes Lebensjahr in diesen Verhältnissen verbrachte, so ist doch nicht zu verkennen, dass die Parteien damals noch zusammen lebten und die Mutter das Kind offenbar entsprechend schützen konnte. Es erscheint jedenfalls vertretbar, wenn die Vorinstanz unter diesen Lebensumständen des Beschwerdeführers auf eine ernsthafte Gefährdung des Kindes schloss und deswegen die Rückführung des Kindes auch gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ verweigerte.

5. Der Beschwerdeführer rügt schliesslich, er sei von der Vorinstanz zu Unrecht zur Leistung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin verpflichtet worden. Art. 26 Abs. 4 HEntfÜ sehe zwar (unter gewissen Umständen) die Auferlegung ganz bestimmter einzelner Kosten vor, aber mit Sicherheit nicht die Leistung einer ganzen Parteientschädigung.

Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 3. Januar 2002 wurde dem Beschwerdeführer aufgrund des HEntfÜ für das Verfahren betreffend Kindesrückführung die Unentgeltlichkeit der Rechtspflege und des Rechtsbestandes «im Sinne der einschlägigen Bestimmungen der zugerischen Zivilprozessordnung» gewährt. Gemäss §47 ZPO befreit die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung die Partei ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches von der Pflicht zur Bezahlung der Gerichtskosten und zur Leistung von Kauttionen und Barvorschüssen, nicht aber von der Sicherheitsleistung bei vorsorglichen Massnahmen und von der Bezahlung der Parteient-

schädigung an den obsiegenden Gegner. Die unterliegende Partei kann demnach, auch wenn ihr die unentgeltliche Prozessführung bewilligt wurde, zur Leistung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden. Diese Regelung steht durchaus im Einklang mit dem HEntfÜ. Nach Art. 26 Abs. 2 HEntfÜ dürfen die zentralen Behörden und andere Behörden der Vertragsstaaten vom Antragsteller keine Gebühren für ihr Tätigwerden erheben. Insbesondere dürfen sie vom Antragsteller weder die Bezahlung von Verfahrenskosten noch der Kosten verlangen, die gegebenenfalls durch die Beiordnung eines Rechtsanwalts entstehen. Der Beschwerdeführer wurde denn auch im erstinstanzlichen Verfahren weder zur Bezahlung der Gerichtskosten noch seiner Anwaltskosten (für den Fall dass er zu Vermögen gelangen sollte) verpflichtet. Andererseits durfte er – als unterliegende Partei – ohne weiteres zu Zahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin verpflichtet werden, allerdings nicht gestützt auf Art. 26 Abs. 4 HEntfÜ, wie die Vorinstanz offenbar annimmt, sondern – wie bereits erwähnt – gestützt auf §47 ZPO (vgl. dazu Lobsiger, Internationale Übereinkommen im Familienrecht und Kostengarantien, in: AJP 1994/7, S. 914 und 917). Die angefochtene Verfügung ist daher auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

6. Die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet und ist daher abzuweisen.

Wie soeben dargelegt, dürfen im Verfahren betreffend Kindesrückführung keine gerichtlichen Kosten erhoben werden. Der Beschwerdeführer hat indes bei diesem Ausgang des Verfahrens – trotz Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung (vgl. §50 Abs. 3 ZPO) – die Beschwerdegegnerin für ihre Umtriebe angemessen zu entschädigen (§40 Abs. 1 ZPO). Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Vorsitzende der Justizkommission der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 18. Juni 2002 die Unentgeltlichkeit des Rechtsbeistandes bewilligt hat.

Justizkommission, 20. Juni 2002, i.S. A. / A.

### 3. Erbrecht

*Art. 614 ZGB. – Beruft sich der schuldende Erbe auf Art. 614 ZGB, kann er sich der Einforderung der Schuld vor der Teilung widersetzen und im Rahmen der Teilung weder von den Miterben noch vom Richter zur Schuldentilgung gezwungen werden. Dasselbe Recht steht ihm auch gegenüber dem Erbenvertreter zu. In einem allfälligen Rechtsöffnungsprozess oder in einem ordentlichen Verfahren kann er daher die Einrede der Stundung vorbringen und somit die Eintreibung der Forderung verhindern.*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Die Stellung und die Aufgabe des nach Art. 602 Abs. 3 ZGB auf Begehren eines Miterben von der zuständigen Behörde eingesetzten Erbenvertreters wird im Gesetz nicht umschrieben. Die Lehre hält dafür, dass die Befugnisse und Pflichten des behördlich bestellten Erbenvertreters denjenigen eines Willensvollstreckers und des amtlichen Erbschaftsverwalters entsprechen. Der Erbenvertreter ist gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft; er verpflichtet und berechtigt diese unmittelbar auch ohne Zustimmung der Erben. Er hat die laufenden Geschäfte der Erbschaft zu besorgen und ist für die Erhaltung und (vorsichtige) Mehrung der Erbschaftswerte verantwortlich. Er ist befugt, über Erbschaftswerte zu verfügen und für die Erben Verpflichtungen einzugehen. Er vertritt die Erbengemeinschaft im Prozess und ist auch zur Geltendmachung von Ansprüchen der Erbschaft gegen Miterben berechtigt. Dabei hat er nur die Interessen der Erbengemeinschaft und nicht diejenigen der einzelnen Erben zu wahren (vgl. Peter C. Schaufelberger, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Basel 1998, N 47 zu Art. 602; Peter Tuor/Vito Picononi, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. III/2, Bern 1964, N 54 zu Art. 602; Arnold Escher, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III/2, Zürich 1960, N 78 zu Art. 602). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist der Erbenvertreter somit berechtigt, Darlehen zu kündigen. Die von ihm vorgenommene Kündigung des dem Beschwerdeführer gewährten Darlehens ist daher auch gültig. Art. 614 ZGB sieht nun aber vor, dass Forderungen, die der Erblasser an einen der Erben gehabt hat, diesem bei der Teilung anzurechnen sind. Die Bestimmung will verhindern, dass ein Erbe Schulden, die er gegenüber dem Erblasser hatte, an die Erbengemeinschaft zahlen muss. Beruft sich der schuldende Erbe auf Art. 614 ZGB, kann er sich der Einforderung der Schuld vor der Teilung widersetzen und im Rahmen der Teilung weder von den Miterben noch vom Richter zur Schuldentilgung gezwungen werden (Schaufelberger, a.a.O., N 1 u. 4 zu Art. 614). Dasselbe Recht steht ihm selbstverständlich auch gegenüber dem Erbenvertreter zu. In einem allfälligen Rechtsöffnungsprozess oder in einem ordentlichen Verfahren kann er daher die Einrede der Stundung vorbringen und somit die Eintreibung der Forderung verhindern (vgl.

Tuor/Picononi, a.a.O., N 12 zu Art. 614 mit Hinweis auf ZBJV 79 S. 274 ff. sowie Escher, a.a.O., N 2 zu Art. 614). Übersteigt die Schuld den Erbanspruch, schuldet der Erbe den Miterben eine Ausgleichszahlung im übersteigenden Betrag. Als Forderung des Nachlasses fällt sie in die Erbmasse wie eine Forderung gegenüber einem Drittschuldner (Nicht-Erbe) und ist im Rahmen der Teilung einem bestimmten Los zuzuteilen, soweit der Schuldner-Erbe den Ausgleich nicht einbezahlt und dieser Betrag geteilt wird (Schaufelberger, a.a.O., N 5 zu Art. 614). Daraus erhellt, dass der Erbe, unabhängig davon, ob seine Schuld seinen Erbanspruch übersteigt oder nicht, sich gegen die Geltendmachung der Forderung vor der Teilung zur Wehr setzen kann, indem er nach der Zustellung des Zahlungsbefehls Rechtsvorschlag und im anschliessenden Rechtsöffnungsverfahren die Einrede der Stundung erheben kann. Ist der Schuldner-Erbe mithin in der Lage, vor der Teilung der Erbschaft die Eintreibung einer solchen Forderung zu verhindern, ist er nicht auf den Erlass einer vorsorglichen Massnahme angewiesen. Es fehlt an einem drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil als Voraussetzung für den Erlass einer solchen Massnahme.

b) Im vorliegenden Fall verhält es sich aber so, dass die Beschwerdegegnerin 1 von dem ihr vom Erblasser eingeräumten Wahlrecht gemäss Ziffer IV der letztwilligen Verfügung Gebrauch gemacht und im Erbteilungsprozess mit der Klageantwort vom 22. Oktober 2001 erklärt hat, sie sei bereit, das Darlehen über Fr. 570'000.- auf Anrechnung an ihre güter- und erbrechtlichen Ansprüche zu übernehmen. Es stellt sich daher die Frage, ob der Beschwerdeführer trotz dieser Erklärung nach wie vor gestützt auf Art. 614 ZGB die Anrechnung dieser Forderung auf seinen Erbteil verlangen und sich der Einforderung der Schuld vor der Teilung widersetzen kann.

Nach Art. 608 Abs. 1 ZGB ist der Erblasser befugt, durch Verfügung von Todes wegen seinen Erben Vorschriften über die Teilung und die Bildung der Teile zu machen. All jene Anordnungen des Erblassers, die eine materielle Ungleichheit der Anteile der Erben begründen, sind somit innerhalb der Grenzen des Pflichtteils bindend. Auch blosser Teilungsvorschriften, welche die Grösse der Anteile nicht berühren, sind gültig und verpflichten die Erben, vorausgesetzt, dass sie in einer gültigen Verfügung von Todes wegen enthalten sind (Tuor/Picononi; a.a.O., N 6 zu Art. 608). Der Erblasser ist daher befugt, die dispositive Teilungsregel von Art. 614 ZGB abzuändern. Vorliegend hat der Erblasser der Beschwerdegegnerin 1 das uneingeschränkte Wahlrecht bezüglich sämtlicher in den eherechtlichen Vermögensmassen und im Nachlass befindlicher Vermögensgegenstände eingeräumt. Damit nahm er in Kauf, dass die in Art. 614 geregelte Forderungsanrechnung derogiert werden kann. Die Beschwerdegegnerin 1 hat sich nun im Erbteilungsprozess bereit erklärt, das Darlehen über Fr. 570'000.- auf Anrechnung an ihre güter- und erbrechtlichen Ansprüche zu übernehmen und erhebt damit Anspruch auf Zuteilung dieses Darlehens. Dieser Anspruch ist indes bloss obligatorischer Natur. Die Darlehensforderung steht nach wie vor der

Erbengemeinschaft zu und nicht der Beschwerdegegnerin 1 (vgl. Tuor/Picononi, a.a.O., N 6a zu Art. 608 u.a. mit Hinweis auf BGE 58 II 40 und 70 II 269). Im Rahmen des Erbteilungsprozesses wird daher zu prüfen sein, ob der Beschwerdegegnerin 1 diese Forderung zugewiesen werden kann. Bis darüber rechtskräftig entschieden ist, muss es dem Beschwerdeführer unbenommen bleiben, sich der Eintreibung der Forderung zu widersetzen. Der Beschwerdeführer ist daher selbst unter Berücksichtigung, dass die Beschwerdegegnerin 1 in Ausübung des ihr in der letztwilligen Verfügung eingeräumten Wahlrechts die Zuweisung des Darlehens über Fr. 570'000.- verlangt hat, berechtigt, im Falle der Eintreibung des Darlehens durch den Erbenvertreter die Stundungseinrede zu erheben. Unter diesen Umständen bedarf der Beschwerdeführer somit auch hier keines vorsorglichen Rechtsschutzes, weshalb sein Massnahmebegehren abzuweisen ist. Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich damit im Ergebnis als zutreffend und ist nicht zu beanstanden.

Justizkommission, 28. Mai 2002, i.S. B. / B. u. Konsorten

#### 4. Obligationenrecht

*Art. 42 OR – Der Arbeitsausfall einer Frau im Haushalt ist gestützt auf die Zahlen der SAKE-Studie zu ermitteln, wenn sie nach einem Unfall invalid geworden ist.*

*Aus den Erwägungen:*

4.3 Die Klägerin macht bis ins Jahr 2012 einen monatlichen Aufwand im Haushalt von 184 Stunden à Fr. 30.– geltend. Sie stützt sich dabei auf das Gutachten W., welches jedoch als Parteibehauptung zu qualifizieren ist. Für die Zeit ab 2012 beruft sie sich auf die Ausführungen von Pribnow/Widmer/Sousa-Poza/Geiser in: HAVE 1/2002, S. 24 ff., Die Bestimmung des Haushaltschadens auf der Basis der SAKE (nachfolgend kurz «Aufsatz HAVE» genannt). Die Beklagte bestreitet die klägerische Haushaltschadensberechnung, und zwar sowohl den in Rechnung gestellten Stundenaufwand als auch den Stundenansatz.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind unter dem Titel Haushaltschaden die ausfallenden Stunden des Geschädigten in der Haushaltsführung zu einem bestimmten Stundenansatz zu entschädigen, wobei sich der Ersatz nicht auf die Aufwendungen für bezahlte Aushilfskräfte beschränkt, sondern auch zu leisten ist, wenn der Ausfall zu vermehrtem Aufwand der teilinvaliden geschädigten Person, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt. Zu Diskussionen Anlass gibt dabei immer wieder die Frage, wie dieser Stundenaufwand bestimmt werden kann und wie hoch der Ansatz der Entschädigung sein soll. Mit der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) 1997 wurde in diesem Zusammenhang eine neue Grundlage für die Bestimmung des Haushaltschadens erarbeitet. Im Aufsatz HAVE wurde der Haushaltschaden gestützt darauf neu bestimmt. Die Klägerin stützt sich im Wesentlichen auf diesen Aufsatz, da die SAKE anhand von massenstatistischen Untersuchungen – anders als bisher üblich – ermittelt habe, wie viel der Einzelne in einem Zwei- oder Mehrpersonenhaushalt in der Schweiz leiste. Die Beklagte lehnt die Erhebungen der SAKE und somit den Aufsatz der HAVE ab, da diese Erhebungen nicht den gemäss Art. 42 Abs. 2 OR relevanten Haushaltschaden der Klägerin beweisen würden; diese Erhebungen seien denn auch nicht mit einer Haushaltschadenkonvention gleichzusetzen.

4.4 Die Untersuchungen der SAKE basieren auf dem Umstand, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 108 II 434 bzw. Pra 1983 Nr. 54, S.137 ff.) der notwendige Stundenaufwand für den Haushalt billigerweise nicht konkret, sondern anhand von Erfahrungswerten zu ermitteln ist. Solche Erfahrungswerte finden sich in einschlägigen Statistiken. Diese geben jedoch kein einheitliches Bild ab. Angesichts dessen beauftragte der Bundesrat das Bundesamt für Statistik (BfS), den im Sinne der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung relevanten Stundenaufwand zu ermitteln. Zu diesem Zwecke führte das BfS 1997 in der Schweiz die SAKE durch, und zwar in Form von Telefonbefragungen. Insgesamt interviewte das BfS 16'000 Personen über 14 Jahre zu Bereichen wie Erwerbstätigkeit, soziodemographischen Merkmalen, unentgeltlich geleisteten Tätigkeiten, Einkommen und dergleichen, wobei jede Gesellschaftsschicht unter den Befragten proportional zu ihrer ständigen Wohnbevölkerung vertreten war. Kritiker dieser Befragungsart fordern, dass auch weiterhin auf die bis anhin beigezogenen Erhebungen – insbesondere auf die Zahlen von Schulz-Borck/Hofmann – abgestellt werde. Im Aufsatz HAVE wird dem entgegengehalten, dass die Zahlen von Schulz-Borck/Hofmann auf einer Zeitbudgeterhebung basieren würden, die vor knapp 10 Jahren in Deutschland durchgeführt worden sei. Diese Zahlen seien mithin veraltet und würden die spezifischen schweizerischen Verhältnisse ausser Acht lassen. Selbst wenn die bisher angewendete Befragungsart der Tagebuchmethode gegenüber der vom BfS angewendeten Methode der telefonischen Befragung qualitativ der Vorrang gelassen werden müsste – was jedoch keinesfalls wissenschaftlich belegt sei –, werde dieser Unterschied durch den gewichtigen Vorteil der Befragung des BfS, nämlich dass diese Befragung aktuell sei und sich auf schweizerische Verhältnisse abstütze, kompensiert.

Bis anhin orientierte sich auch das Kantonsgericht Zug u.a. an den Erhebungen von Schulz-Borck/Hofmann. Diese vor 10 Jahren gemachten Erhebungen sind aber in der Tat nicht mehr aktuell. Zudem unterscheiden sich Deutschland und die Schweiz in signifikanten Punkten (wie Frauenpartizipationsrate, Arbeitszeiten, etc.). Ferner stützt das BfS seine Zahlen auf grössere als die bis anhin berücksichtigte Stichproben ab und wie jede Statistik geht auch das BfS von Durchschnittszahlen aus, ist doch der konkrete Aufwand in einem Haushalt keineswegs konstant und deshalb kaum ermittelbar. Im Weiteren ist für die Ermittlung des Haushaltschadens als normativer Schaden nicht der IST-Zustand, sondern das durchschnittliche SOLL zu ermitteln. Zu beachten ist schliesslich, dass in der SAKE im Gegensatz zu den bisherigen Ermittlungen des Haushaltschadens nicht bloss ein Gesamtstundenaufwand für den ganzen Haushalt wiedergegeben ist, sondern dieser Aufwand pro Person, Geschlecht, Erwerbsstatut sowie acht Hausarbeitsgebieten und drei Betreuungsgebieten gegliedert wird. Mit anderen Worten kommt der SAKE dem in Art. 42 Abs. 2 OR statuierten Grundsatz, der Schaden sei so konkret wie möglich und so abstrakt wie notwendig zu ermitteln, in einer bis anhin noch nie da gewesenen Weise nach. Aus diesen Gründen ist auf die SAKE abzustellen, und zwar nicht nur hinsichtlich des künftigen, sondern auch des vorübergehenden klägerischen Stundenaufwandes im Haushalt. Dies gilt umso mehr, als dem Gutachten W. keine erhöhte Beweiskraft zukommt. Wird auf die SAKE abgestellt, so ist die Anzahl Personen im klägerischen Haushalt, das Alter allfälliger Kinder und die Erwerbs- oder Nichterwerbstätigkeit der Klägerin zu berücksichtigen.

4.4.1 Die Klägerin lebte im Zeitpunkt des Unfalls und auch heute noch mit ihrer Tochter zusammen. Am 29. Oktober 2010 wird die Tochter 18 Jahre alt und somit volljährig, am 29. Oktober 2012 wird sie 20 Jahre alt. Angesichts des Umstandes, dass die Lehrlingslöhne nicht allzu hoch sind, und angesichts der allgemein bekannten Tatsache, dass Kinder in der Regel nicht unmittelbar nach Erreichen der Volljährigkeit den elterlichen Haushalt verlassen, ist davon auszugehen, dass die Tochter der Klägerin – wie von Letzterer geltend gemacht – erst im Laufe des Jahres 2012 von zu Hause ausziehen und die Klägerin in einen Einpersonenhaushalt wechseln wird. Die Beklagte hat diese Ausführungen denn auch nicht bestritten.

Was sodann die Frage der Erwerbstätigkeit der Klägerin betrifft, steht fest, dass sie im Zeitpunkt des Unfalls arbeitslos war und auch heute noch keiner Arbeit ausser Hause nachgeht. Nach Ansicht der Beklagten wäre die Klägerin heute sowohl mit als auch ohne Unfall erwerbslos, was von der Klägerin allerdings bestritten wird. Die Klägerin führte in der Klageschrift aus, nach der Risikoschwangerschaft sei sie teilweise aus eigenen gesundheitlichen Gründen, aber auch wegen der gesundheitlichen Probleme ihrer Tochter nicht in der Lage gewesen, die Erwerbstätigkeit wieder aufzunehmen. Allein aufgrund dieser Aussage kann – entgegen der Ansicht der Beklagten – jedoch nicht der Schluss gezogen werden, die Klägerin hätte nach der Geburt ihrer Tochter nie mehr einem Erwerb nachgehen können. Zu beachten ist nämlich, dass die Klägerin zuvor während mehrerer Jahre verschiedenen Erwerbstätigkeiten, so u.a. als Büroangestellte, nachgegangen war und grundsätzlich gute Leistungen erbracht hatte. Dass die Klägerin ohne Unfall wieder gearbeitet hätte, ergibt sich sodann aus dem Umstand, dass sie vor dem Unfall keine Leistungen der Invalidenversicherung beantragt, geschweige denn bezogen hat. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Klägerin ohne Unfall erwerbsfähig und spätestens ab September 1997, d.h. ab Eintritt ihrer Tochter in den Kindergarten, auch wieder – halbtags – erwerbstätig gewesen wäre. Die Beklagte bestreitet zwar auch Letzteres, indem sie sich auf den Standpunkt stellt, die Klägerin hätte angesichts der schlechten finanziellen Verhältnisse ohne Unfall die Erwerbstätigkeit bereits vor September 1997 wieder aufgenommen. Damit setzt sie – die Beklagte – sich aber in Widerspruch zu ihrer obzitierten Aussage, die Klägerin wäre auch ohne Unfall erwerbslos geblieben. Es ist somit daran festzuhalten, dass die Klägerin spätestens ab September 1997 wieder – halbtags – gearbeitet hätte.

An der Hauptverhandlung vom 7. Januar 2002 stellte sich sodann die Klägerin auf den Standpunkt, ohne Schadenereignis hätte sie ab dem mutmasslichen «Urteilsdatum» wieder zu 100% erwerbstätig sein können; sie berechnete den vorübergehenden Erwerbsschaden denn auch lediglich bis Ende 2001. Am 1. Januar 2002 war die Tochter der Klägerin rund 9 Jahre und 2 Monate alt und besuchte somit die 3. Primarklasse. Bei einem Kind in diesem Alter ist es realistisch anzunehmen, dass die Mutter, insbesondere wenn es die finanziellen Verhältnisse erfordern, nach und nach einer ganz-

tätigen Arbeit nachgeht, um so den Unterhalt der Familie zu sichern. Vorliegend ist daher ermessensweise anzunehmen, dass die Klägerin ungefähr ab dem Zeitpunkt, ab dem ihre Tochter die 3. Primarklasse beendet, d.h. ab Juli 2002, zu 100% gearbeitet hätte.

Nicht gefolgt werden kann hingegen der Annahme der Klägerin, sie werde als Ergebnis der 11. AHV-Revision erst mit 65 Jahren, d.h. erst im September 2021, pensioniert; die Beklagte hat dem denn auch opponiert. Bereits der 10. AHV-Revision, die per 1. Januar 1997 in Kraft trat, gingen langwierige politische Diskussionen voraus. Da dies auch im Rahmen der 11. AHV-Revision zu erwarten ist, kann nicht mit einer raschen Inkraftsetzung einer Neueuerung gerechnet werden. Zudem ist die (weitere) Anhebung des Rentenalters für Frauen ohnehin heftig umstritten, und es ist im heutigen Zeitpunkt mehr als offen, ob eine solche überhaupt zu realisieren ist. Auch ist – wie bei der 10. AHV-Revision – zu erwarten, dass das Rentenalter erst nach Ablauf einer Übergangsfrist angehoben wird. Gestützt darauf ist im Folgenden davon auszugehen, dass die Klägerin mit 64 Jahren pensioniert wird.

4.4.2 Angesichts all dieser Fakten ergibt sich gestützt auf die SAKE (vgl. Aufsatz HAVE) für die Klägerin der nachfolgende Stundenaufwand im Haushalt. Zu bemerken ist dabei, dass für die Zeit, in der die Klägerin – ohne Unfall – 50% gearbeitet hätte, der für die Haushaltsführung aufgewendete Stundenaufwand ermessensweise zwischen den Grenzen der Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen (vorliegend durch Berechnung des arithmetischen Mittels) festgelegt wird (vgl. die entsprechenden Empfehlungen im Aufsatz HAVE, S. 30).

Februar 1995 bis August 1997 (Klägerin nicht erwerbstätig, Tochter jünger als 6 Jahre): 31 Monate à 283 Std. (Tabelle 3 in Aufsatz HAVE, S. 37) ergibt	8'773 Std.
September und Oktober 1997 (Klägerin 50% erwerbstätig, Tochter jünger als 6 Jahre): 2 Monate à 262 Std. (Tabelle 3 in Aufsatz HAVE, S. 37) ergibt	524 Std.
November 1997 bis Juni 2002 (Klägerin 50% erwerbstätig, Tochter älter als 5 Jahre): 56 Monate à 222 Std. (Tabelle 4 in Aufsatz HAVE, S. 37) ergibt	12'432 Std.
Juli 2002 bis Juni 2012 (Klägerin 100 % erwerbstätig, Tochter älter als 5 Jahre; Auszug der Tochter): 120 Monate à 163 Std. (Tabelle 4 in Aufsatz HAVE, S. 37) ergibt	19'560 Std.
ab Juli 2012 bis August 2021 (Klägerin 100 % erwerbstätig und lebt alleine; Eintritt der Klägerin ins Pensionsalter): 110 Monate à 83 Std. (Tabelle 1 in Aufsatz HAVE, S. 37) ergibt	9'130 Std.

4.5 Wie bereits erwähnt, macht die Klägerin einen Stundenansatz von Fr. 30.- geltend. Nach Ansicht der Beklagten beträgt der Stundenansatz dagegen bloss Fr. 19.65. Das Bundesgericht hat den Wert der im Haushalt geleisteten Arbeit für die Jahre 1976/77 mit Fr. 15.- pro Stunde beziffert (BGE 108 II 439); unter Berücksichtigung der Teuerung entspräche dies für die Jahre 1993–2000 einem Stundenansatz von durchschnittlich rund Fr. 27.- (Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 10. Mai 2000, in: plädoyer 5/2000, S. 67). In einem weiteren Entscheid hielt das Bundesgericht am 9. September 1989 fest, dass angesichts der Tendenz, die Arbeit im Haushalt – ob sie nun in der Stadt oder auf dem Land geleistet werde – aufzuwerten, ein Stundenansatz von Fr. 30.- nicht zu beanstanden sei (plädoyer 4/1999, S. 65 ff.; ähnlich Geisseler, Der Haushaltschaden, in: Koller [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, St. Gallen 1997, S. 83, der einen Ansatz von Fr. 27.- als angemessen erachtet, selbst wenn man, wie von ihm postuliert, von einem Qualitätsbonus absehe). Ob dieser Stundenansatz von Fr. 30.- allgemein gültig sein soll oder nicht, ist nicht klar (vgl. Aufsatz HAVE, S. 25), kann im vorliegenden Fall jedoch offen gelassen werden. Fest steht, dass der von der Beklagten in Anlehnung an die SAKE geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 19.65 (Aufsatz HAVE, S. 35) unter allen Umständen viel zu tief angesetzt ist. Angesichts der vom BfS beigezogenen Referenzgrössen scheint ein Stundenansatz von Fr. 27.- (netto) auch im vorliegenden Fall gerechtfertigt, weshalb von einem solchen auszugehen ist (vgl. dazu auch Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 31. Mai 2001 i.S. I./Z.).

Kantonsgericht, 1. Juli 2002; zur Zeit der Drucklegung nicht rechtskräftig

*Art.330a Abs. 1. OR – Ausstelldatum eines erst einige Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten (Schluss)Arbeitszeugnisses*

*Aus den Erwägungen:*

Die Klägerin verlangt, dass als Ausstellungsdatum des (Schluss)Arbeitszeugnisses der 31. Dezember 2000 und somit das Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses genannt wird.

Das Arbeitszeugnis muss das Datum der Ausstellung enthalten. Wie alle anderen Angaben muss auch dieses wahrheitsgemäss verurkundet werden; ein Vor- oder Rückdatieren ist deshalb nach herrschender Lehre grundsätzlich nicht zulässig. Das Festhalten des wahren Ausstellungsdatums kann für den Arbeitnehmer jedoch negative Konsequenzen haben. Ein Dritter kann den Aussagewert eines erst einige Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten Zeugnisses geringer einstufen als denjenigen eines bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten Zeugnisses. Für den Fall, dass die Verantwortung für die verspätete Ausstellung einzig beim Arbeitgeber liegt, wäre es demzufolge unbillig, den Arbeitnehmer die Folgen tragen zu lassen. Wenn der Zeugnisanspruch auf dem Wege eines vielleicht Monate dauernden Prozesses durchgesetzt werden muss, würde das gemäss Richterspruch auszustellende Zeugnis nämlich ein völlig zufälliges Datum erhalten. Hier müssen die Interessen des Arbeitnehmers gegenüber dem Wahrheitsgebot Vorrang haben, weshalb das Datum, an dem die Ausstellung hätte erfolgen müssen, festzuhalten ist (Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Bern 1996, S. 97 ff., mit Verweis auf einen Entscheid des Zürcher Arbeitsgerichts, in: ZR 70/1971, Nr. 54; siehe dazu auch ZR 100/2001, Nr. 77).

Vorliegend hat die Beklagte den Anspruch der Klägerin auf Ausstellung eines (Schluss)Arbeitszeugnisses bereits in ihrer Klageantwort grundsätzlich anerkannt. Im Laufe des vorliegenden Verfahrens hat sich zudem kein Anhaltspunkt dafür ergeben, weshalb der Klägerin nicht das von ihr verlangte Zeugnis ausgestellt werden sollte oder weshalb der von ihr verlangten Formulierung gegenüber Vorbehalte gerechtfertigt wären. Die Beklagte hat die Verzögerung der Ausstellung des (Schluss)Arbeitszeugnisses daher alleine zu verantworten, weshalb als Ausstellungsdatum der 31. Dezember 2000 anzubringen ist.

Kantonsgericht, 22. Juli 2002

*Art. 697 Abs. 1 OR; Art. 697b Abs. 1 OR – Wer beim Gericht einen Antrag auf Sonderprüfung einreicht, muss nicht mit dem Aktionär identisch sein, welcher das Begehren um Auskunftserteilung gestellt hat (Erw. 2). Die Sonderprüfung ist zweckgerichtete Tatsachenforschung. Die Sonderprüfung dient nicht der umfassenden Untersuchung der Geschäftsführung im Allgemeinen oder der Geschäftspolitik und in der Regel auch nicht dazu, die Richtigkeit der Angaben der Unternehmensleitung im Geschäftsbericht überprüfen zu lassen (Erw. 5). Voraussetzung für eine Änderung der Anträge (Erw. 5.4.2).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Jeder Aktionär kann der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern sie zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder das Recht auf Einsicht bereits ausgeübt hat (Art. 697 a Abs. 1 OR). Entspricht die Generalversammlung dem Antrag nicht, so können Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Mio. Franken vertreten, innert dreier Monate den Richter ersuchen, einen solchen Prüfer einzusetzen (Art. 697 b Abs. 1 OR). Die Gesuchsteller haben Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697 b Abs. 2 OR).

2. Vorerst bestritt die Gesuchsgegnerin die Aktivlegitimation der Gesuchsteller, da die Gesuchsteller 2 und 3 kein Auskunftsbegehren gestellt hätten. Einzig die Gesuchstellerin 1 habe mit Schreiben vom 16. Mai 2001 mehrere Auskunfts- bzw. Aktenherausgabebegehren gestellt. Mit Schreiben vom 7. Juni 2001 habe die Gesuchstellerin 1 verlangt, einen Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung zu traktandieren. An der Generalversammlung vom 30. Juni 2001 sei das Begehren um Sonderprüfung mit deutlicher Mehrheit abgewiesen worden. Die Gesuchsteller 2 und 3 seien erstmals mit dem vorliegenden Gesuch um Anordnung einer Sonderprüfung vom 28. September 2001 in Erscheinung getreten. Die Sonderprüfung sei für die Generalversammlung vom 23. November 2001 traktandiert worden. Die Generalversammlung habe das Sonderprüfungsbegehren noch viel deutlicher als an der Generalversammlung vom 30. Juni 2001 abgelehnt. Interessant sei auch, dass die Gesuchstellerin 1 und der Gesuchsteller 3 sich der Stimme enthalten und damit das Begehren um Sonderprüfung nicht mehr unterstützt hätten. Der Gesuchsteller 2 sei gar nicht zur Generalversammlung erschienen. Die Gesuchstellerin 1 verfüge über Aktien im Nominalwert von Fr. 1'317'400.-, während das Aktienkapital der Gesuchsgegnerin Fr. 125'553'000.- betrage. Das Quorum gemäss Art. 697 b Abs. 1 OR sei mithin nicht erfüllt.

2.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass alle drei Gesuchsteller zusammen das Quorum gemäss Art. 697 b Abs. 1 OR erfüllen, nicht jedoch die Gesuchstellerin 1 alleine. Ferner ist erstellt, dass die Gesuchstellerin 1 das Recht auf Auskunft ausgeübt und für die Generalversammlung vom 30. Juni 2001 einen Antrag auf Sonderprüfung gestellt hat, welcher von der Generalversammlung abgelehnt wurde. Zu entscheiden bleibt somit die Frage, ob es für die Stellung eines Antrages auf Sonderprüfung notwendig ist, dass vorgängig alle Gesuchsteller das Recht auf Auskunft ausgeübt haben.

2.2 Nach klarem Wortlaut von Art. 697 b Abs. 1 OR können Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von Fr. 2 Mio. vertreten, innert drei Monaten den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen. Weitere Voraussetzungen sind gemäss Gesetzestext nicht zu erfüllen. Die Gesuchsteller müssen gemäss herrschender Lehre nicht mit dem Aktionär identisch sein, der das Begehren um Auskunftserteilung gestellt hat (Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1991, S. 72 und 93; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1857; vgl. auch Weber, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2002, N 2 f. zu Art. 697 b OR). Die von Felix Horber vertretene abweichende Meinung (vgl. SJZ 91 [1995] S. 168) ist nicht stichhaltig, da sich Art. 697 a Abs. 1 OR, auf welchen sich dieser Autor abstützt, auf den Antrag an die Generalversammlung bezieht, während die Voraussetzungen für die Anrufung des Gerichtes in Art. 697 b Abs. 1 OR geregelt sind. Die von der Gesuchsgegnerin erhobene Einrede der mangelnden Aktivlegitimation ist mithin zu verwerfen.

5. 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. 697 b Abs. 2 OR). Zudem muss die Abklärung des fraglichen Sachverhaltes auf dem ausserordentlichen Weg der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte der Gesuchsteller erforderlich sein (Art. 697 a Abs. 1 OR). Das Vorliegen dieser materiellen Voraussetzungen wurde von der Gesuchsgegnerin ebenfalls bestritten.

5.1 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 der Angaben der Unternehmensleitung im Geschäftsbericht überprüfen zu lassen (Böckli, a.a.O., N 1872 und 1877; Casutt, a.a.O., S. 43 f. N 16 ff., S. 48 N 28 f.).

5.2 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 Bundesgerichtes 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. 4 c m.w.H.; vgl. auch Urteil der Justizkommission des Obergerichts vom 21. Januar 1994 in Sachen S. gegen A., S. 7, E. 3 a). Bei der Beurteilung der materiellen Voraussetzungen gilt es auch das Interesse der Gesellschaft im Auge zu behalten. Die Sonderprüfung gibt dem Aktionär mittelbares Recht, in interne Verhältnisse der Gesellschaft einzudringen. Sie stellt deshalb immer einen Eingriff in die Geheimnisse der Gesellschaft dar, was ein gewisses Schädigungspotential in sich birgt, und dies namentlich deshalb, weil der Aktionär keine Treuepflicht und damit auch keine Geheimhaltungspflicht trifft (Casutt, a.a.O., S. 17 ff. N 3 ff.).

5.3 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. 697 a 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. 3 a).

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.).

5.4 Die von den Gesuchstellern anvisierten Aktionärsrechte sind Verantwortlichkeits- bzw. Rückerstattungsklagen sowie die Nichtgenehmigung der Jahresrechnung. Es stellt sich nun die Frage, ob die von den Gesuchstellern verlangten Abklärungen zur Ausübung dieser Aktionärsrechte erforderlich sind und schon Gegenstand des Auskunftsbegehrens waren.

5.4.1 Sowohl die Auskunfts- bzw. Editionsbegehren der Gesuchstellerin 1 als auch die Sonderprüfungsanträge gemäss Gesuch vom 28. September 2001 sind monströs. Faktisch wurde damit eine flächendeckende Unternehmensanalyse verlangt, was nicht zulässig ist, hat sich doch die Sonderprüfung auf die Klärung einzelner konkreter Sachverhalte zu beschränken. Die Gesuchsteller haben es denn auch unterlassen, mit Bezug auf die einzelnen Fragen darzulegen, weshalb deren Beantwortung zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein sollte. Hinzu kommt, dass die Fragen zum Teil zu wenig präzise bzw. zu allgemein abgefasst sind. So hätte beispielsweise die Frage, ob die Verträge gemäss Frage lit. a zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden seien, wie wenn sie mit Aussenstehenden abgeschlossen worden wären, präzisiert werden müssen. Insbesondere hätten konkrete Vertragsklauseln, so z.B. die Preisgestaltung, angesprochen werden müssen. Es kann auch nicht zur Aufgabe eines Sonderprüfers gehören, familienrechtliche Beziehungen einzelner Personen oder den Ausbildungsstand der Verwaltungsräte abzuklären, denn Gegenstand einer Sonderprüfung können nur Sachverhalte sein, die sich auf die Gesellschaft selbst beziehen. Unzulässig sind zudem Fragen, welche klären sollen, aufgrund welcher Überlegungen und Vorabklärungen ein Gesellschaftsorgan gewisse Entscheide getroffen hat. Ebenso unzulässig sind Fragen, welche sich leichthin selber beantworten lassen, so z.B. durch Beizug eines Handelsregisterauszuges. Im Rahmen der Dispositionsmaxime kann es schliesslich nicht Aufgabe des Richters sein, in einem ganzen Sammelsurium von Fragen danach zu forschen, ob die eine oder andere Frage doch noch im Rahmen einer Sonderprüfung zulässig sein könnte. Zudem müsste für eine solche (zulässige) Frage dargelegt werden, weshalb deren Beantwortung zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein sollte. Dies wurde von den Gesuchstellern vorliegend unterlassen. Der Hauptantrag der Gesuchsteller ist mithin abzuweisen.

5.4.2 In der Replik stellten die Gesuchsteller für den Fall, dass der Hauptantrag inhaltlich für unzulässig befunden werde, einen Eventualantrag, allerdings ohne diesen näher zu begründen. Insbesondere wurden keine Ausführungen darüber gemacht, weshalb die Beantwortung dieser Fragen zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein sollte. Die Fragen gemäss dem Eventualantrag bzw. die dort erwähnten Marktwerte waren auch nicht Gegenstand des Auskunftsbegehrens. Schliesslich bleibt zu bemerken, dass es sich beim Eventualantrag faktisch um ein neues Sonderprüfungsbegehren handelt und nicht um einen reduzierten Hauptantrag. Dieses neue Begehren erfolgte jedoch nicht innerhalb der dreimonatigen Frist gemäss Art. 697 b Abs. 1 OR). Diese bundesrechtliche Frist geht §63 Abs. 1 ZPO vor. Der Eventualantrag ist daher ebenfalls abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könnte.

Kantonsgerichtspräsidium, 23. September 2002

## Schuldbetreibung und Konkurs

*Art. 53 SchKG. – Verändert der Schuldner seinen Wohnsitz bzw. seinen Sitz während des Einleitungsverfahrens und ist die Betreuung dementsprechend am neuen Ort fortzusetzen, hat der Gläubiger am neuen Betreuungsort das für ihn bestimmte Zahlungsbefehlsdoppel im Original vorzulegen.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Verändert ein Schuldner seinen Wohnsitz bzw. seinen Sitz während des Einleitungsverfahrens, ändert auch der allgemeine Betreuungsort (Art. 53 SchKG e contrario; BGE 112 III 11 Erw. 2; 115 III 30 Erw. 2). Die Betreuung ist dementsprechend am neuen Betreuungsort fortzusetzen.

Im Gegensatz zum Betreibungsbegehren (Art. 67 SchKG) regelt das Gesetz den Inhalt des Fortsetzungsbegehrens nicht. Dieses kann mündlich oder schriftlich gestellt werden und muss ganz allgemein diejenigen Angaben enthalten, die zur Beurteilung seiner Gültigkeit durch den Betreibungsbeamten notwendig sind. Dem Gläubiger steht dafür das vom Bundesgericht aufgestellte Formular Nr. 4 zur Verfügung, das indes nicht obligatorisch ist (Art. 3 VFRR). In den Erläuterungen des besagten Formulars wird u.a. auch festgehalten, dass dem Betreibungsamt das Doppel des Zahlungsbefehls einzureichen ist, wenn sich das Fortsetzungsbegehren auf einen von einem anderen Betreibungsamt erlassenen Zahlungsbefehl stützt, und dass diese Urkunde beim Betreibungsamt verbleibt (vgl. auch Robert Joos, Handbuch für die Betreibungsbeamten der Schweiz, Wädenswil 1964, S. 114). Soweit das Betreibungsamt eine bei ihm eingeleitete Betreuung fortzusetzen hat, ist die Vorlegung des Doppels des Zahlungsbefehls nicht notwendig. Das Amt kann hier ohne weiteres durch Einsichtnahme in das eigene Betreibungsbuch, in welchem nach Art. 10 VFRR sämtliche Angaben des Zahlungsbefehls ebenfalls eingetragen sind, prüfen, ob der Gläubiger über einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl für die im Fortsetzungsbegehren aufgeführte Forderungssumme verfügt. Diese Angaben fehlen ihm indes, wenn das Einleitungsverfahren nicht bei ihm, sondern in einem anderen Betreibungskreis durchgeführt worden ist. Diesfalls kann es tatsächlich die ihm für die Fortsetzung der Betreuung obliegende Prüfung nur aufgrund des ihm vorzulegenden Zahlungsbefehlsdoppels vornehmen (vgl. BGE 53 III 64).

2. a) Die Beschwerdeführerin ist nun der Auffassung, dass diesem Erfordernis auch durch Vorlage einer Kopie des Gläubigerdoppels des Zahlungsbefehls genüge getan wird, und das Betreibungsamt nicht Original-Ausfertigung verlangen dürfe. Was zur Zeit des vorstehend zitierten Bundesgerichtsentscheides aus dem Jahre 1927 noch seine Berechtigung gehabt haben möge, dürfte in der Zwischenzeit zu einem überspitzten Formalismus verkommen sein. Abgesehen vom mittlerweile revolutionierten technischen

Umfeld sei es ja dem Schuldner unbenommen, betreibungsrechtliche Beschwerde zu führen, falls die Betreibung auf einem von ihm als nicht originalkonform bestrittenen Zahlungsbefehl fortgesetzt werden sollte. Für eine diesbezügliche Prüfung von Amtes wegen bestehe nach Auffassung der Beschwerdeführerin kein Raum mehr.

Dem kann nicht beigespflichtet werden. Wie oben dargelegt, hat das Betreibungsamt aufgrund des Fortsetzungsbegehrens von Amtes wegen zu prüfen, ob ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegt. Es ist nicht dem Schuldner zu überlassen, dies allenfalls mit Beschwerde zu bestreiten. Diese Prüfung hat das Betreibungsamt im Falle, dass das Einleitungsverfahren in einem anderen Betreibungskreis durchgeführt worden ist, anhand des Gläubigerdoppels des Zahlungsbefehls vorzunehmen. Nach Art. 70 Abs. 1 SchKG wird der Zahlungsbefehl nämlich doppelt ausgefertigt. Die eine Ausfertigung ist für den Schuldner, die andere für den Gläubiger bestimmt. Lauten die beiden Urkunden nicht gleich, so ist die dem Schuldner zugestellte Ausfertigung massgebend. Daraus folgt u.a., dass auch die für den Gläubiger bestimmte Ausfertigung des Zahlungsbefehls eine öffentliche Urkunde darstellt. Ebenso stellt das Betreibungsbuch eine öffentliche Urkunde dar. Wird mithin die Fortsetzung der Betreibung beim selben Amt verlangt, das bereits das Einleitungsverfahren durchgeführt hat, erfolgt die Prüfung des Fortsetzungsbegehrens aufgrund des Betreibungsbuches, das ebenfalls eine öffentliche Originalurkunde ist. In gleicher Weise muss deshalb auch die Prüfung aufgrund der Originalurkunde vorgenommen werden, wenn das Einleitungsverfahren nicht beim betreffenden Betreibungsamt durchgeführt worden ist. Unter diesem Gesichtswinkel ist deshalb erforderlich, dass das für den Gläubiger bestimmte Zahlungsbefehlsdoppel im Original vorgelegt wird. Eine mechanisch oder wie hier elektronisch hergestellte Kopie eröffnet die Möglichkeit von Manipulationen, was es zu vermeiden gilt. Der rechtskräftige Zahlungsbefehl stellt denn auch den eigentlichen Titel dar, der zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners berechtigt. Der Bedeutung dieses Titels entsprechend muss deshalb verlangt werden, dass dieser grundsätzlich im Original eingereicht wird. Ob allenfalls auch eine beglaubigte Kopie genügen würde, was nahe liegt, braucht hier nicht abschliessend entschieden zu werden. Dementsprechend schreibt auch Art. 166 Abs. 1 SchKG ausdrücklich vor, dass bei Stellung des Konkursbegehrens dem Konkursgericht nebst der Konkursandrohung auch der Zahlungsbefehl (gemeint ist offensichtlich das Gläubigerdoppel) vorzulegen ist. Nach konstanter Praxis genügt auch hier die Vorlegung einer Kopie nicht. Dagegen vermag der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Zeitaufwand für das Auffinden des Originaldokumentes nicht aufzukommen. Wenn sich die Beschwerdeführerin eines elektronischen Archivierungssystems bedient, hat sie die sich daraus allenfalls ergebenden Komplikationen im Hinblick auf die Beschaffung der Originalunterlagen selber zu vertreten, auch wenn ihr die für sie geltenden gesetzlichen Bestimmungen dieses

Archivierungssystem erlauben. Die Beschwerdeführerin bestreitet denn auch nicht, dass das Original der für sie bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls nicht mehr beschafft werden könnte. Bei einem Verlust des Dokumentes wäre im Übrigen denkbar, dass der Gläubiger (gegen Erlegung einer Gebühr) beim früheren Betreibungsamt einen Auszug aus dem Betreibungsbuch anfertigen lässt und diesen dem neu zuständigen Amt zur Fortsetzung der Betreibung vorlegt. Schliesslich kann sich die Beschwerdeführerin auch nicht auf den Entwurf bzw. die Botschaft zum Bundesgerichtsgesetz berufen. Dabei handelt es sich eben (noch) nicht um geltendes Recht und eine Vorwirkung erscheint aufgrund der klaren Rechtslage im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht nicht gerechtfertigt.

3. Die Beschwerde erweist sich mithin als unbegründet und ist dementsprechend abzuweisen.

Justizkommission als AB SchKG, 2. Mai 2002, i.S. A./Betreibungsamt X.; eine dagegen von der Beschwerdeführerin erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 9. August 2002 ab

*Art. 61 SchKG -- Rechtsstillstand wegen schwerer Erkrankung. Die Gewährung des Rechtsstillstandes wegen schwerer Erkrankung setzt voraus, dass es dem Schuldner deswegen entweder nicht möglich oder zumutbar war, einen Vertreter zu bestellen, oder dass der Schuldner wegen der schweren Krankheit arbeitsunfähig und erwerbslos ist und die Zahlungsfähigkeit gerade auf den Abbruch der Arbeit zurückzuführen ist, also nicht bereits vorbestanden hat.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Einem schwer kranken Schuldner kann der Betreibungsbeamte gemäss Art. 61 SchKG für eine bestimmte Zeit Rechtsstillstand gewähren. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gibt aber schwere Krankheit für sich allein dem Schuldner noch keinen Anspruch auf Rechtsstillstand. Vielmehr muss diese Massnahme nach den gesamten Umständen als gerechtfertigt erscheinen. Bei der Würdigung dieser Umstände handelt es sich im Wesentlichen um eine Angemessenheitsfrage (BGE 74 III 38 = Pr 1948 276). Die Bestimmung von Art. 61 SchKG will dem Gebot der Menschlichkeit Rechnung tragen (BGE 58 III 18). Mit dem zusätzlichen Erfordernis der gesamten Umstände wird entweder die Auswirkung der schweren Krankheit, von deren Vorhandensein sich der Betreibungsbeamte aufgrund eines Arztzeugnisses überzeugen muss, auf den Schuldner oder aber die erhoffte Wirkung des Rechtsstillstandes selbst angesprochen (Thomas Bauer, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 6 zu Art. 61). Nach Literatur und Rechtsprechung setzt deshalb die Ge-

wahrung des Rechtsstillstandes wegen schwerer Krankheit voraus, dass es dem Schuldner deswegen entweder nicht möglich oder zumutbar war, einen Vertreter zu bestellen, oder dass der Schuldner wegen der schweren Krankheit arbeitsunfähig und erwerbslos ist und die Zahlungsfähigkeit gerade auf den Abbruch der Arbeit zurückzuführen ist, also nicht bereits vorbestanden hat (BGE 58 III 18; Pra 1948, S. 276; BLSchK 1957, S. 108; BGE 105 III 104 = Pra 1980, S. 160; BLSchK 1964, S. 176; vgl. insbesondere auch Max Büttikofer, Rechtsstillstand wegen schwerer Krankheit, BLSchK 1956 S. 40 ff.).

2. Aufgrund des Arzzeugnisses steht fest, dass die Beschwerdeführerin an einer schweren, chronifizierten Krankheit leidet. Die Beschwerdeführerin behauptet aber nicht, sie sei wegen dieser Krankheit arbeitsunfähig und insolvent, geschweige denn, eine allfällige Zahlungsunfähigkeit sei die direkte Folge ihrer schweren Krankheit. Derartiges ist auch sonst nicht aus den Akten ersichtlich. Die Beschwerdeführerin macht aber auch nicht geltend, sie sei nicht im Stande oder es sei ihr nicht zuzumuten, innert angemessener Frist einen Rechtsvertreter zu bestellen. Das wäre denn aber auch aufgrund der Akten nicht einzusehen. Sie macht einzig geltend, sie sei infolge der Krankheit und der laufenden Therapien nicht in der Lage, sich selber mit dem Betreibungsverfahren auseinander zu setzen. Auch das Arzzeugnis bestätigt lediglich, dass die Teilnahme an Vernehmungen und Gerichtsverhandlungen für die Beschwerdeführerin im jetzigen Zustand eine unzumutbare Belastung darstellen würde. Jede neue Vorladung verschlechtere den Zustand der Patientin empfindlich und provoziere einen Rückfall. Eine realistische Aussicht auf Besserung bestehe nur, wenn der Therapie genügend Zeit eingeräumt werde und der Heilungsprozess nicht immer wieder durch die für die Beschwerdeführerin existentielle Bedrohung von Gerichtsverhandlungen und deren allfällige deletäre Folgen gestört und unterbrochen werde. Dass die Beschwerdeführerin nicht in der Lage wäre, einen Rechtsbeistand mit der Wahrung ihrer Interessen zu beauftragen lässt sich aus dieser ärztlichen Beurteilung jedenfalls nicht herleiten. Der der Beschwerdeführerin vom Betreibungsamt gewährte Rechtsstillstand von rund einem Monat erscheint unter diesen Umständen angemessen. Dadurch erhielt die Beschwerdeführerin durchaus genügend Zeit, um einen Vertreter zu instruieren und mit der Angelegenheit zu betrauen. Dabei muss es sich nicht notwendig um einen Rechtsanwalt handeln; es genügt durchaus eine andere Person mit der Vertretung zu beauftragen.

Sind mithin die Voraussetzungen für einen länger dauernden Rechtsstillstand nicht gegeben, erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

Justizkommission als AB SchKG, 26. Juli 2002, i.S. B./Betreibungsamt X.

*Art. 80 und 81 SchKG. – Die in einem Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgte Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils erwächst in materielle Rechtskraft und bindet den Richter in einem späteren Rechtsöffnungsverfahren.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Rechtsöffnungsrichter führte zur Begründung seines Nichteintretensentscheids zusammengefasst aus, aufgrund der im Jahre 1999 erfolgten Fusion der K. mit der Beschwerdegegnerin bestehe personelle Identität zwischen diesen Gesellschaften. Somit habe der Präsident des Bezirksgerichts W. zwischen denselben Parteien über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs des Schiedsrichters A. entschieden. Da der Antrag auf Vollstreckbarerklärung des fraglichen Entscheids ausdrücklich im Dispositiv abgewiesen worden sei, habe die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten zwischen den Parteien volle Rechtskraft entfaltet. Auf das neuerliche Rechtsöffnungsgesuch der Beschwerdeführerin sei daher zufolge abgeurteilter Sache nicht einzutreten.

2. a) Nach der Ansicht der Beschwerdeführerin ist der im Rechtsöffnungsverfahren ergangene Entscheid über die Vollstreckbarerklärung allein in diesem Verfahren wirksam, weshalb sich die Rechtskraft dieser Entscheidung nicht auf ein neues Betreibungsverfahren erstreckt. Sie beruft sich dabei insbesondere auf BGE 116 Ia 394 ff. In diesem Entscheid präzierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Art. 81 Abs. 3 SchKG. Diese Bestimmung hält fest: Ist ein Urteil in einem fremden Staat ergangen, mit dem ein Vertrag über die gegenseitige Vollstreckung gerichtlicher Urteile besteht, so kann der Betriebene die Einwendungen erheben, die im Vertrag vorgesehen sind. Das Bundesgericht erkannte, diese Bestimmung untersage bei richtiger Betrachtungsweise den Kantonen nicht, ausserhalb eines Betreibungsverfahrens für die Vollstreckbarerklärung ausländischer auf Geld- oder Sicherheitsleistung gerichteter Urteile und Schiedssprüche ein Exequaturverfahren zur Verfügung zu stellen, obwohl ein Staatsvertrag anwendbar sei. Dem Bundesrecht sei genüge getan, wenn der Gläubiger nach Einleitung einer Betreibung nicht auf ein selbständiges Exequaturverfahren verwiesen werden könne (BGE 116 Ia 400). Da die Vollstreckbarerklärung in einem kantonalrechtlichen Verfahren ausserhalb eines Betreibungsverfahrens nach dieser Rechtsprechung zulässig ist, stellte sich für das Bundesgericht die Frage, ob der Rechtsöffnungsrichter in einer späteren Entscheidung an diesen Entscheid gebunden ist. Ohne diese Frage zu beantworten, bemerkte das Bundesgericht: «Art. 81 Abs. 3 SchKG verleiht dem Schuldner das Recht, sich dem Rechtsöffnungsbegehren des Gläubigers auch mit Einwendungen zu widersetzen, die sich hinsichtlich der Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils aus dem Staatsvertrag ergeben. Wäre der Rechtsöffnungsrichter an den im Exequaturverfahren ergangenen Entscheid gebunden, würde dies auf eine Änderung der bundesrechtlich vorgeschriebenen Verfahrensordnung

hinauslaufen, indem eine freie und umfassende Prüfung der Einwendungen des Schuldners gegen die Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils im Rechtsöffnungsverfahren nicht mehr erfolgen würde» (BGE 116 Ia 400 f.).

b) Diese Erwägungen werden von der Lehre zu Recht kritisiert. Nach Paolo Michele Patrocchini und Cesare Jermini (in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1996, N 39 zu Art. 194) bestehen entgegen der Ansicht des Bundesgerichts aus Sicht der bundesrechtlichen Verfahrensordnung keine Bedenken, dass der Rechtsöffnungsrichter hinsichtlich der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs sich lediglich auf die Feststellung beschränkt, dass über diese Frage im kantonrechtlichen Exequaturverfahren bereits entschieden wurde. Ansonsten – so die Autoren weiter – sei die Behauptung der Zulässigkeit eines kantonrechtlichen Exequaturverfahrens ausserhalb der Betreuung lediglich ein Schlag ins Wasser. Somit sollte die oben erwähnte Regelung zumindest dann gelten, wenn der kantonale Exequaturrichter dieselbe Kognitionsbefugnis wie der Rechtsöffnungsrichter habe: Da der Anerkennungsbeklagte vor dem kantonalen Exequaturrichter alle Einreden aus dem Staatsvertrag erheben könne, sei nicht einzusehen, weshalb er in seinen rechtlichen Interessen beeinträchtigt wäre. Peter Stücheli (Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 270 f.) führt aus, bei der Redaktion von Art. 81 Abs. 3 SchKG habe der Gesetzgeber wohl kaum den Fall im Auge gehabt, in dem die Vollstreckbarkeit eines Entscheides schon vor dem Rechtsöffnungsverfahren verbindlich festgestellt worden sei. Er habe vielmehr nur den Fall regeln wollen, in dem ein Gläubiger als Rechtsöffnungstitel einzig einen ausländischen Entscheid vorlege, und für die möglichen Einreden diesbezüglich zusätzlich zu Absatz 1 derselben Bestimmung auf den anwendbaren Staatsvertrag verweisen wollen. Wie das Bundesgericht festgestellt habe, wolle das Gesetz den Kantonen nicht verbieten, die Vollstreckbarerklärung vor einer Betreuung zuzulassen. Ein solches Verfahren habe aber nur dann einen Sinn, wenn der Entscheid in einer allfälligen nachfolgenden Vollstreckung Beachtung finde. Andernfalls bliebe er eine unsichere und daher wertlose Prognose ohne Durchsetzbarkeit. Habe der Schuldner aber schon in einem Stadium vor der Rechtsöffnung die Möglichkeit gehabt, die Einreden vor dem Anerkennungsrichter zu erheben, sei nicht einzusehen, weshalb sie ihm im Rechtsöffnungsverfahren erneut zustehen sollten. Dies müsse umso mehr gelten, als er bei Entscheiden, auf die kein Vollstreckungsabkommen Anwendung finde, die Einwendungen aus dem IPRG mangels entsprechender Regelung im SchKG auch nicht wiederholt vorbringen könne. Es könne kaum Sinn des Gesetzes sein, die Vollstreckung eines Urteils aus einem Staat, mit dem die Schweiz ein diesbezügliches Abkommen habe, schwieriger zu gestalten als die Vollstreckung eines Entscheides aus einem anderen Staat.

c) Das Bundesgericht scheint die in BGE 116 Ia 400 f. geäusserten Bedenken denn auch verworfen zu haben. So hielt es in der nicht amtlich publi-

zierten Erwägung 6 von BGE 118 Ia 118 ff. fest: «En réalité, l'exequatur prononcé en application du droit fédéral, que ce soit en vertu d'une convention internationale ... ou des art. 25 ss LDIP ..., sortit ses effets dans toute la Suisse» (JdT 1994 II 158). Entfaltet nach dieser Rechtsprechung somit ein aufgrund einer internationalen Konvention oder der Art. 25 ff. IPRG ausgesprochenes Exequatur seine Wirkungen in der ganzen Schweiz, heisst dies nichts anderes, als diesem Entscheid für die gesamte Schweiz Rechtskraftwirkung zukommt.

d) Nach der Lehre ist schliesslich nicht von Belang, ob über die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils in einem selbständigen Verfahren oder inzident im Rechtsöffnungsverfahren entschieden wurde. Dies wird damit begründet, dass sowohl im Rechtsöffnungsverfahren wie im separaten Exequaturverfahren von Bundesrechts wegen die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen umfassend und frei geprüft würden, weshalb es sich rechtfertige, in beiden Fällen die Rechtskraftwirkung gleich zu behandeln (Daniel Staehelin, in: Kommentar SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 60 zu Art. 80 mit Hinweisen). Entscheidend ist nach der Lehre einzig, dass im Rechtsöffnungsverfahren der Entscheid über die Vollstreckbarkeit im Dispositiv geregelt ist und nicht nur vorfrageweise darüber befunden wurde, da nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung eines Entscheids in materielle Rechtskraft erwachse (vgl. Peter Stücheli, a.a.O., S. 272; Daniel Staehelin, a.a.O., N 60 zu Art. 80; Martin Bernet/Nathalie Voser, Praktische Fragen im Zusammenhang mit Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile nach IPRG, in: SZIER 2000, S. 468 f.). Mit eingehender und überzeugender Begründung kommt schliesslich auch das Zürcher Obergericht zu diesem Schluss (ZR 96 [1997] Nr. 110).

e) Die Justizkommission teilt die von der zitierten Lehre und Rechtsprechung vertretene Auffassung, wonach der im Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgten Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils materielle Rechtskraft zukommt. Der Rechtsöffnungsrichter hat daher dem Rechtsöffnungsgesuch der Beschwerdeführerin zu Recht keine Folge gegeben, da der Präsident des Bezirksgerichts W. im Dispositiv der Verfügung vom 18. Dezember 2000 das Begehren um Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs des Schiedsrichters A. abgewiesen und den Schiedsspruch für nicht vollstreckbar erklärt hat. Allerdings hätte der Rechtsöffnungsrichter nicht einen Nichteintretensentscheid fällen dürfen. Die Beschwerdeführerin beantragte im vorinstanzlichen Verfahren lediglich die vorfrageweise Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des französischen Schiedsspruchs. Somit war letztendlich nur darüber zu entscheiden, ob gestützt auf den eingereichten Entscheid Rechtsöffnung zu erteilen ist. Mangels eines vollstreckbaren Urteils fehlt es indes an einem tauglichen Rechtsöffnungstitel, womit das Rechtsöffnungsgesuch abzuweisen ist.

Justizkommission, 18. April 2002, i.S. D S.A. / L. AG

*Art. 80 SchKG; Art. 27 Nr. 2, 46 Nr. 2 und 48 Abs. 1 LugÜ. – Die Prüfung der ordnungsgemässen Zustellung i. S. von Art. 27 Nr. 2 LugÜ obliegt in erster Linie dem Urteilsstaat, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll (Erw. 2). Art. 46 Nr. 2 LugÜ verlangt für den Zustellungsnachweis eine besondere Zustellungsurkunde, aus der sich die Tatsache der Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks oder eines gleichwertigen Schriftstücks direkt ergibt (Erw. 3a). Bei der in Art. 48 Abs. 1 LugÜ vorgesehenen Möglichkeit, auf den direkten Zustellungsnachweis zu verzichten und stattdessen auf gleichwertige Urkunden abzustellen, handelt es sich um eine Ausnahmeregelung, die zurückhaltend anzuwenden ist (Erw. 3b).*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Nach Art. 27 Nr. 2 des vorliegend anwendbaren Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) wird eine Entscheidung nicht anerkannt, wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht ordnungsgemäss und nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte. Die Prüfung, ob das verfahrenseinleitende Schriftstück ordnungsgemäss zugestellt worden ist, ist demnach dem Gericht des Urteilsstaats als auch dem Gericht des Vollstreckungsstaats übertragen worden. Eben dieser Zweck von Art. 27 Nr. 2 LugÜ verlangt es, dass das Gericht des Vollstreckungsstaates die Prüfung der ordnungsgemässen Zustellung nochmals vornimmt, ungeachtet der aufgrund von Art. 20 Abs. 2 und 3 LugÜ ergangenen Entscheidung des Urteilsstaats. Ausserdem muss der Zweitrichter die Rechtzeitigkeit der Zustellung beurteilen und also feststellen, ob die Zeit, die dem Beklagten zur Verfügung stand, nach Lage der Dinge ausreichend war (vgl. Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen, 6. A., Heidelberg 1998, N 38 zu Art. 27; ferner: Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. A., Bern/Stuttgart/Wien 2002, S. 429 f.). Selbst wenn der Erstrichter entschieden hat, die Zustellung sei ordnungsmässig, hat der Zweitrichter diese Frage somit nochmals vollumfänglich und unabhängig von dessen tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Schlussfolgerungen nachzuprüfen. Das bedeutet freilich nicht, dass der Zweitrichter die Feststellungen des Erstrichters zu ignorieren hätte. Vielmehr muss er selbstverständlich die Tatsachenfeststellungen des Erstrichters berücksichtigen, doch unterliegen diese seiner freien Beweiswürdigung (vgl. Thomas Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen, Zürich 1997, S. 463).

b) Da nach Art. 27 Nr. 2 LugÜ die ordentliche und rechtzeitige Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes der unabhängigen Nachkontrolle

des Zweitrichters unterliegt, hat diejenige Partei, welche die Anerkennung einer Entscheidung geltend macht oder die Zwangsvollstreckung betreiben will, gemäss Art. 46 LugÜ nebst der Ausfertigung der Entscheidung, welche die für ihre Beweiskraft erforderliche Voraussetzungen erfüllt (Nr. 1), bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vorzulegen, aus der sich ergibt, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden ist (Nr. 2). Es muss eine besondere Zustellungsurkunde vorgelegt werden. Aus dieser Urkunde muss die Tatsache der Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks oder eines gleichwertigen Schriftstücks hervorgehen, wobei in der Urkunde nicht besonders auf den verfahrenseinleitenden Charakter des zugestellten Schriftstücks hingewiesen zu sein braucht. Eine beglaubigte Abschrift, die Art. 46 Nr. 2 LugÜ genügen lässt, ist eine Abschrift (insbesondere Fotokopie), auf der von einer zur Beglaubigung befugten Person bezeugt wird, dass das Schriftstück mit der Urschrift übereinstimmt (vgl. Jan Kropholler, a.a.O., N 4 zu Art. 46).

c) Werden die in Art. 46 Nr. 2 LugÜ angeführten Urkunden nicht vorgelegt, so kann das Gericht gemäss Art. 48 Abs. 1 LugÜ eine Frist bestimmen, innerhalb deren die Urkunden vorzulegen sind, oder sich mit gleichwertigen Urkunden begnügen oder von der Vorlage der Urkunden befreien, wenn es eine weitere Klärung nicht für erforderlich hält. Diese Bestimmung dient bloss der Flexibilisierung durch Erweiterung der zulässigen Beweismittel, um übertriebenen Formalismus zu verhindern. Es geht keineswegs darum, dem Antragsteller die Beweislast abzunehmen. Kann er den Nachweis nicht erbringen, ist die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern. Die Zustellung darf nicht einfach aufgrund der Feststellung im zu vollstreckenden Urteil als bewiesen betrachtet werden. Ob die Urkunde noch in zweiter Instanz beigebracht werden kann, hängt vom Verfahrensrecht des Staats ab, in dem um Vollstreckung ersucht wird. Art. 48 sieht diese Möglichkeit für den Nachweis des verfahrenseinleitenden Schriftstücks implizit vor. Die völlige Befreiung vom Zustellungsnachweis kommt nur in Frage, wenn der Nachweis durch andere Beweismittel, wie etwa eine beweistaugliche Privaturkunde, eine Amtsauskunft oder durch Zeugenbeweis erbracht worden ist (Thomas Bischof, a.a.O., S. 473). Nach Kropholler (a.a.O., N 2 zu Art. 48) ist eine Befreiung von der Urkundenvorlage nur gestattet, wenn das Gericht eine weitere Klärung für nicht erforderlich hält, weil andere Beweismittel als ausreichend erscheinen. Die Verfasser des Übereinkommens haben – so der Autor weiter – hierbei den Fall im Auge gehabt, dass die erforderlichen Urkunden vernichtet sind.

3. a) Der Beschwerdeführer bestritt sowohl vor dem Rechtsöffnungsrichter als auch im Beschwerdeverfahren, dass ihm vom Landesgericht I. die verfahrenseinleitenden Schriftstücke zugestellt worden sind. Dagegen beruft sich der Beschwerdegegner auf die Amtsbestätigung vom 12. Juni 1997, in welcher das Landesgericht I. festhält, dass die Klage ... samt Auftrag zur Klagebeantwortung dem Beklagten A. am 13. Februar 1997 persönlich zuge-

stellt worden sei. Bei dieser Bestätigung handelt es sich indes nicht um den von Art. 46 Nr. 2 LugÜ verlangten Zustellungsnachweis. Wie erwähnt, muss eine «besondere Zustellungsurkunde» vorgelegt werden, aus der sich die Tatsache der Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks oder eines gleichwertigen Schriftstücks direkt ergibt. Nur auf diesem Weg ist die von Art. 27 Nr. 2 LugÜ geforderte unabhängige Nachkontrolle durch den Zweitrichter gewährleistet.

b) Hat der Beschwerdegegner die nach Art. 46 Nr. 2 LugÜ verlangte Urkunde nicht beigebracht, stellt sich gestützt auf Art. 48 Abs. 1 LugÜ die Frage, ob es sich bei der Amtsbestätigung des Landesgerichts I. um eine gleichwertige Urkunde handelt, welche die «besondere Zustellungsurkunde» zu ersetzen vermag. Dies ist zu verneinen. Angesichts des Umstandes, dass der Beschwerdeführer mit Nachdruck und aller Deutlichkeit bestritt, dass ihm die verfahrenseinleitenden Schriftstücke – sowie das Versäumnisurteil – zugestellt worden sind, vermag die anders lautende Amtsbestätigung des Landesgerichts I. nicht dagegen aufzukommen. Dabei fällt in Betracht, dass nicht leichthin vom Grundsatz der unabhängigen Nachkontrolle der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks abgewichen werden darf. Bei der in Art. 48 Abs. 1 LugÜ vorgesehenen Möglichkeit, auf den direkten Zustellungsnachweis zu verzichten und stattdessen auf gleichwertige Urkunden abzustellen, handelt es sich um eine Ausnahmeregelung, die zurückhaltend anzuwenden ist. Insbesondere ist erforderlich, dass kein weiterer Klärungsbedarf mehr vorhanden ist. Dies könnte aber nur angenommen werden, wenn die Amtsbestätigung des Landesgerichts I. detailliert und umfassend Auskunft gibt über die an den Beschwerdeführer erfolgte Zustellung der verfahrenseinleitenden Schriftstücke. Der blosse Hinweis, diese Urkunden seien ihm am 13. Februar 1997 persönlich zugestellt worden, reicht dagegen nicht. Namentlich ist nicht klar, ob dem Beschwerdeführer diese Urkunden in Übereinstimmung des Haager Übereinkommens vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozess (SR 0.274.12) sowie des Vertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich zur Ergänzung des vorerwähnten Übereinkommens (SR 0.274.181.631) zugestellt wurden. Schliesslich hätte vom Beschwerdegegner erwartet werden können, dass er einen direkten Zustellungsnachweis beibringt, nachdem der Beschwerdeführer nicht nur bestritten hat, dass ihm die verfahrenseinleitenden Schriftstücke zugestellt worden sind, sondern auch die Amtsbestätigung des Landesgerichts I. in Zweifel zog. Unter diesen Umständen war es auch nicht angezeigt, ihm im Beschwerdeverfahren zur Einreichung eines solchen Nachweises Frist anzusetzen. Abgesehen davon würde ein solches Vorgehen ohnehin gegen das Novenverbot gemäss §212 ZPO i.V.m. §205 Abs. 1 ZPO verstossen.

Justizkommission, 31. Oktober 2002, i.S. H. / S.; eine vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 12. Februar 2003 ab

*Art. 260 Abs. 2 SchKG; Art. 63 KOV. - Der Prozessgewinn des Klägers besteht im Betrag der Differenz zwischen derjenigen Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre, und derjenigen, welche ihm nun nach der gerichtlich bereinigten Kollokation wirklich zukommt.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Beschwerdeführer räumt ein, dass er in dem von der E. AG als Abtretungsgläubigerin weitergeführten Passivprozess nicht voll durchgedungen sei. Er macht hingegen geltend, dass er dennoch als 1.-Klasse-Gläubiger primär Anspruch auf das verbleibende Treffnis von Fr. 17'563.60 habe und dieser Anspruch ihm nicht gekürzt werden dürfe. Einen Prozessnutzen könne die im Passivprozess prozessierende Abtretungsgläubigerin nur geltend machen, wenn dieser Nutzen auch Gläubigern zugute käme, die ihrer Klasse im Konkurs entsprechen würden. Es verstosse gegen das gesunde Rechtsempfinden, wenn der Beschwerdeführer als 1.-Klasse-Gläubiger mit einer Forderung von Fr. 176'228.60 das zurückbehaltene Treffnis von Fr. 17'563.60 noch mit der nicht privilegierten Gläubigerin E. AG teilen müsste.

2. Die Abtretung nach Art. 260 Abs. 1 SchKG ist nach Lehre und Rechtsprechung u.a. auch zur Abwehr einer gegen den Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits eingeklagten Forderung zulässig (Stephen V. Berti, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 16 zu Art. 260; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1993, § 51 Rz 26 mit Hinweis auf ZR 55/1956 Nr. 142; BGE 88 III 42). Über solche Forderungen ist kein Kollokationsverfahren durchzuführen, sondern sie sind im Kollokationsplan zunächst einfach pro memoria vorzumerken (Art. 63 Abs. 1 KOV). Wird der Prozess in der Folge weder von der Masse noch von einzelnen Gläubigern nach Art. 260 SchKG fortgeführt, so gilt die Forderung als anerkannt und ihre Kollokation wird definitiv (Art. 63 Abs. 2 KOV). Wird der Prozess dagegen weitergeführt, sei es durch die Konkursverwaltung oder durch einen oder mehrere Abtretungsgläubiger, so erfolgt je nach dessen Ausgang die Streichung der Forderung oder ihre definitive Kollokation in der entsprechenden Höhe, welche von den Gläubigern ebenfalls nicht mehr angefochten werden kann (Art. 63 Abs. 3 KOV). Der Passivprozess hat mithin im Ergebnis die Funktion eines negativen Kollokationsprozesses (Jakob Frey in BLSchK 11/1947 S. 42; BGE 61 III 173). Gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG dient das Ergebnis des Prozesses nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, und zwar nach dem unter ihnen bestehenden Range; ein allfälliger Überschuss ist an die Masse abzuliefern. Findet Art. 260 SchKG im Bereich des Art. 207 SchKG dergestalt analoge Anwendung ausserhalb

des Gebiets der Aktivenverwertung, so ist es nur natürlich, dem Gegenstand dieser Abtretung entsprechend, den Prozessgewinn des Abtretungsgläubigers der Masse gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG zu bestimmen (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 51 Rz 26 in fine; BGE 88 III 42). Danach dient der Betrag, um welchen der Anteil des Beklagten an der Konkursmasse durch die richterliche Guttheissung der Klage herabgesetzt wird, vorab zur Befriedigung des Klägers bis zur vollen Deckung seiner Forderung einschliesslich der Prozesskosten und nur ein allfälliger Überschuss wird nach Massgabe des berichtigten Kollokationsplans, d.h. unter die übrigen noch nicht voll befriedigten Gläubiger verteilt. Das Urteil im negativen Kollokationsprozess übt seine Wirkung regelmässig nur auf die beiden in Frage stehenden Gläubiger aus. Und zwar dient dabei der Betrag, um den der Anteil des Beklagten an der Konkursmasse herabgesetzt wird, zur Befriedigung des Klägers bis zur vollen Deckung seiner Forderung mit Einschluss der Prozesskosten (Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 788 f.). Das Bundesgericht führt dazu in einem frühen Entscheid aus dem Jahre 1914 aus, das Urteil wirke also fürs erste nur zu Gunsten der klagenden Gläubiger; den anderen komme es nur insoweit zu gut, als der Betrag, um den die Dividende des Kollokationsbeklagten dadurch reduziert werde, die Forderungen der klagenden Gläubiger übersteigt. Im Verhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten aber gestalte sich die Sache so, dass der Letztere lediglich noch diejenige Dividende erhalte, welche nach dem berichtigten Plan auf seine Forderung entfalle, die Differenz zwischen diesem Betrage und demjenigen, auf welchen er nach dem ursprünglichen unrichtigen Plan Anspruch gehabt hätte, dagegen den Klägern zukomme. Die Kläger hätten also nicht etwa nur Anspruch auf den Betrag, welcher ihnen bei von vornherein richtiger Kollokation des Beklagten zugekommen wäre, sondern würden darüber hinaus als Prämie für die Übernahme des Prozessrisikos und soweit zur Deckung ihrer Forderungen nötig die gesamte Summe erhalten, welche dem Beklagten durch die vom Kollokationsrichter verfügte Abänderung seiner Kollokation entzogen werde. Andererseits beschränke sich aber auch ihr durch die Prozessführung erstrittenes Vorrecht auf diese Summe. Mit andern Worten: Die gerichtliche Unrichtigerklärung der ursprünglichen Kollokation des Beklagten bewirke nicht etwa, dass dieser nun überhaupt leer ausgehe, sondern nur, dass sich seine Dividende auf den ihm von Rechts wegen zukommenden Betrag reduziere (BGE 40 III 176). Der Prozessgewinn des Klägers besteht also im Betrag der Differenz zwischen derjenigen Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre, und derjenigen, welche ihm nun nach der gerichtlich bereinigten Kollokation wirklich zukommt (Blumenstein, a.a.O., S. 789).

Justizkommission als AB SchKG, 6. Dezember 2002, i.S. L./Konkursamt Zug

*Art. 262 Abs. 2 SchKG; Art. 83 und 85 KOV. – Die Frage, ob eine an und für sich nicht bestrittene Forderung als Kostenforderung oder Massaschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, ist als eine solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Erw. 2). Bei der durch die Zwangsverwertung einer Liegenschaft anfallenden Mehrwertsteuer handelt es sich um Massekosten, die vorab aus dem Gesamterlös der betreffenden Liegenschaft zu bezahlen sind (Erw. 3).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Forderung der eidgenössischen Steuerverwaltung werde in Ziff. 2 der angefochtenen Verteilliste privilegiert, indem sie nach den Verwertungskosten und vor den grundpfandgesicherten Forderungen der Beschwerdeführerin aufgeführt sei. Rangprivilegien gestützt auf Bundesrecht seien in den Artikeln 808 Abs. 3, Art. 810 Abs. 2 und Art. 819 ZGB geregelt. Ein kantonales Rangprivileg bestehe nicht. Selbst das Konkursamt mache zu Recht nicht geltend, dass die Mehrwertsteuer-Forderung zu den Verwertungskosten gehöre, andernfalls es sie in Ziff. 1 aufgenommen hätte. Es werde nicht bestritten, dass bei der Verwertung von Liegenschaften Mehrwertsteuerforderungen in Konkursverfahren entstehen könnten (Art. 5, 6 und 8 MWSTG). Diese seien aber wie alle übrigen Forderungen in der 3. Klasse zu kollozieren. Auch stellten die Mehrwertsteuern, im Gegensatz zu den Grundstückgewinnsteuern (umstritten), keine Verwertungskosten dar. Die eidgenössische Steuerverwaltung versuche in mehr als fragwürdiger Weise mit dem Merkblatt Nr. 02 für Betreibungs- und Konkursämter eine Privilegierung zu konstruieren. Hierfür fehle es ihr eindeutig an der gesetzlichen Grundlage. Art. 46 und 47 MWSTG würden weder eine Kompetenzdelegation noch irgendwelche materiellen Vorschriften bezüglich der hier zu beurteilenden Frage enthalten. Eine Rangprivilegierung bedürfe eines formellen Gesetzes.

2. Nach Eingang des Erlöses der ganzen Konkursmasse und nachdem der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen ist, stellt die Konkursverwaltung die Verteilungsliste und die Schlussrechnung auf (Art. 261 SchKG). Die Schlussrechnung gibt darüber Aufschluss, welche Aktiven und Passiven die Masse nach Durchführung aller Verwertungshandlungen aufweist. Sie enthält eine Abrechnung aller Kosten, Auslagen, Masseschulden und Gebühren sowie eine genaue Bezifferung des Erlöses, spezifiziert nach Gruppen (Matthias Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar SchKG III, 1998, N 10 zu Art. 261). Die definitive Verteilungsliste darf gemäss Art. 83 Abs. 1 KOV erst erstellt werden, wenn sämtliche, auf die Feststellung der Aktiv- und Passivmasse bezüglichen Prozesse erledigt sind. Ausgenommen sind Abtretungsprozesse (Art. 260 SchKG), bei denen kein Überschuss für die Masse zu erwarten ist (Art. 83 Abs. 2 KOV). Die Verteilung bzw. deren Vorbereitung setzt mithin voraus, dass die Verwertung abgeschlossen ist,

ein rechtskräftiger Kollokationsplan vorliegt und Klarheit über den Bestand und Umfang der Masseverbindlichkeiten besteht (Matthias Staehelin, a.a.O., N 2 zu Art. 261). Aus dem Erlös von Pfandgegenständen werden gemäss Art. 262 Abs. 2 SchKG allerdings nur die Kosten ihrer Inventur, Verwaltung und Verwertung gedeckt. Nach den Anweisungen von Art. 85 KOV zur Aufstellung der Verteilungsliste sind in erster Linie bei verpfändeten Vermögensstücken sowohl der Erlös als die Kosten ihrer Inventur, Verwaltung und Verwertung für alle einzeln genau anzugeben, wobei diese speziellen Kosten vom Erlös der betreffenden Pfandgegenstände in Abzug zu bringen sind.

a) Das Konkursamt ist der Auffassung, es handle sich bei der Mehrwertsteuerforderung um eine Masseverbindlichkeit. Diese Frage sei aber nicht von der Aufsichtsbehörde sondern vielmehr von der zuständigen Verwaltungsbehörde, die über die Berechtigung der Verpflichtung selber zu befinden habe, zu entscheiden.

b) Sowohl die Schlussrechnung wie auch die Verteilungsliste können, da es sich dabei um ein konkursrechtliches Institut handelt, nur auf dem Beschwerdeweg angefochten werden (Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 808 f.; Matthias Staehelin, a.a.O., N 11 f. zu Art. 261). Die Schlussrechnung bildet Teil der Verteilungsliste. Während über Bestand und Höhe von Forderungen der Masse wie über Bestand und Höhe von Masseschulden nicht die Konkursbehörden, sondern die Gerichte (oder allenfalls die für die Beurteilung von Forderungen der betreffenden Art zuständigen Verwaltungsbehörden) zu entscheiden haben (BGE 76 III 49 E. 1 mit Hinweis auf BGE 75 III 23, 59), ist die Frage, ob eine an und für sich nicht bestrittene Forderung als Kostenforderung oder Massaschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, als eine solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu erledigen (Jäger/Walder/Kull/Kottmann, Kommentar SchKG, 4. A., Zürich 1997/99, N 6 zu Art. 262). Ebenso sind Ansprüche, die das Konkursamt oder die Konkursverwaltung auf Grund des Gebührentarifs geltend macht, von der Aufsichtsbehörde zu beurteilen.

c) Im vorliegenden Fall bestreitet die Beschwerdeführerin die Mehrwertsteuerforderung an sich nicht, weder in ihrem Bestand noch in ihrer Höhe. Sie bestreitet hingegen, dass diese Deckung vor den Pfandgläubigern beanspruchen kann. Diese Frage ist demnach von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3. a) Wie das Konkursamt zu Recht festhält, stellt die Verwertung von Liegenschaften im Konkurs eine steuerbare Lieferung dar (Art. 5 lit. a i.V.m. Art. 6 und Art. 8 MWSTG). Es handelt sich dabei um eine Steuerforderung, die im Zwangsvollstreckungsverfahren aufgrund der Liquidation der Konkursmasse entsteht. Eine nach Konkurseröffnung entstandene öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die ihren Entstehungsgrund in einer Tatsache hat,

die sich erst nach der Konkurseröffnung verwirklicht hat, stellt eine Massverbindlichkeit dar (BGE 75 III 22, 105 III 20; 111 Ia 86). Diese Rechtsprechung wurde in BGE 120 III 153 E. 2b (mit Hinweisen) bestätigt, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass insbesondere auch die Grundstücksgewinnsteuer zu den Masseverbindlichkeiten gehöre. In BGE 122 III 246 hat das Bundesgericht diese Qualifikation der Grundstücksgewinnsteuer unter Berufung auf die Besprechung von BGE 120 III 128 durch Thomas Koller (in AJP 4/95, S. 512 ff., insbesondere Ziff. 5a) dahin präzisiert, dass diese Steuern bei genauerer Betrachtung als Kosten der Verwertung im Sinne von Art. 262 Abs. 2 SchKG zu betrachten seien. Das Bundesgericht erwog, dass die Grundstücksgewinnsteuer erst mit dem Zuschlag entstehe, weshalb sie wie andere Verwertungskosten vom Bruttoerlös abzuziehen und zu bezahlen sei, bevor der Nettoerlös an die Gläubiger verteilt werde. Thomas Koller (a.a.O.), der den Entscheid gutheisst, bemerkt in Ziff. 5, auf die das Bundesgericht ausdrücklich verweist, dass sich unter die «Kosten der Verwertung» von pfandbelasteten Liegenschaften ohne weiteres auch die Grundstücksgewinnsteuern, die aus der Zwangsverwertung selbst anfallen, subsumieren lassen. Das habe zur Folge, dass die Grundstücksgewinnsteuer aus dem Bruttoerlös der zwangsversteigerten Liegenschaften zu bezahlen sei, und zwar habe dies vor der Befriedigung der Pfandgläubiger zu geschehen.

b) Die massgeblichen Verhältnisse bei der Mehrwertsteuer lassen sich nun durchaus mit denjenigen der Grundstücksgewinnsteuer vergleichen. Steuersubjekt und sog. Steuerdestinatar (d.h. die nach der grundlegenden Wertungsentscheidungen des Steuergesetzgebers definitiv durch die Steuer belastete Person) ist – wie bei der Grundstücksgewinnsteuer – der Veräusserer (Art. 21 MWSTG), hier also die Konkursmasse. Die Mehrwertsteuerforderung entsteht wie die Grundstücksgewinnsteuer durch die Zwangsverwertung, also den Zuschlag der Pfandliegenschaft. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb die beiden Steuern im Konkurs unterschiedlich zu behandeln wären. Es handelt sich mithin bei der durch die Zwangsverwertung einer Liegenschaft anfallende Mehrwertsteuer ebenfalls um Massekosten, die vorab aus dem Gesamterlös der betreffenden Liegenschaft zu bezahlen sind. Dementsprechend stellt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht die Frage einer Rangprivilegierung der Eidgenössischen Steuerverwaltung gegenüber den Grundpfandgläubigern, für die eine gesetzliche Grundlage im ZGB fehlen würde. Die tatsächliche Privilegierung ergibt sich – wie dargelegt – aus dem Schuldbetreibungsrecht (Art. 262 Abs. 2 SchKG). Die Verteilungsliste führt die Mehrwertsteuer zwar nicht unter dem Titel «Verwertungskosten» auf, sondern in einer separaten Position. Das ändert aber nichts daran, dass sie diese wie Betriebskosten behandelt, was nach dem Gesagten nicht zu beanstanden ist.

Justizkommission als AB SchKG, 17. September 2002, i.S. U. AG / Konkursamt; eine von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 10. Januar 2003 ab

*Art. 271 und 272 SchKG. – Ein Arrest kann nur auf Sachen und Rechte gelegt werden, die zumindest nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Dritteigentum darf nur im Falle eines sog. «Durchgriffs» verarrestiert werden, d.h. wenn der Schuldner seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat.*

*Aus den Erwägungen:*

1. gemäss Art. 271 Abs. 1 SchKG kann der Gläubiger für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners mit Arrest belegen lassen, wenn ein entsprechender Arrestgrund gemäss Ziff. 1-5 dieser Bestimmung vorliegt. Der Gläubiger hat dabei neben dem Bestand seiner Forderung und dem Vorliegen eines Arrestgrundes das Vorhandensein von dem Schuldner gehörenden Vermögensgegenständen glaubhaft zu machen (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Da der Arrest die spätere Vollstreckung absichern soll, kann er nur realisierbare und damit pfändbare Vermögenswerte des Schuldners erfassen. Ein Arrest kann daher nur auf Sachen und Rechte gelegt werden, die – zumindest nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers – rechtlich (nicht bloss wirtschaftlich) dem Schuldner gehören. Was offensichtlich einem Dritten zusteht, und wäre es auch bloss fiduziarisches Eigentum für den Schuldner, darf – bei Drohung von Nichtigkeit – so wenig mit Arrest belegt werden, wie es später auch nicht gepfändet werden könnte (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, §51 N 7 mit Hinweis auf BGE 106 III 86 und BGE 107 III 33). Dritteigentum darf nur im Falle eines sogenannten «Durchgriffs» verarrestiert werden (BGE 102 III 165 = Pra 66 Nr. 17), wenn der Schuldner also seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat (Walter A. Stoffel in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 26 zu Art. 272). Die in Art. 272 SchKG geforderte Glaubhaftmachung bedeutet, dass nicht der volle Beweis erbracht werden muss, sondern ein Wahrscheinlichkeitsbeweis genügt. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn der Richter sie aufgrund einer plausiblen Darlegung des Gläubigers für wahrscheinlich hält. Der Wahrscheinlichkeitsbeweis ist mit anderen Worten dann erbracht, wenn der Richter aufgrund der ihm vorgelegten Elemente den Eindruck gewinnt, dass der behauptete Sachverhalt wirklich vorliegt, ohne ausschliessen zu müssen, dass es sich auch anders verhalten könnte (Walter A. Stoffel, a.a.O., N 3 zu Art. 272).

2. Die Vorinstanz vertritt nach wie vor die Auffassung, der Beschwerdeführer habe lediglich die wirtschaftliche Identität zwischen dem Arrestschuldner und der P. GmbH in Liquidation glaubhaft gemacht. Hingegen habe er im Arrestbegehren keine Umstände namhaft gemacht, welche den Schluss zulassen würden, dass ein vom Schuldner verschiedenes Rechtssubjekt in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise vorgeschoben worden sei.

Richtig ist, dass der Beschwerdeführer in seinem Arrestbegehren – ausdrücklich – lediglich darauf hinwies, dass der Beschwerdegegner die P. GmbH, deren Konto bei der Z. Bank er zu arrestieren verlangt, rechtlich und wirtschaftlich beherrsche. Er machte hingegen keine näheren, stringenten Ausführungen zur Frage des Rechtsmissbrauchs. Immerhin wies er aber – dokumentiert – einerseits darauf hin, dass sich die P. GmbH bereits vor dem Vermittlungsgeschäft in Liquidation befunden hat. Er macht dann zwar erst in der Beschwerde deutlich, welche Schlussfolgerung er aus diesem Umstand zieht. Indes schadet das nichts, da es sich hierbei um eine gesetzliche Folge handelt, die vom Richter ohnehin zu berücksichtigen ist. Der Beschwerdeführer legte sodann im Arrestbegehren dar, dass er vom Beschwerdegegner hinsichtlich des diesem gegenüber geltend gemachten Anteils an der Vermittlungsprovision verschiedentlich vertröstet wurde, zunächst unter dem Vorwand, die A. Anlagestiftung sei ihrer Verpflichtung noch nicht nachgekommen, obschon diese nachgewiesenermassen bereits am 27. Dezember 2001 die Provision bezahlt hatte. Diese Darstellung hat der Beschwerdeführer immerhin mit seiner Rechnung vom 11. Januar 2002 und seiner Mahnung vom 4. April 2002 an den Beschwerdegegner belegt, so dass sie durchaus als glaubhaft erscheint. Indem er das erwähnte Mahnschreiben mit entsprechender Schilderung der Vorgänge sodann auch in Kopie der A. Anlagestiftung zukommen liess, ist auch wahrscheinlich gemacht, dass das Vermittlungsgeschäft tatsächlich von den Prozessparteien gemeinsam vorgenommen wurde und die Auszahlung der Provision an die P. GmbH auf alleinige Anweisung des Beschwerdegegners hin erfolgt ist. Zwar kann aus der Tatsache, dass der Beschwerdegegner die A. Anlagestiftung anwies, die ihm gegenüber geschuldete Provisionszahlung an eine in Liquidation befindliche Gesellschaft zu überweisen, nicht ohne weiteres auf ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen geschlossen werden, ist doch nicht auszuschliessen, dass die P. GmbH gegenüber dem Beschwerdegegner eine Forderung hatte, die durch diese Anweisung getilgt werden sollte. Indes indiziert das mehrmalige Vertrösten des Beschwerdeführers, zumal mit tatsachenwidrigen Angaben, einen starken Verdacht, der Beschwerdegegner beabsichtige, den Beschwerdeführer durch die Zwischenschaltung seiner ihm gehörenden Gesellschaft rechtsmissbräuchlich an der Durchsetzung seiner Forderung zu hindern, bzw. ihm Vermögenswerte vorzuenthalten. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich aber, im Sinne eines sog. umgekehrten Durchgriffs die Arrestierung des auf die P. GmbH in Liquidation lautende Kontos für eine Forderung gegenüber dem Beschwerdegegner grundsätzlich zuzulassen (BGE 102 III 165).

Justizkommission, 28. Mai 2002, i.S. P. / W.



## **Strafrecht**

*Art. 23 UWG, Art. 3 lit. h UWG. - Unlauterer Wettbewerb; Begriff der besonders aggressiven Verkaufsmethode.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 23 UWG wird, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach den Artikeln 3, 4, 5 oder 6 begeht, auf Antrag mit Gefängnis oder Busse bis zu 100'000.- Franken bestraft. Für Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben, durch Beauftragte und dergleichen sind die Artikel 6 und 7 des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes anwendbar (Art. 26 UWG).

....

4.2. Gemäss Art. 3 lit. h UWG handelt unlauter, wer den Kunden durch besonders aggressive Verkaufsmethoden in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Der Tatbestand «erfasst nur Verkaufs-, nicht auch Werbemethoden. Die Abgrenzung ist unter Umständen schwierig. Art. 3 lit. h UWG ist aber nicht nur dann anwendbar, wenn infolge der besonders aggressiven Verkaufsmethode tatsächlich ein Rechtsgeschäft zu Stande gekommen ist. Entscheidend ist, dass die gewählte Methode an sich dazu geeignet ist, unmittelbar zum Vertragsschluss zu führen, was auch der Fall sein kann, wenn der Adressat als Offerent auftritt. Entgegen dem durch den Wortlaut vermittelten Eindruck («...in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt») genügt es, dass die besonders aggressive Verkaufsmethode zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Adressaten geeignet ist» (Urteil BGer 6S.677/2001 vom 16.03.2002, E 4b/cc m.w.H.).

Da Art. 3 lit. h UWG nur aggressive Verkaufs-, nicht aber aggressive Werbemethoden erfasst, kommt der entsprechenden Abgrenzung entscheidende Bedeutung zu. Hauptanwendungsfälle von Art. 3 lit. h UWG sind nach den Gesetzesmaterialien Werbefahrten, Haustür- und Partyverkäufe, welchen Veranstaltungen der direkte und unmittelbare Kontakt zwischen Anbieter und Kunde gemeinsam ist. Die traditionelle, von Art. 3 lit. h UWG nicht erfasste Werbung «richtet sich demgegenüber klassischerweise an eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten, ohne eine Beziehung zu einem einzelnen Individuum herzustellen. Sie ist mithin generell abstrakter Natur» (Baudenbacher, a.a.O., N 25 f. m.w.H.). Massgebend für die Abgrenzung zwischen der - allenfalls unter Art. 2 UWG fallenden - aggressiven Werbemethode und der aggressiven Verkaufsmethode ist das Kriterium des direkten, unmittelbaren Kontakts, der genügend konkretisierten, individualisierten Ansprache. Direktwerbung z.B. in Form persönlich adressierter Werbung oder Telefonwerbung kann daher nach Auffassung in der Lehre im Grundsatz unter Art. 3 lit. h UWG subsumiert werden (vgl. Peter Friedrich, Aggressive Werbemethoden in der Schweiz und deren lauterkeitsrechtliche Beurteilung,

Diss. Zürich 1993, S. 96 f.; Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. h N 27; Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 7 N 7.40 ff.; je m.w.H.).

Unter den Begriff der Verkaufsmethode «fallen sämtliche Anstrengungen eines Anbieters von Produkten, Dienst- und Sachleistungen, die im Hinblick auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes unternommen werden» (Streuli-Youssef, a.a.O., S. 101). Die – mit jeder Werbemassnahme verbundene – versuchte Beeinflussung des Kunden erweist sich dann als besonders aggressiv und somit unlauter, wenn die Entscheidungsfreiheit des Adressaten gestört oder aufgehoben wird (Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. h N 33 m.w.H.), bzw. die Verkaufsmethoden «durch ihre Stärke zum Vornherein dazu geeignet sind, den normalen kritischen Willen des Adressaten zu überwinden» (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 7 N 7.13). «Von einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit kann dann gesprochen werden, wenn sich der Adressat – unter Voraussetzung einer durchschnittlichen Resistenz – nicht primär vom Interesse an der versprochenen Leistung zum Vertrag motivieren lässt, sondern er sich vielmehr durch die spezifische Art und Weise der auf ihn angewandten Verkaufsmethode zur vertraglichen Bindung gedrängt fühlt» (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 7 N 7.17). Entscheidend ist das Auftreten des Anbieters im Einzelfall, welches nach Massgabe der Art (Zwang, Belästigung, Überrumpelung, Gefühlsausnutzung) und Intensität zu beurteilen ist (Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. h N 36). Charakteristisch an den von Art. 3 lit. h UWG anvisierten Verhaltensweisen ist, dass der Kunde psychologisch unter Druck gesetzt wird; «Es werden Anstands-, Schuld-, Angst- oder Pietätsgefühle erzeugt, die beim Konsumenten unbewusste Motivationen hervorrufen, die zu unsachlichen Entscheiden führen, welche letztlich auch den Wettbewerb verfälschen» (Streuli-Youssef, a.a.O., S. 102). Auch eine Verkaufsveranstaltung, in deren Rahmen der Adressat durch Verlockungen mittels aleatorischer Reize zur Bestellung einer Ware verleitet werden soll, kann sich als besonders aggressiv im Sinne von Art. 3 lit. h UWG erweisen (Werbegewinnspiel, Urteil BGer 6S.677/2001 vom 16.03.2002, E 4b/ee; vgl. auch Grundsatz Nr. 3.9 der Schweizerischen Lauterkeitskommission, Stand 2001).

Die in Frage stehenden Kampagnen der X. AG richteten sich, soweit ersichtlich, nicht an Privatpersonen, sprachen hingegen individuell bestimmte Unternehmen, Institutionen, Geschäftsbetriebe und Schweizer Vertretungen im Ausland an und boten diesen Eintragungen in Telefax- bzw. Telexverzeichnissen an. Die in ihrer konkreten Aufmachung und Gestaltung, wie erwähnt, an herkömmliche Rechnungen erinnernden Formulare der X. AG waren an die jeweilige Geschäftsanschrift der Empfänger, ohne Nennung bestimmter, natürlicher Personen, adressiert und wurden den Adressaten unverlangt zugestellt. Mit Ausnahme derjenigen mit Datum Januar 1995 enthielten sämtliche Formulare bzw. -sätze der X. AG bereits auf der Vorderseite die Hinweise «Advertisement Offer», «Offer Form» oder «Entry Offer».

Die inkriminierten Postversendungen der X. AG waren offenkundig auf einen unmittelbaren Vertragsschluss mit den einzelnen Adressaten gerichtet; wenn auch ein direkter, persönlicher Kontakt zwischen Anbieter und Kunde nicht hergestellt wurde, erscheint das den jeweiligen Adressaten individuell unterbreitete, konkrete Angebot auch unter Berücksichtigung, dass dieses im Geschäftsverkehr erfolgte, als hinreichend individualisiert, um das Vorliegen einer Verkaufs- und nicht bloss einer Werbemethode zu bejahen.

Es ist somit zu prüfen, ob das Vorgehen der X. AG bzw. deren Verantwortlichen als besonders aggressiv zu werten ist bzw. geeignet war, die Entscheidungsfreiheit der Adressaten zu beeinträchtigen. Dies ist zu verneinen. Vorab fehlt es an einem persönlichen Direktkontakt zwischen Anbieter und Adressat bzw. einer unmittelbaren Ansprache einer individuellen Person und mithin – anders als z.B. im Falle von Haustürverkäufen – an der Möglichkeit einer direkten, massiven psychischen Beeinflussung der Adressaten. Die inkriminierten, in den Jahren 1994 und 1995 versandten Offertformulare waren aufgrund ihrer Aufmachung und Ausgestaltung geeignet, bei den Adressaten den Eindruck entstehen zu lassen, es handle sich um eine Rechnung für eine früher aufgegebene Bestellung, weshalb deren Versand, wie vorstehend unter Ziffer II.3.2.2.1.-4. ausgeführt, als unlautere Wettbewerbsbehandlung im Sinne der Generalklausel von Art. 2 UWG zu qualifizieren ist. Allein dieser Umstand vermag eine besondere Aggressivität des Vorgehens im Sinne von Art. 3 lit. h UWG jedoch nicht zu begründen. Zwar zielten die Formulare zweifelsohne darauf ab, die Entscheidungsfindung der Adressaten zu beeinflussen, doch ist darin noch keine tatbestandsmässige – übermässige – Einwirkung auf deren Willensbildung zu sehen, zumal die Adressaten weder überrumpelt, überrascht noch persönlich in grob aufdringlicher Weise angesprochen wurden (vgl. zum letztgenannten Kriterium auch Tätigkeitsbericht 1999 der Schweizerischen Lauterkeitskommission, S. 18). In Würdigung der konkreten Gesamtumstände ist nicht ersichtlich, inwiefern die Adressaten der Kampagnen der X. AG, n.b. alles Geschäftsleute, durch die unverlangte Zustellung der in Frage stehenden Formulare in eine psychische Zwangssituation bzw. unter so starken psychischen Druck hätten geraten können, dass sie sich einem Geschäftsabschluss nur noch schwer hätten widersetzen können (vgl. auch Urteil KGer ZG vom 17.03.1992 in SMI 1992, S. 355 m.w.H.). Im Lichte der zitierten Literatur und Rechtsprechung ist mithin eine tatbestandsmässige Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Adressaten zu verneinen und das Vorgehen der X. AG nicht als besonders aggressiv zu qualifizieren. Anzuführen bleibt, dass die von der Vorinstanz angeführte Auffassung von M. [und F.] Pedrazzini, welche eine Subsumtion des dem bereits zitierten Urteil des Handelsgerichts Bern vom 19. Dezember 1990 zu Grunde liegenden – mit dem konkreten Fall nur bedingt vergleichbaren – Sachverhaltes («Branchenregister», vgl. Ziffer II.3.2.2.1. hievore) unter den Tatbestand von Art. 3 lit. h UWG als möglich erachten (Pedrazzini/Pedrazzini, a.a.O., § 7 N 7.41), in der Lehre nicht einhellig geteilt wird (vgl.

z.B. Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. h N 51) und auch von der Schweizerischen Lauterkeitskommission, deren Grundsätze und Rechtsprechung bei der Auslegung der Tatbestände des UWG, wie erwähnt, mitberücksichtigt werden können, nicht vertreten wird (vgl. Tätigkeitsbericht 1998, S. 32).

Sind mithin bereits die objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 3 lit. h UWG nicht erfüllt, sind die Angeklagten B. und S. von der Anklage der mehrfachen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gemäss Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. h UWG freizusprechen.

Berufungskammer, 3. Juli 2002, i.S. Staatsanwaltschaft/B. u. S.

Eine gegen dieses Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationshof des Schweizerischen Bundesgerichts mit Urteil vom 18. Dezember 2002 - soweit Art. 3 lit. h UWG betreffend - abgewiesen; hingegen qualifizierte das Bundesgericht die in Frage stehenden Formulare als objektiv unlauter im Sinne von Art. 3 lit. b UWG (Urteil Nr. 6S.357/2002 vom 18. Dezember 2002).

# Rechtspflege

## 1. Zivilrechtspflege

*§46 Abs. 1 ZPO - Der verfassungsmässige Anspruch der bedürftigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege bezieht sich grundsätzlich nur auf die Zukunft.*

*Aus den Erwägungen:*

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).

Der verfassungsmässige Anspruch der bedürftigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege bezieht sich grundsätzlich nur auf die Zukunft. Kostenvorschüsse, welche bereits geleistet worden sind, sind entsprechend – selbst nach einer allfälligen Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung – in der Regel nicht zurückzuerstatten. Die unentgeltliche Rechtspflege dient der Anhebung und Fortführung eines Prozesses, weshalb es genügt, künftige Kostenvorschüsse zu erlassen. Die Zahlung beweist gerade, dass die Partei zu jenem Zeitpunkt in der Lage gewesen ist, den Vorschuss aufzubringen (BGE 122 I 203 ff.; SGGVP 1993 68; ZR 53/1954 Nr. 46, S. 118; Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 90 ZH-ZPO).

3. Am 17. Juni 2002 stellten die Gesuchstellerin und der Prozessgegner das gemeinsame Scheidungsbegehren und am 19. Juni 2002 wurden sie zur Bezahlung eines Kostenvorschusses von je Fr. 750.- aufgefordert. Am 27. Juni 2002 bezahlte die Gesuchstellerin den Kostenvorschuss von Fr. 750.-. Die Gesuchstellerin wird für das Verfahren betreffend Ehescheidung keine weiteren Vorschüsse im Sinne von § 36 Abs. 1 ZPO zu bezahlen haben. Das Gesuch zielt somit ins Leere, weshalb es abgewiesen werden muss. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Gesuchstellerin kostenpflichtig.

Kantonsgerichtspräsidium, 4. Dezember 2002

*§46 ff. ZPO und Verordnung des Obergerichts des Kantons Zug vom 20. November 2001 über die Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten – Für das Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten kann schon mangels Entscheidungskompetenz der Behörde kein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes bestehen. Ferner ist die Erforderlichkeit der Verbeiständung im Sinne von §48 Abs. 1 ZPO zu prüfen, welche im vorliegenden Fall zu verneinen war.*

*Aus den Erwägungen:*

...

3. Ein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes besteht nur in Bezug auf Verfahren vor staatlichen Behörden und kann grundsätzlich nur für Entscheidverfahren geltend gemacht werden (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. A., Zürich 2001, N 844). Wird kein Entscheid gefällt, so ist ein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes grundsätzlich zu verneinen. Insbesondere besteht kein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für vor- oder ausserprozessuale Rechtsberatung oder Vertretung (BGE 121 I 321 ff.) oder im Sühnverfahren vor dem Friedensrichter ohne Entscheidkompetenz (BGE 114 Ia 29). Auch für das mietrechtliche Schlichtungsverfahren ist ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung nur dann gegeben, wenn der Schlichtungsbehörde gemäss Art. 259i Abs. 1 und Art. 273 Abs. 4 OR eine Entscheidkompetenz verliehen ist (BGE 119 Ia 264; vgl. auch Bühler, Die neuere Rechtsprechung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege, SJZ 94/1998, S. 227). Ein weiter gehender Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes lässt sich auch aus §§ 46 ff. ZPO nicht ableiten.

Die Gesuchstellerin macht zu Recht nicht geltend, der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten komme in Bezug auf ihre Anträge eine Entscheidkompetenz zu. Aufgabe der Schlichtungsstelle ist nämlich nur, die Parteien insoweit anzuhören und zu versuchen, eine Einigung zu erzielen (§1 der genannten Verordnung). Wird aber im Verfahren gemäss §§ 5 ff. der genannten Verordnung kein Sachentscheid gefällt, so ist der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Schlichtungsverfahren ohne weiteres zu verneinen. Dem Gesuch ist daher schon unter diesem Aspekt die Grundlage entzogen. Wäre – nebenbei bemerkt – der Behörde eine Entscheidkompetenz verliehen, so wäre das entsprechende Verfahren vom ordentlichen Verfahren gemäss §§ 81 ff. ZPO völlig losgelöst, weshalb das Gesuch betreffend Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes insoweit nicht beim Kantonsgerichtspräsidium, sondern bei der urteilenden Behörde selbst anzubringen wäre (§ 50 Abs. 2 ZPO e contrario).

4. Selbst wenn der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten nicht schon mangels Entscheidungskompetenz der Behörde zu verneinen wäre, wäre dies für die Gesuchstellerin unbehelflich: Gemäss §48 Abs. 1 ZPO kann einer Partei ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur bestellt werden, sofern sie für die Führung des Prozesses eines solchen bedarf; diese Einschränkung ergibt sich schon daraus, dass auch auf dem Gebiet der unentgeltlichen Prozessführung unnötige Ausgaben vermieden werden müssen (ausführlich: AJP 1995, S. 1206). Bei der Prüfung der Notwendigkeit der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die konkreten Umstände des Einzelfalles und die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften zu berücksichtigen (BGE 117 Ia 277). Eine Verbeiständung ist grundsätzlich nur dann geboten, wenn das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung des Bedürftigen eingreift – andernfalls nur, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Gesuchstellerin auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist (ausführlich: BGE 119 Ia 264 E. 3b, mit weiteren Hinweisen).

4.1 Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten wird – wie bereits erwähnt – durch die Verordnung des Obergerichts des Kantons Zug vom 20. November 2001 über die Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten geregelt. Das Gesuch um ein Schlichtungsverfahren ist gemäss § 5 der genannten Verordnung schriftlich einzureichen. Es muss die Bezeichnung der Parteien, das Rechtsbegehren und eine kurze Begründung enthalten. Mit dem Gesuch sind die vorhandenen Unterlagen und Belege einzureichen. Nach Eingang des Gesuchs werden die Parteien unverzüglich zur Vermittlungsverhandlung vorgeladen (§6). Der Schlichter leitet die Verhandlung. Er stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest, würdigt die eingereichten Unterlagen und kann die Parteien formlos befragen; weitere Beweismittel sind nicht zulässig (§8 Abs. 2). Der Schlichter hört die Parteien an und versucht, eine Einigung zu erzielen (§1). Kommt an der Verhandlung vor der Schlichtungsstelle ein Vergleich zustande, so wird dieser protokolliert und den Parteien mit Verfügung mitgeteilt; diese Verfügung gilt als gerichtlicher Vergleich. Können sich die Parteien nicht einigen, wird mit einer Verfügung das Scheitern der Verhandlung festgestellt (§10 Abs. 1 und 2). In diesem Fall ist die gesuchstellende Partei berechtigt, innert 30 Tagen nach dem gescheiterten Einigungsversuch beim zuständigen Gericht Klage einzureichen (§13 Abs. 1).

Angesichts dieses Verfahrensablaufs, insbesondere der mangelnden Entscheidungskompetenz der Behörde, macht die Gesuchstellerin mit Recht nicht geltend, das Schlichtungsverfahren greife besonders stark in ihre Rechtsstellung ein. Entsprechend ist nachfolgend zu prüfen, ob besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten vorliegen, denen die Gesuchstellerin auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist.

4.2 Gemäss §1 der genannten Verordnung werden den Parteien im Rahmen der Verhandlung vor der Schlichtungsstelle vom Schlichter regelmässig Vergleichsvorschläge vorgelegt, und in diesem Zusammenhang wird den Parteien auch die erforderliche Rechtsberatung durch den Schlichter gewährt. Der Zweck des Schlichtungsverfahrens besteht darin, die Parteien zu versöhnen und sie davon abzuhalten, offenbar unbegründete Klagen zu erheben oder begründete Rechtsbegehren zu bestreiten (vgl. auch §72 ZPO). Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Parteien in der Lage sind, ihre Interessen vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten selbst wahrzunehmen und nicht auf den Beistand eines rechtskundigen Vertreters angewiesen sind. Dazu kommt, dass das Schlichtungsverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht ist; der Schlichter ist gehalten, an der Sammlung des Prozessstoffs mitzuwirken (§ 8 Abs. 2 der genannten Verordnung). Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Schlichtungsstelle keine Entscheidkompetenz hat und dass in einem möglicherweise nachfolgenden Prozess keine Bindung an die vor der Schlichtungsstelle abgegebenen Stellungnahmen besteht. Es ist daher nicht ersichtlich, welchen Nachteil ein Rechtsunkundiger im Verfahren vor der Schlichtungsstelle erleiden könnte; für ihn genügt es, wenn er vor Gericht vertreten ist (vgl. BGE 114 Ia 29). Dass im Falle der Gesuchstellerin besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten vorliegen, denen die Gesuchstellerin auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre, ist entsprechend nicht erkennbar und wird denn auch von der Gesuchstellerin in keiner Weise behauptet.

4.3 In Betracht fällt aber auch, dass gemäss §11 Abs. 1 der genannten Verordnung im Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich keine Parteientschädigungen zugesprochen werden. Die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das arbeitsrechtliche Schlichtungsverfahren ist daher auch im Interesse der Gegenpartei an einer vernünftigen Eingrenzung des Prozessaufwandes abzulehnen. Wird nämlich einer Partei auf Staatskosten ein Anwalt beigegeben, so kann die Gegenpartei gehalten sein, zur Herstellung der Waffengleichheit ebenfalls einen Anwalt beizuziehen und damit Kostenrisiken auf sich zu nehmen, welche der Partei, die in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege kommt, erspart bleiben (vgl. AJP 1995, S. 1206).

Kantonsgerichtspräsidium, 16. Januar 2002

*§ 129 Ziff. 3 ZPO; Art. 14 UWG. Unlauterer Wettbewerb (vorsorgliche Massnahmen) – Ein Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung genügt allein noch nicht als Verfügungsgrund, wenn der Realerfüllungsanspruch durch eine nachträgliche Surrogation mittels Geldleistung als Schadenersatz, Kondiktion oder Gewinnherausgabe ökonomisch vollumfänglich repariert werden kann. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung, das beispielsweise in der Entleerung oder Aushöhlung des Realerfüllungsanspruchs zu erblicken ist. Voraussetzung im konkreten Fall bejaht (Erw. 1c). Der einstweilige Rechtsschutz ist nur bei völlig grundlosem, rechtsmissbräuchlichem Zuwarten verwirkt (Erw. 1d).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Die Beschwerdeführerin stützt ihr Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen auf Art. 14 UWG, der Art. 28c bis 28f ZGB als sinngemäss anwendbar erklärt. Danach kann das Gericht vorsorgliche Massnahmen anordnen, wenn eine Partei glaubhaft macht, dass ein Verstoss gegen die Lauterkeitsgesetzgebung vorliegt oder ein solcher zu befürchten ist und ihr daraus ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Im gleichen Sinne kann der Gerichtspräsident gemäss § 129 Ziff. 3 ZPO 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 kantonale zivilprozessuale Bestimmung geht im Wesentlichen nicht über das hinaus, was gemäss Art. 14 UWG i.V.m. Art. 28c bis 28f ZGB bundesrechtlich vorgesehen ist. Glaubhaft zu machen ist mithin zum einen der sogenannte Verfügungsanspruch, d.h. die zu schützende Rechtsposition, wobei grundsätzlich jede subjektive Berechtigung des Bundeszivilrechts (Michael Leupold, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 2000, S. 265) in Frage kommt, und zum anderen der sogenannten Verfügungsgrund, d.h. das Drohen eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils bei nicht sofortigem Einschreiten des Massnahmerichters. Der Geschwester hat m.a.W. zunächst den behaupteten materiellen Anspruch glaubhaft zu machen, d.h. er hat diejenigen Tatsachen wahrscheinlich zu machen, aus denen er seinen Anspruch ableitet, z.B. dass der Gesuchsgegner eine gesetzwidrige Handlung begangen hat oder vorzunehmen beabsichtigt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 16 zu § 110). In casu bedeutet das, dass die Beschwerdeführerin einen Verstoss gegen die Lauterkeitsgesetzgebung glaubhaft zu machen hat. Glaubhaft zu machen hat der Geschwester sodann den Anlass zu raschem, vorsorglichem Eingreifen des Richters, mithin

die sich aus der zeitlichen Dauer eines ordentlichen Prozesses ergebende Gefährdungssituation, welche die Durchsetzung des Rechtsanspruchs massgeblich erschweren oder gar illusorisch machen kann (Michael Leupold, a.a.O., S. 265). Die bundesrechtlich vorgeschriebene Herabsetzung des Beweismasses (Glaubhaftmachung) hat zur Folge, dass der Gesuchsteller keinen vollen Beweis für seine Behauptung erbringen, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dartun muss. Umgekehrt hat aber auch der Gesuchsgegner keinen strikten Gegenbeweis zu führen, sondern kann sich ebenfalls mit der Glaubhaftmachung seiner Einwendungen begnügen (BGE 103 II 287 ff. E.2). Nach Auffassung Daniel Alders (Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Diss. Zürich 1993, S. 82 mit weiteren Hinweisen) soll der Verfügungsgrund zunächst analog einer Prozessvoraussetzung abschliessend beurteilt werden, bevor es den materiell-rechtlichen Anspruch zu untersuchen gelte.

2. a) Die Vorinstanz hat das Massnahmegesuch denn auch – ohne die Anspruchsberechtigung zu prüfen – bereits deshalb abgewiesen, weil der Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht worden sei. Sie führt aus, die Beschwerdeführerin bringe zwar vor, die «unlautere Werbung» der Beschwerdegegnerin würde ihre Wirkung «auf das Publikum», insbesondere die Ärzteschaft, nicht verfehlen. Dem Gesuch seien aber keine substantiierten Ausführungen des Inhalts zu entnehmen, dass und inwiefern sich die behauptete Rechtsverletzung auf den Markt überhaupt konkret auswirke. Entsprechender Ausführungen hätte es aber umso mehr bedurft, als die Beschwerdegegnerin vorprozessual geltend gemacht habe, ein «Grossteil der beanstandeten Aussagen» würden bereits «seit mehreren Jahren in identischer oder ähnlicher Form gemacht». Auch den übrigen – rudimentären – Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Verfügungsgrund könne nicht entnommen werden, dass und inwiefern der Beschwerdeführerin durch das Verhalten der Beschwerdegegnerin ein Schaden entstehen könne, der ihr durch Geld nicht ausgeglichen werden könne. Insbesondere werde nicht dargelegt, dass und inwiefern der Beschwerdeführerin ein Schaden entstehen könne, der nur schwierig beweisbar und einer richterlichen Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR nicht zugänglich sei.

b) Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz im Wesentlichen vor, mit ihren Anforderungen an den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil das Wesen des vorsorglichen Rechtsschutzes verkannt zu haben. Als Nachteil komme nicht bloss eine vermögensrechtliche, sondern jegliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Berechtigten in Betracht. Nicht leicht wieder gutzumachen sei jeder Nachteil, der nicht leicht ersetzbar sei. Als nicht leicht ersetzbar würden insbesondere gefährdete Ansprüche auf Realerfüllung gelten. Zu den gefährdeten Ansprüchen auf Realerfüllung seien auch Ansprüche auf Einhaltung des Lauterkeitsrechts in der Werbung zu zählen, im besonderen Masse in der Heilmittelwerbung.

c) In der Tat hat die Beschwerdeführerin in ihrem Massnahmegesuch vom 6. Februar 2002 unter dem Titel Verfügungsgrund lediglich ausgeführt, der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil der Klägerin bestehe darin, dass die unlautere Werbung der Beklagten ihre Wirkung insbesondere auf das Publikum nicht verfehlen werde, ganz zu schweigen von der nachhaltigen Wirkung auf alle Ärzte, welche das Rundschreiben vom 13. August 2001 erhalten hätten. Es werde der Klägerin kaum möglich sein, im Nachhinein (d.h. sollte diese unlautere Werbung andauern) den unlauter erzielten Marktvorteil der Beklagten rückgängig zu machen. Dabei sei die übliche Dauer eines Hauptprozesses zu berücksichtigen. Es erschiene ausserordentlich stossend, wenn die Beklagte während einiger Jahre eine Werbung aufrechterhalten dürfte, die derart klar geltendes Heilmittelrecht und damit auch derart klar das UWG missachte. Es könne nicht angehen, dass die Beklagte während Jahren heilmittelrechtlich unerlaubte und damit offensichtlich unlautere Werbung betreibe.

Richtig ist, dass diese Ausführungen relativ allgemein gehalten sind und eine nähere Substantiierung vermissen lassen. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin übersehen dabei aber, dass die Beschwerdeführerin an anderer Stelle substantiiert und glaubhaft dargelegt hat, dass das inkriminierte Rundschreiben vom 13. August 2001 just wenige Tage nach der Bekanntgabe, dass die Firma A. ihr Lipid-Senker-Medikament X. aus dem Markt zurückziehen werde, versandt wurde. Es ist nun ohne weiteres nachvollziehbar, dass durch die erwähnte Ankündigung von A. ein Wettkampf der übrigen Marktteilnehmer, die ebenfalls ein entsprechendes Medikament vertreiben, um den bislang von A. gehaltenen Marktanteil entbrannt ist. Die Beschwerdeführerin weist aber auch darauf hin, dass das Medikament X. von A. im Jahre 1997 eingeführt und ein grosser kommerzieller Erfolg war. Der Schritt, das Medikament vom Markt zurückzuziehen, führte sogar, wie die Beschwerdeführerin geltend macht und wie sich der Web-Site von A. entnehmen lässt, zu einem Kurseinbruch der A.-Aktien an der Börse. In einer solchen Situation, da sich ein Anbieter eines eingeführten Medikamentes mit einem erheblichen Marktanteil aus dem Markt zurückzieht, liegt es aber auf der Hand, dass die (angebliche) unlautere Werbung eines Marktteilnehmers für ein Heilmittel mit derselben therapeutischen Wirkung die Interessen der übrigen Marktteilnehmer in besonderem Masse beeinträchtigen kann. Gerade im Bereich der Heilmittelwerbung dürfte es schwierig sein, eine indirekte Herabsetzung des eigenen Medikamentes, irreführende Vergleiche, wie das die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin vorwirft, nachträglich rückgängig zu machen, nachdem die durch den Rückzug des A.-Medikaments entstandene Marktlücke in der Zwischenzeit im Wesentlichen ausgefüllt worden ist. Der Markt ist gesättigt, so dass der Unterlassungsbefehl im ordentlichen Verfahren meist zu spät kommen dürfte und damit seinen Sinn verliert. Spätere Schadenersatzansprüche, auch wenn der Schaden bewiesen werden kann, was oft schwer sein wird, gewähren nicht

den an sich gerechtfertigten Schutz (Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 1992, S. 217). Insofern kann der Beschwerdeführerin beige- pflichtet werden, dass es kaum möglich sein wird, im Nachhinein (d.h. sollte diese – angeblich – unlautere Werbung andauern), den unlauter erzielten Marktanteil der Beschwerdegegnerin rückgängig zu machen. Nicht leicht wiedergutmachbar sind aber solche Nachteile, die durch Schadenersatz- leistungen in Form von Geldzahlungen überhaupt nicht oder nicht vollstän- dig oder vollwertig ausgeglichen werden können (Michael Leupold, a.a.O., S. 267). Zwar mag man Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Frage vermissen, inwiefern denn die behauptete unlautere Werbung auf das Publi- kum Wirkung entfaltet. Immerhin handelt es sich, wie die Beschwerdefüh- rerin selber geltend macht, um ein rezeptpflichtiges Medikament, das also nur aufgrund einer ärztlichen Verschreibung erhältlich ist. Das bedeutet, dass der Patient das Medikament von seinem Arzt verschrieben erhält und dieser erfahrungsgemäss auf best. mit welchem konkreten Heilmittel aus einer Palette verschiedener Medikamente der Patient therapiert werden soll. Hingegen erscheint eine nachhaltige Wirkung auf alle Ärzte, welche das Rundschreiben vom 13. August 2001 erhalten hätten, wie die Beschwerde- führerin geltend macht, auch ohne weitere konkretere Ausführungen nach- vollziehbar, wodurch die Beschwerdegegnerin sich einen unberechtigten Marktanteil verschaffen kann. Die Beschwerdeführerin hat zwar einen sog. Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung durch die Be- schwerdegegnerin. Das allein genügt aber entgegen ihrer Meinung noch nicht als Verfügungsgrund, wenn der Realerfüllungsanspruch durch eine nachträgliche Surrogation mittels Geldleistung als Schadenersatz, Kondi- tion oder Gewinnherausgabe ökonomisch vollumfänglich repariert werden kann. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung, das bei- spielsweise in der Entleerung oder Aushöhlung des Realerfüllungsanspruchs zu erblicken ist (Michael Leupold, a.a.O., S. 268 ff.). Würde man nun der (angeblich) krass irreführenden, gegen das Heilmittelrecht verstossenden Werbung der Beschwerdegegnerin keinen vorsorglichen Einhalt gebieten, könnte die Beschwerdegegnerin tatsächlich noch während der Dauer eines ordentlichen Prozesses, der über sämtliche Instanzen hinweg doch mehrere Jahre dauern dürfte, ihre Marktstellung ungehindert ausbauen und sich Vor- teile verschaffen, die später kaum mehr rückgängig zu machen wären. Damit würde aber der Realerfüllungsanspruch der Beschwerdeführerin auf ein lau- teres Verhalten der Beschwerdegegnerin im Wettbewerb wesentlich entleert. Hinzu kommt auch ein öffentliches Interesse, das in der Heilmittelwerbung eine gesteigerte Bedeutung hat und dessen Schutz eine schnelle Durchset- zung der wettbewerbsrechtlichen Normen verlangt (Urs Schenker, Die vor- sorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss. Zürich 1985, S.81 f.). Das von der Lehre geforderte besondere Interesse ist hier gegeben. In Würdigung der gesamten Sachlage und nicht zuletzt auch aufgrund der notorisch zu bezeichnenden Schwierigkeiten, den aus einer UWG-verletzenden Werbung resultierenden Schaden zu beweisen (J. Zürcher, Der Einzel-

richter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1998, S. 103), hiesse es die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes überspannen, wenn man von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall weitere konkrete Ausführungen zur Art der Beeinträchtigung ihrer wettbewerblichen Stellung verlangte, die eine Gefährdung der wirtschaftlichen Erwartungen vermuten lassen (vgl. Daniel Alder, a.a.O., S. 87).

d) Die Vorinstanz erwoג des Weiteren, dass entsprechende Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Frage der Auswirkungen der behaupteten Rechtsverletzungen auf dem Markt umso mehr erforderlich gewesen wären, als die Beschwerdegegnerin vorprozessual geltend gemacht habe, ein «Grossteil der beanstandeten Aussagen» würden bereits «seit mehreren Jahren in identischer oder ähnlicher Form gemacht». Damit spricht sie nach Auffassung der Parteien indirekt die Frage nach der Dringlichkeit des verlangten Rechtsschutzes bzw. der Verwirkung des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen durch Zuwarten an. Die Beschwerdegegnerin macht denn auch eine solche Verwirkung ausdrücklich geltend.

aa) Wartet ein Antragsteller mit seinem Begehren unverhältnismässig lange zu, ist die Dringlichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes in Frage gestellt bzw. kann der Anspruch auf diesen Schutz verwirkt sein. Es handelt sich dabei um eine besondere prozessrechtliche Verwirkung, die von der materiellrechtlichen zu unterscheiden ist. Durch sein – grundloses – Zuwarten verliert der Antragsteller zwar nicht seinen materiellrechtlichen Anspruch und damit auch nicht die Klagemöglichkeit im ordentlichen Verfahren, wohl aber das Recht auf Durchführung des für dringende Fälle vorgesehenen Massnahmeverfahrens, weil die Einleitung eines schnellen Verfahrens nach längerem Zuwarten ohne rechtfertigende Gründe im Sinne des venire contra factum proprium rechtsmissbräuchlich erscheint. Es soll die Säumigkeit des Antragstellers nicht zu Lasten des Antragsgegners durch die Durchführung eines Verfahrens ohne volle Richtigkeitsgarantien wettgemacht werden dürfen. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs trifft den Antragsteller aber auch bei längerem Zuwarten mit dem Massnahmebegehren nicht, wenn er nicht einfach untätig blieb, sondern versuchte, seinen Anspruch auf andere Weise, beispielsweise durch Abmahnung, Einigungsverhandlungen und dergleichen durchzusetzen, oder die Zeit wegen der komplexen Rechts- oder Sachlage für Abklärungen und die Vorbereitung des Massnahmebegehrens nutzen musste (Urs Schenker, a.a.O., S. 86 f. mit weiteren Hinweisen). Der einstweilige Rechtsschutz ist nur bei völlig grundlosem, rechtsmissbräuchlichem Zuwarten verwirkt (Isaak Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, S. 141). Ein Zuwarten allein darf denn auch nicht zur kategorischen Verneinung der Dringlichkeit führen, vielmehr ist diese als allgemeine Voraussetzung jeder vorsorglichen Massnahme stets selbständig zu prüfen (David Rüetschi, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, in: sic! 6/2002, S. 418).

bb) Die Beschwerdegegnerin hat in einer ausführlichen und belegten Zusammenstellung im Einzelnen glaubhaft dargelegt, dass die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Werbeaussagen, für die ein vorsorgliches Verbot gefordert wird, wörtlich oder zumindest sinngemäss teilweise seit bereits mehreren Jahren gemacht werden. Sämtliche beanstandeten Werbeaussagen, mit Ausnahme des Zitats von Prof. B., reichen gemäss der erwähnten Zusammenstellung in der einen oder anderen Form mindestens ein Jahr seit Einleitung des Massnahmeverfahrens zurück. Mit der Beschwerdegegnerin kann angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin über die Inserate und Mailings der wichtigsten Konkurrenzunternehmen, wozu die Beschwerdegegnerin aufgrund der klaren Marktpräsenz zweifellos gehört, jederzeit im Bilde war. Die Beschwerdeführerin bestreitet auch nicht, dass sie diese Aussagen erst mit Abmahnschreiben vom 18. September 2001 erstmals kritisiert hat. Nun scheint aber bis zum Rückzug des A.-Medikaments im August 2001 «der Markt für die entsprechenden Medikamente weitgehend verteilt» gewesen zu sein, wie die Beschwerdegegnerin selbst ausführt, weshalb die Beschwerdeführerin den Einfluss der angeblich widerrechtlichen Werbung im Markt weniger gravierend eingeschätzt haben mag. Im Zuge der Neuverteilung des dadurch freigewordenen Marktanteils für andere Lipid-Senker und insbesondere in der Bezugnahme auf den Rückzug des A.-Medikaments erhielt diese Werbung jedenfalls eine völlig neue Aktualität und Dimension. In einem solchen Fall, in welchem sich die Sachlage massgeblich verändert hat, erscheint es aber richtig, den Lauf der prozessualen Verwirkungsfrist neu beginnen zu lassen (David Rüetschi, a.a.O., S. 424). Auf das Abmahnschreiben der Beschwerdeführerin vom 18. September 2001 sagte die Beschwerdegegnerin in ihrem Schreiben vom 28. September 2001 zunächst zu, dass bis nach Abschluss der in Aussicht gestellten Prüfung der Beanstandungen generell kein Werbeversand betreffend Z. mehr erfolgen werde und die Behauptungen nicht mehr aufgestellt würden. In der Stellungnahme vom 11. Oktober 2001 erklärte sie dann aber unmissverständlich, dass «keinerlei Veranlassung (bestehe), die bemängelten Aussagen inskünftig zu unterlassen». Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe sich «nur dem Schein nach verpflichtet, die beanstandeten Werbeaussagen nicht mehr zu machen», trifft deshalb in dieser Form nicht zu. Wenn die Beschwerdeführerin sich daraufhin noch knapp vier Monate Zeit liess, bis sie ihr Massnahmebegehren stellte, mag das zunächst etwas lange erscheinen. Allein ein Rechtsmissbrauch kann darin nicht erblickt werden. Allein die Vorbereitung des doch relativ komplexen Massnahmebegehrens dürfte einige Zeit beansprucht haben. Folgt man im Übrigen der vom Bundesgericht definierten Dringlichkeit im relativen Sinn, die sich nicht an einer abstrakten Zeitspanne bemisst, sondern relativ, an der voraussichtlichen Dauer des Hauptprozesses (David Rüetschi, a.a.O., S. 421 f. mit Hinweis auf BGer, SMI 1983, 148 ff.), steht eine Verwirkung im vorliegenden Fall ausser Frage.

3. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Verfügungsgrund im vorliegenden Fall zu bejahen ist. Die Beschwerde erweist sich daher in diesem Punkt als begründet und ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist dementsprechend aufzuheben.

Wie erwähnt hat die Vorinstanz über den Verfügungsanspruch noch nicht befunden. Die Beschwerdegegnerin hatte sodann auch noch keine Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Die Sache ist daher zur Vervollständigung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese Rückweisung drängt sich auch auf, da den Parteien sonst eine Instanz verloren ginge, wenn die Justizkommission die Vervollständigung des Verfahrens selber vornehmen und daraufhin direkt entscheiden würde.

Justizkommission, 10. Oktober 2002, i.S. P. AG / B. AG

*§§ 201, 203 und 204 ZPO. – § 201 Abs. 2 ZPO hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen.*

*Aus den Erwägungen:*

1.2 Die verspätete Berufungsantwort der Beklagten war aus dem Recht zu weisen, nachdem die Gegenparteien einer Wiederherstellung der Frist nicht zustimmten (§ 91 Abs. 2 GOG). Entgegen der Auffassung der Klägerin 1 war die Beklagte dennoch zum Parteivortrag an der Berufungsverhandlung zuzulassen, wie im Folgenden aufzuzeigen ist.

1.2.1 Die Berufung gegen ein kantonsgerichtliches Urteil ist binnen 30 Tagen nach dessen Zustellung bei der Obergerichtskanzlei schriftlich und im Doppel einzureichen. Die Berufung ist zu begründen, und es ist anzugeben, in welchen Punkten das erstinstanzliche Urteil angefochten wird, welche neuen Vorbringen angerufen und welche Anträge gestellt werden (§ 201 Abs. 1 ZPO). Ein Doppel der Berufungsschrift wird an die Gegenpartei zur Beantwortung binnen 20 Tagen übermittelt (§ 201 Abs. 2 ZPO). Verspätet eingereichte Berufungen sind ohne Parteiverhandlung unter Mitteilung an die Parteien zurückzuweisen (§ 203 Abs. 1 ZPO). In der Berufungsverhandlung sind jeder Partei zu Berufung und Anschlussberufung je ein Vortrag gestattet (§ 204 Abs. 1 ZPO). Nach dem Schriftenwechsel können die Parteien mit Zustimmung des Gerichts auf die Teilnahme an der Berufungsverhandlung verzichten (§ 204 Abs. 2 ZPO). Das Nichterscheinen einer oder beider Parteien vor Obergericht hat keinen Rechtsnachteil zur Folge. Die erschienene Partei wird zum Vortrag zugelassen und das Urteil auf Grund dieser Anbringen und der Akten gefällt (§ 207 ZPO).

1.2.2 Die Bestimmungen der zugerischen Zivilprozessordnung sehen – anders als bei verspätet eingereichter Berufung – nicht vor, dass im Falle verspäteter oder unterlassener Berufungsantwort keine Parteiverhandlung stattzufinden habe, wie dies beispielsweise §324 Abs. 2 der aargauischen Zivilprozessordnung statuiert (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 6 zu §324). Ebensovienig wird bestimmt, dass an der Verhandlung nur der Berufungskläger zum Vortrag zugelassen wäre. Im Gegenteil: Jeder Partei ist ausdrücklich und voraussetzungslos ein Vortrag gestattet. Eine Auslegung unter systematischen und grammatischen Gesichtspunkten ergibt somit, dass die Beklagte an der Berufungsverhandlung zum Vortrag zuzulassen war und ihre zur Berufung gemachten Vorbringen grundsätzlich zu hören sind.

1.2.3 Zum gleichen Ergebnis führen die historischen und teleologischen Auslegungselemente. In der ursprünglichen Fassung der Zivilprozessordnung betrug die Berufungsfrist 10 Tage, und es war bloss eine Berufungserklärung, keine begründete Berufung einzureichen. Dementsprechend wurde der Gegenpartei von der Berufung bzw. Berufungserklärung lediglich Kenntnis gegeben (§ 201 ZPO in der Fassung vom 3. Oktober 1940; GS XIV S. 284). Eine Begründung der Berufung war zwar nicht vorgeschrieben, doch konnte diese bereits freiwillig in der schriftlichen Berufungserklärung begründet werden. Auch die Gegenpartei durfte vor der mündlichen Verhandlung eine Rechtsschrift mit ihren Ansichten zu den Akten geben (Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 41 f.). Gemäss heutiger Fassung von §201 Abs. 1 ZPO beträgt die Berufungsfrist 30 Tage, und die Berufung ist nunmehr zu begründen. Das Obergericht führte dazu in einem Entscheid vom 26. November 1987 aus, im Rahmen der Teilrevision der Zivilprozessordnung vom 29. März 1984 (GS 22 S. 485) sei mit der Einführung der Pflicht zur schriftlichen Begründung der Berufung gleichzeitig die schriftliche Berufungsantwort vorgesehen worden (§201 Abs. 2 ZPO). Unter früherem Recht sei der Gegenpartei lediglich von der Berufungserklärung Kenntnis gegeben worden, und die Beantwortung der Berufung sei erst anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung erfolgt, nachdem der Berufungskläger diese begründet hatte. Die revidierte Verfahrensordnung setze nun aber eine schriftliche Begründung der Berufung voraus, da sonst naturgemäss eine schriftliche Beantwortung der Berufung nicht möglich sei. Konsequenterweise sei durch den neu eingefügten Abs. 2 von § 204 ZPO die Möglichkeit geschaffen worden, dass die Parteien nach dem Schriftenwechsel auf die Teilnahme an der Berufungsverhandlung verzichten könnten. Im Zuge der Neuordnung des Berufungsverfahrens sei nicht zuletzt wegen der Einführung des Begründungserfordernisses auch eine Ausdehnung der Rechtsmittelfrist auf 30 Tage erfolgt. Das alles mache deutlich, dass die schriftliche Begründung der Berufung ein wesentliches Erfordernis dieses Rechtsmittels darstelle. Fehle eine Berufungsbegründung, könne darin nicht ein formaler, untergeordneter

Mangel erblickt werden, der im Sinne von §90 Abs. 1 ZPO zu verbessern wäre. Bei der Begründungspflicht handle es sich vielmehr um eine Gültigkeitsvoraussetzung der Berufung (GVP 1987/88 S. 136 f.). In einem Urteil vom 10. März 1992 hielt das Obergericht unter Hinweis auf die Materialien fest, dass die 1984 eingeführte Begründungspflicht und damit einhergehende schriftliche Beantwortung der Berufung Verfahrensverzögerungen vorbeugen wolle, indem dem Gericht bereits vor der Berufungsverhandlung die Standpunkte der Parteien bekanntzugeben seien. Unter dem alten Recht habe das Gericht nach den Parteivorträgen oft die Akten nochmals prüfen und heiklen Rechtsfragen nachgehen müssen, wodurch das Urteil erst zu einem späteren Zeitpunkt habe gefällt werden können. Die Berufungsschrift müsse nun das Thema des Berufungsverfahrens abschliessend darlegen, damit von Anfang an klar sei, welche Überlegungen und Entscheidungen der ersten Instanz Gegenstand einer allfälligen Berufungsverhandlung und der zweitinstanzlichen Beurteilung sein werden. Eine Verzögerung des Berufungsverfahrens durch neue Anträge oder Rügen könne damit ausgeschlossen werden. Insbesondere solle die Berufungsverhandlung dem Berufungskläger nicht die Möglichkeit eröffnen, der Berufungsinstanz doch noch vorzutragen, was er in der Berufungsschrift vorzutragen unterliess (OG 1990/17). Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das Augenmerk der Gesetzesrevision zur Hauptsache dem Begründungserfordernis galt. Der Gegenstand des Berufungsverfahrens und damit der Berufungsverhandlung und der zweitinstanzlichen Beurteilung wird durch die Berufung sowie die allfällige Anschlussberufung bestimmt, nicht durch deren Beantwortung. Eine Ausweitung des Prozessstoffes ist im Rahmen der Berufungsantwort nicht möglich. Wohl ist nicht zu verkennen, dass der mit der Novelle von 1984 verfolgte Zweck der Verfahrensbeschleunigung eine gewisse Einschränkung erfährt, wenn die Gegenpartei noch in der Berufungsverhandlung zur (mündlichen) Beantwortung der Berufung zugelassen wird, insbesondere wenn dem Berufungskläger – wie vorliegend – zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Parteivortrag des Berufungsbeklagten anzusetzen ist. Nicht anders verhält es sich indes, wenn nach ordnungsgemäss durchgeführtem Schriftenwechsel die eine oder andere Partei an der Berufungsverhandlung noch zulässigerweise Noven vorbringt. Auch das kann dazu führen, dass der Gegenseite Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme einzuräumen ist.

1.2.4 Im Lichte einer ganzheitlichen Auslegung ist zusammenfassend festzuhalten, dass § 201 Abs. 2 ZPO den Charakter einer Ordnungsvorschrift hat und nicht bezweckt, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen (vgl. §97 Abs. 1 ZPO-AG; Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 6 zu § 97 ZPO-AG).

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 17. Dezember 2002, i.S. 1. D. Inc. und 2. R. / G. AG

*§208 Ziff. 1 und 210 Abs. 1 ZPO; §67 Abs. 3 und 90 Abs. 2 GOG. – Die Beschwerdebegründung stellt gesetzliches Gültigkeitserfordernis dar. Eine fehlende oder ungenügende Begründung kann nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht mehr nachgereicht bzw. ergänzt werden. Der Beschwerdeführer bzw. der Kläger, der das gerichtliche Verfahren eingeleitet hat, hat sich entsprechend einzurichten bzw. entsprechende Vorkehrungen zu treffen, dass ihm der Entscheid jederzeit zugestellt werden kann und er in der Lage ist, dagegen ein allfälliges Rechtsmittel rechtzeitig zu ergreifen. Voraussetzungen für die Wiederherstellung einer Beschwerdefrist.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Der angefochtene Entscheid ist im summarischen Verfahren nach den Bestimmungen von § 126 ff. ZPO ergangen. Gegen solche Verfügungen ist, wenn der Streitwert CHF 500.– übersteigt oder unbestimmt ist, die Beschwerde an die Justizkommission zulässig (§ 208 Ziff. 1 ZPO). Gemäss §67 Abs. 3 GOG haben die Gerichtsferien auf das summarische Verfahren keinen Einfluss. Dementsprechend bleibt auch die Rechtsmittelfrist für solche Entscheidungen von den Gerichtsferien unberührt. Das summarische Verfahren ist nämlich u.a. durch seine Raschheit gekennzeichnet. Das ist denn auch offenkundig der Grund, weshalb die Gerichtsferien im summarischen Verfahren nicht gelten. Es ist deshalb nur konsequent, wenn die Frist des in diesem Verfahren zur Verfügung stehenden Rechtsmittels ebenfalls nicht durch die Gerichtsferien gehemmt wird.

Nach § 210 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde innert 10 Tagen von der schriftlichen Mitteilung an schriftlich und im Doppel unter Beifügung der angefochtenen Verfügung und der darauf bezüglichen Belege einzureichen und zu begründen. Die Beschwerdebegründung stellt dabei gesetzliche Gültigkeitsvoraussetzung dar (Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 61 f.). Fehlt mithin eine genügende Begründung, kann die Justizkommission auf eine Beschwerde nicht eintreten (JZ 1996/17). Eine fehlende oder ungenügende Begründung kann nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht mehr nachgereicht bzw. ergänzt werden. Das würde nämlich auf eine Erstreckung der Beschwerdefrist hinauslaufen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers handelt es sich bei der Beschwerdefrist nicht um eine richterliche, sondern um eine gesetzliche Frist. Gemäss § 90 Abs. 1 GOG ist die Erstreckung einer gesetzlichen Frist nur statthaft, wenn eine Partei im Laufe der Frist stirbt oder handlungsunfähig wird. Eine Fristerstreckung, wie sie der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeerklärung vom 25. Juli 2002 sinngemäss enthalten wissen will, ist daher gesetzlich ausgeschlossen. Daran ändert auch eine «ferienbedingte Abwesenheit» des Beschwerdeführers nichts. Ebenso unerheblich ist die konkrete zeitliche Dringlichkeit der vorliegenden Streitsache. Ob für «Beschwerden vs. Erbenvertreterhandlungen» nach der zugerischen Verfah-

rensordnung keine «unzweideutige und klare Verfahrenszuweisung» festgeschrieben sei, wie der Beschwerdeführer geltend macht, ist für die Frage des Fristenlaufes hinsichtlich des Rechtsmittels ebenfalls irrelevant. Die Prüfung der Zuständigkeit und der richtigen Verfahrensart durch die Beschwerdeinstanz setzt voraus, dass diese rechtzeitig und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form angerufen worden ist. Im vorliegenden Fall fehlt es aber – wie erwähnt – gerade an einer rechtsgenügenden Beschwerde. Dasselbe gilt für die Rüge, die Parteibezeichnung der angefochtenen Verfügung sei fehlerhaft (es fehle an jeglicher Passivlegitimation der bezeichneten Miterben/Gesuchsgegner) und bereits dieser Mangel sei von Amtes wegen zu korrigieren. Der Vorwurf des Beschwerdeführers, der Vorinstanz sei bekannt gewesen, dass er häufig beruflich auslandabwesend sei, weshalb sich der Verdacht aufdränge, der Verfügungserlass und die entsprechende Zustellung sei unter Umständen bewusst und zum Nachteil des Beschwerdeführers am ersten Tag der Gerichtsferien und zu Beginn der allgemeinen Ferienzeit, vielleicht in der Hoffnung, in den Sommerferien erledige sich die Sache «von selbst», erfolgt, entbehrt offensichtlich jeglicher Grundlage. Es war Sache des Beschwerdeführers, der ja das gerichtliche Verfahren eingeleitet hat, sich entsprechend einzurichten bzw. entsprechende Vorkehrungen zu treffen, dass ihm der Entscheid jederzeit zugestellt werden konnte und er in der Lage war, dagegen ein allfälliges Rechtsmittel rechtzeitig zu ergreifen. Der Hinweis «auf den dritten Titel der übergeordneten Bundeszivilprozessordnung» ist schliesslich - soweit überhaupt verständlich - ohne sachlichen Bezug zum vorliegenden Fall. Für die zugerischen Gerichte ist die Zivilprozessordnung für den Kanton Zug die massgebende Verfahrensordnung, und die Bundeszivilprozessordnung stellt insofern kein übergeordnetes Recht dar.

Auch eine Wiederherstellung der Beschwerdefrist gemäss § 90 Abs. 2 GOG fällt im vorliegenden Fall ausser Betracht. Danach kann die Wiederherstellung der gesetzlichen Fristen nur mit Einwilligung der Gegenpartei und gegen die Säumnisfolgen stattfinden; wider deren Willen ist sie nur möglich, wenn nachgewiesen wird, dass die Versäumnis infolge höherer Gewalt eingetreten ist. Der Beschwerdeführer hat weder die Einwilligung der Gegenpartei beigebracht noch behauptet, geschweige denn dargetan, dass höhere Gewalt im Spiele gewesen wäre.

Justizkommission, 17. September 2002, i.S. B. / B.

§208 Ziff. 2 ZPO; §15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Die Aufsichtsinstanz kann als solche nur nachprüfen, ob eine Verletzung der Amtspflicht vorliegt, die Überprüfung der Richtigkeit und der Formgültigkeit des betreffenden Entscheides ist ihr infolge der richterlichen Unabhängigkeit entzogen (Erw. 3a und b). Beurteilung der Frage, ob ein Fristerstreckungsgesuch etwas grosszügiger zu bemessen gewesen wäre (Erw. 3c).

*Aus den Erwägungen:*

3. a) Gemäss §15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG entscheidet die Justizkommission auch über Beschwerden gegen die Amtsführung gerichtlicher Behörden und Beamter, soweit diese der Aufsicht des Obergerichts unterstehen. Die zugehörige Praxis erblickt darin die Grundlage für eine allgemeine Aufsichtsbeschwerde. Wenn die Zivilprozessordnung in §208 Ziff. 2 eine Beschwerde wegen Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege oder ungebührlicher Behandlung durch Richter oder gerichtliche Beamte vorsieht, handelt es sich dabei nicht um eine eigentliche zivilprozessuale Beschwerde, sondern um eine Disziplinarbeschwerde (ROG 1949/50 S. 66). Sie ist mithin ihrer Natur nach nicht Kassationsbeschwerde. Es werden hier lediglich Spezialfälle der eben erwähnten allgemeinen Aufsichtsbeschwerde, der im Zivilprozess am häufigsten vorkommenden Amtspflichtverletzungen, ausdrücklich erwähnt. Sie schliesst nicht aus, dass die Parteien auch wegen anderer Gründe als den in §208 Ziff. 2 ZPO angeführten gegen die Amtsführung gerichtlicher Behörden und Beamten Beschwerde erheben, nur geschieht dies dann nicht mit Beschwerde nach §208 ff. ZPO, sondern mit derjenigen gemäss §15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG i.V.m. §54 Abs. 2 KV (vgl. Heinrich Baumgartner, a.a.O., S. 88). Bei der Aufsichtsbeschwerde handelt es sich indessen nicht um ein Rechtsmittel, mit dem materielle Entscheidungen des Richters angefochten werden können. Gegenstand der Aufsichtsbeschwerde können nur Akte der Justizverwaltung bilden (vgl. Hauser/Hauser, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, S. 469). Zöge man den Anwendungsbereich der Aufsichtsbeschwerde weiter, verstiesse man gegen den Grundsatz, dass die unteren Gerichtsstellen von ihren vorgesetzten Behörden in der Rechtsprechung unabhängig sind und von diesen keine Rechtsbelehrungen anzunehmen haben (§50 Abs. 1 GOG; JKE Nr. 68/1985). Die Aufsichtsinstanz kann als solche nur nachprüfen, ob eine Verletzung der Amtspflicht vorliegt, die Überprüfung der Richtigkeit und der Formgültigkeit des betreffenden Entscheides ist ihr infolge der richterlichen Unabhängigkeit entzogen (Heinrich Baumgartner, a.a.O., S. 88). Die Aufsichtsbeschwerde hat auch nicht die Funktion eines Ersatzes für ein nicht existierendes prozessuales Rechtsmittel (BJM 1996, S. 326 [JZ 1997/91]).

b) Soweit die Beschwerdeführerin die Untätigkeit des Referenten in einem früheren Stadium des Prozesses rügt, ist darauf nicht einzutreten. Eine Rechtsverzögerungsbeschwerde dient nach der Praxis der Justizkommission

nur zur Erreichung eines praktischen Verfahrenszwecks und kann nicht zur blossen Feststellung einer allfälligen Pflichtwidrigkeit erhoben werden (GVP 1985/86, S. 133 ff.). Die Justizkommission tritt deshalb auf eine Rechtsverzögerungsbeschwerde regelmässig nicht mehr ein, wenn die entsprechende Amtshandlung, deren Verzögerung gerügt wird, mittlerweile erfolgt ist. Im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde gegen eine bestimmte Verfügung kann die Justizkommission sodann nicht frei prüfen, ob diese gesetzmässig und angemessen ist. Wie erwähnt, kann die Aufsichtsbeschwerde weder ein nicht gegebenes Rechtsmittel ersetzen noch können damit nicht rechtzeitig erhobene Rügen im Rahmen eines Rechtsmittels nachgeholt werden. Da die Aufsichtsbeschwerde grundsätzlich an keine Frist gebunden ist, würde das nämlich darauf hinauslaufen, die versäumte Rechtsmittelfrist auf dem Umwege der Aufsichtsbeschwerde wiederherzustellen, was indes nur unter den Voraussetzungen gemäss § 90 GOG zulässig wäre. Schliesslich kann auch nicht jede Gesetzesverletzung zu einem aufsichtsrechtlichen Einschreiten führen. Vielmehr muss es sich um eine grundlegende Bestimmung handeln, welche die pflichtgemässe Ausübung der Funktionen der Gerichtsbehörden in Frage stellt. Zur Überwachung der materiellen Rechtsprechung dienen die ordentlichen Rechtsmittel (GVP AG 1995, S. 44). Gegenstand der Aufsichtsbeschwerde kann nur die Justizverwaltung und die sogenannte Justizgewährungspflicht sein (formelle Rechtsverweigerung) [PKG 1996 S. 73].

c) Der Referent hat den Prozess in jedem Stadium zu fördern (vgl. § 57 GOG i.V.m. § 89 ff. ZPO), d.h. er muss darauf bedacht sein, den Prozess beförderlich zu behandeln und Versuchen der Parteien, den Prozess in die Länge zu ziehen, entgegenzutreten. Gemäss § 94 Abs. 1 GOG darf eine Erstreckung einer richterlichen Frist nur aus hinreichenden und gehörig bescheinigten Gründen stattfinden, wobei einem solchen Gesuch der gleichen Partei nur ausnahmsweise mehr als einmal entsprochen werden darf. In diesem Spannungsverhältnis hat der Instruktionsrichter die von einer Partei geltend gemachten Gründe für eine Fristerstreckung sorgfältig abzuwägen. Es handelt sich dabei um einen ausgesprochenen Ermessensentscheid. Die von der Beschwerdeführerin im fraglichen Gesuch um Abnahme der mit Verfügung vom 8. März 2002 angesetzten Fristen um mehr als 2<sup>1</sup>/<sub>2</sub> Monate angeführten Gründe erscheinen nun in der Tat alles andere als hinreichend. Nichts kommt darauf an, ob in einem früheren Stadium des Prozesses allenfalls Verzögerungen eingetreten sind. Diese rechtfertigen selbstverständlich nicht weitere Verzögerungen in einem späteren Stadium des Verfahrens. Ebenso ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich, ob der Referent den Prozess seit Einreichung der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde offenbar nicht weiter gefördert hat. Immerhin bleibt hier anzumerken, dass sich die Prozessakten wegen der vorliegenden Beschwerde bei der Justizkommission befanden; die vorinstanzlichen Akten werden bei einer Beschwerde routinemässig beigezogen. Wenn das den Referenten zwar auch nicht ohne weiteres von der Pflicht der Förderung des Prozesses ent-

bindet, zumal er die Akten bei Bedarf jederzeit von der Justizkommission anfordern kann, ist doch nachvollziehbar, dass er der Angelegenheit bei der gegebenen Geschäftslast nicht erste Priorität beimass. Der Beschwerdeführerin wäre es denn auch unbenommen gewesen, beim Referenten zu intervenieren und auf die Weiterführung des Verfahrens trotz hängiger Beschwerde zu drängen. Dass es für die Beschwerdeführerin unmöglich gewesen wäre, innert der angesetzten bzw. erstreckten Frist die zur Edition verlangten Akten zu beschaffen, zur Einholung des Sachverständigengutachtens Stellung zu nehmen und die entsprechenden Ergänzungsfragen zu formulieren, behauptet die Beschwerdeführerin zu Recht selbst nicht. Sie hat denn auch selbst bewiesen, dass sie in der Lage war, der Verfügung – zumindest grösstenteils – fristgerecht nachzukommen. Bereits daraus erhellt auch, dass es ihr durchaus zumutbar war, die entsprechenden Vorkehren fristgerecht zu treffen. Wenn man allenfalls noch ein gewisses Verständnis aufbringen könnte, dass für die Edition gewisser Unterlagen, die die Weiterführung des Prozesses nicht unmittelbar verzögern, eine längere Frist angebracht gewesen sein mag, so vermögen die Wohnungssanierung und die damit verbundenen Belastungen der Beschwerdeführerin – bei allem Verständnis – kaum eine genügende Begründung abzugeben, ihr die Frist für die Stellungnahme zur Experten nomination und für die Formulierung allfälliger Ergänzungsfragen zu erstrecken. Ob es sich in Anbetracht der gesamten Umstände und des Prozessverlaufes gerechtfertigt hätte, diese Frist, insbesondere hinsichtlich der Edition, etwas grosszügiger zu bemessen, ist von der Justizkommission im Aufsichtsverfahren nicht zu beurteilen. Sie hat – wie erwähnt – nicht ihr Ermessen an die Stelle desjenigen des Referenten zu setzen.

Unter den gegebenen Umständen kann beim Vorgehen des Referenten jedenfalls keine Rede von einer Amtspflichtverletzung sein.

Justizkommission, 2. Oktober 2002, i.S. Z. / S.

§§ 94, 154 Abs. 4 und 208 Ziff. 4 ZPO. – Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann nach der Praxis der Justizkommission gegen eine Verfügung des Referenten keine Beschwerde erhoben werden und der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weitergezogen werden.

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

In einem beim Kantonsgericht Zug hängigen Erbprozess entsprach der kantonsgerichtliche Referent mit Verfügung vom 10. Mai 2000 einem Editionsbegehren der Beschwerdegegner. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 27. Juni 2000 Einsprache und beantragte, die Beweismitteleditionen bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Erbenstellung der Beschwerdegegner aufzuheben. Mit Urteil und Beschluss vom 17. Oktober 2001 wies das Kantonsgericht Zug die Einsprache des Beschwerdeführers gegen die Referentenverfügung vom 10. Mai 2000 ab (Ziff. 2) und verpflichtete den Beschwerdeführer zur Einreichung verschiedener Unterlagen (Ziff. 3). Gegen diesen Entscheid reichte der Beschwerdeführer Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug ein.

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beschwerdeführer stützt sich für seine Beschwerde gegen Ziff. 2 und 3 des kantonsgerichtlichen Beschlusses auf § 208 Ziff. 4 ZPO, wonach gegen prozessleitende Beschlüsse des Kantonsgerichtes u.a. wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften Beschwerde geführt werden kann. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber um einen Einspracheentscheid i.S. von § 94 ZPO. Indem das Kantonsgericht über die vom Referenten angeordnete Beweisabnahme im Einspracheverfahren entscheidet, stellt sein Entscheid einen Beweisbescheid i.S. von § 154 ZPO dar. Nach Abs. 4 dieser Bestimmung kann aber der Beweisbescheid nur mit der Hauptsache weitergezogen werden. Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann nach der Praxis der Justizkommission denn auch gegen eine Verfügung des Referenten keine Beschwerde erhoben werden und der Einspracheentscheid des Kantonsgerichtes kann nur mit der Hauptsache weitergezogen werden (vgl. GVP 1985/86, S. 125, E.1). Auf die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid des Kantonsgerichts kann deshalb nicht eingetreten werden.

Justizkommission, 22. August 2002, i.S. H. / K.

*§21 der kantonalen Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation. – Die Begriffe öffentliche bzw. private Strasse in §21 der kantonalen Verordnung sind nicht gestützt auf Bundesrecht auszulegen; bei der Festlegung der Zuständigkeit geht es darum, in wessen Interesse eine Verkehrsanordnung auf privatem Grund erlassen wird (Erw. 1a und b). §4 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über Strassen und Wege ist anwendbar (Erw. 1c).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss § 21 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation sind zur Signalisation auf öffentlichen Strassen privater Eigentümer gemäss Art. 113 SSV [Signalisationsverordnung des Bundes] die Gemeinderäte zuständig. Zur Signalisation privater Strassen privater Eigentümer sowie von Privatwegen und anderem Privat-areal ist der Kantonsgerichtspräsident gemäss den Bestimmungen der Zivilprozessordnung zuständig (§ 21 Abs. 2 der kantonalen Verordnung). Die Vorinstanz legte die Begriffe öffentliche bzw. private Strassen gestützt auf das Bundesgesetz über den Strassenverkehr (SVG), die Verkehrsregelverordnung des Bundes (VRV) und die dazugehörige Rechtsprechung aus und kam zum Schluss, dass die betreffende Fläche auf der Liegenschaft der Beschwerdeführer als Teil einer öffentlichen Strasse zu qualifizieren und entsprechend das Kantonsgerichtspräsidium zur Behandlung des Gesuchs nicht zuständig sei. Die Beschwerdeführer halten dem entgegen, für die Entscheidung über die Zuständigkeit sei der Begriff gemäss kantonalem Recht und nicht gemäss SVG massgebend. Gemäss kantonalem Recht handle es sich bei dem besagten Weg um eine Privatstrasse; der Weg sei nie dem Gemeingebrauch gewidmet worden, es bestehe kein Fahrwegrecht zu Gunsten der Einwohnergemeinde Risch und der Weg stehe nicht seit unvordenklicher Zeit im Gemeingebrauch. Es handle sich daher um eine Privatstrasse im Sinne von §4 des Kantonalen Gesetzes über Strassen und Wege (GSW), so dass das Kantonsgerichtspräsidium für die entsprechende Signalisation zuständig sei.

2. a) Gemäss Art. 3 Abs. 3 SVG können Kantone den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr auf Strassen, welche nicht von Bundesrechts wegen dem allgemeinen Durchgangsverkehr geöffnet sind, vollständig untersagen oder zeitlich beschränken. Dabei stehen die Kantone im Genuss der ursprünglichen kantonalen Strassenhoheit (Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band I, Bern 1984., N 30). Zuständig für Anordnungen, die dem Verkehrsteilnehmer ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, sind in diesen Fällen die durch das kantonale Recht bezeichneten kantonalen oder kommunalen Behörden, so auch im Fall von Art. 113 SSV (Schaffhauser, a.a.O., N 71 f.), welcher die zuständige Behörde nicht bezeichnet, sondern dies offensichtlich den Kantonen überlässt. In diesem Sinne kann somit nicht von einer abschliessenden bundesrechtlichen

Regelung die Rede sein. Im Kanton Zug werden die zuständigen Behörden in §21 Abs. 1 und 2 der kantonalen Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation bezeichnet. Danach sind zur Signalisation auf öffentlichen Strassen privater Eigentümer gemäss Art. 113 SSV die Gemeinderäte, zur Signalisation privater Strasser privater Eigentümer sowie von Privatwegen und anderem Privatreal der Kantonsgerichtspräsident gemäss den Bestimmungen der Zivilprozessordnung zuständig. Nach Meinung der Vorinstanz bedeutet der Hinweis auf Art. 113 SSV in der kantonalen Verordnung, dass unmittelbar und ausschliesslich ans einschlägige Bundesrecht anzuknüpfen und dementsprechend der Begriff der öffentlichen Verkehrsfläche unter Rückgriff auf das Strassenverkehrsgesetz zu bestimmen sei. Demgegenüber sind die Beschwerdeführer der Meinung, was – bezüglich Benutzbarkeit – als öffentliche bzw. private Strasse gelte, werde im kantonalen Recht, im Kanton Zug im Gesetz über Strassen und Wege geregelt.

b) Der Wortlaut von § 21 Abs. 1 der kantonalen Verordnung ist in dieser Hinsicht nicht ganz klar. Wird allein auf den Wortlaut abgestellt, könnte der Hinweis auf Art. 113 SSV unter anderem tatsächlich die von der Vorinstanz angenommene Bedeutung haben; es könnte sich aber auch lediglich um einen Hinweis darauf handeln, dass in dieser Bestimmung die in Art. 113 SSV offen gelassene Zuständigkeit geregelt wird. Letztere Bedeutung ergibt sich denn auch, wenn die Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck ausgelegt wird. Es geht hier offensichtlich darum, die für Verkehrsanordnungen auf Verkehrsflächen in privatem Eigentum zuständigen Behörden für den Kanton Zug festzulegen. Da der jeweilige Eigentümer Verbote und Beschränkungen zum Schutze seines Grundeigentums auf dem Zivilrechtsweg zu erwirken hat (Schaffhauser, a.a.O., N 76), kann es nicht Zweck dieser Bestimmung sein, dass Verkehrsanordnungen, an welchen einzig ein privates Interesse besteht, durch den Gemeinderat erlassen werden. Genau dies wäre aber der Fall, wenn auf das Bundesrecht abgestellt würde. Der Begriff der öffentlichen Strasse gemäss Art. 1 SVG wird nämlich aus Gründen der Verkehrssicherheit in dem Sinne ausgelegt, dass darunter alle tatsächlich dem allgemeinen Verkehr dienenden Strassen zu verstehen sind. Unmassgeblich ist dabei das Eigentum an einer Verkehrsfläche. Dementsprechend können auch private Verkehrsflächen ohne weiteres dem Geltungsbereich des SVG unterstehen (Schaffhauser, a.a.O., N 50 ff.). Würden die Begriffe öffentliche bzw. private Strasse im Zusammenhang mit §21 der kantonalen Verordnung gemäss SVG angewendet, führte dies somit dazu, dass die Zuständigkeit des Gemeinderates für sämtliche Strassen und Verkehrsflächen gegeben wäre, welche nicht durch bauliche Massnahmen von der öffentlichen Verkehrsfläche abgegrenzt oder gar eingezäunt wären, denn alle anderen Verkehrsflächen stehen dem öffentlichen Verkehr faktisch offen. Die Begriffe öffentliche bzw. private Strasse in § 21 der kantonalen Verordnung sind somit nicht gestützt auf das Bundesrecht auszulegen; bei der Festlegung der Zuständigkeit geht es nicht in erster Linie um die Verkehrssicherheit,

sondern darum, in wessen Interesse eine Verkehrsanordnung auf privatem Grund erlassen wird. Der Gemeinderat ist zuständig, wenn die Anordnung im öffentlichen Interesse ist. Dagegen hat der Grundeigentümer den Kantonsgerichtspräsidenten gemäss den Bestimmungen der Zivilprozessordnung anzurufen, wenn es um die Wahrung rein privater Interessen geht. In der Regel wird das öffentliche Interesse dann gegeben sein, wenn eine in privatem Eigentum stehende Verkehrsfläche dazu bestimmt ist, durch den öffentlichen Verkehr genutzt zu werden, oder wenn die Nutzung einer privaten Verkehrsfläche erhebliche Auswirkungen auf angrenzende öffentliche Verkehrsflächen hat. Die Widmung von Strassen zum öffentlichen Gebrauch wird aber – im Rahmen des Bundesrechts – durch das kantonale Recht geregelt, im Kanton Zug durch das Gesetz über Strassen und Wege (GSW), welches neben anderem auch die Benutzung öffentlicher Strassen und Wege regelt (§ 1 Abs. 1 GSW).

c) Nach § 4 Abs. 1 GSW sind Strassen und Wege öffentlich, wenn sie seit unvordenklicher Zeit im Gemeingebrauch stehen, oder das Gemeinwesen über die entsprechenden Wegrechte verfügt, oder wenn sie im Verfahren der Öffentlicherklärung dem Gemeingebrauch gewidmet worden sind. Im vorliegenden Fall besteht zu Gunsten der Einwohnergemeinde Risch ein öffentliches Fusswegrecht. Insoweit handelt es sich – soweit Fussgänger betroffen sind – um einen öffentlichen Weg. Das von den Beschwerdeführern beantragte Fahrverbot tangiert aber das Wegrecht der Gemeinde nicht. Ebenso wenig scheint die Nutzung Auswirkungen auf angrenzende öffentliche Verkehrsflächen in einer Weise zu haben, welche ein öffentliches Interesse an einer Verkehrsbeschränkung begründen würde. Ein allenfalls anzuordnendes Fahrverbot läge somit einzig im Interesse der Beschwerdeführer. Dementsprechend ist der Kantonsgerichtspräsident für die materielle Prüfung des Gesuchs zuständig.

Justizkommission, 7. Februar 2002, i.S. A./Kantonsgerichtspräsidium Zug

## 2. Strafrechtspflege

*§ 34 Abs. 2 und 56<sup>bis</sup> Abs. 2 StPO. – Mit dem Rückzug des Strafantrages, einer Prozessvoraussetzung, ist das Strafverfahren ohne weiteres einzustellen. Eine Weiterführung des Verfahrens ist deshalb auch im Hinblick auf die Kostenfrage ausgeschlossen. Diese beurteilt sich aufgrund der Aktenlage im Zeitpunkt des Rückzuges des Strafantrages.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

V. stellte Strafantrag gegen B. und Unbekannt wegen einfacher Körperverletzung gemäss Art. 123 StGB. Bereits 10 Tage später zog sie den Strafantrag wieder zurück. Ermittlungs- bzw. Untersuchungshandlungen waren in der Zwischenzeit keine vorgenommen worden. Das Untersuchungsrichteramt stellte die Strafuntersuchung infolge Rückzugs des Strafantrages ein und auferlegte den beiden Angeschuldigten gestützt auf § 34 Abs. 2 i.V.m. § 56 bis Abs. 2 StPO die Verfahrenskosten unter solidarischer Haftung je zur Hälfte, weil diese die Einleitung des Strafverfahrens durch ein verwerfliches Verhalten verursacht hätten. Gegen diese Kostenaufgabe erhob B. Beschwerde an die Justizkommission. In seiner Vernehmlassung beantrage der zuständige Untersuchungsrichter die kostenpflichtige Abweisung dieser Beschwerde, eventualiter die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Überweisung an das Untersuchungsrichteramt zur Weiterführung des Verfahrens.

*Aus den Erwägungen:*

2. b) Der zuständige Untersuchungsrichter auferlegte den Angeschuldigten die Kosten je hälftig, unter solidarischer Haftbarkeit, da sie die Einleitung des Strafverfahrens durch ein verwerfliches Verhalten verursacht hätten. Eine Begründung erfolgte in der Einstellungsverfügung hierzu jedoch nicht. In der Vernehmlassung macht er geltend, es sei zweifelsfrei erstellt, dass die Angeschuldigten die Strafantragstellerin tätlich angegriffen hätten. Dem kann aufgrund der vorliegenden Akten jedoch nicht gefolgt werden. Die Täterschaft kann nicht als einwandfrei erwiesen gelten. Es liegen lediglich die Aussagen der Strafantragsstellerin anlässlich der polizeilichen Einvernahme vor, welche der Beschwerdeführer vollumfänglich bestreitet, womit Aussage gegen Aussage steht. Zudem wurde weder der namentlich bekannte Angeschuldigte einvernommen, noch sind Untersuchungshandlungen – wie etwa Zeugenbefragungen oder weitere Versuche, die Personalien des unbekanntem zweiten Angeschuldigten zu eruieren – vorgenommen worden. Grund dafür ist offensichtlich, dass der Strafantrag bereits nach zehn Tagen zurückgezogen wurde. Aus der Aktenlage ergibt sich nicht zweifelsfrei, dass der Beschwerdeführer (neben «Unbekannt») die Einleitung der Untersuchung durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten verursacht hat. Die Beschwerde ist deshalb begründet.

c) Eventualiter beantragt der zuständige Untersuchungsrichter im Weiteren die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Anordnung, das Verfahren weiterzuführen, damit die beiden Angeschuldigten befragt werden könnten. Dem Eventualantrag kann nicht stattgegeben werden. Mit dem Rückzug des Strafantrages, einer Prozessvoraussetzung, war das Strafverfahren ohne weiteres einzustellen. Eine Weiterführung des Verfahrens ist deshalb auch im Hinblick auf die Kostenfrage ausgeschlossen. Diese beurteilt sich aufgrund der Aktenlage im Zeitpunkt des Rückzuges des Strafantrages.

Justizkommission, 18. Juli 2002, i.S. B. / Untersuchungsrichteramts

*§§ 70 Abs. 3 und 80 Ziff. 2 StPO; § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG.- Die Aufsichtsbeschwerde hat nicht die Funktion eines Ersatzes für ein nicht existierendes Rechtsmittel (Erw. 3a). Die Beschwerde ist gegenüber der Berufung subsidiär (Erw. 3b). Für die Beurteilung des strafrechtlichen Vorwurfes des Amtsmissbrauchs gemäss Art. 312 StGB ist die Justizkommission nicht zuständig (Erw. 3c).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Auf die Beschwerdeanträge kann aus mehreren Gründen nicht eingetreten werden.

a) § 80 StPO zählt unter den Ziffern 1 bis 11 die Fälle auf, bei denen im Strafprozess die Beschwerde an die Justizkommission zulässig ist. Diese Aufzählung ist – abgesehen von der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde, deren Grundlage in § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG zu erblicken ist – abschliessend. Die Beschwerde nach § 80 Ziff. 2 StPO wegen Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege oder ungebührlicher Behandlung durch Richter oder gerichtliche Beamte ist nicht eine eigentliche strafprozessuale Beschwerde, sondern eine Disziplinar- bzw. Aufsichtsbeschwerde (ROG 1949/50, S. 66). Sie ist mithin ihrer Natur nach nicht Kassationsbeschwerde. Es werden hier lediglich Spezialfälle der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde, der im Strafprozessrecht am häufigsten vorkommenden Amtspflichtverletzungen, ausdrücklich erwähnt. Sie schliesst also nicht aus, dass die Parteien auch wegen anderer Gründe als den in § 80 Ziff. 2 StPO angeführten, gegen die Amtsführung gerichtlicher Behörden und Beamten Beschwerde erheben, nur geschieht dies dann nicht mit Beschwerde nach § 80 ff. StPO, sondern mit derjenigen gemäss § 15 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. § 54 GOG (vgl. Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 88). Bei der Aufsichtsbeschwerde handelt es sich aber nicht um ein Rechtsmittel,

mit dem materielle Entscheidungen des Richters angefochten werden können, selbst wenn diese unter Verletzung von Verfahrensvorschriften oder materiell-rechtlicher Bestimmungen gefällt wurden. Namentlich steht die Rechtsverweigerungsbeschwerde hierfür nicht zur Verfügung. Unter «Verweigerung der Rechtspflege» im Sinne von §80 Ziff. 2 StPO ist nach konstanter Praxis der Justizkommission das Nichttätigwerden gerichtlicher Instanzen zu verstehen, also einzig die formelle Rechtsverweigerung (GVP 1987/88, S. 156). Gegenstand der Aufsichtsbeschwerde können nur Akte der Justizverwaltung und die sogenannte Justizgewährungspflicht (formelle Rechtsverweigerung) bilden (vgl. Hauser/Hauser, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, S. 469; PKG 1996, S. 73). Zöge man den Anwendungsbereich der Aufsichtsbeschwerde weiter, verstiesse man gegen den Grundsatz, dass die unteren Gerichtsstellen von ihren vorgesetzten Behörden in der Rechtsprechung unabhängig sind und von diesen keine Rechtsbelehrungen anzunehmen haben (§50 Abs. 1 GOG; JKE Nr. 68/1985). Die Aufsichtsinstanz kann als solche nur nachprüfen, ob eine Verletzung der Amtspflicht vorliegt, die Überprüfung der Richtigkeit und der Formgültigkeit des betreffenden Entscheides ist ihr infolge der richterlichen Unabhängigkeit entzogen (Heinrich Baumgartner, a.a.O., S. 88). Die Aufsichtsbeschwerde hat m.a.W. nicht die Funktion eines Ersatzes für ein nicht existierendes prozessuales Rechtsmittel (BJM 1996, S. 326). Wenn der Beschwerdeführer also beantragt, die Verhandlung des Strafgerichtes als ungültig zu erklären und zu wiederholen, verlangt er implizit die Aufhebung des strafgerichtlichen Urteils, mithin dessen Kassation, wofür wie gesagt die Aufsichtsbeschwerde nicht zur Verfügung steht. Die Beschwerdeinstanz ist auch nicht kompetent, die strafrechtliche Abteilung des Obergerichts anzuweisen, die Berufungsverhandlung zu verschieben. Die Justizkommission ist eine Abteilung des Obergerichts. Ihr stehen selbstverständlich keine Aufsichtskompetenzen gegenüber einer anderen obergerichtlichen Abteilung zu.

b) Die Beschwerde ist sodann gegenüber der Berufung subsidiär, d.h. wo die Berufung möglich ist, ist die Anrufung anderer Rechtsmittel nicht zulässig (§70 Abs. 3 StPO). Mit der Berufung können alle Mängel des Verfahrens und des Urteils angefochten werden. Diese Subsidiarität muss auch grundsätzlich für die allgemeine Aufsichtsbeschwerde gelten. Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer gegen das Urteil des Strafgerichtes des Kantons Zug, in dessen Zusammenhang er den drei Strafrichtern Amtsmisbrauch vorwirft, an das Strafobergericht weitergezogen. Die entsprechenden Rügen sind deshalb in jenem Verfahren vorzubringen. Die Justizkommission hat denn auch eine Kopie der vorliegenden Beschwerde dem Obergericht zur Kenntnisnahme zugestellt. Es ist Sache der strafrechtlichen Abteilung des Obergerichts, sich mit den prozessual form- und zeitgerecht vorgetragenen Vorwürfen auseinander zu setzen, soweit sich diese auf das angefochtene Urteil auswirken.

c) Soweit der Beschwerdeführer den strafrechtlichen Vorwurf des Amtsmissbrauchs gemäss Art. 312 StGB erhebt, ist die Justizkommission zum vornherein nicht zuständig. Eine solche Anzeige ist an das Untersuchungsrichteramt zu erstatten. Die in der Aufsichtsbeschwerde vorgetragene Vorwürfe sind jedenfalls nicht geeignet, dass die Justizkommission die Beschwerde von Amtes wegen an das Untersuchungsrichteramt weiterzuleiten hätte.

Justizkommission, 15. November 2002, i.S. K. / 1. B., 2. F. und 3. Z.

*§55 Abs. 3 StPO. – Beurteilung von Zivilforderungen im Strafverfahren; Umrechnung früherer nationaler Währungen (i.c. DEM) in Euro*

*Aus den Erwägungen:*

In Bezug auf die vorliegend in der Währungseinheit DEM geltend gemachten Zivilforderungen ist Folgendes festzuhalten. Mit der Einführung des Euro in Deutschland verlor die nationale Währung DEM mit Ablauf des 31. Dezember 2001 ihre Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel (§1 DM-Beendigungsgesetz, Art. 15 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 974/98 des Rates vom 3. Mai 1998 über die Einführung des Euro). Die Einführung des Euro bewirkt weder eine Veränderung von Bestimmungen in Rechtsinstrumenten oder eine Schuldbefreiung noch rechtfertigt sie die Nichterfüllung rechtlicher Verpflichtungen, noch gibt sie einer Partei das Recht, ein Rechtsinstrument einseitig zu ändern oder zu beenden (Grundsatz der Kontinuität, Art. 3 u. Erw. 7+8 der Verordnung (EG) Nr. 1103/97 des Rates vom 17. Juni 1997 über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro). Der Euro tritt zum Umrechnungskurs an die Stelle der Währungen der teilnehmenden Mitgliedstaaten; wird in Rechtsinstrumenten, die am Ende der Übergangszeit bestehen, auf nationale Währungseinheiten Bezug genommen, so ist dies als Bezugnahme auf die Euro-Einheit entsprechend dem jeweiligen Umrechnungskurs zu verstehen (Art. 3 u. 14 Verordnung (EG) Nr. 974/98). Gemäss Art. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2866/98 des Rates vom 31. Dezember 1998 über die Umrechnungskurse zwischen dem Euro und den Währungen der Mitgliedstaaten, die den Euro einführen, beträgt der unwiderruflich festgelegte Umrechnungskurs zwischen dem Euro und der Deutschen Mark 1,95583, d.h. 1 Euro = 1,95583 DEM. Die vorliegend in der Währung DEM geltend gemachten Zivilforderungen sind mithin, nachdem deren Grundlage durch die Einführung des Euro nicht tangiert wurde, hingegen eine Leistung in DEM objektiv unmöglich geworden ist, entsprechend dem genannten Umrechnungskurs in Euro umzurechnen und – gegebenenfalls – in Euro zuzusprechen.

Strafgericht, 21. März 2002, i.S. Staatsanwaltschaft / H.



## B. Verwaltungspraxis

# I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

## 1. Politische Rechte

*§§ 19 Abs. 1 und 3 G über Wahlen und Abstimmungen (BGS 131.1) – korrekte Wahl der Stimmzählerinnen und Stimmzähler (E. II. 3.). Selbst ein knappes (Listenstimmendifferenz von 17 Listenstimmen) oder gar ein sehr knappes Abstimmungsresultat verschafft keinen Anspruch auf Nachzählung, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder ein gesetzeswidriges Verhalten der zuständigen Organe vorliegen (E. II. 4.).*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Am 11. Oktober 2002 erhob K. Verwaltungsbeschwerde gegen die gemeindlichen Erneuerungswahlen in einer Gemeinde vom 6. Oktober 2002. Er beantragt, dass eine umfassende Nachzählung aller Stimmen durch neutrale und kompetente Personen zu erfolgen habe. Zudem wolle er bei dieser Nachzählung mit einem Begleiter dabei sein. In Zweifelsfällen sei der Rat eines auswärtigen Experten einzuholen. Er begründet seine Beschwerde im Wesentlichen mit der - nach seiner Meinung - knappen Differenz von 17 Listenstimmen bei der Vergabe des Gemeinderatrestmandates.

B. In seiner Vernehmlassung vom 28. Oktober 2002 beantragt der Gemeinderat, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Seinen Antrag begründet der Gemeinderat damit, dass kompetente und neutrale Personen die Auszählung vorgenommen hätten. Zudem könne ein knappes Resultat allein nicht Grund für eine Nachzählung sein.

C. In seiner Replik vom 2. Dezember 2002 hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen gemäss Beschwerdeschrift vom 11. Oktober 2002 fest, allerdings verzichtet er auf eine Nachzählung der Kandidatenstimmen.

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss §40 des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen (WAG; BGS 131.1) sowie nach §50 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (VRG; BGS 162.1) kann gegen Urnenwahlen und -abstimmungen beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden. Laut §50 Abs. 2 VRG kommen dabei die Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege sinngemäss zur Anwendung mit folgenden für die Eintretensfrage massgeblichen Abweichungen: Die Beschwerdefrist beträgt acht Tage, und der Fristenlauf beginnt mit dem der Wahl oder Abstimmung folgenden Tag (Ziffer 1); ausser den in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffenen ist jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt (Ziffer 2).

2. Zum Eintreten ...

3. Gemäss §50 Abs. 2 Ziffer 3 VRG kann gegen Urnenwahlen und -abstimmungen nur wegen Rechtsverletzung Beschwerde geführt werden. Eine Beschwerde wegen blossen Unzweckmässigkeiten im Verfahrensablauf der Abstimmung wäre im Lichte dieser Bestimmung nicht rechtsgenügend (vgl. zum gleichen Wortlaut von §49 Abs. 2 Ziffer 3 VRG Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1993, S.193). Das vom Verfassungsrecht des Bundes gewährleistete politische Stimmrecht (Art. 34 der Schweizerischen Bundesverfassung; BV; SR 101) gibt dem Bürger einen Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien und unverfälschten Willen der Stimmberechtigten zuverlässig zum Ausdruck bringt (BGE 118 Ia 261 Erw.3; BGE 117 Ia 46 Erw.5; BGE 117 Ia 455 Erw.3a). Diesem Anspruch entsprechend soll garantiert werden, dass jeder Stimmbürger und jede Stimmbürgerin seinen bzw. ihren Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und mit dem Stimmen zum Ausdruck bringen kann. Auf diese Grundsätze, welche als Wahl- und Abstimmungsfreiheit bezeichnet werden, hat das Bundesgericht eine Reihe von Prinzipien abgestützt. So werden auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit zurückgeführt etwa die Ansprüche auf richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft, auf Wahrung der Einheit der Materie, auf korrekte Formulierung der Abstimmungsfragen, auf korrekte und zurückhaltende behördliche und private Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen und auf rechtmässige Durchführung von Wahlen und Abstimmungen.

4. Der Beschwerdeführer bemängelt sinngemäss die Rechtmässigkeit der Durchführung der Gemeinderatswahl vom 6. Oktober 2002 in X indem er behauptet, dass in grosser Eile ausgezählt worden sei und damit Fehler sehr wahrscheinlich aufgetreten seien. Um 12.10 Uhr habe man mit der Auszählung begonnen und um 12.45 Uhr seien die Resultate bereits in den Computer eingegeben worden. Für die Auszählung hätten demnach nur rund 30 Minuten zur Verfügung gestanden. Gemäss den Ausführungen des Gemeinderates ergibt sich allerdings ein etwas anderes Bild. Mit der Auszählung der brieflichen Stimmen wurde bereits um 8.00 Uhr begonnen und schon ab 9.00 Uhr erfasste man per Computer die Resultate. Die Nebenurnen wurden ca. 11.15 Uhr, die Haupturne 12.05 Uhr dem Wahlbüro übergeben. Um 12.15 meldeten die EDV-Erfassungsteams, dass sämtliche Wahlzettel erfasst seien. Bei einigen Wahlzetteln bestanden noch Unklarheiten bezüglich Gültigkeit. Nach deren Bereinigung konnte dann die Erfassung der gültigen Wahlzettel um 12.30 Uhr abgeschlossen werden. Die Evaluation der Resultate dauerte demnach nicht nur 30 Minuten wie der Beschwerdeführer glaubhaft machen will, sondern sie dauerte insgesamt 4,5 Stunden. Von übertriebener Eile kann deshalb nicht gesprochen werden. Zudem ist einzuwenden, dass ein rasches und speditives Auszählen der Stimmen nicht in Widerspruch zu Genauigkeit und Zuverlässigkeit des erzielten Resultates stehen muss. Im Gegenteil, speditives und konzentriertes Arbeiten dürfte

die Zählgenauigkeit sogar erhöhen. Jedenfalls ergeben sich aus dem Vorgehen der Gemeinde X bei der Auszählung der Stimmen im Hinblick auf die Geschwindigkeit, mit der dies geschah, keine Unrechtmässigkeiten, die dem verfassungsmässigen Anspruch auf eine zuverlässige und rechtmässige Durchführung der Abstimmung entgegenstehen würde.

5. Weiter bemängelt der Beschwerdeführer die Rechtmässigkeit der Durchführung der Gemeinderatswahl in X, indem er ausführt, die verschiedenen Parteien seien bei der Wahl der Stimmzähler und Stimmzählerinnen nicht ausgeglichen berücksichtigt worden. Insbesondere habe man der SVP als neuer Partei nur eine Vertretung im Wahlbüro zugesprochen und dies stehe im Widerspruch zum Wahl- und Abstimmungsgesetz. Gemäss §19 Abs. 1 Satz 3 WAG steht es den Gemeinden frei, die Stimmzähler und Stimmzählerinnen und ihre Stellvertretung für eine Amtsdauer zu wählen. Die Stimmzählerinnen und Stimmzähler werden dabei vom Gemeinderat unter möglicher Berücksichtigung einander gegenüberstehender Parteien gewählt (§19 Abs. 3 WAG). In der Gemeinde X sind die Stimmzähler und Stimmzählerinnen tatsächlich 1998 auf Amtsdauer gewählt worden. Da nun an den Erneuerungswahlen im Jahr 1998 die SVP nicht vertreten war, wurden aus diesem Grund in Übereinstimmung mit der erwähnten gesetzlichen Bestimmung keine Stimmzählerinnen und Stimmzähler aus den Reihen der SVP gewählt. Allerdings konnte die SVP, wie alle anderen Ortsparteien mit Kandidierenden, bei der Wahl vom 6. Oktober 2002 die Listenführerin ins Wahlbüro einbringen. Lehre und Rechtsprechung gehen überdies davon aus, dass sogar bei einer vorschriftswidrigen Besetzung des Wahlbüros – die in diesem Fall wie gezeigt allerdings nicht vorlag – die Wahl nicht für ungültig zu erklären wäre. Dafür müssten vielmehr zusätzliche Ordnungswidrigkeiten nachgewiesen werden, die das Ergebnis entscheidend beeinflussten. (Ivo Hangartner/Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N.2553). Jedenfalls nicht als zusätzliche Ordnungswidrigkeit im erwähnten Sinn ist der Umstand zu taxieren, dass die Listenführerin der SVP sich freiwillig in den Verfahrensablauf einbinden liess und wie die übrigen Listenführer auch an der Auszählung mithalf. Der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Listenführerin sei beschäftigt worden und habe daher ihre Kontrollfunktion nicht mehr wahrnehmen können, weil sie «total unerfahren» gewesen sei, verfängt jedenfalls nicht. Nach dem Gesagten ist deshalb festzuhalten, dass auch im Hinblick auf die parteiliche Zusammensetzung des Wahlbüros nicht von einer unrechtmässigen Durchführung der Wahl gesprochen werden kann.

6. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, das Resultat bei der Vergabe des Gemeinderat-Restmandates sei mit einer Listenstimmendifferenz von 17 Listenstimmen sehr knapp ausgefallen und es bestünden Zweifel, ob dieses Resultat richtig sei. Die Stimmbürgerschaft hat das (selbstverständliche) Recht, dass die Stimmen ordnungsgemäss und sorgfältig ausgezählt werden

(BGE 98 Ia 73 Erw. 4, S.85). Ob der Stimmbürger bzw. die Stimmbürgerin bei der zuständigen Behörde eine Nachzählung verlangen kann, ist vorab eine Frage des kantonalen Rechts. Das zugerische Wahl- und Abstimmungsgesetz enthält allerdings keine Bestimmungen darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Ergebnisse kantonalen Abstimmungen nachzuprüfen sind. Daher ist darüber aufgrund von Sinn und Tragweite der vom Bundesrecht geschützten politischen Stimmberechtigung der Bürgerschaft zu entscheiden. Die Stimmbürgerin bzw. der Stimmbürger hat einen durch die Verfassung geschützten Anspruch darauf, dass kein Wahl- und Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den Willen der Wählerschaft zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers bedeutet dies gemäss Lehre und Rechtsprechung jedoch nicht, dass ohne weiteres von Bundesrechts wegen ein Anspruch auf Nachzählung besteht, wenn das Ergebnis eines Urnenganges knapp ausgefallen ist (BGE 98 Ia 84f; Ivo Hangartner/Andreas Kley, a.a.O N. 2561). Gemäss den Ausführungen des Gemeinderates X zum Urnengang vom 6. Oktober 2002 war der ganze Verfahrensablauf zweckmässig geordnet und bot damit auch Gewähr für eine sorgfältige Ermittlung der Abstimmungsergebnisse. So kam zur Ausscheidung von Hunderterbeigen während eines Durchganges eine Zählmaschine zum Einsatz. Anschliessend wurden die Ergebnisse manuell in den Computer eingegeben. Dabei operiert der Rechner mit einer Software (WABIS), die eine automatische Selbstkontrolle durchführt. Auch war weder das Wahlbüro gesetzeswidrig besetzt noch hat eine übertriebene Eile nachweislich zu Fehlzählungen geführt, die das Ergebnis der Wahlen umstossen würde. Ist das Abstimmungswesen jedoch zweckmässig geordnet und garantiert daher eine korrekte Ermittlung der Wahlergebnisse, so besteht eine sich aus dem Bundesrecht ergebende Verpflichtung zur Nachzählung bloss in jenen Fällen, in denen der Bürger bzw. die Bürgerin auf konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder ein gesetzeswidriges Verhalten der hierfür zuständigen Organe hinzuweisen vermag (BGE 98 Ia 85). In Hinsicht auf eine mögliche fehlerhafte Auszählung bringt der Beschwerdeführer lediglich vor, bei der Auszählung sei eine Listenstimme auf das falsche Bündel gelegt worden. Dies sei von einer Person, die im Auszählungsraum anwesend war, beobachtet worden. Gemäss Aussage dieser Person gegenüber dem Beschwerdeführer sei nicht dagegen reklamiert worden. Hier stellt sich sogleich die Frage, warum nicht interveniert wurde. Eine mögliche Antwort könnte darin bestehen, dass der Beobachter dieser vermeintlichen Fehlzählung sich nicht ganz sicher war, ob tatsächlich eine Listenstimme auf die falsche Beige gelegt worden war. Die Frage, ob eine Fehlzählung im Umfang von einer Listenstimme stattgefunden hat oder nicht kann aber offen bleiben, weil auch bei Annahme der Richtigkeit der Beobachtung die Differenz nur eine Listenstimme ausmachen und dies das Gesamtergebnis (Differenz 17 Listenstimmen) nicht umstossen würde. Weitere konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung, wie sie Lehre und Rechtsprechung für Nachzählungen verlangen, führt

der Beschwerdeführer nicht auf. Ein bundesrechtlicher Anspruch auf Nachzählung besteht demnach im vorliegenden Fall nicht, denn ein knappes, selbst ein sehr knappes Resultat verschafft für sich allein noch kein Recht auf Nachzählung (BGE 100 Ia 365; BGE 98 Ia 85). Es entspricht dem Wesen einer Demokratie, dass Wahlergebnisse mit knappem Resultat vorkommen. Der demokratisch gebildete Willen ist grundsätzlich zu akzeptieren, auch wenn das Resultat einer Wahl nur knapp ausgefallen ist. Würden bei knappen Resultaten auf entsprechendes Begehren hin immer Nachzählungen ohne weitere Voraussetzungen veranlasst, käme dies einer systematischen Missachtung des demokratisch gebildeten Willens gleich und dies kann nicht zugelassen werden. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hätte der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens zu tragen (vgl. §23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). In besonderen Fällen, vorab wenn die Parteien an einer Streitsache nicht wirtschaftlich interessiert sind oder wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitsache es rechtfertigt, können die Kosten herabgesetzt oder erlassen werden. Im vorliegenden Fall besteht ein öffentliches Interesse an der Abklärung der Rechtsfrage, weshalb auf eine Kostenerhebung verzichtet wird. Die Zusprechung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht; an den Beschwerdeführer deshalb, weil er im vorliegenden Verfahren unterlegen ist (vgl. §28 Abs. 2 VRG e contrario) und an die Einwohnergemeinde X deshalb, weil sie in Ausübung ihrer obrigkeitlicher Funktion und nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt ist (vgl. §28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 1981/82, S. 114).

Gemäss §28 Abs. 2 VRG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei im Rechtmittelverfahren unter bestimmten Voraussetzungen eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob eine solche beantragt worden ist oder nicht (GVP 1995/96 Seite 142). Unterliegende Partei ist vorliegend der Beschwerdeführer, während der Gemeinderat obsiegt. Eine Parteientschädigung wird zu Lasten der unterliegenden Partei zugesprochen, wenn Parteien mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt sind (§28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG) oder zu Lasten des Gemeinwesens, wenn dessen Behörde als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung begangen hat (§28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG). Unter Parteien mit gegensätzlichen Interessen versteht das Verwaltungsgericht private Parteien oder nicht-hoheitliche Interessen des Gemeinwesens (Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 2. Oktober 1997, A 18/1995). Der Gemeinderat vertritt im vorliegenden Fall keine nicht-hoheitlichen Interessen, ist demnach nicht Partei mit gegensätzlichen Interessen. Unter diesem Gesichtspunkt besteht demnach kein Anspruch auf Parteientschädigung.

Regierungsrat, 17. Dezember 2002

## 2. Gemeinden

§§ 69, 80 Abs. 2 und 3, 84 Abs. 1, 129 G über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden (BGS 171.1) – Das Recht des Kirchgemeinderates, zu einer Motion Stellung zu nehmen, impliziert auch das Recht, darüber zu entscheiden, ob eine Motion der Gemeindeversammlung vorgelegt werden soll oder nicht (E. II. 1.1.). Aufgrund der gesetzlichen Zuständigkeitsvermutung zu Gunsten der Exekutive ist der Kirchgemeinderat befugt, einen Mietvertrag mit einem Dritten über die Nutzung des Kirchturms abzuschliessen (E. II. 1.2. und E. II. 5.). Keine Unterbreitung der Motion an die Kirchgemeindeversammlung wegen Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips (E.II.2.). Analoge Anwendung der obligationenrechtlichen Willensmängel auf verwaltungsrechtliche Verträge (E. II. 3.).

*Aus dem Sachverhalt:*

A. A erhob am 13. Januar 2000 Einsprache gegen das Baugesuch betreffend Einbau einer Mobilfunkantennenanlage im Kirchturm. Nachdem der Gemeinderat einige Rechtsfragen dazu erläuterte und ihn auf die Möglichkeit des Beschwerderückzugs aufmerksam machte, zog A seine Einsprache am 2. November 2000 zurück.

B. Am 19. Dezember 2000 reichte A beim Kirchenrat der Katholischen Kirchgemeinde zu Händen der Kirchgemeindeversammlung vom Frühjahr 2001 folgende Motion ein: «Der Kirchenrat der Katholischen Kirchgemeinde wird aufgefordert, vom Vertrag mit der Firma X für die Gewährung der Einbaurechte einer Mobilfunkantennenanlage im Kirchturm... zurückzutreten.»

C. Mit Beschluss vom 22. Februar 2001 verfügte der Kirchenrat, die Motion von A wegen Rechtswidrigkeit nicht entgegen zu nehmen. Die Motion verletze das Gewaltenteilungsprinzip, weil das fragliche Geschäft mit der Firma X – es geht um einen Mietvertrag für den Kirchturm – in die ausschliessliche Zuständigkeit des Kirchenrates falle. Zudem verlange die Motion die Annulation eines rechtsgültigen Vertrages, was bei zweiseitigen Rechtsgeschäften einen klaren Vertragsbruch darstelle.

D. Gegen diesen Beschluss erhob A am 11. März 2001 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat im Wesentlichen mit der Begründung, seine Motion sei nicht rechtswidrig, weil es in die Kompetenz der Kirchgemeindeversammlung falle, einen Mietvertrag betreffend den Kirchturm abzuschliessen. Zudem verlangte er wegen möglicher Befangenheit der Direktion des Innern die Prüfung seiner Beschwerde durch eine andere Direktion. Zur Begründung fügte er an, dass sich der Kirchenrat im Vorfeld des negativen Beschlusses durch die Direktion des Innern habe beraten lassen.

E. Am 13. März 2001 überwies die Staatskanzlei des Kantons Zug das Geschäft der Direktion des Innern zur Antragstellung mit dem Hinweis, dass die Ausstandsfrage getrennt geprüft werde.

F. Mit Schreiben vom 30. März 2001 fragte die Direktion des Innern A an, ob er angesichts eines inzwischen ergangenen Entscheides des Regierungsrates seine Verwaltungsbeschwerde zurückziehen wolle.

G. Am 17. April 2001 erklärte A, er halte an seiner Verwaltungsbeschwerde fest. Zur Begründung führte er im Wesentlichen an, dass der Sachverhalt seiner Beschwerde nicht mit demjenigen des beigefügten regierungsrätlichen Entscheides übereinstimme. In seiner Verwaltungsbeschwerde gehe es um die Aufgaben und Befugnisse der Organe der Kirchgemeinde nach dem Gemeindegesetz und damit auch um Fragen des «Rechtsmissbrauches und der Rechtswidrigkeit.»

H. Mit Schreiben vom 10. Mai 2001 beantragte der Kirchenrat, die Verwaltungsbeschwerde und das Ausstandsbegehren seien abzuweisen. In Bezug auf das Ausstandsbegehren führte er aus, dass die Kontaktnahme des Kirchenrates mit der Direktion des Innern hinsichtlich der Rechtslage im Zusammenhang mit der Motion lediglich im Rahmen allgemeiner Hinweise und Abklärungen erfolgte, wie es das Recht und die Pflicht beider Institutionen sei. Von einer Beeinflussung bzw. Einseitigkeit könne nicht die Rede sein. Zum Antrag auf Abweisung der Verwaltungsbeschwerde führte der Kirchenrat aus, das Recht zum Abschluss von Mietverträgen gehöre zu den ureigensten Aufgaben einer Exekutive und ergebe sich eindeutig aus den massgebenden gesetzlichen Bestimmungen.

I. Am 14. Mai 2001 überwies die Direktion des Innern die Ausstandsfrage an die Sicherheitsdirektion zur Antragsstellung an den Regierungsrat.

K. Am 20. August 2002 lehnte der Regierungsrat das Ausstandsbegehren gegen die Direktion des Innern ab.

#### *Aus den Erwägungen:*

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 dem vorstehend erwähnten Beschluss 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 Motionär ist der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid betroffen. Er hat an dessen Aufhebung bzw. Änderung ein schutzwürdiges und aktuelles Interesse. Damit ist die Rechtsmittelbefugnis des Beschwerdeführers zu bejahen.

3. Nach §40 Abs. 2 VRG sind Beschwerden, die gegen Entscheide des Gemeinderates und gegen Entscheide solcher kantonaler Behörden, die dem Regierungsrat unterstehen, an den Regierungsrat zu richten. Mit der vorliegenden Beschwerde wird ein Entscheid des Kirchenrates der Katholischen Kirchgemeinde angefochten. Indem sie beim Regierungsrat erhoben wurde, ist die Beschwerde folglich an die für den Beschwerdeentscheid zuständige Instanz gerichtet worden.

4. zum Eintreten ...

5. 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, die Nichtentgegennahme der Motion durch den Kirchgemeinderat verstosse gegen §80 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden (Gemeindengesetz; GG; BGS 171.1). Gemäss dieser Bestimmung kann jeder Stimmberechtigte der Gemeindeversammlung eine Motion über einen in den Aufgabenbereich der Gemeinde fallenden Gegenstand vorlegen. Auch sei die Motion an sich nicht rechtswidrig wie dies der Kirchenrat anlässlich seiner Besprechung vom 1. Februar 2001 festgestellt habe. Aus §69 Ziffer 2 GG könne nämlich abgeleitet werden, dass mit der Kompetenz der Gemeindeversammlung zum Erlass von allgemeinverbindlichen Reglementen damit der Kirchgemeindeversammlung auch die Kompetenz zustehe, Verträge über die Nutzung von Kirchenräumen abzuschliessen. Der Beschwerdeführer spricht mit dieser Argumentation zwei Themenkreise an, die gesondert zu prüfen sind. Erstens bezweifelt er die Kompetenz des Kirchgemeinderates, darüber entscheiden zu können, ob eine Motion der Kirchgemeindeversammlung vorzulegen ist oder eben nicht. Zweitens bezweifelt er die Rechtswidrigkeit der Motion an sich.

6.1 Zuerst zur Frage, ob der Kirchgemeinderat kompetent ist, über die Entgegennahme der Motion resp. deren Verweigerung zu urteilen: Gemäss

§ 80 Absatz 2 und 3 GG hat der Gemeinderat zur Motion Stellung zu nehmen und das Geschäft auf die Traktandenliste zu setzen, damit über die Erheblicherklärung abgestimmt werden kann. Fraglich ist nun, ob das Recht zur Stellungnahme gemäss dieser Bestimmung auch das Recht des Kirchengemeinderates impliziert, darüber zu entscheiden, ob eine Motion der Gemeindeversammlung vorgelegt werden soll oder nicht. Das GG äussert sich zu dieser Frage nicht explizit, deren Beantwortung lässt sich aber u.a. aus dem allgemeinen Prinzip der Rechtsstaatlichkeit ableiten. Aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit erwächst dem Bürger nämlich der Anspruch, nur über solche Materien abzustimmen, die nicht von vornherein widerrechtlich sind. Über eine allfällige Widerrechtlichkeit hat demnach zuerst eine Behörde zu entscheiden und nicht das Stimmvolk. Dieser Grundsatz deckt sich auch mit den von Lehre und Rechtsprechung im Zusammenhang mit Initiativen entwickelten Grundsätzen. Das Initiativrecht ist – wie die Motion – das selbständige Antragsrecht einzelner oder einer Gruppe Stimmberechtigter an die Gesamtheit der Stimmberechtigten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist jene kantonale Behörde, welche nach kantonalem Recht zur Anordnung der Abstimmung berufen ist, auch ohne gesetzliche Grundlage befugt, über die Gültigkeit von Initiativen zu befinden und sie gegebenenfalls nicht der Volksabstimmung zu unterbreiten (BGE 110 Ia 182). Dabei kann die zuständige Behörde nicht nur die formellen Voraussetzungen, sondern auch die materielle Rechtmässigkeit prüfen (BGE 105 Ia 12 Erw. 2a). Gemäss § 80 Abs. 2 und 3 GG ist der Gemeinderat zuständig, zu einer Motion Stellung zu nehmen und entsprechend für die nächste Gemeindeversammlung zu traktandieren. Er ist mithin berufen, die Abstimmung über die Erheblicherklärung anzuordnen und damit nach dem Gesagten auch zuständig, die materielle Rechtmässigkeit einer Motion auf kommunaler Ebene zu überprüfen. Die Prüfung des Gemeinderates hat deshalb darüber zu befinden, ob die Motion sich an den gesetzlich verankerten Aufgabenrahmen der Gemeinde hält oder nicht (vgl. § 80 Abs. 1 GG). Die Stimmberechtigten sollen ihr Vorschlagsrecht nur ausüben können, soweit sie über entsprechende Begehren auch zum Entscheid berufen sind. Die bundesgerichtliche Praxis erkennt den Gemeindebehörden zu, rechtswidrige Motionen, ohne Mitwirkung der Gemeindeversammlung, zurückzuweisen (BGE 92 I 360). Der Kirchengemeinderat ist damit berufen, darüber zu entscheiden, ob eine Motion den Stimmberechtigten vorgelegt werden soll oder nicht.

6.2. Nun zur Frage der Rechtswidrigkeit der Motion: Die Motion verlangt, dass der Kirchenrat der katholischen Kirchengemeinde vom Mietvertrag mit der Firma X für die Gewährung der Einbaurechte einer Mobilfunkantennenanlage im Kirchturm zurücktrete. Die Motion verlangt demnach den Rücktritt von einem Mietvertrag, den der Kirchenrat mit einem Dritten abgeschlossen hat. Gemäss § 80 Absatz 1 GG kann jeder Stimmberechtigte der Gemeindeversammlung eine Motion über einen in den Aufgabenbe-

reich der Gemeinde fallenden Gegenstand vorlegen. Der Aufgabenbereich einer Kirchgemeinde ist in §129 GG allgemein umschrieben. Danach verwaltet die Kirchgemeinde das Kirchen- und Pfrundgut (Ziff.1), baut und unterhält Gebäude und Anlagen (Ziff.2) und stellt die für die Seelsorge und für die kirchlichen Aufgaben der Gemeinde und ihrer Religionsgemeinschaft erforderlichen Mittel bereit (Ziffer 3). Für den Entscheid, welche Aufgaben innerhalb der Kirchgemeinde welchem Organ zugewiesen sind, ist das Zusammenspiel von §69 GG und §84 Abs. 1 GG zu beachten. Beide Bestimmungen stehen zwar unter dem Titel der Einwohnergemeinden, gelten aber aufgrund der Verweisung von §132 GG auch für die Kirchgemeinden. Der Aufgabenbereich, resp. die Befugnisse der Gemeindeversammlung sind in §69 GG aufgelistet. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht hervor, dass die dort getroffene Aufzählung der Befugnisse der Gemeindeversammlung abschliessender Natur ist. Der Gesetzgeber hat mit der Aufzählung in §69 GG einen abschliessenden Katalog von Befugnissen statuiert, dafür aber mit §84 Abs. 1 GG einen sogenannten Auffangtatbestand geschaffen. Gemäss dieser letztgenannten Bestimmung besorgt der Gemeinderat die Gemeindeangelegenheiten, soweit sie nicht durch Gesetz oder Gemeindebeschluss einem anderen Organ zugewiesen sind. Alle nicht in §69 GG aufgezählten Aufgaben fallen demnach in die Kompetenz des Gemeinderates, sofern nicht ein Gesetz oder ein Gemeindebeschluss etwas anderes vorsieht. Damit besteht eine gesetzliche Zuständigkeitsvermutung zu Gunsten der Gemeindeexekutive (vgl. H.R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2. A., Wädenswil 1991, S. 215). Da der Abschluss von Verträgen und insbesondere von Mietverträgen nicht in der Aufzählung der Aufgaben der Gemeindeversammlung gemäss §69 GG erscheint und auch keine spezialgesetzliche Bestimmung greift, ist gemäss §84 Abs. 1 GG der Gemeinderat für den Abschluss entsprechender Verträge zuständig. Gemäss herrschender Lehre wird es beispielsweise abgelehnt, dass die Stimmbürger dem Gemeinderat vorschreiben dürfen, welche Unternehmer, Lieferanten und Sachverständige unter Vertrag zu nehmen sind (BGE 108 Ia 4). Der Abschluss von Verträgen ist denn auch eine typische Exekutivaufgabe.

7. Nach dem Gesagten greift deshalb die Motion in die Kompetenzen der Gemeindeexekutive ein. Wird mit einer Motion etwas verlangt, was eindeutig in die alleinige Zuständigkeit des Gemeinderates fällt, so kann sich der Gemeinderat auf seine Zuständigkeit berufen und die Unterbreitung an die Gemeindeversammlung wegen Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips ablehnen (GVP 1985/86 S. 174).

8. Mit der Motion wird die Auflösung eines Vertrages zwischen dem Kirchgemeinderat der Katholischen Kirchgemeinde und der Firma X SA verlangt. Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Gemeinwesen und Privaten werden von Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Zum Abschluss solcher verwaltungsrechtlicher Verträge bedarf es keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allge-

meinen Verwaltungsrechts, Zürich 1998 N. 859). Sie entstehen durch übereinstimmende Willenserklärung, wobei die Vorschriften des Obligationenrechts analog Anwendung finden. Gemäss einem obligationenrechtlichen Grundprinzip sind Verträge grundsätzlich zu halten, ausser ein Vertrag leide an einem sog. Willensmangel, d.h. er ist unter Irrtum, Täuschung oder Drohung beim Abschluss zustande gekommen (analoge Anwendung von Art. 23ff des Schweizerischen Obligationenrechts; OR; SR 220; vgl. Häfelin/Müller a.a.O. N. 901). Für Willensmängel liegen aber keine Anhaltspunkte vor. Die Motion widerspricht diesem obligationenrechtlichen Grundsatz, wenn sie nun nach erfolgreichem Vertragsschluss die Auflösung des Vertrages verlangt, ohne dass einer der erwähnten Willensmängel gegeben ist. Die Motion setzt sich auch über den eigentlichen Zweck von Verträgen hinweg, denn Verträge wollen ihrem Grundsatz nach Vertrauen im Hinblick auf das zukünftige Verhalten des Vertragspartners begründen (BGE 103 Ia 505, 514). Auch wurde – wie gezeigt – der Vertrag durch die zuständige Behörde geschlossen. Indem die Motion die Auflösung eines rechtsgültig geschlossenen Vertrages verlangt, erweist sie sich auch in diesem Punkt als widerrechtlich.

9. Der Beschwerdeführer macht geltend, durch den geplanten Einbau einer Mobilfunkantenne werde der Kirchturm einem nichtkirchlichen Zweck zugeführt und für eine solche Zweckänderung resp. Zweckerweiterung sei die Kirchgemeindeversammlung zuständig. Er leitet diese Zuständigkeit der Kirchgemeindeversammlung aus § 69 Ziffer 2 GG ab. Gemäss dieser Bestimmung hat die Kirchgemeindeversammlung die Befugnis allgemeinverbindliche Gemeindereglemente zu erlassen. Der Kirchgemeinderat habe deshalb seine Kompetenzen durch den Abschluss eines entsprechenden Vertrages überschritten. Inwiefern aber aus der Befugnis der Kirchgemeindeversammlung zum Erlass von allgemeinverbindlichen Gemeindereglementen abgeleitet werden kann, sie sei auch für eine Zweckerweiterung des Kirchturmes zwingend zuständig, ist nicht ersichtlich. § 69 Ziffer 2 GG weist der Kirchgemeindeversammlung die ihr als Legislative von der Verfassung vorgesehene Aufgabe zu; nämlich Gesetzgebung. Die Vermietung resp. Zweckerweiterung eines Kirchturmes berührt diesen Aufgabenbereich nicht und sie lässt sich auch sonst nicht unter § 69 GG subsumieren. Insbesondere zu beachten ist, dass der Gesetzgeber nur den Kauf und Verkauf von Grundstücken in die Kompetenz der Gemeindeversammlung gelegt hat (§ 69 Ziffer 9 GG). Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Vermietung einer Liegenschaft oder Teile davon in die Kompetenz des Gemeinderates fällt. Dies ergibt sich auch wiederum aus der in § 83 Abs. 1 GG verankerte Kompetenzvermutung zugunsten des Kirchturmes. Der Gemeinderat besorgt alle Gemeindeangelegenheiten, sofern sie nicht einem anderen Organ zugewiesen sind, d.h. der Kirchturm ist zuständig für den Abschluss eines Vertrages bei dem eine Vermietung resp. Zweckerweiterung des Kirchturmes in Frage steht. Die Verwaltung des Gemeindevermögens ist regelmässige Aufgabe der Gemeindeexekutive. Darunter fällt beispielsweise eben

auch die Vermietung einer Liegenschaft (vgl. Thalmann, a.a.O., S. 219). Zu beachten ist in diesem Fall auch, dass nicht etwa eine Zweckänderung, sondern nur eine Zweckerweiterung in Bezug auf den Kirchturm vorliegt. Seinen ursprünglichen Zweck für den Betruf etc. kann der Kirchturm immer noch erfüllen. Eine blosser Zweckerweiterung durch einen Mietvertrag ist aber – wie dargelegt – von der Kompetenzvermutung in §83 Absatz 1 GG umfasst.

10. Kann der Motion ein Sinn beigemessen werden, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt, ist sie nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als gültig zu erklären und der Gemeindeversammlung vorzulegen bzw. der Urnenabstimmung zu unterstellen (vgl. BGE 111 Ia 305f.) Im vorliegenden Fall kann aber der Motion kein solcher Sinn beigemessen werden, denn die Motion verlangt die Auflösung eines durch die Gemeindeexekutive rechtsgültig geschlossenen Vertrages, sie greift damit – wie dargelegt – in die Kompetenzen des Kirchgemeinderates ein und verletzt den Grundsatz, wonach Verträge grundsätzlich zu halten sind. Die Motion erweist sich demnach in materieller Hinsicht als widerrechtlich, weshalb der Kirchgemeinderat zu Recht die Motion nicht entgegen genommen resp. zur Abstimmung unterbreitet hat. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist.

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. 3'700.- erhoben werden. Gemäss Regierungsratsbeschluss vom 20. August 2002 sind die Kosten des damals ergangenen Beschlusses zusammen mit dem vorliegenden Hauptentscheid festzulegen. Dem Aufwand zur Behandlung des Zwischen- und Hauptentscheides ist eine Spruchgebühr von Fr. 1'200.- angemessen. Die Zusprechung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht; an den Beschwerdeführer deshalb, weil er im vorliegenden Verfahren unterlegen ist (vgl. § 28 Abs. 2 VRG e contrario) und an die katholische Kirchgemeinde deshalb, weil sie in Ausübung ihrer obrigkeitlicher Funktion und nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt ist (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 1981/82, S. 114).

Regierungsrat, 5. November 2002

§§ 10 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 4, 17 Abs. 1, 69 GG; § 12 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (BGS 151.1); §§ 23 Abs. 1 Ziffer 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 Ziff. 2. – Pflicht zur sofortigen Rüge von Verfahrensmängeln bei Gemeinderatsversammlungen. Ausstandspflicht des Gemeindepräsidenten an der Gemeindeversammlung. – Formelles (E.I): Beschwerdelegitimation und weitere Eintretensfragen. – Materielles (E.II): Rechtsverletzung durch Gemeindebeschluss. Als Verfahrensfehler gelten auch formelle Unregelmässigkeiten in der Verhandlungsführung. Erfordernis der sofortigen Rüge an der Gemeindeversammlung. Das Sitzenbleiben des Gemeindepräsidenten auf dem Podium und die weitere Teilnahme an der Behandlung des Geschäfts verletzt die Ausstandspflicht. Sich im Ausstand befindende Mitglieder des Gemeinderates haben das Podium zu verlassen und im Sitzungssaal Platz zu nehmen. Keine Kostenpflicht des Gemeinderates wegen offener Rechtsverletzung.

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Am 10. Dezember 2001 fand eine Einwohnergemeindeversammlung statt, an der unter Traktandum 6 über das Geschäft «Motion von K und D, A-Strasse, sowie D und F B-Strasse und Mitunterzeichnete gegen den durchgehenden Ausbau der A-Strasse» beraten wurde.

B. Bei der Beratung des Geschäfts stellte B im Namen der FDP den Antrag, über die Erheblicherklärung der Motion sei im Rahmen einer Urnenabstimmung zu befinden. Bevor über diesen Antrag abgestimmt wurde, erklärte der Vizepräsident, dass gemäss § 66 Abs. 2 Ziff. 2 des Gemeindegesetzes ein Drittel der anwesenden Stimmberechtigten eine Urnenabstimmung verlangen könne. Das erforderliche Quorum liege bei 173 Stimmen. Die Abstimmung ergab 180 Stimmen für den Antrag der FDP, womit das erforderliche Quorum erreicht wurde. Über die Erheblicherklärung der Motion sollte deshalb an der Urne abgestimmt werden.

C. Gegen den Beschluss, über die Erheblicherklärung der Motion an der Urne abzustimmen, erhob P (nachfolgend Beschwerdeführer genannt) am 18. Dezember 2001 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat und stellte sinngemäss den Antrag, die Abstimmung über den Antrag von B sei an einer ausserordentlichen Gemeindeversammlung bis spätestens 16. Februar 2002 zu wiederholen.

Zur Begründung führt der Beschwerdeführer im Wesentlichen an, allen Anwesenden, also auch allfälligen nicht Stimmberechtigten, sei ohne Überprüfung der Identität beim Eintritt in die Versammlung ein Zettel ausgeteilt worden, der zur Stimmabgabe hoch zu halten war. Auf diese Weise hätten möglicherweise auch nicht Stimmberechtigte gestimmt. Dies falle deshalb ins Gewicht, weil die für den Antrag von B erforderliche Drittelsmehrheit von 173 Stimmen nur knapp erreicht worden sei, nämlich mit 180 Stimmen.

Überdies habe die Auszählung der Stimmen, die gegen die Annahme des Antrages von B abgegeben wurden, keinen Beweis erbringen können, dass die Annahme des Antrages zustande gekommen war. Zudem hätten die Stimmzähler im überraschend überfüllten Saal durch eine schnelle, optische Zählung keine einwandfreie Auszählung vornehmen können. Auch habe es der Gemeinderat aufgrund des sehr knappen Resultates einerseits unterlassen, eine zweite Abstimmung durchzuführen, und andererseits habe der Gemeinderat nicht auf das Beschwerderecht aufmerksam gemacht.

In seiner Ergänzung vom 9. Januar 2002 zur Beschwerde führt der Beschwerdeführer zudem an, dass der Gemeindepräsident, obwohl in dieser Sache im Ausstand, an seinem Platz sitzen blieb und weiterhin die Reihenfolge der Wortmeldungen bestimmte. Auch seien kurz vor Versammlungsbeginn noch viele Stimmbürger in den Saal und in das Foyer gelangt, ohne einen Einlasszettel zu erhalten, weshalb diese Stimmbürger nicht zum Total der anwesenden Stimmberechtigten gezählt worden seien. Damit sei das Total der Stimmenden als zu gering angenommen worden, und deshalb sei auch das Eindrittelsquorum für die Urnenabstimmung mit 173 Stimmen nicht korrekt, m.a.W. zu tief.

D. Mit Vernehmlassung vom 20. Februar 2002 beantragt der Gemeinderat, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten bzw. sie sei vollumfänglich und unter Kostenfolge abzuweisen.

Zur Begründung führt der Gemeinderat an, gemäss Lehre und Rechtsprechung sei es den Teilnehmern einer Gemeindeversammlung verwehrt, sich über Mängel in der Leitung der Versammlung nachträglich zu beschweren, wenn sie es unterlassen haben, den Fehler an der Versammlung selbst zu rügen. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlange, dass Verfahrensfehler, die an der Versammlung selbst begangen werden, sofort zu beanstanden seien. Niemand habe aber während der Versammlung Verfahrensfehler gerügt. Insbesondere habe sich niemand gegen die Handhabung des Ausstandes des Gemeindepräsidenten gewehrt. Deshalb sei das Beschwerderecht gegen das Abstimmungsergebnis zum Antrag von B verwirkt. Sollte wider Erwarten jedoch trotzdem auf die Beschwerde eingetreten werden, so sei Folgendes zu den Begründungen des Beschwerdeführers zu sagen:

Es sei richtig, dass der Gemeindeweibel am Eingang zum Versammlungsraum den Erscheinenden einen nummerierten Zettel übergeben habe. Personen, die dem Gemeindeweibel als nicht in der Gemeinde wohnhaft oder anderweitig als nicht stimmberechtigt bekannt gewesen seien, hätten keinen Zettel erhalten. Eine eigentliche Überprüfung der Identität erfolge jedoch grundsätzlich nicht. Ein solches Vorgehen wäre unpraktikabel und sei auch vom Gesetz nicht vorgesehen. Man begnüge sich diesbezüglich mit der Aufforderung des Versammlungsleiters zu Beginn der Gemeindeversammlung, dass die nicht Stimmberechtigten sich der Stimme zu enthalten hätten. Die-

se Aufforderung sei vom Gemeindepräsidenten denn auch gemacht worden. Im Übrigen habe der nummerierte Zettel keineswegs zur Stimmabgabe gedient wie dies der Beschwerdeführer behauptete. Die Abstimmungen seien, wie im Gesetz vorgesehen, mit Handmehr erfolgt.

Der Beschwerdeführer bezweifle, dass alle Stimmenden auch tatsächlich stimmberechtigt gewesen seien. Er mache geltend, dass viele Stimmberechtigte in den Gemeindesaal gelangt seien, ohne einen Einlasszettel erhalten zu haben. Richtig sei, dass kurz vor Versammlungsbeginn noch viele Personen Einlass begehrt hätten, der Saal aber bereits voll gewesen sei. Deshalb seien diese Personen im Foyer platziert worden, von wo sie via Lautsprecher und offener Saaltüre die Versammlung hätten verfolgen können. Sowohl der Vizepräsident als auch der Gemeindegeschreiber und der Gemeindegeweihe hätten sich ins Foyer begeben und gefragt, ob die Anwesenden einen Einlasszettel erhalten hätten. Als während der Versammlung weitere Personen eingetroffen seien, habe der Gemeindegeweihe zweimal die erhöhte Zahl der Anwesenden der Versammlungsleitung gemeldet.

Wenn man – wie der Beschwerdeführer – davon ausgehe, dass unter den 519 anwesenden Personen auch einige nicht Stimmberechtigte waren, korrigiere sich die Zahl der anwesenden Stimmberechtigten nach unten, wodurch aber auch das Quorum von 173 nach unten zu korrigieren wäre. Mit 180 Ja-Stimmen zum Antrag von B wäre dieser Antrag demnach noch deutlicher angenommen worden.

Der Vorwurf des Beschwerdeführers, es sei angesichts der Knappheit des Ergebnisses keine zweite Abstimmung bzw. Auszählung durchgeführt worden, verfolge nicht, weil schon das Gemeindegesetz (§ 79) eine zweite Abstimmung nur bei Stimmgleichheit fordere. Der Verzicht auf eine zweite Abstimmung sei deshalb in Übereinstimmung mit dem Gesetz erfolgt.

Zur Ausstandspflicht des Gemeindepräsidenten sei zu erwähnen, dass dieser sich bei der Behandlung des Traktandums 6 im Ausstand befand. Ob er allerdings tatsächlich in den Ausstand hätte treten müssen, könne aber offen bleiben. Richtig sei, dass der Gemeindepräsident während des Ausstandes am Gemeinderatstisch sitzen geblieben sei und dem Vizepräsidenten jeweils die Namen derjenigen Personen genannt habe, die das Wort verlangt hätten. Inwiefern darin eine Verletzung der Ausstandspflicht liege, sei nicht ersichtlich, zumal das gewählte Vorgehen einer langjährigen Praxis entspreche.

E. In seiner Replik führt der Beschwerdeführer im Wesentlichen an, eine sofortige Reaktion auf die Verfahrensfehler seinerseits könne in Folge der «Überrumpelung» an der Gemeindeversammlung nicht erwartet werden. Auch könne dies bei möglicherweise nicht so versierten Bürgern nicht unbedingt vorausgesetzt werden. Insbesondere seien aber nach der Abstimmung Wortmeldungen zu der Abstimmung durch den Vizepräsidenten unterbun-

den worden. Auf die übrigen Ausführungen der Replik ist, sofern notwendig, im Rahmen der Erwägungen einzugehen.

*Aus den Erwägungen:*

I.

1. Gemäss §17 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesezt, GG; BGS 171.1) sowie nach §49 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1) können Gemeindeversammlungsbeschlüsse und Beschlüsse des Grossen Gemeinderates durch Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden. Gemäss §49 Abs. 2 VRG kommen dabei die Vorschriften über die Verwaltungsbeschwerde sinngemäss zur Anwendung mit folgenden für die Eintretensfrage massgeblichen Abweichungen: Die Beschwerdefrist beträgt acht Tage und der Fristenlauf beginnt bei Gemeindeversammlungsbeschlüssen mit dem auf den Beschluss folgenden Tag (Ziff. 1). Ausser den in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffenen ist jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt.

2. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss der Gemeindeversammlung, über die Erheblicherklärung einer Motion an der Urne abzustimmen. Vorliegend angefochten ist somit ein Gemeindebeschluss im Sinne von §17 Abs. 1 GG bzw. im Sinne von §49 Abs. 1 VRG. Die vom Beschwerdeführer getroffene Rechtsvorkehr erweist sich demzufolge als grundsätzlich zulässig. Ebenso ist die Beschwerdefrist gewahrt. Der angefochtene Beschluss wurde an der Einwohnergemeindeversammlung vom 10. Dezember 2001 gefasst. Die achttägige Beschwerdefrist begann somit am 11. Dezember 2001 zu laufen und endigte am 18. Dezember 2001. Mit Postaufgabe am 18. Dezember 2001 erweist sich die Beschwerde folglich als rechtzeitig. Adressat der Beschwerdeschrift ist der Regierungsrat; die Beschwerde wird damit auch bei der zuständigen Instanz erhoben (vgl. §17 Abs. 1 GG und §49 Abs. 1 VRG). Überdies ist der Beschwerdeführer Stimmbürger der betreffenden Gemeinde und als solcher zur Beschwerdeerhebung befugt. Die Beschwerdeschrift erfüllt schliesslich auch die formellen Anforderungen gemäss §44 VRG. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

II.

Gemäss §49 Abs. 2 Ziff. 3 VRG können Gemeindebeschlüsse nur wegen Rechtsverletzung angefochten werden. Keinen Beschwerdegrund stellt dagegen die Unzweckmässigkeit bzw. blosse Unangemessenheit eines Beschlusses dar (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1883, S. 193) Ein Gemeindebeschluss verletzt unter anderem geltendes Recht, wenn er in einem Verfahren zustande gekommen ist,

das unter formellrechtlichen Mängeln leidet (Marco Weiss, a.a.O. S.193), denn das vom Verfassungsrecht des Bundes gewährleistete politische Stimmrecht gibt dem Bürger einen Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien und unverfälschten Willen der Stimmberechtigten zuverlässig zum Ausdruck bringt (BGE 118 Ia 261 Erw. 3; BGE 117 Ia 46 Erw. 5; BGE 117 Ia 455 Erw. 3a; ZBI 3/ 1993 S. 119; ZBI 8/1991, S. 349). Diesem Anspruch entsprechend soll garantiert werden, dass jede Stimmbürgerin und jeder Stimmbürger ihren bzw. seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und mit dem Stimmen zum Ausdruck bringen kann. Auf diese Grundsätze, welche auch als Wahl- und Abstimmungsfreiheit bezeichnet werden, hat das Bundesgericht eine Reihe von Prinzipien abgestützt. So werden auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit zurückgeführt etwa die Ansprüche auf richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft, auf Wahrung der Einheit der Materie, auf korrekte Formulierung der Abstimmungsfragen, auf rechtmässige Durchführung von Wahlen und Abstimmungen und korrekte und zurückhaltende behördliche sowie private Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen (vgl. zum Ganzen BGE 121 I 141 Erw. 3 sowie Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. A. Bern, 1999, S. 361ff.)

Die freie Willensäusserung der Stimmberechtigten kann unter anderem verletzt werden, wenn eine Abstimmung nicht nach dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren durchgeführt wird (vgl. Christoph Hiller, Die Stimmrechtsbeschwerde, Diss. Zürich 1990, S.126f.; Stephan Widmer, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, S. 43 und 119). Als Verfahrensfehler fallen namentlich auch formelle Unregelmässigkeiten in der Verhandlungsführung einer Gemeindeversammlung in Betracht (Hiller a.a.O. S. 127).

Voraussetzung für eine erfolgreiche Beschwerdeerhebung wegen Mängeln des zur Beschlussfassung führenden Verfahrens ist jedoch grundsätzlich die sofortige Rüge des erkannten Formfehlers (Marco Weiss, a.a.O. S. 193; GVP 1987/88 S.178). Gemäss Lehre und Rechtsprechung besteht in einer Volksabstimmung eine verstärkte Rechtspflicht zur sofortigen Rüge von Verfahrensfehlern (vgl. Imboden Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Basel 1986, Nr. 79 B III c). Demgemäss ist es einem Teilnehmer einer Gemeindeversammlung gestützt auf die Grundsätze von Treu und Glauben verwehrt, sich über Mängel in der Leitung der Versammlung nachträglich zu beschweren, wenn er es unterlassen hat, den Fehler an der Versammlung selbst zu rügen. Wird ein ohne weiteres erkennbarer Verfahrensmangel nicht sofort an der Gemeindeversammlung selbst gerügt, kann er nicht mehr nachträglich auf dem Beschwerdeweg geltend gemacht werden (GVP 1987/88 S. 176ff.; H.R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Wädenswil 1988, §151 N. 4.2.1.1). Der Beschwerdeführer behauptet, allen Anwesenden, also auch allfälligen nicht Stimmberechtigten, sei ohne Überprüfung der Identität beim Eintritt in die Versammlung ein Zettel aus-

geteilt worden, der zur Stimmabgabe hoch zu halten war. Damit hätten möglicherweise auch nicht Stimmberechtigte gestimmt. Er behauptet damit, das Kontrollverfahren zur richtigen Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft habe versagt. Zudem hätten die Stimmzähler im überraschend überfüllten Saal und Foyer durch eine schnelle, optische Zählung keine einwandfreie Auszählung vornehmen können. Auch habe es der Gemeinderat aufgrund des sehr knappen Resultates einerseits unterlassen, eine zweite Abstimmung durchzuführen und andererseits habe der Gemeinderat nicht auf das Beschwerderecht aufmerksam gemacht.

In seiner Ergänzung zur Beschwerde vom 9. Januar 2002 führt der Beschwerdeführer zudem noch an, dass der Gemeindepräsident, obwohl in dieser Sache im Ausstand, an seinem Platz sitzen blieb und weiterhin die Reihenfolge der Wortmeldungen bestimmte. Dadurch habe der Gemeindepräsident den Verlauf der Diskussion entscheidend beeinflussen können. Auch seien kurz vor Versammlungsbeginn noch viele Stimmbürger in den Saal gelangt, ohne einen Einlasszettel zu erhalten, weshalb diese Stimmbürger nicht zum Total der anwesenden Stimmberechtigten gezählt worden seien. Mit all diesen Rügen wendet sich der Beschwerdeführer gegen das Verfahren, das zur Abstimmung über den Antrag zu einer Urnenabstimmung führte.

Der Beschwerdeführer behauptet nicht, er habe sich während der Versammlung selbst gegen die Versammlungsführung in irgend einer Weise gewehrt. Im Gegenteil: In seiner Replik führt der Beschwerdeführer aus, eine sofortige Rüge sei ihm wie auch anderen Versammlungsteilnehmern infolge der «Überrumpelung» durch den Gemeinderat nicht möglich gewesen. Auch könne eine sofortige Rüge durch nicht so versierte Bürger nicht unbedingt vorausgesetzt werden. Hierin irrt der Beschwerdeführer. Wie bereits gezeigt wurde, verlangen Lehre und Rechtssprechung die sofortige Rüge eines Verfahrensfehlers an der Versammlung. Hierbei spielt die Erfahrung resp. die Unerfahrenheit des betroffenen Stimmbürgers oder der betroffenen Stimmbürgerin keine Rolle. Ebenso wenig kann es auf eine subjektiv empfundene «Überrumpelung» ankommen. Aufgrund des Prinzips von Treu und Glauben muss es dem Beschwerdeführer zugemutet werden, dass er sich gegen Verfahrensfehler sofort zur Wehr setzt. Der Beschwerdeführer führt an, dass nach der Abstimmung jegliche Wortmeldungen zur Abstimmung durch den Vizepräsidenten unterbunden wurden. Bei den ins Recht gelegten neun schriftlichen Äusserungen von ebenfalls an diesem Abend anwesenden Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern befindet sich eine Aussage, wonach nach der Abstimmung aber doch noch eine Wortmeldung entgegen genommen wurde. Aus dem Gemeindeversammlungsprotokoll ergibt sich ebenfalls, dass noch zwei Personen sich zu Wort meldeten und sprechen konnten. Es bleibt somit festzustellen, dass nach der Abstimmung noch Wortmeldungen entgegengenommen wurden. Damit kann nicht der Schluss gezogen werden, eine sofortige Rüge der Verfahrensmängel sei

nicht mehr möglich gewesen. Hätte sich der Beschwerdeführer sofort gegen die Versammlungsführung zur Wehr setzen wollen, hätte er dies mit grösster Wahrscheinlichkeit auch tun können. Allerdings braucht die Rüge nicht vom Beschwerdeführer selbst ausgegangen zu sein. Der Beschwerdeführer soll sich grundsätzlich auch auf die Rüge eines Dritten berufen können. Aber auch diesbezüglich lassen sich weder im Gemeindeversammlungsprotokoll noch sonst wie Anhaltspunkte finden. Der Beschwerdeführer hat es demnach unterlassen, allfällige Rügen in Bezug auf die Versammlungsführung während der Versammlung anzubringen. Nach den dargestellten Grundsätzen, insbesondere nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, wäre er hierzu jedoch verpflichtet gewesen.

Die Pflicht zur sofortigen Rüge in Bezug auf die Versammlungsführung erstreckt sich jedoch nicht auf die Frage eines allfälligen Ausstandes (vgl. GVP 1983/84 S. 161). Gemäss § 10 Absatz 4 GG ist ein unter Verletzung der Ausstandspflicht gefasster Beschluss einer Gemeindebehörde vom Regierungsrat auf Beschwerde hin aufzuhaben. Vorbehalten bleibt das Einschreiten der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen. Zuerst ist deshalb die Frage zu stellen, ob der Gemeindepräsident von Hünenberg bei der Behandlung des Traktandums 6 an der Gemeindeversammlung in den Ausstand treten musste oder nicht und wenn ja, ob er dies in rechtsgenügender Art und Weise getan hat.

Gemäss § 10 Absatz 1 Ziffer 1 GG haben Mitglieder von Gemeindebehörden vor allen Instanzen in den Ausstand zu treten bei der Vorbereitung, Behandlung und Erledigung von Geschäften, die ihre persönlichen Rechte oder Interessen betreffen. Die Befürchtung mangelnder Unvoreingenommenheit muss dabei aufgrund der konkreten Umstände als ernsthaft und begründet erscheinen (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, VRG, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 5a N. 6). Dabei genügt das Vorliegen von Umständen, die den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (BGE 118 Ia 286). Als persönliche Interessen gelten dabei alle Interessen rechtlicher oder tatsächlicher Natur, welche ein Behördenmitglied direkt oder mittelbar betreffen können (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, a.a.O. § 5a N. 16). Beim Traktandum 6 war an der Gemeindeversammlung über die Erheblicherklärung einer Motion abzustimmen, die sich gegen den durchgehenden Ausbau der Huobstrasse richtete. Gemäss Protokoll der Gemeindeversammlung, trat der Gemeindepräsident in den Ausstand, weil er als Eigentümer von Grundstücken durch den eventuellen Ausbau der Huobstrasse direkt von der Motion betroffen war. Er war damit als Eigentümer von Grundstücken unzweifelhaft in seinen persönlichen Interessen tangiert. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach schon Umstände genügen, die den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen, damit ein Ausstandsgrund gegeben ist, musste der Gemeindepräsident in den Ausstand treten. Fraglich ist, ob er dies in der gesetzlich verlangten Art und Weise getan hat. Tatsächlich blieb

der Gemeindepräsident auf dem Podium sitzen und bestimmte weiterhin die Reihenfolge der Rednerinnen und Redner als es um das Thema des Ausbaus der Huobstrasse ging. Gemäss § 10 Absatz 1 GG treten die Mitglieder von Gemeindebehörden bei der Vorbereitung, Behandlung und Erledigung von Geschäften in den Ausstand. Die Beratung des Traktandums 6 an der Gemeindeversammlung ist als Behandlung im Sinne der erwähnten Bestimmung zu qualifizieren. Somit nahm der Gemeindepräsident, obwohl im Ausstand, dennoch an der Behandlung des betreffenden Geschäfts teil, indem er die Reihenfolge der Rednerinnen und Redner bestimmte. Er hat damit die gesetzlich vorgeschriebene Ausstandspflicht verletzt. Auch ein Blick auf die Ausstandsregelung in der Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (GO; BGS 151.1) zeigt, dass ein Sitzenbleiben auf dem Podium und eine weitere Teilnahme an der Behandlung des Geschäfts in irgendeiner Form nicht in Frage kommen kann. Gemäss § 12 Absatz 3 GO ist ein Mitglied des Regierungsrates während des Ausstandes verpflichtet, den Sitzungssaal zu verlassen. In analoger Anwendung dieser Bestimmung ist für Gemeindeversammlungen zumindest zu fordern, dass im Ausstand sich befindende Mitglieder des Gemeinderates das Podium verlassen und im Sitzungssaal Platz nehmen. Gemäss Lehre ist die häufig zu beobachtende Praxis, wonach Ausstandspflichtige in den entsprechenden Gremien anwesend bleiben und sich bei der Abstimmung lediglich der Stimme enthalten, nicht zulässig. Die konsequente Durchsetzung der Ausstandspflicht – und zwar während der gesamten Behandlungsdauer des entsprechenden Geschäfts – ist aus rechtsstaatlicher Sicht im Sinne einer vertrauensbildenden Massnahme unerlässlich (Daniel Arn u.a., Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Bern 1999, Art. 47 N.4). Aus diesem Grund war die weitere Anwesenheit des Gemeindepräsidenten auf dem Podium und sein Erteilen des Wortes an die Rednerinnen und Redner während der Beratung mit der bestehenden Ausstandspflicht nicht vereinbar. Ein unter Verletzung der Ausstandspflicht gefasster Beschluss einer Gemeindebehörde ist gemäss § 10 Absatz 4 GG vom Regierungsrat aufzuheben. Die Gemeindeversammlung fasste den Beschluss, dass über die Erheblicherklärung der genannten Motion an der Urne abzustimmen sei. Eine Gemeindeversammlung gilt als Behörde, soweit sie nach Gesetz zum Erlass von Verfügungen zuständig ist (Vgl. T. Fleiner-Gerster, Verwaltungsrecht, 2.A. 1980, S.449). Aufgrund ihrer Verfügungsbefugnis im Rahmen von § 69 GG ist die Gemeindeversammlung als Behörde im Sinne von § 10 Absatz 4 GG zu betrachten. Der Beschluss, über die Erheblicherklärung an der Urne abzustimmen, ist deshalb aufzuheben, respektive die Abstimmung darüber ist zu wiederholen.

Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen. Nach § 23 Absatz 1 Ziffer 3 VRG trägt im Beschwerdeverfahren die unterliegende Partei die Kosten. Den Gemeinden bzw. deren Behörden werden jedoch nur Kosten auferlegt, wenn sie im Verfahren wirtschaftlich interessiert sind oder zum Verfahren durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offenbare Rechtsver-

letzung Anlass gegeben haben (§ 24 Absatz 2 VRG) Der Gemeindepräsident ist zwar in den Ausstand getreten, doch hat er dies nicht in rechtsgenügender Weise getan. Ein grober Verfahrensfehler resp. eine offenbare Rechtsverletzung stellt dies nicht dar. Somit entfällt die Kostenpflicht des Gemeinderates. Gemäss § 28 Absatz 2 Ziffer 2 VRG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen und zwar zu Lasten des Gemeinwesens, wenn dessen Behörde als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung begangen hat. Eine offenbare Rechtsverletzung liegt – wie erwähnt – nicht vor, doch wurde ein Verfahrensfehler begangen, indem der Gemeindepräsident bei der Behandlung des Traktandums 6 an der Gemeindeversammlung nicht in rechtsgenügender Weise in den Ausstand trat. Dem Beschwerdeführer wird deshalb auf Kosten des Gemeinderates eine Parteientschädigung von Fr. 400.– zugesprochen.

Regierungsrat, 30. April 2002

## II. Zivilrecht

### 1. Personenrecht; Stiftungsaufsicht

*Art. 84 Abs. 2 ZGB – Legitimation zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde*

*Aus den Erwägungen:*

III./2. Die vorliegende Aufsichtsbeschwerde scheidet an einer formellen Prozessvoraussetzung, nämlich an der Legitimation des Beschwerdeführers zur Einreichung einer Stiftungsaufsichtsbeschwerde. Dazu ist folgendes zu bemerken:

Das Bundesgericht führt in seinem Entscheid BGE 107 II 385, 390 f. aus, dass eine klare Unterscheidung zwischen Stiftungsaufsichtsbeschwerde und Anzeige getroffen werden müsse. Da die Stiftungsaufsichtsbeschwerde ein eigentliches Rechtsmittel und keine Popularbeschwerde sei, setze sie ein eigenes Interesse des Beschwerdeführers an der Anordnung der von ihm geforderten Massnahme voraus. Das Bundesgericht (BGE 107 II 385, 389; 112 Ia 180, 190) und die Lehre (Hans Michael Riemer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1981, N 119 zu Art. 84 ZGB; Sprecher/von Salis, Die schweizerische Stiftung, Zürich 1999, Ziff. 162; Harold Grüninger in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 359 ZGB, Basel 1996, N 17 zu Art. 84 ZGB) sprechen sich dafür aus, dass die Legitimation zur Beschwerde weit gefasst wird: sie sei insbesondere den tatsächlichen und potentiellen Destinatären zuzuerkennen. Es handelt sich aber nicht um eine Popularbeschwerde, braucht doch ein legitimer Beschwerdeführer ein eigenes Interesse an der Anordnung der von ihm geforderten Massnahmen. Diese Voraussetzung erfüllt nur, wer mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in die Lage kommen kann, jemals Stiftungsvorteile zu nutzen und konkrete Angaben über die Art seines zukünftigen Interesses machen kann (BGE 107 II 389; 391 f.)

In der Beschwerdeschrift wird nicht dargelegt und es ist auch nicht erkennbar, wie der Beschwerdeführer tatsächlicher oder potentieller Destinatär der beiden Stiftungen sein könnte. Erst in der Stellungnahme vom 12. April 2002 begründet er seine Legitimation damit, dass auch er in Zukunft eine Behinderung erleiden und deshalb Destinatär der Stiftung werden könne. Der Beschwerdeführer legt aber nicht dar, dass er an einer Krankheit leidet, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine schwere oder gar mehrfache Behinderung verursachen könnte und auch nicht, dass er einen Unfall hatte, welcher die gleichen Folgen nach sich ziehen könnte. Jeder Mensch lebt mit dem Risiko, durch Krankheit oder Unfall eine schwere Behinderung zu erleiden. Damit unterscheidet sich das Interesse des Beschwerdeführers nicht von demjenigen jeder anderen Person. Würde auf dieser Grundlage die Be-

schwerdelegitimation eingeräumt, so käme dies der Zulassung einer Populärbeschwerde gleich, was die Stiftungsaufsichtsbeschwerde eben gerade nicht ist (BGE 107 II 389; 393).

(...)

III./5. Aufgrund dieser Ausführungen ist der Beschwerdeführer zur Aufsichtsbeschwerde nicht legitimiert. Damit fehlt eine Prozessvoraussetzung, weshalb auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

Regierungsrat, 13. Mai 2002. (Eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen diesen Entscheid wurde am 11. September 2002 vom Verwaltungsgericht abgewiesen. Der Entscheid ist inzwischen in Rechtskraft erwachsen.)

## 2. Familienrecht

*Art. 311 Abs. 1 ZGB (SR 210); Art. 292 StGB (SR 311.0). Entziehung der elterlichen Sorge durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde und Erlass einer Strafandrohung: Erwägungen (E. 1): Voraussetzungen für die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde (E. 4a und 4b) – Voraussetzungen für den Erlass einer Strafandrohung zur Durchsetzung der Ansprüche auf persönlichen Verkehr (E. 5b)*

*Aus den Erwägungen:*

4.a) Der Antrag des Beschwerdeführers, ihm die elterliche Sorge über seine Tochter zu übertragen könnte im vorliegenden Verfahren ohnehin nicht entschieden werden, da die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Bei unverheirateten Eltern steht die elterliche Sorge nämlich von Gesetzes wegen (Art. 298 ZGB) der Mutter zu. Eine Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater käme somit nur dann in Frage, wenn eine der in Abs. 2 dieser Bestimmung abschliessend aufgezählten Voraussetzungen erfüllt wäre. Vorliegend ist die Mutter des Kindes weder unmündig noch entmündigt oder gestorben, noch wurde ihr die elterliche Gewalt entzogen.

4.b) Der Entzug der elterlichen Sorge müsste einer allfälligen Übertragung des Sorgerechts auf den Vater aber zwingend vorangehen. Zur Anordnung dieser Kindesschutzmassnahme ist die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zwar in den Fällen von Art. 311 ZGB zuständig, die Anordnung kann gemäss §36 EG ZGB des Kantons Zug (BGS 211.1) jedoch nur auf begründeten Antrag der Vormundschaftsbehörde erfolgen. Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in dieser Frage gar nicht antragsberechtigt ist. Auf seinen diesbezüglichen Antrag ist folglich im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht einzutreten.

Ergänzend ist jedoch festzuhalten, dass der Entzug der elterlichen Sorge die einschneidendste Kindesschutzmassnahme darstellt und daher gegenüber allen andern Massnahmen subsidiär ist. Sie ist daher als «ultima ratio» nur da auszusprechen, wo die Inhaber der elterlichen Gewalt auf Dauer ausserstande sind, ihre Aufgabe pflichtgemäss zu erfüllen (vgl. Peter Breitschmid, Komm. zum schweiz. Privatrecht, Basel, 1996, N. 3 zu Art. 311 ZGB). Das von der Vormundschaftsbehörde in Auftrag gegebene Gutachten wäre daher auch im Hinblick auf diese Massnahme abzuwarten.

5.b) Schliesslich ist der Antrag des Beschwerdeführers, die Anordnungen der Behörde mit der Strafandrohung des Art. 292 StGB zu versehen, zu prüfen. Mit seinem Antrag verlangt der Beschwerdeführer, dass sämtliche Anordnungen der Behörde, mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden. Wird eine behördliche Anordnung mit der Strafandrohung

gemäss diesem Artikel verbunden, wird damit bezweckt, amtliche Verfügungen, deren Befolgung mangels Bestehens einer besonderen Strafdrohung vom guten Willen des Betroffenen abhängen würde, durch die ergänzende Strafdrohung wirksam zu gestalten (vgl. Stefan Trechsel, Kurzkomentar zum StGB, Schulthess Verlag Zürich, 1997, N1 zu Art. 292). Die Strafdrohung soll einen indirekten psychischen Zwang gegen die davon betroffene Person bewirken.

Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers geht hervor, dass er den Erlass der Strafdrohung beantragt, um so die Vollstreckung seiner Ansprüche gegenüber der Mutter und von Drittpersonen (z.B. der Lehrerin) abzusichern. Die Behörde hat bei der Wahl der Vollstreckungsmittel den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu befolgen. Beim Erlass einer Verfügung, die mit der Strafdrohung verbunden wird, ist zu berücksichtigen, dass bei jeder Widerhandlung gegen die amtliche Verfügung die Strafe von neuem verwirkt ist, und Übertretungen auf Anzeige hin von Amtes wegen zu verfolgen sind (vgl. Cyril Hegnauer, Berner Kommentar zu Art. 270-275 ZGB, Verlag Stämpfli Bern 1997, N 146 zu Art. 275). Die behördliche Vollstreckung von Ansprüchen im Zusammenhang mit dem persönlichen Verkehr, sollte daher nur angeordnet werden, wenn die Beratung und die Mittel des vormundschaftlichen Schutzes ohne Erfolg geblieben sind (vg. Cyril Hegnauer, a.a.O., N. 159 zu Art. 275). Im vorliegend zu beurteilenden Fall ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. So geht aus den bisherigen Ausführungen hervor, dass die Einsetzung des Beistandes zwischenzeitlich zu einer Entspannung des Verhältnisses zwischen den Eltern geführt hat. Der Erlass einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB würde diese positive Entwicklung wiederum gefährden und muss deshalb unterbleiben. Insbesondere auch im Hinblick auf das Wohl des Kindes ist auf die Strafdrohung zu verzichten, wäre es doch einmal mehr das Kind, das unter den Konsequenzen einer allfälligen Strafanzeige gegen einen Elternteil leiden müsste, indem es vermehrt Sticheleien und Blossstellungen von Mitschülern ausgesetzt wäre. Die Beschwerde ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

Regierungsrat, 26. November 2002

*Art. 379 Abs. 1, 380, 381, 384, 388 (SR 210); §4 Ziff. 1 EG ZGB (BGS 211.1). – Anfechtung der Wahl eines neuen Vormundes: Erwägungen (E. 1): Anfechtungsberechtigung (E. 1a); Berichterstattung des Gemeinderates (E. 1b) – Voraussetzungen für die Wahl als Vormund (E. 2) – Vorschlagsrecht des Kindsvaters (im vorliegenden Fall nicht wahrgenommen) (E. 3)*

*Aus den Erwägungen:*

1.a) Nach Art. 388 Abs. 2 ZGB kann jedermann, der ein Interesse hat, die Wahl des Vormundes binnen zehn Tagen, nachdem er von ihr Kenntnis erhalten hat, bei der Vormundschaftsbehörde (vgl. Art. 388 Abs. 3 ZGB) als gesetzwidrig anfechten.

Anfechtungsberechtigt sind insbesondere die (angeblich zu Unrecht) im Widerspruch zu Art. 380 ZGB übergangenen Personen sowie die Eltern (Schnyder/Murer, Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1984, NN 22 und 24 zu Art. 388). Der Vater der beiden Kinder ist daher im vorliegenden Verfahren legitimiert.

Bei der Eingabe des Vaters vom 27. Januar 2002 ist die Anfechtungsfrist eingehalten, und die übrigen Voraussetzungen nach Art. 388 Abs. 2 ZGB sind ebenfalls erfüllt. Der Gemeinderat trat daher zu Recht auf die Sache ein.

b) Wird von der Vormundschaftsbehörde eine Anfechtung als begründet anerkannt, so trifft sie eine neue Wahl, andernfalls unterbreitet sie die Angelegenheit mit ihrem Bericht der Aufsichtsbehörde zum Entscheid (Art. 388 Abs. 3 ZGB).

Der Gemeinderat beharrt auf seinem Beschluss vom 15. Januar 2002, so dass er die Angelegenheit folgerichtig dem Regierungsrat als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde (vgl. §4 Ziff. 1 EG ZGB) unterbreitete. Der Beschluss des Gemeinderates vom 21. Mai 2002 kann als Bericht im Sinne von Art. 388 Abs. 3 ZGB betrachtet werden und entspricht den gesetzlichen Anforderungen, so dass der Regierungsrat in der vorliegenden Streitsache zu entscheiden hat.

2. Nach Art. 379 Abs. 1 ZGB hat die Vormundschaftsbehörde als Vormund eine mündige Person zu wählen, die zu diesem Amte geeignet erscheint. Sprechen keine wichtigen Gründe dagegen, so hat die Behörde einem tauglichen nahen Verwandten bei der Wahl den Vorzug zu geben, unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der Nähe des Wohnsitzes (Art. 380 ZGB). Hat die zu bevormundende Person oder deren Vater oder Mutter jemand als den Vormund ihres Vertrauens bezeichnet, so soll dieser Bezeichnung, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen, Folge geleistet werden (Art. 381 ZGB).

3. Der Vater der beiden bevormundeten Kinder verlangte in seiner Anfechtungsschrift vom 27. Januar 2002 einen zeitlichen Aufschub von einem halben Jahr für die Auffindung eines Vormundes aus seinem Verwandten- oder Bekanntenkreis. Anlässlich eines Besuches des Vormundschaftssekretärs am 13. März 2002 konnte der Kindsvater keine geeignete Person aus seinem Bekannten- oder Freundeskreis für das Amt des Vormundes nennen. Einen entsprechenden Vorschlag brachte er auch anlässlich eines persönlichen Gesprächs mit dem neuen Vormund X. vom 29. April 2002 nicht vor. Und schliesslich enthielt auch seine Stellungnahme vom 30. Mai 2002 zum Beschluss des Gemeinderates vom 21. Mai 2002 keinen gültigen Vorschlag.

Damit hat der Vater der beiden bevormundeten Kinder von seinem Vorschlagsrecht gemäss Art. 381 ZGB keinen Gebrauch gemacht, und es stehen keine nahen Verwandten zur Verfügung. Ein Entscheid kann aber im Interesse der Kinder nicht weiter verschoben werden. Sofern keine gesetzlichen Ausschliessungsgründe gemäss Art. 384 ZGB vorliegen, steht einer Wahl von X. als Vormund nichts entgegen. Zum Amte des Vormundes ist nach Art. 384 ZGB nicht wählbar, wer selbst bevormundet ist (Ziff. 1), wer einen unehrenhaften Lebenswandel führt (Ziff. 2), wer Interessen hat, die in erheblicher Weise denjenigen der zu bevormundenden Person widerstreiten, oder wer mit ihr verfeindet ist (Ziff. 3), die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden, solange andere taugliche Personen vorhanden sind (Ziff. 4). Solche Ausschliessungsgründe sind im Falle von X. nicht ersichtlich, weshalb er zu Recht als neuer Vormund der Kinder ernannt wurde.

Regierungsrat, 18. Juni 2002

*Art. 420 ZGB (SR 210); §52 VRG (BGS 162.1).- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht*

*Aus den Erwägungen:*

Der Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde steht auch im Vormundschaftsrecht zur Verfügung (vgl. ZGB-Geiser, N 14 zu Art. 420 ZGB).

Gemäss §52 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1) kann mit der Aufsichtsbeschwerde jedermann die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen erfordern (Abs. 1). Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei (Abs. 2). Die Art der Erledigung ist ihm mitzuteilen (Abs. 3). Eine Pflicht zur Begründung besteht nicht (Abs. 4).

Die Kognition der Oberbehörde bei der Behandlung von Aufsichtsbeschwerden gegen Verfügungen und Entscheide ist entsprechend der Natur dieses Rechtsbehelfs und des beanstandeten Verwaltungsakts beschränkt. Die Aufsichtsbehörde übt beim Einschreiten kraft Aufsichtsrecht allgemein Zurückhaltung. Bei einfachen Rechtsverletzungen darf sie nicht einschreiten, so etwa wenn sie eine Gesetzesauslegung oder Sachverhaltenswürdigung der unteren Instanz zwar nicht billigt, diese aber doch mit guten Gründen für vertretbar hält. Die Voraussetzungen für ein aufsichtsrechtliches Eingreifen gegenüber Verfügungen und Entscheiden sind nach konstanter Praxis nur dann gegeben, wenn klares Recht oder wesentliche öffentliche Interessen missachtet worden sind und einer aufsichtsrechtlichen Anordnung nicht inzwischen entstandene schützenswerte Rechtspositionen entgegenstehen. Unter der Verletzung klaren Rechts ist auch die Verletzung von Verfahrensvorschriften zu verstehen. Der Aufsichtsbeschwerde ist immer dann Folge zu geben, wenn die angegangene Behörde bei Kenntniss der Sachlage auch von sich aus hätte einschreiten müssen. (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, N 39 zu Vorbem. zu §§ 19 - 28, auch H.R. Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesezt, 2. Auflage, Wädenswil 1991, ferner für das zugerische Recht auch Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 76).

Regierungsrat, 7. Januar 2002

### 3. Grundbuchwesen

*Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 18 OR; Art. 667 ZGB; §§2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Anforderungen an die Begründung der Gebührenrechnungen – Verletzung des rechtlichen Gehörs (E. II). Die Handänderungsgebühr berechnet sich auf der Gesamtheit der Leistungen, die der Erwerber dem Veräusserer für die Eigentumsübertragung am Erwerbsobjekt tatsächlich zu erbringen hat (E III 1). Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis, wenn das Geschäft gemäss dem Willen der Vertragsparteien und seinem wirtschaftlichen Gehalt dem Verkauf einer fertigen Baute gleichkommt (E. III 2). Frage der Vereinbarkeit mit dem Akzessionsprinzip (E. III 3). Das Entgelt für den Erwerb eines Benützungsrechts an einem Autoeinstellplatz in der gemeinschaftlichen Tiefgarage durch einen Stockwerkeigentümer unterliegt der Handänderungsgebühr (E. III 4). Präzisierung der Praxis gemäss GVP 1999, S. 198ff.*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Die I AG begründete am 25. Januar 2001 auf ihrem Grundstück, im Hinblick auf die Realisierung einer Wohnüberbauung Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes. Sie verkaufte unter anderem je eine Eigentumswohnung mit weiteren Räumlichkeiten sowie insgesamt fünf Benützungsrechte an Autoabstellplätzen an E (Kaufvertrag vom 19. Dezember 2001), an T und an P (Kaufverträge vom 17. Januar 2002). Am 27. Dezember 2001 und am 17. sowie am 21. Januar 2002 wurden die entsprechenden Kaufverträge beim Grundbuchamt zur Eintragung im Grundbuch angemeldet. In den Urkunden wurde festgehalten, dass das Gebäude im Rohbau erstellt sei und die Verkäuferschaft sich verpflichtete, das Gebäude fertig zu stellen. Am Tag der öffentlichen Beurkundung der Kaufverträge schloss die I AG mit den Grundstückskäufern zudem je einen Totalunternehmervertrag ab, in dem sich die I AG zur schlüsselfertigen Erstellung am 16. Februar 1999 bewilligten Baute verpflichtete.

B. Mit Verfügungen vom 26. März 2002 wurden die Handänderungsgebühren in Rechnung gestellt. Als Berechnungsgrundlage dienten dem Grundbuchamt die Totalunternehmerpreise gemäss Totalunternehmervertrag von Fr. 1'090'000.- (E), Fr. 890'000.- (T) bzw. Fr. 1'050'000.- (P). Diese umfassen das vereinbarte Entgelt für die Eigentumswohnung, die weiteren dazugehörigen oder zusätzlich dazu erworbenen Räumlichkeiten und die Benützungsrechte an den Autoabstellplätzen in der Tiefgarage. Die Benützungsrechte an den Autoabstellplätzen wurden zum Preis von Fr. 20'000.- je Parkplatz verkauft.

C. Dagegen reichte die I AG (Beschwerdeführerin), am 16. April 2002 beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde ein, mit den Anträgen:

Die Verfügungen vom 26. März 2002 (Rechnungen Nr. 100104040, 100104042 und 100104044) seien bezüglich der Handänderungsgebühren aufzuheben, und es sei für die Berechnung der Handänderungsgebühr bei den folgenden Verträgen auf folgende Handänderungssummen abzustellen:

I AG mit E auf Fr. 650'000.-

I AG mit T auf Fr. 570'000.-

I AG mit P auf Fr. 710'000.-

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegner.

Die Beschwerde wird im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Handänderungssumme bemesse sich dem Grundsatz nach aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückerwerb. Gemäss Ziffer 2 des Kreisschreibens Nr. 1 des Grundbuch- und Notariatsinspektorats vom 22. Oktober 1999 bildeten die Werte, die im Zeitpunkt der Handänderung vorhanden sind und gemäss Akzessionsprinzip die Hand ändern, den Ausgangspunkt für die Berechnung der Handänderungsgebühr. Zukünftige Investitionen stellten – auch wenn sie vertraglich gesichert seien – keinen Grundstücksbestandteil dar und seien somit bei der Berechnung des Grundstückswerts nicht zu berücksichtigen. Daraus ergebe sich, dass für die Berechnung der Handänderungsgebühr auf den Zeitpunkt der Handänderung abzustellen sei, also auf den Zeitpunkt der Grundbucheintragung.

Gemäss Ziffer 2 des erwähnten Kreisschreibens dürfe bei der Berechnung der Handänderungsgebühr auf den Zeitwert im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung abgestellt werden, falls die Eigentumsübertragung vor Fertigstellung der Baute erfolge. Dass die Berechnung der Handänderungsgebühr auf dem Land- und Zeitwert der jeweiligen Kaufobjekte gerechtfertigt sei, habe der Regierungsrat in einem am 22. Juni 1999 beurteilten ähnlichen Fall entschieden. Auch die Zahlungsmodalitäten legen nach Auffassung der Beschwerdeführerin eine Berechnung aufgrund des Zeitwertes nahe. Gemäss dem erwähnten Beschwerdeentscheid sei das Abstützen auf den Land- und Zeitwert nämlich umso mehr gerechtfertigt, wenn die Erfüllung des Kaufvertrages durch die Verkäuferschaft vertraglich nicht von der vollständigen Bezahlung des Gesamtpreises abhängig gemacht wird. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall erfüllt; ein Teil des Werkpreises sei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Handänderung noch nicht zur Bezahlung fällig gewesen. Aus den Totalunternehmerverträgen gehe hervor, dass im Zeitpunkt der Handänderung in allen drei Fällen lediglich ein Teil des Gesamtpreises geschuldet war.

Im weiteren beanstandet die Beschwerdeführerin, dass der Erwerb der Benützungrechte an noch zu erstellenden Parkplätzen ebenfalls mit Handänderungsgebühren belastet wird. Dienstbarkeiten stellten keine Grund-

stücke dar, weshalb für die Übertragung der Parkplatzbenützungsrechte keine Handänderungsgebühren erhoben werden könnten. Deshalb reduziere sich die für die Berechnung der Handänderungsgebühr massgebliche Handänderungssumme im Falle der Handänderung an E Obrist um weitere Fr. 40'000.- auf Fr. 650'000.-, im Falle von T um weitere Fr. 20'000.- auf Fr. 570'000.- und im Falle von P um weitere Fr. 40'000.- auf Fr. 710'000.-.

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Es sei für sie nicht ersichtlich, weshalb die verfügende Stelle sich auf den Gesamtpreis als Berechnungsgrundlage für die Handänderungsgebühr abstütze. Die Verfügungen enthielten weder eine Begründung noch einen Hinweis auf eine entsprechende gesetzliche Bestimmung. Auch wenn an eine erstinstanzliche Verfügung nicht allzu grosse Anforderungen zu stellen seien, verletze das Fehlen jeglicher Begründung offensichtlich das rechtliche Gehör. Die Beschwerdeführerin sei dadurch nicht in der Lage, sich mit den Argumenten der Vorinstanz auseinander zu setzen.

D. Die verfügende Stelle beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 14. Mai 2002 die Beschwerdeabweisung. In formeller Hinsicht wird geltend gemacht, die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erfolge zu Unrecht. In materieller Hinsicht wird auf das Kreisschreiben Nr. 1 des Grundbuch- und Notariatsinspektorats und auf die beiden regierungsrätlichen Beschwerdeentscheide vom 22. Juni 1999, verwiesen, aus welchen sich unmissverständlich ergebe, dass bei Verträgen der vorliegenden Art Kauf- und Werkpreis für die Bemessung der Handänderungsgebühren zusammengerechnet werden müssen. Massgebend sei einzig und allein die Tatsache, dass der Vertrag auf den Erwerb einer schlüsselfertigen Baute ausgerichtet sei und die beiden Vertragsteile derart konnex miteinander verbunden seien, dass sie im gegenseitigen Verhältnis eine 'conditio sine qua non' bildeten. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall erfüllt. Die Pflicht zur Zusammenrechnung bestehe hier nicht nur für Land- und Werkpreis, sondern - weil sie integraler Bestandteil des vorliegenden Austauschverhältnisses seien - darüber hinaus auch für die Parkplatzbenützungsrechte.

E. Das Grundbuchamt begründet die Berechnung der Handänderungsgebühren aufgrund der in den Werkverträgen aufgeführten Gesamtkaufpreise, die für 'den Miteigentumsanteil, die Parkplätze und die Baukosten' zu bezahlen waren, mit dem Konnex zwischen Kauf- und Werkvertrag. Es gehe vorliegend um den Kauf einer künftigen, im Zeitpunkt des Vertragschlusses jedoch eindeutig bestimmten Stockwerkeinheit einschliesslich der Parkplätze. Kaufobjekt sei nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien eine schlüsselfertige Wohnung einschliesslich der Parkplätze.

*Aus den Erwägungen:*

I.

1. ...

2. ...

II.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die von der verfügenden Stelle versandte Gebührenrechnung enthalte keine Begründung. Dadurch sei das rechtliche Gehör verletzt worden. Vor der materiellen Prüfung des Beschwerdebegehrens ist zu prüfen, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt wurde. Sollte dies nicht der Fall sein, ist zu entscheiden, ob eine Heilung der Gehörsverletzung durch die Beschwerdeinstanz möglich ist.

1. Das Grundbuchamt hat in den drei am 25. Februar 2002 zum Inkasso an die verfügende Stelle versandten Gebührenberechnungen für die Handänderung an den GS 88974, 88977 und 1739 (E) Handänderungsgebühren in der Höhe von Fr. 4'360.-, für die Handänderung an den GS 88975 und 1739 (T) Handänderungsgebühren in der Höhe von Fr. 3'560.- und für die Handänderung an den GS 88964 und 1739 (P) Handänderungsgebühren in der Höhe von Fr. 4'200.- festgesetzt. Dies entspricht einem Gebührenansatz von jeweils 4 Promille der in den Gebührenrechnungen ausdrücklich erwähnte Summe von Fr. 1'090'000.-, Fr. 890'000.- bzw. Fr. 1'050'000.-, welche für die Eigentumswohnung, die weiteren dazugehörigen oder zusätzlich dazu erworbenen Räumlichkeiten sowie für die Benützungsrechte an den Parkplätzen zu entrichten war und gleichzeitig dem Betrag, der dem Kanton zustünde, wenn die Handänderungsgebühr auf dem Kauf- und Werkpreis berechnet werden darf. Ein Hinweis auf die der Berechnung zugrundeliegende Gesetzesbestimmung oder eine Begründung für die Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis ist in den Schreiben des Grundbuchamtes, die sich nicht an die Beschwerdeführerin, sondern an die verfügende Stelle richteten, nicht enthalten. Die an die Beschwerdeführerin und die Käufer gerichteten Verfügungen vom 26. März 2002, in welchen die Handänderungsgebühren des Grundbuchamtes und der Gemeinde separat aufgeführt sind und gemäss dem vertraglichen Verteilschlüssel in Rechnung gestellt werden, enthalten keine darüber hinausgehenden Angaben. Dies führt zur Frage, ob die rechtlichen Mindestanforderungen an die Begründung von Verfügungen beachtet wurden.

Wie bereits die frühere, sieht auch die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) keine ausdrückliche Begründungspflicht beim Erlass von Verfügungen und Entscheiden vor. Eine solche wird vom Bundesgericht aus allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien, insbesondere aus dem verfassungsmässigen Gehörsanspruch ab-

geleitet. Dieser dient einerseits der Sachaufklärung und garantiert andererseits jedem Betroffenen ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Verfahren (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, N 1307). Versteht man das rechtliche Gehör als integrierende Garantie, dann stellt die Motivierungspflicht eine wichtige Ausprägung, ja den Schlussakt der verfahrensmässigen Information dar (Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 400, Fn. 2). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nunmehr in Art. 29 Abs. 2 BV als verfassungsmässiges Recht formeller (selbständiger) Natur verankert (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, 1999, S. 535f. m.z.H.). Aus ihm folgt die Pflicht der Behörden, den von der Entscheidung betroffenen Bürger über deren Gründe in Kenntnis zu setzen, d.h. ihren Entscheid zu begründen (Albertini, a.a.O., S. 400). Im Entscheid müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt (BGE 124 V 180, 181; Albertini, a.a.O., S. 400ff.). Die Begründungspflicht ist ein Mittel zur Orientierung der Parteien und übergeordneter Behörden über die der hoheitlichen Entscheidung zugrunde liegende Sach- und Rechtslage. Der bundesverfassungsmässigen Anspruchsgrundlage kommt gegenüber dem kantonalen Verfahrensrecht nur subsidiäre Bedeutung zu. Es ist demnach vorab eine Frage des einschlägigen Rechts zu bestimmen, wie Verfügungen oder Entscheide zu begründen sind. (BGE 104 Ia 322). Da § 15 Abs. 1 VRG keinen weitergehenden Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt als derjenige, der sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ableitet, sind die bundesrechtlichen Minimalgarantien massgebend.

So unbestritten das verfassungsrechtliche Erfordernis der Begründung von Verfügungen und Entscheiden auch ist, es lassen sich daraus keine allgemeingültigen Regeln hinsichtlich des Umfangs und des Inhalts der Begründung ableiten. Laut Bundesgericht wäre es verfehlt, das verfassungsrechtlich geforderte Mass – die Begründungsdichte – im Sinne eines Minimalstandards einheitlich festzulegen (BGE 112 Ia 107, 110; 104 Ia 201, 214). Die konkreten Anforderungen können nur im Hinblick auf die Besonderheiten des konkreten Falles bestimmt werden. Einigkeit herrscht insoweit, dass ein Anspruch auf angemessene und hinreichende Begründung besteht. Angemessen und hinreichend begründet ist die Verfügung dann, wenn der Betroffene sich über die Tragweite des Entscheids sowohl in tatbeständlicher als auch in rechtlicher Hinsicht, ein Bild machen kann (BGE 104 V 153, 154). Dies setzt voraus, dass der Entscheid nachvollziehbar und verständlich ist (Albertini, a.a.O., S. 403). Ohne Kenntnis der Tatsachen und Rechtsnormen, welche für die verfügende Behörde massgeblich waren, kann sich der Adressat oftmals kein Bild über die Tragweite der Verfügung machen, geschweige denn, diese sachgerecht anfechten. Die entscheidungswesentlichen Überlegungen der verfügenden Behörde sollten nicht nur dem betroffenen Privaten bekannt gegeben, sondern auch für

die Rechtsmittelinstanz offen gelegt werden (BGE 124 V 180, 181; 122 II 471, 483), ansonsten eine Kontrolle der Rechtmässigkeit der Verfügung unter Umständen gar nicht möglich ist (Albertini, a.a.O., S. 403, 410 m.w.H.).

Auch die Merkmale des Falles in sachlicher und rechtlicher Hinsicht vermögen die Anforderungen an den Begründungsgehalt zu bestimmen. Sind der Sachverhalt oder die sich stellenden Rechtsfragen umstritten oder komplex, dann bestehen differenziertere Begründungsanforderungen. Die verfügende Behörde hat die Einzelheiten zu nennen, aus denen zu erkennen ist, warum sie so und nicht anders entschieden hat (BGE 117 Ia 1, 3f.; Albertini, a.a.O., S. 409, 411). Ein simpler Verweis auf die angewendeten Gesetzesbestimmungen reicht nur aus, wenn der rechtsanwendenden Behörde im konkreten Fall kein Wertungs- oder Ermessensspielraum zusteht (BGE 98 Ia 460, 465, 112 Ia 107, 110; 104 Ia 201, 213), das anwendbare Recht sich 'automatisch vollziehen' lässt bzw. klare Entscheidungskriterien liefert (Albertini, a.a.O., S. 410). Keine hohen Anforderungen an die Begründungsdichte dürfen nach verbreiteter Auffassung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren gestellt werden, da hier in speditiver und praktikabler Weise eine Vielzahl gleichartiger Verfügungen erlassen werden muss. Eine knappe summarische Motivierung reicht hier im Allgemeinen aus (Albertini, a.a.O., S. 412f. m.w.H.). Dasselbe gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, wenn eine Einsprache- oder Rechtsmittelmöglichkeit bei einer höheren Instanz mit gleicher Kognition besteht (Albertini, a.a.O., S. 413 m.H.a. BGE 119 IV 5, 8, 112 Ia 107, 112, 111 Ia 2, 4). Es ist dann Aufgabe der Einsprache- oder Rechtsmittelbehörde, eine einlässlichere und detailliertere Begründung zu liefern (Albertini, a.a.O., S. 414). Für sich allein können indessen weder Praktikabilitätsüberlegungen und Motive der Verfahrensökonomie, noch eine Einsprache- oder Anfechtungsmöglichkeit als allgemeingültige Minderungsmaßstäbe für die Begründungsdichte betrachtet werden. Die Pflicht, Verfügungen und Entscheide zu begründen, ist ein bedeutsames Element transparenter Entscheidungsfindung. 'Ohne Begründung entsteht die Gefahr einer Geheimjustiz' (Albertini, a.a.O., S. 401, 413 m.H.a. Urteil des Bger, in EuGRZ 1977 107 S. 108). Indem die Behörden verpflichtet werden, die Motive ihres Entscheids offen zu legen, dient die Begründung auch der wirksamen Selbstkontrolle der Behörde und erhöht die Legitimität und die Akzeptanz der Entscheidung (Albertini, a.a.O., S. 401 m.w.H.). Die behördliche Begründungspflicht steht schliesslich auch im Dienst der Rechtssicherheit (BGE 108 Ib 195). Indem sie die Behörde verpflichtet, ihre Rechtsauffassung offen zu legen, ist sie eine wesentliche Voraussetzung der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit des Rechts für die Zukunft. Zwar entfaltet ein Entscheid Gestaltungswirkung nur im Einzelfall, doch gibt die Begründung eine Leitlinie – insbesondere hinsichtlich der Auslegung des Rechts –, die für die Lösung künftiger Fälle massgeblich sein kann. Die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide dient somit auch der Gewährleistung einer einheitlichen und konstanten Behördenpraxis (Albertini, a.a.O., S. 401).

Gemessen an diesen Grundsätzen erweisen sich die angefochtenen Verfügungen nicht als hinreichend begründet. Es fehlt nicht nur der Hinweis auf die angewendeten Gesetzesbestimmungen, sondern auch eine summarische Wiedergabe der Überlegungen, von welchen sich das Grundbuchamt hat leiten lassen und die es dem für das Inkasso zuständigen Finanzdepartement, welches die Gebührenrechnung verfügt, bekannt geben muss. Auf eine kurze Begründung konnte im vorliegenden Fall umso weniger verzichtet werden, als der Wortlaut des Grundbuchgebührentarifs die Voraussetzungen für die Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis nicht umschreibt und die Berechnung der Handänderungsgebühr auf dem Gesamtkaufpreis als der Praxis des Regierungsrates und dem Kreisschreiben Nr. 1 widersprechend interpretiert werden kann. Das Grundbuchamt hätte aus diesem Grund gegenüber dem Finanzdepartement der Stadt Zug und dieses gegenüber den Adressaten der Verfügung offen legen müssen, warum die Handänderungsgebühr so und nicht anders berechnet wurde. Und noch aus einem weiteren Grund hatten die Verfügungsadressaten Anspruch auf eine im Vergleich zum 'gebührenrechtlichen Normalfall' differenziertere Begründung: Bei dem die geänderte Praxis des Regierungsrates erläuternden Kreisschreiben Nr. 1 handelt es sich um eine verwaltungsinterne Weisung über die Anwendung des geltenden Grundbuchgebührentarifs, die von der rechtsanwendenden Behörde zu befolgen ist. Es handelt sich dabei um eine Verwaltungsverordnung. Da sie Aussenwirkungen entfaltet, wurde das Kreisschreiben mitsamt den beiden Beschwerdeentscheiden des Regierungsrates in anonymisierter Fassung auch interessierten Kreisen ausserhalb der Verwaltung bekannt gemacht. Nachdem die Berücksichtigung des Zeitwerts in diesen Dokumenten unter gewissen, wenn auch nicht abschliessend umschriebenen Voraussetzungen als zulässig bezeichnet wird, wäre es erforderlich gewesen, in der Gebührenrechnung darzutun, warum eine Berechnung gestützt auf den Zeitwert im vorliegenden Fall nicht erfolgte. Sowohl das Grundbuchamt als auch die verfügende Stelle haben darauf verzichtet. Die gesetzlichen Anforderungen an die Begründung der Verfügungen sind angesichts dessen im vorliegenden Fall nicht beachtet worden, womit sich die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV als begründet erweist.

2. Wird dem rechtlichen Gehör nicht Genüge getan, so ist der angefochtene Entscheid grundsätzlich aufzuheben, unabhängig davon, ob dieser bei korrektem Verfahrensausgang anders ausgefallen wäre. Dieser Grundsatz kennt jedoch Grenzen. Von einer Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids ist abzusehen, wenn das aktuelle Interesse an den erhobenen Rügen verloren gegangen ist, eine Partei über ein bedeutsames, überwiegendes Interesse an der Aufrechterhaltung des Entscheids verfügt oder sich die Gehörsverletzung nicht auf einen wesentlichen Punkt bezieht (Albertini, a.a.O., S. 454ff.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann zudem ausnahmsweise eine Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren zur Ver-

meidung von prozessuellem Leerlauf geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewährt und sie über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz verfügt. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben und ist nur bei nicht besonders schwerwiegender Verletzung des rechtlichen Gehörs möglich (BGE 124 V 180, 183; 116 Ia 94, 95ff; 110 Ia 81, 82; Albertini, a.a.O., S. 458f.). Die erstinstanzliche Behörde darf nicht darauf vertrauen, dass von ihr missachtete Verfahrensrechte systematisch nachträglich geheilt werden, ansonsten die gerade für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehenen prozessualen Garantien ihren Sinn verlieren würden (BGE 126 II 111, 123f.). Zu berücksichtigen ist auch, dass durch eine Heilung des mangelhaften Entscheides den Beschwerdeführern eine Beschwerdeinstanz verloren geht.

Das Grundbuchamt und die verfügende Stelle gehen davon aus, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren geheilt werden kann. Selbstverständliche Voraussetzung einer Heilung ist, dass das verweigerte rechtliche Gehör vom Betroffenen nachträglich voll wahrgenommen werden kann, weil ihm die entscheidungswesentlichen Tatsachen nachträglich zur Kenntnis gebracht wurden. Dies ist im Rahmen des Schriftenwechsels geschehen. Sowohl das Grundbuchamt als auch die verfügende Stelle haben die Entscheidungsgründe in ihren Beschwerdeantworten nachgeliefert, wozu die Beschwerdeführerin nochmals Stellung nehmen konnte. Sie hat in ihrer Replik von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Da der Regierungsrat im Verwaltungsbeschwerdeverfahren über volle Kognition bei der Beurteilung von Verfügungen verfügt (§42 VRG), ist eine Heilung dieses Mangels im Verwaltungsbeschwerdeverfahren möglich. Auf die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und die Rückweisung der Angelegenheit kann im vorliegenden Fall verzichtet werden, da dem Begehren in materieller Hinsicht nicht entsprochen werden kann (ZBI 90 203, 205).

### III.

1. Nach §1 des Grundbuchgebührentarifs erhebt der Kanton für die Verrichtungen des Grundbuchamts Gebühren, so auch bei Handänderungen. Auf welcher Grundlage die Handänderungsgebühr zu berechnen ist, bestimmt sich in erster Linie nach §2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif. Dessen erster Satz besagt, dass die Grundlage für die Bemessung der Handänderungsgebühr die Handänderungssumme ist. Gemäss §3 Abs. 1 wiederum, ist die Gebühr aufgrund der Handänderungssumme des Grundstücks mit Einschluss der Zugehör zu berechnen. Nachdem der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen keine eindeutigen Kriterien für die Beurteilung der Streitfrage liefert, ist auf dem Weg der Auslegung zu ermitteln, ob und unter welchen Voraussetzungen neben dem Kaufpreis auch der Werkpreis als Handänderungssumme zu qualifizieren ist. Konstanter und unbestrittener Praxis entsprechend hat derjenige, der ein unbebautes Grundstück erwirbt, die

Handänderungsgebühr auf dem Landpreis zu bezahlen. Ist der Erwerbsgegenstand hingegen eine Liegenschaft, bemisst sich die Handänderungsgebühr nach dem Preis für die bebaute Parzelle. Als Handänderungssumme gilt somit die Gesamtheit der Leistungen, die der Erwerber dem Veräusserer für die Eigentumsübertragung am Erwerbobjekt tatsächlich zu erbringen hat (Hans Giger, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 216 N. 247 m.z.H.). Objekt des Erwerbs muss ein Grundstück im Sinne von Art. 655 Abs. 2 ZGB sein, ansonsten keine Handänderungsgebühren erhoben werden können. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall gegeben.

2. Das Grundbuchamt hat die Handänderungsgebühren in den hier zu beurteilenden Fällen auf dem gemäss Kauf- bzw. Werkvertrag für das Land und die Baute zu bezahlenden Gesamtpreis berechnet. Es ging stillschweigend davon aus, dass Objekt der Eigentumsübertragung letztlich eine schlüsselfertige Baute ist und zog daraus den Schluss, dass die Handänderungsgebühr auf dem dafür vertraglich geschuldeten Kauf- und Werkpreis berechnet werden muss. Dies wird von der Beschwerdeführerin beanstandet. Sie fordert die Berücksichtigung des Zeitwerts der im Zeitpunkt des Abschlusses der Kaufverträge bzw. der Grundbuchanmeldung erst im Rohbau erstellten Stockwerkeinheiten. Zur Begründung verweist sie auf das Kreisschreiben Nr. 1 des Grundbuch- und Notariatsinspektorats vom 22. Oktober 1999 (Kreisschreiben Nr. 1) und auf einen der beiden vom Regierungsrat am 22. Juni 1999 gefällten Beschwerdeentscheide betreffend Handänderungsgebühren, nämlich auf den in der Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug veröffentlichten Entscheid, welcher nach Auffassung der Beschwerdeführerin ihren Rechtsstandpunkt stützt (GVP 1999, S. 198ff).

Der Regierungsrat hat mit zwei Beschwerdeentscheiden vom 22. Juli 1999, von denen einer von der Beschwerdeführerin angerufenen wird, eine Praxisänderung vollzogen. Sie bestand darin, dass er die langjährige und generelle Praxis des Grundbuchamtes, die Handänderungsgebühr auch dann nur auf dem vom Erwerber für das Bauland zu entrichtenden Leistungen zu berechnen, wenn neben einem Kaufvertrag auch noch ein Werkvertrag abgeschlossen wurde, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen als gesetzeswidrig bezeichnete. In seinen Entscheiden hielt er fest, dass nicht nur der Kaufpreis für das Bauland, sondern auch der Werklohn für die Erstellung des Gebäudes Preisbestandteil, d.h. Teil der Gegenleistung für die Eigentumsübertragung am Erwerbobjekt und damit Teil der in den §§2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif erwähnten Handänderungssumme sein kann (GVP 1999, S. 207; BJM 1988 S. 59). Dies unter der Voraussetzung, dass der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien auf den Erwerb des Bodens samt einer schlüsselfertigen Baute gerichtet ist und das Geschäft seinem wirtschaftlichen Gehalt nach im Ergebnis dem Verkauf einer fertigen Baute gleichkommt (BGE 88 I 221; LGVE 1990 II 23). Wenn der übereinstimmende Parteiwille darauf abziele, dem Erwerber das Eigentum an einer vorgegebenen zukünftigen Sache zu verschaffen (GVP 1999, S.

205ff.; BVR 1997 S. 347f.), bilde Vertragsobjekt bzw. tatsächliches Erwerbsobjekt nicht das unbebaute Land, sondern ein – unter Umständen erst in Zukunft zu erstellendes – schlüsselfertiges Bauwerk. Der Verkauf einer noch zu erstellenden Stockwerkeinheit wird durch die gesetzliche Zulassung der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes ermöglicht (Art. 712d ZGB, Art. 33c GBV).

Ob die Vertragsparteien die Veräusserung eines schlüsselfertigen Objekts vereinbart haben und die Voraussetzungen für eine Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis erfüllt sind, muss, wie auch im Kreisschreiben Nr. 1 festgehalten wird, jeweils aufgrund aller besonderen Umstände im Einzelfall beurteilt werden (ZR 86, S. 84; BVR 2001 S. 553). Die Lehre und Praxis hat eine Reihe von Kriterien formuliert, die auf das Vorliegen eines dahingehenden Parteiwillens schliessen lassen. Unbestritten ist, dass es für eine Zusammenrechnung weder auf die äussere Form und Bezeichnung der Verträge ankommt, noch erforderlich ist, dass die Verträge von den gleichen Parteien abgeschlossen wurden (BGE 91 I 181). Kauf- und werkvertragliche Absprachen müssen immerhin konnex sein. Es muss zwischen ihnen ein Sinnzusammenhang bestehen, der gegeben ist, wenn der eine Vertrag ohne den andern nicht zustande gekommen wäre (BGE 88 I 221), oder der eine wenigstens den Beweggrund für den Abschluss des andern bildete. Steht nach Massgabe des tatsächlichen Parteiwillens die Übereignung einer schlüsselfertig zu erstellenden Baute im Vordergrund und nicht deren Herstellung nach den individuellen Vorstellungen und Weisungen der Bauherrschaft, der bei einem echten Werkvertrag ein uneingeschränktes Mitsprache- und Weisungsrecht gegenüber dem Werkbeauftragten zukommt, dann spricht dieser Umstand für eine Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis (BVR 2001 S. 552f.). Ein auf den Erwerb des Bodens samt schlüsselfertigem Haus gerichteter Parteiwille kann sich auch daraus ergeben, dass die Baute entsprechend dem bei Abschluss des Kaufvertrages behördlich bereits bewilligten Projekt erstellt wird (BVR 2001 S. 555f.), wie es auch im vorliegenden Fall geschehen ist.

3. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass ein Konnex zwischen Kauf- und Werkvertrag im vorliegenden Fall gegeben ist, vertritt aber die Ansicht, dass ein solcher nicht zwingend die Berücksichtigung des Gesamtkaufpreises bei der Berechnung der Handänderungsgebühr impliziere. Gegen eine Zusammenrechnung sprächen insbesondere zwei Gegebenheiten: Zum einen habe die Beschwerdeführerin die Eigentumsübertragung am Bauland nicht von der Leistung des Werkpreises abhängig gemacht. Ein Teil des Werkpreises sei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Handänderung gar noch nicht zur Bezahlung fällig gewesen. Es fehle somit an einem Kriterium, das der Regierungsrat in einem seiner Entscheide vom 22. Juli 1999 als wesentlich für die Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis erachtete. Die Zahlungsmodalitäten legen nach Auffassung der Beschwerdeführerin eine Berechnung aufgrund des Zeitwertes nahe. Zum gleichen Er-

gebnis gelange man bei Berücksichtigung des Akzessionsprinzips. Gemäss Ziffer 2 des Kreisschreibens Nr. 1 und dem Entscheid des Regierungsrates bildeten die Werte bzw. baulichen Vorrichtungen, die im Zeitpunkt der Handänderung vorhanden und gemäss Akzessionsprinzip Bestandteil der Sache sind, den Ausgangspunkt für die Berechnung der Handänderungsgebühr. Zukünftige Investitionen stellten im Zeitpunkt der Handänderung noch keinen Grundstückbestandteil dar. Sie seien bei der Berechnung der Handänderungsgebühr nicht zu berücksichtigen.

3.1. Zu entscheiden ist zunächst die Frage, ob Kauf- und Werkvertrag auch dann noch als konnex im oben umschriebenen Sinne zu betrachten sind, wenn die Verkäuferschaft die Erfüllung des Kaufvertrages nicht von der Leistung des Werkpreises abhängig macht. Die ältere Praxis anderer Kantone verneinte dies, wenn der Kaufvertrag wesentlich vor Vollendung der Bauten durch Eintragung im Grundbuch sofort und vorbehaltlos vollzogen wird und die spätere Abwicklung des Werkvertrages auf das bereits vollständig abgewickelte Kaufgeschäft keinen Einfluss mehr hat (ASA 50 S. 450; ZBI 67 S. 309f.; BJM 1988 S. 58). Diese Auffassung entspricht im Wesentlichen auch dem vom Regierungsrat des Kantons Zug bisher eingenommenen und im Kreisschreiben Nr. 1 wiedergegebenen Standpunkt. Während nämlich in einem der am 22. Juni 1999 beurteilten Fälle anstelle des Landpreises der Gesamtpreis zu berücksichtigen war, bezeichnete es der Regierungsrat in dem von der Beschwerdeführerin angerufenen Beschwerdeentscheid als gerechtfertigt, vom Land- und Zeitwert der jeweiligen Kaufobjekte im Zeitpunkt der Handänderung auszugehen. Dafür erachtete der Regierungsrat den nur in einem der beiden Fälle gegebenen Umstand für ausschlaggebend, dass die Erfüllung des Kaufvertrages durch die Verkäuferschaft nicht von der vollständigen Bezahlung des Gesamtpreises durch die Käuferschaft abhängig gemacht worden war. Daraus aber ableiten zu wollen, eine vorbehaltlose Erfüllung des Kaufvertrages mache die Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis unzulässig, wäre indessen unrichtig. Der Regierungsrat hielt in seinem Entscheid ausdrücklich fest, die von der Leistung des Gesamtpreises abhängige Erfüllung des Kaufvertrages verdeutliche, dass die Parteien im Ergebnis den Verkauf eines schlüsselfertigen Objekts vereinbart haben. Dieser Umstand indiziert folglich bloss das Vorliegen eines bestimmten, nämlich auf den Erwerb eines solchen Objekts gerichteten Parteiwillens als Voraussetzung für die Berücksichtigung des Gesamtpreises (ASA 50 S. 450).

Zutreffend an der Auffassung der Beschwerdeführerin ist, dass es sich um so eher rechtfertigt, die Gebühr unter Einschluss des vollen Werkpreises zu berechnen, wenn der Kaufvertrag erst nach Erstellung des Bauwerks zur Anmeldung gelangt, die förmliche Übertragung des Grundeigentums – anders ausgedrückt – erst in die Wege geleitet wird, nachdem die Wertsteigerung eingetreten ist. Die sofortige Eintragung des formell auf das Bauland und allenfalls auf bereits erstellte Bauteile beschränkten Kaufvertrages schliesst aber umgekehrt nicht aus, dass bei der Berechnung der Handänderungsge-

büht nicht dennoch auf die für den effektiven Erwerbsgegenstand erbrachten Leistungen abzustellen ist (AGVE 1966 S. 148). Dass die vorbehaltlose Erfüllung des Kaufvertrages über den Erwerb von Bauland eine Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis nicht ausschliesst, entspricht neuerer Lehre und Rechtsprechung (ASA 50 S. 452). Der Regierungsrat hat diese Rechtsauffassung in den beiden Beschwerdeentscheiden vom 22. Juli 1999 mit den Worten zum Ausdruck gebracht, dass der wirkliche Parteiwille, der gemäss Art. 18 OR bei aller Rechtsanwendung zu beachten ist, den Ausgangspunkt für die Berechnung der Handänderungsgebühr bilde.

3.2. Die Beschwerdeführerin fordert die Berücksichtigung des Zeitwertes der Baute im Zeitpunkt der Handänderung des weiteren unter Hinweis auf das Akzessionsprinzip. Daraus ergebe sich, dass Gegenstand der Handänderungsgebühr nur sein könne, was im Zeitpunkt des Eigentumsüberganges bzw. des Grundbucheintrages an Werten effektiv vorhanden ist und in zivilrechtlicher Hinsicht die Hand ändert. Sofern mit der Erstellung des Bauwerkes vor Abschluss und Vollzug des Kaufvertrages gar nicht begonnen worden ist, kommt dies der Forderung nach Berücksichtigung des blossen Landwertes gleich. Daraus wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin aus der vom Regierungsrat geänderten und im Kreisschreiben Nr. 1 kommentierten Praxis ableitet, dem Akzessionsprinzip (Art. 667 ZGB) komme hinsichtlich der Berechnungsgrundlage gegenüber dem tatsächlichen Parteiwillen ein absoluter Vorrang zu.

Tatsächlich finden sich in dem von der Beschwerdeführerin angerufenen Beschwerdeentscheid und im Kreisschreiben Nr. 1 Anhaltspunkte, die deren Sichtweise stützen. Die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin steht auch im Einklang mit der früheren Veranlagungspraxis anderer Kantone, welche bei einer Verbindung von Kauf- und Werkvertrag bzw. beim Kauf einer schlüsselfertigen Baute oder Stockwerkeinheit darauf abstellte, welche Werte der schlüsselfertig zu erstellenden Baute im Zeitpunkt der Eigentumsüberganges effektiv vorhanden waren. So hat neben der früheren bernischen namentlich auch die baselstädtische Praxis in Anwendung von §1 Abs. 1 des Gesetzes über die Handänderungssteuer vom 11. Dezember 1882, in der Fassung vom 15. September 1983, der als Grundlage für die Berechnung der Handänderungssteuer den 'Kaufpreis' angibt, bei einem Liegenschafts Kauf in Verbindung mit einem Werkvertrag die Handänderungssteuer bis ins Jahr 1974 nur auf dem Liegenschaftswert und demjenigen der unter Umständen bereits erstellten Baute berechnet. Die aus dem Werkvertrag künftig anfallenden Kosten wurden hingegen nicht erfasst (BJM 1988 S. 60). Der Regierungsrat wiederum liess die Frage, ob die den Zeitwert übersteigende werkvertragliche Schuld des Käufers noch als Gegenleistung für die Eigentumsübertragung am Kaufsobjekt zu betrachten sei, in dem von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheid zwar ausdrücklich offen, führte dann aber aus, die Handänderungsgebühr sei so oder anders nur von jenem Wert zu erheben, welcher den Grundstücken im Zeitpunkt des Vertragsabschlus-

ses bzw. der unmittelbar im Anschluss daran vollzogenen Handänderung zukommt. Diese Wendung macht die Forderung der Beschwerdeführerin nach Berücksichtigung des Zeitwertes nachvollziehbar. Der von ihr eingenommene Standpunkt wurde vom Regierungsrat als mit dem Grundbuchgebührentarif vereinbar erklärt, mit dem Hinweis, diesem liege das Sachenrechtsprinzip zugrunde.

Trotz dieser Ausgangslage erweist sich eine vertiefte Überprüfung der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin und mithin auch der vom Regierungsrat vollzogenen Praxisänderung als erforderlich. Dies ergibt sich schon daraus, dass sie die zentrale Frage des gegenseitigen Verhältnisses von tatsächlichem Parteiwillen (Art. 18 OR) einerseits und Akzessionsprinzip (Art. 667 ZGB) andererseits bei der Berechnung der Handänderungsgebühr berührt und damit eine Frage, die in dem von der Beschwerdeführerin angerufenen Entscheid vom Regierungsrat gar nicht zu beurteilen war. Zu entscheiden war damals lediglich, ob die Berücksichtigung des blossen Landwerts gesetzmässig sei, was der Regierungsrat in Abänderung einer langjährigen Praxis verneinte. Aus dem Umstand, dass er die Berücksichtigung des Zeitwertes – der im damals zu beurteilenden Fall vom Gesamtpreis nur geringfügig abwich – für zulässig bezeichnete, lässt sich nicht ableiten, dass dem Akzessionsprinzip die ihm von der Beschwerdeführerin beigemessene Bedeutung zukommt und die Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis durch das Grundbuchamt im vorliegenden Fall unrechtmässig wäre. Bildet nämlich eine noch zu erstellende schlüsselfertige Baute das vertragliche Erwerbobjekt, was im zu beurteilenden Fall unstrittig ist, dann hat der Erwerber dem Veräusserer dafür nicht bloss den Landpreis, sondern auch den Werkpreis zu bezahlen. Die Entscheide des Regierungsrates und das Kreisschreiben Nr. 1 stellen klar, dass in diesem Fall anstelle des blossen Landwertes der Gesamtpreis den Ausgangspunkt für die Berechnung der Handänderungsgebühr bildet. Die Massgeblichkeit des Gesamtpreises ist die Folge einer schuldrechtlich orientierten Würdigung der für die Bemessung wesentlichen Umstände bzw. einer wirtschaftlich orientierten Auslegung der §§ 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif. Das Abstellen auf den Zeitwert, d.h. auf Werte, die im Zeitpunkt der Handänderung vorhanden sind und objektiv die Hand ändern, lässt sich demgegenüber nur sachenrechtlich begründen. Es ist das Akzessionsprinzip, welches es nahe zu legen scheint, als Handänderungssumme nur das Entgelt für den Gegenstand des Eigentumsübergangs zu betrachten und als Gegenstand des Eigentumsübergangs nur das, was im Zeitpunkt der Handänderung tatsächlich existiert. Auf den ersten Blick führen die schuldrechtliche und die sachenrechtliche Wertung somit zu sich widersprechenden Ergebnissen.

In welcher Weise der vermeintliche Wertungswiderspruch zwischen der schuldrechtlichen und der sachenrechtlichen Betrachtungsweise aufzulösen ist, kann weder dem Grundbuchgebührentarif, noch den beiden Entscheiden des Regierungsrates bzw. dem Kreisschreiben Nr. 1 entnommen werden.

Eine Antwort auf diese Frage erhält man erst nach Vornahme einer Folgenprüfung bei verfassungsmässiger Auslegung des Grundbuchgebührentarifs. Dass das kantonale Recht bundesrechts- bzw. verfassungskonform auszulegen ist, entspricht einhelliger Rechtsauffassung. Das Erfordernis ergibt sich aus dem systematischen Auslegungselement (Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1 ZGB N. 188ff.). Bei verfassungsgemässer und ergebnisorientierter Auslegung von §2 Abs. 1 und §3 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif zeigt sich, dass das Akzessionsprinzip als Prinzip des Sachenrechts die schuldrechtliche Wertung bei der Ermittlung der Handänderungssumme nicht zurückzudrängen vermag. Es würde in stossender Weise dem in Art. 9 BV verankerten Gebot, ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden, zuwiderlaufen, wenn die Zusammenrechnung von Land- und Gebäudepreis von dem im allgemeinen doch mehr oder weniger zufälligen Umstand abhängig gemacht würde, ob bei Kaufvertragsabschluss oder bei der Eigentumsübertragung bereits irgendwelche Bauarbeiten in Angriff genommen worden waren (ASA 44 S. 66). Dies tritt namentlich bei Überbauungen deutlich hervor, bei denen einzelne zu Stockwerkeigentum ausgestaltete Miteigentumsanteile – sei es mangels Nachfrage oder aus anderen Gründen – vor Baubeginn, die übrigen erst nach Fertigstellung verkauft werden. Ein sachlicher Grund für eine gebührenrechtliche Ungleichbehandlung ist hier nicht ersichtlich, zumal das Erwerbsobjekt nach dem Vertragswillen und wirtschaftlich betrachtet in beiden Fällen das Gleiche ist. Würde man beim Verkauf einer zukünftigen Sache die Berechnung der Handänderungsgebühr auf dem Wert der Liegenschaft zur Zeit der Beurkundung bzw. der Eigentumsübertragung zulassen, hätte es der bauwillige Eigentümer eines Grundstücks in der Hand, die Handänderungsgebühr – soweit sie sich auf den Gebäudewert bezieht – dadurch zu umgehen, dass er einem Erwerbsinteressenten durch frühzeitige Stipulation eines konnexen Kauf- und Werkvertrages anstatt eines schlüsselfertigen Hauses das blossе Bauland und eventuell den angefangenen Bau zu Eigentum überträgt.

Mit Blick auf die Folgen der ‘sachenrechtlichen Betrachtungsweise‘ wird auch in der neueren Lehre und Praxis zunehmend die Ansicht vertreten, es komme nicht darauf an, ob die Baute im Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages bzw. der Eigentumsübertragung schon erstellt oder ob sie mehr oder weniger vollendet war (BVR 2001 S. 197ff., 1997 S. 349). Auch das Bundesgericht bezeichnete im Entscheid 88 I 217 eine Zusammenrechnung als zulässig, obschon beim Abschluss des Kaufvertrages offenbar mit dem Bau noch nicht begonnen worden war. Dies muss auch im vorliegenden Fall gelten: Die Käufer haben nicht bloss ein Stück Land, verbunden mit einem Anspruch aus Werkvertrag erworben. Ihr Wille war auf den Kauf einer schlüsselfertigen Baute gerichtet. Mit der Erfüllung des Kaufvertrages ist den Erwerbern nicht nur das Eigentumsrecht am Bauland übertragen, sondern auch das Recht an einem mit der Erfüllung des Werkvertrages entstehenden

zukünftigen Wert eingeräumt worden, der Kraft des Akzessionsprinzips mit seiner Entstehung ohne weiteres Eigentum des Erwerbers wird. So betrachtet respektiert die angefochtene Gebührenberechnung aufgrund der schuldrechtlichen Gegebenheiten nicht bloss das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot, sondern auch das Sachenrechtsprinzip, welches – wie sich zeigt zu Unrecht – zur Begründung der gegenteiligen Auffassung angeführt wird (BVR 1997 S. 351). Dies führt zu einer Präzisierung der vom Regierungsrat im Jahre 1999 eingeleiteten Praxisänderung: Es ist nicht willkürlich und mit dem Grundbuchgebührentarif vereinbar, darauf abzustellen, was wirtschaftlich gesehen zwischen den Beteiligten nach deren wirklichem Willen verkauft und zum Gegenstand der vertraglichen Preisbestimmung gemacht worden ist (BVR 2001 S. 197f). Die angefochtene Gebührenberechnung ist rechtmässig und geeignet, verfassungsrechtlich verpönte Ungleichbehandlungen von Käufern bzw. Käuferinnen bereits erstellter Bauten und solchen, die eine zukünftige Immobilie erwerben, zu beseitigen (BVR 1997 S. 351).

Zusammenfassend und in Präzisierung der bisherigen Praxis ergibt sich somit Folgendes: Auch wenn die aus dem Akzessionsprinzip abgeleitete Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin mit dem Grundbuchgebührentarif vereinbar erscheint, lässt sie sich unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung nicht aufrecht erhalten. Ist Erwerbsgegenstand nicht nur das Bauland, sondern ein zu erstellendes Gebäude, so bilden die vom Erwerber kauf- und werkvertraglich dafür versprochenen Leistungen Grundlage der Berechnung der Handänderungsgebühr und der Grundbuchverwalter hat den Gesamtpreis in seine Gebührenberechnung einzubeziehen. Damit erweisen sich die angefochtenen Berechnungen der Handänderungsgebühren auf der Grundlage von Kauf- und Werkpreis als rechtmässig.

4. Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, dass der Erwerb der Benützungrechte an noch zu erstellenden Parkplätzen zu Unrecht mit Handänderungsgebühren belastet werde. Dienstbarkeiten stellten keine Grundstücke dar, weshalb für die ‘Übertragung’ der ausschliesslichen, übertragbaren und vererblichen Benützungrechte an den Einzel-Autoeinstellplätzen im ersten Untergeschoss des Gebäudes keine Handänderungsgebühren erhoben werden könnten.

Das geltende Recht setzt für die Erhebung einer Handänderungsgebühr stillschweigend voraus, dass ein Grundstück im Sinne von Art. 655 ZGB die Hand ändert. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt. Gegenstand der Handänderung bildete in allen drei Fällen je eine (noch zu erstellende) Stockwerkeinheit mit dazugehörigen oder separat dazu erworbenen Nebenräumen. Bei diesen Stockwerkeinheiten handelt es sich um nichts anderes als um Miteigentumsberechtigungen an einem Grundstück im Sinne von Art. 655 ZGB. Im Unterschied zum gewöhnlichen Miteigentümer erwirbt der Stockwerkeigentümer zusätzlich zu seiner Position als Mitei-

gentümer am ganzen Grundstück ein unselbständiges Sonderrecht zur ausschliesslichen Benutzung, Verwaltung und baulichen Ausgestaltung gewisser Gebäudeteile, welches subjektiv-dinglich und damit untrennbar mit dem Miteigentumsanteil verbunden ist (Arthur Meier-Hayoz/Heinz Rey, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Vorb. N. 33, zu Art. 712a N. 7, 38). Anders als beim gewöhnlichen Miteigentum wird beim Stockwerkeigentum das Individualrecht an der Sache durch eine Wertquote ausgedrückt, welche zahlenmässig das Ausmass der Beteiligung des Stockwerkeigentümers am Rechtsinhalt des Miteigentums fixiert (Arthur Meier-Hayoz/Heinz Rey, a.a.O., Art. 712e N 4ff.; Christoph Brunner/Jürg Wichtermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Vorbem. zu Art. 646–654a ZGB N 6).

Die Einzel-Autoeinstellplätze im ersten Untergeschoss des Gebäudes bilden nicht Gegenstand des Sonderrechts. Da es für ihre Ausscheidung zu Sonderrecht im konkreten Fall an der hierfür gemäss Artikel 712b Abs. 1 ZGB erforderlichen Abgeschlossenheit fehlt, befinden sich die Autoeinstellplätze im gemeinschaftlichen Eigentum der Stockwerkeigentümer. Auch an einem gemeinschaftlichen Gebäudeteil kann der einzelne Stockwerkeigentümer sein Miteigentumsrecht indessen anteilmässig ausüben. Sein Individualrecht als Miteigentümer der gemeinschaftlichen Tiefgarage bezieht sich aber nicht auf ein real ausscheidbares Teilstück derselben, sondern auf die ungeteilte Sache mit ihren Bestandteilen (Art. 646 Abs. 1 ZGB; Brunner/Wichtermann, a.a.O., N. 2 zu Art. 646 N. 2). Er hat somit keinen Anspruch auf die Nutzung einer bestimmten Teilfläche des ersten Untergeschosses als Autoabstellplatz und ist in der Ausübung seiner Rechtsstellung insoweit beschränkt, als er potentiell verpflichtet ist, die anderen Miteigentümer in der Ausübung der gleichen Rechtsposition nicht zu beeinträchtigen (Christoph Lüscher, Voraussetzungen und Schranken der Angleichung von schlichtem Miteigentum an Stockwerkeigentum hinsichtlich Nutzung, Verwaltung und Innenausbau des gemeinschaftlichen Gebäudes, ZBGR 80 1999 74). Diese Ausgangslage schliesst indessen nicht aus, dass Teilflächen des gemeinschaftlichen Untergeschosses einzelnen Stockwerkeigentümern zur besonderen Nutzung zugewiesen werden können. Durch eine entsprechende Vereinbarung können die Miteigentümer ihre Rechtsstellung bezüglich der gemeinschaftlichen Gebäudeteile modifizieren. Sie können sich verpflichten, die Ausübung ihrer Mitberechtigung an den zur besonderen Nutzung an einen einzelnen Miteigentümer übertragen Teile der gemeinschaftlichen Sache zu unterlassen und die Ausübung des Nutzungsrechts durch denselben zu dulden (Lüscher, a.a.O., S. 79). Die Zuweisung zu Sondernutzung erfolgt in der Praxis regelmässig in der Nutzungs- und Verwaltungsordnung, durch Bildung von Miteigentumsanteilen an der als Stockwerkeinheit ausgestalteten Tiefgarage oder durch Errichtung einer Dienstbarkeit zu Lasten des Stammgrundstückes (ZBGR 55 1974 124; BGE 115 II 340, 342, 116 II 275, 279; 122 III 145, 147).

Im zu beurteilenden Fall ist die Nutzung der einzelnen Parkflächen durch Begründung von übertragbaren Personaldienstbarkeiten im Sinne von Art. 781 ZGB geregelt worden. Diese belasten das im gemeinschaftlichen Eigentum der Stockwerkeigentümer stehende GS 1739, an welchem die Stockwerkeigentümer im Verhältnis ihrer Wertquoten eigentumsmässig berechtigt sind und als Miteigentümer des Grundstücks nutzungsmässig partizipieren. Im Verhältnis ihrer Wertquoten steht den einzelnen Stockwerkeigentümern kraft ihres Miteigentums auch das Recht zur bestimmungsgemässen Nutzung der Tiefgarage zu. Der Umstand, dass der Wert des Benützungrechts an einem Autoabstellplatz – sei es aus praktischen Gründen oder im Interesse der Hypothekargläubiger – im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag häufig gesondert ausgewiesen wird und der Erwerb eines solchen von der Leistung eines besonderen Entgelts abhängig gemacht wird, vermag an dieser Rechtslage nichts zu ändern. Nachdem ein Recht zur bestimmungsgemässen Nutzung der Tiefgarage mit dem Stockwerkeigentum nur im Verhältnis der Wertquote gegeben ist, hat das Entgelt für eine darüber hinausgehende Nutzung, welche beim Erwerb mehrerer Benützungrechte eintreten kann, den Charakter eines finanziellen Ausgleichs des Nutzwerts, der den ausgeschlossenen Stockwerkeigentümern verloren geht (Brunner/Wichtermann, a.a.O., N. 13 zu Art. 648 ZGB). Für die Berechnung der Handänderungsgebühr wesentlich ist, dass der Wert, den die Benützungrechte an den Autoabstellplätzen in der Tiefgarage verkörpern, liegenschaftlicher Natur ist. Er hat im Verhältnis zum erworbenen Grundstück 'bestandteilsähnlichen Charakter', weil die Nutzung der Tiefgarage als gemeinschaftlicher Gebäudeteil den Stockwerkeigentümern Kraft ihres Miteigentums am Grundstück von Gesetzes wegen zusteht. Auch bei Vereinbarung eines besonderen Entgelts für das Benützungrecht am Parkplatz stellt die dafür erbrachte Leistung Teil des Preises dar, den der jeweilige Erwerber für das Erwerbsobjekt, d.h. den Miteigentumsanteil am Grundstück, mitsamt den weiteren damit verbundenen Rechtspositionen zu leisten hat. Weil der Handänderungsabgabe die Gegenleistung für das Grundstück und dessen Bestandteile sowie für die Zugehör als nichtliegenschaftlicher Wert unterliegt (Liver, Zürcher Kommentar, Art. 730 ZGB N. 37), erweist sich die Berücksichtigung der Gegenleistung für den Erwerb des Benützungrechts bei der Berechnung der Handänderungsgebühr als folgerichtig. Damit erweist sich die Gebührenberechnung durch das Grundbuchamt als rechtmässig und die Beschwerde als unbegründet. Die Verwaltungsbeschwerde wird abgewiesen.

Regierungsrat, 19. November 2002

### III. Baurecht

*§40 Abs. 1 BO Hünenberg, §2 Abs. 1 und Abs. 4 Lärmbekämpfungsverordnung Hünenberg, Ziff. 31 Anhang 6 LSV – Ist ein Frischmarktladen mit nächtlicher Anlieferung des Frischwarensortimentes und Weiterverteilung dieses Sortimentes an andere Geschäfte in der Kernzone von Hünenberg zonenkonform? Sind die Betriebszeiten einzuschränken?*

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sich ihre Liegenschaft in der Kernzone von Hünenberg befinde. Diese Zone sei für Geschäfts- und Gewerbebauten ohne störenden Einfluss auf die Nachbarschaft sowie für Wohnbauten bestimmt. Es verstehe sich von selbst, dass eine nächtliche Anlieferung des Ladens dieser Vorschrift zuwiderlaufe.

Die Beschwerdeführerin stellt damit die Zonenkonformität des Frischwarenladens, so wie er mit nächtlichen Anlieferungen betrieben wird, in Frage. Sowohl die Liegenschaft der Beschwerdeführerin als auch der umstrittene Frischwarenladen befinden sich in der Kernzone der Gemeinde Hünenberg. Diese Zone ist für Geschäfts- und Gewerbebauten ohne störenden Einfluss auf die Nachbarschaft sowie für Wohnbauten bestimmt (§40 Abs. 1 Bauordnung der Gemeinde Hünenberg vom 3. September 1990 bzw. 15. April 1991; BO Hünenberg).

Gemäss diesen besonderen Bau- und Zonenvorschriften sind in der Kernzone Geschäfts- und Gewerbebauten, namentlich Ladengeschäfte, öffentlich zugängliche Lokale und Kleingewerbe aber auch Wohnnutzung zulässig. Diese Formulierung erlaubt ein breites Spektrum von Nutzungsarten. Es ist aber nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber in dieser Zone nur solche Betriebe sieht, die keinen störenden Einfluss auf die Nachbarschaft und die angrenzenden Wohnbauten haben können. Als nicht störend werden jene Gewerbebetriebe oder Geschäfte bezeichnet, die in Wohnzonen zugelassen sind. Ladengeschäfte sind dabei ebenfalls nicht störend, insbesondere was die Ladenöffnungszeiten und die Einhaltung der Nacht- und Sonntagsruhe betrifft (GVP 1999 S. 75). Die Schaffung von Geschäfts-, Gewerbe- und Wohnräumen in derselben Zone ist nicht als Gegensatz zu verstehen. Die verschiedenen Nutzungen sollen miteinander verträglich eine Entwicklung und Belebung der Kernzone von Hünenberg herbeiführen.

Ein Einkaufsladen kann zweifellos zur vielfältigen Nutzung in der Kernzone von Hünenberg beitragen. Insofern ist die Nutzung der Räumlichkeiten der Liegenschaft als Frischwarenladen grundsätzlich zonenkonform. Eine solche Nutzung unterscheidet sich daher nicht wesentlich von der Nutzung einzelner Bauten zu Geschäfts-, Gewerbe- oder Wohnzwecken. Demgegenüber führt die nächtliche Belieferung des Ladens täglich zwischen

03.00 und 04.00 Uhr mit Frischwaren zu Nachtruhestörungen. Dabei fährt der Lastwagen rückwärts zur Rampe, bisweilen mit einem entsprechenden Warnsignal. Der Chauffeur entlädt jeweils ein bis zwei Paletten mit Frischwaren, schliesst den Laderaum und fährt wieder weiter. Dieser Vorgang dauert lediglich wenige Minuten. Er ist jedoch mit erheblichem Lärm verbunden und sprengt deshalb eindeutig das vorliegend noch zulässige Immissionsniveau der Kernzone, insbesondere mitten in der Nacht. Anlässlich des Augenscheins zeigte sich, dass der Ladeninhaber von seinem Laden aus auch andere Geschäfte der näheren Umgebung mit Frischprodukten beliefert. Die Nutzung der Entladerampe als Umschlagplatz ist in den frühen Morgenstunden in der Kernzone von Hünenberg ebenfalls unzulässig.

Der raumplanerische Immissionsschutz nach der Zonenordnung sorgt für die Nachtruhe und das Wohlbefinden der Bevölkerung. Dieser Schutz kann nicht durch die ständige Präsenz der Ordnungshüter, sondern muss eben planungsrechtlich gewährleistet sein. Die Bauordnung könnte durchaus eine Förderung von Teilen des Dorfkerns als Einkaufsviertel mit mässigen oder erheblichen Immissionen vorsehen. Dies ist aber vorliegend nicht geschehen. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat sich in der Kernzone für Wohnen und nicht störende Geschäfts- und Gewerbebetriebe entschieden. Der südwestliche Teil der Dorfkernzone dient im besonderen Mass dem Wohnen, während entlang der... vermehrt Geschäfts- und Gewerbebauten stehen. Die Qualitäten der Kernzone können durch eine immer wiederkehrende nächtliche Anlieferung für den Frischwarenladen empfindlich gestört werden. Eine solche erhebliche Störung der Nachtruhe ist in der Kernzone Hünenberg nicht zulässig. Der hier strittige Laden, welcher zwar wie die übrigen Läden an bestimmte Öffnungszeiten gebunden ist, muss als störender Betrieb betrachtet werden. Weil die nächtliche Anlieferung, aber auch die nächtliche Belieferung weiterer Geschäfte der näheren Umgebung mit Frischwarenprodukten vom Frischwarenladen aus eine Belastung darstellt, welche als störend bezeichnet werden muss, kann der gegenwärtige Betrieb des fraglichen Ladens nicht mehr als zonenkonform betrachtet werden. Er stellt für die Nachbarschaft eine Belastung dar und erweist sich deshalb als unvereinbar mit dem Planungsziel der Kernzone.

Daher steht im Zwischenergebnis fest, dass der Frischwarenladen an sich zonenkonform wäre. Insbesondere wegen der nächtlichen Anlieferung des Frischwarensortimentes, aber auch wegen der Weiterverteilung der Frischwaren auf andere Geschäfte der näheren Umgebung wirkt der Laden für die Nachbarschaft störend. Sein Betrieb ist zur Zeit nicht zonenkonform. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

4. Die Beschwerdeführerin fordert eine sofortige Betriebszeitenbeschränkungen. Sie fordert, dass die Anlieferung für das Verkaufsgeschäft nicht vor 06.30 Uhr erfolgen dürfe.

Nachdem erstellt ist, dass dem Frischwarenladen wegen der nächtlichen Anlieferung sowie der Weiterverteilung von Frischprodukten an andere Läden die Zonenkonformität abgeht, ist nachfolgend die Wiederherstellung des zonenkonformen Zustandes zu prüfen. Der Inhaber des Frischwarenladens kann die Zonenkonformität seines Geschäftes nur wiedererlangen, wenn er gewährleisten kann, dass sein Betrieb auf die Nachbarschaft auch während der Nacht nicht störend wirkt.

a) Gemäss §2 Abs. 1 gemeindliches Reglement über die Lärmbekämpfung vom 7. August 1972 (Lärmbekämpfungsreglement) ist jedermann gehalten, bei allen Tätigkeiten, die zur Vermeidung von Lärm erforderlichen Vorkehren zu treffen. Die generelle Nachtruhe von 22.00 bis 06.30 Uhr ist dabei zu beachten (§2 Abs. 4 Lärmbekämpfungsreglement). Aufgrund der eidgenössischen Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41) gelten die Immissionsgrenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm für die Nacht bis 07.00 Uhr (Ziff. 31 Anhang 6 LSV). Die LSV legt die Belastungsgrenzwerte für Lärmimmissionen – auch für den vorliegend zur Diskussion stehenden Gewerbelärm – abschliessend fest. In Hünenberg verlangen jedoch die Vorschriften der Kernzone, dass Geschäfts- und Gewerbebauten keinen störenden Einfluss auf die Nachbarschaft haben dürfen. Dabei handelt es sich um eine raumplanerische Vorschrift. In diesem beschränkten Umfang findet auch das gemeindliche Lärmbekämpfungsreglement noch Anwendung. Danach endet die generelle Nachtruhe in Hünenberg bereits um 06.30 Uhr. Unbeachtlich bleibt für den vorliegenden Fall der vom Gemeinderat angeführte § 7 Gesetz über die öffentlichen Ruhetage und die Öffnungszeiten der Verkaufsgeschäfte vom 4. November 1974 (BGS 942.31). Danach können Verkaufsgeschäfte an Werktagen bereits ab 06.00 Uhr geöffnet werden (Abs.1). Dabei handelt es sich lediglich um eine gewerbliche und handelspolizeiliche Vorschrift. Selbstverständlich darf eine Geschäftsöffnung ab 06.00 Uhr nur dann erfolgen, wenn auch die raumplanerischen und immissionsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Damit steht fest, dass einer Anlieferung des Frischwarenladens ab 06.30 Uhr aus raumplanerischer Sicht nichts entgegensteht. Selbstverständlich gelangen für die Beurteilung der Lärmbelastung bis 07.00 Uhr die Belastungsgrenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm für die Nacht gemäss Ziff. 2 Anhang 6 LSV zur Anwendung. Die Einhaltung dieser Belastungsgrenzwerte ist vorliegend jedoch unproblematisch.

Der Inhaber des Frischwarenladens muss inskünftig gewährleisten, dass die tägliche Anlieferung des Frischwarensortimentes entweder frühestens ab 06.30 Uhr oder – falls dies nicht möglich ist – an einem anderen Standort erfolgt. Erfolgt die Anlieferung an einen anderen, bestenfalls in einer Arbeitszone gelegenen Standort, könnte der Inhaber des ... von dort aus einerseits die Belieferung weiterer Geschäfte der Umgebung mit Frischwaren sicherstellen und andererseits nach 06.30 Uhr auch seinen Betrieb an der ... in Hünenberg beliefern.

b) Aus dem Begehren der Beschwerdeführerin geht indirekt hervor, dass sie eine Betriebszeitenbeschränkung mit Rechtskraft dieses Entscheides wünscht. Eine Betriebsumstellung kann jedoch nicht von heute auf morgen erfolgen. Sie muss vorbereitet werden. Aus diesem Grund soll dem Inhaber des Frischwarenladens unter Beachtung der Verhältnismässigkeit eine Übergangsfrist gewährt werden. Bei der Bemessung der Frist kommt der Behörde ein erhebliches Ermessen zu. Den öffentlichen Interessen an der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes sind die privaten Interessen des Ladeninhabers an einer möglichst langen Übergangsfrist sowie einer reibungslosen Umstellung der Anlieferung gegenüber zu stellen. Der Regierungsrat hat sich bereits mehrmals zur Fristansetzung bei der Wiederherstellung des bewilligten Zustandes in Bausachen geäussert. Namentlich hat er eine Frist von 90 Tagen zur Wiederherstellung von zwei Teichanlagen in den ursprünglichen Zustand bzw. eine Frist von sechs Monaten zur Rückführung einer illegal umgebauten Wohnung in einen Lagerraum seit Rechtskraft der entsprechenden Verfügungen bestätigt (Regierungsratsbeschluss vom 12. September 2000 i.S. H.S. bzw. vom 7. Mai 2002 i.S. J.S.). Auch beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat bei der Wiederherstellung des bewilligten Zustandes in Bausachen unter Vorbehalt besonderer Umstände ein Regelmass von drei Monaten Fuss gefasst. (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, N 669). Das Bundesgericht hat die Wiederherstellungsfrist für den Abbruch eines Bauernhauses auf drei Monate festgesetzt (Urteil des Bundesgerichts i.S. Bundesamt für Raumentwicklung gegen P.B. vom 22. August 2001).

Vorliegend rechtfertigt sich eine etwas längere Übergangsfrist von sechs Monaten seit Rechtskraft dieses Entscheides. Diese Frist ist grosszügig bemessen. Dem Ladeninhaber wird damit genügend Zeit eingeräumt, um die notwendige Betriebsumstellung vorzunehmen bzw. die Anlieferung neu zu organisieren. Da der Fristenlauf erst mit der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung zu laufen beginnt, werden dem Ladeninhaber samt Rechtsmittelfrist sogar rund sieben Monate zur Wiederherstellung des raumplanungskonformen Zustandes zur Verfügung stehen.

Damit wird verfügt, dass der Frischwarenladen an der ... in Hünenberg nicht vor 06.30 Uhr beliefert werden darf. Vor diesem Zeitpunkt darf auch keine Belieferung anderer Geschäfte vom Frischwarenladen aus erfolgen. Dem Ladeninhaber wird für die Betriebsumstellung eine Frist von sechs Monaten seit Rechtskraft dieses Entscheides eingeräumt.

Regierungsrat, 9. Juli 2002

## IV. Soziale Sicherheit

### 1. Berufliche Vorsorge

*Art. 88 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG. – Aufsichtsrechtliche Massnahmen: Anordnung der Liquidation einer registrierten Vorsorgeeinrichtung infolge Konkurses der Stifterfirma und nachdem die Aussichtslosigkeit der Wiederherstellung eines ordnungsgemässen finanziellen Zustandes bzw. die Zahlungsunfähigkeit der Stiftung festgestellt worden ist.*

A. Unter dem Namen P (nachfolgend «Stiftung») mit Sitz in Zug besteht eine von der Firma D mit öffentlicher Urkunde vom 30. Mai 2000 errichtete Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB, Art. 331 OR und Art. 48 Abs. 2 BVG. Die Stiftung ist im Register für berufliche Vorsorge unter der Ordnungsnummer ZG-0112 eingetragen.

Die Stiftung bezweckt vorwiegend im Grossraum Zug die Durchführung der obligatorischen beruflichen Vorsorge im Rahmen des BVG und seiner Ausführungsbestimmungen für die Arbeitnehmer und Arbeitgeber der ihr angeschlossenen Firmen und allenfalls Verbände sowie für deren Angehörige und Hinterlassenen nach Massgabe eines Reglements gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität. Der Anschluss erfolgt auf Grund einer schriftlichen Anschlussvereinbarung, die der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis zu bringen ist.

Die Stiftung kann über die gesetzlichen Mindestleistungen hinaus weitergehende Vorsorge betreiben.

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.

Nachdem das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht erstmals am 26. November 2001 vom Stiftungsrat telefonisch darüber in Kenntnis gesetzt worden war, dass sich die Stiftung offenbar wegen zweckwidriger Verwendung von Stiftungsmitteln in einer äusserst schwierigen finanziellen Lage befinde, hat die Aufsichtsbehörde nach Sitzungen mit dem Stiftungsrat und aufgrund der von ihm gefassten Beschlüsse mit Verfügung vom 13. Dezember 2001 aufsichtsrechtliche Sofortmassnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes der Pensionskasse P, die als Sammelstiftung geführt wird, angeordnet. So wurde festgestellt, dass die Pensionskasse P eine massive Unterdeckung aufweist und nicht mehr in der Lage ist,

die reglementarischen Ansprüche der Destinatäre sicherzustellen. Sodann wurde die vom Verwaltungsrat der Stifterfirma beschlossene Abberufung des amtierenden Stiftungsrates und die Einsetzung neuer Mitglieder wegen drohender Interessenkonflikte ausdrücklich untersagt und mittels Änderung der Stiftungsurkunde bis auf Weiteres der Stifterfirma die Befugnis entzogen, die Mitglieder des Stiftungsrates zu bestimmen oder abzurufen. Das Handelsregisteramt wurde zudem angewiesen, die Änderung der Stiftungsurkunde im Handelsregister einzutragen. Schliesslich wurde der Stiftungsrat unter Androhung weitergehender aufsichtsrechtlicher Massnahmen angewiesen, für die Wiederherstellung und Sicherstellung geordneter finanzieller Verhältnisse in der Stiftung besorgt zu sein und alle hierfür erforderlichen Massnahmen zu ergreifen sowie die angeschlossenen Arbeitgeber und Destinatäre unverzüglich und in geeigneter Form über die Sachlage zu informieren.

Laut Protokoll der Sitzungen vom 30. November 2001 und 11. Dezember 2001 hat der Stiftungsrat beschlossen, der D als Stifterfirma und zugleich Geschäftsführerin der Stiftung die Verfügungsbefugnis über die auf die Stiftung lautenden Bankkonti sowie allen Mitarbeitern der Firma D die Zeichnungsberechtigung für die Stiftung mit sofortiger Wirkung zu entziehen. Der D, deren Bilanz Mitte November 2001 beim Konkursrichter deponiert worden war, wurde die Weiterführung sämtlicher Vertriebsaktivitäten für die Pensionskasse P bis auf Weiteres untersagt, ebenso wurde sie verpflichtet, dem Stiftungsrat innert Wochenfrist einen verbindlichen Rückzahlungsplan für die gesamte Schuld per 29. November 2001 von CHF 3,463 Mio. zuzüglich allfälliger weiterer Ausstände zu unterbreiten. Auch musste sie sämtliche Buchhaltungsunterlagen der Stiftung zwecks Zwischenabschlusses und Vorrevision bis am 14. Dezember 2001 zur Abholung durch die beauftragte Firma F Treuhand AG, bereit halten. Sodann beschloss der Stiftungsrat, sich während des Sanierungsverfahrens durch M. H. Rechtsanwalt und dipl. Pensionsversicherungsexperte, beraten zu lassen.

Über die Stifterfirma D eröffnete der Konkursrichter laut Informationen des Stiftungsrates offenbar am 13. Dezember 2001 den Konkurs. Tags darauf stellte der Stiftungsrat gegen die Stifterfirma das Betreibungsbegehren über CHF 3,463 Mio. wegen ausstehender Darlehens- und Kontokorrentschulden.

Schliesslich fand auf Begehren der Stifterfirma am 21. Dezember 2001 eine Besprechung zwischen dem Stiftungsrat, dessen Berater, je zwei Vertretern der D und der F Treuhand AG sowie einem Experten, statt, wobei nach konkreten Lösungsmöglichkeiten zur Sanierung der Stiftung gesucht wurde. Auf ausdrücklichen Wunsch des Stiftungsrates waren auch Vertreter der Aufsichtsbehörde orientierungshalber bei der Besprechung anwesend. Anschliessend an diese Aussprache hielt der Stiftungsrat eine ausserordentliche Sitzung ab und beschloss, nach Prüfung der finanziellen Situation und mangels Aussichten auf eine realisierbare Sanierung der Pensionskasse P diese

per 31. Dezember 2001 vollumfänglich zu liquidieren. Aus dem Protokoll der ausserordentlichen Stiftungsratssitzung vom 21. Dezember 2001, welches vom Stiftungsrat am 28. Dezember 2001 rechtsgültig unterzeichnet eingereicht wurde, geht ferner hervor, dass die bisherigen Mitglieder die Liquidation der Pensionskasse P durchführen werden und dass die bisherige Kontrollstelle, K AG, Zug, abgewählt und die KPMG Fides, als neue Kontrollstelle gewählt wurde. Sodann beschloss der Stiftungsrat, seine diesbezüglichen Beschlüsse unverzüglich und direkt beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden.

Laut Angaben des Stiftungsrates besteht seitens der W verbindliche schriftliche Offerte vom 27. Dezember 2001, dass sich alle bisher der Pensionskasse P angeschlossenen Arbeitgeber mit ihren Arbeitnehmern zu den gleichen Tarifbedingungen per 1. Januar 2002 der Sammelstiftung der W anschliessen können und somit die Kontinuität der beruflichen Vorsorge sichergestellt ist. Auch liegt dem Stiftungsrat eine Bestätigung der W vom 21. Dezember 2001 vor, wonach die bisherige Risikodeckung zu Gunsten der Versicherten trotz Auflösung des Kollektivversicherungsvertrages zwischen der Pensionskasse P und der W bis längstens am 31. Januar 2002 gewährleistet bleibt. Beide vorgenannten Schreiben hat der Stiftungsrat dem Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht am 3. Januar 2002 per Fax zugestellt; sie werden den Aufsichtsakten beigelegt.

Der Konkurs der Stifterfirma und die Aussichtslosigkeit der Wiederherstellung eines ordnungsgemässen finanziellen Zustandes der Stiftung führten zwangsläufig zum Beschluss des Stiftungsrates vom 21. Dezember 2001, die Pensionskasse P per 31. Dezember 2001 aufzuheben und zu liquidieren. Die Aufhebung einer Stiftung erfolgt grundsätzlich von Gesetzes wegen, sobald ihr Zweck unerreichbar geworden ist (Art. 88 Abs. 1 ZGB). Nachdem die Pensionskasse P zahlungsunfähig ist und die Schuldner der Stiftung offensichtlich auch nicht in der Lage sind, ihre Ausstände vollumfänglich oder teilweise zu begleichen, ist der Stiftungszweck ohnehin schon durch die (allseitige) Zahlungsunfähigkeit unerreichbar geworden. Eine unverzügliche Aufhebung und Liquidation der Stiftung erscheint nicht nur gerechtfertigt, sondern ist insbesondere auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Kontinuität und Sicherheit der beruflichen Vorsorge im Interesse der betroffenen Destinatäre geradezu zwingend notwendig, soll noch grösserer Schaden verhindert werden. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen und Informationen sind die Voraussetzungen für eine sofortige Liquidation der Stiftung somit als erfüllt zu betrachten (Art. 23 Abs. 1 FZG). Für das Verfahren sind die gesetzlichen Vorschriften von Art. 58 ZGB mit Verweis auf Art. 913 Abs. 1 OR bzw. Art. 738 ff. OR analog anwendbar. Die Pensionskasse P ist im Handelsregister mit dem Zusatz «in Liquidation» einzutragen und der Stiftungsrat hat im Sinne von Art. 742 Abs. 2 OR einen dreimaligen Schuldenruf im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu veröffentlichen sowie alle

weiteren für die ordnungsgemässe Durchführung der Liquidation erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht ist laufend zu orientieren. Die Beschlüsse des Stiftungsrates sind der Aufsichtsbehörde zur Zustimmung zu unterbreiten.

F. Nach Art. 74 Abs. 2 Bst. a) BVG kann gegen die vorliegende Verfügung der Aufsichtsbehörde bei der Eidgenössischen Beschwerdekommision BVG in Lausanne Beschwerde geführt werden. Für das Verfahren vor der Beschwerdekommision BVG gilt das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG). Nach Art. 55 Abs. 1 VwVG hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung. Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, kann die Vorinstanz darin einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Im vorliegenden Fall erweist sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung als unverzichtbar, damit die angeordneten Massnahmen zur ordnungsgemässen Liquidation der Stiftung sofort Wirkung entfalten.

ABVSA 3. Januar 2002

*Art. 62 Abs. 1 und Art. 79 Abs 1 BVG i.V.m. §4 lit. j der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1). – Ordnungswidrigkeiten: Verhängung einer Ordnungsbusse gegen einen säumigen Stiftungsrat, der trotz mehrmaligen und nachdrücklichen Aufforderungen und unter Hinweis auf die Strafdrohung gemäss Art. 79 BVG diverse Unterlagen zur Jahresrechnung sowie betreffend die angeordnete Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma nicht einreichte.*

A. Unter dem Namen «Personalfürsorgestiftung der Firma C AG» (nachfolgend «Stiftung») mit Sitz in S besteht eine mit öffentlicher Urkunde vom 14. Dezember 1981 errichtete Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB und Art. 331 OR. Die heute gültige Stiftungsurkunde wurde letztmals durch Verfügung der Direktion des Innern vom 16. Juni 1986 geändert.

Die Stiftung bezweckt die Fürsorge für die Mitarbeiter der Stifterfirma bei Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall und Arbeitslosigkeit bzw. bei ihrem Ableben für ihre Hinterbliebenen. Ferner können bei unverschuldeter Notlage den im Dienst der Stifterfirma stehenden oder ehemaligen Mitarbeitern sowie ihren Hinterbliebenen Unterstützungen gewährt werden.

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).

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Jahresrechnungen pro 1995–1999, die der Aufsichtsbehörde erst nach mehrmaligem Mahnen und Androhung einer Strafanzeige schliesslich im Verlaufe des Jahres 1999 und 2000 sporadisch eingereicht worden waren, verlangte das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht vom Stiftungsrat genaueren und konkreten Abschluss über das weitere Schicksal der Stiftung. Über die Stifterfirma waren nämlich im April 1999 der Konkurs eröffnet und das Verfahren mangels Aktiven durch Verfügung des Konkursrichters vom 26. Mai 1999 geschlossen worden. Dabei war auch eine Darlehensforderung der Stiftung ungedeckt geblieben. Die Stifterfirma ist am 20. Oktober 1999 im Handelsregister des Kantons Zug gelöscht worden.

Die eingeforderte Stellungnahme des Stiftungsrates zum weiteren Vorgehen bzw. zur ordnungsgemässen Liquidation der Stiftung wurde von der Aufsichtsbehörde mehrmals ohne Erfolg angemahnt. Schliesslich fand am 17. August 2000 auf Verlangen der Aufsichtsbehörde mit dem Rechtsvertreter des Stiftungsrates eine Aussprache bezüglich des weiteren Schicksals der Stiftung statt. Es wurde vereinbart, dass die Stiftung per 31. Dezember 2000 aufzulösen sei. Sämtliche notwendigen Vorkehrungen sollten bis dahin ge-

troffen und die Unterlagen zusammen mit der Jahresrechnung pro 2000 fertig gestellt und eingereicht werden, worauf dann die Liquidation ordnungsgemäss verfügt werden könnte. Diese Stellungnahme bzw. der entsprechende Beschluss des Stiftungsrates sowie die für die Liquidation erforderlichen Unterlagen sind bis heute nicht eingereicht worden.

Gestützt auf §3 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 sind die Vorsorgeeinrichtungen verpflichtet, alljährlich unverzüglich, jedoch spätestens sechs Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres, die vollständigen Unterlagen zur Berichterstattung bei der Aufsichtsbehörde einzureichen. Nachdem die Stiftung ihrer Pflicht zur fristgerechten Berichterstattung für das Jahr 2000 nicht nachgekommen war, wurde sie mit Schreiben vom 25. Juli 2001 erstmals gemahnt und aufgefordert, die ausstehenden Unterlagen innert Monatsfrist vollständig einzureichen.

Am 22. August 2001 meldete sich der Rechtsvertreter der Stiftung telefonisch beim Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht und teilte mit, die Jahresrechnung pro 2000 sei mittlerweile erstellt worden und befinde sich bei der Kontrollstelle. Er sagte verbindlich zu, dass die Unterlagen in den folgenden zehn Tagen vollständig eingereicht würden. Als diese Frist unbenutzt abgelaufen war, erfolgte mit Schreiben vom 17. September 2001 die zweite Mahnung an die Adresse der Stiftung, wobei nochmals eine Frist bis am 8. Oktober 2001 eingeräumt wurde. Die Mitglieder des Stiftungsrates und die Kontrollstelle wurden gleichzeitig mittels Kopien orientiert. Am 27. September 2001 verlangte die Stiftung bei der Aufsichtsbehörde telefonisch nochmals ein Berichterstattungsformular, da das ihr zu Beginn des Jahres zugestellte Exemplar offenbar unauffindbar blieb. Die Ersatzausfertigung wurde der Stiftung postwendend zugestellt.

Nachdem auch die in der 2. Mahnung angesetzte Frist wiederum erfolglos verstrichen war, sandte das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht am 2. November 2001 eine letzte Mahnung an die Stiftung und forderte die Zustellung der Berichterstattungsunterlagen ultimatив bis spätestens am 9. November 2001. Der Stiftungsrat wurde zudem ausdrücklich und dringend darauf hingewiesen, in seiner Funktion als verantwortliches Organ der Stiftung für die umgehende Erledigung der Pendeuz besorgt zu sein. Daraufhin reichte der Stiftungsrat mit Schreiben vom 9. November 2001 (Eingang 12. November 2001) die ordnungsgemäss unterzeichnete Jahresrechnung pro 2000 samt Protokoll und Kontrollstellenbericht ein und teilte mit, das Berichterstattungsformular sowie die schriftliche Stellungnahme betreffend Auflösung der Stiftung (vgl. Bst. C. vorstehend) würden nachgereicht. Im Anhang zur Jahresrechnung pro 2000 hält der Stiftungsrat übrigens fest, dass die Stiftung infolge Konkurses der Stifterfirma im Verlaufe des Jahres 2001 aufzulösen sei.

Als die vom Stiftungsrat zugesicherten fehlenden Unterlagen auch nach zwei weiteren Monaten noch nicht vorlagen, forderte das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht im Sinne eines letzten Entgegenkommens und zwecks Vermeidung von zusätzlichem administrativem Aufwand die Stiftung mit eingeschriebenem Brief vom 11. Januar 2002 nochmals auf, das fehlende Berichterstattungsformular zur Jahresrechnung pro 2000 sowie die längst fälligen konkreten Vorschläge betreffend die Liquidation der Stiftung unverzüglich einzureichen. Hierzu wurde der Stiftung eine allerletzte Nachfrist bis am 31. Januar 2002 gewährt. Diese Verfügung in Briefform war mit der ausdrücklichen Androhung verbunden, dass bei Nichteinhaltung der Frist bzw. bei Einreichung unvollständiger Unterlagen eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 2'000.- im Sinne von Art. 79 BVG ausgesprochen werden könne. Die Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen.

Am 22. Februar 2002 liess der Rechtsvertreter des Stiftungsrates durch sein Sekretariat dem Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht telefonisch ausrichten, die Unterlagen würden nun definitiv bis spätestens am 1. März 2002 eingereicht sein, doch liegen die verlangten Dokumente bis heute nicht vor.

Stellt die Aufsichtsbehörde Mängel fest, so trifft sie die zur Behebung erforderlichen Massnahmen. Zu diesem Zweck stehen ihr verschiedene Aufsichtsmittel zur Verfügung, u.a. das Verhängen von Ordnungsbussen (§ 4 lit. j der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998).

Gemäss Art. 79 BVG wird mit einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 2'000.- bestraft, «wer einer Verfügung der zuständigen Aufsichtsbehörde trotz Mahnung und Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels innert nützlicher Frist nicht nachkommt.» Diese Bestimmung ist aufgrund von Art. 89 bis Abs. 6 ZGB auf alle Personalvorsorgestiftungen, die auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig sind, bzw. auf deren verantwortliche Organe anwendbar.

Laut Art. 6 der geltenden Stiftungsurkunde in der Fassung vom 16. Juni 1986 sind Organe der Stiftung der Stiftungsrat und die Kontrollstelle. Die Verantwortung für die Einreichung der einverlangten Unterlagen liegt somit beim Stiftungsrat als demjenigen Organ, welches die Stiftung nach aussen vertritt (Art. 7 Abs. 2 der Stiftungsurkunde).

Die letztmals am 11. Januar 2002 angemahnten und einverlangten Dokumente (Berichterstattungsformular pro 2000, Unterlagen für die Liquidation) sind einerseits Bestandteile der Jahresrechnung bzw. gehören zur Berichterstattung und sind, gestützt auf § 3 Abs. 1 und 2 der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998, spätestens sechs Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres bzw. innert der angesetzten oder vereinbarten Frist vollständig einzureichen. Der Stiftungsrat ist mehreren Mah-

nungen nicht nachgekommen, auch nicht derjenigen vom 11. Januar 2002, die mit der ausdrücklichen Strafandrohung von Art. 79 BVG verbunden war. Gegen ihn ist daher androhungsgemäss eine Ordnungsbusse zu verhängen. Diese ist unter Berücksichtigung aller Umstände auf Fr. 500.– festzusetzen. Die amtlichen Verfahrenskosten sind von der Stiftung zu tragen.

ABVSA 6. März 2002

*Art. 86 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BVG und §4 lit. a der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1). – Umwandlung einer gemischten Vorsorgeeinrichtung in eine klassische Stiftung: Übertragung des Vorsorgebereiches einer Stiftung, deren ursprünglicher Zweck sich nicht ausschliesslich auf die berufliche Vorsorge beschränkt, sondern auch weitergehende Elemente enthält, auf eine Vorsorgeeinrichtung und Umwandlung der Stiftung mittels Neufassung der Stiftungsurkunde in eine klassische Stiftung.*

A. Unter dem Namen S (nachfolgend «Stiftung») mit Sitz in B besteht eine mit öffentlicher Urkunde vom 8. Januar 1953 errichtete Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB und Art. 331 OR. Mit Verfügung vom 7. September 1987 übernahm die Direktion des Innern die Aufsicht über die Stiftung infolge Sitzverlegung von G nach B und ergänzte gleichzeitig die Stiftungsurkunde in die heutige gültige Fassung.

Die Stiftung bezweckt die Fürsorge für langjährige und verdiente Angestellte der Stifterin oder der ihr nahestehenden Unternehmungen sowie deren Hinterlassenen.

Die Stiftung kann an solche Angestellte und deren Angehörige freiwillige Leistungen gewähren in Form von Renten, Zuschüssen und Abfindungen zur Behebung bestehender und Verhütung zukünftiger Notlagen. Sie kann insbesondere Leistungen ausrichten zur Linderung der wirtschaftlichen Folgen des Erwerbsausfalles bei Alter, Tod, Krankheit, Invalidität und Arbeitslosigkeit sowie bei Unterstützungen bieten in jeder anderen Form und zur Beseitigung oder Milderung jeder anderen Notlage.

Die Stiftung darf keine Leistungen erbringen, zu denen die angeschlossenen Arbeitgeber vertraglich oder gesetzlich verpflichtet sind.

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).

C. Im Zusammenhang mit der Kenntnisnahme der Jahresrechnung pro 2000 ersuchte das ABVSA den Stiftungsrat, das Anlagereglement zur Kenntnisnahme einzureichen. Mit Schreiben vom 11. März 2002 wurde dieses zu den Aufsichtakten nachgereicht. Darin äussert sich der Stiftungsrat zur Anlagepolitik und genehmigte am 2. Juni 1997 rudimentäre Anlagerichtlinien bezüglich Liquidität, übrige Anlagen und Zeichnung bzw. Zukauf weiterer Sika-Aktien.

D. Mit Schreiben vom 20. März 2002 reichte die Stiftung dem ABVSA die Berichterstattungsunterlagen pro 2001 zur Kenntnisnahme ein. Die N Treuhand AG bestätigte als Kontrollstelle in ihrem Bericht vom 30. Januar 2002 die Richtigkeit der Jahresrechnung pro 2001 und empfiehlt vorbehaltlos deren Genehmigung.

Im Zusammenhang mit der Kenntnisnahme der Jahresrechnung pro 1999 stellte das ABVSA fest, dass der Stiftungszweck nicht ausschliesslich der beruflichen Vorsorge vorbehalten ist. Dem Stiftungsrat wurde deshalb nahegelegt, die Stiftungsurkunde unter Einhaltung der bestehenden Verpflichtungen zu ändern. Anlässlich einer Besprechung des Rechtsvertreters der Stiftung mit einer Vertretung des ABVSA vom 2. Februar 2001 wurde diese über die Absicht des Stiftungsrats orientiert. Danach sollte die Zweckbestimmung «Personalvorsorge» auf eine andere Personalvorsorgeeinrichtung der S übertragen und der hauptsächlich ausgeübte Stiftungszweck der Beteiligung der Mitarbeitenden an der S durch entsprechende Neuformulierung des Stiftungszwecks ermöglicht werden. Nach eingehenden Abklärungen reichte schliesslich auftrags der Stiftung das Anwaltsbüro R mit Schreiben vom 30. April 2002 u. a. die Neufassung der Stiftungsurkunde mit dem entsprechenden Stiftungsratsbeschluss sowie die Vereinbarung zwischen der S-Stiftung mit der Wohlfahrtsstiftung der S über deren Übernahme der Leistungsverpflichtungen per 1. Juli 2002 bei gleichzeitiger Entschädigung durch die Sika-Stiftung zur Genehmigung ein.

Einzige wesentliche Änderung der Stiftungsurkunde ist die Zweckänderung, durch welche die Stiftung von der Personalvorsorgestiftung in eine klassische Stiftung umgewandelt wird. Der neue Stiftungszweck lautet: «Die Stiftung bezweckt, Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von S-Gesellschaften die Beteiligung am Kapital der S Finanz AG (nach deren Umfirmierung: S AG) zu ermöglichen. Dies erfolgt insbesondere durch Abgabe von Aktien der S Finanz AG (nach deren Umfirmierung: S AG) anlässlich von Dienstaltersjubiläen.» Als klassische Stiftung unterliegt die Stiftung nicht mehr den Bestimmungen der obligatorischen oder freiwilligen beruflichen Vorsorge, dafür aber künftig den Vorschriften des kantonalen Stiftungsrechts (EG ZGB vom 30. August 2001 [BGS 211.1], Verordnung betreffend die Aufsicht über die Stiftungen vom 12. März 2002 [BGS 212.2]).

G. Die Änderung der Organisation oder des Zwecks bzw. der Urkunde einer Vorsorgestiftung obliegt gemäss Art. 89bis Abs. 6 ZGB in Verbindung mit Art. 61 f. BVG sowie gestützt auf § 4 lit. a) der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge der zuständigen Aufsichtsbehörde. Zuständig hierfür ist im Kanton Zug das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht (vgl. Bst. B). Dieses hat die vorliegenden Unterlagen geprüft. Sie geben zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass. Die vom Stiftungsrat am 2. Juni 1997 beschlossenen und weiterhin geltenden Anlagerichtlinien sowie die Jahresrechnung pro 2001 können zur Kenntnis genommen und der Umwandlung der Stiftung in eine klassische Stiftung kann zugestimmt bzw. die Neufassung der Stiftungsurkunde genehmigt werden.

ABVSA 28. Mai 2002

*Art. 84 Abs. 2 und 88 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BVG. – Organisatorische Aufhebung einer Sterbekasse mit konstant abnehmendem Restvermögen durch dessen vollumfängliche Übertragung auf einen Verein mit gleichem Zweck.*

A. Unter dem Namen «Stiftung Sterbekasse ...» (nachfolgend «Stiftung») mit Sitz in Zug besteht eine mit öffentlicher Urkunde vom 21. Juli 1955 errichtete Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB und Art. 331 OR.

Die Stiftung bezweckt die Gewährung von Sterbegeldern an die Hinterlassenen der Vereinsmitglieder im Sinne von Art. 9–14 der Vereinsstatuten.

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).

Schon seit Jahren wies die Kontrollstelle auf die Überalterung des Versichertenbestandes der Kasse hin, welche es dringend notwendig mache, das bestehende Finanzierungsverfahren und/oder die Leistungen (Sterbegelder) anzupassen. Das ABVSA legte dem Stiftungsrat mit Schreiben vom 13. September 1999 nahe, dieser Problematik unbedingt die notwendige Beachtung zu schenken. Es forderte ihn gleichzeitig auf, konkrete Massnahmen ins Auge zu fassen und im Rahmen der nächsten Berichterstattung den entsprechenden Aufschluss zu erteilen. Anlässlich einer Besprechung vom 24. November 2000 der Kontrollstelle mit dem ABVSA wurden verschiedene Möglichkeiten für das weitere Vorgehen besprochen. Als Vorschlag zuhanden des Stiftungsrates ergab sich dabei eine Übertragung des Stiftungs-

vermögens auf den Verein Sterbekasse (nachfolgend «Verein») mit Sitz in Zug und anschliessend die organisatorische Aufhebung der Stiftung. Der Verein verfolgt einen der Stiftung analogen Zweck.

Im Zusammenhang mit der aufsichtsbehördlichen Prüfung der Jahresrechnung pro 2000 erhielt das ABVSA u. a. das Protokoll der Stiftungsrats-sitzung vom 3. Oktober 2001. Danach beschloss der Stiftungsrat, das Stiftungsvermögen per 31. Dezember 2000 vollumfänglich auf den Verein zu übertragen. Das ABVSA nahm mit Schreiben vom 6. Februar 2002 von der Jahresrechnung pro 2000 mit einem Stiftungsvermögen von Fr. 292'176.15 ohne besondere Bemerkungen Kenntnis.

Nachdem dem ABVSA bis 12. April 2002 weder eine eigentliche Liquidationsbilanz per 31. Dezember 2000 noch eine Bestätigung der Kontrollstelle über die korrekte Vermögensübertragung auf den Verein vorlag, damit die Stiftung aufgehoben und dem Handelsregisteramt zur Löschung angezeigt werden konnte, wurde die Kontrollstelle gleichentags auf diesen Ausstand hingewiesen. Mit Schreiben vom 16. Juni 2002 bestätigte diese dem ABVSA den korrekten Vollzug der Vermögensübertragung auf den Verein per 31. Dezember 2000.

D. Die Aufhebung einer Stiftung erfolgt grundsätzlich von Gesetzes wegen, sobald ihr Zweck unerreichbar geworden ist (Art. 88 Abs. 1 ZGB). Darüber hinaus kennt die Praxis die organisatorische Aufhebung, die vor allem bei Strukturänderungen bei der Stifterfirma oder bei der angeschlossenen Arbeitgeberfirma oder bei der Reorganisation deren Personalvorsorge vorgenommen wird. Gemeinsames Merkmal aller dieser Aufhebungsfälle ist die Tatsache, dass das Stiftungsvermögen weiterhin dem ihm zugeordneten Zweck und demselben Destinatärkreis wie bisher dient, wenn auch unter anderer Trägerschaft. Die organisatorische Aufhebung aufgrund einer globalen Vermögensübertragung auf einen anderen Rechtsträger ist zulässig, wenn sie im Interesse einer besseren Erfüllung des Stiftungszweckes liegt, aus wichtigen Gründen als geboten erscheint und insbesondere keine Drittrechte – namentlich Destinatärrechte – verletzt. Wird das Stiftungsvermögen mit allen Rechten und Pflichten gesamthaft auf eine andere Vorsorgeeinrichtung übertragen, hat sich die Aufsichtsbehörde zu vergewissern, dass keine Destinatärrechte beeinträchtigt werden.

Durch die Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven (je Fr. 292'176.15) bzw. Rechte und Pflichten per 31. Dezember 2000 auf den Verein Sterbekasse, Zug, (übernehmender Rechtsträger) ist die Stiftung mittellos und ihr Zweck unerreichbar geworden. Das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht hat die ihm eingereichten vollständigen Unterlagen geprüft und dabei festgestellt, dass die wohlerworbenen Rechte der Versicherten gewahrt bleiben. Es kann der vom Stiftungsrat beantragten Vermögensübertragung und der organisatorischen Aufhebung der Stiftung zustimmen.

ABVSA 19. Juni 2002

## 2. Sozialhilfe

*Art. 4 ZUG (SR 851.1): Unterstützungswohnsitz in der Sozialhilfe; Beweislast*

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen die Einschätzung des Gemeinderates von Y. dass sich der Unterstützungswohnsitz in einen anderen Kanton, in die Gemeinde X. , verschoben habe.

*Aus den Erwägungen:*

1. Nach § 19 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe im Kanton Zug vom 16. Dezember 1982 (Sozialhilfegesetz, SHG; BGS 861.4) hat Anspruch auf Unterstützung, wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann. Gemäss § 27 SHG sind die Einwohnergemeinden zuständig für die Unterstützung ihrer hilfebedürftigen Einwohner, soweit diese nicht an ihrem Heimatort wohnende Bürger sind.

Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (Zuständigkeitsgesetz, ZUG; SR 851.1) hat ein Bedürftiger seinen Unterstützungswohnsitz in dem Kanton, in dem er sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Da der Wohnsitzbegriff von Art. 4 Abs. 1 ZUG für den hier umstrittenen Sachverhalt dem zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff von Art. 23 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) entspricht, kann für die Beurteilung der Frage, ob ein Unterstützungswohnsitz begründet wurde, die entsprechende Lehre und Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Wohnsitz herangezogen werden. Art. 23 Abs. 1 ZGB verlangt objektiv den physischen Aufenthalt und subjektiv die Absicht des dauernden Verbleibens (Werner Thomet, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger, Zürich, 1994, N 95 f.).

2. Dass sich der Beschwerdeführer mehrheitlich in X. aufhält, aber regelmässig auch in Y. weilt, wird von keiner Partei bestritten. Zu beurteilen ist somit, ob auch die Absicht des dauernden Verbleibens in X. vorliegt. Dabei ist nicht der subjektive Wille für die Wohnsitzbegründung entscheidend, sondern der Eindruck, der durch das Verhalten des Beschwerdeführers für Dritte entsteht. Es kommt also nur insoweit auf die innere Absicht des dauernden Verbleibens an, als diese nach aussen erkennbar ist (BGE 97 II 1; E.3). Diese Absicht des dauernden Verbleibens tritt gemäss Lehre und Rechtsprechung nach aussen darin in Erscheinung, dass eine Person an einem Ort den Mittelpunkt oder den Schwerpunkt ihrer Lebensbeziehungen hat. Für die Ermittlung der subjektiven Absicht dauernden Verbleibens sind alle Elemente der äusserlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse zu berücksichtigen (Thomet, a.a.O., N 97; BGE vom 2. Mai 2000). Wenn sich

die Beziehungen auf mehrere Orte verteilen, so liegt für die Bestimmung des Wohnsitzes das Hauptgewicht auf dem Ort der nahen Angehörigen, des Freundes- und Bekanntenkreises (Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1995, S. 84). Auch ein bloss vorübergehender Aufenthalt kann einen Wohnsitz begründen, wenn er auf eine bestimmte Dauer angelegt ist und der Lebensmittelpunkt an diesen Aufenthaltsort verlegt wird. Dabei ist aber entscheidend, ob nicht bereits mit Bestimmtheit vorauszusehende Umstände vorliegen, die eine Änderung des Aufenthaltes veranlassen werden (Thomet, a.a.O., N 97).

Gemäss Art. 4 Abs. 2 ZUG gilt die polizeiliche Anmeldung als Wohnsitzbegründung, wenn nicht nachgewiesen wird, dass der Aufenthalt schon früher oder erst später begonnen hat oder nur vorübergehender Natur ist. Diese Beweislastumkehr bedeutet, dass es bei erfolgter polizeilicher Anmeldung an der betreffenden Gemeinde liegt, das Nichtbestehen eines (Unterstützungs-)Wohnsitzes zu beweisen. Sie muss mittels Indizien darlegen können, dass aus den gesamten Umständen der Lebensführung des Bedürftigen mit Sicherheit oder zumindest hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass der fragliche Ort nicht Mittel- oder Schwerpunkt der Lebensbeziehungen ist. Gelingt ihr dies nicht, trägt sie die Folgen der Beweislosigkeit. (Thomet, a.a.O., N 106; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. August 1998, E.3c, SGGVP-1998-15-46).

3. Der Beschwerdeführer hat in X. gemäss eigenen Angaben ausschliesslich Kontakt zu seiner Freundin, mit der er von April bis Juni 2001 auch zusammenwohnte. In Y. hat er nebst seinen Eltern, die er regelmässig besucht und bei denen er auch wohnt, wenn er in Y. ist, noch Kontakte zu seinen Kollegen aus der Realschule. Auch dem Umstand, dass der Beschwerdeführer in Y. aufgewachsen ist und hier – abgesehen von seiner Ausbildungszeit und dem Wochenaufenthalt in X. – immer gelebt hat, kommt eine gewisse Bedeutung zu (BGE vom 2. Mai 2000, E.6b).

4. Seit November 2000 ist der Beschwerdeführer arbeitslos, so dass er auch über den Arbeitsplatz keine sozialen Kontakte in der Ostschweiz knüpfen konnte. Wenn die Gemeinde Y. beanstandet, dass – soweit von ihr beurteilbar – eine Ummeldung zum regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) des Kantons Zug und eine Arbeitssuche im Kanton Zug nicht erfolgt sei, der Beschwerdeführer darauf antwortet, dass er bis anhin von der Gemeindeverwaltung Y. unterschiedliche Anweisungen bekommen habe, bei welcher RAV er sich nun zu melden habe, zeigt dies lediglich, dass der Beschwerdeführer tatsächlich intensivere und häufigere Betreuung durch fachkundige Personen benötigt. Hingegen kann dem Beschwerdeführer nicht zugestimmt werden, wenn er angibt, dass er im Kanton Zug keine Arbeit suchen könne, solange nicht klar sei, wann er die Wohnung in X. abgeben könne. Im Rahmen der Mitwirkungspflicht gemäss § 3 SHG und dem generell gültigen Grundsatz der Selbsthilfe sind unterstützte Personen verpflich-

tet, sich eine Arbeit zu suchen (Felix Wolfers, Grundriss des Sozialhilfrechts, Bern 1993, S. 108). Der Sozialdienst hat im Rahmen von § 15 SHG zu prüfen, ob es dem Beschwerdeführer zumutbar ist, bereits heute auch im Raume Zug eine Arbeitsstelle zu suchen und allenfalls eine solche noch vor Übergabe der Wohnung an einen Nachmieter anzutreten.

Für die vorliegend zu beantwortende Frage ist aber lediglich massgeblich, dass keine Erwerbstätigkeit vorliegt und diese somit nicht als Element bei der Beurteilung, wo der Beschwerdeführer seinen Lebensmittelpunkt hat, herangezogen werden kann.

5. In Bezug auf das Wohnen sind die Angaben des Beschwerdeführers zum Teil widersprüchlich. Im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs gab er am 28. August 2001 noch an, seine Wohnung in X. behalten zu wollen. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2000 an seinen Vermieter kündigte er aber den Mietvertrag auf den frühestmöglichen Zeitpunkt und gab dabei an, dass er auf eigene Kosten einen Nachmieter suche, damit er die Wohnung früher verlassen könne. Durch die Kündigung der Wohnung und auch gemäss klaren Aussagen im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels will der Beschwerdeführer nun also spätestens bis Ende März 2002 nach Y. zurückkehren.

Gemäss § 47 Abs. 2 VRG sind für die Beschwerdeinstanz die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend. Dass der Beschwerdeführer in naher Zukunft gedenkt, wieder ausschliesslich in Y. wohnhaft zu sein, beeinflusst den Beschwerdeentscheid deshalb erheblich. Mit dieser Wohnungskündigung liegt ein mit Bestimmtheit voraussehender Umstand vor, der eine Beendigung des vorübergehenden Aufenthalts des Beschwerdeführers in X. veranlassen wird. Durch das Vorliegen dieses Umstandes kann der vorübergehende Aufenthalt – zumindest als alleiniges Element – keinen Wohnsitz begründen (Thomet, a.a.O., N 97).

6. Dem Gemeinderat ist grundsätzlich beizupflichten, wenn er in seiner Verfügung anführt, dass es nicht relevant sei, dass die Gemeindeverwaltung X. im Gegensatz zu Y. über keine ausgebildeten Sozialarbeiter verfüge. Soll aber nicht nur eine rein formelle Betrachtungsweise ausschlaggebend sein, ist zu prüfen, ob eine offensichtlich nur vorübergehende Verlegung des Unterstützungswohnsitzes für ein paar Monate dem Interesse einer schnellstmöglichen sozialen Integration und einer Förderung der Eigenständigkeit des jungen Beschwerdeführers nicht zuwiderläuft. Der Vater des Beschwerdeführers wies ja in seiner Stellungnahme vom 23. August 2001 an den Abteilungsleiter ‚Soziales und Gesundheit‘ der Gemeindeverwaltung Y. darauf hin, dass sein Sohn in einer psychisch instabilen Phase sei und sich deshalb im Sommer 2001 zu seinem eigenen Schutz in die psychiatrische Klinik Oberwil einweisen liess. Es ist denkbar, dass der Sozialdienst der Gemeinde

Y. gerade durch die Aufforderung an den Beschwerdeführer, sich in X. anzumelden, dessen Eigenständigkeit fördern wollte. Doch ist durch die heute bewiesene Tatsache, dass der Beschwerdeführer bis spätestens 31. März 2002 nach Y. zurückkehren wird, dieses Ziel so nicht (mehr) erreichbar. Art. 10 ZUG, welcher das Abschiebungsverbot enthält, erlaubt zwar den Behörden, einen im Interesse des Bedürftigen liegenden Wegzug zu veranlassen. Dass ein Wegzug im Interesse der unterstützten Person liegt, sich dadurch also ihre wirtschaftliche Lage oder die persönlichen Verhältnisse voraussichtlich verbessern werden, hat dabei die bisherige Wohngemeinde zu beweisen. Dieser Beweis konnte der Gemeinderat Y. respektive die zuständige Gemeindestelle nicht erbringen.

7. Jedes Verwaltungshandeln hat dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1998, N 486 ff.). Mit der Kündigung der Wohnung und dem klar ausgedrückten Willen des Beschwerdeführers, nach Y. zurückzukommen, ist eine erzwungene Verlegung des Unterstützungswohnsitzes nach X. unverhältnismässig.

Regierungsrat, 7. Januar 2002

## V. Verwaltungsrechtspflege

### 1. Keine Wiedererwägung von Rechtsmittelentscheiden

*Die Rechtskraftwirkung von verwaltungsbehördlichen Rechtsmittelentscheiden ist stärker als jene von Verfügungen. Deshalb unterliegen solche Entscheide einem Wiedererwägungsverbot. Ein Wiedererwägungsgesuch kann sich nur auf erstinstanzliche Verfügungen beziehen*

#### *Aus dem Sachverhalt*

Am 16. April 2002 hat der Regierungsrat die erwähnte Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben. Verfahrenskosten wurden nicht erhoben, aber der Firma T und der Gemeinde X wurde eine Parteientschädigung von je Fr. 500.- zugunsten der Dorfgemeinschaft X auferlegt. Begründet wurde dies damit, dass die Dorfgemeinschaft X im Beschwerdeverfahren obsiegt hätte, wenn ein Sachentscheid hätte gefällt werden müssen. Mit der T sei eine Partei am Verfahren beteiligt gewesen, die gegensätzliche Interessen vertreten habe. Die Gemeinde X habe im Vorverfahren einen Verfahrensfehler bzw. eine offenbare Rechtsverletzung begangen und sei deshalb ebenfalls entschädigungspflichtig.

B. Dagegen erhob die T am 29. April 2002 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug mit dem Antrag, die vom Regierungsrat auferlegte Parteientschädigung sei aufzuheben. Mit Eingabe vom 29. April 2002 reichte die T ein Wiedererwägungsgesuch beim Regierungsrat ein mit dem Begehren, die T sei von der Bezahlung einer Parteientschädigung zu entbinden.

#### *Aus den Erwägungen*

Mit einem Wiedererwägungsgesuch wird die verfügende Instanz ersucht, auf ihre Verfügung zurückzukommen. Dieser Rechtsbehelf ist im Verwaltungsrechtspflegegesetz (BGS 162.1; VRG) nicht geregelt (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, S. 74).

Einleitend stellt sich die Rechtsfrage, ob der Regierungsrat überhaupt befugt ist, auf seinen Entscheid vom 16. April 2002 zurückzukommen. Gemäss herrschender Lehre ist dies nicht zulässig. Die Rechtskraftwirkung von verwaltungsbehördlichen Rechtsmittelentscheiden ist stärker als jene von Verfügungen. Deshalb unterliegen solche Entscheide einem Wiedererwägungsverbot (Ursina Beeler-Bonorand, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zürich, 1985, S. 56). Somit kann sich ein Wiedererwägungsgesuch nur auf erstinstanzliche Verfügungen beziehen (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grun-

driss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich, 1998, N1423; Alfred Kölz/Jörg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich, 1999 N8 Vorbem. zu §§ 86a bis 86d; Jürg Martin, Leitfaden für den Erlass von Verfügungen, Zürich 1996, S. 186; Marco Weiss, a.a.O., S. 75).

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt somit, dass auf das von der T eingereichte Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten werden kann. Auch die Möglichkeit zur Änderung oder Aufhebung von Verwaltungsentscheiden durch die entscheidende Behörde gemäss § 29 VRG - sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind - hilft in diesem Fall nicht weiter, da sich diese Bestimmung nur auf erstinstanzliche Entscheide, nicht jedoch auf Beschwerdeentscheide bezieht.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf das von der T eingereichte Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten werden kann.

Regierungsrat, 18. Juni 2002

## 2. Rechtzeitige Einreichung eine Beschwerdeschrift

§44 VRG; Art. 157, 169 Abs. 1 Bst. d und e Verordnung (1) zum Postverkehrs-gesetz vom 1. September 1967 (PVV, SR 783.01).- Wann gilt eine eingeschrie-be-ne Briefpostsendung als zugestellt? Nichteintreten auf eine Beschwerde nach unbenütztem Ablauf einer Nachfrist zur Verbesserung der Beschwerdefrist

*Aus dem Sachverhalt:*

B. Gegen den Beschluss des Gemeinderates X vom 24. April 2002 erhob der Vater von L, mit Eingabe vom 27. Mai 2002 «innerhalb der gesetzten Frist» Beschwerde beim Regierungsrat. Er machte geltend, dass er im Mo-ment wegen seiner Tätigkeit unter zeitlichem Druck stehe, weshalb er seine Begründung und Anträge in den nächsten Tagen zustellen werde.

C. Mit Schreiben der Direktion des Innern vom 29. Mai 2002 wurde der Vater aufgefordert, innerhalb der Beschwerdefrist einen klaren Antrag mit hinreichender Begründung (unter Angabe, mit welchen Ausführungen des Gemeinderates er nicht einverstanden sei) nachzuliefern, ansonsten auf sei-ne Beschwerde nicht eingetreten werden könne.

D. Nachdem nachträglich in Erfahrung gebracht wurde, dass der fragliche Gemeinderatsbeschluss vom 24. April 2002 am 6. Mai 2002 versandt worden war und beim Vater am 7. Mai 2002 zugegangen sein dürfte, und die Be-schwerdefrist von 20 Tagen somit mit dem Eingabetermin am 27. Mai 2002 endigte, wurde dem Vater mit eingeschriebenem Brief vom 4. Juni 2002 (gleichentags versandt) eine Nachfrist von 10 Tagen zur Behebung des Man-gels eingeräumt unter der Androhung, dass sonst auf die Beschwerde nicht eingetreten werde.

*Aus den Erwägungen:*

1. Die Beschwerde gegen die Verfügung des Gemeinderates X vom 24. April 2002 betreffend Kindesschutzmassnahmen wurde fristgerecht beim Regie-rungsrat eingereicht. Da der Beschwerdeführer durch die Verfügung in seiner Rechtsstellung betroffen ist, ist er grundsätzlich auch zur Beschwerde legiti-miert (vgl. §41 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungs-sachen vom 1. April 1976 [Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1]).

2.a) Die Beschwerdeschrift muss einen Antrag und eine Begründung ent-halten (§44 Abs. 1 VRG). Da die eingereichte Schrift diesen Anforderungen nicht genügte, wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 4. Juni 2002 eine Nachfrist von 10 Tagen zur Behebung dieses Mangels gesetzt un-ter der Androhung, dass sonst auf die Beschwerde nicht eingetreten werde (§44 Abs. 3 VRG). Das obige Schreiben wurde gleichentags der Schweizeri-schen Post als eingeschriebene Briefpostsendung zum Versand übergeben.

Da der eingeschriebene Brief dem Beschwerdeführer nicht persönlich ausgehändigt werden konnte, erhielt er eine Abholungseinladung. Innerhalb der Abholfrist von 7 Tagen (vom 6. bis 12. Juni 2002) wurde der Brief nicht abgeholt, weshalb er wieder an die Direktion des Innern gesandt wurde, wo der Brief am 14. Juni 2002 eintraf.

In Ermangelung ausdrücklicher kantonaler Vorschriften halten sich die zugerischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden bezüglich Zustellung von Postsendungen an die Grundsätze des Bundesgerichts. Eine eingeschriebene Briefpostsendung gilt demnach in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie der Adressat tatsächlich in Empfang nimmt. Wird die Sendung nicht empfangen, erhält der Adressat eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt (vgl. Art. 157 der Verordnung (1) zum Postverkehrsgesetz vom 1. September 1967 [PVV, SR 783.01]). Bei Nichtabholung der Sendung gilt diese am letzten Tag der 7-tägigen Abholfrist als zugestellt (Art. 169 Abs. 1 lit. d und e PVV; BGE 116 III 59, insbes. Regeste; BGE 115 Ia 12, E. 3a mit Hinweisen; Berufungskammer des Strafgerichts in Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, GVP, 1997/98, S. 211 f.; Justizkommission des Obergerichts in GVP 1995/96, S. 87 f.; Verwaltungsgericht in GVP 1985/86, S. 120).

Die Zustellungsfiktion rechtfertigt sich damit, dass die Verfahrensbeteiligten mit der Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses nach Treu und Glauben verpflichtet sind dafür zu sorgen, dass ihnen die betreffenden Entscheide auch zugestellt werden können (BGE 116 Ia 90, E. 2a; BGE 115 Ia 12, E. 3a mit Hinweisen).

Die dem Beschwerdeführer gesetzte Nachfrist von 10 Tagen begann somit am 13. Juni 2002 und ist am 22. Juni 2002 ungenutzt abgelaufen. Die Nachfrist wurde unter Androhung, dass sonst nicht auf die Beschwerde eingetreten werde, gewährt. Indem der Beschwerdeführer innert der angesetzten Frist weder seine Anträge noch eine entsprechende Begründung nachgeliefert hat, verwirkte er seinen Anspruch auf Behebung des Mangels, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann (§44 Abs. 3 VRG; vgl. auch Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, §54).

...

Regierungsrat, 13. August 2002



## 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 2000<sup>1</sup> (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 Aufsichtsorgan<sup>2</sup> 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 grundsätzlich<sup>3</sup> keine Weisungsbefugnisse hat. Der Datenschutz soll durch *Information*, *Beratung* und *Empfehlung* umgesetzt werden.

Im Folgenden werden fünf Fälle aus der DSB-Beratung zusammengefasst. Weitere Beispiele und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis findet sich in den ausführlichen Tätigkeitsberichten<sup>4</sup> des DSB.

---

<sup>1</sup> BGS 157.1

<sup>2</sup> § 42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (BGS 151.1).

<sup>3</sup> 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 2003).

<sup>4</sup> Kostenlos beim DSB zu bestellen sowie auf der Web-Site des DSB: [«www.datenschutzzug.ch»](http://www.datenschutzzug.ch) zugänglich.

## I. Welche Bedeutung hat die Amtshilfe für die Steuerverwaltung?

### *Fragestellung*

Verschiedentlich haben sich Privatpersonen und Verwaltungsstellen erkundigt, wie die Datenbekanntgabe an die Steuerverwaltung im Rahmen der Amtshilfe geregelt ist. Im Zentrum stand die Frage nach Ausgestaltung und Umfang der Datenbekanntgabe der kantonalen Gebäudeversicherung (und des Grundbuchamtes) an die Steuerverwaltung: Sieht das Steuergesetz vor, dass die Steuerverwaltung *umfassend und systematisch* Angaben von der Gebäudeversicherung verlangen kann? Diese Frage ist deshalb von Bedeutung, da die Gebäudeversicherung aktuelle Angaben zum Wert von Gebäuden hat.

### *Aus den Empfehlungen*

1. Massgebend ist § 110 Abs. 1 des Steuergesetzes (BGS 632.1). Es fragt sich, welche Bedeutung hier dem Wortlaut «...aus ihren Akten Auskunft zu erteilen» dieser Bestimmung zukommt.

Bei der Amtshilfe geht es um *konkrete Einzelfälle*, nicht dagegen um systematische Erhebungen. Dies ist grundsätzlich im Verwaltungsrecht der Fall und ergibt sich hier auch direkt aus dem klaren Wortlaut der Bestimmung. Die Steuerverwaltung hat dem Organ im Zusammenhang mit einem ganz bestimmten Fall somit Fragen zu stellen. Das angefragte Organ hat seinerseits gemäss dem klaren Wortlaut grundsätzlich Auskunft zu erteilen. Die Auskunft kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Festzuhalten ist, dass das angefragte Organ der Steuerverwaltung jedoch *keine Akteneinsicht* gewähren muss.

2. Zur Frage der Amtshilfe gibt es eine reichhaltige Praxis des Bundesgerichts, insbesondere im Rahmen internationaler Amtshilfeverfahren in Steuersachen sowie im Ausländerrecht. So führte das Bundesgericht etwa aus:

«...Andererseits besteht die Pflicht zur Amtshilfe nicht uneingeschränkt. Vielmehr gilt es, Abwägungen vorzunehmen. Ebenso sind gewisse Verfahrensgrundsätze zu beachten. Allgemein, d.h. vorbehältlich anderslautender Vorschriften, lässt sich insofern sagen, dass Amtshilfe auf Ersuchen und im Einzelfall zu erfolgen hat. Das Amtshilfegesuch ist zu begründen und die ersuchte Behörde muss gestützt hierauf prüfen, ob der Amtshilfehandlung überwiegende öffentliche oder private Interessen bzw. besondere Geheimhaltungsvorschriften entgegenstehen (institutionelle und materielle Schranken der Amtshilfe).» (VPB 62.20/17. November 1997)

3. Zum selben Ergebnis gelangen auch die Kommentatoren des Zürcher Steuergesetzes zum praktisch gleich lautenden § 121 ZH-StG (Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Richner/Frei/Kaufmann, Zürich 1999/2001, S. 792-796).

4. Vgl. auch die Ausführungen des DSB zur Amtshilfe in GVP 2001 S. 244–247.

### *Fazit*

5. Die Steuerverwaltung kann gestützt auf § 110 StG von anderen Organen (unter Einschluss der Gebäudeversicherung bzw. des Grundbuchamtes) Auskunft in bestimmten, genau bezeichneten Einzelfällen verlangen. Die Anfrage ist zu begründen.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass die fraglichen Daten vorerst beim Steuerpflichtigen selber erhoben werden müssen. Die Amtshilfe greift somit erst, wenn die für die Steuerbehörden notwendigen Daten vom Steuerpflichtigen nicht bekannt gegeben werden (bzw. konkreter Anlass vorliegt, dass die bekannt gegebenen Daten nicht korrekt sind).

Für *systematische Erhebungen* bildet § 110 StG dagegen *keine* Rechtsgrundlage.

## **II. Zum Recht kantonsrätlicher Kommissionen auf Einsicht in Daten der Verwaltung**

### *Fragestellung*

Die Staatswirtschaftskommission (im Folgenden: Stawiko) möchte sich ein Bild über die Anstellungsbedingungen von Verwaltungsmitarbeitenden einer bestimmten Verwaltungseinheit machen. Sie verlangt deshalb, Einsicht in die Lohndaten der betreffenden Mitarbeitenden nehmen zu können. Im Zentrum des Interessens steht die Frage der Entlohnung eines Kadermitarbeiters. Es ist zu prüfen, ob diese Datenbekanntgabe an die Kommission rechtmässig ist.

### *Aus den Empfehlungen*

1. Vorweg: Liegt die *ausdrückliche Einwilligung* der betroffenen Person zur Datenbekanntgabe vor, so ist die entsprechende Datenbekanntgabe grundsätzlich rechtmässig.

Ist dies nicht der Fall, so ist im Folgenden zu prüfen, ob auch *gegen den Willen* der betroffenen Person die Lohndaten der Stawiko bekannt gegeben werden dürfen.

2. Das Datenschutzgesetz kommt gemäss § 3 Abs. 2 Bst. b nicht zur Anwendung bezüglich «Geschäfte, über welche die Stimmberechtigten, der Kantonsrat oder Gemeindeparlamente beschliessen». Eine ähnliche Bestim-

mung kennt auch das Eidg. Datenschutzgesetz (Art. 2 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über den Datenschutz, SR 235.1).

Hier wie dort ist Sinn und Zweck einer solchen Ausnahmebestimmung, dass das Parlament die ihm von der Verfassung zugewiesene Oberaufsicht über die Verwaltung andernfalls nicht ausüben könnte (vgl. Näheres dazu: Kommentar zum schweizerischen Datenschutzgesetz, N 36 ff. zu Art. 2 Eidg. DSG).

Es kann hier offen gelassen werden, ob es sich vorliegendenfalls tatsächlich um ein Geschäft im Sinne von § 3 Abs. 2 Bst. b DSG handelt, sind die datenschutzrechtlichen Grundsätze, die sich bereits aus dem Staats- und Verwaltungsrecht ergeben, auch dann zu beachten, wenn das Datenschutzgesetz direkt nicht zur Anwendung kommt (im Vordergrund steht dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip, diesbezüglich insbesondere auch die Geeignetheit). Auch der Schutz der Persönlichkeitsrechte bleibt ohnehin vorbehalten.

Da es sich vorliegendenfalls um eine Frage des Persönlichkeitsschutzes sowie des Amtsgeheimnisses handelt, kann der Datenschutzbeauftragte unbesehen davon, ob hier das DSG (direkt oder sinngemäss) zur Anwendung kommt, eine Empfehlung abgeben.

3. Für die Datenbekanntgabe an die Stawiko ist § 24 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Kantonsrates (BGS 141.1, im Folgenden: KRB) massgebend. Darin wird festgelegt, dass die Kommission «alle zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte» verlangen kann, wobei der Persönlichkeitsschutz und die Geheimnissphäre zu berücksichtigen sind.

4. Vorweg ist zu prüfen, ob die verlangte Information grundsätzlich für die Erfüllung der kantonsrätlichen Aufgaben notwendig und verhältnismässig ist. Dies ist ohne Weiteres zu bejahen, kann es doch zur kantonsrätlichen Oberaufsicht im Sinne von § 41 der Verfassung gehören, die Rechtmässigkeit von Lohnfestsetzungen zu überprüfen.

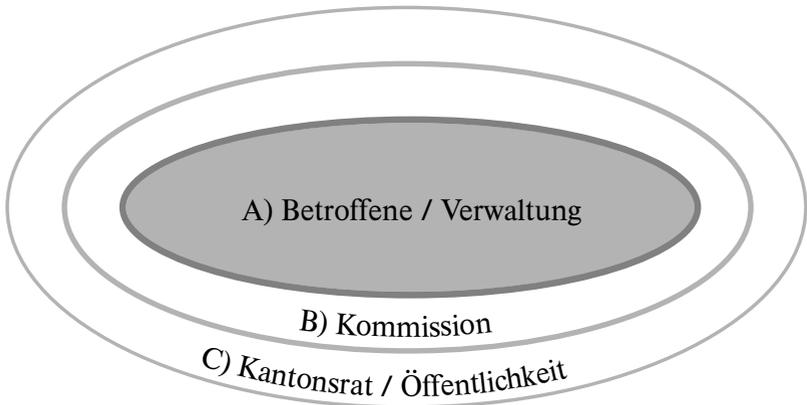
Es ist etwas genauer zu untersuchen, in welchem Verhältnis die Datenbekanntgabe und der Schutz der Privatsphäre stehen.

5. Gemäss der Formulierung in § 24 KRB ist das Recht auf Auskunft und Akteneinsicht grundsätzlich umfassend zu verstehen. Persönlichkeitsschutz/Geheimnissphäre (bzw. das Amtsgeheimnis) sind zu berücksichtigen. Letztere Formulierung lässt einiges an Spielraum offen.

Der Gesetzgeber hat jedoch die klare Regelung getroffen, dass der Grundsatz die Datenbekanntgabe, die Ausnahme die Nichtbekanntgabe darstellt.

6. Wichtig im vorliegenden Zusammenhang ist im Weiteren die Vorschrift in § 24 Abs. 3 KRB: soweit Kommissionsmitglieder Informationen bekannt gegeben werden, die dem Amtsgeheimnis unterstehen, unterstehen die Kommissionsmitglieder diesbezüglich ihrerseits dem Amtsgeheimnis.

7. Die Rechtslage kann etwa mit folgendem Schema dargestellt werden:



Bereich A): Im Zentrum stehen Daten über betroffene Personen, die uneingeschränkt zu schützen sind, somit nicht an die Kommission bekannt zu geben sind.

Bereich B): Daten, die der Kommission mitgeteilt werden können, jedoch von dieser nicht weitergegeben werden dürfen (auch nicht an den Kantonsrat). Diesbezüglich stehen die Kommissionsmitglieder unter dem Amtsgeheimnis. Amtsgeheimnis-Verletzungen unterliegen der Strafbarkeit nach Art. 320 StGB. Bekanntlich handelt es sich diesbezüglich um ein Officialdelikt.

Zusätzlich können Persönlichkeitsverletzungen durch den Betroffenen aufgrund von Art. 28 ZGB zivilrechtlich verfolgt werden.

Damit sind Daten, die dem Amtsgeheimnis unterstehen, jedoch der Kommission im Rahmen von § 24 KRB bekannt gegeben werden, einem *strengen* Schutz unterstellt. Es ist davon auszugehen, dass die Kommissionsmitglieder sich der diesbezüglich hohen Verantwortung bewusst sind.

Sie sind jedoch bei der Datenbekanntgabe schriftlich darauf hinzuweisen, dass die fraglichen Daten dem Amtsgeheimnis unterstehen.

Bereich C): Daten, die dem Kantonsrat und auch der Öffentlichkeit bekannt gegeben werden dürfen.

8. Zu prüfen ist, welchem Bereich die Frage des Lohnes eines Verwaltungsmitarbeitenden zuzuordnen ist.

Aufgrund der klaren gesetzlichen Regelung, die den kantonsrätlichen Kommissionen sehr weitgehende Einsichtsrechte zugesteht, ist der Bereich A

*sehr eng* zu fassen. In diese Kategorie gehören beispielsweise Gesundheitsdaten – wobei selbst diesbezüglich nicht ausgeschlossen ist, dass die Kommission einen Anspruch auf Bekanntgabe haben kann.

Die Frage der Lohnhöhe ist nicht derart schützenswert, dass sie nicht der Kommission bekannt gegeben werden kann. Die grundlegenden Gehaltsansprüche werden im Personalgesetz aufgeführt und sind somit für jedermann einsehbar. Gewisse Gehälter können sogar direkt dem Gesetz entnommen werden (Präsident Obergericht/Verwaltungsgericht, Landschreiber).

Daraus ergibt sich, dass die individuelle Einstufung nicht dem Bereich A zuzuordnen ist. Auf der anderen Seite gehören Lohnfragen gemäss schweizerischem Verständnis grundsätzlich auch nicht in die Öffentlichkeit.

Die individuellen Gehaltsansprüche können somit grundsätzlich dem Bereich B zugeordnet werden. Der in §24 KRB vorgesehene Schutz der Persönlichkeit bzw. der Beachtung des Amtsgeheimnisses ist dadurch gewährleistet, dass die fraglichen Daten ausschliesslich der Kommission zur Verfügung stehen, jede Weitergabe strafrechtliche sowie zivilrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

#### *Fazit*

9. Der Staatswirtschaftskommission (bzw. einem durch sie bezeichneten Vertreter) kann Einsicht in die Löhne aller bei der fraglichen Verwaltungseinheit angestellten Mitarbeitenden (somit auch betr. des Kadern) erteilt werden.

Da die fraglichen Daten dem Amtsgeheimnis unterstehen, unterstehen bezüglich den bekanntgegebenen Daten auch sämtliche Mitglieder der Kommission dem Amtsgeheimnis.

Darauf ist ausdrücklich und schriftlich hinzuweisen; ebenso, dass die direkte oder indirekte Bekanntgabe dieser Daten ausserhalb der Kommission eine Amtsgeheimnisverletzung im Sinne von Art. 320 des Strafgesetzbuchs darstellen kann. Vorbehalten bleibt zudem die zivilrechtliche Verantwortlichkeit aufgrund von Art. 28 ZGB, sollten Betroffene Persönlichkeitsverletzungen geltend machen.

### **III. Welche Patientendaten benötigt die Krankenkasse?**

#### *Fragestellung*

Eine Krankenkasse verlangt umfassende Bekanntgabe von Einzelheiten aus der Krankengeschichte eines Patienten. Die Spitalverwaltung ist unsi-

cher, welche Daten der Krankenkasse (bzw. dem Vertrauensarzt) bekannt zu geben sind. Verschiedentlich haben sich auch freiberufliche Ärzte bezüglich dieses Themas an den Datenschutzbeauftragten gewandt.

### *Aus den Empfehlungen*

1. Die Datenbekanntgabe im Bereiche der obligatorischen Krankenversicherung wird im Bundesgesetz über die Krankenversicherung geregelt (KVG; SR 832.10). Diesem gemäss muss der Leistungserbringer dem Versicherer eine detaillierte und verständliche Rechnung zustellen. Er muss dem Versicherer auch alle Angaben machen, die dieser benötigt, um die Berechnung der Vergütung und die Wirtschaftlichkeit der Leistung überprüfen zu können. Im Einzelfall und auf Anfrage hin ist dem Versicherer eine genaue Diagnose mitzuteilen bzw. sind zusätzliche Auskünfte medizinischer Natur zu erteilen. Wenn der behandelnde Arzt es nach den Umständen als begründet erachtet, so teilt er sämtliche Angaben medizinischer Art direkt dem Vertrauensarzt des Versicherers mit. Falls der Patient ein solches Vorgehen verlangt, so ist der behandelnde Arzt dazu verpflichtet (vgl. Art. 42 Abs. 3-5 KVG).

2. Angesichts der mangelnden Konkretheit von Art. 42 KVG ist die Tendenz der Versicherer verständlich, die Bestimmung möglichst weit auszuweiten und möglichst viele Informationen bei den Ärzten/Spitälern einzuholen. Dabei übersehen die Versicherer, dass sich der Umfang der Auskunft am Grundsatz der Verhältnismässigkeit auszurichten hat. Es dürfen somit durch die Versicherer nur diejenigen Versichertendaten beschafft werden, die zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Der Eidg. Datenschutzbeauftragte hat sich in seinen Tätigkeitsberichten verschiedentlich zu dieser Problematik geäussert.

Auch der Verein der schweizerischen Datenschutzbeauftragten hat sich des vorliegenden Themas angenommen und eine Empfehlung für das Vorgehen für Spitäler bei der Bekanntgabe von Austritts- und Operationsberichten abgegeben (auf der Website publiziert: (<http://www.edsb.ch/d/doku/merkblaetter/austritt.htm>)). Diese Empfehlung kann übrigens sinngemäss auch auf die Bekanntgabe von Patientendaten durch freiberufliche Ärzte an Krankenversicherer angewendet werden. Danach ist stufenweise wie folgt vorzugehen:

Stufe 1: Der Arzt/Spital stellt eine detaillierte und verständliche Rechnung zu.

Stufe 2: Benötigt der Versicherer im Einzelfall zusätzliche Angaben, kann er dem Arzt/Spital schriftliche, spezifische, auf den konkreten Fall bezogene Fragen stellen. Er hat die Notwendigkeit dieser Rückfrage zu begründen. Der versicherten Person ist zur Information eine Kopie zuzustellen.

Stufe 3: Sind diese Angaben ausnahmsweise nicht ausreichend, kann der Versicherer zuhause seines Vertrauensarztes eine ausführliche Diagnose, ausführliche Informationen zur bisher durchgeführten Therapie sowie deren Beurteilung, Informationen zum Behandlungsvorschlag und zur Prognose einholen. Er hat die Notwendigkeit dieses Vorgehens schriftlich zu begründen. Der versicherten Person ist zur Information eine Kopie zuzustellen.

### *Fazit*

3. Die Bekanntgabe von Daten aus der Krankengeschichte an den Versicherer unterliegt dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Ist der Versicherer der Ansicht, zusätzliche Informationen zu benötigen, so hat er dies stichhaltig zu begründen. Es ist im Übrigen sicherzustellen, dass diese Informationen tatsächlich nur dem Vertrauensarzt zur Kenntnis gebracht werden und dass der Patient eine Kopie erhält.

Es bleibt zu hoffen, dass die Leistungserbringer und die Krankenversicherer im Spannungsfeld zwischen tragbaren Gesundheitskosten einerseits und Persönlichkeitsschutz der Patienten andererseits zu einer konstruktiven Zusammenarbeit finden.

## **IV. Einbürgerungsverfahren: Darf von einbürgerungswilligen Personen ein Foto verlangt werden?**

### *Fragestellung*

Ist es zulässig, in den Vorlagen, die den Stimmberechtigten zugestellt werden, Fotos der einbürgerungswilligen Personen zu veröffentlichen? Und wie verhält es sich, wenn die Bürgerkanzlei Fotos nur für interne Zwecke verlangt?

### *Aus den Empfehlungen*

1. Vorweg: Die Informationen, welche im Einbürgerungsverfahren über Einbürgerungswillige erhoben werden, dienen dazu, festzustellen, ob die Person zur Einbürgerung geeignet ist (§5 des Bürgerrechtsgesetzes; BGS 121.3). Die Überprüfung, ob dieses Kriterium erfüllt wird – Vertrautheit mit den schweizerischen und örtlichen Lebensgewohnheiten, Beachtung der Rechtsordnung, genügende Sprachkenntnisse usw. – hat zur Folge, dass sich Einbürgerungswillige grundsätzlich exponieren. Dabei muss aber berücksichtigt werden, dass jede Person, *somit auch Einbürgerungswillige*, Anspruch auf Schutz der Privatsphäre haben (Art. 13 Bundesverfassung).

2. Das Datenschutzgesetz des Kantons Zug (DSG; BGS 157.1) gilt auch für die Bearbeitung von Daten im Zusammenhang mit dem Einbürgerungsverfahren. Im Kanton Zug gibt es keine gesetzlichen Grundlagen, welche die Datenbearbeitung im Einbürgerungsverfahren explizit regeln. Der Bürgerrat darf jedoch zur Erfüllung seiner Aufgabe sowohl gewöhnlich wie auch besonders schützenswerte Personendaten erheben (vgl. §5 Abs. 1 und 2, jeweils Bst. b DSG). Bei einer Foto handelt es sich grundsätzlich um besonders schützenswerte Personendaten. Sofern nicht ein formelles Gesetz die Datenbearbeitung ausdrücklich umschreibt, können im Rahmen von §5 Abs. 2 Bst. b DSG besonders schützenswerte Daten bearbeitet werden, sofern sie für die Erfüllung der Aufgabe *offensichtlich unentbehrlich* sind.

2. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips sind zudem nur solche Daten zu erheben, die für die Einbürgerung *geeignet* und *erforderlich* sind. Die Einbürgerungsbehörde darf somit nur Daten erheben, die entscheidend sind für die Frage, ob jemand an die schweizerischen Verhältnisse assimiliert ist und damit die Voraussetzungen gemäss §5 des Bürgerrechtsgesetzes für die Einbürgerung erfüllt. Die Bürgerrechtsverordnung führt denn in §6 auf, welche Unterlagen durch die einbürgerungswillige Person einzureichen sind. In Abs. 2 wird dem Bürgerrat das Recht eingeräumt, weitere Unterlagen verlangen zu können, wobei diese ausdrücklich *sachdienlich* sein müssen.

Nicht nur die Datenerhebung durch den Bürgerrat, sondern auch die Datenbekanntgabe gegenüber den Stimmberechtigten muss verhältnismässig sein: Den Stimmberechtigten sind nur diejenigen Daten bekannt zu geben, welche sie für einen Entscheid *unbedingt benötigen*. Dabei kann es sich nur um geeignete und notwendige Daten handeln.

Die Daten dürfen nur so bekannt gegeben werden, dass der Eingriff in die Persönlichkeit/Privatsphäre der einbürgerungswilligen Person möglichst gering bleibt.

3. Fotos sind in keiner Art und Weise dazu geeignet, darüber Auskunft zu geben, ob eine Person eingebürgert werden kann oder nicht.

Als unzulässiger Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Einbürgerungswilligen muss deshalb der Versand einer Dokumentation mit Fotos der Gestuchsteller an die Stimmberechtigten betrachtet werden.

Auch an der Bürgerversammlung muss die Datenbekanntgabe auf das unbedingt erforderliche Minimum beschränkt werden. Es besteht kein Grund, Fotos von Einbürgerungswilligen zu zeigen (z.B. auf eine Leinwand zu projizieren).

Will der Bürgerrat dem Informationsbedarf der Stimmberechtigten durch Einsicht der für einen Entscheid relevanten Akten durch Auflage gerecht werden, so muss auch hier beachtet werden, dass nicht das ganze Dossier

aufgelegt werden darf, sondern nur eine Zusammenfassung der Fakten, die für die Entscheidung unentbehrlich sind. Es ist somit ebenfalls im Falle der Auflage der Dossiers beim Bürgerrat auf Fotos *zu verzichten*.

4. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Veröffentlichung von Fotos von Einbürgerungswilligen zuhanden der Stimmberechtigten unverhältnismässig ist, dass sie sich nicht als Entscheidungsgrundlage eignet und deshalb *unzulässig* ist.

5. Wie verhält es sich, wenn Fotos nur für die Gesuchsbehandlung erhoben werden, ohne dass die Fotos hingegen an die Stimmberechtigten bekannt gegeben werden?

Offenbar werden in der Regel vom Bürgerrat im Zusammenhang mit dem einzureichenden Lebenslauf Fotos der Gesuchsteller verlangt. Die Fotos dienen lediglich zur Erleichterung der Identifikation im persönlichen Verkehr des Bürgerrates mit den Gesuchstellern. Es handelt sich somit um ein blosses Hilfsmittel. Weder der Bund noch der Kanton verlangen in ihren Gesuchsformularen und in den von den (Bürger-)Gemeinden einzureichenden Unterlagen Fotos der Einbürgerungswilligen.

Vor diesem Hintergrund und aufgrund der Tatsache, dass in der Regel nur ein Teil des Bürgerrats persönlichen Kontakt mit den Einbürgerungswilligen hat, ist es deshalb zumindest fraglich, ob für die Erfüllung seiner Aufgabe die Ergänzung der Dossiers mit Fotos unentbehrlich ist.

Bleibt das Foto im Dossier, ohne dass es weiteren Kreisen zur Verfügung gestellt wird, und dient das Foto ausschliesslich der Identifikation der einbürgerungswilligen Person im Verkehr mit Bürgerkanzlei und Bürgerrat, so kann dieses Vorgehen noch als rechtmässig angesehen werden.

### *Fazit*

6. Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes ist zukünftig im Einbürgerungsverfahren grundsätzlich auf die Erhebung eines Fotos *zu verzichten*.

## V. Zum Einsichtsrecht von Umweltschutzorganisationen

### *Fragestellung*

Eine beschwerdeberechtigte Umweltschutzorganisation (im Folgenden: USO) verlangt Einsicht in Protokolle der Kiesabbaukontrollen und in statistische Angaben über Kiesabbau und Kiesverkauf der letzten Jahre.

Hintergrundinformationen: Die Kiesabbaukontrollen werden jährlich durch den Schweizerischen Fachverband für Sand und Kies durchgeführt und durch die Baudirektion (Amt für Umweltschutz/AFU bzw. Amt für Raumplanung/ARP) begleitet. Die Kiesabbauunternehmen führen Statistiken über Abbau und Verkauf.

### *Aus den Empfehlungen*

1. Vorweg: Liegt die Einwilligung des betroffenen Unternehmens zur Datenbekanntgabe vor, so ist die Datenbekanntgabe grundsätzlich rechtmässig. Ist dies nicht der Fall, so ist im Folgenden zu prüfen, ob auch gegen den Willen der betroffenen Unternehmung die fraglichen Daten der USO bekannt gegeben werden dürfen.

2. Zu den Grundsätzen der Datenbearbeitung durch die Verwaltung: Im Kanton Zug sind grundsätzlich sämtliche Informationen der Verwaltung geheim, sofern sie nicht aufgrund besonderer Bestimmungen öffentlich zugänglich sind. Anders dagegen im Kanton Bern – und seit dem 01. Januar 2003 auch im Kanton Solothurn – wo das *Öffentlichkeitsprinzip* mit Geheimnisorvorbehalt gilt. Der Bund hat ebenfalls Schritte hin zum Öffentlichkeitsprinzip unternommen: ein entsprechender Gesetzesentwurf ist im Januar 2003 in die Vernehmlassung geschickt worden.

3. Zur Datenbearbeitung aufgrund des Zuger Datenschutzgesetzes: Die Verwaltung darf Daten nur unter den in § 5 des Datenschutzgesetzes/DSG umschriebenen alternativen Voraussetzungen bearbeiten: falls eine gesetzliche Grundlage dies vorsieht, falls die Datenbearbeitung unentbehrlich ist für die Aufgabenerfüllung oder falls die Einwilligung des Betroffenen vorliegt (dazu vorne in Ziff. 1). Die Datenbekanntgabe im vorliegenden Rahmen ist nicht für eine in einer gesetzlichen Grundlage umschriebenen Aufgabe unentbehrlich.

Zu prüfen ist im Folgenden somit, ob bezüglich der Datenbekanntgabe eine spezielle gesetzliche Grundlage vorhanden ist.

4. Zu den gesetzlichen Grundlagen betr. Bekanntgabe von Umweltinformationen: Im Bundesrecht finden sich verschiedene Bestimmungen, welche die Bekanntgabe von Umweltinformationen regeln (Art. 6, Art. 9 Abs. 8,

Art. 46 und Art. 47 Umweltschutzgesetz [USG, SR 814.01]; Art. 9 und Art. 16 der Störfall-VO [SR 814.012]). Im vorliegenden Zusammenhang ist Art. 47 Abs. 2 USG zentral.

Diese bundesrechtliche Vorschrift ist durch die Kantone zu beachten und geht (grundsätzlich) widersprechendem kantonalen Recht vor (vgl. dazu etwa «Datenschutz vs. Umweltinformation», HÄNER/SEILER/SIEGENTHALER, in URP 1995 S. 57 ff. [insbesondere S. 64 ff.] sowie URSULA BRUNNER, Kommentar zum USG, N 9a zu Art. 47).

5. In welchem Verhältnis steht die Datenbekanntgabe zum Persönlichkeitsschutz? Aufgrund von Art. 47 Abs. 2 USG können die Behörden die Ergebnisse von Kontrollen nach Anhörung durch die Betroffenen *veröffentlichen*. Zudem haben sie auf Anfrage Ergebnisse von Kontrollen bekannt zu geben. Es muss dabei eine *Interessenabwägung* vorgenommen werden, zudem sind Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren.

6. Fabrikationsgeheimnisse - darunter ist eine Anleitung zu technischem Handeln bzw. technischen Verfahren, die wirtschaftlich verwertbar sind, zu verstehen (z.B. im Bereiche der Pharma-/Chemieindustrie etc. relevant - dürften im vorliegenden Fall kaum eine Rolle spielen.

Zu prüfen ist, ob gegebenenfalls Geschäftsgeheimnisse tangiert sein könnten. Solche Interessen sind vom Betroffenen vorzubringen und von der Behörde zu überprüfen und zu bewerten. Auf dem hier vorliegenden Gebiet ist eher nicht anzunehmen, dass Geschäftsgeheimnisse einer Bekanntgabe entgegenstehen.

Bei der Interessenabwägung ist zu beachten, dass nur *überwiegende* Interessen einer Bekanntgabe entgegenstehen können.

7. Es scheint in diesem Zusammenhang sinnvoll, einen kleinen Ausblick auf die grundlegende Rechtslage bezüglich der Bekanntgabe von Umweltdaten im Rahmen der «Aarhus-Konvention» vorzunehmen. Ziel dieser Konvention ist es, den Zugang zu Informationen über die Umwelt *stark zu erleichtern* und die Mitsprache der Öffentlichkeit bei Entscheidungen, welche Auswirkungen auf die Umwelt haben können, zu verbessern. Die Konvention stützt sich auf die folgenden drei Säulen:

- Natürliche und juristische Personen sollen Umweltinformationen verlangen können;
- die Öffentlichkeit ist frühzeitig in Entscheidungen einzubeziehen, die Auswirkungen auf die Umwelt haben können;
- Personen, denen Informationen über die Umwelt verwehrt wurden, sollen Rechtsmittel offen stehen.

Die Konvention wurde im Juni 1998 in Aarhus/Dänemark anlässlich der «4. Paneuropäischen Umweltministerkonferenz» abgeschlossen und von der Schweiz unterzeichnet. Die Ratifikation steht zur Zeit noch aus (die Vernehmlassung der Änderung des USG in diesem Bereich ist für 2003 vorgesehen). Sobald die Konvention ratifiziert sein wird, wird der Zugang zu Umweltinformationen stark erweitert und vereinfacht werden.

Seit 1990 besteht übrigens in der EU ein grundsätzlich freier Zugang zu Informationen über die Umwelt (vgl. Richtlinie 90/313).

### *Fazit*

8. Es ist durch das Amt eine Abwägung im Rahmen von Art. 47 Abs. 2 USG vorzunehmen. Die betroffenen Unternehmen sind anzuhören, ihre gegebenenfalls vorhandenen Interessen an einer Nicht-Bekanntgabe sind zu prüfen. Der Bekanntgabe müssten jedoch *überwiegende* Interessen der Unternehmen entgegenstehen. Fabrikationsgeheimnisse dürften einer Bekanntgabe *nicht*, Geschäftsgeheimnisse *kaum* entgegenstehen.

Die Verfügung ist nachvollziehbar zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.