



Gerichts-
und Verwaltungspraxis
des Kantons Zug
2005

Staatskanzlei des Kantons Zug
Zug 2005-700

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

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2005	5
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	57
Abkürzungsverzeichnis	71
<i>A. Gerichtspraxis</i>	
I. Staats- und Verwaltungsrecht	81
1. Planungs- und Baurecht	81
2. Vergaberecht	90
3. Verfahren	94
4. Steuerrecht	100
5. Sozialversicherung	121
II. Zivilrecht	167
1. Personenrecht	167
2. Sachenrecht	170
3. Obligationenrecht	177
4. Unlauterer Wettbewerb.	180
5. Börsen und Effektenhandel	185
III. Schuldbetreibung und Konkurs	187
IV. Rechtspflege	205
1. Internationales Privatrecht	205
2. Zivilrechtspflege	209
3. Strafrechtspflege	238

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	265
1. Bürgerrecht	265
2. Gemeinderecht	268
II. Zivilrecht	270
1. Personenrecht	270
2. Grundbuchwesen	273
III. Bau- und Planungsrecht	280
IV. Soziale Sicherheit	291

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis	301
Vorbemerkungen	301
I. Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei «Sammelaukünften»	302
II. Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen	307
III. Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung	310
IV. Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen	312
V. Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind?	315

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2005

A

Aktien

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

Aktienkapital

- Zinsverbot; nicht Garantieverprechen eines Dritten 1999 S. 118

Alters- und Hinterlassenenversicherung

- Parteientschädigung bei gegenstandslos gewordener Schadenersatzforderung 1999 S. 47
- Verwaltungsratsmitglieder als Organe; grobfahrlässiges Handeln 2001 S. 71
- Streichung von (in einem Rechtsmittelverfahren bestrittenen) Beiträgen aus einem Tilgungsplan und deren Geltendmachung nach Vorliegen des Gerichtsurteils 2001 S. 80
- Waisenrente, Anspruchsdauer; Begriff der Ausbildung 2002 S. 78
- Zur Frage nach der Verantwortung von Verwaltungsräten bei der Liquidation einer Firma nach Art. 52 AHVG 2003 S. 91
- Bestimmung der Beitragspflicht von Personen, von deren Erwerbstätigkeit mehrere Staaten betroffen sind, unter dem Geltungsbereich des per 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, FZA) sowie unter dem Geltungsbereich der bis zum Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens massgebenden bilateralen Sozialversicherungsabkommen 2005 S. 127
- Teilhaber von Kommanditgesellschaften haben Beiträge von ihrem Anteil am Einkommen der Gesellschaft zu entrichten. Beschränkt sich aber die Investition auf eine reine Finanzanlage, um – unter Ausnutzung der versicherungstechnischen Solidarität – ein möglichst grosse individuelle Rendite zu erwirtschaften, so kann sich der Investor nicht auf die Aufnahme in die AHV berufen. Die AHV ist kein Finanzanlageobjekt 2005 S. 140

- Eine Streitverkündung ist im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG nicht möglich 2005 S. 150

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

Anwaltsrecht

- Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung. Einem Rechtsanwalt, der vor der von ihm im Zusammenhang mit einer Honorarstreitigkeit verlangten Vermittlungsverhandlung beim Friedensrichteramt kein Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis eingereicht hat, dürfen bei Einstellung der Strafuntersuchung die Kosten auferlegt werden 2003 S. 244
- Prüfungspflicht einer Urkundsperson bei der öffentlichen Beurkundung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft 2003 S. 248

Arbeitsverhältnis, öffentlich-rechtliches

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

Arbeitslosenversicherung

- Einstellung der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit 1999 S. 52
- Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Falle des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung; dies gilt auch für seine Ehefrau 2000 S. 49
- Insolvenzenschädigung. Geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH sind vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen 2004 S. 125

- Einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist Verwirkungsfrist 2000 S. 50
- Gesetzlicher Zweck der Insolvenzenschädigung; Lohnforderung muss mindestens glaubhaft gemacht werden 2000 S. 56
- Überzeitenschädigungen und Entschädigungen für geleistete Überstunden sind nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes, der Grundlage für die Berechnung des Taggeldes bildet 2002 S. 85
- Pflicht zur Stellensuche während der Kündigungsfrist 2003 S. 97
- Schadenminderungspflicht. Pflicht des Versicherten zur Stellensuche bereits nach erfolgter Kündigung. Anforderungen an Qualität und Quantität der Stellenbewerbungen. Nachweis dieser Bemühungen 2004 S. 122
- Pflicht des Versicherten zur Teilnahme an Beratungs- und Kontrollgesprächen; Sanktion bei Säumnis 2005 S. 151 und Dauer der Einstellung der Anspruchsberechtigung 2005 S. 153
- Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs und Einreichung der für die Prüfung des Anspruchs notwendigen Unterlagen. Erlöschen des Anspruchs. Art. 41 Abs. 1 ATSG – Wiederherstellung einer Frist 2005 S. 156

Aufenthaltsbewilligung

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

Auslagerung

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

Ausländerrecht

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

- Konkrete Anzeichen, die befürchten lassen, dass sich der betroffene Ausländer einer Ausschaffung entziehen könnte, sind z.B. die wiederholte Straffälligkeit, falsche Angaben bezüglich Identität, Untertauchen und hartnäckige Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren 2004 S. 98
- Vollzug der Wegweisung; besondere Hindernisse, die eine Verlängerung der Ausschaffungshaft rechtfertigen 2003 S. 119

Ausnützungsübertragung

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

Ausstandsbegehren

- Pauschales Ausstandsbegehren gegen alle Mitglieder eines Gemeinderates; Voraussetzungen unter denen die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden 2003 S. 68

B

Baurecht

- siehe Planungs- und Baurecht

Bekanntgabe von Daten

- siehe Datenschutz

Berufliche Vorsorge

- Anlagen beim Arbeitgeber 2001 S. 227
- Aufsicht; örtliche Zuständigkeit 2001 S. 228
- Aufhebung und Liquidation einer Stiftung, wenn ordnungsgemässer Zustand nicht wiederhergestellt werden kann und der Konkurs droht 1999 S. 228
- Auflagen gegenüber Stiftungsrat bei Teilliquidation einer Stiftung infolge Personalabbaus 1999 S. 223
- Gesamtliquidation einer Sammelstiftung und Übertragung des Vermögens auf eine andere Sammelstiftung 1999 S. 226
- Liquidation im Fall von Konkurs 2001 S. 229
- Teilliquidation; Voraussetzungen 2001 S. 230
- Ungenügende Organisation und gesetzeswidrige Vermögensanlagen 1999 S. 227
- Anordnung einer Liquidation infolge Konkurses 2002 S. 274
- Verhängung einer Ordnungsbusse gegen säumigen Stiftungsrat 2002 S. 278
- Umwandlung einer gemischten Vorsorgeeinrichtung in eine klassische Stiftung 2002 S. 281
- Aufhebung einer Sterbekasse und Übertragung an Verein mit gleichem Zweck 2002 S. 283

- Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung mit gleichzeitiger Suspendierung eines säumigen Stiftungsrates, der trotz Verhängung einer Ordnungsbusse diverse Unterlagen zur Jahresrechnung nicht einreichte sowie die Anordnung der unverzüglichen Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma missachtete 2003 S. 323
- Gerichtsstand ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde. – Im Falle der alternativen Klageverbindung ist die örtliche Zuständigkeit für beide Beklagten zu bejahen, selbst wenn sie, bei isolierter Betrachtung der einzelnen Klagen, nur im Falle einer Beklagten gegeben wäre 2004 S. 128
- Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten. Es gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dann die Rede, wenn eine begründete Überzeugung besteht, welcher keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können und welche insoweit mit hinreichender Sicherheit den Schluss darauf zulässt, dass der betreffende Sachverhalt wahrscheinlich der Wirklichkeit entspricht. Kann die Klägerin weder den Nichtempfang einer Freizügigkeitsleistung noch die Beklagte die postalische Überweisung nachweisen, ist nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Barbezug auf der Bank und eine Bareinzahlung auf der Post eines grossen Betrages, ohne dass die Postquittung aufbewahrt wird, als lebensfremd zu bezeichnen und deshalb von einer Nichtbezahlung auszugehen ist 2004 S. 130

Besoldungsreglement

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

Börsen und Effektenhandel

- Anwendung von Art. 33 BEHG auf eine Gesellschaft, deren Beteiligungspapiere zu keinem Zeitpunkt an einer Börse in der Schweiz kotiert waren. Wenn ein Kaufangebot für die nicht kotierten Aktien einer Gesellschaft gemäss genehmigter Empfehlung der Übernahmekommission den börsengesetzlichen Bestimmungen unterstellt wurde, ist es sachgerecht, dass bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch die restlichen, sich im Publikum befindlichen Beteiligungspapiere der Gesellschaft nach Art. 33 BEHG kraftlos erklärt werden können 2005 S. 185

Bürgergemeinde

- Kognition des Regierungsrats im Einbürgerungsverfahren umfasst auch die Ermessenskontrolle 2004 S. 235

Bürgergut

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

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; 2002 S. 296 ff.

Darf die Steuerverwaltung Druckaufträge an ein privates Unternehmen auslagern 2003 S. 356

Ist es zulässig, das Busseninkasso für ausländische Verkehrssünder an eine private Firma auszulagern 2003 S. 362

- Kantonsgericht und Herausgabe von Akten der Sicherheitsdirektion 2000 S. 238
- Videoüberwachung von öffentlichen Räumen 2000 S. 239
- Einsicht in eigene Personaldossiers 2000 S. 241
- in Einbürgerungsverfahren 2000 S. 242
- Amtsgeheimnis von Referendumsunterzeichnenden 2000 S. 244
- Abstimmungsgeheimnis. Verletzt der Modus der brieflichen Stimmabgabe das Abstimmungsgeheimnis 2003 S. 352
- Online Zugriff des Kantons auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle 2004 S. 278
- Resultate von Lebensmittelkontrollen, Veröffentlichung im Internet 2004 S. 283
- Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 281
- Datenerhebung für eine Forschungsstudie - und wo bleibt das Steuergeheimnis? 2004 S. 286

- Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei «Sammelauskünften» 2005 S. 302
- Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen 2005 S. 307
- Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310
- Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen 2005 S. 312
- Eltern ohne Sorgerecht - welche Informationen erhalten sie über ihr Kind? 2005 S. 315

Datenschutzgesetz

(Datenschutz) Revision des DSG: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei Sammelauskünften 2005 S. 302

Datensperre

Zur Aufhebung einer Datensperre 2004 S. 289

Denkmalpflege

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

Disziplinarordnung

(Datenschutz) Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen 2005 S. 307

DNA-Probenahme

(Datenschutz) Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen 2005 S. 312

E

Eherecht

- Scheinehe als Unzumutbarkeitsgrund für die Fortsetzung der Ehe 2000 S. 113
- Fremdgehen, Arbeit in Sex- und Massagesalon 2000 S. 119
- Mitarbeit im Gewerbe und Arbeiten im gemeinsamen Haushalt 2000 S. 121
- Aufhebung des gemeinsamen Haushalts, wenn beide Ehegatten in der ehelichen Wohnung bleiben; massgebend ist der Trennungswille 2004 S. 159
- Keine Entschädigung für die Finanzierung einer Weiterbildung 2000 S. 123
- Erwerbstätigkeit nach Auflösen des gemeinsamen Haushalts; hypothetisches Einkommen 2000 S. 126
- Kostenvorschuss an andern Ehegatten im Scheidungsverfahren 2001 S. 126

Elterliches Sorgerecht

(Datenschutz) Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind? 2005 S. 315

Eigentumsgarantie

- Einschränkung durch Öffentlicherklärung einer Waldstrasse 2002 S. 51

Einbürgerungsverfahren

- (Datenschutz) Fotos im Einbürgerungsverfahren 2002 S. 302
- Ungelöschte Vorstrafen sowie hängige Strafverfahren stehen einer Einbürgerung grundsätzlich entgegen. Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips; Abweisung der Beschwerde 2005 S. 265

Erbrecht

- Begriff der Sachgesamtheit gemäss Art. 613 ZGB 2001 S. 130
- 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 Eintreibung 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; Strafan drohung 2002 S. 248
- Vermögensertrag bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen, Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklung 2003 S. 160
- Nebenfolgen der Scheidung; ist das schweizerische Gericht weder für die Zuteilung der elterlichen Sorge noch für die Regelung des persönlichen Verkehrs zuständig, muss auch die Zuständigkeit für die Unterhaltsregelung verneint werden 2003 S. 161
- Kindesvermögen; Zugehörigkeit von Legatsansprüchen zum freien Kindesvermögen; Schutzmassnahmen gegenüber dem Verwalter dieses Vermögens 2003 S. 262

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

Forschungsstudie

(Datenschutz) Datenerhebung für eine Forschungsstudie - und wo bleibt das Steuergeheimnis? 2004 S. 286

Fristen im SchKG

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

Führerausweisentzug

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

Fürsorgerische Freiheitsentziehung

- persönliche Fürsorge nur in stationärem Klinikaufenthalt, Voraussetzungen 2000 S. 92
- Voraussetzungen der Klinikeinweisung oder -zurückbehaltung im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Geisteskrankheit, Suchterkrankung, schwere Verwahrlosung) 2004 S. 102
- Wird die Beschwerde gegen eine fürsorgerische Freiheitsentziehung zurückgezogen, ist eine erneute Beschwerdeerhebung gegen die nämliche Einweisung grundsätzlich nicht mehr zulässig, auch wenn sie innerhalb der Beschwerdefrist erfolgt 2004 S. 108

- Überprüfung des Nichteintretensentscheides der Vormundschaftsbehörde auf ein Entlassungsgesuch. Wann ist eine mündliche öffentliche Verhandlung bzw. eine mündliche Anhörung durchzuführen? Kein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand bei Aussichtslosigkeit der Beschwerdeführung 2004 S. 110
- Beschwerde gegen Einweisung bzw. Zurückbehaltung; örtliche Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis 2003 S. 131

G

Gebühren

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

Gemeinden

- Behandlung von Motionen im Kirchgemeinderat; Mietvertrag für die Nutzung des Kirchenturms 2002 S. 230
- Pflicht zur sofortigen Rüge von Verfahrensmängeln; Ausstandspflicht 2002 S. 237
- Kann ein Stimmbürger in die Protokolle der gemeindlichen Planungs- und Baukommission (PBK) Einblick nehmen, wenn er gegen ein Bauvorhaben ist 2005 S. 268

Genugtuung

- Anspruch für nahe Angehörige und Höhe 1999 S. 111

Gesamtüberbauungsplan

- spätere Änderungen in Einzelbauweise 1999 S. 79

Gesundheitswesen

- (Datenschutz) zur Bekanntgabe der Krankengeschichte an den Versicherer 2002 S. 300
- Eine ordentliche Zulassung als Leistungserbringer zulasten der Krankenkassen ist ausgeschlossen, wenn die Höchstzahl der Leistungserbringer in dieser Kategorie nach der Zulassungsverordnung bereits erreicht oder überschritten ist 2003 S. 144
- Zuständigkeit zur Überprüfung von Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen; Zulässigkeit 2003 S. 147

- Zwangsmassnahmen. Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur gerichtlichen Überprüfung von Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen. Anforderungen an die Anordnung einer Zwangsmassnahme 2004 S. 116
- Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen. Wann liegt eine anfechtbare Zwangsmassnahme vor 2004 S. 119
- Die zuständige kantonale Behörde kann der Privatapotheke eines selbstdispensierenden Arztes das Zusammenmischen von verwendungsfertigen Arzneimitteln zu applikationsfertigen Inhalanda bewilligen 2003 S. 152

Gerichtsstand

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

Grundbuchdaten

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

Grundbuchgebührentarif

- Bemessung der Handänderungssumme aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückerwerb; Beschwerdelegitimation der Gemeinden 1999 S. 198
- Handänderungsgebühr berechnet sich auf der Gesamtheit der Leistungen, die der Erwerber dem Veräusserer für die Eigentumsübertragung am Erwerbsobjekt tatsächlich zu erbringen hat; Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis (Präzisierung der Praxis 1999 S. 198) 2002 S. 235
- Bemessung bei einer Fusion 2001 S. 195
- Bemessung der Handänderungsgebühr beim Verkauf einer Geschäftsliegenschaft durch den Inhaber einer Einzelfirma an eine Kommanditgesellschaft, an welcher der Veräusserer als einziger Komplementär beteiligt ist; Tatbestand der (Firmen)Umwandlung; Kinder des Komplementärs als Kommanditäre 2003 S. 273
- Bemessung bei Abgeltung der ideellen Anteile der aus einer Kollektivgesellschaft ausscheidenden Gesellschafter durch Zuweisung von Stock-

werkeigentum im Gesamteigentum der Gesellschaft; rechtliche Qualifikation dieses Vorgangs 2003 S. 283

- Bemessung bei einer Umwandlung einer AG in eine GmbH; Stichtag für die Bestimmung des Grundstückswertes; Assekuranzwert als Hilfsmittel zur Wertbestimmung 2003 S. 289
- Verkauf von unüberbauten Miteigentumsanteilen an Grundstücken, auf denen gemäss separatem Werkvertrag Eigentumswohnungen nach Gesamtüberbauungsvorschriften erstellt werden; Voraussetzungen für die Berechnung der Handänderungsgebühr auf dem Gesamtpreis; Bestätigung der bisherigen Praxis. Das Erfordernis der Konnexität von kauf- und werkvertraglichen Absprachen setzt keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität von Verkäufer und Werkerstellerin voraus. Zulässigkeit der Zusammenrechnung, wenn das rechtliche Schicksal der abgeschlossenen Verträge nach den Umständen ein einheitliches ist. Dies trifft zu, wenn die Herbeiführung des dem Käufer geschuldeten Erfolges ein einvernehmliches Zusammenwirken von Veräusserer und Werkeigentümerin erfordert, so dass auf den Bestand einer diesem Zwecke dienenden einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530ff. OR geschlossen werden kann 2005 S. 273

Grundbuchverordnung

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

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
- Treu und Glauben; Voraussetzungen für die Berufung auf Treu und Glauben wegen einer inhaltlich falschen Bestätigung durch das Sekretariat der Grundstückgewinnsteuerkommission 2003 S. 65

I

Internationales Privatrecht

- Minderjährigenschutz; örtliche Zuständigkeit 1999 S. 125
- Zuständigkeit der Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zur Änderung des Besuchs- oder Ferienrechts in Scheidungsurteilen 1999 S. 158
- Vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zwecks späterer Adoption 1999 S. 192
- Perpetuatio fori im internationalen Verhältnis; Frage des anwendbaren Rechts offen gelassen. Eine Rechtsnachfolge im Prozess (§ 21 ZPO) kann sowohl bei Binnen- als auch bei internationalen Verhältnissen nur stattfinden, wenn die Klage nach kantonalem Prozessrecht rechtshängig ist 2005 S. 205

Internet

- datenschutzrechtlicher Rahmen betr. Veröffentlichung von Grundbuchdaten 2001 S. 250
- (Datenschutz) Dürfen Resultate von Lebensmittelkontrollen im Internet veröffentlicht werden? 2004 S. 283

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 HEntfÜ), weil der Antragssteller dem Verbleib des Kindes in der Schweiz zugestimmt hat und regelmässig Marihuana konsumiert. Im Verfahren betr. Kindesrückführung dürfen keine gerichtlichen Kosten auferlegt werden. Die unterliegende Partei hat indes die obsiegende Partei für ihre prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen 2002 S. 154

Krankengeschichte

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

Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung

- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 S. 69
- Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten. - Der Beweis der Fristwahrung kann im Falle eines Gesuchs, das nie bei der Behörde eintraf, nicht durch Zeugen, die über die Einzelheiten der Postaufgabe Auskunft geben, erbracht werden 2004 S. 133
- Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe 2002 S. 94
- Das Sozialamt, das für eine Person Sozialhilfe ausrichtet, erhält die volle Prämienverbilligung, wenn es auch erst nach Fristablauf vom Anspruch auf Sozialhilfe erfuhr 2003 S. 99

L

Lebensmittelkontrolle

(Datenschutz) Dürfen Resultate von Lebensmittelkontrollen im Internet veröffentlicht werden? 2004 S. 283

Löschen von Daten

(Datenschutz) Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310

M

Mobilfunkantennen

- Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86

Motionen

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

N

Nachrede, üble

- Wahrheitsbeweis kann auch durch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil der gleichen 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

- Mit Bezug auf die Zusicherung von Eigenschaften wird zwar kein ausdrücklicher Verpflichtungswillen des Verkäufers verlangt, wohl aber eine (auch konkludente) Erklärung über Sacheigenschaften, die erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend war 2004 S. 163
- Herabsetzung eines vertraglich geschuldeten Nettomietzinses und Schadenersatzansprüche des Mieters 2004 S. 164
- Trifft der Beauftragte bei Fälligkeit seiner Tätigkeitspflicht keine Anstalten zur Herbeiführung des angestrebten Erfolgs, begeht er eine Vertragsverletzung. Der Auftraggeber ist berechtigt - wenn er dies unverzüglich erklärt - auf die Leistung zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten 2004 S. 166
- Versäumnisse des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr und ihre Folgen 2001 S. 134
- Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung; bezüglich der Dauer ist die sog. «Zürcher Scala» mass-

- gebend; der Anspruch des teilweise arbeitsfähigen Arbeitnehmers besteht so lange, bis der erhaltene Lohn dem vollen Salär für die «beschränkte Zeit» entspricht 2003 S. 167
- Kostenlosigkeit des Verfahrens nach Art. 343 Abs. 3 OR; die Kostenlosigkeit des Verfahrens gelangt auch in Fällen zur Anwendung, in denen es einzig um die Frage geht, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist 2003 S. 175
 - Freistellung eines Handelsreisenden; Bestimmung des Freistellungslohnes 2001 S. 139
 - Freistellungslohn und Leistungen der Arbeitslosenkasse 2001 S. 139
 - Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe; Aktivlegitimation einer lokalen paritätischen Berufskommission 2001 S. 142
 - Ausstelldatum eines erst einige Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten (Schluss)Arbeitszeugnisses 2002 S. 169
 - Mietrecht; Entschädigung von Investitionen, welche vom Mieter in der Liegenschaft getätigt worden sind, wenn das Mietverhältnis durch höhere Gewalt beendet wird 2003 S. 165
 - Lombardkredit - Einen Anlageberater treffen neben der Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden 2005 S. 177
 - Die Zulässigkeit des Widerrufsrechts im Auftragsverhältnis ist mit Bezug auf einen Betreuungsvertrag zu verneinen 2005 S. 178

Gesellschaftsrecht

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

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

Online Zugriff

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

Outsourcing

- siehe Auslagerung

P

Parteienschädigung

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

Personenrecht

- Persönlichkeitsverletzung durch Erhöhung der Strahlung einer Hochspannungsleitung? 2001 S. 115
- Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen 2001 S. 183
- Aufsicht; örtliche und sachliche Zuständigkeit 2001 S. 184
- Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen. Rechtsschutzinteresse 2002 S. 143
- Eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat 2002 S. 144
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes 2004 S. 240
- Wohnsitzbegründung als Prozessvoraussetzung; Aufenthalt eines geistig Behinderten 2004 S. 241
- Begehren um Abänderung des Geburtsjahrs im Zivilstandsregister. Die Berichtigungsklage steht nicht zur Verfügung, wenn der Eintrag im Zivilstandsregister formell korrekt ist, d.h. auf echten Belegen beruht, die materiell unrichtig sind. Dafür bedarf es der Umstossung jener Belege, auf denen die angeblich materiell unrichtige Registereintragung beruht. - Zuständig zur Anerkennung eines türkischen Urteils betreffend Änderung des Geburtsjahrs ist die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen, mithin die Direktion des Innern des Kantons Zug 2005 S. 167

- Wohnsitz eines allein stehenden Wochenaufenthalters. Haus und Tiere als Anknüpfungskriterium für den Wohnsitz 2005 S. 270

Pfändungsankündigung

- Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung; Weiterverrechenbarkeit 1999 S. 142

Pflegekind

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

Planungs- und Baurecht

- Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates 2000 S. 71
- Ausnützung; Keller und Abstellräume im Erdgeschoss eines nicht unterkellerten Gebäudes 1999 S. 220
- Ausrichtung der Hauptwohnräume (§ 19 BO Zug) 1999 S. 221
- die Bestandesgarantie in einer Bauordnung beruht auf höherrangigem Recht; Auslegung der Bauordnung 1999 S. 84
- Bestandesgarantie; darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau nicht zur Ausnützung zählt? 1999 S. 219
- Besitzstandgarantie; Bauordnung Unterägeri; Tragweite 2001 S. 215
- Bewilligungspflicht für Geländeänderungen durch Deponieren von Aushub 2000 S. 59
- Bewilligungsanforderungen für Hartplatz bei Schulanlage, der teils in der Bauzone und teils in der Freihaltezone liegt 2000 S. 79
- Einzonung eines Gebietes, das in einem BLN-Objekt liegt; Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen 2004 S. 253
- Baureife eines Grundstücks; Erschliessungspflicht des Gemeinwesens 2004 S. 260
- Erschliessungspflicht der Gemeinde eines in der Bauzone gelegenen Grundstücks 2001 S. 214

- Begriff der hinreichenden Zufahrt. Eine Zufahrt ist hinreichend, wenn sie tatsächlich und rechtlich sichergestellt ist. Bedeutung eines im Grundbuch angemerkten öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts, auch wenn dieses im Anhang des gemeindlichen Strassenreglements nicht aufgeführt ist 2004 S. 72
- Geschossflächen, nicht anrechenbare: Entscheidend ist die bauliche Eignung 2001 S. 92
- Jugendcafé in Baustellenwagen; bewilligungspflichtige Baute? Zonenkonformität mit Zone des öffentlichen Interesses? 2001 S. 216
- Lärmbekämpfungsverordnung Cham; Benützungsordnung für den Pausenplatz des Schulhauses Städtli II 2001 S. 209
- Mindestabstand für Gebäude an Gemeindestrassen 2001 S. 96
- Mobilfunkantennen, Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86
- Mobilfunkanlage und Informationsfreiheit 2001 S. 218
- Planungspflicht ausserhalb der Bauzone; wann ist eine Ausnahmebewilligung zulässig und wann bedarf es einer Nutzungsplanung 1999 S. 88
- Planungszone; Freihaltung zwecks Strassenplanung 2000 S. 62
- Tennisanlage, die breiter Öffentlichkeit dient und Zone des öffentlichen Interesses 2001 S. 83
- Überprüfung der Ortsplanung durch die Genehmigungsinstanz und Ermessenspielraum der Gemeinden 1999 S. 95
- Umnutzung einer gewerblichen Liegenschaft ausserhalb der Bauzone 2000 S. 76
- Wohnzone 2; welche gewerblichen Nutzungen sind zulässig? 1999 S. 219
- Mobilfunkanlage in Wohnzone 3 2000 S. 229
- Strassenreklamen; Praxisänderung für die Bewilligung 2000 S. 231
- Unter welchen Voraussetzungen braucht es für die Sanierung einer schadhafte Stützmauer eine Baubewilligung 2004 S. 69
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfeilen an bestehendem Gartenhaus 2000 S. 233
- Grenze zwischen Wohnraumerweiterung und auf die Ausnützung nicht anrechenbarem Wintergarten 2002 S. 100

- Minimaler Gewerbeanteil von 60% bei Baumassenziffer. Der Mindestanteil bezieht sich auf die Baumasse des Bauvorhabens, nicht auf die maximal mögliche Baumasse 2002 S. 102
- Haftung für Schäden aus missbräuchlicher Baubeschwerde. Zuständig sind die Zivilgerichte. Das Verwaltungsgericht tritt auf ein Begehren um Feststellung der missbräuchlichen Beschwerdeführung nicht ein 2002 S. 109
- Verhältnis von Eingliederungsgebot, Ortsbildschutz und Denkmalschutz 2002 S. 110
- Zonenkonformität eines Frischmarktladens mit nächtlicher Anlieferung 2002 S. 270
- Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Die Baudirektion darf im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden 2003 S. 72
- Bestandesgarantie 2003 S. 76
- Bewilligungspflicht für das Aufstellen eines grossen Kreuzes und dessen Beleuchtung 2003 S. 79
- Eine Zonenplanänderung durch den Gemeinderat ist nicht zulässig, wenn diese mit einer beschlossenen, aber noch nicht rechtskräftigen Baulinie in Widerspruch geraten könnte 2003 S. 84
- Wohnzone 2, Anzahl zulässiger Geschosse 2003 S. 299
- Höhenlage des Erdgeschossfussbodens bei zusammengebauten Gebäudeteilen, die als ein Gebäude gelten 2003 S. 301
- Mobilfunkantennen und an Gemeindeversammlung erheblich erklärte Motion 2003 S. 303
- Kann die Baufreigabe einer Reservezone durch den Gemeinderat von den Nachbarn mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden 2003 S. 310
- Anforderungen an die Umweltverträglichkeit einer Parkierungsanlage in einem Bebauungsplangebiet 2003 S. 313
- Das Interesse an der integralen Erhaltung eines BLN-Gebietes geht dem Interesse an der Produktion einer relativ geringen Menge Ökostrom vor 2005 S. 81
- Einordnung einer Neubaute in die Ortskernzone sowie in die Ortsbildschutzzone Oberwil-Zug 2005 S. 280

- Vorgehen und Zuständigkeiten bei baulichen Änderungen an einem geschützten Baudenkmal 2005 S. 283
- Anzurechnende Geschossfläche bei einem Attikageschoss 2005 S. 286
- Wie steil muss das Gelände sein, damit ein bergseitig gelegener Wasch- und Trocknungsraum im Erdgeschoss eines Gebäudes nicht zur Ausnützung gerechnet werden muss 2005 S. 288

Politische Rechte

- Auch knappes Resultat verschafft keinen Anspruch auf Nachzählung, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Auszählen oder ein gesetzwidriges Verhalten der zuständigen Organe vorliegt 2002 S. 225
- Die bloße Meinungsäußerung von zwei Mitgliedern des Regierungsrats im Vorfeld einer Abstimmung bildet für sich allein noch keinen Ausstanzgrund; Voraussetzungen für die Nachzählung bei einem knappen Abstimmungsergebnis 2003 S. 257

Prozessführung

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

R

Rechtspflege

Strafrechtsverfahren

- Zur Anordnung und gegebenenfalls zwangsweisen Durchsetzung erkennungsdienstlicher Massnahmen ist alleine die Polizei zuständig, sofern diese nicht zum Zwecke der Erstellung eines DNA-Profiles erfolgt. Der Untersuchungsrichter hat daher in den erstgenannten Fällen keine Vorkehren zu treffen. Dementsprechend können derartige Anordnungen und Handlungen der Polizei einzig auf dem Verwaltungsweg angefochten werden 2004 S. 220
- Nach dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen § 11 Abs. 1 StPO gilt als Privatkläger einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen. Der Strafantrag ist der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt 2004 S. 219
- Im zugerischen Strafprozess wird der Prozessstoff durch die Überweisungsverfügung in Kombination mit der Anklageschrift bestimmt und begrenzt. Praxisänderung 2004 S. 222
- Abwesenheitsverfahren 2000 S. 191
- Aktenherausgabe; kein Anspruch auf Herausgabe an den Verteidiger 2000 S. 178
- Ausstand eines Kantonsrichters, der in verschiedenen Verfahren mitwirkt 2001 S. 174
- Einstellung der Strafuntersuchung; die Verweisung auf den Zivilweg ist ein prozessleitender Entscheid, keine Beschwerde an die Justizkommission 2000 S. 182
- Qualität der Beschwerde gegen Urteile des Einzelrichters in Strafsachen 2000 S. 183
- Kompetenz des Einzelrichters bei Zusatzstrafen 2000 S. 187
- Vergewaltigung als Officialdelikt; Recht des Angeschuldigten Fragen an den Belastungszeugen zu stellen 2000 S. 188
- Mit dem Rückzug des Strafantrages entfällt eine Prozessvoraussetzung, das Strafverfahren ist einzustellen; Auswirkung auf Kostenfolge 2002 S. 219

- Aufsichtsbeschwerde ist nicht Ersatz für nicht existierendes Rechtsmittel; Subsidiarität gegenüber Berufung; Vorwurf des Amtsmissbrauchs 2002 S. 220
- Berufungsverhandlung; entschuldigtes bzw. unentschuldigtes Fernbleiben 2004 S. 228
- Als Privatkläger gilt einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und /oder Zivilpunkt zu beteiligen 2003 S. 226
- Das neue Prozessrecht ist auf alle hängigen Fälle anzuwenden. Die Mitwirkungsrechte einer Privatklägerin reichen nur so weit, als es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist 2003 S. 227
- Die Bestellung eines amtlichen Verteidigers erfolgt grundsätzlich ad personam und beinhaltet keine Substitutionsermächtigung; ein Verteidigerwechsel ist nur mit gerichtlicher Zustimmung zulässig 2003 S. 230
- Voraussetzungen für die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2003 S. 231
- Akteneinsicht. Eine Herausgabe von Untersuchungsakten erfolgt nur an patentierte Anwälte, Ämter oder Versicherungsgesellschaften 2003 S. 232
- Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung. Dem Beschuldigten, welcher zu Unrecht einen Atemlufttest verweigert und damit die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens und insbesondere eine unnötige Blutanalyse verursacht hat, sind die Untersuchungskosten aufzuerlegen 2003 S. 234
- Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche. Anordnung der stationären Beobachtung eines Jugendlichen zur Abklärung der zweckmässigen Sanktion 2003 S. 235
- Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Es ist grundsätzlich Sache der schweizerischen Behörden, diejenigen Akten auszuscheiden, die den ausländischen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Sie sind jedoch verpflichtet, den ausländischen Behörden sämtliche Aktenstücke zu übermitteln, die sich auf den im Ersuchen enthaltenen Verdacht beziehen können 2003 S. 241
- Die Ergreifung eines Rechtsmittels im Strafprozess setzt voraus, dass der Rechtsmittelkläger urteilsfähig ist. Anders als im Zivilprozess ist hier hingegen seine Handlungsfähigkeit nicht verlangt. Urteilsfähigkeit im konkreten Fall verneint 2004 S. 225

- Gegen Einstellungsbeschlüsse des Einzelrichters steht weder das Rechtsmittel der Berufung noch das Rechtsmittel der Beschwerde offen 2004 S. 230
- Beschleunigungsgebot; Folgen von dessen Verletzung 2005 S. 238
- Musste der Beschwerdeführer bereits aufgrund der ursprünglichen Armenrechtsbewilligung damit rechnen, dass ihm die Unentgeltlichkeit der Verteidigung bei einer erheblichen Einkommensverbesserung nicht mehr gewährt würde, liegt keine eigentliche, unzulässige Rückwirkung vor, wenn der Untersuchungsrichter in einer späteren Verfügung die Unentgeltlichkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Änderung der Einkommensverhältnisse entzieht 2005 S. 239
- Beweismässige Verwertbarkeit von Fragebogen, die im Laufe der Strafuntersuchung erhoben wurden; Teilnahmerecht der Verteidigung an Zeugeneinvernahmen; beweismässige Verwertbarkeit von Gutachten, die in einem anderen Verfahren erstattet wurden 2005 S. 241
- Kostenaufgabe und Entschädigung bei Einstellung der Strafuntersuchung 2005 S. 244
- Anklagegrundsatz – Anforderungen an die Eingrenzung des vorgehaltenen Sachverhaltes in zeitlicher Hinsicht 2005 S. 247
- Berufungsbeschränkung; Teilrechtskraft; Entschädigung der amtlichen Verteidigung; Fehlen einer gesetzlichen Grundlage zur Kürzung der Entschädigung von Amtes wegen im Berufungsverfahren 2005 S. 250
- Gegen Ausstandsentscheide des Strafgerichts ist die Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig 2005 S. 251
- Gegen die Weigerung der Staatsanwaltschaft, eine Konfrontationseinvernahme durchzuführen bzw. anzuordnen, ist die Beschwerde nach § 80 StPO nicht gegeben. Prüfung der Beschwerde erfolgt einzig unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten 2005 S. 252
- Die Beschwerde gegen die Überweisungsverfügung und damit auch gegen die mit ihr allenfalls gleichzeitig abgewiesenen Aktenergänzungen ist seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung vom 19. Dezember 2002 nicht mehr zulässig. Hingegen kann gegen eine in der Überweisungsverfügung angeordnete Aufrechterhaltung der Fernhaltemassnahme Beschwerde geführt werden. Der vom Gesetz ausdrücklich im Rahmen der Überweisung vorgesehene Entscheid über die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer allfälligen Haft oder einer Ersatzmassnahme kann als selbständige Untersuchungshandlung angesehen werden, die weiterhin der Beschwerde gemäss § 80 Ziff. 1 StPO unterliegt 2005 S. 255

- Gegen eine einstweilige Einstellungsverfügung steht den Parteien die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung. Diese lässt sich – bei weitherziger Auslegung des Begriffs Untersuchungshandlung – auf § 80 Ziff. 1 StPO stützen, aber namentlich auch – zumindest analog – auf Ziff. 7 von § 80 StPO, welcher in seiner neuen Fassung vom 19. Dezember 2002 die Einstellungsverfügung ausdrücklich als Beschwerdeobjekt nennt 2005 S. 257
- Das Einzelrichteramt hat keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem es aus dem Teilfahrverbot für Motorräder ein Halte- und Parkverbot abgeleitet hat 2005 S. 259
- Auf eine nicht oder nicht genügend begründete Beschwerde kann nicht eingetreten werden. Begründet ist die Beschwerde dann, wenn der Beschwerdeinstanz dargelegt wird, auf welche Argumente sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf die gestellten Anträge stützt 2005 S. 261

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren

- Ausstand dient der Wahrung von nötiger Distanz und Objektivität in der Fallbearbeitung; Regierungsrat als Beschwerdeinstanz 2004 S. 270
- Ein Gemeinderat, der mit einer privaten Bauherrschaft Verhandlungen über ein gemeinsames Bauprojekt führt, kann deshalb noch nicht als befangen bezeichnet werden. Entscheidend ist, ob sich der Gemeinderat als zuständige Baubewilligungsbehörde an die baurechtlichen Vorschriften hält 2004 S. 147
- Gegenüber Spezialadressaten sind Allgemeinverfügungen individuell und persönlich zu eröffnen, d.h. die anordnende Behörde kann sich nicht allein auf die öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinverfügung beschränken. Beginn des Fristenlaufs 2004 S. 151
- Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen bei der Änderung einer Bauzone 2004 S. 253
- unentgeltliche in einem Besuchsrechtsbeschwerdeverfahren 1999 S. 231
- Kosten und Parteienschädigung bei Abschreibung einer Kindesschutzbeschwerde infolge Gegenstandslosigkeit 2001 S. 193
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 240
- Prozessvoraussetzung und zivilrechtlicher Wohnsitz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 241

- Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Regierungsrat eine Vormundschaftsbeschwerde als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat 2002 S. 135
- Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis verleiht dem 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
- Beweiswürdigung; Beweiswert eines psychiatrischen Gutachtens, das ohne Beizug eines Dolmetschers erstellt wurde 2003 S. 93
- Ablehnung von Beweisanträgen; Notwendigkeit des Beizugs eines Sachverständigen; Anforderungen an dessen Unabhängigkeit und Unbefangenheit 2003 S. 135
- Voraussetzungen, unter denen die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden kann 2003 S. 68
- Garantie des unabhängigen Richters: gilt nicht für Baudirektion, die im Rahmen der Vorprüfung einer gemeindlichen Planung Fragen geprüft hat, die den Beschwerdegegenstand betreffen. Die Baudirektion darf das Verfahren vor dem Regierungsrat instruieren 2003 S. 72
- Wer sich nicht mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt, kann nicht als unterliegende Partei beurteilt werden somit auch nicht zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden 2003 S. 157
- Rechtzeitige Einreichung einer Beschwerdeschrift 2003 S. 333
- Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde im Sozialhilfeverfahren beim Entscheid über eine Unterbrechung oder Einstellung der Sozialhilfeleistungen 2003 S. 334
- Entzug der aufschiebende Wirkung; Zuständigkeit des Regierungsrats zur Anordnung des Entzugs, wenn diese nicht von der zuständigen Behörde angeordnet wurde 2003 S. 339
- Für die Festsetzung der Dauer von Probezeit und Schutzaufsicht kommt dem Amt für Straf- und Massnahmenvollzug ein erhebliches Ermessen zu; Ermessenskontrolle im Beschwerdeverfahren 2003 S. 343
- Rechtsstellung des beigeladenen Dritten im Verfahren 2005 S. 94

Zivilrechtsverfahren

- Gerichtsstand; - Es sind nur Geschäfte des «üblichen Verbrauchs» als Konsumentenverträge zu qualifizieren. Ausserordentliche Anschaffungen, die nicht regelmässig getätigt werden, sowie eigentliche Luxusgüter fallen nicht in den Anwendungsbereich 2004 S. 189
- Im Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG in den Aktivprozess der Konkursitin kann kein Parteiwechsel erblickt werden. Die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung durch den Abtretungsgläubiger lässt sich daher nicht auf § 21 Abs. 2 ZPO stützen 2004 S. 192
- Die Zulässigkeit der Streitverkündung im summarischen Verfahren ist in der Lehre umstritten. Soweit die Streitverkündung jedoch der Einfachheit und Raschheit des summarischen Verfahrens nicht entgegensteht, ist sie zuzulassen 2004 S. 196
- Wird eine Beschwerde von einem nicht zur Vertretung berechtigten Nichtanwalt unterzeichnet, ist eine kurze, gegebenenfalls über die Beschwerdefrist hinausgehende Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen 2004 S. 198
- Wird eine Bank mit der Überweisung des verlangten Kostenvorschusses auf das Postcheckkonto der Gerichtskasse beauftragt, gilt der Kostenvorschuss nur dann als rechtzeitig geleistet, wenn er am letzten Tag der Frist bei der Postfinance eintrifft und als Fälligkeitsdatum ebenfalls spätestens dieses Datum angegeben wird 2004 S. 200
- Vom zahlungsunfähigen Kläger kann die Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden. Der Zahlungsunfähige zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um solche handelt es sich bei der im Streite liegenden Forderung und den damit zusammenhängenden Gerichts- und Parteikosten nicht. Allfällige künftige Verbindlichkeiten bei der heute zu beurteilenden Zahlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit können nicht berücksichtigt werden 2004 S. 201
- Pfandausfallschein als Beweismittel für Zahlungsunfähigkeit 2000 S. 173
- Unentgeltliche Prozessführung; Unterhaltskosten für ein im gleichen Haushalt lebendes Kind 2000 S. 173
- Verfügung des Eheschutzrichters als superprovisorische Massnahme; Nichteintreten auf Beschwerde wegen Rechtsverweigerung 2001 S. 177
- Bedürftigkeit, Unterhaltspflichten: Leistung von Prozesskostenvorschüssen 2001 S. 169

- Wiederaufnahme eines Verfahrens; Ausnahmen für das summarische Verfahren 2001 S. 180
- Keine unentgeltliche Rechtspflege bei Verheimlichung von Vermögenswerten 2000 S. 175
- Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidenten zum Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Berufungsverfahrens 2001 S. 171
- Erläuterung gemäss § 81 GOG. § 49 Abs. 1 ZPO, wonach die Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter zugesprochen wird, wenn die unentgeltliche Partei obsiegt, beinhaltet eine Art Legalzession, d.h. die der obsiegenden Partei zugesprochene Prozessentschädigung geht sogleich und unmittelbar kraft Gesetzes auf dessen unentgeltlichen Rechtsbeistand über bzw. entsteht direkt bei diesem. Handelt es sich bei § 49 Abs. 1 ZPO um eine so verstandene Legalzession, kann ein Urteil, in welchem die Prozessentschädigung versehentlich dem obsiegenden Kläger statt seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter zugesprochen wird, auf dem Wege der Erläuterung korrigiert werden 2004 S. 213
- Der verfassungsmässige Anspruch der bedürftigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege bezieht sich grundsätzlich nur auf die Zukunft 2002 S. 197
- Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, kein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2002 S. 198
- Weist der kantonsgerichtliche Referent ein gegen die von ihm nominierten Gutachter gestelltes Ausstandsbegehren ab und stellt fest, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet hat, handelt es sich dabei um eine Beweisverfügung. Gegen diese Verfügung ist die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben. Die Beschwerde an die Justizkommission nach § 208 Ziff. 4 ZPO ist damit ausgeschlossen 2004 S. 202
- Unlauterer Wettbewerb: Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung genügt allein noch nicht als Verfügungsgrund. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung 2002 S. 201
- Die Frage nach der Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Firmenrecht entscheidet sich ausschliesslich nach dem kantonalen Prozessrecht. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen ist Zurückhaltung geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre 2004 S. 206

- Der Gesuchsteller verfügt im Rahmen der vorsorglichen Beweissicherung über die Verfahrensherrschaft 2004 S. 208
- ZPO: § 201 Abs. 2 hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen 2002 S. 207
- Beschwerdebegründung als gesetzliches Gültigkeitserfordernis; Voraussetzung für die Wiederherstellung einer Beschwerdefrist 2002 S. 210
- ZPO § 208 Ziff. 2: Kompetenzen der Aufsichtsinstanz 2002 S. 212
- Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann nach der Praxis der Justizkommission gegen eine Verfügung des Referenten keine Beschwerde erhoben werden und der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weitergezogen werden 2002 S. 215
- Im Falle der Zustellung eines Rechtsöffnungsentscheides während den Betreibungsferien beginnt die Beschwerdefrist unabhängig vom Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens erst nach Ablauf der Betreibungsferien zu laufen 2004 S. 209
- Auslegung der Begriffe öffentliche oder private Strasse; Massgebend für die Zuständigkeit ist das Interesse für eine Verkehrsanordnung auf privaten Grund 2002 S. 216
- Benutzungsverhältnis zwischen einer Gemeinde und dem Benutzer einer gemeindeeigenen Mehrzweckhalle; Kriterien zur Unterscheidung zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Anspruch 2003 S. 198
- Reichweite der materiellen Rechtskraft; Die Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich in gewissen Fällen auf die Urteilerwägungen. Im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts darf das zivilprozessrechtliche Institut der materiellen Rechtskraft nicht eine Spaltung des Sinallamas bewirken 2003 S. 203
- Internationale Zuständigkeit; Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Gültigkeit von mit internationalen Warenkäufen im Zusammenhang stehenden Gerichtsstandsklauseln richten sich nicht nach dem WKR, sondern nach dem Prozessrecht der lex fori. Sind die formellen Anforderungen von Art. 17 LugÜ für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt und liegt zwischen den Parteien keine Einigung über den Ort der Erfüllung gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vor, so ist der Erfüllungsort im Zusammenhang mit internationalen Warenkäufen nach Art. 31 WKR zu bestimmen 2003 S. 208

- Sicherstellung der Parteientschädigung bei definitivem Verlustschein 2003 S. 213
- Unantastbarkeit von kleinen Vermögen i.S. von § 46 Abs. 1 ZPO 2003 S. 214
- Novenrecht im Eheschutzverfahren. In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte *Offizialmaxime*. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig 2003 S. 218
- Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig 2003 S. 219
- Ist die gemäss Scheidungsurteil geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern muss diese erst noch nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden, und kann deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreuung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen 2003 S. 222
- Kann auf die betriebsrechtliche Beschwerde offensichtlich wegen formellen Mängeln nicht eingetreten werden, erübrigt es sich, auf ein (erneut) gestelltes Ausstandsbegehren gegen die ordentlichen Mitglieder der Justizkommission einzutreten 2004 S. 211
- Werden Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt bzw. ergeben sich solche aufgrund der Urteilsbegründung, sind diese mit dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen. Weiterleitung des Gesuchs von Amtes wegen an die zuständige Behörde 2004 S. 212
- Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers 2005 S. 209
- Von der klägerischen Partei, die einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG erlangt hat, kann keine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden 2005 S. 212
- Bestreitungslast. Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein substantiiertes Bestreiten der klägerischen Sachvorbringen. Mit Bezug auf das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens ist insbesondere die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend 2005 S. 214

- Würdigung von Zeugenaussagen anhand von wissenschaftlich unterlegten Kriterien, Merkmale für die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Unglaubhaftigkeit seiner konkreten Zeugenaussage 2005 S. 215
- § 93 ZPO bildet keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen. Solche Massnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist 2005 S. 220
- Vorsorgliche Massnahmen. Eine Wiederholungsgefahr ist zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht. Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens 2005 S. 222
- Ist eine Ersatzvornahme möglich, kann (noch) nicht die Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangt werden. Dieses Institut ist erst als ultima ratio zulässig 2005 S. 226
- Nichteintreten auf eine Beschwerde wegen ungebührlicher Äusserungen? 2005 S. 228
- Wiederherstellung der Berufungsfrist bei Versäumnis infolge höherer Gewalt. Das Restitutionsgesuch ist innert angemessener Frist einzureichen, d.h. sobald die Tatsache der Fristversäumnis dem Betroffenen bekannt geworden und ihm die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs zugemutet werden kann. Als angemessen dürfte eine Frist gelten, die der für die Einreichung des versäumten Rechtsmittels normierten entspricht 2005 S. 231
- Wird ein Zivilgericht angerufen, hat es seine eigenen prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden; die Zivilgerichte sind dem Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht unterstellt (vgl. § 2 VRG). Die Frage der Weiterleitungspflicht richtet sich demnach nicht nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 7 VRG), sondern nach dem Gerichtsorganisationsgesetz 2005 S. 233

Rechtsöffnungsverfahren

- Bemessung der Parteientschädigung 1999 S. 129

S

Sachenrecht

- Ideelle Immissionen. Die mit der Errichtung von «Dozulékreuzen» (auch «Liebeskreuze» genannt) verbundene Wirkung ist als ideelle Immission zu qualifizieren. Ob eine übermässige Einwirkung vorliegt, ist aufgrund der konkreten Umstände zu prüfen. Im vorliegenden Fall stellt das Kreuz bei Tageslicht keine übermässige Immission im Sinne von Art. 684 Abs. 1 ZGB dar. Hingegen übersteigen die Immissionen, die in der Dunkelheit vom beleuchteten Kreuz ausgehen, die Grenze dessen, was die Nachbarn gemäss Art. 684 ZGB noch dulden müssen 2005 S. 170

Sammelauskunft

- (Datenschutz) Revision des DSG: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei Sammelauskünften 2005 S. 302

Schaden

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

Schuldbetreibung und Konkurs

- Konkursamt ist nicht legitimiert, gegen das Konkursdekret eine Beschwerde einzureichen zur Feststellung dessen Nichtigkeit (Änderung der Rechtssprechung), Rechtsfolgen, 2000 S. 141
- Anforderungen an die Angaben im Betreibungsbegehren; i.c. Adresse des Gläubigers 2000 S. 147
- Korrektur einer fehlerhaften Gläubiger- und Parteibezeichnung 2000 S. 149
- Deutscher Vergütungsfeststellungsbeschluss; Vollstreckbarerklärung, Rechtsöffnung 2000 S. 150
- Erfolgte die Sitzverlegung der Schuldnerin - wie im konkreten Fall - bevor ihr der Konkurs angedroht wurde, kann die Betreibung am neuen Betreibungsort ohne Einleitungsverfahren fortgesetzt werden. Wurden seit der Beseitigung des Rechtsvorschlages Teilzahlungen auf die Betrei-

- bungsforderung geleistet, ändert das nichts daran, dass die Betreuung für den Restbetrag ohne weiteres fortgesetzt werden kann 2004 S. 171
- Liegt ein Mahngeschäft i. S. von Art. 102 Abs. 1 OR vor und ist eine Mahnung nicht nachgewiesen, wird nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung qualifiziert. Für Betreuungskosten wird keine Rechtsöffnung erteilt 2004 S. 173
 - Betreuung einer AG, über die der Konkurs eröffnet worden ist, die aber noch im HReg eingetragen ist 2000 S. 153
 - Bei Trennung von Haupt- und Widerklage ist bei verrechenbaren Ansprüchen die Vollstreckbarkeit des zuerst gefällten Urteils aufzuschieben bis über den anderen Anspruch ebenfalls entschieden worden ist 2004 S. 175
 - Lohnsperre. Voraussetzungen, unter denen das Betreibungsamt eine Sperre der Lohnansprüche des Schuldners gegenüber seinem Arbeitgeber verfügen kann 2004 S. 177.
 - Streitwert der Kollokationsklage; Zuständigkeit des Friedensrichters 2000 S. 158
 - Provisorische Pfändung; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung 2000 S. 169
 - Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreuung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreuung angehoben worden ist 2001 S. 149
 - Eine erst nach Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld kann nur berücksichtigt werden, wenn diese innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist 2001 S. 161
 - Auf offensichtlichem Irrtum beruhender Eintrag im Handelsregister und deren Folgen für das Betreibungsamt 2001 S. 150
 - Einforderung grundpfandgesicherter Zinsen und Annuitäten 2001 S. 152
 - Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils 2001 S. 154
 - Nachlassstundungsverfahren; Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung und Gewährung einer neuerlichen Stundung 2001 S. 162
 - Änderung des Wohnsitzes des Schuldners während des Einleitungsverfahrens 2002 S. 175

- Rechtsstillstand wegen schwerer Erkrankung; Voraussetzungen 2002 S. 177
- Die in einem Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgte Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils erwächst in Rechtskraft und bindet den Richter in einem späteren Rechtsöffnungsverfahren 2002 S. 179
- Es ist in erster Linie Sache des Urteilsstaates, die ordnungsgemässe Zustellung des Urteils zu prüfen, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll. Zustellungsnachweis mittels 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 Massschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, ist als ein solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Die aus der Zwangsverwertung einer Liegenschaft anfallende Mehrwertsteuer gehört zu den Massekosten und ist vorab aus dem Gesamterlös der Liegenschaft zu bezahlen 2002 S. 187
- Arrest kann nur auf Sachen und Rechte gelegt werden, die zumindest nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Dritteigentum darf nur im Falle des sog. «Durchgriffs» verarrestiert werden, d.h. wenn der Schuldner seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat 2002 S. 190
- Enthält eine betreibungsrechtliche Beschwerde weder einen bestimmten Antrag noch eine Begründung, kann darauf nicht eingetreten werden 2003 S. 186
- Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist 2003 S. 187
- Betreuung auf Sicherheitsleistung; Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreuung auf Sicherheitsleistung verlangt, darf das Betreibungsamt nur die formellen Voraussetzungen hierfür prüfen. Für die Prüfung der materiellen Voraussetzungen ist im Streitfall der Richter zuständig 2003 S. 189
- Anforderungen an die Umschreibung des Forderungsgrundes bzw. der Forderungsurkunde 2003 S. 190
- Voraussetzung für die Aussetzung des Konkurses gemäss Art. 173a SchKG 2003 S. 193

- Ein allfälliger Prätendentenstreit über die Zugehörigkeit einer gewöhnlichen, nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung erfolgt nicht im Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG 2003 S. 194
- Fehlt es an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, kann die Konkursöffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen, wenn sich die Überschuldung aus den übrigen Akten klar ergibt. Ein Konkursaufschub ist jedoch schon aus diesem Grunde ausgeschlossen 2004 S. 179
- Die Verrechnung ist mit Bezug auf den Erwerb von Aktien ausgeschlossen, da der Rechtsgrund der Forderung in Tatsachen liegt, die nach der Konkursöffnung eingetreten sind. Vor der beschlossenen Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Aktionäre hat dieser Anspruch auch nicht virtuell bestanden 2004 S. 184
- Gegen die Ablehnung des Arrestbegehrens ist die Beschwerde an die Justizkommission gegeben. Das Novenrecht bestimmt sich nach § 212 i.V. § 205 Abs. 1 ZPO. Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen. Glaubhaftmachung im konkreten Fall bejaht 2004 S. 186
- Der Entscheid des Richters über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens ist endgültig; dagegen ist nur noch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zulässig 2003 S. 197
- Legitimation zur Beschwerde. Der übergangene Drittinteressent bei einem Freihandverkauf ist nicht zur Beschwerde legitimiert, da er nicht in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird 2005 S. 187
- Nach der neueren Lehre kann der Promissar beim unechten oder echten Vertrag zugunsten eines Dritten die Leistung an sich selber beanspruchen, beim zuletzt erwähnten Vertrag allerdings nur solange als der Dritte dem Promittenten nicht erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Der unechte oder echte Vertrag zugunsten eines Dritten stellt daher grundsätzlich einen provisorischen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Promissars dar 2005 S. 188
- Weist die ausseramtliche Konkursverwaltung die Forderungseingabe des Betreibungsamtes gemäss Art. 100 SchKG ohne materielle Prüfung ab und kolloziert im Gegenzug die Forderungseingabe des deutschen Konkursverwalters, so stellt die Abweisung der Forderungseingabe des Betreibungsamtes eine rein verfahrensrechtliche Nichteintretens-Verfügung dar, welche der Beschwerde nach Art. 17 SchKG unterliegt (Erw. 2). Ohne Anerkennung gemäss Art. 166 ff.

- IPRG kann ein deutsches Konkursdekret in der Schweiz keine Wirkungen entfalten, insbesondere kann ein deutscher Insolvenzverwalter nicht als Gläubiger-Vertreter in einem schweizerischen Konkurs anerkannt werden (Erw. 3) 2005 S. 189
- Nach konstanter Rechtsprechung der Justizkommission muss sich der geltend gemachte Konkurshinderungsgrund (Tilgung, Hinterlegung oder Verzichtserklärung) spätestens bis zum Ablauf der 10-tägigen Weiterzugsfrist verwirklicht haben. Wird nur die Schuld - inkl. Zinsen und Betreuungskosten, aber ohne Gerichtskosten - innerhalb der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen getilgt, mangelt es an einer Voraussetzung, um die Konkurseröffnung aufheben zu können 2005 S. 192
 - Das Konkursamt ist beim Freihandverkauf verpflichtet, das aus kaufmännischer Sicht beste Ergebnis anzustreben. Es darf sich nicht einfach mit dem erstbesten Angebot zufrieden geben, sondern muss geeignete Abklärungen treffen, um mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilen zu können, ob ein bestimmtes Angebot von einem Kaufinteressenten angemessen ist 2005 S. 195
 - Einrede mangelnden neuen Vermögens. Das Betreibungsamt hat nicht zu überprüfen, ob der Konkurs des Schuldners mangels Aktiven eingestellt wurde. Darüber kann einzig der Richter entscheiden 2005 S. 198
 - Der Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 Abs. 1 SchKG in den Prozess ist erst mit der Bezahlung des von ihm geforderten Kostenvorschusses vollzogen 2005 S. 199
 - Entschädigung als Mitglied des Gläubigerausschusses. Die Konkursverwaltung hat nicht die Kompetenz, die Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses abschliessend zu prüfen und darüber zu befinden. Über die Berechtigung und Angemessenheit der Rechnungen entscheidet vielmehr die Aufsichtsbehörde (Erw. 1). Weigert sich die Konkursverwaltung aus einem materiellrechtlichen Grund, die Forderung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses zu begleichen, hat darüber der Zivilrichter und nicht die Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Erw. 2) 2005 S. 200

Schule

- Kognition bei Schülerbeurteilungen; Beschwerde gegen Maturitätsnote 2000 S. 221
- Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung) 2003 S. 126

Schulrecht

(Datenschutz) Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen 2005 S. 307

Sozialhilfe

- Ausbildungskosten als Sozialhilfeleistungen 2004 S. 264
- Einschränkung wegen Verweigerung zumutbarer Mitwirkung 2000 S. 102
- Unterstützungswohnsitz; Beweislast 2002 S. 285
- Kürzung von Sozialhilfeleistungen; eine Sozialhilfeempfängerin muss vorgängig schriftlich klar informiert und verwarnt werden, bevor Kürzungen der Sozialhilfe zulässig sind 2003 S. 328

Sorgerecht

(Datenschutz) Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind? 2005 S. 315

Sozialrecht

- Im Falle der Verbeiständung einer jur. Person hat das Gemeinwesen und nicht der Antrag stellende Dritte für die Verfahrenskosten und die Entschädigung des Beistandes einzustehen, wenn der jur. Person die nötigen Mittel fehlen 2003 S. 123
- Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung) 2003 S. 126
- Parteifähigkeit des Konkubinatspartners; Subsidiaritätsprinzip. Voraussetzungen für das Vorliegen eines stabilen Konkubinats. Führt eine unterstützte Person den Haushalt für den Partner der familienähnlichen Gemeinschaft, hat sie einen Anspruch auf Haushaltsentschädigung 2005 S. 291
- Behandlung der Verwaltungs- und Aufsichtsbeschwerde in einem Regierungsratsbeschluss. Verbindlichkeit der jeweils gültigen Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe. Prüfung, ob es sich bei den durch den Wochenaufenthalt bedingten zusätzlichen Kosten um situationsbedingte Leistungen gemäss SKOS Richtlinien handelt. Prinzip der Angemessenheit der Hilfe. Keine Übernahme zusätzlicher Kosten bei Wochenaufenthalt an einem anderen Ort 2005 S. 294

Sozialversicherungsrecht; Allgemeiner Teil

- Eine Bearbeitungsdauer von 16 Monaten für einen Einspracheentscheid ist auch bei einem besonders komplexen Fall zu lange und stellt eine Rechtsverzögerung dar 2004 S. 138
- Mit Inkrafttreten des ATSG wurden die Fristen im Verwaltungsverfahren des Sozialversicherungsrechts einheitlich geregelt. Anderslautende Weisungen des BSV sind nicht mehr anwendbar. Wird eine Eingabe am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben, gilt die Frist als gewahrt 2004 S. 142
- Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihrer Vertretung vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächsten Werktag 2004 S. 145
- Mitwirkungspflicht der versicherten Person an ärztlichen und fachlichen Untersuchungen sowie Mahnverfahren 2005 S. 121
- Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteientschädigung zu 2005 S. 122, 124

Sperre von Daten

- (Datenschutz) Zur Aufhebung einer Datensperre 2004 S. 289
- (Datenschutz) Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei «Sammelauskünften» 2005 S. 302

Steuern und Abgaben

- Rekursverfahren. Der Rekurs ist zulässig gegen den Einspracheentscheid. Frage offen gelassen ob ausserhalb dieser Ordnung Rekurs erhoben werden kann 2001 S. 43
- Eine Ermessensveranlagung kann im Einspracheverfahren abgeändert werden, wenn der Steuerpflichtige den Beweis erbringt, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich unrichtig war. Im vorliegenden Fall konnte der Beweis mit einer sog. «Schuhschachtelbuchhaltung» nicht erbracht werden 2004 S. 87
- Ein Aktionär, der eine Beteiligung aus seinem Privatvermögen in eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu einem über ihrem Nominalwert liegenden Anrechnungswert (in Form von Liberierung von Aktien der

- übernehmenden Gesellschaft oder gegen eine Gutschrift auf einem Aktionärsdarlehenskonto) einbringt, erzielt eine steuerbare geldwerte Leistung aus seiner Beteiligung (sog. Transponierung) 2004 S. 92
- Verlustrechnung nach vollständiger Veräusserung eines Grundstücks. Anwendung beim Verkauf von mehreren geerbten Stockwerkeinheiten 2001 S. 47
 - Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Identität zwischen Veräusserer und Erwerber 2001 S. 49
 - Verjährungsfrist, absolute; Einführung 2002 S. 73
 - Regeln für die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert bei der Vermögensbesteuerung. Ob ausserordentliche künftige Verhältnisse vorliegen, die ein Abweichen von den entsprechenden Regeln erlauben, muss aus der Sicht des Bewertungsstichtages und nicht im Rahmen einer zeitlich verzögerten Einschätzung beurteilt werden 2005 S. 100
 - Der Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit einer Ermessensveranlagung obliegt ausschliesslich dem Steuerpflichtigen. Ohne substantiierte Sachdarstellung und ohne Nennung und Edition von Beweismitteln wird auf eine Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung – anders als bei einer Einsprache gegen eine ordentliche Veranlagung – nicht eingetreten 2005 S. 104
 - Das fristgerechte Einreichen von herausverlangten Unterlagen ist keine Prozessvoraussetzung für das gewöhnliche steuerrechtliche Einspracheverfahren. Die Aufforderung zur Aktenedition ist eine Frage des Beweisverfahrens. Für die Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung gelten andere Regeln 2005 S. 107
 - Die zugerische Praxis, einen Sattelschlepper stets nach seinem möglichen Zuggewicht zu besteuern, indessen einen Sattel-Sachentransportanhänger als vom Sattelschlepper abhängigen Auflieger nicht zu besteuern, erweist sich als gesetzmässig und verfassungskonform 2005 S. 113

Steuergeheimnis

(Datenschutz) Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis? 2004 S. 286

Steuerrecht

(Datenschutz) Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310

Stiftung

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

Stipendiengesuch

(Datenschutz) Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 281

Strafrecht

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

Strassenverkehrsrecht

- Führerausweisentzug und Wiedererteilung unter Auflagen; es ist nicht zulässig, mit einem Warnungsentzug gleichzeitig aus Sicherheitsgründen vorgesehene Massnahmen zu verbinden 2003 S. 139

T

Tempo 30-Zone

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

U

Umweltrecht

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

Unfallversicherung

- Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Unfalls 2000 S. 53
- Berechnung des versicherten Verdienstes bei Versicherten, die am Tage eines Unfalls nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit beziehen 2001 S. 66
- Beginn der Versicherung 2002 S. 87
- Unfallähnliche Körperschädigung. Voraussetzungen, unter denen Meniskusrisse als UVG-versicherte Ereignisse gelten 2002 S. 90
- Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteientschädigung zu 2005 S. 122, 124
- Ein Schlag in die Luft beim Fussballspiel stellt mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors keinen Unfall dar. Handelt es sich bei der erlittenen Verletzung im Knie um eine Knorpelschädigung, liegt auch keine unfallähnliche Körperschädigung vor, da die abschliessende Aufzählung von Art. 9 Abs. 2 UVV Knorpelschäden nicht enthält 2005 S. 160
- Versicherter Verdienst. Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Voraussetzungen zur Berücksichtigung von Überstunden bei der Berechnung des versicherten Verdienstes 2005 S. 163

Unlauterer Wettbewerb

- Unlauter und somit widerrechtlich handelt, wer aus fremden Kennzeichen gebildete Vanity Phone Numbers registrieren lässt, um die betroffenen Kennzeicheninhaber zu Vermögensdispositionen zu veranlassen («Number Grabbing») 2005 S. 180

V

Vergaberecht

- Auch privatrechtliche Aktiengesellschaften, die nicht im ganzen oder teilweisen Eigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen, können unter die Submissionsgesetzgebung fallen, wenn sie Aufträge oder Leistungen erteilen, die mit mehr als 50 % der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert werden. Eine Firma, die mit der Projektleitung betraut ist, das Leistungsverzeichnis für einen Auftrag ausarbeitet, das Submissionsverfahren durchführt und die technische Bewertung der Angebote vornimmt, darf als Anbieterin nicht am Verfahren teilnehmen bzw. muss vom Verfahren ausgeschlossen werden 2004 S. 82
- Ungewöhnlich niedrige Angebote 2001 S. 99
- Auswahl im selektiven Verfahren; Fusion von Firmen während eines zweistufigen Verfahrens 2001 S. 100
- Ungewöhnlich niedriges Angebot. Ein Unterangebot ist nicht zulässig, aber Anlass zur näheren Prüfung 2002 S. 120
- Die Vergabekriterien sind vor der Submission festzulegen 2002 S. 122
- Die Zuschlagskriterien müssen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein. Fehlen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen, so darf der Anbieter davon ausgehen, dass die Vergabe hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgt 2004 S. 79
- Gewichtung und Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises; Zahlungsplan als Variante 2003 S. 104
- Bedeutung des Offertöffnungsprotokolls; rechtswidriger Zuschlag, wenn sich die Offerte auf qualitativ minderwertige Materialien stützt 2003 S. 113
- Die Berücksichtigung eines Pauschalangebots für die Vergabe von mehreren Aufträgen ist grundsätzlich zulässig, sofern allen Anbietern die gleiche Möglichkeit offen steht 2005 S. 90

Vernichten von Daten

(Datenschutz) Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310

Versicherungsbedingungen, Allgemeine

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

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren

- siehe unter Rechtspflege

Vollmacht

- 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

Zivilstandsregister

- Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister 2004 S. 157

Zuständigkeit

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

Inhaltsverzeichnis 2005

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Planungs- und Baurecht

- Art. 6 Abs. 1 und 2, Art. 7 NHG; Art. 24 RPG. – Das Interesse an der integralen Erhaltung eines BLN-Gebietes geht dem Interesse an der Produktion einer relativ geringen Menge Ökostrom vor.* 81

2. Vergaberecht

- Art. 11 lit. a und b IVöB; § 14 Abs. 1 lit. b VRöB. – Die Berücksichtigung eines Pauschalangebots für die Vergabe von mehreren Aufträgen ist grundsätzlich zulässig, sofern allen Anbietern die gleiche Möglichkeit offen steht (Erw. 3)* 90

3. Verfahren

- § 23 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2, § 41 und § 62 VRG. – Dem beigeladenen Dritten, der sich – obwohl nicht Adressat des umstrittenen Entscheids – am Verfahren beteiligt bzw. nicht darauf verzichtet, am Verfahren mit eigenen Anträgen teilzunehmen, kommen sämtliche Verfahrensrechte und -pflichten zu. Für die Beschwerdelegitimation genügt ein tatsächliches, z.B. wirtschaftliches oder ideelles Interesse; nicht vorausgesetzt sind vom materiellen Recht her geschützte Interessen und ebenso wenig ein spezifischer Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten schutzwürdigen Interesse und dem Schutzbereich der angerufenen Norm. Unterlieger- und Verursacherprinzip sowie Höhe der Spruchgebühr.* 94

4. Steuerrecht

- § 39 Abs. 2 StG. – Regeln für die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert bei der Vermögensbesteuerung. Ob ausserordentliche künftige Verhältnisse vorliegen, die ein Abweichen von den entsprechenden Regeln erlauben, muss aus der Sicht des Bewertungsstichtages und nicht im Rahmen einer zeitlich verzögerten Einschätzung beurteilt werden.* 100

- Art. 132 Abs. 3 DBG, § 132 f. StG. – Der Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit einer Ermessensveranlagung obliegt ausschliesslich dem Steuerpflichtigen. Ohne substantiierte Sachdarstellung und ohne Nennung und Edition von Beweismitteln wird auf eine Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung – anders als bei einer Einsprache gegen eine ordentliche Veranlagung – nicht eingetreten.* 104
- Art. 132 f. DBG, § 132 f. StG. – Das fristgerechte Einreichen von herausverlangten Unterlagen ist keine Prozessvoraussetzung für das gewöhnliche steuerrechtliche Einspracheverfahren. Die Aufforderung zur Aktenedition ist eine Frage des Beweisverfahrens. Für die Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung gelten andere Regeln.* 107
- Art. 8 Abs. 1 und 127 Abs. 3 BV, Art. 105 SVG; §§ 2 und 12 f. des Gesetzes über die Steuern im Strassenverkehr vom 30. Oktober 1986 (BGS 751.22). – Die zugerische Praxis, einen Sattelschlepper stets nach seinem möglichen Zuggewicht zu besteuern, indessen einen Sattel-Sachentransportanhänger als vom Sattelschlepper abhängigen Auflieger nicht zu besteuern, erweist sich als gesetzmässig und verfassungskonform.* 113

5. Sozialversicherung

- Art. 43 Abs. 2 und 3 ATSG. – Mitwirkungspflicht der versicherten Person an ärztlichen und fachlichen Untersuchungen sowie Mahnverfahren.* 121
- Art. 61 lit. g ATSG – Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteient-schädigung zu.* 122
- Art. 8 ATSG, aArt. 4 Abs. 1 IVG und aArt. 18 UVG. – Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteientschädigung zu.* 124
- Art. 1 Abs. 1 lit. b, Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 AHVG in der bis 31. Dezember 2002 gültigen Fassung – Beitragspflicht eines international tätigen Flugunternehmens mit Sitz in der Schweiz für von ihm beschäftigtes Flugpersonal. Vorliegend sind die von den betroffenen Piloten und Flight Attendants für das Flugunternehmen ausgeübten Tätigkeiten jeweils als unselbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Bestimmung der Beitragspflicht von Personen, von deren Erwerbstätigkeit mehrere Staaten betroffen sind, unter dem Geltungsbereich des per 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits* 127

über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, FZA) sowie unter dem Geltungsbereich der bis zum Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens massgebenden bilateralen Sozialversicherungsabkommen.

- Art. 9 AHVG; Art. 20 Abs. 3 AHVV. – Teilhaber von Kommanditgesellschaften haben Beiträge von ihrem Anteil am Einkommen der Gesellschaft zu entrichten. Beschränkt sich aber die Investition auf eine reine Finanzanlage, um – unter Ausnutzung der versicherungstechnischen Solidarität – ein möglichst grosse individuelle Rendite zu erwirtschaften, so kann sich der Investor nicht auf die Aufnahme in die AHV berufen. Die AHV ist kein Finanzanlageobjekt.* 140
- Art. 52 AHVG. – Eine Streitverkündung ist im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG nicht möglich.* 150
- Art. 17 Abs. 2 und 3 lit. b AVIG; Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG. – Pflicht des Versicherten zur Teilnahme an Beratungs- und Kontrollgesprächen; Sanktion bei Säumnis.* 151
- Art. 17 Abs. 2 und 3 lit. b AVIG; Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG; Art. 30 Abs. 3 AVIG; Art. 45 Abs. 2 AVIV. – Pflicht des Versicherten zur Teilnahme an Beratungs- und Kontrollgesprächen; Sanktion bei Säumnis und Dauer der Einstellung in der Anspruchsberechtigung.* 153
- Art. 20 AVIG; Art. 29 Abs. 1 AVIG. – Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs und Einreichung der für die Prüfung des Anspruchs notwendigen Unterlagen. Erlöschen des Anspruchs. Art. 41 Abs. 1 ATSG – Wiederherstellung einer Frist* 156
- Art. 4 ATSG und Art. 9 Abs. 2 UVV – Ein Schlag in die Luft beim Fussballspiel stellt mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors keinen Unfall dar. Handelt es sich bei der erlittenen Verletzung im Knie um eine Knorpelschädigung, liegt auch keine unfallähnliche Körperschädigung vor, da die abschliessende Aufzählung von Art. 9 Abs. 2 UVV Knorpelschäden nicht enthält.* 160
- Art. 15 Abs. 2 UVG und Art. 22 Abs. 4 UVV – Versicherter Verdienst. Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Voraussetzungen zur Berücksichtigung von Überstunden bei der Berechnung des versicherten Verdienstes.* 163

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

- Art. 42 Abs. 1 ZGB. – Begehren um Abänderung des Geburtsjahrs im Zivilstandsregister. Die Berichtigungsklage steht nicht zur Verfügung, wenn der Eintrag im Zivilstandsregister formell korrekt ist, d.h. auf echten Belegen beruht, die materiell unrichtig sind. Dafür bedarf es der Umstossung jener Belege, auf denen die angeblich materiell unrichtige Registereintragung beruht (Erw. 2 und 3). Zuständig zur Anerkennung eines türkischen Urteils betreffend Änderung des Geburtsjahrs ist die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen, mithin die Direktion des Innern des Kantons Zug (Erw. 4).* 167

2. Sachenrecht

- Art. 684 ZGB – Ideelle Immissionen. Die mit der Errichtung von «Dozulékreuzen» (auch «Liebeskreuze») verbundene Wirkung ist als ideelle Immission zu qualifizieren. Ob eine übermässige Einwirkung vorliegt, ist aufgrund der konkreten Umstände zu prüfen. Im vorliegenden Fall stellt das Kreuz bei Tageslicht keine übermässige Immission im Sinne von Art. 684 Abs. 1 ZGB dar. Hingegen übersteigen die Immissionen, die in der Dunkelheit vom beleuchteten Kreuz ausgehen, die Grenze dessen, was die Nachbarn gemäss Art. 684 ZGB noch dulden müssen.* 170

3. Obligationenrecht

- Art. 398 OR – Lombardkredit - Einen Anlageberater treffen neben der Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagengeschäfts andererseits bestimmt werden.* 177
- Art. 404 OR – Die Zulässigkeit des Widerrufsrechts im Auftragsverhältnis ist mit Bezug auf einen Betreuungsvertrag zu verneinen.* 178

4. Unlauterer Wettbewerb

- Art. 2 UWG – Unlauter und somit widerrechtlich handelt, wer aus fremden Kennzeichen gebildete Vanity Phone Numbers registrieren lässt, um die betroffenen Kennzeicheninhaber zu Vermögensdispositionen zu veranlassen («Number Grabbing»).* 180

5. Börsen und Effektenhandel

- Art. 33 BEHG – Anwendung von Art. 33 BEHG auf eine Gesellschaft, deren Beteiligungspapiere zu keinem Zeitpunkt an einer Börse in der Schweiz kotiert waren. Wenn ein Kaufangebot für die nicht kotierten Aktien einer Gesellschaft gemäss genehmigter Empfehlung der Übernahmekommission den börsengesetzlichen Bestimmungen unterstellt wurde, ist es sachgerecht, dass bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch die restlichen, sich im Publikum befindlichen Beteiligungspapiere der Gesellschaft nach Art. 33 BEHG kraftlos erklärt werden können.* 185

III. Schuldbetreibung und Konkurs

- Art. 17 SchKG. – Legitimation zur Beschwerde. Der übergangene Drittmittler bei einem Freihandverkauf ist nicht zur Beschwerde legitimiert, da er nicht in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird.* 187
- Art. 82 SchKG; Art. 112 OR. – Nach der neueren Lehre kann der Promissar beim unechten oder echten Vertrag zugunsten eines Dritten die Leistung an sich selber beanspruchen, beim zuletzt erwähnten Vertrag allerdings nur solange als der Dritte dem Promittenten nicht erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Der unechte oder echte Vertrag zugunsten eines Dritten stellt daher grundsätzlich einen provisorischen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Promissars dar.* 188
- Art. 100 SchKG, Art. 166 ff. IPRG. – Weist die ausseramtliche Konkursverwaltung die Forderungseingabe des Betreibungsamtes gemäss Art. 100 SchKG ohne materielle Prüfung ab und kolloziert im Gegenzug die Forderungseingabe des deutschen Konkursverwalters, so stellt die Abweisung der Forderungseingabe des Betreibungsamtes eine rein verfahrensrechtliche Nichteintretens-Verfügung dar, welche der Beschwerde nach Art. 17 SchKG unterliegt (Erw. 2). Ohne Anerkennung gemäss Art. 166 ff. IPRG kann ein deutsches Konkursdekret in der Schweiz keine Wirkungen entfalten, insbesondere kann ein deutscher Insolvenzverwalter nicht als Gläubiger-Vertreter in einem schweizerischen Konkurs anerkannt werden (Erw. 3).* 189

- Art. 174 Abs. 2 SchKG. – Nach konstanter Rechtsprechung der Justizkommission muss sich der geltend gemachte Konkurshinderungsgrund (Tilgung, Hinterlegung oder Verzichtserklärung) spätestens bis zum Ablauf der 10-tägigen Weiterzugsfrist verwirklicht haben. Wird nur die Schuld – inkl. Zinsen und Betreuungskosten, aber ohne Gerichtskosten – innerhalb der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen getilgt, mangelt es an einer Voraussetzung, um die Konkursöffnung aufheben zu können. 192
- Art. 256 SchKG. – Das Konkursamt ist beim Freihandverkauf verpflichtet, das aus kaufmännischer Sicht beste Ergebnis anzustreben. Es darf sich nicht einfach mit dem erstbesten Angebot zufrieden geben, sondern muss geeignete Abklärungen treffen, um mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilen zu können, ob ein bestimmtes Angebot von einem Kaufinteressenten angemessen ist. 195
- Art. 265a Abs. 1 SchKG. – Einrede mangelnden neuen Vermögens. Das Betreibungsamt hat nicht zu überprüfen, ob der Konkurs des Schuldners mangels Aktiven eingestellt wurde. Darüber kann einzig der Richter entscheiden. 198
- Art. 260 Abs. 1 SchKG – Der Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 Abs. 1 SchKG in den Prozess ist erst mit der Bezahlung des von ihm geforderten Kostenvorschusses vollzogen. 199
- § 47 Abs. 1 und 2 GebV SchKG, Art. 24 Abs. 1 KOV. – Entschädigung als Mitglied des Gläubigerausschusses. Die Konkursverwaltung hat nicht die Kompetenz, die Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses abschliessend zu prüfen und darüber zu befinden. Über die Berechtigung und Angemessenheit der Rechnungen entscheidet vielmehr die Aufsichtsbehörde (Erw. 1). Weigert sich die Konkursverwaltung aus einem materiellrechtlichen Grund, die Forderung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses zu begleichen, hat darüber der Zivilrichter und nicht die Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Erw. 2). 200

IV. Rechtspflege

1. Internationales Privatrecht

- Art. 9 Abs. 2 IPRG – Perpetuatio fori im internationalen Verhältnis; Frage des anwendbaren Rechts offen gelassen. Eine Rechtsnachfolge im Prozess (§ 21 ZPO) kann sowohl bei Binnen- als auch bei internationalen Verhältnissen nur stattfinden, wenn die Klage nach kantonalem Prozessrecht rechtshängig ist.* 205

2. Zivilrechtspflege

- § 43 Abs. 1 ZPO. – Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers.* 209
- § 43 Abs. 1 und 3 ZPO – Von der klägerischen Partei, die einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG erlangt hat, kann keine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden.* 212
- §§ 53 Abs. 1 und 84 Abs. 2 ZPO – Bestreitungslast. Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein substanziiertes Bestreiten der klägerischen Sachvorbringen. Mit Bezug auf das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens ist insbesondere die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend.* 214
- Würdigung von Zeugenaussagen anhand von wissenschaftlich unterlegten Kriterien, Merkmale für die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Unglaubhaftigkeit seiner konkreten Zeugenaussage.* 215
- § 93, 129 Ziff. 1, 3 und 4 ZPO; § 93 GOG. – § 93 ZPO bildet keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen. Solche Massnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist.* 220
- § 129 Ziff. 3 ZPO; Art. 59 Abs. 1 MSchG, Art. 14 UWG, Art. 65 Abs. 1 URG und Art. 28c Abs. 1 ZGB. – Vorsorgliche Massnahmen. Eine Wiederholungsfahr ist zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht (Erw. 4). Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens (Erw. 5).* 222

§§ 221 ff. ZPO. – Ist eine Ersatzvornahme möglich, kann (noch) nicht die Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangt werden. Dieses Institut ist erst als ultima ratio zulässig.	226
§ 58 Abs. 2 GOG; §§ 52 Abs. 2, 59 Abs. 2 und 3 ZPO. – Nichteintreten auf eine Beschwerde wegen ungebührlicher Äusserungen?	228
§ 90 Abs. 2 GOG. – Wiederherstellung der Berufungsfrist bei Versäumnis infolge höherer Gewalt. Das Restitutionsgesuch ist innert angemessener Frist einzureichen, d.h. sobald die Tatsache der Fristversäumnis dem Betroffenen bekannt geworden und ihm die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs zugemutet werden kann. Als angemessen dürfte eine Frist gelten, die der für die Einreichung des versäumten Rechtsmittels normierten entspricht.	231
§ 93 GOG. – Wird ein Zivilgericht angerufen, hat es seine eigenen prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden; die Zivilgerichte sind dem Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht unterstellt (vgl. § 2 VRG). Die Frage der Weiterleitungspflicht richtet sich demnach nicht nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 7 VRG), sondern nach dem Gerichtsorganisationsgesetz.	233
3. Strafrechtspflege	
Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Beschleunigungsgebot; Folgen von dessen Verletzung.	238
§ 10 ^{er} Abs. 5 StPO. – Musste der Beschwerdeführer bereits aufgrund der ursprünglichen Armenrechtsbewilligung damit rechnen, dass ihm die Unentgeltlichkeit der Verteidigung bei einer erheblichen Einkommensverbesserung nicht mehr gewährt würde, liegt keine eigentliche, unzulässige Rückwirkung vor, wenn der Untersuchungsrichter in einer späteren Verfügung die Unentgeltlichkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Änderung der Einkommensverhältnisse entzieht.	239
§ 27ff. StPO; § 30 ^{bis} StPO – Beweismässige Verwertbarkeit von Fragebogen, die im Laufe der Strafuntersuchung erhoben wurden; Teilnahmerecht der Verteidigung an Zeugeneinvernahmen; beweismässige Verwertbarkeit von Gutachten, die in einem anderen Verfahren erstattet wurden.	241
§§ 34 Abs. 2, 56 ^{bis} Abs. 2 und 57 Abs. 1 StPO. – Kostenaufgabe und Entschädigung bei Einstellung der Strafuntersuchung.	244
§ 37 StPO, Anklagegrundsatz – Anforderungen an die Eingrenzung des vorgehaltenen Sachverhaltes in zeitlicher Hinsicht.	247

- § 70 StPO; § 10^{ter} Abs. 4 StPO – Berufungsbeschränkung; Teilrechtskraft; Entschädigung der amtlichen Verteidigung; Fehlen einer gesetzlichen Grundlage zur Kürzung der Entschädigung von Amtes wegen im Berufungsverfahren. 250
- § 80 StPO; § 46 Ziff. 2 GOG. – Gegen Ausstandsentscheide des Strafgerichts ist die Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig. 251
- § 80 StPO; § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Gegen die Weigerung der Staatsanwaltschaft, eine Konfrontationseinvernahme durchzuführen bzw. anzuordnen, ist die Beschwerde nach § 80 StPO nicht gegeben (Erw. 4 und 5). Prüfung der Beschwerde einzig unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten (Erw. 6). 252
- §§ 35 Abs. 1 und 80 Ziff. 1 StPO. – Die Beschwerde gegen die Überweisungsverfügung und damit auch gegen die mit ihr allenfalls gleichzeitig abgewiesenen Aktenergänzungen ist seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung vom 19. Dezember 2002 nicht mehr zulässig. Hingegen kann gegen eine in der Überweisungsverfügung angeordnete Aufrechterhaltung der Fernhaltemassnahme Beschwerde geführt werden. Der vom Gesetz ausdrücklich im Rahmen der Überweisung vorgesehene Entscheid über die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer allfälligen Haft oder einer Ersatzmassnahme kann als selbständige Untersuchungshandlung angesehen werden, die weiterhin der Beschwerde gemäss § 80 Ziff. 1 StPO unterliegt. 255
- §§ 8, 34 Abs. 4, 80 Ziff. 1 und 7 sowie 81 Abs. 1 StPO. – Gegen eine einstweilige Einstellungsverfügung steht den Parteien die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung. Diese lässt sich – bei weitherziger Auslegung des Begriffs Untersuchungshandlung – auf § 80 Ziff. 1 StPO stützen, aber namentlich auch – zumindest analog – auf Ziff. 7 von § 80 StPO, welcher in seiner neuen Fassung vom 19. Dezember 2002 die Einstellungsverfügung ausdrücklich als Beschwerdeobjekt nennt. 257
- § 80 Ziff. 11 StPO; Art. 27 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 41 Abs. 1^{bis} VRV. – Das Einzelrichteramt hat keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem es aus dem Teilfahrverbot für Motorräder ein Halte- und Parkverbot abgeleitet hat. 259
- § 82 Abs. 1 StPO. – Auf eine nicht oder nicht genügend begründete Beschwerde kann nicht eingetreten werden. Begründet ist die Beschwerde dann, wenn der Beschwerdeinstanz dargelegt wird, auf welche Argumente sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf die gestellten Anträge stützt. 261

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Bürgerrecht

- § 5 BüG – Ungelöschte Vorstrafen sowie hängige Strafverfahren stehen einer Einbürgerung grundsätzlich entgegen. Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (E. 3). Abweisung der Beschwerde (E. 7). 265

2. Gemeinderecht

- § 12 Abs. 2 Gemeindegesetz – Kann ein Stimmbürger in die Protokolle der gemeindlichen Planungs- und Baukommission (PBK) Einblick nehmen, wenn er gegen ein Bauvorhaben ist? 268

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

- Art. 23 ZGB – Wohnsitz eines allein stehenden Wochenaufenthalters (E. 1). Haus und Tiere als Anknüpfungskriterium für den Wohnsitz (E. 2). 270

2. Grundbuchwesen

- §§ 2, 5 Abs. 2 Ziff. 3 und 8 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Verkauf von unüberbauten Miteigentumsanteilen an Grundstücken, auf denen gemäss separatem Werkvertrag Eigentumswohnungen nach Gesamtüberbauungsvorschriften erstellt werden. – Voraussetzungen der Berechnung der Handänderungsgebühr auf dem Gesamtpreis. – Bestätigung der bisherigen Praxis (E.III.2.) – Das Erfordernis der Konnexität von kauf- und werkvertraglichen Absprachen setzt keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität von Verkäufer und Werkerstellerin voraus. – Zulässigkeit der Zusammenrechnung, wenn das rechtliche Schicksal der abgeschlossenen Verträge nach den Umständen ein einheitliches ist. Dies trifft zu, wenn die Herbeiführung des dem Käufer geschuldeten Erfolges ein einvernehmliches Zusammenwirken von Veräusserer und Werkeigentümerin erfordert, so dass auf den Bestand einer diesem Zwecke dienenden einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530ff. OR geschlossen werden kann. (E.III.3) 273

III. Bau- und Planungsrecht

- § 26 BO Zug – Einordnung einer Neubaute in die Ortskernzone sowie in die Ortsbildschutzzzone Oberwil-Zug 280
- §§ 15 Abs. 1 und 30 Abs. 1 und 2 Denkmalschutzgesetz – Vorgehen und Zuständigkeiten bei baulichen Änderungen an einem geschützten Baudenkmal 283
- §§ 15, 16, 18 und 19 V PBG – Anzurechnende Geschossfläche bei einem Attikageschoss 286
- § 16 Abs. 1 V PBG – Wie steil muss das Gelände sein, damit ein bergseitig gelegener Wasch- und Trocknungsraum im Erdgeschoss eines Gebäudes nicht zur Ausnützung gerechnet werden muss? 288

IV. Soziale Sicherheit

- § 5 VRG, 9 Abs. 2 SHV – Parteifähigkeit des Konkubinatspartners (I. E. 4). Subsidiaritätsprinzip. Voraussetzungen für das Vorliegen eines stabilen Konkubinats (II. E. 3). Führt eine unterstützte Person den Haushalt für den Partner der familienähnlichen Gemeinschaft, hat sie einen Anspruch auf Haushaltsentschädigung (II. E. 5, 6, 7). 291
- § 9 Abs. 2 Sozialhilfeverordnung (SHV) – Behandlung der Verwaltungs- und Aufsichtsbeschwerde in einem Regierungsratsbeschluss (Einleitung). Verbindlichkeit der jeweils gültigen Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (E. 4). Prüfung, ob es sich bei den durch den Wochenaufenthalt bedingten zusätzlichen Kosten um situationsbedingte Leistungen gemäss SKOS Richtlinien handelt (E. 5, 6). Prinzip der Angemessenheit der Hilfe (E. 7). Keine Übernahme zusätzlicher Kosten bei Wochenaufenthalt an einem anderen Ort (E. 8). 294

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

Vorbemerkungen

- | | |
|--|-----|
| <i>I. Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei «Sammelauskünften»</i> | 302 |
| <i>II. Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen</i> | 307 |
| <i>III. Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung</i> | 310 |
| <i>IV. Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen</i> | 312 |
| <i>V. Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind?</i> | 315 |

Abkürzungsverzeichnis

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

BG	Bundesgesetz
BEHG	BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (SR 994.1)
BGBB	BG über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.421.11)
BGBM	BG über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz: BGBM; SR 943.02)
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BKBVG	Eidgenössische Beschwerdekommision 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)
PflKV	V über das Pflegekinderwesen (Pflegekindverordnung) vom 7. Mai 1985 (BGS 213.41)
Pr	Praxis des Bundesgerichtes
PStG	Polizeistrafgesetz vom 26. Februar 1981 (BGS 311.1)
PvKG	G betr. individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 15. Dezember 1994 (BGS 842.6)
R	Regierungsrat
Regl	Reglement
R OG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts
RPG	BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPK	Rechnungsprüfungskommission
RPV	V über die Raumplanung vom 2. Oktober 1989 (SR 700.1)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RTVG	BG vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.4)
Rz	Randziffer
S	Strafgericht
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 16. Dezember 1994 (SR 281.1)
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, Behörde- mitglieder 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 (Verwal- tungsrechtspflegegesetz) vom 1. April 1976 (BGS 162.1)
VRV	V über die Strassenverkehrsregeln vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VV	Vollziehungsverordnung
VwOG	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
VwVG	BG über die Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WAG	G über die Wahlen und Abstimmungen vom 23. Januar 1969 (BGS 131.1)
WRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungs- recht (bis 1989: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 222.1)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSA	Zeitschrift für Sozialarbeit
ZStV	V über das Zivilstandswesen (Zivilstandsverordnung) vom 1. Juni 1953 (SR 211.112.1)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Planungs- und Baurecht

Art. 6 Abs. 1 und 2, Art. 7 NHG; Art. 24 RPG. – Das Interesse an der integralen Erhaltung eines BLN-Gebietes geht dem Interesse an der Produktion einer relativ geringen Menge Ökostrom vor.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 8. April 2004 reichte die IG Ökostrom bei der Gemeinde Menzingen ein Gesuch für die Umnutzung des Kollimationsturms der ehemaligen Lenkwaffenstellung Gubel als Windkraftanlage ein. Am 8. April 2004 ersuchten die IG Ökostrom und der Gemeinderat Menzingen das Amt für Raumplanung (ARP) um seine Zustimmung zu dem Bauvorhaben. Mit Verfügung vom 24. Juni 2004 stellte das ARP fest, dass der Windkraftanlage auf dem Gubel nicht zugestimmt werden könne. Zur Begründung führte das ARP unter anderem aus, der Standort der geplanten Windkraftanlage liege im BLN-Gebiet Nr. 1307 (Glaziallandschaft zwischen Lorzentobel und Sihl mit Höhrnenkette) sowie in einem Landschaftsschongebiet gemäss dem kantonalen Richtplan. Mit dem Erstellen der Windkraftanlage würde eine die Landschaft stark verändernde Baute entstehen, welche die Einzigartigkeit dieser Landschaft beeinträchtigen würde. Gegen diese Verfügung liess die IG Ökostrom am 26. Juli 2004 Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung des Amtes für Raumplanung sei aufzuheben und es sei dem Bauvorhaben «Windkraftanlage auf dem bestehenden Kollimationsturm» die kantonale Zustimmung gemäss § 10 PBG zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gemeinwesens. Mit Vernehmlassung vom 18. August 2004 beantragte der Gemeinderat Menzingen die Gutheissung der Beschwerde. Am 3. November 2004 fand ein Augenschein des Verwaltungsgerichts statt. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2004 ersuchte das Verwaltungsgericht die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) um eine Begutachtung. Auf Wunsch der ENHK wurde am 18. Januar 2005 zusammen mit den Parteien ein zweiter Augenschein durchgeführt. Am 8. März 2005 erstattete die ENHK ihr Gutachten. Dieses wurde den Parteien zur abschliessenden Stellungnahme unterbreitet.

Aus den Erwägungen

...

3. Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG darf nur erteilt werden, wenn keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Ob dies zutrifft, ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen, in die sowohl öffentliche als auch private Interessen einzubeziehen sind. Insbesondere

müssen die in Art. 1 und 3 RPG formulierten Ziele und Grundsätze der Raumplanung berücksichtigt werden (Haller/Karlen, a.a.O., S.197 Rz 717). Soweit Spezialgesetze einzelne Aspekte der allgemeinen Interessenabwägung von Art. 24 lit. b RPG konkreter regeln, sind Bauvorhaben im Bewilligungsverfahren vorweg nach diesen Sondernormen zu prüfen (BGE 115 Ib 486). Bevor eine Interessenabwägung vorgenommen werden kann, sind die verschiedenen sich allenfalls widersprechenden Interessen darzulegen:

a) Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass die Förderung der erneuerbaren Energie zusammen mit der rationellen Nutzung der Energie der Grundpfeiler einer nachhaltigen Energiepolitik sei, wie sie die Schweiz verfolge. Artikel 89 der Bundesverfassung verlange vom Bund und von den Kantonen, dass sie sich im Rahmen ihrer Zuständigkeit für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch einsetzen würden. Damit sei die nachhaltige Energieversorgung auf Verfassungsebene definiert. Der Bund habe auch Grundsätze über die Nutzung der erneuerbaren Energien zu erlassen, womit die Förderung erneuerbarer Energien ein nationales öffentliches Interesse darstelle. Das bundesrätliche Programm «EnergieSchweiz» habe das klare Ziel, bis ins Jahr 2010 ein Prozent des gegenwärtigen Stromverbrauchs aus neuen erneuerbaren Quellen zu erhalten. An dieses Ziel müsse die Windenergie einen Betrag von 10 bis 20 % leisten. Die Erfahrungen aus dem Betrieb der bestehenden Windkraftanlagen würden zeigen, dass die Nutzung der Windenergie auch in der Schweiz substantiell zu einer nachhaltigen Energieversorgung beitragen könne. Der Bund fördere die entsprechenden Technologien. Mit seinem grosszügigen Nutzungsvertrag zeige auch das VBS, dass es dieses Windkraftanlageprojekt auf dem ehemaligen Kollimationsturm unterstützen wolle.

b) Das ARP verweist auf das seiner Meinung nach überwiegende Interesse des Landschaftsschutzes, weil die geplante Windkraftanlage ein BLN-Gebiet betreffe. Das Bauvorhaben liege mitten im BLN-Gebietes Nr. 1307. Das BLN-Gebiet 1307 «Glaziallandschaft zwischen Lorzentobel und Sihl mit Höhronenkette» wurde 1983 ins Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG, SR 451) aufgenommen. Zur Bedeutung des BLN-Objekts Nr. 1307 wird unter anderem ausgeführt: «Voralpine Flusslandschaft von ursprünglicher Schönheit. Grossartigste Moränenlandschaft der Schweiz (Albert Heim)...». Gemäss Art. 6 Abs. 1 NHG wird durch die Aufnahme eines Objekts von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes dargetan, dass es in besonderem Mass die ungeschmälerte Erhaltung oder jedenfalls die grösstmögliche Schonung verdient. Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 Abs. 2 NHG).

Damit hat der Gesetzgeber nicht nur dargetan, dass die Inventarobjekte in besonderem Mass Schutz verdienen, sondern er hat bereits entschieden, dass das allgemeine, das nationale Interesse an der ungeschmälernten Erhaltung der Inventarobjekte grundsätzlich überwiegt, es sei denn, die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung von Art. 6 Abs. 2 NHG seien gegeben (Leimbacher, Kommentar zum NHG, Art. 6 Rz 3).

aa) Die gesetzliche Forderung nach einer in besonderem Mass ungeschmälernten Erhaltung darf nicht im Sinne eines absoluten Veränderungsverbots missverstanden werden. Zum einen sind BLN-Objekte oft viele Quadratkilometer gross, erstrecken sich zum Teil auf das Gebiet mehrerer Kantone und schliessen auch Siedlungen mit ein, wo diese untrennbar mit der zu schützenden Landschaft verbunden sind. Zum anderen dürfen Natur- und Heimatschutz nicht auf ihre bewahrenden, konservierenden Aspekte reduziert werden. Die geforderte «ungeschmälernte» Erhaltung bezieht sich auf die gemäss Art. 5 NHG verlangte Umschreibung des Objekts und vor allem auf die Gründe für seine nationale Bedeutung. Ungeschmälernte Erhaltung verdient in besonderem Mass das, was die Objekte so einzigartig oder typisch macht und weswegen ihnen die nationale Bedeutung zukommt (Leimbacher, a.a.O., mit Hinweisen). Allerdings gestatten nur gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung ein Abweichen von der grundsätzlich geforderten ungeschmälernten Erhaltung, d.h. immer dann, wenn das zu einem Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung vorgebrachte Interesse nicht von nationaler Bedeutung ist, ist der Eingriff unzulässig und es darf von der entscheidenden Behörde keine Interessenabwägung durchgeführt werden, denn in diesen Fällen hat der Gesetzgeber bereits zu Gunsten der ungeschmälernten Erhaltung entschieden. Zu beachten ist dabei noch, dass lange nicht jede Erfüllung einer Bundesaufgabe von nationaler Bedeutung ist. Die Bundesaufgabe muss vielmehr von besonderem Gewicht sein. Als Interessen von nationaler Bedeutung wurden vom Bundesgericht etwa anerkannt: die Erfüllung des Leistungsauftrags der PTT-Betriebe, welcher die Sicherung und den Ausbau eines leistungsfähigen Fernmeldenetzes einschliesst, die Sicherstellung einer ausreichenden Energieversorgung, der Schutz von Menschen, Tieren und Sachen und die ausreichende Versorgung des Landes mit dem einheimischen Rohstoff Kies (Leimbacher, a.a.O. Art. 6 Rz 19 ff.). Immer dann, wenn das zu einem Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung vorgebrachte Interesse nicht von nationaler Bedeutung ist, ist der Eingriff unzulässig und es darf von der Entscheidbehörde keine Interessenabwägung mehr vorgenommen werden (BGE vom 28. August 2001 i.S. P. c. Gemeinde Ermatingen, 1A.230/2000, Erw. 4c).

bb) Wenn bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe ein Objekt beeinträchtigt werden könnte, das in einem Inventar des Bundes aufgeführt ist, holt die zuständige Stelle rechtzeitig ein Gutachten der zuständigen Kommission ein (wobei die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG im BLN-Gebiet eine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 NHG darstellt).

Dieses hat darzutun, weshalb und auf welche Weise das Objekt ungeschmälert zu erhalten, jedenfalls aber möglichst weitgehend zu schonen ist (Art. 7 NHG). Die Begutachtung durch eine von der Verwaltung unabhängige und sachkundige Kommission ist einer der zentralen Bausteine in der Konzeption des Naturschutzes bei der Erfüllung von Bundesaufgaben. Da nicht die Kommission, sondern die auftraggebende Stelle entscheidbefugt ist, stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Gutachten im Zuge der Entscheidungsfindung zukommt. Das Gutachten entspricht einer vom Bundesrecht obligatorisch verlangten amtlichen Expertise. Von dem Gutachten, insbesondere von den dem Gutachten zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen, darf die entscheidende Instanz nur aus triftigen Gründen abweichen (BGE 127 II 273 ff. 280). Abweichen darf die entscheidende Instanz, der auch weiterhin freie Beweiswürdigung zusteht, dann, wenn das Gutachten der ENHK Irrtümer, Lücken oder Widersprüche enthalten würde (VPB 1992, 66 mit Hinweisen).

c) Die ENHK, welche vom Gericht in Nachachtung des NHG mit einer Begutachtung beauftragt wurde, kommt in ihrem Gutachten vom 8. März 2005, dem sämtliche Akten und ein Augenschein zugrunde liegen, unter Hinweis auf Art. 6 NHG zu folgender Beurteilung:

«Die ENHK beurteilt die geplante Windkraftanlage als erhebliche Beeinträchtigung des BLN-Objektes 1307. Die Anlage würde an einer sehr empfindlichen Stelle einen ortsfremden technischen Akzent im sanft geformten Landschaftsbild setzen, der durch die Rotation des Propellers noch zusätzlich verstärkt würde. Die Anlage würde sehr exponiert im Gelände stehen und von weit her einsehbar sein. Von vielen Standpunkten aus ist das Windrad gegen den Himmel zu sehen. An dieser Beurteilung ändert die Tatsache, dass der Turm, auf dem das Windkraftwerk erstellt werden soll, schon besteht und damit bereits eine Beeinträchtigung der Landschaft vorliegt, nichts. Durch den Aufbau der Windturbine wird jedoch die Landschaftsbeeinträchtigung erheblich verstärkt, da einerseits die Dimension der Anlage vergrössert wird und andererseits durch die Rotorbewegung die Anlage auffälliger wird. Der Turm wird durch das Vorhaben zu einer technischen Installation, die in dieser empfindlichen Landschaft und in diesem beliebten Wandergebiet als erhebliche Beeinträchtigung zu werten ist. Das Vorhaben widerspricht somit der gesetzlichen Forderung nach ungeschmälertem Erhalt des BLN-Objekts».

d) Auch die Natur- und Landschaftsschutzkommission (NLK) des Kantons Zug hat sich bereits vor der ENHK zum Baugesuch der IG Ökostrom geäussert. Sie stellt fest, der bestehende Turm und in erweitertem Masse eine aufgebaute Windkraftanlage müssten als starke Beeinträchtigung der Schutzziele angesehen werden. Dem Schutzziel würden hier keine gleichrangigen oder gar übergeordnete Interessen an der Nutzung der Windenergie in diesem Raum entgegenstehen. Vielmehr könne dem Projekt nur ein sehr lokales Nutzungsinteresse attestiert werden.

e) Das ARP führt im angefochtenen Entscheid aus, der als Mast für die Windkraftanlage vorgesehene Kollimationsturm stehe unter kantonalem Denkmalschutz. Mit dem Aufbau eines Rotors von 22 Metern Durchmesser verliere er seine Eigenständigkeit und werde zum Hilfsmittel für die Windkraftanlage. Die Beschwerdeführerin meint hierzu, ein auf dem denkmalgeschützten Turm aufgebautes Windrad würde dessen Zeugnischarakter nicht stören. Der Turm als Zeuge und Ausdruck einer historischen, wirtschaftlichen und technischen Situation würde auch durch ein aufgebautes Windrad nicht seines Charakters entleert. Er werde vielmehr sinnvoll und im öffentlichen Interesse der Förderung erneuerbarer Energien umgenutzt und in seiner Funktion positiv und zukunftsgerichtet ergänzt. Ein auf dem Turm aufgebautes Windrad vermöchte dem Turm eine grössere Leichtigkeit zu verschaffen.

aa) Gemäss § 4 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz) vom 26. April 1990 (BGS 423.11) werden Objekte, an deren Erhaltung ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, unter kantonalen Schutz gestellt und in das Verzeichnis der geschützten Denkmäler eingetragen. Gemäss § 25 Abs. 1 entscheidet der Regierungsrat über die Unterschutzstellung. Er beschliesst sie unter anderem, wenn das Denkmal von besonderem wissenschaftlichem, kulturellem oder heimatkundlichem Wert ist (§ 25 Abs. 1 lit. a Denkmalschutzgesetz). Am 8. August 2000 hat der Regierungsrat des Kantons Zug beschlossen, die Lenkwaffenstellung BL64-ZG, Batterie Nord, auf dem GS 642, den Kollimationsturm auf dem GS Nr. 648 und die Zufahrt zum Kollimationsturm auf dem GS Nr. 650, alles Eigentum der Schweizerischen Eidgenossenschaft, als Denkmale von regionaler Bedeutung unter Denkmalschutz zu stellen. Weiter hat der Regierungsrat beschlossen, dass allfällige Veränderungen an der Anlage nur mit vorgängiger Zustimmung des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie des Kantons Zug vorgenommen werden dürften.

bb) In einem Mail teilte der kantonale Denkmalpfleger einem Mitglied der IG Ökostrom am 25. Oktober 2002 mit, dass aus denkmalpflegerischer Sicht keine Einwände bestehen würden, den Kollimationsturm der ehemaligen Lenkwaffenstellung auf dem Gubel als Windenergieanlage umzunutzen. Am 15. Juni 2004 erklärte der kantonale Denkmalpfleger gegenüber dem ARP aber, dass die oben erwähnte Stellungnahme in Unkenntnis der Pläne erstattet worden sei, wie sie jetzt vorliegen würden. Diese würden nun die enorme Grösse des Windrades zeigen, wodurch die Verhältnisse umgekehrt würden. Der Turm verliere seinen eigenständigen Ausdruck und werde zum Mast der Windkraftanlage. Durch diese Veränderung gehe der Denkmalcharakter verloren. Aus diesem Grund widerspreche das Anbringen des Windrades am Kollimationsturm dem Denkmalcharakter und könne nicht bewilligt werden.

c) Auch die NLK des Kantons äussert sich zu der Lenkwaffenstellung und deren Nutzungsentwicklung. Die Kommission führt aus, die Anlage sei

ausschliesslich im Sinne eines Denkmals schützenswert. Den Ausbau in Richtung Museum und eine allfällige Diversifizierung des Ausstellungsgutes lehnt die Kommission strikte ab. Weiter führt die NLK aus, das Projekt Windkraftanlage sei unvereinbar mit den Schutzziele des BLN-Gebietes. Die landschaftliche Einmaligkeit dürfe nicht zusätzlich geschmälert werden. Die NLK empfiehlt sogar, mit den entsprechenden Fachstellen und Organisationen zu prüfen, ob und inwiefern der Kollimationsturm zwingend als physisches Element des Denkmals erhalten werden müsse. Falls die Erhaltung dies nicht zwingend erfordere, beantrage die NLK den Abbau des bestehenden Turms.

dd) Die ENHK äussert sich in ihrem Gutachten auch zu den denkmal-schützerischen Aspekten:

«Der Kollimationsturm, erbaut zwischen 1964 und 1969, ist Bestandteil der Bloodhound-Anlage, welche mit Beschluss vom 8. August 2000 durch den Regierungsrat des Kantons Zug rechtskräftig unter Schutz gestellt wurde. Es handelt sich um ein militärhistorisches Denkmal und einen Zeugen aus der Zeit des «kalten Krieges». Er diente der Prüfung und Eichung des Radarsystems, mit dem die Bloodhound-Raketen gesteuert wurden. Seine Unterschutzstellung erfolgte als Teil der Gesamtanlage. Die Unterschutzstellung begründet die weitere Existenzberechtigung im BLN-Objekt und im Landschaftsschutzgebiet. Sollte er als Bestandteil des Denkmals keine Bedeutung haben, so wäre er im Sinne der Schutzziele des BLN-Objektes sowie des allgemeinen Grundsatzes, nach dem bestehende Landschaftsbeeinträchtigungen bei jeder Gelegenheit aufzuheben sind, durch das VBS zurückzubauen. Die ENHK teilt die Beurteilung des kantonalen Denkmalpflegers, nach der die geplante Ausrüstung mit einem Windrad von 22 Metern Durchmesser den Turm als Denkmal so verfälschen würde, dass seine ursprüngliche Funktion nicht mehr ablesbar wäre. Er würde zu einem etwas merkwürdigen Träger einer Windkraftanlage umgestaltet. Durch den Umbau hätte der Turm aus Sicht der ENHK keinen direkten Zusammenhang mit dem Denkmal mehr».

4. Nach der Auflistung der sich vorliegend widerstreitenden Interessen ist nun die entsprechende Interessenabwägung vorzunehmen, soweit dies in diesem Fall überhaupt noch zulässig ist. In diesem Zusammenhang muss nochmals auf Art. 6 Abs. 2 NHG hingewiesen werden. Dieser legt fest, dass von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne des Inventars nur bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe abgewichen werden darf, und auch hier nur, wenn gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen.

a) Der Gewinnung erneuerbarer Energie kommt im Rahmen des Erreichens der Ziele von Art. 89 BV grundsätzlich ein hoher Stellenwert zu. Das «Konzept Windenergie Schweiz» ist denn auch ein wichtiger Bestandteil der

bundesrätlichen Energiepolitik, wie sie von der Bundesverfassung vorgegeben ist. In diesem Konzept, welches das BUWAL, das BFE und das ARE gemeinsam erarbeitet haben, legt der Bund fest, wie er das von ihm gesetzte energiepolitische Ziel, im Jahre 2010 zusätzlich 500 GWh Strom aus erneuerbaren Energien zu produzieren (wobei 10 – 20 % aus Windkraftanlagen stammen sollen), erreichen will. In Zusammenarbeit mit den Kantonen hat der Bund sich auf den Grundsatz festgelegt, dass Windkraftanlagen auf geeignete Standorte zu konzentrieren sind, wobei gemäss dem Windkonzept Standorte, die in nationalen Inventaren und Schutzgebieten liegen, ausser Betracht fallen. Auch müssen die einzelnen Standorte gewisse Mindestkriterien bezüglich Windgeschwindigkeit erfüllen. Der geplante Standort für die hier zu beurteilende Windkraftanlage erfüllt gerade die Hauptkriterien nicht, wie sie das «Konzept Windenergie Schweiz» des Bundes vorgibt. Einmal wird die geforderte mittlere Windgeschwindigkeit für solche Anlagen nicht erreicht und – vor allem – liegt er in einem Gebiet, in dem der Bau von solchen Anlagen auch nach dem Windenergiekonzept des Bundes ausgeschlossen ist. Sie ist zudem eine Einzelanlage, welche gemäss dem Windkonzept des Bundes nicht in besonderem Mass gefördert werden soll.

b) Der Erzeugung von erneuerbarer Energie durch die hier geplante Anlage kann mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 NHG auch keine nationale Bedeutung zukommen. Die Interessen der Energieversorgung können zwar von nationaler Bedeutung sein (vgl. hierzu BGE 115 Ib 311). Um jedoch von nationaler Bedeutung zu sein, müsste eine solche Anlage aber auch einen quantitativ bedeutsamen Beitrag zur Erzeugung erneuerbarer Energie zu angemessenen Kosten beitragen (vgl. hierzu BGE vom 22. Januar 2003, 1A.151/2002, Erw. 4.3 mit Verweis auf Art. 3 und 5 des Energiegesetzes). Was ist unter diesen Voraussetzungen ein «quantitativ bedeutender Beitrag»? Die Erhöhung einer jährlichen Elektrizitätsproduktion von 82 Mio. kWh auf 162 Mio. kWh ist nach der Praxis des Bundesgerichts nicht als quantitativ bedeutender Beitrag zur Erzeugung erneuerbarer Energien bezeichnet worden. Es sprach der entsprechenden Erhöhung lediglich ein regionales Interesse zu, wobei dieses Interesse aber die Erhaltung einer einzigartigen Flusslandschaft nicht überwiegen konnte. Im vorliegenden Fall geht es um eine jährliche Produktion von ca. 140'000 kWh, mit der nach den unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin ca. 50 Zweipersonenhaushalte versorgt werden könnten. Eine Stromproduktion in dieser Grössenordnung kommt zweifellos auf kommunaler und auch regionaler Ebene einem bedeutenden Beitrag an die Energieversorgung gleich. Ein nationales Interesse im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt einer solchen Anlage aber offensichtlich nicht zu. Das private Interesse der IG Ökostrom an der Realisierung dieser Anlage ist kein Interesse von nationaler Bedeutung, so dass das Verwaltungsgericht an sich gar keine Interessenabwägung mehr durchführen dürfte, weil sich der Gesetzgeber für solche Fälle bereits für die ungeschmälernte Erhaltung des BLN-Gebietes entschieden hat.

c) Entscheidend ist aber, dass das hier zu beurteilende Bauprojekt im BLN-Gebiet realisiert werden soll. Die Windkraftanlage, die an diesem exponierten Standort von weit her sichtbar wäre, würde in der sanft geformten Landschaft einen «ortsfremden technischen Akzent setzen, der dem Schutzziel des BLN-Gebietes Nr. 1307 diametral entgegenlaufen würde. An dieser Beurteilung vermag die Tatsache nichts zu ändern, dass mit dem Kollimatorsturm als vorgesehenem Mast bereits ein wesentliches Element des Bauprojekts das Landschaftsbild beeinträchtigt. Dieser Turm wurde in den 60er-Jahren von der Schweizerischen Eidgenossenschaft erstellt und müsste heute an sich «rückgebaut» werden, wenn ihn der Regierungsrat des Kantons Zug nicht unter Denkmalschutz gestellt hätte. Ob dieser Turm überhaupt schützenswert ist, kann hier offen bleiben, da der entsprechende Regierungsratsbeschluss schon längstens in Rechtskraft erwachsen ist. Nachdem der Turm aber als Teil eines Denkmals unter kantonalem Schutz steht, darf er nicht mehr ohne weiteres umgenutzt werden. Hierzu wäre sicher die vorgängige Zustimmung des Amtes für Denkmalpflege des Kantons Zug erforderlich. Es erstaunt denn auch, dass das Eidgenössische Zeughaus Seewen-Schwyz als Vertreterin des VBS der Veränderung und Umnutzung des Turmes ohne Weiteres seine Zustimmung erteilt und einen überaus grosszügigen Baurechtsvertrag angeboten hat, obwohl es sicher im Besitz des Regierungsratsbeschlusses ist und vor allem von der entsprechenden Anmerkung im Grundbuchamt hätte Kenntnis haben müssen.

d) Der Kanton Zug lehnt grosse Anlagen für die Windenergie auf seinem Kantonsgebiet aus landschaftlichen Gründen ab. Aus der Richtplanung ergibt sich diesbezüglich, dass solche Anlagen nur im voralpinen Gebiet möglich seien. Hier würden sich aber die Landschaftsschongebiete und die BLN-Gebiete befinden (Richtplantext, E 8, S. 135). Auch die ENHK spricht sich klar und eindeutig gegen das Bauvorhaben aus. Dieses stelle eine erhebliche Beeinträchtigung des BLN-Objektes im Sinne der formulierten Schutzziele dar. Von dieser Schlussfolgerung dürfte das Verwaltungsgericht nur abweichen, wenn das ENHK-Gutachten Lücken, Irrtümer oder Widersprüche enthalten würde. Dies trifft offensichtlich nicht zu. Die ENHK hat ihr Gutachten nach Einsicht in alle relevanten Aktenstücke, nach Anhörung der Parteien und nach der Durchführung eines Augenscheins abgegeben. Sie hat sich sowohl zum Projekt wie auch zum BLN-Objekt geäussert. Das Gutachten ist widerspruchsfrei und weist keine Lücken auf. Es gibt keinen Anlass, von der Beurteilung dieses Gutachtens abzuweichen.

e) Es ist auch nicht zulässig, wie dies die Beschwerdeführerin in ihrer abschliessenden Stellungnahme versucht, das BLN-Objekt Nr. 1307 in einzelne Schutzziele aufzugliedern und daraus zu schliessen, dass die meisten dieser Schutzziele von der Windkraftanlage nicht tangiert seien. Die ENHK hat die vom Bauvorhaben betroffenen Schutzziele definiert, nämlich die Erhaltung der einzigartigen Moränenlandschaft in ihrer Substanz und in ihrem Erscheinungsbild, das Freihalten der sanften Horizontlinien der für diese

Landschaft typischen, offenen Hügelkuppen sowie die Erhaltung der Ablesbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Entstehungsgeschichte der Landschaft. Diese Schutzziele werden durch das geplante Bauvorhaben gemäss ENHK erheblich beeinträchtigt. Die geplante Windkraftanlage verstösst gegen das Gebot der ungeschmälerten Erhaltung und der grösstmöglichen Schonung des BLN-Objekts und verstösst damit gegen Art. 6 NHG. Der Ausnahmetatbestand von Art. 6 Abs. 2 NHG ist nicht gegeben, da keine gleich- oder höherrangigen Interessen vorliegen. Anzufügen bleibt noch, dass Windkraftanlagen jeglicher Dimension zu einer Beeinträchtigung der Schutzziele von Inventarobjekten von nationaler Bedeutung führen. Sowohl die am «Konzept Windenergie Schweiz» beteiligten Bundesämter wie auch der Kanton Zug haben sich klar dafür entschieden, dass im Perimeter aller BLN-Objekte keine Windkraftanlagen erstellt werden dürfen.

Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Der Bundesrat hat von der Bundesverfassung den Auftrag, sich für eine umweltverträgliche Energieversorgung einzusetzen. Ebenfalls Verfassungsrang haben aber die Anliegen des Natur-, Heimat- und Landschaftsschutzes. Kollidieren diese Verfassungsaufgaben miteinander, so haben die verantwortlichen Behörden von Bund und Kanton die entsprechenden Prioritäten festzusetzen. Für die hier zu beurteilende Interessenkollision hat der Bund im «Konzept Windenergie Schweiz» klar entschieden, dass er in BLN-Gebieten keine Windkraftanlagen will. Der Kantonsrat des Kantons Zug hat dies im Richtplan 2004 ebenfalls festgehalten. Schliesslich ist die bereits bestehende Militäranlage auf dem Gubel vom Regierungsrat unter kantonalen Denkmalschutz gestellt worden, so dass jede Veränderung einer Bewilligung bedarf. In Anbetracht dieser Ausgangslage ergibt sich, dass die Interessen an der integralen Erhaltung des BLN-Objektes Nr. 1307 den Interessen an der Produktion einer quantitativ kleinen Menge Ökostrom zweifellos vorgehen, wenn die Idee der Erzeugung von Ökostrom mit Hilfe einer Militäranlage aus der Zeit des kalten Krieges gewiss reizvoll und andernorts auch sinnvoll wäre. An diesem Standort ist dies aber von Bundesrechts wegen nicht möglich. Unter diesen Umständen ist die Verfügung des Amtes für Raumplanung vom 24. Juni 2004 als korrekt zu bezeichnen und die Beschwerde muss abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. April 2005

V 2004 / 108

2. Vergaberecht

Art. 11 lit. a und b IVöB; § 14 Abs. 1 lit. b VRöB. – Die Berücksichtigung eines Pauschalangebots für die Vergabe von mehreren Aufträgen ist grundsätzlich zulässig, sofern allen Anbietern die gleiche Möglichkeit offen steht (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

In den Amtsblättern vom 29. April und vom 6. Mai 2005 schrieb die Einwohnergemeinde L. im offenen Verfahren die folgenden Vergaben aus: «Objekt: Neubau Dreifachturnhalle, Gegenstand der Ausschreibung: BKP 201 Aushubarbeiten/Baugrubensicherung (Nagelwand); BKP 211 Baumeisterarbeiten (inkl. Spannsysteme, Montagebau in Beton und Stahl)...». Gemäss dem undatierten Offertöffnungsprotokoll gingen bei der BKP 201 (Baugrubenaushub) insgesamt 10 Angebote ein, bei der BKP 211 (Baumeisterarbeiten) insgesamt 14 Angebote. Am 7. November 2005 erteilte der Gemeinderat L. den Zuschlag an die Firma B. AG zum Betrag von Fr. 3'360'000.-. Der Zuschlag wurde als Gesamtauftrag für die drei BKP 201/9 (Baugrubenaushub), 211/14 (Baumeisterarbeiten) und zusätzlich für die BKP 112/2 (Abbrüche/ Rodungen) erteilt. Aus dem Vergabeentscheid ist zu entnehmen, dass die B. AG eine Unternehmervariante für den Gesamtauftrag BKP 201/211 gemacht hatte. Zu der Offertstellung für die BKP 112 wurde sie nachträglich eingeladen.

Gegen den am 10. November 2005 versandten Beschluss reichte die A. AG am 18. November 2005 Beschwerde ein und beantragte, der Entscheid sei aufzuheben und der Zuschlag sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gemeinde an sie zu erteilen. Weiter wurde beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei ihr integrale Akteneinsicht zu gewähren. Nach der Akteneinsicht sei ihr Gelegenheit zur Replik und zur Vervollständigung der Beschwerde bzw. zu einem eventuellen Beschwerderückzug zu geben. Zur Begründung wird ausgeführt, gemäss dem Beschluss des Gemeinderates sei der Zuschlag an die K. AG erteilt worden, weil diese ein Gesamtangebot eingereicht habe. Die Möglichkeit zur Einreichung eines Gesamtangebotes über die BKP 112/2, BKP 201/9 und BKP 211/14 sei aus den Ausschreibungsunterlagen der Baumeisterarbeiten (BKP 211) nicht ersichtlich. Zudem habe der Gemeinderat die K. AG zur Abgabe eines Angebots für die BKP 112/2 eingeladen, nicht jedoch die Beschwerdeführerin. Deshalb habe sie gar kein Gesamtangebot einreichen können, womit der Grundsatz der Chancengleichheit aller Bewerber nicht gewahrt worden sei.

Aus den Erwägungen

...

3. Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen sind die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter sowie der Grundsatz des wirksamen Wettbewerbs zu beachten (Art. 11 lit. a und b IVöB). Zu beachten ist auch, dass die Ausschreibungsunterlagen besondere Bedingungen bezüglich Varianten, Teilangebote und Bildung von Losen enthalten müssen (§ 14 Abs. 1 lit. h der Vergaberichtlinien aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 14. September 1995 (VRöB)). Dem Gebot der Transparenz wird dann Genüge getan, wenn sämtliche Anbieter in gleichem Mass und so genau wie möglich über den Ablauf des Verfahrens informiert werden, wenn sie die für eine gültige Angebotsabgabe notwendigen Kenntnisse erhalten und wenn die Zuschlagskriterien bereits in der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung publiziert werden. Will sich die Vergabestelle vorbehalten, eine Teilvergabe vorzunehmen, so muss sie dies in den Ausschreibungsunterlagen klar zum Ausdruck bringen. Soweit in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich ausgeschlossen, ist die Berücksichtigung eines offerierten Rabatts für die gleichzeitige Vergabe von mehreren Aufträgen grundsätzlich zulässig. Die Aufteilung eines Bauauftrags in mehrere Teilaufträge bedeutet keineswegs, dass nicht über mehrere Aufträge hinweg Angebote mit besonderen Rabatten eingereicht werden dürften. Allerdings handelt es sich bei einem solchen Angebot nicht um eine Unternehmervariante, wie sie von den Beteiligten in casu fälschlicherweise bezeichnet wird. Als Unternehmervarianten gelten Angebote, die bezüglich Anforderungen und Spezifikation von der Ausschreibung abweichen. Abweichungen sind dabei denkbar als Projektvarianten (z.B. abgeänderte Planunterlagen) oder Ausführungsvarianten (Baumethode, Konstruktionsart oder Materialwahl). Die Gewährung von Rabatten für den Fall der gleichzeitigen Vergabe von mehreren Arbeitsgattungen gilt nicht als Unternehmervariante (vgl. hierzu die Nachweise bei Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. A. 2004, S. 424 f.).

a) In den Amtsblättern vom 29. April und vom 6. Mai 2005 hat die Gemeinde L. die BKP 201 Aushubarbeiten/Baugrubensicherung (Nagelwand) und BKP 211 Baumeisterarbeiten (inkl. Spannsysteme, Montagebau in Beton und Stahl) gemeinsam zur Vergabe ausgeschrieben. Bezüglich der Bedingungen wird auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Aus den Beilagen der Gemeinde (Aktenstück Nr. 5) ergibt sich, dass für die beiden Baukostenplanpositionen Nr. 211 und 201 je separate Ausschreibungsunterlagen zugestellt wurden und auszufüllen waren. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich, dass das Hauptangebot ohne Veränderungen von Text und Ausmass vollständig ausgefüllt, unterzeichnet und termingerecht einzureichen sei (Ziff. 221) und dass keine Abgebotsrunden stattfinden würden.

Korrekturen zu Einheitspreisen nach der Offertöffnung sowie Verhandlungen über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts seien nicht zulässig. In Ziff. 222 der Ausschreibungsunterlagen ist festgehalten, dass sich die Auftraggeberin grundsätzlich vorbehalte, den Auftrag in Lose aufzuteilen und an verschiedene Anbieter/-innen zu vergeben. Pauschal- oder Teilpauschalangebote würden nur zum Wettbewerb zugelassen, wenn die Hauptofferte vollständig ausgefüllt sei (Ziff. 223). Vorschläge für Änderungen oder Ergänzungen müssten als separate Zusatzofferte mit der Bezeichnung «Unternehmer-Variante» zusammen mit dem vollständig ausgefüllten Hauptangebot eingereicht werden (Ziff. 224).

b) In den Ausschreibungsunterlagen ist klar festgehalten, dass Pauschalangebote zugelassen würden, wenn die Hauptofferte vollständig ausgefüllt sei, was in casu unbestrittenermassen geschehen ist, hat doch die berücksichtigte Anbieterin sowohl bei der BKP Position 201 wie auch bei der BKP Position 211 noch ein zusätzliches Angebot eingereicht. Im Amtsblatt sind die beiden Arbeitsgattungen sogar gemeinsam publiziert worden. Damit hätte jeder Anbieter die Möglichkeit gehabt, sich für die beiden Arbeitsgattungen die Ausschreibungsunterlagen zu beschaffen und für jede Arbeitsgattung einzeln wie auch für beide zusammen eine Einzel- und eine Pauschalofferte einzureichen. Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll haben insgesamt 14 Anbieter Offerten für die Baumeisterarbeiten eingereicht. Das preislich niedrigste Angebot reichte die Firma X. AG mit Fr. 2'168'045.35 ein, das zweitniedrigste die Beschwerdeführerin mit Fr. 2'168'590.80. Die berücksichtigte Anbieterin rangierte mit ihrem (Einzel)-Angebot von Fr. 2'191'348.60 auf dem dritten Platz. Bei der BKP 201 Baugrubenaushub gingen insgesamt 10 Angebote ein. Das preislich niedrigste Angebot ging von der Firma Y. AG mit Fr. 1'261'979.25 ein. Die berücksichtigte K. AG lag mit Fr. 1'268'290.65 auch hier an dritter Stelle. Aus den Offertöffnungsprotokollen ergibt sich aber, dass die B. AG für die beiden BKP 201 und 211 ein als Unternehmervariante bezeichnetes Pauschalangebot von Fr. 3'300'000.- gemacht hat. Ein ähnliches Angebot wurde von keiner weiteren Anbieterin gemacht, auch nicht von der einzigen Firma, welche ebenfalls für beide Arbeitsgattungen ein Angebot eingereicht hat. Das Pauschalangebot der B. AG ist offensichtlich das wirtschaftlich günstigste Angebot. Würde man nämlich bei den BKP Positionen 201 und 211 die beiden jeweils preislich günstigeren Angebote berücksichtigen, so käme man auf einen Betrag von insgesamt Fr. 3'430'024.60. Dieser Betrag liegt um mehr als Fr. 100'000.- über dem Pauschalangebot der K. AG für diese beiden Positionen.

c) Im Gesamt-Vergabeentscheid ist auch noch die BKP 112 Abbrüche/Rodungen enthalten. Bei dieser BKP Position, welche die Gemeinde im Kostenvoranschlag auf Fr. 36'000.- geschätzt hat, hat sich die Gemeinde für das Einladungsverfahren entschieden. Dieses Verfahren ist gemäss § 11 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 10. September 1996 (Submissionsverordnung, BGS 721.53)

zulässig für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge bis Fr. 383'000.-. Beim Einladungsverfahren bestimmt die Auftraggeberin, welche Anbieter/innen ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe innert angemessener Frist eingeladen werden. Es werden, wenn möglich, mindestens drei Angebote eingeholt. Im vorliegenden Fall hat die Einwohnergemeinde Cham vier Anbieter zur Offertstellung eingeladen. Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll gingen in einer ersten Runde nur zwei Offerten ein, nämlich die der Y. AG für einen Betrag von Fr. 34'497.30 und die der Z. AG für einen Betrag von Fr. 38'090.80. Zwei weitere Anbieter verzichteten auf die Einreichung eines Angebots. Die Einwohnergemeinde hat in diesem Verfahren offensichtlich nachträglich noch die Firma K. AG zu einem Angebot für die Abbrucharbeiten oberhalb der Bodenplatte eingeladen, um so eine möglichst effiziente Auftragsabwicklung und auch ein drittes Angebot zu erhalten. Diese hat denn auch ein Angebot von Fr. 30'000.- eingereicht, welches von der Gemeinde berücksichtigt wurde. Im Einladungsverfahren ist es der Gemeinde auch unbenommen, Abgebotsrunden durchzuführen und über den Preis der Angebote mit den Beteiligten zu verhandeln. Es steht auch allein in ihrem Belieben, wen sie zu einer Offerte einladen will und wen nicht. Damit ist das Prinzip der Chancengleichheit der Bewerber nicht verletzt.

d) Mit ihrem Vorgehen hat die Vergabebehörde nicht gegen Vergabe-grundsätze verstossen. Die Gemeinde hat bereits durch die Art der Ausschreibung im Amtsblatt allen potenziellen Anbietern die Möglichkeit gegeben und angezeigt, sich für beide Arbeitsgattungen zu bewerben. Offensichtlich waren nur zwei Unternehmen bereit, für beide Arbeitsgattungen ein Angebot auszuarbeiten. Auf die Möglichkeit eines Pauschalangebots wurde in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich hingewiesen. Wenn ein Anbieter auf diese Möglichkeit verzichten will, so ist dies sein eigener Entscheid. Auch das Prinzip des wirksamen Wettbewerbs ist nicht verletzt worden, denn die Gemeinde hat eine Anbieterin berücksichtigt, die mit ihren Angeboten bezüglich Gesamtpreis deutlich unter dem Total der preislich günstigsten Einzelangebote lag.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2005

V 2005 / 108

3. Verfahren

§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2, § 41 und § 62 VRG. – Dem beigeladenen Dritten, der sich – obwohl nicht Adressat des umstrittenen Entscheids – am Verfahren beteiligt bzw. nicht darauf verzichtet, am Verfahren mit eigenen Anträgen teilzunehmen, kommen sämtliche Verfahrensrechte und -pflichten zu. Für die Beschwerdelegitimation genügt ein tatsächliches, z.B. wirtschaftliches oder ideelles Interesse; nicht vorausgesetzt sind vom materiellen Recht her geschützte Interessen und ebenso wenig ein spezifischer Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten schutzwürdigen Interesse und dem Schutzbereich der angerufenen Norm. Unterlieger- und Verursacherprinzip sowie Höhe der Spruchgebühr.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

X. ist Eigentümer der Liegenschaft GS Nr. F, in Oberägeri. Die Parzelle liegt gemäss Zonenplan von 1994 der Gemeinde Oberägeri in der Landhauszone L1. Das Baugesuch vom 29. Juli 2004 von Y. und Z., Unterägeri, auf diesem Grundstück ein Einfamilienhaus zu bauen, wurde vom Gemeinderat Oberägeri an seiner Sitzung vom 13. September 2004 bewilligt, unter Abweisung der Einsprachen von V., Eigentümerin der Nachbarparzelle GS Nr. G, und von W., Eigentümer des benachbarten Grundstücks GS H. Die von diesen am 7. Oktober 2004 eingereichten Verwaltungsbeschwerden wurden vom Regierungsrat mit Beschluss vom 5. Juli 2005 teilweise gutgeheissen, indem er feststellte, dass der angefochtenen Baubewilligung der koordinierte Entscheid über die Schutzraumanlage gefehlt habe, wobei dieser Entscheid mit dem Beschluss nachträglich eröffnet werde, und dass der Baubeginn für die geplante Garage erst nach Vorliegen eines Revers zugelassen werde; im Übrigen wurden die Beschwerden abgewiesen. Die Spruchgebühr von Fr. 1'300.- wurde wie folgt aufgeteilt: Auf die Beschwerdeführer entfielen je Fr. 500.-, die an die von ihnen geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 800.- angerechnet wurden; der Restbetrag von je Fr. 300.- wurde den Beschwerdeführern zurückerstattet; auf die Gemeinde, die Bauherrschaft und den Grundeigentümer entfielen je Fr. 100.-.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 4. August 2005 beantragte X., seine Belastung mit Kosten aufzuheben und die Kosten den Beschwerdeführern und den Vorinstanzen aufzuerlegen, nebst einer Parteientschädigung. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, die Kostenbelastung des Grundeigentümers mit Fr. 100.- sei willkürlich, unangemessen und stossend.

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. Angefochten werden kann der Beschwerdeentscheid des Regierungsrates auch nur im Kostenpunkt. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb sie zu prüfen ist. Dem Verwaltungsgericht kommt nur die Rechtskontrolle zu (§ 63 Abs. 1 VRG).

2. Die Legitimation des Beschwerdeführers ist nicht bestritten und ohne weiteres erstellt, da er durch den angefochtenen Entscheid zu einer Spruchgebühr verpflichtet wurde und insofern als beschwert gilt.

3. Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob der Beschwerdeführer mit Entscheid des Regierungsrates vom 5. Juli 2005 zu Recht als unterliegende Partei bezeichnet und zur Entrichtung einer Spruchgebühr in Höhe von Fr. 100.- verpflichtet wurde.

a) Gemäss § 22 Abs. 1 VRG erhebt die Verwaltungsbehörde für ihre Amtshandlungen Gebühren nach Tarif. Im Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsbehörden und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht trägt die unterliegende Partei die Kosten (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Hat im Beschwerdeverfahren keine Partei ganz obsiegt, sind die Kosten in dem Verhältnis zu teilen, in dem die Parteien unterlegen sind (§ 23 Abs. 2 VRG).

b) Vorliegend wurden die an den Regierungsrat eingereichten Beschwerden von V. und W. mit Schreiben der Baudirektion vom 4. November 2004 sowohl dem Gemeinderat Oberägeri und der Bauherrschaft als auch dem Grundeigentümer zur Kenntnisnahme zugestellt, unter Einräumung der Möglichkeit, zu den Beschwerdeschriften Stellung zu nehmen. Der Grundeigentümer wurde ausdrücklich gebeten, innerhalb derselben Frist kundzutun, ob er als Verfahrensbeteiligter («weiterhin») am Beschwerdeverfahren mit allen Konsequenzen teilhaben wolle. X. teilte der Baudirektion mit Schreiben vom 29. November 2004 mit, dass er am Beschwerdeverfahren mit allen Konsequenzen teilhaben wolle, und dass er grundsätzlich die Sichtweise der Bauherrschaft und auch die Stellungnahme der Gemeinde bei ihrer Abweisung der Einsprachen unterstütze. Er beantragte, mit einem eventuellen Augenschein und im Verfahren möglichst speditiv voranzugehen.

c) Als Grundeigentümer ist der Beschwerdeführer X. zweifellos in einem Masse vom umstrittenen Bauvorhaben betroffen, dass er selbständig im Sinne von § 41 Abs. 1 bzw. § 62 VRG legitimiert wäre, gegen einen das Bauvorhaben abweisenden oder einschränkenden Entscheid ein Rechtsmittel zu ergreifen. So wie etwa der Verkäufer eines zu rodenden Grundstücks zur Beschwerde gegen die Verweigerung der Rodungsbewilligung befugt ist (vgl. BGE 98 Ib 371), oder sich sowohl Käufer wie Verkäufer eines Grundstücks gegen dessen Unterschutzstellung unter das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG, SR 211.412.41) wehren können (vgl. BGE 101 Ib 385 f.), ist auch

der Grundeigentümer im Baubewilligungsverfahren der Bauherrschaft in eigenen – wirtschaftlichen – Interessen betroffen und damit beschwerdelegitimiert (vgl. dazu Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 21 N 48 f.). Einschränkend ist allerdings festzustellen, dass das ebenfalls vorauszusetzende Rechtsschutzinteresse nur so lange gegeben sein wird, als die Bauherrschaft ihren Bauwillen aufrechterhält bzw. ihrerseits übereinstimmend Rechtsmittel zur Verfolgung ihres Projekts ergreift.

Praxisgemäss wird vor Verwaltungsgericht im Unterschied zur eigentlichen Parteistellung lediglich von «weiterer Verfahrensbeteiligung» gesprochen, wenn eine Person oder Behörde, die nicht Adressat des angefochtenen Entscheides ist, aber potentiell von diesem in schutzwürdigen Interessen betroffen ist, zum Verfahren beigelegt wird. Kostenfolgen entstehen den beigelegten und mit dem Schriftenwechsel und dem Urteil bedienten Dritten nur, sofern sie Parteirechte wahrgenommen und sich den Anträgen der obsiegenden Partei widersetzt haben (vgl. dazu auch Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 13 N 15).

d) Dem beigelegten Dritten, der sich – obwohl nicht Adressat des umstrittenen Entscheids – am Verfahren beteiligt, also nicht darauf verzichtet, am Verfahren mit eigenen Anträgen teilzunehmen, kommen sämtliche Verfahrensrechte und -pflichten zu. Vorliegend hat sich X. ausdrücklich am Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat beteiligt, und zumindest konkludent Antrag auf Abweisung der Beschwerden gestellt. Er nahm auch auf Einladung hin am Augenschein vom 7. Januar 2005 teil, wobei er die Bauherrschaft unterstützte und wiederholt mit eigenen Voten intervenierte. Auch wenn nicht er selber das Baugesuch eingereicht hatte, ergibt sich daraus ohne weiteres, dass er als Mitbeteiligter beigelegt war und auch tatsächlich prozessual eine Partierolle einnahm. Damit hat er hinsichtlich der umstrittenen Kostenaufgabe im selben Ausmass wie die Bauherrschaft oder die Baubewilligungsbehörde als unterliegend zu gelten, d.h. grundsätzlich ist er anteilmässig an den Verfahrenskosten zu beteiligen.

4. Hinsichtlich der übrigen Vorbringen des Beschwerdeführers ist Folgendes zu bemerken: Unabhängig davon, ob die von den Einsprechern und Beschwerdeführern geltend gemachten Beschwerdegründe oder ob die von der Behörde aufgrund ihrer Untersuchungsmaxime von Amtes wegen geprüften rechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen öffentliche oder spezifisch nachbarschützende Interessen zu wahren haben, waren V. und W. als direkte Nachbarn der Bauparzelle in der Sache jedenfalls beschwerdebefugt und sie waren konkret auch als teilweise obsiegend zu betrachten. Denn der Beschwerdeführer verwechselt die Legitimationsvoraussetzungen nach kantonalem Recht gemäss § 41 Abs. 1 VRG mit jenen der staatsrechtlichen Beschwerde vor Bundesgericht. Nach ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts (vgl. GVP 1997/98, 87; 1977/78, 175) ist zur Erhebung der Verwal-

tungs- wie auch der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (§ 41 und 62 VRG) legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid in höherem Masse als jeder beliebige Dritte oder die Allgemeinheit, in besonderer und direkter Weise berührt wird und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 103 lit. a OG). Es genügt ein tatsächliches, z.B. wirtschaftliches oder ideelles Interesse. Während Verfügungsadressaten schon formell beschwert sind, müssen Drittpersonen eine materielle Beschwer darten, welche sich aus der beachtenswerten Beziehungsnähe zum Streitgegenstand ergibt. Nicht vorausgesetzt sind vom materiellen Recht her geschützte Interessen und ebenso wenig ein spezifischer Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten schutzwürdigen Interesse und dem Schutzbereich der angerufenen Norm. Demgegenüber ist zur staatsrechtlichen Beschwerde nach Art. 88 OG befugt, wer durch den angefochtenen Entscheid persönlich in seinen rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt ist. Demgemäss haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke zur Anfechtung einer Baubewilligung die Verletzung von Bauvorschriften geltend zu machen, die ausser den Interessen der Allgemeinheit auch oder in erster Linie dem Schutz der Nachbarn dienen. Zusätzlich müssen sie dartun, dass sie sich im Schutzbereich der Vorschriften befinden und durch die behaupteten widerrechtlichen Auswirkungen der Baute betroffen werden (BGE 125 II 442 f.; 119 Ia 364 f.; 118 Ia 234 f., je mit Hinweisen). Zur Verfolgung öffentlicher Interessen oder bloss tatsächlicher Vorteile steht die staatsrechtliche Beschwerde nicht zur Verfügung (BGE 118 Ia 234; 116 Ia 179 f.).

Ob oder in welchem Masse die Vorbringen der Beschwerdeführer zur ganzen oder – wie hier – teilweisen Gutheissung geführt haben, spielt insofern keine Rolle, als es dem Regierungsrat als Beschwerdeinstanz obliegt, den angefochtenen Entscheid auf seine Rechtmässigkeit und Angemessenheit hin zu überprüfen, ohne an die Anträge der Parteien gebunden zu sein; er kann den angefochtenen Entscheid zugunsten oder zu Ungunsten einer Partei ändern (§ 47 Abs. 1 VRG). Es ergibt sich somit, dass die Legitimation der Einsprecher und Beschwerdeführer auch hinsichtlich der Prüfung von Fragen der Schutzraumbaupflicht bestand, bzw. dass sie auch hinsichtlich dieser vom Regierungsrat als Beschwerdeinstanz und Aufsichtsbehörde von Amtes wegen geprüften Bewilligungsvoraussetzung als obsiegend zu gelten haben. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass Fragen der Schutzraumanlage durchaus auch nachbarliche Interessen beschlagen können.

5. Auch wenn der Regierungsrat die Beschwerden im Übrigen als unbegründet erachtete, musste doch der gemeindliche Einspracheentscheid bzw. die Baubewilligung an die Bauherrschaft formell in zwei Punkten korrigiert werden, indem die Beschwerdeinstanz auf Beschwerde hin feststellte, dass der Gemeinderat Oberägeri die Koordinationspflicht verletzte sowie die Unterschreitung des Strassenabstandes für die Doppelgarage gemäss dem Projekt der Bauherrschaft zu Unrecht ohne Revers bewilligt worden war. Dass der Beschwerdeführer als Grundeigentümer – oder die Bauherren, die sich

allerdings nicht vernehmen liessen – nichts dagegen einzuwenden haben, wenn ein Revers unterzeichnet werden muss, ändert an der Parteilolle, dem Ausgang des Verfahrens und den daraus fliessenden Verpflichtungen nichts. In einer Vielzahl von Beschwerdeverfahren im Baurecht wird der Bauherr schliesslich zu Änderungen des Projekts verpflichtet, zu denen er allenfalls auch von Anfang an Hand geboten hätte, wäre die Rechtslage von Anfang an klar gewesen. Der Ausgang des Verfahrens entsprach somit einer teilweisen Guttheissung der Beschwerde.

6. Wenn im Beschwerdeverfahren keine Partei ganz obsiegt, sind die Kosten in dem Verhältnis zu teilen, in welchem die Parteien unterlegen sind (§ 23 Abs. 2 VRG). Die Bauherrschaft sowie der Grundeigentümer unterlagen nur unwesentlich. Tatsächlich wurden sie vom Regierungsrat denn auch lediglich in beschränktem Umfang kostenpflichtig gemacht, während die Beschwerdeführer den grössten Teil der Verfahrenskosten zu übernehmen haben.

In masslicher Hinsicht kann keine Rede davon sein, dass die Kostenbelastung der Beschwerdeführer mit je Fr. 500.- als aussergewöhnlich tief bzw. rechtsungleich zu bezeichnen sei. Gemäss dem Verwaltungsgebührentarif vom 11. März 1974 (BGS 641.1) verlangt der Regierungsrat für Entscheide in Beschwerdesachen Gebühren von Fr. 50.- bis Fr. 4'400.-, wobei seine Gebührenpraxis noch nie Grund zu Anständen gegeben hätte. Die Kostenfolge von Fr. 1'000.- gegenüber den immerhin teilweise obsiegenden Einsprechern und Beschwerdeführern ist der Angelegenheit durchaus angemessen und verstösst keineswegs gegen die gesetzliche Regelung. Insbesondere erweist sich auch die Spruchgebühr in der Höhe von insgesamt Fr. 1'300.- als rechtmässig.

Die Höhe der Spruchgebühr von je Fr. 100.- gegenüber der Bauherrschaft und dem Grundeigentümer X. ist ebenfalls nicht in Frage zu stellen. Wenn der Beschwerdeführer diesbezüglich ausführt, dass die Frage der Reverspflicht den Gemeinderat betreffe, der gestützt auf § 24 VRG von Kosten befreit werde, so ist zunächst festzustellen, dass der Gemeinderat nur teilweise, nämlich hinsichtlich der Frage der versäumten Koordination der Schutzraumpflicht von Kosten befreit wurde. Im Übrigen ist vom Regierungsrat durch die – ausnahmsweise – Auferlegung einer Kostenpflicht im Sinne von § 24 Abs. 2 VRG gegenüber der Gemeinde gerade berücksichtigt worden, dass sich diese hinsichtlich der unterlassenen Auflage eines Reverses selber Versäumnisse hat zu Schulden kommen lassen. Indessen sind vorliegend nicht die Voraussetzungen dafür gegeben, dass der Gemeinde sämtliche Kosten im Sinne von § 23 Abs. 3 VRG aufzuerlegen wären: Gemäss dieser Bestimmung sind von einer Partei unnötigerweise verursachte Kosten ihr ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens allein aufzuerlegen. Damit dem daraus ersichtlichen, neben dem Unterliegerprinzip ebenfalls anwendbaren Verursacherprinzip zu folgen wäre, müsste es sich um eine offensichtlich fehlerhafte gemeindliche Baubewilligung handeln und es

nachgerade unbillig sein, unter solchen Umständen den Baugesuchsteller als Verursacher des Baubewilligungsverfahrens mit Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu belasten (vgl. dazu Kölz/ Bosshart/ Röhl, a.a.O. § 13 N 21). Auf einen solchen Fall darf nicht leicht hin geschlossen werden, um das vorrangige Unterliegerprinzip nicht auszuhöhlen.

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig. Zudem hat er den Beschwerdegegnern 3 und 4 eine Parteientschädigung zu entrichten.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2005

V 2005 / 73

4. Steuerrecht

§ 39 Abs. 2 StG. – *Regeln für die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert bei der Vermögensbesteuerung. Ob ausserordentliche künftige Verhältnisse vorliegen, die ein Abweichen von den entsprechenden Regeln erlauben, muss aus der Sicht des Bewertungsstichtages und nicht im Rahmen einer zeitlich verzögerten Einschätzung beurteilt werden.*

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Veranlagung vom 30. Juni 2004 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug H. und K. M. die Veranlagung für die Kantons- und Gemeindesteuern 2002. Das steuerbare Einkommen wurde auf Fr. 320'503.- und das steuerbare Vermögen auf Fr. 3'977'659.- festgesetzt. Bei der Bewertung des Vermögens ging die Steuerverwaltung unter anderem von einem Steuerwert der Aktien der A. AG von Fr. 3'933'177.- aus. Gegen diese Veranlagung liessen H. und K. M. am 15. Juli 2004 Einsprache einreichen und beantragen, der Vermögenssteuerwert der Aktien der A. AG sei für die Kantons- und Gemeindesteuern 2002 zu einem Substanzwert per 31. Dezember 2001 von Fr. 896'000.- (100 %) zu bewerten. Der Anteil der Steuerpflichtigen betrage 50 %, somit Fr. 448'000.-. Das steuerbare Gesamtvermögen reduziere sich damit um Fr. 1'467'000.-. Mit Einspracheentscheid vom 24. März 2005 wies die Rechtsmittelkommission der Kantonalen Steuerverwaltung die Einsprache mit der Begründung ab, bei der Bewertung nicht kotierter Wertpapiere folge die kantonale Einschätzungspraxis der Wegleitung der Eidgenössischen Steuerverwaltung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer. Von der Wegleitung könne nur abgewichen werden, wenn bessere Erkenntnisse des Verkehrswerts dies gebieten würden. Die Bewertung von Wertpapieren müsse sich auf technische bzw. rechtlich-objektive Merkmale – wie die der Buchhaltung juristischer Personen – stützen, um eine einheitliche Bewertungspraxis zu gewährleisten. Nicht massgebend seien hingegen subjektiv-wirtschaftliche Aussagen. Gegen diesen Einspracheentscheid liessen H. und K. M. am 28. April 2005 Rekurs einreichen und beantragen, es sei der Vermögenssteuerwert der Aktien der A. AG zum Substanzwert per 31. Dezember 2001 von Fr. 896'000.- (100 %) zu bewerten. Mit Vernehmlassung vom 25. Mai 2005 beantragt die Steuerverwaltung des Kantons Zug, der Rekurs sei abzuweisen, soweit auf ihn einzutreten sei, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Aus den Erwägungen

...

2. ...

a) Gemäss § 38 Abs. 1 StG unterliegt das gesamte Reinvermögen der Vermögenssteuer. Für die Vermögensbewertung ist grundsätzlich der Verkehrswert der Vermögensstücke am Ende der Steuerperiode oder der Steuerpflicht massgebend (§ 39 Abs. 1 StG). Bei Wertpapieren ohne regelmässige Kursnotierung ist unter Berücksichtigung des inneren Wertes der Verkehrswert zu Beginn der Steuerperiode massgebend (§ 39 Abs. 2 StG). Auch Art. 14 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und des Bundes vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14) enthält Bestimmungen über die Bewertung des Vermögens. Gemäss Art. 14 Abs. 1 StHG wird das Vermögen zum Verkehrswert bewertet, wobei der Ertragswert angemessen berücksichtigt werden kann. Der Verkehrswert ist jener Wert, der am Bewertungsstichtag bei einer Veräusserung hätte erzielt werden können (Marktwert). Dieser Wert kann nur dann sicher festgestellt werden, wenn die betreffenden Aktiven regelmässig an einer Börse gehandelt werden (kотиerte Wertpapiere, Rohstoffe). Andernfalls muss der Verkehrswert geschätzt werden (Höhn Ernst/Waldburger Robert, Steuerrecht, 9. überarbeitete Auflage, Bd. I, St. Gallen 2000, § 15 N 15).

b) Kотиerte Wertpapiere sind – wie oben erwähnt – zum Verkehrswert und damit grundsätzlich zum Börsenkurs des Bewertungsstichtages zu bewerten. Nicht kотиerte Wertpapiere sind zum inneren Wert zu bewerten, soweit nicht ein anderer Wert anhand regelmässiger Verkäufe nachgewiesen werden kann. Liegt kein regelmässiger Handel vor, so ist aus Gründen der Rechtsgleichheit eine gesamtschweizerische, einheitliche Bewertung anzustreben. Zur Förderung einer gesamtschweizerisch einheitlichen Ermittlung der Werte haben sich die Kantone daher über einheitliche Grundsätze verständigt, die in der «Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer» (Ausgabe 1995, mit Änderungen vom 1.1.1999), herausgegeben von der Konferenz staatlicher Steuerbeamter und der Eidgenössischen Steuerverwaltung, wiedergegeben sind, (vgl. hierzu Rainer Zigerlig/ Guido Jud, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Art. 14 StHG N 18).

c) Die Wegleitung wird nicht angewendet, wenn bei nicht kотиerten Wertchriften, die regelmässig vor- oder ausserbörslich gehandelt werden, der Verkehrswert nach den Durchschnittskursen im Monat vor dem massgebenden Stichtag bewertet werden kann (Ziff. 2 Abs. 1 der Wegleitung). Als regelmässig im Sinne der Wegleitung ist ein Wertpapierhandel jedenfalls dann einzustufen, wenn er im Durchschnitt knapp einen Abschluss pro Kalenderwoche umfasst und die Marktteilnehmer sowie weitere interessierte Kreise, worunter insbesondere auch die Gesellschaft, deren Aktien zu bewerten sind, die Zuverlässigkeit der Preisbildung als hoch einstufen. Eine Abweichung von der Wegleitung rechtfertigt sich nur, wenn eine bessere Erkenntnis des Verkehrswerts dies gebietet (StE 1999 B 52.41 Nr. 2).

d) Bei Handels-, Industrie- und Dienstleistungsgesellschaften ergibt sich der Unternehmenswert gemäss der Wegleitung aus der zweimaligen Ge-

wichtung des Ertragswerts und der einmaligen Gewichtung des Substanzwerts (Ziff. 41). Grundlage für die Bestimmung des Ertragswertes sind in der Regel die zwei letzten vor dem massgebenden Bewertungsstichtag abgeschlossenen Jahresrechnungen. Als Ertragswert ist der kapitalisierte Reingewinn der massgebenden zwei Geschäftsjahre heranzuziehen. Der Reingewinn des letzten Geschäftsjahres wird doppelt gewichtet. Abzuziehen sind einmalige und ausserordentliche Erträge (z.B. Kapitalgewinne, Auflösung von Reserven und Rückstellungen). Der ermittelte Reingewinn wird um 30 % vermindert. Damit wird dem allgemeinen Unternehmerrisiko, auch jenem für besonders krisenanfällige oder risikoreiche Branchen und der dadurch bedingten, nur partiellen Ausschüttbarkeit erarbeiteter Gewinne an die Aktionäre, Rechnung getragen. Als Kapitalisierungszinsfuss gilt die um einen Prozentpunkt erhöhte, auf halbe Prozente gerundete Durchschnittsrendite auf Verfall von schweizerischen Industrie- bzw. Bankanleihen am Ende des Jahres vor dem Bewertungsstichtag. Die Kapitalisierungszinsfüsse für Handels-, Industrie- und Dienstleistungsgesellschaften, Banken und Versicherungsgesellschaften werden alljährlich in den Kurslisten der Eidgenössischen Steuerverwaltung veröffentlicht. Grundlage für die Bestimmung des Substanzwertes ist die letzte vor dem massgebenden Bewertungsstichtag abgeschlossene Jahresrechnung.

e) Im vorliegenden Fall ist die Steuerverwaltung bei der Berechnung des Ertragswerts vom Reingewinn gemäss Jahresrechnung ausgegangen. Dieser betrug für das Jahr 2000 Fr. 613'037.- und für 2001 Fr. 375'906.-. Der Reingewinn des Jahres vor dem Bewertungsstichtag (hier der 31. Dezember 2001) wurde der Wegleitung entsprechend doppelt gezählt, so dass sich ein durchschnittliches anrechenbares Jahresergebnis der Jahre 2001 und 2000 von Fr. 454'949.67 ergab. Hiervon wurden 30 % für das Unternehmensrisiko in Abzug gebracht (minus Fr. 136'484.90). Zu kapitalisieren blieb somit ein Betrag von Fr. 318'464.77. Kapitalisiert mit 6.0 % ergab sich ein Ertragswert von Fr. 5'307'746.11. Den Substanzwert des Unternehmens bewertete die Steuerverwaltung anhand der Bilanz per 31. Dezember 2001. Neben dem liberierten Aktienkapital von Fr. 100'000.- berücksichtigte sie den Bilanzgewinn von Fr. 46'841.- und die offenen Reserven von Fr. 750'000.-. So ergab sich insgesamt ein Substanzwert von Fr. 896'841.-. Bewertet man nun den Unternehmenswert gemäss der Formel in Ziff. 41 der Wegleitung, so ergibt sich ein Betrag von Fr. 3'837'444.41. Dieser Betrag ist von der Steuerverwaltung den Bestimmungen der Wegleitung entsprechend korrekt berechnet worden. Diese Zahlen sind von den Rekurrenten an sich auch nicht bestritten.

3. Die Rekurrenten lassen aber ausführen, im vorliegenden Fall sei die Berechnung des Verkehrswertes aus verschiedenen Gründen nicht nach den Bewertungsregeln der Wegleitung vorzunehmen, sondern es seien bereits voraussehbare zukünftige Verhältnisse zu berücksichtigen. Für die Bewertung sei in jedem Fall der Verkehrswert massgebend und die Bewertung nach der Wegleitung dürfe nur Anwendung finden, wenn sie zu einem vertretba-

ren Ergebnis führe. Per 1. Januar 2002 sei das neue Heilmittelgesetz in Kraft getreten, das den Handel mit Medikamenten erschwert habe. Im Bewertungszeitpunkt sei bereits bekannt gewesen, dass die Handelstätigkeit aufgrund dieser neuen Bestimmungen eingestellt würde und dass deshalb der Ertragswert auf Null sinken würde. Die Umsätze in den Jahren 1999 bis 2003 seien nur dank dem Beziehungsnetz und dem Insiderwissen von H. M., A.B. und C.D. realisierbar gewesen. Im Dezember 2002 sei C.D. gestorben. Die bisherige Handelstätigkeit habe per Ende 2003 eingestellt werden müssen und es seien 2004 nur noch Lagerbestände verkauft worden. Es sei also 2002 schon voraussehbar gewesen, dass der Ertragswert des Unternehmens unter diesen Umständen unter den Substanzwert fallen würde. Die A. AG sei von der Zusammensetzung ihres Vermögens her betrachtet auch mehr eine Vermögensverwaltungs- und Finanzierungsgesellschaft und sei deshalb dieser Bewertungsgruppe zuzuweisen.

a) Sowohl Vermögensverwaltungs-, Finanzierungs- als auch Handelsgesellschaften sind auf die Erzielung und Verteilung von Gewinn ausgerichtet. In Art. 53 lit. a der Handelsregisterverordnung wird durch eine nicht abschliessende Aufzählung der Begriff des Handelsgewerbes verdeutlicht. Den beispielhaft aufgeführten Handelsgewerben ist dabei gemeinsam, dass sie ihren Erwerb durch den Austausch von Gütern (Waren, Geld) erstreben, ohne dass dabei an der Handelsware wesentliche Veränderungen vorgenommen werden. Die A. AG hat gemäss Handelsregisterauszug den folgenden Zweck: «Handel mit Waren aller Art, insbesondere mit pharmazeutischen Spezialitäten, medizinischen Bedarfsartikeln, Spezialnahrungsmitteln, Kosmetika und Parfümeriewaren; kann Patente, Lizenzen, Know-how und Handelsmarken erwerben, verwerten und veräussern sowie sich an anderen Unternehmen beteiligen». Damit ist sie eindeutig eine Handelsgesellschaft im Sinne der Wegleitung und der Handelsregisterverordnung. Der Verweis auf die Bilanzen ist dabei wenig hilfreich, denn nicht die Bilanz, sondern die Zwecksetzung gemäss Handelsregistereintrag und die Art der Gewinnerzielung bestimmen den Zweck einer Firma. Weder aus dem Handelsregister noch aus den Bilanzen ergeben sich relevante Hinweise dafür, dass es sich bei der A. AG um eine Vermögensverwaltungs- und/oder Finanzierungsgesellschaft handeln würde bzw. gehandelt hätte. Die Firma ist nicht im Finanzsektor tätig und von einer professionellen Vermögensverwaltung im Sinne der Verwaltung von Drittvermögen kann nicht ernsthaft die Rede sein.

b) Bei der Bewertung von nicht kotierten Wertpapieren ist gemäss den klaren gesetzlichen Vorgaben auf die Werte des Vorjahres abzustellen. Auch im Falle einer zeitlich verzögerten Einschätzung ist es nicht zulässig, gleichsam eine Beurteilung aus jetziger Sicht vorzunehmen. Die Beurteilung der künftigen Verhältnisse, die ein Abweichen von den Regeln der Wegleitung rechtfertigen könnte, hat immer aus der Sicht des Bewertungsstichtages zu erfolgen (in casu des 31. Dezember 2001). Aus der Sicht des Bewertungsstichtages lagen aber keine ausserordentlichen künftigen Verhältnisse vor.

Dass eine Handelstätigkeit unter veränderten gesetzlichen Regeln weitergeführt werden muss, ist nicht ausserordentlich. Jede Tätigkeit einer Firma hat sich stets neuen gesetzlichen Vorgaben anzupassen. Zudem unterliegt jede Handelstätigkeit auch dem steten Wandel der Rahmenbedingungen des Marktes, insbesondere dem Prinzip von Angebot und Nachfrage. Auch eine veränderte personelle Situation innerhalb einer Firma ist nichts Ungewöhnliches, insbesondere dann nicht, wenn sie durch einen unerwarteten Todesfall eines führenden Mitarbeiters hervorgerufen wird. Auch die Tatsache, dass Mitarbeiter das Pensionsalter erreichen und kürzer treten möchten, ist nichts Aussergewöhnliches. Dass die Höhe des Unternehmensgewinns wesentlich vom Insiderwissen und von der Kompetenz einiger weniger Führungspersonen abhängt, kann auch nicht als aussergewöhnlich bezeichnet werden. Mit deren Ausscheiden aus der Firma wird sich entsprechend der Gewinn reduzieren, was sich wiederum auf den Ertragswert eines Unternehmens in den Folgejahren auswirkt. Zudem hat die Steuerverwaltung den geltend gemachten personenbezogenen Firmen- und Branchenproblemen durch einen Pauschalabzug von 30 % bei der Ermittlung des Ertragswertes Rechnung getragen.

c) Der von den Rekurrenten geltend gemachte Gewinneinbruch wird sich in den folgenden Perioden niederschlagen, wobei hier zu erwähnen ist, dass der Jahresgewinn von 2002 sogar nochmals höher ausgefallen ist als derjenige von 2001. Erst im Jahre 2003 ist es dann zu einem erheblichen Gewinneinbruch gekommen. Dieser Gewinneinbruch wird sich in den Folgejahren auf den Wert der Aktien der A. AG niederschlagen. Es wäre aber ein krasser Verstoß gegen die Rechtsgleichheit, wenn man die Aktien der A. AG per Ende 2001 nur aufgrund des Substanzwertes bewerten würde, denn durch eine solche Einschätzung würde eine Vielzahl von anderen Handelsgesellschaften, deren Aktien ebenfalls nach den Vorschriften der Wegleitung bewertet werden, erheblich benachteiligt. Die Feststellung, die Aktien der A. AG hätten per Ende 2001 nicht zu dem geschätzten Wert an einen Dritten verkauft werden können, spielt dabei keine Rolle. Gerade für solche Aktien, die – aus welchem Grund auch immer – nicht zum Verkauf angeboten werden, ist die Bewertung gemäss Wegleitung vorgesehen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2005

A 2005 / 7

Art. 132 Abs. 3 DBG, § 132 f. StG. – Der Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit einer Ermessensveranlagung obliegt ausschliesslich dem Steuerpflichtigen. Ohne substanziierte Sachdarstellung und ohne Nennung und Edition von Beweismitteln wird auf eine Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung – anders als bei einer Einsprache gegen eine ordentliche Veranlagung – nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Gemäss § 124 Abs. 1 StG stellen die Veranlagungsbehörden zusammen mit der steuerpflichtigen Person die für eine vollständige Besteuerung massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse fest. Die steuerpflichtige Person wird durch öffentliche Bekanntmachung oder Zustellung des Formulars aufgefordert, die Steuererklärung einzureichen. Das Formular für die Steuererklärung ist wahrheitsgemäss und vollständig auszufüllen und mit der persönlichen Unterschrift der steuerpflichtigen Person oder derjenigen der Vertretung zu versehen sowie samt den vorgeschriebenen Beilagen fristgemäss der zuständigen Behörde einzureichen (§ 125 Abs. 2 StG). Die steuerpflichtige Person, welche die Steuererklärung nicht oder mangelhaft ausgefüllt einreicht, wird aufgefordert, das Versäumte innert angemessener Frist nachzuholen. Die steuerpflichtige Person muss alles tun, um eine vollständige und richtige Veranlagung zu ermöglichen. Sie muss auf Verlangen der Behörden insbesondere mündliche und schriftliche Auskünfte erteilen und Geschäftsbücher, Belege und weitere Bescheinigungen sowie Urkunden über den Geschäftsverkehr vorlegen (§ 127 Abs. 1 und 2 StG).

Hat die steuerpflichtige Person trotz Mahnung ihre Verfahrenspflichten nicht erfüllt oder können die Steuerfaktoren mangels zuverlässiger Unterlagen nicht einwandfrei ermittelt werden, so wird die Veranlagung nach pflichtgemäßem Ermessen vorgenommen (§ 130 Abs. 3 StG). Eine Ermessensveranlagung kann nicht nur vorgenommen werden, wenn der Steuerpflichtige seiner Pflicht, die Behörden zu informieren, nicht nachkommt, sondern auch dann, wenn die von ihm gelieferten Angaben ungenügend sind, ungeachtet, ob ihm die mangelhaften Auskünfte über seine Verhältnisse zurechenbar sind (BGE vom 11. Oktober 2002, 2A.166/2002, Erw. 2.1). Alle Unterlagen, die im Zeitpunkt des Entscheides vorhanden sind, sind von Amtes wegen nach Ermessen zu berücksichtigen. Die Durchführung allzu eingehender Untersuchungen und Abklärungen kann jedoch nicht verlangt werden, besonders dann nicht, wenn keine beweiskräftigen Unterlagen vorhanden sind. Eine vorsichtige Schätzung ist zu treffen, allerdings ohne Verpflichtung, bei der durch das Verhalten des Steuerpflichtigen bedingten Ermessensbetätigung im Zweifelsfall die für diesen günstigste Annahme zu treffen. Es soll nämlich vermieden werden, dass der Steuerpflichtige, der für die Nachprüfung der von ihm erklärten Verhältnisse Sorge getragen hat, höhere Steuern zu bezahlen hat als derjenige, bei dem eine solche Nachprüfung aus von ihm zu vertretenden Gründen unmöglich ist. Die Verletzung von Verfahrenspflichten darf sich nicht lohnen (BGE vom 11. Oktober 2002, a.a.O., Erw. 2.2 mit Verweis auf ASA 58, 673).

b) Wie aus den Akten hervorgeht, wurden den Rekurrenten am 25. Februar 2002 die Steuerformulare für die Steuerperiode 2001 zugestellt. Die

Steuererklärung wurde jedoch trotz zweier Mahnungen nicht innert Frist eingereicht. Der Rekursgegnerin war es somit nicht möglich, eine ordentliche Veranlagung durchzuführen. Aus diesem Grunde erfolgte die Ermessensveranlagung zu Recht.

3. a) Muss eine Veranlagung nach Ermessen vorgenommen werden, so zeichnet sich eine dagegen erhobene Einsprache durch zwei Besonderheiten aus: Eine Anfechtung der Ermessensveranlagung ist nur wegen offensichtlicher Unrichtigkeit möglich, zudem ist die Einsprache zu begründen und sie muss allfällige Beweismittel nennen. Die notwendigen Beweisunterlagen sind beizulegen oder zu bezeichnen. Genügt eine Einsprache diesen Anforderungen nicht, ist eine angemessene Frist zur Verbesserung anzusetzen unter Androhung des Nichteintretens bei Unterlassung (§§ 132 f. StG). Die verlangte Begründung (mit Nennung allfälliger Beweismittel) stellt somit eine Prozessvoraussetzung dar, deren Fehlen zur Folge hat, dass auf die Einsprache nicht eingetreten wird (BGE 123 II 552 = ASA 67, 66). Nur unter diesen formellen Voraussetzungen (Nachholung der versäumten Verfahrenspflichten, substantiierte Sachdarstellung, Beweisangebot) wird der Steuerpflichtige überhaupt zur Leistung des Unrichtigkeitsnachweises zugelassen und ist die Rechtsmittelbehörde zur Untersuchung und Beweisabnahme verpflichtet, indem ihre Untersuchungspflicht wieder auflebt. Kommt der Steuerpflichtige dagegen diesen Anforderungen nicht nach, gilt der Nachweis ohne weiteres als gescheitert mit der Folge, dass die angefochtene Ermessenseinschätzung weiterhin als solche bestehen bleibt. Immerhin steht dem Rekurrenten dann noch der Beweis offen, dass die getroffene Schätzung offensichtlich zu hoch ausgefallen ist (Richner Felix/Frei Walter/Kaufmann Stefan, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999, § 140 N 65 f.; §§ 132 f. StG). Diese Besonderheiten gelten sowohl nach Bundes- wie auch nach kantonalem Recht (Art. 132 Abs. 3 DBG, §§ 132 f. StG). Paragraph 140 des zürcherischen Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 entspricht § 132 des zugerischen StG. Im Kommentar zum zürcherischen Steuergesetz, der auch analog auf diesen Fall anwendbar ist, wird festgehalten, dass der Steuerpflichtige im Einspracheverfahren gegen eine Ermessensveranlagung den Beweis antreten muss, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich unrichtig ist (vgl. Richner Felix/Frei Walter/Kaufmann Stefan, a.a.O., § 140 N 53). Bei der Anfechtung von Ermessensveranlagungen gilt somit nicht der allgemeine steuerrechtliche Grundsatz, dass die Folgen der Beweislosigkeit bei steuerbegründenden Tatsachen die Steuerbehörde, bei steuermindernden der Steuerpflichtige zu tragen habe; die Beweislast für die offensichtliche Unrichtigkeit der Ermessensveranlagung wird vielmehr alleseitig dem Steuerpflichtigen überbunden. Der Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit der Veranlagung kann auch noch vor der Rekursinstanz erfolgen. Jedoch unterliegt die Überprüfung der angefochtenen Ermessenseinschätzung im

Rekursverfahren derselben eingeschränkten Kognitionsbefugnis wie im Einspracheverfahren (StE 1999 B 95.2 Nr. 3).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. April 2005

A 2004 / 19

Art. 132.f. DBG, § 132.f. StG. – Das fristgerechte Einreichen von herausverlangten Unterlagen ist keine Prozessvoraussetzung für das gewöhnliche steuerrechtliche Einspracheverfahren. Die Aufforderung zur Aktenedition ist eine Frage des Beweisverfahrens. Für die Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung gelten andere Regeln.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 26. November 2004 veranlagte die kantonale Steuerverwaltung Zug das Ehepaar A. und B. C. für die Kantons- und Gemeindesteuern 2002 sowie die direkte Bundessteuer 2002. Mit Einspracheentscheid vom 24. Mai 2005 trat die kantonale Steuerverwaltung auf eine Einsprache vom 2. Dezember 2004 mit der Begründung nicht ein, dass der Vertreter der Einsprecher mit Schreiben vom 20. Januar 2005 aufgefordert worden sei, innert 20 Tagen diverse Unterlagen zur Überprüfung der Einsprache einzureichen. Auch nach zusätzlich beantragten Fristerstreckungen vom 15. Februar und 7. März 2005 und unbenütztem Fristablauf am 22. März 2005 seien die angeforderten Unterlagen nicht eingereicht worden. Mit Rekurs vom 24. Juni 2005 (Poststempel) liessen A. und B. C. beantragen, der Einspracheentscheid sei aufzuheben und die Steuerveranlagung 2002 für die Kantons- und Bundessteuern sei aufgrund der Steuererklärung 2002 vorzunehmen, indem die Optionen nicht als steuerbares Einkommen zu qualifizieren seien; alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Steuerverwaltung. Die in der Rekurschrift erwähnten sechs Beilagen wurden dem Gericht innert angesetzter Nachfrist eingereicht.

Mit Vernehmlassung vom 21. Juli 2005 beantragt die kantonale Steuerverwaltung Zug, der Rekurs sei abzuweisen, soweit auf ihn einzutreten sei, und im Übrigen der Einspracheentscheid zu bestätigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Vorinstanz hält an ihren Ausführungen im Einspracheentscheid fest. Es wird ausgeführt, dass der Vertreter der Steuerpflichtigen mit Schreiben vom 20. Januar 2005 aufgefordert worden sei, bis 15. Februar 2005 diverse Unterlagen zur Beurteilung der Einsprache einzureichen. Gleichzeitig sei er darauf aufmerksam gemacht worden, dass bei unbenutztem Fristablauf auf die Einsprache nicht eingetreten werde. Zu den vom Gesetz in § 133 Abs. 1 StG geforderten notwendigen Beweisunterlagen gehörten Unterlagen, die die Ungewissheit der tatsächlichen Verhältnisse zu

beseitigen vermöchten, hier also die Beilagen zu den Lohnausweisen betreffend die Optionsbezüge für die Jahre 1998 bis 2001 unter Angabe von Anzahl, Kaufpreis, Börsenwert und Sperrfrist sowie eine Kopie des Mitarbeiteroptionsplanes des Arbeitgebers. Denn erst dessen Einreichung hätte eine genaue Überprüfung der Qualifikation als steuerbares oder nicht steuerbares Einkommen ermöglicht. Aus diesem Grunde sei gemäss § 133 Abs. 2 StG eine Nachfrist zur Verbesserung unter Androhung des Nichteintretens bei Unterlassung angesetzt worden. Der Rekurrent sei der Beweisaufgabe vom 20. Januar 2005 nicht nachgekommen und habe auch die beiden gewährten Fristerstreckungen unbenutzt ablaufen lassen. Androhungsgemäss habe deshalb auf die Einsprache nicht eingetreten werden können. Nach Einsichtnahme in die Steuerakten beantragt die Eidgenössische Steuerverwaltung mit Vernehmlassung vom 16. September 2005, der Rekurs sei gutzuheissen unter Zurückweisung der Sache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz. In der Begründung wird ausgeführt, dass der Steuerpflichtige gemäss Art. 132 Abs. 1 DBG gegen die Veranlagungsverfügung innert 30 Tagen schriftlich Einsprache erheben könne. Weiterer Formerfordernisse, insbesondere einer Begründung, bedürfe die Einsprache nicht. Wegen fehlender Begründung könne grundsätzlich kein Nichteintretensentscheid gefällt werden. Dieser erweise sich deshalb für die Belange der direkten Bundessteuer als gesetzeswidrig.

Aus den Erwägungen

...

2. Im Beschwerdeverfahren haben sich Antrag und Begründung nach dem Gegenstand des angefochtenen Entscheides zu richten. Wird wie vorliegend ein Nichteintretensentscheid der Veranlagungsbehörde angefochten, so ist dieser Nichteintretensentscheid und nicht die Veranlagung Gegenstand der Beschwerde. Antrag und Begründung haben in diesem Fall darzulegen, dass und weshalb die Veranlagungsbehörde zu Unrecht auf die Einsprache nicht eingetreten ist. Fehlt es in diesem Sinne an Form und Inhalt der Beschwerde, so ist sie ungültig und darauf nicht einzutreten (vgl. Duss Marco, Verfahrensrecht in Steuersachen, 1987, S. 112). Ist die Steuerverwaltung, wie im vorliegenden Fall, auf eine Einsprache nicht eingetreten, kann vor dem Verwaltungsgericht also nur noch geltend gemacht werden, dass der Nichteintretensentscheid zu Unrecht ergangen sei. Kommt das Verwaltungsgericht, das an die Parteianträge nicht gebunden ist (vgl. Art. 143 Abs. 1 DBG; § 137 Abs. 2 StG) zum Schluss, dass die untere Instanz zu Unrecht vom Fehlen einer Prozessvoraussetzung ausgegangen und nicht auf die Einsprache eingetreten ist, so heisst sie die Beschwerde wegen Gesetzwidrigkeit des Nichteintretensentscheides gut und weist die Sache in der Regel zwecks Wahrung des gesetzlichen Instanzenzuges zur materiellen Beurteilung an die Veranlagungsbehörde zurück (vgl. Urteil des Zuger

Verwaltungsgerichts A 2005/15, in Sachen B., vom 30. August 2005; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in RB 1961, Nr. 30 am Ende; Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003, Art. 140 N 43).

Die Vorinstanz ist auf die Einsprache nicht eingetreten, weil es der Rekurrent trotz Aufforderung unter der Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall versäumte, der Steuerverwaltung innert gesetzter Fristen von ihr verlangte Beilagen einzureichen. Der Rekurrent beantragt, den Einspracheentscheid der Steuerverwaltung aufzuheben und seine Veranlagung unter Berücksichtigung seiner Steuererklärung vorzunehmen. Damit macht er konkludent geltend, die Veranlagungsbehörde sei zu Unrecht nicht auf seine Einsprache eingetreten. Er reicht dem Gericht erstmals die Beweisunterlagen ein, die die Steuerverwaltung von ihm erfolglos verlangt hatte.

3. a) Nach kantonalem Recht muss die Einsprache gemäss § 133 StG eine Begründung und einen Antrag enthalten. Zudem sind die notwendigen Beweisunterlagen beizulegen oder zu bezeichnen (Abs. 1). Genügt eine Einsprache diesen gesetzlichen Anforderungen nicht, ist eine angemessene Frist zur Verbesserung anzusetzen unter Androhung des Nichteintretens bei Unterlassung (Abs. 2). Nach Bundesrecht bedarf es für die Einsprache sogar keiner Begründung (ausser gegen eine Ermessenseinschätzung, vgl. unten E. c), wobei den Einsprecher aber in jedem Fall eine gewisse Substanziierungspflicht trifft (Art. 132 Abs. 3 DBG; vgl. Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., Art. 132 N 39 f.).

b) Es ist unbestritten, dass die Veranlagung vom 26. November 2004 dem Vertreter der Rekurrenten zugestellt wurde und dass er am 2. Dezember 2004 rechtzeitig Einsprache erhoben hat. Seine Eingabe enthielt klarerweise einen Antrag und eine Begründung. Dem Vertreter der Rekurrenten wurde mit eingeschriebenem Schreiben vom 20. Januar 2005 eine Frist zur Einreichung der von der Steuerverwaltung für die Beurteilung des Einsprachebegehrens als notwendig erachteten Beilagen zu den Lohnausweisen betreffend die Optionsbezüge für die Jahre 1998 bis 2001 unter Angabe von Anzahl, Kaufpreis, Börsenwert und Sperrfrist (steuerbares Einkommen) sowie eine Kopie des Mitarbeiteroptionsplanes des Arbeitgebers bis 15. Februar 2005 angesetzt. Es wurde im Falle einer allfälligen Fristversäumnis Nichteintreten auf die Einsprache angedroht. Nachdem der Rekurrent diese auf Gesuche vom 15. Februar 2005 sowie 7. März 2005 bis 22. März 2005 verlängerte Frist unbenützt verstreichen liess, d.h. weder die Notwendigkeit der verlangten Unterlagen bestritt noch um eine weitere Fristerstreckung ersucht hatte, erkannte die Vorinstanz auf Nichteintreten.

c) Die von der Steuerverwaltung einverlangten Beweisunterlagen können in diesem Verfahren zweifellos dazu dienen, die Ausgewiesenheit der Vorbringen des Einsprechers zu beurteilen. Es stellt sich die Frage nach dem

rechtlichen Charakter der dem Einsprecher unter der Androhung des Nichteintretens angesetzten Frist bzw. nach der Gesetzmässigkeit des angefochtenen Nichteintretensentscheids. Zunächst drängt sich der Vergleich zum Einspracheverfahren bei einer Ermessenseinschätzung auf. Eine Veranlagung nach pflichtgemäßem Ermessen kann der Steuerpflichtige nur wegen offensichtlicher Unrichtigkeit anfechten. Die Einsprache ist zu begründen und muss allfällige Beweismittel nennen (§ 132 Abs. 2 StG; Art. 132 Abs. 3 DBG). Mit anderen Worten obliegt es dem Steuerpflichtigen, den Nachweis zu erbringen, dass die Ermessensveranlagung offensichtlich unrichtig war (vgl. Martin Zweifel, in: Zweifel/Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, N 40 ff. zu Art. 132 DBG). Ist die Ermessensveranlagung Folge einer versäumten Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen, so muss dieser die versäumten Handlungen – und zwar innert der Einsprachefrist – nachholen. Er muss demnach die bisher nicht eingereichte Steuererklärung vorlegen und die weiteren unterlassenen Mitwirkungshandlungen erfüllen, so insbesondere durch die Einreichung von Unterlagen, das Erteilen von Auskünften usw. (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 25. Mai 1983, BBl 1983 III 210; ferner ASA 58 670 E. 3c). Nur unter dieser Voraussetzung kann der Nachweis der Unrichtigkeit der Veranlagung erbracht werden und lebt überhaupt die Untersuchungspflicht der Behörde im Sinne ihrer Pflicht zum Eintreten wieder auf. Bei der von Art. 132 Abs. 3 Satz 2 DBG und Art. 48 Abs. 2 StHG, bzw. von § 132 Abs. 2 StG verlangten Pflicht zur Begründung und Benennung allfälliger Beweismittel handelt es sich deshalb nicht nur um eine Ordnungsvorschrift, sondern um eine Prozessvoraussetzung, bei deren Fehlen ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen hat (vgl. für das Bundesrecht BGE 123 II 552 E. 4c; Urteil 2A.442/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.2).

d) Im Falle des Rekurrenten kann indessen das Vorlegen der von ihm herausverlangten Unterlagen nicht als Prozessvoraussetzung für das Einspracheverfahren betrachtet werden. Im Unterschied zu dem durch § 132 Abs. 2 StG wie Art. 132 Abs. 3 DBG (Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung) verlangten Unrichtigkeitsbeweis innert der Einsprachefrist setzt das Eintreten auf eine Einsprache in Fällen wie dem vorliegenden nicht die Nachholung unterlassener Mitwirkungshandlungen voraus, sondern es gelten sowohl für das Verfahren nach DBG wie nach StG die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Voraussetzungen für die verwaltungsinterne Rechtspflege. In diesem Sinne beschlägt die umstrittene Aufforderung zur Aktenedition lediglich eine Frage des Beweisverfahrens. Diesbezüglich sieht § 127 Abs. 1 und 2 StG bzw. Art. 126 Abs. 2 DBG in Verbindung mit § 14 Abs. 2 VRG vor, dass die steuerpflichtige Person auf Verlangen der Veranlagungsbehörde insbesondere auch Belege und weitere Bescheinigungen vorzulegen hat, wobei Dritte Bescheinigungspflichten treffen können (§ 128 StG, Art. 128 DBG). Die Versäumnis von Mitwirkungspflichten ist bei der freien Würdigung des Ergebnisses der Sachverhaltsermittlung hinsichtlich einer nicht kooperativen Partei zu berücksichtigen (vgl. Blumenstein/Locher, System

des schweiz. Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 455), d.h. also allenfalls durch Abweisung der als nicht begründet erachteten Einsprache. Hingegen ist die von der Steuerverwaltung im Ergebnis praktizierte prozessuale Einschränkung des Einspracherechts (vgl. BGE 2A.39/2004, E. 5) nicht gerechtfertigt, bzw. sie beschneidet mit ihrem Prozessurteil ohne materielle Prüfung das Einspracherecht, das die Möglichkeit einschliesst, den Rechtsstandpunkt des Einsprechers durch beliebige Beweismittel zu untermauern zu suchen. Und nicht zuletzt wird dem Einsprecher die Möglichkeit genommen, auf einen – im Gegensatz zur Veranlagungsverfügung – begründeten Einspracheentscheid hin sein gesetzliches Rekursrecht auszuüben und in der Sache allenfalls vor der Rekursinstanz – mit oder ohne bestimmte Beweismittel – mit seinem Standpunkt doch noch durchzudringen.

Es handelte sich bei der hier umstrittenen Fristansetzung mit anderen Worten nicht um eine «Nachfrist» im Sinne von § 133 Abs. 2 StG bzw. analog im Sinne von § 65 Abs. 3 VRG i.V. mit § 121 StG, nachdem Antrag und Begründung in der Einsprache offensichtlich enthalten waren, und nur gestützt auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage das Eintreten schon vom Einreichen bestimmter Beweisunterlagen abhängig gemacht werden kann.

e) Nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen erscheint es zwar in Fällen, in denen der mitwirkungspflichtige «Gesuchsteller» ein Verfahren eingeleitet hat und somit ein Interesse an der sachgerechten Behandlung seines Begehrens durch die Behörde besitzt, durchaus gerechtfertigt, auf ein solches Begehren nicht einzutreten, sofern die notwendige und zumutbare Mitwirkung verweigert wird (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 1999, § 7 N 69). Zum Einen kann aber der Einsprecher im Steuerverfahren nicht mit einem «Gesuchsteller» in einem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Verfahren auf Erlass einer Verfügung verglichen werden. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass die steuerpflichtige Person im von Amtes wegen erfolgenden Einschätzungsverfahren regelmässig noch gar keine Gelegenheit hatte, die Auffassung der Veranlagungsbehörde kennen zu lernen und sich damit auseinanderzusetzen. In diesem Sinne bildet das Einspracheverfahren einen Bestandteil der Veranlagung, und bezieht sich der Einspracheentscheid auf den Steuerfall als Ganzes, d.h. er ersetzt die frühere Veranlagungsverfügung in ihrer Gesamtheit (vgl. Blumenstein/Locher, a.a.O., S. 419 f.). Und immerhin hat das Bundesgericht schon aus der (alten) gesetzlichen Regelung des Beschwerdeverfahrens abgeleitet, dass zwar Beschwerden, aus denen nicht hervorgeht, in welchem Umfang eine Abänderung des angefochtenen Entscheides angestrebt wird, und Beschwerden, die keine oder eine Begründung enthalten, die sich von vornherein als unsachlich erweist, nach Art. 101 Abs. 2 BdBSt ohne weitere Prüfung von der Hand zu weisen sind, dass aber in allen anderen Fällen im Sinne einer blossen Ordnungsvorschrift auf die Sache wenigstens einzutreten ist, so z.B. wenn die Beweismittel zwar bezeichnet, der Beschwerde aber nicht beige-

legt worden sind (vgl. Urteil vom 26. Juli 1993, in StR 49/1994, 142). So hält auch Duss (Verfahrensrecht in Steuersachen, 1987, S. 104) unter Berufung auf Känzig fest, dass Beweisurkunden, die sich in den Händen des Steuerpflichtigen befinden, gemäss Art. 101 Abs. 1 BdBSt der Einspracheschrift beizufügen sind, dass diese Bestimmungen über die Beweismittel indessen bloss Ordnungsvorschriften sind, deren Missachtung nicht zur Ungültigkeit der Einsprache und damit zu einem Nichteintreten auf das Rechtsmittel führe.

f) Schliesslich ist festzuhalten, dass die von der Steuerverwaltung angerufene Formulierung von § 133 Abs. 2 StG sowohl im Verhältnis zu Abs. 1 wie auch zu § 132 Abs. 2 StG nicht die durch die Steuerverwaltung vorgenommene Auslegung stützt, wonach das Eintreten von der Einreichung von Beweisunterlagen abhängig gemacht werden könnte. In Übereinstimmung mit der Praxis zu § 65 Abs. 3 VRG hängt das Eintreten als solches nicht von der Bezeichnung oder Einreichung von Beweismitteln ab, ausser es wäre vom Gesetz – so in § 132 Abs. 2 StG – ausdrücklich vorgesehen. Die Bezeichnung oder Beilage von Beweismitteln gehört nicht zu den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prozess- bzw. Sachurteilsvoraussetzungen, zu denen die Partei- und Prozessfähigkeit des Betroffenen, das Rechtsschutzinteresse, die Zuständigkeit der entscheidenden Behörde, keine Rechtshängigkeit der Streitsache beziehungsweise kein rechtskräftiger Entscheid über die Streitsache sowie gegebenenfalls die Vertretungsbefugnis des Parteivertreters zählen (vgl. René A. Rhinow / Heinrich Koller / Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel / Frankfurt am Main 1996, Rz 947-954; Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 95; Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, Rz 94 und 184 mit Hinweisen; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, a. a. O., S. 71 ff.).

4. Die Veranlagungsbehörde ist somit sowohl hinsichtlich des bundesrechtlichen wie des kantonalen Steuerverfahrensrechts zu Unrecht auf die Einsprache des Rekurrenten nicht eingetreten. Schon zur Gewährleistung des grundrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) hat der Steuerpflichtige aber Anspruch auf eine begründete Veranlagung (Art. 131 Abs. 2 DBG, § 114 Abs. 1 StG). Und auch um eine Verkürzung des Rechtsmittelweges zu vermeiden, ist die Sache an die Veranlagungsbehörde zur materiellen Beurteilung zurückzuweisen, nunmehr in Berücksichtigung der vor Gericht eingereichten Beweisunterlagen (vgl. Urteil des Zuger Verwaltungsgerichts A 2005/15, in Sachen B., vom 30. August 2005; Ulrich Cavelti, in Zweifel/Athanas, Komm. zum Schweiz. Steuerrecht, Band I/2v, Art. 143 N 9). Dies führt insofern zur Gutheissung des Rekurses.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2005

A 2005 / 16

Art. 8 Abs. 1 und 127 Abs. 3 BV, Art. 105 SVG; §§ 2 und 12 f. des Gesetzes über die Steuern im Strassenverkehr vom 30. Oktober 1986 (BGS 751.22). – Die zugerische Praxis, einen Sattelschlepper stets nach seinem möglichen Zuggewicht zu besteuern, indessen einen Sattel-Sachentransportanhänger als vom Sattelschlepper abhängigen Auflieger nicht zu besteuern, erweist sich als gesetzmässig und verfassungskonform.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Verfügungen vom 1. November 2002 setzte das Strassenverkehrsamt die Verkehrssteuern für das Jahr 2003 gegenüber der Firma ZZ. GmbH, Cham, fest. Der Betrag belief sich für das Kontrollschild ZG X auf Fr. 1'035.- (inkl. Fr. 40.- Wechselschildpauschale), für das Kontrollschild ZG Y auf Fr. 3'270.- und sowie für das Kontrollschild ZG Z auf Fr. 3'350.- (inkl. Fr. 80.- Wechselschildpauschale). Am 2. November 2002 erhob die Firma ZZ. GmbH gegen diese Verfügungen des Strassenverkehrsamts Einsprache bzw. Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug und stellte den Antrag, die Verfügungen vom 1. November 2002 seien aufzuheben und die Verkehrssteuern für das Jahr 2003 seien neu zu berechnen. Geltend gemacht wurde im Wesentlichen, diese Fahrzeuge würden seit Beginn der Nummereinlösung mit einer Doppelbesteuerung belastet, die gesetzlich nicht zulässig sei. Zudem entstehe dadurch gegenüber anderen schweizerischen Unternehmungen eine Rechtsungleichheit. Den die Beschwerde abweisenden Regierungsratsbeschluss vom 18. November 2003 focht die ZZ. GmbH am 19. Dezember 2003 mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an.

Aus den Erwägungen:

2. a) Der Kanton erhebt eine jährliche Steuer auf Motorfahrzeuge, Motorfahrzeuganhänger und Motorfahräder, die nach den Bestimmungen des Bundesrechts ihren Standort im Kanton Zug haben (§ 2 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes). Für Personenwagen, Motorräder und Kleinmotorräder bildet der Hubraum die Bemessungsgrundlage, für Personenwagen und Motorräder mit elektrischem Antrieb sowie die übrigen Fahrzeugarten das Gesamtgewicht gemäss Fahrzeugausweis, für Sattelmotorfahrzeuge das Gewicht des Zuges (§ 10 des Gesetzes). Bei Fahrzeugen mit Wechselschildern wird die Verkehrssteuer für das Fahrzeug mit dem höchsten Ansatz sowie eine Wechselschildgebühr erhoben (§ 15 des Gesetzes). Für Lieferwagen, Kleinbusse, Lastwagen, Gesellschaftswagen, Sattelmotorfahrzeuge, Traktoren sowie Motorwagen gemäss Art. 3 Abs. 7 der Verordnung über Bau und Ausrüstung der Strassenfahrzeuge (BAV) wird eine einfache, für Personenwagen und Motorräder mit elektrischem Antrieb sowie für Anhänger und Spezialfahrzeuge eine reduzierte Jahressteuer erhoben (§ 12 des Gesetzes). Die einfache Jahressteuer beträgt gemäss § 13 des Gesetzes: a) bis 1'000 kg Gesamtgewicht Fr. 200.-; b) für die weitem 1'500 kg je 100 kg Fr. 20.- (bis 2'500 kg);

c) für die weitem 12'500 kg je 100 kg Fr. 10.- (bis 15'000 kg); d) für die weitem Gewichte je 100 kg Fr. 8.- (unbeschränkt).

b) Die Beschwerdeführerin ist Halterin folgender Fahrzeuge und hat folgende Kontrollschilder eingelöst:

- Sattelschlepper Mercedes-Benz 1635 ZG Z (Wechselschild)
- Lastwagen Scania 113 4x2 ZG Z (Wechselschild)
- Sattelschlepper Mercedes Benz Actross 1843 ZG Y
- Sachentransportanhänger Hangler 2 PE 18 ZG X (Wechselschild)
- Sattel-Sachentransportanhänger Kässbohrer ZG X (Wechselschild)

...

4. a) Die allgemeine Motorfahrzeugabgabe, die die Kantone gestützt auf Art. 105 SVG erheben können, ist gemäss der Rechtsprechung eine Steuer, auch wenn sie gewisse Elemente einer Gebühr in sich schliesst (vgl. BGE 99 Ia 540). Sie bedarf einer gesetzlichen Grundlage, muss sich aber im Gegensatz zu den eigentlichen Gebühren nicht nach dem Kostendeckungsprinzip richten. Steuersubjekt ist gemäss dem Gesetz über die Steuern im Strassenverkehr der Fahrzeughalter (§ 3). Steuerobjekt der zugerischen Strassenverkehrssteuer sind die Motorfahrzeuge und Motorfahrzeuganhänger (§ 2 Abs. 1 des Gesetzes). Bemessungsgrundlage für die Steuerberechnung bildet für «die übrigen Fahrzeugarten» das Gesamtgewicht gemäss Fahrzeugausweis, «für Sattelmotorfahrzeuge das Gewicht des Zuges». Ein Sattelmotorfahrzeug ist die Kombination eines Sattelschleppers, d.h. eines zum Ziehen von Sattelanhängern gebauten Motorwagens, mit einem Sattelanhänger (Art. 11 Abs. 2 lit. i VTS). Im Gegensatz zu den Sachentransportanhängern (Art. 20 Abs. 2 lit. a VTS) als sog. Normalanhängern (Abs. 3 lit. a) handelt es sich beim Sattelanhänger um Anhänger, die so an ein Motorfahrzeug (Sattelschlepper) angekuppelt werden, dass sie teilweise auf diesem aufliegen. Ein wesentlicher Teil des Gewichts des Anhängers und seiner Ladung wird vom Zugfahrzeug getragen (lit. c). Das *Gesamtzugsgewicht* ist das Gewicht der Fahrzeugkombination, d.h. das Gesamtgewicht einer Kombination bestehend aus Zugfahrzeug und Anhänger (Art. 7 Abs. 6 VTS).

Aus den Materialien ergibt sich, dass mit der Gesetzesrevision von 1986, mit der anstelle der als veraltet erachteten PS-Besteuerung die Gesamtgewichtsbesteuerung (mit Ausnahme der Personenwagen und Motorräder) eingeführt wurde, ausdrücklich der Mangel der vorher geltenden Ordnung behoben werden sollte, dass die Sattelanhänger bisher nicht erfasst waren und eine entsprechende Verkehrssteuer nicht erhoben werden konnte (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 9. Juni 1986, Vorlage Nr. 5767, S. 2).

b) Gestützt auf das Gesetz wird im Kanton Zug ein Sattelschlepper vom Strassenverkehrsamt stets nach seinem möglichen Zuggewicht besteuert. Hingegen wird konsequenterweise der Sattel-Sachtransportanhänger als vom Sattelschlepper abhängiger Auflieger nach zugerischer Praxis nicht besteuert. Im Falle des Beschwerdeführers, der Halter von zwei Sattelschleppern, indessen nur eines einzelnen Sattelanhängers ist, bedeutet dies, dass er zwei Sattelmotorfahrzeuge bzw. Sattelzüge zu versteuern hat, obwohl er in Tat und Wahrheit lediglich über ein einziges Sattelmotorfahrzeug (Kombination eines Sattelschleppers mit einem Sattelanhänger) und zusätzlich einen weiteren, einzelnen Sattelschlepper verfügt. Offenbar wäre dies nach dieser Praxis auch der Fall, wenn er einzig zwei Sattelschlepper und gar keinen Sattelanhänger hätte. Es wäre nun tatsächlich denkbar, dass ein Unternehmer einzig Fahrten mit seinen Sattelschleppern anböte, ohne selber Sattelanhänger zu besitzen, zumal diese je nach Verwendungszweck sehr unterschiedlich gebaut und ausgestattet sein können (z.B. Kühlaggregate, Tank- oder Siloaufbauten, Erd- und Steintransporte, Tiertransportboxen usw.). Es stellt sich somit die Frage, ob diese Interpretation des Gesetzes rechtmässig ist oder nicht, oder gar das Gesetz als nicht verfassungskonform zu betrachten ist.

c) Eine Regelung verletzt den Grundsatz der Rechtsgleichheit und damit Art. 8 Abs. 1 BV, wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (vgl. statt vieler BGE 129 I 1 E. 3 S. 3). Der Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) wird im Steuerrecht konkretisiert durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie durch das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (vgl. neuerdings explizit Art. 127 Abs. 2 BV). Danach sind Steuerpflichtige in gleichen wirtschaftlichen Verhältnissen gleich zu besteuern (BGE 122 I 103; 124 I 154, 163 f., 194 f. je mit Hinweisen). Der Gesetzgeber hat aber auch im Abgaberecht innert der Schranken der Verfassung weitgehende Gestaltungsfreiheit. Dabei ist zu beachten, dass das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch im horizontalen Verhältnis nicht eine absolut gleiche Besteuerung bei gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit verlangt, da auch hier die Vergleichbarkeit beschränkt ist (vgl. BGE 126 I 78) und eine mathematisch exakte Gleichbehandlung jedes einzelnen Steuerpflichtigen aus praktischen Gründen nie völlig erreichbar ist. Eine gewisse Schematisierung und Pauschalisierung des Abgaberechts ist im Interesse der Praktikabilität unausweichlich und deshalb auch zulässig. Das führt zwangsläufig dazu, dass bei jeder Regelung gewisse Einzelfälle aufgrund individueller Besonderheiten mehr oder weniger belastet werden, als es einer strikten Gleichbehandlung entspräche. Eine generelle Regelung, die eine Vielzahl von Situationen erfassen muss, kann deshalb nicht allein schon des-

wegen verfassungswidrig sein, weil sie dazu führt, dass in bestimmten Einzelfällen jemand anders belastet wird als andere Steuerpflichtige in vergleichbaren Verhältnissen, wäre doch sonst praktisch überhaupt kein verfassungskonformes Steuergesetz denkbar. Eine Verfassungswidrigkeit kann nur darin liegen, dass die Anwendung eines Erlasses zwangsläufig in einer erheblichen Zahl von Fällen zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung bestimmter Steuerpflichtiger führt, oder systematisch bestimmte Gruppen in verfassungswidriger Weise benachteiligt, oder in bestimmt gelagerten Fällen zu krass falschen Ergebnissen führt (vgl. zum Ganzen BGE 128 I 243; 126 I 78; 125 I 68; 124 I 197; 123 II 16; je mit Hinweisen).

Auszulegen ist das Gesetz nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in erster Linie nach seinem Wortlaut (grammatikalische Auslegung). Wenn der Text nicht ganz klar ist und wenn mehrere Interpretationen möglich sind, muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, d.h. ihres Zusammenhangs mit anderen Gesetzesbestimmungen, ihres Kontextes (systematische Auslegung), des verfolgten Zweckes, des Sinns der Vorschrift, der ihr zu Grunde liegenden Wertungen, vor allem des geschützten Interesses (teleologische Auslegung) sowie des Willens des Gesetzgebers, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historische Auslegung; BGE 128 II 62 und 70 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz 90 ff.). Willkür in der Rechtsanwendung liegt nach der Rechtsprechung nicht schon vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder sogar vorzuziehen wäre. Abzuweichen ist von einem Entscheid nur dann, wenn dieser offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtssatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Vorausgesetzt ist sodann, dass nicht bloss die Begründung des Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (vgl. BGE 128 II 280 f. E. 5, mit Hinweisen).

d) Was die angeführte gesetzliche Regelung der Verkehrssteuern im Kanton Zug betrifft, so ist zunächst festzustellen, dass sie – soweit nicht auf den Hubraum als Bemessungsgrundlage abzustellen ist – auf das Gesamtgewicht gemäss Fahrzeugausweis abstellt, und einzig für «Sattelmotorfahrzeuge» ausdrücklich auf das Gewicht des Zuges verweist. Die weiteren einschlägigen Begriffe des Sattelschleppers und Sattelanhängers werden vom zugerischen Gesetz nicht erwähnt. Auch wenn übrigens das Gesetz in § 14 hinsichtlich einer reduzierten Besteuerung sämtliche «Arten von Transportanhängern» im Sinne von Art. 20 Abs. 2 lit. a bis d VTS aufzählt, unterscheidet es nicht zusätzlich im Sinne von Abs. 3 lit. a bis e nach der «Bauweise» der Anhänger und somit beispielsweise zwischen Normalanhänger und Sattelanhänger.

e) Auszugehen ist von der grammatikalischen Auslegung: Wie vom Strassenverkehrsamt in einer in den Akten ersichtlichen Stellungnahme zuhanden

der Sicherheitsdirektion zu Recht hervorgehoben wird, ist im Falle eines Sattelmotorfahrzeuges – als dauerhaft verbundener Kombination von Sattelschlepper und Sattelanhänger, die nur zu Servicearbeiten getrennt werden – im Fahrzeugausweis kein «Gewicht des Zuges» eingetragen, da er als Einheit aufgefasst wird und somit wie ein anderer Lastwagen lediglich ein «Gesamtgewicht» auszuweisen hat. Es werden auch nur zwei identische Kontrollschilder angebracht, eines vorne am Sattelschlepper, eines hinten am Sattelanhänger. So ist gemäss der Wegleitung für das Ausfüllen der Prüfungsberichte des Eidgenössischen Departements für Verkehr, Energie und Kommunikation (Anhang I/d vom 1. Januar 2001) das Gewicht des Zuges bei «Sattelschleppern» einzutragen (Ziff. 35), ohne dass die Sattelmotorfahrzeuge erwähnt würden. In § 10 spricht das Gesetz von Sattelmotorfahrzeugen und ausdrücklich vom «Gewicht des Zuges» als Bemessungsgrundlage. Wenn der letztere Begriff ausschliesslich Sattelschleppern, nicht aber Sattelmotorfahrzeugen (als dauerhaft verbundenen Kombinationen) zugeordnet werden kann, so ergibt sich vom Wortlaut der gesetzlichen Regelung bzw. vom verwendeten Begriff her, dass Sattelschlepper hinsichtlich der Belastung mit Verkehrssteuern unter den gesetzlichen Begriff der Sattelmotorfahrzeuge, als der Kombination des Sattelschleppers mit einem Sattelanhänger, zu subsumieren sind. Somit soll nicht das Gesamt- oder gar Leergewicht (ohne die sog. Sattellast, wie die Beschwerdeführerin verlangt) des Sattelschleppers, sondern ausdrücklich das Gewicht des Zuges als Bemessungsgrundlage massgebend sein. Denn dieses ergibt sich nur aus dem Fahrzeugausweis des Sattelschleppers. Wird umgekehrt ein Sattelanhänger alleine immatrikuliert, müssen für diesen keine Verkehrssteuern bezahlt werden, obwohl das Fahrzeug ein eigenes Kontrollschild benötigt und in der Kombination mit einem Sattelschlepper dieser zwei Kontrollschilder und zusätzlich der Sattelanhänger ein anderes, eigenes Kontrollschild hat. Diese im Wortlaut begründete Auslegung der kantonalen Gesetzesformulierung setzt sich aber in keiner Weise in Widerspruch zu der bundesrechtlichen Begriffsbildung von Art. 7 Abs. 6 und Art. 11 Abs. 2 lit. i VTS, sondern bedient sich dieser und widerspiegelt den sich in den Materialien klar formulierten Willen des zugerischen Gesetzgebers. Dieser wollte die Sattelanhänger erfassen, und hat dies somit auf indirekte und eigenwillige, aber im Regelfall zweifellos effiziente Weise getan.

f) Wie das Strassenverkehrsamt einräumt, wird es mit der hier umstrittenen Steuerbelastung allerdings «problematisch», wenn Fahrzeuge, d.h. Sattelzugmaschinen und Sattelanhänger, die in verschiedenen Kantonen immatrikuliert sind, miteinander kombiniert werden. Doch habe bis heute keine Person die Bemessungskriterien für Sattelschlepper und Sattelanhänger beanstandet, und zudem falle eine allfällige Änderung des Verkehrssteuergesetzes in die Kompetenz des Kantonsrates. Vorliegend ist kaum auf die Akzeptanz der Bemessungskriterien abzustellen, und ist weniger die gesetzliche Regelung, als vielmehr die Frage ihrer willkürfreien Anwendung umstritten. Zunächst ist dem Einwand der Vorinstanzen, es liege in der freien Wahl des

Fahrzeuginhabers, in welchem Kanton er seine Fahrzeuge versteuern lassen wolle, zu entgegnen, dass nach Gesetz der Standortkanton für die Besteuerung zuständig ist und im Wirtschaftsleben der Standort eines Fahrzeugparks nicht nur nach steuerlichen Gesichtspunkten gewählt werden kann. Nicht zu äussern hat sich das Gericht zu den Bemerkungen, dass die Beschwerdeführerin ihre Fahrzeuge «unzweckmässig» einsetze oder Zugfahrzeug und Sattelanhänger «ungünstig» kombiniere, oder nicht zwei verschieden besteuerte Anhänger auf ein Wechselschild einlösen sollte. Gemäss den Angaben des Strassenverkehrsamtes des Kantons Zug sind im Kanton zurzeit 123 Sattelschlepper und 159 Sattelanhänger immatrikuliert. Dies belegt zum einen, dass Gesetz und zugehörige Praxis im Kanton Zug jedenfalls kaum systematisch zu häufigen Steuertatbeständen führen, die mit ausserkantonalen Konstellationen in Konflikt geraten können, nachdem doch ein erheblicher «Überhang» an Sattelanhängern steuerfrei bleibt. Gegenteil zeigt sich, dass sich bei diesem Verhältnis von Sattelschleppern zu Sattelanhängern offensichtlich in der Regel die Frage der hier umstrittenen Besteuerung der Sattelschlepper aufgrund ihres Zuggewichts nur in ganz wenigen Fällen stellt. Diese Praxis der zugerischen Behörden führt wohl in den wenigen Fällen, in denen jemand – entgegen der statistischen Erhebung – über mehr Sattelschlepper als Sattelanhänger verfügt, zu einer erhöhten Belastung, als es bei einer strikt auf die einzelnen immatrikulierten Fahrzeuge abstellenden Besteuerung der Fall wäre. Allerdings ist im Regelfall nicht anzunehmen, dass ein Unternehmer einen überwiegend selber (!) genutzten Sattelanhänger in einem anderen Kanton als demjenigen stationiert hält (und besteuern lässt), wo er seinen Sattelschlepper stationiert und somit immatrikulieren lässt. Dies dürfte auch hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin angeführten, im doch relativ weit entfernten Wallis stationierten Sattelanhängers zutreffen. Es kann deshalb nicht von einer qualifiziert rechtsungleichen oder willkürlichen Besteuerungspraxis gesprochen werden. Die hier umstrittene Interpretation der kantonalen Gesetzesbestimmungen bewegt sich deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt im Rahmen der Verfassung und des Auslegungsspielraumes der rechtsanwendenden Behörden. Sollte in seltenen Einzelfällen wie diesem eine teilweise «überschiessende» Besteuerung anzunehmen sein, so wäre umgekehrt und offensichtlich in zahlreicheren Fällen ein Verzicht auf Besteuerung festzustellen, nämlich in den Fällen, in denen Unternehmer mehr Sattelanhänger als Sattelschlepper unterhalten und hinsichtlich der «überzähligen» Anhänger überhaupt keine Besteuerung Platz greift. Dies dürfte am ehesten bei Zügelunternehmen der Fall sein, wobei ein Sattelschlepper effektiv immer nur mit einem Sattelanhänger gleichzeitig unterwegs sein kann. Eine rechtswidrige Besteuerungspraxis und erst recht die beklagte «innerkantonale Doppelbesteuerung» liegt unter diesen Gesichtspunkten nicht vor. An dieser Beurteilung der kantonalen Bemessungspraxis ändert aber die Tatsache des bundesrechtlich vorgeschriebenen eigenen Wechselschildes an demjenigen Sattelschlepper, der nicht Teil einer dauernd zu einem Sattelmotorfahrzeug verbundenen Kombination bildet, nichts. Un-

ter den oben erwähnten Gesichtspunkten wird im vorliegenden Fall keine willkürliche, d.h. rechtswidrige Anwendung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen und der ihr zugrunde liegenden Begriffe ersichtlich. Ein Verstoß gegen das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 BV durch § 10 des kantonalen Gesetzes über die Steuern im Strassenverkehr ist nicht ersichtlich.

5. Eine gegen Art. 127 Abs. 3 BV verstossende Doppelbesteuerung liegt vor, wenn eine steuerpflichtige Person von zwei oder mehreren Kantonen für das gleiche Steuerobjekt und für die gleiche Zeit zu Steuern herangezogen wird (aktuelle Doppelbesteuerung) oder wenn ein Kanton in Verletzung der geltenden Kollisionsnormen seine Steuerhoheit überschreitet und eine Steuer erhebt, die einem andern Kanton zusteht (virtuelle Doppelbesteuerung). Ausserdem darf ein Kanton eine steuerpflichtige Person grundsätzlich nicht deshalb stärker belasten, weil sie nicht in vollem Umfang seiner Steuerhoheit untersteht, sondern zufolge ihrer territorialen Beziehungen auch noch in einem anderen Kanton steuerpflichtig ist (Schlechterstellungsverbot; vgl. BGE 107 Ia 42; 116 Ia 130; 117 Ia 518; 123 I 265).

Gemäss Art. 22 Abs. 1 SVG werden die Ausweise von den Verwaltungsbehörden erteilt und entzogen, wobei für Fahrzeuge der Standortkanton, für Führer der Wohnsitzkanton zuständig ist. Für Fahrzeuge ohne festen Standort in der Schweiz ist der Ort massgebend, an dem sie sich vorwiegend befinden (Art. 22 Abs. 3 SVG). Wird der Standort eines Fahrzeugs in einen anderen Kanton verlegt, so ist in diesem Kanton ein neuer Fahrzeugausweis einzuholen (Art. 11 Abs. 3 SVG). Zuständig zur Steuererhebung ist der Standortkanton (Art. 105 Abs. 2 SVG). Mit letzterer Bestimmung wird gerade die Doppelbesteuerung von Motorfahrzeugen verhindert (vgl. Giger, Kommentar SVG, 6. Auflage 2002, S. 296). Bei der hier umstrittenen Praxis bzw. ihren teilweise möglichen Auswirkungen wie im Falle der Beschwerdeführerin handelt es sich denn auch insofern nicht um eine Doppelbesteuerung, als tatsächlich nur auf die von einem bestimmten Halter im Kanton Zug immatrikulierten Fahrzeuge bzw. auf dessen Sattelschlepper, nämlich als hauptsächliche Bestandteile von steuerpflichtigen Sattelmotorfahrzeugen, abgestellt wird. Die territoriale Abgrenzung ist von Bundesrechts wegen klar geregelt (vgl. Art. 105 Abs. 1 und 2 SVG). Schon aus praktischen Gründen kann aber keine Rücksicht auf von der Beschwerdeführerin oder gar von einem oder mehreren Dritten in anderen Kantonen (z.B. Wallis) stationierte und immatrikulierte Anhänger genommen werden, die mit dem Sattelschlepper der Beschwerdeführerin in zeitlich unbekanntem bzw. nicht bestimmbarem Ausmass allenfalls gezogen werden. Dies wird schon aufgrund des unterschiedlichen, entfernten Standortes jedenfalls kaum zur Hauptsache, sondern eher nur ausnahmsweise (gerade im Falle des Standortes Wallis) geschehen. Zwar unterscheiden andere Kantone bei der Bemessungsgrundlage tatsächlich zwischen Sattelmotorfahrzeugen, Sattelschleppern und Sattelanhängern (vgl. z.B. Verordnung über die Strassenverkehrssteuern des Kantons Uri vom 4. Juni 1997, Art. 1 lit. g; Gesetz über die

Verkehrsabgaben und den Vollzug des eidgenössischen Strassenverkehrsrechtes des Kantons Luzern vom 15. März 1994, § 13 lit. d und g). Doch ist die unbestrittene kantonale Steuerhoheit auch unter dem Aspekt der Doppelbesteuerung nicht in Frage zu stellen, soweit nur in wenigen Einzelfällen eine sowieso nur teilweise und praktisch eher geringe «Überschneidung» der Steuerhoheit bzw. Steuerbelastung anzunehmen ist.

6. Es ist somit festzustellen, dass die kantonale gesetzliche Ordnung von den rechtsanwendenden Behörden bezüglich der Besteuerung der beiden von der Beschwerdeführerin betriebenen Sattelschleppern verfassungskonform ausgelegt worden ist und insbesondere kein Doppelbesteuerungstatbestand vorliegt. Nicht umstritten ist im Übrigen die Berechnung der Verkehrssteuern an sich, auch nicht hinsichtlich der Wechselnummern-Tatbestände. Was schliesslich den Sachentransportanhänger Hangler und den Sattel-Sachentransportanhänger Kässbohrer mit der Wechselnummer ZG X betrifft, so ist auch hier aufgrund der oben angestellten Erwägungen ohne weiteres dem Regierungsrat zu folgen, der feststellt, dass bei der Besteuerung der auf eine Wechselschildnummer eingelösten Kombination eines Sattel- und eines Sachentransportanhängers ausschliesslich letzterer zu berücksichtigen ist, da der Sattelanhänger gemäss § 10 des kantonalen Gesetzes bereits bei der Besteuerung des Sattelschleppers mitberücksichtigt worden ist. Daran ändert nichts, dass nicht nur für den Sachentransportanhänger, sondern auch für den Sattelanhänger ein eigenes Nummernschild eingelöst werden muss, solange es sich nicht um einen mit dem Sattelschlepper untrennbar verbundenen Sattelanhänger handelt. Nur bei dieser festen Kombination bedarf es wie erwähnt nur eines einzigen Kontrollschilderpaares. Tatsächlich zeigt sich gerade anhand dieses Sachverhaltes, dass die Sattel-Sachentransportanhänger im Kanton Zug keine eigene Besteuerung erfahren.

7. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und muss abgewiesen werden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Kosten (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG).

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2004 A 2003 / 18

(Eine gegen dieses Urteil eingereichte Staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 30. September 2005 ab).

5. Sozialversicherung

Art. 43 Abs. 2 und 3 ATSG. – Mitwirkungspflicht der versicherten Person an ärztlichen und fachlichen Untersuchungen sowie Mahnverfahren.

Aus den Erwägungen:

...

8.

8.1 Nach Art. 43 Abs. 1 ATSG nimmt der Sozialversicherungsträger die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein. Artikel 43 ATSG statuiert somit den im Sozialversicherungsrecht geltenden Untersuchungsgrundsatz. Was notwendig ist, bestimmt sich im Einzelfall. Artikel 69 Abs. 2 IVV hält ergänzend fest, die IV-Stelle beschaffe sich die erforderlichen Unterlagen, insbesondere über den Gesundheitszustand, die Tätigkeit, die Arbeits- und Eingliederungsfähigkeit der versicherten Person sowie über die Zweckmässigkeit bestimmter Eingliederungsmassnahmen. Zu diesem Zwecke könnten Berichte und Auskünfte verlangt, Gutachten eingeholt, Abklärungen an Ort und Stelle vorgenommen sowie Spezialisten der öffentlichen oder privaten Invalidenhilfe beigezogen werden. Massgabe für den in Art. 43 ATSG statuierten Abklärungsbedarf ist und bleibt aber die dort angesprochene Notwendigkeit. Der erwähnte Untersuchungsgrundsatz wird durch die Mitwirkungspflicht des Betroffenen ergänzt (BGE 114 V 234 Erw. 5a; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Art. 43, Rz 9), welcher gehalten ist, die für die Beurteilung des streitigen Rechtsverhältnisses notwendigen Auskünfte zu erteilen und zur Beschaffung der erforderlichen Unterlagen Hand zu bieten (BGE 116 V 23, 117 V 261, 119 V 208, je mit Hinweisen).

8.2

8.2.1 Die Beschwerdeführerin hat sich aufgrund der in Art. 43 Abs. 2 ATSG statuierten Mitwirkungspflicht ärztlichen oder fachlichen Untersuchungen zu unterziehen, soweit sie für die Beurteilung notwendig und zumutbar sind.

8.2.2 Bereits im Verwaltungsverfahren wurde von ärztlicher Seite vorgeschlagen, eine Abklärung und Beurteilung im ZBA in Luzern durchzuführen. Die Beschwerdeführerin war allerdings dazu nur bereit, wenn sie im ZBA Arbeiten für ihr Geschäft hätte erledigen können. Sie sei nämlich auf Unterlagen angewiesen, die sie zu Hause griffbereit habe und die sie unmöglich alle nach Luzern mitnehmen könne. Zudem könne sie ihren Arbeitsplatz nicht für die Dauer einer Abklärung verlassen, da sie im Geschäft gebraucht werde, wo sie grundsätzlich ihre bisherigen Tätigkeiten verrichte. Offenbar ist die Abklärung aus diesen Gründen nicht zu Stande gekommen.

Die Beschwerdeführerin macht einerseits eine Teilarbeitsunfähigkeit geltend, findet andererseits aber offenbar aufgrund ihrer Arbeit kaum Zeit, die medizinischen Abklärungen durchführen zu lassen. Wie in Erwägung 7.4 ausgeführt, ist es in concreto nötig, dass sich die Beschwerdeführerin weiteren ärztlichen oder fachlichen Untersuchungen unterzieht, da ihre Arbeitsfähigkeit aus den vorliegenden medizinischen Akten nicht genau bestimmbar ist. Zudem sind in casu keine Gründe ersichtlich, aufgrund derer die Zumutbarkeit der genannten Abklärungen verneint werden müsste. Trotz ihrer Arbeit ist es der Beschwerdeführerin zuzumuten, sich die für die Abklärungen nötige Zeit zu nehmen. Sie hat zur Durchführung der erwähnten Abklärungen Hand zu bieten. Ein dauerndes Hinauszögern der Abklärungen oder das Aufstellen von kaum zu erfüllenden Bedingungen, das die medizinischen Abklärungen faktisch verunmöglichen würden, wäre allenfalls als Verweigerung ihrer Mitwirkung bzw. als Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht zu werten.

8.2.3 Die Vorinstanz hätte aufgrund von Art. 43 Abs. 1 ATSG die erforderlichen Auskünfte einholen müssen. Zudem hätte sie, als sich die Beschwerdeführerin durch ihr Verhalten faktisch einer Untersuchung verweigerte, das Mahnverfahren gemäss Art. 43 Abs. 3 ATSG durchführen müssen, was sie aber nicht getan hat.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2005

S 2004 / 83

Art. 61 lit. g ATSG – Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteientschädigung zu.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 1. September 2000 wurde dem Versicherten B. basierend auf einem IV-Grad von 75 % mit Wirkung ab 1. Juni 1997 eine ganze IV-Rente zugesprochen. Im Jahre 2004 wurde eine Revision durchgeführt, wobei sich zeigte, dass keine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit eingetreten war. Mit Mitteilung vom 20. August 2004 teilte die IV-Stelle dem Versicherten deshalb mit, sein Rentenanspruch bleibe unverändert bestehen. Auf Verlangen der Personalfürsorgestiftung der O.N. GmbH (im Folgenden: Personalfürsorgestiftung) wurde am 30. November 2004 eine anfechtbare Verfügung erlassen. Mit Einsprache vom 17. Dezember 2004 beantragte die Personalfürsorgestiftung, es sei unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Rentenanspruch des Versicherten aufzuheben. Mit Entscheid vom

29. März 2005 wies die IV-Stelle die Einsprache ab. Gegen diesen Einspracheentscheid erhob die Personalfürsorgestiftung am 28. April 2005 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug. Die IV-Stelle und der Versicherte B als weiterer Verfahrensbeteiligter beantragten die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

...

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei keiner anspruchsbegründenden Tatsache eine Veränderung eingetreten ist. Die Beschwerdegegnerin hat ihre Beurteilung zu Recht auf den Bericht des behandelnden Psychiaters abgestützt. Fehlt es an den Voraussetzungen für eine Änderung, hat der Versicherte weiterhin – wie dies auch die Vorinstanz festgehalten hat – Anspruch auf eine ganze Invalidenrente. Demzufolge erweist sich die Verfügung der Vorinstanz als korrekt und die Beschwerde ist abzuweisen.

...

10. Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat im Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht die obsiegende Beschwerde führende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin vollumfänglich, weshalb sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat.

Der Anspruch auf Parteientschädigung wird grundsätzlich auf die beschwerdeführende Person eingeschränkt. Damit wird klar festgestellt, dass dem Beschwerdegegner – d.h. dem Versicherungsträger – keinesfalls ein Parteientschädigungsanspruch zusteht. Ausnahmen sind dann denkbar, wenn auch von der Kostenlosigkeit des Verfahrens abgewichen werden kann, z.B. wegen Mutwilligkeit. Vorliegend ist jedoch der Anspruch auf eine Parteientschädigung des verfahrensbeteiligten Versicherten zu prüfen. Wenn eine Beiladung erfolgt, kann die beigeladene Person nach der Rechtsprechung bei Obsiegen einen Anspruch auf eine Parteientschädigung erheben. Diese ist vom unterliegenden Versicherungsträger zu übernehmen (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 61 Rz 97 mit Hinweis auf Christian Zünd, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1999, S. 98). Wie es sich nun verhält, wenn auch der Versicherungsträger obsiegt, darüber gehen die Meinungen auseinander. Ueli Kieser vertritt die Meinung, dass in diesem Fall die Parteientschädigung aus der Gerichtskasse zu leisten ist (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 61 Rz 97). Anderer Meinung war das EVG im Entscheid vom 7. August 2001 I 245/01 (SVR 2002 IV Nr. 5). In diesem Fall war es die versicherte Person, welche die Beschwerde erhob, und dessen von ihm getrennt lebende Ehefrau wurde als Mitinteressierte zur Stellungnahme eingeladen. Dieser Entscheid erging zwar vor dem Inkrafttreten des ATSG, doch sah aArt. 85 Abs.

2 lit. f AHVG (der sinngemässe Anwendung fand) inhaltlich dasselbe vor wie Art. 61 lit. g ATSG. Das EVG begründete die Auflage einer Parteientschädigung zu Gunsten der verfahrensbeteiligten Ehefrau damit, dass diese als Drittauszahlungsberechtigte direkt zur Beschwerde berechtigt gewesen wäre und ihr damit Parteistellung zugekommen wäre. Für den vorliegenden Fall gilt das Gleiche. Es besteht keine Veranlassung von dieser Meinung abzuweichen. Der Versicherte wäre zur Beschwerdeerhebung direkt berechtigt gewesen, wenn die Verfügung der Beschwerdegegnerin zu seinen Ungunsten gelautet hätte. Damit wäre ihm Parteistellung zugekommen. Unter diesen Umständen muss ihm auch die Möglichkeit zugestanden werden, seine von der Vorinstanz zugesprochene ganze IV-Rente im Bestreitungsfall als Verfahrensbeteiligter zu verteidigen, ohne für die damit verbundenen notwendigen Vertretungskosten selbst im Falle eines zu seinen Gunsten ausfallenden Verfahrensausgangs persönlich tragen zu müssen. Der Versicherte hat deshalb einen Anspruch auf eine Parteientschädigung, die von der Beschwerdeführerin, ihrerseits ein Versicherungsträger, zu bezahlen ist.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. August 2005

S 2005 / 79

Art. 8 ATSG, aArt. 4 Abs. 1 IVG und aArt. 18 UVG. – Begriff der Invalidität. Grundsätzliche Übereinstimmung des Invaliditätsbegriffes in der Invalidenversicherung mit demjenigen in der obligatorischen Unfallversicherung. Voraussetzungen der Bindungswirkung von rechtskräftigen Entscheiden von anderen Versicherungen.

Aus den Erwägungen:

...

4.2 Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) hat bereits in Bezug auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des ATSG festgehalten, der Invaliditätsbegriff in der Invalidenversicherung stimme mit demjenigen in der obligatorischen Unfallversicherung grundsätzlich überein, weshalb die Schätzung der Invalidität, auch wenn sie für jeden Versicherungszweig selbständig vorzunehmen sei, mit Bezug auf den gleichen Gesundheitsschaden im Regelfall zum gleichen Ergebnis zu führen habe (BGE 126 V 291 f.). Diese Praxis entbindet die verschiedenen Sozialversicherungsträger nicht davon, die Invaliditätsbemessung in jedem einzelnen Fall selbständig durchzuführen. Sie haben jedoch bereits getroffene Entscheide anderer Versicherer als Indiz für eine zuverlässige Beurteilung zu werten und entsprechend in den Entscheidungsprozess miteinzubeziehen. Ein Sozialversicherungsträger hat zudem

den rechtskräftigen Entscheid einer anderen Versicherung gegen sich gelten zu lassen, wenn er ihm ordnungsgemäss eröffnet worden ist und er dennoch nicht von der Möglichkeit Gebrauch machte, ihn anzufechten. Eine abweichende Festlegung der Invalidität kann in solchen Fällen nur noch ganz ausnahmsweise in Frage kommen, wobei gegebenenfalls an deren Begründung strenge Anforderungen zu stellen sind. Anlass für ein Abweichen könnten äusserst knappe und ungenaue Abklärungen sowie kaum überzeugende oder nicht sachgerechte Schlussfolgerungen bieten. Die Invaliditätsschätzung eines anderen Sozialversicherungsträgers ist auch dann nicht massgeblich, wenn ihr ein Rechtsfehler oder eine nicht vertretbare Ermessensausübung zu Grunde liegt oder wenn sie auf einem Vergleich beruht. Schliesslich kommt der von der Invalidenversicherung vorgenommenen Invaliditätsbemessung für andere Sozialversicherungsträger in jenen Fällen nur beschränkte Bedeutung zu, in denen eine präzise Bestimmung des Invaliditätsgrades aufgrund der gröberen Rentenabstufung (nur halbe, ganze und Viertels-Renten) für die Leistungsfestsetzung nicht nötig war (BGE 126 V 292 ff. Erw. 2b u. 2d).

5. Vorliegend ist unter Berücksichtigung der beschriebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu prüfen, ob triftige Gründe vorliegen, die ein Abweichen von der Bemessung des Invaliditätsgrades, wie es das Verwaltungsgericht Zug in seinem Entscheid vom 27. Juni 2003 vorgenommen hat, rechtfertigen würden.

5.1 Anlass für ein Abweichen könnten äusserst knappe und ungenaue Abklärungen sowie kaum überzeugende oder nicht sachgerechte Schlussfolgerungen sein.

...

5.1.5 Die erwähnten Kriterien für ein Abweichen von der Invaliditätsbemessung des Verwaltungsgerichts Zug – äusserst knappe und ungenaue Abklärungen sowie kaum überzeugende oder nicht sachgerechte Schlussfolgerungen – liegen in casu nicht vor. Die Beschwerdegegnerin veranlasste die erwähnten umfassenden und aufgrund der Berücksichtigung von 17 Vergleichslöhnen breit abgestützten Abklärungen, deren Ergebnis präzise, aussagekräftig und überzeugend begründet ist.

5.2 Die Invaliditätsschätzung eines anderen Sozialversicherungsträgers ist dann nicht massgeblich, wenn ihr ein Rechtsfehler oder eine nicht vertretbare Ermessensausübung zu Grunde liegt oder wenn sie auf einem Vergleich beruht. Die Berechnung des Invaliditätsgrades erfolgte im Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 27. Juni 2003 korrekt (vgl. Erwägungen 5 und 7). Dem Urteil liegt weder ein Rechtsfehler noch eine nicht vertretbare Ermessensausübung zu Grunde. Zudem beruht der Invaliditätsgrad von 63,43 % nicht auf einem Vergleich, sondern auf dem erwähnten Urteil.

5.3 Schliesslich kommt der von der Invalidenversicherung vorgenommenen Invaliditätsbemessung für andere Sozialversicherungsträger in jenen Fällen nur beschränkte Bedeutung zu, in denen eine präzise Bestimmung des Invaliditätsgrades aufgrund der gröberen Rentenabstufung (nur halbe, ganze und Viertels-Renten) für die Leistungsfestsetzung nicht nötig war (BGE 126 V 292 ff. Erw. 2b u. 2d). Obwohl dies zwar in concreto nicht nötig war, greift auch dieses Kriterium nicht, da im Urteil des Verwaltungsgerichtes Zug vom 27. Juni 2003 der Invaliditätsgrad auf zwei Stellen hinter dem Komma (63,43%) und damit präzise errechnet worden ist.

5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend kein einziges von der in Erwägung 4.2 beschriebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung geforderten Kriterien erfüllt ist, das eine Abweichung von der im Urteil des Verwaltungsgerichtes Zug vom 27. Juni 2003 enthaltenen rechtskräftigen Invaliditätsbemessung von 63,43% rechtfertigen würde.

6. Unter Berücksichtigung der in Erwägung 4.2 beschriebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist schliesslich weiter zu prüfen, ob die Eröffnung resp. Nichteröffnung des Urteils des Verwaltungsgerichtes Zug vom 27. Juni 2003 hinsichtlich Bindung Auswirkungen hat.

Ein Sozialversicherungsträger hat den rechtskräftigen Entscheid einer anderen Versicherung gegen sich gelten zu lassen, wenn er ihm ordnungsgemäss eröffnet worden ist und er dennoch nicht von der Möglichkeit Gebrauch machte, ihn anzufechten. Eine abweichende Festlegung der Invalidität kann in solchen Fällen nur noch ganz ausnahmsweise in Frage kommen, wobei gegebenenfalls an deren Begründung strenge Anforderungen zu stellen sind. Die Beschwerdegegnerin war im Verfahren S 02 97 nicht Partei. Aus dem Dispositiv jenes Urteils geht hervor, dass es ihr nicht eröffnet wurde, weshalb sie – in isolierter Betrachtung dieses einen, sehr formalen Kriteriums – nicht daran gebunden wäre. Da die Beschwerdegegnerin die massgebenden Zahlen aber kannte – sie lieferte sie – darf diesem Kriterium kein besonderes Gewicht zugemessen werden. Zusammenfassend bleibt somit festzuhalten, dass vorliegend zwar ein von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefordertes Kriterium erfüllt ist, um die Bindungswirkung rechtskräftiger Invaliditätsbemessungen anderer Versicherungsträger zu relativieren. Angesichts der in Erwägung 5 enthaltenen Ausführungen besteht vorliegend trotzdem kein Anlass, von der im Urteil des Verwaltungsgerichtes Zug vom 27. Juni 2003 enthaltene Invaliditätsbemessung von 63,43% abzuweichen.

...

Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 25. August 2005

S 2004 / 165

Art. 1 Abs. 1 lit. b, Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 AHVG in der bis 31. Dezember 2002 gültigen Fassung – Beitragspflicht eines international tätigen Flugunternehmens mit Sitz in der Schweiz für von ihm beschäftigtes Flugpersonal. Vorliegend sind die von den betroffenen Piloten und Flight Attendants für das Flugunternehmen ausgeübten Tätigkeiten jeweils als unselbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Bestimmung der Beitragspflicht von Personen, von deren Erwerbstätigkeit mehrere Staaten betroffen sind, unter dem Geltungsbereich des per 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, FZA) sowie unter dem Geltungsbereich der bis zum Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens massgebenden bilateralen Sozialversicherungsabkommen.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 14. August 2003 führte die Revisionsstelle der Ausgleichskassen bei der G. AG mit Sitz in Zug, Betreiberin eines Flugunternehmens insbesondere zur Durchführung von Geschäftsflügen, eine Arbeitgeberkontrolle durch. Die Ausgleichskasse des Kantons Zug verpflichtete daraufhin mit Nachzahlungsverfügungen vom 15. September 2003 die G. AG zur Bezahlung von zu wenig abgerechneten Beiträgen betreffend die Jahre 1998 bis 2002 im Gesamtbetrag von Fr. 236'289.30 zuzüglich Fr. 6'640.20 Verzugszinsen für die Jahre 1998 und 1999. Dagegen erhob die G. AG am 19. September 2003 Einsprache mit dem Antrag, die Verfügungen seien gemäss einer beigelegten Liste, in welcher nicht bescheinigte Löhne verschiedener Arbeitnehmer zum Teil anerkannt wurden, abzuändern. Namentlich betreffend im Ausland wohnhafter Arbeitnehmer machte die G. AG hingegen geltend, dass diese nicht der AHV/IV angeschlossen seien. Es handle sich dabei um freie Mitarbeiter, welche sich zudem bei der Verrichtung ihrer Erwerbstätigkeit zum grössten Teil nicht in der Schweiz aufgehalten hätten. Die Ausgleichskasse wies die Einsprache mit Entscheid vom 22. Januar 2004 grösstenteils ab und verwies im Wesentlichen auf die Sozialversicherungsabkommen mit Deutschland, Finnland, Grossbritannien und Österreich, wonach in internationalen Verhältnissen grundsätzlich das Arbeits- bzw. Erwerbortsprinzip gelte. Vorliegend sei als Erwerbort die Schweiz anzunehmen, da sich der Mittelpunkt des wirtschaftlichen Sachverhaltes, welcher der Tätigkeit erwerblichen Charakter verleihe, im Inland befinde. Am 23. Februar 2004 liessen die G. AG (Beschwerdeführerin 1) sowie die von ihr beschäftigten M.F., Buonas (Beschwerdeführerin 2), S. und K.U., D - Meerbusch (Beschwerdeführer 3 und 4), und M.S., Zug (Beschwerdeführer 5), alle vertreten durch Fürsprecher S., beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde einreichen und die ersatzlose Aufhebung der Nachzahlungsverfügungen 15. September 2003 sowie des Einspracheentscheids vom 22. Januar 2004 beantragen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b AHVG sind natürliche Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben, obligatorisch versichert. Zur Beitragspflicht legt das AHVG unter anderem fest, dass vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit ein Beitrag von 4,2 % erhoben wird (Art. 5 Abs. 1 AHVG). Beitragspflichtig sind zudem die Arbeitgeber, die in der Schweiz eine Betriebsstätte haben (Art. 12 AHVG). Der Arbeitgeberbeitrag beträgt dabei ebenfalls 4,2 % der an die beitragspflichtigen Personen bezahlten massgebenden Löhne (Art. 13 AHVG). Gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG sind die Beiträge vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bei jeder Lohnzahlung in Abzug zu bringen und vom Arbeitgeber zusammen mit dem Arbeitgeberbeitrag periodisch zu entrichten.

5. Mit den Nachzahlungsverfügungen vom 15. November 2003 bzw. mit dem angefochtenen Einspracheentscheid vom 22. Januar 2004 wurde die Beschwerdeführerin 1 – ausgehend von der Annahme, sie sei Arbeitgeberin der Beschwerdeführer 2 - 5 sowie von M.C. – zur Bezahlung entsprechender paritätischer Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet. Die Beschwerdeführer machen in Bezug auf die genannten Personen unter anderem geltend, sie seien jeweils als Selbständigerwerbende, nämlich als freiberufliche Consultants, Flight Attendants oder Piloten nach deutschem bzw. französischem Recht, für die Beschwerdeführerin 1 tätig gewesen. Die Frage, ob es sich bei den Beschwerdeführern 2 - 5 sowie bei M.C. um Selbständig- oder Unselbständigerwerbende handelt, ist insofern von Bedeutung, als im Falle einer selbständigen Erwerbstätigkeit eine Beitragspflicht der Beschwerdeführerin 1 in jedem Fall entfallen würde und die angefochtenen Verfügungen insoweit ersatzlos aufzuheben wären. Die Art der jeweiligen Erwerbstätigkeiten der Beschwerdeführer 2 - 5 sowie von M.C. ist daher vorab zu prüfen.

5.1 Nach Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit; als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit gilt nach Art. 9 Abs. 1 AHVG jedes Einkommen, das nicht Entgelt für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt. Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht auf Grund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein. Als unselbständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Aus diesen Grundsätzen allein lassen sich indessen

noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung eines Erwerbstätigen jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zutage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 123 V 123 Erw. 1, 122 V 171 Erw. 3a, 283 Erw. 2a, 119 V 161 f. Erw. 2 mit Hinweisen).

5.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, es sei in Frankreich, Grossbritannien und Deutschland Usanz, dass Piloten freiberuflich für Fluggesellschaften tätig sein könnten, ähnlich wie dies in der Schweiz für Anwälte und Ärzte möglich sei, ohne dabei in ein Anstellungsverhältnis zu verfallen. Die Beschwerdeführer 2 - 5 sowie M.C. würden daher in keinem arbeitsrechtlichen Verhältnis zur Beschwerdeführerin 1 stehen. Sie seien vielmehr im Ausland als Selbständigerwerbende angemeldet, hätten sich entsprechend im Ausland gegen die Risiken Alter, Tod und Invalidität versichert und würden auch im Ausland Steuern bezahlen.

Zur Untermauerung ihres Standpunktes reichten die Beschwerdeführer im laufenden Verfahren unter anderem eine Rechtslagebeurteilung nach Deutschem Recht von Dr. F.G., München, vom 17. März 2004 betreffend K. und S.U. sowie M.S. zu den Akten, worin davon ausgegangen wird, dass vorliegend die Elemente der Selbständigkeit bei den in Rede stehenden Partnern der Beschwerdeführerin 1 überwiegen würden. Die Ausführung der vertraglichen Tätigkeiten habe insbesondere im Bereich der Erbringung der Flugleistungen ein hohes Mass an unternehmerischer Initiative und unternehmerischen Entscheidungen erfordert. Beim Flugzeugführer komme zudem die luftfahrtrechtliche Eigenverantwortung hinzu. Die vertraglichen Leistungen seien an wechselnden Orten in der ganzen Welt ohne jegliche stationäre Hilfe durch den Auftraggeber zu erbringen. Zumindest die Leitung der Crew arbeite bei den Auftragsausführungen sowohl luftfahrtrechtlich als auch ökonomisch selbständig. Dies treffe sowohl auf das Cockpit als auch auf die Kabine zu. Insoweit würden die Aufgaben wesentlich von denen des fliegenden Personals grosser Fluglinien abweichen. Anders als bei grossen Fluglinien nehme die Crew gegenüber den Fluggästen eine exponierte Partner-Stellung ein. In der Aussenwirkung gegenüber ihren Auftraggebern führe die Crew die gesamte Transportleistung aus. Die Beschwerdeführerin 1 habe lediglich den Auftrag angenommen und stelle das Fluggerät. Die Auftragnehmer würden keine ständigen Funktionen in der betrieblichen Kernorganisation der Beschwerdeführerin 1 wahrnehmen. Sie würden die einzelnen ihnen übertragenen Aufträge eigeninitiativ, unter selbständiger Beachtung der Vielzahl gesetzlicher Regelungen weltweit, durchführen. Die Auftragnehmer hätten keinen Anspruch auf Auftragszuteilungen. Die von der Beschwerdeführerin 1 bei der Vergütungsfindung auf Grund ihrer Auftragsplanung zugrunde gelegte Mischkalkulation führe zu keiner anderen

Beurteilung. Durch den fehlenden Kündigungsschutz seien die Auftragnehmer mittelbar von der Auftragslage des Unternehmens abhängig und würden damit insoweit ebenfalls unternehmerisches Risiko tragen. Die Auftragnehmer der Beschwerdeführerin 1 seien nicht ausschliesslich an das Unternehmen gebunden. Es stehe ihnen frei weitere Aufträge anzunehmen. Selbstverständlich sei dabei, was vertraglich geregelt worden sei, die Wahrung der Interessen der Beschwerdeführerin 1 als Auftraggeberin, wie bei Auftragsverhältnissen allgemein üblich, gegeben. Ebenso sei die Übernahme von Consultant-Aufgaben auf dem hier gegebenen sehr hohen Niveau als Gegenstand selbständiger Tätigkeit zu erkennen. Solche Aufgaben würden einen hohen Grad an Selbständigkeit und Eigenverantwortung erfordern. Auch bei grossen Airlines seien solche Aufgaben einer Ausgliederung zugänglich und dies werde auch praktiziert. Hier verbiete der Gleichheitsgrundsatz eine Qualifizierung als zwangsläufig integrierten ständigen Organisationsbestandteil der Beschwerdeführerin 1. Die Auftragnehmer würden sodann keinen Auftragsschutz geniessen. Die Beschwerdeführerin 1 als Auftraggeber könne jederzeit bestimmte Aufträge durch beliebige andere Auftragnehmer ausführen lassen. Den Auftragnehmern stünden keine wesentlichen Sozialleistungen zu. Sie würden keinen Kündigungsschutz geniessen. Die zum Schutz der Beschwerdeführerin 1 vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen stünden dem nicht entgegen. Beide Parteien würden schliesslich einvernehmlich von der Selbständigkeit der Auftragnehmer ausgehen und seien auch, insbesondere hinsichtlich der Versteuerung der Vergütungen und der Verschaffung des Versicherungsschutzes, entsprechend verfahren. Auf Grund dieser Ausführungen kommt das Gutachten insgesamt zum Schluss, dass nach deutschem Privat-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht die gegenständlichen Vertragsverhältnisse als freiberuflich bzw. selbständig zu beurteilen seien.

5.3 Ob diese Ausführungen zur rechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes nach Deutschem Recht zutreffen und ob die vorliegenden Verhältnisse auch von einem Deutschen Gericht ebenso beurteilt würden, kann vorliegend offen bleiben. Vorab ist nämlich darauf hinzuweisen, dass für die Bestimmung der Beitragspflicht in der Schweiz nicht auf die Beurteilung eines Sachverhaltes nach ausländischem Recht abzustellen ist. Ob eine Erwerbstätigkeit als in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit nach Art. 5 AHVG oder als selbständige Erwerbstätigkeit gemäss Art. 9 AHVG gilt, beurteilt sich ausschliesslich nach schweizerischem Recht. Dabei ist auch klarzustellen, dass der sozialversicherungsrechtliche Begriff des massgebenden Lohnes sich ausschliesslich nach AHV-Recht bestimmt. Er ist ein diesem Rechtsgebiet eigener Begriff. Insbesondere ist der Begriff des massgebenden Lohnes weiter als derjenige des Lohnes im Sinne des Arbeitsvertragsrechts. Er umfasst zwar diesen Begriff. Der Lohn des Arbeitsvertragsrechts ist immer auch massgebender Lohn. Doch können auch Entgelte aus einem Auftrag, einem Agenturvertrag, einem Werkvertrag oder einem anderen Vertrag zum mass-

gebenden Lohn gehören. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein (WML Rz 1022 f.; vgl. ZAK 1953, S. 332). Schliesslich ist auch auf die Rechtsprechung zu verweisen, wonach im Bereich des Steuerrechts der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit nicht die gleiche Bedeutung zukommt wie bei der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht. Die Organe der Sozialversicherung sind daher grundsätzlich nicht an die steuerrechtliche Einschätzung eines Sachverhaltes gebunden (Urteil des EVG vom 29. Januar 2003, H 118/02). Massgebend ist also vor allem die in Erwägung 5.1 hiervor zitierte Rechtsprechung, wonach nicht entscheidend ist, ob es sich bei den fraglichen Rechtsverhältnissen tatsächlich um Arbeitsverträge oder lediglich um Auftragsverhältnisse handelt bzw. wie die Vertragsparteien solche Rechtsverhältnisse selbst bezeichnen. Vielmehr sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten ausschlaggebend und es ist insbesondere zu prüfen, ob die Beschwerdeführer 2 - 5 sowie M.C. in einem wirtschaftlichen oder arbeitsorganisatorischen Abhängigkeitsverhältnis zur Beschwerdeführerin 1 standen und ob sie ein spezifisches Unternehmerrisiko zu tragen hatten.

5.4 Anhand der vorhandenen Unterlagen lässt sich festhalten, dass die Beschwerdeführer 4 und 5 sowie M.C. für die Beschwerdeführerin 1 als Piloten tätig waren. Die Beschwerdeführerin 2 war als Flight Attendant tätig. Bezüglich der Beschwerdeführerin 3 bestehen verschiedene Angaben. In den Rechtsschriften wird sie zumeist als Consultant bezeichnet, während sie in der am 8. Oktober 2003 der Beschwerdegegnerin eingereichten Adressliste als Flight Attendant aufgeführt wird.

5.4.1 Unabhängig von ihren jeweiligen Aufgaben ist aber festzuhalten, dass sämtliche Mitarbeiter in Ausübung ihrer Tätigkeit klarerweise in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Beschwerdeführerin 1 standen. So geht beispielsweise aus den am 10. März 2005 nun eingereichten Verträgen zwischen der Beschwerdeführerin 1 und den Beschwerdeführern 4 und 5 sowie M.C. hervor, dass jeweils ein festes Monatsgehalt festgelegt war und eine Probezeit von drei Monaten und danach entsprechende Kündigungsfristen (nach dem ersten Jahr drei Monate) vereinbart waren. Die Piloten hatten sich sodann jederzeit für Privat- und Geschäftsflüge der Beschwerdeführerin 1 bereit zu halten und waren verpflichtet, jederzeit auch für andere Gesellschaften im Auftrag der Beschwerdeführerin 1 zu fliegen. Die Mitarbeiter durften zwar auch für andere Gesellschaften fliegen, hatten solche Engagements aber der Beschwerdeführerin 1 zu melden, wobei Ruhezeiten nicht für diese Tätigkeiten verwendet werden durften. In den Verträgen war ausdrücklich die vertrauliche Behandlung von betrieblichen Informationen vorgeschrieben. Aus den weiteren Unterlagen und den gesamten Umständen geht des Weiteren hervor, dass die Aufträge von der Beschwerdeführerin 1 entgegengenommen wurden. Sie erstellte auch die entsprechenden Flug- und Einsatzpläne. Gegenüber der Kundschaft trat die Beschwerdeführerin 1

als Luftfahrtunternehmen auf. Sie trug die volle Verantwortung gegenüber den Kunden und entlöhnte ihre Angestellten, namentlich auch das Flugpersonal. Die Ansicht, die Beschwerdeführerin 1 habe nur das Fluggerät gestellt, ansonsten sei aber das Flugpersonal luftfahrtrechtlich sowie ökonomisch selbständig gewesen, ist vor diesem Hintergrund in keiner Weise nachvollziehbar. Insbesondere ist nicht einzusehen, inwiefern ihre Aufgaben wesentlich vom fliegenden Personal grosser Flugunternehmen abweichen sollten. Dass die Mitarbeiter auch für andere Flugunternehmen tätig sein durften – wobei anzumerken ist, dass trotz ausdrücklicher Aufforderung entsprechende Zusammenarbeitsverträge der Beschwerdeführer 2 - 5 oder M.C. mit anderen (Flug-)Unternehmen dem Gericht nicht eingereicht wurden –, hat auf diese Beurteilung keinen Einfluss. Das gleichzeitige Tätigwerden für mehrere Arbeitgeber ist nämlich ohne weiteres möglich. Dabei ist für jede dieser Tätigkeiten eine eigene Qualifikation als selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorzunehmen.

5.4.2 Die Beschwerdeführer 2 - 5 trugen auch kein spezifisches Unternehmerrisiko. Sie hatten namentlich keine namhaften Investitionen zu tätigen. Wie die Beschwerdeführer selbst ausführen, stellte die Beschwerdeführerin 1 die Flugzeuge, welche den grössten Investitionsposten darstellen dürfte. Die gesamte Organisation und Verwaltung des Flugbetriebes erfolgte durch die Beschwerdeführerin 1. Was sodann Aufwendungen wie Spesen, Infrastrukturkosten, Kleider, Kleiderreinigung etc. betrifft, welche von den Beschwerdeführern erwähnt werden, so ist darauf hinzuweisen, dass diese jeweils von der Beschwerdeführerin 1 vergütet wurden. Die Beschwerdeführer 2 - 5 sowie M.C. stellten somit aber lediglich ihre Arbeitskraft zur Verfügung, was jedenfalls kein spezifisches Unternehmerrisiko darstellt. Gemäss Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts stellt auch die Entwicklung der Auftragslage und das damit zusammenhängende finanzielle Risiko kein erhebliches Geschäftsrisiko dar. Die Abhängigkeit der eigenen Existenz vom persönlichen Arbeitserfolg ist praxisgemäss nur dann als Risiko eines Selbständigerwerbenden zu werten, wenn beträchtliche Investitionen zu tätigen oder Angestelltenlöhne zu bezahlen sind. Mit einem Arbeits- und Lohnausfall müssen nämlich alle jene Personen rechnen, die ihre berufliche Tätigkeit von Fall zu Fall ausüben und nicht in einem fest entlohnten Arbeitsverhältnis stehen (ZAK 1964 S. 541; BGE 119 V 195). Selbst der in der Rechtslagebeurteilung erwähnte fehlende Kündigungsschutz der Auftragnehmer würde also kein spezifisches Unternehmerrisiko darstellen. Anhand der vorliegenden Verträge zwischen der Beschwerdeführerin 1 und den für sie fliegenden Piloten erscheint die Behauptung eines fehlenden Kündigungsschutzes aber ohnehin als offensichtlich aktenwidrig, nachdem in diesen Verträgen klarerweise feste Monatsgehälter sowie Kündigungsfristen vereinbart waren. Es kann mangels Nachweises des Gegenteils davon ausgegangen werden, dass auch die gemäss beschwerdeführerischen Anga-

ben lediglich mündlichen Vereinbarungen mit den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 ähnliche Regelungen enthielten. Vom Tragen eines spezifischen Unternehmerrisikos kann unter diesen Umständen aber zum Vornherein keine Rede sein.

5.5 Nachdem somit feststeht, dass die Beschwerdeführer 2 - 5 sowie M.C. zur Beschwerdeführerin 1 in einem Abhängigkeitsverhältnis standen und auch kein spezifisches Unternehmerrisiko zu tragen hatten, ergibt sich, dass die betroffenen Personen nach schweizerischem Recht jedenfalls hinsichtlich ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin 1 als Unselbständigerwerbende im Sinne des Sozialversicherungsrechts gelten. Zu prüfen bleibt damit, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang für diese unselbständige Erwerbstätigkeiten Sozialversicherungsbeiträge in der Schweiz zu bezahlen sind.

6. Für die Beurteilung der Beitragspflicht von Personen, von deren Erwerbstätigkeit mehrere Staaten betroffen sind, ist vorab auf die entsprechenden zwischenstaatlichen Sozialversicherungsabkommen abzustellen, welche auf den vorliegenden Fall zumindest bis zum Inkrafttreten des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, FZA) per 1. Juni 2002 anwendbar sind. Gemäss diesen zwischenstaatlichen Abkommen wird jeweils vom so genannten Erwerbortsprinzip ausgegangen, wonach für die Pflichtversicherung unabhängig vom Wohnort grundsätzlich die Rechtsvorschriften desjenigen Staates gelten, in dessen Gebiet eine Beschäftigung oder Tätigkeit ausgeübt wird. Das Erwerbortsprinzip gilt auch bei gleichzeitiger Ausübung von mehreren Erwerbstätigkeiten in den verschiedenen Vertragsstaaten. In solchen Fällen untersteht die betreffende Person für jede dieser Erwerbstätigkeiten der Gesetzgebung desjenigen Staates, auf dessen Gebiet sie ausgeübt wird. Die AHV/IV/EO/ALV-Beiträge sind also nur auf den in der Schweiz erzielten Einkommen zu erheben (Art. 5 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Soziale Sicherheit vom 25. Februar 1964; Art. 7 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Französischen Republik über Soziale Sicherheit vom 3. Juli 1975; Art. 5 des Abkommens zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über Soziale Sicherheit vom 21. Februar 1968). Ob eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz ausgeübt wird (im Sinne der genannten Bestimmungen der jeweiligen Abkommen), beurteilt sich allerdings allein nach den Regelungen des schweizerischen AHV-Rechts (BGE 119 V 68; Hanspeter Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Auflage, Bern 1996, Rz 1.34). Unsicherheiten bezüglich Erwerbortsort entstehen unter anderem bei Personen, deren Berufstätigkeit sich teilweise im Ausland und teilweise in der Schweiz abspielt, ohne dass eine eindeutige räumliche Abgrenzung möglich ist. Der Erwerbortsort Schweiz ist in diesen Fällen dann anzunehmen, wenn sich der Mittelpunkt des wirtschaftli-

chen Sachverhalts, welcher der Tätigkeit erwerblichen Charakter verleiht, im Inland befindet. So gilt namentlich ein Arbeitnehmer mit Wohnsitz im Ausland, der sowohl im In- wie im Ausland für seinen schweizerischen Arbeitgeber tätig ist, auf Grund dieser Mittelpunktstheorie als hier erwerbstätig und ist versichert (Hanspeter Käser, a.a.O., Rz 1.35 f.). Besondere Bestimmungen enthalten die jeweiligen Sozialversicherungsabkommen sodann in Bezug auf Arbeitnehmer von Luftverkehrsunternehmen, für welche in der Regel die Rechtsvorschriften des Staates gelten, in welchem das Unternehmen seinen Sitz hat (so ausdrücklich Art. 5 Abs. 5 lit. b des Abkommens mit Grossbritannien, vgl. auch Art. 6 Abs. 4 des Abkommens mit Deutschland sowie Art. 8 Abs. 1 lit. c des Abkommens mit Frankreich).

6.1 Die Beschwerdeführer führen zu der von der Beschwerdegegnerin angewandten Mittelpunktstheorie unter anderem ins Feld, dass die Beschwerdeführer 2 - 5 sowie M.C. im Ausland Wohnsitz gehabt hätten und dass sie auch für andere Auftraggeber tätig gewesen seien, welche nicht Sitz in der Schweiz gehabt hätten. Ihr Lebensmittelpunkt habe sich unter den gegebenen Umständen jeweils im Ausland befunden. Zu diesen von den Beschwerdeführern genannten Umständen ist indessen vorab festzuhalten, dass diese zur Qualifikation der Tätigkeit, welche für die Beschwerdeführerin 1 erbracht wurde, keinerlei Einfluss haben, da die genannten Tätigkeiten gemäss Erwerbortsprinzip jeweils gesondert und somit unabhängig von anderen, nicht in der Schweiz ausgeübten Erwerbstätigkeiten für andere Arbeit- bzw. Auftraggeber zu beurteilen sind. Die Anwendung der Mittelpunktstheorie bezieht sich lediglich auf die hier zur Diskussion stehenden für die Beschwerdeführerin 1 ausgeübten Tätigkeiten. Dabei ist nicht von Belang, wo die einzelnen Mitarbeitenden jeweils ihren persönlichen Lebensmittelpunkt hatten.

6.2 Soweit geltend gemacht wird, die Tätigkeit der Beschwerdeführer 2 - 5 sowie von M.C. sei jeweils zu 99 % nicht im schweizerischen Luftraum erbracht worden und zu 95 % seien nichtschweizerische Flughäfen angefliegen worden, darf darauf verwiesen werden, dass in Bezug auf fliegendes Personal von international tätigen Fluggesellschaften spezielle Regelungen zur Anwendung kommen, indem der Sitz der Fluggesellschaft ausschlaggebend ist. Es wäre denn auch äusserst unpraktikabel, bezüglich jeder Person eine genaue Aufteilung vorzunehmen und abzuklären, wie viel Prozent der jeweiligen Tätigkeit in welchem Luftraum erbracht worden sind, und gemäss diesem Prozentsatz in den jeweiligen Staaten die entsprechende Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge vorzunehmen. Abgesehen von den diesbezüglichen staatsvertraglichen Regelungen erschiene es in jedem Fall als gerechtfertigt, aufgrund der Mittelpunktstheorie in solchen Fällen auf den jeweiligen Sitz der Fluggesellschaft abzustellen. Entscheidend ist – wie erwähnt – nicht der Lebensmittelpunkt der einzelnen Mitarbeiter, sondern der Mittelpunkt des jeweiligen wirtschaftlichen Sachverhalts, welcher einer Tätigkeit erwerblichen Charakter verleiht. Dieser ist beim fliegenden Perso-

nal für international agierende Luftfahrtunternehmen sinnvoll nur am Sitz der Gesellschaft anzusiedeln. Die Beschwerdegegnerin hat demnach zu Recht auf Grund der Mittelpunktschwerpunktstheorie angenommen, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführer 2 - 5 sowie von M.C., welche sie für die Beschwerdeführerin 1 erbracht haben, als in der Schweiz ausgeübte unselbständige Erwerbstätigkeit zu gelten habe.

6.3 Die Beschwerdeführer verweisen auf ein gemeinsames Merkblatt des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements und des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung, wonach ausländisches Cockpit- und Kabinenpersonal keine Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung benötigen, wenn sich der Dienstort im Ausland befindet und der Einsatz in Flughäfen auf Schweizer Gebiet auf Tätigkeiten im Flugzeug beschränkt sei. Hierzu ist anzumerken, dass die schriftlich vorliegenden Verträge zwischen der Beschwerdeführerin 1 und ihren Mitarbeitern – soweit sie die Cockpit- und Kabinentätigkeit betreffen – jeweils sogar ausdrücklich den Dienstort Schweiz festlegen. Zudem wird durchwegs Zug als Gerichtsstand bestimmt. Hat aber das Cockpit- und Kabinenpersonal den Dienstort in der Schweiz, stösst der Verweis auf das erwähnte Merkblatt des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements und des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung ohnehin ins Leere.

6.4 Dass die dem Gericht vorliegenden Verträge zwischen der Beschwerdeführerin 1 und einzelnen Mitarbeitern jeweils auch eine Klausel enthielten, wonach im Falle des Wohnsitzes im Ausland der entsprechende Mitarbeiter selbst für die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge im Wohnsitzstaat verantwortlich sei, kann schliesslich nicht berücksichtigt werden, da die Bestimmung des Ortes der Zahlungspflicht von Sozialversicherungsbeiträgen gar nicht der Dispositionsfreiheit der Parteien zugänglich ist.

7. Gelten die in Frage stehenden Erwerbstätigkeiten demnach als in der Schweiz ausgeübt und ist die Beschwerdeführerin 1 für diese Tätigkeiten somit grundsätzlich beitragspflichtig, bleibt allerdings noch zu prüfen, ob allenfalls einer der im AHVG aufgeführten Befreiungstatbestände erfüllt ist.

7.1 Von der Beitragspflicht ausgenommen sind unter anderem Personen, die einer ausländischen staatlichen Alters- und Hinterlassenenversicherung angehören, sofern der Einbezug in die Versicherung für sie eine nicht zumutbare Doppelbelastung bedeuten würde (Art. 1 Abs. 2 lit. b AHVG). Bei Personen, die freiwillig an eine ausländische Alters- und Hinterlassenenversicherung Beiträge entrichten, liegt keine Unzumutbarkeit vor. Eine solche freiwillige Beitragsentrichtung wird namentlich in den Fällen angenommen, in welchen Vertragsstaatsangehörige weiterhin Beiträge an ihre Heimatversicherung bezahlen. Dies ergibt sich aus der Koordinationsfunktion der Abkommen, wonach eine obligatorische Doppelbelastung des gleichen Beitragsobjekts vermieden werden soll (Hanspeter Käser, a.a.O., S. 33, Rz 1.65).

Aus den Unterlagen ergibt sich, dass die Beschwerdeführer 2 - 5 sowie M.C. in der Tat jeweils im Ausland als Selbständigerwerbende gemeldet waren und auch auf das über die Beschwerdeführerin 1 erzielte Einkommen Sozialversicherungsbeiträge bezahlten. Hingegen ist festzuhalten, dass – soweit solche Beitragszahlungen nachgewiesen wurden – es sich dabei jeweils um freiwillige Beiträge und nicht um Pflichtbeiträge gehandelt hat. Dies ergibt sich unter anderem namentlich aus der Beitragsbescheinigung vom 4. Februar 2003 bzgl. der Beschwerdeführerin 3 sowie aus der Bescheinigung des Versicherungsverlaufs vom 26. Februar 2004 bzgl. des Beschwerdeführers 5. In Bezug auf die übrigen betroffenen Mitarbeiter sind auf Grund der vorhandenen Unterlagen keine im Ausland erbrachten Pflichtbeiträge auf das über die Beschwerdeführerin 1 erzielte Erwerbseinkommen nachgewiesen. Eine unzumutbare Doppelbelastung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b AHVG ist demnach nicht anzunehmen.

7.2 Nicht obligatorisch versichert sind auch Personen, welche die in Art. 1 Abs. 1 AHVG genannten Voraussetzungen nur für eine verhältnismässig kurze Zeit erfüllen (Art. 1 Abs. 2 lit. c AHVG). Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV) gelten als Personen, welche diese Voraussetzungen nur für eine verhältnismässig kurze Zeit erfüllen, u.a. solche, die in der Schweiz während höchstens drei aufeinander folgenden Monaten im Kalenderjahr eine Erwerbstätigkeit ausüben und dafür von einem Arbeitgeber im Ausland entlohnt werden. Nachdem die Beschwerdeführer 2 - 5 sowie M.C. für die fragliche Tätigkeit jedoch von einem Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz entlohnt wurden, entfällt die Anwendung der genannten Bestimmung ohnehin. Soweit sich die Beschwerdeführer auf lit. c derselben Bestimmung berufen, welche die selbständige Erwerbstätigkeit während höchstens drei aufeinander folgenden Monaten betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend bereits die Voraussetzung der selbständigen Erwerbstätigkeit fehlt, wie unter Erwägung 5 ausführlich dargelegt wurde. Ohnehin wäre aber auf die diesbezügliche Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu verweisen, wonach mit Personen, welche die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 AHVG lediglich für eine verhältnismässig kurze Zeit erfüllen, solche gemeint sind, deren Erwerbstätigkeit in der Schweiz durch eine gewisse Einmaligkeit gekennzeichnet ist (vgl. ZAK 1990 S. 338). Dieses Merkmal der Einmaligkeit der Einsätze für die Beschwerdeführerin 1 wäre jeweils nicht erfüllt. Die Tätigkeit der Beschwerdeführer 2 - 5 sowie von M.C. war vielmehr klarerweise auf längere Dauer ausgerichtet und wurde auch tatsächlich über mehrere Jahre hinweg mehr oder weniger regelmässig erbracht.

7.3 Unter der Geltung der verschiedenen vorliegend anwendbaren Sozialversicherungsabkommen besteht somit grundsätzlich eine obligatorische Beitragspflicht in der Schweiz auf das von den Beschwerdeführern 2 - 5 sowie von M.C. in unselbständiger Erwerbstätigkeit für die Beschwerdeführerin 1 erzielte Einkommen.

8. Die bestehenden zwischenstaatlichen Abkommen zwischen der Schweiz und den einzelnen EG-Ländern im Bereich der sozialen Sicherheit wurden – wie bereits erwähnt – ab dem 1. Juni 2002 durch das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU (FZA) grösstenteils ersetzt. Sie gelangen nur noch für jene Personen zur Anwendung, die das Freizügigkeitsabkommen nicht erfasst. Dies gilt insbesondere für Nichterwerbstätige und für Personen, die weder Staatsangehörige der Schweiz noch eines EG-Landes sind. Mit den angefochtenen Verfügungen wurden Sozialversicherungsbeiträge bis Ende des Jahres 2002 festgesetzt. Betroffen sind vorliegend Mitarbeiter, die Staatsangehörige eines EU-Staates oder der Schweiz sind. Ab dem 1. Juni 2002 ist die Beitragspflicht daher im Lichte des Freizügigkeitsabkommens zu prüfen.

8.1 Nach Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhangs II «Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit» des FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragsparteien untereinander insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71), und die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, oder gleichwertige Vorschriften an. Der am 1. Juni 2002 in Kraft getretene neue Art. 153a AHVG verweist in lit. a auf diese beiden Koordinierungsverordnungen (BGE 130 V 147 Erw. 3.2), welche somit auf die ab dem 1. Juni 2002 verfügbaren Sozialversicherungsbeiträge anwendbar sind.

8.2 Artikel 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt, dass Personen, für die diese Verordnung gilt, grundsätzlich dem Sozialrechtsstatut immer nur eines Mitgliedstaates unterstehen (sog. Ausschliesslichkeitsprinzip). Erwerbstätige Personen unterliegen gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a und b dieser Verordnung in aller Regel dem Recht des Beschäftigungsstaates, und zwar unabhängig vom Wohnsitz der erwerbstätigen Person oder vom Sitz ihres Arbeitgebers (sog. Beschäftigungslandprinzip). Betreffend Personen, die gleichzeitig in mehreren Mitgliedstaaten eine Erwerbstätigkeit ausüben, gelten jedoch gemäss Art. 14 ff. der Verordnung Nr. 1408/71 einige Sonderregelungen. So unterliegt eine Person, die gewöhnlich im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten abhängig beschäftigt ist, in der Regel den Rechtsvorschriften des Wohnsitzstaates, wenn sie ihre Tätigkeit zum Teil im Gebiet dieses Staates ausübt oder wenn sie für mehrere Unternehmen oder mehrere Arbeitgeber tätig ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz im Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten haben. Wohnt die betreffende Person in keinem der Mit-

gliedstaaten, in dessen Gebiet sie ihre Tätigkeit ausübt, so unterliegt sie den Rechtsvorschriften des Staates, in dessen Gebiet der Arbeitgeber seinen Sitz hat (Art. 14 Ziff. 2 lit. b). Speziell geregelt ist sodann unter anderem die Beitragspflicht von fliegendem Personal eines Unternehmens, das für Rechnung Dritter oder für eigene Rechnung im internationalen Verkehrswesen die Beförderung von Personen oder Gütern im Luftverkehr durchführt. Dieses fliegende Personal unterliegt in der Regel den Rechtsvorschriften des Staates, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat (Art. 14 Ziff. 2 lit. a). Eine Person, die eine selbständige Tätigkeit gewöhnlich im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, unterliegt schliesslich den Rechtsvorschriften des Wohnsitzstaates, wenn sie ihre Tätigkeit zum Teil in diesem Staat ausübt (Art. 14a Ziff. 2).

8.3 Die Beitragspflicht für den Zeitraum ab dem 1. Juni 2002 ist also unter diesen neuen Voraussetzungen zu prüfen. Dabei ist vorab festzuhalten, dass bezogen auf das Jahr 2002 ohnehin nur noch die Beitragspflicht für Tätigkeiten der Beschwerdeführerin 3, des Beschwerdeführers 4 sowie von M.C. streitig sind.

8.3.1 Betreffend M.C. ergibt sich aus den Unterlagen, dass er inzwischen altershalber nicht mehr für die Beschwerdeführerin 1 tätig ist. Gemäss eingereichter Flugpläne der Beschwerdeführerin 1 wurde M.C. letztmals im März 2002 als Pilot eingesetzt. Für das Jahr 2002 wird ihm von der Beschwerdegegnerin noch eine Lohnsumme von Fr. 14'125.- angerechnet. Damit darf aber davon ausgegangen werden, dass er jedenfalls nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des FZA gar nicht mehr für die Beschwerdeführerin 1 tätig war. Nach den bis 31. Mai 2002 geltenden Bestimmungen waren aber für seine Tätigkeit für die Beschwerdeführerin 1 wie bereits festgestellt Sozialversicherungsbeiträge in der Schweiz zu bezahlen. Die ihn betreffenden Sozialversicherungsbeiträge für das Jahr 2002 sind somit jedenfalls korrekt verfügt worden.

8.3.2 Die Beschwerdeführerin 3 und der Beschwerdeführer 4 übten hingegen auch nach dem 1. Juni 2002 noch für die Beschwerdeführerin 1 ihre jeweilige Tätigkeit aus. In Bezug auf diese beiden Personen, welche beide Wohnsitz in Deutschland haben, ist also entscheidend, ob sie neben ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin 1 auch noch für andere Arbeit- bzw. Auftraggeber in Ländern der EU tätig waren. Sollten sie nämlich in der zweiten Hälfte des Jahres 2002 auch in Deutschland ein beitragspflichtiges Einkommen erzielt haben, so hätten sie aufgrund des nunmehr geltenden Ausschliesslichkeitsprinzips in der Tat sämtliche Sozialversicherungsbeiträge in Deutschland zu entrichten (vgl. Art. 14 ff. der Verordnung Nr. 1408/71). Insoweit würde die Beitragspflicht in der Schweiz entfallen.

In der Beschwerdeschrift wird bezogen auf die Beschwerdeführerin 3, welche ein Einzelunternehmen als Consultant führe, unter anderem das

Einreichen eines Unternehmensdossiers angekündigt. Ebenso wird auch betreffend den Beschwerdeführer 4, welcher auch für andere Auftraggeber als Pilot tätig sei, ein Unternehmensdossier angekündigt. Nach Aufforderung durch das Gericht, die in der Beschwerdeschrift angekündigten Unterlagen auch tatsächlich einzureichen, wird indessen mit Stellungnahme vom 3. Mai 2004 ausgeführt, die Beschwerdeführer 3 und 4 würden auf die Einreichung der einzelnen Unterlagen verzichten und dem Gericht dafür eine Stellungnahme ihrer Steuerberatungsfirma zukommen lassen. Bei der genannten Stellungnahme handelt es sich um ein Schreiben vom 15. März 2004 der Steuerberaterfirma A., worin diese bestätigt, dass die Beschwerdeführer 3 und 4 für die Beschwerdeführerin 1 tätig seien. Ihre Einkünfte würden in Deutschland erfasst wie Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Beide seien weiterhin bei der Bundesversicherungsanstalt in Berlin geführt und erfasst. Bei den Akten liegt sodann eine Beitragsbescheinigung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte betreffend die Beschwerdeführerin 3, wonach diese für das Jahr 2002 auf einer Bemessungsgrundlage von 3'900.31 EUR freiwillige Beiträge zur Rentenversicherung der Arbeiter/Angestellten in Höhe von 744.96 EUR gezahlt habe. Das Verwaltungsgericht forderte die Beschwerdeführer am 23. November 2004 unter anderem auch ausdrücklich auf, die in den Rechtsschriften zum Teil erwähnten «Zusammenarbeitsverträge» der Beschwerdeführer 2 - 5 sowie M.C.'s mit allfälligen weiteren Auftrag- bzw. Arbeitgebern einzureichen. Im Rahmen mehrerer Fristerstreckungsgesuche erwähnte daraufhin der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer jeweils beträchtliche Schwierigkeiten, die vom Gericht verlangten Dokumente verfügbar zu machen, und dass insbesondere das Beibringen der Zusammenarbeitsverträge der Beschwerdeführer 2 - 5 mit weiteren Auftrag- bzw. Arbeitgebern zeitintensiv sei, da die Geschäftspartner der Beschwerdeführerin 1 alle im Ausland arbeiten würden. Die genannten Zusammenarbeitsverträge mit weiteren Arbeitgebern wurden schliesslich überhaupt nicht eingereicht. Einzig ein Ausländerausweis des Beschwerdeführers 4, gültig bis 15. März 1999, wurde noch zu den Akten gegeben, woraus hervorgeht, dass dieser bei einem Einreisedatum vom 17. März 1998 während maximal 120 Tagen für seine Tätigkeit als Pilot bei der Beschwerdeführerin 1 sich in der Schweiz aufhalten dürfe.

Bei dieser Sachlage ist aber eine weitere in Deutschland oder in einem anderen EU-Staat nebst der als in der Schweiz ausgeübt geltenden Tätigkeit für die Beschwerdeführerin 1 in keiner Art und Weise nachgewiesen. Auch auf die von den Beschwerdeführern 3 und 4 im Zeitraum vom 1. Juni 2002 bis 31. Dezember 2002 erzielten Einkommen für ihre Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin 1 sind daher Sozialversicherungsbeiträge in der Schweiz zu bezahlen. Dies ergibt sich aus dem Beschäftigungslandprinzip nach Art. 13 Abs. 2 lit. a und b der Verordnung Nr. 1408/71 und insbesondere aus Art. 14 Ziff. 2 lit. a derselben Verordnung, welcher für fliegendes Personal die Beitragspflicht im Staate des Sitzes des Flugunternehmens vorsieht.

(...)

10. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die streitigen, für die Beschwerdeführerin 1 in den Jahren 1998 bis 2002 ausgeübten Tätigkeiten der Beschwerdeführer 2 - 5 sowie M.C.'s als in der Schweiz ausgeübte unselbständige Erwerbstätigkeiten zu qualifizieren sind, weshalb auf die entsprechenden Einkommen in der Schweiz Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen sind.

(...)

Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und muss daher vollumfänglich abgewiesen werden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2005

S 2004 / 24

Art. 9 AHVG; Art. 20 Abs. 3 AHVV. – Teilhaber von Kommanditgesellschaften haben Beiträge von ihrem Anteil am Einkommen der Gesellschaft zu entrichten. Beschränkt sich aber die Investition auf eine reine Finanzanlage, um – unter Ausnutzung der versicherungstechnischen Solidarität – ein möglichst grosse individuelle Rendite zu erwirtschaften, so kann sich der Investor nicht auf die Aufnahme in die AHV berufen. Die AHV ist kein Finanzanlageobjekt.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

A. Die X. Kommanditgesellschaft bezweckt gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Zug den Erwerb, die Vermietung und Verwaltung sowie den Verkauf eines Büro- und Geschäftshauses in Basel. Neben dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter (sprich Komplementär), V. X., sind als Kommanditäre zwei Treuhandgesellschaften, die A. GmbH und die B. AG sowie F. M. im Handelsregister eingetragen, welche die Kommanditeinlagen für die eigentlichen Kapitalgeber gemäss Zeichnerliste der Gesellschaft treuhänderisch verwalten. Mit Verfügung vom 18. April 2002 teilte die Ausgleichskasse Zug der Gesellschaft unter Bezugnahme auf die bisherigen Kor-

respondenzen und Besprechungen mit, dass die (über einen Treuhänder beteiligten) «stillen Teilhaber» nicht als versichert im Sinne des schweizerischen AHV-Rechtes gälten und eine Aufnahme in das Register der Selbständigerwerbenden aus diesem Grunde nicht möglich sei.

B. Gegen diese Verfügung liessen die X. Kommanditgesellschaft und Dr. K. gemeinsam Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug einreichen und zur Hauptsache die Aufhebung der Verfügung beantragen. Dazu sei festzustellen, dass die nicht im Handelsregister eingetragenen Kommanditäre der X. Kommanditgesellschaft der AHV-Beitragspflicht unterlägen und unter Ausstellung eines entsprechenden Versicherungsausweises in das Register der Selbständigerwerbenden einzutragen seien.

C. Mit Vernehmlassung vom 24. Juni 2002 beantragte die Ausgleichskasse die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1. ...

2. a) Obligatorisch versichert nach Massgabe des AHVG sind natürliche Personen, die in der Schweiz Wohnsitz haben (Art. 1 Abs. 1 Bst. a AHVG) oder die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1 Abs. 1 Bst. b AHVG), oder im Ausland im Dienste der Eidgenossenschaft oder vom Bundesrat zu bestimmenden Organisationen tätige Schweizer Bürger (Art. 1 Abs. 1 Bst. c AHVG). Die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten werden in Prozenten des Einkommens aus unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit festgesetzt (Art. 4 Abs. 1 AHVG). Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ist laut Art. 9 Abs. 1 AHVG jedes Einkommen, das nicht Entgelt für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt. Dazu zählen u.a. alle in selbständiger Stellung erzielten Einkünfte aus einem Handelsbetrieb (Art. 17 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV). Die Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften gelten in Bezug auf ihre gesellschaftlichen Tätigkeiten grundsätzlich als Selbständigerwerbende (vgl. Art. 20 Abs. 3 AHVV sowie BGE 121 V 81 f. Erw. 2a und b). Aufgrund des in Art. 5 Abs. 1 des schweizerisch-deutschen Abkommens vom 25. Februar 1964 über Soziale Sicherheit statuierten Erwerbortsprinzips unterstehen auch die in Deutschland wohnhaften Teilhaber in Bezug auf das in der Schweiz erzielte Einkommen dem schweizerischen Recht, laut welchem sie obligatorisch versichert sind (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b AHVG).

b) Die Ausgleichskasse weist zunächst darauf hin, dass die nicht mit ihrem Namen ins Handelsregister eingetragenen Gesellschafter nicht Kommanditäre, sondern bestenfalls stille Teilhaber der Kommanditgesellschaft seien. Im Weiteren bringt sie vor, die Tatsache der Teilhaberschaft an einer

Personengesellschaft präjudiziere nicht, dass jemand erwerbstätig sei. Vorliegend sei offensichtlich, dass sich die Tätigkeit der Teilhaber auf das einmalige zur Verfügung stellen einer Geldsumme und den Bezug der jährlichen Ausschüttung beschränke. Die Rechte der Teilhaber gingen nicht über jene von Aktionären hinaus, weshalb von einer «Geschäftstätigkeit» nicht die Rede sein könne. Für den einzelnen Teilhaber handle es sich klarerweise um eine reine Vermögensanlage, weshalb der darauf erzielte Kapitalertrag kein Erwerbseinkommen darstelle und aufgrund der fehlenden Erwerbstätigkeit keine Versicherungspflicht bestehe.

c) Wenn und soweit die Ausgleichskasse die Beitragspflicht der Kommanditäre unter Hinweis auf das Fehlen einer «Geschäftstätigkeit» verneinen will, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn der nunmehr geltende Art. 20 Abs. 3 AHVV erklärt sämtliche Teilhaber von Kommanditgesellschaften ohne Einschränkung, also auch die Kommanditäre, als beitragspflichtig. Die Tatsache, dass nach dem bis zum 31. Dezember 1975 geltenden Recht nur die Komplementäre erfasst wurden, verdeutlicht, dass diese Erweiterung des Kreises der Beitragspflichtigen bewusst gewollt ist, und zwar obwohl die Kommanditäre bereits der Idee nach vor allem oder ausschliesslich Geldgeber sind (vgl. Guhl/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 64 N 4). Die Kommanditäre gelten somit bereits aufgrund ihrer Verantwortung bzw. ihres wirtschaftlichen Risikos als erwerbstätig (vgl. Hanspeter Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, Bern 1996, Rz 1.33 und 1.40). In BGE 105 V 4 ff., 7 Erw. 2b hat das Eidg. Versicherungsgericht die generelle Beitragspflicht der Kommanditäre zudem als gesetzmässig erachtet. Die Kommanditäre unterliegen deshalb dem Versicherungsobligatorium, ohne dass es auf die Erbringung einer persönlichen Arbeitsleistung ankäme (vgl. BGE 119 V 65 ff., 74 Erw. 5b unter Hinweis auf ZAK 1986 S. 461 Erw. 4c mit weiteren Hinweisen).

Begründet ist allerdings der Hinweis der Ausgleichskasse, dass die nicht mit ihrem Namen ins Handelsregister eingetragenen Kapitalgeber nicht Kommanditäre, sondern bestenfalls stille Teilhaber der Kommanditgesellschaft seien. Handelsregisterrechtlich vermag nämlich die Eintragung eines Treuhänders als Kommanditär anstelle der eigentlichen Kapitalgeber nicht zu genügen. Indes wird die Frage nach der Beitragspflicht dadurch nicht gegenstandslos, da grundsätzlich auch stille Teilhaber als Selbständigerwerbende beitragspflichtig sind (Wegleitung über die Beiträge der Selbständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen in der AHV, IV und EO, WSN, Rz 1032 f.). Nun ist es aber so, dass eine «versteckte Kommanditgesellschaft» (d.h. mit stillen Kommanditären) rechtlich gar nicht anerkannt werden kann (vgl. BSK OR II-Baudenbacher, Art. 594 N 27, in: Hrsg. Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, 2. Art. 530-1186 OR, 2. Aufl., Basel 2002 [zit. BSK OR II-Bearbeiter/in]). Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Kapitaleinlagen als rein private Vermögensanlagen im Sinne partiarischer Darlehen zu qualifi-

zieren sind. Dagegen spricht zwar, ohne allerdings entscheidend zu sein (vgl. BGE 99 II 303 ff.), dass die Parteien neben der Gewinn- auch eine Verlustbeteiligung vorgesehen haben. Entscheidendes Kriterium soll in solchen Fällen sein, ob die Eintragung der Kommanditbeteiligung ins Handelsregister vollzogen wurde oder zumindest angestrebt wird (vgl. BSK OR II-Baudenbacher, Art. 594 N 28). Wie es sich damit verhält, kann hier nicht abschliessend beurteilt werden, da nicht auszuschliessen ist, dass man die erforderlichen Eintragungen ins Handelsregister noch veranlasst hätte. Festzuhalten bleibt jedoch: Solange die Kapitalgeber nicht persönlich mit Namen und Betrag der Kommanditsumme im Handelsregister eingetragen sind, können sie nicht als Kommanditäre der Gesellschaft gelten.

3. Für den Fall, dass effektiv beabsichtigt war, den Kapitalgebern die Stellung von Kommanditären einzuräumen, bleibt zu prüfen, ob die Berufung auf die generelle Beitragspflicht der Kommanditäre und den daraus entstehenden Rentenanspruch unter den gegebenen Umständen Treu und Glauben widerspricht.

a) Die Ausgleichskasse ist der Ansicht, es liege Rechtsmissbrauch vor, indem ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet werde, welche dieses Rechtsinstitut nicht schützen wolle. Die AHV bezwecke die Absicherung insbesondere des sozialen Risikos Alter, welches alle natürlichen Personen mit Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz in ihrer wirtschaftlichen Existenz treffen könne. Die AHV bezwecke nicht, Personen zu versichern, die in einem anderen Staat ausreichend gegen soziale Risiken versichert seien oder die Möglichkeit hierzu hätten, denen es insbesondere gar nicht um diesen Schutz, sondern bloss um eine rentable Kapitalanlage gehe. Das Rechtsinstitut AHV werde somit zweckwidrig verwendet, was rechtsmissbräuchlich sei. Dies ergebe sich auch aus der Beispielrechnung im Prospekt (Beiträge in 10 1/4 Jahren Fr. 3'719.-, Renten in 11 Jahren Fr. 27'135.-). Betrachte man das Gesellschaftsverzeichnis, falle auf (erstaune aber nicht), dass es sich bei den Teilhabern fast ausschliesslich um deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Deutschland handle. Unter (mindestens) 671 Gesellschaftern fänden sich gerade 63 Schweizer. Mache man nun für diese rund 600 in der Schweiz auch nicht aus anderen Gründen versicherten Teilhaber anhand der vorstehenden Beispielrechnung eine Bilanz, ergäben sich für die AHV bei Einnahmen von rund 2,2 Mio. Franken Ausgaben von rund 16,3 Mio. Franken. Es möge sein, dass für die Vermögensanlagen auch steuerliche Motivationen bestünden. Dass aber die, wie vorstehend aufgezeigt, beinahe einmalige Kosten-Nutzen-Rechnung betreffend AHV-Leistungen klar im Vordergrund stehe, zeige sich auch darin, wie die Anlagen beworben worden seien. Die Versicherungspflicht sei die Konsequenz, nicht der Zweck der Teilhaberschaft an einer Personengesellschaft. Indem dieser Grundsatz von der X. Kommanditgesellschaft umgedreht worden sei, habe sie sich rechtsmissbräuchlich verhalten.

b) Von den Beschwerdeführern wird das Vorliegen von Rechtsmissbrauch bestritten. Sie führen dazu aus, es sei bezeichnend, dass (vor Inkrafttreten der bilateralen Abkommen) gerade kein Unterschied gemacht worden sei zwischen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz und im Ausland. Andernfalls hätte eine schwerwiegende und verpönte Ausländerdiskriminierung vorgelegen. Es müsse der Grundsatz beachtet werden, dass, wer beitragspflichtig sei, einen Rentenanspruch erwerbe, ungeachtet seines Wohnsitzes. Die Beispielrechnung der Ausgleichskasse sei zwar korrekt, führe jedoch zu nichts, da das Ergebnis eine vom Gesetzgeber gewollte und daher hinzunehmende Konsequenz des Umlageverfahrens sei. Die Ausgleichskasse verkenne sodann, dass die Motivation der Kommanditäre zur Beteiligung, insbesondere unter Berücksichtigung der verlustreichen Investitionen in Aktien in den letzten beiden Jahren, in erster Linie im relativ sicher erzielbaren Erwerbseinkommen liege. Die aufgrund allfälliger Gesetzesänderungen unsichere Höhe der AHV-Beitragspflicht und der AHV-Renten führe dazu, dass der Rentenanspruch für die Kommanditäre kein massgeblicher Entscheidungsfaktor darstelle. Wenn auch die Beispielrechnung noch korrekt sei, so sei die gestützt darauf durchgeführte Extrapolation nicht mehr statthaft. Darin seien die 67 Personen mit Wohnsitz in der Schweiz nicht berücksichtigt, welche aufgrund ihrer meist höheren Beiträge beträchtliche AHV-Beiträge leisteten, ohne irgendwelchen Vorteil bei der Ausrichtung von Renten zu erzielen. Die Rechtsform der Kommanditengesellschaft sei einzig und alleine aus steuerlichen Gründen gewählt worden. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft sei aufgrund der doppelten Besteuerung der Erträge verworfen worden. Sodann, anders als bei Kapitalgesellschaften, könnten die Schweizer Kommanditäre während sechs bis sieben Jahren, die deutschen Kommanditäre während drei Jahren die Anfangsverluste der Kommanditengesellschaft steuerlich geltend machen. Zu berücksichtigen sei schliesslich, dass sich die einzelnen Kommanditäre als Teilhaber einer Personengesellschaft die grösseren Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung ausrechnen könnten, als wenn sie lediglich Kleinstaktionäre einer Aktiengesellschaft wären. Dass die Kommanditäre gemäss dem in der Schweiz geltenden Recht als Selbständigerwerbende der AHV-Beitragspflicht unterstellt seien, sei erst im Rahmen der Konzeptprüfung festgestellt worden. Es werde bestritten, dass die X. Kommanditengesellschaft bezweckt hätte, «AHV-Renten zu erwerben». Wenn dem so wäre, hätten die Kommanditäre statt in eine moderne Geschäftsliegenschaft viel eher in eine grosse Anzahl von mittleren Handwerksunternehmen investiert und diese dann zu Kommanditengesellschaften umgestaltet.

c) Gemäss Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB) findet der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz. Artikel 2 ZGB ist eine Grundschutznorm, welche der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dient. Ihre Geltung erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung mit Einschluss des öffentli-

chen Rechts sowie des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist in jeder Instanz von Amtes wegen anzuwenden, was auch für die Frage gilt, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Soweit die als rechtsmissbräuchlich betrachtete Rechtsanwendung in einer gerichtlichen Rechtsdurchsetzung besteht, hat der Grundsatz einen engen inneren Zusammenhang mit der Rechtsanwendung durch den Richter. Dieser soll nicht gehalten sein, einem Ergebnis der formalen Rechtsordnung zum Durchbruch zu verhelfen, das in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht (BGE 128 III 201 ff., 206 Erw. 1c mit zahlreichen Hinweisen).

Rechtsmissbrauch liegt im Allgemeinen vor, wenn die Berufung auf eine Rechtsregel unter den besonderen Umständen des Einzelfalles Treu und Glauben verletzt. Allerdings soll nach dem Gesetz nur der offenbare Rechtsmissbrauch keinen Rechtsschutz finden. Der Missbrauch muss deshalb klar, in die Augen springend, unzweifelhaft, erheblich sein; er muss «klar zutage» liegen. Im Zweifelsfalle ist das «formelle» Recht zu schützen. Dagegen ist böswillige Absicht nicht unbedingt erforderlich, der objektive Tatbestand des Missbrauchs genügt (Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1995, 11. Aufl., S. 54 und 59).

Dem Grundsatz nach steht fest, dass sämtliche Teilhaber von in der Schweiz domizilierten Kommanditgesellschaften, also auch die Kommanditäre (Art. 20 Abs. 3 AHVV), und auch wenn sie Wohnsitz im Ausland haben (Art. 1 Abs. 1 Bst. b AHVG), beitragspflichtig sind und entsprechend einen Rentenanspruch erwerben können. Zweck der AHV ist die Deckung des Existenzgrundbedarfs bei Wegfall des Erwerbseinkommens infolge Alters oder Tod. Ihre Finanzierung erfolgt nach dem Ausgabenumlageverfahren; d.h. die in einer Periode eingenommenen Beiträge werden zur Deckung der AHV-Leistungen derselben Periode verwendet. Das Umlageverfahren im Bereich der AHV beruht auf dem Gedanken der «Solidarität der Generationen», d.h. die jetzt erwerbstätige Generation leistet ihre Beiträge in der Erwartung, dass bei Eintritt des Rentenfalles die nachfolgende Generation ebenfalls die für die Finanzierung der Leistungen notwendigen Beiträge bezahlen wird (Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, S. 21).

Richtig ist, dass nach dem Gesetz nicht gänzlich ausgeschlossen ist, dass im Einzelfall die während der Beitragszeit von einem Versicherten geleisteten Beiträge die Leistungen im Rentenfall nicht vollständig zu decken vermögen. Dies muss, wie die Beschwerdeführer im Prinzip richtig bemerken, in gewissem Masse als vom Gesetzgeber gewollt (bzw. als von ihm in Kauf genommen) hingenommen werden, soweit es sich jedenfalls auf den Einzelfall beschränkt. Es ist jedoch mit dem für den Bereich der AHV tragenden Gedanken der Solidarität der Generationen nicht mehr vereinbar, wenn dieser Umstand in kommerzieller Form für reine Renditezwecke missbraucht

wird. Die Grenze zum Rechtsmissbrauch wird eindeutig dort überschritten, wo die Beteiligung an einer Personengesellschaft nur oder jedenfalls zu einem wesentlichen Teil in der Absicht erfolgt, um mit verhältnismässig geringen Beitragsleistungen einen Anspruch auf eine um ein Vielfaches höhere Altersrente der AHV zu begründen. Wie die Ausgleichskasse richtig bemerkt, sollte die Versicherungspflicht nicht Zweck sondern lediglich Folge der Teilhaberschaft an einer Personengesellschaft sein. Dies ist nun bei der X. Kommanditgesellschaft, was jedenfalls die überwiegend in Deutschland ansässigen Teilhaber anbetrifft, offensichtlich nicht mehr der Fall. Dies verdeutlicht insbesondere die Beispielrechnung aus dem für das Einwerben von Anteilen angefertigten Prospekt (S. 46-48). Danach kann ein in Deutschland ansässiger Kapitalanleger im Alter von 56 Jahren mit dem Beitritt zur Beteiligungsgesellschaft am 1. Januar 2001 mit einer Zeichnungssumme von Fr. 50'000.- mit AHV-Beitragsleistungen von Fr. 3'719.- bis zum Jahr 2021 Rentenleistungen der AHV von insgesamt Fr. 27'135.- beziehen. Damit wird das Prinzip der «Solidarität der Generationen» offensichtlich und bewusst unterlaufen. Dieses Interesse der Kapitalanleger, welche sich (mitunter) im Hinblick darauf an der X. Kommanditgesellschaft beteiligt haben, verdient daher keinen Rechtsschutz. Sie können sich nicht auf die allgemeine Beitragspflicht der Teilhaber von Personengesellschaften berufen. Daran ändert nichts, dass die Rechtsform der Kommanditgesellschaft vor allem aus steuerrechtlichen Gründen gewählt und die AHV-Beitragspflicht der Kommanditäre erst im Rahmen der Konzeptprüfung festgestellt worden sei, wie die Beschwerdeführer entgegen halten. Damit wird übersehen, dass für das Vorliegen von Rechtsmissbrauch, wie bereits erwähnt, böswillige Absicht nicht unbedingt erfordert ist. Es genügt, wenn der objektive Tatbestand des Missbrauchs erfüllt ist, was vorliegend eindeutig bejaht werden muss.

4. Es bleibt zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführer auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen können. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz 525 ff.). Als Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes kommen die Bindung der Behörden an die Vertrauensgrundlage oder aber (eher subsidiär) ein Entschädigungsanspruch des Privaten gegenüber dem Staat in Betracht (a.a.O., Rz 581 ff.).

a) Die Beschwerdeführer berufen sich darauf, dass die Ausgleichskasse mit Bezug auf die in Zug gegründete X. Kommanditgesellschaft mit Schreiben vom 18. Juni 1999 formell angefragt worden sei, ob Kommanditäre mit Wohnsitz im Ausland der AHV-Beitragspflicht unterstellt seien. Mit Schreiben vom 24. Juni 1999 beantwortete die Ausgleichskasse die Anfrage, indem sie darauf verwies, dass grundsätzlich sämtliche Erwerbseinkommen in der Schweiz AHV-beitragspflichtig seien, und auch Anspruch auf eine Teilrente

habe, wer mindestens während eines Kalenderjahres in der Schweiz AHV-Beiträge entrichtete. Sie berufen sich ferner darauf, dass die Ausgleichskasse entsprechend der von ihr erteilten Auskunft sämtliche als Kommanditäre der X. Kommanditengesellschaft angemeldeten Personen im AHV-Register eingetragen und einen AHV-Ausweis ausgestellt habe. Im Weiteren sei der Ausgleichskasse auch das Projekt der X. Kommanditengesellschaft vorgestellt worden, worauf die Ausgleichskasse mündlich mitgeteilt habe, dass die schriftlich erteilte Rechtsauskunft vom 24. Juni 1999 auch in diesem Falle Geltung habe. Die Ausgleichskasse sei lediglich besorgt gewesen wegen der zu erwartenden grösseren Anzahl von Kommanditären, worauf ihr zugesichert worden sei, nach Lösungen zu suchen, um die Ausgleichskasse vom administrativen Aufwand der Erfassung sämtlicher Kommanditäre möglichst zu entlasten. Anlässlich einer Besprechung im Juni 2001 sei dann mit der Ausgleichskasse vereinbart worden, dass die Kommanditäre der Dr. X. Kommanditengesellschaft auf Grund der grossen Anzahl in einem vereinfachten Verfahren angemeldet werden sollten. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2001 habe die Ausgleichskasse dann im Widerspruch zu den bisher erteilten Auskünften und dem bisherigen Verhalten mitgeteilt, dass die Kommanditäre nicht als versichert im Sinne des schweizerischen AHV-Gesetzes gelten würden, was man zunächst lediglich als internen Kommunikationsfehler aufgefasst habe. Im Anschluss daran seien mehrfach Gespräche geführt worden. Nachdem der Ausgleichskasse mit Schreiben vom 3. April 2002 alle bis März 2002 beigetretenen Kommanditäre mitgeteilt worden seien, habe die Ausgleichskasse am 18. April 2002 die mit der vorliegenden Beschwerde angefochtene Verfügung erlassen.

b) Die Ausgleichskasse hält den Beschwerdeführern entgegen, dass die Anfrage vom 18. Juni 1999 zum einen betreffend die X. Kommanditengesellschaft und zum anderen in sehr allgemeiner Form erfolgt sei. Dieses Schreiben sei denn auch von der Ausgleichskasse in ebenso allgemeiner Form beantwortet worden. Weder das Projekt der X. Kommanditengesellschaft noch irgendein anderes Projekt seien ihr vorgestellt worden. Ab Herbst 1999 seien einige Anmeldungen für Versicherungsausweise erfolgt. Im Rahmen des Massengeschäftes, das die Bearbeitung von allerlei wirtschaftlichen und juristischen Konstruktionen gerade auf dem Platz Zug mit sich bringe, hätten für die Ausgleichskasse anfänglich keine Indizien bestanden, die X. Kommanditengesellschaft zu hinterfragen, zumal sich die Anzahl der Anmeldungen nicht in einem absolut aussergewöhnlichen Rahmen bewegt habe. Als nun aber für die diversen Kommanditengesellschaften der Dr. X. Gruppe in Massen Anmeldungen insbesondere von Personen mit Wohnsitz im Ausland erfolgt seien, habe es gegolten, die ganze Konstruktion zu hinterfragen. Nach Vornahme der entsprechenden Abklärungen habe die Ausgleichskasse der X. Kommanditengesellschaft am 16. Oktober 2001 mitgeteilt, dass von einer Versicherungsunterstellung nicht ausgegangen werden könne. Es sei von Beginn weg klar gewesen, dass es sich um keinen Kommunikationsfehler ge-

handelt habe. Nach weiteren Besprechungen und Zustellung der Unterlagen zur weiteren Überprüfung am 30. Januar 2002 habe die Ausgleichskasse zur Ermöglichung der gerichtlichen Klärung der Angelegenheit am 18. April 2002 die angefochtene Feststellungsverfügung erlassen.

c) In rechtlicher Hinsicht führen die Beschwerdeführer aus, die Kommanditäre der X. Kommanditgesellschaft hätten sich auf Grund der im Prospekt enthaltenen Angaben über die AHV-Beitragspflicht und den entsprechenden Rentenanspruch für eine Beteiligung an der Gesellschaft entschlossen. Die im Prospekt enthaltenen Angaben basierten auf einer konkreten, schriftlichen und vorbehaltlos erteilten Auskunft der Ausgleichskasse. Aufgrund des Verhaltens der Ausgleichskasse bei der Behandlung der Gesellschafter der X. Kommanditgesellschaft und der zahllosen Besprechungen zur Abwicklung der Anmeldung der Kommanditäre, in welchen die grundsätzliche Beitragspflicht nie in Frage gestellt worden sei, sei das Vertrauen der X. Kommanditgesellschaft noch gestärkt worden, und sie habe nicht damit rechnen können, dass die Ausgleichskasse plötzlich einen diametral entgegengesetzten Rechtsstandpunkt einnehmen würde. Die gestützt darauf getroffenen Dispositionen der X. Kommanditgesellschaft und deren Kommanditäre könnten nicht ohne Schaden rückgängig gemacht werden. Das Vertrauen der X. Kommanditgesellschaft und ihrer Kommanditäre in die Richtigkeit der Auskunft und das Verhalten der Ausgleichskasse sei daher zu schützen, und es seien die Kommanditäre der X. Kommanditgesellschaft als AHV-beitragspflichtig anzusehen.

d) Zur Entgegnung bringt die Ausgleichskasse vor, die im Prospekt enthaltenen Angaben vermöchten vielleicht ein Vertrauen gegenüber der X. Kommanditgesellschaft nicht jedoch gegenüber der Ausgleichskasse zu begründen. Die am 24. Juni 1999 durch die Ausgleichskasse als Folge der materiell sehr allgemein gehaltenen Anfrage der X. Kommanditgesellschaft erteilte Auskunft habe sich auf die Wiedergabe der entsprechenden Gesetzesbestimmungen beschränkt, sei diesbezüglich vorbehaltlos gewesen, habe jedoch mangels Kenntnis (-gabe) des konkreten Sachverhalts betreffend die X. Kommanditgesellschaft auch nicht konkret erfolgen können. Somit fehle bereits die inhaltliche Bestimmtheit als eine der Voraussetzungen der Rechtswirkungen von Behördenauskünften. Die Ausgleichskasse habe anfänglich und ohne konkrete Hinweise keine Veranlassung gehabt, hinter der X. Kommanditgesellschaft reine und darum nicht beitragspflichtige Vermögensanlagen bzw. eine missbräuchliche Konstruktion zu vermuten. Sie habe jedoch unmittelbar interveniert, nachdem sie von der tatsächlichen Situation ausreichende Kenntnis erhalten habe. Obschon die X. Kommanditgesellschaft allerspätestens aufgrund des Schreibens vom 16. Oktober 2001 ihrerseits Kenntnis von der ablehnenden Haltung der Ausgleichskasse gehabt habe, habe sie in der Folge den Prospekt unverändert (nach-) drucken lassen. Tatsache sei, dass die X. Kommanditgesellschaft, insbes. Dr. X., die von der Ausgleichskasse am 16. Oktober 2001 nach Kenntnis der ganzen Sachlage mitgeteilte Auffassung nicht ernst genommen habe.

e) Die X. Kommanditgesellschaft bestreitet, dass die Ausgleichskasse nicht ausreichend über den Sachverhalt informiert worden sei. Sie verweist insbesondere darauf, dass die Ausgleichskasse bei der X. Kommanditgesellschaft entsprechend ihrer Auskunft AHV-Ausweise ausgestellt habe. Auch sei die Ausgleichskasse hinsichtlich der X. Kommanditgesellschaft auf die wesentlich grössere Anzahl von Kommanditären hingewiesen worden, weshalb ein spezielles Verfahren vereinbart worden sei. Aufgrund der durch Gesetz und Praxis klaren Rechtslage sei die X. Kommanditgesellschaft auch keineswegs gehalten gewesen, weitergehende Abklärungen zu treffen und habe sich auf die Prüfung durch einen in der Schweiz ansässigen Rechtsanwalt und die Auskunft der Ausgleichskasse verlassen dürfen. Nachdem die Ausgleichskasse hinsichtlich der nicht alltäglichen Konstruktion mehrfach angefragt worden sei und miteinander Besprechungen stattgefunden hätten, sei es an der Ausgleichskasse gelegen, von Beginn weg die Versicherungspflicht der Kommanditäre genau zu prüfen und eine der Prüfung entsprechende Auskunft zu erteilen. Heute sei es dafür zu spät, nachdem sie begründetes Vertrauen erweckt habe, das zu schützen sei. Aufgrund des widersprüchlichen Verhaltens der Ausgleichskasse, insbesondere aber aufgrund der Zusage, für die bereits angemeldeten Kommanditäre werde man eine allseits befriedigende Lösung finden, sei eine komplette Überarbeitung des Prospektes aufgrund des formlosen Schreibens vom 16. Oktober 2001 weder angezeigt noch zumutbar gewesen.

f) Der Vertrauensschutz setzt zunächst voraus, dass von der Behörde ein Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensgrundlage geschaffen wurde. Als Vertrauensgrundlage kommen im vorliegenden Fall namentlich Auskünfte und Zusagen der Ausgleichskasse und die bisherige Verwaltungspraxis in Betracht. In welcher Form die Auskunftserteilung erfolgt, ist unmassgeblich; auch eine mündliche Auskunft kann verbindlich sein. Mit Schreiben vom 24. Juni 1999 stellte die Ausgleichskasse auf die Anfrage, ob Kommanditäre mit Wohnsitz im Ausland der AHV-Beitragspflicht unterstellt seien, fest, dass grundsätzlich sämtliche Erwerbseinkommen in der Schweiz AHV-beitragspflichtig seien, und auch Anspruch auf eine Teilrente habe, wer mindestens während eines Kalenderjahres in der Schweiz AHV-Beiträge entrichtete. Wie die Ausgleichskasse mit Recht darauf hinweist, ist diese Auskunft (entsprechend der Anfrage) sehr allgemein gehalten. Nach mehrheitlicher Auffassung in Lehre und Rechtsprechung kann eine allgemeine Auskunft die Behörden nicht binden (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 565 mit Hinweisen). Vertrauensbegründend kann nur eine Auskunft sein, die sich auf einen konkreten, die auskunftserheischende Person direkt betreffenden Sachverhalt bezieht. Daran fehlt es im vorliegenden Schreiben, und im Übrigen ist von der Ausgleichskasse bestritten, dass ihr das betreffende Projekt vorgestellt worden sei. Es fehlt somit an einer inhaltlich genügend bestimmten, auf den konkreten Sachverhalt bezogenen Auskunftserteilung seitens der Ausgleichskasse.

Des Weiteren ist eine Auskunft nur in Bezug auf den Sachverhalt verbindlich, wie er der Behörde zur Kenntnis gebracht worden ist. Ändert sich die Situation, so hat die Behörde den neuen Sachverhalt zu beurteilen und ist an ihre früheren Aussagen nicht mehr gebunden (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 578). Die Anfrage an die Ausgleichskasse erfolgte, wie soeben festgestellt, nicht nur in sehr allgemeiner Form, sondern auch lediglich mit Bezug auf die in Zug gegründete X. Kommanditgesellschaft. Der Ausgleichskasse war zu diesem Zeitpunkt die X. Kommanditgesellschaft nicht bekannt. Mit der späteren Anmeldung der ungleich grösseren Anzahl an Teilhabern der X. Kommanditgesellschaft hat sich für die Ausgleichskasse ein veränderter Sachverhalt ergeben, den es neu zu beurteilen galt. Sie brauchte sich deshalb nicht an ihre frühere Auskunft und Praxis hinsichtlich AHV-Beitragspflicht der Kommanditäre gebunden zu fühlen. Insofern ist auch der Vorwurf einer unzulässigen Praxisänderung unbegründet.

5. Es ergibt sich somit, dass die Berufung auf die generelle Beitragspflicht der Kommanditäre und den daraus entstehenden Rentenanspruch unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles Treu und Glauben widerspricht und deshalb keinen Rechtsschutz verdient, und sich die Beschwerdeführer hierfür mangels Vorliegen einer hinreichenden Vertrauensgrundlage auch nicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen können. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist deshalb abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Februar 2003

S 2002 / 72

(Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil vom 21. März 2005 abgewiesen)

Art. 52 AHVG. – Eine Streitverkündung ist im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG nicht möglich.

Aus den Erwägungen:

3.4 Der vom Beschwerdeführer gestellte Antrag, der E. AG den Streit zu verkünden, ist abzuweisen. Das (zivilprozessuale) Institut der Streitverkündung ist der Sozialversicherungsrechtspflege fremd bzw. im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG nicht zulässig. Der Regress unter Solidarhaftpflichtigen gegen von der Ausgleichskasse nicht erfassten Arbeitgeberorganen oder gegen Dritte beschlägt keine bundessozialversicherungsrechtlichen Beziehungen und fällt daher nicht in die sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsrichters (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 61 Rz 67, Urteil des EVG vom 3. November 2000, H 134/00, mit Hinweisen).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2005

S 2004 / 94

Art. 17 Abs. 2 und 3 lit. b AVIG; Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG. – Pflicht des Versicherten zur Teilnahme an Beratungs- und Kontrollgesprächen; Sanktion bei Säumnis.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 17 Abs. 1 AVIG muss der Versicherte, der Versicherungsleistungen beanspruchen will, mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere ist er verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb seines bisherigen Berufes. Er muss seine Bemühungen nachweisen können. Der Versicherte muss sich möglichst frühzeitig, spätestens jedoch am ersten Tag, für den er Arbeitslosenentschädigung beansprucht, persönlich bei seiner Wohngemeinde oder der vom Kanton bestimmten zuständigen Amtsstelle zur Arbeitsvermittlung melden und von da an die Kontrollvorschriften des Bundesrates befolgen; er hat auf Weisung der zuständigen Amtsstelle namentlich an Beratungsgesprächen und Informationsveranstaltungen teilzunehmen (Art. 17 Abs. 2 und Abs. 3 lit. b AVIG in der Fassung vom 22. März 2002, in Kraft seit 1. Juli 2003). Nach der Anmeldung muss sich der Versicherte entsprechend den Anordnungen des Kantons zu Beratungs- und Kontrollgesprächen persönlich bei der zuständigen Amtsstelle melden. Die Termine für Beratungs- und Kontrollgespräche werden von der zuständigen Amtsstelle festgelegt (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 und Art. 21 Abs. 2 AVIV). Sie führt mit jedem Versicherten monatlich mindestens ein Beratungs- und Kontrollgespräch, wobei die Vermittlungsfähigkeit und die Vermittlungsbereitschaft überprüft werden (Art. 22 Abs. 2 AVIV). Die Erfüllung der Kontrollvorschriften stellt eine Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung dar (Art. 8 Abs. 1 lit. g AVIG). Der Versicherte ist gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er die Kontrollvorschriften oder die Weisungen der zuständigen Amtsstelle nicht befolgt.

Die Einhaltung der Termine für die Beratungs- und Kontrollgespräche gehört zu den elementaren Pflichten des Versicherten. Es darf ohne weiteres vom Versicherten erwartet werden, dass er die Termine für ein bis zwei Beratungs- bzw. Kontrollgespräche pro Monat genau einhält, zumal ihm diese jeweils einige Zeit im Voraus angekündigt werden, was eine entsprechende Disposition ermöglicht (Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. September 1998, S 79 / 1998). Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG hat nicht den Charakter einer Strafe im Sinne des Strafrechts, sondern denjenigen einer verwaltungsrechtlichen Sanktion mit dem Zweck, im Sinne der Solidarität unter den Versicherten eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung zu verhindern. Der Grund dafür ist die angemessene Mitbeteiligung der versicherten Per-

son am Schaden, den sie durch ihr pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung natürlich und adäquat kausal verursacht hat (BGE 122 V 40 Erw. 4c/aa).

2.1 Den Termin für das Beratungsgespräch vom 28. Januar 2004 hat der Beschwerdeführer unbestrittenermassen versäumt, obwohl er letztmals am Beratungsgespräch vom 20. Januar 2004 – festgehalten im Gesprächsprotokoll – auf seine Pflicht, an Kontrollgesprächen teilzunehmen, hingewiesen worden war. In diesem Protokoll war er auch auf die Verbindlichkeit des Termins und die Folgen bei unentschuldigtem Fernbleiben aufmerksam gemacht worden. Mit seinem Nichterscheinen zum Kontrollgespräch hat der Beschwerdeführer somit offenkundig gegen Weisungen des RAV verstossen.

2.2 Der Beschwerdeführer bringt nun allerdings vor, dass er den Termin versehentlich statt am 28. Januar am 29. Januar 2004 in seine Agenda eingetragen habe. Aufgrund dieses Versehens sei er denn auch erst am 29. Januar 2004 zum Kontrollgespräch erschienen. Ein entschuldbarer Grund für sein Fernbleiben vom Kontrolltermin ist im falschen Agenda-Eintrag nicht zu erblicken, denn an das Vorliegen entschuldbarer Gründe werden grundsätzlich strenge Anforderungen geknüpft und es können nur gewichtige Gründe anerkannt werden wie etwa höhere Gewalt, Krankheit oder Unfall, die es dem Versicherten in unvorhersehbarer Weise verunmöglichen, seinen Pflichten nachzukommen. Auf einen solchen Grund kann sich der Beschwerdeführer bei der Terminverwechslung nicht berufen, so dass grundsätzlich eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG vorgenommen werden müsste.

2.3 Den Beratungs- und Kontrollgesprächen kommt – wie erwähnt – eine wichtige Bedeutung zu. Davon hängt nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) indessen nicht ab, ob und wie ein Fristversäumnis allenfalls zu ahnden ist. Ein zu sanktionierendes Verhalten liegt insbesondere dann vor, wenn ein Termin aus Gleichgültigkeit und Desinteresse verpasst wurde, nicht aber wenn ein Versicherter den Termin irrtümlich oder zufolge einer Unaufmerksamkeit nicht eingehalten und durch sein (verspätetes) Erscheinen gezeigt hat, dass er das vereinbarte Gespräch im RAV ernst nehme (Urteil des EVG vom 1. Oktober 2004, C 112/04, Erw. 2 mit Hinweisen). Ein Verzicht auf eine Sanktion ist bei geringfügiger Säumnis des Versicherten angebracht, so z.B. wenn eine versicherte Person den Termin verwechselt hat und am folgenden Tag zu der für den Vortag vereinbarten Zeit auf der Arbeitsstelle vorspricht, ansonsten aber ein pünktliches und korrektes Verhalten an den Tag gelegt hat (vgl. dazu KS-ALE, Ausgabe Januar 2003, B 272).

2.4 Der Beschwerdeführer ist unbestrittenermassen am 29. Januar 2004 zu der für den Vortag vereinbarten Zeit erschienen. Da an diesem Tag keine Kontrollgespräche stattgefunden haben, hat er seine Unterlagen beim Emp-

fang des RAV hinterlegt. Am nächsten Tag hat er – und zwar noch vor der Aufforderung zu einer Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs – seine RAV-Betreuerin angerufen und sich für sein Fernbleiben am vorgesehenen Termin entschuldigt. Die Voraussetzungen, unter denen eine geringfügige Säumnis angenommen werden kann, sind daher erfüllt und auf eine Sanktion könnte demnach verzichtet werden, sofern sich der Beschwerdeführer auch sonst pünktlich und korrekt verhalten hat. Den Akten lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass der Beschwerdeführer andere Termine nicht eingehalten oder sich auf andere Weise unkorrekt verhalten hätte. Der in der Aktennotiz des KWA vom 9. März 2005 festgehaltene Hinweis der RAV-Beraterin, dass es beim Beschwerdeführer wegen ungenügender persönlicher Bemühungen zu Einstellungen gekommen sei, hat sich nicht bestätigt; entsprechende Einstellungsverfügungen sind in den Akten jedenfalls nicht zu finden. Der Hinweis des KWA, der Beschwerdeführer sei im Rahmen des Beratungsgesprächs vom 20. Januar 2004 nochmals ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Kontrolltermine obligatorisch und unbedingt einzuhalten seien, trifft zwar zu, lässt die Säumnis des Beschwerdeführers aber nicht in einem anderen Lichte erscheinen, denn im Gesprächsprotokoll ist ein konkretes Datum nicht aufgeführt. Der Beschwerdeführer gibt diesbezüglich denn auch zu Recht zu bedenken, dass er anhand dieses Gesprächsprotokolls den Fehler in seiner Agenda nicht habe entdecken können. Das Verhalten des Beschwerdeführers hat – abgesehen von dem einmaligen Vorfall mit der Terminverwechslung – zu keinen weiteren Beanstandungen Anlass gegeben. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass er den Termin aus Gleichgültigkeit oder Desinteresse verpasst hätte; er hat den Termin vielmehr als Folge einer Unachtsamkeit falsch eingetragen, sich nach Entdeckung seines Irrtums aber umgehend und in korrekter Weise für sein Versehen entschuldigt. In Berücksichtigung all dieser Umstände rechtfertigt es sich, auf eine Sanktion zu verzichten. Die Beschwerde erweist sich daher als begründet und ist gutzuheissen. Die Einstellungsverfügung ist mithin aufzuheben.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Juli 2005

S 2005 / 72

Art. 17 Abs. 2 und 3 lit. b AVIG; Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG; Art. 30 Abs. 3 AVIG; Art. 45 Abs. 2 AVIV. – Pflicht des Versicherten zur Teilnahme an Beratungs- und Kontrollgesprächen; Sanktion bei Säumnis und Dauer der Einstellung in der Anspruchsberechtigung.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 17 Abs. 1 AVIG muss der Versicherte, der Versicherungsleistungen beanspruchen will, mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere ist er verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb seines bisherigen Berufes. Er muss seine Bemühungen nachweisen können. Der Versicherte muss sich möglichst frühzeitig, spätestens jedoch am ersten Tag, für den er Arbeitslosenentschädigung beansprucht, persönlich bei seiner Wohngemeinde oder der vom Kanton bestimmten zuständigen Amtsstelle zur Arbeitsvermittlung melden und von da an die Kontrollvorschriften des Bundesrates befolgen; er hat auf Weisung der zuständigen Amtsstelle namentlich an Beratungsgesprächen und Informationsveranstaltungen teilzunehmen (Art. 17 Abs. 2 und Abs. 3 lit. b AVIG in der Fassung vom 22. März 2002, in Kraft seit 1. Juli 2003). Nach der Anmeldung muss sich der Versicherte entsprechend den Anordnungen des Kantons zu Beratungs- und Kontrollgesprächen persönlich bei der zuständigen Amtsstelle melden. Die Termine für Beratungs- und Kontrollgespräche werden von der zuständigen Amtsstelle festgelegt (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 und Art. 21 Abs. 2 AVIG). Sie führt mit jedem Versicherten monatlich mindestens ein Beratungs- und Kontrollgespräch, wobei die Vermittlungsfähigkeit und die Vermittlungsbereitschaft überprüft werden (Art. 22 Abs. 2 AVIG). Die Erfüllung der Kontrollvorschriften stellt eine Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung dar (Art. 8 Abs. 1 lit. g AVIG). Der Versicherte ist gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er die Kontrollvorschriften oder die Weisungen der zuständigen Amtsstelle nicht befolgt.

Die Einhaltung der Termine für die Beratungs- und Kontrollgespräche gehört zu den elementaren Pflichten des Versicherten. Es darf ohne weiteres vom Versicherten erwartet werden, dass er die Termine für ein bis zwei Beratungs- bzw. Kontrollgespräche pro Monat genau einhält, zumal ihm diese jeweils einige Zeit im Voraus angekündigt werden, was eine entsprechende Disposition ermöglicht (Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. September 1998, S 79 / 1998). Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG hat nicht den Charakter einer Strafe im Sinne des Strafrechts, sondern denjenigen einer verwaltungsrechtlichen Sanktion mit dem Zweck, im Sinne der Solidarität unter den Versicherten eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung zu verhindern. Der Grund dafür ist die angemessene Mitbeteiligung der versicherten Person am Schaden, den sie durch ihr pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung natürlich und adäquat kausal verursacht hat (BGE 122 V 40 E. 4c/aa).

2.1 Den Termin für das Beratungsgespräch vom 5. November 2003 hat der Beschwerdeführer unbestrittenermassen versäumt. Dieser Termin wurde laut Formular «Gesprächsprotokoll/Verbindliche Vereinbarung» am 7. August 2003, also drei Monate im Voraus, vereinbart. In diesem Formular wurde der Beschwerdeführer sodann auf die Verbindlichkeit des Termins und

die Folgen bei unentschuldigtem Fernbleiben hingewiesen. Mit seinem Nichterscheinen zum Beratungsgespräch hat der Beschwerdeführer gegen Weisungen des RAV verstossen; es liegt somit ein Grund für eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung vor.

2.2 Der Beschwerdeführer bringt nun allerdings vor, dass er den Termin nicht habe wahrnehmen können, weil seine Mutter am 5. November 2003 nach einem zweiwöchigen Spitalaufenthalt überraschend aus dem Spital entlassen worden sei und er sich um sie habe kümmern müssen, da sein Vater arbeite. Sie habe auf Grund der erfolgten Operationen kaum gehen und – wegen der gleichzeitigen Operation am Knie und am Ellbogen – auch keine Krücken verwenden können. Am Morgen des 5. November 2003 habe er sich zwar noch auf den Termin beim RAV vorbereitet; mit der Pflege seiner Mutter sei er danach aber derart intensiv beschäftigt gewesen, dass er den Termin beim RAV um 16.00 Uhr völlig vergessen habe. Als er irgendwann auf die Uhr geschaut habe, sei es bereits nach 17.00 Uhr gewesen; um diese Zeit habe er Heidi Nussbaumer vom RAV nicht mehr erreichen können. Am nächsten Tag habe er bereits ein Schreiben des RAV bezüglich der Gewährung des rechtlichen Gehörs im Briefkasten vorgefunden. Zu prüfen ist somit, ob sich der Beschwerdeführer auf einen entschuldbaren Grund für sein Fernbleiben vom Kontrolltermin berufen kann.

2.3 An entschuldbare Gründe werden grundsätzlich strenge Voraussetzungen geknüpft und es werden nur gewichtige Gründe anerkannt wie etwa höhere Gewalt, Krankheit oder Unfall, die es dem Versicherten in unvorhersehbarer Weise verunmöglichen, seinen Pflichten nachzukommen. Stellt man zu Gunsten des Beschwerdeführers auf seine Darstellung – für die er indes keinerlei Belege eingereicht oder Beweismittel angeboten hat – ab, so ist er mit der Pflege der Mutter, die unerwartet aus dem Spital entlassen wurde, zwar verständlicherweise seinen familiären Beistandspflichten nachgekommen; den strengen Anforderungen an einen entschuldbaren Grund vermag dies jedoch nicht zu genügen. Die Pflege der Mutter hätte zweifellos als Grund ausgereicht, um eine Terminverschiebung zu erreichen, sofern er rechtzeitig und vorgängig mit dem RAV Kontakt aufgenommen hätte (vgl. dazu auch B 269 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung KS-ALE, Ausgabe Januar 2003, wonach eine Terminverschiebung unter anderem wegen der Pflege eines nahen Familienangehörigen gestattet werden kann). Wie er selber ausführte, hatte er sich noch am Morgen des besagten Tages auf das Gespräch beim RAV vorbereitet. Er hätte sich demnach telefonisch beim RAV melden und um eine Verschiebung des Termins nachsuchen können, sobald er vom Klinikaustritt seiner Mutter Kenntnis erhielt. Dies wäre ihm auch im Laufe des Tages noch ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen. Indem er die vorgängige Benachrichtigung des RAV unterlassen hat, ist er einem Termin unentschuldig ferngeblieben, was eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach sich ziehen muss. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer bereits am folgenden Tag eine Aufforderung zum rechtlichen Gehör im Brief-

kasten vorgefunden hat, kann er nichts zu seinen Gunsten herleiten, da dies an der Nichteinhaltung des Termins nichts ändert. Nachdem er sich nach eigenen Angaben bereits am Abend des 5. November 2003 des verpassten Termins gewahr geworden war, hätte er zumindest umgehend am Morgen des 6. November 2003 mit dem RAV Kontakt aufnehmen müssen, was er aber unbestrittenermassen nicht getan hat. Andere Gründe als die Pflege der Mutter, die eine vorgängige Orientierung der Verwaltung verunmöglicht hätten, sind nicht ersichtlich und werden auch nicht vorgebracht, weshalb eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung vorzunehmen ist.

3. Die Dauer der Einstellung in der Anspruchsberechtigung bemisst sich nach Massgabe des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 AVIG) und beträgt 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 45 Abs. 2 AVIV).

Gemäss Einstellraster des Staatssekretariates für Wirtschaft (seco) wird ein erstmaliges Fernbleiben vom Beratungsgespräch ohne entschuldbaren Grund dem Bereich des leichten Verschuldens zugeordnet und es ist eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung für fünf bis acht Tage vorgesehen (KSE-ALE D68). Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts darf auf diesen Einstellraster abgestellt werden, obwohl dieser als Verwaltungsweisung das Gericht an sich nicht bindet (Urteil EVG vom 21. Mai 2002 i.S. W., C 351/01).

Der Beschwerdeführer wurde für fünf Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt, was dem Minimum an Einstelltagen gemäss Einstellraster bei erstmaligem Versäumen eines Beratungstermins und damit dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt entspricht. Insbesondere trägt die verfügte Einstellung dem Umstand, dass der Beschwerdeführer nicht aus Böswilligkeit, sondern aus einer gewissen Nachlässigkeit heraus dem Termin fernblieb, angemessen Rechnung und berücksichtigt auch, dass der Beschwerdeführer seiner Mutter beistand. Die verfügte Einstellungsdauer für fünf Tage erscheint dem Verschulden des Beschwerdeführers angemessen und ist nicht zu beanstanden. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 10. März 2005

S 2004 / 159

Art. 20 AVIG; Art. 29 Abs. 1 AVIG. – Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs und Einreichung der für die Prüfung des Anspruchs notwendigen Unterlagen. Erlöschen des Anspruchs.

Art. 41 Abs. 1 ATSG – Wiederherstellung einer Frist

Aus den Erwägungen:

...

2. Der Arbeitslose macht seinen Entschädigungsanspruch bei einer Kasse geltend, die er frei wählen kann (Art. 20 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Für die erste Kontrollperiode während der Rahmenfrist sowie bei jeder erneuten Arbeitslosigkeit, die nach einem Unterbruch von wenigstens sechs Monaten eintritt, macht der Versicherte seinen Anspruch geltend, indem er der Kasse den vollständig ausgefüllten Entschädigungsantrag, das Doppel des amtlichen Anmeldeformulars, die Arbeitgeberbescheinigungen für die letzten zwei Jahre, den Ausdruck des Datensatzes «Kontrolldaten» oder das Formular «Angaben der versicherten Person» sowie alle weiteren Unterlagen, welche die Kasse zur Beurteilung seines Anspruchs verlangt, einreicht (Art. 29 Abs. 1 AVIV). Nötigenfalls setzt die Kasse dem Versicherten eine angemessene Frist für die Vervollständigung der Unterlagen und macht ihn auf die Folgen der Unterlassung aufmerksam (Art. 29 Abs. 3 AVIV). Der Anspruch erlischt, wenn er nicht innert dreier Monate nach dem Ende der Kontrollperiode, auf die er sich bezieht, geltend gemacht wird (Art. 20 Abs. 3 Satz 1 AVIG). Als Kontrollperiode gilt dabei jeder Kalendermonat, für den die arbeitslose Person Entschädigungsansprüche geltend macht (vgl. Art. 27a AVIV in Verbindung mit Art. 18a AVIG). Die in Art. 20 Abs. 3 Satz 1 AVIG gesetzte Frist ist eine Verwirkungsfrist, die weder einer Erstreckung noch einer Unterbrechung, in sinngemässer Anwendung von Art. 35 OG und Art. 24 VwVG aber einer Wiederherstellung zugänglich ist, sofern ein entschuldbarer Grund für die Verspätung nachgewiesen ist (Urteil EVG vom 19. Dezember 2003 C 112/03 E. 2.1 mit Hinweisen; BGE 114 V 123). Die Voraussetzungen, unter den eine Wiederherstellung der Frist im Bereich der Sozialversicherung möglich ist, sind nunmehr analog zu Art. 35 OG und Art. 24 VwVG in Art. 41 Abs. 1 ATSG geregelt.

2.1 Im vorliegenden Fall hat sich der Beschwerdeführer Ende April 2003 – nach einem Unterbruch von sechs Monaten – erneut zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung per 1. Mai 2003 angemeldet. Die Frist zur Einreichung der für die Beurteilung seines Anspruchs für den Monat Mai 2003 notwendigen Unterlagen endete damit am 31. August 2003. Mit Schreiben vom 2. Mai 2003 forderte ihn die Arbeitslosenkasse auf, neben der Arbeitgeberbescheinigung von Dr. O. auch die Arbeitsverträge mit Dr. Z. und Dr. O. in Kopie einzureichen. Gleichzeitig wies sie ihn darauf hin, dass der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erst dann geltend gemacht werde, wenn alle Unterlagen, die zur Beurteilung verlangt würden, eingereicht seien, und dass der Anspruch erlösche, wenn er nicht innert drei Monaten geltend gemacht werde. Nachdem der Beschwerdeführer in der Folge nur die Arbeitgeberbescheinigung von Dr. O. eingereicht hatte, ersuchte ihn die Kasse mit weiteren Schreiben vom 23. Mai und 7. August 2003 erneut um Zustellung einer Kopie der Arbeits-

verträge mit Dr. Z. und Dr. O. Auch diese Schreiben enthielten den Hinweis auf die Geltendmachung des Anspruchs und auf die einzuhaltende Frist von drei Monaten. Innert der vorliegend massgebenden Frist bis 31. August 2003 gingen die verlangten Unterlagen jedoch nicht ein. Der Beschwerdeführer liess diese der Arbeitslosenkasse vielmehr erst als Beilage zur Einsprache vom 18. November 2003 und damit nach Ablauf der Frist zukommen. Seine vage Behauptung, die Arbeitsvertragskopien seien von seiner Ehefrau fristgerecht eingereicht worden, hat der Beschwerdeführer weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht und es finden sich dazu in den Akten keinerlei Anhaltspunkte. Dies hat zur Folge, dass der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung für den Monat Mai 2003 grundsätzlich erloschen ist, es sei denn, der Beschwerdeführer könne entschuldige Gründe für sein Versäumnis nachweisen und damit eine Wiederherstellung der Frist erwirken.

2.2 Eine versäumte Frist kann gemäss Art. 41 Abs. 1 ATSG wiederhergestellt werden, wenn die gesuchstellende Person oder ihre Vertretung unverschuldeterweise abgehalten worden ist, binnen Frist zu handeln. Eine Fristwiederherstellung ist nach Art. 41 Abs. 1 ATSG somit nur zulässig, wenn ein Verschulden am Versäumnis nicht besteht. Die Hinderung kann auf einen objektiven oder einen subjektiven Grund zurückzuführen sein. Objektiv ist ein Hindernis, wenn es der gesuchstellenden Person oder ihrer Vertretung infolge eines von ihrem Willen unabhängigen Umstandes objektiv unmöglich war, die Frist zu wahren. Ein subjektives Hindernis liegt etwa vor, wenn die gesuchstellende Person sich in einem Irrtum befindet. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Fristwiederherstellung zulässig ist, besteht eine reichhaltige Rechtsprechung. Eine Wiederherstellung wurde etwa zugelassen bei schweren Krankheiten, bei einer Rechtsänderung, deren Tragweite nicht ohne weiteres absehbar war oder in engen Grenzen bei sprachlichen Schwierigkeiten; eine Ablehnung erfolgte demgegenüber etwa bei Krankheiten, welche eine Wahrung der Frist nicht völlig ausschlossen, bei nur teilweiser Arbeitsunfähigkeit oder bei Arbeitsüberlastung (Kieser, a.a.O., Art. 41 Rz 4 mit zahlreichen Hinweisen). Im Folgenden ist zu prüfen, ob die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gründe als unverschuldetes Hindernis im Sinne von Art. 41 Abs. 1 ATSG anerkannt werden können.

2.2.1 Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, er habe der Kasse sämtliche für die Prüfung seines Anspruchs notwendigen Unterlagen eingereicht; die Arbeitsverträge selbst seien für diese Prüfung nicht notwendig gewesen.

Das Erfordernis, zur Geltendmachung des Anspruchs die in Art. 29 Abs. 1 AVIV aufgeführten Unterlagen einzureichen, ist darin begründet, dass die Kasse gehörig über alle – oder zumindest alle wesentlichen – Elemente informiert sein muss, die sie zur Anspruchsabklärung benötigt (Urteil EVG vom 19. Dezember 2003 C 112/03 E. 2.2 mit Hinweisen). Es steht dabei je-

denfalls nicht im Belieben des Versicherten, darüber zu entscheiden, welche Unterlagen für die Prüfung seines Anspruchs notwendig sind und welche nicht. Da es sich bei den Arbeitsverhältnissen mit Dr. Z. und Dr. O. gemäss deren Arbeitgeberbescheinigungen um befristete Anstellungen gehandelt hatte, war der Beizug der entsprechenden Arbeitsverträge durchaus gerechtfertigt, um zu überprüfen, ob diese ordnungsgemäss beendet worden waren oder ob dem Beschwerdeführer allenfalls eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit vorzuwerfen war. Nachdem er insgesamt drei Mal aufgefordert worden war, die entsprechenden Arbeitsverträge einzureichen, musste ihm klar sein, dass die Kasse diese Unterlagen als notwendig erachtete. Auch über die Konsequenzen einer Säumnis war er ausreichend informiert worden, enthielten die Schreiben der Arbeitslosenkasse doch jedesmal entsprechende Hinweise über die Anforderungen an die Geltendmachung des Anspruchs und die dabei einzuhaltende Frist.

2.2.2 Sodann macht der Beschwerdeführer geltend, wegen der massiven Arbeitsbelastung von 70 Stunden pro Woche nach Aufnahme der neuen Arbeitsstelle im Juni 2003 sei ein tägliches Pendeln zwischen Wohn- und Arbeitsort unzumutbar gewesen, weshalb er die einzureichenden Unterlagen nicht greifbar gehabt habe.

Auch wenn es dem Beschwerdeführer nach Stellenantritt im Juni 2003 nicht möglich gewesen sein sollte, täglich nach Hause zurückzukehren, so verblieb ihm dennoch mit einer Frist von drei Monaten offenkundig in jeder Hinsicht ausreichend Zeit, um an einem arbeitsfreien Tag die entsprechenden Unterlagen zu Hause herauszusuchen und fristgerecht einzureichen.

2.2.3 Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, er habe die Arbeitsverträge nicht einfach herausgeben können, da diese vertraulich gewesen seien.

Abgesehen davon, dass sich den Arbeitsverträgen keine Pflicht zur Verschwiegenheit gegenüber Arbeitsstellen entnehmen lässt, ist dieser Einwand kaum nachvollziehbar. Selbst wenn eine solche Vereinbarung bestanden hätte, wäre die Frist von drei Monaten in jedem Fall ausreichend gewesen, um das Einverständnis der beiden Arbeitgeber einzuholen und die Arbeitsverträge einzureichen.

2.2.4 Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gründe, weshalb er innert Frist die verlangten Unterlagen nicht hat einreichen können, in keiner Weise den Anforderungen an ein unverschuldetes Hindernis im Sinne von Art. 41 Abs. 1 ATSG zu genügen vermögen und eine Wiederherstellung der Frist damit in jedem Fall ausser Betracht fällt.

2.3 Nachdem der Beschwerdeführer die von der Arbeitslosenkasse verlangten Unterlagen nicht innert der Verwirkungsfrist von drei Monaten, d.h.

bis 31. August 2003, eingereicht und auch keine zureichenden Gründe für eine Wiederherstellung der Frist nachgewiesen hat, ist sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für den Monat Mai 2003 definitiv erloschen. Die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2005

S 2004 / 151

Eine gegen dieses Urteil eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil vom 25. Oktober 2005 ab.

Art. 4 ATSG und Art. 9 Abs. 2 UVV – Ein Schlag in die Luft beim Fussballspiel stellt mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors keinen Unfall dar. Handelt es sich bei der erlittenen Verletzung im Knie um eine Knorpelschädigung, liegt auch keine unfallähnliche Körperschädigung vor, da die abschliessende Aufzählung von Art. 9 Abs. 2 UVV Knorpelschäden nicht enthält.

Aus den Erwägungen:

...

3.

3.1 Erste Voraussetzung für die Leistungspflicht eines Unfallversicherers ist das Vorliegen eines Unfalls resp. einer unfallähnlichen Körperschädigung. Als Unfall gilt die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat (Art. 4 ATSG, vgl. auch: aArt. 9 Abs. 1 UVV). Artikel 9 Abs. 2 UVV enumeriert abschliessend die Körperschädigungen, die, sofern sie nicht eindeutig auf eine Erkrankung oder eine Degeneration zurückzuführen sind, auch ohne ungewöhnliche äussere Einwirkung Unfällen gleichgestellt werden.

3.1.1 Damit von einem Unfall ausgegangen werden kann, müssen sämtliche in der Legaldefinition nach Art. 4 ATSG enthaltenen Kriterien erfüllt sein. Mit dem ersten Kriterium der Plötzlichkeit wird ein zeitlicher Rahmen gesteckt und es wird eine Einwirkung während eines kurzen, abgrenzbaren Zeitraums verlangt. Dabei handelt es sich in der Regel um eine Zeitspanne weniger Sekunden (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 4 Rz 7 f.). Das Kriterium der Unfreiwilligkeit verlangt, dass die Folge des Ereignisses, die Körperschädigung, unbeabsichtigt eintritt (Kieser, a.a.O., Rz 9 ff.). Mit dem

Kriterium der Ungewöhnlichkeit sollen Unfälle von Ereignissen abgegrenzt werden, die im Rahmen des Alltäglichen eintreten. Auszuschneiden sind mithin die tausendfältigen kleinen und kleinsten Insulte des täglichen Lebens, die als solche gänzlich unkontrollierbar sind und deshalb nur beim Hinzutreten von etwas Besonderem Berücksichtigung finden können (Werner Lauber, zitiert in: Alfred Bühler, Der Unfallbegriff, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St. Gallen 1995, S. 195 ff., insbesondere S. 234). Massgebend ist, dass das Ereignis das im jeweiligen Lebensbereich Alltägliche oder Übliche überschreitet (vgl. BGE 112 V 203/ vgl. auch Urteil vom 4. November 2005 [K 90/03], wonach Kollisionen bei einer Fahrt im Autoscooter nichts Ungewöhnliches seien/ vgl. weiter: RKUV 1996, S. 199 und RKUV 1998, S. 468). Dabei kann die Ungewöhnlichkeit auch in einer Programmwidrigkeit bestehen oder sich aus einem das Übliche überschreitenden Ausmass ergeben. Ungewöhnlich ist dabei nicht die Wirkung des betreffenden Faktors, sondern dieser selbst. Die Praxis stellt neben objektiven Elementen auch auf subjektive Umstände wie Gewöhnung, Häufigkeit der Verrichtung etc. ab (Kieser a.a.O., Rz 17 ff.). Das Kriterium des äusseren Faktors gilt im Regelfalle schliesslich als erfüllt, wenn äussere, vom menschlichen Körper unabhängige Kräfte – praxismässig können aber auch körpereigene Bewegungen wie das Aufstehen aus der Hocke die schädigende äussere Einwirkung darstellen (BGE 129 V 466) – auf diesen einwirken. In aller Regel wird es sich um eine mechanische Einwirkung handeln (Kieser, a.a.O., Rz 19). Zwingende Folge dieses Zusammenspiels verschiedener Faktoren ist die Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit.

3.1.2 Zum Kriterium der Ungewöhnlichkeit, insbesondere bei Sportverletzungen, hält die Praxis ergänzend fest, es gelte bei Körperbewegungen der Grundsatz, dass das Erfordernis der äusseren Einwirkung lediglich dann als erfüllt gelte, wenn ein in der Aussenwelt begründeter Umstand den natürlichen Ablauf einer Körperbewegung gleichsam programmwidrig beeinflusse. Bei einer solchen unkoordinierten Bewegung sei der ungewöhnliche äussere Faktor zu bejahen. Ohne besonderes Vorkommen sei das Merkmal der Ungewöhnlichkeit und damit das Vorliegen eines Unfalls hingegen zu verneinen (Urteil vom 7. Oktober 2003 [U 322/02]). Die Praxis verneinte eine Programmwidrigkeit im Falle einer Lehrerin, die infolge einer Rolle vorwärts Nackenschmerzen verspürte (Urteil vom 28. Juni 2002 [U 98/01]). Ebenso entschied das EVG bei einer Versicherten, die sich bei einem Rückwärtspurzelbaum den Nacken/Schulterbereich verletzt hatte (Urteil vom 7. Oktober 2003 [U 322/02]). Auch im Falle einer Halswirbelsäulendistorsion beim Jiu-Jitsu Training – der unten liegende Versicherte wollte den Trainingspartner hochdrücken, wobei grosser Druck auf sein Genick entstand – wurde eine Programmwidrigkeit verneint (Urteil vom 10. Januar 2003 [U 385/01]). Schliesslich entschied das oberste Gericht, mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors werde auch bei einem Beschleunigungstrauma

während eines Ausbildungs-Kunstfluges – plötzliche Druckveränderung – der Unfallbegriff nicht erfüllt (Urteil vom 28. Juni 2002 [U 370/01]). Hinsichtlich Körperattacken beim Eishockeyspiel hielt das EVG fest, obgleich diese zu den üblichen Umständen dieser Sportart zählten, könne der ungewöhnliche äussere Faktor darin gesehen werden, dass die Körperbewegung programmwidrig beeinflusst werde. Der auf diese Weise unkoordinierte Bewegungsablauf stelle somit den ungewöhnlichen äusseren Faktor dar. Zwar müsse ein Spieler damit rechnen, dass er gefoult werde, hingegen könne er nicht voraussehen, wie sich die Körperattacke auf seinen natürlichen Bewegungsablauf auswirke (BGE 130 V 117 ff.).

...

4. Vorerst stellt sich die Frage, ob ein Unfallgeschehen vorliegt. In Würdigung der Fakten und der unter Erwägung 3.1.1. und 3.1.2 ausgeführten Praxis ist in casu mit der Beschwerdegegnerin festzustellen, dass beim fraglichen Luftschlag – Tritt neben den Ball – nicht von einer Programmwidrigkeit im Sinne von Lehre und Praxis gesprochen werden kann. Wohl ist ein Fussballer in der Regel von der Absicht beseelt, den Ball und nichts anderes als den Ball zu treten. Dabei kommt es regelmässig zu stark ausgeführten Schlägen, die in jedem Falle und unabhängig vom Erfolg des «Stosses» eine Belastung für die Gelenke darstellen. Allerdings kommt es – selbst im Profifussball – auch häufig vor, dass daneben getreten wird, und auch dies gehört zu den Gebräuchen und Gewohnheiten, d.h. zu den Alltäglichkeiten im Fussballspiel. Wenngleich mit einem Fehlschlag in der Regel nicht gerechnet wird, ist trotzdem – und entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – festzuhalten, dass die Körperbewegung des Fussballers bei einem Tritt in die Luft nicht programmwidrig beeinflusst wird, vermag doch das Fehlen des Balles resp. des Ballwiderstands den Ablauf der Körperbewegung nicht resp. nicht in einem das Alltägliche und Übliche überschreitenden Mass zu beeinträchtigen. Anders wäre die Sache nach Lehre und Praxis bei einem Tritt gegen einen Gegenspieler oder gegen den Boden zu beurteilen. Kommt es wie vorliegend, trotz an sich unbeeinträchtigter Körperbewegung, gleichwohl zu einer Verletzung, kann mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors nicht von einem Unfall gesprochen werden. Ausschlaggebend ist dabei ausschliesslich das Kriterium der Ungewöhnlichkeit und es ist noch einmal daran zu erinnern, dass die Ungewöhnlichkeit nicht die Wirkung des Faktors betrifft, sondern diesen selbst (vgl. Erwägung 3.1.1). Soweit das EVG in dem in RKUV 1990 S. 375 zitierten Entscheid resp. in BGE 129 V 466 im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 2 UVV einen Luftschlag als schädigende äussere Einwirkung qualifizierte, lässt sich daraus zum Aspekt der Ungewöhnlichkeit nach Art. 4 ATSG nichts ableiten.

...

6. Nach Art. 9 Abs. 2 UVV 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 und h) Trommelfellverletzungen. Mit Entscheid, publiziert in RKUV 1990, S. 375, bestätigt in BGE 129 V 466, hielt das EVG fest, ein Tritt ins Leere beim Fussballspiel stelle eine äussere Einwirkung dar, so dass eine dadurch entstandene Bandläsion unter Art. 9 Abs. 2 UVV zu subsumieren sei. Zum Kriterium der Ungewöhnlichkeit äusserte sich das EVG nicht, da diesem im Anwendungsfälle von Art. 9 Abs. 2 UVV – im Gegensatz zum Unfall nach Art. 4 ATSG resp. aArt. 9 Abs. 1 UVV – keine Relevanz zukommt.

Wie den Arztberichten von Dr. W. klar und unmissverständlich entnommen werden kann, wies das Knie des Beschwerdeführers nach dem fraglichen Vorfall weder Bänder- noch Meniscusverletzungen, hingegen Knorpelschäden auf. Knorpelschäden sind in der abschliessenden Enumeration von Art. 9 Abs. 2 UVV nicht enthalten. Liegt eine Diagnose vor, die in der Liste nach Art. 9 Abs. 2 UVV kein Korrelat hat, kann nicht von einer unfallähnlichen Körperschädigung im Sinne des Gesetzes gesprochen werden, und die Leistungen des Unfallversicherers sind nicht geschuldet. Ob dem zu beurteilenden Vorfall das Kriterium des äusseren Faktors zuerkannt werden kann oder nicht, ist vorliegend somit unbeachtlich.

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass in casu weder von einem Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG resp. aArt. 9 Abs. 1 UVV noch von einer unfallähnlichen Körperschädigung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 UVV gesprochen werden kann. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2005 S 2005 / 181

Art. 15 Abs. 2 UVG und Art. 22 Abs. 4 UVV - Versicherter Verdienst. Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Voraussetzungen zur Berücksichtigung von Überstunden bei der Berechnung des versicherten Verdienstes.

Aus dem Sachverhalt:

Z. erlitt am 29. Juni 1997 einen Unfall, für dessen Folgen er gemäss UVG versichert ist. Mit Verfügung vom 26. März 2003 sprach die X. Versicherung

Z. eine Invalidenkomplementärrente aufgrund eines Invaliditätsgrades von 100 % ab 1. Dezember 2002 zu. Dabei wurde von einem massgebenden Jahresverdienst im Jahr vor Rentenbeginn von Fr. 70'200.-, bzw. 90 %: Fr. 63'180.-, ausgegangen. Gegen diese Verfügung erhob Z. Einsprache, die mit Einspracheentscheid vom 11. März 2004 abgewiesen wurde. Dagegen liess Z. am 15. Juni 2004 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde einreichen, unter anderem mit dem Antrag, die Invalidenkomplementärrente sei ausgehend vom massgebenden Jahresverdienst zuzüglich der geleisteten Überstunden mit Fr. 79'918.35, evt. Fr. 73'535.- neu festzulegen.

...

Aus den Erwägungen:

...

5. Gemäss Art. 15 Abs. 1 UVG wird die Höhe der Rente nach dem versicherten Verdienst bemessen. Als versicherter Verdienst gilt für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn (Art. 15 Abs. 2 UVG), bzw. der nach der Bundesgesetzgebung über die AHV massgebende Lohn (Art. 22 Abs. 2 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, UVV). Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht (Art. 22 Abs. 4 UVV). Beginnt die Rente mehr als fünf Jahre nach dem Unfall, ist gemäss Art. 24 Abs. 2 UVV der Lohn massgebend, den der Versicherte ohne den Unfall im Jahre vor dem Rentenbeginn bezogen hätte, sofern er höher ist als der letzte vor dem Unfall erzielte Lohn.

5.1 Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, sein Jahreslohn habe im Jahr 1996 gemäss Lohnausweis Fr. 69'635.- betragen. Auf diesen Lohnbetrag habe der Beschwerdeführer denn auch die entsprechenden Unfallversicherungsprämien entrichtet. Unter der von der Beschwerdegegnerin getroffenen Annahme, dass der Jahreslohn des Beschwerdeführers um Fr. 3'900.- gestiegen wäre, ergäbe sich somit ein massgebender Verdienst von recte Fr. 73'535.-. Aufgrund der vom Beschwerdeführer besuchten Weiterbildungen sei ab 1. Januar 2000 von einer Erhöhung des Jahreslohns von rund Fr. 5'200.- (13 x Fr. 400.-) auszugehen. In der Beschwerdeschrift wird ein massgebender Jahresverdienst von Fr. 79'918.35 [recte: Fr. 78'735.-] veranschlagt.

5.2 Die Beschwerdegegnerin ihrerseits stellt sich auf den Standpunkt, der massgebliche versicherte Jahreslohn vom 1. Dezember 2001 bis 30. November 2002 werde mit Fr. 70'200.- beziffert. Gemäss Angaben der H. AG wäre

der Jahreslohn des Beschwerdeführers von 1996 bis 2002 um Fr. 3'900.- gestiegen, bzw. um Fr. 650.- pro Jahr. Ausgehend vom Jahreslohn 1996 ergebe die Hochrechnung den Betrag von Fr. 70'200.- (Fr. 66'300.- + Fr. 3'900.-). Die H. AG mache in ihrem Schreiben vom 14. Mai 2003 deutlich, bei den zusätzlich ausbezahlten Fr. 3'335.- handle es sich um eine einmalige Zahlung zur Abgeltung der geleisteten Überstunden.

...

5.5 Zu prüfen ist vorliegend, ob die geleisteten Überstunden bei der Berechnung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen sind.

5.5.1 Als Überstundenarbeit gilt Arbeit, die über die im Einzelarbeits-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbarte, im Betrieb geltende oder in der Branche übliche Stundenzahl hinaus geleistet wird (BGE 129 V 107). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei einem Versicherten, der wie alle anderen Angestellten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ohne Unfall weiterhin Überstundenarbeit geleistet hätte und somit im Jahr vor dem Rentenbeginn ein höheres Einkommen erzielen würde als vor dem Unfall, der versicherte Verdienst im Sinne von Art. 24 Abs. 2 UVV anzupassen (RKUV Nr. U 400, S. 381 ff.).

5.5.2 Anerkanntermassen leistete der Beschwerdeführer im Jahre 1996 Überstunden. Aus der Überstunden-Kontrolle 1997 geht hervor, dass der Beschwerdeführer auch im Jahre 1997 Überstunden leistete. In der 17. Woche des Jahres 1997 hatte sich der Beschwerdeführer 124.30 Überstunden erarbeitet. Allerdings kompensierte er diese in den folgenden vier Wochen, so dass er Ende der 21. Woche sogar ein Minus von 7.30 Stunden aufwies.

Die beschwerdeführerische Argumentation beruht unter anderem auf RKUV 1989, Nr. 69, S. 180 ff. und RKUV 2000 Nr. U 400, S. 381. In der erwähnten Rechtsprechung wird für die Berücksichtigung der geleisteten Überstunden für den versicherten Verdienst unter anderem gefordert, dass nicht nur weiterhin regelmässig Überstunden erbracht werden, sondern dass diese auch regelmässig zu einem höheren Einkommen führen. Die genannten Gerichtsentscheide beziehen sich somit auf die Situation, wo die regelmässig geleisteten Überstunden monetär entschädigt werden und dadurch ein höheres Einkommen erzielt wird. Aus den Akten ergibt sich aber, dass dies vorliegend nur im Jahr 1996 der Fall war. Obwohl auch im Jahr 1997 Überstunden geleistet worden sind, wurden diese nicht ausbezahlt, sondern komplett durch Freizeit kompensiert. Eine Kompensation der Überstunden durch Freizeit hat allerdings zur Folge, dass sie nicht mehr ausbezahlt werden. Andernfalls würden sie doppelt entschädigt werden. Zudem bezeichnete die H. AG die monetäre Entschädigung der geleisteten Überstunden im Jahr 1996 als eine einmalige Angelegenheit. Es ist demnach nicht so, dass die geleisteten Überstunden regelmässig monetär entschädigt worden sind, wie dies die genannte Rechtsprechung fordert. Angesichts dieser Umstände

kann also keineswegs von einem aufgrund der geleisteten Überstunden regelmässig höheren Einkommen ausgegangen werden. Aus diesem Grund dürfen sie bei der Berechnung des versicherten Verdienstes auch nicht berücksichtigt werden. Aus den genannten Gründen spielt es vorliegend keine Rolle, ob der Beschwerdeführer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ohne Unfall weiterhin Überstundenarbeit geleistet hätte. Es rechtfertigt sich, von einem versicherten Verdienst von Fr. 66'300.- auszugehen.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. März 2005

S 2004 / 65

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 42 Abs. 1 ZGB. – Begehren um Abänderung des Geburtsjahrs im Zivilstandsregister. Die Berichtigungsklage steht nicht zur Verfügung, wenn der Eintrag im Zivilstandsregister formell korrekt ist, d.h. auf echten Belegen beruht, die materiell unrichtig sind. Dafür bedarf es der Umstossung jener Belege, auf denen die angeblich materiell unrichtige Registereintragung beruht (Erw. 2 und 3). Zuständig zur Anerkennung eines türkischen Urteils betreffend Änderung des Geburtsjahrs ist die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen, mithin die Direktion des Innern des Kantons Zug (Erw. 4).

Aus den Erwägungen:

1. Zur Beurkundung des Personenstandes werden elektronische Register geführt (Art. 39 Abs. 1 ZGB). Nach Abs. 2 dieser Bestimmung gehören zum Personenstand insbesondere die eine Person unmittelbar betreffenden Zivilstandstatsachen wie die Geburt, die Heirat, der Tod (Ziff. 1), sodann u.a. auch die Kantons- und Gemeindebürgerrechte (Ziff. 4). Die Registerführung obliegt in der Regel den Zivilstandsbeamten (Art. 44 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen ZStV). Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer zusammen mit seiner Ehefrau in Zug eingebürgert, weshalb ein Zivilstandsregistereintrag im Familienregister Zug besteht. Das Geburtsjahr des Beschwerdeführers wurde aufgrund der verschiedenen, im Einbürgerungsverfahren vorgelegten türkischen Zivilstandsurkunden mit der Jahreszahl «1950» im zugerischen Familienregister korrekt eingetragen. Der Beschwerdeführer macht nun geltend, dass er in Wirklichkeit nicht im Jahre 1950, sondern bereits im Jahre 1948 geboren worden sei, und beantragt deshalb eine entsprechende Berichtigung des Registereintrages. Es stellt sich zunächst die Frage, ob ihm hierfür die Berichtigungsklage nach Art. 42 ZGB zur Verfügung steht.

2. Während die Zivilstandsbehörden gemäss Art. 43 ZGB Fehler, die auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruhen, von Amtes wegen beheben, kann derjenige, der ein schützenswertes persönliches Interesse geltend macht, nach Art. 42 Abs. 1 ZGB beim Gericht auf Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister klagen. Die Berichtigungsklage (als umfassende Gestaltungsklage) nach Art. 42 ZGB setzt mithin voraus, dass einerseits eine fehlerhafte Eintragung vorliegt, die nicht auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruht, und dass andererseits hierfür kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht (Willi Heussler, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2002, N 5 zu Art. 42). Die Berichtigungsklage zielt darauf ab, eine Eintragung zu verbessern,

die von Anfang an fehlerhaft und formell ungenau war. Sie genügt nur, wenn der Personenstand nicht (wegen einer Standesänderung oder wegen einer materiellen Unstimmigkeit) selber im Spiel steht. Sie kann die Statusklage nicht ersetzen, und der Richter darf sich nicht darauf beschränken, in einer der materiellen Rechtskraft nicht teilhaftigen Erwägung vorfrageweise über den Zivilstand zu entscheiden (Pra 50 [1961], S. 253). Fehlerhaft ist der Eintrag dann, wenn die Eintragung selbst falsch oder ungenau ist. Ein fehlerhafter Eintrag kann auch auf einer Irreführung des Zivilstandsbeamten beruhen, indem ihm beispielsweise unwahre Angaben über Ort und Zeit einer Geburt oder über die Namen bestimmter Personen gemacht werden. Und schliesslich kann auch mittels gefälschter Urkunden ein Falscheintrag herbeigeführt werden (vgl. Egger, Zürcher Kommentar zum ZGB, 2. A., Zürich 1930, N 3 zu aArt. 45). Ist ein Eintrag formell korrekt, d.h. beruht er auf echten Belegen, die aber materiell unrichtig sind, so bedarf es zur Berichtigung des Eintrages vorerst der Umstossung jener Belege, und zwar je nachdem in einem eigenen gerichtlichen Verfahren.

3. Wie erwähnt, erfolgte die beanstandete Eintragung aufgrund der unbestrittenermassen echten türkischen Zivilstandsurkunden, die als Geburtsdatum des Beschwerdeführers das Jahr 1950 auswiesen, formell korrekt. Der Beschwerdeführer bestreitet aber, dass dieser Eintrag materiell richtig ist, d.h. dass der Eintrag sein tatsächliches Geburtsjahr wiedergibt. Hiefür steht aber die Berichtigungsklage nach Art. 42 ZGB nach den vorstehenden Erwägungen nicht zur Verfügung. Es bedarf deshalb der Umstossung jener Belege, auf denen die angeblich materiell unrichtige Registereintragung beruht. Das hat aber in einem anderen Verfahren zu geschehen. Entweder müssen diese Belege zuerst in dem dafür vorgesehenen Verfahren berichtigt werden oder es muss eine eigentliche Statusklage, und zwar im Sinne einer Feststellungsklage, angestrengt werden, womit das wirkliche Geburtsjahr des Beschwerdeführers rechtskräftig festgestellt wird. Weder das eine noch das andere lässt sich mit der Berichtigungsklage nach Art. 42 ZGB bewerkstelligen. Die dem schweizerischen Eintrag zugrunde liegenden türkischen Belege können offensichtlich nicht vom schweizerischen Richter berichtigt werden, und die Feststellung des wirklichen Geburtsjahres des Beschwerdeführers könnte im Rahmen der Berichtigungsklage lediglich als Vorfrage beurteilt werden, die aber als solche nicht an der materiellen Rechtskraft teilnehmen würde (vgl. Pra 50 [1961], S. 253).

Daraus erhellt, dass der Berichtigungsklage des Beschwerdeführers kein Erfolg beschieden sein kann. Das Berichtigungsgesuch wurde deshalb von der Vorinstanz zu Recht abgewiesen. Die angefochtene Verfügung erweist sich mithin im Ergebnis als richtig und die Beschwerde als unbegründet. Sie ist demnach abzuweisen.

4. Nachdem sich der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren zur Begründung seines Gesuchs um Abänderung seines Geburtsjahres im Zivil-

standsregister u.a. auf ein Urteil des türkischen Landgerichts X. vom 5. August 2003 berufen hat, stellt sich die Frage, ob ihm dieser Entscheid allenfalls auf anderem Wege die angestrebte Änderung bzw. Berichtigung des schweizerischen Zivilstandsregistereintrags ermöglicht. Gemäss der Übersetzung dieses Entscheids wurde die «Geburtseintragung von A. () geb. am .././1950, registriert in Provinz Y., Kreis X. () ALS .././1948 IN DIE MELDEREGISTER EINGETRAGEN, DIE MONAT UND TAG EINTRAGUNG BLEIBT GLEICH NUR DAS JAHR 1950 WIRD AUFGEHOBEN». Damit dürfte der dem schweizerischen Registereintrag ursprünglich zugrunde liegende Beleg in einem dafür vorgesehenen Verfahren nachträglich abgeändert bzw. berichtigt worden sein. Eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand wird aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde des Heimatkantons der betroffenen Person in die Zivilstandsregister eingetragen (Art. 32 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 ZStV). Nach Art. 32 Abs. 2 IPRG wird die Eintragung bewilligt, wenn die Voraussetzungen der Art. 25 - 27 IPRG erfüllt sind. Gemäss Art. 31 IPRG gelten die Artikel 25 - 29 sinngemäss für die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung oder einer Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bei der vorerwähnten türkischen Entscheidung dürfte es sich nach der hiesigen Terminologie um eine solche der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit handeln. Zuständig zur Anerkennung dieses Urteils wäre nach dem Gesagten die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen, mithin die Direktion des Innern des Kantons Zug (§ 5 Ziff. 2 EG ZGB). Es ist deshalb denkbar, dass diese aufgrund der türkischen Entscheidung eine Änderung des schweizerischen Zivilstandsregistereintrages verfügen könnte. Die Justizkommission ist indes nicht kompetent, darüber abschliessend zu befinden. Es bleibt dem Beschwerdeführer deshalb anheim gestellt, ob er diesen Weg beschreiten will.

Justizkommission, 23. Mai 2005

2. Sachenrecht

Art. 684 ZGB – Ideelle Immissionen. Die mit der Errichtung von «Dozulékreuzen» (auch «Liebeskreuze» genannt) verbundene Wirkung ist als ideelle Immission zu qualifizieren. Ob eine übermässige Einwirkung vorliegt, ist aufgrund der konkreten Umstände zu prüfen. Im vorliegenden Fall stellt das Kreuz bei Tageslicht keine übermässige Immission im Sinne von Art. 684 Abs. 1 ZGB dar. Hingegen übersteigen die Immissionen, die in der Dunkelheit vom beleuchteten Kreuz ausgehen, die Grenze dessen, was die Nachbarn gemäss Art. 684 ZGB noch dulden müssen.

Aus dem Sachverhalt:

Der Beklagte bewohnt den Hof Unterlüthärtigen auf dem Grundstück Nr. 172, GB der Gemeinde Menzingen. Im Herbst 2002 stellte der Beklagte auf diesem Grundstück vor seinem Haus ein 7,38 m hohes und 2,46 m breites so genanntes «Dozulékreuz» (auch «Liebeskreuz» genannt) auf, welches in der Dunkelheit in seiner Silhouette leuchtet. Die Kläger 1 und 2 sind Eigentümer von drei an das Grundstück des Beklagten grenzenden Parzellen und wohnen in den sich darauf befindenden Häusern. Mit Eingabe vom 8. März 2004 liessen die Kläger beim Kantonsgerichtspräsidium Zug gegen den Beklagten Klage einreichen mit dem Antrag, der Beklagte sei zu verpflichten, das Kreuz zu entfernen; eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, das Kreuz örtlich so zu verlegen, dass man es von den Wohnbauten der Beklagten aus nicht sieht; subeventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, auf eine Beleuchtung des Kreuzes vollumfänglich zu verzichten; sub-subeventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, das Kreuz ausschliesslich zwischen 2.00 Uhr und 5.00 Uhr in der Früh zu beleuchten. Zur Begründung führten die Kläger im Wesentlichen aus, das beleuchtete und direkt auf die Grundstücke der Kläger ausgerichtete Kreuz stelle eine übermässige ideelle Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB dar.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten (Abs. 1). Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung (Abs. 2). Art. 684 ZGB erfasst auch die so genannten ideellen Immissionen, worunter Lehre und Rechtsprechung Zustände oder Handlungen verstehen, welche das seelische Empfinden der Nachbarn verletzen oder unangenehme psychische Eindrücke erwecken. Bei der Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger, d.h. übermässiger

Immission ist die Intensität der Einwirkungen massgebend. Diese beurteilt sich nach objektiven Kriterien. Der Richter hat eine sachlich begründete Abwägung der Interessen vorzunehmen, wobei er den Massstab des Empfindens eines Durchschnittsmenschen in der gleichen Situation zugrunde zu legen hat. Eine ideelle Immission wird erst angenommen, wenn bei Personen mit normaler durchschnittlicher Empfindlichkeit ein erhebliches, ständig fühlbares Unbehagen verursacht wird. Bei dem nach Recht und Billigkeit zu treffenden Entscheid sind nicht bloss Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie der Ortsgebrauch zu berücksichtigen, wie es Art. 684 Abs. 2 ZGB ausdrücklich erwähnt; es ist die individuell konkrete Interessenlage umfassend zu würdigen: Alle in der einzelnen Streitsache ins Gewicht fallenden Umstände sind auf ihre Erheblichkeit hin zu prüfen, wobei stets zu beachten bleibt, dass Art. 684 ZGB als nachbarrechtliche Norm in erster Linie der Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs dienen soll. Verboten sind nicht nur schadenverursachende, sondern auch bloss lästige (übermässige) Einwirkungen. Sowohl bei der Beurteilung der Frage, ob die von ihm festgestellten Einwirkungen angesichts der gegebenen örtlichen Verhältnisse als im Sinne von Art. 684 ZGB übermässig und damit unzulässig sind, als auch bei der Anordnung der von ihm als geboten erachteten Vorkehren steht dem Sachrichter ein Ermessen zu (BGE 126 III 223 E. 4a, S. 227 f., mit weiteren Hinweisen; s. auch BGE vom 15. November 1991 in Sachen M.W. gegen H.L. [5C.218/1990], E. 3). Dem von einer übermässigen Immission Betroffenen stehen die Klagen aus Art. 679 ZGB zu, wonach unter anderem auf Beseitigung der durch eine übermässige Einwirkung geschaffenen rechtswidrigen Zustandes geklagt werden kann. Das Gericht prüft in diesem Fall zunächst die Möglichkeit, die Einwirkung durch geeignete Schutzvorkehrungen auf ein erträgliches Mass zu reduzieren. Hierauf untersucht es, ob die Interessen des Betroffenen durch eine zeitliche Beschränkung der die Einwirkung verursachenden Grundstücksnutzung genügend geschützt werden können. Erst dann, wenn übermässige Einwirkungen durch derartige Massnahmen nicht behoben werden können, ordnet das Gericht die vollständige Untersagung der die Immissionen verursachenden Nutzungsart des Ausgangsgrundstücks an (Rey, Basler Kommentar, 2. A., Basel/Genf/München 2003, N 15 zu Art. 679 ZGB).

2. Die Kläger verlangen in erster Linie, der Beklagte sei zu verpflichten, das von ihm errichtete Kreuz zu entfernen. Eventualiter sei das Kreuz örtlich so zu verlegen, dass man es von den Wohnbauten der Kläger aus nicht sehe.

2.1 Kreuze gehören zu den ältesten religiösen Symbolen und Heilszeichen der Menschheit. Die christliche Theologie beschreibt das Kreuz als Symbol und Zeichen des durch Gott im Tod und in der Auferstehung Jesu Christi gewirkten Heils (Der Brockhaus in fünf Bänden, 9. A., Leipzig/ Mannheim 2000, Bd. 3, S. 2553). Es stellt sich daher die Frage, ob ein Kreuz in einem christlich geprägten Kulturkreis als «ideelle Immission» erscheinen kann.

Bei dem vom Beklagten errichteten Kreuz handelt es sich unbestrittenermassen um ein so genanntes «Dozulékreuz». Die Errichtung von Dozulékreuzen geht auf eine angebliche Botschaft von Jesus an Madeleine Aumont von Dozulé, Frankreich, in den Jahren 1972 bis 1978 zurück, in der Jesus die Errichtung eines riesigen Kreuzes von 738 Metern Höhe bis zum Ende des Heiligen Jahres 2000 gefordert habe. Am 16. Juli 1996 habe der Heiland in einer weiteren Botschaft an eine andere, ebenfalls in Frankreich lebende Seherin verlangt, dafür nun weltweit Tausende Kreuze mit den Massen 7,38 m, also im Massstab 1:100, aufzustellen (vgl. www.fatima.ch/Seite64.htm). Ein Dozulékreuz stellt demnach ein Zeugnis einer religiösen Gemeinschaft dar, die im Glauben an die von einer französischen Seherin übermittelten Botschaften Tausende von beleuchteten Kreuzen mit den Massen 7,38 m aufstellen will. Vor diesem Hintergrund und angesichts der besonderen Höhe und Beleuchtung des Kreuzes ist anzunehmen, dass ein solches Kreuz auch bei religiös toleranten Personen mit normaler durchschnittlicher Empfindlichkeit ein gewisses Befremden auslösen und ein erhebliches, ständig fühlbares Unbehagen verursachen kann. Mithin ist die mit der Errichtung von Dozulékreuzen verbundene Wirkung als ideelle Immission zu qualifizieren.

2.2 Es stellt sich deshalb im Weiteren die Frage, ob diese Immission als übermässig zu qualifizieren ist. Dabei ist nachfolgend vorab die ideelle Immission des Kreuzes bei Tageslicht zu prüfen.

Der Hof Unterlühärtigen des Beklagten befindet sich im Weiler Lühärtigen in der Gemeinde Menzingen, der etwa fünf Wohnhäuser umfasst. Dieser Hof liegt unterhalb der Wohnhäuser der Kläger und ist von diesen zwischen 100 und 200 m entfernt. Das vom Beklagten auf seinem Grundstück wenige Meter vor seinem Haus errichtete Kreuz ist auf die Grundstücke der Kläger ausgerichtet und hat eine Höhe (Längsbalken) von 7,38 m und eine Breite (Querbalken) von 2,46 m. Die Längs- und Querbalken sind 8 cm dick. Die Vorderseite des Kreuzes ist weiss, während die umlaufenden Seiten blau sind. Beidseits der Längs- und Querbalken ist eine Beleuchtungskette in Form von kleinen Leuchtkörpern angebracht. Von den Klägern aus betrachtet steht das Kreuz zumindest teilweise im Profil der Häusergruppe des Hofes des Beklagten und erreicht in der Höhe die Dachtraufe bzw. das zweite Obergeschoss. Dadurch gliedert es sich grösstenteils in die Struktur des Wohnhauses ein. Auffallend sind zudem die vielen Holzmasten mehrerer Stromleitungen in der Umgebung des Wohnhauses, welche – bei Tageslicht – das Gesamtbild mitprägen. Das Kreuz mit 8 cm dicken Längs- und Querbalken ist aus einer Distanz von 100 bis 200 m zwar erkennbar, tritt bei Tageslicht aber nicht derart in den Vordergrund, dass es zu einem Blickfang würde. Auch die weissblaue Farbe des Kreuzes führt nicht zu einem derartigen Kontrast zur Umgebung, dass das Kreuz auf den ersten Blick auffallen würde. Unter diesen Umständen ist das Kreuz bei Tageslicht nicht als übermässige Immission zu qualifizieren. Der Tatbestand von Art. 684 ZGB ist somit allein der Grösse respektive des Standorts des Kreuzes wegen nicht er-

füllt. Dementsprechend sind sowohl das klägerische Hauptbegehren als auch das Eventualbegehren abzuweisen.

3. Subeventualiter verlangen die Kläger, der Beklagte sei zu verpflichten, auf eine Beleuchtung des von ihm auf seinem Grundstück errichteten Kreuzes vollumfänglich zu verzichten. Zur Begründung führen sie im Wesentlichen aus, das Kreuz stelle vor allem bei Dunkelheit einen unausweichlichen Blickfang dar und bilde einen auffälligen missionarischen Fremdkörper in dieser natürlichen Landschaft. Das Aufstellen von leuchtenden Kreuzen ohne Rücksichtnahme auf die religiöse Sensibilität angrenzender Bewohner sei nicht annehmbar. In einem Gebiet wie Lüthärtigen, wo in der Nacht kaum Lichtquellen auszumachen seien und daher Dunkelheit vorherrsche, steche ein beleuchtetes Kreuz besonders ins Auge. Auf dem Gehöft des Beklagten in Unterlüthärtigen sei das Kreuz denn auch regelmässig die einzige Lichtquelle. Der Beklagte bestritt demgegenüber, dass das Kreuz aufdringlich gestaltet sei und bei Dunkelheit einen unausweichlichen Blickfang darstelle. Vielmehr sei das Kreuz schlank und elegant gestaltet und knüpfe so ohne weiteres an die in der Region jahrhundertealte Tradition von Wegkreuzen an. Zudem werde das Kreuz sehr zurückhaltend und dezent in seinen Konturen beleuchtet. Entsprechend müsse von einer überempfindlichen Reaktion der Kläger ausgegangen werden.

3.1 Am Kreuz ist beidseits der Längs- und Querbalken eine Beleuchtung in Form von kleinen Leuchtkörpern in einer Lichtergirlande angebracht. Bei Dunkelheit erscheint somit ein Kreuz, dessen Silhouette durch eine beleuchtete Einfassung erkennbar ist. Dagegen erscheint die Beleuchtung im Innern des Wohnhauses vom Hof Unterlüthärtigen, insbesondere im Wohnzimmer im zweiten Stock, als schwach und tritt im Vergleich zur Kreuzbeleuchtung klar in den Hintergrund. Nach den übereinstimmenden Aussagen der Parteien sind zudem die Nordwestecke des Wohnhauses und die Scheune bzw. der Scheunenvorplatz des Hofes Unterlüthärtigen in der Nacht nicht beleuchtet. Das mit einer Lichtergirlande beleuchtete Kreuz ist somit – abgesehen von den Lichtern in Haus und Hof – die einzige künstliche Lichtquelle in der Umgebung des Hofes Unterlüthärtigen. In der dunklen Umgebung erscheint das Kreuz als ziemlich hell beleuchtet und ist von den Liegenschaften der Kläger aus gut sichtbar. Im Weiler Lüthärtigen gibt es abgesehen vom Kreuz lediglich eine einzige, hell leuchtende Lichtquelle, welche die ganze Nacht brennt; dabei handelt es sich um eine Strassenlaterne, die sich oberhalb der Wohnhäuser der Kläger befindet und dementsprechend keinen Einfluss auf die Beleuchtung des Hofes des Beklagten hat. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass die Holzmasten der Stromleitungen sowie die Struktur des Wohnhauses des Beklagten, die bei Tageslicht das Gesamtbild mitprägen, bei Dunkelheit nicht zu sehen sind. Dadurch tritt das Kreuz markant in Erscheinung. Unter Würdigung all dieser Umstände sind die durch das beleuchtete Kreuz in der Dunkelheit verursachten Immissionen als übermässig im Sinne von Art. 684 ZGB zu qualifizieren. Der Ansicht des Beklagten, wonach die Klä-

ger überempfindlich auf das beleuchtete Kreuz reagieren würden, kann nicht gefolgt werden, zumal davon auszugehen ist, dass das Dozulékreuz unter den genannten Umständen nicht nur die Kläger in ihrem seelischen Empfinden verletzt, sondern jede durchschnittliche Person unangenehm berührt. Das Kreuz in der von der Bewegung von Dozulé vorgeschriebenen Grösse legt gerade durch seine Beleuchtung in der Dunkelheit ein dominantes Zeugnis ab. Dadurch wird – im Gegensatz zur Situation bei Tageslicht – mit einer gewissen Aufdringlichkeit eine religiöse Botschaft verkündet, die die Nachbarn des Beklagten im Weiler Lüthärtigen nicht teilen und deshalb nicht andauernd zur Kenntnis zu nehmen müssen (vgl. dazu auch BGE vom 21. Juni 2004 in Sachen A.X./B.X. gegen A.A./B.A., B. und A.C./B.C., E. 3.4 [IP.149/2004, s. auch AJP 11/2004, S. 1407 ff.]). In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass nicht irgendein Kreuz als Symbol des christlichen Glaubens bei den Klägern negative Assoziationen auslöst, sondern das spezifische Dozulékreuz, das seinen Ursprung in angeblichen Botschaften Jesu an französische Seherinnen hat, die auch von der katholischen Kirche nicht anerkannt werden. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Immissionen, die in der Dunkelheit vom beleuchteten Kreuz ausgehen, die Grenze übersteigen, welche die Nachbarn gemäss Art. 684 ZGB noch dulden müssen. Der Beklagte ist daher unter Anwendung von Art. 679 ZGB zu verpflichten, auf eine Beleuchtung des Kreuzes zu verzichten.

3.2 Der Beklagte bringt dagegen vor, ihm stehe genauso wie den Klägern die Glaubens- und Gewissensfreiheit und damit die Freiheit zu, seinen Glauben alleine oder in Gemeinschaft zu bekennen und zu praktizieren. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Empfindlichkeit der Kläger höher gewichtet werden sollte als das Interesse des Beklagten, sein Kreuz im Rahmen seiner Religionsfreiheit und auch seiner Eigentumsfreiheit zu beleuchten.

3.2.1 Grundsätzlich sollen die Grundrechte den Einzelnen vor Eingriffen des Staates schützen. Nach dem Grundrechtsverständnis der neuen Verfassung richten sich die Grundrechte jedoch nicht nur gegen den Staat. Vielmehr müssen sie in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen, und die Behörden haben dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Geeignet sind namentlich Grundrechte, die einen stark institutionellen Charakter haben, wozu auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 15 BV zählt. Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der übermässigen Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB ist somit grundsätzlich auch unter Privaten der Gehalt von Art. 15 BV zu berücksichtigen (sog. indirekte Drittwirkung von Grundrechten; vgl. Art. 35 BV; Urteil des Bundesgerichts vom 20. Februar 2004 i.S. A. AG gegen B. [4C.276/2003]; E. 2.1.1, mit Hinweisen; Schweizer, in: Ehrenzeller und weitere Autoren, Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2002, N 18 ff. zu Art. 35 BV).

3.2.2 Der Beklagte führte aus, er und seine Frau hätten das Kreuz nicht im Zusammenhang mit dem Projekt Dozulé, mithin im Rahmen einer ideologisch oder politisch gefärbten Bewegung als deren Mitglieder aufgestellt, sondern als gläubige Katholiken zur Verherrlichung und zum Lobpreis des Herrn. Sie fühlten sich denn auch nicht als Anhänger von Dozulé, sondern als getaufte Christen und Katholiken. Ist der Beklagte aber kein Anhänger der Bewegung Dozulé, so stellen für ihn die Beleuchtungsvorschriften der Bewegung Dozulé (vgl. dazu www.fatima.ch/Seite64.htm) von vornherein keine religiösen Vorschriften dar, weshalb er sich in Bezug auf die Beleuchtung des Kreuzes auch nicht auf eine indirekte Drittwirkung seiner Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen kann. Daran ändert auch nichts, dass der Beklagte das Kreuz offensichtlich nach den Plänen des Projekts Dozulé gebaut hat. Ein Kreuz ist zwar unbestrittenermassen ein religiöses Symbol; eine Beleuchtung des Kreuzes ist jedoch auch für getaufte Christen und gläubige Katholiken weder üblich noch vorgeschrieben. Dementsprechend wird die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Beklagten nicht tangiert, wenn er das Kreuz nicht beleuchten darf. Wenn sich der Beklagte somit auf den Standpunkt stellt, es sei nicht einzusehen, weshalb die Empfindlichkeit der Kläger höher gewichtet werden sollte als das Interesse des Beklagten, sein Kreuz im Rahmen seiner Religionsfreiheit und auch seiner Eigentumsfreiheit zu beleuchten, geht seine Argumentation von vornherein ins Leere. Anzumerken bleibt, dass auch Wegkreuze, in deren Tradition der Beklagte sein Kreuz sieht, zwar gelegentlich auch eine stattliche Grösse aufweisen, jedoch in der Regel in der Dunkelheit nicht beleuchtet werden. Mithin kann der Beklagte auch aus dem Verweis auf die in der Region angeblich jahrhundertalte Tradition von Wegkreuzen nichts zu seinen Gunsten ableiten.

3.2.3 Selbst wenn es sich bei den betreffenden Beleuchtungsvorschriften um eine für den Beklagten verbindliche religiöse Vorschrift handeln würde, hätte dies bei der vorliegenden Interessenabwägung kein entscheidendes Gewicht. Absolut geschützt ist nur der innerste Bereich der religiösen und ethischen Selbstverantwortung als Kernbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Die Kundgabe einer religiösen Überzeugung nach aussen gehört jedoch nicht zum unantastbaren Kerngehalt von Art. 15 BV. Vorliegend dient das Kreuz der Bekanntmachung oder Weitergabe der religiösen Überzeugung des Klägers an Dritte, was nicht zum absolut geschützten Kernbereich religiöser Betätigung gehört (BGE vom 21. Juni 2004 in Sachen A.X./B.X. gegen A.A./B.A., B. und A.C./B.C. [1P.149/2004], E. 3.1). Würde das Kreuz nicht der Bekanntmachung oder Weitergabe der religiösen Überzeugung des Klägers an Dritte dienen, hätte der Beklagte das Kreuz auch an einem anderen Standort hinter seinem Wohnhaus aufbauen können, wo es für Dritte, und insbesondere für die Kläger, nicht sichtbar gewesen wäre. Diesem Anliegen der Kläger hat sich der Beklagte jedoch von Anfang an widersetzt.

3.2.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verpflichtung, auf eine Beleuchtung des Kreuzes zu verzichten, für den Beklagten – wenn überhaupt – bloss eine relativ geringe Verletzung der Religionsfreiheit darstellt. Die Religionsfreiheit vermag mithin die festgestellte übermässige Einwirkung nach Art. 684 ZGB nicht zu rechtfertigen.

3.3 Im Weiteren stellt sich der Beklagte auf den Standpunkt, die Tatsache, dass die Beleuchtung des Kreuzes von der zuständigen Baubewilligungsbehörde bewilligt worden sei, spreche klar gegen eine übermässige Ausübung des Eigentumsrechts des Beklagten. Diese Ansicht geht fehl, da die öffentlichrechtlichen Vorschriften nicht so umfassend vor Immissionen schützen wie das Privatrecht und insbesondere keinen Schutz vor ideellen Immissionen gewähren (BGE 126 III 223 E. 3c, S. 225 f.).

4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Beleuchtung des Kreuzes eine übermässige Immission im Sinne von Art. 684 ZGB darstellt. Der Beklagte ist daher gestützt auf Art. 679 ZGB zu verpflichten, auf die Beleuchtung des sich auf seinem Grundstück befindlichen Kreuzes zu verzichten.

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 23. Juli 2004 (s. dazu auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 17. Juni 2003, in: GVP 2003, S. 79 ff.)

3. Obligationenrecht

Art. 398 OR - Lombardkredit - Einen Anlageberater treffen neben der Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts anderseits bestimmt werden.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht des Beauftragten wird regelmässig im Zusammenhang mit dem Mass der aufgewendeten Sorgfalt beurteilt (Weber, Basler Kommentar, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 9 zu Art. 398 OR). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unterstehen Personen und Unternehmen, die sich berufsmässig mit dem Anlagegeschäft befassen, bei der Anbahnung und Abwicklung von Verträgen über die Vermögensverwaltung einer besonderen Aufklärungspflicht. Einen Anlageberater oder Anlagevermittler, der im Hinblick auf die Vermögensverwaltung oder in deren Rahmen tätig wird, treffen neben der erwähnten Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, deren gemeinsame Wurzel in der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht liegt. Der Kunde ist hinsichtlich der Risiken der beabsichtigten Investitionen aufzuklären, nach Bedarf in Bezug auf die einzelnen Anlagemöglichkeiten sachgerecht zu beraten und vor übereilten Entschlüssen zu warnen, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts anderseits bestimmt werden. Dabei obliegt dem Beauftragten namentlich auch, sich durch Befragung einlässlich über den Wissensstand und die Risikobereitschaft des Kunden zu informieren (BGE 124 III 162 f. E. 3a).

(...)

2.2 (...)

Der Kläger wurde zwar von X. informiert, dass er für den Kredit 5.5 % Zins bzw. etwa einen Betrag von CHF 16'000.- bezahlen musste. Gestützt auf die Parteibefragung ist hingegen erstellt, dass X. seiner Aufklärungspflicht im Hinblick auf allfällige Nachschüsse nicht nachgekommen ist. Aufgrund des Umstands, dass es sich bei der Aufnahme eines Lombardkredites um eine mit hohem Risiko verbundene Investition handelt, welche beim durchschnittlichen Anleger nicht verbreitet ist, und es sich ferner beim Kläger nicht um einen erfahrenen Anleger handelte, sind an die Aufklärungspflicht der Beklagten hohe Anforderungen zu stellen. Hinzu kommt, dass es sich beim zu investierenden Vermögen um das Alterskapital des Klägers handelte.

Der Einwand der Beklagten, der Kläger sei mit Schreiben der Bank Y. vom 23. Mai 2000 sowie dem Pfandvertrag vom 24. Mai 2000 nochmals auf die Folgen der Wertverringerung der Sicherheiten aufmerksam gemacht und der Risikoaufklärung sei damit Genüge getan worden, ist nicht stichhaltig. Der Kläger liess sich von der Beklagten bzw. von X. beraten. Demzufolge oblag der Beklagten die Pflicht, den Kläger über die Risiken der beabsichtigten Investitionen aufzuklären. Diese Pflicht konnte sie nicht an das Kreditinstitut delegieren. Überdies ist auch der Argumentation der Beklagten, wonach der Kläger im Oktober 2001 um die Nachschusspflicht gewusst habe und daher von einer Genehmigung des Lombardkredites auszugehen sei, nicht zu folgen. Die Pflichtverletzung wird nicht dadurch geheilt, dass der Auftraggeber in einem späteren Zeitpunkt von einem Risikofaktor Kenntnis erhält, indem sich dieser verwirklicht hat. Im Übrigen ist auch das Vorbringen der Beklagten unbehelflich, sie sei nicht für die Überwachung des Depots zuständig gewesen und habe auch keine Depotauszüge erhalten, da der Kläger seinen Anspruch einzig auf die nicht umfassend erfolgte Risikoaufklärung stützte.

Es bleibt somit festzuhalten, dass die Beklagte bzw. der für sie handelnde X. die ihm obliegende Aufklärungspflicht mit Bezug auf den dem Kläger empfohlenen Lombardkredit verletzte.

(...)

Kantonsgericht Zug, 7. April 2004

Art. 404 OR – Die Zulässigkeit des Widerrufsrechts im Auftragsverhältnis ist mit Bezug auf einen Betreuungsvertrag zu verneinen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. In materieller Hinsicht stellt sich vorerst die Frage nach der rechtlichen Qualifikation der Betreuungsverträge. Inhalt dieser Verträge ist die Betreuung von Kindern in der Kinderkrippe «X.» in Y. Der Betreuungsvertrag weist somit auftragsähnliche Elemente auf. Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftrag von jedem Teil jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet (Art. 404 Abs. 2 OR). Das jederzeitige Widerrufsrecht im Auftragsverhältnis ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwingender Natur und darf vertraglich weder wegbe-

dungen noch beschränkt werden (BGE 115 II 464 ff.). In der Lehre ist die absolut zwingende Natur des Widerrufsrechtes indessen umstritten. Nach einer vermittelnden Lehrmeinung – welcher sich der Einzelrichter anschliesst – ist Art. 404 Abs. 1 OR nur auf Verträge anzuwenden, welche den Typus des Auftrages in seiner reinen Form verwirklichen. Für auftragsähnliche atypische Vertragsverhältnisse, die eine Mischung von Elementen des Auftragsrechtes mit Elementen anderer Vertragstypen enthalten, kann auf das freie Widerrufsrecht verzichtet werden (Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, N 108 zu Art. 404 OR). Reine Auftragsverhältnisse finden sich vor allem im Bereich der freien Berufe und im Handel. Beim vorliegenden Betreuungsvertrag, welcher einem Unterrichtsvertrag (vgl. SJZ 60 [1964], S. 253 ff.) ähnlich ist, liegen die Verhältnisse jedoch anders. Die Kinderkrippe stellt eine Organisation dar, welche die erforderlichen Räume bereitzustellen und zu unterhalten hat. Zudem hat sie für das Betreuungspersonal und Material zu sorgen und alles vorzukehren, was zur Führung einer Kinderkrippe notwendig ist. Damit verträgt es sich nicht, wenn einzelne Eltern befugt wären, ihre Kinder unter Berufung auf Art. 404 OR nach Belieben aus der Kinderkrippe zu nehmen. Das Interesse der Krippenleitung an der Einhaltung einer Kündigungsfrist ist evident und auch legitim. Eine solche Kündigungsfrist liegt aber auch im Interesse der Eltern, müssen diese so nicht befürchten, dass ihr Kind von einem Tag auf den andern aus der Krippe ausgeschlossen wird. Ist der Betreuungsvertrag somit als Vertrag sui generis zu qualifizieren, so können sich die Kläger nicht auf das jederzeitige Widerrufsrecht von Art. 404 OR berufen.

(...)

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 14. Juli 2005

4. Unlauterer Wettbewerb

Art. 2 UWG – Unlauter und somit widerrechtlich handelt, wer aus fremden Kennzeichen gebildete Vanity Phone Numbers registrieren lässt, um die betroffenen Kennzeicheninhaber zu Vermögensdispositionen zu veranlassen («Number Grabbing»).

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Nach der in Art. 2 UWG verankerten Generalklausel ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst, unlauter und widerrechtlich. Unter diesen Tatbestand fallen namentlich Handlungen, die eine Absatzbehinderung bewirken. Eine derartige wettbewerbswidrige Wirkung wird dem so genannten «domain-grabbing» oder «cybersquatting» attestiert, bei dem sich Internet-Nutzer die Bezeichnungen bekannter Unternehmen von den Vergabestellen für Domainnamen zuweisen lassen, um sie den Unternehmen, wenn sie später eine Website aufbauen, gegen Entgelt zu überlassen (vgl. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht - Kommentar zum Gesetz über den unlauteren Wettbewerb, Basel/Genf/ München 2001, N 120 zu Art. 2 UWG mit Hinweisen). In der Rechtsprechung wurde denn auch verschiedentlich anerkannt, dass die von einer Behinderungsabsicht getragene Registrierung fremder Kennzeichen als Domainnamen gegen Art. 2 UWG verstösst (vgl. Urteil des Obergerichts Thurgau vom 19. Februar 2002, publiziert in sic! 2002, S. 612 ff.; Massnahmeentscheid des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 15. März 1999, publiziert in sic! 2000, S. 24 ff.; Urteil des Handelsgerichts St. Gallen vom 25. Juni 2002, publiziert in sic! 2003, S. 348 ff.). Für eine Behinderungsabsicht sprechen in der Regel die folgenden Faktoren: das Halten einer Vielzahl fremder Kennzeichen als Domainnamen, das von sich aus oder auf Anfrage hin unterbreitete Angebot auf entgeltliche Übertragung der reservierten Domainnamen sowie ein nicht erkennbares Interesse am eigenen Gebrauch eines Domainnamens. Liegt demgegenüber ein sachlicher Grund für die Wahl eines bestimmten Zeichens als Domainname vor, weil dieses beispielsweise eine Sachbezeichnung enthält, die auf den Inhalt der gezeichneten Website hinweist, so ist eine bewusste Behinderung eher zu verneinen (sic! 2002, S. 613).

3.1 Die Beklagten kritisieren die oben dargestellte Rechtsprechung zu Recht nicht, vertreten aber die Ansicht, dass man die im Bereich von Domainnamen entwickelten Grundsätze nicht unbesehen auf Vanity Phone Numbers anwenden könne. Im Unterschied zu Domainnamen handle es sich bei Vanity Phone Numbers lediglich um abstrakte Zahlenfolgen, deren

Verwendung nicht in kennzeichen- und lauterkeitsrechtliche Schutzbereiche eingreife, auch wenn deren alphanumerische Umsetzung eine bestimmte Marke ergebe. Diese Zahlenfolge könne weder einem Domainnamen noch der Marke an sich gleichgesetzt werden. Anders als bei Domainnamen sei für den Gesuchsteller sodann nicht erkennbar, welche alphanumerischen Umsetzungen er mit der Anmeldung einer bestimmten Mehrwertnummer sperre. Aus einer einzelnen Nummer könnten zahlreiche Begriffe gebildet werden. Im Übrigen habe der Markeninhaber keinen Anspruch auf die Zuteilung einer Vanity Phone Number, welche auf das geschützte Kennzeichen laute. Vielmehr würden die Mehrwertnummern bzw. Vanity Phone Numbers nach dem Prinzip «first come, first served» vergeben.

3.2 Die Beklagten argumentieren in erster Linie aus Sicht des Kennzeichenschutzes und damit im Wesentlichen an der Sache vorbei, leiten doch die Klägerinnen die eingeklagten Ansprüche nicht aus dem Kennzeichenrecht ab. Sie haben in diesem Sinne auch nie behauptet, die Verwendung der in den Rechtsbegehren aufgeführten Mehrwertnummern bzw. Vanity Phone Numbers stelle eine Markenrechtsverletzung dar. Mit einer solchen Argumentation würden sie vermutlich nicht durchdringen, weil – insofern könnten die Beklagten Recht behalten – die Verwendung einer Vanity Phone Number, die in der alphanumerischen Umsetzung einem Markennamen entspricht, eher nicht als Verwendung der Marke selber angesehen werden kann. Nur unter diesem Gesichtspunkt wird aber die Rechtslage im Zusammenhang mit Vanity Phone Numbers in dem von den Beklagten ins Recht gelegten US-amerikanischen Gerichtsentscheid (BB 6) abgehandelt. Die US-Richter hatten sich damit zu befassen, ob der Gebrauch einer Vanity Phone Number als sklavische Nachahmung der entsprechenden Marke, als Verwendung eines täuschenden Symbols oder Sinnbilds oder als Verwässerung eines Markenzeichens aufzufassen ist. All dies wurde mit der Begründung verworfen, dass eine Vanity Phone Number weder phonetisch noch visuell einer Marke genug ähnlich sei, als dass sie als Nachbildung oder sklavische Nachahmung angesehen werden könne. Vor demselben Hintergrund wurde eine Verwechslungsgefahr verneint, denn eine Zahlenfolge werde nicht ohne weiteres mit einem Markennamen in Verbindung gebracht. Die Begründung einer Verwechslungsgefahr ist immer auch in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht relevant, wogegen aus dem Fehlen einer Verwechslungsgefahr selbstverständlich nicht geschlossen werden kann, dass kein unlauterer Wettbewerb vorliege. Die Schaffung einer Verwechslungsgefahr ist, wenn auch ein gewichtiger, nur ein Aspekt unter vielen, welcher mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts geahndet werden kann.

3.3 Die Klägerinnen berufen sich indes nicht auf eine Verwechslungsgefahr. Sie beanstanden die systematische und gezielte Registrierung von Vanity Phone Numbers einzig insoweit, als diese zum Zweck hat, die Nummern den Inhabern der entsprechenden Kennzeichen zu entwehren und gegen Vergütung zu übertragen. Dem auszugsweise wiedergegebenen US-amerikanischen Gerichtsentscheid lag ein völlig anderer Sachverhalt zu Grunde. Der

betreffende Nummerninhaber war ursprünglich in das Vertriebssystem der Kennzeicheninhaberin integriert und registrierte die Vanity Phone Number gerade nicht in der Absicht, diese gegen Entgelt an die Kennzeicheninhaberin abzutreten. Vielmehr nutzte er die Nummer zunächst selber, baute später ein Lizenzsystem zu deren Nutzung auf und verweigerte derweil die Übertragung auf die Kennzeicheninhaberin, welche bestrebt war, die Nummer zu erwerben. Mit dem so genannten «Number-Grabbing», welches den Beklagten vorgehalten wird, hat dieser Sachverhalt nicht im Entferntesten zu tun. Dementsprechend können die Beklagten aus dem besagten Gerichtsentscheid, ganz abgesehen davon, dass dort US-amerikanisches und nicht hiesiges Recht zur Anwendung gelangte, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

3.4 Auch das von den Beklagten zu den Akten gereichte Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (BB 9) hilft den Beklagten nicht weiter. Ganz im Gegenteil widerlegt es deren Position, soweit es überhaupt einen Bezug zur hier relevanten Streitfrage aufweist. Bei der Analyse des deutschen Rechts wird auf das Spezialproblem des «Hortens» von Nummern eingegangen. Auf Seite 19 f. des Gutachtens heisst es dazu: «Der möglichen Gefahr einer absichtlichen Blockierung von Vanity-Nummern «auf Vorrat», um diese z.B. dem Markeninhaber überteuert zu überlassen, kann mit zivilrechtlichen Mitteln begegnet werden: Ein solches Verhalten kann etwa zu einem Anspruch aus § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) führen bzw. wettbewerbsrechtliche Ansprüche begründen, sofern das «Nummernhorten» durch Mitbewerber auf dem Markt vorgenommen wird. In diesen Fällen liegt zugleich ein Verstoss gegen die Vergaberichtlinien der Regulierungsbehörde vor, der zum Widerruf oder zur Rücknahme der entsprechenden Nummern führen kann.» Die Behauptung, in Deutschland werde ausschliesslich die Verwendung oder Besetzung eines so genannten klaren Gattungsbegriffes (Beispiel: 0800 Rechtsanwalt) als wettbewerbsbehinderndes Verhalten in Betracht gezogen, ist somit nachweislich falsch. Die Einschränkung, dass das «Nummernhorten» durch einen Mitbewerber erfolgen muss, gilt für das schweizerische Recht im Übrigen nicht. Die alte Streitfrage nämlich, ob für die Anwendung des UWG ein Wettbewerbsverhältnis erforderlich sei, ist mit der Revision des UWG im Jahre 1986 hinfällig geworden. Die neue Formulierung in Art. 2 UWG («..., welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.») sollte endgültig klarstellen, dass der Kreis möglicher Urheber unlauteren Wettbewerbs weit zu ziehen ist. Das ist im Ergebnis in Rechtsprechung und Lehre unbestritten (vgl. Baudenbacher, a.a.O., N 1 zu Vor Art. 2 UWG mit Hinweisen).

Neben dem deutschen kennt offenbar auch das österreichische Recht den Tatbestand des «Vanity-Grabbing», wie dort die Vorenthaltung einer Mehrwertnummer zum Zweck der entgeltlichen Überlassung genannt wird. Die Gutachter führen dazu auf Seite 7 wörtlich aus: «Im Bereich des Domain Grabbing werden wohl die Grundsätze aus Literatur und Judikatur auch auf

«Vanity-Grabbing» anzuwenden sein, wonach der gezielte Erwerb einer Vanity-Nummer in der Absicht, einen anderen im Wettbewerb zu behindern, unzulässig wäre. Problematisch ist allerdings ein vergleichbarer Schutz gegenüber den der alphanumerischen Umsetzung zugrunde liegenden Nummern und eröffnet die Frage nach wirksamem Rechtsschutz gegen Vanity-Piraten, die sich die für einen Konkurrenten zur Werbung für seine Waren oder Dienstleistungen anbietende Vanity-Nummer als «normale» Rufnummer schützen lassen. Da ein auf diese Art vorgehender Vanity-Grabber mit der blossen Verwendung der ihm zugeteilten Nummer weder ein Namens- noch ein Markenrecht eines anderen verletzt, könnte eine solche Vorgangsweise wohl nur nach den einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) beanstandet werden. Dabei würde es allerdings zu Beweisproblemen kommen.» Für die Klägerinnen stand nie etwas anderes als die Verletzung von lauterkeitsrechtlichen Normen im Raum. Sie beanspruchen, wie bereits dargelegt, weder namens- noch markenrechtlichen Schutz. Darauf, mit welchen beweisrechtlichen Problemen sich die Klägerinnen durch die alleinige Fokussierung auf das Lauterkeitsrecht konfrontiert sehen, wird weiter unten zurückzukommen sein (vgl. Ziffer 4 der Erwägungen).

3.5 Die weiteren Punkte, zu denen sich das Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung äussert, insbesondere die Regelung des Verfahrens zur Vergabe von Vanity Phone Numbers oder der Rechtsschutz im Bereich des Namens- und Markenrechts in ausgewählten Ländern, kommen bei der Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit gar nicht oder wenn, dann nur am Rande zum Tragen. Es ist unstrittig, dass die AEFV das auch in verschiedenen anderen Rechtsordnungen geltende Prinzip «first come, first served» statuiert und dem Kennzeicheninhaber keinen Anspruch auf die Zuteilung einer Vanity Phone Number einräumt, deren alphanumerische Umsetzung dem von ihm besetzten Kennzeichen entspricht (vgl. Art. 24b Abs. 3 AEFV sowie Art. 4 Abs. 4 AEFV). Wie jedes andere wettbewerbsrelevante Verhalten steht indes die Registrierung einer Mehrwertnummer bzw. Vanity Phone Number ohne jeden Zweifel unter dem Vorbehalt des Lauterkeitsgebots. Daran ändert nichts, dass eine Vanity Phone Number gemäss Art. 24b Abs. 9 AEFV frei übertragbar ist. Weder die Registrierung beliebiger Nummern noch deren Übertragung an sich bilden Stein des Anstosses. Es ist die Verknüpfung der gezielten Registrierung einer Nummer, deren Mnemonik ein fremdes Kennzeichen aufweist, mit einem an den Kennzeicheninhaber gerichteten Verkaufsangebot, die als unlauter im Sinne von Art. 2 UWG zu werten ist. Dem Nummerninhaber, der solchermassen vorgeht, geht es nicht darum, eine beliebige Nummer, deren alphanumerische Umsetzung per Zufall einem fremden Kennzeichen entspricht, für sich zu nutzen oder bei Bedarf zu veräussern, sondern er möchte sich das Interesse eines Kennzeicheninhabers daran, eine dem Kennzeichen entsprechende Vanity Phone Number als Kommunikationsmittel einzusetzen, vergolden lassen. Die Parallelen zum Domain-Grabbing sind nicht von der Hand zu

weisen. Aus diesem Grunde sind die Fälle, in denen klare Anzeichen dafür bestehen, dass sich der Inhaber die Rufnummer mit einer entsprechenden Absicht zuteilen liess, analog zu behandeln und als unlauteres Geschäftsgebaren zu brandmarken (vgl. Bock/Buri, Kennzeichenrechtliche Probleme von Vanity Phone Numbers, in: sic! 2003, S. 569 ff., 578). Der Einwand, einem Gesuchsteller sei bei der Anmeldung einer Mehrwertnummer bzw. Vanity Phone Number nicht erkennbar, welche Telefon-Mnemoniken damit gesperrt würden, trifft in dieser allgemeinen Form sicher nicht zu, kommt es doch auf die Intention des Gesuchstellers an. Überlässt er die Wahl der zu registrierenden Nummer dem Zufall oder beeinflussen bestimmte Kriterien wie die Einprägsamkeit oder die Umsetzung eines eigenen Kennzeichens oder Namens die Nummernwahl, so verdient diese Auffassung Zustimmung, denn welche Begriffe aus der angemeldeten Zahlenfolge (noch) gebildet werden können, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Immerhin belegen die von den Beklagten als Beweismittel eingereichten Listen (BB 10 und 11), dass entsprechende Nachforschungen betrieben werden könnten, was allerdings von einem Gesuchsteller auch im Lichte des Lauterkeitsrechts deshalb nicht erwartet werden darf, weil kein Vorrecht auf Zuteilung einer bestimmten Vanity Phone Number besteht. Legt es hingegen ein Gesuchsteller darauf an, Vanity Phone Numbers zu reservieren, deren alphanumerische Umsetzung die von Beginn weg angepeilten fremden Kennzeichen ergibt, so ist es ein Leichtes, die entsprechende Zahlenfolge ausfindig zu machen. Ein Blick auf die Telefontastatur genügt. Von einer Registrierung in guten Treuen kann bei dieser Konstellation nicht die Rede sein. Unlauter und somit widerrechtlich handelt also, wer fremde (prestigeträchtige) Kennzeichen aus sucht und aus diesen gebildete Vanity Phone Numbers registrieren lässt, um die betroffenen Kennzeicheninhaber zu Vermögensdispositionen zu veranlassen. Der so erlangte Wettbewerbsvorsprung ist einzig dem Bekanntheitsgrad eines fremden Kennzeichens und der Zwangslage des Kennzeicheninhabers zu verdanken, der auf den Einsatz einer Vanity Phone Number nicht verzichten möchte, was keinen Rechtsschutz verdient. Dass der Kennzeicheninhaber über keinen entsprechenden Zuteilungsanspruch verfügt, ist nicht weiter beachtlich, denn auf dem Prüfstand steht nicht ein solcher, sondern das Verhalten des «Grabbers», der mit unlauteren Methoden finanzielle Vorteile zu erzielen sucht.

(...)

Kantonsgericht Zug, 2. Juni 2005

5. Börsen und Effektenhandel

Art. 33 BEHG – Anwendung von Art. 33 BEHG auf eine Gesellschaft, deren Beteiligungspapiere zu keinem Zeitpunkt an einer Börse in der Schweiz kotiert waren. Wenn ein Kaufangebot für die nicht kotierten Aktien einer Gesellschaft gemäss genehmigter Empfehlung der Übernahmekommission den börsengesetzlichen Bestimmungen unterstellt wurde, ist es sachgerecht, dass bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch die restlichen, sich im Publikum befindlichen Beteiligungspapiere der Gesellschaft nach Art. 33 BEHG kraftlos erklärt werden können.

Aus den Erwägungen:

1. Verfügt der Anbieter nach Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 98 % der Stimmrechte der Zielgesellschaft, so kann er binnen einer Frist von drei Monaten vom Richter verlangen, die restlichen Beteiligungspapiere für kraftlos zu erklären. Der Anbieter muss zu diesem Zweck gegen die Gesellschaft Klage erheben. Die restlichen Aktionäre können dem Verfahren beitreten. Die Gesellschaft gibt diese Beteiligungspapiere erneut aus und übergibt sie dem Anbieter gegen Entrichtung des Angebotspreises oder Erfüllung des Austauschangebotes zu Gunsten der Eigentümer der für kraftlos erklärten Beteiligungspapiere (Art. 33 Abs. 1 und 2 BEHG). Bei der Kraftloserklärung nach Art. 33 BEHG muss der Kläger nachweisen, dass er ein dem Börsengesetz entsprechendes öffentliches Kaufangebot unterbreitet hat, dass er über 98 % der Stimmrechte verfügt und dass er die Klage innert Frist eingereicht hat. Sind diese drei Voraussetzungen für eine Kraftloserklärung erfüllt, wird das Gericht die Klage gutheissen (SJZ 94 [1998] S. 63). Das Verfahren untersteht der Dispositionsmaxime (Bernet, Die Regelung öffentlicher Kaufangebote im neuen Börsengesetz [BEHG], Bern 1998, S. 250).

2. Gemäss genehmigter Empfehlung der Übernahmekommission vom 31. März 2004 wurde das Kaufangebot der Klägerin für die Aktien der Beklagten dem BEHG unterstellt, obwohl die Aktien der Beklagten nicht kotiert sind. Die Aktien der Beklagten wurden in der Form einer Sachdividende an die Aktionäre der X-Holding AG ausgeschüttet, deren Aktien an der SWX Swiss Exchange kotiert sind und von welcher vorgängig Immobilien und andere nicht betriebsnotwendige Vermögenswerte auf die Beklagte übertragen wurden. Nachdem das Kaufangebot der Klägerin für die nicht kotierten Aktien der Beklagten den börsengesetzlichen Bestimmungen unterstellt wurde, ist es sachgerecht, dass die Klägerin bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch die restlichen, sich im Publikum befindlichen Beteiligungspapiere der Beklagten nach Art. 33 BEHG kraftlos erklären lassen kann.

Gemäss dem von der Zürcher Kantonalbank publizierten Endergebnis des öffentlichen Kaufangebots der Klägerin verfügte diese per 6. August

2004 über 98.78 % des Aktienkapitals und 98.05 % der Stimmrechte der Beklagten. Sodann hat die Klägerin die Klage innert der in Art. 33 BEHG vorgesehenen Frist eingereicht. Die Voraussetzungen für eine Kraftloserklärung gemäss Art. 33 BEHG sind demnach erfüllt, was zur Gutheissung der Klage führt.

Kantonsgericht, 6. Januar 2005

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 17 SchKG. – Legitimation zur Beschwerde. Der übergangene Dritttinteressent bei einem Freihandverkauf ist nicht zur Beschwerde legitimiert, da er nicht in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdelegitimation ist von der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen zu prüfen (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Kommentar, 4. A., Bd. I, Zürich 1997, N 20 zu Art. 17). Fehlt sie, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (Franco Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar, Basel/Genf/München 2000, N 167 zu Art. 17 mit Hinweisen). Die Aktivlegitimation stellt eine Prozessvoraussetzung für das Eintreten und die materielle Behandlung der Beschwerde dar (Flavio Cometta, Basler Kommentar zum SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 37 zu Art. 17). Zur Beschwerdeführung legitimiert ist, wer durch eine Verfügung eines Vollstreckungsorgans (oder wegen Unterlassung einer solchen) in seinen rechtlich geschützten oder tatsächlichen Interessen betroffen, dadurch beschwert ist und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung (bzw. der Anordnung einer solchen) hat (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 6 Rz 24 mit Hinweis auf BGE 119 III 83, 112 III 1). Dritten, also am Verfahren nicht als Gläubiger oder Schuldner direkt Beteiligten, steht das Beschwerderecht nur in ganz bestimmten Konstellationen zu, dann nämlich, wenn die fragliche Verfügung ihre rechtlich geschützten Interessen tangiert (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 25 zu Art. 17; Flavio Cometta, a.a.O., N 45 zu Art. 17). So muss die Aktivlegitimation namentlich dem übergangenen Interessenten bei einem Freihandverkauf - im Gegensatz zur Steigerung - abgesprochen werden, selbst wenn er ein höheres Angebot gemacht hat als der Erwerber, da er eben nicht in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird. Während bei der Steigerung der Meistbietende kraft Gesetzes den Zuschlag beanspruchen kann, gibt es beim Freihandverkauf keine entsprechende Regelung (Franco Lorandi, a.a.O. N 218 zu Art. 17 mit Hinweis auf BISchK 1978, S. 48; derselbe, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1994, S. 57 und 199). Hat aber sogar der höher bietende, übergangene Interessent keinen Anspruch darauf, dass das Objekt an ihn verkauft wird, muss das ganz allgemein für den Dritttinteressenten bei einem Freihandverkauf gelten, wenn die Konkursverwaltung nicht bereit ist, bestimmte Massobjekte an ihn zu verkaufen.

Die Beschwerdeführerin macht nun nicht geltend, dass sie auch Gläubigerin in diesem Konkursverfahren sei. Sie ist deshalb als reine Interessentin am vorliegenden Freihandverkauf nicht zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden.

Justizkommission als AB SchK, 19. September 2005

Art. 82 SchKG; Art. 112 OR. – Nach der neueren Lehre kann der Promissar beim unechten oder echten Vertrag zugunsten eines Dritten die Leistung an sich selber beanspruchen, beim zuletzt erwähnten Vertrag allerdings nur solange als der Dritte dem Promittenten nicht erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Der unechte oder echte Vertrag zugunsten eines Dritten stellt daher grundsätzlich einen provisorischen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Promissars dar.

Aus den Erwägungen:

3. Nichts zu seinen Gunsten kann der Beschwerdeführer schliesslich daraus ableiten, dass der Verkaufspreis von CHF 50'000.– gemäss dem «Agreement» vom 15. Oktober 2003 an die Z. AG und nicht an den Beschwerdegegner zu leisten ist. Bei dieser Vereinbarung handelt es sich entweder um einen unechten oder echten Vertrag zugunsten eines Dritten nach Art. 112 OR. Nach der neueren Lehre kann der Promissar beim unechten Vertrag zugunsten eines Dritten die Leistung ohne Einschränkung an sich selber beanspruchen, da der Schuldner auch sonst regelmässig mit einer Richtungsänderung der Leistungserbringung zu rechnen hat. Dasselbe gilt beim echten Vertrag zugunsten eines Dritten, solange der Dritte dem Promittenten nicht erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen (Rainer Gonzenbach, in: Honsell/Vogt/ Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 14 f. zu Art. 112; Rolf H. Weber, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI/1/6, Bern 2002, N 124 und 141 zu Art. 112; Patrick Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, Freiburg i. Ue. 2000, N 559 f. und 1402). Nachdem vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht worden ist, die Z. AG habe vom Beschwerdegegner die im «Agreement» vom 15. Oktober 2003 erwähnte Zahlung verlangt, kann der Beschwerdeführer, unbesehen darum, ob es sich bei dieser Vereinbarung um einen unechten oder echten Vertrag zugunsten eines Dritten handelt, vom Beschwerdegegner Zahlung an sich selber verlangen.

Justizkommission, 28. April 2005

Art. 100 SchKG, Art. 166 ff. IPRG. – Weist die ausseramtliche Konkursverwaltung die Forderungseingabe des Betreibungsamtes gemäss Art. 100 SchKG ohne materielle Prüfung ab und kolloziert im Gegenzug die Forderungseingabe des deutschen Konkursverwalters, so stellt die Abweisung der Forderungseingabe des Betreibungsamtes eine rein verfahrensrechtliche Nichteintretens-Verfügung dar, welche der Beschwerde nach Art. 17 SchKG unterliegt (Erw. 2). Ohne Anerkennung gemäss Art. 166 ff. IPRG kann ein deutsches Konkursdekret in der Schweiz keine Wirkungen entfalten, insbesondere kann ein deutscher Insolvenzverwalter nicht als Gläubiger-Vertreter in einem schweizerischen Konkurs anerkannt werden (Erw. 3).

Sachverhalt:

Am 2. Februar bzw. 11. März 2004 vollzog das Betreibungsamt X. in verschiedenen Betreibungen gegen den Arrestschuldner A., z.Z. in der Justizvollzugsanstalt Y., (Pfändungsgruppe Nr. ...) die Pfändung. Dabei wurden sämtliche Vermögenswerte des Arrestschuldners, insbesondere das Konto-Nr. ... bei der N. AG in Liquidation, bis zur Deckung der Arrestforderung nebst Zins und Kosten gepfändet. Mit Beschluss des deutschen Amtsgerichts Y. vom 11. Oktober 2004 wurde über das Vermögen von A. das Insolvenzverfahren eröffnet. Zum Insolvenzverwalter wurde Rechtsanwalt B. bestellt. Mit Forderungseingabe vom 16. November 2004 meldete B. – als Insolvenzverwalter von A. – im Konkurs der N. AG in Liq. für A. eine Forderung im Totalbetrag von CHF 8'660'123.17 an. Als Grund der Forderung gab er an: «Konto-Nr. ...». Gestützt auf den gleichen Forderungsgrund meldete das Betreibungsamt X. – als Vertreter von A. gemäss Art. 100 SchKG – mit Forderungseingabe vom 26. November 2004 im Konkurs der N. AG in Liq. eine Forderung im Totalbetrag von CHF 8'006'899.30 an. Am 22. Februar 2005 vollzog das Betreibungsamt X. in verschiedenen weiteren Betreibungen gegen den Arrestschuldner A. (Pfändungsgruppe Nr. ...) die Pfändung. Auch für diese Gruppe wurden sämtliche Vermögensgegenstände des Arrestschuldners, insbesondere das Konto Nr. ... bei der N. AG in Liq., gepfändet. Am 25. Februar 2005 erliess die M. AG als ausseramtliche Konkursverwaltung im Konkurs der N. AG in Liq. die Kollokationsverfügung Nr. ..., mit der die von RA B. für A. angemeldete Forderung (Gläubiger-Nr.) im Umfange von CHF 7'038'413.68 in der dritten Klasse im Kollokationsplan zugelassen wurde. Mit Verfügung vom 4. März 2005 wies sodann die M. AG die Forderungseingabe des Betreibungsamtes X. vom 26. November 2004 im Betrag von CHF 8'006'899.30 im Sinne von Art. 69 KOV direkt ab mit der Begründung, die Gläubigerrechte von A. würden durch den zuständigen Insolvenzverwalter B. wahrgenommen. Hiergegen reichte das Betreibungsamt X. mit Eingabe vom 7. März 2005 – im eigenen und im Namen des von ihm gemäss Art. 100 SchKG vertretenen A. (nachfolgend: Beschwerdeführer) – Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs ein und beantragte, es sei als Vertre-

ter von A. im Konkurs der N. AG in Liquidation alleine das Betreibungsamt X. zuzulassen und es sei B., deutscher Insolvenzverwalter von A., als dessen Vertreter zu streichen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführer bringen vor, das Betreibungsamt X. habe die Forderung von A. gegen die N. AG in Liquidation gepfändet. Gemäss Art. 100 SchKG verwalte deshalb das Betreibungsamt diese Forderung. Die deutsche Konkursverwaltung sei in der Schweiz nicht zugelassen. Demgemäss sei das Betreibungsamt X. als Vertreter von A. zuzulassen und B., deutscher Insolvenzverwalter von A., als dessen Vertreter zu streichen. Dagegen wendet die M. als ausseramtliche Konkursverwaltung im Konkurs der N. AG in Liquidation ein, der vom Amtsgericht Y. bestellte Insolvenzverwalter sei der einzige anerkannte Vertreter des im Konkursverfahren der N. AG in Liquidation zugelassenen Gläubigers A. Nachdem über A. am 11. Oktober 2004 der Konkurs bzw. das Insolvenzverfahren eröffnet worden sei, seien im Sinne von Art. 206 SchKG alle gegen den Gemeinschuldner hängigen Betreibungen aufgehoben worden; neue Betreibungen könnten während der Dauer des Konkursverfahrens nicht angehoben werden. Nach Art. 199 SchKG würden Arrestgegenstände mit der Konkursöffnung in die Konkursmasse des A. fallen. Folglich seien alle nach dem 11. Oktober 2004 ergangenen Betreibungshandlungen gegen den Schuldner A. nichtig.

2. a) Ein Gläubiger, der den Kollokationsplan anfechten will oder welcher nicht den beanspruchten Rang erhalten hat, weil seine Forderung ganz oder teilweise abgewiesen worden ist, muss gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG innert 20 Tagen nach der öffentlichen Auflage des Kollokationsplanes beim Richteramt am Konkursort gegen die Masse klagen. Die betreibungsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG steht nur insoweit zur Verfügung, als Formmängel des Kollokationsplanes geltend gemacht werden (BGE 103 III 14 E. 1 mit weiteren Hinweisen). Während auf dem Wege der gerichtlichen Kollokationsklage die materiell-rechtlichen Fragen zu beurteilen sind, sind die formell-rechtlichen Fragen auf dem Beschwerdeweg zu rügen (BGE 93 III 87, 96 III 76). In die Kompetenz der Aufsichtsbehörde fällt mithin nur die Frage, ob bei Aufstellung des Kollokationsplanes das gesetzliche Verfahren beobachtet worden ist (BGE 25 I 593); es kann mithin auf dem Beschwerdeweg nur die Verletzung von formellen Vorschriften über die Art und Weise der Aufstellung und Auflage des Kollokationsplanes gerügt werden (BGE 54 III 275). So wäre beispielsweise das Übersehen einer eingereichten Konkursforderung mit Beschwerde zu rügen (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. 2, Zürich 1993, § 49 Rz 18 mit Hinweis auf BGE 53 III 101 und 140).

b) Im vorliegenden Fall anerkannte die ausseramtliche Konkursverwaltung das Betreibungsamt X. nicht als berechtigt, die Forderung von A. im

Konkurs der N. AG anzumelden, sondern erachtete den deutschen Insolvenzverwalter von A. hierfür als kompetent. Entsprechend wies sie die Forderungseingabe des Betreibungsamtes X. mit Verfügung vom 4. März 2005 ohne materielle Prüfung ab und kollozierte im Gegenzug mit Verfügung vom 25. Februar 2005 die vom deutschen Insolvenzverwalter angemeldete Forderung von A. in reduzierter Höhe. Die Abweisung der Forderungseingabe des Betreibungsamtes stellt trotz ihres Wortlautes eine rein verfahrensrechtliche Nichteintretens-Verfügung dar und unterliegt damit der Beschwerde nach Art. 17 SchKG.

3. a) Das Betreibungsamt X. vollzog am 2. Februar bzw. 11. März 2004 in verschiedenen Betreibungen gegen den Arrestschuldner A. (Pfändungsgruppe Nr.) die Pfändung. Mit dem Vollzug der Pfändung ist der Schuldner in seiner Verfügungsmacht über das gepfändete Vermögen eingeschränkt (Art. 96 SchKG). Das Betreibungsamt hat daher im Interesse der Gläubiger und stellvertretend für den Schuldner für die Erhaltung der gepfändeten Rechte und die Eintreibung fälliger Forderungen zu sorgen. Beispielweise ist es verpflichtet, eine Forderung des Schuldners im Konkurs (Art. 232 SchKG) einzugeben (vgl. Lebrecht, Basler Kommentar, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 1 und 5 zu Art. 100). Gestützt auf Art. 100 SchKG war das Betreibungsamt X. daher berechtigt und verpflichtet, die Forderung des Arrestschuldners A. gegen die N. AG im Konkurs der N. AG in Liquidation einzugeben.

b) Daran vermag entgegen der Ansicht der M. nichts zu ändern, dass das Amtsgericht Y. am 11. Oktober 2004 das Insolvenzverfahren über A. eröffnete und als Insolvenzverwalter Rechtsanwalt B. bestellte.

aa) Mit der Konkurseröffnung sind zwar gemäss Art. 206 Abs. 1 SchKG alle gegen den Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben, und neue Betreibungen für Forderungen, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind, können während des Konkursverfahrens nicht eingeleitet werden. Die noch nicht verwerteten Pfandgegenstände fallen in die Konkursmasse (Art. 199 Abs. 1 SchKG). In Missachtung von Art. 206 SchKG erfolgte Betreibungshandlungen sind nichtig. Die Nichtigkeit ist jederzeit von Amtes wegen zu beachten (vgl. Wohlfahrt, Basler Kommentar, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 14 zu Art. 206, mit zahlreichen Hinweisen). Vorausgesetzt ist aber grundsätzlich ein inländischer Konkurs; eine im Ausland ergangene Konkurseröffnung hat für die Schweiz nicht die Wirkung der Aufhebung der hier pendenten Betreibungen (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 1997/99, N 2 zu Art. 206). Ein ausländisches Konkursdekret kann in der Schweiz erst Wirkungen entfalten, wenn es – vom zuständigen schweizerischen Gericht - anerkannt ist (vgl. Art. 166 ff. IPRG).

bb) Art. 166 Abs. 1 IPRG regelt abschliessend – vorbehaltlich der (hier nicht in Frage stehenden) Staatsverträge (Art. 1 Abs. 2 IPRG) – die kumula-

tiv zu erfüllenden Voraussetzungen der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets in der Schweiz (vgl. Berti, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1996, N 1 zu Art. 166). Nach dieser Bestimmung wird ein ausländisches Konkursdekret, das am Wohnsitz des Schuldners ergangen ist, auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung oder eines Konkursgläubigers anerkannt, wenn es im Staat, in dem es ergangen ist, vollstreckbar ist (lit. a), wenn kein Verweigerungsgrund nach Art. 27 IPRG vorliegt (lit. b), und wenn der Staat, in dem das Dekret ergangen ist, Gegenrecht hält (lit. c). Ein Antrag auf Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets ist an das zuständige Gericht am Ort des Vermögens in der Schweiz zu richten (Art. 167 IPRG). Wird die formelle Exequatur erteilt, treten grundsätzlich die allgemeinen konkursrechtlichen Folgen nach schweizerischem Recht ein, soweit nicht wegen Art. 170 Abs. 1 IPRG die speziellen konkurstypischen Rechtsfolgen von Art. 170 Abs. 2, 3, 171, 172 IPRG zum Tragen kommen (vgl. Jolanta Kren Kostkiewicz, Internationales Konkursrecht: Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz, in: BLSchK 1993/94, S. 1 ff.).

cc) Im vorliegenden Fall ist den Akten nicht zu entnehmen und es wird denn auch nicht behauptet, dass das Konkursdekret des Amtsgerichts Y. vom 11. Oktober 2004 in der Schweiz anerkannt wurde. Ohne Anerkennung gemäss Art. 166 ff. IPRG kann das deutsche Konkursdekret aber in der Schweiz keine Wirkungen entfalten, insbesondere kann der deutsche Insolvenzverwalter, B., nicht als Vertreter des A. im Konkurs der N. AG anerkannt werden, solange die fragliche Forderung vom Betreibungsamt X. gepfändet ist. Dementsprechend hätte die Konkursverwaltung nicht auf die Forderungsanmeldung des deutschen Insolvenzverwalters, sondern auf diejenige des Betreibungsamts X. eintreten und diese entsprechend kollozieren sollen. Nachdem das Betreibungsamt X. die Kollokation der vom Insolvenzverwalter angemeldeten Forderung von A. im zugelassenen Umfang von CHF 7'038'413.68 nicht anfiicht und im Kollokationsplan der Vertreter von A. nicht aufgeführt wird, erübrigt es sich, den Kollokationsplan abzuändern bzw. zu ergänzen. Die ausseramtliche Konkursverwaltung im Konkurs der N. AG ist daher lediglich anzuweisen, künftig das Betreibungsamt X. als Vertreter und entsprechend auch als Inkassobevollmächtigten des Konkursgläubigers A. anzuerkennen, solange die Pfändung der eingegebenen Konkursforderung besteht. Dementsprechend ist die Verfügung der ausseramtlichen Konkursverwaltung vom 4. März 2005 ersatzlos aufzuheben.

Justizkommission als AB SchK, 18. August 2005

Art. 174 Abs. 2 SchKG. - Nach konstanter Rechtsprechung der Justizkommission muss sich der geltend gemachte Konkurshinderungsgrund (Tilgung, Hinter-

legung oder Verzichtserklärung) spätestens bis zum Ablauf der 10-tägigen Weiterzugsfrist verwirklicht haben. Wird nur die Schuld – inkl. Zinsen und Betreuungskosten, aber ohne Gerichtskosten – innerhalb der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen getilgt, mangelt es an einer Voraussetzung, um die Konkursöffnung aufheben zu können.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die in Betreuung gesetzte Schuld vollständig getilgt zu haben.

a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann das obere Gericht die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt ist (Ziff. 1), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zu Handen des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2.) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3). Diese Aufzählung der so genannten echten Noven, die im Rechtsmittelverfahren gegen das Konkursdekret vorgebracht werden können, ist abschliessend (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 37 N 58). Nach dem klaren Gesetzeswortlaut muss sich der geltend gemachte Konkurshinderungsgrund spätestens bis zum Ablauf der 10-tägigen Weiterzugsfrist verwirklicht haben. Nur so ist es möglich, den verlangten Urkundenbeweis mit der Einlegung des Rechtsmittels vorzulegen. Eine später erfolgte Tilgung, Hinterlegung oder Verzichtserklärung kann daher nicht mehr gehört werden und zur Aufhebung des Konkursdekretes führen. Die Justizkommission hat daran in konstanter Rechtsprechung festgehalten. Sie hat einzig zugelassen, dass der entsprechende Urkundenbeweis auch noch nachträglich, allenfalls innert einer anzusetzenden kurzen Nachfrist möglich ist. Im Gegensatz dazu lässt es die Praxis der Justizkommission hingegen zu, die Zahlungsfähigkeit auch mit Anhaltspunkten und Unterlagen glaubhaft zu machen, die erst später zustande gekommen sind, soweit sie innert einer anzusetzenden kurzen Nachfrist eingereicht werden (JZ 1999/21; JZ 1999/137; JZ 2002/78; JZ 2005/60).

b) Die Beschwerdeführerin hat nachgewiesen, dass sie der Beschwerdegegnerin am 18. November 2005 den Betrag von CHF 765.- auf deren Postcheck-Konto einbezahlt hat. Damit hat sie zwar die in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 665.- sowie die Betreuungskosten von CHF 100.- innerhalb der Rechtsmittelfrist beglichen. Hingegen hat sie die der Beschwerdegegnerin unter Einräumung eines Rückgriffsrechtes auf die Beschwerdeführerin auferlegten Kosten des Konkursöffnungsverfahrens von CHF 100.- erst nachträglich, nach Ablauf der Beschwerdefrist, am 30. November 2005 beglichen. Bei diesen Kosten handelt es sich aber ebenfalls um Betreuungskosten, welche die Gläubigerin gemäss Art. 68 Abs. 2

SchKG von den Zahlungen der Schuldnerin vorab erheben darf. Diese sind denn auch in der Gebührenverordnung zum SchKG (Art. 52 GebV SchKG) geregelt. Die Kostenregelung bei der richterlichen Konkursöffnung lässt sich ohne weiteres vergleichen mit der Regelung bei der ebenfalls vom Richter auszusprechenden Rechtsöffnung. Auch in diesem Bereich regelt die Gebührenverordnung zum SchKG die Kostenfolgen abschliessend (Art. 48 f. und Art. 62 Abs. 1). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat diesbezüglich klar entschieden, dass die Rechtsöffnungskosten, und zwar sowohl die Gerichtskosten als auch eine eventuelle Parteientschädigung, Teil der Betreuungskosten gemäss Art. 68 SchKG darstellten (BGE 123 III 272; 119 III 65; 90 III 38 mit weiteren Hinweisen). Die entsprechenden Kosten sind dem Gläubiger daher gestützt auf Art. 68 Abs. 2 SchKG aus dem Ergebnis der Betreuung auszurichten (BGE 90 III 38); er braucht sie nicht separat in Betreuung zu setzen (Daniel Staehelin, Basler Kommentar zum SchKG, Band I, Basel/Genf/München 1998, N 76 zu Art. 84). Gehört aber die Spruchgebühr des Konkursrichters für die Konkursöffnung zu den Betreuungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG, hat der Schuldner zur Vermeidung der Konkursöffnung auch diese Kosten zu bezahlen (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Die im erstinstanzlichen Verfahren beim Konkursrichter anfallenden Kosten gehören m.a.W. zu den Kosten gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG, d.h. sie müssen ebenfalls getilgt sein, damit die Tilgungseinrede Erfolg haben kann (Werner Baumann, Die Konkursöffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreiber und Konkurs, Diss. Zürich 1979, S. 110 mit weiteren Hinweisen). Das entspricht denn auch der Jahrzehnte langen Praxis des Kantonsgerichtspräsidiums Zug. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb der Konkurshinderungsgrund der Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG für das erstinstanzliche Verfahren nicht denselben Inhalt aufweisen sollte wie der wörtlich übereinstimmende Konkursaufhebungsgrund nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG für das zweitinstanzliche Verfahren. Dementsprechend setzt die nachträgliche Tilgung der Schuld als Voraussetzung zur Aufhebung der erstinstanzlichen Konkursöffnung im Weiterzugsverfahren gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG voraus, dass die vom Gläubiger vorerst erhobenen Kosten für die erstinstanzliche Konkursöffnung ebenfalls getilgt wurden. Der Gläubiger, der das Konkursbegehren erfolgreich gestellt hat, kann nämlich, wenn der Konkurs die in Betreuung gesetzte Schuld nachträglich zahlt, davon zuerst diese von ihm ausgelegten Kosten abziehen, womit aber in diesem Umfange die Betreuungsforderung nicht getilgt ist.

c) Wurde mithin im vorliegenden Fall die Schuld, einschliesslich Kosten und Zinsen, nicht vollständig innerhalb der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen getilgt, mangelt es bereits an dieser Voraussetzung, um die Konkursöffnung aufheben zu können. Die Beschwerdeführerin bringt nun zwar vor, sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin seien davon ausgegangen, dass mit der Bezahlung von CHF 765.- per 18. November 2005 sämtliche Betreuungskosten gedeckt seien. Dieser Fehler habe sich

erst mit der Verfügung der Justizkommission manifestiert. In der Tat bestätigt die Beschwerdegegnerin in ihrer Eingabe vom 30. November 2005, dass die Beschwerdeführerin die in der Betreibung Nr. ... stehende Forderung vollumfänglich beglichen habe. Indes bestätigt sie dies erst im selben Zeitpunkt, als die Beschwerdeführerin tatsächlich auch die ausstehenden Gerichtskosten von CHF 100.- auf ihr Postcheck-Konto einbezahlt hatte. Die Beschwerdeführerin hat aber nicht dargetan, dass die Beschwerdegegnerin die vollständige Tilgung ihrer Forderung mit der Zahlung von CHF 765.- vom 18. November 2005 betrachtete. Bei dieser Sachlage muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die Forderung damals noch nicht vollständig getilgt war. Nicht zu überzeugen vermag sodann, dass sich «der Fehler» erst mit der Verfügung des Vorsitzenden der Justizkommission vom 29. November 2005 «manifestiert» habe. Die Beschwerdeführerin wurde in der Vorladung des Konkursrichters vom 31. Oktober 2005, welche diese unbestrittenmassen zugestellt erhalten hatte, unmissverständlich darauf hingewiesen, dass sie neben der Forderung von CHF 665.- und den aufgelaufenen Betreibungskosten von CHF 100.- auch noch die Gerichtskosten von CHF 100.-, mithin insgesamt den Betrag von CHF 865.- bis zum Verhandlungstermin an den Gläubiger zu entrichten und urkundlich zu belegen habe, um die Konkursöffnung abzuwenden. Mangelt es aber an der Voraussetzung der vollständigen Tilgung innerhalb der Rechtsmittelfrist, kann die Konkursöffnung nicht aufgehoben werden. Es erübrigt sich daher, die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin näher zu prüfen. Dementsprechend bleibt es bei der vorinstanzlichen Konkursöffnung, und die Beschwerdeführerin ist auf den Weg des Konkurswiderrufs gemäss Art. 195 SchKG zu verweisen, wenn sie denn nicht konkursreif ist.

Justizkommission, 15. Dezember 2005

Art. 256 SchKG. – Das Konkursamt ist beim Freihandverkauf verpflichtet, das aus kaufmännischer Sicht beste Ergebnis anzustreben. Es darf sich nicht einfach mit dem besten Angebot zufrieden geben, sondern muss geeignete Abklärungen treffen, um mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilen zu können, ob ein bestimmtes Angebot von einem Kaufinteressenten angemessen ist.

Aus den Erwägungen:

8.a) Der Beschwerdeführer erachtet schliesslich das von A. gemachte Angebot von EUR 3 Mio. für das Grundstück in X. als ungenügend und macht geltend, er habe mit einem Käufer einen Vertrag über den Verkauf des Aktienpakets mit einem Enderlös von CHF 15 Mio. abgeschlossen. Der Käufer habe

wiederholt um Verlängerungen ersuchen müssen, stehe aber zum Vertrag und habe belegen können, dass er zur Erfüllung innert nützlicher Frist in der Lage sein dürfte. Falls dieser Käufer wider Erwarten ausfallen sollte, stehe eine andere Käuferschaft bereit. Zudem seien weitere Interessenten verbindlich vorgemerkt. Die schlimmste Lösung, die immerhin nicht auszuschliessen sei, dürfte eine Reduktion des Kaufpreises – im Interesse einer Beschleunigung der Abwicklung – auf minimal ca. EUR 7 - 8 Mio. sein. Von dem vorerwähnten Vertrag und den weiteren Verhandlungen habe das Konkursamt Kenntnis.

b) aa) Der Beschwerdeführer reichte dem Konkursamt anlässlich der konkursamtlichen Einvernahme vom 6. Dezember 2002 eine Kopie des Kaufvertrages vom 23. September 2000 über den Verkauf sämtlicher Aktien der Konkursitin zum Preis von CHF 14.5 Mio. ein. Als Verkäufer tritt darin der Beschwerdeführer auf, während die Käuferschaft anonymisiert wurde. Gemäss den weiteren zwei Nachträgen vom 6. April 2001 und vom 23. Januar 2002 zu diesem Kaufvertrag wurde die Zahlung der mittlerweile auf CHF 16.5 Mio. vereinbarten Kaufpreissumme zunächst bis 30. April 2001 und in der Folge bis 31. Januar bzw. 15. Februar 2002 in Aussicht gestellt. Bis zum heutigen Zeitpunkt ist diese Summe jedoch nicht bezahlt worden. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers bestehen unter diesen Umständen keine Hinweise, dass dieser Käufer innert nützlicher Frist zur Erfüllung des Kaufvertrages in der Lage sein dürfte. Allein aufgrund dieses Vertrages, der vom Käufer seit Jahren nicht erfüllt wird und dessen Identität gegenüber dem Konkursamt geheim gehalten wird, bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass das Hauptaktivum der Konkursitin, das Grundstück in X., einen massiv höheren Wert aufweist als der von A. gebotene Kaufpreis. Daran ändert auch nichts, dass gemäss dem Beschwerdeführer weitere Interessenten verbindlich vorgemerkt sind, zumal der Beschwerdeführer auch deren Identität nicht offen legt und nicht einmal deren Angebote bekannt gibt. Auffällig ist denn auch, dass diese Personen im Konkursverfahren das von A. gemachte Angebot nicht überboten haben.

bb) Das Konkursamt stellt sich dagegen auf den Standpunkt, dass sich der tatsächliche Wert des Grundstücks in X. in der Nähe der Grundpfandbelastung von rund CHF 4.3 Mio. bewegen dürfte, ansonsten es für die Konkursitin bzw. den Beschwerdeführer ein Leichtes gewesen wäre, das Grundstück weiter zu belasten und allfällige Schulden zu begleichen. Diese Auffassung hat einiges für sich. Ferner liegen – wie erwähnt – keine höheren Offerten vor. Freilich geht aus den Akten nicht hervor, ob – und gegebenenfalls welche – Anstrengungen das Konkursamt unternommen hat, um weitere Interessenten anzusprechen. Abgesehen davon, dass sich ein weiterer Kaufinteressent, der sich beim Konkursamt gemeldet hatte, zurückgezogen hat, haben auf der anderen Seite auch die Gläubiger der Konkursitin das von A. gemachte Angebot, das ihnen zur Einreichung höherer Angebote bekannt gegeben worden war, nicht überboten. Allerdings kann dabei nicht übersehen werden, dass mit Ausnahme der Grundpfandgläubigerin, deren

Forderung durch das Angebot von A. im Wesentlichen gedeckt ist, nur einige wenige Gläubiger vorhanden sind, die aufgrund der Grösse ihrer Forderungen oder aus anderen Gründen nicht in der Lage oder willens sind, das Grundstück zu erwerben. Letztlich dürfte für ein Grundstück von dieser Grösse und Lage denn auch nur ein kleiner Markt bestehen, was die Wertbestimmung schwierig macht. Grundidee des Instituts des Freihandverkaufs ist die Erzielung eines möglichst vorteilhaften Verwertungsergebnisses durch die Einräumung grösstmöglicher Flexibilität und Freiheit an das Konkursamt in zeitlicher und verfahrensmässiger Hinsicht (vgl. Franco Lorandi, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1994, S. 8). Auch wenn das Konkursamt mithin bei der Ausgestaltung des Verfahrens des Freihandverkaufs grosse Freiheit genießt, bleibt es selbstverständlich immer verpflichtet, das aus kaufmännischer Sicht beste Ergebnis anzustreben. Das Amt darf sich nicht einfach mit dem erstbesten Angebot zufrieden geben (BISchK 1978, S. 49). Es muss sich in die Lage versetzen, um mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilen zu können, ob ein bestimmtes Angebot von einem Kaufinteressenten angemessen ist. Auch wenn im vorliegenden Fall einiges dafür spricht, dass es sich bei dem von A. gemachten Angebot so verhält, kann dies letztlich nicht mit hinreichender Sicherheit gesagt werden. Dabei fällt insbesondere in Betracht, dass bei den Konkursakten weder ein Grundbuchauszug noch eine Schätzung des Grundstücks liegt, obwohl der Beschwerdeführer anlässlich seiner konkursamtlichen Einvernahme erklärte, beim Grundstückswert von CHF 14.5 Mio. handle es sich um den letzten Schätzwert. Nachdem aus den Akten nicht ersichtlich ist und vom Konkursamt auch nicht behauptet wird, dass es einen grösseren Kreis von potentiellen Interessenten angesprochen hat, ist das Konkursamt umso mehr auf objektive Angaben und Anhaltspunkte zur Einschätzung des Verkaufswertes der Liegenschaft angewiesen. Darüber verfügt es aber nach dem derzeitigen Stand nach Auffassung der Justizkommission nicht in genügendem Masse. Es ist deshalb einzuladen, vor einem Freihandverkauf nebst dem Beizug eines Grundbuchauszugs zumindest die vom Beschwerdeführer erwähnte Schätzung beizuziehen, diese zu prüfen und allenfalls weitere geeignete Abklärungen über den realen Marktwert der fraglichen Liegenschaft vorzunehmen, um die Angemessenheit des Angebots von A. zu prüfen. Sollte sich dabei ergeben, dass das Angebot klar unangemessen erscheint, hätte das Konkursamt weitere Massnahmen, wie etwa eine gezielte Ausschreibung oder allenfalls sogar die Beauftragung einer professionellen Liegenschaftsvermittlerin ins Auge zu fassen. Dabei geht es letztlich um die gezielte Schaffung von wirksamem Wettbewerb (vgl. Franco Lorandi, a.a.O., S. 13), zumal es sich beim vorliegenden Aktivum unbestreitbar um ein sehr wertvolles handelt. So oder anders hat das Konkursamt nach den entsprechenden Abklärungen den Gläubigern nochmals Frist zur Einreichung höherer Angebote anzusetzen.

Justizkommission als AB SchK, 17. November 2005

Art. 265a Abs. 1 SchKG. – Einrede mangelnden neuen Vermögens. Das Betreibungsamt hat nicht zu überprüfen, ob der Konkurs des Schuldners mangels Aktiven eingestellt wurde. Darüber kann einzig der Richter entscheiden.

Aus den Erwägungen:

3. Nach durchgeführtem Konkurs erhält jeder der Gläubiger für den bei der Verteilung ungedeckt bleibenden Betrag seiner Forderung einen Konkursverlustschein. Eine darauf gestützte neue Betreibung kann nur eingeleitet werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265 SchKG). Der Schuldner muss allerdings diese Einrede mittels Rechtsvorschlag gegen den neuen Zahlungsbefehl ausdrücklich erklären, andernfalls er die Einrede verwirkt (Art. 75 Abs. 2 SchKG). Tut er dies, so hat das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG dem Richter des Betreibungsortes vorzulegen, welcher die Parteien anhört und endgültig darüber entscheidet. Das Betreibungsamt prüft die Zulässigkeit eines Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens nur in formeller Hinsicht. Es hat mithin die Wahrung der Form und Frist zu prüfen und damit einzig über die formelle Gültigkeit des Rechtsvorschlages zu entscheiden. Es hat aber nicht zu prüfen, ob die Einrede des mangelnden neuen Vermögens im konkreten Fall zulässig sei, denn darüber hat der Richter zu befinden (BGE 124 III 379). Es liegt weder in seiner noch in der Kompetenz der Aufsichtsbehörde, darüber zu befinden, ob der Rechtsvorschlag sachlich begründet und die Einrede im konkreten Fall überhaupt zulässig sei (Beat Gut/Felix Rayower/Brigitta Sonnenmoser, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, AJP 1998, S. 531). Nach dem klaren Wortlaut von Art. 265a Abs. 1 SchKG hat das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag zwingend dem Richter des Betreibungsortes zu unterbreiten, wenn der Schuldner Rechtsvorschlag erhebt, indem er bestreitet, zu neuem Vermögen gekommen zu sein. Das gilt also auch, wenn der Betreibungsbeamte der Meinung wäre, die Einrede sei unzulässig, beispielsweise weil über den Schuldner gar nie ein Konkurs durchgeführt worden oder weil die Forderung erst nach Konkurseröffnung entstanden sei (Beat Gut/Felix Rayower/Brigitta Sonnenmoser, a.a.O., S. 531). Das Betreibungsamt hat mithin insbesondere auch nicht zu überprüfen, ob der Konkurs des Schuldners mangels Aktiven eingestellt wurde (Art. 230 SchKG). Darüber kann einzig der Richter entscheiden (BGE 108 III 6 E.2; 59 III 126; BLSchK 1991, S. 103). Soweit dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung, die das Bundesgericht in seinem neueren Entscheid BGE 124 III 379 unter neuem Recht ausdrücklich bekräftigt hat, Widerspruch durch Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 3. A., Zürich 1993, § 53 RZ 16, entsteht, ist zu bemerken, dass diese Autoren ihre Ansicht noch unter dem alten Recht vertreten. Der klare Gesetzestext von Art. 265a Abs. 1 SchKG gebietet dem mit einem Rechtsvorschlag befassten Betreibungsamt hingegen zwingend, diesen ohne weiteres dem Richter zu unterbreiten. Auch die neuere Lehre stimmt dieser

Rechtsprechung zu (Beat Gut/Felix Rayower/Brigitta Sonnenmoser, a.a.O., S. 531; Ueli Huber, Basler Kommentar SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 26 zu Art. 265a). Der letztgenannte Autor führt dazu aus, dass für die Behandlung durch den Richter das Gebot der Einheitlichkeit spreche. Zu Recht werde festgehalten, dass in Zweifelsfällen das Betreibungsamt die Einrede eher ablehnen würde, so dass ein Beschwerdeverfahren unumgänglich wäre. Auch seien die formellen Fragen in der Regel eng mit den materiellen verknüpft. Da nach neuem Recht der mit der Einrede versehene Rechtsvorschlag ohnehin gerichtlich beurteilt werde, weil er von Amtes wegen dem Richter vorzulegen sei, wäre es nicht prozessökonomisch, die formellen Aspekte zuerst einem Beschwerdeverfahren zu unterwerfen und danach den Rechtsöffnungsrichter über den materiellen Bestand der Einrede entscheiden zu lassen.

Justizkommission als AB SchK, 21. Oktober 2005

Art. 260 Abs. 1 SchKG – Der Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 Abs. 1 SchKG in den Prozess ist erst mit der Bezahlung des von ihm geforderten Kostenvorschusses vollzogen.

Aus den Erwägungen:

5. Gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG ist jeder Gläubiger berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet. Bei der Abtretung nach Art. 260 Abs. 1 SchKG handelt es sich um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis, das Ähnlichkeit mit der Abtretung gemäss Art. 164 ff. OR und dem Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR aufweist. Der Gläubiger wird durch die Abtretung ermächtigt, den streitigen Rechtsanspruch anstelle der Masse in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen. Zur Abtretung können Ansprüche gelangen, die noch nicht Gegenstand eines Prozesses bilden. Der Gläubiger kann aber durch die Abtretung auch in die Lage versetzt werden, anstelle der Masse als Partei in einen bereits hängigen Prozess einzutreten und diesen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr weiterzuführen. Über den Zeitpunkt des Eintritts des Abtretungsgläubigers in den Prozess sagt das Bundesrecht nichts aus. Es ist diesem nur zu entnehmen, dass mit der Ausstellung der Abtretungsurkunde nicht automatisch der Eintritt in den Prozess vollzogen wird. Ob, wann und in welcher Form der Abtretungsgläubiger den Prozess tatsächlich aufgenommen hat, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechts. Dieses hat zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Prozessrechtsverhältnis zwischen einer Partei und dem Gericht bzw. der Gegenpartei zustande kommt. Der in den Prozess eintretende Abtretungsgläu-

biger übernimmt sodann nach Bundesrecht das gesamte Prozessrisiko. Er hat, wenn er den Prozess verliert, die gesamten Prozesskosten und die Kosten der Gegenpartei vollumfänglich zu tragen (vgl. BGE 105 III 135 ff.).

6. Im vorliegenden Fall liess X. am 31. Oktober 2005 wohl mitteilen, er trete in den vorliegenden Prozess ein. Den von ihm verlangten Kostenvorschuss hat er jedoch auch innert der ihm angesetzten Nachfrist nicht bezahlt. Es stellt sich daher die Frage, ob X. bei dieser Sachlage in den Prozess eingetreten ist. Die zugerische Zivilprozessordnung enthält keine ausdrückliche Bestimmung über den Zeitpunkt des Eintritts eines Abtretungsgläubigers in den Prozess. Bei der Rechtsnachfolge im Prozess ist die Gegenpartei gemäss § 21 Abs. 2 ZPO indes erst dann verpflichtet, den Wechsel der Partei anzunehmen, wenn ihr Sicherheit geleistet wird, dass dem Urteil in Haupt- und Nebensache stattgegeben werde. Auch wenn der Eintritt eines Abtretungsgläubigers in den Prozess keine Rechtsnachfolge im Sinne von § 21 ZPO darstellt, liegt eine Ähnlichkeit dieser Rechtsinstitute vor. In analoger Anwendung von § 21 Abs. 2 ZPO würde damit der Eintritt des Abtretungsgläubigers in den Prozess erst nach Bezahlung des Kostenvorschusses erfolgen. Es kommt hinzu, dass ein Abtretungsgläubiger, welcher wohl den Eintritt in den Prozess erklärt, den entsprechenden Kostenvorschuss jedoch nicht bezahlt, sämtliche Gerichts- und Parteikosten des bisherigen Verfahrens zu tragen hätte, obwohl der Prozess am Protokoll abzuschreiben ist. Auch unter diesem Aspekt rechtfertigt es sich nicht, für den Eintritt in den Prozess einzig auf die entsprechende Erklärung des Abtretungsgläubigers abzustellen. Vielmehr hat der Eintritt des Abtretungsgläubigers in den Prozess erst mit der Bezahlung des von ihm geforderten Kostenvorschusses als vollzogen zu gelten.

Kantonsgericht Zug, 19. Januar 2006

§ 47 Abs. 1 und 2 GebV SchKG, Art. 24 Abs. 1 KOV. – Entschädigung als Mitglied des Gläubigerausschusses. Die Konkursverwaltung hat nicht die Kompetenz, die Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses abschliessend zu prüfen und darüber zu befinden. Über die Berechtigung und Angemessenheit der Rechnungen entscheidet vielmehr die Aufsichtsbehörde (Erw. 1). Weigert sich die Konkursverwaltung aus einem materiellrechtlichen Grund, die Forderung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses zu begleichen, hat darüber der Zivilrichter und nicht die Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Erw. 2).

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Entschädigung der Konkursverwaltung und der Mitglieder eines

allfälligen Gläubigerausschusses richtet sich nach den Tarifbestimmungen der bundesrätlichen Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG). Diese sind zwingend und gelten gemäss Art. 43 GebV SchKG sowohl für die amtliche wie für die ausseramtliche Konkursverwaltung. In den Artikeln 44 - 46 sind die einzelnen Verrichtungen tarifiert. Daneben kommen aber auch die allgemeinen Tarifbestimmungen der Artikel 1 - 15 zur Anwendung, soweit die dort tarifierten Verrichtungen nicht bereits in denjenigen nach Art. 44 - 46 enthalten sind.

Gemäss Art. 47 Abs. 1 GebV SchKG setzt die Aufsichtsbehörde für Verfahren, die besondere Abklärungen des Sachverhaltes oder von Rechtsfragen erfordern, das Entgelt für die amtliche und die ausseramtliche Konkursverwaltung fest und berücksichtigt dabei namentlich die Schwierigkeit und die Bedeutung der Sache, den Umfang der Bemühungen sowie den Zeitaufwand. Ferner kann die Aufsichtsbehörde in solchen Verfahren gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung sowohl bei amtlicher wie bei ausseramtlicher Konkursverwaltung die Entschädigungsansätze für die Mitglieder des Gläubigerausschusses, die ordentlicherweise nach Art. 46 Abs. 3 und 4 GebV SchKG je halbe Sitzungsstunde CHF 60.- für den Präsidenten und CHF 50.- für die übrigen Mitglieder und für Verrichtungen ausserhalb von Sitzungen einheitlich CHF 50.- je halbe Stunde betragen, erhöhen.

b) In solchen umfangreichen, anspruchsvollen Verfahren hat es sich eingebürgert, dass sich die ausseramtliche Konkursverwaltung zu Beginn ihrer Mandatsübernahme von der Aufsichtsbehörde die Honoraransätze bestätigen lässt, die sie für ihre Bemühungen in Rechnung stellen möchte. In analoger Weise ist es ebenfalls üblich, dass sie bei dieser Gelegenheit im Namen des Gläubigerausschusses auch gleich darum ersucht, die Entschädigungsansätze für dessen Mitglieder festzusetzen bzw. zu erhöhen. So ist die Konkursverwaltung auch im vorliegenden Fall vorgegangen. Mit Beschluss vom 12. Dezember 2001 hat deshalb die Justizkommission als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs in den eingangs erwähnten Konkursverfahren zum einen im Sinne eines Vor- bzw. Zwischenentscheides die anwendbaren Honoraransätze für die ausseramtliche Konkursverwaltung als Berechnungsgrundlage für die endgültige Bestimmung des Entgelts der Konkursverwaltung nach Abschluss des Konkursverfahrens festgesetzt. Im selben Beschluss hat sie zum ändern antragsgemäss die Entschädigungsansätze für die Mitglieder der Gläubigerausschüsse einheitlich auf CHF 350.- pro Stunde erhöht. Ferner wurde die Konkursverwaltung eingeladen, halbjährliche Zwischenabrechnungen über ihre und die Aufwendungen der Gläubigerausschüsse der Aufsichtsbehörde einzureichen. Anders als bei der Entschädigung der Konkursverwaltung kann die Aufsichtsbehörde in anspruchsvollen Verfahren nach dem Wortlaut von Art. 47 Abs. 2 GebV SchKG nur die anwendbaren Entschädigungsansätze der Mitglieder des

Gläubigerausschusses festsetzen bzw. erhöhen und hat grundsätzlich nicht über die Höhe ihrer Gesamtentschädigung nach Abschluss des Verfahrens zu befinden. Nun ist aber nicht zu verkennen, dass die in Frage stehende Bestimmung davon ausgeht, dass über eine Erhöhung der Ansätze für den Gläubigerausschuss erst nach Abschluss des Konkursverfahrens im Rahmen der Aufstellung der Schlussrechnung zu befinden ist. Erst in diesem Zeitpunkt kann sich die Aufsichtsbehörde durch Einsichtnahme in die Akten ein Bild über die tatsächliche Erfüllung der Kriterien eines anspruchsvollen Verfahrens machen. Das Ausmass der Erhöhung der Entschädigungsansätze muss sich namentlich nach der Schwierigkeit und der Bedeutung der Sache, dem Umfang der Bemühungen sowie dem Zeitaufwand richten (Art. 47 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 GebV SchKG). Wenn deshalb die Konkursverwaltung im erwähnten Beschluss eingeladen wurde, nicht nur halbjährliche Abrechnungen über ihren eigenen Aufwand, sondern auch über denjenigen des Gläubigerausschusses der Aufsichtsbehörde einzureichen, so nicht zur eigentlichen Genehmigung, sondern lediglich zur vorläufigen Information der Aufsichtsinstanz. Die Justizkommission hat denn auch hinsichtlich der Entschädigung des Gläubigerausschusses keinen ausdrücklichen Vorbehalt angebracht. Gleichwohl muss nach den vorstehenden Überlegungen ein stillschweigender Vorbehalt in dem Sinne angenommen werden, dass die Aufsichtsbehörde auch kompetent ist, den geltend gemachten Aufwand des Gläubigerausschusses nach Abschluss des Verfahrens zu überprüfen, wenn sie bereits vorgängig die Entschädigungsansätze im Grundsatz festgelegt hat. Nur so kommt sie in die Lage, den Stundenansatz unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und der Bedeutung der Sache, des Umfangs der Bemühungen sowie des Zeitaufwands angemessen festzulegen (vgl. Thomas Sprecher, *Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung*, Diss. Zürich 2003, S. 238). Sowohl die Konkursverwaltung wie auch die Mitglieder des Gläubigerausschusses müssen daher detaillierte Aufzeichnungen über ihren Zeitaufwand machen.

c) Nach Art. 262 Abs. 1 SchKG werden sämtliche aus der Eröffnung und Durchführung des Konkurses erwachsenen Kosten vorab gedeckt. Die Kosten (Entschädigung und Spesenersatz) der Mitglieder des Gläubigerausschusses stellen demnach wie das Entgelt und die Auslagen der Konkursverwaltung Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG dar, sind mithin Masseverbindlichkeiten oder genauer Massekosten (Thomas Sprecher, a.a.O., S. 236; Fritzsche/Walder, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Bd. II, Zürich 1993, § 52 Rz 16., insbes. Anm. 28; Amonn/Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 7. A., Bern 2003, § 47 N 2 f.; BGE 105 III 22; 111 Ia 86; 113 III 149). Über die Gebühren und Auslagen der Konkursverwaltung sowie der Mitglieder des Gläubigerausschusses ist gemäss Art. 24 Abs. 1 KOV eine besondere detaillierte Rechnung zu führen. Sie sind in der Schlussrechnung aufzuführen, die

ihrerseits der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde unterliegt (BGE 48 III 46). In diesem Entscheid bezeichnete das Bundesgericht die Aufsichtsbehörde ausdrücklich als zuständig zur Festsetzung bestrittener Gebühren und Vergütungen von Mitgliedern eines Gläubigerausschusses. Die Konkursverwaltung hat somit nicht die Kompetenz, die Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses abschliessend zu prüfen und darüber zu befinden. Allerdings ist sie aufgrund ihrer sachlichen Nähe zum Konkursverfahren im Vergleich zur Aufsichtsbehörde besser in der Lage, die Angemessenheit des geltend gemachten Aufwands der Mitglieder des Gläubigerausschusses zu beurteilen. Es erscheint daher zweckmässig, wenn Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses via Konkursverwaltung der Aufsichtsbehörde eingereicht werden und diese dazu zuhanden der Aufsichtsbehörde allenfalls Stellung nimmt, wie auch umgekehrt der Aufsichtsbehörde gedient ist, wenn der Gläubigerausschuss Stellung zu den Rechnungen der Konkursverwaltung nimmt, wenn sie ihm unkorrekt oder unangemessen erscheinen (vgl. Thomas Sprecher, a.a.O., S. 237).

2. a) Der Beschwerdeführer beantragt zunächst, die Nichtigerklärung der mit Schreiben vom 15. April 2005 erlassenen Verfügung der Beschwerdegegnerin. Er führt aus, die Überprüfung von Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses falle grundsätzlich nicht in die in Art. 240 f. SchKG umschriebene Kompetenz des Konkursverwalters, sondern in diejenigen der Aufsichtsbehörde. Sei der Konkursverwalter der Ansicht, die Rechnung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses sei nicht geschuldet oder unangemessen, sei er gehalten, diese mit entsprechender Stellungnahme der Aufsichtsbehörde weiterzuleiten. Diese entscheide dann über Berechtigung und Angemessenheit der Rechnung.

b) Dieser Ansicht ist nach den vorstehenden Erwägungen zuzustimmen. Damit ist indes für den Beschwerdeführer nichts gewonnen. Die Konkursverwaltung bestreitet in der angefochtenen Verfügung weder den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Aufwand noch den von ihm beanspruchten Stundenansatz. Sie nimmt überhaupt keine Überprüfung der Rechnungen des Beschwerdeführers vor. Sie verweigert die Auszahlung einzig mit der Begründung, dass sie dazu vom Präsidenten der Gläubigerausschüsse angehalten worden sei, weil im Rahmen der von den Gläubigerausschüssen am 25. Juni 2003 beschlossenen Plausibilisierung der Honorarrechnungen der Mitglieder durch den Präsidenten geltend gemacht worden sei, der Beschwerdeführer habe gemäss Angaben seiner ehemaligen Arbeitgeberin, der Konkursgläubigerin X., auf sein Honorar als Mitglied der Gläubigerausschüsse für den von der Rechnungsstellung betroffenen Zeitraum verzichtet. Damit steht aber fest, dass weder die Gläubigerausschüsse noch die Konkursverwaltung die mit den Honorarrechnungen geltend gemachten Entschädigungsansprüche als solche bestreiten. Die Konkursverwaltung stellt denn auch in ihrer Vernehmlassung den Antrag, es seien die Rechnun-

gen des Beschwerdeführers vom 3. Januar 2005 zu genehmigen. Die Konkursverwaltung weigert sich mithin aus einem materiellrechtlichen Grund, die Forderung des Beschwerdeführers zu begleichen. Der Beschwerdeführer soll nämlich mit seiner früheren Arbeitgeberin, der X., am 29. Juni 2004 mündlich eine Vereinbarung abgeschlossen haben, wonach er zugunsten der beiden Konkursmassen auf jegliche weitere Honorierung als Mitglied der Gläubigerausschüsse verzichtet habe. Es stellt sich also die Frage, ob der Beschwerdeführer zugunsten eines Dritten einen Forderungsverzicht ausgesprochen bzw. vereinbart hat und welche Wirkungen ein solcher zeitigt. Das sind aber ausschliesslich materiellrechtliche Fragen, über die nicht die Aufsichtsbehörde zu befinden hat. Wie erwähnt handelt es sich bei der Entschädigung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses um eine Masseverbindlichkeit. Weigert sich aber die Konkursverwaltung, diese aus einem materiellrechtlichen Grund zu erfüllen, hat darüber der Zivilrichter und nicht die Aufsichtsbehörde zu entscheiden.

3. Auf die Beschwerde ist mithin unter diesem Gesichtspunkt nicht einzutreten.

Freilich hätte die Konkursverwaltung die Begleichung der fraglichen Honorarrechnungen aus dem materiellrechtlichen Grund nicht mittels förmlicher Verfügung verweigern dürfen, da sie hierzu nicht kompetent ist. Sie begründet aber ihre Weigerung zur Bezahlung der Honorarrechnungen des Beschwerdeführers auch mit der fehlenden Plausibilisierung durch den Präsidenten der Gläubigerausschüsse, was grundsätzlich zulässig ist. Da indes die Plausibilisierung der Rechnungen wie gesehen ebenfalls einzig aus einem materiellrechtlichen Grund unterblieben ist, wofür auch dem Gläubigerausschuss die Kompetenz mangelte, erweist sich die Verfügung auch insofern als nichtig. Sie ist daher aufzuheben. Die Beschwerde erweist sich mithin insofern als begründet und die Verfügung ist dementsprechend aufzuheben.

Justizkommission als AB SchK, 11. November 2005

IV. Rechtspflege

1. Internationales Privatrecht

Art. 9 Abs. 2 IPRG – Perpetuatio fori im internationalen Verhältnis; Frage des anwendbaren Rechts offen gelassen. Eine Rechtsnachfolge im Prozess (§ 21 ZPO) kann sowohl bei Binnen- als auch bei internationalen Verhältnissen nur stattfinden, wenn die Klage nach kantonalem Prozessrecht rechtshängig ist.

Aus den Erwägungen:

1. Das angerufene Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen, zu denen die örtliche Zuständigkeit sowie die Partei- und Prozessfähigkeit der ins Recht gefassten Person gehören, von Amtes wegen (vgl. § 52 Abs. 1 ZPO). In einem ersten Schritt ist also zu prüfen, ob das Kantonsgericht Zug für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreits örtlich zuständig ist, obwohl der Beklagte seinen Wohnsitz noch vor Klageeinreichung nach Brasilien verlegt hat. Sollte die örtliche Zuständigkeit bejaht oder offen gelassen werden, wäre in einem weiteren Schritt zu klären, ob eine Klage gegen eine im Zeitpunkt der Klageeinreichung bereits verstorbene Person zugelassen werden kann oder ob es ihr an der Prozessvoraussetzung der Partei- und Prozessfähigkeit der beklagten Partei gebricht.

2. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der bei Einleitung des Sühneverfahrens für Binnenrechtsverhältnisse gegebene Gerichtsstand fort-daure, auch wenn die beklagte Partei ihren Wohnsitz noch vor Klageeinreichung ins Ausland verlege und damit grundsätzlich die abweichenden Zuständigkeitsvorschriften des internationalen Zivilprozessrechts zur Anwendung gelangen würden.

2.1 Gestützt auf Art. 25 GestG, welcher für Klagen aus unerlaubter Handlung einen Gerichtsstand am Wohnsitz der geschädigten Person vorsieht, wurde der Vermittlungsvorstand am 30. Juni 2004, zu einem Zeitpunkt als der Beklagte noch in der Schweiz wohnte, beim örtlich zuständigen Friedensrichter in Zug verlangt. Noch vor Einreichung der Klage kehrte allerdings der Beklagte in seinen Heimatstaat Brasilien zurück. Nachdem das vorliegende Verfahren durch die Wohnsitzverlegung des Beklagten nach Brasilien einen internationalen Bezug erhalten hat, wäre grundsätzlich auf die Zuständigkeitsvorschriften des IPRG zurückzugreifen. Im Gegensatz zu Art. 25 GestG sieht nun aber Art. 129 IPRG einen Gerichtsstand am Wohnsitz der geschädigten Person nicht vor. Es stellt sich daher die Frage, ob der Gerichtsstand Zug mit der Einreichung des Sühnebegehrens fixiert wurde (sog. perpetuatio fori) oder ob diese Wirkung erst mit der Einreichung der Klage beim Kantonsgericht Zug eingetreten wäre. Für die Beantwortung dieser Frage muss ebenfalls das im IPRG enthaltene Internationale Zivilprozess-

recht der Schweiz konsultiert werden, falls denn dieses die erwähnte Fixationswirkung regeln sollte.

2.2 Die Wirkung der *perpetuatio fori* fällt mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit zusammen (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, Kap. 80 N 50). Gemäss Art. 9 Abs. 2 IPRG ist zur Feststellung, wann eine Klage in der Schweiz hängig gemacht worden ist, der Zeitpunkt der ersten, für die Klageeinleitung notwendigen Verfahrenshandlung massgebend. Als solche genügt die Einleitung des Sühneverfahrens. Die herrschende Lehre geht allerdings davon aus, dass sich diese Bestimmung auf die in Art. 9 Abs. 1 IPRG thematisierte Ausschlusswirkung, wonach ein schweizerisches Gericht das Verfahren im Falle einer im Ausland zuerst hängig gemachten Klage über denselben Gegenstand aussetzen muss, beschränkt, während die anderen Wirkungen der Rechtshängigkeit (Fortführungslast und sämtliche Fixationswirkungen, insb. die *perpetuatio fori*) nach wie vor nach kantonalem Prozessrecht zu beurteilen seien (vgl. Vogel, Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis, SJZ 86 (1990), S. 79 f.; Berti, Basler Kommentar, Basel und Frankfurt a.M. 1996, N 2 zu Art. 9 IPRG; Volken, Zürcher Kommentar, 2. A., Zürich 2004, N 68 zu Art. 9 IPRG). Das Bundesgericht hat nun aber unlängst entschieden, dass Art. 9 Abs. 2 IPRG auch den für die *perpetuatio fori* massgeblichen Zeitpunkt bestimme (vgl. BGE 129 III 404 ff., E. 4.3). Die Befolgung dieser Rechtsprechung würde dazu führen, dass das Kantonsgericht Zug für die Beurteilung der vorliegenden Klage örtlich zuständig wäre, weil der Gerichtsstand Zug bereits mit der Einreichung des Sühnebegehrens fixiert worden wäre. Von diesem Zeitpunkt an käme der Grundsatz zum Tragen, dass die einmal gegebene Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bestehen bleibt und nicht deswegen entfällt, weil eine Partei im weiteren Verlauf des Verfahrens den Wohnsitz wechselt und damit eine neue Zuständigkeit begründet würde. Würde hingegen für das Wirksamwerden der *perpetuatio fori* im Einklang mit der herrschenden Lehre auf kantonales Recht abgestellt, so wäre der Gerichtsstand Zug im vorliegenden Fall deshalb nicht fixiert worden, weil gemäss zugerischem Zivilprozessrecht die Rechtshängigkeit erst mit der Einreichung der Klageschrift beim Gerichtspräsidenten eingesetzt hätte (vgl. § 81 ZPO). Welcher Auffassung der Vorzug gegeben wird, braucht indes nicht entschieden zu werden, weil, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, durch das vorzeitige Hinscheiden des Beklagten ohnehin nicht auf die Klage eingetreten werden kann.

3. Wird eine Klage gegen eine Person eingereicht, die im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage schon verstorben ist, so kann auf die Klage mangels der Prozessvoraussetzung der Partei- und Prozessfähigkeit der belangten Person nicht eingetreten werden (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. A., Zürich 1997, N 64c zu §§ 27/28 ZPO-ZH; ZR 55 (1956) Nr. 7; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 125). Ist aber eine Klage beim Tod der beklagten Partei be-

reits rechtshängig, so treten grundsätzlich die Erben als Gesamtnachfolger in deren Parteistellung ein (vgl. § 21 ZPO; Merz, Die Praxis der thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, S. 29; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Luzern 1994, N 1 zu § 55 ZPO-LU; Guldener, a.a.O., S. 144, der allerdings die Rechtshängigkeit auf einen späteren Zeitpunkt als die Einreichung des Sühnbegehrens ansiedelt).

3.1 Es stellt sich nun wiederum die Frage, ob der Eintritt der Rechtshängigkeit bzw. ihrer einzelnen Aspekte nach Art. 9 Abs. 2 IPRG oder nach dem kantonalen Prozessrecht zu beurteilen ist. Würde man der herrschenden Lehre folgen, so wäre für den Eintritt der Rechtshängigkeit, soweit es um die Rechtsnachfolge in einem hängigen Prozess geht, kantonales Prozessrecht massgebend, da sich die in Art. 9 Abs. 2 IPRG geregelte Rechtshängigkeit, wie bereits in Ziffer 2.2 der Erwägungen dargelegt, nicht auf sämtliche Wirkungen der Rechtshängigkeit, sondern eben nur auf die in Art. 9 Abs. 1 IPRG umschriebene Ausschlusswirkung beziehe. Der oben angeführte Bundesgerichtsentscheid 129 III 404 ff. äussert sich nicht zur Frage, ob Art. 9 Abs. 2 IPRG sämtliche Rechtswirkungen der Rechtshängigkeit abdeckt. Dass Art. 9 Abs. 2 IPRG den für die *perpetuatio fori* massgebenden Zeitpunkt bestimme, wird mit der Intention des Gesetzgebers begründet, welcher im internationalen Zivilprozess den für den Eintritt der Rechtshängigkeit massgebenden Zeitpunkt habe vereinheitlichen und im Interesse der Rechtssicherheit möglichst früh habe ansetzen wollen (E. 4.3). Daraus leitet die Klägerin ab, dass die einzelnen Aspekte der Rechtshängigkeit nicht auseinander klaffen dürften, es mithin einer entsprechenden Zersplitterung entgegenzuwirken gelte, womit auch für die Wirkung der Gesamtrechtsnachfolge im Prozess auf den in Art. 9 Abs. 2 IPRG statuierten Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bei Einleitung des Sühnverfahrens abzustellen sei. Eine solche Lösung ginge indes schon deshalb zu weit, weil es sich beim Tod einer Partei anders als bei der Ausschluss- bzw. Sperrwirkung gemäss Art. 9 Abs. 1 IPRG und der *perpetuatio fori* bei einer Wohnsitzverlegung ins Ausland nicht um eine Problematik handelt, die sich typischerweise bei Fällen mit Auslandsbezug und somit im internationalen Zivilprozessrecht stellt. Dementsprechend kann Art. 9 Abs. 2 IPRG auch nicht als Grundlage für die Bestimmung desjenigen Zeitpunktes hinhalten, von welchem an die Wirkung des automatischen Nachrückens der Erben in die Parteistellung der verstorbenen Person greift. Vielmehr wird diese Frage im anwendbaren kantonalen Prozessrecht geregelt. Es wäre unbillig, wenn der Zeitpunkt, von welchem an die Gesamtrechtsnachfolge im Prozess berücksichtigt wird, unterschiedlich zu beurteilen wäre, je nachdem ob eine Person an ihrem schweizerischen oder ausländischen Wohnsitz stirbt. Regelungsgedanke von Art. 9 IPRG ist denn auch die Abgrenzung von Zuständigkeiten im internationalen Bereich, während die Auswirkungen eines Todesfalls auf die Parteistellung dem kantonalen Prozessrecht vorbehalten werden müssen, handelt es sich doch hierbei gerade nicht um eine Thematik, die vom internationalen Zivilprozessrecht speziell aufgegriffen wird oder werden muss.

3.2 In Anwendung von § 21 Abs. 1 ZPO ist die Rechtsnachfolge einer Partei infolge eines Erbanges stets zulässig. Die zeitliche Eingrenzung wird im Randtitel vorgenommen, in welchem von der Rechtsnachfolge im Prozess gesprochen wird. Ein Prozess wird nach zugerischem Zivilprozessrecht mit der Einreichung der Klageschrift angehoben (vgl. § 81 ZPO). Da der Beklagte zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr lebte, findet ein automatischer Übergang der Parteistellung auf die Erben des Beklagten nicht statt. Diese wären durch die Einleitung der notwendigen Schritte neu ins Recht zu fassen. Demnach kann auf die Klage mangels Partei- und Prozessfähigkeit der beklagten Partei nicht eingetreten werden.

(...)

Kantonsgericht Zug, 3. März 2005

2. Zivilrechtspflege

§ 43 Abs. 1 ZPO. – Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers.

Aus den Erwägungen:

1. Nach § 43 Abs. 1 ZPO kann die Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers nur angeordnet werden, wenn sie durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist. Diese Aufzählung ist grundsätzlich abschliessend (vgl. GVP 1977/78, S. 182 ff.). Zahlungsunfähig ist nach Lehre und Rechtsprechung, wer weder über die Mittel verfügt, um fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen (BGE 111 II 206). Aus dem Umstand, dass im zugerischen Recht die Zahlungsunfähigkeit mittels öffentlicher Urkunden nachgewiesen werden muss, ist zu schliessen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers auf einfache und verlässliche Art und Weise abzuklären ist, ob die Voraussetzungen für die Sicherstellung der Parteientschädigung gegeben sind oder nicht. Abgesehen davon, dass damit eine erhöhte Rechtssicherheit für die Parteien geschaffen wird, können dadurch auch langwierige Rechtsstreitigkeiten über dieses Thema vermieden werden. Somit ist es an sich ausgeschlossen, die Zahlungsunfähigkeit der klagenden Partei auch auf weitere, vom Gesetz nicht erwähnte Fälle auszudehnen (JZ 2003/22). In Übereinstimmung dazu erkannte die Justizkommission in dem in der GVP 2003 auf S. 213 f. publizierten Entscheid vom 18. Dezember 2003, mit der eingangs zitierten Bestimmung habe der Gesetzgeber dem Anspruchsberechtigten eine einfache und klare Beweisführung in die Hand geben und andererseits das Gericht von einem aufwendigen Beweisverfahren zur Frage der Zahlungsunfähigkeit entbinden wollen. Dagegen spricht auch nicht, dass nach der Auffassung der Justizkommission in dem von den Beschwerdeführerinnen zitierten Entscheid vom 20. August 1999 (GVP 1999, S. 152 ff.) auf den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit durch die oben erwähnten Urkunden verzichtet werden kann, wenn die zur Sicherstellung der Parteientschädigung verhaltene Partei selbst eingesteht, zahlungsunfähig zu sein. Auch damit wird der ratio legis entsprochen, wonach auf einfache und verlässliche Art und Weise abgeklärt werden kann, ob die Voraussetzungen für die Sicherstellung der Parteientschädigung gegeben sind.

2. a) Im vorinstanzlichen Verfahren machten die Beschwerdeführerinnen in ihrem Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung vom 16. September 2004 geltend, der Beschwerdegegner sei bis über beide Ohren verschuldet und seit Jahren illiquid. So hätten – gemäss dem eingereichten Betriebsregisterauszug des Betreibungsamtes X. – am 1. Juli 2004 gegen den Beschwerdegegner Betreibungen der Ausgleichskasse des Kantons Zug und der Steuerverwaltung des Kantons Zug in der Höhe von CHF 33'974.60

vorgelegen. Ferner nahmen die Beschwerdeführerinnen Bezug auf einen Zeitungsartikel der Neuen Zuger Zeitung vom ..., gemäss welchem ein Kaufmann Anleger um CHF 1 Mio. geschädigt und bis heute noch keinerlei Anstrengungen zur Schadenswiedergutmachung getätigt habe. Dabei handle es sich anscheinend – so die Beschwerdeführerinnen weiter – um den Beschwerdegegner, und es sei nicht anzunehmen, dass die Geschädigten darauf verzichten würden, ihr Geld zurückzufordern. Dem Beschwerdegegner dürften überdies vom Strafgericht Verfahrenskosten in unbekannter Höhe und die Kosten der amtlichen Verteidigung auferlegt worden sein, die bisher nicht bezahlt worden seien. Zudem habe sich der Beschwerdegegner aus dem elterlichen Vermögen CHF 1'033'685.20 auszahlen lassen, rückzahlbar bis spätestens am 31. August 2004. Das Darlehen sei jedoch bislang noch nicht zurückbezahlt worden. Der Beschwerdegegner habe – wie schon im Strafverfahren - geltend gemacht, er sei unfähig, das Geld in nächster Zeit zurückzuzahlen. Ihr Versuch, für diese Schuld eine Bankgarantie zu erhalten, sei gescheitert, da der Beschwerdegegner ihre an ihn gerichteten Briefe mit diesem Inhalt nicht beantwortet habe.

b) Aufgrund dieser Vorbringen hat die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Sicherstellung der Parteientschädigung zu Recht abgewiesen. Die Beschwerdeführerinnen machten weder geltend, dass über den Beschwerdegegner der Konkurs eröffnet worden ist noch wiesen sie nach, dass gegen den Beschwerdeführer ein oder mehrere offene Verlustscheine bestehen. Ferner können sie aus dem von ihnen eingereichten Betreibungsregisterauszug über den Beschwerdegegner nichts zu ihren Gunsten ableiten. So hat die Justizkommission in dem oben zitierten Entscheid Nr. JZ 2003/22 ausgeführt: «Insbesondere taugen Betreibungen, selbst häufige, nicht zum Beweis, wenn sie wegen Rechtsvorschlages des Schuldners weder zu einer Pfändung noch zu einer Konkursandrohung geführt haben (BGE 111 II 207; vgl. dazu auch Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 13 ff. zu § 105 AG-ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 29 f. zu § 73 ZH-ZPO; Leuenberger/Uffertobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 4b zu Art. 276 SG-ZPO; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, N 23 zu § 77 TG-ZPO; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Luzern 1994, N 4 zu § 125 LU-ZPO).» Auch wenn die gegen den Beschwerdegegner in den Jahren 2002 und 2003 in Betreibung gesetzten Forderungen der Ausgleichskasse und der Steuerverwaltung des Kantons Zug begründet gewesen sein dürften, ist zu berücksichtigen, dass diese entweder bezahlt oder nach der Zustellung des Zahlungsbefehls bzw. erfolgtem Rechtsvorschlag nicht weiter verfolgt wurden. Unter diesen Umständen kann der vorliegende Betreibungsregisterauszug offensichtlich nicht als ähnliche Urkunde im Sinne von § 43 Abs. 1 ZPO betrachtet werden. Unbehelflich ist sodann, wenn sich die Beschwerdeführe-

rinnen zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners auf das von A. gewährte Darlehen an den Beschwerdegegner sowie an C. und D. über CHF 1'033'685.20 berufen. Wie erwähnt, kann die in einem Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung behauptete Zahlungsunfähigkeit des Prozessgegners nach § 43 Abs. 1 ZPO nur durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen werden. Ein Darlehensvertrag genügt diesen Anforderungen offensichtlich nicht. Daran ändert auch nichts, dass dieses Darlehen gemäss der im vorinstanzlichen Verfahren erfolgten Darstellung der Beschwerdeführerinnen vom 16. September 2004 trotz Fälligkeit per Ende August 2004 nicht zurückbezahlt worden ist. Soweit die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren geltend machen, der Beschwerdegegner habe zur Ablösung des Darlehens samt Zinsen am 2. November 2004 mit A. einen neuen Darlehensvertrag über CHF 1'090'000.- geschlossen, und damit auf Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners schliessen, handelt es sich um eine neue tatsächliche Behauptung, die die Beschwerdeführerinnen bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten geltend machen können: Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners hat die Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 7. Dezember 2004 über den Abschluss dieses Darlehensvertrags informiert. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt der Schriftenwechsel im erstinstanzlichen Verfahren bereits abgeschlossen war, hat die 1. Abteilung des Kantonsgerichts über das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdeführerinnen erst anfangs Januar 2005 entschieden. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher nicht nur die Möglichkeit gehabt, dieses Novum im erstinstanzlichen Verfahren geltend zu machen. Vielmehr bestand eine entsprechende prozessuale Obliegenheit, weshalb dieses Vorbringen im Beschwerdeverfahren gestützt auf das Novenverbot nicht mehr berücksichtigt werden kann (§ 212 in Verbindung mit § 205 Abs. 1 ZPO). Doch selbst wenn darauf abgestellt werden könnte, ist den Beschwerdeführerinnen damit nicht geholfen. So haben die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Darstellung, der Beschwerdegegner habe das per Ende August 2004 fällig gewordene Darlehen nicht zurückzahlen können, sondern mit der Darlehensgeberin einen neuen Darlehensvertrag schliessen müssen, die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners nicht rechtsgenügend dargetan. Es liegt – wiederum – keine öffentliche Urkunde vor, aufgrund derer die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners erstellt wäre. Unbeachtlich ist schliesslich die Darstellung der Beschwerdeführerinnen, wonach dem Beschwerdegegner aufgrund seiner Verurteilung des Strafgerichts Verfahrenskosten und die Kosten der amtlichen Verteidigung auferlegt worden seien, die bisher nicht bezahlt worden seien, und er mit Forderungen Geschädigter im Umfang von CHF 1 Mio. rechnen müsse. Zwar räumt der Beschwerdegegner ein, vom Strafgericht verurteilt worden zu sein. Indes machte er geltend – und es ist gerichtsnotorisch –, dass er gegen dieses Urteil Berufung bei der Strafrechtlichen Abteilung des Obergerichts eingereicht hat. Unter diesen Umständen sind diese Forderungen – zumindest einstweilen – nicht

ausgewiesen, weshalb bereits von daher weder die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners abgeleitet werden kann, noch die anderen in § 43 Abs. 1 ZPO erwähnten Gründe für eine Sicherstellung der Parteientschädigung vorhanden sind.

Justizkommission, 12. April 2005

§ 43 Abs. 1 und 3 ZPO – Von der klägerischen Partei, die einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG erlangt hat, kann keine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 43 ZPO kann die Sicherstellung der Parteientschädigung von Amtes wegen oder auf Antrag der Gegenpartei verlangt werden, wenn der Kläger, Intervenient oder Widerkläger in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat, wenn seine Zahlungsunfähigkeit durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist, wenn er binnen der letztern fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt hat oder wenn er der Gerichtskasse von früher her noch Kosten oder Bussen schuldet (Abs. 1). Von einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, die sich in Liquidation befindet, oder welcher der Aufschub der Konkursöffnung bewilligt wurde, kann ebenfalls Sicherheitsleistung verlangt werden (Abs. 3).

2. Der Nachlassrichter des Bezirksgerichts A. hat mit Verfügung vom (...) den von der X. AG vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt (s. KB 2). Die X. AG hat mithin binnen der letzten fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt. Im Weiteren ist zu beachten, dass sich – entgegen der Auffassung der Klägerin – aus dem Wortlaut von § 43 Abs. 1 ZPO kein Ermessen des Richters ergibt, die Sicherstellung der Parteientschädigung zu verfügen oder nicht. Das Wort «kann» bezieht sich lediglich auf die alternative Berechtigung, wonach entweder das Gericht von Amtes wegen oder die Gegenpartei die Sicherstellung verlangen kann. Die Konsequenz ist hingegen eindeutig: Ist eine der Tatbestandsvarianten von § 43 Abs. 1 ZPO erfüllt, muss der Kläger, Intervenient oder Widerkläger auf Antrag der Gegenpartei die Gerichtskosten und die Parteientschädigung sicherstellen (vgl. ROG 1975/76, S. 70). Trotzdem ist das Sicherstellungsbegehren der Beklagten abzuweisen, und zwar aus folgenden Gründen:

2.1 Nach der konstanten Praxis des Kantonsgerichts kann von der Konkursmasse als Prozesspartei weder gestützt auf § 43 Abs. 1 ZPO noch gestützt auf § 43 Abs. 3 ZPO Sicherstellung verlangt werden. Zum einen ist die Konkursmasse – auch wenn unter dieser Bezeichnung lediglich die Gesamt-

heit des pfändbaren Vermögens des Gemeinschuldners zu verstehen ist – eine selbständige Partei, die mit dem Gemeinschuldner nicht identisch ist und nicht ohne weiteres als zahlungsunfähig erklärt werden kann. Zum andern besteht, falls die Konkursmasse den Prozess führt, kaum Gefahr, dass Gericht oder Gegner zu Verlust kommen können, weil die Kosten der Prozessführung Massaschulden sind, die vor allen Konkursforderungen zu begleichen sind. Der amtliche Charakter der Konkursverwaltung bietet zudem erhöhte Gewähr, dass bei der Liquidation im Rahmen des Konkurses die Mittel zur Bezahlung der Kosten hängiger Prozesse zurückgestellt werden (vgl. GVP 1987/88, S. 129 f., mit weiteren Hinweisen; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 409, Fn 29; s. auch Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, 11. Kap., N 48, welche darauf hinweisen, dass eine Kautionspflicht der klagenden Konkursmasse zwar nicht bundesrechtswidrig, aber sinnwidrig ist, weil damit die Verfolgung von Masseansprüchen unnötig erschwert wird).

2.2 Die Argumente, die gegen eine Kautionspflicht der Konkursmasse sprechen, gelten auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG. Auch der Liquidationsvergleich stellt, ungeachtet des vertraglichen Elementes, das in der Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger zum Vorschlag des Schuldners zu sehen ist, eine Form der Zwangsvollstreckung dar. Er ist somit ein öffentlich-rechtliches Verfahren und eine abgeschwächte Form des Konkurses, da er zur gesamthaften oder teilweisen Liquidation des Vermögens des Schuldners führt. Auch das den Gläubigern abgetretene Vermögen bildet nach der Bestätigung des Nachlassvertrages eine Masse, mit den weitgehend gleichen Rechten am Vermögen des Schuldners wie eine Konkursmasse. Sie wird aufgrund eines öffentlichen-rechtlichen Auftrages ebenfalls durch besondere Organe vertreten, welche ein öffentliches Amt ausüben (Art. 320 Abs. 3 SchKG). Wie die Konkursmasse hat auch die Nachlassmasse keine Rechtspersönlichkeit. Sie besitzt aber dennoch einige ihrer Befugnisse, insbesondere die Parteifähigkeit im Prozess und in der Betreibung. Die Liquidatoren sind denn auch befugt, solche Klagen anzuheben, welche das Gesetz der Gläubigermasse zugesteht. Dazu gehören Anfechtungsklagen (Art. 331 SchKG) und Verantwortlichkeitsklagen gegen die früheren Organe des Schuldners (Art. 757 OR). Schliesslich gehören auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Kosten der Prozessführung zu den so genannten Masseschulden, die vorrangig, d.h. vor Ausrichtung der Dividenden an die Nachlassgläubiger, aus dem Bruttoergebnis der Liquidation bezahlt werden müssen und somit in der Liquidation privilegiert sind (vgl. Winkelmann und weitere Autoren, in: SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 4 f. zu Art. 317 SchKG, N 11 f. und 34 ff. zu Art. 319 SchKG und N 2 zu Art. 320 SchKG, mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

2.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich – jedenfalls unter dem Aspekt der Kautionspflicht – der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht wesentlich vom Konkurs unterscheidet. Es besteht daher kein Anlass,

die beiden Massen im Prozess unterschiedlich zu behandeln. Auch im vorliegenden Fall sind somit die Voraussetzungen für eine Sicherstellung der Parteientschädigung gemäss § 43 ZPO nicht erfüllt, da die X. AG (als Schuldnerin) nicht mit der Nachlassmasse (als Partei) identisch ist und kaum Gefahr besteht, dass die Beklagte im Falle des Obsiegens zu Verlust kommt. Dementsprechend ist das Sicherstellungsbegehren der Beklagten abzuweisen und ihr Frist zur Einreichung einer Klageantwort anzusetzen.

Kantonsgericht, 25. Juli 2005

§§ 53 Abs. 1 und 84 Abs. 2 ZPO – Bestreitungslast. Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein substanziiertes Bestreiten der klägerischen Sachvorbringen. Mit Bezug auf das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens ist insbesondere die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend.

Aus den Erwägungen:

2. Bei den – wie im vorliegenden Fall – von der Verhandlungsmaxime beherrschten Prozessverfahren haben die Parteien die Herrschaft über den Streitstoff, die Tatsachen. Sie sind es, die dem Richter die Tatsachen unterbreiten, über die er zu urteilen hat. Eine Tatsachenerforschung von Amtes wegen findet nicht statt. Die Verhandlungsmaxime schliesst ferner die Herrschaft über die Beweismittel ein. Das bedeutet, dass das Gericht grundsätzlich nur die Beweise erhebt, welche von den Parteien angeboten werden. Über unbestrittene oder zugestandene Tatsachen hat das Gericht nicht Beweis zu erheben (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, S. 166; Habscheid, Schweiz. Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, Rz 538). Die Verhandlungsmaxime ist im zugerischen Zivilprozessrecht in § 53 Abs. 1 ZPO statuiert. Nach dieser Bestimmung ist der Richter bei der Feststellung des streitigen Tatbestandes im Allgemeinen an die Behauptungen und Anträge der Parteien gebunden. Nach dem Verhandlungsgrundsatz hat das Gericht unbestrittene Sachbehauptungen als erwahrt anzunehmen. Aus der Verhandlungsmaxime ergibt sich demzufolge, dass der Prozessgegner der behauptungsbelasteten Partei deren Sachvorbringen zu bestreiten hat, ansonsten das Gericht diese Sachbehauptungen ungeprüft seinem Urteil zugrunde legt: Die nicht behauptungsbelastete Partei trägt die Last zu bestreiten, die Bestreitungslast. Soweit die Kantone in der Ausgestaltung der Sachverhaltsermittlung frei sind, müssen sie auch die Anforderungen bestimmen dürfen, denen das Bestreiten zu genügen hat. Dem kantonalen Prozessrecht ist unbenommen, wirksames Bestreiten von der Erfüllung gewisser Voraussetzungen abhängig

zu machen. So können prozessuale Bestimmungen ein substanziiertes Bestreiten verlangen und damit der bestreitenden Partei auferlegen, ihre Bestreitungen durch Vorbringen von Einzeltatsachen näher zu begründen (Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 173 ff.). Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein substanziiertes Bestreiten der klägerischen Sachvorbringen. Nach § 84 Abs. 2 ZPO soll sich die Rechtsantwort über alle in der Klageschrift enthaltenen Anträge und Behauptungen, über die eigenen Begehren mit Einschluss allfälliger Vorbegehren sowie über die eigenen Beweismittel aussprechen (OG 1994/33). Diese Bestimmung deckt sich inhaltlich mit § 59 der früheren «Zivil-Prozess-Ordnung für den Kanton Zug» vom 15. Oktober 1863 (Gesetzgebung des Kantons Zug, Sammlung Hildebrand, III. Band, Privat-, Prozess- und Strafrecht, Zug 1932). Nach dieser Vorschrift hatte der Beklagte in der Antwort alle seine Widersprüche gegen die tatsächlichen Behauptungen des Klägers sowie allfällige neue Tatsachen anzubringen und die dafür zu benutzenden Beweismittel auf die für den Kläger vorgeschriebene Weise mitzuteilen. Unter der Herrschaft des alten Rechts hatte der Beklagte seine Antwort an der Hauptverhandlung mündlich vorzutragen. Zur Beschleunigung des Prozessverfahrens wurde das bisher mündliche Verfahren durch einen den Prozess einleitenden Schriftenwechsel ersetzt (vgl. Bericht des Regierungsrates an den Kantonsrat zum Entwurf einer Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 19. September 1936, S. 12). Die Obliegenheit des Beklagten zur substanziierten Bestreitung der vom Kläger vorgebrachten Behauptungen erfuhr dadurch keine Änderung. Mit Bezug auf das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens ist insbesondere die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend. Stellt diese pauschale Behauptungen auf, indem sie Tatsachen bloss in allgemeiner Form behauptet oder gar nur gebräuchliche Rechtsbegriffe verwendet, ist schlichtes Bestreiten durch den Gegner ausreichend, es sei denn, die behauptungsbelastete Partei sei gar nicht oder nur schwer imstande, den Sachverhalt aus eigener Kenntnis darzulegen (Brönnimann, a.a.O., S. 179 f.; vgl. auch ZR 89 Nr. 50).

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 19. April 2005

Würdigung von Zeugenaussagen anhand von wissenschaftlich unterlegten Kriterien, Merkmale für die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Unglaubhaftigkeit seiner konkreten Zeugenaussage.

Aus den Erwägungen:

(...)

Ob und inwieweit auf diese Zeugenaussagen abgestellt werden kann, ist anhand objektiver und wissenschaftlich unterlegter Kriterien zu prüfen. Erstens ist die Persönlichkeit der Zeugen und ihr Bezug zur Streitsache zu berücksichtigen. Zweitens ist unter Bezug von wahrnehmungs- und gedächtnispsychologischen Erkenntnissen zu ergründen, ob die Zeugen tatsächlich eine realitätsgerechte Wahrnehmung gemacht haben, ob sie diese Wahrnehmung richtig in Erinnerung behalten haben und bei der Befragung richtig mitteilen konnten. In einem dritten Schritt ist auf aussagepsychologische Glaubwürdigkeitskriterien zurückgreifend zu untersuchen, ob die Zeugen subjektiv die Wahrheit sagen oder ob sie eine erfundene Geschichte vortragen. Dabei ist sowohl der Inhalt der Aussagen als auch das Verhalten der Zeugen bei ihrer Aussage zu würdigen. In einem vierten und letzten Schritt sind die Zeugenaussagen unter Berücksichtigung der übrigen Beweismittel, der allgemeinen Lebenserfahrung sowie weiteren Erkenntnisquellen kritisch zu hinterfragen (vgl. Schumacher, Die Würdigung von Zeugen- und Parteiaussagen insbesondere im Zivilprozess, in: AJP 12/2000, S. 1452 f.).

2.1 Aussagen von Zeugen, bei denen eigene Interessen auf dem Spiel stehen oder die besondere Beziehungen zu den Parteien unterhalten, sind mit besonderer Vorsicht zu würdigen. Bei diesen Zeugen besteht einerseits ein mögliches Motiv für eine bewusste Falschaussage und andererseits ist eher damit zu rechnen, dass Wahrnehmungen und Erinnerungen unbewusst in Richtung des Gewünschten verändert oder ergänzt werden. Positive oder negative Gefühle sind oftmals ein Motiv dafür, zugunsten oder zulasten einer Partei auszusagen (vgl. Schumacher, a.a.O., S. 1454).

(...)

2.2 Mit Blick auf die Zuverlässigkeit der Wahrnehmung der Zeugen gilt es zu bedenken, dass die Unterscheidung zwischen einem direkten Auftrags- oder Werkvertragsverhältnis einerseits und der Ermächtigung zur Substitution oder zum Beizug eines Subunternehmers andererseits oftmals schwer fallen kann, je nachdem wie deutlich sich die Beteiligten ausdrücken. Personen, die nicht juristisch geschult oder sich nicht an juristische Auseinandersetzungen gewöhnt sind, achten erfahrungsgemäss weniger auf rechtliche Feinheiten.

2.2.1 V., der sich nicht an den Wortlaut der angeblichen Auftragserteilung erinnern konnte (Beilage 11, S. 4, zu Frage 12.2), könnte somit entgangen sein, dass der im Namen der Beklagten handelnde H. zwar damit einverstanden war, dass C. die CAD-Pläne für das Projekt «X.» anfertigen würde, dass aber dieser Teilauftrag über die mit der Gesamtplanung befasste L. AG laufen sollte. Die menschliche Wahrnehmung ist niemals vollständig, sondern erfolgt selektiv. Die Selektion wird durch das Gehirn organisiert, wobei der Mensch

grundsätzlich das bewusst wahrnimmt, was ihn interessiert und persönlich betrifft (Schumacher, a.a.O., S. 1454). V. wird sich an der Sitzung vom 9. Januar 2001 vorwiegend dafür interessiert haben, mit wem er als Sanitär Ingenieur und Urheber des Erschliessungsplanes zusammenarbeiten würde (vgl. Beilage 11, S. 5, zu Frage 13), und weniger dafür, ob die Klägerin nun direkt von der Beklagten oder von der L. AG engagiert wurde. Unter diesem Gesichtspunkt ist hinter die Aussage, dass der Auftrag an die Klägerin direkt von der Beklagten ausging (Beilage 11, S. 6, zu Frage 15), ein Fragezeichen zu setzen, zumal der Mensch bei Wahrnehmungslücken dazu tendiert, diese durch hinzuge dachte Inhalte auszufüllen, sodass für den betreffenden Menschen ein stimmiges Gesamtbild entsteht (vgl. Schumacher, a.a.O., S. 1454).

(...)

2.3 Das menschliche Gedächtnis ist schlecht. Nur ein kleiner Teil des Wahrgenommenen wird ins Langzeitgedächtnis aufgenommen und auch der grösste Teil davon wird im Verlaufe der Zeit wiederum vergessen. Eine Aussage kann daher nur dann als zuverlässig gelten, wenn diese – unter Berücksichtigung der verflossenen Zeit – mit den Gedächtnisgesetzmässigkeiten übereinstimmt, wenn sich der Zeuge also an Ereignisse erinnert, welche sich normalerweise gut im Gedächtnis einprägen, und wenn dort Gedächtnislücken vorhanden sind, wo diese zu erwarten sind. Skepsis ist angebracht, wenn sich ein Zeuge wie ausgestanzt nur noch an den rechtlich relevanten Teil eines Geschehens und sonst an gar nichts erinnern will oder wenn die Erinnerungslücken nur gerade das wesentliche Tatgeschehen umfassen. In der Regel merkt sich der Mensch das, was ihm persönlich wichtig erscheint, was ihn selber betrifft und berührt, was mit seinen Wünschen und Interessen im Zusammenhang steht. Eigene aktive Handlungen werden sodann besser gespeichert als Wahrnehmungen vom blossen Zuschauen oder Zuhören. In der Erinnerung besser haften bleibt das als wesentlich erachtete Kerngeschehen, während konkrete Einzelheiten seltener behalten werden. Relativ schnell wieder vergessen werden Routinevorgänge und Alltäglichkeiten sowie Nebensächlichkeiten und Details (Schumacher, a.a.O., S. 1455 f.).

Bei der Zeugenaussage von V. fällt im besonderen Masse auf, dass er sich generell an praktisch nichts mehr erinnern kann, was an der Sitzung vom 9. Januar 2001 vorgefallen ist. In Anbetracht des Umstandes, dass dieses Ereignis nahezu vier Jahre zurückliegt, sind seine Gedächtnislücken verständlich und nachvollziehbar. Weniger plausibel erscheint demgegenüber der Umstand, dass sein Gedächtnis ausgerechnet mit Blick auf die für die Beurteilung der vorliegenden Klage relevante Frage nicht lückenhaft ist. Dass sich V. noch an den Inhalt des Auftrages erinnern kann, welcher der Klägerin anlässlich der erwähnten Sitzung erteilt wurde, erstaunt nicht weiter, bildete doch die Frage der Arbeitsaufteilung offenbar Kern des Geschehens. Es entspricht ausserdem den Gedächtnisgesetzmässigkeiten, dass er über Ne-

bensächlichkeiten wie die Höhe des Honorars und weitere Konditionen nicht (mehr) Bescheid weiss (vgl. Beilage 11, S. 5 f., zu Fragen 12.3 und 17). Bemerkenswert ist vielmehr, dass ihm noch präsent ist, wer der Klägerin gegenüber als Auftraggeber aufgetreten ist. Die vertraglichen Bande zwischen der Beklagten, der L. AG und der Klägerin waren für V. aus damaliger Sicht alles andere als zentral. Seine Antworten auf die Fragen, welche Funktion L. in der ganzen Angelegenheit ausgeübt und wie die Zusammenarbeit zwischen L. und der Klägerin genau ausgesehen habe, bringen zum Ausdruck, dass er den rechtlichen Beziehungen keine allzu grosse Bedeutung beimass (vgl. Beilage 11, S. 5, zu Fragen 13 und 14). Nichtsdestoweniger hat er die Frage, ob die Klägerin nicht als Hilfsperson der L. AG zum Einsatz gelangt sei, dezidiert verneint (Beilage 11, S. 5, zu Frage 15). Ein derartiges, den Gedächtnisgesetzmässigkeiten zuwiderlaufendes Aussageverhalten lässt Zweifel am Wahrheitsgehalt einer Zeugenaussage aufkommen. Diese Zweifel werden noch dadurch bestärkt, dass V. Einflüssen ausgesetzt war, welche zu seinem oben beschriebenen, einseitig selektiven Erinnerungsvermögen beigetragen haben könnten, was nachstehend thematisiert wird.

2.4 Wahrnehmungen und Erinnerungen sind nicht photographisch objektiv, sondern abhängig von verschiedenen subjektiven Einflüssen. Sowohl innere Zustände beim Zeugen selbst als auch Einflüsse von aussen prägen zunächst die Wahrnehmung und die damit einhergehende Deutung des Wahrgenommenen. Aber auch die einmal im Langzeitgedächtnis abgespeicherten Inhalte bleiben keineswegs unveränderlich, sondern sind weiterhin verändernden Einflüssen ausgesetzt. Solche Veränderungen der Erinnerungsbilder können unbewusst geschehen, so dass der Betreffende durchaus subjektive Gewissheit haben kann, ein Erlebnis korrekt wiederzugeben. Das menschliche Gehirn ist dann, besonders wenn zwischen Ereignis und Aussage ein längerer Zeitraum mit vielfachen Sekundäreinflüssen liegt, oft nicht mehr in der Lage, zwischen wirklich Erlebtem und nur Erfahrenem oder Hinzugedachtem zu unterscheiden. Schon die Besprechung einer eigenen Erinnerung mit anderen Zeugen oder Dritten bleibt nicht ohne Einfluss. Wenn etwa mehrere Beobachter über ihre Wahrnehmungen gesprochen haben, besteht bei unsicheren Zeugen die Tendenz, sich der allgemeinen Auffassung anzuschliessen. Auch Drittpersonen, denen sich der Zeuge verbunden fühlt, oder Erwartungen von Gruppen, denen er angehört, ja selbst die öffentliche Meinung können Wahrnehmungen und Erinnerungen beeinflussen. Im Zuge eines gerichtlichen Verfahrens werden Erinnerungen häufig verändert. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass sich mehrere Zeugen vor der gerichtlichen Einvernahme über das Geschehen unterhalten (vgl. zum Ganzen Schumacher, a.a.O., S. 1457).

L. gestand an der Zeugenbefragung ein, mit C. und V. über den vorliegenden Prozess gesprochen zu haben. Sie seien alle drei zusammen angereist. Dabei hätten sie rekapituliert, was vorgefallen sei. Im Vorfeld hätten sie auch einige Male miteinander telefoniert. Was sie diskutiert hätten, entspreche dem, was geschehen sei. Er habe auch Einblick in die Prozessakten gehabt. C.

habe ihm den Schriftenwechsel gezeigt (Beilage 12, S. 2 f., zu Fragen 3 und 4). V. verneinte zunächst, mit einer der Parteien über den vorliegenden Prozess gesprochen zu haben. Etwas später räumte er aber ein, sich mit C. sowohl über den Zeitpunkt als auch den Inhalt der Besprechung vom 9. Januar 2001 unterhalten zu haben. Und auch er hatte Akteneinsicht (Beilage 11, S. 2 f., zu Fragen 3 bis 7). Eine Absprache, wie sie zwischen C., L. und V. erfolgt ist, ist geradezu prädestiniert, um Veränderungen an Erinnerungsbildern herbeizuführen. Dabei muss man den Dreien nicht einmal unterstellen, dass sie ihre Aussagen im Sinne eines Komplottes mutwillig aneinander angepasst haben. Durch die gemeinsame Rekapitulation des Vorgefallenen haben sie sich gegenseitig darin bestärkt, dass sich der von ihnen geschilderte Sachverhalt so und nicht anders zugetragen hat. Dass es auf diese Weise zu Verschiebungen und Neuinterpretationen von Gedächtnisinhalten gekommen sein könnte, liegt auf der Hand. Ein Auseinanderklaffen zwischen tatsächlich Erlebtem und an der Zeugenbefragung Wiedergegebenem kann nicht ausgeschlossen werden, selbst wenn die Zeugen möglicherweise das Gefühl hatten, sie würden korrekt aussagen. Schon die gemeinsame Absprache an sich würde ausreichen, um die Verlässlichkeit der Zeugenaussagen zu hinterfragen. Neben der bereits dargelegten Befangenheit, speziell von L. (vgl. Ziffer 2.1 der Erwägungen), der für die hier relevante Frage vermutlich nicht ganz zuverlässigen Wahrnehmung von V. (vgl. Ziffer 2.2 der Erwägungen) und seinem den Gedächtnisgesetzmässigkeiten widersprechendem Erinnerungsvermögen (vgl. Ziffer 2.3 der Erwägungen) sprechen indes auch der Aussageinhalt und das Aussageverhalten der Zeugen dagegen, auf ihre Aussagen abzustellen.

(...)

2.6 Die Inkonsistenz beider Zeugenaussagen ist das eine, das Aussageverhalten von V. das andere. Aus dem Aussageverhalten eines Zeugen können sich weitere Hinweise ergeben, welche für oder gegen die subjektive Wahrheit der Aussage sprechen. Auch diese Kriterien sind in Relation zum Wesen und den Fähigkeiten des Zeugen zu würdigen. Zu berücksichtigen sind das Verhalten des Zeugen vor Gericht, die Art und Weise, wie er aussagt und wie er seine Aussage gliedert und gestaltet. Mit Blick auf das Auftreten vor Gericht gilt es zu berücksichtigen, dass Aussagen, die mit aller Bestimmtheit gemacht werden, deshalb nicht wahr sein müssen; Untersuchungen haben gar ergeben, dass ein grosser Teil der Falschaussagen mit grosser Bestimmtheit gemacht worden sind. Es wird dabei häufig versucht, den Richter richtiggehend zu überzeugen. Ein Anhaltspunkt für die Richtigkeit einer Zeugenaussage liefert auf der anderen Seite eine ungesteuerte Aussageweise. Eine wahre Begebenheit kann in der Regel frei und spontan vorgetragen werden, der Zeuge ist weder auf eine chronologische noch auf eine anderswie geordnete Erzählweise angewiesen. Wenn eine Aussage daher impulsiv, sprunghaft, zeitlich ungeordnet und nicht bloss auf das Aussageziel hinsteuernd vorgetragen wird, spricht dies für die Wahrheit der Aussage. Wer dagegen ei-

nen erfundenen Sachverhalt erzählt, muss streng darauf achten, den roten Faden nicht zu verlieren und sich nicht in Widersprüchlichkeiten zu verstricken. Er lässt sich nicht gern aus seinem vorbereiteten Konzept bringen und steuert oft, ohne gefragt zu werden, auf die ihm wesentlich scheinende Kernfrage zu (vgl. Schumacher, a.a.O., S. 1459 f.).

Auf die einleitende Frage, ob er von einer der Prozessparteien im Hinblick auf die Zeugenbefragung in irgendeiner Weise beeinflusst worden sei, gab V. an, bezeugen zu können, was passiert sei. Er habe ja in der Folge auch einen Planungsauftrag erhalten (Beilage 11, S. 3, zu Frage 8). Diese Aussage ist vor dem Hintergrund der Absprache seiner Zeugenaussage mit C. und L. zu beleuchten. Auch wenn nicht davon auszugehen ist, dass V. vorsätzlich Unwahrheiten erzählte, dürfte ihm bewusst gewesen sein, dass sein Erinnerungsvermögen durch die gemeinsame Absprache beeinflusst worden sein könnte. In diesem Bewusstsein versuchte er den Richter und womöglich auch sich selber, davon zu überzeugen, dass er für seine Aussage aus dem Fundus von tatsächlichen Erlebnissen schöpfen könne. Wäre er davon hundertprozentig überzeugt gewesen, so hätte er diese Erklärung wohl eher nicht abgegeben, vor allem aber nicht im Kontext mit der Frage der Beeinflussung, denn dass er der Besprechung vom 9. Januar 2001 persönlich beigewohnt hatte, war bereits thematisiert worden (vgl. Beilage 11, S. 2, zu Frage 4). Die zitierte Aussage deutet somit auf eine defensive Haltung des Zeugen hin. Diese wiederum indiziert, dass er der Verlässlichkeit seiner Aussage nicht vollauf traute. Hinzu kommt, dass V. auf die relativ allgemein gehaltene Frage nach dem Inhalt der Besprechung vom 9. Januar 2001 hin ohne Umschweife und von sich aus auf den Kernpunkt des vorliegenden Rechtsstreites zusteuerte, indem er sich als erstes an den C. mündlich erteilten Auftrag erinnerte, Projektierungsarbeiten auszuführen. Diese spontane Bestätigung nicht nur eines Planungsauftrages an sich, welcher im Zentrum der erwähnten Besprechung gestanden haben mag, sondern die gleichzeitige Nennung der Form (Mündlichkeit) und der Person des Auftraggebers (H., handelnd für die Beklagte), rührt zweifellos daher, dass V. vor seiner Zeugenaussage genauestens über das Prozessthema ins Bild gesetzt worden war. Seine Aussage mutet denn auch etwas konstruiert an. Obwohl aus diesem Umstand nicht auf eine (bewusste) Falschaussage geschlossen werden kann, steht ihr Wahrheitsgehalt alles andere als unumstösslich fest.

Kantonsgericht Zug, 13. Januar 2005

§ 93, 129 Ziff. 1, 3 und 4 ZPO; § 93 GOG. – § 93 ZPO bildet keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen. Solche Massnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen ausschliess-

lich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss § 52 Abs. 1 ZPO muss der Richter seine Zuständigkeit von Amtes wegen prüfen. Dies gilt sowohl für seine örtliche als auch seine sachliche Zuständigkeit. Von einem unzuständigen Gericht gefällte Entscheide sind mit Eintritt der Rechtskraft gültig. Davon ausgenommen sind Entscheide eines sachlich unzuständigen Richters. Diese sind absolut nichtig (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, 4. Kap. N 6). Der Richter muss daher in jedem Fall, bevor er materiell entscheidet, seine örtliche und sachliche Zuständigkeit prüfen. Bejaht er seine Zuständigkeit, hat er die Klage bzw. das Gesuch materiell zu prüfen. Verneint er seine örtliche und/oder sachliche Zuständigkeit, darf er auf die Klage oder das Gesuch nicht eintreten. Aus diesem Grunde kann die Frage der sachlichen Zuständigkeit – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht offen gelassen werden. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob der Referent des Kantonsgerichts für die Beurteilung des (Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden) Rechtsbegehrens 4 der Beschwerdeführer zuständig war, in welchem diese verlangen, es sei den Beschwerdegegnern für die Dauer des Verfahrens zu verbieten, die falsche, die Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführer verletzende Darstellung im Buch «...» gemäss Rechtsbegehren 1 weiterhin zu verbreiten, und insbesondere der weitere Verkauf des Buchs «...» zu verbieten.

b) Die Beschwerdeführer stützen ihr Unterlassungsbegehren in prozesualer Hinsicht auf § 93 ZPO. Nach dieser Bestimmung kann der Referent die erforderlichen Massnahmen «zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes» treffen. Inhaltlich entspricht diese Regel den Bestimmungen von § 129 Ziff. 1 und 4 ZPO, wonach der Gerichtspräsident Verfügungen trifft, die dazu dienen, den bestehenden Zustand gegen unerlaubte Selbsthilfe oder eigenmächtige Eingriffe oder Störungen zu schützen (Ziff. 1) und den tatsächlichen Zustand bei oder nach Anhängigmachung eines Prozesses aufrechtzuerhalten (Ziff. 4). Ein Kläger hat mithin die Möglichkeit, bei oder nach Anhängigmachung des Hauptprozesses die Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes entweder gestützt auf § 93 ZPO beim zuständigen Referenten oder gestützt auf § 129 Ziff. 1 und 4 ZPO beim Kantonsgerichtspräsidium zu verlangen. Er kann gestützt auf diese Bestimmungen aber nur um die genannten Sicherungsmassnahmen nachsuchen. § 93 ZPO bildet nach dessen Wortlaut keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen, welche – wie im vorliegenden Fall – bei Unterlassungsklagen provisorisch die Vollstreckung des Hauptanspruchs ganz oder teilweise vorwegnehmen; solche Leistungsmassnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zu-

ständig ist. In diesem Sinne hat die Justizkommission entschieden, dass – auch während eines hängigen Berufungsverfahrens – der Einzelrichter im summarischen Verfahren und nicht der Referent für die Beurteilung eines Gesuchs um Anordnung eines vorsorglichen Konkurrenzverbots zuständig ist (GVP 2001, S. 171 ff.; vgl. auch GVP 1977/78, S. 196 f.; GVP 1983/84, S. 140). Der Referent des Kantonsgerichts hätte daher auf das vorsorgliche Unterlassungsbegehren der Beschwerdeführer wegen sachlicher Unzuständigkeit nicht eintreten dürfen.

Justizkommission, 24. März 2005

§ 129 Ziff. 3 ZPO; Art. 59 Abs. 1 MSchG, Art. 14 UWG, Art. 65 Abs. 1 URG und Art. 28c Abs. 1 ZGB. – Vorsorgliche Massnahmen. Eine Wiederholungsgefahr ist zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht (Erw. 4). Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens (Erw. 5).

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdegegnerin hatte bereits im vorinstanzlichen Verfahren in ihrer Gesuchsantwort geltend gemacht, dass sie an ihrer ausserordentlichen Generalversammlung vom 26. Januar 2005 ihre Liquidation beschlossen habe, weshalb sich die Anträge der Beschwerdeführerin in der Zwischenzeit ohnehin erledigt hätten. Die Vorinstanz hat sich zu dieser Frage nicht geäussert. In der Tat ist aber nicht einzusehen, inwiefern bei dieser Sachlage noch ein rechtsgenügendes Rechtsschutzinteresse für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegeben sein soll. Der Erlass solcher Massnahmen und insbesondere die dabei angebehrten Unterlassungsansprüche setzen ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse voraus. Eine entsprechende Gefährdung der Rechtssphäre liegt vor, wenn nach bereits erfolgter Rechtsverletzung ernsthaft eine erneute Beeinträchtigung droht – sog. Wiederholungsgefahr (Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Zürcher Diss., Bern 1993, 96 f.). Aus dem von der Beschwerdegegnerin eingereichten Handelsregisterauszug geht hervor, dass der Auflösungsbeschluss (Art. 820 Ziff. 2 OR) am ... im Handelsregister eingetragen und im SHAB vom ... publiziert worden ist (Art. 821 OR). Damit ist die Beschwerdegegnerin ins Liquidationsstadium getreten. Ihr Zweck ist auf die Liquidation beschränkt. Sie darf deshalb ihren ursprünglichen Geschäftszweck nicht mehr weiter verfolgen und hat ihre Geschäftstätigkeit von Gesetzes wegen einzustellen (Art. 823 i.V.m. Art. 739 ff. OR). Mit dem Auflösungsbeschluss hat

die Beschwerdegegnerin aber selbst manifestiert, dass sie die ihr im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit vorgeworfenen Handlungen nicht mehr vornehmen wird. Es ist zwar richtig, dass nach einhelliger Lehrmeinung eine Verletzungshandlung ihre erneute Begehung in der Regel vermuten lässt. Diese Vermutung greift namentlich Platz, wenn der Beklagte sich weigert, das geltend gemachte Recht anzuerkennen, oder zu Unrecht in Abrede stellt, dass die ihm vorgeworfenen Handlungen die Schutzrechte des Klägers verletzen (BGE 116 II 359 E. 2 lit. a. mit zahlreichen Hinweisen). Die Vermutung der Wiederholungsgefahr kann indes durch den Verletzer widerlegt werden, wenn er Umstände dartut, die eine Wiederholung im konkreten Fall ausschliessen oder als unwahrscheinlich erscheinen lassen. Sie wird allerdings nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weder durch die Einstellung der Verletzung umgestossen noch durch die blosser Erklärung des Beklagten, von künftigen Verletzungen Abstand zu nehmen, wenn nicht gleichzeitig der Anspruch des Klägers anerkannt wird (BGE 116 II 359 E. 2 lit. b mit Hinweis auf BGE 90 II 59 E. 9). Auch wenn mithin nach der Rechtsprechung an den Wegfall der Wiederholungsgefahr strenge Anforderungen zu stellen sind (Daniel Alder, a.a.O., S. 98 mit Hinweis auf BGE 116 II 360 und BGE 90 II 59), ist nach Auffassung der Justizkommission eine Wiederholungsgefahr zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen – wie hier – einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht. Eine erneute Verletzung erscheint damit aus objektiven Gründen tatsächlich unmöglich, was die Vermutung der Wiederholungsgefahr zu widerlegen vermag (Daniel Alder, a.a.O., S. 97, Anm. 251). Wenn die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, die Beschwerdegegnerin könnte durch Gesellschafterentscheid die Liquidation jederzeit rückgängig machen, ist das reine Spekulation, wofür sie keinerlei Anhaltspunkte namhaft macht. Gleich verhält es sich mit dem weiteren Argument der Beschwerdeführerin, wonach die Beschwerdegegnerin im beschleunigten Verfahren unter Beizug eines besonders befähigten Revisors bereits nach drei Monaten liquidiert werden könnte. Abgesehen davon ist nicht einzusehen, weshalb der Beschwerdeführerin deswegen ein Anspruch auf eine vorsorgliche Massnahme zustehen sollte. Wenn die Beschwerdegegnerin nicht mehr existiert, ist eine Verletzung der Ansprüche der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin eben gerade nicht mehr möglich. Mit dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme würde aber auch keineswegs verhindert, dass die Beschwerdegegnerin rasch liquidiert werden könnte. Soweit die Beschwerdeführerin Schadenersatzansprüche gegen die Beschwerdegegnerin geltend machen will, ist sie nicht auf eine einstweilige Massnahme angewiesen. Ist aber die Wiederholungsgefahr im Laufe des Verfahrens entfallen, so wird das Unterlassungsbegehren gegenstandslos. Wäre demnach das vorinstanzliche Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit am Protokoll abzuschreiben gewesen, erweist sich die vorliegende Beschwerde insoweit als begründet. Sie

ist daher teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und das Verfahren ist als gegenstandslos geworden am Protokoll abzuschreiben.

5. Da das vorinstanzliche Verfahren nach dem Gesagten gegenstandslos geworden ist und dementsprechend ohne materielle Prüfung abgeschrieben wird, stellt sich die Frage nach der Kostenregelung.

a) Die Verteilung von Gerichts- und Parteikosten bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ist in der zugerischen Prozessordnung nicht geregelt. Nach der Praxis werden die Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Dabei sind die Kosten in erster Linie derjenigen Partei aufzuerlegen, welche die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat; hat keine Partei die Gegenstandslosigkeit verursacht, so sind sie derjenigen aufzuerlegen, die nach der Aktenlage vermutlich ganz oder teilweise unterlegen wäre. Kann dies nicht festgestellt werden, so wird diejenige Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das Verfahren veranlasst hat (GVP 1983/1984, S. 126 mit Hinweisen; GVP 1987/1988, S. 127). Das heisst nun allerdings nicht, wie die Justizkommission in einem neueren Entscheid vom 25. März 1994 (JZ 1993 105) präzierte, dass die Kosten in jedem Fall und ungeachtet der konkreten Umstände nach der in GVP 1987/1988, S. 127 festgelegten Reihenfolge zu verlegen sind. Zwar seien - und an dieser Rechtsprechung sei festzuhalten - die Kosten «in erster Linie» derjenigen Partei aufzuerlegen, welche die Gegenstandslosigkeit veranlasst habe. Der Entscheid über die Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens sei und bleibe aber ein Ermessensentscheid, bei welchem immer auch die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien. So sei nicht zu beanstanden, wenn der Richter in einem Verfahren, das spruchreif sei, bevor dieses gegenstandslos geworden sei, darauf abstelle, wer obsiegt hätte oder unterlegen wäre, wenn der Prozess nicht gegenstandslos geworden wäre. Es liege auf der Hand, dass es in einem solchen Fall unter Umständen geradezu unbillig sein könnte, derjenigen Partei die Kosten aufzuerlegen, welche den Prozess gewonnen hätte, wäre das Verfahren nicht aus prozessualen Gründen erledigt worden (vgl. Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, N 436).

b) Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdegegnerin die Gegenstandslosigkeit verursacht und die Kosten wären demnach in erster Linie ihr aufzuerlegen. Indes erscheint es angezeigt, die Kosten nach dem mutmasslichen Ausgang des Prozesses zu verlegen, zumal die Sache offensichtlich spruchreif war.

aa) Lehre und Rechtsprechung nehmen im Allgemeinen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil auch an, wenn die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei zu Zweifeln Anlass gibt (BGE 108 II 230 f.; vgl. auch Alder,

a.a.O., S. 89 f.; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, N 22 zu Art. 14 UWG; Leupold, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 2000, S. 270 f.). Auch nach der Praxis der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug wird ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil bejaht, wenn die Höhe des Schadens auf beweisrechtliche Schwierigkeiten stösst und dessen Erfüllung im Blick auf die Solvenz des Schuldners ungewiss ist (vgl. sic! 1997, S. 324).

bb) Im vorliegenden Fall kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht gesagt werden, die Beschwerdeführerin habe nicht substantiiert dargelegt, dass bzw. inwiefern die Beschwerdegegnerin bei einer objektiven Betrachtungsweise als nicht solvent bzw. als illiquid beurteilt werden müsse. Die Beschwerdegegnerin hat wie erwähnt am 26. Januar 2005 ihre Auflösung beschlossen. Sie begründete diesen Entschluss im Wesentlichen damit, dass sie seit ihrer Gründung im September 2003 die gesteckten Ziele nicht erreicht und nie gewinnbringend arbeiten können. Der wirtschaftliche Berechtigte der Gesellschaft, X., habe sich deshalb entschlossen, weil auch die Perspektiven gefehlt hätten, die Gesellschaft zu liquidieren. Diese Angaben sind ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Beschwerdegegnerin, die lediglich über ein Stammkapital von CHF 20'000.- verfügt, einer Schadenersatzklage der Beschwerdeführerin, die aber glaubhaft dargelegt, dass ihr durch das behauptete Verhalten der Beschwerdegegnerin ein Schaden entstanden sei, im vorliegenden Zusammenhang nicht gewachsen sein könnte.

Ist aber die Solvenz der Beschwerdegegnerin zweifelhaft, hätte – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – der Verfügungsgrund nicht verneint werden können. Angesicht der zweifelhaften Bonität der Beschwerdegegnerin genügt dies für die Annahme eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils.

cc) Die Beschwerdeführerin hat sodann auch glaubhaft gemacht, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrem Handel von Brennsoftware der Beschwerdeführerin über die in Frage stehenden Internetseiten insbesondere die Urheber- und Markenrechte der Beschwerdeführerin verletzte und durch die Gestaltung des Internetauftritts wohl auch gegen die Regeln des lautereren Wettbewerbs versties.

dd) Wäre das Gesuch der Beschwerdeführerin mithin mutmasslich gutzuheissen gewesen, hat die Beschwerdegegnerin die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren zu tragen und die Beschwerdeführerin angemessen zu entschädigen.

Justizkommission, 13. Oktober 2005

§§ 221 ff. ZPO. – *Ist eine Ersatzvornahme möglich, kann (noch) nicht die Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangt werden. Dieses Institut ist erst als ultima ratio zulässig.*

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 221 ZPO erfolgt der Vollzug der rechtskräftigen richterlichen Entscheide auf dem Wege der Betreibung, wenn der Entscheid auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lautet, im Übrigen auf dem Wege des Befehlsverfahrens (§ 129 Ziff. 4 ZPO). Der dem Gericht schriftlich eingereichte oder zu Protokoll gegebene Vergleich ist dabei einem rechtskräftigen Urteil gleichgestellt (§ 224 Abs. 1 ZPO). Lautet das Urteil bzw. der gerichtliche Vergleich auf Vornahme einer Handlung, so verschafft ihm der Kantonsgerichtspräsident auf Verlangen des Berechtigten zunächst im Wege des Befehls Nachachtung, und zwar unter Ansetzung einer angemessenen Frist, Androhung von Busse und Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams (§ 222 Abs. 1 ZPO). Wird dem Befehl nicht oder unvollständig Folge geleistet, so ordnet der Richter die Ersatzvornahme durch Dritte oder die Polizei auf Kosten des Verpflichteten an (§ 222 Abs. 2 ZPO). Das setzt allerdings voraus, dass die fragliche Handlung überhaupt auch durch einen Dritten vorgenommen werden kann und nicht ausschliesslich durch die verpflichtete Partei selbst, also notwendig persönlich erfolgen muss, wie das etwa bei der Schaffung eines Kunstwerkes der Fall wäre (Ernst Brandenberg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966, S. 106). Es muss sich also um eine vertretbare Leistung handeln, um eine solche, bei der es vom Standpunkt des Gläubigers aus gleichgültig ist, ob die Leistung gerade durch den Schuldner oder durch einen Dritten ausgeführt werde. Ist hingegen die gehörige Erfüllung einer persönlichen, also nicht vertretbaren Leistung nicht möglich oder die Sache nicht auffindbar, so wandelt der Richter gemäss § 223 ZPO die Verpflichtung im summarischen Verfahren in eine solche zu entsprechender Geldleistung um, wobei die Festsetzung nötigenfalls aufgrund eines Beweisverfahrens erfolgt und die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat. Das Umwandlungsverfahren gemäss § 223 ZPO ist eine Art Schadenersatzprozess, der sich deshalb ohne weiteres im Befehlsverfahren durchführen lässt, weil nicht die Schadenersatzpflicht festgestellt werden muss, sondern lediglich die Höhe des Ersatzanspruchs. Es handelt sich also um eine Art Schätzungs- oder Taxationsverfahren, zu welchem der Richter Sachverständige beiziehen soll, wenn ihm die nötige Sachkenntnis fehlt (vgl. Ernst A. Brandenberg, a.a.O., S. 107). Dementsprechend sieht die Prozessordnung denn auch nur hier ausdrücklich ein Beweisverfahren vor.

Nach dem Wortlaut von § 223 ZPO ist eine Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung nur bei einer – persönlichen – Leistung (oder wenn die Sache nicht auffindbar ist) möglich, nicht aber bei einer vertretba-

ren Leistung. Dies im Unterschied etwa zum Bundeszivilprozess, der in Art. 76 Abs. 3 der berechtigten Partei ausdrücklich eine Wahlmöglichkeit zwischen Realvollstreckung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung einräumt; ebenso etwa die aargauische (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, N 1 f. zu § 431) oder die bernische Prozessordnung (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 5 zu Art. 404). Gleich wie die zugerische Ordnung sehen dagegen auch weitere kantonale Prozessordnungen die Umwandlung in eine Geldforderung nur als letzte Möglichkeit und nicht als Wahlmöglichkeit vor. So stipuliert die geltende luzernische Prozessordnung - im Gegensatz zur früheren Regelung - die Umwandlung in § 297 nicht mehr als Wahlmöglichkeit, sondern nur noch als ultima ratio, wenn die Vollstreckung nicht möglich ist (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 1 zu § 297). Die gleiche Regelung enthalten auch etwa die Zivilprozessordnungen der beiden Basel (Staehelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 25 N 19), des Kantons St. Gallen (Art. 305), des Kantons Thurgau (§ 263) sowie des Kantons Zürich (§ 309), wobei das den Berechtigten nicht hindert, nachträglich nach Massgabe privatrechtlicher Bestimmungen (Art. 97 OR) Schadenersatz geltend zu machen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 zu § 309 mit Hinweisen).

2. a) Bei der Erstellung der Verwaltungsabrechnung handelt es sich un-
zweifelhaft um eine vertretbare Leistung. Die Beschwerdegegnerin behauptet in ihrem Gesuch indes, es sei eine Urteilsvollstreckung gemäss § 222 Abs. 2 und/oder 4 ZPO nicht praktikabel, da völlig unklar sei und auch nicht in Erfahrung gebracht werden könne, wo der Beschwerdeführer arbeite und wo die herauszugebenden Akten gelagert würden. So könne denn sinnvollerweise kein Dritter dazu verpflichtet werden, die ausstehende Abrechnung vorzunehmen, da ihm die entsprechenden Unterlagen dazu fehlten. Eine polizeiliche Beschaffung der Unterlagen sei nicht möglich, da der Polizei nicht mitgeteilt werden könne, an welchem Ort sich die herauszugebenden Unterlagen befänden. Die Beschwerdegegnerin müsse deshalb einen Dritten mit der «Rekonstruierung» der Abrechnung betrauen, weshalb ihr zur Durchsetzung des Urteilspruchs lediglich die Möglichkeit der Umwandlung in eine Geldleistung bleibe.

b) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zunächst behauptet die Beschwerdegegnerin nicht, dass die erforderlichen Unterlagen zur Erstellung der Verwaltungsabrechnung überhaupt nicht mehr vorhanden seien. Dass sie nicht weiss, wo der Beschwerdeführer diese zur Zeit aufbewahrt, wie sie ausführt, bedeutet noch nicht, dass diese nicht mittels polizeilichem Zwang beschafft werden könnten. Sodann vertritt sie selbst die Meinung, dass die Abrechnung durch einen Dritten erstellt werden müsse, und zwar mit oder ohne die Unterlagen. Sie bringt damit selbst zum Ausdruck, dass eine Er-

satzvornahme möglich ist und sie diese letztlich denn auch anstrebt, einzig mit dem Unterschied, dass sie den Auftrag hierzu selbst erteilen will. Ist aber eine Ersatzvornahme möglich, kann sie (noch) nicht die Umwandlung der Verpflichtung des Beschwerdeführers in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangen, welches Institut nach den vorstehenden Ausführungen erst als ultima ratio zulässig ist. Das entsprechende Umwandlungsgesuch hätte daher abgewiesen werden müssen.

Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer sich im vorinstanzlichen Verfahren dazu überhaupt nicht geäussert hat. Nach dem Grundsatz iura novit curia hat der Richter das Recht von Amtes wegen anzuwenden. Das Gesuch um Umwandlung in eine entsprechende Geldleistung hat gemäss § 127 Abs. 1 ZPO mündlich oder schriftlich zu erfolgen, und der Gegenpartei ist Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Vernehmlassung zu geben, sofern das Gesuch nicht von vornherein als unbegründet erscheint. Erscheint eine Partei nicht bzw. lässt sie sich nicht vernehmen, so wird gemäss § 128 Abs. 2 ZPO aufgrund der vorhandenen Akten entschieden. Anders als im ordentlichen Versäumnisverfahren gemäss § 96 ZPO ist also im summarischen Verfahren nicht auf Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden anzunehmen, wenn sich der Gesuchsgegner auf das Verfahren nicht einlässt. Soweit sich bereits aus den Akten ergibt, dass das Begehren unzulässig ist, muss trotz Säumnis des Gesuchsgegners das Gesuch abgewiesen werden.

Justizkommission, 10. Februar 2005

§ 58 Abs. 2 GOG; §§ 52 Abs. 2, 59 Abs. 2 und 3 ZPO. – Nichteintreten auf eine Beschwerde wegen ungebührlicher Äusserungen?

Sachverhalt und Erwägungen:

1. Mit Verfügung vom 30. November 2004 entzog die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich, Strassenverkehrsamt, Abteilung Administrativmassnahmen, X. gestützt auf Art. 35 Abs. 3 VZV vorsorglich bis zur Abklärung von Ausschlussgründen für unbestimmte Zeit mit Wirkung ab 8. Dezember 2004 den Führerausweis für Motorfahrzeuge aller Kategorien. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass aufgrund eines Berichtes des Polizeirichteramtes Winterthur, wonach X. suizidgefährdet und in psychiatrischer Behandlung stehe und durch zahlreiche Verkehrsregelverletzungen aufgefallen sei, an ihrer Fahreignung ernsthafte Zweifel bestünden. Entsprechend wurde X. aufgefordert, sich einer verkehrsmedizinischen Abklärung zu unterziehen, welcher Aufforderung sie bislang nicht nachgekommen sei.

Trotzdem musste X. von der Zuger Polizei am 22. Februar 2005 und am 10. März 2005 beim Lenken des von der Y. GmbH, Zürich, gehaltenen Motorfahrzeuges Ford Sierra, ZH ... angehalten werden. Beim letztgenannten Vorkommnis wird ihr überdies vorgeworfen, einem Fussgänger den Vortritt vor einem Fussgängerstreifen nicht gewährt zu haben. Mit Verfügung vom 10. März 2005 beschlagnahmte deshalb das Untersuchungsrichteramt des Kantons Zug den fraglichen Personenwagen vorsorglich und im Hinblick auf eine allfällige spätere Sicherungseinziehung.

2. Gegen diese Verfügung reichte X. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 19. März 2005 «Einspruch und Beschwerde» bei der Justizkommission des Obergerichts ein. Da die Beschwerdeschrift nicht unterzeichnet war und unsachliche, massiv ungebührliche Äusserungen enthielt, wurde sie an die Beschwerdeführerin zur entsprechenden Verbesserung innert drei Tagen zurückgewiesen. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auf die Beschwerde, sollte diese wiederum ungebührliche Ausserungen enthalten, nicht eingetreten würde und die Beschwerdeführerin überdies mit einer Ordnungsbusse zu rechnen hätte. Die Beschwerdeführerin reichte unbekümmert darum ihre unveränderte ursprüngliche Eingabe vom 19. März 2005, versehen mit ihrer Unterschrift und mit der Bemerkung «kommunizieren Sie mit meinem Rechtsanwalt», wieder ein.

3. a) Gemäss § 58 Abs. 2 GOG kann die Behörde wegen trölerhafter, leichtfertiger oder ungebührlicher Eingaben, pflicht- oder ordnungswidrigen Verhaltens Ordnungsbusse bis auf CHF 500.- ausfällen. Auch nach § 59 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 ZPO ist es den Parteien untersagt, den Gegner oder dritte Personen durch Anzüglichkeiten, die nicht zur Sache gehören, zu beleidigen; gegen die Missachtung dieser Vorschrift schreitet der Richter mit Verwarnung oder Ordnungsbusse ein. Nach § 52 Abs. 2 ZPO prüft der Richter u.a. auch die Formrichtigkeit der Prozesseinleitung und kehrt das zur Behebung allfälliger Mängel Erforderliche vor. Darin kommt ein allgemeingültiger prozessualer Grundsatz zum Ausdruck, der auch im Strafprozess seine Berechtigung hat. Aus dieser Bestimmung lässt sich auch zwanglos die richterliche Kompetenz herleiten, Eingaben ungebührlichen Inhaltes zur Verbesserung zurückzuweisen mit Androhung, dass auf die Eingabe allenfalls nicht eingetreten würde, wenn ihr Mangel innert einer kurzen Frist nicht behoben würde. Ungebührlich ist eine Eingabe, wenn sie die Würde und Autorität des Gerichtes missachtet und die dem Gericht geschuldete Achtung verletzt (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 9 zu § 131). Das kann auch durch persönliche Verunglimpfung, Schmähung oder Beschimpfung der Gegenpartei oder Dritter geschehen. Ganz allgemein stellt sich Ungebühr als eine Verletzung des durch die guten Sitten für amtliche Handlungen gebotenen Anstands dar. In einem Entscheid aus dem Jahre 1995 hat die Justizkommission festgehalten, dass die Frage, ob auf eine ungebührliche Rechtsmitteleingabe, an der trotz ent-

sprechender Aufforderung zur Verbesserung festgehalten werde, einzutreten sei, unter Miteinbezug des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu beantworten sei (JS 1995/13). Im betreffenden Fall erkannte die Justizkommission, dass die disziplinarischen Befugnisse, wie sie in § 58 GOG und § 59 ZPO vorgesehen seien, genügten und ein Nichteintreten auf die Beschwerde als unverhältnismässig erschiene. Demgegenüber trat die zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts in zwei Entscheidungen vom März 1996 auf das Rechtsmittel nicht ein, nachdem der Rechtsmittelkläger innert der ihm angesetzten Frist zur Umarbeitung die Ungebührlichkeiten aus seiner Rechtschrift nicht entfernte. In einer weiteren Entscheidung vom 26. November 1996 trat sie ebenfalls auf eine Berufung nicht ein, die krass unanständige, ja geradezu ehrverletzende Äusserungen enthielt, welche trotz entsprechender Aufforderung nicht aus der Rechtsmittelschrift eliminiert wurden. Das Obergericht hielt zwar ebenfalls fest, dass sich die Frage nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entscheide. Eine blosser Ordnungsbuss vermöge aber solche Ehrverletzungen nicht zu sanktionieren. Es könne der Rechtsmittelinstanz nämlich nicht zugemutet werden, sich mit solchen Eingaben auseinander zu setzen. Erschwerend kam in jenem Fall allerdings hinzu, dass der Vertreter der Berufungsklägerin schon früher wegen Ungebühr durch einen Nichteintretensentscheid hatte diszipliniert werden müssen. Er wurde deshalb zusätzlich noch mit einer Ordnungsbuss belegt. Das Bundesgericht wies in der Folge eine dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde ab.

b) Auch im vorliegenden Fall sind die Anwürfe und Beschimpfungen in der Beschwerdeschrift doch recht massiv. Die Beschwerdeführerin betitelt die Polizeibeamten mit grob ehrverletzenden Schimpfwörtern wie «Schmierlappen», «Drecksschmierlappen», «Wixer» etc.. Trotz entsprechender Aufforderung war sie nicht bereit, ihre Beschwerdeschrift umzuarbeiten und die fraglichen Stellen auszumerzen. Sie begnügte sich mit dem Hinweis, man solle mit ihrem Rechtsanwalt kommunizieren, obschon sie offenbar keinen Anwalt beauftragt hat, sondern in der Beschwerde erst verlangt, dass ihr ein solcher unentgeltlich bestellt werden solle. Ob unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit ein Nichteintreten auf die Beschwerde wegen der ungebührlichen Äusserungen in der vorliegenden Beschwerdeschrift gerechtfertigt ist, mag dahingestellt bleiben, nachdem – wie noch zu zeigen sein wird – der Beschwerde ohnehin kein Erfolg beschieden sein kann. Hingegen ist die Beschwerdeführerin mit einer Ordnungsbuss von CHF 100.– zu belegen. Eine solche Ausdrucksweise in einer Rechtschrift kann selbstverständlich nicht sanktionslos toleriert werden, zumal auch die Aufforderung zur Umarbeitung und Verbesserung missachtet wurde.

Justizkommission, 15. April 2005

§ 90 Abs. 2 GOG. – Wiederherstellung der Berufungsfrist bei Versäumnis infolge höherer Gewalt. Das Restitutionsgesuch ist innert angemessener Frist einzureichen, d.h. sobald die Tatsache der Fristversäumnis dem Betroffenen bekannt geworden und ihm die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs zugemutet werden kann. Als angemessen dürfte eine Frist gelten, die der für die Einreichung des versäumten Rechtsmittels normierten entspricht. Höhe der Gewalt als Aufenthalt im Spital.

Aus den Erwägungen:

1. Die 30-tägige gesetzliche Frist zur Einreichung einer Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 25. November 2004 lief – bedingt durch die Gerichtsferien über die Weihnachtsfeiertage – am 17. Januar 2005 ab (§ 201 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 67 Abs. 1 und 2 GOG). Die Klägerin hat am letzten Tag dieser Frist eine Berufungserklärung an das Obergericht eingereicht. Die Berufung ist indes in doppelter Hinsicht ungültig: Zum Einen ist sie nicht von einem zur Vertretung der Klägerin befugten Organ unterzeichnet, zum Andern fehlt eine materielle Begründung der Berufung. Der erstgenannte Mangel wäre zwar heilbar gewesen. Nach gefestigter Praxis ist beim Handeln eines nicht postulationsfähigen Vertreters (Nichtanwaltes) stets eine kurze, auch über die gesetzliche Rechtsmittelfrist hinausgehende Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen; dies ist Ausdruck eines aus dem Verbot des überspitzen Formalismus fließenden allgemeinen prozessualen Rechtsgrundsatzes, der auch im kantonalen Verfahren Geltung hat (JZ 2003/100 mit Hinweisen). Die Berufungsbegründung ist indes Gültigkeitserfordernis; sie kann nicht innert einer über die gesetzliche Rechtsmittelfrist hinausgehenden richterlich gewährten Nachfrist nachgeliefert werden (GVP 1987/88, S. 136 f.). Da die Klägerin ihre ohne Begründung abgefasste Berufung am letzten Tag der gesetzlichen Rechtsmittelfrist eingereicht hat, kann eine den gesetzlichen Anforderungen genügende Berufung nur noch innert einer wieder hergestellten Rechtsmittelfrist erhoben werden. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung der Berufungsfrist erfüllt sind.

2. Nach § 90 Abs. 2 GOG kann bei der Versäumung gesetzlicher Fristen «mit Einwilligung der Gegenpartei die Wiederherstellung gegen die Säumnisfolgen stattfinden. Wider deren Willen ist sie nur möglich, wenn nachgewiesen wird, dass die Versäumnis infolge höherer Gewalt eingetreten ist». Die Bestimmung von § 90 GOG ist auch auf eine versäumte Berufungsfrist anzuwenden (ROG 1961/62, S. 62). Sachlich zuständig für die Behandlung des Wiederherstellungsgesuches ist jene Instanz, die über die nachzuholende Prozesshandlung zu befinden hätte, wenn die Frist nicht versäumt worden wäre; im Rechtsmittelverfahren also jene Instanz, welche über die Zulässigkeit des Rechtsmittels befinden müsste, wenn die Frist nicht verpasst worden wäre, hier mithin die zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts

(Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen GVG, Zürich 2002, N 95 zu § 199 GVG mit Hinweisen). Die Gegenpartei widersetzt sich einer Wiederherstellung, so dass zu prüfen ist, ob dem Begehren «wider deren Willen» entsprochen werden kann. Das GOG schreibt keine Frist vor, innert der ein Restitutionsbegehren eingereicht werden muss. Dies im Gegensatz etwa zu § 11 Abs. 3 VRG, wonach im verwaltungsgerichtlichen Verfahren binnen 10 Tagen nach Wegfall des Hindernisses ein begründetes Gesuch um Wiederherstellung einzureichen ist. Gleichwohl erfordert ein geordneter Verfahrensgang und ist in der Praxis anerkannt, dass ein solches Gesuch innert nützlicher, angemessener Frist, d.h. sobald die Tatsache der Fristversäumnis dem Betroffenen bekannt geworden ist und ihm die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuches zugemutet werden kann, eingereicht werden muss, ansonsten der Gesuchsteller Gefahr läuft, dass auf ein allfälliges Gesuch zufolge Verspätung nicht eingetreten wird (JZ 1993/71; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., S. 273). Als angemessen dürfte eine Frist gelten, die der für die Einreichung des versäumten Rechtsmittels normierten entspricht. Nach der zugerischen Prozessgesetzgebung ist es mangels gesetzlicher Grundlage nicht erforderlich, dass gleichzeitig mit dem Restitutionsgesuch die versäumte Prozesshandlung vorsorglich nachgeholt wird, wie dies beispielsweise Art. 35 Abs. 1 OG für das bundesgerichtliche Verfahren vorschreibt.

Gemäss der am 27. Januar 2005 vom Kantonsspital Zug ausgestellten ärztlichen Bescheinigung konnte der damals hospitalisierte einzige Verwaltungsrat der Klägerin am 22. Januar 2005 die Intensivstation verlassen und war im Zeitpunkt der Zeugnisausstellung noch nicht verhandlungsfähig. Das von ihm am 11. Februar 2005 unterzeichnete Restitutionsgesuch ist daher innert nützlicher Frist eingereicht worden; auf dieses ist somit einzutreten.

3. Nach der bereits erwähnten ärztlichen Bescheinigung wurde der zur Vertretung der Klägerin befugte einzige Verwaltungsrat am 14. Januar 2005 im Kantonsspital Zug hospitalisiert und musste auf der Intensivstation bis 16. Januar 2005 künstlich beatmet werden. Bis zum 20. Januar 2005 bestand ein komaartiger Zustand. Damit ist ausgewiesen, dass das zur Vertretung der Klägerin befugte Organ kurz vor Ablauf der Berufungsfrist durch höhere Gewalt gehindert wurde, eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Berufung rechtzeitig einzureichen. Eine plötzliche schwere Erkrankung ist nach der Praxis ein Restitutionsgrund (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 26 zu § 199 GVG; GVP 1981/82, S. 113). Entgegen der Auffassung der Gegenpartei kann nicht gesagt werden, eine plötzlich aufgetretene Krankheit könne nicht als völlig unerwartetes Ereignis im Sinne von höherer Gewalt gewertet werden, weil krankheitsbedingte Verhinderungen immer wieder vorkämen. Dies wäre allenfalls nur dann der Fall, wenn der einzige zur Vertretung berechtigte Verwaltungsrat aufgrund einer bestehenden Krankheit mit einer Verschlechterung seines Zustandes und einem Verlust seiner Handlungsfähigkeit während der laufenden Berufungsfrist hätte rechnen müssen.

Dafür bestehen im vorliegenden Fall indes keinerlei Anhaltspunkte. Die Frist für die Einreichung einer Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts Zug, 3. Abteilung, vom 25. November 2004 ist daher wieder herzustellen.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 12. April 2005

§ 93 GOG. – Wird ein Zivilgericht angerufen, hat es seine eigenen prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden; die Zivilgerichte sind dem Verwaltungspflegegesetz nicht unterstellt (vgl. § 2 VRG). Die Frage der Weiterleitungspflicht richtet sich demnach nicht nach dem Verwaltungspflegegesetz (§ 7 VRG), sondern nach dem Gerichtsorganisationsgesetz.

Aus den Erwägungen:

2. a) Die Vorinstanz lehnte es sodann ab, die Verantwortlichkeitsklage der Beschwerdeführerin von Amtes wegen an das (zuständige) Bundesgericht weiterzuleiten. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, es liege kein Versehen im Sinne von § 93 GOG vor. Die Beschwerdeführerin sei im Gegenteil der Auffassung, § 18 Abs. 3 VG sei bundesrechtswidrig und das Kantonsgericht wegen der Amtspflichtverletzung weiterer Behörden in jedem Fall für die Beurteilung der Klage zuständig. Dass die Klage beim Kantonsgericht eingereicht worden sei, beruhe somit nicht auf einem Irrtum oder Versehen, sondern einer unrichtigen Ansicht der Beschwerdeführerin. Dementsprechend bestehe keine kantonalrechtliche Pflicht, die Klage an das Bundesgericht weiterzuleiten. Im Übrigen seien für das Verfahren vor Bundesgericht die Bestimmungen betreffend die verwaltungsrechtliche Klage massgebend (Art. 121 i.V.m. Art. 116 lit. c OG), wobei als ergänzende Verfahrensbestimmungen Art. 105 Abs. 1 OG sowie die Art. 3 - 85 BZP sinngemäss zur Anwendung kämen. Auch diesen Bestimmungen lasse sich keine Pflicht zur Weiterleitung einer bei einem unzuständigen Gericht eingereichten Klage entnehmen, weshalb dem Begehren der Beschwerdeführerin nicht stattgegeben werden könne.

b) Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, um die Unzuständigkeit des Kantonsgerichts zu begründen, vertrete die Vorinstanz zusammen mit dem Beschwerdegegner die Ansicht, Ansprüche aus vermögensrechtlicher Verantwortlichkeit des Staates gehörten zum kantonalen Verwaltungsrecht. Bei der Weiterleitungspflicht dagegen wolle sie nicht die entsprechende Bestimmung aus dem Verwaltungspflegegesetz, sondern die für sie (die Beschwerdeführerin) ungünstigere Bestimmung des Gerichtsorganisationsgesetzes anwenden. Während nämlich § 7 VRG bestimme, dass Eingaben an eine unzuständige Instanz von Amtes wegen und ohne Einschränkung an die

zuständige Behörde weiterzuleiten seien, bestehe nach dem Wortlaut von § 93 GOG die Einschränkung, dass nur diejenigen Eingaben an die zuständige Amtsstelle weiterbefördert werden, welche «aus Versehen» an eine unrichtige Amtsstelle gerichtet seien. Ein Grund für diese unterschiedliche Regelung sei nicht ersichtlich. Wohl aber stamme das GOG aus dem Jahre 1940 und das VRG aus dem Jahre 1976, sei mithin das wesentlich jüngere Recht. Es rechtfertige sich unter den gegebenen Umständen nicht, sie (die Beschwerdeführerin) durch eine enge und zum übrigen Verhalten des Kantons Zug im Widerspruch stehende Anwendung von § 93 GOG zu benachteiligen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Das prozessrechtliche Verfahren bestimmt sich nach dem Recht des angerufenen Gerichtes. Wird demnach – wie vorliegend – ein Zivilgericht angerufen, sind für das Verfahren die zivilrechtlichen und nicht die verwaltungsrechtlichen Prozessbestimmungen anwendbar. Daran ändert nichts, dass es sich vorliegend um einen öffentlichen-rechtlichen Anspruch handelt. Wie bereits dargelegt, steht der Rechtsweg vor Zivilgerichten auch offen, wenn es sich um öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse handelt, die – wie vorliegend – ausdrücklich dem Zivilrichter zur Entscheidung zugewiesen sind (vgl. dazu auch Schwarzenbach, a.a.O., N 1 zu § 19). Wird ein Zivilgericht angerufen, hat es seine eigenen prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden; die Zivilgerichte sind dem Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht unterstellt (vgl. § 2 VRG). Die Frage der Weiterleitungspflicht richtet sich demnach nicht nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 7 VRG), sondern nach dem Gerichtsorganisationsgesetz (§ 93 GOG).

c) Die Beschwerdeführerin bringt ferner vor, selbst wenn § 93 GOG zur Anwendung komme, habe die Vorinstanz diese Bestimmung falsch interpretiert. Die von der Vorinstanz zitierten Entscheide (JZ 2000/95.155; OG 2004/36) stützten sich auf eine veraltete Auflage von Hauser/Hauser, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich. Die neue Auflage (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz) komme zu einem anderen Schluss: Wenn die Partei oder ihr Anwalt die unrichtige Ansicht vertrete, die in Wirklichkeit unzuständige Behörde sei zur Behandlung der Eingabe zuständig, so liege in diesem Fall «ein Irrtum bzw. eine Unkenntnis der Rechtslage vor, sodass die fristgerecht an die unrichtige Amtsstelle gerichtete Eingabe als rechtzeitig eingegangen betrachtet werden [müsse]». Dies müsse insbesondere im vorliegenden Fall gelten, wo die Vorinstanz anerkenne, dass das Verantwortlichkeitsgesetz hinsichtlich der Zuständigkeitsbestimmungen lückenhaft sei, und die vom Beschwerdegegner vertretene Ansicht, es sei einzig das Bundesgericht in erster Instanz zuständig, weder aus dem Gesetz noch aus der Rechtsmittelbelehrung der Sicherheitsdirektion hervorgehe. Da es sich bei den Fristen des Verantwortlichkeitsgesetzes um kantonale Fristen handle, sei die kantonale Behörde für die Weiterleitung zuständig. Einer bundesrechtlichen Norm bedürfe es dazu nicht.

d) Gemäss § 93 GOG gelten Eingaben, die aus Versehen an eine unrichtige Amtsstelle gerichtet sind, schon in demjenigen Zeitpunkt bei der richtigen Behörde eingegangen, in dem sie der andern Stelle eingehändigt oder für diese der Post übergeben wurden. Die Weiterbeförderung an die zuständige Amtsstelle erfolgt von Amtes wegen. Diese Bestimmung stimmt mit der früheren Bestimmung von § 214 (heute: § 194) des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) praktisch wörtlich überein. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, das materielle Recht nicht unnötig den prozessualen Formen zu opfern; es wird damit also eine Abschwächung der Gefahren des prozessualen Formalismus zu Gunsten des materiellen Rechts verfolgt (Hauser/Hauser, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 1978, N 1 zu § 214). Durch die in Frage stehende Vorschrift soll insbesondere vermieden werden, dass durch die versehentlich an die unrichtige Amtsstelle eingereichte Eingabe ein Rechtsverlust eintritt. Die Vorschrift hat mithin die Bannung der durch die versehentliche Fehlleitung heraufbeschworenen Gefahr einer Fristverwirkung im Auge. In erster Linie mag der Gesetzgeber bei der Aufstellung dieser Vorschrift Rechtsmittelerklärungen im Auge gehabt haben. Indes ist jede Eingabe, bei der die Gefahr einer Fristverwirkung besteht, darunter zu verstehen (ZR 61 Nr. 173). Nach der Rechtsprechung der Justizkommission des Obergerichts, der sich auch die zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts angeschlossen hat, liegt aber kein Versehen im Sinne von § 93 GOG vor, wenn die Einreichung bei einer unzuständigen Stelle erfolgt, weil die Partei die (unrichtige) Ansicht vertritt, die betreffende Instanz sei wirklich zuständig (JZ 2004/71, JZ 2000/95; JK 19/1990; OG 2004/36). Diese Praxis lehnt sich an die zürcherische Lehre und Rechtsprechung zu § 214 aGVG an (vgl. Hauser/Hauser, a.a.O., N 4 zu § 214; ZR 24 Nr. 217 S. 368; 29 Nr. 132 S. 310 f.; 32 Nr. 49 S. 76; 41 Nr. 1 lit. k S. 20; 48 Nr. 74 S. 130 Erw. 2 und Nr. 110 S. 187). Diese Bestimmung wurde allerdings in der Zwischenzeit aufgehoben. Das neue Gesetz sieht in § 194 GVG unter der Marginalie «irrtümliche Zustellung» vor, dass Eingaben und Zahlungen, die zwar innerhalb der Frist erfolgen, aus Irrtum aber an eine unrichtige zürcherische Gerichts- oder Verwaltungsstelle gerichtet sind, als rechtzeitig eingegangen gelten. Die Weiterleitung an die zuständige Amtsstelle erfolgt von Amtes wegen. Zum Begriff des «Irrtums» führen Hauser/Schweri neu aus, dass zwar kein eigentliches Versehen vorliege, wenn die Einreichung bei einer nicht zuständigen Stelle erfolge, weil die Partei oder ihr Anwalt die unrichtige Ansicht vertrete, die in Wirklichkeit unzuständige Instanz sei zur Behandlung der Eingabe zuständig. In diesem Fall liege aber ein Irrtum bzw. eine Unkenntnis der Rechtslage vor, sodass die fristgerecht an die unrichtige Amtsstelle gerichtete Eingabe als rechtzeitig eingegangen betrachtet werden müsse (Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 10 zu § 194). Im Geltungsbereich der Zivilprozessordnung kommt allerdings § 194 GVG nicht zur Anwendung. Hier kennt das zürcherische Verfahrensrecht das Institut der Prozessüberweisung gemäss § 112 ZPO. Wird mithin in Zivilsachen ein

unzuständiges Gericht angerufen, weil der Kläger die Sach- und Rechtsfragen verkennt, so kommt die Prozessüberweisung gemäss § 112 Abs. 1 ZPO zum Tragen, die nicht von Amtes wegen erfolgt (Hauser/Schweri, a.a.O., N 12 zu § 194). Auch die zugerische Zivilprozessordnung kennt in diesem Bereich eine spezielle Regelung. Nach § 89 ZPO prüft der Referent u.a. die Zuständigkeit des angerufenen Richters und die gewählte Prozessart von Amtes wegen (Abs. 1) und ordnet über die tatsächlichen Verhältnisse, deren Feststellung zur Entscheidung von Vorfragen erforderlich ist, Beweis an. Hält der Referent den angerufenen Richter nicht für zuständig, so steht es dem Kläger frei, die Klage zurückzuziehen oder trotzdem Zustellung an den Beklagten zu verlangen (§ 90 Abs. 2 ZPO). Wird eine wegen eines verbesserlichen Fehlers zurückgezogene oder zurückgewiesene Klage binnen der durch den Referenten bestimmten Frist beim zuständigen zugerischen Richter neu angebracht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Klageeinleitung (§ 91 ZPO). Daraus folgt, dass die nicht zurückgezogene Klage vom unzuständigen Richter zurückgewiesen wird. Mit dieser Regelung verträgt sich aber die in § 93 GOG statuierte Weiterleitungspflicht nicht, schliessen sich doch Weiterleitung und Rückweisung gegenseitig aus. Diese Regelung der Zivilprozessordnung macht mithin nur Sinn, wenn § 93 GOG zumindest im Bereich der zivilprozessualen Zuständigkeit im bisherigen Sinne ausgelegt wird, d.h. von einem Versehen im Sinne von § 93 GOG nur dann gesprochen werden kann, wenn die Einreichung bei einer unzuständigen Stelle nicht deshalb erfolgt, weil die Partei die (unrichtige) Ansicht vertritt, die betreffende Instanz sei wirklich zuständig.

Bestand mithin für die Vorinstanz schon mangels eines rechtsgenügenden Versehens keine Weiterleitungspflicht gemäss § 93 GOG, mag die Frage dahin gestellt bleiben, ob die Weiterleitung nur innerkantonale Geltung beansprucht und eine solche an ausserkantonale Gerichte oder das Bundesgericht ohnehin nicht in Frage kommt. Die Beschwerde erweist sich damit auch in diesem Punkte als unbegründet.

e) Sind aber im vorliegenden Zusammenhang nach dem Gesagten grundsätzlich die Bestimmungen gemäss § 89 ff. ZPO anwendbar, stellt sich noch die Frage, ob der Referent der Beschwerdeführerin gemäss § 91 ZPO zur Anrufung des zuständigen Richters hätte Frist ansetzen müssen. Die Frage ist zu verneinen. Zum einen sagt die Bestimmung ausdrücklich, dass das nur zu geschehen hat, wenn es sich beim zuständigen Richter um den zugerischen Richter handelt und nicht, wie hier, um das Bundesgericht. Zum andern ist eine Fristansetzung nur dann vorgesehen, wenn der Referent selbst die Klage wegen Unzuständigkeit zurückweist und nicht – wie hier – wenn dieser Entscheid nach durchgeführtem Verfahren vom Kantonsgericht ausgeht.

f) Damit ist nichts darüber gesagt, wie das Bundesgericht gegebenenfalls die Frage der Rechtzeitigkeit der Klageeinreichung beurteilt und ob es hier-

für allenfalls Art. 139 OR oder Art. 32 Abs. 4 OG analog heranzieht oder verfassungsrechtliche Überlegungen (Art. 9 BV) zugrunde legt. So führte es denn bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 1999 aus, dass im Bereich der Rechtsmittelfristen seit langem der Gedanke vorherrsche, dass der Rechtsuchende nicht ohne Not um die Beurteilung seines Rechtsbegehrens durch die zuständige Instanz gebracht werden solle. Dabei handle es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der sich auf die gesamte Rechtsordnung beziehe und jedenfalls dort, wo keine klare, anders lautende Gesetzgebung bestehe, auch in den Kantonen zu gelten habe. In Art. 32 Abs. 4 OG sei dieser Grundsatz ausdrücklich geregelt. Nach dieser Bestimmung gelte eine Frist auch dann gewahrt, wenn eine beim Bundesgericht einzulegende Eingabe rechtzeitig bei einer anderen Bundesbehörde oder bei der kantonalen Behörde, welche den Entscheid gefällt hat, eingereicht worden sei (vgl. BGE 118 Ia 243 f.). Dass mit der Prozessüberweisung die Rechtshängigkeit gewahrt bleibt und ihr damit fristwahrende Wirkung zukommen kann, ist Ausfluss des modernen Prozessrecht entsprechenden Grundsatzes, wonach formelle Unzulänglichkeiten einer Eingabe an das Gericht nicht zum materiellen Rechtsverlust führen sollen (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 1 zu § 176; vgl. auch Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 10 u Art. 32). Zu beachten gilt im Übrigen immer auch, dass das angerufen Gericht (selbst im Falle einer Prozessüberweisung) selber über seine Zuständigkeit entscheidet (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 4e zu Art. 77).

Justizkommission, 7. September 2005

3. Strafrechtspflege

Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Beschleunigungsgebot; Folgen von dessen Verletzung.

Aus den Erwägungen:

[...] Auf die Folgen einer allfälligen Verletzung des Beschleunigungsgebotes ist zurückzukommen. Insgesamt erweist sich unter den gegebenen Umständen eine Strafe von 20 Tagen Gefängnis für beide Beschuldigte als angemessen.

5.2. Das vorliegende Verfahren wurde – wie schon erwähnt – aufgrund einer Strafanzeige von A. vom 30. September 1997 eröffnet. Am 12. Dezember 1997 erteilte das Verhöramt (heute Untersuchungsrichteramt) der Kantonspolizei Zug (heute Zuger Polizei) einen Ermittlungsauftrag. Die Beschuldigten erhielten im Januar 1998 Kenntnis von der gegen sie eingeleiteten Strafuntersuchung. Die Ermittlungen und Untersuchungshandlungen, einschliesslich der Einvernahmen der Beschuldigten und Zeugen und der Hausdurchsuchung, waren Mitte 1998 abgeschlossen. Bis zur Einstellung der Untersuchung am 8. Juli 2002 und dem nachfolgenden Beschwerdeverfahren vor der Justizkommission des Obergerichtes sind den Akten keine Untersuchungshandlungen von irgendwelcher Bedeutung zu entnehmen. Ein Grund für den vierjährigen Verfahrensstillstand ist nicht ersichtlich. Das Beschwerdeverfahren wurde am 11. März 2003 abgeschlossen, und die Untersuchung am 3. Oktober 2003 an die Staatsanwaltschaft überwiesen. Diese erhob am 18. März 2004 Anklage.

Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung gewähren dem Einzelnen einen Anspruch auf Durchführung und Abschluss eines Verfahrens innert angemessener Frist. Der Angeschuldigte soll nicht zu lange im Ungewissen über den Ausgang des Strafverfahrens bleiben. Ob die Verfahrensdauer angemessen ist oder nicht hängt von den Umständen des Falles ab. Neben der Komplexität der Sache und deren Bedeutung für den Beschuldigten sowie dessen Verhalten im Prozess ist insbesondere auch massgebend, ob das Verfahren zügig vorangebracht wurde, oder ob Lücken im Verfahrensablauf vorhanden sind, d.h. Perioden, in denen die zuständigen Behörden ohne ersichtlichen Grund untätig geblieben sind; dabei ändert an der Verletzung des Beschleunigungsgebotes nichts, wenn die Untätigkeit der Behörden auf Überlastung zurückzuführen ist (Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. A. 1999, Rz. 452 ff., insbes. Rz. 465; Arthur Häfliger / Frank Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. A. 1999, S. 199 ff.). Wird die angemessene Verfahrensdauer überschritten, so führt dies, abhängig von der Schwere des vorgeworfenen Deliktes und der Strafe, die hierfür ausgesprochen werden müsste, und abhängig vom Ausmass der Verletzung des Be-

schleunigungsgebotes, zu einer strafmindernden Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung, zu einem Verzicht auf Strafe bei gleichzeitigem Schuldspruch, oder zur Verfahrenseinstellung als ultima ratio (BGE 117 IV 124).

Zur bereits festgestellten Verfahrenslücke von vier Jahren kommt vorliegend eine weitere Verzögerung von rund neun Monaten durch die Einstellung der Untersuchung und anschliessendem Beschwerdeverfahren hinzu. Mit einer bisherigen Dauer von insgesamt sieben Jahren ist die angemessene Verfahrensdauer klarerweise und deutlich überschritten. Zwar mag das Verfahren die Beschuldigten nach ihrem Wohnsitzwechsel nach S. nicht übermässig belastet haben. Angesichts des Schuldspruches in bloss einem Punkt und der im Verhältnis zur Anklage geringfügigen Strafe sowie dem Freispruch in wesentlichen Anklagepunkten wäre mit einer blossen Strafminderung die Verletzung des Beschleunigungsgebotes jedoch nur ungenügend sanktioniert. Angemessen ist es vielmehr, die Beschuldigten zwar antragsgemäss wegen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 schuldig zu sprechen, gleichzeitig aber von einer Bestrafung abzusehen.

Urteil des Strafgerichtes vom 3. Februar 2005 i.S. Staatsanwaltschaft c. R. und Cons.

§ 10^{ter} Abs. 5 StPO. – Musste der Beschwerdeführer bereits aufgrund der ursprünglichen Armenrechtsbewilligung damit rechnen, dass ihm die Unentgeltlichkeit der Verteidigung bei einer erheblichen Einkommensverbesserung nicht mehr gewährt würde, liegt keine eigentliche, unzulässige Rückwirkung vor, wenn der Untersuchungsrichter in einer späteren Verfügung die Unentgeltlichkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Änderung der Einkommensverhältnisse entzieht.

Aus den Erwägungen:

5. c) Gemäss § 51 Abs. 1 ZPO, der auch sinngemäss im Strafverfahren gilt, ist die Bewilligung zu entziehen, soweit ihre Voraussetzungen nicht erfüllt waren oder im Laufe des Prozesses dahinfallen. Der rückwirkende Entzug ist ausgeschlossen, soweit der Gesuchsteller die Bewilligung nicht durch unrichtige Angaben erwirkt hat. Diese Bestimmung wurde mit der Teilrevision vom 16. Dezember 1999 neu in die Prozessordnung eingefügt. Die frühere Regelung lautete demgegenüber, dass die Bewilligung mit Wirkung ab dem Zeitpunkt des Dahinfallens der Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege oder die Vertretung durch einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zurückzuziehen sei. Mit der Gesetzesänderung sollte offensichtlich zum einen klargestellt werden, dass nicht nur das Dahinfallen der Armen-

rechtsvoraussetzungen im Laufe des Prozesses den Widerruf der Bewilligung zur Folge hat, sondern auch das Fehlen dieser Voraussetzungen von Anfang an. Durch das neu eingeführte beschränkte Rückwirkungsverbot sollte sodann verhindert werden, dass die bedürftige Partei und insbesondere der unentgeltliche Rechtsbeistand in ihrem berechtigten Vertrauen auf die Bewilligung nachträglich enttäuscht würden. Im Zivilprozess soll die gutgläubige Partei nicht dem Risiko ausgesetzt sein, dass ihr nachträglich, d.h. nachdem sie sich im begründeten Vertrauen auf die Unentgeltlichkeit zum Prozess entschlossen bzw. darauf eingelassen hat, trotzdem Kosten anfallen. Insbesondere soll sich aber auch der unentgeltliche Rechtsbeistand, der seine Bemühungen im Hinblick auf die versprochene Bezahlung durch den Staat erbracht hat, nicht nachträglich dem erheblichen Insolvenzrisiko der Partei gegenüber sehen. Diese Problematik ist aber im Strafprozess nicht dieselbe. Wie bereits erwähnt, kennt das zugerische Strafverfahren das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne der Übernahme der gerichtlichen Kosten nicht. Die unentgeltliche Verteidigung ist im zugerischen Strafprozess immer eine notwendige amtliche, so dass deren Kosten unbekümmert um die Unentgeltlichkeit stets vorab durch die Staatskasse ausgerichtet werden. Damit bedarf der Verteidiger des Schutzes durch das zivilprozessuale Rückwirkungsverbot im Strafprozess nicht. Dieses wirkt sich deshalb nur insofern für den Beschuldigten aus, dass er für die Verteidigerkosten gegenüber dem Staat grundsätzlich nicht aufzukommen hat, bzw. nur unter dem Vorbehalt, dass er später zu Vermögen gelangt (§ 51bis ZPO). Die zivilprozessuale Bestimmung über das Rückwirkungsverbot ist aber, wie erwähnt, im Strafprozess nur sinngemäss anwendbar.

d) Aus den Untersuchungsakten geht hervor, dass der Untersuchungsrichter den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 26. April 2004, womit dessen Gesuch um Unentgeltlichkeit des Rechtsbeistandes bewilligt wurde, auch verpflichtete, der Untersuchungsbehörde Änderungen in seiner finanziellen Situation zeitnah und unaufgefordert mitzuteilen. Dieser Pflicht kam der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 2. Juni 2004 nach, womit er den Untersuchungsrichter darüber orientierte, dass er seit dem 5. Mai 2004 über die Firma X. in temporärer Anstellung für die Y. tätig sei und am 26. Mai 2004 ein mündliches Angebot der Y. für eine Stelle als Immobilienverwalter mit einer Jahreslohnsumme von CHF 90'000.- angenommen habe. Er stellte die Nachreichung einer Kopie des Arbeitsvertrages nach dessen Unterzeichnung in Aussicht. Da der Beschwerdeführer diesen Vertrag in der Folge nicht einreichte, wurde er vom Untersuchungsrichter mit Schreiben vom 4. April 2005 hiezu aufgefordert. Dieser Aufforderung kam er am 21. April 2005 nach. Wenn der Untersuchungsrichter nun die Unentgeltlichkeit unter diesen Umständen rückwirkend auf den 2. Juni 2004 entzog, kann darin keine eigentliche, unzulässige Rückwirkung erblickt werden. Der Beschwerdeführer wurde in seinem berechtigten Vertrauen keineswegs enttäuscht. Er musste bereits aufgrund der ursprünglichen Armenrechtsbewilligung damit

rechnen, dass ihm die Unentgeltlichkeit der Verteidigung bei einer derart erheblichen Einkommensverbesserung nicht mehr gewährt würde. Jedenfalls wurde ihm aber bereits damals klar in Aussicht gestellt, dass eine Überprüfung auf den Zeitpunkt hin erfolgen werde, da er wieder einer geregelten Arbeit nachgehen werde. Die Verzögerung des Entscheides hat er sich selber zuzuschreiben, nachdem er den Arbeitsvertrag entgegen seiner Ankündigung nicht umgehend einreichte. Die Beschwerde erweist sich daher auch in diesem Punkt als unbegründet.

Justizkommission, 1. Juli 2005

§ 27ff. StPO; § 30^{bis} StPO – Beweismässige Verwertbarkeit von Fragebogen, die im Laufe der Strafuntersuchung erhoben wurden; Teilnahmerecht der Verteidigung an Zeugeneinvernahmen; beweismässige Verwertbarkeit von Gutachten, die in einem anderen Verfahren erstattet wurden.

Aus den Erwägungen:

3.1 Nach Ansicht der Verteidigung sind die Angaben der Anleger auf den ihnen zugestellten Fragebogen zu Beweis Zwecken nicht verwertbar. Zeugen müssten nämlich in Anwesenheit des Beschuldigten und des Verteidigers einvernommen werden, und letztere hätten das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen; bei schriftlicher Einvernahme seien diese Rechte offenkundig nicht gewahrt. Es liege auch kein wirksamer Verzicht auf diese Rechte vor, zumal ohnehin fraglich sei, ob der Beschuldigte darauf gültig verzichten könne. Die Frage nach der Verwertbarkeit eines Beweismittels dürfe nicht verwechselt werden mit der Würdigung dieses Beweismittels; wenn ein Beweismittel nicht zulässig sei, so stelle sich die Frage von dessen Würdigung gar nicht. Die Anklage des gewerbsmässigen Betruges und des gewerbsmässigen Wuchers könne sich daher nur auf diejenigen Geschädigten beziehen, welche als Zeugen einvernommen wurden.

Zeugen sind von den Parteien verschiedene Personen, die unter strafrechtlich sanktionierter Wahrheitspflicht und in einem besonderen Verfahren vor einem Gericht oder einer Untersuchungsbehörde über Tatsachen Auskunft geben sollen, die sie wahrgenommen haben (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 62 N. 1; Robert Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess, Zürich 1974, S. 38). Die Personen, die den von den Untersuchungsorganen versandten Fragebogen ausgefüllt und zurückgesandt haben, sind demnach offenkundig keine Zeugen im Sinne dieser Definition. Weder haben sie Aussagen in einem besonderen Verfahren (§ 27 ff. StPO) vor dem Untersuchungsrichter gemacht, noch standen sie unter Wahrheitspflicht. Sie sind auch keine Auskunftspersonen im Sinne von § 26^{bis} f. StPO, wobei hier

anzumerken ist, dass diese Beweisfigur erst seit dem 1. Januar 2003, mithin nach dem Versand der Fragebogen, in die Strafprozessordnung eingeführt wurde. Wenn es sich bei den mittels Rundschreiben angefragten Personen nicht um Zeugen und bei den in den Fragebogen gemachten Angaben nicht um Zeugenaussagen handelt, stellt sich auch die Frage nicht, ob das Anwesenheits- und Fragerecht des Beschuldigten gemäss § 30^{bis} Abs. 2 StPO verletzt wurden, und folglich auch nicht die Frage, ob eine unter Verletzung dieser Rechte erhobene Zeugenaussage dennoch verwertbar ist.

Über die beweismässige Verwertbarkeit der ausgefüllten Fragebogen ist damit aber noch nichts gesagt. Es verhält sich nämlich nicht so, dass Ausserungen von Personen über von ihnen wahrgenommene Tatsachen einzig dann verwertet werden können, wenn sie in der Form der Zeugenaussage nach den Vorschriften von § 27 ff. StPO deponiert werden. Andernfalls könnten beispielsweise Schriftstücke, in denen über die strafbare Handlung berichtet wird, nicht als Urkunden zu Beweis Zwecken verwendet werden (vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 66 N. 4). Affidavits oder Erklärungen an Eides statt werden ebenfalls als zulässige Beweismittel anerkannt (vgl. BGE 108 Ib 525; 122 IV 105), obwohl dabei Aussagen ohne Teilnahmemöglichkeit des Beschuldigten und nicht in der am Gerichtsort für die Befragung von Zeugen vorgesehenen Form protokolliert werden. Sodann sind auch die Protokolle polizeilicher Einvernahmen von Personen als Beweismittel verwertbar (GVP 1979/80, S. 106), obwohl solcherart befragte Personen mangels eines Anspruches des Beschuldigten auf Teilnahme bei ihrer Einvernahme (§ 10^{quater} Abs. 3 StPO) nicht als nach den Vorschriften von § 27 ff. StPO einvernommene Zeugen gelten können. Die zugerische Strafprozessordnung kennt keine Beschränkung der Beweismittel, und nach Auffassung der Justizkommission des Obergerichtes spricht nichts dagegen, die schriftliche Auskunftserteilung im zugerischen Strafprozess grundsätzlich zuzulassen (GVP 1993/94, S. 199). Es ist daher kein Grund ersichtlich, die ausgefüllten Fragebogen a priori als Beweismittel auszuschliessen, zumal durch die Umfrage nicht in die Individualsphäre der Bürger eingegriffen und die verfassungsmässigen Rechte weder der Beschuldigten noch der angeschriebenen Geschädigten tangiert wurden, wie dies beispielsweise bei mittels ungesetzlichen Hausdurchsuchungen erlangten Beweismitteln der Fall wäre (vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 59 N. 7). Dagegen ist auch nicht mit dem Argument aufzukommen, die Verteidigung habe denjenigen Geschädigten, die bloss den Fragebogen retourniert hätten, keine Zusatzfragen stellen können. Es wäre der Verteidigung nämlich frei gestanden, im Rahmen ihres Anspruches auf Aktenergänzung die Befragung dieser Personen als Zeugen zu beantragen, wodurch sie nicht nur deren Einvernahme unter Wahrheitspflicht erwirkt, sondern auch die Möglichkeit zur ergänzenden Befragung erhalten hätte. Wenn sie wie vorliegend darauf verzichtet, so verzichtet sie nicht etwa konkludent auf die Teilnahme an einer Zeugenbefragung, sondern auf Beweisergänzungsanträge. Die von der Verteidigung

aufgeworfene Frage, ob ein gültiger Verzicht des Beschuldigten auf seine Teilnahmerechte überhaupt denkbar sei, stellt sich daher vorliegend nicht. Es liegt im pflichtgemässen Ermessen der Verteidigung, welche ergänzenden Beweisanträge sie im Laufe der Untersuchung oder im Hauptverfahren stellen will, und der Verzicht auf entsprechende Anträge macht die erhobenen Beweismittel jedenfalls nicht unverwertbar.

Mit der generellen Zulässigkeit der Umfrageresultate bzw. der ausgefüllten Fragebogen als Beweismittel ist wiederum noch nichts gesagt über deren Beweiswert. Wie es sich damit verhält wird im Rahmen der konkreten Beweiswürdigung zu beurteilen sein.

3.2 Die Verteidigung macht weiter geltend, bei der Einvernahme der Kundenberater, teils als Beschuldigte, teils als Auskunftspersonen, seien die Einvernahmetermins mit dem Verteidiger nicht abgesprochen, sondern ihm nur mitgeteilt worden, sodass er zufolge anderweitiger Verpflichtungen nicht habe daran teilnehmen können. Der Beschuldigte habe deswegen seine Verteidigungsrechte nicht wirksam ausüben können, und die Aussagen der Kundenberater seien daher zu Lasten der Beschuldigten nicht verwertbar. Da keine gegen den Beschuldigten verwendbaren Angaben der Kundenberater vorliegen würden, werde durch das alleinige Abstellen auf die Darstellung der Geschädigten die untersuchungsrichterliche Sachaufklärungspflicht verletzt.

Es gibt keine gesetzliche Bestimmung, welche der Untersuchungsbehörde vorschreiben würde, Einvernahmetermins von Zeugen, Auskunftspersonen oder Mitbeschuldigten mit dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger abzusprechen. Wenn Termine dennoch in vielen Fällen nach Absprache festgelegt werden, so handelt es sich um blosser Kulanz und begründet keinen Anspruch in jedem Fall. Namentlich bei zahlreichen teilnahmeberechtigten Beschuldigten bzw. Verteidigern ist es dem Gericht und der Untersuchungsbehörde nicht verwehrt, Termine auch ohne vorgängige Absprache mit den Beteiligten anzusetzen.

Gemäss § 30^{bis} Abs. 1 StPO sind Zeugeneinvernahmen dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger mindestens drei Tage im voraus anzuzeigen. Diese Frist mag sich in vielen Fällen unter dem Gesichtspunkt des auch im Strafverfahren zu beachtenden Grundsatzes von Treu und Glauben als zu kurz erweisen und faktisch auf eine Vereitelung des Teilnahmerechts hinauslaufen. Vorliegend wird jedoch eine Vereitelung der wirksamen Ausübung der Verteidigungsrechte nur mit der fehlenden Terminabsprache und nicht mit einer zu kurzfristigen oder überhaupt unterlassenen Mitteilung der Einvernahmetermins begründet; auch aus den Akten ergibt sich nichts dergleichen. Die Aussagen der Kundenberater sind daher im Rahmen der Beweiswürdigung auch insoweit verwertbar, als die Verteidigung nicht an den Einvernahmen teilgenommen hat.

3.3 Im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Wuchers wurde in der Untersuchung ein Auszug aus einem Gutachten von Prof. Dr. S. vom 30. November 2001 beigezogen, welches dieser in einem anderen Verfahren erstattet hatte. Die Verteidigung macht geltend, der diesem Gutachten zu Grunde liegende Sachverhalt sei ihr nicht bekannt, und die Verteidigung habe dem Gutachter keine Fragen stellen können; es sei daher das rechtliche Gehör der Beschuldigten verletzt. Der Gutachter sei im Sinne eines Gültigkeitserfordernisses auf Art. 307 StGB aufmerksam zu machen. Dies sei für das vorliegende Verfahren nicht erfolgt, und das Gutachten daher auch deswegen nicht verwertbar. Hinsichtlich des Vorwurfes des gewerbsmässigen Wuchers werde das Merkmal der Unangemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung demnach einzig durch ein von vorneherein unzulässiges Beweismittel geführt.

Der Verteidigung ist zuzustimmen, dass der beigezogene Auszug aus dem Gutachten von Prof. Dr. S. für das vorliegende Verfahren nicht die Beweisqualität eines Gutachtens hat. Die Verteidigung wendet aber zu Recht nicht ein, sie habe sich zum Inhalt des beigezogenen Auszuges nicht äussern können. Es kann daher insoweit darauf abgestellt werden, als sich Prof. Dr. S. darin bloss abstrakt zu wissenschaftlichen Fachfragen und nicht konkret zu sachverhaltsbezogenen Fragen äussert (BGE 107 Ia 212).

Urteil des Strafgerichtes vom 29. September 2005 i.S. Staatsanwaltschaft c. R. und Cons., (zur Zeit der Drucklegung nicht rechtskräftig)

§§ 34 Abs. 2, 56^{bis} Abs. 2 und 57 Abs. 1 StPO. – Kostenaufgabe und Entschädigung bei Einstellung der Strafuntersuchung.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss § 34 Abs. 2 StPO ist im Falle der Einstellung des Untersuchungsverfahrens über die Tragung der Kosten nach den §§ 56 bis 58 StPO zu entscheiden. Gestützt auf § 56^{bis} Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 2 StPO können im Falle der Einstellung die Kosten ganz oder teilweise dem Beschuldigten auferlegt werden, wenn dieser die Einleitung des Verfahrens durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten verursacht oder die Durchführung des Verfahrens erschwert hat. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es mit Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 32 BV (Art. 4 aBV) allerdings unvereinbar, in der Begründung des Entscheides, mit dem einem Beschuldigten bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens Kosten auferlegt werden, dem Beschuldigten direkt oder indirekt vorzuwerfen, er habe sich strafbar gemacht bzw. es treffe ihn ein strafrechtliches Verschulden. Dagegen ist es mit Verfassung und Konvention vereinbar, einem nicht verurteilten Beschuldigten Ko-

sten dann zu überbinden, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d.h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze, gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung stammen kann und die direkt oder indirekt Schädigungen untersagt bzw. ein Schädigung vermeidendes Verhalten vorschreibt, klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (BGE 116 Ia 175). Ein widerrechtliches Verhalten alleine reicht aber für die Kostenhaftung des Beschuldigten nicht aus. Es ist zusätzlich erforderlich, dass dieses widerrechtliche Verhalten die adäquate Ursache für die Einleitung oder Erschwerung des Strafverfahrens bildet (BGE 116 Ia 170).

b) Der Untersuchungsrichter führt in der angefochtenen Verfügung nicht aus, inwiefern der Beschwerdeführer gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm der schweizerischen Rechtsordnung verstossen habe, indem er sein Fahrzeug jedem der dreissig Angestellten der A. AG zur freien Verfügung überlassen und den dazugehörigen Zündungsschlüssel für jeden Mitarbeiter griffbereit beim Empfang der A. AG deponiert hatte. Der Untersuchungsrichter liess sich wohl von der Überlegung leiten, dass der Beschwerdeführer nicht für eine Benützungskontrolle seines Fahrzeugs – etwa im Rahmen eines Journals, in welches sich jeder Fahrzeugbenützer jeweils einträgt – besorgt gewesen sei und dadurch leichtfertig die Einleitung des Untersuchungsverfahrens verursacht bzw. dessen Durchführung erschwert habe. Es ist jedoch keine Verhaltensnorm auszumachen, die dem Beschwerdeführer ein entsprechendes Tun vorschreiben würde. Auch verbietet es die Rechtsordnung einer Person nicht, ihr Fahrzeug gefälligkeitshalber Dritten – selbst einem grösseren Personenkreis – zu überlassen, obwohl jeweils die zumindest abstrakte Gefahr besteht, dass sich ein Drittbenützer im Strassenverkehr strafbar verhalten wird und in der Folge ein Strafverfahren – sofern der fehlbare Lenker nicht sogleich feststeht – an Hand des Kontrollschilds zunächst gegen die als Halterin ermittelte Person eingeleitet wird. Bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens dürfen einem Beschuldigten aber nur dann Kosten auferlegt werden, wenn er durch ein unter rechtlichen Gesichtspunkten vorwerfbares Verhalten die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat. Das in Frage stehende Verhalten des Beschuldigten muss auf Grund der Rechtsordnung beurteilt werden; eine moralische Wertung des Verhaltens kann für den Entscheid über die Kostenfolgen nicht massgebend sein (BGE 119 Ia 334, 116 Ia 168). Dem Beschwerdeführer kann die konkrete Handhabe der Benützung seines Fahrzeugs durch Drittpersonen nicht als pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden.

c) Der Untersuchungsrichter führt als weiteren Grund für die Kostenauflegung an, dass der Beschwerdeführer die Personen, welche sein Fahrzeug benützten, der Polizei nicht bekannt gegeben habe, obwohl ihm deren Na-

men bekannt gewesen seien. Damit wirft er ihm sinngemäss eine Erschwerung der Durchführung des Untersuchungsverfahrens vor.

Eine Kostenaufgabe wegen Erschwerung des Verfahrens setzt eine klare Verletzung prozessualer Pflichten voraus. Das blosses Wahrnehmen verfahrensmässiger Rechte, etwa des Schweigerechts des Beschuldigten, kann für eine Kostenaufgabe nicht genügen. Anders verhält es sich indes, wenn der Beschuldigte in rechtsmissbräuchlicher Weise von seinem Recht, die Aussage zu verweigern, Gebrauch gemacht hat (Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, Rz 1207; BGE 116 Ia 172). Bei der polizeilichen Befragung vom 12. November 2003 deponierte der Beschwerdeführer, dass er wisse, welche Personen mit seinem Fahrzeug gefahren seien, er diese jedoch nicht bekannt geben wolle und auf sein Recht (die Aussage zu verweigern) hinweise. Nachdem keine Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der Wahrnehmung verfahrens- bzw. verfassungsmässiger Rechte auszumachen sind, ist eine Kostenaufgabe unter dem Gesichtspunkt der Verfahrenserschwerung unstatthaft.

d) Dem Beschwerdeführer kann nach dem Gesagten weder im weiteren noch im engeren Sinne ein prozessuales Verschulden, welches Anlass zur Eröffnung des Strafverfahrens bildete oder dessen Durchführung erschwerte, vorgeworfen werden. Die Kostenaufgabe in der Einstellungsverfügung erweist sich damit als unzulässig, was dementsprechend zur Gutheissung der Beschwerde führt. Offen bleiben kann unter diesen Umständen, ob die angefochtene Verfügung auch die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK verletzt, wie der Beschwerdeführer zusätzlich geltend macht (vgl. BGE 119 Ia 335).

3. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm gestützt auf § 57 Abs. 1 in Verbindung mit § 34 Abs. 2 StPO eine Entschädigung für das Untersuchungsverfahren auszurichten. Zur Begründung führt er aus, ohne anwaltliche Verteidigung wäre es ihm kaum gelungen, die Einstellung des Strafverfahrens zu erwirken.

a) Werden bei Einstellung des Verfahrens dem Beschuldigten keine Kosten auferlegt, so ist ihm – wenn ihm durch das Strafverfahren wesentliche Kosten und Umtriebe erwachsen sind – eine Entschädigung zu Lasten des Staates auszurichten (§ 57 Abs. 1 in Verbindung mit § 34 Abs. 2 StPO). Solche relevanten Umtriebe bestehen in den Kosten der Verteidigung. Handelt es sich sachlich und persönlich nicht um einen leichten Fall, so ist nach der Auffassung von Niklaus Schmid der Beizug eines Anwaltes immer gerechtfertigt. Dies sei mit Ausnahme von Bagatelldelikten bei Verbrechen und Vergehen wohl zumeist der Fall. Bei Übertretungen beschränke die Praxis die Vergütung der Anwaltskosten auf Fälle, in denen eine Verbeiständung notwendig war, weil der Fall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot (Niklaus Schmid, a.a.O., Rz 1221).

b) Auf Grund der Höhe der beanzeigten Geschwindigkeitsüberschreitung handelt es sich vorliegend in objektiver Hinsicht ungeachtet der konkreten Umstände um ein Vergehen im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG (Jürg Boll, Grobe Verkehrsregelverletzung, Davos 1999, S. 30 f. mit Hinweisen). Das allein ist jedoch nicht ausschlaggebend, ob sich vorliegend unter dem Blickwinkel von § 57 Abs. 2 StPO der Beizug eines Verteidigers rechtfertigen lässt. Das Mass der Geschwindigkeitsüberschreitung dient lediglich als Kriterium bei der Beantwortung der Frage, wann diese Art der Verkehrsregelverletzung als grob im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG zu qualifizieren ist. Die Frage, ob ein konkreter Fall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot, ist damit noch nicht beantwortet. Dem Beschwerdeführer wurde der Strafbefehl des Einzelrichters mit der Rechtsbelehrung eröffnet, dass dagegen innert zehn Tagen eine schriftliche und begründete Einsprache erhoben werden könne (§ 14 Abs. 4 StPO). In der knapp zweiseitigen Einsprache liess der Beschwerdeführer durch seinen beigezogenen Verteidiger im wesentlichen ausführen, dass zum möglichen Täterkreis – nebst seiner Person – alle 30 fest angestellten Mitarbeiter der A. AG zu zählen seien, welchen er sein Fahrzeug in seiner Abwesenheit jeweils zur Benützung zur Verfügung gestellt habe. Er habe nicht mehr ausfindig machen können, wo er sich selber zur Tatzeit aufgehalten habe; er habe sich jedoch im Frühjahr 2003 auf einer längeren Auslandsreise befunden. Mithin bestritt der Beschwerdeführer ein strafbares Verhalten lediglich mit der Behauptung, es sei viel wahrscheinlicher, dass einer der zahlreichen Angestellten der A. AG und nicht er selber zur Tatzeit am Steuer seines Audi A4 gesessen sei. Von Schwierigkeiten sachlicher oder persönlicher Natur kann unter diesen Umständen nicht die Rede sein, weshalb sich vorliegend der Beizug eines Strafverteidigers unter dem Blickwinkel der Entschädigungspflicht nicht rechtfertigen lässt. Das Argument, dass sich der Beschwerdeführer «nicht mehr alleine zu helfen wuste», ist für sich allein nicht stichhaltig. Dem Beschwerdeführer ist für das Untersuchungsverfahren demnach keine Entschädigung auszurichten, was in diesem Punkt zur Abweisung der Beschwerde führt.

Justizkommission, 4. März 2005

§ 37 StPO, Anklagegrundsatz – Anforderungen an die Eingrenzung des vorgehaltenen Sachverhaltes in zeitlicher Hinsicht.

Aus den Erwägungen:

1.4 Das Anklageprinzip schreibt vor, dass das Prozessthema, d.h. der dem Beschuldigten vorgeworfene Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens, in der Anklage umschrieben wird. Es hat einerseits die Funktion, den zu beur-

teilenden Sachverhalt einzugrenzen, und andererseits eine Informationsfunktion, weil der Beschuldigte Anspruch hat zu wissen, gegen welche Vorwürfe er sich zur Wehr setzen muss (Bundesgerichtsentscheid vom 8. März 2005, 6P.122/2004, Erw. 4.1). Damit die Anklage ihrer Informationsfunktion genügt, muss sie auch den Tatzeitpunkt bzw. den Tatzeitraum umschreiben (Bundesgerichtsentscheid vom 16. November 2001, 1P.427/2001, Erw. 5). Gegen eine in zeitlicher Hinsicht völlig unbestimmte Anklage kann sich der Beschuldigte nicht effektiv verteidigen, sei es, weil ihm die Beibringung eines Alibis deswegen verunmöglicht wird, oder sei es, dass zwar der Anklage ein tatsächlich vorgefallener, jedoch verzerrt wiedergegebener Sachverhalt zu Grunde liegt, der vom Beschuldigten mangels zeitlicher Einordnung nicht erkannt und daher auch nicht richtig gestellt werden kann. In einem Entscheid vom 6. Dezember 2004 hat das Kassationsgericht Zürich festgestellt, der Tatzeitraum sei in der Anklageschrift zeitlich «möglichst genau» zu fixieren (ZR 104, Nr. 31); dabei könne der Begriff der möglichst genauen Fixierung nicht abstrakt umschrieben werden, sondern hänge von den Umständen des konkreten Falles ab. So sei es nicht dasselbe, ob ein Kind über einen länger zurückliegenden Vorfall berichte, oder eine erwachsene und urteilsfähige Person über kürzliche Ereignisse. Von Bedeutung sei weiter, ob es sich um Einzeldelikte oder um wiederholte Tatbegehung bzw. um Dauer- oder Serielikte handle. Vor dem Hintergrund dieser Aspekte habe im Einzelfall eine Abwägung zwischen den berechtigten Interessen des Geschädigten auf Strafverfolgung und dem Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung stattzufinden, aufgrund welcher zu entscheiden sei, ob das Anklageprinzip verletzt wurde oder nicht. Auch wenn die zugerische Strafprozessordnung, im Gegensatz zu derjenigen des Kantons Zürich, keine spezifische Vorschrift enthält, dass sich die Anklage über den Tatzeitpunkt zu äussern hat, so können die vorstehend zitierten Ausführungen ohne weiteres auch für den zugerischen Strafprozess Geltung beanspruchen. Auch hier gilt nämlich das Anklageprinzip, welches die Umschreibung des konkret vorgeworfenen Sachverhaltes verlangt; dazu gehört ohne Zweifel die Benennung des Zeitraumes, in welchem die vorgeworfene Tat stattgefunden haben soll.

4.1 Der Beschuldigte soll mehrere Male im genannten Zeitraum den Hinterkopf seiner Ehefrau gegen die geflieste Wand im Badezimmer und auf den gefliesten Boden geschlagen und dadurch eine schwere Verletzung von S. in Kauf genommen haben. Sodann wird ihm vorgeworfen, im Rahmen einer verbalen Auseinandersetzung seiner Ehefrau das Kabel des von dieser benutzten «Lady-Shave» entrissen, ihr um den Hals gelegt und mit beiden Händen stark zugezogen zu haben. Auf diese Weise habe er sie ca. dreissig Sekunden lang stranguliert, bis das Kabel gerissen sei. Daraufhin habe er von seinem Vorhaben abgelassen.

Der Beschuldigte bestreitet generell, seine Ehefrau vor dem 4. September 2004 je geschlagen zu haben, und bestreitet insbesondere den Vorwurf, er habe sie mit dem Elektrokabel gewürgt.

4.2 Die Angaben von S. zum Tatzeitpunkt sind sehr vage. Bezüglich des Vorfalles mit dem Elektrokabel sagte sie aus, sie könne sich zeitlich nicht mehr daran erinnern (act. 1.8, Ziff. 35, 83). Gemäss der von ihr eingereichten und in der Befragung als zutreffend bestätigten Aufstellung liegt der Tatzeitpunkt zwischen Mai 1999 und Sommer 2003 (act. 1.19, S. 2; act. 1.20, Ziff. 40). An einem Sonntagnachmittag im Sommer 2003 sowie bei weiteren, zeitlich nicht bestimmten Gelegenheiten soll der Beschuldigte ihren Kopf gegen die Wand geschlagen haben (act. 1.19, S. 1; act. 1.20, Ziff 9).

Wenn auf die Aussage einer urteilsfähigen erwachsenen Person abgestellt wird, so genügt ein möglicher Tatzeitraum von mehreren Jahren, innerhalb dessen ein bestimmtes, klar abgegrenztes Ereignis stattgefunden haben soll, den Anforderungen an die zeitliche Eingrenzung des Tatvorwurfes in der Anklageschrift höchstens unter ausserordentlichen Umständen. Solche sind vorliegend nicht ersichtlich. Mit dem Vorwurf einer Strangulation bzw. einer versuchten schweren Körperverletzung durch das Schlagen des Hinterkopfes an eine Wand oder auf den Boden stehen im Gegenteil gravierende, schmerzhaft und Angst einflössende Vorfälle zur Debatte, die dem Opfer nach aller Erwartung in nachhaltiger Erinnerung bleiben, und deren zeitliche Einordnung daher präziser sollte vorgenommen werden können. Fragen liesse sich allenfalls, ob die Umschreibung «an einem Sonntagnachmittag im Sommer 2003» den Zeitpunkt bezüglich der einen vorgeworfenen Körperverletzung genügend genau bestimmt. Auch hier ist indessen zu beachten, dass die Tat im Aussagezeitpunkt erst rund ein Jahr zurücklag, und es in der Untersuchung durch die Verknüpfung mit markanten Fixpunkten und mit Hilfe eines Kalenderblattes hätte möglich sein müssen, den Tatzeitpunkt auf einen bestimmten Tag oder wenigstens auf eine geringe Zahl in Frage kommender Wochenenden einzugrenzen.

Durch die zu ungenaue zeitliche Eingrenzung der Tatvorwürfe wurde es dem Beschuldigten mindestens erschwert, sich konkret dazu zu äussern. Wenn er den konkreten Vorgang mangels bestimmter zeitlicher Einordnung nicht erkannte, so blieb ihm ausser der generellen Bestreitung keine Möglichkeit, sich durch die Darstellung seiner Wahrnehmung des Sachverhaltes gegen den Vorwurf zu verteidigen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang zudem, dass dem Beschuldigten in der Schlusseinvernahme vorgehalten wurde, am Wochenende des 10./11. Juli 2004 den Kopf seiner Ehefrau gegen die Wand geschlagen zu haben (act. 1.21, Ziff. 12), was in zeitlicher Hinsicht nicht der Darstellung von S. entspricht (vgl. Anklageschrift S. 13). Das Anklageprinzip wurde damit verletzt. Der Beschuldigte ist aus diesem Grund von den Anschuldigungen der mehrfachen versuchten schweren Körperverletzung und der Gefährdung des Lebens freizusprechen.

Urteil des Strafgerichtes vom 23. November 2005 i.S. Staatsanwaltschaft c. E.

§ 70 StPO; § 10^{ter} Abs. 4 StPO – Berufungsbeschränkung; Teilrechtskraft; Entschädigung der amtlichen Verteidigung; Fehlen einer gesetzlichen Grundlage zur Kürzung der Entschädigung von Amtes wegen im Berufungsverfahren.

Aus den Erwägungen:

2. Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen die Ziffern 2 bis 6 sowie 7 Satz 2 des vorinstanzlichen Urteilsspruches; die Staatsanwaltschaft erhob weder Berufung noch Anschlussberufung. Der Freispruch vom Vorwurf des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage gemäss Art. 147 Abs. 1 StGB (Ziffer 1) und die Ausrichtung einer Entschädigung an den amtlichen Verteidiger in Höhe von CHF 2'186.45 aus der Staatskasse (Ziffer 7 Satz 1) blieben somit unangefochten. Nach konstanter Praxis ist die Teilanfechtung im zugerischen Strafprozess grundsätzlich zulässig. Für die Berufungsinstanz ist eine solche Berufungsbeschränkung jedoch nur insoweit verbindlich, als sich die angefochtenen Punkte aus materiell-rechtlichen Überlegungen unabhängig von den übrigen, nicht angefochtenen Teilen des Urteils beurteilen lassen (GVP 1979/80, S. 108 ff.).

2.1 Gemäss § 75 Abs. 2 StPO urteilt die Berufungsinstanz nach freiem Ermessen, wobei sie weder an die Anträge der Staatsanwaltschaft noch an das Urteil der ersten Instanz gebunden ist. Diese Bestimmung steht nicht im Zusammenhang mit der Frage der Berufungsbeschränkung, sondern hat die Bedeutung, dass die Berufungsinstanz – mit Bezug auf die angefochtenen Punkte des Urteils – in der rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes durch die Anträge der Staatsanwaltschaft und das erstinstanzliche Urteil nicht gebunden ist (vgl. Klaus Weber, Die Berufung im zugerischen Strafprozess, Dissertation, Zürich 1978, S. 113 u. 125). Im vorliegenden Fall liegt dem angefochtenen Schuldspruch wegen Check- und Kreditkartenmissbrauchs der identische historische Lebensvorgang zu Grunde wie dem nicht angefochtenen Freispruch betreffend betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage. Steht somit einzig die rechtliche Würdigung desselben Sachverhaltes in Frage, ist eine getrennte Beurteilung, welche zudem § 75 Abs. 2 StPO widerspräche, ausgeschlossen. Der nicht angefochtene Freispruch durch die Vorinstanz, welcher bei der gegebenen Sachlage nicht formell hätte ergehen dürfen, ist damit nicht in Rechtskraft erwachsen.

2.2 Demgegenüber erweist sich die unangefochten gebliebene Festsetzung der Entschädigung des amtlichen Verteidigers für das erstinstanzliche Verfahren als einer getrennten Beurteilung zugänglich. Auch fehlt es an einer kantonalen gesetzlichen Grundlage, um auf diesen Punkt von Amtes wegen zurückzukommen (vgl. dazu Ziffer V.2. hienach). Ziffer 7 Satz 1 des vorinstanzlichen Urteils ist damit in Rechtskraft erwachsen.

V.2. Die Vorinstanz ernannte Rechtsanwalt lic.iur. X. mit Verfügung vom 27. Januar 2004 zum amtlichen Verteidiger des Beschuldigten.

2.1 Mit Urteil vom 5. Mai 2004 setzte die Vorinstanz die Entschädigung des amtlichen Verteidigers entsprechend dessen Honorarnote auf CHF 2'186.45 fest (10 Stunden à CHF 200.- zzgl. Auslagen und MWST, Akten ERA, act. 15; GD 1/1, Ziffer 7 Satz 1). Da gemäss ständiger Praxis der Zuger Gerichte bei amtlichen und/oder unentgeltlichen Rechtsbeiständen ein Stundenansatz von CHF 180.- zur Anwendung gelangt, stellt sich die Frage nach einer Kürzung der von der Vorinstanz festgesetzten Entschädigung des amtlichen Verteidigers.

Wie das Bundesgericht in BGE 129 I 65 erkannte, handelt eine obere Instanz willkürlich, wenn sie die für das erstinstanzliche Verfahren festgesetzte Entschädigung eines Offizialanwaltes von Amtes wegen kürzt, wenn hierfür keine gesetzliche Grundlage besteht und die entsprechende Entscheidungsziffer von keiner Partei angefochten worden ist.

Wie im Zusammenhang mit der Feststellung der Teilrechtskraft bereits ausgeführt, wurde Ziffer 7 Satz 1 des Urteils der Vorinstanz nicht angefochten und fehlt es im Kanton Zug an einer gesetzlichen Grundlage, um auf die von der Vorinstanz festgesetzte Entschädigung des amtlichen Verteidigers von Amtes wegen zurückzukommen. Eine Kürzung derselben im Berufungsverfahren fällt im Lichte der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung mithin ausser Betracht.

Urteil des Strafgerichtes, Berufungskammer, vom 12. Oktober 2005 i.S. Staatsanwaltschaft c. F.

§ 80 StPO; § 46 Ziff. 2 GOG. – Gegen Ausstandsentscheide des Strafgerichts ist die Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig.

Aus den Erwägungen:

1. b) Gemäss § 46 Ziff. 2 GOG entscheidet über streitige Ausstandsbegehren gegen Mitglieder oder Kanzleibeamte eines Gerichts das betreffende Gericht mit Zuzug von Ersatzmitgliedern. Bei der Beurteilung eines Ausstandsgesuches handelt es sich um die Beantwortung einer prozessualen Vorfrage sui generis, mithin um einen prozessleitenden Entscheid (Alfred Andermatt, Die Gerichtsorganisation im Kanton Zug, Diss. Zürich 1967, S. 60; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 100 Rz 9). Solche Entscheide sind, wenn sie vom Kantonsgericht in Zivilsachen gefällt werden (§ 46 Ziff. 1 und 2 GOG), ausdrücklich als prozessleitende Beschlüsse mit Beschwerde bei der Justizkommission anfechtbar (§ 208 Ziff. 4 lit. b ZPO). Im Strafprozessrecht findet sich hingegen keine § 208 Ziff. 4 lit. b ZPO entsprechende Regelung. In § 80 Ziff. 1 - 13 StPO sind die Fälle aufgezählt, in denen im Strafprozess die Beschwerde an die Justizkommission zulässig ist. Diese Aufzählung ist - abgesehen von der allgemeinen Aufsichts-

beschwerde im Sinne von § 15 Abs. 1 Ziff. 2 GOG - abschliessend (JS 2005/3, unter Hinweis auf GVP 1987/88, S. 156). Die Beschwerde gegen Ausstandsbeschlüsse des Strafgerichts gehört nicht zu den in § 80 StPO ausdrücklich genannten Beschwerdefällen, womit die Beschwerde nach den positiven Gesetzesbestimmungen ausgeschlossen ist. Sie kann hier aber auch nicht auf anderem Wege durch den Richter eingeführt werden. Grundsätzlich sind nämlich nur die Rechtsmittel zulässig, die das Gesetz ausdrücklich vorsieht (BGE 122 I 255). Liegt keine echte Gesetzeslücke vor, kann die Zuständigkeit einer Gerichtsinstanz bzw. die Zulässigkeit eines Rechtsmittels nicht auf dem Weg verfassungskonformer Auslegung oder Lückenfüllung geschaffen werden (vgl. BGE 126 V 179 E.5 d). Eine echte Lücke (praeter legem) liegt vor, wenn das Gesetz auf eine sich stellende Frage überhaupt keine Antwort schuldig bleibt. Gibt das Gesetz eine Antwort, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss, oder hat der Gesetzgeber eine Bestimmung bewusst nicht vorgesehen (qualifiziertes Schweigen) handelt es sich um eine unechte Lücke (vgl. hierzu BGE 122 I 255, mit Literaturhinweisen; Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. A., Zürich 2002, N 233 ff.). Wie vorstehend dargelegt, geht aus der Strafprozessordnung hervor, dass gegen Ausstandsentscheide des Strafgerichts die Beschwerde an die Justizkommission nicht vorgesehen ist, weshalb in dieser Frage keine echte, ausfüllungsbedürftige Lücke besteht. Es kann aber auch nicht von einer unechten Lücke gesprochen werden. Es besteht kein zwingender Grund, ein eigenes kantonales Rechtsmittel für Ausstandsentscheide vorzusehen. Die Einführung eines kantonalen Rechtsmittels gegen Ausstandsentscheide des Strafgerichts könnte daher nur durch den Gesetzgeber vorgenommen werden. Die geltende Regelung mag zwar insofern als unbefriedigend erscheinen, als sich keine sachlichen Gründe erkennen lassen, weshalb die Weiterzugsmöglichkeiten von Ausstandsentscheidungen im Zivil- und Strafverfahren unterschiedlich geregelt sein sollten. Indes ist eine Weiterzugsmöglichkeit solcher Entscheide – wie erwähnt – weder im Zivil- noch im Strafverfahren zwingend notwendig, sodass der Gesetzgeber auch frei ist, eine unterschiedliche Regelung zu treffen. Eine analoge Situation liegt denn auch vor mit Bezug auf die Rechtsmittelmöglichkeit gegen die Auferlegung von Ordnungsbussen. Auch hier ist die Beschwerde an die Justizkommission nur im zivilprozessualen Verfahren zulässig, nicht aber im Strafprozess (GVP 1985/86, S. 153).

Justizkommission, 7. Juni 2005

§ 80 StPO; § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Gegen die Weigerung der Staatsanwaltschaft, eine Konfrontationseinvernahme durchzuführen bzw. anzuordnen, ist die Beschwerde nach § 80 StPO nicht gegeben (Erw. 4 und 5). Prüfung der Beschwerde einzig unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten (Erw. 6).

Aus den Erwägungen:

4. In § 80 Ziff. 1 - 13 sind die Fälle aufgezählt, in denen im Strafprozess die Beschwerde an die Justizkommission zulässig ist. Diese Aufzählung ist – abgesehen von der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde im Sinne von § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG, von der noch die Rede sein wird – abschliessend (vgl. GVP 1987/88, S. 156). Die Weigerung der Staatsanwaltschaft, eine Konfrontationseinvernahme durchzuführen bzw. anzuordnen, gehört nicht zu den im § 80 StPO ausdrücklich genannten Beschwerdefällen. Gegen Entscheide der Staatsanwaltschaft ist die Beschwerde einzig auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe (§ 80 Ziff. 10 StPO) sowie im Falle einer Erweiterung der Anklage auf Personen, die nicht zur Überweisung kamen (§ 38 StPO), vorgesehen.

Dem Staatsanwalt kommt im zugerischen Strafverfahren im Übrigen aber ohnehin lediglich Parteistellung zu und er hat gegenüber den anderen Parteien keinerlei Entscheidungskompetenz. Der Antrag der Verteidigung vom 11. September 2003 an die Staatsanwaltschaft um Durchführung einer Konfrontationseinvernahme kann deshalb nur so aufgefasst werden, dass diese ersucht wird, von ihren Parteirechten Gebrauch zu machen und entweder die Untersuchung entsprechend ergänzen zu lassen, wozu sie gemäss § 32 Abs. 3 StPO berechtigt ist, oder ein entsprechendes Begehren an den Sachrichter in die Anklage aufzunehmen (§ 39 Abs. 1 StPO). In dieser Beziehung ist sie aber frei und nur an ihre eigene pflichtgemässe Beurteilung gebunden (§ 37 Abs. 3 StPO). Dem Beschuldigten steht deshalb kein Anspruch auf eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft zu. Der Beschwerdeführer irrt denn auch, wenn er der Auffassung ist, die Staatsanwaltschaft hätte gemäss § 36 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 Ziff. 2 StPO das Gesuch vom 11. September 2003 samt ihrer Stellungnahme dem zuständigen Richter überweisen müssen. Wenn § 36 Abs. 1 StPO bestimmt, dass Gesuche um Anordnungen, welche nach Abschluss der Untersuchung bis zur Anklageerhebung zu treffen sind, schriftlich und begründet bei der Staatsanwaltschaft einzureichen sind, fallen darunter selbstverständlich nicht Beweisergänzungen. Es sind damit Anordnungen im Bereich der Zwangsmassnahmen sowie Bestellung eines amtlichen Verteidigers, Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung, Akteneinsicht, vorzeitiger Straf- und Massnahmevollzug gemeint, wie sich das aus § 2 Abs. 2 StPO unzweifelhaft ergibt. Nach Abschluss der Untersuchung sind Beweisanträge erst im Rahmen des Hauptverfahrens, mithin nach Anklageerhebung zulässig (§ 39 StPO).

Auf die Beschwerde kann deshalb unter diesem Gesichtswinkel nicht eingetreten werden.

5. Die Weigerung der Staatsanwaltschaft kann auch nicht etwa als Rechtsverweigerung im Sinne von § 80 Ziff. 2 StPO qualifiziert werden. Unter der «Verweigerung der Rechtspflege» ist nach konstanter Praxis der Justizkom-

mission das Nichttätigwerden gerichtlicher Instanzen zu verstehen. Entscheide gerichtlicher Instanzen können dagegen, selbst wenn sie unter Verletzung von Verfahrensvorschriften oder materiell-rechtlicher Bestimmungen gefällt wurden, nicht unter Berufung auf diesen Beschwerdegrund gerügt werden, andernfalls könnte mit der Rüge der Rechtsverweigerung die 10-tägige Beschwerdefrist von § 82 Abs. 1 StPO – die für Rechtsverweigerungsbeschwerden nicht gilt – illusorisch gemacht werden. Der Beschwerdeführer hat nun aber aufgrund der oben stehenden Ausführungen gar keinen Anspruch auf einen Entscheid der Staatsanwaltschaft über den von ihm gestellten Antrag. Eine Rechtsverweigerung fällt daher offensichtlich ausser Betracht. Aus den selben Gründen scheidet aber auch eine Rechtsverzögerung, die ebenfalls einen Beschwerdegrund gemäss § 80 Ziff. 2 StPO darstellt, ohne weiteres aus. Abgesehen davon kann dieser Beschwerdegrund nur zur Verfolgung eines praktischen Verfahrenszweckes angerufen werden und nicht zur blossen Feststellung einer Pflichtwidrigkeit (JKE Nr. 68/1986 und Nr. 73/1987 sowie JZ 1993/37.12 und JZ 1994/13.24).

6. Nach § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG entscheidet die Justizkommission unter anderem auch über Beschwerden gegen die Amtsführung gerichtlicher Behörden und Beamter, soweit diese der Aufsicht des Obergerichts unterstehen, was nach § 54 Abs. 2 KV für die Staatsanwaltschaft zutrifft. Die Praxis sieht in dieser Bestimmung die gesetzliche Grundlage für eine allgemeine Aufsichtsbeschwerde, mit welcher das Verhalten gerichtlicher Behörden und Beamten auch dann gerügt werden kann, wenn keiner der in § 80 StPO aufgezählten Beschwerdefälle vorliegt. Bei dieser 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 (Hauser/Hauser, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, S. 469, II); 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). Soweit man das angefochtene Schreiben der Staatsanwaltschaft vom 3. Januar 2005 als Akt der Justizverwaltung ansehen wollte, wäre in diesem Zusammenhang zwar eine Beschwerde zulässig. Die Aufsichtsbeschwerde müsste aber abgewiesen werden, wenn darauf eingetreten werden könnte. Der Beschwerdeführer verlangt, dass sein Begehren um Konfrontationseinvernahme etc. vom 11. September 2003 dem zuständigen Richter zur Beurteilung zu überweisen sei. Wie bereits oben dargestellt, ist eine Ergänzung der Untersuchung bzw. ein entsprechendes Begehren erst nach Anklageerhebung im Rahmen der Hauptverhandlung möglich. Der Beschwerdeführer hat deshalb Gelegenheit, das entsprechende Begehren zur gegebenen Zeit beim Sachrichter zu stellen. Die Staatsanwaltschaft war weder verpflichtet noch gehalten, das Beweisbegehren weiterzuleiten, auch nicht etwa ge-

stützt auf § 93 GOG, wonach Eingaben, die aus Versehen an eine unrichtige Amtsstelle gerichtet sind, an die zuständige Amtsstelle von Amtes wegen weiterzuleiten sind. Nicht zu verkennen ist, dass wünschbar gewesen wäre, dass die Staatsanwaltschaft etwas früher reagiert hätte. Dass das nicht geschehen ist, ist offensichtlich einem Versehen der Staatsanwaltschaft zuzuschreiben. Sie hat sich denn dafür auch ausdrücklich beim Beschwerdeführer entschuldigt. Diesem ist aber daraus auch in keiner Weise ein Nachteil entstanden. Im Übrigen kümmerte er sich offenbar auch während über 15 Monaten nicht darum, ansonsten die Staatsanwaltschaft wohl das Versehen früher entdeckt und entsprechend reagiert hätte. Auch unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten kann auf die Beschwerde mithin nicht eingetreten werden.

Justizkommission, 10. Februar 2005

§§ 35 Abs. 1 und 80 Ziff. 1 StPO. – Die Beschwerde gegen die Überweisungsverfügung und damit auch gegen die mit ihr allenfalls gleichzeitig abgewiesenen Aktenergänzungen ist seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung vom 19. Dezember 2002 nicht mehr zulässig. Hingegen kann gegen eine in der Überweisungsverfügung angeordnete Aufrechterhaltung der Fernhaltemassnahme Beschwerde geführt werden. Der vom Gesetz ausdrücklich im Rahmen der Überweisung vorgesehene Entscheid über die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer allfälligen Haft oder einer Ersatzmassnahme kann als selbständige Untersuchungshandlung angesehen werden, die weiterhin der Beschwerde gemäss § 80 Ziff. 1 StPO unterliegt.

Aus den Erwägungen:

1. Die vorliegende Beschwerde richtet sich einzig gegen die in der Überweisungsverfügung angeordnete Aufrechterhaltung der Fernhaltemassnahme.

a) Im Zuge der am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Teilrevision der Strafprozessordnung wurde die bisherige Möglichkeit der Beschwerde gegen die Überweisungsverfügung des Untersuchungsrichteramtes abgeschafft. Dementsprechend wurden die §§ 36 und 80 Ziff. 7 StPO, die beide in ihrer früheren Fassung die Beschwerde gegen den Überweisungsbeschluss ausdrücklich vorsahen, entsprechend geändert. Im Bericht und Antrag des Obergerichts vom 19. März 2002 wird nach ausführlicher Darlegung der Gründe abschliessend festgehalten, dass auf die Beschwerde gegen die Überweisung (und damit auch gegen allfällige abgewiesene Aktenergänzungsbegehren) verzichtet werde und diese in Bezug auf den Abschluss der Untersuchung einzig noch gegen die Einstellung der Untersuchung zuzulassen sei.

Im Bericht der vorberatenden erweiterten Justizprüfungskommission des Kantonsrates vom 28. August 2002 wird dazu keine abweichende Stellung bezogen. Auch in der kantonsrätlichen Beratung gab diese Änderung in der Folge zu keinerlei Diskussion Anlass. Die Justizkommission hat denn auch entschieden, dass mit dem Inkrafttreten der erwähnten Gesetzesänderung vom 19. Dezember 2002 die Beschwerde gegen die Überweisungsverfügung und damit auch gegen die mit ihr allenfalls gleichzeitig abgewiesenen Aktenergänzungsbegehren (§ 33 StPO) nicht mehr zulässig ist (JS 2003/18; JS 2003/39; JS 2003/44). Es stellt sich deshalb die Frage, ob auf die vorliegende Beschwerde überhaupt eingetreten werden kann.

b) Gemäss § 35 Abs. 1 StPO hat der Untersuchungsrichter bei jedem Überweisungsbeschluss auch darüber zu entscheiden, ob der Beschuldigte weiter in Haft zu verbleiben hat, auf freien Fuss zu setzen oder in Freiheit zu belassen ist. Dieser Entscheid ist mithin von Gesetzes wegen Gegenstand bzw. Teil der Überweisungsverfügung, und man kann sich fragen, ob er als solcher ebenfalls nicht mehr mit Beschwerde angefochten werden kann. Die Frage ist indes aufgrund der Gesetzesmaterialien zu verneinen. Wie oben erwähnt, ging es dem Revisionsgesetzgeber bei der Abschaffung der Beschwerde gegen die Überweisungsverfügung einzig darum, einerseits die Überprüfung der Überweisung im Sinne einer Art Anklagezulassung (Überweisung oder Einstellung) und andererseits die Überprüfung der Vollständigkeit der Strafuntersuchung (Aktenergänzung) durch die Beschwerdeinstanz zu eliminieren. Zur Frage, ob damit weitere untersuchungsrichterliche Entscheidungen, die im Rahmen der Überweisungsverfügung ergehen, namentlich solche bezüglich Anordnung oder Aufrechterhaltung von Zwangsmassnahmen, ebenfalls der Beschwerde entzogen sein sollen, hat sich der Gesetzgeber nicht geäussert. Es kann den Revisionsmaterialien auch nicht ein qualifiziertes Schweigen dazu entnommen werden. Der vom Gesetz ausdrücklich im Rahmen der Überweisung vorgesehene Entscheid über die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer allfälligen Haft kann nun aber zwanglos als selbständige Untersuchungshandlung angesehen werden, die eben weiterhin der Beschwerde gemäss § 80 Ziff. 1 StPO unterliegt. Es handelt sich dabei denn auch um eine äusserst einschneidende Einschränkung der persönlichen Freiheit, so dass angenommen werden muss, der Gesetzgeber hätte das ausdrücklich gesagt, wenn er die Beschwerde auch gegen diese im Rahmen der Überweisung angeordnete Zwangsmassnahme tatsächlich hätte eliminieren wollen. Es ist deshalb vielmehr zu vermuten, dass der Gesetzgeber bei der hier in Frage stehenden Revision an diese Problematik gar nicht gedacht hat, nachdem sie sich denn auch nicht allgemein in allen Überweisungsfällen stellt.

c) Anstelle der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft als einschneidendste freiheitsbeschränkende Massnahme sieht die zugerische Strafprozessordnung in § 17^{ter} StPO nun auch noch bestimmte weniger weitgehende Ersatzmassnahmen vor, darunter die Auflage, keine Kontakte mit bestimmten Per-

sonen zu pflegen (so genannte Fernhaltemassnahme; § 17^{ter} Abs. 1 Ziff. 6 StPO). Wenn der Untersuchungsrichter nach der ausdrücklichen Vorschrift von § 35 Abs. 1 StPO im Rahmen der Überweisungsverfügung darüber zu entscheiden hat, ob der Angeschuldigte weiter in Haft zu verbleiben habe, auf freien Fuss zu setzen oder in Freiheit zu belassen sei, hat er gleichzeitig zu prüfen, ob eine in Betracht fallende Haft verhältnismässig erscheine, oder ob an ihrer Stelle eine mildere Massnahme gemäss § 17^{ter} StPO angeordnet werden muss. In diesem Sinne sind im Begriff der Haft gemäss § 35 Abs. 1 StPO nach dem Grundsatz in maiore minus auch die Ersatzmassnahmen als mitenthaltend zu betrachten. Das bedeutet, dass der Untersuchungsrichter in sinngemässer Anwendung von § 35 Abs. 1 StPO im Überweisungsstadium der Untersuchung grundsätzlich auch über eine allfällige Ersatzmassnahme nach § 17^{ter} StPO zu befinden hat. Daran ändert nichts, dass nach Abs. 3 von § 17^{ter} StPO die Ersatzmassnahme «spätestens» mit dem Abschluss des Verfahrens bzw. dem Antritt der freiheitsentziehenden Strafe bzw. Massnahme aufzuheben sind. Die Bestimmung hält daneben denn auch gleichzeitig den allgemein gültigen Grundsatz fest, wonach die Ersatzmassnahmen auch aufzuheben sind, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Auch wenn der Untersuchungsrichter im vorliegenden Fall somit bei der ursprünglichen Anordnung der Fernhaltemassnahme - gestützt auf § 17^{ter} Abs. 3 StPO zulässigerweise - festhielt, dass diese «einstweilen, längstens aber bis der Sachrichter sein Urteil gesprochen oder K. deren Aufhebung beantragt hat», gelte, musste er bei der Überweisung darüber neu entscheiden. Gegen dessen Entscheid muss daher in analoger Weise gestützt auf § 80 Ziff. 1 StPO ebenfalls die Beschwerde zulässig sein. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

Justizkommission, 10. Februar 2005

§§ 8, 34 Abs. 4, 80 Ziff. 1 und 7 sowie 81 Abs. 1 StPO. – Gegen eine einstweilige Einstellungsverfügung steht den Parteien die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung. Diese lässt sich - bei weitherziger Auslegung des Begriffs Untersuchungshandlung - auf § 80 Ziff. 1 StPO stützen, aber namentlich auch - zumindest analog - auf Ziff. 7 von § 80 StPO, welcher in seiner neuen Fassung vom 19. Dezember 2002 die Einstellungsverfügung ausdrücklich als Beschwerdeobjekt nennt.

Aus den Erwägungen:

1. a) Obwohl in der zugerischen Strafprozessordnung nicht ausdrücklich erwähnt, wird die einstweilige Einstellung (Sistierung) einer Untersuchung in der Praxis zugelassen (vgl. GVP 1991/92, S. 231; JS 1999/72; JS 2004/39). Sie wird aus Zweckmässigkeitsgründen angewandt, wenn tatsächliche oder

rechtliche Hindernisse eine Weiterführung der Untersuchung bzw. deren sofortigen Abschluss verunmöglichen, so etwa wenn der Täter unbekannt oder der bekannte Täter unbekanntem Aufenthaltes bzw. für die Behörde wegen längerer Auslandsabwesenheit oder Krankheit nicht greifbar ist oder wenn wegen der gleichen Sache ein ausländisches Strafverfahren oder sonst ein präjudizielles Straf- oder Zivilurteil abgewartet werden muss. Sie kommt auch etwa neu in Fällen von Körperverletzung unter Lebenspartnern nach Art. 66^{ter} StGB (Art. 55a nStGB) in Betracht (Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, N 799). Die einstweilige Sistierungsverfügung bewirkt, dass das Untersuchungsverfahren vorläufig nicht weitergeführt wird, aber rechtshängig bleibt und bei Wegfall des Verfahrenshindernisses ohne weiteres weitergeführt werden kann. Besteht hingegen keine ernsthafte Aussicht, die Strafuntersuchung in absehbarer Zeit zu fördern, darf das Verfahren nicht lediglich sistiert werden, sondern ist entweder mit Anklageerhebung (bzw. Strafbefehl) oder definitiver Einstellungsverfügung zum Abschluss zu bringen (Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. A., Bern 2005, N 1357; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 78 N 13). Gegen eine einstweilige Einstellungsverfügung steht den Parteien die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung. Diese lässt sich nämlich – bei weitherziger Auslegung des Begriffs Untersuchungshandlung – auf § 80 Ziff. 1 StPO stützen (GVP 1991/92, S. 231), aber namentlich auch – zumindest analog – auf Ziff. 7 von § 80 StPO, welcher in seiner neuen Fassung vom 19. Dezember 2002 die Einstellungsverfügung ausdrücklich als Beschwerdeobjekt nennt.

b) Die Beschwerde kann von jedermann, der ein Interesse glaubhaft macht, erhoben werden, es sei denn, dass das Gesetz das Beschwerderecht auf gewisse Personen beschränkt (§ 81 Abs. 1 StPO). Nach § 34 Abs. 4 StPO steht das Beschwerderecht gegen die Einstellungsverfügung einzig den Parteien zu. Das muss analog auch für die einstweilige Einstellung gelten. Parteien sind gemäss § 8 StPO die Staatsanwaltschaft, der Beschuldigte und der Privatkläger. Privatkläger ist nach § 11 Abs. 1 StPO der Geschädigte (also derjenige der in seinen Rechten durch eine Straftat unmittelbar verletzt worden ist), der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen, mithin die Einleitung einer Untersuchung und die Bestrafung des Täters verlangt und/oder Zivilklage erhebt (§ 6 Abs. 3 StPO). Der blosser Anzeigerstatter im Sinne von § 6 Abs. 3 Satz 1 StPO ist zur Beschwerde gegen die Einstellung nicht legitimiert, und zwar weder gegen die definitive noch gegen die provisorische. Es wäre nicht einzuwenden, weshalb der Anzeigerstatter gegen die weit weniger weitreichende einstweilige Sistierung ein Rechtsmittel ergreifen könnte, während ihm das gegen die endgültige Einstellung des Strafverfahrens verwehrt ist.

Justizkommission, 29. Dezember 2005

§ 80 Ziff. 11 StPO; Art. 27 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 41 Abs. 1^{bis} VRV. – Das Einzelrichteramt hat keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem es aus dem Teilfahrverbot für Motorräder ein Halte- und Parkverbot abgeleitet hat.

Sachverhalt:

X. begab sich mit seinem Motorrad zur Stadt- und Kantonsbibliothek an der St. Oswalds-Gasse in Zug. Er parkierte das Fahrzeug während rund 50 Minuten auf dem vor der Bibliothek gelegenen, mit Metallvorrichtungen versehenen Zweiradparkplatz, dessen Art und genauer Verwendungszweck Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden. Aufgrund des Beweisergebnisses ist davon auszugehen, dass X. zuvor – von der Zugerbergstrasse kommend – bei der eingangs St. Oswalds-Gasse angebrachten Signalisation abgestiegen war und das Motorrad mit abgestelltem Motor ca. drei Meter bis zum fraglichen Parkplatz gestossen hatte. Die erwähnte, auf zwei Tafeln angebrachte Signalisation beinhaltet für die relevante Tageszeit ein «Verbot für Motorwagen und Motorräder» mit dem Zusatz «Güterumschlag von 05.00 – 22.00 Uhr gestattet.» Beim Parkplatz ist keine (weitere) Beschilderung angebracht.

Aus den Erwägungen:

3. Den angefochtenen Schuldspruch des Beschwerdeführers wegen Missachtung des Parkverbotes begründete das Einzelrichteramt wie folgt:

3.1. Bereits im Rahmen der richterlichen Darstellung des massgeblichen Sachverhaltes wurde der Ort, auf welchem der Beschwerdeführer sein Motorrad aufgestellt hatte, ausdrücklich als «Fahrradparkplatz» qualifiziert. Sodann wurde festgehalten, dass sich dieser Parkplatz auf dem östlichen «Trottoir» vor dem Bibliotheksgebäude befinde, wo für «die Fahrräder» Metallvorrichtungen angebracht seien. Dieser Sachverhalt wurde in der Folge auch der rechtlichen Beurteilung zu Grunde gelegt.

3.2. Dabei hielt das Einzelrichteramt unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 126 IV 189) fest, dass das Fahrverbotssignal (für Motorwagen und Motorräder) implizit auch das freiwillige Halten und Parkieren mit einem Motorrad untersage. Auf einer Strasse, die gemäss Signalisation nur zum Zwecke des Güterumschlages befahren werden dürfe, sei das Anhalten bzw. Parkieren auch nur zu diesem Zwecke gestattet, worauf das Bundesgericht bereits in BGE 114 IV 53 hingewiesen habe. Trotz erlaubtem Befahren zwecks Güterumschlag sei gemäss jenem Entscheid das nachfolgende Parkieren aufgrund der Signalisation für verboten befunden worden. Im vorliegenden Fall sei analog zu entscheiden: Auch wenn das Fahrverbot für Motorräder das Schieben des Motorrades mit abgestelltem Motor durch die Verbotszone gestatte, untersage es das Parkieren in diesem Bereich. Daran ändere auch nichts, dass der Beschuldigte das Motorrad (unbestrittener-

weise) auf dem östlichen Trottoir der Oswalds-Gasse am gleichen Ort und in gleicher Weise parkiert habe wie die dort abgestellten Fahrräder, da das Parkieren anderer Fahrzeuge (ausser Fahrräder) auf dem Trottoir gemäss Art. 41 Abs. 1^{bis} VRV ohnehin untersagt sei, sofern es Signale oder Markierungen nicht ausdrücklich zulassen würden. Indem das Parkieren auf dem östlichen Trottoir der Oswalds-Gasse vor dem Bibliotheksgebäude also einzig den Fahrrädern vorbehalten sei, bedürfe es auch keiner entsprechenden Signalisation. Das Verbot ergebe sich sowohl aus der bundesgerichtlichen Auslegung des Fahrverbotssignals für Motorwagen und Motorräder als auch aus Art. 41 Abs. 1^{bis} VRV (betr. Parkieren auf dem Trottoir), weshalb dem Beschuldigten der Vorwurf der Missachtung des Parkverbotes nicht erspart werden könne.

4. Der Beschwerdeführer rügt beide vorstehend dargelegten Argumentationslinien des Einzelrichteramtes, bringt verschiedene weitere Einwände und Argumente vor und hält zusammenfassend dafür, dass sich die Vorinstanz den Vorwurf der Verletzung klaren materiellen Rechts, eine offensichtlich unrichtige Akten- und Beweiswürdigung sowie nicht zuletzt auch eine unzutreffende Interpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorhalten zu lassen habe.

4.1. (...)

a) Die Einwände des Beschwerdeführers sind unbegründet. Namentlich hat das Einzelrichteramt unter dem vorstehend dargelegten Gesichtswinkel der eingeschränkten Kognition keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem es aus dem Teilfahrverbot für Motorräder ein Halte- und Parkverbot abgeleitet hat. Entsprechendes ergibt sich nicht nur aufgrund natürlicher Betrachtungsweise, sondern schlicht aus der anwendbaren Rechtsordnung und deren Auslegung: So ist das Parkieren gemäss Art. 19 Abs. 1 VRV «das Abstellen des Fahrzeugs, das nicht bloss dem Ein- und Aussteigenlassen von Personen oder dem Güterumschlag dient». Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung ist das Parkieren untersagt, wo das Halten verboten ist. Das Halten wiederum setzt das Fahren voraus (zur Definition des Haltens vgl. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band I, 2. A., Bern 2002, N 795: «gewollte Fahrtunterbrechung, die nicht durch die Verkehrslage oder eine Anordnung veranlasst wird»). Gilt für eine bestimmte Zone ein Fahrverbot, ist demgemäss auch das Halten und Parkieren verboten.

b) Mit seiner abweichenden Argumentationsweise verkennt der Beschwerdeführer, dass es bei der Frage, ob für eine bestimmte Örtlichkeit ein Parkverbot besteht oder nicht, zum Vornherein um eine generell abstrakte Betrachtungsweise gehen muss. Damit erscheint irrelevant, ob ein Fahrzeugführer im konkreten Fall tatsächlich gegen ein statuiertes Fahrverbot verstossen hat, oder ob er sich diesbezüglich auf eine Ausnahmebestimmung berufen kann (wie dies vorliegend mit Art. 18 Abs. 4 SSV der Fall ist).

Anzufügen bleibt, dass es sich bei vorstehenden Gesetzmässigkeiten um solche handelt, auf welche bereits der Polizeibeamte in der Stellungnahme vom 2. Mai 2004 zur Ordnungsbusse Nr. ... zutreffend hingewiesen hat («[...] Ob das Motorrad 'geschoben' wurde, ist in diesem Fall nicht relevant. Es darf durch die Verbotzone hindurch geschoben werden, aber nicht hinein, um darin parkiert zu werden. Das Parkieren innerhalb eines Fahrverbotes entspricht auch einem Halteverbot, welches in diesem Fall ausnahmsweise nicht mit einer zusätzlichen Busse von Fr. 120.– geahndet wurde. [...]»).

Justizkommission, 1. Dezember 2005

§ 82 Abs. 1 StPO. – Auf eine nicht oder nicht genügend begründete Beschwerde kann nicht eingetreten werden. Begründet ist die Beschwerde dann, wenn der Beschwerdeinstanz dargelegt wird, auf welche Argumente sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf die gestellten Anträge stützt.

Aus den Erwägungen:

4. a) Gemäss § 82 Abs. 1 StPO ist die Beschwerde innert 10 Tagen seit der Eröffnung der angefochtenen Verfügung schriftlich, mit bestimmten Anträgen, begründet und im Doppel, unter Beifügung der angefochtenen Verfügung bei der Justizkommission des Obergerichts einzureichen. Die Beschwerdebegründung ist dabei gesetzliches Gültigkeitserfordernis (Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 61 f.). Auf eine nicht oder nicht genügend begründete Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden. Begründet ist die Beschwerde dann, wenn der Beschwerdeinstanz dargelegt wird, auf welche Argumente sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf die gestellten Anträge stützt. Aus der Beschwerdebegründung soll mit anderen Worten hervorgehen, in welchen Punkten und aus welchen Überlegungen der Beschwerdeführer die angefochtene Verfügung als unrichtig erachtet, da nur auf diese Weise eine eingehende Überprüfung des Falles möglich ist (vgl. Heinrich Baumgartner, a.a.O., S. 62). Die Beschwerde hat sich demnach mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und die Gründe substantiiert darzutun, weshalb diese den Entscheid aus der Sicht des Beschwerdeführers nicht zu tragen vermögen. Es ist nicht Sache der Beschwerdeinstanz, die Akten nach allfälligen Gründen zu durchforschen, aufgrund derer sich der angefochtene Entscheid beanstanden liesse (vgl. GVP 1985/86, S. 138; vgl. zum Ganzen JS 2002/12, SO 2004/2, JZ 1996/17).

b) Der Beschwerdeführer befasst sich mit dem Argument des Untersuchungsrichters, wonach der Beschwerdeführer auf eine Zeugentaxe unter-

schriftlich verzichtet habe, mit keinem Wort. Die von ihm angeführten Gründe, mit denen er die nachträgliche Entschädigung als Zeuge verlangt, sind hingegen völlig irrelevant. Es kann deshalb darauf nicht eingetreten werden. Für die Einvernahme in dem gegen ihn selbst gerichteten Strafverfahren verlangt er offensichtlich – zu Recht – keine Entschädigung mehr, erwähnt er in der Beschwerde doch nur mehr die Einvernahme, welche von 16.45 Uhr bis 19.15 Uhr gedauert hat, und dabei handelt es sich um die Zeugeneinvernahme in der Strafuntersuchung gegen X. Die Beschwerde genügt mithin den Anforderungen an die Begründung nicht, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann.

Die Entscheidung des Untersuchungsrichters ist denn aber auch nicht zu beanstanden. In der Tat hat der Beschwerdeführer nach seiner untersuchungsrichterlichen Zeugeneinvernahme auf eine Entschädigung als Zeuge ausdrücklich verzichtet und diesen Verzicht auch mit seiner Unterschrift bekräftigt. Es kann deshalb nicht nach Jahr und Tag darauf zurückgekommen werden. Es ist zwar bedauerlich, dass der Beschwerdeführer offenbar seinen Arbeitsplatz verloren hat, das hat indes nichts mit seinem Verzicht bzw. seinem Anspruch auf Zeugenentschädigung zu tun. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, was die angebliche Nichtübereinstimmung der Unterschrift von Untersuchungsrichter Y. mit dem vom Beschwerdeführer geforderten Zeugengeld zu tun haben soll. Abgesehen davon kann denn auch keineswegs gesagt werden, die Unterschriften von Y. auf dessen beiden Schreiben vom 19. Oktober 2005 und vom 1. April 2003 an den Beschwerdeführer, die letzterer für seine Behauptung vorlegt, stimmten nicht überein.

Justizkommission, 10. November 2005

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Bürgerrecht

§ 5 BÜG – Ungelöschte Vorstrafen sowie hängige Strafverfahren stehen einer Einbürgerung grundsätzlich entgegen. Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (E. 3). Abweisung der Beschwerde (E. 7).

Aus den Erwägungen:

...

3. Bei Personen, die in der Vergangenheit straffällig geworden sind, stellt sich die Frage, ob diese im Sinne von § 5 Abs. 1 BÜG «geeignet» sind für die Erteilung des Gemeinde- und Kantonsbürgerrechtes. § 5 Abs. 2 BÜG nennt im Hinblick auf die Eignung u.a. den Willen, die mit dem Bürgerrecht zusammenhängenden Rechte und Pflichten zu beachten. Darunter muss unbedingt auch der Wille verstanden werden, die Rechtsordnung zu beachten. Mittels Umkehrschluss kann ein Einbürgerungsgesuch daher abgelehnt werden, wenn der Bewerber straffällig geworden ist. Nach Auskunft des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) stehen denn auch ungelöschte Vorstrafen sowie hängige Strafverfahren einer Einbürgerung grundsätzlich entgegen. Allerdings gilt es auch hier das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Unverhältnismässig wäre beispielsweise, eine Einbürgerung wegen einer einzigen Parkbusse abzulehnen.

a) Der Beschwerdeführer hat verschiedentlich schwerwiegend gegen die schweizerische Rechtsordnung verstossen. Die in der Auskunft der Zuger Polizei verzeichneten polizeilichen Vorkommnisse richten sich hauptsächlich gegen die Rechtsgüter Leib und Leben, Vermögen sowie die öffentliche Ordnung und Sicherheit. Der Beschwerdeführer erklärt in seiner Beschwerdeschrift vom 9. November 2003 zwar, es handle sich bei seinen Verfehlungen um Jugendsünden. Er habe seine Strafen verbüsst und habe sich in der Zwischenzeit nichts mehr zuschulden kommen lassen. Zur Zeit der oben angeführten Taten war der Beschwerdeführer jedoch zwischen 18 und 22 Jahren alt. Er galt somit im Sinne der Art. 100 ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311) bereits als junger Erwachsener. Diese werden, von zwei vorliegend nicht massgebenden Ausnahmen, nach den allgemeinen Bestimmungen des StGB beurteilt (Art. 100 Abs. 1). Als Jugendlicher im Sinne des Art. 89 StGB konnte er nicht mehr angesehen werden, weswegen keineswegs «Jugendsünden» vorlagen. Anzuführen bleibt, dass diese aufgelisteten Straftaten bereits aus dem Strafregister gelöscht sind.

b) Gemäss dem Auszug aus dem schweizerischen Strafregister vom 15. April 2005 hat das Einzelrichteramt des Kantons Zug den Beschwerdeführer

am 25. November 2004 zu einer Busse von Fr. 1'500.- wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln (SVG 90/2) verurteilt. Der Beschwerdeführer hat den Regierungsrat ermächtigt in die Akten derjenigen Strafverfahren Einblick zu nehmen, welche im Strafregister verzeichnet sind. Aus den Straftaten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer am 16. Juli 2004, ca. 20.20 Uhr, mit seinem Motorrad auf der General-Guisan-Strasse in Zug stadtauswärts fuhr. Dabei überholte er innerorts nach der Verzweigung Allmendstrasse einen Personenvan rechts und machte anschliessend mit seinem Motorrad das sogenannte Männchen. Der Einzelrichter hat den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 26 Abs. 1, 35 Abs. 1 und 90 Ziff. 2 des Strassenverkehrsgesetzes (SR 741.01) zu einer Busse von Fr. 1'500.- und Kosten von Fr. 200.- verurteilt. Diese Verurteilung wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln muss in das laufende Verfahren einbezogen werden. Gemäss § 47 Abs. 2 VRG sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend, soweit sich aus der Streitsache nichts anderes ergibt.

c) Vor dem Hintergrund zahlreicher aktenkundiger Delikte stellt diese neuerliche Verfehlung dem Beschwerdeführer eine schlechte Prognose. Wenn er im Leumundszeugnis angibt, dass für ihn ein neues Leben angefangen habe, und dass er seine Taten bereue, so muss daran ernsthaft gezweifelt werden. Das «Männchenmachen» mit dem Motorrad direkt im Anschluss an ein illegales Überholmanöver ist sehr gefährlich und könnte als Ausdruck der Missachtung jeglicher Verkehrsregeln, gleichsam als Provokation, interpretiert werden.

Die letztgenannte Verfehlung im Strassenverkehr wiegt schwer, der Beschwerdeführer gefährdet durch sein Verhalten das Leben anderer Verkehrsteilnehmerinnen und -teilnehmer sowie sein eigenes. Dass sich sein Verhalten über Jahre hinweg nicht geändert hat, kommt erschwerend hinzu. Es ist sehr fraglich, wie er unter diesen Voraussetzungen überhaupt einen Gesinnungswandel vollzogen haben könnte, wie er behauptet.

...

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die im aktuellen Strafregister verzeichnete, kürzlich begangene, grobe Verletzung der Verkehrsregeln auch unter Beizug der diversen polizeilichen Vorkommnisse, welche im Bericht der Zuger Polizei verzeichnet waren, zu gewichten ist. Der Beschwerdeführer kann sich offenbar nur schwer an die schweizerische Rechtsordnung halten und ist gerade in jüngster Vergangenheit im Strassenverkehr wieder negativ aufgefallen. Darüber hinaus hat der Beschwerdeführer durch sein Verhalten («Männchen») bei der Begehung des Deliktes eine generelle Missachtung der Rechtsordnung gegenüber ausgedrückt. Die Frage bleibt offen, ob seine finanziellen Verhältnisse geordnet sind. Der Beschwerdeführer ist aufgrund dieser Umstände im jetzigen Zeitpunkt zur Einbürgerung nicht geeignet, da er die schweizerische Rechtsordnung regelmässig in erheblicher Weise missachtet hat.

Es kann dementsprechend festgestellt werden, dass der Entscheid des Bürgerrates X, der Beschwerdeführer sei gemäss § 5 BÜG nicht zur Einbürgerung geeignet, angemessen erscheint. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen.

...

Regierungsrat, 17. Mai 2005

2. Gemeinderecht

§ 12 Abs. 2 Gemeindegesetz – Kann ein Stimmbürger in die Protokolle der gemeindlichen Planungs- und Baukommission (PBK) Einblick nehmen, wenn er gegen ein Bauvorhaben ist?

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss § 12 Abs. 2 des Gemeindegesetzes stehen Protokolle der Gemeindebehörden und Kommissionen den Stimmberechtigten zur Einsicht offen, wenn diese ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen und die Einsicht keine persönlichen Interessen Dritter verletzt. Ausgenommen sind Protokolle oder Akten, die vertraulich oder geheim sind. Der Regierungsrat führte im Schreiben vom... an den Gemeinderat X aus, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz in X hat und dort stimmberechtigt sei. Es steht dem Beschwerdeführer somit das Recht zu, in das Protokoll der gemeindlichen PBK Einblick zu nehmen. Das berechtigte Interesse, das ein Erfordernis für die Akteneinsicht ist, besitzt der Beschwerdeführer auch deshalb, weil er vom umstrittenen Bauvorhaben der Gemeinde betroffen ist. Persönliche Interessen Dritter werden nicht verletzt und es sprechen auch nicht Gründe der Geheimhaltung oder der Vertraulichkeit der Unterlagen gegen das Akteneinsichtsrecht. Das Gemeindegesetz des Kantons Zug unterscheidet im Gesetz nicht zwischen verschiedenen Kommissionen, was nebst dem Wortlaut von § 12 auch die systematische Einordnung unter dem 1. Titel «Gemeinsame Bestimmungen» und dem 3. Abschnitt «Grundsätze der Geschäftsführung» zeigt. Hinzuweisen ist auch auf § 16 VRG, der im Beschwerdeverfahren ein Akteneinsichtsrecht vorsieht.

4. Der im Schreiben der Gemeinde X vom ... zitierte Regierungsratsbeschluss aus dem Kanton Schwyz ist nicht massgeblich, da dieser auf § 22 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Schwyz vom 6. Juni 1974 beruht, welcher mit § 12 GG des Kantons Zug nicht deckungsgleich ist. Der vom Beschwerdegegner ebenfalls zitierte Bundesgerichtsentscheid hält fest, dass sich der Umfang des Anspruches auf rechtliches Gehör in erster Linie nach den kantonalen Verfahrensvorschriften richtet (BGE 101 Ia 309 E. 1 lit. a S. 310). In den Erwägungen jenes Entscheides ging es um die Prüfung, ob die Mindestvorschriften von Art. 4 a BV eingehalten wurden.

Die PBK ist ein beratendes Organ des Gemeinderates X und entscheidet nicht selbst über die Baugesuche. Wesentlich ist aber, ob deren Akten bzw. Protokolle geeignet sind, Grundlage der späteren Verfügung zu bilden. Unabhängig vom Gemeindegesetz unterliegen nach geltender Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) «interne» wie «externe» Akten, unabhängig von ihrer Klassierung, dem Akteneinsichtsrecht. Dass die Akten im konkreten Fall tatsächlich als Beweismittel herangezogen werden, ist nicht er-

forderlich (vgl. Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1998, S. 108). Entscheidende Aktenstücke müssen herausgegeben werden (BGE 122 I 162). Die Akteneinsicht erstreckt sich grundsätzlich auf alle Akten, die geeignet sind bzw. geeignet sein könnten, Grundlage für eine spätere Entscheidung zu bilden (BGE 125 II 478; vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. A. Zürich 2002, Rz. 1692).

Zwischenentscheid der Baudirektion vom 8. August 2005 in einem Beschwerdeverfahren des Regierungsrates

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 23 ZGB – Wohnsitz eines allein stehenden Wochenaufenthalters (E. 1). Haus und Tiere als Anknüpfungskriterium für den Wohnsitz (E. 2).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der alleinstehende A stellte einen Antrag auf Unterstützung durch die Sozialhilfe an den Gemeinderat X/ZG. Er ist Mieter eines Zimmers in der Eigentumswohnung eines Bekannten in X/ZG. A war zum Zeitpunkt der Geschwinstellung gemäss vorliegendem Mietvertrag seit dem 1. Februar 2002 auch Mieter eines Einfamilienhauses in Z/ZH, wo er als Wochenaufenthalter gemeldet war. A bestätigte, dass er unter der Woche regelmässig im Haus in Z/ZH lebe und sich nur an den Wochenenden in X/ZG aufhalte. Als Grund führte A insbesondere an, dass er das Haus in Z/ZH wegen seinen Tieren noch nicht abgeben könne. In derart kurzer Zeit liesse sich kein geeigneter Platz für diese finden. Die Tiere seien das Einzige, was ihn im Leben positiv begleiten könne. Zuhause fühle er sich jedoch in X/ZG, da er dort alle Wochenenden verbringe und seit 11 Jahren eine starke Beziehung zu dieser Gemeinde habe. Auch habe er sehr viele Bekannte und Kollegen dort. Die Gemeinde X/ZG forderte in ihrem Beschluss den Beschwerdeführer unter anderem auf, die polizeiliche Meldepflicht zu erfüllen und seinen zivilrechtlichen Wohnsitz den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen.

Aus den Erwägungen:

1. ... Art. 23 Abs. 1 ZGB stellt zwei Kriterien auf, welche kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine Person an einem bestimmten Ort Wohnsitz hat: der physische Aufenthalt und die Absicht dauernden Verbleibens. Da den Angaben des Beschwerdeführers zufolge sein physischer Aufenthalt unter der Woche nicht mit der Absicht seines dauernden Verbleibens an diesem bestimmten Ort (Z/ZH) einhergeht, bedarf die Bestimmung seines Wohnsitzes vertiefter Ausführungen.

Beim Beschwerdeführer handelt es sich seinen eigenen Angaben zufolge um einen allein stehenden Wochenaufenthalter. Literatur und Rechtsprechung erwähnen den Fall, dass jemand während der Woche in einer eigenen Wohnung am Arbeitsort übernachtet und das Wochenende in einem Haus auf dem Land, aber nicht bei den Eltern oder Geschwistern verbringt. Diesfalls gibt es kaum Ausnahmen vom Wochenaufenthalts- und Arbeitsort-Wohnsitz (BGE 125 I 57); derjenige, der behauptet, sein Lebensmittelpunkt sei am Ort, wo das Wochenende verbracht wird, hat den entsprechenden Nachweis zu erbringen (BGE 125 I 58). Obwohl der Beschwerdeführer sich unter der Woche nicht zum Zwecke der Arbeit in Z/ZH aufhält, ist seine Situation ansonsten mit der so-

eben skizzierten identisch. Unter diesem Gesichtspunkt drängt sich ein Beziehen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum allein stehenden Wochenaufenthalter auf. Es liegt sinngemäss am Beschwerdeführer, den Nachweis zu erbringen, dass X/ZG tatsächlich sein Lebensmittelpunkt und Wohnsitz ist. Ein Indiz für Z/ZH als Wohnsitz ist die Grösse des dort beanspruchten Wohnraumes respektive das Vorhandensein eines Hauses (vgl. Daniel Staehelin im Basler Kommentar; Zivilgesetzbuch I., Art. 1 - 456; 2. Auflage Basel 2002; N 15 zu Art. 23 ZGB). Im Haus in Z/ZH stehen dem Beschwerdeführer gemäss Mietvertrag 4½ Zimmer zur Verfügung, und er bezahlt dort Fr. 1520.- Miete pro Monat. Das ist in jedem Falle erheblich mehr, als er in X/ZG für die Miete eines einzelnen Zimmers bezahlt.

2.a) Der Beschwerdeführer hatte in Aussicht gestellt, dass er den Mietvertrag für das Haus in Z/ZH auf den 30. September 2004 kündigen werde. Tatsache ist, dass er den Mietvertrag wider seine Beteuerung nicht gekündigt hat. Später hat er anlässlich der Begründung seiner Beschwerde erneut versichert, er werde den Mietvertrag kündigen, nunmehr auf den 31. März 2005. Aus einem Leumundsbericht der Zuger Polizei vom 19. Mai 2005 geht auch hervor, dass der Beschwerdeführer nach wie vor Mieter des Hauses in Z/ZH ist. Obwohl sich diese Tatsache erst nach der Beschwerdeerhebung konkretisierte, muss sie zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde beigezogen werden. Soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt, sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend (§ 47 Abs. 2 VRG).

Dass der Beschwerdeführer sich aus freien Stücken, ohne etwa durch die Ortsansässigkeit des Arbeitgebers oder seiner Familie dazu angehalten zu sein, überwiegend in Z/ZH aufhält, ist als starkes Indiz für Absicht des dauernden Verbleibens dort zu deuten. Der Beschwerdeführer hat keinen plausiblen Grund für den Wochenaufenthalt in Z/ZH. Es liegen der instruierenden Instanz keine Beweise vor, dass der Beschwerdeführer den Mietvertrag nach der Einvernahme durch die Zuger Polizei (19. Mai 2005) gekündigt hat. Seine Begründung, er könne den Gedanken nicht ertragen, dass es seine Tiere woanders nicht genauso gut wie bei ihm haben könnten, überzeugt nicht. Demzufolge wäre es ihm in einer beträchtlichen Zeitspanne nicht gelungen, einen Platz für die Tiere zu finden. In diesem Zeitraum wäre es aber mit Sicherheit möglich gewesen, diese in Tierheimen oder bei Privatpersonen zu platzieren, wo ihnen die nötige Pflege zuteil geworden wäre.

b) Art. 23 Abs. 1 ZGB liegt eine gesetzlich überlieferte Vorstellung des Wohnsitzes als Ort des Lebensmittelpunktes, des räumlichen Zentrums der persönlichen Interessen zugrunde (Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Erster Teilband, Kommentar zu den Art. 11 bis 26 ZGB; 3. Auflage, Bern 1976; N 3 zu Art. 23 ZGB). Der Beschwerdeführer gibt im Rahmen der Begründung zur Beschwerde an, dass die Tiere in seinem Haus in Z/ZH alles seien, was ihn im Leben noch positiv begleiten könne, und dass er den

Gedanken nicht ertragen könne, dass die Tiere es einmal schlechter haben könnten, als sie es momentan bei ihm haben. Dementsprechend ist der Beschwerdeführer während der Woche weiterhin in Z/ZH geblieben, nachdem er seine Arbeitsstelle verloren hat. Diese Aussagen deuten darauf hin, dass die Sorge um die Belange dieser Tiere Hauptinteresse und -inhalt im Leben des Beschwerdeführers ist. Es stellt sich zudem die Frage, ob es überhaupt möglich ist, die Tiere während eines ganzen Wochenendes sich selber zu überlassen. Sind die Tiere sein Lebensinhalt, präsentiert sich auch sein Aufenthalt in X/ZG eher im Sinne eines Ferientaufenthaltes. Aus den angeführten Gründen ist der Lebensmittelpunkt des Beschwerdeführers bei diesen Tieren in Z/ZH zu sehen, denen er den Grossteil seiner Zeit widmet.

An dieser Stelle sei ergänzt, dass der Gesetzgeber unlängst der Tatsache enger emotionaler Bande zwischen Mensch und Tier explizit Rechnung getragen hat. Diese Aussage trifft umso mehr auf den Beschwerdeführer zu, der allein stehend ist. Beispielsweise haben im Bereich des Art. 651a Abs. 1 ZGB die Parteien zur Abfederung entsprechender Härtefälle die Möglichkeit, zugunsten derjenigen Partei, die auf die Haltung des Tieres verzichten muss, ein Besuchsrecht zu vereinbaren. Die Ausgestaltung lehnt sich dabei an die Bestimmungen und Praxis zum Besuchsrecht bei Kindern (Art. 133 und 273 ff. ZGB) an (vgl. www.tierimrecht.ch).

...

Regierungsrat, 23. August 2005

2. Grundbuchwesen

§§ 2, 5 Abs. 2 Ziff. 3 und 8 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Verkauf von unüberbauten Miteigentumsanteilen an Grundstücken, auf denen gemäss separatem Werkvertrag Eigentumswohnungen nach Gesamtüberbauungsvorschriften erstellt werden. – Voraussetzungen der Berechnung der Handänderungsgebühr auf dem Gesamtpreis. – Bestätigung der bisherigen Praxis (E.III.2.) – Das Erfordernis der Konnexität von kauf- und werkvertraglichen Absprachen setzt keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität von Verkäufer und Werkerstellerin voraus. – Zulässigkeit der Zusammenrechnung, wenn das rechtliche Schicksal der abgeschlossenen Verträge nach den Umständen ein einheitliches ist. Dies trifft zu, wenn die Herbeiführung des dem Käufer geschuldeten Erfolges ein einvernehmliches Zusammenwirken von Veräusserer und Werkeigentümerin erfordert, so dass auf den Bestand einer diesem Zwecke dienenden einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530ff. OR geschlossen werden kann. (E.III.3)

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit zahlreichen Verträgen verkaufte K. N., vertreten durch die Firma S & E GmbH zahlreichen Interessierten Miteigentumsanteile an diversen Grundstücken (GS). Gemäss den Kaufverträgen schuldeten die erwerbenden Personen dem Verkäufer lediglich den Kaufpreis für den entsprechenden Landanteil. Auf den gemeinschaftlichen Grundstücken erstellte die Firma S & E GmbH auf werkvertraglicher Basis Eigentumswohnungen und Autoeinstellplätze. Dafür wurden dem Verkäufer und den verschiedenen Käuferschaften Handänderungs- und Grundbuchgebühren in Rechnung gestellt. (...)

B.

(...).

C. Die Gebührenrechnungen wurden von K. N. (Verkäufer; Beschwerdeführer 1) und zahlreichen Käuferinnen und Käufer (Beschwerdeführer 2) mit Verwaltungsbeschwerden beim Regierungsrat angefochten und die vom Grundbuchamt vorgenommene Gebührenberechnung auf der Basis von Kauf- und Werkpreis für den Verkauf der Miteigentumsanteile und die Erstellung von Eigentumswohnungen und Autoeinstellplätzen beanstandet. Im Wesentlichen wurden die Beschwerden wie folgt begründet:

Der Verkäufer der Miteigentumsanteile an den GS Nr. ... sei an der Firma S & E GmbH (Werkerstellerin; Generalunternehmung) weder juristisch noch wirtschaftlich beteiligt. Zwischen ihm und der Generalunternehmung bestehe kein Konnex. Die Generalunternehmung sei nie Eigentümerin der erwähnten Grundstücke oder von Miteigentumsanteilen an solchen gewesen. Letztere seien vielmehr vom Beschwerdeführer 1 an die übrigen Beschwerde führen-

den Personen verkauft worden. Die Generalunternehmung habe weder vom Beschwerdeführer 1, noch von den übrigen Beschwerdeführenden aus dem Verkaufsgeschäft ein Entgelt oder eine Gegenleistung erhalten. Umgekehrt sei dem Beschwerdeführer 1 nur der öffentlich beurkundete Kaufpreis entrichtet worden. Einzig auf diesem Kaufpreis seien Handänderungsgebühren in der Höhe von jeweils 8 Promille geschuldet (...).

D. Das Grundbuchamt beruft sich in seiner Beschwerdeantwort auf den Beschwerdeentscheid des Regierungsrates vom 19. November 2002 und stellt fest, dass nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien und bei wirtschaftlicher Betrachtung letztlich schlüsselfertig zu erstellende Eigentumswohnungen und Autoeinstellplätze veräussert worden seien.

E. Der Gemeinderat weist in seiner Stellungnahme ebenfalls darauf hin, dass die im Regierungsratsbeschluss vom 19. November 2002 genannten Kriterien für eine Zusammenrechnung im vorliegenden Fall zweifelsfrei gegeben seien. Es stehe eine Gesamtüberbauung zur Diskussion, welche nach einem bereits bewilligten Projekt ausgeführt werde. Der erforderliche Konnex zwischen Kauf- und Werkvertrag sei vorhanden, da die Land kaufenden Personen gleichzeitig auch den Werkvertrag für die Erstellung des Gebäudes hätten abschliessen müssen. Dass es sich beim Verkäufer des Landes und der Erstellerin des Werkes um verschiedene Personen handle, sei nicht entscheidend. Massgebend sei, dass nach dem Willen der beteiligten Parteien jeweils schlüsselfertige Objekte erworben worden seien, was sowohl den Abschluss eines Kauf- wie auch eines Werkvertrages erforderlich machte. Die Werkverträge seien von den Käuferschaften unmittelbar nach der öffentlichen Beurkundung der Kaufverträge im Büro der gemeindlichen Urkundsperson unterzeichnet worden.

F.

(...).

Aus den Erwägungen:

I.

(...).

II.

(...).

III.

1. Nach § 1 des Grundbuchgebührentarifs erhebt der Kanton für die Verrichtungen des Grundbuchamtes Gebühren, so auch bei Handänderungen. Grundlage für die Bemessung der Handänderungsgebühr ist die Handänderungssumme für die Übereignung des Grundstücks mit Einschluss der Zugehör (§§ 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif). (...). Als Handänderungssumme gilt die Gesamtheit der Leistungen, die die erwerbende Person der veräussernden für die Eigentumsübertragung am Erwerbsobjekt tatsächlich zu erbringen hat. 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 erfüllt. Der Beschwerdeführer 1 hat, vertreten durch die Werkerstellerin, mit den übrigen Beschwerdeführenden Kaufverträge über unbebaute Miteigentumsanteile an verschiedenen Grundstücken abgeschlossen. Es handelt sich dabei um Grundstücke im Sinne von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4. ZGB.

2. Das Grundbuchamt hat die Handänderungsgebühren in allen Fällen auf dem gemäss Kauf- bzw. Werkvertrag für das Land und die Baute zu bezahlenden Gesamtpreis berechnet. Es ging davon aus, dass Objekt der Eigentumsübertragung letztlich eine schlüsselfertige Baute ist und berechnete die Handänderungsgebühr auf dem dafür vertraglich geschuldeten Gesamtpreis. Dies wird von den Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern beanstandet, im Wesentlichen mit dem Hinweis, dass sich die der Praxis des Regierungsrates zu Grunde liegenden Sachverhalte nicht mit dem vorliegenden vergleichen liessen. Es bestehe im vorliegenden Fall – anders als in den vom Regierungsrat früher beurteilten Fällen – weder ein juristischer noch ein wirtschaftlicher Konnex zwischen dem Verkäufer der Miteigentumsanteile an unbebautem Bauland und der Werkerstellerin. Der Verkäufer habe nur den Kaufpreis erhalten, die Werkerstellerin nur den Werkpreis bezogen. (...)

2.1. Der Regierungsrat hat in mehreren Beschwerdeentscheiden festgehalten, dass neben dem Kaufpreis für das Bauland auch der Werklohn für die Erstellung des Gebäudes Preisbestandteil, d.h. Teil der Gegenleistung für die Eigentumsübertragung am Erwerbsobjekt und damit Teil der in den §§ 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 des Grundbuchgebührentarifs erwähnten Handänderungssumme sein kann (GVP 2002, S. 261ff.; 1999, S. 206ff.). 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. Wenn der übereinstimmende Parteiwille darauf abziele, dem Erwerber das Eigentum an einer vorgegebenen zukünftigen Sache zu verschaffen, bilde Vertragsobjekt bzw. tatsächliches Erwerbsobjekt nicht das unbebaute Land, sondern ein – unter Umständen erst in Zukunft zu erstellendes – schlüsselfertiges Bauwerk. Ob die Voraussetzungen für eine Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis erfüllt sind, muss jeweils im Einzel-

fall beurteilt werden. Die Rechtsanwendung orientiert sich dabei an den in der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien, welche auf das Vorliegen eines dahingehenden Parteiwillens schliessen lassen.

2.2. Die von der Wissenschaft und der Praxis formulierten Kriterien, unter denen eine Zusammenrechnung zulässig und sachgerecht ist, lassen sich wie folgt zusammenfassen: Unbestritten ist, dass es für eine Zusammenrechnung weder auf die äussere Form, noch auf die Bezeichnung der Verträge ankommt. Es spielt auch keine Rolle, ob nur ein Kaufvertrag, ein Kauf- und ein separater Werkvertrag oder ein gemischter Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen Elementen abgeschlossen wurde. Allerdings müssen die kauf- und werkvertraglichen Absprachen konnex sein. Es muss zwischen ihnen ein Sinnzusammenhang bestehen, der gegeben ist, wenn der eine Vertrag ohne den andern nicht zustande gekommen wäre oder der eine Vertrag wenigstens den Beweggrund für den Abschluss des andern bildete. (...). (GVP 2002, S. 262).

3. Die Beschwerdeführenden bestreiten, dass es einen Konnex zwischen Kauf- und Werkvertrag im vorliegenden Fall gebe. Sie begründen dies mit der fehlenden juristischen und wirtschaftlichen Identität zwischen dem Verkäufer und der Werkerstellerin. Nachfolgend gilt es festzustellen, ob diese Behauptung zutrifft. Sollte dies der Fall sein, wäre zu prüfen, ob diese Gegebenheit eine Zusammenrechnung unzulässig macht. Mit diesen Fragen hatte sich der Regierungsrat – insoweit ist den Beschwerde führenden Personen beizupflichten – bisher nicht auseinander zu setzen.

3.1. Der Argumentation der Beschwerdeführenden ist vorab entgegen zu halten, dass die Frage der Konnexität von kauf- und werkvertraglichen Absprachen nicht mit derjenigen nach der Identität von Verkäufer und Werkerstellerin gleichgesetzt werden darf. Eine Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis ist auch bei fehlender Identität, sei sie nun rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur, nicht von vornherein ausgeschlossen. Im Entscheid 91 I 81 hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, es sei für die Zusammenrechnung nicht erforderlich, dass Kauf- und Werkvertrag von den gleichen Parteien abgeschlossen wurden. Allerdings bedarf es bei fehlender Identität in der Person des Verkäufers und des Werkerstellers zusätzlicher Anhaltspunkte, welche das rechtliche Schicksal der beiden Verträge nach den besonderen Umständen als ein einheitliches erscheinen lassen.

3.2. Die Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis setzt nach konstanter Praxis voraus, dass der Parteiwille auf den Erwerb eines schlüsselfertig zu erstellenden Objekts gerichtet war. Was die Kaufvertragsparteien im Einzelfall wollten, beurteilt sich nach dem Inhalt ihrer übereinstimmenden und damit vertragswirksamen Willensäusserungen. Die Ermittlung des Inhalts des vertragswirksamen Willens setzt die inhaltliche Deutung jeder der beiden Willenserklärungen voraus (Art. 1 Abs. 2 OR; statt vieler: Eugen Bucher, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage, 1996, zu Art. 1 N. 5). Die Willensäusserung des einzelnen Partners ist dabei nicht subjektiv, auf dessen

persönliches Verständnis der eigenen Erklärung bezogen zu interpretieren. Massgebend ist nach der gemeinhin als Vertrauenstheorie bezeichneten Konzeption nämlich weder der innere Wille des Erklärenden noch der Wortlaut des Erklärten, sondern der Sinn, welcher der Erklärung von dem als redlich und vernünftig vorausgesetzten Adressaten beigelegt werden darf (Bucher, a.a.O., zu Art. 1 N 6). Der expliziten Willensäusserung gleichgestellt sind die von einer bestimmten Person zu vertretenden äusseren Umstände, die es erlauben, auf deren Willen zu schliessen (Bucher, a.a.O., zu Art. 1 N 2, 4f., 17).

Mit dem Abschluss eines weitgehend standardisierten Kaufvertrages erklärten sich die verschiedenen Käuferinnen und Käufer bereit, unbebaute Miteigentumsanteile an bestimmten Grundstücken gegen Leistung eines Kaufpreises in bestimmter Höhe erwerben zu wollen. Da diese Grundstücke nur im Rahmen einer Gesamtüberbauung gemäss einem im damaligen Zeitpunkt behördlich bereits bewilligtem Projekt, nicht aber entsprechend den individuellen Wünschen der Interessierten überbaut werden konnten, machte der Erwerb von Miteigentumsanteilen an unbebautem Land nur unter der Voraussetzung Sinn, dass die betroffenen Grundstücke auch wirklich in der geplanten Weise überbaut und die Miteigentumsanteile zu Stockwerkeigentum ausgestaltet werden. Andernfalls hätten sich die erwerbenden als vermögensweise vernünftig handelnde Personen auf das Geschäft gar nicht eingelassen. Da auf dem betreffenden Bauland nur eine behördlich bewilligte Gesamtüberbauung realisiert werden konnte, für die sich die Käuferschaften interessierten, bildete der Abschluss des Werkvertrages für die Erwerberinnen und Erwerber – in für den Landverkäufer und die Werkerstellerin erkennbaren Weise – einen subjektiv wesentlichen Punkt und damit eine «*conditio sine qua non*» für den Kauf von Miteigentumsanteilen. Seitens der Käuferinnen und Käufer tatsächlich gewollt war letztlich der Erwerb eines schlüsselfertig zu erstellenden Objekts. Diese Interessenlage der Käuferschaften war für den Verkäufer nach Treu und Glauben erkennbar und bestimmt daher den Inhalt des vertragswirksamen Willens.

Der Kaufvertragsabschluss begründete aus diesem Grunde neben der für den Kaufvertrag typischen Hauptleistungspflicht des Verkäufers, den Käuferinnen und Käufern Miteigentum an den entsprechenden Grundstücken zu verschaffen, auch die weitere Pflicht des Verkäufers, für die Realisierung des Bauwerkes zu sorgen. Diesen Verpflichtungen kam der Beschwerdeführer 1 in hinreichender Weise nach. Er verschaffte den Käuferschaften nicht nur Miteigentum an den betreffenden Grundstücken, sondern bestimmte auch die für die Erstellung der Gebäulichkeiten zuständige Generalunternehmung. Schliesslich sorgte er dafür, dass die Käuferschaften im Anschluss an die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrages im Büro der gemeindlichen Urkundsperson einen Werkvertrag unterzeichneten. Den am Erwerb einer Eigentumswohnung Interessierten wiederum blieb keine andere Möglichkeit als mit der vom Verkäufer bestimmten Werkerstellerin zu kontrahieren.

Vor diesem Hintergrund ist der Standpunkt des Beschwerdeführers 1, er habe den Käuferschaften nur Miteigentumsanteile an Bauland verkaufen wollen und nur den Kaufvertrag unterzeichnet, nicht vertretbar. Sein allenfalls vom geäusserten abweichende innere Wille ist – wie bereits besehen – unerheblich. Massgebend ist, dass seine Vertragspartnerinnen und -partner eine schlüsselfertige Wohnung erwerben wollten und dies für den Verkäufer nach den Umständen erkennbar war, so dass diese die Erklärung des Verkäufers als mit ihrem eigenen Willen übereinstimmend verstehen durften (Bucher a.a.O., zu Art. 1 N 6). Dass hierüber ein normativer Konsens bestand, belegt auch die Interessenlage des Verkäufers, die sich nicht wesentlich von derjenigen der Käuferinnen und Käufer unterscheidet. Auch der Verkäufer konnte am blossen Verkauf von Miteigentumsanteilen ohne gleichzeitigen Abschluss des Werkvertrages mit der von ihm bestimmten Werkerstellerin gar nicht interessiert sein. Wäre es nämlich nicht zum Abschluss des Werkvertrages gekommen, hätten die Käuferschaften – welche das Zustandekommen des Werkvertrages nach den konkreten Umständen und für den Verkäufer erkennbar zur Bedingung ihres kaufvertraglichen Bindungswillens gemacht haben – die Möglichkeit gehabt, gestützt auf Art. 107ff. OR auf Vertragserfüllung zu klagen und im Falle der Nichterfüllung vom Kaufvertrag zurückzutreten. Damit ist hinreichend dargetan, dass ein Konnex zwischen den Kauf- und Werkverträgen besteht.

3.3. Was die Identität von Landverkäufer und Werkerstellerin anbelangt, so ist erstellt, dass von einer rechtlichen Identität der beiden Rechtssubjekte nicht die Rede sein kann. Die Tatsache, dass der Wille der erwerbenden Personen auf den Erwerb einer schlüsselfertig zu erstellenden Wohnung gerichtet war und die gemeinschaftlichen Grundstücke individuell nicht überbaut werden konnten, machten indessen ein einvernehmliches Zusammenwirken von Veräusserer und Generalunternehmung erforderlich. Es dürfen zwischen diesen vertragliche Beziehungen als bestehend vorausgesetzt werden. Auf den Bestand von solchen weist nicht zuletzt die Tatsache hin, dass die Werkerstellerin bereits im Baugesuch als Bauherrin figurierte. Im Beschwerdeentscheid des Regierungsrates vom 12. März 2002, mit dem die gegen die Erteilung der Baubewilligung eingereichten Beschwerden abgewiesen wurden, wird sie als Vertreterin des Landeigentümers bezeichnet. Als Vertreterin desselben nahm die Generalunternehmung auch an der öffentlichen Beurkundung der Kaufverträge teil. Diese Tatsachen lassen auf ein einvernehmliches Zusammenwirken zwischen Verkäufer und Werkerstellerin bzw. den Bestand einer einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR schliessen. Deren Zweck bestand darin, den den erwerbenden Personen nach den Umständen versprochenen und damit vertraglich geschuldeten Erfolg zu bewirken. Er bestand in der Eigentumsübertragung an noch zu erstellenden Eigentumswohnungen und Autoeinstellplätzen. Die Annahme einer Zweckgemeinschaft wird auch gestützt durch die Tatsache, dass die Werkerstellerin ohne Mitwirkung des Verkäufers, der in jenem Zeitpunkt trotz erfolgter öffentlicher Beurkundung der Kaufverträge

nach wie vor Eigentümer der fraglichen Grundstücke war, gar keine Werkverträge mit den Interessierten abschliessen konnte, ohne zu riskieren im Falle der Nichterfüllung der Kaufverträge selber wegen Nichterfüllung der Werkverträge schadenersatzpflichtig zu werden.

4. Zusammenfassend gelangt man zum folgenden Ergebnis: Sämtliche Erwerberinnen und Erwerber wollten letztlich schlüsselfertig zu erstellende Eigentumswohnungen erwerben und nicht unbebaute Miteigentumsanteile an Grundstücken, die individuell gar nicht bebaut werden konnten. Der Abschluss des einen Vertrages machte für sie daher ohne den «gleichzeitigen» Abschluss des anderen gar keinen Sinn. Dass sich die beiden Verträge hinsichtlich ihres Zustandekommens nach dem Willen der Käuferschaften gegenseitig bedingten, war sowohl für den Verkäufer wie auch für die Werkerstellerin erkennbar und hierüber bestand zumindest ein normativer Konsens. Der dadurch den Käuferinnen und Käufern seitens des Beschwerdeführers 1 vertraglich versprochene und geschuldete rechtliche Erfolg bestand in der Eigentumsübertragung an einem von der Generalunternehmung noch zu erstellenden zukünftigen Bauobjekt. Dieser Erfolg wurde durch ein einheitliches Zusammenwirken von Verkäufer und Werkerstellerin herbeigeführt, nämlich dadurch, dass im Anschluss an die öffentliche Beurkundung der Kaufverträge im Büro der gemeindlichen Urkundsperson auch Werkverträge mit der vom Beschwerdeführer 1 bestimmten Generalunternehmung unterzeichnet wurden. Der Umstand, dass der Veräusserer des Miteigentumsanteils am Bauland nur die Leistung des Kaufpreises, die Werkerstellerin für die Realisierung der Bauwerke nur die Leistung des Werkpreises erhielt, ist unwesentlich. Er ändert nichts an der Tatsache, dass Land- und Werkpreis nach dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten und bei wirtschaftlicher Betrachtung letztlich die von den erwerbenden Personen zu erbringende Gegenleistung für die Eigentumsübertragung am Erwerbsobjekt darstellte. Damit ist der von den Erwerberinnen und Erwerbern zu bezahlende Gesamtpreis als massgebende Handänderungssumme im Sinne der §§ 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 des Grundbuchgebührentarifs zu betrachten, womit sich die angefochtene Gebührenberechnung auf dieser Grundlage als rechtmässig erweist. Dies führt zur Abweisung der Beschwerden, soweit darauf einzutreten ist.

Regierungsrat, 17. Mai 2005

III. Bau- und Planungsrecht

§ 26 BO Zug – Einordnung einer Neubaute in die Ortskernzone sowie in die Ortsbildschutzzone Oberwil-Zug

Aus den Erwägungen:

4. Das Baugrundstück liegt in der Ortskernzone Oberwil und wird gleichzeitig von der Ortsbildschutzzone überlagert. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass sich das Neubauprojekt nicht in die nähere und weitere bauliche Umgebung einordne. Durch die klotzige Architektursprache trete der Neubau in Widerspruch zum historischen Dorfkern. Weder stimme das Volumen mit der Höhe der Vollgeschosse im Vergleich zum Nachbargebäude überein, noch seien die Fluchten übernommen worden. Der wuchtige Neubau mit seinen grossen Fenstern, welche vor allem auf der Westseite zu Blendeffekten führen werde, verdränge die ihn umgebenden Altbauten. Auch das Flachdach mit dem Attikageschoss stelle in der mittelbaren und unmittelbaren baulichen Umgebung einen Fremdkörper dar. Gegenüber den steilen Satteldächern wirke das Flachdach mit dem Attikageschoss äusserst störend und befremdend, zumal das Attikageschoss die Gebäudehöhen der Nachbarbauten deutlich überrage.

Gemäss § 26 Bauordnung der Stadt Zug vom 4. Dezember 1994 (BO Zug) sind Bauten, Anlagen und Umschwung 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 haben sich in ihrer Erscheinung in das Stadt-, Quartier- und Strassenbild einzufügen und anerkannten architektonischen Gestaltungsprinzipien zu entsprechen. In der Ortskernzone Oberwil ist eine maximale Ausnützung vom 0.70 und ein Wohnanteil von mindestens 60 % vorgeschrieben (§ 50 Abs. 1 BO Zug). In dieser Kernzone kann im Interesse der Erhaltung, Pflege und Weiterentwicklung des heutigen Charakters des schutzwürdigen Ortsbildes Oberwil von den Grundmassen für die Einzelbauweise abgewichen werden (Art. 50 Abs. 2 BO Zug). Die Ortsbildschutzzonen bezwecken 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. Der Stadtrat kann ausserdem vor der Erteilung von Baubewilligungen die Erarbeitung einer Studie als Beurteilungsgrundlage oder einen Bebauungsplan verlangen (§ 63 Abs. 3 BO Zug).

Im Zonenplan der Stadt Zug werden innerhalb des Baugebietes Schutzzonen ausgeschieden. Dazu gehört u.a. die Ortskernzone Oberwil, welche im Bereich des Baugrundstücks von der die Ortsbildschutzzone überlagert wird.

Beim § 26 BO Zug handelt es sich um eine allgemeine positive ästhetische Generalklausel. Sie erschöpft sich nicht in einem blossen Verunstaltungsverbot, wonach Bauvorhaben keinen stossenden Gegensatz zur Nachbarschaft bilden oder auffallend störend in Erscheinung treten dürfen. Sie verlangt positiv eine architektonische Gestaltung, welche sich gut in die Umgebung einordnet (Einordnungsgebot). Wenn diese 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 344). 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 zu Bauordnung der Stadt Zug, Zürich 1998, N 3 zu § 26 BO Zug). Die Erscheinungsweise einer Baute ist nicht für sich allein betrachtet, sondern vor allem auch in Abhängigkeit zur baulichen und landschaftlichen Umgebung zu würdigen. Im Einzelfall wird der bauliche Gestaltungsspielraum durch die Empfindlichkeit der Landschaft einerseits und die vorbestehende Bauweise andererseits bestimmt. Generell kann gesagt werden, dass je empfindlicher eine Landschaft ist, umso höhere Anforderungen an die Gestaltung der Bauten gestellt werden können. Ferner sollen sich neue Bauvorhaben um so mehr an der vorhandenen Bausubstanz orientieren, wenn von örtlich typischer und vorherrschender Bauweise gesprochen werden kann. Der ästhetische Gesamteindruck einer Baute wird durch eine Vielzahl von Einzelfaktoren bestimmt. Grosse Bedeutung kommt dabei vor allem den äusseren Proportionen, den verwendeten Materialien und Farben zu. Die gestalterischen Anforderungen sind selbstverständlich nicht absolut. Da sie Einschränkungen der Eigentumsgarantie und eventuell anderer Grundrechte zur Folge haben, müssen sie stets dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen (Haller/Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, 3. Auflage, Zürich 1999, N 653 ff.).

Vorliegend soll das bestehende Gebäude durch einen Neubau ersetzt werden. Beim Abbruchobjekt handelt es sich um einen zweigeschossigen Giebelbau aus Holz. Dessen Fassaden sind nachträglich verputzt worden (siehe Tugium 20/2004, Seite 39 f.). In der näheren Umgebung erkennt man das Gebäude Seerose und gleich daneben den vornehm wirkenden Seehof. In südwestlicher Richtung befindet sich sogar ein chaletähnlicher Holzbau. Die bauliche Umgebung vermittelt einen Eindruck der Ländlichkeit, wie man sie in Oberwil an verschiedenen Orten antrifft. Die Architektur des Neubaus ist zeit-

genössisch. Der Beschwerdeführer stellt mit seiner Rüge die Qualität des Neubauprojektes in Frage. Sowohl der Bauherrschaft, als auch der Bewilligungsbehörde sowie der kantonalen Denkmalpflege gingen zu Recht davon aus, dass bei einem Neubau eine Kopie von historischen Bauten an dieser Stelle falsch gewesen wäre. Der Neubau wird nun aber markant an prominenter Stelle in Oberwil zu stehen kommen. Die Stellung des Kubus im Ensemble, zur Strasse sowie zum Bach ist klar gesetzt. Der Neubau orientiert sich an wesentlichen Bestandteilen der baulichen Umgebung, namentlich an der Traufhöhe, am Volumen und an der Massstäblichkeit, aber auch an den bisherigen Fluchten. Die Fassaden, der Aufbau sowie der Grundriss wurden als bestehende Elemente übernommen, jedoch in zeitgenössischer Sprache neu thematisiert. Auf die Materialisierung ist ebenfalls Wert gelegt worden. In der Umgebung erkennt man lediglich murale oder Holzfassaden. Das Neubauprojekt orientiert sich daran. Die Fassaden weisen einen muralen Charakter auf. Die Garagentore, die Fensterumfassungen sowie das Attikageschoss sollen jedoch in Holz gehalten werden. Das geplante Wohnhaus wird deshalb als qualitativvoller, zurückhaltender, dennoch aber selbstbewusster Neubau wahrgenommen werden. Das Gebäude wird nicht fremd wirken, da es in den wesentlichen Punkten an der näheren und weiteren baulichen Umgebung Mass nimmt. Es bezieht sich bewusst nicht zu stark auf das bestehende unmittelbar angrenzende Nachbargebäude, da diese Baute auch einem Neubau weichen kann. Die Fenster auf der Nord- und Ostseite sind klar strukturiert. Die Fensteraufteilung insbesondere gegen die Artherstrasse hin hat die Bauherrschaft von den Nachbarbauten übernommen. Seeseitig weist der Neubau grosse Fensterfronten auf. Es mag zutreffen, dass sich bei niedrigem Sonnenstand bzw. bei Sonnenuntergang die Sonne in den grossen Fensterfronten spiegeln wird. Dies ist jedoch ein Effekt, der entlang des ganzen Zugerseeostufers festgestellt werden kann. Zudem wird der Beschwerdeführer davon kaum berührt sein, befindet sich doch seine Liegenschaft Das Projekt weist ein Flachdach mit einem Attikageschoss auf. Das Attikageschoss wird zurückversetzt. Seine Grösse entspricht dem Raum, der unter einem Schrägdach hätte nutzbar gemacht werden können. Flachdächer und Dachaufbauten können als eine moderne Übersetzung der bestehenden Dächer interpretiert werden. Ein Neubau soll keine Rekonstruktion des Altbaus darstellen. Er darf sich als Neubau zeigen, was sich bisweilen in der Gestaltung der Dachlandschaft dokumentieren kann. Neubauten mit Flachdächern sind ausserdem in Schutzzonen nichts Aussergewöhnliches. Zu denken ist dabei insbesondere an die Flachdachanbauten der geschützten Höllhäuser in der Ortsbildschutzzone Lorzendamm in Baar. Ein entsprechendes Beispiel gibt es sogar in der von der Ortsbildschutzzone überlagerten Ortskernzone Oberwil. Auf der Liegenschaft Widenstrasse 11 ist in den letzten Jahren ebenfalls ein moderner Flachdachanbau mit grossen Fenstern realisiert worden. Aufgrund dieser einzelnen Elemente kann festgestellt werden, dass das Neubauprojekt die bauliche Umgebung neu interpretiert.

Wie die Meinung des Beschwerdeführers zeigt, wird wohl die Architektur des Neubaus nicht jedermann zu gefallen vermögen. Bei der Beurteilung der Einpassung und der Qualität eines Neubaus in Bezug zur baulichen und landschaftlichen Umgebung darf jedoch nicht einfach auf ein beliebiges, subjektives architektonisches Empfinden oder Gefühl abgestellt werden. Es muss vielmehr objektiv dargelegt werden, ob mit einer bestimmten baulichen Gestaltung für den Bau selbst und für die Umgebung eine gute Gestaltung erzielt wird. Die Stadtbildkommission und das kantonale Amt für Denkmalpflege haben in einem intensiven Prozess die mehrmalige Überarbeitung des Projektes veranlasst. Diese Fachstellen sind endlich zusammen mit der Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass der Neubau objektiv betrachtet eine gute Gesamtwirkung erzielt, sich in das Quartier- und Strassenbild einfügt und anerkannten architektonischen Gestaltungsprinzipien entspricht. Diese Meinung der Vorinstanz sowie der kommunalen und kantonalen Fachstellen kann nur unterstützt werden. Man muss sich bewusst sein, dass der geplante Neubau aus der heutigen Zeit stammt. Als solcher soll er sich auch präsentieren. Der Stadtrat hat deshalb mit der Erteilung der Baubewilligung kein Recht verletzt. Die Beschwerde ist in diesem Umfang unbegründet. Sie ist abzuweisen.

Regierungsrat, 11. Januar 2005

§§ 15 Abs. 1 und 30 Abs. 1 und 2 Denkmalschutzgesetz – Vorgehen und Zuständigkeiten bei baulichen Änderungen an einem geschützten Baudenkmal

Aus den Erwägungen:

2. Vorliegend geht es einzig und allein um die Frage, ob die reformierte Kirche von Walchwil mit einer Beschattungsanlage ausgestattet werden darf. Die Beschwerdeführerin wirft dem Gemeinderat Walchwil vor, er habe das Baugesuch aus Gründen des Denkmalschutzes abgelehnt. Zudem habe er ihr vorgeworfen, zu Unrecht den seinerzeitigen Architekten nicht in die Planung der Beschattungsanlage einbezogen zu haben. Andere Gründe habe er nicht angeführt. Die Beurteilung der Fragen des Denkmalschutzes würde in die Zuständigkeit der Direktion des Innern fallen.

Bei der seit 1998 als Denkmal von lokaler Bedeutung geschützten reformierten Kirche von Walchwil handelt es sich um einen kristallinen Bau auf einem äusserst kleinen Hanggrundstück. Eine bergseitig verankerte Platte eröffnet den Kirchenplatz. Zwei Pfeiler tragen und durchstossen hier den Baukörper und enden in einem Dachreiter. Der Grundriss der Kirche wird von zwei versetzten Quadraten gebildet. Das untere nimmt, dreiseitig verglast, gemeinsame Räume und eine Wendeltreppe auf, die zum darüber liegenden Kirchenraum führt. Ein in die Diagonale gedrehtes Satteldach schliesst diesen

Raum ab. Die raumhohen, dreieckigen Fensterflächen sind mit matten, lichtdurchlässigen Kunstharzplatten ausgefacht.

Vorab ist unbestritten, dass bei direkter Sonneneinstrahlung die Überhitzung des Innenraums der reformierten Kirche insbesondere seit deren Restaurierung in den Jahren 1999/2000 ein Problem darstellt. An sonnigen Tagen entsteht in der Kirche ein treibhausähnliches Klima, das den Aufenthalt im Raum bisweilen verunmöglicht. Einhellig herrscht die Meinung vor, dass diese unangenehme Raumtemperatur insbesondere im warmen Sommerhalbjahr gesenkt werden soll. Die Bauherrschaft plant, vor den raumhohen, dreieckigen und mit Kunstharzplatten ausgefachten Fensterflächen auf der Gebäudeaussenhaut Storenkasten und Führungsschienen anzubringen. Aus den oberliegenden Kästen sollen die Storen entlang den Führungsschienen heruntergefahren werden können.

3. Das Anbringen einer Beschattungsanlage an der Gebäudeaussenhaut der reformierten Kirche von Walchwil ist unbestrittenermassen baubewilligungspflichtig. Die Beschwerdeführerin hat deshalb am 11. September 2002 ein vollständiges Baugesuch eingereicht. Da es sich bei der reformierten Kirche von Walchwil um ein seit 1998 denkmalgeschütztes Objekt handelt, gelangt das Gesetz über Denkmalspflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz; BGS 423.11) zur Anwendung. Danach wirken die Gemeinden beim Vollzug des Gesetzes mit. Sie haben dem Amt für Denkmalspflege und Archäologie Baugesuche zur Stellungnahme zu unterbreiten, wenn diese sich auf Objekte und deren Umgebung beziehen, die unter Schutz gestellt sind (§ 15 Abs. 1 und 2 Denkmalschutzgesetz). Ausserdem bedürfen Veränderungen des Bauzustandes oder der geschützten Ausstattung eines unter Schutz gestellten Denkmals der Zustimmung der Direktion des Innern (§ 30 Abs. 1 Denkmalschutzgesetz). Ist gleichzeitig eine Baubewilligung der Gemeindebehörde erforderlich, holt diese Behörde vorher die Zustimmung der Direktion des Innern ein (§ 30 Abs. 2 Denkmalschutzgesetz).

4. Der Gemeinderat Walchwil hat das Baugesuch geprüft. Er stellte dabei fest, dass der Beschattungsanlage keine Bestimmungen der Bauordnung Walchwil vom 26. November 1991 (BO Walchwil) entgegenstehen. Er rügte nicht einmal ansatzweise, dass die Beschattungsanlage sich nicht in die bauliche Umgebung einzuordnen vermöge. Er wies die Anlage lediglich aus denkmalpflegerischen Gründen ab. Es stellen sich in diesem Zusammenhang zwei Fragen, die beantwortet werden müssen: Als erstes ist zu prüfen, ob der Gemeinderat sich an die Verfahrensvorschriften des Denkmalschutzgesetzes gehalten hat. Alsdann wird materiell beurteilt werden müssen, ob die Beschattungsanlage aus denkmalpflegerischen Gründen bewilligungsfähig ist.

a) Die Beschwerdeführerin hat das Baugesuch in enger Zusammenarbeit mit dem kantonalen Denkmalspfleger ausgearbeitet. Sie hat das Gesuch auf dessen Empfehlung hin zur Bewilligung eingereicht. Die Baubewilligungsbehörde ist ihrer Pflicht gemäss § 15 Abs. 2 Denkmalschutzgesetz nachge-

kommen und hat den kantonalen Denkmalpfleger bereits in einer frühen Phase einbezogen. Sie hat ihm am ... das Baugesuch zur Stellungnahme unterbreitet. Anlässlich der Baukommissionssitzung vom ... konnte der kantonale Denkmalpfleger, nachdem er mit der Bauherrschaft alle bekannten Alternativen geprüft hatte, seine Beweggründe für die Unterstützung der Beschattungsanlage darlegen und zu Protokoll geben. Die Direktorin des Innern stellte die Zustimmung zum entsprechenden Baugesuch in Aussicht. Die Wahl der Variante und die Detailausbildung müsse aber noch mit der Denkmalpflege abgesprochen werden. Der Gemeinderat hat es in der Folge jedoch unterlassen, das Baugesuch formell der Direktion des Innern zuzustellen und sie um einen Zwischenentscheid im Sinne von § 30 Denkmalschutzgesetz zu ersuchen. Er hat lediglich mit den Schreiben vom ... und ... versucht, eine weitere Stellungnahme des kantonalen Denkmalpflegers im Sinne von § 15 Abs. 2 Denkmalschutzgesetz einzuholen. Dieser hat jeweils mündlich auf seine Beurteilung anlässlich der Baukommissionssitzung vom ... verwiesen und auf eine weitere Stellungnahme verzichtet. Indem der Gemeinderat über das Gesuch entschieden hat, ohne vorab einen anfechtbaren Zwischenentscheid der Direktion des Innern einzuholen, hat er formelles Recht verletzt. Und da er das Baugesuch im Wesentlichen aus Gründen des Denkmalschutzes abgewiesen hat, hat er sich zu Fragen geäußert, die nicht in seine Zuständigkeit fallen. Er hat damit einen groben Verfahrensfehler begangen. Insofern ist die Rüge begründet. Die Beschwerde ist in diesem Umfang gutzuheissen.

Es ist nun nachfolgend zu prüfen, ob die Beschattungsanlage an der reformierten Kirche von Walchwil aus Gründen des Denkmalschutzes überhaupt zulässig ist und ob die Zustimmung der Direktion des Innern erteilt werden kann.

b) Die Denkmalpflege geht jeweils davon aus, dass zur Erhaltung eines Denkmals nicht nur dessen Bausubstanz, sondern auch dessen zweckbestimmte Nutzung gehört. Sie darf nicht unnötig eingeschränkt werden. Durch das erwähnte, sehr warme Innenklima insbesondere während des Sommerhalbjahres ist jedoch eine Nutzungsbeeinträchtigung gegeben. Diese Beeinträchtigung besteht schon seit jeher und ist immer noch ungelöst. Aus diesem Grund wurden die Bestrebungen der Beschwerdeführerin befürwortet, sich des Problems anzunehmen, und zwar unter der Voraussetzung, dass verschiedene Sanierungsvarianten, namentlich eine Innenbeschattung, künstliche Kühlung, Klimatisierung und dergleichen geprüft würden. Dieser Voraussetzung ist die Beschwerdeführerin nachgekommen. Sie hat im Vorfeld mit dem kantonalen Denkmalpfleger Lösungsvarianten untersucht. In der Folge ergaben Abklärungen eines Bauphysikers, dass sich das Überhitzungsproblem nur mit einer Aussenbeschattung beheben lässt. Ausserdem war eine Aussenbeschattung die einfachste und beste Lösung. Die Beschwerdeführerin prüfte daraufhin verschiedene Varianten. Der kantonale Denkmalpfleger präziserte parallel dazu die denkmalpflegerischen Anforderungen an die geplante Sanierung. Der Prozess hatte zum Ziel, eine möglichst einfache und vor allem auch

reversible Lösung des Problems zu finden. Die Beschwerdeführerin machte es sich nicht einfach. Sie liess zur Prüfung der Qualität der verschiedenen Varianten Modelle an der Fassade der Kirche anbringen und beurteilte sie an Ort mit der Denkmalpflege. Schliesslich einigten sich die Beschwerdeführerin und die Direktorin des Innern auf die vorliegend zur Diskussion stehende Aussenbeschattung. Sie wird zwar als neues Element unbestrittenermassen erkennbar sein. Gleichzeitig wirkt sie jedoch so einfach und zurückhaltend wie möglich. Ausserdem ordnet sich die Aussenbeschattungsanlage in die bauliche Umgebung ein. Von den verschiedenen Varianten entspricht die von der Beschwerdeführerin im Baugesuch eingegebene Lösung den Anforderungen der Direktion des Innern am besten. Sie nimmt auf die architektonische Qualität der geschützten reformierten Kirche von Walchwil so weit wie möglich Rücksicht, so dass eine gute Gesamtwirkung erzielt wird. Aus diesem Grund hat der kantonale Denkmalpfleger anlässlich der Baukommissionssitzung vom ... zu Recht im Sinne von § 15 Abs. 2 Denkmalschutzgesetz positiv zum Baugesuch der Beschwerdeführerin Stellung genommen. Die Direktorin des Innern hat folgerichtig die Zustimmung der Direktion des Innern für das Bauvorhaben im Sinne von § 30 Abs. 1 Denkmalschutzgesetz in Aussicht gestellt.

Damit steht fest, dass der Aussenbeschattung keine Gründe des Denkmalschutzes gegenüberstehen. Ausserdem vermag sich das Bauvorhaben in die bauliche Umgebung einzuordnen. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist begründet und der angefochtene Entscheid ist in Gutheissung der Beschwerde in diesem Umfang aufzuheben.

Regierungsrat, 1. Februar 2005

§§ 15, 16, 18 und 19 V PBG – Anzurechnende Geschossfläche bei einem Attikageschoss

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass mit dem Bau des Attikageschosses die zulässige Ausnützung selbst unter Berücksichtigung des Ausnützungstransportes überschritten werde. Bereits anlässlich der Einspracheverhandlung sei festgestellt worden, dass die Bauherrschaft eine Pergola geplant habe, welche zur Ausnützung zähle. Dies habe zu einer Übernutzung des Grundstückes geführt. Die Ausnützungsberechnung habe nicht überprüft werden können, da die Baugesuchsakten nur zur Einsicht vorgelegen hätten und somit eine eigene Berechnung unmöglich gewesen sei. Der Beschwerdeführer begehrt eine Überprüfung der Ausnützungsberechnung.

Die Ausnutzungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der anzurechnenden Geschossfläche der Gebäude und der anzurechnenden Landfläche (§ 15 Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999, V PBG, BGS 721.111). Vorab ist ein Blick auf die anzurechnende Landfläche zu werfen, damit festgestellt werden kann, wie viel anzurechnende Geschossfläche auf dem Baugrundstück realisiert werden kann.

a) Die anzurechnende Landfläche ist die vom Baugesuch erfasste, baulich nicht ausgenützte, in einer Bauzone gelegene Fläche (§ 18 Abs. 1 V PBG). Das Baugrundstück (GS Nr. ...) misst 815 m². Diese Fläche entspricht gleichzeitig der anzurechnenden Landfläche. Bei einer Ausnutzungsziffer von 0.3 in der Landhauszone kann auf dem Baugrundstück eine anzurechnende Geschossfläche von maximal 244.5 m² beansprucht werden. Die Bauherrschaft hat zusätzlich Ausnutzung von ihrem hangabwärts liegenden Nachbarn, dem Eigentümer der Liegenschaft GS Nr. ... , Gemeinde ..., hinzugekauft. Dies ist mit einer Ausnutzungsübertragung möglich. Dabei darf auf dem begünstigten Baugrundstück die zulässige Ausnutzung um höchstens einen Viertel erhöht werden (§ 19 Abs. 1 lit. a V PBG). Die Bauherrschaft hätte also bei der ihr auf dem Baugrundstück zustehenden anzurechnenden Geschossfläche von 244.5 m² eine Ausnutzung von maximal 61.1 m² anzurechnende Geschossfläche (25 % von 244.5 m²) auf das Baugrundstück übertragen lassen können. Dies würde zu einer maximal zulässigen anzurechnenden Geschossfläche von 305.6 m² führen. Die Bauherrschaft hat sich von der benachbarten Liegenschaft GS Nr. ... jedoch lediglich 51 m² anzurechnende Geschossfläche übertragen lassen. Damit steht fest, dass der Bauherrschaft auf dem Baugrundstück eine anzurechnende Geschossfläche von maximal 295.5 m² zusteht. Der Ausnutzungs-transfer unterschreitet also das maximal zulässige Mass bei Weitem.

Nachdem nun die auf dem Baugrundstück maximal zulässige anzurechnende Geschossfläche von 295.5 m² feststeht, ist zu prüfen, ob das Bauprojekt sich an dieser Masszahl orientiert.

b) Bei der Berechnung der Ausnutzungsziffer ist als Geschossfläche anzurechnen die Summe sämtlicher Flächen des Erdgeschosses und der darüber liegenden Geschoße. Anzurechnen sind auch die Querschnittsflächen von innen liegenden Mauern und Wänden sowie die Lufträume bei Treppenhäusern und Lifts. Ferner sind die Flächen unterhalb des Erdgeschosses anzurechnen, soweit sie Wohn- und Gewerbe zwecken dienen können oder es sich um Erschliessungsflächen von Gängen, Treppenhäusern und Liften handelt. Nicht anzurechnen sind Flächen von Räumen, wenn sie auf einem Flachdach angeordnet sind, nicht mehr als 50% der darunter liegenden anzurechnenden Geschossfläche beanspruchen und auf einer Ebene liegen. Eine das Mass von 50 % übersteigende Mehrfläche zählt zur anzurechnenden Geschossfläche (§ 16 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c V PBG). Die Bauherrschaft plant im Untergeschoss 105.4 m² sowie im Erdgeschoss 153.7 m² anzurechnende Geschossfläche. Wie bereits dargelegt, bleiben im Attikageschoss 50% der anzurechnenden Ge-

schossfläche des Erdgeschosses von 153.7 m^2 , d.h. 76.85 m^2 unberücksichtigt. Lediglich die dieses Mass übersteigende Mehrfläche ist im Attikageschoss bei der anzurechnenden Geschossfläche zu addieren. Das Attikageschoss misst ohne Aussenwände 90 m^2 . Davon sind 50% der anzurechnenden Geschossfläche des Erdgeschosses ausnutzungsprivilegiert. Im Attikageschoss verbleibt also eine Fläche von 13.2 m^2 [$90\text{ m}^2 - (50\% \text{ von } 153.7\text{ m}^2) = 13.2\text{ m}^2$], welche bei der anzurechnenden Geschossfläche zu berücksichtigen ist. Damit steht die von der Bauherrschaft geplante anzurechnende Geschossfläche fest. Sie beträgt insgesamt 272.3 m^2 [$105.4\text{ m}^2 + 153.7\text{ m}^2 + 13.2\text{ m}^2$]. Auf dem Baugrundstück liegt deshalb noch eine Ausnutzungsreserve von 23.2 m^2 [$295.5\text{ m}^2 - 272.3\text{ m}^2$]. Die maximal zulässige Ausnutzung ist also bei Weitem eingehalten.

Der Gemeinderat ist bei der Ermittlung der anzurechnenden Geschossfläche beim Attikageschoss offenbar von einer falschen Annahme ausgegangen. Er hat dieser Berechnung nicht die anzurechnende Geschossfläche des Erdgeschosses, sondern die Bruttofläche inklusive Aussenwände zugrunde gelegt, und ist auch beim Attikageschoss von der Bruttofläche inklusive Aussenwände ausgegangen. Diese Fläche ist jedoch nur für die Beurteilung der Frage massgebend, ob es sich beim Attikageschoss um ein Vollgeschoss oder um ein Dachgeschoss handelt. Aus diesem Versehen resultiert die Differenz bei der anzurechnenden Geschossfläche des Attikageschosses von 3.45 m^2 [$16.65\text{ m}^2 - 13.2\text{ m}^2$]. Dieses Versehen ändert aber nichts am Zwischenergebnis, dass sich das Bauprojekt an den einschlägigen Ausnutzungsvorschriften orientiert und dass das Baugrundstück sogar noch über eine Ausnutzungsreserve von 23.2 m^2 anzurechnender Geschossfläche verfügt. Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet und die Beschwerde ist in diesem Umfang abzuweisen.

Regierungsrat, 22. Februar 2005

§ 16 Abs. 1 V PBG – Wie steil muss das Gelände sein, damit ein bergseitig gelegener Wasch- und Trocknungsraum im Erdgeschoss eines Gebäudes nicht zur Ausnutzung gerechnet werden muss?

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass das Bauprojekt die maximal zulässige Ausnutzung überschreite.

...

b) Bezüglich des Erdgeschosses rügen die Beschwerdeführer, dass der Wasch- und Trocknungsraum ebenfalls anzurechnen sei. Die Befreiung von der Anrechenbarkeit komme nur im steilen Gelände bergseitig zum Tragen. Vorliegend könne nicht mehr von steilem Gelände gesprochen werden. Bergseitig schliesse sich diesem Raum ein durch die Garagenrampe überdeckter freier, grosser Vorplatz an. Im Übrigen befinde sich auf der Rückseite dieses Raumes nicht der Berg, sondern die ...strasse. Der Wasch- und Trocknungsraum befinde sich im Erdgeschoss und sei heizungstechnisch und von der Erreichbarkeit den Wohnräumen gleichgestellt. Trotz kleinem Fenster könne der Raum Wohn- oder Gewerbebezwecken zugeführt werden.

aa) Bei der Berechnung der Ausnützungsziffer ist die Summe sämtlicher Flächen des Erdgeschosses und der darüber liegenden Geschosse als Geschossfläche anzurechnen. Anzurechnen sind auch die Querschnittsflächen von innen liegenden Mauern und Wänden sowie die Lufträume bei Treppenhäusern und Lifts (§ 16 Abs. 1 V PBG). Nicht anzurechnen sind Flächen von bergseitig gelegenen Keller-, Heizungs-, Wasch-, und Trockenräumen bei steilem Gelände, soweit diese Räume nicht zugleich Wohn- und Gewerbebezwecken dienen können (§ 16 Abs. lit. d V PBG). Es bedarf also nachfolgend der Prüfung, ob es sich vorliegend um steiles Gelände handelt und ob der Wasch- und Trocknungsraum Wohn- oder Gewerbebezwecken dienen kann.

Die Bauherrschaft plant einen Wasch- und Trocknungsraum im Erdgeschoss an der nordöstlichen, bergseitig gelegenen Hausecke. Dabei ist umstritten, ob es sich beim Baugrundstück um steiles Gelände handelt. Der tiefste Punkt des Grundstückes befindet sich auf einer Höhe von 811 m ü.M., während der höchste Punkt der Bauparzelle auf 823 m ü.M. liegt. Die Liegenschaft weist also eine gesamte Höhendifferenz von rund 12 m auf einer Grundstückstiefe von zirka 32 m auf. Dies führt zu einer durchschnittlichen Steigung von 37.5% oder von rund 17°. Bringt man die Grenz- und Strassenabstände in Abzug und betrachtet man lediglich das Baufeld, liegt der tiefste Punkt des Baugrundstücks auf rund 813 m ü.M., wobei der höchste auf knapp 822 m ü.M. zu liegen kommt. Daraus ergibt sich wieder eine durchschnittliche Steigung von rund 37% oder von knapp 16°. Hanglagen in der Stadt Zug im Gebiet Industriestrasse und Terrassen- bzw. Rothusweg oder in der Gemeinde Walchwil im Gebiet Hörndlirain weisen eine maximale Steigung von rund 40%, was rund 18° entspricht. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Bauherrschaft die Doppelgarage nicht auf dem Niveau des Erdgeschosses plant. Die Garagierung der Fahrzeuge wird im ersten Obergeschoss erfolgen. Nicht unbeachtet bleiben darf bei dieser Beurteilung auch die Höhenlage des Erdgeschossfussbodens. Der Erdgeschossfussboden darf maximal 0.3 m über dem höchsten Punkt des gewachsenen Terrains längs der Gebäudefassade zu liegen kommen. Liegt er jedoch höher als 3 m über dem tiefsten Punkt des gewachsenen Terrains längs der Gebäudefassade, zählt das Erdgeschoss als zwei Geschosse (§ 14 V PBG). Diese Vorschrift kommt vor allem bei Hanglagen zum Tragen. Während man bei flach geneigten Hanglagen wohl keine Schwierigkeiten ha-

ben wird, dass der Erdgeschossfussboden höher als 3 m über dem tiefsten Punkt des gewachsenen Terrains zu liegen kommt, bekundet man damit in steileren Lagen grössere Schwierigkeiten. Es kann also von steilerem Gelände ausgegangen werden, wenn der Erdgeschossfussboden höher als 3 m über dem tiefsten Punkt des gewachsenen Terrains, jedoch nicht höher als 0.3 m über dem höchsten Punkt des gewachsenen Terrains zu liegen kommt. Vorliegend befindet sich der höchste Punkt des gewachsenen Terrains entlang der Gebäudefassade an der nordöstlichen Hausecke. Das gewachsene Terrain liegt hier bei 821.14 m ü.M. Damit steht fest, dass der Erdgeschossfussboden maximal auf einer Höhe von 821.44 m ü.M. zu liegen kommen könnte. Dabei würde er jedoch den tiefsten Punkt des gewachsenen Terrains entlang der Gebäudefassade an der südwestlichen Hausecke von 817.05 m ü.M. um 4.39 m überragen.

Sicher gibt es im Kanton Zug viel steilere Hanglagen, namentlich in den Berggemeinden. In Walchwil werden zurzeit an einer sehr steilen Hanglage mit einer Steigung von nahezu 100% mit einem Schräglift für den Transport der Baumaterialien Terrassenhäuser erstellt. Aufgrund der soeben beleuchteten Kriterien kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass die Neigung des Baugrundstückes nicht als sehr steil, jedoch als steil beurteilt werden muss.

Regierungsrat, 22. März 2005

IV. Soziale Sicherheit

§ 5 VRG, 9 Abs. 2 SHV – *Parteifähigkeit des Konkubinatspartners (I. E. 4). Subsidiaritätsprinzip. Voraussetzungen für das Vorliegen eines stabilen Konkubinats (II. E. 3). Führt eine unterstützte Person den Haushalt für den Partner der familienähnlichen Gemeinschaft, hat sie einen Anspruch auf Haushaltsentschädigung (II. E. 5, 6, 7).*

Aus den Erwägungen:

I. ...

4. Gemäss § 5 VRG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten der Entscheid berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen den Entscheid zusteht, sowie die Behörden, deren Entscheid angefochten wird. Voraussetzung für die Parteistellung ist somit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung (Marco Weiss, a.a.o., S. 83). In der Praxis wird das bei Ehepaaren so gehandhabt, dass – sofern beide Parteien durch den Entscheid berührt werden – beide Ehepartner Adressaten des Entscheides sind. Der Konkubinatspartner B hatte die Gelegenheit sich vor der unteren Instanz zu äussern. Das rechtliche Gehör wurde demzufolge nicht verletzt. B hatte im Verfahren vor dem Regierungsrat die Gelegenheit, sich zu äussern und allfällige Parteirechte wahrzunehmen. Von dem Entscheid wird auch B berührt. Dementsprechend ist er Partei in dem vorliegenden Verfahren.

II. ...

3. Eine weitere Anspruchsvoraussetzung zur Ausrichtung von Sozialhilfe ist die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips. Sozialhilfe wird nur dann gewährt, wenn der Betroffene sich nicht selbst helfen kann, und wenn Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist. (SKOS-Richtlinien, Kap.A.4). Verlangt wird insbesondere der Einsatz von Einkommen, Vermögen und Arbeitskraft. Auch alle Ansprüche gegen Dritte sind auszuschöpfen, also beispielsweise Renten- und Versicherungsleistungen sowie familienrechtliche Unterhaltsbeiträge (Felix Wolfers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Auflage, Bern, S.127). Es stellt sich die Frage, ob Ansprüche der Beschwerdeführerin auf Unterstützungsleistungen gegenüber ihrem Lebenspartner B gegeben sind. Ist dies zu bejahen, sind nach dem Subsidiaritätsprinzip diese Ansprüche bei der Berechnung der Sozialhilfe zu berücksichtigen. Der Anspruch auf Sozialhilfe wird um diesen Betrag entsprechend verringert.

Gemäss SKOS-Richtlinie Kapitel F.5.1 dürfen Einkommen und Vermögen des nicht unterstützten Konkubinatspartners angemessen mitberücksichtigt werden, wenn die Partner in einem stabilen Konkubinat leben. Ein stabiles Konkubinat liegt gemäss SKOS-Richtlinie namentlich dann vor, wenn es min-

destens fünf Jahre andauert oder die Partner mit gemeinsamen Kindern zusammenleben.

Es kann nicht Sinn und Zweck der Fünfjahresregelung sein, dass diese Frist absolut eingehalten werden muss. Sachgerechter ist die Praxis des Bundesgerichts. Es geht davon aus, dass je länger ein Konkubinat gedauert hat, desto eher in der Regel die Annahme berechtigt ist, die Partner fühlten sich moralisch verpflichtet, sich gegenseitig wie Ehegatten beizustehen (statt vieler: BGE 114 II 298). Zudem führt die SKOS-Richtlinie beispielhaft («namentlich») Kriterien für ein stabiles Konkubinat an. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Dementsprechend kann ein Konkubinat «stabil» sein, wenn es auch noch nicht fünf Jahre dauert. Das Konkubinat dauert knapp 5 Jahre, da die Beschwerdeführerin und B seit April 2000 zusammenleben. B hat seine Partnerin in den vergangenen Jahren in grossem Ausmass direkt oder indirekt finanziell und materiell unterstützt. ... Die Annahme eines langjährigen Konkubinats setzt keine gemeinsamen Kinder voraus.

Aus diesen Gründen sind die Voraussetzungen für eine eheähnliche Gemeinschaft gegeben und es ist von einer solchen Gemeinschaft auszugehen. Es liegt ein stabiles Konkubinat im Sinne der SKOS-Richtlinie Kapitel F.5.2 vor. Der Umfang der Unterstützungspflicht von B gegenüber seiner Konkubinatspartnerin ist damit konkret zu prüfen.

...

5. Führt eine unterstützte Person den Haushalt für einen oder mehrere Partner der familienähnlichen Gemeinschaft, hat sie einen Anspruch auf Haushaltsentschädigung. Die Entschädigung richtet sich nach der Zeit, die für die Haushaltsführung aufgewendet werden muss (Wolffers, a.a.O., S.161; SKOS-Richtlinien, Kapitel F.5.2). Besorgt die unterstützte Person sämtliche Hausarbeiten allein, so darf bei einem kinderlosen Haushalt eine pauschale Arbeitszeitentschädigung verlangt werden. Der Betrag ist zu verringern, wenn nicht unterstützte Personen bei den Hausarbeiten massgeblich mithelfen. Der entsprechende Betrag ist der unterstützten Person als Einkommen anzurechnen (SKOS-Richtlinien, a.a.O.).

Die konkrete Höhe der Arbeitszeitentschädigung ist gemäss SKOS-Richtlinie Kapitel F.5.2 für einen Haushalt ohne Kinderbetreuung zwischen Fr. 550.00 und Fr. 900.00 anzusetzen.

6. Aus dem Protokoll vom 24. August 2004 geht hervor, dass die Beschwerdeführerin die ganze Haushaltsführung erledigt. Das Protokoll haben sowohl die Beschwerdeführerin als auch B unterzeichnet. Die Beschwerdeführerin betreut die beiden Kinder von B nicht, wie sich des Weiteren aus dem Protokoll vom 24. August 2004 ergibt. Die beiden Kinder von B nutzen ihr Zimmer in der 5.5-Zimmer Wohnung etwa einmal monatlich. In Abweichung des Höchstansatzes von Fr. 900.00 wurde ihre Arbeitszeitentschädigung auf

Fr. 800.00 angesetzt, da sie infolge der speziellen Ernährung mehr Zeit für die eigenen Bedürfnisse aufwendet. Die Bemessung der Haushaltsentschädigung auf Fr. 800.00 ist unter den genannten Gesichtspunkten nicht zu beanstanden.

B stellt sich in seiner nur von ihm unterzeichneten Stellungnahme vom 15. Dezember 2004 auf den Standpunkt, dass beide Konkubinatspartner sich seit dem Gemeinderatsentscheid vom 3. September 2004 die Hausarbeit teilen würden, was eine Reduktion des von ihm gemäss SKOS-Richtlinie zu entrichtenden Betrages nach sich ziehen würde.

Es ist zu prüfen, ob die beiden Konkubinatspartner die Hausarbeit teilen oder ob die Beschwerdeführerin die ganze Hausarbeit alleine erledigt.

7. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zieht die urteilende Instanz aus dem Beweisergebnis nach freier Überzeugung die Schlüsse darüber, was als bewiesen betrachtet wird. Veranschlagt werden dabei die beigezogenen Beweismittel wie ferner auch das Beweisverhalten der Parteien. In Bezug auf den zu beweisenden rechtserheblichen Sachumstand braucht nicht absolute Gewissheit zu resultieren. Es kann die von der Lebenserfahrung und praktischen Vernunft getragene, mit Gründen gestützte Überzeugung genügen (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2.A. Bern 1983, S. 278 f.).

a) Die Beschwerdegegnerin hat die Rollenverteilung auf die Aussagen der Beschwerdeführerin und ihres Lebenspartners abgestützt. Gemäss der übereinstimmenden Aussage der beiden Konkubinatspartner erledigte die Beschwerdeführerin die Hausarbeit alleine. Gemäss Darlegung des Konkubinatspartners vor der Beschwerdeinstanz würden sich indessen die beiden Konkubinatspartner seit dem Gemeinderatsentscheid vom 3. September 2004 die Hausarbeit teilen. Die zuständige Behörde kann aus nahe liegenden Gründen nicht feststellen, in welchem Verhältnis sich die hilfeschuchende Person und deren Lebenspartner im konkreten Fall zum aktuellen Zeitpunkt die Hausarbeit aufteilen. Die sich aus § 12 VRG ergebende Pflicht der Verwaltungsbehörden den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, stösst im vorliegenden Fall an enge Grenzen. Die urteilende Instanz ist darum darauf angewiesen, die Rollenverteilung aufgrund äusserer Indizien abzuschätzen. Wichtig ist dabei insbesondere, inwiefern die Beteiligten aufgrund ihrer Berufstätigkeit in der Lage erscheinen, Hausarbeiten selbst zu erledigen. Im vorliegenden Fall arbeitet der Konkubinatspartner, die Beschwerdeführerin hingegen ist nicht erwerbstätig. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass die Beschwerdeführerin den überwiegenden Teil der Hausarbeit leistet (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 11.5.2000, VB 2000.0072). Darüber hinaus war die Rollenverteilung bis zum Entscheid des Gemeinderates klar. Die Beschwerdeführerin erledigte während knapp 5 Jahren alleine den Haushalt.

b) Die Beschwerdeführerin ist in ihrer Beschwerdeschrift vom 20. September 2004 der Ansicht, dass die Haushaltsentschädigung durch den Mietzinserslass schon abgegolten sei. Da ihr wie unter Ziffer 4 Bst. b oben erläutert wurde die Mietzinsen gar nicht erlassen werden, sondern aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse in einem stabilen Konkubinat von einer partnerschaftlichen Unterstützungsleistung ausgegangen werden muss, ist diese Ansicht unbeachtlich. Die Haushaltsentschädigung von Fr. 800.00 ist ihr als unterstützungsbedürftigen Person deshalb als Einkommen anzurechnen (vgl. Wolffers, a.a.O., S. 160; SKOS-Richtlinie Kapitel F.5.2).

c) Die Beschwerdeführerin hat demzufolge Anspruch auf Fr. 800.00 Haushaltsentschädigung pro Monat gegenüber B. In Anwendung des Subsidiaritätsprinzips reduziert sich ihr Anspruch auf Sozialhilfe somit um Fr. 800.00.

...

Regierungsrat, 22. März 2005

§ 9 Abs. 2 Sozialhilfeverordnung (SHV) – Behandlung der Verwaltungs- und Aufsichtsbeschwerde in einem Regierungsratsbeschluss (Einleitung). Verbindlichkeit der jeweils gültigen Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (E. 4). Prüfung, ob es sich bei den durch den Wochenaufenthalt bedingten zusätzlichen Kosten um situationsbedingte Leistungen gemäss SKOS Richtlinien handelt (E. 5,6). Prinzip der Angemessenheit der Hilfe (E. 7). Keine Übernahme zusätzlicher Kosten bei Wochenaufenthalt an einem anderen Ort (E. 8).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

...

A bezieht seit dem 1. März 2003 wirtschaftliche Sozialhilfe bei der Gemeinde X. Damit die Kinder im Hinblick auf einen späteren Umzug nach Kanada die Schulen im Kanton Jura in französischer Sprache besuchen können, mietete A ohne Einverständnis der Gemeinde X eine Zweitwohnung in Y/JU.

Am 15. Dezember 2004 entschied der Gemeinderat X, dass die zusätzlichen Kosten für den Lebensunterhalt von A und ihrer minderjährigen Kinder, bedingt durch den Wochenaufenthalt in Y/JU, im Rahmen der Sozialhilfe-Unterstützung nicht übernommen werden. Mit Beschluss vom 1. Dezember 2004 über zwei Aufsichtsbeschwerden entschied der Gemeinderat X, dass das Verhalten der Mitarbeitenden der Abteilung Soziales nicht zu beanstanden sei.

A erhob mit Eingabe vom 7. Januar 2005 Verwaltungsbeschwerde beim Kanton Zug. Die Beschwerdeführerin machte erstens geltend, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 15. Dezember 2004 nicht neutral und unvoreingenommen ausgefallen sei. Zweitens machte die Beschwerdeführerin eine voreingekommene und unkorrekte Behandlung durch den Sozialdienst der Gemeinde X geltend.

Aus den Erwägungen:

...

Beim vorliegenden Verfahren ist formell und inhaltlich zwischen Verwaltungs- und Aufsichtsbeschwerde zu unterscheiden.

Strittig ist gemäss der hier zu behandelnden Verwaltungsbeschwerde vom 7. Januar 2005 die Frage, ob die Gemeinde X für die durch den Wochenaufenthalt der Beschwerdeführerin und ihrer minderjährigen Kinder in Y entstehenden zusätzlichen Kosten aufzukommen hat oder nicht.

Bei den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen betreffend die ihrer Meinung nach inkorrekte Behandlungsweise durch Mitglieder des Sozialdienstes handelt es sich um aufsichtsrechtliche Fragen. Die Beschwerdeführerin machte nochmals die in ihren Schreiben vom 5. September und 8. Oktober 2004 vorgebrachten Rügen geltend und erhob sinngemäss Aufsichtsbeschwerde gegen den Gemeinderatsbeschluss der Einwohnergemeinde X vom 1. Dezember 2004.

Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Aufsichts- und Verwaltungsbeschwerde im gleichen Schreiben vom 7. Januar 2005 erhoben hat, ist es sinnvoll, diese auch im gleichen Entscheid zu behandeln, obwohl es sich um unterschiedliche Verfahren handelt. Es ist festzuhalten, dass es sich bei der Verwaltungsbeschwerde um ein ordentliches Rechtsmittel handelt und der Entscheid des Regierungsrates in diesem Punkt an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden kann. Bei der Aufsichtsbeschwerde handelt es sich hingegen um einen Rechtsbehelf, welcher dem Anzeiger keinen Anspruch auf Erledigung verleiht.

...

II.

...

4. Zur Ausgestaltung und Bemessung der wirtschaftlichen Sozialhilfe sind im Kanton Zug gemäss § 9 Abs. 1 der Verordnung zum Sozialhilfegesetz vom 20. Dezember 1983 (Sozialhilfeverordnung; SHV; BGS 861.41) die jeweils gültigen Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) verbindlich.

5. Gemäss den SKOS-Richtlinien werden Aufwendungen, welche ihre Ursache in der besonderen gesundheitlichen, wirtschaftlichen und familiären Lage einer unterstützten Person haben, im individuellen Unterstützungsbudget berücksichtigt, sofern sie in einem sinnvollen Verhältnis zum erzielten Nutzen stehen (SKOS-Richtlinien C 1). Diese Aufwendungen werden als situationsbedingte Leistungen bezeichnet.

Eine allfällige Übernahme der zusätzlichen Kosten für den Wochenaufenthalt hätte im Rahmen der situationsbezogenen Leistungen gemäss SKOS-Richtlinien C. 1 bis C. 9 zu erfolgen. Es sind keine der in C. 2 bis C. 8 namentlich aufgezählten Spezialfälle wie krankheits- und behinderungsbedingte Spezialauslagen oder etwa Erwerbsunkosten gegeben. Im vorliegenden Falle stellt sich somit die Frage, ob «weitere situationsbezogene Leistungen» gemäss SKOS-Richtlinie C. 9 aufzuwenden sind. Demnach müssen weitere Hilfen im Einzelfall hinreichend begründet sein, und ihr Nutzen muss in einem sinnvollen Verhältnis zum finanziellen Aufwand stehen.

6. Die Absicht der Beschwerdeführerin, dafür zu sorgen, dass ihre Kinder die französische Sprache möglichst schnell und möglichst gut erlernen, ist teilweise nachvollziehbar. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Notwendigkeit von zwei Mietwohnungen bzw. Haushalten. Zum einen ist in Zuger Schulen ab der 5. Klasse Französisch Pflichtfach. Zum andern hat die Beschwerdeführerin für den Fall, dass ihr dies nicht genügt und sie die Kinder in der Romandie einschulen möchte, die Möglichkeit, den Wohnsitz nach Y zu verlegen und die Wohnung in X aufzugeben. Es gibt somit eindeutig günstigere Alternativen, wie die Beschwerdeführerin ihr Ziel erreichen könnte. Der Wochenaufenthalt und das Führen von zwei Haushalten ist im vorliegenden Fall weder zwingend notwendig noch sinnvoll.

Hinzu kommt, dass die Pläne, dereinst nach Kanada auszuwandern, noch ziemlich vage und keinesfalls konkret erscheinen. Bei der Entschädigung von situationsbezogenen Leistungen steht den Behörden zudem ein Ermessen zu. Ein genereller Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kostenersatz besteht somit ohnehin nicht.

7. Ein grundlegendes Prinzip der Sozialhilfe ist zudem dasjenige der Angemessenheit der Hilfe, welches besagt, dass eine unterstützte Person materiell nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden soll als Menschen in ihrer Umgebung, die ohne Sozialhilfeleistungen in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen leben (SKOS-Richtlinie A.4). Dies bedeutet, dass die von der Sozialhilfe zur Verfügung gestellten Leistungen stets in einem angemessenen Verhältnis zur Lebenssituation von Personen mit niedrigem Einkommen in der Umgebung der unterstützten Person stehen sollen.

Es ist davon auszugehen, dass eine Mutter in ähnlichen Verhältnissen und ohne Sozialhilfeleistungen sich nicht für eine zweite Mietwohnung und einen Wochenaufenthalt für sich und ihre minderjährigen Kinder entschieden hätte.

Die Kosten für die Führung eines zweiten Haushaltes sowie die notwendigen Reisekosten würden das kleine Budget derart stark strapazieren, dass höchstwahrscheinlich das Existenzminimum unterschritten würde bzw. andere wichtige Ausgabenposten vernachlässigt werden müssten. Die Übernahme der durch den Wochenaufenthalt entstehenden Zusatzkosten durch den Sozialdienst ist somit auch nicht mit dem Prinzip der Angemessenheit der Hilfe vereinbar.

8. Die Beschwerdeführerin hat sich eigenmächtig, d.h. ohne Absprache mit dem Sozialdienst X, dazu entschlossen, die Kinder in Y einschulen zu lassen und dort eine Zweitwohnung zu mieten. Nach SKOS-Richtlinie A.5.1 gilt der Grundsatz, dass eine Person, welche Sozialhilfe bezieht, in ihrer zivilrechtlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht eingeschränkt wird. Demnach kann sie insbesondere nach wie vor Verträge abschliessen, ein Testament abfassen, oder Prozesse führen. Die Unterstützung hat keine Auswirkung auf die Ausübung der elterlichen Sorge. Aus der Tatsache, dass den Sozialhilfeempfängern Pauschalbeträge ausgerichtet werden, folgt, dass diese über die Verwendung der ausbezahlten Beträge grundsätzlich frei entscheiden dürfen. Diesem Grundsatz setzt § 11 Abs. 2 SHV jedoch für den Fall, dass die Unterstützung nicht zweckentsprechend verwendet wird, eine Schranke.

Der Beschwerdeführerin kann der Wochenaufenthalt grundsätzlich nicht verwehrt werden. Jedoch hat sie diesen selber zu verantworten und finanziell zu tragen. Ein Anspruch auf eine Kostentragung durch den Sozialdienst besteht nicht.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Verwaltungsbeschwerde aus den obigen Gründen abzuweisen ist.

...

Regierungsrat, 8. November 2005

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

Vorbemerkungen

Bezüglich Datenschutz und Informationssicherheit ist für die öffentliche Verwaltung das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000 (DSG; BGS 157.1) die wichtigste Rechtsgrundlage.

Zu den Befugnissen des Datenschutzbeauftragten

Gemäss § 20 Abs. 2 DSG kann der Datenschutzbeauftragte (DSB) bei Verletzung von Datenschutzvorschriften das betreffende Organ auffordern, die erforderlichen Massnahmen zur Behebung des Missstandes zu ergreifen. Wird die Aufforderung nicht oder nur teilweise befolgt, kann der DSB die Angelegenheit dem Gemeinderat (in gemeindlichen Angelegenheiten) beziehungsweise dem Regierungsrat (in kantonalen Angelegenheiten) unterbreiten. Werden in gemeindlichen Angelegenheiten die erforderlichen Massnahmen durch den Gemeinderat nicht ergriffen, so kann der DSB in einem nächsten Schritt eine Stellungnahme an die Direktion des Innern als allgemeinem Aufsichtsorgan der Gemeinden richten. Anschliessend kann der DSB die Angelegenheit dem Regierungsrat zum Entscheid vorlegen.

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 somit festzuhalten, dass der DSB grundsätzlich *keine Weisungsbefugnisse* hat. Der Datenschutz soll durch *Information, Beratung* und *Empfehlung* umgesetzt werden. Sind sich Datenbearbeiter und DSB nicht einig, entscheidet in der Verwaltung der Regierungsrat abschliessend. Ist davon eine Bürgerin, ein Bürger betroffen, so steht es ihr oder ihm selbstverständlich jederzeit frei, in der Sache den ordentlichen Rechtsweg einzuschlagen.

Im Folgenden werden fünf Themen aus der DSB-Beratung gekürzt dargestellt. Viele weitere Beispiele und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis finden sich in den ausführlichen Tätigkeitsberichten des DSB (vgl. www.datenschutzzug.ch).

I. Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei «Sammelauskünften»

Ausgangslage

Der Datenschutzbeauftragte steht nicht nur den Bürgerinnen und Bürgern sowie der Verwaltung für Beratung in konkreten Einzelfällen zur Verfügung, sondern gestützt auf § 19 Abs. 1 Bst. e DSG auch dem Gesetzgeber bei der Ausarbeitung von Vorlagen, die einen direkten Bezug zu Datenschutz und Informationssicherheit haben.

Fragestellung

Gestützt auf § 8 Abs. 3 Bst. c DSG kann die Einwohnerkontrolle im Rahmen von sogenannten «Sammelauskünften» Adresslisten ihrer Einwohnerinnen und Einwohner an *Private* abgeben. Voraussetzung ist, dass ein Interesse glaubhaft gemacht wird und schützenswerte ideelle Zwecke vorliegen. Sammelauskünfte sind auf die einfachen Personalien beschränkt (Name, Vorname, Geschlecht, aktuelle Adresse [bei Wegzug mit Wegzugsdatum und Wegzugsort] und Todestag).

Bei der Schaffung des Zuger Datenschutzgesetzes schloss der Gesetzgeber die Bekanntgabe des *Geburtsjahres* bzw. des *Geburtsdatums* bewusst aus. Er ging zu Recht davon aus, dass es viele Einwohnerinnen und Einwohner nicht schätzen, wenn die Einwohnerkontrolle diese Information über sie an *private Dritte* weitergibt.

Aufgrund von Interventionen seitens zweier Gemeinden schlug der Regierungsrat dem Kantonsrat vor, das DSG diesbezüglich zu ändern und die Sammelauskunft auf das *Geburtsjahr* zu erweitern.

Der DSB gab gegenüber dem Regierungsrat im Rahmen der Vorarbeiten und des Mitberichtsverfahrens Stellungnahmen ab, in denen er sich gegen diese Lockerung zu Lasten der Bürgerinnen und Bürger aussprach. Der DSB konnte sich auch gegenüber der kantonsrätlichen Kommission äussern und bei deren Sitzung teilnehmen.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Antrag

Auf die Änderung des Datenschutzgesetzes betr. Bekanntgabe des *Geburtsjahres* im Rahmen von Sammelauskünften an *Private* sei *zu verzichten*.

2. Grundlegendes

Die Daten, über welche die Einwohnerkontrolle verfügt, werden für die Erfüllung *öffentlicher* Aufgaben erhoben und benötigt. Aufgrund der gesetzlichen Grundlagen sind die Einwohnerinnen und Einwohner *zwingend verpflichtet*,

ihre Daten der Einwohnerkontrolle bekannt zu geben. Die Gemeinde darf diese Daten grundsätzlich nur für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben bearbeiten; dies verlangen die datenschutzrechtlichen Grundsätze der Transparenz (§ 4 Bst. c DSG) und der Zweckbindung (§ 4 Bst. d DSG).

Die Sammelauskunft ist gesetzlich geregelt. Sie stellt aber in grundsätzlicher Hinsicht eine *Ausnahme* dar, werden doch Daten der Einwohnerinnen und Einwohner nicht für die Erfüllung des ursprünglich angegebenen Zwecks – nämlich: der Erfüllung öffentlicher Aufgaben –, sondern für andere, *private* Zwecke, somit aus der Sicht der Einwohnerinnen und Einwohner *zweckentfremdet* verwendet. Die Einwohnerinnen und Einwohner müssen sich Zweckentfremdungen grundsätzlich nicht, beziehungsweise nur im Rahmen von eng zu fassenden *Ausnahmen* gefallen lassen.

In diesem Zusammenhang ist die Tatsache zu beachten, dass es bei der vorliegenden Thematik in erster Linie um den Schutz der Bevölkerung vor *unverlangter Kontaktaufnahme* seitens Privater geht.

Im Zentrum des Interesses steht deshalb nicht die private Organisation, welche die Adressen *für Marketingzwecke* verlangt, sondern der Schutz der Privatsphäre der Einwohnerinnen und Einwohner, die grundsätzlich nicht mit unverlangter Post zu belästigen sind – und dies erst noch mit aktiver Unterstützung der Gemeinde.

3. Abgrenzung

Die Frage der Zulässigkeit von Sammelauskünften stellt sich ausschliesslich im Verhältnis zwischen der Einwohnerkontrolle und Dritten (im Sinne von § 2 Bst. k DSG), *nicht hingegen zwischen Organen*.

4. Kritische Hinweise zur vorgesehenen Änderung des Datenschutzgesetzes

a) Aus Sicht des Schutzes der Privatsphäre der Zuger Bevölkerung ist *eine Lockerung und Erweiterung* der Bekanntgabe von Adressen aus den folgenden Gründen *abzulehnen*:

Der Schutz der Privatsphäre von über 100'000 Zugerinnen und Zuger ist *höher* zu gewichten als das Interesse von privaten Organisationen, welche mit unverlangter und meist unerwünschter Post *Werbung* betreiben wollen.

Vermutlich wird das Instrument des brieflichen Werbeversands zudem überschätzt: Unverlangte Zusendungen wecken in der heutigen Zeit bei vielen Personen in erster Linie *Ablehnung*. Für Marketinganstrengungen stehen andere, vielleicht sogar kostengünstigere und effizientere Kanäle offen. Auf Daten, die die Zuger Bevölkerung der öffentlichen Verwaltung für die Erfüllung der eigenen Aufgaben überlassen muss, soll nicht zweckentfremdet zugegriffen werden dürfen.

Neben dem Schutz der Privatsphäre soll damit gezeigt werden, dass Aufwand und Ertrag bezüglich einer möglichen diesbezüglichen Gesetzesrevision wohl in keinem vernünftigen Verhältnis stehen.

b) Eher ist zu prüfen, ob die Weitergabe von Adressen an Private im Rahmen von Sammelauskünften im Datenschutzgesetz zu *streichen* sei, handelt es sich doch, wie vorstehend ausgeführt wurde, um ein Instrument, das es ermöglicht, die Einwohnerinnen und Einwohner mit unverlangter und meist auch unerwünschter Post von Privaten zu belästigen – und dies mit Daten, welche die Wohnbevölkerung der Einwohnergemeinde gegenüber gezwungenermassen bekannt geben musste.

Die Abschaffung der Sammelauskünfte würde die Einwohnergemeinden in Zeiten knapper Ressourcen entlasten, zudem die einheitliche Rechtsanwendung vereinfachen und fördern.

Es ist übrigens darauf hinzuweisen, dass beispielsweise in der Stadt Zürich *keinerlei* Sammelauskünfte erteilt werden.

Heutzutage ist das Thema des Versandes von unverlangter Werbung via E-Mail (= «Spam») zu einem ausgesprochen grossen Ärgernis und Problem für die Internet-Nutzerinnen und Nutzer geworden. Viele Personen reagieren deshalb auf unverlangte Versände grundsätzlich empfindlicher als früher, wie aus Anfragen und Hinweisen, die beim DSB eingehen, klar ersichtlich ist. Was für das E-Mail gilt, trifft auch auf die Zusendung unerwünschter Mitteilungen per Post zu. Die gemeindlichen Verwaltungen sollten den «postalischen Spam» deshalb nicht noch direkt unterstützen und fördern.

c) Sollten auch nationale oder internationale Organisationen Sammelauskünfte erhalten können?

Anlass der vorliegenden Gesetzesrevision war klarerweise, *lokale* Vereine von dieser Erweiterung der Datenbekanntgabe bei ihren Tätigkeiten in der Gemeinde zu begünstigen.

Abzulehnen wäre nun eine zusätzliche Erweiterung auf nationale oder gar internationale Organisationen, die keinen direkten Zusammenhang zum Leben in der Gemeinde haben. Es ist zudem auch klar, dass Datenbekanntgaben an nationale oder internationale Organisation absolut unkontrollierbar sind, dass auch die Verhinderung der Datenweitergabe oder die Nutzung für andere/zusätzliche Zwecke etc. praktisch gar nicht mehr überprüfbar sind.

d) Sollten nicht nur Sammelauskünfte, sondern auch Einzelauskünfte kostenpflichtig sein? Die Kostenpflicht von Sammel- und Einzelauskünften ist aus datenschutzrechtlicher Sicht grundsätzlich zu begrüssen.

5. Mögliche flankierende Massnahmen

a) Ausdrückliche Zustimmung der Betroffenen

Wenn die Daten der Bürgerinnen und Bürger auf der Gemeinde *grundsätzlich gesperrt* wären und nur bei *ausdrücklicher Zustimmung* an private Dritte bekannt gegeben werden dürften, wäre die Sammelauskunft ohne Weiteres problemlos. Dies bedürfte einer Änderung von § 9 des Datenschutzgesetzes.

b) Ausdrücklicher Hinweis auf das Sperrrecht

Wenn die Zuziehenden anlässlich der Anmeldung auf der Gemeinde ausdrücklich auf das ihnen zustehende Sperrrecht aufmerksam gemacht werden müssten, wären sie zumindest diesbezüglich informiert und könnten vom Sperrrecht Gebrauch machen.

c) Schaffung einer Liste von berechtigten Institutionen?

Sollte das Institut der Sammelauskunft nicht abgeschafft werden, so fragt es sich, ob eine Liste der berechtigten Institutionen zu erarbeiten wäre. Heute ist die Rechtslage in jeder Gemeinde anders. In der einen Gemeinde erhält Pro Senectute die Adressen wie gewünscht, in der Nachbargemeinde jedoch nicht.

d) Strafbestimmung

Missbraucht ein Mitglied einer bezugsberechtigten Institution Daten etwa für berufliche oder private Tätigkeiten, so bleibt der Datenmissbrauch heute grundsätzlich *folgenlos*. Es fragt sich deshalb, ob nicht eine explizite Strafnorm im DSG den *Datenmissbrauch* sanktionieren sollte. Dies wäre vermutlich nur schon aus präventiven Überlegungen sinnvoll, da der Datenmissbrauch nur sehr schwer nachzuweisen ist.

Fazit

Aufgrund der vorstehenden Überlegungen ist die vorgesehene Änderung *abzulehnen*. Der Schutz der Privatsphäre der Zuger Bürgerinnen und Bürger ist *höher* zu gewichten als die Marketinginteressen privater Organisationen.

Subeventuell: Sollte das DSG zum heutigen Zeitpunkt geändert werden, sollen die Änderungen nicht über die vom Regierungsrat vorgeschlagenen hinausgehen.

Ergänzung: Der Entscheid des Gesetzgebers

Der Kantonsrat hat Folgendes beschlossen: Bei Sammelauskünften ist nicht nur das Geburtsjahr, sondern auch das *Geburtsdatum* bekannt zu geben. Zudem müssen neu auf Verlangen auch Listen der in der Gemeinde *Neuzugezogenen* abgegeben werden. Die Sammelauskünfte muss die Gemeinde im Weiteren auf Wunsch auch in elektronischer Form zur Verfügung stellen (vgl. GS 28, 675).

Der Kantonsrat hat insgesamt somit die Interessen der Institutionen an Sammelauskünften höher gewichtet als die Interessen der Einwohnerinnen und Einwohner auf Nichtweitergabe ihrer Daten an Dritte. Im Sinne eines Interessenausgleichs hat der Rat aber – wie auch schon die kantonsrätliche Kommission – den DSB darauf hingewiesen, die Bevölkerung aktiver über das ihr zustehende Sperrrecht (vgl. § 9 Abs. 1 und 2 DSG) zu informieren, werden doch gesperrte Adressen im Rahmen von Sammelauskünften *nicht* an Dritte weitergegeben.

II. Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen

Ausgangslage

Im Rahmen der Änderung der Disziplinarordnung für das kantonale Gymnasium Menzingen vom 21. Januar 2005 (BGS 414.161) war vorgesehen, schwere Verfehlungen im Sinne von § 4 der Disziplinarordnung, die durch Schülerinnen oder Schüler begangen wurden, *Lehrpersonen und Schülern* mitzuteilen.

Fragestellung

Es war aus datenschutzrechtlicher Sicht zu beurteilen, ob der diesbezügliche Schulleitungsentscheid (1) Lehrpersonen und Schülern angemessen mitzuteilen sei oder (2) ob er nur den Lehrpersonen, die den Schüler unterrichten und den Schülern der betreffenden Klasse angemessen mitzuteilen sei.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Disziplinaentscheide enthalten Daten über bestimmte Personen. Da es sich um Daten über administrative Sanktionen handelt, sind die darin enthaltenen Angaben *besonders schützenswerte* Personendaten im Sinne von § 2 Bst. b DSG. Der Erlass eines Disziplinaentscheids und dessen Bekanntgabe an Dritte stellt eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne von § 2 Bst. c DSG dar. Weil keine Ausschlussgründe gemäss § 3 Abs. 2 DSG vorliegen, finden die Bestimmungen des DSG vorliegend Anwendung.

2. Besonders schützenswerte Daten dürfen gemäss § 5 Abs. 2 DSG bearbeitet werden, sofern

- a) ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht oder
- b) es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich ist oder
- c) die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat.

(a) Es ist vorweg zu prüfen, ob eine Grundlage in einem *formellen Gesetz* die Ausfällung eines Disziplinaentscheids und die Bekanntgabe dieses Entscheids im vorgesehenen Rahmen zulassen. Das Gesetz über die kantonalen Schulen vom 27. September 1990 (BGS 414.11) stellt ein formelles Gesetz dar und berechtigt die zuständigen Organe (aufgrund von § 8 sowie § 12), erzieherisch sinnvolle, die Würde des Menschen nicht verletzende Massnahmen zu bestimmen und zu ergreifen. Es besteht somit eine genügende gesetzliche Grundlage dafür, dass die zuständige Schulkommission Disziplinarmassnahmen – soweit diese den Umfang von § 12 des Gesetzes nicht überschreiten, an-

ordnen kann. Zu diesem Zweck und in diesem Umfang dürfen auch Personendaten bearbeitet werden. Diese Bestimmungen beschränken die Bearbeitung der Daten aber auf die Durchführung eines Disziplinarverfahrens inklusive Ausfällung eines entsprechenden Entscheids. Im Gesetz fehlt aber eine ausdrückliche Bestimmung darüber, dass Disziplinarentscheide Dritten bekannt gegeben werden dürfen. Die Disziplinarordnung, die eine Bekanntgabe von Disziplinarentscheiden an Lehrpersonen und Schüler vorsieht, stellt kein formelles Gesetz im Sinne von § 5 Abs. 2 Bst. a DSG dar.

Die Voraussetzung gemäss § 5 Abs. 2 Bst. a DSG ist somit *nicht* erfüllt.

(b) Es ist sodann zu prüfen, ob eine Bekanntgabe des Disziplinarentscheids für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe *offensichtlich unentbehrlich* ist.

Aus § 8 Abs. 1 des Gesetzes über die kantonalen Schulen ergibt sich, dass die Schulkommission für die Ordnung und die Disziplin an den Schulen verantwortlich ist. Der Unterricht wird von Hauptlehrern, Lehrbeauftragten und Stellvertretern erteilt. Diese sind verpflichtet, ihren Lehrauftrag nach den gesetzlichen Regelungen und Weisungen der Schulbehörde zu erfüllen (§ 14 Abs. 1 und § 15 Abs. 2 Bst. a G kant. Schulen). Anhand dieser Pflichten ist zu beurteilen, ob und welche Disziplinar massnahmen bekannt gegeben werden dürfen. Die Bekanntgabe von Disziplinarentscheiden lässt sich mit anderen Worten nur dann rechtfertigen, wenn sie der Aufrechterhaltung von Ordnung und Disziplin oder der ordentlichen Erfüllung der den Lehrpersonen auferlegten gesetzlichen Pflichten offensichtlich dient.

Aufgrund dieser Beurteilungsgrundlagen ist es datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden, wenn den *zuständigen Lehrpersonen* des disziplinierten Schülers Massnahmen gemäss § 4 Abs. 1 Bst. c) bis e) der Disziplinarordnung bekannt gegeben werden.

Auch aufgrund des datenschutzrechtlichen Grundsatzes der *Zweckbindung* der Datenbearbeitung folgt übrigens, dass die Datenbekanntgabe nur den Umfang erreichen darf, der für die Erreichung des Zwecks notwendig ist. Daraus lassen sich sachliche und personelle Grenzen ableiten:

Die *sachliche* Grenze besteht darin, dass der Lehrperson nur diejenigen Daten über SchülerInnen bekannt zu geben sind, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt. Deshalb genügt grundsätzlich etwa die Mitteilung, dass ein Schüler aufgrund einer Disziplinar massnahme für eine bestimmte Dauer von der Schule verwiesen ist. Eine darüber hinausgehende Mitteilung darf nur dann und soweit erfolgen, als es dem Zweck der Massnahme dient.

Die *personelle* Grenze besteht, wiederum gemessen am Zweck, darin, dass Entscheide gemäss § 4 Abs. 1 Bst. c) und e) der Disziplinarordnung denjenigen Lehrpersonen mitzuteilen sind, die mit dem betroffenen Schüler Kontakt

haben. Eine darüber hinausgehende Information ist zur Erfüllung des Zwecks grundsätzlich nicht erforderlich. Ein Entscheid gemäss § 4 Abs. 1 Bst. d der Disziplinarordnung kann dem gesamten Lehrkörper der Schule mitgeteilt werden, sofern sich die Bewährung auch auf das Verhalten ausserhalb der Unterrichtsstunden bezieht. So lässt sich sicherstellen, dass das bewährende Verhalten des betroffenen Schülers kontrolliert und allfällige Verstösse erkannt und geahndet werden können. Hat er sich nur innerhalb einer Unterrichtsstunde oder gegenüber bestimmten Lehrpersonen zu bewähren, ist es mit dem Datenschutzgesetz nicht vereinbar, *sämtliche* Lehrpersonen über Massnahmen zu informieren.

Eine Bekanntgabe an *Schülerinnen und Schüler* kommt nur im Rahmen des Klassenverbandes des disziplinierten Schülers und auch diesbezüglich nur insoweit und insofern in Frage, als es für den ordentlichen Schulablauf erforderlich ist.

Fazit

Beide vorgeschlagenen Versionen von § 4 Abs. 4 der Disziplinarordnung widersprechen dem Datenschutzgesetz insoweit eine allgemeine Information von *Schülerinnen und Schüler* vorgesehen ist.

Lehrpersonen können hingegen informiert werden, sofern und soweit es für die Erfüllung ihrer Aufgaben *offensichtlich unentbehrlich* ist.

III. Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung

Fragestellung

Eine Person, die vor ein paar Jahren in Zug steuerpflichtig war, verlangt von der kantonalen Steuerverwaltung die Vernichtung ihrer Steuerakten. Wie hat die Steuerverwaltung dieses Gesuch um Löschung von Personendaten zu beantworten?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Vorbemerkungen

Die kantonale Steuerverwaltung hat über Personendaten zu entscheiden, für die sie das verantwortliche Organ ist. Das betrifft alle von der kantonalen Steuerverwaltung bearbeiteten Daten, die noch nicht gemäss den Bestimmungen des Archivgesetzes archiviert worden sind.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf Personendaten in rechtskräftig erledigten Verfahren.

2. Keine Anwendbarkeit des eidgenössischen DSG

Das eidg. DSG (SR 235.1) findet Anwendung auf die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen und durch Bundesorgane. Als Bundesorgane gelten Behörden und Dienststellen des Bundes sowie Personen, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Bst. h eidg. DSG). Es findet demnach für die Bearbeitung von Personendaten durch die Steuerverwaltung des Kantons Zug *keine* Anwendung, auch wenn diese Aufgaben im Sinne des Gesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG; SR 642.11) erfüllt.

3. Aufbewahrung und Löschung von Daten

Die kantonale Steuerverwaltung ist ein Organ im Sinne von § 2 Bst. i DSG und § 4 des Archivgesetzes vom 29. Januar 2004 (ArchivG; BGS 152.4). Sie darf Personendaten nur unter den Voraussetzungen gemäss § 5 DSG bzw. der weiteren datenschutzrechtlich relevanten Spezialbestimmungen bearbeiten. Zur Bearbeitung gehören gemäss § 2 Bst. c DSG auch Aufbewahrung, Archivierung, Löschung bzw. Vernichtung von Personendaten.

a) Aufbewahrung

Gemäss § 11 DSG und § 4 ArchivG muss die kantonale Steuerverwaltung die Akten so lange aufbewahren wie diese unmittelbaren Beweis Zwecken dienen und bis das Staatsarchiv über die Archivwürdigkeit entschieden hat.

Die Daten dienen so lange unmittelbaren Beweis Zwecken im Sinne von § 11 DSG, als die kantonale Steuerverwaltung mit Ansprüchen bzw. einer Wiederaufnahme eines Verfahrens rechnen muss. Die Aufbewahrungsdauer ergibt

sich insbesondere aus Art. 121, 148, 152 und 189 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer sowie aus § 123, § 140, § 145 und § 211 des Zuger Steuergesetzes (BGS 632.1). Es sind aber nur diejenigen Akten während der dort vorgesehenen Fristen aufzubewahren, die für die ordnungsgemässe Durchführung dieser Verfahren unentbehrlich bzw. offensichtlich unentbehrlich sind.

b) Löschung/Vernichtung

Aufgrund von § 11 DSG sind diejenigen Daten zu löschen bzw. zu vernichten, für die keine Pflicht zur Aufbewahrung im Sinne der oben gemachten Ausführungen (mehr) besteht.

Eine Vernichtung bzw. Löschung von Daten ist überdies gemäss § 15 Abs. 2 Bst. a DSG dann vorzunehmen, wenn die betroffene Person ein schutzwürdiges Interesse an der Vernichtung *widerrechtlich* bearbeiteter Daten hat. Als schutzwürdiges Interesse gilt jedes Interesse am Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Person. Die zivilrechtlichen Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz können diesbezüglich in Analogie herangezogen werden.

4. Entscheid

Wird das Gesuch des Betroffenen durch die Steuerverwaltung ganz oder teilweise abgelehnt, so hat sie gemäss § 16 DSG ihren Entscheid zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

Fazit

Der geltend gemachte Lösungsanspruch kann sich nur auf Daten beziehen, für die die kantonale Steuerverwaltung verantwortliches Organ ist.

Die Steuerverwaltung kann den Anspruch auf Vernichtung der Akten dann ablehnen, wenn, solange und soweit die Daten unmittelbaren Beweis Zwecken dienen und über die Archivwürdigkeit der Daten noch nicht entschieden ist.

Die Steuerverwaltung kann nicht über die Vernichtung von Daten entscheiden, die durch das Staatsarchiv als archivwürdig qualifiziert wurden oder vom Staatsarchiv bereits archiviert wurden. Diesfalls müsste der Betroffene ein Gesuch an das Staatsarchiv stellen.

IV. Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen

Ausgangslage

Ein 15-Jähriger wird von der Jugendanwaltschaft in einer Strafsache zu einem Arbeitseinsatz von zwei Tagen verurteilt. In der Gemeinde werden ein halbes Jahr später Straftaten begangen. Dem Jugendlichen wird in der Folge durch die Polizei ein DNA-Abstrich genommen. Die Begründung dieser erkenntungsdienstlichen Behandlung lautet, sie stehe im Zusammenhang mit den damaligen Vorfällen und werde bei Verurteilungen routinemässig vorgenommen.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Rechtsgrundlagen

Bei Jugendlichen kommt grundsätzlich das ordentliche Untersuchungsverfahren gemäss der Zuger Strafprozessordnung (§ 62 Abs. 3 StPO; BGS 321.1) zur Anwendung. Die Rechtslage ist somit grundsätzlich nicht anders als bei Erwachsenen.

Die Frage der DNA-Probenahme durch die Polizei richtet sich nach § 12 StPO in Verbindung mit dem Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem und vermissten Personen (im Folgenden: DNA-Profil-Gesetz; SR 363).

Gemäss Art. 3 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz kann eine Probenahme (z.B. ein Wangenschleimhautabstrich) zum Zwecke der DNA-Analyse bei Personen vorgenommen werden, die eines *Verbrechens* oder *Vergehens verdächtigt* werden.

Eine DNA-Probe kann bei *Verurteilten* unter den in Art. 5 DNA-Profil-Gesetz aufgeführten Gründen entnommen werden.

Beide dieser Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall *nicht* gegeben.

Art. 7 DNA-Profil-Gesetz sieht vor: «Ordnet die Polizei eine Probenahme an, so informiert sie die betreffende Person über ihr Recht, diesen Entscheid bei der Strafuntersuchungsbehörde anzufechten. Bei einer Anfechtung wird die Entnahme nur vorgenommen, wenn die Strafuntersuchungsbehörde den Entscheid bestätigt.»

Diese Regelung ist in der Zuger StPO in § 12 Abs. 1^{bis} wie folgt ausgeführt:

«Im Rahmen der bundesrechtlichen Vorschriften führen die Polizeiorgane unter der Leitung des Polizeikommandos die erkenntungsdienstliche Behandlung und die damit zusammenhängende Spurenauswertung zur erkenntungsdienstlichen DNA-Erfassung durch. Verweigert die betroffene Person die durch die Polizei angeordnete Probenahme, so ist die Bestätigung der Anordnung durch die Strafuntersuchungsbehörde notwendig [...]»

Der Entscheid der Strafuntersuchungsbehörde kann im Rahmen des Strafverfahrens mit Beschwerde gemäss § 80 StPO angefochten werden.

Zum Inhalt des Betroffenen über seine Rechte gehört auch die Information über die Auskunftsrechte der betroffenen Person gemäss Art. 15 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz («Die anordnende Behörde informiert die betroffene Person vor der Probenahme über die Aufnahme ihres DNA-Profiles in das Informationssystem, über ihre Auskunftsrechte und über die Voraussetzungen der Löschung.»)

2. Beurteilung

Es handelt sich hier bei der betroffenen Person um einen *Jugendlichen*. Das ordentliche Untersuchungsverfahren kommt zur Anwendung. Weder das StGB noch das DNA-Profil-Gesetz stehen dem entgegen.

Im vorliegenden Fall ist es ausgeschlossen, eine Probenahme ausschliesslich im Zusammenhang mit den Vorfällen, für die der Jugendliche bereits verurteilt worden ist, anzuordnen. Die diesbezüglichen Voraussetzungen gemäss Art. 5 DNA-Profil-Gesetz sind *nicht* erfüllt.

Die vorliegende Probenahme lässt sich demnach nur gestützt auf Art. 3 DNA-Profil-Gesetz vornehmen:

- Entweder ist der Jugendliche verdächtig im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a DNA-Profil-Gesetz bzw. Beschuldigter im Sinne von § 21^{bis} Abs. 1 StPO (i.V.m. § 10 StPO). Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn der Jugendliche verdächtig wird, die neuerdings vorgefallenen Straftaten verübt zu haben und wenn es sich bei diesen Straftaten um Verbrechen oder Vergehen handelt,

- oder der Jugendliche gehört zu anderen Personen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b DNA-Profil-Gesetz, also zu denjenigen, deren DNA benötigt wird, um seine Spur von derjenigen anderer an einem Verbrechen oder Vergehen beteiligten Personen zu unterscheiden;

- oder er weist bestimmte, in Bezug auf die Tatbegehung festgestellte Merkmale auf und soll als möglicher Täter erkannt oder ausgeschlossen werden.

Ausgeschlossen ist demnach eine routinemässige, anlassfreie Probenahme, ohne dass der Jugendliche verdächtig ist oder ein Bezug zwischen ihm und einem begangenen oder vermuteten Verbrechen oder Vergehen besteht.

Fazit

Es ist somit davon auszugehen, dass die Polizei bei Personen, die eines Verbrechen oder Vergehens verdächtig werden, einen Wangenschleimhautabstrich auch ohne vorgängige richterliche Anordnung im Rahmen der erkennungsdienstlichen Massnahmen durchführen darf.

Art. 7 DNA-Profil-Gesetz lässt eine polizeiliche Vornahme ohne richterliche Ermächtigung zu, sofern die betroffene Person *nach einer Rechtsbelehrung diesem Vorgehen zustimmt*.

V. Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind?

Fragestellung

Regelmässig wird der Datenschutzbeauftragte von betroffenen Eltern, denen das Sorgerecht über ihr unmündiges Kind *nicht* zusteht, angefragt, ob sie das Recht haben, Informationen über ihr Kind zu erhalten.

Im Folgenden wird die Frage im Sinne eines Beispiels anhand der Situation in der *Schule* dargestellt. Die Überlegungen lassen sich aber grundsätzlich auch auf andere Lebenssituationen übertragen.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Ausgangspunkt

Betroffene Personen haben aufgrund des Datenschutzgesetzes einen Anspruch auf Einsicht in ihre *eigenen* Daten. In der Schule ist aber die betroffene Person die Schülerin, der Schüler, *nicht* hingegen die Eltern. Bei Unmündigen nimmt grundsätzlich der gesetzliche Vertreter die Ausübung ihrer Rechte wahr. Der gesetzliche Vertreter hat somit das Recht, von der Lehrperson bzw. der Schule Einsicht in Daten über sein Kind verlangen zu können.

Wie nun aber steht es um einen Elternteil, dem das Sorgerecht *nicht* zusteht? Er ist ja weder betroffene Person, noch gesetzlicher Vertreter seines Kindes.

2. Besondere Regelung im ZGB

Es ist nicht bei allen Stellen bekannt, dass diese Datenbekanntgabe in Art. 275a des Zivilgesetzbuches ausdrücklich geregelt ist. Es lohnt sich deshalb, diese Bestimmung hier zu zitieren:

Information und Auskunft

¹ Eltern ohne elterliche Sorge sollen über besondere Ereignisse im Leben des Kindes benachrichtigt und vor Entscheidungen, die für die Entwicklung des Kindes wichtig sind, angehört werden.

² Sie können bei Drittpersonen, die an der Betreuung des Kindes beteiligt sind, wie namentlich bei Lehrkräften, Ärztinnen und Ärzten, in gleicher Weise wie der Inhaber der elterlichen Sorge Auskünfte über den Zustand und die Entwicklung des Kindes einholen.

³ Die Bestimmungen über die Schranken des persönlichen Verkehrs und die Zuständigkeit gelten sinngemäss.

3. Rechtslage

a) Vorhandener persönlicher Verkehr zwischen dem nicht-sorgeberechtigten Elternteil und dem Kind

Wichtigste Voraussetzung des Informationsflusses zwischen der Schule und dem nicht-sorgeberechtigten Elternteil ist, dass durch die Vormundschaftsbehörde oder das Gericht weder der persönliche Verkehr zwischen diesem Elternteil und dem Kind, noch die Informations- und Auskunftsrechte nach Art. 275a ZGB beschränkt oder gar ausgeschlossen sind.

Liegen solche Beschränkungen vor, müssen Schule und Lehrpersonen durch den *sorgeberechtigten* Elternteil darüber informiert werden.

b) Sinn und Zweck der Datenbekanntgabe

Der Gesetzgeber will, dass auch der Nicht-Sorgeberechtigte über Wichtiges im Leben seines Kindes informiert ist. Was aber nicht beabsichtigt ist: Er soll nicht die Möglichkeit erhalten, die erzieherischen Entscheidungen des Sorgeberechtigten zu kontrollieren, diese in Frage zu stellen und sich in die Aufgaben des Sorgeberechtigten einzumischen, steht doch – definitionsgemäss – dem Nichtsorgeberechtigten das Sorgerecht eben *nicht* zu.

c) Keine Zustimmung des Sorgeberechtigten erforderlich

Es ist festzuhalten, dass der elterliche Teil, dem das Sorgerecht zusteht, dieser Datenbekanntgabe durch die Schule an den nicht-sorgeberechtigten Elternteil *nicht* zuzustimmen hat. Er ist auch weder vorgängig, noch im Nachhinein diesbezüglich zu informieren. Er kann diesen Informationsfluss grundsätzlich auch nicht verhindern.

d) Umfang

Gemäss dem klaren Wortlaut der Bestimmung des ZGB hat der Nicht-Sorgeberechtigte das Recht, in gleicher Weise informiert zu werden, wie der sorgeberechtigte Elternteil.

e) Können von Unterlagen auch Kopie verlangt werden?

Der Gesetzestext besagt, dass die Lehrperson *Auskünfte* zu erteilen hat. Wenn aber diese Auskünfte auf schriftlichen Unterlagen beruhen – Schulbüchern etc. – so ist davon auszugehen, dass der anfragende Elternteil gestützt auf § 17 Abs. 2 des Datenschutzgesetzes auch einen Anspruch auf *kostenlose Kopien* hat.

f) Grenzen – Persönlichkeitsrechte des Schülers

Wenn Lehrpersonen die Eltern informieren, haben sie in jedem Fall die Persönlichkeitsrechte der Schülerin, des Schülers zu wahren. Der Umfang der Persönlichkeitsrechte hängt jeweils von der konkreten Situation ab, wobei insbesondere das Alter des Kindes entscheidend ist. Handelt es sich um ein Kind im Kindergarten oder um eine fast volljährige Oberstufenschülerin? Je älter ein Jugendlicher ist, desto stärker sind seine eigenen Rechte zu beachten.

g) Welche Rechte haben Pflegeeltern?

Sofern keine abweichende Regelungen getroffen wurden, vertreten Pflegeeltern das Kind, soweit es zur Erfüllung ihrer Aufgabe notwendig ist (Art. 300 ZGB). Entsprechend stehen ihnen in diesem Rahmen diesbezüglich auch die vorstehend genannten Rechte gegenüber der Schule zu.

h) Welche Rechte haben Grosseltern, Verwandte oder weitere Dritte?

Falls diese Personen nicht die Pflegeeltern des Kindes sind, erhalten sie von der Schule *keinerlei* Informationen über das Kind. Anders verhält es sich nur, wenn der sorgeberechtigte Elternteil seine Zustimmung zur Datenbekanntgabe an solche Drittpersonen erteilt hat. In der Praxis dürfte diese Situation bezüglich der Lebenspartnerin, des Lebenspartners des sorgeberechtigten Elternteils recht häufig vorkommen.

