

Gerichts- und Verwaltungspraxis 2006



Kanton Zug

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 Rechtsdienst der Staatskanzlei.

Inhaltsübersicht

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2006	5
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	65
Abkürzungsverzeichnis	77
<i>A. Gerichtspraxis</i>	
I. Staats- und Verwaltungsrecht	86
1. Planungs- und Baurecht	86
2. Vergaberecht	103
3. Steuerrecht	107
4. Ausländerrecht	115
5. Personenrecht	123
6. Strassenverkehrsrecht	126
7. Sozialversicherung	142
II. Zivilrecht	158
1. Personenrecht	158
2. Familienrecht	164
3. Obligationenrecht	167
III. Schuldbetreibung und Konkurs	172
V. Strafrecht	191
V. Rechtspflege	195
1. Zivilrechtspflege	195

2. Strafrechtspflege	211
<i>B. Verwaltungspraxis</i>	
I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	225
Organisationsrecht	225
II. Bau- und Planungsrecht	239
<i>C. Grundsätzliche Stellungnahmen</i>	
Datenschutzpraxis	255
Vorbemerkungen	255
I. Gemeindliche Bestimmung zum Datenschutz?	256
II. Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland	257
III. Private Webcam erfasst öffentlichen gemeindlichen Raum . . .	260
IV. Welchen Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit?	262

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2006

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
- Voraussetzung für die Ausweisung eines Ausländers infolge Straffälligkeit. Sie muss nach den gesamten Umständen angemessen erscheinen (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 ANAV). Entscheidend ist letztlich die Verhältnismässigkeitsprüfung, die gestützt auf die gesamten wesentlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist. Abweisung des Antrags auf persönliche Anhörung 2006 S. 115

Ausnützungübertragung

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

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
- Gemeindliche Bestimmung zum Datenschutz? 2006 S. 256
- Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland 2006 S. 257
- Private Webcam erfasst öffentlichen gemeindlichen Raum 2006 S. 260
- Welchen Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit? 2006 S. 262

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
- Die einem Ehegatten auferlegte grundsätzliche Verpflichtung zur Übernahme der Kosten der Fremdplatzierung in der abschliessenden Eheschutzverfügung ist nicht vollstreckbar und bedarf in verschiedener Hinsicht der Ergänzung; namentlich mit Bezug auf die Höhe dieser Kosten und den Anspruchsberechtigten. In welchem Verfahren und auf wessen Antrag diese Ergänzung bzw. ein vollstreckbarer Entscheid (ein definitiver Rechtsöffnungstitel) erstritten werden kann, wurde offen gelassen, da der Einzelrichter die angefochtene Verfügung, mit welcher der Beschwerdeführer zur Zahlung eines bestimmten Betrages an das Heim, das die Kinder A. und B. aufgenommen hat, erlassen hat, ohne dem Beschwerdeführer vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren, weshalb sie bereits aus diesem Grund aufzuheben ist 2006 S. 164

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
- Zur Zulässigkeit gemeindlicher Bestimmungen zum Datenschutz 2006 S. 256

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

- Leistungspflicht der Eidgenössischen Invalidenversicherung. Auch der atypische Autismus gilt als Geburtsgebrechen gemäss Ziffer 401 GgV Anhang, sofern er bis zum vollendeten fünften Lebensjahr erkennbar war 2006 S. 143
- Beweiswert eines Berichtes des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD). Einem Bericht des regionalen ärztlichen Dienstes kann nicht allein aufgrund des pauschalen Hinweises auf die interdisziplinäre Zusammensetzung seines Ärzteteams zum Vornherein ein erhöhter Beweiswert beigemessen werden. Ist zudem nicht bekannt, welche Person mit welcher fachärztlichen Qualifikation einen solchen Bericht verfasst hat, so handelt es sich lediglich um eine verwaltungsinterne Aktenbeurteilung, welche vom kantonalen Versicherungsgericht höchstens im Sinne einer Parteimeinung, nicht aber als eigentliche ärztliche Beurteilung in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann 2006 S. 145
- Verordnung über Geburtsgebrechen - Begriff der Behandlung 2006 S. 147

K

Kindeschutzmassnahmen

- Besuchsrechtsbeistand 2001 S. 185
- Entziehung der elterlichen Sorge einer mit unbekanntem Aufenthalt abwesender Mutter 2001 S. 188
- Keine Zuständigkeit des Regierungsrats, wenn bereits ein gerichtliches Eheschutzverfahren läuft 2000 S. 203
- Ablehnung der Rückführung eines Kindes nach Australien (Art. 13 Abs. 1 HEntfÜ), weil der Antragssteller dem Verbleib des Kindes in der Schweiz zugestimmt hat und regelmässig Marihuana konsumiert. Im Verfahren betr. Kindesrückführung dürfen keine gerichtlichen Kosten auferlegt werden. Die unterliegende Partei hat indes die obsiegende Partei für ihre prozessualen Umtriebe angemessen zu entschädigen 2002 S. 154

Krankengeschichte

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

Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung

- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 S. 69
- Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten. - Der Beweis der Fristwahrung kann im Falle eines Gesuchs, das nie bei der Behörde eintraf, nicht durch Zeugen, die über die Einzelheiten der Postaufgabe Auskunft geben, erbracht werden 2004 S. 133
- Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe 2002 S. 94
- Das Sozialamt, das für eine Person Sozialhilfe ausrichtet, erhält die volle Prämienverbilligung, wenn es auch erst nach Fristablauf vom Anspruch auf Sozialhilfe erfuhr 2003 S. 99
- Die Differenzzahlungspflicht des Wohnsitzkantons greift nicht, wenn ein medizinischer Notfall anlässlich einer nicht medizinisch indiziert ausserkantonal erfolgten ärztlichen Behandlung eintrat 2006 S. 149
- Prämienverbilligung; Frist zur rechtzeitigen Einreichung eines Gesuches um Neuberechnung 2006 S. 154

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» massgebend; der Anspruch des teilweise arbeitsfähigen Arbeitnehmers besteht so lange, bis der erhaltene Lohn dem vollen Salär für die «beschränkte Zeit» entspricht 2003 S. 167
- Kostenlosigkeit des Verfahrens nach Art. 343 Abs. 3 OR; die Kostenlosigkeit des Verfahrens gelangt auch in Fällen zur Anwendung, in denen es einzig um die Frage geht, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist 2003 S. 175
- Freistellung eines Handelsreisenden; Bestimmung des Freistellungslohnes 2001 S. 139
- Freistellungslohn und Leistungen der Arbeitslosenkasse 2001 S. 139
- Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe; Aktivlegitimation einer lokalen paritätischen Berufskommission 2001 S. 142
- Ausstelldatum eines erst einige Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten (Schluss)Arbeitszeugnisses 2002 S. 169
- Mietrecht; Entschädigung von Investitionen, welche vom Mieter in der Liegenschaft getätigt worden sind, wenn das Mietverhältnis durch höhere Gewalt beendet wird 2003 S. 165
- Lombardkredit - Einen Anlageberater treffen neben der Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden 2005 S. 177
- Die Zulässigkeit des Widerrufsrechts im Auftragsverhältnis ist mit Bezug auf einen Betreuungsvertrag zu verneinen 2005 S. 178
- Eine verfrüht ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters ist grundsätzlich ungültig und wirkungslos. Es stellt sich einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist 2006 S. 167
- Die kündigende Partei hat die Richtigkeit der angegebenen Kündigungsgründe zu beweisen, sofern sie bestritten sind. Bei einer unwahren Begründung bestehen starke Indizien dafür, dass die Kündigung vorgeschoben ist, um das unzulässige Motiv zu verbergen. Die Kündigung erwiese sich diesfalls als rechtsmissbräuchlich und es wäre Sache des Vermieters, diesen Verdacht zu widerlegen 2006 S. 170

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

Organisationsrecht

Ausstandspflicht

- Die Unabhängigkeit und die Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden entspricht einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. Die Befangenheit betrifft nur natürliche Personen, deshalb kann der Ausstand nur von den Mitgliedern eines Spruchkollegiums, nicht aber von der ganzen Behörde verlangt werden. Wie weit reichen die Mindestanforderungen an die Unbefangenheit von Behördemitgliedern? 2006 S. 225
- Zweck ist, jede Befangenheit oder Interessenkollision zu verhindern und jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. Sie erfasst alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können. Wann ist ein Behördemitglied in einer Angelegenheit vorbefasst? 2006 S. 231

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

Personalrecht

- Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland 2006 S. 257

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 Zivil-

- standsregister formell korrekt ist, d.h. auf echten Belegen beruht, die materiell unrichtig sind. Dafür bedarf es der Umstossung jener Belege, auf denen die angeblich materiell unrichtige Registereintragung beruht. – Zuständig zur Anerkennung eines türkischen Urteils betreffend Änderung des Geburtsjahrs ist die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen, mithin die Direktion des Innern des Kantons Zug 2005 S. 167
- Wohnsitz eines allein stehenden Wochenaufenthalters. Haus und Tiere als Anknüpfungskriterium für den Wohnsitz 2005 S. 270
 - Namensänderungen werden bewilligt, wenn wichtige Gründe vorliegen. Ein Konkubinatsverhältnis zwischen der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt und dem Konkubinatspartner als leiblichem Vater stellt noch keinen wichtigen Grund für eine Namensänderung dar 2006 S. 123
 - Die Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB stellt eine umfassende Gestaltungsklage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand dar, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht. Entsprechend dem Zweck des Bereinigungsverfahrens ist allerdings vorausgesetzt, dass damit (auch) ein Eintrag oder eine Berichtigung des Zivilstandsregisters angestrebt wird. Klarstellung, unter welchen Voraussetzungen gemäss Art. 42 ZGB auf Berichtigung des Zivilstandsregisters geklagt werden kann und wann das Namensänderungsverfahren gemäss Art. 30 ZGB einzuleiten ist 2006 S. 158

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 schadhaften Stützmauer eine Baubewilligung 2004 S. 69
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfeilern 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
 - Schmutzwasserleitungen sind Bauten im Sinne des Raumplanungsrechts. Ausserhalb der Bauzonen dürfen Schmutzwasserleitungen nicht «auf Vorrat» in ein Grundstück eingelegt werden 2006 S. 87
 - Die Umnutzung eines Tränkeschopfs/Freizeitlokals in ein Gastgewerbelokal kann in einer Zone «Übriges Gebiet für Golf» nach Art. 24a ff. RPG nicht bewilligt werden, wenn dadurch neue Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen 2006 S. 91
 - Erforderlichkeit eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens für die Aufnahme eines Gewerbebetriebes. Bei der gewerbsmässigen Herstellung von Pizzas entstehende Gerüche fallen als Emissionen unter die Luftreinhalteverordnung und sind in der Regel über das Dach zu entsorgen 2006 S. 97

- Anforderungen an eine Arealbebauung bei der Aufstockung und beim Umbau von in Einzelbauweise erstellten Mehrfamilienhäusern 2006 S. 239
- Tragweite der Bestandesgarantie 2006 S. 245
- unwesentliche oder wesentliche Änderung eines Bebauungsplanes in der Altstadt von Zug 2006 S. 248

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 Ausnahmegrund; 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 Beteiligte im Strafpunkt gleichgestellt 2004 S. 219
- Im zugerischen Strafprozess wird der Prozessstoff durch die Überweisungsverfügung in Kombination mit der Anklageschrift bestimmt und begrenzt. Praxisänderung 2004 S. 222
- Abwesenheitsverfahren 2000 S. 191
- Aktenherausgabe; kein Anspruch auf Herausgabe an den Verteidiger 2000 S. 178
- Ausstand eines Kantonsrichters, der in verschiedenen Verfahren mitwirkt 2001 S. 174
- Einstellung der Strafuntersuchung; die Verweisung auf den Zivilweg ist ein prozessleitender Entscheid, keine Beschwerde an die Justizkommission 2000 S. 182
- Qualität der Beschwerde gegen Urteile des Einzelrichters in Strafsachen 2000 S. 183
- Kompetenz des Einzelrichters bei Zusatzstrafen 2000 S. 187
- Vergewaltigung als Officialdelikt; Recht des Angeschuldigten Fragen an den Belastungszeugen zu stellen 2000 S. 188
- Mit dem Rückzug des Strafantrages entfällt eine Prozessvoraussetzung, das Strafverfahren ist einzustellen; Auswirkung auf Kostenfolge 2002 S. 219

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

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

- Gegen eine einstweilige Einstellungsverfügung steht den Parteien die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung. Diese lässt sich – bei weitherziger Auslegung des Begriffs Untersuchungshandlung – auf § 80 Ziff. 1 StPO stützen, aber namentlich auch – zumindest analog – auf Ziff. 7 von § 80 StPO, welcher in seiner neuen Fassung vom 19. Dezember 2002 die Einstellungsverfügung ausdrücklich als Beschwerdeobjekt nennt 2005 S. 257
- Das Einzelrichteramt hat keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem es aus dem Teilfahrverbot für Motorräder ein Halte- und Parkverbot abgeleitet hat 2005 S. 259
- Auf eine nicht oder nicht genügend begründete Beschwerde kann nicht eingetreten werden. Begründet ist die Beschwerde dann, wenn der Beschwerdeinstanz dargelegt wird, auf welche Argumente sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf die gestellten Anträge stützt 2005 S. 261
- Herausgabepflicht Dritter; Akteneinsicht des Privatklägers in die edierten Unterlagen. Wer zur Edition aufgefordert wird, muss sich grundsätzlich in diesem Zeitpunkt auf sein allfälliges Verweigerungsrecht berufen und die Edition verweigern, allenfalls die Siegelung verlangen. Er kann damit nicht zuwarten, bis den Prozessbeteiligten Akteneinsicht gewährt wird, und sich erst in diesem Zeitpunkt dagegen zur Wehr setzen. Nur wenn das Strafverfahren nachträglich ausgedehnt wird und die edierten Akten eine weitergehende Verwendung finden, als in der Editionsverfügung dargelegt wurde bzw. werden konnte, namentlich etwa nachträglich neu hinzugekommenen Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht gewährt werden soll, wäre denkbar, dass der Editionsverpflichtete sich auch noch mit Beschwerde gegen die Akteneinsichtsverfügung auf sein Editionsverweigerungsrecht im Sinne von § 29 Abs. 3 StPO berufen könnte 2006 S. 211
- Gegen die Ablehnung von beantragten Untersuchungshandlungen ist kein Rechtsmittel gegeben. Die Weigerung des Untersuchungsrichteramtes, eine verlangte Untersuchungshandlung vorzunehmen, gehört nicht zu den in § 80 StPO ausdrücklich genannten Beschwerdefällen. Eine grosszügige Auslegung der Generalklausel von § 80 Ziff. 1 StPO widerspricht aber klar § 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 1 StPO. Damit kann bereits nach Konsultation des zugerischen Verfahrensrechts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung erkannt werden 2006 S. 216
- Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) als erkennungsdienstliche Massnahme. Der WSA stellt einen – wenn auch nur geringfügigen – Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen dar und setzt deshalb neben einer gesetzlichen Grundlage und einem öffentlichen Interesse auch die Verhältnismässigkeit voraus. Steht mithin von vornherein unzweifelhaft fest, dass eine DNA-Analyse für die zulässigen Zwecke gemäss Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz nicht in Betracht kommt, erscheint die Probenahme als unverhältnismässig und es ist deshalb darauf zu verzichten 2006 S. 219

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
- Beweismwürdigung; 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 Synalagmas bewirken 2003 S. 203
- Internationale Zuständigkeit; Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Gültigkeit von mit internationalen Warenkäufen im Zusammenhang stehenden Gerichtsstandsklauseln richten sich nicht nach dem WKR, sondern nach dem Prozessrecht der lex fori. Sind die formellen Anforderungen von Art. 17 LugÜ für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt und liegt zwischen den Parteien keine Einigung über den Ort der Erfüllung gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vor, so ist der Erfüllungsort im Zusammenhang mit internationalen Warenkäufen nach Art. 31 WKR zu bestimmen 2003 S. 208
- Sicherstellung der Parteientschädigung bei definitivem Verlustschein 2003 S. 213
- Unantastbarkeit von kleinen Vermögen i.S. von § 46 Abs. 1 ZPO 2003 S. 214
- Novenrecht im Eheschutzverfahren. In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Oficialmaxime. Entsprechend sind in der 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 Betreibung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen 2003 S. 222
- Kann auf die betreibungsrechtliche Beschwerde offensichtlich wegen formellen Mängeln nicht eingetreten werden, erübrigt es sich, auf ein (erneut) gestelltes Ausstandsbegehren gegen die ordentlichen Mitglieder der Justizkommission einzutreten 2004 S. 211
- Werden Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt bzw. ergeben sich solche aufgrund der Urteilsbegründung, sind diese mit dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen. Weiterleitung des Gesuchs von Amtes wegen an die zuständige Behörde 2004 S. 212
- Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers 2005 S. 209
- Von der klägerischen Partei, die einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG erlangt hat, kann keine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden 2005 S. 212
- Bestreitungslast. Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein 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 2005 S. 214
- Würdigung von Zeugenaussagen anhand von wissenschaftlich unterlegten Kriterien, Merkmale für die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Unglaubhaftigkeit seiner konkreten Zeugenaussage 2005 S. 215
- § 93 ZPO bildet keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen. Solche Massnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist 2005 S. 220
- Vorsorgliche Massnahmen. Eine Wiederholungsgefahr ist zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht. Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens 2005 S. 222

- Ist eine Ersatzvornahme möglich, kann (noch) nicht die Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangt werden. Dieses Institut ist erst als ultima ratio zulässig 2005 S. 226
- Nichteintreten auf eine Beschwerde wegen ungebührlicher Äusserungen? 2005 S. 228
- Wiederherstellung der Berufungsfrist bei Versäumnis infolge höherer Gewalt. Das Restitutionsgesuch ist innert angemessener Frist einzureichen, d.h. sobald die Tatsache der Fristversäumnis dem Betroffenen bekannt geworden und ihm die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs zugemutet werden kann. Als angemessen dürfte eine Frist gelten, die der für die Einreichung des versäumten Rechtsmittels normierten entspricht 2005 S. 231
- Wird ein Zivilgericht angerufen, hat es seine eigenen prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden; die Zivilgerichte sind dem Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht unterstellt (vgl. § 2 VRG). Die Frage der Weiterleitungspflicht richtet sich demnach nicht nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 7 VRG), sondern nach dem Gerichtsorganisationsgesetz 2005 S. 233
- Kostenvorschuss. Erfolgt die Zahlung des Kostenvorschusses über ein Bankkonto auf das Postkonto der Gerichtskasse, ist die Zahlung rechtzeitig erfolgt, wenn das Geld am letzten Tag der Frist zugunsten der Gerichtskasse bei der Post eingegangen ist. Keine Rolle spielt dagegen, wann der Betrag dem Postkonto der Gerichtskanzlei gutgeschrieben wurde 2006 S. 195
- Kosten- und Entschädigungsfolgen. Reicht eine Partei Entscheide anderer kantonaler Gerichte, die ihren Standpunkt im Verfahren vor zugerischen Gerichten stützen, weil sie in vergleichbaren Fällen ergangen sind, verspätet in den hiesigen Prozess ein, kann sie deswegen nicht zur Zahlung von Gerichtskosten und einer Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden 2006 S. 197
- Unentgeltliche Prozessführung. Voraussetzung für das Eintreten auf ein neues Gesuch ist, dass der Antragsteller wesentlich veränderte Verhältnisse seit der Abweisung des ersten Gesuches geltend machen kann 2006 S. 199, 200
- Die Unverbindlichkeit eines vor Kantonsgericht abgeschlossenen Vergleichs wegen Willensmängeln ist auf dem Beschwerdeweg und nicht mit selbständiger Klage geltend zu machen (Praxisänderung) 2006 S. 201

- Kaufvertrag; Zahlungsverprechen. Voraussetzungen für den Erlass eines einstweiligen Zahlungsverbotes (Erw. 2). Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch in casu nicht glaubhaft gemacht (Erw. 3 und 4a). Frage nicht abschliessend beurteilt, ob ein Abrufverbot an den Begünstigten mit einem Zahlungsverbot an den Garanten ergänzt bzw. ersetzt werden kann (Erw. 4b) 2006 S. 207

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 Betreuung am neuen Betreuungsort ohne Einleitungsverfahren fortgesetzt werden. Wurden seit der Beseitigung des Rechtsvorschlages Teilzahlungen auf die Betreuungsforderung 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 Konkursöffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld kann nur berücksichtigt werden, wenn diese innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist 2001 S. 161
- Auf offensichtlichem Irrtum beruhender Eintrag im Handelsregister und deren Folgen für das Betreibungsamt 2001 S. 150
- Einforderung grundpfandgesicherter Zinsen und Annuitäten 2001 S. 152
- Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils 2001 S. 154
- Nachlassstundungsverfahren; Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung und Gewährung einer neuerlichen Stundung 2001 S. 162

- Änderung des Wohnsitzes des Schuldners während des Einleitungsverfahrens 2002 S. 175
- Rechtsstillstand wegen schwerer Erkrankung; Voraussetzungen 2002 S. 177
- Die in einem Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgte Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils erwächst in Rechtskraft und bindet den Richter in einem späteren Rechtsöffnungsverfahren 2002 S. 179
- Es ist in erster Linie Sache des Urteilsstaates, die ordnungsgemäße Zustellung des Urteils zu prüfen, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll. Zustellungsnachweis mittels Zustellungsurkunde und deren Bedeutung 2002 S. 182
- Prozessgewinn des Klägers besteht in der Differenz zwischen jener Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre und jener, welche ihm nach der gerichtlich bereinigten Kollokation zukommt 2002 S. 185
- Die Frage, ob eine Forderung als Kostenforderung oder Massaschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, ist als ein solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Die aus der Zwangsverwertung einer Liegenschaft anfallende Mehrwertsteuer gehört zu den Massekosten und ist vorab aus dem Gesamterlös der Liegenschaft zu bezahlen 2002 S. 187
- Arrest kann nur auf Sachen und Rechte gelegt werden, die zumindest nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Dritteigentum darf nur im Falle des sog. «Durchgriffs» verarrestiert werden, d.h. wenn der Schuldner seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat 2002 S. 190
- 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 Dritrinteressent 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 Konkursöffnung aufheben zu können 2005 S. 192
- Das Konkursamt ist beim Freihandverkauf verpflichtet, das aus kaufmännischer Sicht beste Ergebnis anzustreben. Es darf sich nicht einfach mit dem erstbesten Angebot zufrieden geben, sondern muss geeignete Abklärungen treffen, um mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilen zu können, ob ein bestimmtes Angebot von einem Kaufinteressenten angemessen ist 2005 S. 195
- Einrede mangelnden neuen Vermögens. Das Betreibungsamt hat nicht zu überprüfen, ob der Konkurs des Schuldners mangels Aktiven eingestellt wurde. Darüber kann einzig der Richter entscheiden 2005 S. 198
- Der Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 Abs. 1 SchKG in den Prozess ist erst mit der Bezahlung des von ihm geforderten Kostenvorschusses vollzogen 2005 S. 199
- Entschädigung als Mitglied des Gläubigerausschusses. Die Konkursverwaltung hat nicht die Kompetenz, die Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses abschliessend zu prüfen und darüber zu befinden. Über die Berechtigung und Angemessenheit der Rechnungen entscheidet vielmehr die Aufsichtsbehörde (Erw. 1). Weigert sich die Konkursverwaltung aus einem materiellrechtlichen Grund, die Forderung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses zu begleichen, hat darüber der Zivilrichter und nicht die Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Erw. 2) 2005 S. 200
- Zustellung eines Zahlungsbefehls. Es liegt kein unzulässiger Interessenkonflikt vor, wenn der Zahlungsbefehl an eine Angestellte der betreibenden Gläubigerin in den Geschäftsräumlichkeiten der betriebenen

- Schuldnerin zugestellt wird, welche den Zahlungsbefehl an einen Vertreter der betriebenen Schuldnerin weiterleitet, der nicht im Dienste der betreibenden Gläubigerin steht 2006 S. 172
- Urkundenedition im Rechtsöffnungsverfahren. Im Rechtsöffnungsverfahren gelten Editionsbegehren grundsätzlich als unzulässig, namentlich wenn sie sich auf den Rechtsöffnungstitel beziehen 2006 S. 175
 - Wird das Gesuch um Konkurseröffnung wegen Überschuldung auf Begehren der Revisionsstelle vom Konkursrichter abgewiesen, ist die Revisionsstelle mangels Parteistellung bzw. mangels Rechtsschutzinteresses nicht zur Beschwerde legitimiert 2006 S. 178
 - Die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ist nicht schiedsfähig 2006 S. 179
 - Ein Begehren um neue Schätzung durch Sachverständige wird gegenstandslos, wenn über die Grundpfandschuldnerin der Konkurs eröffnet wird. Ergibt die neue Schätzung durch den Sachverständigen nur eine geringfügige Abweichung, kann von vornherein keine Aussage darüber gemacht werden, welche von beiden Schätzungen den höheren Anspruch auf Richtigkeit hat 2006 S. 188

Schule

- Kognition bei Schülerbeurteilungen; Beschwerde gegen Maturitätsnote 2000 S. 221
- Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung) 2003 S. 126
- Zum Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit 2006 S. 262

Schulrecht

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

Sozialhilfe

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

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
- Beschwerdefrist und Fristenlauf. Mit der Eröffnung des Einsprachentscheids innerhalb des Fristenstillstands wird die Beschwerdefrist ausgelöst und beginnt am ersten Tag nach Ende des Fristenstillstandes zu laufen 2006 S. 142

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
- Wenn die Eigentümerin einer Wohnung mit ihrem Sohn aus Gründen der Steuerersparnis einen Mietvertrag abschliesst, dessen Einhaltung nicht nachgewiesen werden kann, so liegt trotzdem ein steuerbarer Eigenmietwert vor 2006 S. 107
- Liegenschaftshandel - Einkommen als selbständiger Erwerbstätigkeit oder Verwaltung von Privatvermögen - Abgrenzungskriterien 2006 S. 109

Steuergeheimnis

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

Steuerrecht

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

Stiftung

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

Stipendiengesuch

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

Strafrecht

- Begriff des Arbeitsergebnisses i.S. von Art. 23 UWG 2000 S. 165
- Check- und Kreditkartenmissbrauch; Verhältnis zu Betrug 2000 S. 166
- Unlauterer Wettbewerb; Begriff der besonders aggressiven Verkaufsmethode 2002 S. 193
- Der Handel mit Derivaten ist für die Beurteilung der Unerfahrenheit gemäss Art. 157 StGB getrennt vom Handel mit traditionellen Finanzinstrumenten zu betrachten, das heisst es sind das Wissen und die Erfahrungen der Kunden in Bezug auf den Geschäftsbereich des Optionen- und Futureshandels massgebend 2006 S. 191

Strassenverkehrsrecht

- Führerausweisentzug und Wiedererteilung unter Auflagen; es ist nicht zulässig, mit einem Warnungsentzug gleichzeitig aus Sicherheitsgründen vorgesehene Massnahmen zu verbinden 2003 S. 139
- Vorsorglicher Entzug des Führerausweises. Bei regelmässigem Kokainkonsum ist der Führerausweis bis zur definitiven Abklärung der Fahrtauglichkeit vorsorglich zu entziehen 2006 S. 138
- Die Anordnung eines Parkierungsverbotes stellt eine funktionelle Verkehrsordnung nach Art. 3 Abs. 4 SVG dar, die auf einer Strasse im privaten Eigentum angeordnet werden kann, wenn diese dem öffentlichen Verkehr zur Benützung offen steht. Solche Massnahmen können u.a. zwecks Gewährleistung der Zugänglichkeit der hinterliegenden Wohnliegenschaften für schwere Fahrzeuge der öffentlichen Dienste (Kehrlichtversorgung, Feuerwehr) angeordnet werden. Im konkreten Fall keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; Bejahung der erforderlichen Verfügungsmacht des Gemeinwesens aufgrund einer ungemessenen Dienstbarkeit sowie des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit der Massnahme, unter Verneinung eines unzulässigen Eingriffs in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) 2006 S. 126

T

Tempo 30-Zone

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

U

Umweltrecht

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

Unfallversicherung

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

- Gestützt auf das Kausalitätsprinzip entsteht für vorbestehende oder nach einem Unfall aufgetretene (interkurrente) Krankheiten, auf welche der Unfall keinen Einfluss ausgeübt hat, für den Unfallversicherer keine Leistungspflicht 2006 S. 155

Unlauterer Wettbewerb

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

V

Vergaberecht

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

- Bedeutung des Offertöffnungsprotokolls; rechtswidriger Zuschlag, wenn sich die Offerte auf qualitativ minderwertige Materialien stützt 2003 S. 113
- Die Berücksichtigung eines Pauschalangebots für die Vergabe von mehreren Aufträgen ist grundsätzlich zulässig, sofern allen Anbietern die gleiche Möglichkeit offen steht 2005 S. 90
- Wichtige Gründe für den Abbruch des Verfahrens 2006 S. 103

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

Webcam

- Zur Unzulässigkeit von Webcams Privater, die den öffentlichen Raum erfassen 2006 S. 260

Wohnsitz

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Z

Zahlungsunfähigkeit

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Zivilstandsregister

- Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister 2004 S. 157

Zuständigkeit

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

Inhaltsverzeichnis 2006

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Planungs- und Baurecht

S.

- Art. 22 ff. RPG – Schmutzwasserleitungen sind Bauten im Sinne des Raumplanungsrechts. Ausserhalb der Bauzonen dürfen Schmutzwasserleitungen nicht «auf Vorrat» in ein Grundstück eingelegt werden.* 87
- Art. 24 – 24d RPG – Die Umnutzung eines Tränkeschopfs/Freizeitlokals in ein Gastgewerbelokal kann in einer Zone «Übriges Gebiet für Golf» nach Art. 24a ff. RPG nicht bewilligt werden, wenn dadurch neue Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen.* 91
- Art. 7 Abs. 2 und Art. 11 USG, Art. 6 Abs. 1 LRV – Frage der Erforderlichkeit eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens für die Aufnahme eines Gewerbebetriebes. Bei der gewerbsmässigen Herstellung von Pizzas entstehende Gerüche fallen als Emissionen unter die Luftreinhalteverordnung und sind in der Regel über das Dach zu entsorgen – In casu liegt ein Ausnahmefall vor (Erw. 3).* 97

2. Vergaberecht

- Art. 13 lit. i IVöB; § 35 Abs. 1 SuB – Wichtige Gründe für den Abbruch des Verfahrens.* 103

3. Steuerrecht

- Art. 21 Abs. 1 DBG; § 209 Abs. 1 StG – Wenn die Eigentümerin einer Wohnung mit ihrem Sohn aus Gründen der Steuerersparnis einen Mietvertrag abschliesst, dessen Einhaltung nicht nachgewiesen werden kann, so liegt trotzdem ein steuerbarer Eigenmietwert vor.* 107
- Art. 18 DBG – Liegenschaftshandel – Einkommen als selbständiger Erwerbstätigkeit oder Verwaltung von Privatvermögen – Abgrenzungskriterien.* 109

4. Ausländerrecht

115

Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG – Voraussetzungen für die Ausweisung eines Ausländers infolge Straffälligkeit. Sie muss nach den gesamten Umständen angemessen erscheinen (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art.16 Abs. 3 ANAV). Entscheidend ist letztlich die Verhältnismässigkeitsprüfung, die gestützt auf die gesamten wesentlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist. Abweisung des Antrags auf persönliche Anhörung.

5. Personenrecht

123

Art. 30 Abs. 1 ZGB – Namensänderungen werden bewilligt, wenn wichtige Gründe vorliegen. Ein Konkubinatsverhältnis zwischen der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt und dem Konkubinatspartner als leiblichem Vater stellt noch keinen wichtigen Grund für eine Namensänderung dar.

6. Strassenverkehrsrecht

126

Art. 3 Abs. 4 SVG – Die Anordnung eines Parkierungsverbotes stellt eine funktionelle Verkehrsanordnung nach Art. 3 Abs. 4 SVG dar, die auf einer Strasse im privaten Eigentum angeordnet werden kann, wenn diese dem öffentlichen Verkehr zur Benützung offen steht. Solche Massnahmen können u.a. zwecks Gewährleistung der Zugänglichkeit der hinterliegenden Wohnliegenschaften für schwere Fahrzeuge der öffentlichen Dienste (Kehrichtversorgung, Feuerwehr) angeordnet werden. Im konkreten Fall keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; Bejahung der erforderlichen Verfügungsmacht des Gemeinwesens aufgrund einer ungemessenen Dienstbarkeit sowie des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit der Massnahme, unter Verneinung eines unzulässigen Eingriffs in die Eigentumsгарantie (Art. 26 BV).

Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG und Art. 30 VZV – Vorsorglicher Entzug des Führerausweises. Bei regelmässigem Kokainkonsum ist der Führerausweis bis zur definitiven Abklärung der Fahreignung vorsorglich zu entziehen.

138

7. Sozialversicherung	142
<i>Art. 60 Abs. 1 und 2 ATSG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 und 4 ATSG. – Beschwerdefrist und Fristenlauf. Mit der Eröffnung des Einspruchsentscheids innerhalb des Fristenstillstands wird die Beschwerdefrist ausgelöst und beginnt am ersten Tag nach Ende des Fristenstillstandes zu laufen.</i>	
<i>Art. 13 Abs. 1 IVG; Art. 1 und 2 GgV; Ziffer 401 GgV Anhang – Leistungspflicht der Eidgenössischen Invalidenversicherung. Auch der atypische Autismus gilt als Geburtsgebrechen gemäss Ziffer 401 GgV Anhang, sofern er bis zum vollendeten fünften Lebensjahr erkennbar war.</i>	143
<i>Art. 49 IVV – Beweiswert eines Berichtes des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD). Einem Bericht des regionalen ärztlichen Dienstes kann nicht allein aufgrund des pauschalen Hinweises auf die interdisziplinäre Zusammensetzung seines Ärzteteams zum Vornherein ein erhöhter Beweiswert beigemessen werden. Ist zudem nicht bekannt, welche Person mit welcher fachärztlichen Qualifikation einen solchen Bericht verfasst hat, so handelt es sich lediglich um eine verwaltungsinterne Aktenbeurteilung, welche vom kantonalen Versicherungsgericht höchstens im Sinne einer Parteimeinung, nicht aber als eigentliche ärztliche Beurteilung in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann.</i>	145
<i>Ziff. 404 des Anhanges zur Verordnung über Geburtsgebrechen – Begriff der Behandlung</i>	147
<i>Art. 41 Abs. 3 KVG: Die Differenzzahlungspflicht des Wohnsitzkantons greift nicht, wenn ein medizinischer Notfall anlässlich einer nicht medizinisch indiziert ausserkantonale erfolgten ärztlichen Behandlung eintrat.</i>	149
<i>§ 6^{ter} des Gesetzes betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG, auch IPVG genannt) – Frist zur rechtzeitigen Einreichung eines Gesuches um Neuberechnung</i>	154
<i>Art. 18 Abs. 1 UVG – Gestützt auf das Kausalitätsprinzip entsteht für vorbestehende oder nach einem Unfall aufgetretene (interkurrente) Krankheiten, auf welche der Unfall keinen Einfluss ausgeübt hat, für den Unfallversicherer keine Leistungspflicht.</i>	155

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 42 ZGB; Art. 30 ZGB. – Die Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB stellt eine umfassende Gestaltungsklage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand dar, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht. Entsprechend dem Zweck des Bereinigungsverfahrens ist allerdings vorausgesetzt, dass damit (auch) ein Eintrag oder eine Berichtigung des Zivilstandsregisters angestrebt wird (E 1.). Klarstellung, unter welchen Voraussetzungen gemäss Art. 42 ZGB auf Berichtigung des Zivilstandsregisters geklagt werden kann und wann das Namensänderungsverfahren gemäss Art. 30 ZGB einzuleiten ist (E. 2 – 4).

158

2. Familienrecht

Art. 172 ff. ZGB. – Die einem Ehegatten auferlegte grundsätzliche Verpflichtung zur Übernahme der Kosten der Fremdplatzierung in der abschliessenden Eheschutzverfügung ist nicht vollstreckbar und bedarf in verschiedener Hinsicht der Ergänzung; namentlich mit Bezug auf die Höhe dieser Kosten und den Anspruchsberechtigten. In welchem Verfahren und auf wessen Antrag diese Ergänzung bzw. ein vollstreckbarer Entscheid (ein definitiver Rechtsöffnungstitel) erstritten werden kann, wurde offen gelassen, da der Einzelrichter die angefochtene Verfügung, mit welcher der Beschwerdeführer zur Zahlung eines bestimmten Betrages an das Heim, das die Kinder A. und B. aufgenommen hat, erlassen hat, ohne dem Beschwerdeführer vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren, weshalb sie bereits aus diesem Grund aufzuheben ist.

164

3. Obligationenrecht

Art. 257d OR. – Eine verfrüht ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters ist grundsätzlich ungültig und wirkungslos (Erw. 3a und b). Es stellt sich einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist (Erw. 3c). Rechtsmissbrauch in casu bejaht (Erw. 3d).

167

- Art. 271 OR. – Die kündigende Partei hat die Richtigkeit der angegebenen Kündigungsgründe zu beweisen, sofern sie bestritten sind. Bei einer unwahren Begründung bestehen starke Indizien dafür, dass die Kündigung vorgeschoben ist, um das unzulässige Motiv zu verbergen. Die Kündigung erwiese sich diesfalls als rechtsmissbräuchlich und es wäre Sache des Vermieters, diesen Verdacht zu widerlegen. 170

III. Schuldbetreibung und Konkurs

- Art. 65 SchKG. – Zustellung eines Zahlungsbefehls. Es liegt kein unzulässiger Interessenkonflikt vor, wenn der Zahlungsbefehl an eine Angestellte der betreibenden Gläubigerin in den Geschäftsräumlichkeiten der betriebenen Schuldnerin zugestellt wird, welche den Zahlungsbefehl an einen Vertreter der betriebenen Schuldnerin weiterleitet, der nicht im Dienste der betreibenden Gläubigerin steht. 172
- Art. 80 SchKG. – Urkundenedition im Rechtsöffnungsverfahren. Im Rechtsöffnungsverfahren gelten Editionsbegehren grundsätzlich als unzulässig, namentlich wenn sie sich auf den Rechtsöffnungstitel beziehen. Die Edition einer Lohnabrechnung zum Beleg von Auszahlung und Höhe eines 13. Monatslohns, an welchem die Gesuchstellerin gemäss Anweisung im definitiven Rechtsöffnungstitel anteilmässig zu beteiligen ist, ist gestützt auf § 127 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise zulässig. Entscheidend ist, dass die Edition nur der Feststellung einzelner, im materiellen Entscheid klar bezeichneter Voraussetzungen der Vollstreckung dient. 175
- Art. 174 Abs. 1, 192 und 194 Abs. 1 SchKG; Art. 725a und 729b Abs. 2 OR. – Wird das Gesuch um Konkurseröffnung wegen Überschuldung auf Begehren der Revisionsstelle vom Konkursrichter abgewiesen, ist die Revisionsstelle mangels Parteistellung bzw. mangels Rechtsschutzinteresses nicht zur Beschwerde legitimiert. 178
- Art. 285 ff. SchKG – Die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ist nicht schiedsfähig. 179
- Art. 9 Abs. 2 VZG; Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG. – Ein Begehren um neue Schätzung durch Sachverständige wird gegenstandslos, wenn über die Grundpfandschuldnerin der Konkurs eröffnet wird (Erw. 1). Ergibt die neue Schätzung durch den Sachverständigen nur eine geringfügige Abweichung, kann von vornherein keine Aussage darüber gemacht werden, welche von beiden Schätzungen den höheren Anspruch auf Richtigkeit hat (Erw. 2). Kostenpflicht (Erw. 3). 188

VI. Strafrecht

191

*Art. 157 StGB. – Der Handel mit Derivaten ist für die Beurteilung der Un-
erfahrenheit gemäss Art. 157 StGB getrennt vom Handel mit tradi-
tionellen Finanzinstrumenten zu betrachten, das heisst es sind das
Wissen und die Erfahrungen der Kunden in Bezug auf den Ge-
schäftsbereich des Optionen- und Futureshandels massgebend.*

V. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

- § 36 ZPO. – *Kostenvorschuss. Erfolgt die Zahlung des Kostenvorschusses über ein Bankkonto auf das Postkonto der Gerichtskasse, ist die Zahlung rechtzeitig erfolgt, wenn das Geld am letzten Tag der Frist zugunsten der Gerichtskasse bei der Post eingegangen ist. Keine Rolle spielt dagegen, wann der Betrag dem Postkonto der Gerichtskanzlei gutgeschrieben wurde.* 195
- § 38 und 40 f. ZPO. – *Kosten- und Entschädigungsfolgen. Reicht eine Partei Entscheide anderer kantonalen Gerichte, die ihren Standpunkt im Verfahren vor zugerischen Gerichten stützen, weil sie in vergleichbaren Fällen ergangen sind, verspätet in den hiesigen Prozess ein, kann sie deswegen nicht zur Zahlung von Gerichtskosten und einer Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden.* 197
- § 46 ff. ZPO. – *Unentgeltliche Prozessführung. Voraussetzung für das Eintreten auf ein neues Gesuch ist, dass der Antragsteller wesentlich veränderte Verhältnisse seit der Abweisung des ersten Gesuches geltend machen kann.* 199, 200
- §§ 57 Abs. 2, 67 und 208 Ziff. 10 ZPO; § 85 GOG. – *Die Unverbindlichkeit eines vor Kantonsgericht abgeschlossenen Vergleichs wegen Willensmängeln ist auf dem Beschwerdeweg und nicht mit selbständiger Klage geltend zu machen (Praxisänderung; Erw. 1). Irrtum im konkreten Fall verneint (Erw. 2).* 201
- § 129 Ziff. 3 ZPO. – *Kaufvertrag; Zahlungsverprechen. Voraussetzungen für den Erlass eines einstweiligen Zahlungsverbot (Erw. 2). Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch in casu nicht glaubhaft gemacht (Erw. 3 und 4a). Frage nicht abschliessend beurteilt, ob ein Abrufverbot an den Begünstigten mit einem Zahlungsverbot an den Garanten ergänzt bzw. ersetzt werden kann (Erw. 4b).* 207

2. Strafrechtspflege

211

§§ 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 2, 15 Abs. 1, 20 Abs. 1, 27 und 29 StPO. – Herausgabepflicht Dritter; Akteneinsicht des Privatklägers in die edierten Unterlagen. Wer zur Edition aufgefordert wird, muss sich grundsätzlich in diesem Zeitpunkt auf sein allfälliges Verweigerungsrecht berufen und die Edition verweigern, allenfalls die Siegelung verlangen. Er kann damit nicht zuwarten, bis den Prozessbeteiligten Akteneinsicht gewährt wird, und sich erst in diesem Zeitpunkt dagegen zur Wehr setzen. Nur wenn das Strafverfahren nachträglich ausgedehnt wird und die edierten Akten eine weitergehende Verwendung finden, als in der Editionsverfügung dargelegt wurde bzw. werden konnte, namentlich etwa nachträglich neu hinzugekommenen Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht gewährt werden soll, wäre denkbar, dass der Editionsverpflichtete sich auch noch mit Beschwerde gegen die Akteneinsichtsverfügung auf sein Editionsverweigerungsrecht im Sinne von § 29 Abs. 3 StPO berufen könnte.

§§ 11^{ter} Abs. 1 und 80 StPO. – Gegen die Ablehnung von beantragten Untersuchungshandlungen ist kein Rechtsmittel gegeben. Die Weigerung des Untersuchungsrichteramtes, eine verlangte Untersuchungshandlung vorzunehmen, gehört nicht zu den in § 80 StPO ausdrücklich genannten Beschwerdefällen. Eine grosszügige Auslegung der Generalklausel von § 80 Ziff. 1 StPO widerspricht aber klar § 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 1 StPO. Damit kann bereits nach Konsultation des zugerischen Verfahrensrechts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung erkannt werden.

§ 12 Abs. 1^{bis} StPO; Art. 1 Abs. 2, Art. 3 und Art. 7 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz; §§ 4 und 56 DR. – Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) als erkennungsdienstliche Massnahme. Der WSA stellt einen – wenn auch nur geringfügigen – Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen dar und setzt deshalb neben einer gesetzlichen Grundlage und einem öffentlichen Interesse auch die Verhältnismässigkeit voraus. Steht mithin von vornherein unzweifelhaft fest, dass eine DNA-Analyse für die zulässigen Zwecke gemäss Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz nicht in Betracht kommt, erscheint die Probenahme als unverhältnismässig und es ist deshalb darauf zu verzichten.

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Organisationsrecht

- Ausstandspflicht – Die Unabhängigkeit und die Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden entspricht einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. E. 1 – Die Befangenheit betrifft nur natürliche Personen, deshalb kann der Ausstand nur von den Mitgliedern eines Spruchkollegiums, nicht aber von der ganzen Behörde verlangt werden. E. 2 – Wie weit reichen die Mindestanforderungen an die Unbefangenheit von Behördemitgliedern? E. 5* 225
- Ausstandspflicht – Zweck ist, jede Befangenheit oder Interessenkollision zu verhindern und jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. E. 1. Sie erfasst alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können. E. 2. Wann ist ein Behördemitglied in einer Angelegenheit vorbefasst? E. 5* 231

II. Bau- und Planungsrecht

- § 29, PBG, §§ 53 und 54 BO Zug – Anforderungen an eine Arealbebauung bei der Aufstockung und beim Umbau von in Einzelbauweise erstellten Mehrfamilienhäusern.* 239
- § 72 PBG – Tragweite der Bestandesgarantie* 245
- § 39 PBG – unwesentliche oder wesentliche Änderung eines Bebauungsplanes in der Altstadt von Zug* 248

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

- Welche Kompetenzen stehen der Gemeinde im Bereich des Datenschutzes zu und welche Bedeutung hat die Verweisung auf das Bundesrecht bzw. das kantonale Recht hat.* 256
- Können Daten von Verwaltungsmitarbeitenden ins Ausland übermittelt und dort bearbeitet werden? Ist eine Verweisung auf die Anwendbarkeit des deutschen Rechts zulässig?* 257
- Wie können sich Personen wehren, die sich durch eine private Webcam eines Dritten in ihrer Privatsphäre gestört fühlen. Welche rechtliche Relevanz kommt der Tatsache zu, dass die Webcam durch eine Privatperson aus einer privaten Wohnung heraus betrieben wird? Und welche Bedeutung hat es, wenn damit der öffentliche Raum – Strasse und Parkplätze überwacht wird?* 260
- Von Lehrperson, besonders aber von schulischen Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern werden über betroffene Schülerinnen und Schüler in der Regel eine Vielzahl von sehr sensiblen Daten bearbeitet. Wie ist der Datenaustausch zwischen Lehrperson, Rektorat und schulischem Sozialarbeiter zu regeln?* 262

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 (Rechtshilferordnung) 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. 22 ff. RPG – Schmutzwasserleitungen sind Bauten im Sinne des Raumplanungsrechts. Ausserhalb der Bauzonen dürfen Schmutzwasserleitungen nicht «auf Vorrat» in ein Grundstück eingelegt werden.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 8. Mai 2006 teilte das Amt für Raumplanung des Kantons Zug (ARP) F.G. mit, dass es seinem Gesuch um Erstellung einer Schmutzwasserleitung bei drei Grundstücken ausserhalb der Bauzone nicht zustimmen könne. Zur Begründung führte das ARP aus, die Grundstücke würden sich gemäss kantonalem Richtplan im Landschaftsschon- und Landschaftsschutz- und Landwirtschaftszone bzw. ausserhalb der Bauzone befinden. Bauten und Anlagen hätten dem Zweck der Nutzungszone zu entsprechen. Die geplante Schmutzwasserleitung diene der abwassermässigen Erschliessung der drei Grundstücke. Diese seien weder bebaut, noch könnten sie gemäss den Zonenvorschriften überbaut werden. Die Schmutzwasserleitung könne weder landwirtschaftlich begründet werden noch sei sie standortgebunden. Eine Bewilligung könne daher nicht erteilt werden. Gegen diese Verfügung liess F.G. am 8. Juni 2006 Beschwerde einreichen und beantragen, der Entscheid des ARP sei aufzuheben und es sei im Sinne eines Zwischenentscheides die Bewilligung zur Erstellung einer Schmutzwasserleitung mit Anschluss an die öffentliche Kanalisation für drei Grundstücke zu genehmigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse. Mit Vernehmlassung vom 20. Juni 2006 beantragt der Gemeinderat die Abweisung der Beschwerde. Mit Vernehmlassung vom 10. Juli 2006 beantragt das ARP die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

Aus den Erwägungen

...

2. Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass a. die Bauten dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und b. das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 RPG). Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten (Art. 22 Abs. 3 RPG).

a) Der für den Umfang der Baubewilligungspflicht massgebende Begriff der «Bauten und Anlagen» wird im Bundesrecht nicht näher umschrieben. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gelten als Bauten und Anlagen im Sinne von Art. 22 RPG mindestens «jene künstlich geschaffenen und auf die Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung oder die Umwelt beeinträchtigen» (Waldmann/Hänni, Handkommentar zum RPG, Art. 22 N 10 mit Verweisen auf die Gerichtspraxis). Ausschlaggebend ist nach der Praxis des Bundesgerichts nicht allein die Veränderung des Terrains durch bauliche Vorrichtungen oder Geländeänderungen. Entscheidend ist die räumliche Bedeutung eines Bauvorhabens insgesamt. Die Baubewilligungspflicht soll den Behörden die Möglichkeit verschaffen, ein Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Als Bauten gelten in der Regel ober- und unterirdische Gebäude oder gebäudeähnliche Objekte sowie Fahrnisbauten, die während nicht unerheblichen Zeiträumen ortsfest verbunden sind. Als Anlagen werden dagegen eher Einrichtungen bezeichnet, die das Gelände oder den umliegenden Raum verändern (EJPD, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Art. 22 N 7). Der bundesrechtliche Begriff der Bauten und Anlagen kann von den Kantonen weiter, nicht aber enger gefasst werden. In diesem Sinne können die Kantone nicht von der Bewilligungspflicht ausnehmen, was nach Art. 22 RPG einer Bewilligung bedarf. Für die Ermittlung des Bestehens einer Baubewilligungspflicht ist wie folgt vorzugehen: Zunächst stellt sich die Frage, ob das betreffende Bauvorhaben im Lichte von Art. 22 RPG einer Baubewilligung bedarf. Nur wenn dies zu verneinen ist, ist weiter zu prüfen, ob das kantonale Recht hinsichtlich der Bewilligungspflicht grundsätzlich strengere Anforderungen stellt und davon wiederum bestimmte Bauten ausnimmt. Ist dagegen bereits die Baubewilligungspflicht gestützt auf Art. 22 RPG zu bejahen, bleibt kein Raum für eine anders lautende kantonale Regelung, so dass sich eine weitere Prüfung erübrigt (BGE vom 17. Februar 2004, 1A.202/2003, Erw. 3).

b) Im vorliegenden Fall geht es um die Erstellung einer Schmutzwasserleitung zu drei Grundstücken ausserhalb der Bauzone. Vorgesehen ist eine Leitung mit einem Durchmesser von 20 cm. Die Mindestlänge - ab der Liegenschaft P. gemessen - beträgt zirka 90 Meter. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass es sich bei dieser Schmutzwasserleitung um eine künstlich geschaffene und auf die Dauer angelegte Einrichtung handelt. Er stellt sich aber auf den Standpunkt, dass dadurch der Raum äusserlich nicht erheblich verändert werde, da die Leitung im Boden und damit äusserlich nicht erkennbar verlegt werde. Sie belaste auch die Erschliessung nicht, solange sie nicht benutzt werde. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die Erstel-

lung der neuen Schmutzwasserleitung die Umwelt in irgendeiner Weise beeinträchtigen werde. Dieser Auffassung kann sich das Gericht nicht anschliessen. Bei der Schmutzwasserleitung handelt es sich um eine unterirdische Anlage, die – nach Abschluss der Bauarbeiten – zwar die Umgebung äusserlich nicht erheblich beeinträchtigt, die aber die Nutzungsordnung beeinflusst und auch Auswirkungen auf die Erschliessung hat. Würde man der Auffassung des Beschwerdeführers folgen, so könnten die Eigentümer von Land ausserhalb der Bauzone ohne Baubewilligung überall und jederzeit auf Vorrat Schmutzwasserleitungen einbauen. Der Einbau von Schmutzwasserleitungen als Teil der Erschliessung eines Grundstücks hat aber zweifellos präjudizierenden Einfluss auf eine allfällige spätere Einzonung, was insofern die Interessen der Raumplanung tangiert, als die Nutzungsordnung durch vorbestehende Fakten mitbeeinflusst würde. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Einbau einer Schmutzwasserleitung einer Bewilligung im Sinne von Art. 22 RPG bzw. von § 1 Abs. 1 und 2 der Vollziehungsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG, BGS 721.111) bedarf. Die Baubewilligungsbehörden müssen hier die Möglichkeit haben, den Einbau der Schmutzwasserleitungen auf seine Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen.

c) Weiter zu prüfen ist die Frage, ob der Einbau einer Schmutzwasserleitung in diesem konkreten Fall nicht bereits heute dem Zweck der Nutzungszone entspricht. Der Beschwerdeführer vertritt in diesem Zusammenhang die Meinung, die drei anzuschliessenden Grundstücke würden sich gemäss dem kantonalen Richtplan im Siedlungserweiterungsgebiet befinden und es sei davon auszugehen, dass im Zuge der anstehenden Zonenplanrevision die Grundstücke einer Bauzone zugewiesen würden. Dazu ist Folgendes zu präzisieren: Die Frage, ob ein Bauvorhaben im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG dem Zweck der Nutzungszone entspricht, beurteilt sich danach, in welcher Nutzungszone es sich im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung befindet. Die drei Grundstücke befinden sich gemäss dem zurzeit gültigen Zonenplan in der Landwirtschafts- bzw. Landschaftsschutzzone. Gemäss dem angesprochenen Richtplan vom 28. Januar 2004 befinden sich alle drei Grundstücke auch klar ausserhalb des Siedlungsgebietes. Zutreffend ist zwar, dass die Siedlungsbegrenzungslinie im Bereich nördlich der fraglichen Grundstücke unterbrochen ist, was bedeutet, dass die zuständigen Behörden bei der Planung einen gewissen Handlungsspielraum haben. Wenn keine raumplanerischen Interessen dagegen sprechen, steht nämlich in solchen Fällen der Gemeinde bei der Abgrenzung der Wohnzonen ein Spielraum von ein bis zwei Bautiefen für die Siedlungserweiterung zu (Ziff. 1.2.3 des Richtplantextes). Eine solche theoretisch denkbare Siedlungserweiterung hat aber keine Vorwirkung. Sie dürfte sich auch in unmittelbarer Zukunft nicht verwirklichen. Die zurzeit laufende Ortsplanungsrevision wurde vom Stimmvolk noch nicht beschlossen und ist auch vom Regierungsrat noch nicht genehmigt

worden. Es erübrigen sich daher irgendwelche Spekulationen, ob die betroffenen Grundstücke vielleicht später einmal in den Genuss einer Einzonung in eine Wohnzone gelangen oder nicht. Zum jetzigen Zeitpunkt befinden sie sich jedenfalls ausserhalb der Bauzonen, so dass nur eine Bewilligung gestützt auf Art. 24 RPG denkbar wäre. In der Landwirtschafts- und Landschaftsschutzzone sind Schmutzwasserleitungen zonenfremd.

3. Gemäss Art. 24 RPG können abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Das Erfordernis der Standortgebundenheit verlangt, dass eine Baute oder Anlage auf eine bestimmte Lage ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Ob dies zutrifft, beurteilt sich allein nach einem objektiven Massstab, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Bei der Beurteilung der Standortgebundenheit sind generell strenge Anforderungen zu stellen, um der Zersiedlung der Landschaft entgegenzuwirken. Die Standortgebundenheit muss einem aktuellen und tatsächlichen Bedarf entsprechen. Sie fehlt, wenn sie im Hinblick auf eine künftige, sich nur möglicherweise realisierende Situation behauptet wird. Der Wortlaut von Art. 24 RPG spricht nämlich davon, dass der Zweck einer Baute einen Standort ausserhalb der Bauzone *erfordert*. Dies kann in zeitlicher Hinsicht aber nur bedeuten, dass die Standortgebundenheit in Bezug auf ein konkretes Projekt im Zeitpunkt der Bewilligung gegeben sein muss (BGE vom 4. Oktober 1983 in: ZBI 1984, 81). Der Bau von Erschliessungsanlagen ausserhalb der Bauzonen bedarf einer Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 24 RPG. Die Standortgebundenheit von Erschliessungsanlagen kann auch nicht ohne den Zweck, den sie erfüllen sollen, beurteilt werden. Das Bundesgericht hat es z.B. stets abgelehnt, die Standortgebundenheit mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Baute zu rechtfertigen, wenn diese selber zonenfremd ist. So hat es etwa die Trinkwasserversorgung eines Chalets in der Landwirtschaftszone als nicht standortgebunden bezeichnet (BGE vom 8. Dezember 2005, 1A.32/2005, Erw. 3.1).

Der Einbau von Schmutzwasserleitungen bei den drei betroffenen Grundstücken ist in Würdigung dieser Ausführungen nicht standortgebunden. Aus der Sicht des Beschwerdeführers wäre es sicher zweckmässig und auch wirtschaftlich sinnvoll, wenn die Schmutzwasserleitungen zusammen mit den andern Anschlüssen und Leitungen erstellt werden könnten. Eine Standortgebundenheit für den Einbau der Schmutzwasserleitung in die drei Parzellen ausserhalb der Bauzone ist aber zum jetzigen Zeitpunkt offensichtlich nicht gegeben. Selbst wenn bereits konkrete Anhaltspunkte für eine künftige mögliche Überbauung bestehen würden, so könnte heute die Standortgebundenheit nicht bejaht und gestützt auf Art. 24 RPG keine Ausnahmegewilligung erteilt werden.

Die angefochtene Verfügung erweist sich damit als korrekt, weshalb die Beschwerde abgewiesen werden muss.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2006

V 2006 / 70

Art. 24 - 24d RPG - Die Umnutzung eines Tränkeschopfs/Freizeitlokals in ein Gastgewerbelokal kann in einer Zone «Übriges Gebiet für Golf» nach Art. 24a ff. RPG nicht bewilligt werden, wenn dadurch neue Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen.

Aus dem Sachverhalt:

Am 22. Februar 2006 reichte L.M. bei der Gemeinde Risch ein Gesuch für die Umnutzung eines Freizeitraumes im Gebäude Assek. Nr. .. ein. Weil es sich beim Gesuch um ein Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone handelte, überwies die Bauabteilung Risch das Gesuch zur Prüfung an das kantonale Amt für Raumplanung (ARP). Mit Verfügung vom 15. März 2006 stellte das ARP fest, dass der Zweckänderung des Tränkeschopfs/Freizeitgebäudes in ein Gastgewerbelokal nicht zugestimmt werden könne. Die Gemeinde könne keine Bewilligung erteilen. Zur Begründung führte das ARP unter anderem aus, die Umnutzung des landwirtschaftlichen Tränkeschopfs in ein Freizeitgebäude gemäss der Zustimmung vom 20. Dezember 2001 habe Art. 24a Abs. 1 RPG entsprochen, wonach eine Zweckänderung zu bewilligen sei, wenn keine baulichen Massnahmen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG erforderlich seien und wenn keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen würden. Die Umnutzung des Schopfes in ein Freizeitgebäude habe als Ausnahme bewilligt werden können, weil es für eigene Zwecke genutzt worden sei und somit nicht mit Mehrverkehr habe gerechnet werden müssen. Die Ausnahmewilligung sei unter dem Vorbehalt erteilt worden, dass bei neuen Verhältnissen von Amtes wegen neu verfügt werden müsse. Mit der Zweckänderung des privat genutzten Freizeitgebäudes in eine Bar entstehe eine wesentlich andere Nutzung, nämlich ein Gastgewerbebetrieb, der Lärm und Mehrverkehr, d.h. neue Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt verursache. Die Umnutzung erfülle die Voraussetzungen nach Art. 24a Abs. 1 RPG nicht. Es handle sich dabei um eine vollständige Zweckänderung einer Baute für ein Gewerbe, das nicht dem Golfbetrieb diene. Das Gastgewerbelokal (Barbetrieb) im Tränkeschopf bzw. Freizeitgebäude sei zonenfremd und an diesen Standort nicht gebunden und könne nicht bewilligt werden.

Gegen diese Verfügung liess L.M. am 13. April 2006 Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung sei aufzuheben und es sei ihm die Zweckänderung des Tränkeschopfs in einen Bar-Betrieb, eventuell eine Be-

senbeiz oder ähnliches zu bewilligen, eventualiter seien die Akten zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des ARP. Mit Vernehmlassung vom 16. Mai 2006 beantragt das ARP die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers. Mit Schreiben vom 31. Mai 2006 teilte der Gemeinderat Risch dem Gericht mit, dass man nichts gegen die geplante Umnutzung einzuwenden habe, wenn eine Ausnahmegewilligung erteilt werden könne.

Aus den Erwägungen:

2. ...

b) Zu prüfen ist daher weiter, ob die vorgesehene Umnutzung dem Zweck der Nutzungszone entspricht. Gemäss dem zur Zeit gültigen Zonenplan von 1994 befindet sich das Bauvorhaben in der Zone Übriges Gebiet für Golfanlagen (UeG). Die Übrigen Zonen mit speziellen Vorschriften dienen Zwecken, welche im Zonenplan eigens vermerkt sind und sich anderswo in der Regel nicht verwirklichen lassen wie Schrebergärten, Reitsportanlagen, Camping- und Golfplätze (§ 27 PBG). Es handelt sich dabei um gemeindliche Zonen mit speziellen Vorschriften. Es sind aber keine Bauzonen. Im Anhang 2 zur Bauordnung der Gemeinde Risch finden sich die oben erwähnten speziellen Vorschriften für die Zone UeG. Gemäss Ziff. 1 ist das im Zonenplan bezeichnete Gebiet für die Erstellung einer Golfanlage reserviert. Diese umfasst eine öffentliche Golfanlage mit Übungsgelände und Kurzplatz sowie die dazugehörenden Infrastrukturanlagen. Die landwirtschaftlichen Ökonomiegebäude dienen der Bewirtschaftung der verbleibenden landwirtschaftlichen Flächen, als Stallungen für die Tiere sowie für die Unterbringung von Maschinen, Fahrzeugen, Materialien und Geräten für den Unterhalt des Golfplatzes (Ziff. 2). In der UeG ist die Erstellung von golfbedingten Bauten (Wetterschutzhütten, Blitzschutz) sowie Tierunterständen im landwirtschaftlich genutzten Gebiet erlaubt. Ebenso ist der Bau von Bewässerungsanlagen und Feldwegen für den Golfplatzunterhalt zugelassen (Ziff. 3).

c) Gegenstand des vorliegenden Baugesuchs ist das Gesuch um Umnutzung des Freizeitraums, Assek. Nr. ehemals Tränkeschopf, in einen Barbetrieb. Das Gebäude war bereits im Jahre 2001 Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens. Damals erteilte die Baudirektion des Kantons Zug ihre Zustimmung zur Umnutzung des ehemaligen Tränkeschopfs in ein Freizeitgebäude. Die Baudirektion stellte in der damaligen Verfügung vom 20. Dezember 2001 fest, dass der Freizeitraum lediglich im Innern entsprechende Unterhaltsarbeiten erfordere, ohne dass am Gebäude grössere Anpassungen und äussere Veränderungen ausgeführt würden. Da der Freizeitraum nur für eigene Zwecke genutzt werde, entstehe kein Mehrverkehr. Es seien auch keine sanitären Installationen vorgesehen. Heute geht es um die Beurteilung

der Umnutzung des Freizeitraums in eine Bar. Der Augenschein hat ergeben, dass auf einer Fläche von ca. 18 m² im ehemaligen Tränkeschopf eine Theke mit Barhockern und ein Tisch mit Eckbank eingerichtet wurden. Auch ein stattliches Angebot an alkoholischen und anderen Getränken ist vorhanden. Zugang zu der Bar findet man primär über eine ca. 700 Meter lange, schmale und asphaltierte Strasse, die mitten durch den Golfplatz und ein kleines Wäldchen direkt zum Gehöft M. führt. Auf dem Gehöft finden sich 20 Parkplätze, die für die Besucher zur Verfügung stehen, die mit dem Motorfahrzeug anreisen. Nach den Intentionen des Beschwerdeführers soll der Barbetrieb, für den im Übrigen im Freien unter dem Lindenbaum noch sechs Tische mit Bänken zur Verfügung stehen, für Golfer, Wanderer, Biker, Walker und beliebige Drittpersonen offen sein. Während der Woche öffnet die Bar – je nach Witterung – zwischen 16 und 18 Uhr, am Wochenende am Mittag oder am frühen Nachmittag. Offen soll die Bar bis ca. 21 Uhr sein, wobei es gemäss den Angaben des Beschwerdeführers auch später werden könne. Von April bis Ende Oktober soll das Lokal grundsätzlich geöffnet sein, im Winter nur für Kollegen.

d) Grundsätzlich ist es möglich, dass in einer Spezialzone für sportliche Aktivitäten (Golfzone) Verpflegungsbetriebe zonenkonform sind. Entscheidend ist dabei aber, dass diese Betriebe zur Infrastruktur des Golfplatzes gehören, d.h. sie müssen primär den Benützern des Golfplatzes zur Verfügung stehen und sich bezüglich Öffnungszeiten und Angebot auf diese ausrichten. Im vorliegenden Fall haben wir es aber mit einer Bar zu tun, die zwar mitten in der Golfzone liegt, bei der aber die Besucher des Golfplatzes nur einen zufälligen Teil der Kundschaft ausmachen. Die Bar unterscheidet sich nicht von anderen Restaurationsbetrieben ausserhalb der Bauzone. Bewirtet werden hier nicht nur die Golfspieler, für die an sich bereits heute genügend Verpflegungsmöglichkeiten in der Golfzone vorhanden sind, sondern auch alle anderen Freizeitsportler und auch Personen, die extra mit Fahrzeugen anreisen bzw. fahren. Von den Öffnungszeiten her orientiert sich die Bar nicht am Golfplatz, der während des ganzen Tages geöffnet ist, sondern eher an einer Feierabend-Kundschaft. Der zu einer Bar umgenutzte Tränkeschopf des Gehöfts M. gehört nicht zu den notwendigen Infrastrukturanlagen des Golfplatzes Holzhäusern. Entsprechend kann er nicht als zonenkonform bezeichnet werden. Gestützt auf Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG kann daher keine Bewilligung erteilt werden. Zu prüfen ist daher weiter, ob die Umnutzung des Tränkeschopfs in eine Bar gestützt auf andere Bestimmungen des RPG bewilligt werden kann.

3. Das RPG regelt in den Artikeln 24 – 24d, ob und inwieweit ausserhalb von der Bauzone vom Gebot der Zonenkonformität abgewichen werden darf.

a) Gemäss Art. 24 RPG können abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder ihren

Zweck zu ändern, wenn a. der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert, und b. keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Das Erfordernis der Standortgebundenheit verlangt, dass eine Baute oder Anlage auf eine bestimmte Lage ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Ob dies zutrifft, beurteilt sich allein nach objektiven Massstäben. Generell sind bei der Beurteilung der Standortgebundenheit eines Vorhabens strenge Anforderungen zu stellen, um der Zersiedlung der Landschaft entgegenzuwirken (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24 N 8 mit Hinweis auf die Gerichtspraxis). Restaurationsbetriebe sind in der Regel nicht standortgebunden. In Berg- und Tourismusgebieten kann die Standortgebundenheit für Verpflegungsbetriebe ausnahmsweise bejaht werden, wenn sachliche Gründe für den konkret in Anspruch genommenen Standort sprechen. Daran fehlt es, wenn es im entsprechenden Gebiet bereits eine Anzahl von entsprechenden Betrieben hat (BGE vom 28. 9. 1988 in: ZBl 1989, 337 ff. 341). Der vom Beschwerdeführer geplante Barbetrieb ist nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen. Die Bar könnte an jedem beliebigen Standort errichtet und betrieben werden. Auch befinden sich in unmittelbarer Nähe der Bar bereits diverse Verpflegungsbetriebe.

b) Erfordert die Änderung des Zwecks einer Baute oder Anlage ausserhalb der Bauzone keine baulichen Massnahmen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG, so ist die Bewilligung zu erteilen, wenn dadurch keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen. Ob es sich dabei um erhebliche oder bloss geringfügige Auswirkungen handelt, ist nicht massgebend. Sobald die Zweckänderung mit einer Mehrbelastung der Erschliessung und der Umwelt verbunden ist, fällt eine Bewilligung gemäss Art. 24a RPG ausser Betracht, selbst wenn ihr keine anderen Interessen gegenüberstehen oder solche sogar überwiegend für eine Zweckänderung sprechend würden (Urteil des Bundesgerichts 1A.214/2002, Erw. 5.1.1). Die vorliegend vorgesehene Zweckänderung von einem Tränkeschopf in einen Barbetrieb bzw. von einem privaten Freizeitraum in eine öffentliche Bar hat erhebliche Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt. Eine öffentlich zugängliche und jedermann offen stehende Bar erzeugt während ihres Betriebes Lärm, insbesondere wenn die Gäste wegen der Kleinräumigkeit der eigentlichen Bar vorwiegend im Freien sitzen müssen, was sich gerade während der warmen Jahreszeit unter dem Lindenbaum als sehr attraktive Variante anbieten dürfte. In unmittelbarer Nähe befinden sich drei Wohnhäuser, die durch die entsprechenden Lärmimmissionen gestört werden könnten. Der Beschwerdeführer sieht vor, die Bar während der Woche jeweils zwischen 16 und 18 Uhr zu öffnen und für mehrere Stunden offen zu halten, am Wochenende sogar ab Mittag. Da sich die Bar deutlich abseits des Siedlungsgebietes, ca. 700 Meter von der Hauptverkehrsstrasse und damit von der Haltestelle des öffentlichen Verkehrs entfernt befindet, darf ohne Weiteres angenommen werden, dass viele Besucher – vor allem am Abend – mit Fahrzeugen irgendwelcher Art angefahren kommen, zumal sich auf dem

Hof. L. grosszügige Parkierungsmöglichkeiten vorfinden. Diese Fahrzeugbewegungen und der bei einem Barbetrieb nicht zu vermeidende Lärmpegel führen zu neuen Auswirkungen auf Raum und Umwelt, womit eine Bewilligung gestützt auf Art. 24a RPG nicht in Frage kommt.

c) Können landwirtschaftliche Gewerbe ohne eine zusätzliche Einnahmequelle nicht weiter bestehen, so können bauliche Massnahmen zur Errichtung eines betriebsnahen nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetriebes in bestehenden Bauten und Anlagen bewilligt werden (Art. 24b Abs. 1 RPG). Der Nebenbetrieb darf nur vom Bewirtschafter des landwirtschaftlichen Gewerbes geführt werden (Art. 24b Abs. 2). Der Bundesrat hat in Art. 40 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1) konkretisierende Vorschriften zu Art. 24b RPG erlassen. Gemäss Art. 40 Abs. 1 RPV steht die Möglichkeit, in landwirtschaftlich nicht mehr benötigten Bauten und Anlagen einen betriebsnahen nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetrieb einzurichten, ausschliesslich landwirtschaftlichen Gewerben im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB, SR 211.412.11) offen. Diese müssen, um weiter bestehen zu können, auf das dadurch erzielte Zusatzeinkommen angewiesen sein, wobei der Gesuchsteller dies mit einem Betriebskonzept nachzuweisen hat. Zentrale Voraussetzung für die Erteilung der Ausnahmewilligung bildet das Erfordernis, dass der Landwirtschaftsbetrieb ohne zusätzliche Einkommensquellen nicht weiter bestehen kann bzw. auf das Zusatzeinkommen angewiesen ist. Der Gesuchsteller muss nachweisen, dass die aus der gewerblichen Aufstockung fliessenden zusätzlichen Einnahmen erforderlich und geeignet sind, um dem Betriebsinhaber und seiner Familie ein existenzsicherndes Einkommen zu gewährleisten.

Aus den Akten und den Angaben des Beschwerdeführers beim Augenschein ergibt sich, dass er den grössten Teil seines Landwirtschaftsbetriebes für 25 Jahre an den Golfpark Holzhäusern verpachtet hat. Er selber arbeitet zurzeit noch zu 50 % für die Firma M. als Platzwart. Sein Sohn ist ebenfalls beim Golfpark angestellt, betreibt daneben aber noch Landwirtschaft (Ackerbau, Pferdehaltung). Der Beschwerdeführer hat Teile seines früheren Landwirtschaftsbetriebes an seinen Sohn verpachtet, wobei es sich aber nicht mehr um ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 BGBB handelt. Das kantonale Landwirtschaftsamt erklärte gegenüber dem ARP, dass K.M. gemäss den Betriebsdaten 2006 10,34 ha Nutzfläche bewirtschaftete. Der Grossteil dieser Nutzfläche liege gemäss dem Zonenplan der Gemeinde Risch im UeG. Bei diesem Landwirtschaftsbetrieb handle es sich nicht um ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne des bäuerlichen Bodenrechts. Damit fehlt es schon an einer der Voraussetzungen für die Bewilligung eines nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetriebes. Von Bedeutung ist auch, dass mit dem Barbetrieb bis anhin offenbar gar kein relevanter Zusatzverdienst erzielt worden ist. Der Beschwerdeführer erklärte auf die Frage nach den Nettoeinkünften des vergangenen Jahres, dass er mit den Einnahmen gerade so

die Kosten habe decken können. Von einem wesentlichen zusätzlichen Einkommen kann also nicht ausgegangen werden. Zusammenfassend ergibt sich, dass kein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, das ohne zusätzliche Einnahmequelle nicht weiter bestehen könnte. Unter diesem Titel kann keine Bewilligung für den Betrieb der Bar als nichtlandwirtschaftlicher Nebenbetrieb in bestehenden Bauten erteilt werden.

d) Gemäss Art. 24c Abs. 1 RPG werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt. Solche Bauten und Anlagen können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt und geändert worden sind (Art. 24c Abs. 2 RPG). Grundsätzlich schützt Art. 24c RPG bestehende Bauten in ihrem Bestand, d.h. rechtmässig bewilligte, im Verlaufe der Zeit rechtswidrig gewordene Bauten, die noch in gebrauchstauglichem Zustand sind, geniessen den Bestandesschutz. Für Veränderungen am bestehenden Zustand sieht Art. 24c Abs. 2 RPG eine Ausnahmegewilligung vor. Voraussetzung für die Bewilligung der in Abs. 2 genannten baulichen Änderungen ist die Wesensgleichheit, d.h. der Bestandesschutz geht nur soweit, als die Identität gegenüber dem Referenzzustand im Wesentlichen gewahrt bleibt. Änderungen im Sinne von Art. 24c RPG können in einer Vergrösserung der bestehenden Gebäulichkeiten, einer inneren oder äusseren Umgestaltung oder auch in einer Zweckänderung bestehen. Für Zweckänderungen bleibt die vom Bundesgericht zu Art. 24 Abs. 2 aRPG entwickelte Praxis weiterhin gültig: Von Wesensgleichheit einer Baute kann nur dann gesprochen werden, wenn die Zweckänderung nicht zu einer völlig neuen wirtschaftlichen Zweckbestimmung führt, sondern zu einer Nutzung, die von der ursprünglichen Nutzungsart nicht grundlegend abweicht (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24c N 19). So hat z.B. das Bundesgericht den Umbau einer Alphütte in einen Kiosk mit Verpflegungsmöglichkeit als unzulässige Zweckänderung qualifiziert.

Im vorliegenden Fall soll nach den Intentionen des Beschwerdeführers aus einem ehemaligen Tränkeschopf ein Barbetrieb entstehen. Die neu vorgesehene Nutzung weicht derart grundlegend von der alten ab, dass eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24c Abs. 2 RPG offensichtlich nicht erteilt werden kann. Das ARP weist auch zu Recht darauf hin, dass – im Falle einer Bewilligungserteilung an den Beschwerdeführer – in jedem Ökonomiegebäude in der Golfzone eine Bar oder ein Restaurant eingerichtet werden könnte. Hiermit würde tatsächlich ein Präjudiz geschaffen, das eine falsche Signalwirkung hätte.

e) Artikel 24d RPG enthält zwei Sondertatbestände für die Erteilung von erleichterten Ausnahmegewilligungen. Es geht dabei einerseits um landwirtschaftsfremde Wohnnutzung in landwirtschaftlichen Wohnbauten und dann um eine Zweckänderung von als schützenswert anerkannten Bauten und

Anlagen. Beides trifft auf den hier zu beurteilenden Tränkeschopf nicht zu.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass das ARP die Zustimmung zur Umnutzung des Tränkeschopfs bzw. des privaten Freizeitraums in eine Bar zu Recht verweigert hat. Die Bar gehört nicht zur notwendigen Infrastruktur des Golfparks und ist damit in der UeG zonenfremd. Auch die Voraussetzungen für eine Bewilligung gemäss Art. 24 ff. RPG sind nicht erfüllt. Die Baubewilligung für die beantragte Umnutzung kann nicht erteilt werden. Damit erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2006

V 2006 / 38

Art. 7 Abs. 2 und Art. 11 USG, Art. 6 Abs. 1 LRV – Frage der Erforderlichkeit eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens für die Aufnahme eines Gewerbebetriebes. Bei der gewerbsmässigen Herstellung von Pizzas entstehende Gerüche fallen als Emissionen unter die Luftreinhalteverordnung und sind in der Regel über das Dach zu entsorgen – in casu liegt ein Ausnahmefall vor (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

...

3. Der Regierungsrat und der Stadtrat stellen sich auf den Standpunkt, wegen der bei der Pizzaherstellung entstehenden Geruchsimmissionen sei davon auszugehen, dass nachbarliche Interessen betroffen seien und dass den Nachbarn das rechtliche Gehör gewährt werden müsse. Die vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Massnahmen (Reinigung der Gerüche durch eine Abzugshaube und verschiedene Filter) würden den Bestimmungen der Luftreinhalteverordnung nicht genügen. Solche Emissionen müssten in Anwendung von Art. 6 LRV über das Dach abgeleitet werden, was bauliche Massnahmen erfordere. Für diese sei wiederum ein Baubewilligungsverfahren unter Einbezug der Nachbarn erforderlich.

a) Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG, SR 814.01) soll dieses Gesetz Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume unter anderem gegen schädliche oder lästige Einwirkungen schützen. Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden können, sind im Sinne der Vorsorge frühzeitig zu begrenzen (Art. 1 Abs. 2 USG). Einwirkungen sind unter anderem Luftverunreinigungen, die durch den Bau und Betrieb von Anlagen, durch den Umgang mit Stoffen, Organismen oder Abfällen oder durch die Bewirtschaftung des Bodens er-

zeugt werden (Art. 7 Abs. 1 USG). Luftverunreinigungen werden beim Austritt aus Anlagen als Emissionen, am Ort ihres Einwirkens als Immissionen bezeichnet (Art. 7 Abs. 2 USG). Luftverunreinigungen sind Veränderungen des natürlichen Zustandes der Luft, namentlich durch Rauch, Russ, Staub, Gase, Aerosole, Dämpfe, Geruch oder Abwärme (Art. 7 Abs. 3 USG). Aus den Materialien zur Änderung des USG auf den 1. Juli 1997 (Botschaft vom 7. Juni 1993 in BBl 1993 II 1445 ff., 1467) ergibt sich, dass sich die wertneutral gehaltene Definition der Einwirkungsarten in Art. 7 USG an die bereits im USG bestehenden Umschreibungen anlehnen wollte. In diesem Zusammenhang ist in der Botschaft festgehalten, dass gemäss Art. 7 Abs. 3 USG jede Veränderung des natürlichen Zustandes der Luft als Verunreinigung gelte. Zweck des USG sei aber nicht der Schutz gegen Einwirkungen schlechthin, sondern nur gegen solche, die schädlich und lästig seien. Luftverunreinigungen werden gemäss Art. 11 Abs. 1 USG durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt (Emissionsbegrenzung). Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG). Für die Beurteilung der schädlichen oder lästigen Einwirkungen legt der Bundesrat durch Verordnung Immissionsgrenzwerte fest. Die Immissionsgrenzwerte für Luftverunreinigungen sind so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung unter anderem in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören (Art. 14 lit. b USG).

b) Gestützt auf die Artikel 12, 13 und 16 USG hat der Bundesrat am 16. Dezember 1985 die Luftreinhalteverordnung (LRV, SR 814.318.142.1) erlassen. Im 1. Kapitel setzt der Bundesrat den Zweck und den Geltungsbereich der LRV fest und bestimmt, dass die Verordnung Menschen, Tiere, Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume sowie den Boden vor schädlichen oder lästigen Luftverunreinigungen schützen soll (Art. 1 Abs. 1 LRV). Die Verordnung regelt unter anderem die vorsorgliche Emissionsbegrenzung bei Anlagen nach Art. 7 LRV, welche die Luft verunreinigen, sowie das Vorgehen für den Fall, dass die Immissionen übermässig sind (Art. 1 Abs. 2 lit. a und d LRV). Artikel 2 Abs. 5 LRV definiert, was übermässige Immissionen sind. Wenn für einen Schadstoff keine Immissionsgrenzwerte bestehen, so gelten die Immissionen als übermässig, wenn sie Menschen, Tiere, Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und ihre Lebensräume gefährden und aufgrund einer Erhebung feststeht, dass sie einen wesentlichen Teil der Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden erheblich stören (Art. 2 Abs. 5 lit. b LRV). Artikel 6 Abs. 1 LRV bestimmt, dass Emissionen möglichst nahe am Ort ihrer Entstehung möglichst vollständig zu erfassen und abzuleiten sind, so dass keine übermässigen Immissionen entstehen. In der

Regel müssen sie durch Kamine oder Abluftkanäle über Dach ausgestossen werden (Art. 6 Abs. 2 LRV).

c) Im vorliegenden Fall ist im Grundsatz nicht streitig, dass das Umweltschutzgesetz anwendbar ist, denn es stehen Luftverunreinigungen im Sinne von Art. 7 USG sowie allfällige Massnahmen zu deren Beschränkung in Frage. Der Pizzaliefersdienst des Beschwerdeführers stellt eine Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 1 USG dar und ist somit nach den Regeln des USG und den einschlägigen Verordnungen zu beurteilen. Nach dem zweistufigen Konzept des Umweltschutzgesetzes sind Luftverunreinigungen bei der Quelle zu beschränken und zwar – unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung – soweit, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. In einem zweiten Schritt sind die Emissionsbeschränkungen zu verschärfen, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden. Für die Beurteilung dessen, was als schädlich und lästig gilt, ist in erster Linie auf zahlenmässig festgelegte Werte abzustellen. Soweit Immissionsgrenzwerte fehlen, hat die Behörde im Einzelfall festzulegen, was als schädlich oder lästig zu bezeichnen ist. Bei Luftverunreinigungen durch Geruch fehlt ein Immissionsgrenzwert. In dieser Hinsicht ist daher auf die allgemeinen Kriterien abzustellen, ob Luftverunreinigungen schädlich oder lästig sind. Hierfür ist darauf abzustellen, ob die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden erheblich gestört wird. Dabei kommt es nicht auf einzelne vielleicht überempfindlichen Nachbarn, sondern auf die Bevölkerung als Ganzes an (vgl. BGE vom 17. Mai 1988, in: URP 1989/14 ff., 19 f.).

d) Die Parteien streiten sich vor allem über die Bedeutung und Auslegung von Art. 6 Abs. 1 und 2 LRV. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass es nicht zutreffe, dass jegliche Emissionen, also auch nicht übermässige, die primär an der Quelle erfasst werden könnten, über Dach abgeleitet werden müssten. Der Aufbau der LRV zeige, dass in erster Linie der Grundsatz von Art. 6 Abs. 1 LRV gelte, wonach Emissionen möglichst nahe am Ort der Entstehung zu erfassen seien, so dass keine übermässigen Immissionen entstehen könnten. Artikel 6 Abs. 2 LRV konkretisiere diesen Grundsatz, gehe aber nicht über den Zweck von Abs. 1 hinaus. Der Regierungsrat stellt sich auf den Standpunkt, dass sich aus dem Anschluss von Art. 6 Abs. 2 LRV an Art. 6 Abs. 1 LRV und aus dem Schutzzweck der Norm ergebe, dass der Gesetzgeber mit der Forderung nach Ableitung der Emissionen über Dach davon ausgehe, dass dies der notwenige Weg sei, um die in Abs. 1 vorgeschriebene Behandlung der Emissionen zu gewährleisten. Die Argumentation des Beschwerdeführers, das Ableiten über Dach sei nur notwendig, wenn übermässige Immissionen zu befürchten seien, lasse sich aus Art. 6 Abs. 2 LRV nicht interpretieren.

e) Artikel 6 Abs. 1 LRV ist eine Ausführungsbestimmung zu Art. 11 USG. Absatz 1 dieser Bestimmung regelt, dass Emissionen möglichst nahe

und möglichst vollständig am Ort ihrer Entstehung zu erfassen und abzuleiten sind, so dass keine übermässigen Immissionen entstehen können. Absatz 2 sagt hier anschliessend, wie die erfassten Emissionen in der Regel auszustossen sind, nämlich durch Kamine oder Abluftkanäle über Dach. Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 LRV sagt aber auch ausdrücklich, dass es Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt, indem er die Formulierung «in der Regel» verwendet. Es sind somit auch andere Möglichkeiten denkbar und zulässig, Emissionen zu erfassen und abzuleiten. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch Art. 11 Abs. 2 USG, der bestimmt, dass Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen sind, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit steht in enger Verwandtschaft mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismässigkeit (zur Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Umweltschutzrecht siehe auch die Botschaft zum USG, BBl 1979, 749 ff., 787 f.). Unter beiden Gesichtspunkten wird verlangt, dass jede Massnahme - also auch jede Emissionsbegrenzung - erforderlich und geeignet ist, das vorgegebene Ziel zu erreichen, und dass die Kosten in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen der Massnahme sind. Durch Art. 11 Abs. 2 USG wollte der Gesetzgeber den Geltungsbereich des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nicht einschränken (Schrade/Loretan, Kommentar zum USG, N 35 zu Art. 11). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat das Verhältnismässigkeitsprinzip zur Folge, dass dort, «wo nur äusserst geringe Emissionen (Bagatellemissionen) vorliegen, grundsätzlich kein Anlass zu besonderen Anordnungen im Sinne der Vorsorge besteht» (BGE 117 Ib 28).

f) Das Gericht geht bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde davon aus, dass die Herstellung von Speisen in Privathaushalten, in Hotel- und anderen Grossküchen, Pizzerias, «Take aways» und Imbissbuden in der Regel nicht zu schädlichen oder lästigen Verunreinigungen der Luft führt. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass wesentliche Teile der Bevölkerung durch solche Gerüche in ihrem Wohlbefinden erheblich gestört werden. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass sich eine den Begriff «erhebliche Störung des Wohlbefindens durch Gerüche» konkretisierende Kasuistik seit dem Inkrafttreten des USG und der LRV nicht in prägender Weise bilden konnte. Auch in den Materialien fehlt jeder Hinweis, und in den Räten wurden ausser der Belästigung durch einen Misthaufen vor einem Bauernhaus bzw. beim Ausbringen von Jauche in ländlichen Gebieten keine weiteren Beispiele diskutiert. Die publizierten Gerichtsentseide im Zusammenhang mit Geruchsimmissionen betreffen Holzfeuerungen, Schweineställe, Schweinemasten, Metzgereien sowie eine Fleischfabrik (vgl. hier Schrade/Loretan, a.a.O., N 26a zu Art. 14). Interessant ist auch, dass sich selbst in der reichen Judikatur zu Art. 684 ZGB (privatrechtlicher Immissionsschutz) ebenfalls kaum Entscheide zu lästigen Geruchsimmissionen durch Hotel- und Restaurantküchen finden lassen.

g) Aus den sich bei den Akten der Parteien befindlichen Plänen und Unterlagen ergibt sich, dass sich im umstrittenen Gewerberaum ein Kochherd und ein Pizzaofen befinden. Der Pizzaofen und der Kochherd sind mit einer Wandhaube überdeckt, welche die entstehenden Gerüche und Düfte absaugt. Die Abzugshaube ist mit mehreren Fettfangfiltern, mit Glasfaser- und Aktivkohlefiltern ausgerüstet. Anschliessend wird die gereinigte Luft in den Gewerberaum und dann mittels eines Ventilators gegen die Garagenausfahrt abgeblasen. Der Augenschein ergab, dass sich der Austrittsort der Lüftungsanlage weit hinten und zuoberst in der Einfahrt zu einer Autoeinstellhalle befindet. In den am 15. April 2003 erstellten Ausführungsplänen, die vom Stadtrat eingereicht wurden, ist an dieser Stelle ein Abluftanschluss mit BSK und Schalldämpfer eingezeichnet. Hinter dieser Austrittsstelle befindet sich das vergitterte Tor der Garagenausfahrt. Der Beschwerdeführer stellt nach Meinung des Gerichts zu Recht fest, dass der hier stets zirkulierende Luftstrom dafür sorgen werde, dass allenfalls noch vorhandene Gerüche ihre Konzentration weiter verlieren und in hohem Mass «verwirbelt» werden. Mit grosser Wahrscheinlichkeit ist auch davon auszugehen, dass an der Austrittsstelle der Abluft keine erheblich lästigen Geruchsimmissionen mehr wahrgenommen werden können. Im Nachgang zum Augenschein hat das Gericht nämlich bei der Firma Camfil AG eine schriftliche Auskunft zu der hier interessierenden Frage eingeholt. Die Camfil AG bestätigte am 8. Mai 2006, dass sie zwar an den Beschwerdeführer keinerlei Luftfilterprodukte geliefert habe. Sie bestätigte aber, dass sich eine Kombination aus Fettfangfilter, Feinstaubfilter und Aktivkohlefilter ihrer Firma für die Behandlung von Gastronomieküchen bestens eigne, sofern die Anlage korrekt ausgelegt und die Filter richtig dimensioniert seien. Belästigende Geruchsemissionen könnten so jedenfalls weitgehend beseitigt werden.

h) Zusammenfassend ergibt sich, dass die bei der Pizzaherstellung entstehenden Gerüche durch mehrere Filter gereinigt und anschliessend über einen Abluftanschluss mit Schalldämpfer in die Garagenausfahrt geblasen werden. Mit dieser Einrichtung, die von den verantwortlichen Baubehörden nach ihrer Installation zu kontrollieren ist, wird erreicht, dass allenfalls entstehende Luftverunreinigungen am Ort ihrer Entstehung erfasst und abgeleitet werden. Artikel 6 Abs. 2 LRV sieht die Möglichkeit eines anderen Ausstosses als über das Dach im Sinne einer Ausnahme ausdrücklich vor. Insofern verletzt der Beschluss den Regierungsrates den Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 LRV. Aus Gründen des Verhältnismässigkeit kann vom Beschwerdeführer nicht verlangt werden, dass er die zu erwartenden eher geringfügigen Emissionen des Pizzaofens mittels eines neu zu erstellenden Kamins über das Dach ableitet. Der Einbau eines solchen Kamins, zu dem der Beschwerdeführer zwar grundsätzlich bereit wäre, würde nicht nur erhebliche Kosten verursachen, sondern auch die Zustimmung der übrigen Miteigentümer bedingen. Ob eine solche Zustimmung ohne weiteres erreicht werden könnte, ist – wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt – mehr als fraglich. Eine

solche Zustimmung könnte von jedem Stockwerkeigentümer ohne weiteres und ohne irgendeine Begründung verweigert werden. Aus der Sicht der Luftreinhalteverordnung braucht es – wenn die vorgesehenen Installationen getätigt wurden – kein ordentliches Baubewilligungsverfahren mehr.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. Juli 2006

V 2006 / 18

2. Vergaberecht

Art. 13 lit. i IVöB; § 35 Abs. 1 SubB – Wichtige Gründe für den Abbruch des Verfahrens

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Verlaufe der Jahre 2005/2006 führte die Direktion des Innern des Kantons Zug ein Submissionsverfahren für die Einführung einer Softwarelösung für die Archiv- und Bestandesverwaltung in der Denkmalpflege Zug durch. Mit Verfügung vom 6. Juli 2006 widerrief die Direktion des Innern des Kantons Zug einen früher erfolgten Zuschlag an die C. AG und brach gleichzeitig das Submissionsverfahren ab. Gegen diese Verfügung liess die A. AG am 13. Juli 2006 Beschwerde einreichen und beantragen, die Abbruchverfügung sei aufzuheben und die Sache sei zur gesetzeskonformen Durchführung des Submissionsverfahrens an die Direktion des Innern zurückzuweisen, eventualiter sei festzustellen, dass das von der Direktion des Innern durchgeführte Submissionsverfahren in Sachen Archiv- und Bestandesverwaltungssoftware rechtswidrig sei. Der Beschwerde sei sofort die aufschiebende Wirkung zu gewähren und der Direktion des Innern sei einstweilen zu untersagen, den Vertrag mit einem der anderen Ausschreibungsteilnehmer abzuschliessen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Direktion des Innern. Mit Vernehmlassung vom 21. September 2006 lässt die Direktion des Innern beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen und die aufschiebende Wirkung sei umgehend zu entziehen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Mit Verfügung vom 26. September 2006 hob der Vorsitzende der verwaltungsrechtlichen Kammer die vorsorglich und vorläufig erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder auf.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 13 lit. i IVöB haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens auf wichtige Gründe zu beschränken. Paragraph 35 der kantonalen Submissionsverordnung regelt den Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens. Gemäss § 35 Abs. 1 SubV kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen oder wiederholen, namentlich wenn die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren (lit.c). Bei den unter § 35 Abs. 1 lit. a – d erwähnten Gründen handelt es sich nur um eine beispielhafte Aufzählung. Allein der Wortlaut lässt darauf schliessen, dass es noch andere wichtige Gründe gibt, die einen Abbruch des Verfahrens rechtfertigen können.

a) Um zu bestimmen, ob ein wichtiger Grund für einen Abbruch des Vergabeverfahrens vorliegt, sind die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts heranzuziehen. Wird die im Einladungsverfahren vorgesehene Mindestanzahl einzuholender Angebote (Art. 12 Abs. 1 lit. b^{bis} IVöB) von drei Angeboten nicht erreicht, so wird vermutet, dass kein wirksamer Wettbewerb zustande kommt. Ebenso wenig Wettbewerb wird erzielt, wenn diese Mindestzahl von Angeboten eingeholt wird, aber z.B. nur einzelne Angebote gültig sind. Wenn zu wenig gültige Angebote vorliegen und die Vergabebehörde daher nicht in der Lage ist, sich ein Bild vom tatsächlichen Markt zu machen und mittels Angebotsvergleich ein wirtschaftlich günstiges Angebot zu ermitteln, darf sie das Verfahren abbrechen. Sind zwei oder drei Angebote gültig, so muss die Vergabebehörde im Einzelfall bestimmen, ob sich ein Verfahrensabbruch rechtfertigen lässt. Je mehr Angebote gültig sind, desto weniger kommt ein Verfahrensabbruch in Frage. Wird die Mindestzahl von einzuholenden Angeboten nicht erreicht, ist die Vergabebehörde verpflichtet, das Verfahren abbrechen oder nachträglich weitere Anbieter einzuladen. Werden zwar genügend Angebote eingeholt, sind aber zu wenige gültig, so besteht ebenfalls das Recht auf Verfahrensabbruch. Wenn die eingereichten Angebote die erwarteten Kosten massiv überschreiten, so ist dies ein zusätzliches Argument für den Verfahrensabbruch. Entscheidend ist aber, ob die Vergabebehörde durch die Angebote eine Wettbewerbssituation erzielt, die es ihr ermöglicht, sich ein Bild vom tatsächlichen Marktangebot zu machen, die Angebote zu vergleichen und schliesslich wirtschaftlich günstig zu vergeben. Ist dies nicht gewährleistet, darf das Verfahren abgebrochen werden, unabhängig davon, ob sich die eingereichten Angebote im Kostenrahmen bewegen oder nicht (Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2005, S. 215 f. mit vielen Hinweisen auf die Gerichtspraxis in den Kantonen). Ein wichtiger Grund für den Verfahrensabbruch liegt auch vor, wenn sich nach der Evaluation der Angebote herausstellt, dass die Vergabe zu einem unerwartet hohen Preis erfolgen müsste. Dies gilt jedoch nur insofern, als die Abweichung von der Kostenschätzung erheblich ist und sie von der Vergabestelle bei realistischer Einschätzung nicht hätte vorhergesehen werden können. Mehrkosten von 25% und mehr im Vergleich zur Kostenschätzung stellen grundsätzlich einen wichtigen Grund für den Verfahrensabbruch dar (BR 2/2003, Nr. S 20).

b) Im Frühjahr 2005 führte das Amt für Denkmalpflege und Archäologie des Kantons Zug im Hinblick auf eine Software-Einführung für die Archiv- und Bestandesverwaltung in der Denkmalpflege Zug eine Marktanalyse durch, bei der Richtpreisofferten von verschiedenen Anbietern in der Schweiz und im EU-Raum eingeholt wurden. Die Auswertung der Richtpreisofferten ergab Projektkosten von rund Fr. 100'000.-, die entsprechend budgetiert wurden (Basis für die Berechnung dieser Projektkosten war unter anderem auch ein Angebot der Beschwerdeführerin vom 16. Dezember 2004). Obwohl der Betrag unter dem Schwellenwert von Fr. 150'000.- für

das Einladungsverfahren lag, entschied sich die Auftraggeberin für das Einladungsverfahren. Als Anbieter wurden die Firma D. als Gesamtsiegerin der Vorevaluation, die A. AG als Sieger der Vorevaluation Schweiz und die C. AG ausgewählt. Am 23. März 2006 wurden den drei ausgewählten Anbietern das Pflichtenheft und die Ausschreibungsunterlagen zugestellt. Im Pflichtenheft ist unter der Ziff. 5.1 als Eignungskriterium (Muskriterien) unter anderem aufgeführt, dass der Anbieter den Nachweis über ausgewiesene Erfahrungen für die geforderten Leistungen mit vergleichbaren Projekten in Denkmalpflegen (Referenzen) erbringen müsse. Bis zur Offertöffnung am 20. April 2006 gingen von den eingeladenen Anbietern drei Offerten ein. Die Beschwerdeführerin reichte ein Angebot von Fr. 268'168.- ein. Die Angebote der beiden anderen Anbieter lagen unter Fr. 125'000.-, eines sogar unter Fr. 100'000.-. Die Angebote wurden in der Folge ausgewertet und der Zuschlag mit Entscheid vom 4. Mai 2006 an die C. AG erteilt. Die Beschwerdeführerin erhob gegen diesen Zuschlag am 12. Mai 2006 Beschwerde und verlangte den Abschluss der Gewinnerin, weil diese nicht alle Eignungskriterien erfülle.

c) Mit Verfügung vom 6. Juli 2006 stellte die Direktion des Innern fest, dass sowohl die C. wie auch die D. AG das Muskriterium der Erfahrung mit vergleichbaren Projekten im Bereich der Denkmalpflege nicht erfüllen würden und deshalb richtigerweise schon vor der Evaluation von der Vergabe hätten ausgeschlossen werden müssen. Damit verblieb nur noch die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin im Rennen. Aus dieser Konstellation ergibt sich, dass von der Vergabebehörde zwar genügend Angebote eingeholt wurden, dass aber schlussendlich nur noch ein Anbieter übrig blieb, der die Eignungskriterien erfüllte. Unter diesen Umständen erlaubte es das Submissionsverfahren nicht mehr, durch die gültigen Angebote eine Wettbewerbssituation zu erzielen, die es der Vergabebehörde ermöglicht hätte, sich ein Bild vom tatsächlichen Marktangebot zu machen. Ein wirksamer Wettbewerb und eine Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot, wie es das Gesetz zwingend verlangt, waren unter diesen Umständen nicht mehr möglich. Der Vergabebehörde blieb nur noch die Wahl, entweder das Verfahren abzubrechen oder noch andere Anbieter zur Offertstellung einzuladen. Dass sie sich unter diesen Umständen entschied, das Submissionsverfahren abzubrechen, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden.

d) Das Submissionsverfahren hätte aber auch abgebrochen werden müssen, weil mit der Beschwerdeführerin die einzige im Wettbewerb verbliebene Anbieterin ein Angebot unterbreitet hat, das die finanziellen Möglichkeiten der Denkmalpflege massiv überstieg. Gegenüber der ehemaligen Richtpreisofferte von Fr. 140'000.-, die die Beschwerdeführerin im Verlaufe des Jahres 2005 selber noch als zu hoch bezeichnete, ergab sich ein Mehraufwand von Fr. 128'000.- und gegenüber den Angeboten der anderen beiden Anbieterinnen war das Angebot der Beschwerdeführerin sogar um 200 %

bzw. 120 % höher. Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, diese Mehrkosten habe die Denkmalpflege selber zu verantworten, weil sie zwischenzeitlich immer höhere Anforderungen gestellt habe, so übersieht sie dabei, dass die beiden anderen Konkurrenten bei gleichen Anforderungen wesentlich tiefere Angebote eingereicht haben. Der Ausschluss dieser Konkurrenten erfolgte auch nicht deshalb, weil ihre Angebote nicht den Anforderungen des Pflichtenhefts entsprachen, sondern weil sie das Eignungskriterium der vergleichbaren Projekte in der Denkmalpflege nicht erfüllten. Dass sich daraus ein derart eklatanter Preisunterschied rechtfertigen würde, kann nicht ernsthaft behauptet werden, zumal auch die Auswertung der Richtpreisofferten ergab, dass mit Projektkosten von ca. Fr. 100'000.- gerechnet werden müsse.

e) Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Nach dem Ausschluss von zwei von drei Anbietern im Einladungsverfahren waren die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb nicht mehr gegeben (§ 35 Abs. 1 lit. c SubV). Die Vergabebehörde hatte keine Möglichkeit mehr, den Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. Zudem hätte das Angebot der Beschwerdeführerin auch nicht berücksichtigt werden können, weil es den Kostenrahmen um ein Mehrfaches überschritt. Der Verfahrensabbruch war zwingend notwendig und verletzt keine gesetzlichen Bestimmungen. Damit erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2006

V 2006 / 83

3. Steuerrecht

Art. 21 Abs. 1 DBG; § 209 Abs. 1 StG – Wenn die Eigentümerin einer Wohnung mit ihrem Sohn aus Gründen der Steuerersparnis einen Mietvertrag abschliesst, dessen Einhaltung nicht nachgewiesen werden kann, so liegt trotzdem ein steuerbarer Eigenmietwert vor.

Aus dem Sachverhalt:

Am 6. Januar 2006 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug A.B. die Veranlagung der Kantons- und Gemeindesteuern sowie der direkten Bundessteuer 2004 und setzte den steuerbaren Mietwert der Wohnung in S. auf Fr. 41'500.- fest. Das in der Schweiz steuerbare Einkommen wurde dabei auf Fr. 32'300.- bei der direkten Bundessteuer und Fr. 30'500.- bei der Kantons- und Gemeindesteuer festgesetzt. Gegen diese Veranlagung liess A.B. Einsprache einreichen, die jedoch von der Rechtsmittelkommission der Steuerverwaltung abgewiesen wurde. Gegen diese Einspracheentscheid liess A.B. am 10. Oktober 2006 Rekurs einreichen und beantragen, das steuerbare Einkommen sei bei den Kantons- und Gemeindesteuern auf Fr. 18'600.- und bei der direkten Bundessteuer auf Fr. 19'700.- festzusetzen. Zur Begründung wird in materieller Hinsicht ausgeführt, die Rechtsmittelkommission behaupte zu Unrecht, dass die Steuerpflichtige trotz der Weitervermietung an ihren Sohn weiterhin die Nutzungsmöglichkeit an ihrer Wohnung in S. behalte. Gemäss Mietvertrag habe der Sohn die alleinige Nutzungsmöglichkeit der Wohnung. Auch wenn die Vermieterin die Mutter des Mieters sei, könne nicht automatisch angenommen werden, dass sie weiterhin ein Mitbenutzungsrecht habe.

Aus den Erwägungen:

...

3. a) Gemäss § 20 Abs. 1 StG und Art. 21 Abs. 1 DBG sind alle Erträge aus unbeweglichem Vermögen steuerbar, insbesondere alle Einkünfte aus Vermietung, Verpachtung, Nutzniessung oder sonstiger Nutzung (lit. a). Ebenfalls steuerbar ist der Mietwert von Liegenschaften oder Liegenschaftsteilen, die dem Steuerpflichtigen aufgrund von Eigentum oder eines unentgeltlichen Nutzungsrechts für den Eigengebrauch zur Verfügung stehen (lit. b). Steuerobjekt ist bei der Besteuerung des Eigenmietwerts das sich zur Verfügung gehaltene Grundstück oder Teile davon. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Eigengebrauch dauernd vorliegt. Massgebend ist das sich zur Verfügung halten der Nutzungsmöglichkeit. Damit ist der Nutzungsberichtigte auch dann einkommenssteuerpflichtig, wenn er sich eine Ferienwohnung oder ein Ferienhaus zur Verfügung hält. Dass er diese Nutzungsmöglichkeit

nicht dauernd ausschöpft, spielt keine Rolle (Zwahlen, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 21 N 23).

b) Einen speziellen Problemkreis bildet der sog. Vorzugsmietzins. Damit ist ein Sachverhalt gemeint, wonach zwar ein obligatorisches Vertragsverhältnis vorliegt, der Leistungsaustausch unter den Parteien aber einem Drittvergleich nicht stand hält, weil zwischen den Vertragsparteien spezielle Verhältnisse vorliegen. Diese können in einem Verwandtschafts- oder Arbeitsverhältnis liegen. Das Bundesgericht hat entschieden, dass bei einem Verwandtenverhältnis die Aufrechnung zwischen dem tieferen effektiv bezahlten Mietzins und dem höheren Marktzins nur dann erfolgen darf, wenn eine Steuerumgehung vorliege oder andere Gegenleistungen des Mieters nachgewiesen seien (Zwahlen, a.a.O., Art. 21 N 9).

c) Am 5. Dezember 2003 schloss die Rekurrentin mit ihrem Sohn, K.B. über die Wohnung in S. einen Mietvertrag auf unbestimmte Zeit mit Mietbeginn ab dem 1. Januar 2004. Vereinbart wurde ein Mietzins von Fr. 2'000.- monatlich inklusive Nebenkosten, zahlbar vierteljährlich. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2005 gelangte die Steuerverwaltung an den Vertreter der Rekurrentin und ersuchte um Zustellung von Belegen für die Mietzinseinnahmen und um Beantwortung der Fragen, wo K.B. angemeldet sei und wie häufig sich die Rekurrentin pro Jahr in Walchwil aufhalte. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2005 liess die Rekurrentin durch ihren Vertreter mitteilen, die Mietzinsezahlungen seien entweder in bar erfolgt oder ihrem Sohn von ihr geschenkt worden. Seinen Wohnsitz habe der Mieter unverändert in Deutschland. Er halte sich in der Schweiz lediglich ferienhalber auf, wobei sich dies auf ein paar Wochen im Jahr belaufe. In der Einsprache wird ausgeführt, die Steuerpflichtige habe die Liegenschaft an ihren Sohn fremdvermietet. Sie habe sich zu diesem Schritt entschlossen, weil sie wegen ihres Alters (73 Jahre alt) nur noch sehr wenig reise und die Liegenschaft in S. nur noch sehr selten (2 - 3 Wochen pro Jahr) benutze. Für den Rest des Jahres falle die Nutzungsmöglichkeit dem Sohn zu. Dass dieser die Nutzungsmöglichkeit nicht dauernd ausschöpfe, spiele für die Beurteilung keine Rolle. Im Rekurs wird festgehalten, dass nur der Sohn der Rekurrentin frei über die Wohnung verfügen könne. Wenn die Rekurrentin die Wohnung benützen wolle, so müsse sie ihren Sohn zuerst fragen.

d) Aufgrund dieser Fakten kommt das Gericht zu folgender Beurteilung: Unbestrittenermassen liegt ein von den Vertragsparteien unterzeichneter Mietvertrag vom 5. Dezember 2004 mit Mietbeginn ab dem 1. Januar 2004 vor. Dies allein genügt jedoch für das Vorliegen eines Mietverhältnisses im Sinne von Art. 253 ff. OR nicht. Es ist zwar ein monatlicher Mietzins von Fr. 2'000.- vorgesehen, dass dieser jedoch bezahlt worden wäre, konnte durch Quittungen nicht nachgewiesen werden. Vielmehr liess die Rekurrentin bestätigen, dass der Mietzins in bar bezahlt und von ihr teilweise ihrem Sohn geschenkt würde. Sie benützt das «Mietobjekt» nach wie vor zu Feri-

enzwecken, auch wenn ihr aus Altersgründen nicht mehr häufige Aufenthalte in Walchwil möglich sind. Die Steuerverwaltung hat unter diesen Umständen das Verhalten der Rekurrentin mit guten Gründen als Steuerumgehung qualifiziert. Die Rekurrentin kann die Liegenschaft in S. – nach Absprache mit ihrem Sohn – jederzeit und uneingeschränkt nutzen. Der Sohn benützt die Liegenschaft ebenfalls nur zu Ferienzwecken und hat seinen Wohnsitz in Deutschland. Es kann nicht einmal nachgewiesen werden, dass er für seine Aufenthalte an seine Mutter eine Entschädigung entrichtet. Es muss mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass die vorliegende Rechtsgestaltung mit einem Mietvertrag und einem Mietzins, dessen Bezahlung weder bewiesen noch glaubhaft gemacht werden konnte, nur gewählt wurde, um Steuern zu sparen. Die Bezahlung eines Mietzinses und der alleinige und uneingeschränkte Gebrauch des Mietobjektes durch den Mieter sind die «Essentialia» eines Mietvertrages, die hier nicht vorliegen bzw. nicht nachgewiesen werden konnten. Dieses Vorgehen hätte zu einer deutlichen Steuerersparnis geführt, so dass die Voraussetzungen für die Annahme einer Steuerumgehung erfüllt sind (vgl. BGE 98 Ib 323). Damit erweist sich der vorliegende Rekurs als unbegründet und muss abgewiesen werden. Der Rekurrentin ist zu Recht ein Eigenmietwert aufgerechnet worden, der betragsmässig in der Höhe nie beanstandet wurde.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. November 2006

A 2006 / 24

Art. 18 DBG – Liegenschaftshandel – Einkommen als selbständiger Erwerbstätigkeit oder Verwaltung von Privatvermögen – Abgrenzungskriterien.

Aus dem Sachverhalt:

Am 18. August eröffnete die Kantonale Verwaltung für die direkte Bundessteuer Zug X. und Y. die Veranlagung für eine Übergangssondersteuer 2000. Dabei setzte sie das steuerbare Einkommen aus gewerbsmässigem Liegenschaftshandel mit Fr. 400'000.– fest. Gegen diese Veranlagung liessen X. und Y. am 15. September 2005 Einsprache einreichen und beantragen, die Veranlagung sei aufzuheben und der Betrag von Fr. 400'000.– sei als privater Kapitalgewinn zu qualifizieren. Mit Entscheid vom 28. März wies die Rechtsmittelkommission der Kantonalen Steuerverwaltung die Einsprache ab. Gegen diesen Einspracheentscheid reichten X. und Y. am 21. April 2006 Beschwerde ein und beantragten, der Einspracheentscheid sei aufzuheben und der Gewinn aus der Veräusserung der fraglichen Grundstücke sei als privater Kapitalgewinn im Sinne von Art. 16 Abs. 3 DBG zu qualifizieren. Mit Vernehmlassung vom 22. Juni 2006 beantragt die Rechtsmittelkommission der Steuerverwaltung die Abweisung des Rekurses.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 18 Abs. 1 DBG sind alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit steuerbar. Zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit zählen auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen. Als Geschäftsvermögen gelten alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen (Art. 18 Abs. 2 DBG).

a) Die Abgrenzung zwischen selbständiger Erwerbstätigkeit und der Verwaltung des privaten Vermögens, in deren Rahmen Kapitalgewinne gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG steuerfrei sind, ist bisweilen recht schwierig. Die Verwaltung des eigenen Vermögens stellt keine selbständige Erwerbstätigkeit dar, wobei die Vermietung eigener Liegenschaften einen typischen Fall von privater Vermögensverwaltung darstellt. Die bloss gewinnbringende Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens ist als steuerfreier Kapitalgewinn gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG zu qualifizieren. Keine blosser Vermögensverwaltung, sondern eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne eines Liegenschaftshandels liegt vor, wenn der Steuerpflichtige nicht nur vereinzelte Vermögensdispositionen trifft, sondern damit einen planmässigen, nach aussen sichtbaren kombinierten Einsatz von Arbeit und Kapital auf eigenes Risiko zwecks Gewinnerzielung betreibt (Peter Locher, Kommentar zu DBG, Art. 18 N 26 ff.). Das Bundesgericht hat sich in einem sog. «leading case» vom 8. Januar 1999, publiziert als BGE 125 II 113 ff., erstmals unter der Herrschaft des seit dem 1. Januar 1995 in Kraft stehenden DBG zu der Frage geäussert, unter welchen Umständen Gewinne aus der Veräusserung von Vermögensgegenständen, insbesondere Liegenschaften, als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren und damit der Einkommenssteuerpflicht zu unterstellen sind. In diesem Entscheid wird vorerst darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber in Art. 16 Abs. 1 DBG alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte für steuerbar erklärt habe und damit den Grundsatz der Gesamtreineinkommensbesteuerung aufgestellt habe. Der Auffassung von Teilen der Lehre, wonach das DBG keine Generalklausel kenne, könne nicht gefolgt werden.

b) Nach ständiger Gerichtspraxis bilden Gewinne aus der Veräusserung von Liegenschaften Erwerbseinkommen und die damit verbundene Tätigkeit ist als Liegenschaftshandel zu qualifizieren, wenn sie über die schlichte Verwaltung des Privatvermögens hinausgeht bzw. der Gewinn nicht nur in der Ausnützung einer zufällig sich bietenden Gelegenheit erlangt wird, sondern die Tätigkeit in ihrer Gesamtheit auf Erwerb (Verdienst) gerichtet ist. Zur Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und (selbständiger) Erwerbstätigkeit haben Lehre und Rechtsprechung verschiedene Kriterien entwickelt. Ob eine Erwerbstätigkeit vorliegt, ist immer nach der Gesamt-

heit der Umstände zu beurteilen. Als Indizien für eine über die blossе Vermögensverwaltung hinausreichende Erwerbstätigkeit fallen bei Liegenschaftsgewinnen etwa die (systematische und planmässige) Art und Weise des Vorgehens, die Häufigkeit von Liegenschaftsgeschäften, der enge Zusammenhang eines Geschäfts mit der beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen, spezielle Fachkenntnisse, die Besitzesdauer, der Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte oder die Verwendung des erzielten Gewinns bzw. die Wiederanlage in Liegenschaften in Betracht. Jedes dieser Indizien kann zusammen mit andern, im Einzelfall unter Umständen jedoch auch bereits allein zur Annahme einer Erwerbstätigkeit (im Sinne des DBG) ausreichen (BGE 125 II 118).

aa) Systematisches und planmässiges Vorgehen: Von einem systematischen und planmässigen Vorgehen spricht man, wenn der Steuerpflichtige nicht nur eine sich zufällig bietende Gelegenheit wahrnimmt, sondern gezielt Einkommen zu vermehren sucht. Davon spricht man z.B., wenn sich der Steuerpflichtige planmässig um die Wertvermehrung einer Liegenschaft bemüht, indem er sich selber um Erschliessung, Baubewilligung, Abbruch der bestehenden Wohnungen und Neuüberbauung, Schaffung von Stockwerkeigentum, Ausschreibung der Verkaufsobjekte, Beizug von Vermittlern und Verkauf bemüht. Auf einen gewerbsmässigen Liegenschaftshandel deutet auch hin, wenn jemand eine gekaufte Liegenschaft vor der Weiterveräusserung umbaut (vgl. hierzu Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003, Art. 18 N 25). Der Beschwerdeführer kaufte am... von der Firma M. das Wohn- und Geschäftshaus GS Nr. an der X. Strasse. Am ... kaufte er von der C. AG das angrenzende Grundstück GS Nr. total 1'106 m² gross. Im Jahre 1999 wurde der Altbau abgerissen und an dessen Stelle eine Überbauung mit elf Wohnungen (5 1/2-, 4 1/2- und 3 1/2-Zimmer-Wohnungen) sowie Büroräumen, Laden- und Gewerberäumen sowie Lagerräumen und einer Tiefgarage mit Abstellplätzen erstellt (Bauzeit vom 1. April 1999 bis zum 30. September 2000). Am 1. Mai 2000 teilte der Beschwerdeführer sein Eigentum am GS Nr. ... in Miteigentum auf und gestaltete dieses als Stockwerkeigentum im Sinne von Art. 712d Abs. 2 ZGB aus. Insgesamt wurden 25 Stockwerkeigentumseinheiten gebildet. Im Verlaufe des Jahres verkaufte der Beschwerdeführer insgesamt sechs Stockwerkeigentumseinheiten, total 399/1000 Wertquoten, an seine Firma und an Drittpersonen. Die entsprechenden Kaufverträge wurden zwischen dem 19. April und dem 19. Dezember 2000 abgeschlossen. Das Vorgehen des Beschwerdeführers mit dem Kauf des zusätzlichen Landes, der Planung der Überbauung, der Planung der Finanzierung und schliesslich der Realisierung des Grossprojekt mit 25 Stockwerkeinheiten, muss als sehr systematisch und professionell bezeichnet werden. Ob ursprünglich die Absicht bestand, die Wohnungen und Gewerberäume (nur) zu vermieten statt zu verkaufen, ändert an dem planmässigen Vorgehen nichts. Hier handelt es sich klar nicht mehr um ein Gelegenheitsgeschäft im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung.

bb) Enger Zusammenhang eines Geschäfts mit der beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen: Der Liegenschaftshandel wird als gewerbsmässig qualifiziert, wenn er mit der selbständigen Berufstätigkeit der steuerpflichtigen Person zusammenhängt. Dies ist dann der Fall, wenn ein Baumeister, ein Architekt oder eine sonst im Baugewerbe tätige Person mit Liegenschaften handelt. Der Zusammenhang zwischen der beruflichen Tätigkeit und dem Liegenschaftshandel ist hier ein direkter, weil damit unmittelbar Arbeitsbeschaffung bezweckt wird und weil sich die hauptberuflich im Bausektor tätige Person damit ihre Spezialkenntnisse zunutze machen kann. Der Beschwerdeführer bzw. seine Firma ist im Bereich Wand- und Bodenbeläge tätig. Auch wenn der Beschwerdeführer heute nicht mehr voll arbeitsfähig ist, so besteht doch ein direkter Zusammenhang zwischen der früheren beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers und dem Liegenschaftshandel. Es trifft denn auch zu, dass sich bei den Anlagekosten der Betrag von Fr. 100'000.- findet, der von der Firma des Beschwerdeführers für die Bodenbeläge in der Überbauung pauschal in Rechnung gestellt wurde. Mit dieser Überbauung konnte sich der Beschwerdeführer seine besonderen Kenntnisse auf dem Bausektor zunutze machen und für seine Firma noch zusätzlich Aufträge einholen (wenn auch in kleinerem Rahmen).

cc) Besitzesdauer: Eine kurze (weniger als fünf Jahre) Besitzesdauer weist eher auf einen Liegenschaftshandel hin als eine lange. Allerdings vermag eine lange Besitzesdauer allein weitere Indizien nicht zu entkräften, welche für eine gewerbsmässige Tätigkeit sprechen (BGE vom 8. Juli 1997, in StPra BL XI, 150). Von einer kurzen Besitzesdauer kann man im vorliegenden Fall nicht sprechen, da die Käufe der Altliegenschaft und des zusätzlichen Landes schon mehr als sechs bzw. zehn Jahre zurück lagen.

dd) Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung des Geschäfts: Die Fremdfinanzierung von Liegenschaftskäufen stellt ein starkes Indiz für die Gewerbsmässigkeit des Liegenschaftshandels dar (BGE vom 18. September 1997, ASA 67, 483), denn wenn man ein Liegenschaftsgeschäft im Wesentlichen mit fremden Mitteln finanziert, geht es in der Regel nicht mehr bloss um die Verwaltung des eigenen Vermögens. Die Erstellung der Überbauung an der X. Strasse kostete gemäss den Angaben der Beschwerdeführer gegenüber der Grundstückgewinnsteuerkommission X. vom 14. Juli 2005 total Fr. 8'389'601.90. Aus der Steuerklärung vom 11. September 2000 ergibt sich, dass das Vermögen der Beschwerdeführer per 1. Januar 1999 insgesamt mit Fr. 140'904.- ausgewiesen wurde. Bei der Veranlagung rechnete die Steuerverwaltung noch Fr. 100'000.- für die Aktien der C. AG hinzu, so dass sich ein Gesamtvermögen im Zeitpunkt des Baubeginns von Fr. 240'000.- ergab. Vergleicht man dieses Gesamtvermögen per 1999 mit den Gesamtkosten der Überbauung entspricht dies einer Fremdfinanzierung von deutlich über 95 %. Dass eine ausserordentlich hohe Fremdfinanzierung vorlag, ergibt sich auch aus der Höhe der Baukreditzinsen, die gemäss den

Angaben gegenüber der Grundstückgewinnsteuer-Kommission für die Bauzeit über Fr. 136'447.80 betrogen. Die vorliegende Überbauung wurde fast ausschliesslich mit fremden Mitteln finanziert.

ee) Verwendung des erzielten Gewinns: Wenn jemand den Verkaufserlös wiederum in Grundeigentum investiert, beweist er damit, dass er auch weiterhin im Immobiliensektor tätig sein will. Aus den Akten und den Angaben der Parteien ist nicht ersichtlich, ob der Erlös aus den hier zu beurteilenden Verkäufen anderweitig zum Kauf von Immobilien verwendet worden wäre. Der Vollständigkeit halber muss aber hier erwähnt werden, dass die Beschwerdeführer auch schon früher Immobilien gekauft und verkauft haben. Neben einer 6 1/2-Zimmerwohnung im R., die sie auch im Jahr 2000 verkauft haben, besitzen sie noch ein Einfamilienhaus in M., ein Einfamilienhaus in R. und ein nicht näher bekanntes Immobilienobjekt in Italien. In den Handel mit neuen Immobilien wurde der Erlös aus der vorliegenden zu beurteilenden Überbauung aber nicht investiert.

c) Die Beschwerdeführer stellen sich auf den Standpunkt, bei den vorliegend umstrittenen Verkaufsgeschäften handle es sich schon darum um keinen gewerbmässigen Liegenschaftshandel, weil man eigentlich gar nicht beabsichtigt habe, die Wohnung zu verkaufen. Wegen der Erkrankung des Beschwerdeführers und der sich daraus ergebenden vollständigen Arbeitsunfähigkeit sei man von Seiten der Bank gezwungen worden, einen Teil der Wohnungen zu verkaufen. Der Beschwerdeführer habe die Grundstücke zur privaten Vorsorge und ohne Veräusserungsabsicht erworben. Es handle sich wegen der fehlenden Veräusserungsabsicht nicht um selbständige Erwerbstätigkeit. Die Frage, ob bereits beim Erstellen der Überbauung die Absicht bestanden hat, einzelne oder mehrere Wohnungen zu verkaufen oder nicht, spielt bei der Frage nach der Qualifizierung als gewerbmässiger Liegenschaftshandel keine entscheidende Rolle. Auch wenn ursprünglich keine Verkaufsabsicht bestanden hat, so ist bei späteren Verkäufen unabhängig von früheren Absichten zu prüfen, ob aufgrund der gesamten Umstände von einem gewerbmässigen Vorgehen gesprochen werden muss oder nicht. Ebenfalls nicht entscheidend ist, ob die Verkäufe unter dem Druck der Bank zustande gekommen sind, denn nicht nur ordentliche, sondern auch ausserordentliche und einmalige Gewinne unterliegen der Besteuerung nach Art. 17 DBG. Aus welchen Motiven die Verkäufe erfolgten, spielt keine Rolle. Entscheidend ist nur, ob die Überbauung der Liegenschaft über das hinausging, was man als blosser private Vermögensverwaltung betrachten kann.

d) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Liegenschaftshandel zeigt, dass es sich bei dem Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit gemäss Art. 18 DBG nicht um einen Terminus mit präzisen Konturen handelt. In jedem Einzelfall ist nach der Gesamtheit der konkreten Umstände zu beurteilen, ob selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt oder nicht. Ein einziges der un-

ter lit. aa) bis ee) dargestellten Kriterien kann im Einzelfall bereits zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit und damit zur Qualifizierung als Liegenschaftshandel führen. Eine überwiegend geschäftlich genutzte Liegenschaft kann dabei auch unabhängig von der Deklaration des Steuerpflichtigen als Geschäftsvermögen qualifiziert werden. Daran ändert auch eine rechtskräftige Veranlagung der vorhergehenden Steuerperiode, in der eine Liegenschaft als privates Vermögen deklariert worden ist, nichts, es sei denn, die Veranlagungsbehörde hätte sich zu der Qualifizierung der Liegenschaft geäußert. Einer Veranlagung kommt bei den Steuern nur für die betreffende Periode Rechtskraft zu, d.h. die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse können in einem späteren Veranlagungszeitraum anders gewürdigt werden (vgl. hierzu BGE vom 9. Mai 2005, in: Die Praxis 2006, 119 ff.). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass es nicht entscheidend sein kann, ob die fragliche Liegenschaft bis zum Jahre 1999 dem Privatvermögen zugerechnet wurde oder nicht.

e) Beurteilt man nun die oben erwähnten Kriterien, so muss man zum Schluss kommen, dass die Steuerverwaltung für das Jahr 2000 zu Recht vom Vorliegen eines gewerbsmässigen Liegenschaftshandels ausgegangen ist. Die Beschwerdeführer haben im Jahr 1999 gemäss einer präzisen Planung das alte Gebäude abgebrochen und mit Hilfe einer fast ausschliesslichen Fremdfinanzierung eine Überbauung mit Baukosten von über 8 Millionen Franken erstellt. Nach dem Eintritt des Gesundheitsschadens des Beschwerdeführers wurde die Liegenschaft in Stockwerkeigentumseinheiten aufgeteilt und etwa zu 40 % verkauft. Diese Art des Vorgehens ist weit von der einer zufälligen privaten Vermögensverwaltung entfernt. Auch Verkäufe die durch äussere Umstände erzwungen werden, sind unter diesen Umständen gewerbsmässiger Liegenschaftshandel, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Im vorliegenden Fall muss man von einem sorgfältigen und planmässigen Vorgehen, von einer weitgehenden Fremdfinanzierung und von einem direkten Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers ausgehen. Damit sind die mehreren Voraussetzungen für das Vorliegen eines gewerbsmässigen Liegenschaftshandels gegeben und der entsprechende Gewinn für das Jahr 2000 ist zu Recht als ausserordentliches Einkommen 2000 veranlagt worden. Die vorliegende Beschwerde muss daher abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2006

A 2006 / 8

4. Ausländerrecht

Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG – Voraussetzungen für die Ausweisung eines Ausländers infolge Straffälligkeit. Sie muss nach den gesamten Umständen angemessen erscheinen (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in

der Schweiz und die ihm drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 ANAV). Entscheidend ist letztlich die Verhältnismässigkeitsprüfung, die gestützt auf die gesamten wesentlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist. Abweisung des Antrags auf persönliche Anhörung.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Verfügung vom 6. Februar 2006 wies das Amt für Ausländerfragen des Kantons Zug (KAFA) A.B., Staatsangehöriger von Serbien und Montenegro, Jahrgang 1975, für unbestimmte Zeit aus der Schweiz weg. Zur Begründung führte das KAFA unter anderem aus, A.B. sei vom Strafgericht des Kantons Zug mit Urteil vom 23. November 2005 wegen der Begehung verschiedener Delikte (einfache Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, mehrfache einfache Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 2 StGB, Raub, Drohung, versuchte Drohung, mehrfach sexuelle Nötigung) zu 30 Monaten Gefängnis verurteilt worden. Bereits am 2. Juni 2004 sei er vom Einzelrichteramt Zug wegen grober Verletzung von Verkehrsregeln und Fahrens ohne Führerausweis zu 20 Tagen Gefängnis und zu einer Busse von Fr. 1'200.- verurteilt worden. A.B. habe durch die erwähnten Straftaten in klarer Weise gegen die in der Schweiz geltende Rechtsordnung verstossen und einen Ausweisungsgrund gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG gesetzt. Die Ausweisung sei auch verhältnismässig. Die Ausreise in sein Heimatland sei möglich und zumutbar. Aufgrund der möglichen Wiederholungsgefahr würden die öffentlichen Interessen an einer Entfernung aus der Schweiz gegenüber den privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz überwiegen. Es bestehe kein Grund, die Ausweisung aus der Schweiz nicht unbefristet auszusprechen. Die von A.B. gegen diese Verfügung am 13. Februar 2006 erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat mit Beschluss vom 4. Juli 2006 ab, wies ihn aus der Schweiz aus und forderte ihn auf, die Schweiz innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses zu verlassen.

Gegen diesen Beschluss liess A.B. am 25. Juli 2006 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und das KAFA sei anzuweisen, ihm das Niederlassungsrecht zu gewähren, es sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren, es seien keine Kosten zu erheben und es sei ihm eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Zudem sei die unentgeltliche Rechtspflege und die unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG; SR 142.20) kann ein Ausländer aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde (lit. a) oder wenn sein

Verhalten im Allgemeinen und seine Handlungen darauf schliessen lassen, dass er nicht gewillt oder fähig ist, sich in die im Gaststaat geltende Ordnung einzufügen (lit. b). Die Ausweisung kann befristet, aber nicht für weniger als zwei Jahre, oder unbefristet ausgesprochen werden (Art. 11 Abs. 1 ANAG). Sie soll nur verfügt werden, wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAV, SR 142.201). Entscheidend ist letztlich die Verhältnismässigkeitsprüfung, die gestützt auf die gesamten wesentlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist (vgl. BGE 125 II 523 f.).

b) Die Straffälligkeit ist der häufigste Ausweisungsgrund. Der Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 lit a ANAG verlangt eine «gerichtliche» Bestrafung wegen Verbrechen oder Vergehens. Übertretungen allein genügen nicht, ebenso wenig Bestrafungen durch Verwaltungsorgane. Das Bundesgericht hat den Grenzwert, von dem an in der Regel keine Bewilligung mehr erteilt werden kann, bei zwei Jahren Freiheitsentzug angesetzt. Bei Personen, die in der Schweiz längere Zeit aufenthalts- und niederlassungsberechtigt waren, muss der Grenzwert höher angesetzt werden. Massgebend ist das durch die strafrechtliche Verurteilung zum Ausdruck gebrachte Verschulden. Deshalb kann auch eine vom Gericht ausgesprochene Massnahme an Stelle der Freiheitsstrafe einen Ausweisungstatbestand begründen. Entscheidend ist, dass ein Verschulden zu Grunde liegt, welches ohne Massnahme eine Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren nach ziehen würde (BGE 125 II 524).

c) Den Verwaltungsbehörden und dem im Rechtsmittelverfahren angerufenen Verwaltungsgericht ist die Überprüfung des Strafurteils aus Gründen der Gewaltenteilung versagt. Entsprechend kann eine gegen die Ausweisung vorgebrachte Kritik an der Verschuldenswürdigung durch den Strafrichter im Verwaltungsgerichtsverfahren nicht gehört werden. Es kommt auch äusserst selten vor, dass Tatsachen, die für die Würdigung des Verschuldens wesentlich sind, erst nach Rechtskraft des Strafurteils eintreten. Solche Tatsachen, die nicht im Strafverfahren vorgebracht werden konnten, müssten ohnehin mit einem Revisionsgesuch gegen das Strafurteil geltend gemacht werden.

d) Artikel 10 Abs. 1 ANAG ist eine typische «Kann-Bestimmung». Das Gesetz schreibt beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nicht zwingend die Anordnung einer Ausweisung vor. Es räumt der Verwaltung diesbezüglich einen Ermessensspielraum ein. Die Frage, ob die Ausweisung im Sinne der Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 3 ANAV «angemessen», d.h. verhältnismässig sei, ist eine Rechtsfrage, die vom Verwaltungsgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde frei überprüft wird (§ 63 Abs. 1 VRG). Dem Gericht ist es jedoch verwehrt, sein eigenes Ermessen –

im Sinne einer Überprüfung der Opportunität bzw. Zweckmässigkeit der Ausweisung – an die Stelle desjenigen der zuständigen kantonalen Behörde zu setzen (BGE 114 Ib 2, 125 II 523, 122 II 435). Es kann nur überprüfen, ob der Entscheid der Verwaltung auf einer Überschreitung bzw. einem Missbrauch des Ermessens beruht und damit rechtswidrig ist. Auch nach kantonalem Recht darf das Verwaltungsgericht Entscheide des Regierungsrates nur auf Rechtsverletzungen überprüfen (§ 63 Abs. 1 VRG).

3. a) Mit Strafbefehl vom 1. Mai 2000 verurteilte das Einzelrichteramt Zug den Beschwerdeführer wegen Führens eines Motorfahrzeuges ohne Führerausweis zu einer Busse von Fr. 250.-. Mit Strafbefehl vom 2. Juni 2004 wurde er wegen grober Verletzung von Verkehrsregeln und wegen Fahrens ohne Führerausweis zu 20 Tagen Gefängnis bedingt und zu einer Busse von Fr. 1'200.- verurteilt. Grund für diesen Strafbefehl war das Einhalten eines völlig ungenügenden Abstands gegenüber einem voranfahrenden Lenker und das mehrmals missbräuchliche Verwenden der Lichthupe sowie eine Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit innerorts von 50 km/h um 44 km/h. Mit Urteil vom 23. November 2005 verurteilte das Strafgericht des Kantons Zug den Beschwerdeführer wegen einfacher Körperverletzung, wegen mehrfacher einfacher Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 2 StGB, wegen Raubes, wegen Drohung, wegen versuchter Drohung und wegen mehrfacher sexueller Nötigung zu dreissig Monaten Gefängnis (teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 2. Juni 2004). Aufgrund der wiederholten strafrechtlichen Verurteilungen sind im vorliegenden Fall die Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG ohne weiteres erfüllt, was vom Beschwerdeführer an sich auch nicht bestritten wird. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob die angeordnete Ausweisung nach den gesamten Umständen verhältnismässig erscheint.

b) Ausgangspunkt und Massstab für die Schwere des Verschuldens und die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung ist die vom Strafrichter verhängte Strafe (BGE 129 II 216). Das Strafgericht geht von einem schweren Verschulden des Beschwerdeführers aus und erklärt diesbezüglich Folgendes (Ziff. 8.5 des Strafurteils):

«Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten zu Recht ein schweres Verschulden vor. Er hat seine Ehefrau aus selbstsüchtigen Motiven auf brutale und arrogante Weise körperlich misshandelt, sie gedemütigt und ihr sexuelles Selbstbestimmungsrecht in krasser Weise missachtet; insbesondere ihre psychische Gesundheit wurde dadurch stark gefährdet. Das Verhalten des Beschuldigten lässt sich auch nicht mit seiner angeblich rasenden Eifersucht rechtfertigen, zu der ihm seine Ehefrau im Übrigen nicht den geringsten Anlass gab. Der Beschuldigte bietet das Bild eines rücksichtslosen Egoisten, der sich sein vermeintliches Recht glaubt mit Gewalt nehmen zu dürfen. Es sind auch keine Hinweise vorhanden, dass C. D. den Beschuldig-

ten provoziert haben könnte; im Gegenteil hat sie zahlreiche Zumutungen über sich ergehen lassen, um jede Provokation zu vermeiden. Entgegen der Darstellung der Verteidigung in der Stellungnahme zur Anklageschrift steht vorliegend nicht ein «ehelicher Konflikt» zur Debatte, zu dem beide Parteien ihren Beitrag leisteten, sondern die einzig vom Beschuldigten ausgehenden, massiven strafbaren Handlungen.»

Damit steht für das vorliegende Verfahren verbindlich fest, dass von einem schweren Verschulden des Beschwerdeführers ausgegangen werden muss. Es trifft offensichtlich nicht zu, dass der Beschwerdeführer von seiner Ehefrau psychisch terrorisiert worden ist, und dass sie auch nur ansatzweise ein Mitverschulden trägt. Sie hat vielmehr über längere Zeit ungläubliche Demütigungen über sich ergehen lassen, um ihrem gewalttätigen Ehemann gegenüber jede Provokation zu vermeiden. Ein Mitverschulden ihrerseits ist vom Strafgericht klar verneint worden. Es erstaunt sehr, dass der Beschwerdeführer offenbar nach wie vor behauptet, dass ein ehelicher Konflikt die (Teil-)Ursache seiner strafbaren Handlungen gewesen sei. Die Akten samt dem Strafurteil vermitteln ein völlig anderes Bild. Ursache der Straftaten des Beschwerdeführers war allein sein Besitz ergreifender, autoritärer Charakter. Er liess sich gegenüber den rapportierenden Polizeibeamten sogar noch zu der dümmlichen Bemerkung hinreissen, die Straftaten gegenüber seiner Frau seines rechtens gewesen, weil man eine Ehefrau auf eine solche Art «bestrafen» dürfe. Solch brutales, unerklärliches und unentschuldigbares Verhalten gegenüber einer Ehefrau entspricht nicht dem Bild, das die schweizerische Rechtsordnung von einem anständigen Ehepartner zeichnet, denn dieser schuldet seiner Partnerin Achtung, Treue und Beistand (Art. 159 Abs. 3 ZGB).

c) Für die Beurteilung der Dauer des Aufenthalts der betroffenen Person in der Schweiz ist auf die deliktsfreie Zeit ausserhalb von Untersuchungshaft und Strafvollzug abzustellen. Zu berücksichtigen ist auch, in welchem Alter ein Ausländer in die Schweiz eingereist ist. Je länger ein Ausländer in der Schweiz anwesend war, desto strengere Anforderungen sind grundsätzlich an die Anordnung einer Ausweisung zu stellen. Selbst bei einem Ausländer der «zweiten Generation» ist eine Ausweisung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nicht zum Vorneherein ausgeschlossen (BGE 122 II 436). Nach der Praxis drängt sich Zurückhaltung bei der Ausweisung von in der Schweiz aufgewachsenen Ausländern auf. Dieselbe Zurückhaltung ist geboten, wenn der Ausländer ausgesprochen lange hier gelebt hat. Unter einem ausgesprochen langen Aufenthalt versteht das Verwaltungsgericht einen solchen von 20 und mehr Jahren, wobei jeder Einzelfall gesondert zu würdigen ist. Dazu ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer im Alter von 19 Jahren in die Schweiz eingereist ist und am 17. Oktober 1994 ein Asylgesuch eingereicht hat. Dieses wurde vom Bundesamt für Flüchtlinge

am 5. April 1995 abgewiesen. Mit Urteil vom 5. Juli 1995 wies die Schweizerische Asylrekurskommission eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde ab. Daraufhin wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, die Schweiz bis zum 31. Januar 1996 zu verlassen. Wegen der kriegerischen Ereignisse im Kosovo wurde die Ausreisefrist jedoch mehrmals verlängert. Am 18. April 1997 heiratete der Beschwerdeführer die dänische Staatsangehörige C. D. und erhielt in der Folge eine Jahresaufenthaltsbewilligung. Im Oktober 2002 wurde ihm eine bis Ende August 2007 befristete Niederlassungsbewilligung erteilt. Bis zu den Vorfällen vom September 2004 hielt sich der Beschwerdeführer damit seit knapp zehn Jahren in der Schweiz auf. Von einem ausgesprochen langen Aufenthalt kann deshalb nicht gesprochen werden.

d) Weiter zu prüfen sind die Nachteile, die der betroffenen Person (und allenfalls ihrer Familie) bei der Ausweisung aus der Schweiz drohen. Zu beachten ist dabei, dass wirtschaftliche Erschwernisse in der Heimat eine Ausweisung in der Regel nicht zu verhindern vermögen. Bis zum Alter von 19 Jahren lebte der Beschwerdeführer im Kosovo. Seine Eltern, seine zwei Brüder und seine drei Schwestern leben nach wie vor im Kosovo. Er besuchte dort die Grundschule und eine private Mittelschule. Im Jahre 1990 verliess er die Schule und arbeitete auf dem elterlichen Hof. Bei der Befragung durch die Fremdenpolizei des Kantons Zürich erklärte er im Dezember 1994, dass vier Hektaren Land, zwei Hektaren Wald, ein dreistöckiges Haus und drei Kühe zu seinem Vermögen gehören würden. Die politischen Verhältnisse haben sich im Kosovo unter der Aufsicht der UNO insoweit normalisiert, dass der Beschwerdeführer nach seiner Rückkehr nicht mit politischer Verfolgung rechnen muss. Der Beschwerdeführer hat in der Schweiz keine Familie, auf die bei der Frage nach der Zumutbarkeit der Rückkehr in die Heimat Rücksicht genommen werden müsste. Bei einer Rückkehr in den Kosovo drohen dem Beschwerdeführer keine übermässigen Nachteile.

e) Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der verfügten Ausschaffung ist das öffentliche Interesse an der Ausschaffung des straffälligen Beschwerdeführers seinem privaten Interesse an einem weiteren Verbleib in der Schweiz gegenüberzustellen. Seine Straftaten, sein Verschulden und auch seine jetzige Einstellung vermitteln den Eindruck einer Persönlichkeit, die nach wie vor eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit in der Schweiz darstellt. Auch eine Aufenthaltsdauer in der Schweiz von 10 Jahren und der Kontakt mit der hiesigen Rechtsordnung und den schweizerischen Gepflogenheiten haben ihn nicht davon abbringen können, seine eigene Ehefrau in einer verabscheuungswürdigen Art und Weise zu quälen und zu malträtieren. Seine Einstellung gegenüber seiner angetrauten Ehefrau und sein schweres deliktisches Verhalten zeugen davon, dass er sich überhaupt nicht in die hier geltende Rechtsordnung integrieren können. Zudem müsste befürchtet werden, dass es auch im Rahmen einer neuen Beziehung zu gleichen oder ähnlichen Straftaten kommen könnte. Mit Bezug

auf seine privaten Interessen ist festzuhalten, dass er, auch wenn er sich seit 10 Jahren rechtmässig in der Schweiz aufgehalten hat, mit der heimatlichen Kultur und Sprache nach wie vor verbunden ist. So verbrachte er die ganze Jugend- und die schulische Ausbildungszeit im Kosovo. Zwar kann nicht in Abrede gestellt werden, dass für ihn die Rückkehr in die Heimat mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden sein wird. Dies trifft indes auch auf andere Landsleute zu, die nach längerer Abwesenheit auf ordentlichem Weg in ihre Heimat zurückkehren, und stellt deshalb keine besondere Härte dar. Seine ganze Familie lebt in Kosovo und er muss in der Schweiz keine nahe stehenden Verwandten oder Frau und Kinder zurücklassen. Es kann nicht von einer grossen Härte gesprochen werden.

4. Der Beschwerdeführer lässt darauf hinweisen, dass das Strafgericht den ehelichen Konflikt als Ursprung der Tat bereits in seinem Entscheid über die Landesverweisung berücksichtigt habe.

a) Der Strafrichter hat grundsätzlich die Möglichkeit, die strafrechtliche Landesverweisung anzuordnen, wenn ein Ausländer ein Verbrechen oder Vergehen verübt hat. Sieht er hievon ab oder wird die Landesverweisung probeweise aufgeschoben, steht dies der fremdenpolizeilichen Ausweisung nach Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG nicht entgegen (BGE 122 II 435 E. 2b, 114 Ib 1 E. 3a), sind doch die Voraussetzungen für die beiden Entfernungsmassnahmen nicht identisch. So ist für den Entscheid über die Gewährung des bedingten Vollzuges einer strafrechtlichen Landesverweisung auf die Prognose hinsichtlich eines künftigen Wohlverhaltens des Ausländers in der Schweiz (vgl. Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB; BGE 123 IV 107 E. 4a) und für denjenigen über den probeweisen Aufschub nach Art. 55 Abs. 2 StGB auf die Resozialisierungschancen abzustellen, wobei regelmässig die Aussichten auf Wiedereingliederung in der Schweiz denjenigen im Heimatland gegenüberzustellen sind (vgl. BGE 122 IV 56 E. 3a). Demgegenüber steht für den Entscheid über die fremdenpolizeiliche Ausweisung das allgemeine Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Vordergrund (BGE 125 II 109 f. E. 2c).

b) Das Strafgericht Zug stellt bezüglich Landesverweisung fest, von einer Verwurzelung des Beschuldigten in der Schweiz könne nicht gesprochen werden. Seine Ehefrau habe die Absicht, sich von ihm scheiden zu lassen. Angesichts der Schwere der Straftaten und des Verschuldens sei eine Landesverweisung für die Dauer von acht Jahren sowohl im Interesse der öffentlichen Sicherheit wie auch als zusätzliche Strafe angezeigt. Entsprechend dem Antrag der Staatsanwaltschaft sei die Landesverweisung aber bedingt auszusprechen, da der Beschuldigte schon über zehn Jahre in der Schweiz lebe und es sich um die erste schwere Straftat handle. Bezüglich des Entscheides über die Landesverweisung besteht aber keine Bindung der Administrativbehörden an den Entscheid der Strafbehörden. Für die Auslän-

derbehörden steht das Interesse an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Vordergrund. Der Beurteilungsmassstab der Administrativbehörden ist im Vergleich zu dem der Strafbehörden strenger. Angesichts der schweren Straffälligkeit des Beschwerdeführers kann nicht von einer Ausweisung abgesehen werden. Die Ausweisung ist zwar zweifellos geeignet, den Beschwerdeführer in gravierendem Masse in seinen persönlichen Interessen zu beeinträchtigen. Gesamthaft betrachtet kommt das Verwaltungsgericht aber zum Schluss, dass das öffentliche, sicherheitspolizeiliche Interesse an der Ausweisung und der Fernhaltung des Beschwerdeführers aufgrund der Art seiner Delikte, der Dauer der ausgesprochenen Freiheitsstrafe und insbesondere der nicht zu unterschätzenden Rückfallgefahr das private Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz klar zu überwiegen vermag. Die relativ kurze Dauer des Aufenthalts in der Schweiz, das Fehlen von familiären Bindungen und die nach wie vor bestehende Verwurzelung in seiner Heimat zeigen zudem, dass eine Rückkehr in den Kosovo nicht unzumutbar ist.

5. a) Der Beschwerdeführer beantragt eine Parteibefragung dazu, dass er seine Schulden in der Schweiz zurückzahlen will. Ebenfalls verlangt er eine Parteibefragung dazu, inwieweit Psychoterror seiner Ehefrau vorgelegen habe und wie weit dieses Faktum bei dem schwerwiegenden Entscheid über den Entzug der Niederlassungsbewilligung zu berücksichtigen sei. Nach § 15 VRG gewährt die Behörde den Parteien das rechtliche Gehör, bevor sie entscheidet. Wie Art. 4 aBV (BGE 122 II 469; 114 Ib 244; 108 Ia 188) vermittelt auch Art. 29 Abs. 2 BV nicht zwingend das Recht, mündlich angehört zu werden, d.h. die Gelegenheit, schriftlich zu allen wesentlichen Umständen Stellung nehmen zu können, genügt in der Regel (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 524 f.). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn massgebliche Umstände sich gerade ausschliesslich durch eine mündliche Anhörung abklären lassen, wenn sich also eine solche für den zu fällenden Entscheid als unerlässlich erweist. Das kann namentlich in Fällen zutreffen, in denen die persönlichen Eigenschaften des Betroffenen ausschlaggebend sind und es dafür wesentlich auf den unmittelbaren Eindruck ankommt, den eine Person der zuständigen Behörde vermittelt. Nicht anwendbar auf fremdenpolizeiliche Streitigkeiten - unter Einschluss der Ausweisung - ist hingegen Art. 6 EMRK (Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 7. April 1994, in VPB 58/1994 Nr. 99 S. 719; vgl. BGE 123 I 25). Hingegen sieht Art. 1 Ziff. 1 lit. a des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101.7) vor, dass einem Ausländer mit rechtmässigem Aufenthalt, der ausgewiesen werden soll, zu gestatten ist, Gründe vorzubringen, die gegen die Ausweisung sprechen. Ob sich daraus allerdings ein Anspruch auf persönliche Anhörung ableitet, hat das Bundesgericht offen gelassen (vgl. Urteil vom 16. November 2000, 2A.370/2000).

b) Die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers bilden zweifellos

ein massgebliches Kriterium für die Frage der Zulässigkeit der Ausweisung. Namentlich von Interesse ist die Schwere seines Verschuldens, eine Frage, die aber insbesondere anhand der – vorliegend genügend aussagekräftigen – strafrechtlichen Erkenntnisse zu beurteilen ist. Diesbezüglich besteht im Fall des Beschwerdeführers kein Bedarf an einer ergänzenden persönlichen Anhörung. Die Abklärung dieser Frage oblag zudem primär den Fremdenpolizeibehörden, die sich nach der Praxis zwar in erster Linie auf die entsprechenden Einschätzungen der Strafbehörden abzustützen haben, soweit solche vorliegen, daran aber nicht gebunden sind. Das Kafa hat den Beschwerdeführer vor seiner Entscheidung auch zum rechtlichen Gehör eingeladen. Vor dem Regierungsrat hatte der Beschwerdeführer sogar die Möglichkeit eines doppelten Schriftenwechsels. Ins Gewicht fällt dabei auch, dass der Beschwerdeführer bereits im Verfahren vor dem Kafa und dem Regierungsrat anwaltlich vertreten war und somit umfassend Gelegenheit hatte und diese auch benützte, in qualifizierter Weise Gründe vorzubringen, die gegen die Ausweisung sprechen würden. Folglich ist eine zusätzliche persönliche Anhörung des Beschwerdeführers in diesem Verfahren nicht mehr erforderlich.

Die Ausweisung kann nach den gesamten Umständen jedenfalls nicht als unverhältnismässig im Sinne von Art. 11 Abs. 3 ANAG qualifiziert werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich demnach als unbegründet und muss abgewiesen werden.

6. Gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG trägt im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei die Kosten. Dies bedeutet, dass die Gerichtskosten an sich dem Beschwerdeführer auferlegt werden müssten. Der Beschwerdeführer beantragt aber, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege und die unentgeltliche Verbeiständung zu bewilligen. Wenn einer Partei die nötigen Mittel fehlen und ihr Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, so kann ihr die entscheidende Behörde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligen (§ 27 Abs. 1 VRG). Dem Beschwerdeführer ist bereits im Verfahren vor dem Regierungsrat die unentgeltliche Rechtspflege und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden. Der Regierungsrat hat dabei anhand der eingereichten Unterlagen festgestellt, dass dem Beschwerdeführer die finanziellen Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt noch die Kosten der Prozessführung zu bezahlen. Diese Feststellung wurde nicht bestritten und hat damit nach wie vor ihre Gültigkeit, so dass das Gericht aus prozessökonomischen Gründen davon absieht, die gleichen Abklärungen knapp drei Monate später nochmals durchzuführen. Bei der Ausweisung handelt es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte eines Ausländers. Bei der Verfassung einer entsprechenden Eingabe ist der Beschwerdeführer, der der deutschen Sprache in der schriftlichen Form nicht mächtig ist, auf fachlichen Beistand angewiesen. Sein Rechtsvertreter wird deshalb in Anwendung von § 27 Abs. 2 VRG als unentgeltlicher Rechtsbeistand bezeichnet und zu Lasten der Staatskasse für die dreiseitige Be-

schwerdeschrift mit Fr. 800.- entschädigt. Weitere Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. August 2006

V 2006 / 88

5. Personenrecht

Art. 30 Abs. 1 ZGB – Namensänderungen werden bewilligt, wenn wichtige Gründe vorliegen. Ein Konkubinatsverhältnis zwischen der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt und dem Konkubinatspartner als leiblichem Vater stellt noch keinen wichtigen Grund für eine Namensänderung dar.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Schreiben vom 12. August 2005 ersuchten Carlo Corti und Monika Maier (Namen geändert) die Direktion des Innern des Kantons Zug um eine Namensänderung für ihre gemeinsame Tochter Anna Maier in Anna Corti. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus, die Mutter von Anna sei die ehemalige Partnerin von Sandro Maier gewesen. Aus dieser Beziehung habe sie drei Kinder. Im Jahre 1992 habe sie sich von Sandro Maier getrennt und seit 1997 sei sie von ihm geschieden. Im Jahre 2004 sei nun ihre gemeinsame Tochter Anna auf die Welt gekommen. Da die Eltern aber nicht verheiratet seien, trage die Tochter den Namen ihrer Mutter. Man habe vor der Geburt von Anna über eine Namensänderung von Monika Maier auf den Ledignamen diskutiert, habe dann aber von dieser Lösung im Interesse der drei anderen Kinder abgesehen. Mit Verfügung vom 24. Mai 2006 lehnte die Direktion des Innern des Kantons Zug das Gesuch um Namensänderung mit der Begründung ab, die Mutter des Kindes heisse Maier. Psychische Probleme des Kindes seien bis heute keine ersichtlich. Die Uneinheitlichkeit des Familiennamens innerhalb der Familie bringe für Anna keine ernsthaften sozialen Nachteile. Die Mutter führe nach wie vor den während der Ehe geführten Familiennamen Maier. Dieser Ehe seien drei Kinder entsprossen, die ebenfalls Maier heissen würden. Eine Namenseinheit könne somit nicht erreicht werden. Es gäbe im Gegensatz eine zusätzliche Spaltung, indem dann neu vier Familienmitglieder Maier und zwei Corti heissen würden. Gegen diese Verfügung reichten Monika Maier und Sandro Corti am 21. Juni 2006 Beschwerde ein und beantragten, es sei das Gesuch um Namensänderung von Anna Maier in Anna Corti zu bewilligen. Mit Vernehmlassung vom 28. Juni 2006 beantragt die Direktion des Innern unter Verweis auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen. Auf eine weitere Stellungnahme wird verzichtet.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB kann die Regierung des Wohnsitzkantons einer Person die Änderung des Namens bewilligen, wenn wichtige Gründe vorliegen. Solche sind zu bejahen, wenn das Interesse des Namensträgers an einem neuen Namen dasjenige der Verwaltung und der Allgemeinheit an der Unveränderlichkeit des einmal erworbenen und in die Register eingetragenen Namens sowie an Kennzeichnung des Einzelnen überwiegt. Ob ein Grund für eine Namensänderung vorliegt, ist eine Ermessensfrage, die von der zuständigen Behörde nach Recht und Billigkeit zu beantworten ist (vgl. Art. 4 ZGB).

a) Der Name soll dem Namensträger das Fortkommen ermöglichen und erleichtern; aus dem Namen sollen nicht wirkliche Nachteile oder erhebliche Unannehmlichkeiten erwachsen (BGE 120 II 276 Erw. 1). Die Namensänderung hat den Zweck, ernstliche Nachteile, die mit dem bisherigen Namen verbunden sind, zu beseitigen, wobei vor allem moralische, geistige und seelische, aber auch wirtschaftliche oder administrative Interessen im Spiele stehen können (BGE 108 II 1 E. 5a S. 4; 124 III 401 E. 2b S. 402, je mit Hinweisen). Diese Interessen sind jedoch nach objektiven Kriterien, mithin danach zu werten, wie der zu ändernde Name auf die Umwelt wirkt; subjektive Gründe des Namensträgers bleiben bei dieser Wertung grundsätzlich bedeutungslos (BGE vom 1. Oktober 2002, 5C.163/2002). Die Änderung des Familiennamens wurde vom Bundesgericht regelmässig bewilligt, wenn ein Kind nach der Scheidung der Eltern bei der Mutter lebte und diese ihren früheren Namen wieder angenommen hat (vgl. BGE 109 II 177; 110 II 433).

b) In jüngerer Zeit ist das Bundesgericht von dieser grosszügigen Praxis wieder abgewichen und hat im BGE 121 III 145 ff. die Berufung eines Kindes abgewiesen, das mit seiner Mutter und deren Konkubinatspartner, der zugleich Vater des Kindes war, in Hausgemeinschaft lebte. Dem Kind war von den kantonalen Instanzen die Annahme des Familienamens des Konkubinatspartners der Mutter verweigert worden. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass sich die Beurteilung ausserehelicher Kindesverhältnisse durch die Gesellschaft verändert habe und deshalb nicht mehr mit den sozialen Nachteilen argumentiert werden könne, denen ein Kind wegen des Namensunterschiedes ausgesetzt sei. Angesichts des bereits seit einigen Jahren eingetretenen Sinneswandels lasse sich nicht mehr schon allein in der Tatsache eines stabilen Konkubinatsverhältnisses zwischen der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt und dem Konkubinatspartner als leiblichem Vater ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 30 Abs. 1 ZGB erblicken (E. 2c S. 148). Nach dieser Praxis des Bundesgerichts haben die Beschwerdeführer daher im vorliegenden Fall konkret aufzuzeigen, inwiefern dem Kind durch die

Führung des von Gesetzes wegen erworbenen Namens der leiblichen Mutter (Art. 160 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 270 Abs. 1 ZGB) Nachteile erwachsen, welche als wichtige Gründe für eine Namensänderung in Betracht gezogen werden können (vgl. BGE 121 III 145 E. 2c).

3. ...

4. Bei der nun vorzunehmenden Interessenabwägung ist einmal festzustellen, dass auf Seiten der Behörden das öffentliche Interesse der Verwaltung und der Allgemeinheit an der Unveränderlichkeit des einmal erworbenen und im Zivilstandsregister eingetragenen Namens sowie an dessen individualisierender Wirkung steht (vgl. hierzu BGE 120 II 277). Auf Seiten der knapp zwei Jahre alten Anna sind zum jetzigen Zeitpunkt keine direkten persönlichen Interessen auszumachen, die es zu beachten gälte. Ihr wird erst in ein paar Jahren bewusst werden, dass sie neben ihrem Rufnamen auch noch einen Familiennamen hat, der von dem des Vaters abweicht. Als Belastung wird von ihrer Mutter offenbar das schwer getrübte Verhältnis zu ihrem Ex-Mann empfunden. Anna hat ihren Namen aber nicht vom Vater ihrer drei (Halb)-Geschwister, sondern von ihrer Mutter. Sind nämlich die Eltern eines Kindes nicht miteinander verheiratet, so erhält das Kind den Familiennamen der Mutter (Art. 270 Abs. 2 ZGB). Monika Maier hat sich offenbar nach ihrer Scheidung entschieden, den Ehenamen Maier beizubehalten, was im Hinblick auf ihre drei Kinder aus dieser Ehe sehr gut verständlich ist. Dies hat aber direkte Konsequenzen für den Namen von Anna, solange ihre Eltern nicht verheiratet sind.

Anna hat aber nicht nur aus juristischer Sicht den richtigen Namen. Anna trägt als Kind nicht verheirateter Eltern von Gesetzes wegen den Familiennamen ihrer Mutter. Weder ihr Name noch sie selber haben irgendetwas mit Sandro Maier zu tun. Die Behauptung von Dr. M., sie werde sich im Kindergarten dem Problem stellen müssen, nicht den Namen ihres Vaters zu tragen, geht an der Sache vorbei. Einmal tragen alle Kinder unverheirateter Eltern den Namen ihrer Mutter. Dann ist zu beachten, dass Anna im Kindergarten – nach bewilligter Namensänderung – mit dem kaum weniger grossen Problem konfrontiert wäre, anders zu heissen als ihre Mutter und ihre Geschwister. Es wäre zudem aus zivilrechtlicher Sicht ohne weiteres möglich, dass Anna auch ohne Namensänderung den Namen ihres Vaters annehmen könnte. Würden ihre Eltern nämlich heiraten, so würde sie als vorher geborenes gemeinsames Kind von Gesetzes wegen den Familiennamen erhalten. Der Familienname ist gemäss Art. 160 ZGB der Name des Ehemannes. Die Mutter könnte zudem ohne weiteres ihren bisherigen Erst-Namen Maier voranstellen, so dass die Namenseinheit mit ihren anderen Kindern nach wie vor gewahrt bleiben würde.

Die Tatsache, dass die Beziehung zwischen Monika Maier und ihrem Ex-Mann Sandro Maier erheblich gestört ist, wird durch Fachberichte bestätigt,

ebenso dass Monika Maier darunter psychisch erheblich leidet. Es überrascht allerdings, dass Monika Maier nur im Zusammenhang mit ihrer Tochter Anna an die belastete Vergangenheit erinnert wird, hat doch gerade Anna weder juristisch noch biologisch etwas mit Sandro Maier zu tun. Auch mit der beantragten Namensänderung könnte keine Namenseinheit innerhalb der Familie erreicht werden. Ernsthafte soziale Nachteile für Anna, die ihr aus dem Namen Maier erwachsen würden, sind zurzeit keine auszumachen. Auch psychische Probleme von Seiten des Kindes sind zum jetzigen Zeitpunkt nicht ausgewiesen. Die gesundheitlichen Probleme, an denen ihre Mutter durch die gestörte Beziehung zu ihrem Ex-Mann leidet, sind keine wichtigen Gründe im Sinne von Art. 30 ZGB für die Namensänderung des Kindes. In der Familie von Anna heissen fünf von sechs Familienmitgliedern Maier. Inwiefern durch das Aufwachsen in dieser Familie für Anna ohne Namensänderung schwere soziale Nachteile entstehen würden, konnte nicht dargelegt werden.

Im Ergebnis ist die Verfügung der Direktion des Innern nicht zu beanstanden, weshalb die vorliegende Beschwerde abgewiesen werden muss.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. September 2006 V 2006 / 76

6. Strassenverkehrsrecht

Art. 3 Abs. 4 SVG – Die Anordnung eines Parkierungsverbotes stellt eine funktionelle Verkehrsanordnung nach Art. 3 Abs. 4 SVG dar, die auf einer Strasse im privaten Eigentum angeordnet werden kann, wenn diese dem öffentlichen Verkehr zur Benützung offen steht. Solche Massnahmen können u.a. zwecks Gewährleistung der Zugänglichkeit der hinterliegenden Wohnliegenschaften für schwere Fahrzeuge der öffentlichen Dienste (Kehrichtversorgung, Feuerwehr) angeordnet werden. Im konkreten Fall keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; Bejahung der erforderlichen Verfügungsmacht des Gemeinwesens aufgrund einer ungemessenen Dienstbarkeit sowie des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit der Massnahme, unter Verneinung eines unzulässigen Eingriffs in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Moosbachweg in Zug befindet sich in privatem Eigentum der X. AG, Zug. Mit Vertrag vom 30. September 1958 und entsprechendem Grundbucheintrag vom 7. Oktober 1958 räumte die X. AG der Einwohnergemeinde Zug ein öffentliches Fuss- und Fahrwegrecht auf dem Moosbachweg ein. Immer wieder beschwerten sich Anwohnerinnen und Anwohner des Moosbachwegs beim Sicherheitsdepartement der Stadt Zug über Parkierungsmissstände auf dem Moosbachweg. Fahrzeuge würden so abgestellt, dass selbst mit Personenwagen ein Durchkommen fast nicht möglich sei und für Ret-

tungsfahrzeuge die Zufahrt unmöglich wäre. Um die bestehenden Missstände am Moosbachweg zu beseitigen, unterbreitete die Sicherheitsabteilung der Stadt Zug der X. AG mit Schreiben vom 27. Dezember 2000 den Vorschlag, ein 10 Meter langes Parkfeld auf der Südseite des Moosbachwegs zu markieren und den verbleibenden Strassenabschnitt mit einem Parkverbot zu versehen. Auf Grund verschiedener Umstände konnte in der Folge die Situation nicht bereinigt werden. Mit Schreiben vom 7. März 2002 schlug das Mobilitätsmanagement der Stadt Zug der X. AG vor, den gesamten Moosbachweg als Parkverbotszone zu signalisieren. Mit Schreiben vom 8. März 2002 lehnte die X. AG diesen Vorschlag ab und bestand auf der Erstellung der Parkplätze entsprechend dem früheren Schreiben vom 27. Dezember 2000. Mit Beschluss vom 28. Mai 2002 verfügte der Stadtrat von Zug, der Moosbachweg, GBP-Nr. 2767, werde als Parkverbotszone, Signal 2.591/2.50 und 2.59.2/2.50 gekennzeichnet. Mit Beschluss vom 11. Januar 2005 wies der Regierungsrat die Verwaltungsbeschwerde der X. AG ab. Gegen den Entscheid reichte die X. AG am 16. Februar 2005 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein.

Aus den Erwägungen:

2. Die Kantone sind befugt, für bestimmte Strassen Fahrverbote, Verkehrsbeschränkungen und Anordnungen zur Regelung des Verkehrs zu erlassen. Sie können diese Befugnisse den Gemeinden übertragen unter Vorbehalt der Beschwerde an eine kantonale Behörde (Art. 3 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958, SVG, SR 741.01). Andere Beschränkungen oder Anordnungen können erlassen werden, soweit der Schutz der Bewohner oder gleichermassen Betroffener vor Lärm und Luftverschmutzung, die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern. Aus solchen Gründen können insbesondere in Wohnquartieren der Verkehr beschränkt und das Parkieren besonders geregelt werden (Art. 3 Abs. 4 SVG).

Der Kanton Zug hat die Befugnis zum Erlass dauernder Verkehrsbeschränkungen für Gemeindestrassen den zuständigen Gemeinderäten übertragen (§ 5 Abs. 1 der Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation vom 22. Februar 1977, BGS 751.21), und auch für die Signalisation auf öffentlichen Strassen privater Eigentümer gemäss Art. 113 SSV sind die Gemeinderäte zuständig (§ 21 Abs. 1 der Verordnung).

3. a) Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie macht geltend, dass sich entgegen der Ansicht des Regierungsrates in dem – zudem erst nachträglich als Begründung «konstruier-

ten» – Art. 3 Abs. 4 SVG keine gesetzliche Grundlage für den Erlass der angefochtenen Verfügung finde. Da auf dem Moosbachweg eine privatrechtliche Dienstbarkeit mit öffentlich-rechtlicher Zweckbestimmung vorliege, handle es sich beim umstrittenen Parkverbot um eine Signalisation auf einer öffentlichen Verkehrsfläche in privatem Eigentum im Sinne von Art. 113 SSV. Artikel 3 Abs. 4 SVG finde aber lediglich auf Strassen Anwendung, die sich im Eigentum des Kantons oder der Gemeinde befänden. Bei Anordnungen auf Verkehrsflächen in privatem Eigentum sei demgegenüber Art. 113 SSV anwendbar. Die Beschwerdegegner bestreiten unter Berufung auf Art. 3 Abs. 4 SVG eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

b) Nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) haben die Parteien in einem Verwaltungsverfahren Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht der Betroffenen, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. statt vieler BGE 127 I 56 mit Hinweis).

c) Bei den angefochtenen Verkehrsanordnungen handelt es sich um sogenannte Allgemeinverfügungen. Diese regeln zwar einen konkreten Gegenstand, wenden sich aber an einen mehr oder weniger grossen, offenen oder geschlossenen Adressatenkreis (vgl. etwa BGE 126 II 302, 125 I 317). Gegenüber Allgemeinverfügungen besteht in der Regel kein Anspruch auf individuelle Anhörung; solche Anordnungen werden diesbezüglich den Rechtsätzen gleichgestellt (BGE 119 Ia 150). Eine Ausnahme kann dann gelten, wenn einzelne Personen als sogenannte Spezialadressaten durch die ergangene Anordnung wesentlich schwerwiegender betroffen werden als die übrige Vielzahl der Normadressaten; ihnen muss Gelegenheit zur Äusserung gewährt werden (BGE 119 Ia 150 mit Hinweis auf Tobias Jaag, Die Allgemeinverfügung im schweizerischen Recht, in: ZBl 85/1984, S. 448 f.; M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 184 mit Hinweisen).

d) Das Verwaltungsgericht erwog bereits im vorangegangenen Urteil vom 30. Juli 2004 in derselben Angelegenheit, dass auf öffentlichen Verkehrsflächen privater Eigentümer die Behörde nach Anhören der Eigentümer Verkehrsanordnungen und Verkehrsbeschränkungen gestützt auf Art. 113 Abs. 1 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 (SSV) verfügen könne. Zur Signalisation auf öffentlichen Strassen privater Eigentümer gemäss Art. 113 SSV seien im Kanton Zug die Gemeinderäte zuständig (§ 21 Abs. 1 der Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation vom 22. Februar 1977, BGS 751.21). Tatsächlich ist der Strasseneigentü-

mer hinsichtlich eines Parkverbotes, ungeachtet eines bestehenden öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts, im Sinne von Art. 113 SSV betroffen und damit mehr als ein anderer Bürger, der sich einzig auf das Fuss- und Fahrwegrecht berufen kann. Es handelt sich hier somit nicht bloss im Sinne von Art. 107 SVG um örtliche Verkehrsanordnungen, die von der Behörde mit Rechtsmittelbelehrung zu veröffentlichen sind.

e) Konkret fanden im vorliegenden Fall bereits im Jahr 2000 erste Kontakte statt, als die Stadtpolizei Zug, Verkehrsmanagement, als Amtsstelle der Sicherheitsabteilung, der Beschwerdeführerin als Eigentümerin der umstrittenen Strassenparzelle mit Schreiben vom 27. Dezember 2000 ein Parkverbot auf dem ganzen Moosbachweg vorschlug, verbunden mit der Markierung eines 10 Meter langen Parkfeldes auf der Südseite des Moosbachwegs, vis-à-vis von GBP-Nr. 2895. Es wurde explizit Bezug genommen darauf, dass die Stadtpolizei in letzter Zeit mehrmals an den Moosbachweg habe ausrücken müssen, da für den Wagen der Kehrriechtabfuhr wegen störend parkierter Personenwagen kein Durchkommen gewesen sei. Die Stadtpolizei sei verpflichtet, festgestellte Übertretungen zu ahnden. Mittels Verkehrsanordnungen sollten aber für alle Verkehrsteilnehmer klare Verhältnisse geschaffen werden. Darauf ist keine schriftliche Reaktion der Beschwerdeführerin aktenkundig, doch hat sie sich gemäss unwidersprochener Ausführungen im Schreiben des städtischen Sicherheitsdepartements an die Sicherheitsdirektion vom 7. August 2002 telefonisch am 29. oder 30. Dezember 2000 eine Bedenkfrist ausbedungen, ohne sich wieder zu melden. Erneut gelangte die Stadtverwaltung mit Schreiben vom 7. März 2002 an die Beschwerdeführerin, wobei sie Bezug auf Klagen der A. AG als Vertreterin der Eigentümergemeinschaft Moosbachweg 11/13 und 15/17 betreffend das verkehrstörende Parkieren von Fahrzeugen und deren Antrag auf «Schutz» des öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts nahm, und die hier umstrittene Signalisation vorschlug. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass auf die im Brief vom 27. Dezember 2000 noch vorgeschlagene Parkfläche leider verzichtet werden müsse, um die Zufahrt auch für die Feuerwehrfahrzeuge immer gewährleisten zu können. Es wurde um Prüfung des Vorschlages und Bescheid gebeten. Mit Schreiben vom 8. März 2002 erklärte sich die Beschwerdeführerin «in keiner Art und Weise» mit dem Vorschlag einverstanden. Gleichzeitig erklärte sie – erstmals – dass sie auf den Parkplätzen gemäss dem Schreiben vom 27. Dezember 2000 bestehe, d.h. eine solche Regelung akzeptierte. Weiter führte sie aus, die Grundeigentümer der anstossenden Liegenschaften hätten ihre Parkplätze ohne Bewilligung erstellt und ihr dadurch «ohne entsprechende rechtliche Grundlage» die Möglichkeit verbaut, auf ihrer Strasse Parkplätze zu erstellen.

f) Gestützt auf die wiederholten Vorstösse der Stadtverwaltung bei der Beschwerdeführerin ist aber von ihrer hinreichenden Orientierung über die vorgesehenen – und ihr schriftlich unterbreiteten – Massnahmen auszugehen. Sie wusste im Zeitpunkt der Zustellung des die ablehnende Haltung

der Beschwerdeführerin ausdrücklich erwähnenden Entscheids des Stadtrates vom 28. Mai 2002 bzw. der Publikation im Amtsblatt über die Gründe der Verfügung der Parkverbotszone genau Bescheid. Zumal sich der Stadtrat auf möglichst rasch zu beseitigende Missstände berief, was gemäss Art. 107 Abs. 2 SSV sogar die Signalisation örtlicher Verkehrsanordnungen vor der Veröffentlichung der entsprechenden Anordnung erlaubt, kann konkret von keiner Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gesprochen werden. Tatsächlich wäre eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs zudem im Beschwerdeverfahren geheilt worden. Nach der Praxis des Bundesgerichts kann die Verletzung des Gehörsanspruchs geheilt werden, wenn der in erster Instanz nicht angehörte Beschwerdeführer Gelegenheit hat, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Fragen befugt ist, welche der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können. Die Heilung kommt nur unter drei Voraussetzungen in Frage: Die Beschwerdeinstanz muss mit umfassender und freier Überprüfungsbefugnis ausgestattet sein, die Kognition muss auch tatsächlich ausgeschöpft werden, und die Anhörung muss tatsächlich nachgeholt werden (vgl. insbesondere BGE 112 Ib 175, 114 Ia 314; vgl. auch Hansjörg Seiler, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, in: SJZ 100/2004, S. 377 ff.). Der Regierungsrat übt als Beschwerdeinstanz volle Kognition aus und überprüft daher nebst der Rechtsanwendung auch die unrichtige Handhabung des Ermessens (§ 42 Abs. 1 VRG). Demgegenüber kann im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht lediglich eine Rechtsverletzung, nicht aber eine unrichtige Handhabung des Ermessens gerügt werden (§ 63 Abs. 1 VRG). Im Streitfall hat die Vorinstanz einen zweifachen Schriftenwechsel durchgeführt. Damit konnte die Beschwerdeführerin ihre Argumente im Rekursverfahren ungeschmälert vorbringen. In diesem Streitfall liegt zudem keine besonders schwerwiegende individuelle Betroffenheit vor, nachdem es sich doch um eine Verkehrsanordnung auf einer öffentlichen Strasse im Sinne von Art. 1 Abs. 1 SVG handelt. Ein allfälliger Verfahrensfehler wäre demzufolge als geheilt zu betrachten. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs kann vor Verwaltungsgericht nicht durchdringen und die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

4. a) Nach dem bereits erwähnten Art. 3 Abs. 4 SVG können – als funktionell bezeichnete (Hans Giger, Kommentar Strassenverkehrsgesetz, 6. Aufl. Zürich 2002, S. 35) – Beschränkungen und Anordnungen erlassen werden, soweit der Schutz der Bewohner oder gleichermassen Betroffener vor Lärm und Luftverschmutzung, die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern. Dabei ist die Massnahme zu wählen, die den Zweck mit den geringsten Einschränkungen erreicht (Art. 107 Abs. 5 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 [SSV], SR 741.21). Auf Art. 3 Abs. 4 SVG können insbesondere auch Anordnungen für den ruhenden Verkehr abgestützt werden (vgl. H. Giger, Kommentar SVG, S. 36,

mit Hinweis auf BGE 89 I 536, 111 IV 87 ff.).

b) Das Bundesgesetz über den Strassenverkehr ordnet (u.a.) den Verkehr auf den öffentlichen Strassen (Art. 1 Abs. 1 SVG). Strassen sind die von Motorfahrzeugen, motorlosen Fahrzeugen oder Fussgängern benützten Verkehrsflächen und öffentlich sind sie, wenn sie nicht ausschliesslich privatem Gebrauch dienen (Art. 1 Abs. 1 und 2 der Verkehrsregelverordnung vom 13. November 1962, VRV). Massgeblich ist dabei nicht, ob die Strasse in privatem oder öffentlichem Eigentum steht, sondern ob sie dem allgemeinen Verkehr dient. Letzteres trifft zu, wenn sie einem unbestimmbaren Personenkreis zur Verfügung steht, selbst wenn die Benutzung nach Art oder Zweck eingeschränkt ist (vgl. Giger, a.a.O. S. 29 f.; BGE 101 IV 175). Indem der Moosbachweg aufgrund des öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts ständig einem unbestimmbaren Personenkreis zur Benützung offen steht, ist die genannte Fläche zweifelsfrei eine öffentliche Strasse und fällt der Verkehr auf ihr gemäss Art. 1 SVG unter die Bestimmungen dieses Gesetzes. Aus der Tatsache, dass privates Grundeigentum öffentlicher Verkehrsraum sein kann, ergibt sich insoweit, dass der Grundeigentümer auf die aus seinem Eigentum folgende Befugnis verzichtet, allein über die Benützung seiner Strasse zu bestimmen. An die Stelle seines Willens tritt insoweit die im SVG getroffene Ordnung. Begründet ist die Öffentlichkeit der Strasse in dem umstrittenen Fuss- und Fahrwegrecht, das den Moosbachweg im Sinne von § 4 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über Strassen und Wege vom 30. Mai 1996 (GSW, BGS 751.14) zur öffentlichen Strasse macht. Gemäss dieser Regelung sind Strassen und Wege öffentlich, wenn sie seit unvordenklicher Zeit im Gemeingebrauch stehen, oder das Gemeinwesen – wie hier – über die entsprechenden Wegrechte verfügt, oder wenn sie im Verfahren der Öffentlichkeitsklärung dem Gemeingebrauch gewidmet worden sind. Bei der Beurteilung dieser Beschwerde ist den Besonderheiten des die Öffentlichkeit der Strasse begründenden Fuss- und Fahrwegrechts im Gegensatz zu einer im Eigentum des Gemeinwesens stehenden Strasse Rechnung zu tragen (vgl. auch hinten E. 6).

c) Vorliegend räumte die X. AG am 30. September 1958 der Einwohnergemeinde Zug «auf dieser Parzelle» (GBP-Nr. 2767) ein «öffentliches Fuss- und Fahrwegrecht ohne Unterhaltspflicht» ein. Die Parzelle GBP-Nr. 2767 umfasst genau und vollständig den Moosbachweg. Bei öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechten bzw. öffentlichen Wegrechten – die in der Literatur als solche kaum Erwähnung finden – handelt es sich um sog. persönliche Dienstbarkeiten gemäss Art. 781 ZGB mit der entsprechenden Einwohnergemeinde als Dienstbarkeitsberechtigter und dem Publikum bzw. der Öffentlichkeit als Destinatär. Der Weg oder die Strasse – man könnte sie auch etwa als «Wegrechtsanlage» bezeichnen – auf dem belasteten Grundstück darf von jedermann benützt werden, weshalb auch von Populärservitut oder Gemeindegemeinschaft gesprochen wird. Wäre über die Unterhaltspflicht nichts anderes vereinbart worden, so wäre das dienstbarkeitsberechtigte Gemein-

wesen allein als Werkeigentümer unterhaltspflichtig (Art. 741 ZGB; vgl. auch Art. 58 OR). Der entsprechende Grundbucheintrag erfolgte am 7. Oktober 1958.

d) Der Umfang des Wegrechts wird – in Analogie zu den Grunddienstbarkeiten (vgl. Handkomm Michel Pellascio, Art. 738 ZGB N 2) – nach Art. 738 ZGB wie folgt bestimmt: Massgebend für den Inhalt der Dienstbarkeit ist der Eintrag, soweit sich die Rechte und Pflichten daraus deutlich ergeben (Abs. 1). Im Rahmen des Eintrages kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Abs. 2). Soweit der Inhalt des Fuss- oder Fahrwegrechts für den einzelnen Fall nicht geordnet ist, wird er durch das kantonale Recht und den Ortsgebrauch bestimmt (Art. 740 ZGB). Paragraph 121 Abs. 2 EG ZGB betreffend das Fahrwegrecht sieht vor, dass die Breite des Fahrweges 2,6 Meter beträgt, soweit nicht vertragliche Bestimmungen, feste Vorrichtungen oder langjährige Übung dem entgegenstehen. In § 20 Abs. 1 GSW wird festgelegt, dass öffentliche Strassen und Wege (vgl. dazu den hier einschlägigen § 4 Abs. 1 lit. b GSW) im Rahmen ihrer Zweckbestimmung und der gesetzlichen Vorschriften von allen benutzt werden dürfen, ohne dass die Benutzung den bestimmungsgemässen Gebrauch durch andere übermässig beeinträchtigen darf.

e) Die Benennung der Dienstbarkeit im Vertrag vom 30. September 1958 lautet «öffentliches Fuss- und Fahrwegrecht». Es lässt sich daraus der Umfang der Dienstbarkeitsberechtigung nicht direkt erschliessen. Nach Rechtsprechung und Lehre ist für die Bestimmung des Umfangs einer Dienstbarkeit auch nach deren Sinn und Zweck zu fragen, und es sind – insbesondere bei ungemessenen Dienstbarkeiten wie der hier umstrittenen – auch die Bedürfnisse des «herrschenden Grundstückes» zu berücksichtigen (vgl. BGE 117 II 537 mit Hinweisen; Handkomm Michel Pellascio, Art. 738 ZGB N 20, Art. 739 N 10). Das umstrittene – öffentliche – Fahrwegrecht auf dem Moosbachweg kann nur so ausgelegt werden, dass es der Erschliessung sämtlicher angrenzender Grundstücke dient. Denn die Strasse führt nicht zu einem dienstbarkeitsberechtigten «beherrschenden» Grundstück. Es handelt sich somit um ein sogenanntes ungemessenes, das heisst: weder räumlich noch funktionell begrenztes Fuss- und Fahrwegrecht derart, dass es allgemein den unmittelbaren Zugang und die unmittelbare Zufahrt von der Löberenstrasse zu den diversen Grundstücken am Moosbachweg gewährleistet, der eine Sackgasse ist. Die Erschliessung des Baulands gehört zu den Aufgaben der Gemeinde (Art. 19 Abs. 2 RPG) und liegt im öffentlichen Interesse. Insbesondere besteht auch ein öffentliches Interesse an einer genügenden Zufahrt mit Rücksicht auf die öffentlichen Dienste, namentlich der Feuerwehr und der Rettungsdienste (vgl. z.B. BGE 98 I 48). Es ergibt sich aus Art. 59 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesetz; BGS 171.1) die Pflicht der

Einwohnergemeinde zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, wozu auch die Bereitstellung der notwendigen Fahrzeuge und Gerätschaften für Löscheinsätze der Feuerwehr gehört, die im Falle eines Schadenereignisses unverzüglich Hilfe leisten können muss (§§ 8 und 33 des Gesetzes über den Feuerschutz vom 15. Dezember 1994 [Feuerschutzgesetz]; BGS 722.21). So haben die Grundeigentümer auch z.B. die Erstellung, den Unterhalt und die Benützung der erforderlichen Wasserbezugsorte für die Feuerwehr, wie etwa Hydranten, zu dulden. Das dem im Jahr 1958 erfolgten Erwerb des öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechtes zugrunde liegende, öffentliche Interesse verlangt somit primär, dass die Erschliessung ortsplanerisch zweckmässig und unter polizeilichen Gesichtspunkten (Feuerwehr, Rettungsdienste) hinreichend gewährleistet ist. Mangels eines «herrschenden Grundstücks», wie es bei einer privaten Dienstbarkeit der Fall wäre, ist nun im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass das von der Einwohnergemeinde 1958 erworbene Fahr- und Fusswegrecht dem Zugang und der Zufahrt sowohl zu den Arbeits- als auch zu den Wohnstätten der Anwohner im Sinne einer Erschliessungsstrasse zu dienen hat. Ungemessene Dienstbarkeiten bedürfen, selbst bei an sich klarem Wortlaut, der Auslegung, wenn ihr Umfang (Art. 737 ZGB) streitig ist. Dies ist – wie hier – insbesondere dann der Fall, wenn infolge veränderter Verhältnisse eine stärkere Beanspruchung des belasteten Grundstücks in Frage steht; denn die Dienstbarkeit darf nur im Rahmen des ursprünglichen Zweckes, wozu sie begründet worden ist, ausgeübt werden (vgl. BGE 100 II 116 mit Hinweisen). Es ist aber möglich, dass im Rahmen eines grundsätzlich gleich bleibenden Bedürfnisses die Dienstbarkeit stärker in Anspruch genommen wird, ohne dass eine unzulässige Überschreitung der Dienstbarkeit vorliegt. Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn die Zunahme so stark ist, dass mit Sicherheit angenommen werden kann, dass sie die Grenze dessen, was von den Parteien bei der Begründung der Dienstbarkeit vernünftigerweise in Betracht gezogen worden sein kann, überschreitet (vgl. Liver, Berner Kommentar, Art. 739 ZGB N 10, zit. in ZBl 8/1993, 353). Auch eine Änderung der Ausübung wird dem Eigentümer des belasteten Grundstücks an sich zugemutet (vgl. BGE 64 II 414), doch hat er grundsätzlich eine Mehrbelastung nur zu tragen, wenn diese auf eine objektive Veränderung der Verhältnisse, wie etwa die Entwicklung der Technik, zurückgeht und nicht auf willentlicher Änderung der bisherigen Zweckbestimmung beruht; auch darf die zweckentsprechende Benützung des belasteten Grundstücks durch die Ausübung der Dienstbarkeit nicht behindert oder wesentlich mehr als bisher eingeschränkt werden (vgl. BGE 91 II 342 mit Hinweisen). Zu berücksichtigen ist insbesondere die soziale Entwicklung und der technische Fortschritt (vgl. BGE 117 II 538 f.). Von den verschiedenen Fahrzeugen, die für die Festsetzung der Durchfahrtsbreite bzw. für die Feststellung des Umfangs des vorliegend umstrittenen öffentlichen Fahrwegrechtes zu berücksichtigen sind, sind zweifellos jene der Kehrriemfabrik und der Feuerwehr die breitesten. Innerhalb dieses Rahmens muss also die

Festsetzung der servitutsbelasteten Wegbreite erfolgen. Dabei darf nicht etwa durch andere Vorkehrungen wie Parkierungen eine «Slalom»-Konstellation entstehen, welche die Durchfahrt im Ergebnis verunmöglichen würde. Wenn also Fahrzeuge und Hindernisse auf der umstrittenen Zufahrt so aufgestellt würden bzw. aufgestellt werden könnten, dass dem Buchstaben nach zwar ein Korridor in der verordneten Breite ausgespart wäre, die Berechtigten aber gleichzeitig zu schikanösen Manövern gezwungen oder gar an der Durchfahrt gehindert würden, wäre das Zufahrtsrecht in der Tat nicht gewährleistet (vgl. BGE 117 II 539).

f) Aufgrund der Dienstbarkeit hat die Einwohnergemeinde Zug das Recht und im Sinne des von ihr zu verfolgenden öffentlichen Interesses auch die Pflicht, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist (Art. 781 Abs. 3 i.V.m. Art. 737 Abs. 1 und 3 ZGB). Konkret bedeutet dies somit, dass die Parzelle GBP-Nr. 2767 ihrem dem öffentlichen Fuss- und Fahrwegrecht zugrunde liegenden Erschliessungszweck jederzeit zu genügen hat, was gerade hinsichtlich der Erschliessung für die öffentlichen Dienste wie Kehrriemabfuhr, Feuerwehr und Rettungsdienste über die Jahre mit entsprechenden, technisch bedingten Anpassungen verbunden ist. So führen die Vorinstanzen nachvollziehbar aus, dass durch das vermehrte und ungeordnete Parkieren von Fahrzeugen am Moosbachweg die Zufahrt für die modernen Rettungsfahrzeuge, gerade für die seit mindestens 15 Jahren grösseren und moderneren Fahrzeuge der Feuerwehr, verunmöglicht bzw. gefährdet wird. Gemäss Ziffer 6 der Richtlinien über die Zugänglichkeit für Rettungs- und Feuerwehrfahrzeuge sowie zu Gebäuden der Kantonalen Gebäudeversicherung vom 1. Dezember 2003 muss bei geradlinig gebauten Zufahrten eine Mindestbreite von 3.5 m gewährleistet sein, wobei in Kurven ein Wendekreis mit einem Radius von 10.5 m erforderlich ist. Die Abklärungen des zuständigen städtischen Mobilitätsmanagements haben ergeben, dass die Zufahrt und Bedienung für die neuen Fahrzeuge und Geräte der Feuerwehr – es handelt sich insbesondere um Hubretter, Autodrehleiter und Tanklöschfahrzeuge für den ersten Löschangriff – sogar eine Fahrbahnbreite von mindestens 5 Metern – in Kurven naturgemäss mehr – erfordern. Bei kleineren und erst recht bei grösseren Katastrophenfällen hängt vom ungehinderten Zugang für die Rettungsfahrzeuge von Polizei, Feuerwehr und Krankenwagendienst unter Umständen das Leben von Anwohnern dieser Strasse ab. Hinzu kommt, dass vermehrte Probleme mit der Kehrriemabfuhr und deshalb notwendig gewordene polizeiliche Interventionen aktenkundig sind. In Berücksichtigung der Tatsache, dass Längsparkfelder gemäss der Norm 640'291 der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute, SN, in Wohnquartieren eine Breite von 1.90 m aufweisen müssen, ergibt sich angesichts der angeführten Mindestanfordernisse für die öffentlichen Dienste, dass auf dem Moosbachweg mit einer Breite von 5 m kein Platz für irgendwelche Parkfelder mehr besteht (3.50 m plus 1.90 m).

g) Die Beschwerdeführerin konnte nicht damit rechnen, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse am Moosbachweg hinsichtlich der Ausübung des öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts über die Jahre hinweg nicht änderten. Die hier umstrittene Mehrbelastung des dienenden Grundstücks hält sich aber in einem Rahmen, der nicht einer «nicht zumutbaren» Erheblichkeit im Sinne von Art. 739 ZGB entspricht. Aufgrund der Auslegung der ungemessenen Dienstbarkeit und in Berücksichtigung der auf die Erschliessung beschränkten Funktion des betroffenen (Strassen-)Grundstückes ist die Voraussehbarkeit der entsprechenden Mehrbelastung klar zu bejahen (vgl. Basler Kommentar ZGB II- E. Petitpierre, Art. 739 N 10; Handkomm Michel Pellascio, Art. 739 ZGB N 11). Es ist nicht ersichtlich, welche mit geringeren Eingriffen verbundenen Massnahmen denselben Erfolg gewährleisten würden. Aufgrund des konkreten Verlaufs des Moosbachwegs und der praktischen Erfahrungen der letzten Jahre zeigt sich gerade, dass schliesslich zum umstrittenen, gänzlichen Parkverbot geschritten werden musste. Das Parkverbot auf der ganzen Parzelle bzw. auf dem ganzen Strassentrassee erweist sich darum auch als verhältnismässig. Nichts hängt schliesslich von der in § 121 Abs. 2 EG ZGB festgelegten «Regelbreite» des Fahrwegrechts von 2.6 Metern ab, wenn auf der betreffenden Strasse nach Sinn und Zweck des öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts und aus nachgewiesenen Sicherheitsbedürfnissen eine Parkierung überhaupt verboten werden muss.

h) Kein widersprüchliches oder gar «fadenscheiniges» Verhalten kann aber den Behörden vorgeworfen werden, wenn sie eine anfänglich eingenommene Haltung aus guten Gründen einer Überprüfung unterziehen. Erachtete man anfänglich eine 5 m lange Parkverbotslinie im Bereich des Hydranten Nr. 106 noch als ausreichende Sicherheitsmassnahme (vgl. Stadtratsbeschluss vom 18. November 1997), so erkannte man mehr als vier Jahr später indessen, dass es einer ganzheitlichen Lösung der Problematik bedarf. Dass zudem seitens der Stadt der von der Beschwerdeführerin aber abgelehnte Vorschlag vom 27. Dezember 2000 betreffend ein beschränktes Parkfeld auf dem Moosbachweg nicht mehr aufrecht erhalten wurde, kann ihr keineswegs zum Vorwurf gereichen, nachdem der Stadtrat hierfür die entsprechende Begründung namhaft macht. Hinsichtlich des Vorwurfs von Versäumnissen der Stadt bei der Erteilung von Baubewilligungen an der Moosbachstrasse wird von den Vorinstanzen angeführt, dass sich im Zeitpunkt der Überbauung der letzten Liegenschaft am Moosbachweg im Jahr 1988 die Parksituation an dieser Strasse noch nicht in vergleichbarem Masse präsentierte. Dies ist ohne weiteres nachvollziehbar. Es wird darauf hingewiesen, dass damals nur gelegentlich das eine oder andere Fahrzeug an der Strasse abgestellt worden ist. Es wurde aber schon 1997 bei einer Hydrantenkontrolle festgestellt, dass für die Feuerwehr der Zugang zum Hydranten am Moosbachweg wegen parkierter Autos nicht möglich war, und ab September 2000 musste die Stadtpolizei sogar vermehrt an den Moosbachweg ausrücken, nachdem auch die Kehrtafelabfuhr wegen parkierter Autos nicht mehr zufahren konnte.

i) Zweifellos mag die Zufahrt ursprünglich für die Fahrzeuge der Feuerwehr und auch der Kehrichtabfuhr unproblematisch gewesen sein, doch ist heute ohne weiteres ersichtlich, dass die geltende Parkierungssituation auf dem Moosbachweg mit den notwendigen Erschliessungsanforderungen kollidiert. Wenn sich dabei der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz bei der konkreten Beurteilung der örtlichen Gegebenheiten eine gewisse Zurückhaltung auferlegt, entspricht dies zudem einer begründeten Rechtsprechung, wonach es in Berücksichtigung des kantonalen Rechts (§ 5 Abs. 2 der Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation) in erster Linie an den mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Gemeindebehörden liegen muss, zu beurteilen, ob in einem Streitfall eine Verkehrsanordnung zu verantworten sei oder nicht (so der Regierungsrat in GVP 1987/88 S. 278.).

5. Was die Verhältnismässigkeit des umstrittenen Parkverbots unter strassenverkehrsrechtlichen Gesichtspunkten betrifft, so sind als Beschränkungen und Anordnungen nach Art. 3 Abs. 4 SVG Massnahmen zu wählen, die den Zweck mit den geringsten Einschränkungen erreichen (Art. 107 Abs. 5 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 [SSV], SR 741.21). Diese strassenverkehrsrechtliche Voraussetzung ist vorliegend analog zu den vorangehenden Erwägungen zum Umfang der öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts, auf die verwiesen wird, klar erfüllt. Beim Feuerschutz handelt es sich um ein überwiegendes öffentliches Interesse, demgegenüber private Interessen grundsätzlich zurückzustehen haben, so beispielsweise jenes an der Schaffung einzelner Parkplätze. Anders als durch ein Parkverbot können die bestehenden Hindernisse aber nicht beseitigt werden. Es ist nicht ersichtlich, wie die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit im Sinne der jederzeitigen Zufahrtmöglichkeit für die öffentlichen Rettungsdienste ohne das umstrittene Parkverbot erreicht werden könnte. Die entscheidenden Ausführungen der Vorinstanzen, die sich insbesondere auf die Erfahrungen der letzten Jahre stützen, überzeugen. Vorliegend ist somit nicht nur das Bestehen einer gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses klar zu bejahen, sondern es ist auch den Einwendungen der Beschwerdeführerin betreffend die Geeignetheit und Verhältnismässigkeit der Massnahme nicht zu folgen. Die Verkehrsanordnung erweist sich ohne weiteres als rechtmässig.

6. Zu ergänzen ist, dass – ebenso wie die Öffentlichkeit des Moosbachwegs – auch die Rechtmässigkeit des Parkverbots an sich zwar nicht von den Eigentumsverhältnissen an dieser Strasse abhängt. Indessen könnte die Eigentümerin ihre Strasse ohne das Vorliegen des öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts für die Öffentlichkeit sperren und damit die Verkehrsanordnung gegenstandslos werden lassen. Demgemäss bemisst sich die Befugnis des Stadtrates als zuständige Gemeindebehörde im Sinne von § 5 Abs. 1 der Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation zu Verkehrsanordnungen auf dieser unbestrittenermassen öffentlichen Verkehrsfläche nicht nur nach den Voraussetzungen für eine Verkehrsanord-

nung gestützt auf Art. 1 Abs. 1 i.V. mit Art. 3 Abs. 4 SVG, sondern auch nach dem Umfang des Fuss- und Fahrwegrechts. Allenfalls müsste sonst tatsächlich die Einwohnergemeinde, soweit die Verkehrsanordnung bzw. die Öffentlichkeit der Strasse nicht durch die bestehende Dienstbarkeit abgedeckt wäre, auf das Enteignungsverfahren verwiesen werden, um ihrer Erschliessungspflicht bzw. ihren anderen gesetzlichen Pflichten wie z.B. zum Brandschutz nachkommen zu können.

7. Allgemein ist weiter festzustellen, dass die Befugnis, mit einem Grundstück nach Belieben zu verfahren, zwar grundsätzlich Teil des privaten Eigentumsrechts (vgl. Art. 945 Abs. 2 ZGB; Art. 85 ff. GBV) ist und somit an der verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentumsgarantie Teil hat. Dennoch sind die privat- und öffentlich-rechtlichen Schranken hier wie auch sonst zu beachten. So stellt das ZGB selbst Einschränkungen auf: Abgesehen von den erbrechtlichen Zerstückelungsverboten (Art. 616, 620 ff. ZGB) sieht Artikel 702 ZGB vor, dass es dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden vorbehalten bleibt, Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen. Von den nicht abschliessend aufgeführten Gründen, aus denen Einschränkungen zulässig sein sollen, sind insbesondere die folgenden von Bedeutung: die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und Strassenwesen, die Errichtung von Grenzmarken und Vermessungszeichen, die Bodenverbesserungen, die Zerstückelung der Güter sowie die Zusammenlegung von ländlichen Fluren und von Baugebiet. Gestützt auf die genannte Ermächtigung enthält das EG ZGB namentlich öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Grundeigentums (§§ 112 ff.), insbesondere die sich aus dem Strassengesetz und dem Bau- und Planungsgesetz ergebenden (§ 114 EG ZGB unter Bezugnahme auf Art. 702 ZGB). Vor allem ist hier die Duldungspflicht und die Pflicht zur Ermöglichung des Zugangs zu den Hydranten gestützt auf § 12 des Feuerschutzgesetzes (BGS 722.21) hervorzuheben, wobei auf schutzwürdige Interessen der Betroffenen Rücksicht zu nehmen ist. Wie weit ein öffentlich-rechtlich begründeter Eingriff, bzw. vorliegend allenfalls die umfangmässige Mehrbelastung durch die Dienstbarkeit die Voraussetzungen einer – von der Beschwerdeführerin angesprochenen – materiellen Enteignung erfüllt (vgl. Art. 26 Abs. 2 BV), ist aber nicht in diesem Verfahren zu prüfen. Die Beschwerdeführerin ist allenfalls auf § 56 Abs. 2 PBG bzw. das bezügliche Verfahren zu verweisen. Dabei würde sich fragen, wie weit der betreffenden Parzelle, die nach Lage und Form keiner baulichen Nutzung zugänglich ist und mit der umstrittenen Dienstbarkeit belastet ist, überhaupt noch ein Verkehrswert beigemessen werden kann, dies zumal angesichts der bei der Eigentümerin liegenden Unterhaltungspflicht (und Werkeigentümerhaftung). Tatsächlich gehen Privatstrassen in der Regel denn auch kostenlos an das Gemeinwesen über (vgl. Heinz Hess/Heinrich Weibel, Das Enteignungsrecht des Bundes, Bern 1986, Art. 19 EntG N 122 f.; Imboden/Rhinow, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl. Basel 1976, Nr. 128, S. 934 mit Hinweisen).

8. Demgemäss erweist sich die umstrittene Verkehrsanordnung als rechtmässig. Die Beschwerde ist als unbegründet abzuweisen. Dies zieht die Kostspflicht der Beschwerdeführerin nach sich (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Eine Parteientschädigung entfällt (§ 28 Abs. 2 VRG).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Februar 2006

V 2005 / 17

(Eine gegen dieses Urteil eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 3. November 2006 ab.)

Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG und Art. 30 VZV – Vorsorglicher Entzug des Führerausweises. Bei regelmässigem Kokainkonsum ist der Führerausweis bis zur definitiven Abklärung der Fahreignung vorsorglich zu entziehen.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Der Führerausweis ist zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr bestehen (Art. 16 Abs. 1 SVG). Führerausweisentzüge wegen fehlender Fahreignung dienen der Sicherung des Verkehrs vor ungeeigneten Führern. Der Ausweis wird auf unbestimmte Zeit entzogen, unter anderem wenn eine Person an einer Sucht leidet, welche die Fahreignung ausschliesst (Sicherungsentzug, vgl. Art. 16d Abs. 1 lit. b SVG). Dazu gehören beispielsweise Alkohol-, Betäubungs- und Arzneimittelabhängigkeit (vgl. Botschaft zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes vom 31. März 1999, in: BBl 1999 S. 4491). Die Bestimmung ersetzt den früheren Art. 14 Abs. 2 lit. c aSVG (vgl. R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St. Gallen 2003, S. 218). Für die Trunksucht im Sinne von Art. 14 Abs. 2 lit. c aSVG hat das Bundesgericht in BGE 104 Ib 46 (E. 3a) ausgeführt, diese sei gegeben, wenn der Betreffende regelmässig so viel Alkohol konsumiere, dass seine Fahrfähigkeit vermindert werde und er diese Neigung zum übermässigen Alkoholenuss durch den eigenen Willen nicht zu überwinden vermöge. Vergleichbares gilt auch für die Drogensucht. Zu berücksichtigen sind Unterschiede hinsichtlich der Wirkung der Stoffe auf den menschlichen Organismus. Die Abhängigkeit von der Droge muss derart sein, dass der Befallene mehr als jede andere Person der Gefahr ausgesetzt ist, sich ans Steuer eines Fahrzeugs in einem – dauernden oder zeitweiligen – Zustand zu setzen, der das sichere Führen nicht mehr gewährleistet (vgl. BGE 105 Ib 385 E. 1b, 120 Ib 305 E. 3c mit Hinweisen).

b) Vorsorglich kann der Führerausweis gemäss Art. 30 VZV entzogen

werden, wenn ernsthafte Bedenken an der Fahreignung bestehen. Denn angesichts des grossen Gefährdungspotenzials, welches dem Führen eines Motorfahrzeugs eigen ist, erlauben schon blossе Anhaltspunkte, die den Fahrzeugführer als besonderes Risiko für die anderen Verkehrsteilnehmer erscheinen lassen und ernsthafte Bedenken an seiner Fahreignung erwecken, einen (vorsorglichen) Ausweisentzug. Der Ausweis soll bis zum Sachentscheid vorläufig entzogen werden können, falls die erforderlichen Abklärungen nicht der Dringlichkeit entsprechend rasch getroffen werden können (vgl. R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band III, Bern 1995, N 1996; BGE 122 II 359 E. 3a, 125 II 492 E. 2b). Voraussetzung für einen vorsorglichen Führerausweisentzug ist gemäss der Rechtsprechung, dass der Fahrzeugführer andere Verkehrsteilnehmer im Vergleich zu den übrigen Fahrzeugführern in erhöhtem Mass gefährden könnte, würde er während der Verfahrensdauer zum Verkehr zugelassen (BGE 106 Ib 115 E. 2b). Zwar bedarf es hinreichend konkreter Anhaltspunkte hierfür, ohne dass aber der strikte Beweis für die mangelnde Fahreignung erforderlich ist; wäre dieser erbracht, müsste vielmehr von vornherein ein (definitiver) Sicherungsentzug verfügt werden (BGE 122 II 359 E. 3a). Die Wiedererteilung des Führerausweises wird vom günstigen Ausgang einer amtsärztlichen bzw. einer verkehrsmedizinischen Untersuchung abhängig gemacht. Wird anlässlich der Abklärung die Fahreignung wegen eines Drogen- oder Alkoholproblems tatsächlich verneint, erfolgt ein «definitiver» Führerausweisentzug (sog. Sicherungsentzug) auf unbestimmte Zeit, mit der eine Sperrfrist verbunden wird (Art. 16d Abs. 2 SVG; vgl. zur früher verfügten minimalen Entzugsdauer Art. 17 Abs. 3 aSVG).

3. a) Der Sicherungsentzug greift tief in den Persönlichkeitsbereich des Betroffenen ein. Nach der Rechtsprechung ist zu berücksichtigen, dass der vorsorgliche Ausweisentzug nicht losgelöst vom eigentlichen Entzugsverfahren verfügt werden kann, sondern nur bis zur «Abklärung von Ausschlussgründen». Das bedeutet, dass er einzig im Rahmen des Verfahrens über den Sicherungsentzug selber zulässig ist, womit die entsprechende Verfügung einen Zwischenschritt auf dem Weg zur Endverfügung darstellt. Bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Frage der Anordnung eines Sicherungsentzuges soll der Betroffene auch ohne strikten Nachweis von Umständen, die seine Fahreignung ausschliessen, vom Verkehr ferngehalten werden dürfen (vgl. BGE 122 II 359 E. 3a). Immerhin müssen wie erwähnt Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Fahrzeugführer andere Verkehrsteilnehmer im Vergleich zu den übrigen Fahrzeugführern in erhöhtem Masse gefährden könnte, würde er während der Verfahrensdauer zum Verkehr zugelassen (vgl. hierzu BGE 106 Ib 115 E. 2b). Nach der Fachliteratur und der sich auf sie stützenden Rechtsprechung können Cannabis- und Kokainkonsum zu einer Sucht führen, die das sichere Führen von Motorfahrzeugen ausschliesst. Namentlich der Konsum von Kokain kann rasch zu einer ausgeprägten psychischen Abhängigkeit führen (vgl. BGE 120 Ib 305 E. 4). Gemäss dem Leit-

faden der Expertengruppe Verkehrssicherheit vom 26. April 2000, S. 4, bzw. dem Handbuch der verkehrsmedizinischen Begutachtung der Arbeitsgruppe Verkehrsmedizin der Schweiz. Gesellschaft für Rechtsmedizin, Bern 2005, S. 117, ist denn auch das Suchtpotential insbesondere bei Kokain sehr hoch. Es sei im Strassenverkehr aufgrund seiner enthemmenden Wirkung noch gefährlicher als Heroin. Abklärungsbedarf bestehe bereits bei der erstmaligen Mitteilung der Polizei oder eines Arztes, dass ein Konsum von Kokain (oder Heroin) festgestellt worden sei. Es müsse kein Bezug zum Strassenverkehr bestehen. Bisherige Erfahrungen hätten gezeigt, dass höchstens zehn Prozent der beurteilten Fahrzeuglenker trotz Heroin- oder Kokainkonsums fahrgeeignet seien.

b) Bei der rechtlichen Würdigung ist vorliegend davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nicht am Steuer eines Fahrzeuges, sondern als Passant angetroffen worden ist, als er die Angaben hinsichtlich seines Drogenkonsums machte. Sein Betäubungsmittelkonsum ist erst aufgrund der Befragung durch die Stadtpolizei Zürich bekannt geworden, wo er zugab, seit etwa einem Jahr ca. einmal monatlich Kokain durch Rauchen zu konsumieren. Letztmals sei dies am 14. November 2006 in der Stadt Zürich der Fall gewesen. Angesichts des eingeräumten, bereits einjährigen und damit längeren Drogenkonsums und des von Kokain ausgehenden Suchtpotenzials liegen vorliegend – im Unterschied zum Konsum anderer, insbesondere nicht als sog. «harte» Drogen bezeichneten Betäubungsmitteln – für das Gericht genügend Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschwerdeführer andere Verkehrsteilnehmer im Vergleich zu den übrigen Fahrzeugführern in erhöhtem Masse gefährden könnte, falls er während der Verfahrensdauer zum Verkehr zugelassen bliebe (vgl. BGE 106 Ib 115 E. 2b). Zu diesem Schluss gelangt das Gericht vorliegend, obwohl keine weiteren Indizien aktenkundig sind, die ein verkehrsrelevantes Suchtverhalten belegen könnten. Aufgrund der eingestanden Länge des Kokainkonsums ist aber die Wahrscheinlichkeit einer zwar subjektiv als kontrolliert empfundenen Sucht in Berücksichtigung der wissenschaftlichen Erkenntnisse jedenfalls so hoch, dass sich der vorübergehende Eingriff in die persönlichen Freiheitsrechte des Betroffenen rechtfertigt, zumal die Länge des Verfahrens der Abklärung der Fahreignung weitgehend von ihm selbst abhängt. Der Beschwerdeführer kann verlangen, dass die spezialärztliche Abklärung und Beurteilung innert kürzester Frist erfolgt und über die endgültige Erledigung des vorsorglichen Entzugsverfahrens durch die Behörde umgehend entschieden wird.

c) Nicht gehört werden kann der vorgebrachte Vergleich, dass andernfalls auch jemandem, der zu Fuss von der Polizei auf der Strasse in alkoholisiertem Zustand aufgegriffen werde und glaubhaft einräume, alle paar Wochen einen «Absturz» zu haben, dazwischen aber abstinent zu leben, der Führerausweis vorsorglich entzogen werden müsste. Alkohol kann nachgewiesenermassen nicht mit Kokainkonsum verglichen werden (vgl. die vorherigen Ausführungen). Würde – wie vom Beschwerdeführer unter Bezug auf ein

Bundesgerichtsurteil angeführt – ein Gutachten bereits vorliegen, könnte indessen direkt über einen allfälligen Sicherungszug entschieden werden und erübrigte sich die vorsorgliche Massnahme. Erst recht kann von der beruflichen und privaten Angewiesenheit des Beschwerdeführers auf sein Fahrzeug nichts abhängen, wenn es um das erwähnte Gefährdungspotential von Kokainkonsum geht. Immerhin ist der Arbeitsort in Zürich auch von seinem Wohnort aus schon frühmorgens erreichbar, und Kundenkontakte usw. lassen sich in der Regel anderweitig, wenn auch aufwändiger, organisieren. Bei der Abwägung der involvierten Interessen ist im Falle eines bereits einjährigen Kokainkonsums klar zugunsten der Verkehrssicherheit zu entscheiden. Dass in der Zwischenverfügung das Argument, der Beschwerdeführer verfüge über einen ungetrübten Leumund, nicht Erwähnung zu finden hatte, liegt auf der Hand, da es sich gerade nicht um eine sog. Warnmassnahme im Sinne von Art. 16a – 16c SVG handelt.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2006 V 2006 / 127

7. Sozialversicherung

Art. 60 Abs. 1 und 2 ATSG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 und 4 ATSG. - Beschwerdefrist und Fristenlauf. Mit der Eröffnung des Einsprachentscheids innerhalb des Fristenstillstands wird die Beschwerdefrist ausgelöst und beginnt am ersten Tag nach Ende des Fristenstillstandes zu laufen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Bestimmungen des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) sind nach Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG) in der heute geltenden Fassung auf die Krankenversicherung anwendbar, soweit das KVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Die Abweichungen werden in Abs. 2 abschliessend aufgelistet. Die Bestimmungen über die Prämien der Versicherten sind dem Geltungsbereich des ATSG nicht entzogen, so dass dieses vorliegend anwendbar ist. Da sich der zu beurteilende Sachverhalt nach Inkrafttreten des ATSG ereignet hat, gibt es auch keine intertemporalrechtlichen Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieses Gesetzes.

...

3. Gegen Einspracheentscheide (oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist), kann beim zuständigen kantonalen (Sozial-) Versicherungsgericht innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung Beschwerde erhoben werden (Art. 56 ff. ATSG). Artikel 60 Abs. 2 ATSG erklärt die Bestimmungen von Art. 38-41 ATSG als sinngemäss anwendbar. Berechnet sich eine Frist nach Tagen oder Monaten und bedarf sie der Mitteilung an die Parteien, so beginnt sie nach Art. 38 Abs. 1 ATSG am Tag nach ihrer Mitteilung zu laufen. Gemäss Art. 38 Abs. 4 ATSG stehen gesetzliche und behördliche Fristen, die nach Tagen oder Monaten bestimmt sind, still:

- a) vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern,
- b) vom 15. Juli bis und mit dem 15. August,
- c) vom 18. Dezember bis und mit dem 1. Januar.

4. Das fristauslösende Ereignis – die Zustellung des Hoheitsaktes – kann innerhalb des Fristenstillstands rechtsgültig eintreten. Infolge des Fristenstillstands kann die Frist jedoch nicht zu laufen beginnen; dies ist – nach Wegfall des Hindernisses – am ersten Tag nach Ablauf des Fristenstillstands der Fall (vgl. BGE 131 V 305 Erw. 4.4).

5.

5.1 Der angefochtene Einspracheentscheid vom 20. Juli 2006 wurde dem Beschwerdeführer gemäss Poststempel am 21. Juli 2006 (CH-1950 Sion) eingeschrieben zugestellt. Demselben Briefumschlag ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer den Entscheid innert der postalischen Frist nicht abgeholt hatte, weshalb dieser mit entsprechendem Vermerk an den Absender, d.h. an die Beschwerdegegnerin, retourniert wurde (Beilage 1 der Beschwerdegegnerin). Dem Track & Trace-Auszug der Post vom 25. Oktober 2006 kann ebenfalls entnommen werden, dass der Entscheid bei der Poststelle in Sion am 21. Juli 2006 aufgegeben wurde, die Zustellung des Entscheids am 24. Juli 2006 am Domizil des Beschwerdeführers erfolgte und gleichzeitig ein Avis zur Abholung auf der Post ausgestellt wurde. Sodann lief am 2. August 2006 die postalische Abholfrist ab.

5.2 Der Einspracheentscheid ist dem Beschwerdeführer am 2. August 2006 eröffnet worden – mithin innerhalb des Fristenstillstandes – und hat damit die Frist ausgelöst. In der Folge begann die Beschwerdefrist am ersten Tag nach Ende des Fristenstillstandes, d.h. am 16. August 2006, zu laufen und endete am 14. September 2006. Damit ist die am 16. Oktober 2006 der Post übergebene Beschwerde verspätet, weshalb nicht darauf einzutreten ist.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2006 S 2006 / 174

Art. 13 Abs. 1 IVG; Art. 1 und 2 GgV; Ziffer 401 GgV Anhang – Leistungspflicht der Eidgenössischen Invalidenversicherung. Auch der atypische Autismus gilt als Geburtsgebrechen gemäss Ziffer 401 GgV Anhang, sofern er bis zum vollendeten fünften Lebensjahr erkennbar war.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss Art. 13 Abs. 1 IVG haben Versicherte bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen. Gemäss Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über Geburtsgebrechen vom 9. Dezember 1985 (GgV) gelten als Geburtsgebrechen im Sinne von Art. 13 IVG Gebrechen, die bei vollendeter Geburt bestehen. Die blossе Veranlagung zu einem Leiden gilt nicht als Geburtsgebrechen. Der Zeitpunkt, in dem ein Geburtsgebrechen als solches erkannt wird, ist unerheblich. Der Anspruch auf die notwendigen medizini-

schen Massnahmen beginnt mit deren Einleitung, frühestens jedoch nach vollendeter Geburt (Art. 2 Abs. 1 GgV).

Die einzelnen als Geburtsgebrechen anerkannten Leiden sind in einer Liste im Anhang der Verordnung über Geburtsgebrechen aufgeführt (Art. 1 Abs. 2 GgV). Gemäss Ziffer 401 dieses Anhangs stellen frühkindliche primäre Psychosen und infantiler Autismus Geburtsgebrechen dar, sofern sie bis zum vollendeten fünften Lebensjahr erkennbar werden. In Rz. 401 des Kreisschreibens über medizinische Eingliederungsmassnahmen in der Invalidenversicherung (KSME) wird dazu präzisierend ausgeführt, dass, wenn solche Psychosen erst nach dem fünften Lebensjahr zur Behandlung kommen, ein Anspruch gemäss Art. 13 IVG nur dann besteht, wenn sich aus der Anamnese objektive und eindeutige Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine entsprechende Symptomatik schon vor dem fünften Lebensjahr manifest (erkennbar) war.

3. Die Beschwerdegegnerin bezeichnete es im Laufe des Verfahrens mit Verweis auf eine entsprechende Beurteilung durch den regionalen ärztlichen Dienst (RAD) vom 28. September 2005 zunächst als fraglich, ob ein atypischer Autismus, wie er beim Beschwerdeführer vorliege, überhaupt unter Ziffer 401 GgV Anhang falle, sei dort doch nur die Rede von infantilem Autismus. Die Frage, ob auch der atypische Autismus, wie er beim Beschwerdeführer schliesslich diagnostiziert wurde, zu den anerkannten Geburtsgebrechen zählt, ist somit vorab zu klären.

3.1 Autistische Störungen äussern sich in verschiedenen Erscheinungsformen, die sich zwar bezüglich Schweregrad, Ausmass der geistigen Behinderung und Alter beim Auftreten der Symptome unterscheiden, aber nicht scharf voneinander abgegrenzt werden können. Sie werden in der internationalen Klassifikation der Krankheiten, Verletzungen und Todesursachen, 10. Revision (ICD-10), der Weltgesundheitsorganisation der Vereinten Nationen (WHO) im Kapitel F84 unter dem Begriff der «tief greifenden Entwicklungsstörungen» klassifiziert. Diese tief greifenden Entwicklungsstörungen sind gekennzeichnet durch qualitative Abweichungen in den wechselseitigen sozialen Interaktionen und Kommunikationsmustern und durch ein eingeschränktes, stereotypes, sich wiederholendes Repertoire von Interessen und Aktivitäten (ICD-10: F84). Zu diesen Störungen gehört neben dem infantilen (= kindlichen) Autismus (ICD-10: F84.0) unter anderem auch der atypische Autismus (ICD-10: F84.1). Davon spricht man, wenn bei Kindern mit autistischer Störung die Symptome nicht in allen Bereichen vorhanden sind, diese nur wenig ausgeprägt sind oder bei Krankheitsbeginn das dritte Altersjahr bereits erreicht wurde.

3.2 Ziffer 401 GgV Anhang spricht nun zwar explizit nur von infantilem Autismus. Dies schliesst aber die Anerkennung anderer Untergruppen von tief greifenden Entwicklungsstörungen als Geburtsgebrechen dennoch nicht

aus. Denn die Abgrenzung angeborener (prä- oder perinataler) Gebrechen von nachträglich erworbenen Leiden erfolgt bei autistischen Störungen allein durch die Tatbestandsvoraussetzung der Erkennbarkeit vor dem fünften Lebensjahr (vgl. Urteil des EVG vom 31. Oktober 2005, I 302/05, Erw. 1.2). Auch der atypische Autismus zählt somit grundsätzlich zu den Geburtsgebrechen gemäss Ziffer 401 GgV Anhang, sofern denn die erwähnte Tatbestandsvoraussetzung erfüllt ist. Dieser Sichtweise folgt offensichtlich auch das Eidgenössische Versicherungsgericht, wenn es im erwähnten Urteil I 302/05 selbst dem Asperger-Syndrom (ICD-10: F84.5), welches wie der atypische Autismus eine weitere Unterform der autistischen Störungen darstellt, nicht zum Vornherein die Anerkennung als Geburtsgebrechen verwehrt, sondern ebenfalls die Frage prüft, ob die entsprechende Symptomatik bereits vor dem fünften Lebensjahr vorgelegen hat. Dementsprechend ist also auch vorliegend zu prüfen, ob der gemäss den ärztlichen Angaben erstmals im Jahr 2003 vermutete atypische Autismus – der Beschwerdeführer war zu diesem Zeitpunkt bereits achtjährig – schon vor dem fünften Lebensjahr erkennbar war.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. September 2006 S 2006 / 44

Art. 49 IVV – Beweiswert eines Berichtes des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD). Einem Bericht des regionalen ärztlichen Dienstes kann nicht allein aufgrund des pauschalen Hinweises auf die interdisziplinäre Zusammensetzung seines Ärzteteams zum Vornherein ein erhöhter Beweiswert beigegeben werden. Ist zudem nicht bekannt, welche Person mit welcher fachärztlichen Qualifikation einen solchen Bericht verfasst hat, so handelt es sich lediglich um eine verwaltungsinterne Aktenbeurteilung, welche vom kantonalen Versicherungsgericht höchstens im Sinne einer Parteimeinung, nicht aber als eigentliche ärztliche Beurteilung in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann.

Aus den Erwägungen:

(...)

6.2 In Bezug auf den umstrittenen RAD-Bericht vom 22. Februar 2005 ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass auch dieser der freien Beweiswürdigung durch das Gericht im Rahmen der dargelegten Richtlinien unterliegt. Dabei kann diesem Bericht nicht allein aufgrund des pauschalen Hinweises der Beschwerdegegnerin auf die interdisziplinäre Zusammensetzung

zung des Ärzteteams des regionalen ärztlichen Dienstes zum Vornherein ein erhöhter Beweiswert beigemessen werden. Alleine die theoretische Möglichkeit der Allgemeinmedizinerin Dr. med. B., welche offenbar den vorliegenden RAD-Bericht verfasst hat, bei Bedarf auch auf die Fachmeinung eines internen Psychiatrie-Facharztes zurückgreifen zu können, genügt dafür nicht, wenn nicht wenigstens glaubhaft dargelegt werden kann, dass dies im konkreten Fall auch tatsächlich erfolgt ist. Die versicherte Person sähe sich nämlich sonst mit einer für sie nicht durchschaubaren Verwaltungshandlung im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung konfrontiert, bei welcher ihr grundsätzlich das Recht auf Mitwirkung zusteht. Ein Aufdecken allfälliger Fehler im entsprechenden Beurteilungsvorgang wäre für sie praktisch unmöglich, sodass sich der Vorwurf der Beschwerdeführerin, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, durchaus als berechtigt erweisen würde (vgl. zu diesem Teilaspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör auch BGE 115 V 297). Den allgemeinen Regeln der Beweiswürdigung ärztlicher Berichte folgend ist die Beurteilung durch den RAD vom 22. Februar 2005 daher lediglich – aber immerhin – als Aktenbeurteilung durch eine Allgemeinmedizinerin zu berücksichtigen, welche aufgrund der ihr zukommenden Fachkenntnisse durchaus geeignet sein kann, auch die Einschätzungen von Fachärzten in Frage zu stellen. Ein formelles Einräumen erhöhter Beweiskraft lässt sich dabei aber auch aus dem Umstand nicht rechtfertigen, dass die regionalen ärztlichen Dienste vom Gesetzgeber per 1. Januar 2004 zu dem Zweck geschaffen wurden, die Durchführungsstellen der Invalidenversicherung bei der Entscheidungsfindung aus medizinischer Sicht zu unterstützen. Offensichtlich nicht gefolgt werden kann jedenfalls der Ansicht der Beschwerdegegnerin, es sei an sich nicht einmal notwendig zu wissen, welche Person mit welcher fachärztlichen Qualifikation einen Bericht des RAD verfasst habe, da die Beurteilung des RAD in seiner Gesamtheit im Sinne eines Dienstleistungszentrums für die IV-Stellen erfolge. Eine solcherart anonyme, rein verwaltungsinterne Aktenbeurteilung könnte vom kantonalen Versicherungsgericht höchstens im Sinne einer Parteimeinung, nicht aber als eigentliche ärztliche Beurteilung in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. August 2006

S 2005/144

Ziff. 404 des Anhanges zur Verordnung über Geburtsgebrechen – Begriff der Behandlung

Aus den Erwägungen:

4.3 Kongenitale Hirnstörungen im Sinne von Ziff. 404 Anhang-GgV können sowohl angeboren (prä- oder perinatale Entstehung) als auch nachgeburtlich erworben sein. Invalidenversicherungsrechtlich stellt sich damit nicht nur die Frage, ob ein POS als solches vorliegt; vielmehr muss ausserdem feststehen, dass das Leiden angeboren ist. Es ist somit notwendig, die prä- oder perinatal entstandenen von den erworbenen Hirnstörungen abzugrenzen. Ziffer 404 Anhang-GgV beruht auf der medizinisch begründeten und empirisch belegten Annahme, dass das Gebrechen vor Vollendung des 9. Altersjahres diagnostiziert und behandelt worden wäre, wenn es angeboren gewesen wäre. Zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführte Abklärungsmassnahmen können nach dieser empirischen Erkenntnis nicht mehr zuverlässig Aufschluss über die Abgrenzungsfrage geben, ob das Leiden angeboren war oder später erworben wurde. Mit zunehmendem Alter ist eine Abgrenzung zwischen angeborenen und erworbenen Störungen medizinisch nicht mehr mit hinreichender Wahrscheinlichkeit möglich. Nach der Praxis des EVG ist daran festzuhalten, dass die fehlende Diagnose und Behandlung vor dem vollendeten 9. Altersjahr die unwiderlegbare Rechtsvermutung begründen, dass es sich nicht um ein angeborenes POS handelt. Damit entfällt auch der nachträgliche Beweis, dass die Möglichkeit der Diagnosestellung und Behandlung vor dem vollendeten 9. Altersjahr bestanden hätte (BGE 122 V 113 ff. 120 mit Verweis auf BGE 105 V 22). Ein Verdacht und eine deshalb eingeleitete Abklärung sind noch keine Diagnose. Mit dem 9. Geburtstag setzt die unwiderlegbare Vermutung ein, dass kein angeborenes POS vorliegt. Daran kann sich auch nichts ändern, wenn sich nachträglich herausstellt, dass eine rechtzeitige Diagnose an sich möglich gewesen wäre (EVGE vom 5. September 2001, I 554/00, in Sachen G. Erw. 2e). Sodann geht es nicht an, bei festgestellter Behandlungsbedürftigkeit bereits eine Behandlung im Verordnungssinne anzunehmen, da der Rechtsbegriff der Behandlung sonst die erforderliche Bestimmtheit verlieren und Ziff. 404 Anhang-GgV die ihr zuge dachte Abgrenzungsfunktion praktisch nicht mehr erfüllen könnte (EVGE vom 28. August 2001, I 323/00 E. 1b mit Verweis auf BGE 122 V 124 E. 4c).

5. Vorliegend steht zur Diskussion, ob das bei der Beschwerdeführerin festgestellte psychoorganische Syndrom die Voraussetzungen von Ziff. 404 des Anhangs der GgV – Behandlung mit bereits gestellter Diagnose vor Vollendung des 9. Altersjahres – erfüllt und damit als Geburtsgebrechen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ATSG zu gelten hat.

...

8.

8.1 Im Bericht vom 10. Februar 2005 führt Dr. K. aus, die diagnostischen Kriterien für ein frühkindliches POS seien erfüllt. Der erwähnte ärztliche Bericht ist für die streitigen Belange umfassend und beruht auf allseitigen Untersuchungen. Er berücksichtigt auch die geklagten Beschwerden und wurde in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben, wie aus der umfangreichen Beschreibung des Zuweisungsgrundes ersichtlich ist. In der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation leuchtet er ein. Ausserdem sind die Schlussfolgerungen begründet, so dass bezüglich der Diagnose POS auf ihn abgestellt werden kann. Im Weiteren bestreitet die Beschwerdegegnerin weder die Diagnose POS noch die Tatsache, dass diese vor Vollendung des 9. Altersjahrs der Beschwerdeführerin am 19. März 2005 [geboren am 19. März 1996] gestellt worden ist. Damit ist das von Ziff. 404 Anhang-GgV für die Anerkennung als Geburtsgebrechen genannte erste Kriterium – Diagnose vor Vollendung des 9. Lebensjahres – erfüllt.

8.2 Nun bleibt zu prüfen, ob das von Ziff. 404 Anhang-GgV für die Anerkennung als Geburtsgebrechen genannte zweite Kriterium – Behandlung vor Vollendung des 9. Lebensjahres – ebenfalls erfüllt ist. Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin seit August 2004 in psychologischer Betreuung bzw. Unterstützung durch lic. phil. A. ist, deren Weiterführung Dr. K. am 10. Februar 2005 und am 6. April 2005 aufgrund der bei der Beschwerdeführerin im Vordergrund stehenden psychoreaktiven Probleme empfahl. Es ist vorliegend abzuklären, ob die erwähnte Betreuung eine Behandlung im Sinne von Ziff. 404 Anhang-GgV darstellt.

Anlass für die im August 2004 bei lic. phil. A. begonnene psychologische Betreuung waren bei der Beschwerdeführerin vorhandene Verhaltensschwierigkeiten, Schulangst und Schlafstörungen. Eine gewisse Behandlungsbedürftigkeit der Beschwerdeführerin vor Vollendung des 9. Altersjahres ist daraus sicherlich abzuleiten. Durch die erwähnte psychologische Betreuung durch lic. phil. A. sollten eine Verhaltensmodifikation, eine Verbesserung der beschwerdeführerischen Sozialkompetenz in der Schule und die Förderung der Fähigkeit, über Probleme sprechen zu können, erreicht werden. Da das POS erst am 10. Februar 2005 von Dr. K. diagnostiziert wurde, wird deutlich, dass die erwähnte Massnahme bzw. Therapie nicht wegen eines POS, sondern wegen anderer, mit dem POS zu vereinbarenden Symptome gewährt worden ist. Auf die Anfrage der IV-Stelle – welche Behandlung bezüglich der Diagnose eines POS durchgeführt werde – führte Dr. K. am 9. Juni 2005 aus, die erwähnten psychoreaktiven Probleme bzw. Störungen der Beschwerdeführerin mit Krankheitswert seien seit Mai 2005 Gegenstand einer regelmässigen psychotherapeutischen Behandlung bei der Kinderpsychologin Dr. B. Psychotherapeutische Massnahmen wie Verhaltenstherapie würden hervorragende Wirkung zeigen. Auf die ab Mai 2005 durchgeführte

Behandlung bei Dr. B. spricht die Beschwerdeführerin offenbar so gut an, dass vorerst auf eine medikamentöse Therapie mit Psychostimulantien wie Ritalin verzichtet werden kann. Sie erzielt bei den im Vordergrund stehenden erwähnten psychoreaktiven Störungen offenbar gute Resultate, weshalb davon auszugehen ist, dass die in casu geeignete Behandlung gewählt worden ist. Somit kann erst ab Mai 2005 von einer gezielten, die bei der Beschwerdeführerin vorliegende Problematik vollständig berücksichtigenden Behandlung des POS gesprochen werden. Der Behandlungsbeginn erfolgte somit nicht rechtzeitig, um die Voraussetzungen nach Ziff. 404 Anhang-GgV zu erfüllen. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

8.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine gewisse Behandlungsbedürftigkeit schon vor der Vollendung des 9. Altersjahres ausgewiesen ist. Die bereits vor diesem Zeitpunkt durchgeführten Massnahmen und Therapien wurden jedoch nicht wegen eines POS, sondern wegen anderer, mit dem POS zu vereinbarenden Symptome gewährt. Die eigentliche und - wie in Erwägung 8.2 ausgeführt - geeignete Behandlung des POS fing jedoch erst im Mai 2005 - und damit nach der Vollendung des 9. Altersjahres der Beschwerdeführerin - mit der Verhaltenstherapie bei Dr. B. an. Die Voraussetzungen für die Bejahung eines Geburtsgebrechens nach Ziff. 404 Anhang-GgV sind damit nicht erfüllt, weshalb sich die Beschwerde als unbegründet erweist und abgewiesen werden muss.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Januar 2006

S 2005/184

Art. 41 Abs. 3 KVG: Die Differenzzahlungspflicht des Wohnsitzkantons greift nicht, wenn ein medizinischer Notfall anlässlich einer nicht medizinisch indiziert ausserkantonale erfolgten ärztlichen Behandlung eintritt.

Sachverhalt:

Der Versicherte, X.B., Jahrgang 1938, wohnhaft im Kanton Zug, ist bei der Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung obligatorisch krankenversichert. Am 15. Dezember 2003 wurde er von seinem Kardiologen in Genf, wo er früher gewohnt hatte, notfallmässig in die Clinique de Chirurgie cardio-vasculaire des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) resp. Kantonsspital Genf überwiesen, wo eine myokardiale Revaskularisation und gleichentags am offenen Herzen die Implantation eines dreifachen aortokoronaren Bypasses durchgeführt wurde. Das Gesuch um Kosten-

gutsprache wies der Kantonsarzt des Kantons Zug, resp. das Medizinalamt mit Verfügung vom 23. Februar 2005 ab.

Aus den Erwägungen:

...

5.1 Die Versicherten können unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen. Bei ambulanter Behandlung muss der Versicherer die Kosten höchstens nach dem Tarif übernehmen, der am Wohn- oder Arbeitsort der versicherten Person oder in deren Umgebung gilt. Bei stationärer oder teilstationärer Behandlung muss der Versicherer die Kosten höchstens nach dem Tarif übernehmen, der im Wohnkanton der versicherten Person gilt (Art. 41 Abs. 1 KVG). Beanspruchen Versicherte aus medizinischen Gründen einen anderen Leistungserbringer, so richtet sich die Kostenübernahme nach dem Tarif, der für diesen Leistungserbringer gilt. Medizinische Gründe liegen bei einem Notfall vor oder wenn die erforderlichen Leistungen nicht angeboten werden: a) bei ambulanter Behandlung am Wohn- oder Arbeitsort der versicherten Person oder in deren Umgebung; b) bei stationärer oder teilstationärer Behandlung im Wohnkanton oder in einem auf der Spitalliste des Wohnkantons nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG aufgeführten ausserkantonalen Spital (Art. 41 Abs. 2 KVG). Beansprucht die versicherte Person aus medizinischen Gründen die Dienste eines ausserhalb ihres Wohnkantons befindlichen öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitals, so übernimmt der Wohnkanton die Differenz zwischen den in Rechnung gestellten Kosten und den Tarifen des betreffenden Spitals für Einwohner und Einwohnerinnen des Kantons. In diesem Fall gilt das Rückgriffsrecht nach Art. 72 ATSG sinngemäss für den Wohnkanton. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten (Art. 41 Abs. 3 ATSG; vgl. für die gesamte Problematik: BGE 130 V 218 Erw. 1.1).

...

5.3 Gesetz und Verordnung sagen nicht, was unter einem Notfall im Sinne von Art. 41 Abs. 2 zweiter Satz KVG zu verstehen ist. Nach der Rechtsprechung des EVG ist ein medizinischer Notfall im stationären Fall gegeben, wenn medizinische Hilfe unaufschiebbar und für die notwendige Spitalbehandlung eine Rückkehr in den Wohnkanton nicht möglich oder nicht angemessen ist. Ist der Rücktransport möglich, liegt kein Notfall vor. Die Rückreise darf aber nicht riskant sein. Dabei beurteilt sich die Angemessenheit der Rückreise nicht ausschliesslich nach medizinischen Kriterien. Vielmehr sind bei der Zumutbarkeitsbeurteilung die gesamten Umstände des Falles – selbst die Relation der Transportkosten zu den zu erwartenden Behandlungskosten – zu berücksichtigen (vgl. hierzu: BGE 112 V 191 Erw. 2b und 127 V 138; RKUV 2002 KV 231 S. 475 Erw. 4.1 und 2003 KV 254

S. 234 und 236; Urteile des EVG vom 31. August 2001 [K 83/01], vom 5. August 2003 [K 65/03] sowie vom 23. August 2002 [K 7/02]). Die Umschreibung differenziert nicht danach, unter welchen Umständen die Notfallsituation eintritt resp. worauf der notfallmässig behandlungsbedürftige Gesundheitsschaden zurückzuführen ist. Ebenfalls kommt es für die Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung für die Behandlung einer Krankheit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 ATSG grundsätzlich nicht auf die Ursachen der gesundheitlichen Beeinträchtigung an. Die Art und Weise der Entstehung des Gesundheitsschadens ist lediglich für die Abgrenzung der Zuständigkeit der Krankenversicherung gegenüber der Unfallversicherung und allenfalls der Militärversicherung oder der Invalidenversicherung von Bedeutung (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Luzern, EVG, vom 13. April 2006 [K 81/2005] Erw. 5.1, sowie dort zitierte Entscheide).

Durch die Übernahme der Differenz zwischen den in Rechnung gestellten Kosten und den Tarifen des betreffenden Spitals für Einwohner und Einwohnerinnen des Kantons nach Art. 41 Abs. 3 KVG beteiligt sich der Wohnkanton der versicherten Person an der Finanzierung des betreffenden ausserkantonalen Spitals. Es erfolgt ein finanzieller Ausgleich zwischen – meist kleineren – Kantonen, welche aus gesundheitspolitischen Gründen bestimmte stationäre Behandlungen nicht anbieten, und Kantonen mit ausgebauter Spitalversorgung. Die Differenzzahlungspflicht nach Art. 41 Abs. 3 KVG dient der verstärkten Koordination zwischen den Kantonen im Spitalbereich und stellt auch eine Massnahme zur Kosteneindämmung in der Krankenversicherung durch Verlagerung der Kosten auf einen anderen Träger, die Kantone, dar. Zweck der Bestimmung ist nach der Botschaft vom 6. November 1991 zur Revision der Krankenversicherung (BB1 1992 I 93 ff.) die Optimierung der Ressourcennutzung und die Kosteneindämmung durch Vermeidung unnötiger Kapazitäten und durch koordinierte und bedarfsgerechte Bereitstellung und gemeinsame Verwendung der effektiv benötigten Kapazitäten. Diesem Normgehalt widerspricht, wenn der Wohnkanton die Differenzzahlung erbringen müsste für Leistungen, die anlässlich einer nicht aus medizinischen Gründen ausserkantonale durchgeführten Behandlung notfallmässig erforderlich werden. Bei jedem medizinischen Eingriff besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass Komplikationen auftreten, welche unaufschiebbar eine weitere Behandlung erforderlich machen. Dieses Risiko ist jeder medizinischen Behandlung immanent. Begibt sich die versicherte Person ohne medizinischen Grund im Sinne von Art. 41 Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3 KVG freiwillig in medizinische Behandlung ausserhalb des Wohnkantons, nimmt sie die damit verbundenen Risiken für Komplikationen und allenfalls sofortige notwendige medizinische Hilfe in Kauf. Müsste der Wohnkanton für diese Kosten aufkommen, hätte er einen Teil dieses Risikos zu tragen für Behandlungen, für welche nach dem Normzweck die Differenzzahlungspflicht nicht gilt (vgl. K 81/05 Erw. 5.2). Nach Sinn und Zweck des

Art. 41 Abs. 3 KVG besteht somit keine Differenzzahlungspflicht des Wohnkantons der versicherten Person, wenn eine notfallmässig in einem ausserkantonalen öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spital behandlungsbedürftige Erkrankung in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit einer nicht aus medizinischen Gründen ausserkantonale durchgeführten Behandlung steht. Dieser Konnex ist insbesondere gegeben, wenn die Notfallsituation anlässlich der freiwillig ausserhalb des Wohnkantons durchgeführten Behandlung eintritt. Ob die sofortige medizinische Hilfe erfordernde Krankheit voraussehbar war oder sogar eine gewisse Auftretenswahrscheinlichkeit bestand, ist nicht von Belang (vgl. K 81/05 Erw. 5.3). Da der Gesetzgeber bewusst eine Differenzierung vornahm zwischen der ambulanten und der stationären oder teilstationären Behandlung und die Kostendeckungspflicht des Krankenversicherers für ambulante Behandlungen etwas weiter fasste – Behandlung am Wohn- oder Arbeitsort der versicherten Person oder in deren Umgebung – kann es nach Auffassung des Gerichts im Lichte der obig zitierten Praxis und in Beachtung des Normzwecks auch nicht weiter von Belang sein, ob die schliesslich zur stationären ausserkantonalen Behandlung führende ambulante ausserkantonale Behandlung vom Krankenversicherer zu bezahlen war oder nicht.

...

7.1 Vorab ist einmal festzustellen, dass der Beschwerdeführer Wohnsitz im Kanton Zug hat und sich in Genf aus geschäftlichen Gründen nur noch zeitweilig aufhält. Das HUG, wenngleich ein öffentliches resp. öffentlich subventioniertes Spital, figuriert nicht auf der Spitalliste des Kantons Zug. Trotzdem verfügt der Kanton Zug gemäss Spitalliste über mehrere Vertragsspitäler in der Schweiz, die als Leistungserbringer im Bereich Herzchirurgie zur Verfügung stehen (das Kantonsspital Luzern, das Universitätsspital Basel, das Universitätsspital Zürich, das Stadtsptial Triemli in Zürich sowie das Inselsptial in Bern). Angesichts dessen kann in casu nicht davon die Rede sein, die fragliche Leistung würde im Wohnkanton bzw. in einem Vertragsspital gemäss Spitalliste des Wohnkantons nicht angeboten.

...

7.2.1 In Würdigung der genannten Berichte ist festzustellen, dass die Behandlung im HUG von den Ärzten des HUG wie von der in die Sache involvierten Concordia als Notfall bezeichnet wurde, unter anderem weil offenbar eine latente Lebensgefährdung bestand, zudem auch weil die Einweisung administrativ als Notfall deklariert war. Auch der einweisende Arzt Dr. G. spricht in seinen Schreiben von einem Notfall und er forderte beim HUG eine schnellst mögliche Behandlung des Patienten. Den Akten kann denn auch entnommen werden, dass der Beschwerdeführer nach der Koronarangiographie umgehend ins HUG überführt und dort noch am gleichen Tage operiert wurde. Wie viele Stunden von der Einweisung bis zur

Operation vergingen, lässt sich aus den Unterlagen allerdings nicht herauslesen, hingegen ergibt sich aus einem Schreiben des Beschwerdeführers, dass er nicht unvermittelt operiert, sondern aufgrund eines dringlicheren Notfalls vorerst zurückgestellt wurde. Dass aus zeitlicher Sicht eine Verlegung nach Bern dementsprechend unmöglich resp. nicht zumutbar gewesen wäre, kann somit nicht ohne weiteres gefolgert werden. Die Akten enthalten schliesslich auch keine Angaben zur Frage, ob der Transport an sich bereits als nicht zu verantworten hätte beurteilt werden müssen. Das Schreiben Dr. G's an den Beschwerdeführer vom 24. März 2005 besagt schliesslich, in Fällen wie seinem müsse der chirurgische Eingriff wenn immer möglich binnen 24 Stunden seit der Koronarangiographie erfolgen. Wenngleich Dr. G. seinem Patienten am 15. Dezember 2003 offenbar eröffnet hatte, eine Verlegung in ein Vertragsspital des Kantons Zug, beispielsweise das Inselspital in Bern, erscheine als zu riskant, ist mit der Beschwerdegegnerschaft doch festzustellen, dass die Operationsindikation vorliegend aufgrund einer drohenden Herzschädigung, einer risikobehafteten Situation, nicht aber aufgrund eines akut lebensbedrohenden Vorfalls erfolgte. Unterblieb die Verlegung in ein Vertragsspital nach Spitalliste des Kantons Zug – dies als Annahme – in erster Linie, weil der Beschwerdeführer und Dr. G. aufgrund zweier Schweiz weit diskutierter Vorkommnisse in Zürich und Bern den Kliniken in der deutschsprachigen Schweiz kein Vertrauen mehr zu schenken vermochten, verdiente dies vor dem Hintergrund von Art. 41 Abs. 3 KVG jedenfalls keine Beachtung. Aufgrund der vorliegenden Korrespondenz resp. der vorliegenden medizinischen Akten, aufgrund der Äusserungen Dr. G's im Schreiben vom 24. März 2005 resp. aufgrund dessen, dass der Zustand des Beschwerdeführers es zuliess, andere Notfälle vorzuziehen, erweist sich ein Notfall im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis (vgl. Erw. 5.3 am Anfang) demnach vorliegend nicht als nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt. Die Frage kann aber vor dem Hintergrund der folgenden Erwägungen offen bleiben.

7.2.2 Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer sich aus persönlichen und nicht aus medizinischen Gründen zur Durchführung der Koronarangiographie bei Dr. G. in Genf entschied (vgl. Erw. 6). Dass er wenige Wochen zuvor aus Genf weggezogen war und zumindest für die Zeit, in welcher er noch zeitweilig in Genf beruflich zu tun hatte, seinem Genfer Hausarzt und seinem Genfer Kardiologen treu bleiben wollte, ist durchaus verständlich und nachvollziehbar, für die rechtliche Würdigung der Sache aber ohne Belang. Ergab sich als Folge dieser Koronarangiographie in Genf das Erfordernis der stationären Behandlung, kann dies im Lichte des in Erwägung 5.3 Abs. 2 zitierten Bundesgerichtsentscheids (K 81/2005) nicht zur Differenzzahlungspflicht für den Kanton Zug führen. Dabei ist es unbeachtlich, ob der Beschwerdeführer oder Dr. G. mit Komplikationen resp. einem weitergehenden Behandlungsbedarf rechnen mussten oder diese gar in Kauf nahmen bzw. wie hoch die diesbezügliche Wahrscheinlichkeit war. Nach der höchstrichterlichen Praxis nimmt jemand, der sich

ohne medizinische Gründe ausserkantonale Behandlung lässt, die mit jeder medizinischen Intervention stets verbundenen Risiken in Kauf, weshalb es als stossend erschiene, wenn der Wohnkanton für diese Risiken entgegen dem Telos, dem Normzweck von Art. 41 Abs. 3 KVG einzustehen hätte.

8. Zusammenfassend ergibt sich im Lichte von Gesetz und Praxis, dass der Kantonsärztliche Dienst die Differenzzahlungspflicht zu Recht ablehnte. Sollte ein Notfall im Sinne der Praxis bejaht werden, ist die Differenzzahlungspflicht jedenfalls deshalb zu verneinen, weil die notfallmässige Behandlung als Folge einer nicht aus medizinischen Gründen ausserkantonale durchgeführten Behandlung erforderlich wurde. Damit erweisen sich Verfügung und Einspracheentscheid als nicht zu beanstanden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 2. November 2006

S 2006/92

§ 6^{ter} des Gesetzes betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG, auch IPVG genannt) – Frist zur rechtzeitigen Einreichung eines Gesuches um Neuberechnung

Aus den Erwägungen:

...

5. Vorliegend ist zu prüfen, ob ein Gesuch nach § 6^{ter} PvKG innerhalb von 20 Tagen seit der Mitteilung der Verfügung einzureichen ist. Die rechtliche Lage stellt sich wie folgt dar: Im zweiten Abschnitt (§§ 4 bis 7) des PvKG wird der Anspruch (Voraussetzungen und Berechnung) auf Prämienverbilligung geregelt, im dritten Abschnitt (§§ 8 bis 19) die verfahrensrechtlichen Vorschriften und in § 20 PvKG die Rechtspflege. Dem Gesetz ist allerdings nicht zu entnehmen, innert welcher Frist ein Gesuch nach § 6^{ter} PvKG einzureichen bzw. ob überhaupt eine Frist zu beachten ist. Gleichwohl herrscht keine Rechtsunsicherheit, da es eine diesbezügliche Praxis der Beschwerdegegnerin gibt. Die Rechtsmittelbelehrung der Verfügung vom 10. Mai 2006 verweist in diesem Zusammenhang auf eine Frist von 20 Tagen. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die beschriebene Praxis gerechtfertigt ist.

Der Beschwerdeführer legt dar, aus dem Gesetz gehe hervor, dass nach Vorliegen der rechtskräftigen Steuerveranlagung die definitive Abrechnung erfolge (§ 6^{ter} Abs. 1 PvKG, zweiter Satz). Daraus leitet er ab, dass mit der Gesuchseinreichung bis zum Vorliegen der rechtskräftigen Steuerveranlagung zugewartet werden könne. Da § 6^{ter} PvKG – mit Ausnahme der Notwendigkeit der begründeten Gesuchsstellung – aber lediglich materielle Vor-

aussetzungen für eine Neuberechnung beinhaltet, bezieht sich der erwähnte Satz nicht auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung. Er sagt lediglich aus, die Beschwerdegegnerin habe nach Einreichung des – fristgerecht eingereichten – Gesuches mit der Vornahme der definitiven Abrechnung bis zum Vorliegen der rechtskräftigen Steuerveranlagung zuzuwarten. Wie bei der Einsprache bringt der Beschwerdeführer durch die Einreichung eines Gesuches nach § 6^{ter} PvKG zum Ausdruck, dass er in einem bestimmten Punkt mit der Verfügung der Beschwerdegegnerin nicht einverstanden ist. In casu ist es daher gerechtfertigt, das Gesuch nach § 6^{ter} PvKG insofern gleich wie eine Einsprache zu behandeln, als gemäss § 20 Abs. 1 PvKG zu seiner Einreichung eine Frist von 20 Tagen seit der Mitteilung der Verfügung einzuhalten ist. Die beschriebene Praxis der Beschwerdegegnerin erweist sich damit als gerechtfertigt. Nach Erlass der Verfügung am 10. Mai 2006 wurde das Gesuch erst am 22. Juni 2006 (Eingang bei der Beschwerdegegnerin: 26. Juni 2006) und somit nach Eintritt der Rechtskraft eingereicht. Damit wurde unbestrittenerweise die Frist von 20 Tagen nicht eingehalten.

6. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Praxis der Beschwerdegegnerin – zur rechtzeitigen Einreichung eines Gesuchs um Neuberechnung nach § 6^{ter} PvKG sei eine Frist von 20 Tagen seit der Zustellung der Verfügung einzuhalten – sachlich gerechtfertigt ist. Da die genannte Frist in casu unbestrittenerweise nicht eingehalten wurde, zog die Beschwerdegegnerin zur Beurteilung des beschwerdeführerischen Anspruchs auf Prämienverbilligung für das Beitragsjahr 2005 zu Recht nicht seine finanzielle Situation im Jahre 2004, sondern diejenige im Jahre 2003 heran. Die Situation im Jahre 2004 wird somit ihre Auswirkungen auf den Prämienrückstattungsanspruch voraussichtlich für das Beitragsjahr 2006 entfalten. Nach dem Gesagten erweist sich der Einspracheentscheid der Vorinstanz als nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist diesbezüglich unbegründet und daher abzuweisen.

...

Urteil des Verwaltungsgerichtes vom 24. August 2006

S 2006/102

Art. 18 Abs. 1 UVG – Gestützt auf das Kausalitätsprinzip entsteht für vorbestehende oder nach einem Unfall aufgetretene (interkurrente) Krankheiten, auf welche der Unfall keinen Einfluss ausgeübt hat, für den Unfallversicherer keine Leistungspflicht.

Sachverhalt:

Der Versicherte erlitt im Juli 1997 einen Berufsunfall, infolgedessen er sich eine Kontusion des Oberschenkels, eine tiefe laterale dorsale Rissquetschwunde sowie ein Verbrühung am medialen Oberschenkel zuzog. Eine Woche nach dem Ereignis konnte die Unfallversicherung den Fall bereits zum Abschluss bringen. Infolge einer Rückfallmeldung vom September 1998 erfolgten weitere Abklärungen, im Rahmen welcher eine multiple Sklerose festgestellt wurde.

Aus den Erwägungen:

...

3.2 ...

Zur Problematik von konkurrierenden resp. überholenden Kausalitäten ergibt sich aus Lehre und Praxis das Folgende: Gestützt auf das Kausalitätsprinzip entsteht für vorbestehende oder nach einem Unfall aufgetretene (interkurrente) Krankheiten, auf welche der Unfall keinen Einfluss ausgeübt hat, für den Unfallversicherer keine Leistungspflicht. Ist ein Versicherter bereits aus unfallfremden Gründen vollständig invalid, so besteht kein Raum für eine (zusätzliche) unfallbedingte Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit. Selbst wenn auch aus dem Unfall eine Invalidität erwachsen wäre, kommt in diesem Fall eine Rente der Unfallversicherung nicht zur Ausrichtung. Massgebend ist demzufolge nicht die zeitliche Reihenfolge der Schadenereignisse (Unfallereignis/Krankheit), sondern es ist auf den Eintritt des Schadens abzustellen (vgl. Urteile des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 30. März 2005 [BE.2004/00227], Urteile des EVG vom 30. Januar 1998 [U 189/96], vom 23. März 1998 [U 151/96], vom 26. Juni 2000 [U 140/00] sowie vom 22. September 2005 [U 357/04] und Peter Omlin, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Freiburg 1995, S.146).

...

7. Erweist sich eine von Seiten des Unfalls bedingte Arbeits- resp. Erwerbsunfähigkeit jedenfalls bis zum Zeitpunkt der MEDAS-Beurteilung *im März 2003* bzw. der kreisärztlichen Schlussuntersuchung durch Dr. Q. *im August 2004* als nicht überwiegend wahrscheinlich erstellt und berücksichtigt man, dass der Beschwerdeführer ab Juli 2003 von Seiten der MS, somit krankheitsbedingt als vollumfänglich invalid galt, somit seither Anspruch auf eine ganze Rente – *vorgängig, d.h. ab Januar 2002 auf eine halbe Rente* – zulasten der Invalidenversicherung hat, so ergibt sich, dass selbst eine später eintretende Arbeits- resp. Erwerbsunfähigkeit aufgrund der Unfallfolgen nicht zu einem Rentenanspruch nach UVG führen würde. Mit der Lehre und der Rechtsprechung ist nämlich – und entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – zu beachten, dass nicht die zeitliche Abfolge der Schadensereignisse (Unfall, Rückfall, Erkrankung) massgebend ist, sondern dass auf den Eintritt des Schadens abzustellen ist. Mit der Beschwerdegegerin ist somit

festzustellen, dass in casu mit der interkurrent auftretenden multiplen Sklerose ein Fall von überholender Kausalität im Sinne der in Erwägung 3.2 Abs. 3 zitierten Lehre und Praxis vorliegt, so dass für eine zusätzliche unfallbedingte Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit resp. eine zusätzliche Rente zulasten des Unfallversicherers kein Raum bleibt. Nicht zu prüfen ist vorliegend, ob eine schon gesprochene Invalidenrente nach Art. 18 UVG bei Verhältnissen wie vorliegend revisionsweise wieder aufgehoben werden müsste, was zumindest der zitierten Meinung Omlin nicht entspräche.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2006

S 2005/215

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 42 ZGB; Art. 30 ZGB. – Die Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB stellt eine umfassende Gestaltungsklage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand dar, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht. Entsprechend dem Zweck des Bereinigungsverfahrens ist allerdings vorausgesetzt, dass damit (auch) ein Eintrag oder eine Berichtigung des Zivilstandsregisters angestrebt wird (E 1.). Klarstellung, unter welchen Voraussetzungen gemäss Art. 42 ZGB auf Berichtigung des Zivilstandsregisters geklagt werden kann und wann das Namensänderungsverfahren gemäss Art. 30 ZGB einzuleiten ist (E. 2 - 4).

Aus den Erwägungen:

1. Wer ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft macht, kann beim Gericht auf Eintragung von streitigen Angaben über den Personenstand, auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung klagen (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB).

Unter der früheren, bis zum 1. Januar 2000 geltenden Regelung von Art. 45 Abs. 1 aZGB wurde zumindest im Grundsatz klar zwischen Statusklagen und dem Verfahren auf Berichtigung des Zivilstandsregisters unterschieden. Eine Registeränderung konnte nur dann auf dem Wege der Berichtigung erfolgen, wenn die Unrichtigkeit auf einen Fehler bei der Eintragung zurückzuführen war. Im Übrigen wurde der Kläger auf den Statusprozess verwiesen. Eine Umgehung der Statusklage auf dem Wege der Berichtigung hat das Bundesgericht in BGE 101 Ib 9 denn auch ausdrücklich ausgeschlossen (Dimitri Santoro, in: Müller/Wirth [Hrsg.], Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, N 19 zu Art. 14). Mit dem neuen Art. 42 ZGB wurde die Bestimmung laut Botschaft des Bundesrates (Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des ZGB, BBl 1996 I 52) zu einer umfassenden Gestaltungsklage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand ausgebaut, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht. Dieser Erweiterung der Berichtigungsklage zu einer umfassenden Gestaltungsklage erwuchs in der Lehre Kritik, da damit die verfahrensrechtliche Grenze zwischen der Berichtigungs- und der Statusklage aufgeweicht wurde. Ihre Rechtsnatur ist mithin umstritten. Indessen wird zu Recht darauf hingewiesen, dass nach dem klaren Willen des Gesetzgebers nun auch Statusklagen, für welche kein eigenes Verfahren gegeben ist, in den Anwendungsbereich von Art. 42 ZGB fallen müssen (Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer, vom 29. 7. 2005, in:

FamPra.ch 2006, S. 112 ff.; Dimitri Santoro, a.a.O., N 20 zu Art. 14). Entsprechend dem Zweck des Bereinigungsverfahrens ist allerdings vorausgesetzt, dass damit (auch) ein Eintrag oder eine Berichtigung des Zivilstandsregisters angestrebt wird (Botschaft, BBl 1996 I 52; zum Ganzen JZ 2006/10).

2. a) In dem vom Zivilstandsamt Risch ausgestellten Verkündgesuch vom 4. November 1991 haben die Beschwerdeführer 1 und 2 als Vor- und Familiennamen T. Sx. bzw. J. M. und als Geburtsdaten den 15. Oktober 1964 bzw. den 1. Oktober 1969 angegeben. Das Verkündgesuch, das die Beschwerdeführer 1 und 2 persönlich unterzeichneten, wurde aufgrund der damals von den Beschwerdeführern 1 und 2 eingereichten srilankischen Geburtsurkunden ausgestellt. Der Beschwerdeführer 1 machte im vorinstanzlichen Verfahren geltend, bei seiner Einreise in die Schweiz am 10. Februar 1987 habe er auf Anweisung seines Schleppers einen falschen Namen und ein falsches Geburtsdatum angegeben. Der von ihm damals angegebene Vor- und Familienname sowie das Geburtsdatum seien denn auch aufgrund einer gefälschten srilankischen Geburtsurkunde vom 7. November 1989 ins Eheregister eingetragen worden. Damit liegen streitige Angaben über den Personenstand vor, die mit der Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB berichtigt werden können. Der Beschwerdeführer 1 hat dabei nachzuweisen, dass die damals angegebenen Personalien falsch sind und sein richtiger Vor- und Nachname A. Sz. lautet und er am 15. November 1963 geboren wurde. Diesen Nachweis führte der Beschwerdeführer 1 im erstinstanzlichen Verfahren mit einem vom srilankischen Aussenministerium am 30. März 2005 beglaubigten Auszug aus dem Geburtsregister des Distrikts Jaffna. Daraus ist ersichtlich, dass der Name des Beschwerdeführers A. und der Name seines Vaters B. Sz. lautet und der Beschwerdeführer am 15. November 1963 geboren wurde. Ferner brachte der Beschwerdeführer 1 im erstinstanzlichen Verfahren vor, die Beschwerdeführerinnen 2 - 4 hätten im Jahre 1996 die Schweiz verlassen und seien nach Kanada weitergereist, wo sie unter den richtigen Namen die kanadische Staatsbürgerschaft erworben hätten. Am 1. Oktober 2004 seien alle drei in die Schweiz zurückgekehrt und hätten eine Aufenthaltsbewilligung des Kantons Zug erhalten. Nach der Rückkehr der Beschwerdeführerinnen 2 - 4 in die Schweiz habe die Familie reinen Tisch machen wollen. Daher habe sich der Beschwerdeführer 1 beim Untersuchungsrichteramt des Kantons Zug selbst angezeigt. Über den Straftatbestand der Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB) habe das Untersuchungsrichteramt mit Verfügung vom 7. Juni 2005 entschieden und das Strafverfahren Nr. 2005/XXXX wegen Verjährung definitiv eingestellt.

b) Aufgrund dieser Schilderung erscheint es zwar plausibel, dass der Beschwerdeführer 1 bei seiner Einreise in die Schweiz seine Identität verschleiert hat, wie das bei Asylsuchenden im Übrigen des Öfteren vorkommt. Zum Nachweis der vom Beschwerdeführer 1 geltend gemachten Identität reicht der im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte, vom srilankischen

Aussenministerium beglaubigte Auszug aus dem Geburtsregister indes nicht aus, liegen damit doch einzig zwei sich widersprechende Geburtsurkunden im Recht. Daran ändert auch nichts, dass gemäss den vorgelegten Kopien der kanadischen Reisepässe der Beschwerdeführerinnen 2 - 4 als Familienname der Beschwerdeführerinnen 2 - 4 A. aufgeführt wird. Auch wenn nach srilankischem Namensrecht der Vorname des Vaters zum Familiennamen der übrigen Familienmitglieder wird (vgl. EGVSZ 2004, S. 25 ff.), ist unklar, aufgrund welcher Dokumente diese Reisepässe ausgestellt wurden. Nachdem sie im Übrigen den Beschwerdeführer 1 ohnehin nicht betreffen, vermögen sie zum vornherein keinen Beweis für dessen wahre Identität zu erbringen. Unter diesen Umständen hat der Einzelrichter das Gesuch des Beschwerdeführers 1 zu Recht abgewiesen.

c) Im Beschwerdeverfahren legte der Beschwerdeführer 1 nebst den vorerwähnten Dokumenten nunmehr einen fotokopierten Auszug eines am 24. Juli 2006 ausgestellten srilankischen Reisepasses vor. In diesem wird als Nachname (Surname) Sz. aufgeführt, während unter andere Namen (Other Names) A. steht. Ferner ist als Geburtsdatum des Beschwerdeführers der 15. November 1963 vermerkt. Die Angaben im Pass entsprechen damit dem vom srilankischen Aussenministerium am 30. März 2005 beglaubigten Auszug aus dem Geburtsregister. Die srilankischen Behörden erachteten damit bei der Ausstellung des Reisepasses die Identität des Beschwerdeführers als geklärt. Unter diesen Umständen kann auf die vorerwähnten Urkunden abgestellt werden. Der Beschwerdeführer 1 hat damit den Nachweis für seine wahre Identität erbracht. Der Eintrag des Vor- und Nachnamens sowie des Geburtsdatums des Beschwerdeführers 1 erweisen sich demnach als falsch und können gestützt auf Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB im Personenstandsregister (Art. 7 ff. ZStV) auf A. Sz., geb. 15. November 1963, berichtigt werden, ist das vorausgesetzte persönliche Interesse doch offenkundig. So geht es um die richtige Beurkundung des Namens und Geburtsdatums des Beschwerdeführers 1 und um die Übereinstimmung zwischen Zivilstandsregister und Passdokument.

3. a) Nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 IPRG untersteht der Name einer Person mit Wohnsitz in der Schweiz schweizerischem Recht. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann eine Person jedoch verlangen, dass ihr Name dem Heimatrecht untersteht. Art. 37 Abs. 2 IPRG bestimmt nicht, wann die Erklärung über die Unterstellung des Namens unter das Heimatrecht abgegeben werden kann. Die Frage ist, ob sie jederzeit oder nur im Fall eines das Namensrecht betreffenden rechtlichen Ereignisses möglich ist, wie etwa Geburt, Anerkennung, Adoption, Eheschliessung oder Scheidung. Für das Letztere spricht Art. 177d Abs. 1 Satz 1 der bis zum 30. Juni 2004 gültigen Zivilstandsverordnung (ZStV). Danach kann im Zusammenhang mit der Eintragung eines ihn persönlich betreffenden Zivilstandsfalles in ein Einzelregister der Schweizer mit Wohnsitz im Ausland oder der Ausländer gegen über dem Zivilstandsbeamten schriftlich erklären, er wolle seinen Namen

dem Heimatrecht unterstellen. Die Lehre hielt denn auch vor dem Inkrafttreten der neuen Zivilstandsverordnung am 1. Juli 2004 mit überzeugender Begründung dafür, dass die Rechtswahl auszuüben ist, wenn sich die Namensfrage konkret stellt (Jametti Greiner/Geiser, in: Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.] Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1996, N 29 zu Art. 37; vgl. ferner Frank Vischer, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2.A., Zürich/Basel/Genf 2004, N 24 zu Art. 37). Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus der nunmehr gültigen Zivilstandsverordnung. So hält Art. 14 Abs. 1 ZStV fest, dass im Zusammenhang mit einem sie oder ihn persönlich betreffenden Zivilstandsfall die Schweizerin oder der Schweizer mit Wohnsitz im Ausland oder die Ausländerin oder der Ausländer gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten schriftlich erklären kann, den Namen dem Heimatrecht unterstellen zu wollen. Aufgrund der nahezu identischen Formulierungen in Art. 177d Abs. 1 Satz 1 aZStV und Art. 14 Abs. 1 ZStV hat die Ansicht der vorzitierten Lehre somit auch unter dem heute geltenden Recht weiterhin Gültigkeit.

b) Die Beschwerdeführerinnen 3 und 4 wurden am 27. Oktober 1992 bzw. am 19. März 1996 in Zug geboren. Gemäss den – unbestritten gebliebenen – Angaben in den Geburtsanzeigen des Kantonsspitals Zug vom 27. Oktober 1992 bzw. vom 19. März 1996 waren ihre Eltern zu diesen Zeitpunkten srilankische Staatsangehörige. Es ist daher anzunehmen, dass auch die Beschwerdeführerinnen 3 und 4 bei ihrer Geburt diese Staatsangehörigkeit besaßen. In den vorerwähnten Geburtsanzeigen wurden als Vor- und Familiennamen der Beschwerdeführerinnen 3 und 4 Kth. T. und N. T. angegeben. Die Eltern der Beschwerdeführerinnen 3 und 4 wählten damit den falschen Vornamen des Vaters für beide Töchter als deren Familiennamen, wie das das srilankische Namensrecht vorschreibt. Damit machten sie als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder vom Recht gebrauch, bei der Geburt ihrer Kinder deren Namen dem Heimatrecht zu unterstellen. Gemäss den eingereichten Auszügen aus dem Geburtsregister des Zivilstandsamtes Zug lautet der Nachname der Beschwerdeführerinnen 3 und 4 denn auch T. – und nicht, wie von ihnen im vorinstanzlichen sowie im Beschwerdeverfahren angegeben, Sx. Nachdem der Vorname des Beschwerdeführers von T. auf A. zu berichtigen ist, sind gestützt auf Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB auch die Nachnamen der Beschwerdeführerinnen 3 und 4 entsprechend anzupassen und von T. auf A. zu berichtigen.

c) Die Beschwerdeführer 1 und 2 verlangten in dem von Ihnen unterzeichneten Verkündgesuch vom 4. November 1991 nicht, dass ihre Namen dem Heimatrecht unterstellt werden. Ferner machen die Beschwerdeführer 1 und 2 nicht geltend, sie hätten eine solche Erklärung anlässlich der Eheschliessung vom 26. November 1991 vor dem Zivilstandsamt Risch abgeben. Gestützt auf Art. 37 Abs. 1 Satz 1 IPRG in Verbindung mit Art. 160 Abs. 1 ZGB wurde der Familienname des Beschwerdeführers 1 damit zum Nachna-

men der Beschwerdeführerin 2. In Übereinstimmung dazu lautet der Familienname der Beschwerdeführer 1 und 2 gemäss dem Eheschein vom 26. November 1991 denn auch Sx. Wie vorstehend ausgeführt, handelt es sich dabei aber nicht um den wirklichen Namen des Beschwerdeführers 1, lautet dessen Nachname doch Sz. Damit liegt mit Bezug auf den Nachnamen der Beschwerdeführerin 2 ebenfalls eine streitige Angabe zum Personenstand vor. Mit der Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB kann dieser Eintrag an sich berichtigt werden. Die Beschwerdeführerin beantragt nun, ihren Nachnamen Sx. auf A. zu ändern. Sie verlangt damit, dass gemäss dem srilankischen Namensrecht der Vorname des Beschwerdeführers 1 zu ihrem Nachnamen wird. Dafür steht die Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB indes nicht zur Verfügung, kann damit doch nur eine Berichtigung eines fehlerhaften Namens im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften verlangt werden. Nachdem die Beschwerdeführer 1 und 2 innert nützlicher Frist keine Erklärung über die Unterstellung ihrer Namen unter srilankisches Recht abgegeben haben, lautet der korrekte Nachname der Beschwerdeführerin 2 nach den massgebenden schweizerischen Bestimmungen (Art. 37 Abs. 1 Satz 1 IPRG in Verbindung mit Art. 160 Abs. 1 ZGB) Sz. Nur eine solche Berichtigung des Namens könnte mit der Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB beantragt werden. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist daher abzuweisen, nachdem sie eine Änderung ihres Nachnamens auf A. verlangt. Dagegen hat die Beschwerdeführerin 2 die Möglichkeit, den von ihr gestellten Antrag im Rahmen eines Namensänderungsverfahrens nach Art. 30 Abs. 1 ZGB zu stellen (Jametti Greiner/Geiser, a.a.O., N 29 zu Art. 37; EGVSZ 2004, S. 25 ff.). Da der von der Beschwerdeführerin 2 geführte Nachname Sx. aufgrund der heutigen Entscheidung offensichtlich fehlerhaft ist, sind die Zivilstandsbeamten gestützt auf Art. 43 ZGB einzuladen, diesen Namen im Personenstandsregister auf Sz. zu berichtigen.

4. Schliesslich beantragt die Beschwerdeführerin 3 die Änderung ihres Vornamens Kth. in K.

Im Auszug aus dem Geburtsregister des Zivilstandsregisters ist als Vorname der Beschwerdeführerin 3 Kth. aufgeführt. Dieser Eintrag erfolgte aufgrund der gleich lautenden Angabe in der Geburtsanzeige des Kantonsospitals Zug vom 27. Oktober 1992. Wie bereits erwähnt, kann die Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB zur Berichtigung von streitigen Angaben über den Personenstand erhoben werden. Die Beschwerdeführerin 3 macht nun nicht geltend, ihr Vorname sei im Geburtsregister falsch wiedergegeben worden und bedürfe daher der Berichtigung. Vielmehr bringt sie einzig vor, ihr Name sei im kanadischen Pass nur mit einem «th» geschrieben, so dass sinnvollerweise im Geburtenregister die gleiche Transkription übernommen werden solle. Mit der Änderung wird damit das Ziel verfolgt, die Schreibweise des Vornamens im schweizerischen Personenstandsregister mit derjenigen im kanadischen Reisepass in Übereinstimmung zu bringen. Die Beschwer-

deführerin 3 verlangt damit nicht eine Berichtigung ihres Namens, sondern eine Namensänderung. Dafür steht die Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB nicht zur Verfügung. Vielmehr ist die Beschwerdeführerin 3 auf das Namensänderungsverfahren gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB zu verweisen.

Justizkommission, 28. September 2006

2. Familienrecht

Art. 172 ff. ZGB. – Die einem Ehegatten auferlegte grundsätzliche Verpflichtung zur Übernahme der Kosten der Fremdplatzierung in der abschliessenden Eheschutzverfügung ist nicht vollstreckbar und bedarf in verschiedener Hinsicht der Ergänzung; namentlich mit Bezug auf die Höhe dieser Kosten und den Anspruchsberechtigten. In welchem Verfahren und auf wessen Antrag diese Ergänzung bzw. ein vollstreckbarer Entscheid (ein definitiver Rechtsöffnungstitel) erstritten werden kann, wurde offen gelassen, da der Einzelrichter die angefochtene Verfügung, mit welcher der Beschwerdeführer zur Zahlung eines bestimmten Betrages an das Heim, das die Kinder A. und B. aufgenommen hat, erlassen hat, ohne dem Beschwerdeführer vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren, weshalb sie bereits aus diesem Grund aufzuheben ist.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 15. November 2005 wurde das Eheschutzverfahren abgeschlossen und der Beschwerdeführer u.a. (in Bestätigung der Verfügung vom 24. Mai 2005) verpflichtet, sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit der Fremdplatzierung der Kinder A. und B. entstanden sind, zu tragen (Verfahren Nr. ES 2005 XXX). Mit Eingabe vom 22. Juni 2006 wandte sich die Beiständin der beiden Kinder, C., an das Kantonsgerichtspräsidium und wies darauf hin, dass der Beschwerdegegner die beiden Rechnungen des «D.» vom Juni 2005 in der Höhe von insgesamt CHF 12'718.30 bis jetzt noch nicht bezahlt habe. Sie hielt dabei fest, der Beschwerdeführer mache geltend, er habe noch andere Schulden und könne nicht bezahlen. Das Vormundschaftsamt habe kein Budget, um solche Platzierungen zu finanzieren. «D.» drohe ihr nun, sie zu betreiben, nachdem sie für die Fremdplatzierung der Kinder habe Kostengutsprache leisten müssen. Mit Verfügung vom 26. Juni 2006 verpflichtete das Kantonsgerichtspräsidium den Beschwerdeführer in Ergänzung von Ziff. 2 der Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 15. November 2005, dem Vormundschaftsamt der Stadt Zug innert 10 Tagen den Betrag von CHF 12'718.30 zu bezahlen (Disp.-Ziff. 1) und auferlegte ihm die gerichtlichen Kosten von total CHF 330.– (Disp.-Ziff. 2). Mit Eingabe vom 27. Juni 2006 gelangte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers an das Kantonsgerichtspräsidium und ersuchte dieses, die Verfügung vom 26. Juni 2006 «wiedererwägungsweise ganz oder zumindest bezüglich der Kostenfolgen für meinen Klienten aufzuheben». Mit Schreiben vom 28. Juni 2006 teilte das Kantonsgerichtspräsidium dem Beschwerdeführer mit, dass aus seiner Sicht keine Gründe für eine Wiedererwägung der Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 26. Juni 2006 vorlägen. Dessen Wunsch entsprechend leite es daher seine Eingabe vom 27. Juni 2006 an die Justizkommission des Obergerichts weiter. Die Justizkommission des Ober-

gerichts nahm in der Folge die Eingabe des Beschwerdeführers vom 27. Juni 2006 als Beschwerde entgegen. In der Beschwerdeantwort vom 5. Juli 2006 beantragte die Beschwerdegegnerin, es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz verzichtete auf die Einreichung einer Vernehmlassung.

Aus den Erwägungen:

1. Die angefochtene Verfügung erging im Rahmen des Eheschutzverfahrens des Ehepaars E. (ES 2005 XXX), das indessen bereits mit Verfügung vom 15. November 2005 abgeschlossen worden war. Der Einzelrichter ergänzte damit ausdrücklich Ziff. 2 jener Verfügung. Es handelt sich also weder um eine Vollstreckung dieser Dispositiv-Bestimmung der Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 15. November 2005, also um eine Verfügung im Befehlsverfahren gemäss § 221 i.V.m. § 129 Ziff. 4 ZPO, noch um eine blosser Präzisierung bzw. Erläuterung dieser Eheschutzverfügung. Zwar wurde der Beschwerdeführer bereits mit Dispositiv-Ziff. 2 der Eheschutzverfügung vom 15. November 2005 definitiv verpflichtet, sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit der Fremdplatzierung der Kinder A. und B. entstanden sind, zu tragen, wobei diese Verpflichtung unangefochten geblieben und demnach in Rechtskraft erwachsen ist. Dabei handelt es sich aber um eine Verpflichtung zu einer Geldleistung, auch wenn diese in der Entscheidung nur dem Grundsatz nach festgelegt und summenmässig nicht bestimmt ist (vgl. GVP 2003, S. 222). Dieser Umstand hat lediglich zur Folge, dass der entsprechende Entscheid insofern unvollständig und im Streitfall ergänzungsbedürftig ist. Handelt es sich aber wie gesagt um eine Geldleistung, ist eine Vollstreckung nur auf dem Wege der Schuldbetreibung und nicht der kantonalen Realvollstreckung möglich. Ansprüche auf Geldzahlung sind der zivilprozessualen Vollstreckung und damit dem kantonalen Vollstreckungsrecht entzogen (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 1 N 13), was denn auch § 221 ZPO ausdrücklich festhält. Wenn nun die Vorinstanz – wegen der ausstehenden Zahlungen des Beschwerdeführers – in einer neuen Verfügung festhält, dass dieser verpflichtet sei, dem Vormundschaftsamt der Stadt Zug innert 10 Tagen den Betrag von CHF 12'718.30 zu bezahlen, so handelt es sich dabei insofern um eine neue Verpflichtung des Beschwerdeführers, als damit nun die Höhe seiner Schuld, deren Fälligkeit und die Zahlstelle (bzw. der Gläubiger) festgelegt wird. Diese Ergänzung der Verfügung vom 15. November 2005 stellt mithin wiederum eine Verfügung des Eheschutzrichters auf Grundlage des Zivilrechts gemäss § 135 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO und damit eine Erledigungsverfügung des Kantonsgerichtspräsidiums im summarischen Verfahren dar. Gemäss § 208 Ziff. 1 ZPO können Erledigungsverfügungen des Kantonsgerichtspräsidenten im summarischen Verfahren angefochten werden, wenn

der Streitwert CHF 500.- übersteigt oder unbestimmt ist oder das Bundesrecht einen Weiterzug ohne Rücksicht auf den Streitwert vorsieht. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt, weshalb die Beschwerde zulässig und demnach darauf einzutreten ist.

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass jede sachliche oder rechtliche Notwendigkeit entfalle, die Verpflichtung zur Bezahlung der zwischenzeitlich quantifizierten Kosten der Fremdplatzierung der Kinder in einer gesonderten und insbesondere gebührenpflichtigen Verfügung nochmals zu wiederholen, nachdem er bereits mit Verfügung vom 24. Mai 2005 bzw. 15. November 2005 verpflichtet worden sei, sämtliche Kosten im Zusammenhang mit der Fremdplatzierung der Kinder A. und B. zu tragen. Eine Ergänzung im Sinne des Gesetzes sei weder nötig noch beantragt und nur die tatsächliche Unmöglichkeit des Kindsvaters, die Rechnung der Institution «D.» zu bezahlen, rechtfertige die Verfügung vom 26. Juni 2006 nicht. Der Institution «D.» stünden andere Mittel zur Eintreibung ihrer Forderung zur Verfügung. Die Vormundschaftsbehörde sei weder zu einer Ergänzung der Verfügung noch zu einer sinnlosen Wiederholung einer solchen antragslegitimiert. Er, der Beschwerdeführer, habe sich gegen seine Zahlungsverpflichtung als solche nur mit den ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln gewehrt. Die Tatsache, dass er vollkommen illiquid sei und deshalb diese Kosten heute nicht bezahlen könne, schaffe kein Rechtsschutzinteresse für eine gerichtliche Verfügung. Im Übrigen verweise er auf das pendente Abänderungsbegehren, welches auch die Verpflichtung zur Bezahlung der Fremdplatzierungskosten betreffe und insbesondere auch auf das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, das auch für das vorliegende Wiedererwägungsgesuch (bzw. für die vorliegende Beschwerde) gelte.

3. Dass jede sachliche oder rechtliche Notwendigkeit für die angefochtene Verfügung fehle, wie der Beschwerdeführer glaubt, mag letztlich zwar dahingestellt bleiben. Immerhin ist aber zu bedenken, dass die grundsätzliche Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Übernahme der Kosten der Fremdplatzierung in der abschliessenden Eheschutzverfügung vom 15. November 2005 in dieser Form nicht vollstreckbar ist. Sie bedarf – wie bereits erwähnt – in der Tat in verschiedener Hinsicht der Ergänzung; namentlich mit Bezug auf die Höhe dieser Kosten und den Anspruchsberechtigten. In welchem Verfahren und auf wessen Antrag diese Ergänzung bzw. ein vollstreckbarer Entscheid (eine definitiver Rechtsöffnungstitel) erstritten werden kann, braucht hier ebenfalls nicht entschieden zu werden. Wie auch immer, ein solcher Entscheid kann jedenfalls nur nach vorgängiger Anhörung des Beschwerdeführers ergehen. Der Einzelrichter hat indes die angefochtene Verfügung erlassen, ohne dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu gewähren. Sein Entscheid leidet daher an einem derart schwerwiegenden Mangel, dass er ohne weiteres zu kassieren ist.

Justizkommission, 23. August 2006

3. Obligationenrecht

Art. 257d OR. – Eine verfrüht ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters ist grundsätzlich ungültig und wirkungslos (Erw. 3a und b). Es stellt sich einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist (Erw. 3c). Rechtsmissbrauch in casu bejaht (Erw. 3d).

Aus den Erwägungen:

3. a) Lachat/Stoll/Brunner (Mietrecht für die Praxis, 6. A., Zürich 2005, S. 204 RZ 5.8) postulieren unter Verweis auf BGE 121 III 156 Unwirksamkeit einer vor Ablauf der Zahlungsfrist ausgesprochenen Kündigung. Sie wird nach dieser Auffassung auch nicht gültig, wenn die Zahlungsfrist effektiv ungenutzt abläuft. Auch Weber (Basler Kommentar OR I, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 6 zu Art. 257d) vertritt offenbar diese Meinung. Rajower (Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Praxis, in: AJP 1998, S. 811) erachtet eine vorzeitige Kündigung nur dann noch als gültig, wenn sie am 30. Tag der Zahlungsfrist ausgesprochen wird, aber erst nach Ablauf der Zahlungsfrist bei der Mieterschaft eintrifft. Der SVIT-Kommentar äussert sich zu dieser Problematik nicht. Auch nach Higi (Zürcher Kommentar, Zürich 1994, N 47 zu Art. 257d) erweist sich die verfrühte Kündigung als wirkungslose Kündigung eines Nichtberechtigten. Er kritisiert damit namentlich die – mittlerweile aufgegebene – Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 119 II 154, wonach eine während laufender Zahlungsfrist ausgesprochene Kündigung nicht nichtig sei, sondern – nicht zuletzt wegen der Unwägbarkeiten hinsichtlich des genauen Zugangs der Fristansetzung – gültig und lediglich gemäss Art. 273 Abs. 1 OR anfechtbar. Um den Unwägbarkeiten des Fristbeginns angemessen Rechnung zu tragen, konzidiert dieser Autor immerhin, einer lediglich um zwei bis drei Tage verfrühten Kündigung – analog zur Lehre zur Teilnichtigkeit – noch Wirkung zuzusprechen, sofern auch im Zeitpunkt des ordnungsgemässen Fristablaufes die Leistung nicht erfolgt ist (Higi, a.a.O., N 47 in fine zu Art. 257d). Guhl/Koller (Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, S. 437, Rz 145) halten es demgegenüber sogar für zulässig, nicht in einem zweistufigen Verfahren vorzugehen und dem säumigen Mieter gleich mit der Zahlungsaufforderung die Kündigung auszusprechen für den Fall, dass die Zahlung ausbleibt. Diese Lehrmeinung, die sich auf Art. 107 OR beruft, ist in Anbetracht des klaren Wortlautes von Art. 257d OR indes abzulehnen.

b) Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts unterscheidet zwischen nichtigen und unwirksamen Kündigungen einerseits sowie gültigen, allenfalls aber missbräuchlichen andererseits. Die missbräuchliche Kündigung ist innerhalb der Frist von Art. 273 OR anzufechten, andernfalls der

Einwand verwirkt ist. Demgegenüber ist eine Kündigung unwirksam, wenn ihre materiellen Voraussetzungen fehlen. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Kündigung wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung ausgesprochen wird, die tatsächlich nicht vorliegt. Eine unwirksame oder wirkungslose Kündigung kann ebenfalls nach Artikel 273 OR angefochten werden. Der unbenutzte Fristablauf führt indes nicht zur Wirksamkeit der Kündigung, d.h. der Einwand ist auch noch im Ausweisungsverfahren zu hören (BGE 122 III 92 E. 2d S. 95; BGE 121 III 156 E. 1c S. 160; vgl. Guhl/Koller, a.a.O., S. 438 Rz 147). Nach der zugerischen Verfahrensordnung wird das Ausweisungsverfahren zwar ins summarische Verfahren verwiesen (§ 135 Abs. 2 Ziff. 35^{ter} ZPO und § 21 des Einführungsgesetzes über die Behörden und das Verfahren in Mietsachen [BGS 216.3]). Indes handelt es sich hier um ein uneigentliches summarisches Verfahren, d.h. es muss ein unbeschränkt materiell rechtskräftiger Entscheid ergehen, dem eine Anspruchsprüfung mit voller Kognition und unbeschränkter Beweiszulässigkeit vorangeht (vgl. Ernst A. Brandenberg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966, S. 46 ff., 53, 110 ff). Das ergibt sich insbesondere aus § 128 Abs. 3 ZPO, wonach Verfügungen auf Grund des Zivilrechts, mithin solche gemäss § 135 ZPO auch dann nicht in das ordentliche Verfahren verwiesen werden dürfen, wenn die tatsächlichen Verhältnisse nicht genügend klargestellt werden können. Nachdem das Bundesgericht in BGE 119 II 147, wie erwähnt, noch die Auffassung vertreten hatte, eine während laufender Zahlungsfrist ausgesprochene Kündigung sei nicht nichtig, sondern gültig und lediglich gemäss Art. 273 Abs. 1 OR anfechtbar, änderte es diese Rechtsprechung in BGE 121 III 156 (= Pra 1995 Nr. 272). Danach gibt es neben den absolut nichtigen oder so bezeichneten Kündigungen jene, welche – ohne anfechtbar zu sein – unwirksam oder wirkungslos sind, da sie den gesetzlichen oder vertraglichen Anforderungen, denen ihre Ausübung unterliegt, nicht entsprechen. Unter diese Kategorie fällt auch die verfrüht ausgesprochene Kündigung bei Mietzinsrückstand. Nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist derjenige, der eine unwirksame und wirkungslose Kündigung erhält, nicht verpflichtet, innert 30 Tagen an die Schlichtungsstelle zu gelangen, und der unbenutzte Fristablauf führt nicht zur Wirksamkeit der Kündigung. Vorbehalten bleibt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Rechtsmissbrauch, der dann vorliegt, wenn jemand auf eine Kündigung hin schweigt, die er für unwirksam und wirkungslos hält, und durch sein Schweigen oder seine Untätigkeit seinen Vertragspartner zu der Annahme veranlasst, er gehe von der Gültigkeit der Kündigung aus. Auch nach der Rechtsprechung verschiedener Kantone wird eine verfrühte ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückstandes als wirkungslos qualifiziert (so etwa Genf: mp 2000 S. 134; Aargau: ZBJV 2004 S. 782 f. und mp 2005 S. 26 f.; Waadt: SJZ 86 [1990] S. 182).

c) Schliesst man sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der wohl herrschenden Lehre an, und das tut die Justizkommission, bedeutet

das, dass die verfrühte Kündigung einerseits ungültig und wirkungslos ist und andererseits noch im Ausweisungsverfahren geltend gemacht werden kann und die Beschwerdeführerin mithin ihrer Rechte gegenüber den Beschwerdegegnern nicht verlustig gegangen ist, weil sie nicht innert 30 Tagen an die Schlichtungsstelle gelangt war, um die ausserordentliche Kündigung anzufechten (BGE 121 III 156 = Pra 1995 Nr. 273). Im vorliegenden Fall erscheint es auch nicht gerechtfertigt, die von Higi wegen der Unwägbarkeiten des Fristbeginns vorgeschlagene Ausnahme von der Unwirksamkeit in Betracht zu ziehen, erfolgte die Kündigung doch immerhin vier Tage vor dem Ablauf der Zahlungsfrist und musste den Beschwerdegegnern klar sein, dass die Zahlungsfrist frühestens am 30. Oktober 2005 ablaufen würde, nachdem das betreffende Schreiben erst am 29. September 2005 der Post zur Zustellung an die Beschwerdeführerin übergeben worden war. Es stellt sich damit einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung in casu rechtsmissbräuchlich ist.

d) Das Bundesgericht hat in dem von der Vorinstanz zitierten Entscheid 4C.88/2003 (zit. in: mp 1/2005, S. 28 ff.) in einem Fall einen Rechtsmissbrauch bejaht, in welchem dem Mieter eine zu kurze Zahlungsfrist eingeräumt wurde, die Kündigung wegen Zahlungsverzugs aber erst nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Frist von 30 Tagen ausgesprochen wurde. Das Bundesgericht hielt dafür, dass weder der Mieter noch seine Ehefrau die Mietzinse innert einer Frist von 30 Tagen bezahlt hätten, wenn ihnen diese Frist eingeräumt worden wäre. Während zweier Jahre sei kein einziger Mietzins bezahlt worden. Es habe mithin gar nie die Absicht bestanden, die rückständigen Mietzinsen zu bezahlen, so wenig wie im Übrigen auch die darauf folgenden. Damit erweise sich aber der Einwand als trölerisch. Der vorliegende Fall weist zwar nicht genau diese Konstellation auf. Aus den Akten geht aber hervor, dass die Beschwerdeführerin seit August 2005 keinen einzigen Mietzins bezahlt hat. Gegenüber den Beschwerdegegnern erklärte sie mit Schreiben vom 16. September 2005, dass sie mit der Gemeinde X. im Gespräch sei, um eine «Überbrückungsmöglichkeit» zu finden, bis ihr Geld von der Unfallversicherung ausbezahlt werde; sie habe jedoch keine Einigung erzielen können. Den Akten ist indes zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin seit Juni 2005 vom Sozialdienst der Gemeinde X. finanziell unterstützt wird. Dies zeigt einerseits, dass der Beschwerdeführerin die finanziellen Mittel fehlen, um für ihre eigenen Lebenshaltungskosten aufzukommen. Andererseits ist daraus aber auch ersichtlich, dass der monatliche Mietzins von CHF 2'800.- ihre finanziellen Möglichkeiten offensichtlich übersteigt. Unter diesen Umständen ist aber anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin, auch wenn die Kündigung drei oder vier Tage später ausgesprochen worden wäre, nicht die notwendigen Mittel zur Bezahlung der Mietzinsausstände hätte beschaffen können. Insofern erweist sich ihr Einwand als rechtsmissbräuchlich.

Justizkommission, 20. Januar 2006

Art. 271 OR. – Die kündigende Partei hat die Richtigkeit der angegebenen Kündigungsgründe zu beweisen, sofern sie bestritten sind. Bei einer unwahren Begründung bestehen starke Indizien dafür, dass die Kündigung vorgeschoben ist, um das unzulässige Motiv zu verbergen. Die Kündigung erwiese sich diesfalls als rechtsmissbräuchlich und es wäre Sache des Vermieters, diesen Verdacht zu widerlegen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Kündigung ist anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst (Art. 271 Abs. 1 OR). Nach Abs. 2 dieser Bestimmung muss die Kündigung auf Verlangen begründet werden.

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Begründung zu einer Gültigkeitsvoraussetzung der Kündigung zu erklären. Eine nicht begründete Kündigung ist deshalb a priori gültig. Allerdings verlangt die Überprüfung einer Kündigung die Kenntnis der Kündigungsgründe, und zwar unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Treuwidrigkeit einerseits und in Bezug auf die in Art. 271a OR aufgezählten besonderen Tatbestände missbräuchlicher Kündigungen andererseits. Art. 271 Abs. 2 OR sieht deshalb vor, dass die kündigende Partei die Kündigung auf Verlangen der Gegenpartei begründen muss. Die Kündigungsgründe müssen klar und verständlich dargelegt werden. Zumindest die wesentlichen Gründe müssen erwähnt sein. Die Begründung ist inhaltlich dann genügend, wenn die gekündigte Partei die Motivation der kündigenden Partei nachvollziehen und ihre Erfolgchancen in einem allfälligen Anfechtungsverfahren abschätzen kann. Dazu ist eine gewisse Substantiierung nötig: Wird eine Kündigung mit der Verletzung der Sorgfaltspflicht begründet, so muss der Begründung zu entnehmen sein, ob es sich beispielsweise um übermässige Lärmimmissionen oder um die Nichteinhaltung der Waschküchenordnung handelt. Die Begründung der Kündigung soll inhaltlich richtig sein. Entspricht der angegebene Kündigungsgrund nicht den Tatsachen, wird also ein Kündigungsgrund vorgeschoben, so lässt dies auf eine Verletzung von Treu und Glauben schliessen und die Kündigung wird aufgehoben (Lachat/Stoll/Brunner, Mietrecht für die Praxis, 4. A., Zürich 1999, Kap 29, RZ 3.1, 3.7 f.; vgl. ferner Roger Weber, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 30 und 31 zu Art. 271/271a; Peter Higi, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V2b, Zürich 1996, N 111 und 115 zu Art. 271). Die Kündigung ist auch als missbräuchlich zu betrachten, wenn sie grundlos erfolgt (Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, S. 443 f.) oder keinem objektiven, ernsthaften und schutzwürdigen Interesse («aucun intérêt objectif, sérieux et digne de protection») entspricht (Urteil

des Bundesgerichts 4C.267/2002 vom 18. November 2002, E. 2.2). Es ist m.a.W. zur Gültigkeit der Kündigung ein vernünftiger Grund erforderlich, der auch einen gewissenhaften, rücksichtsvollen und korrekten Vertragspartner in der gleichen Situation zur Kündigung veranlassen würde (Weber, a.a.O., N 4 zu Art. 271/271a m.w.H.). Daraus folgt, dass die kündigende Partei die Richtigkeit der angegebenen Kündigungsgründe zu beweisen hat, sofern sie bestritten sind (Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., Kap 29, RZ 3.10). Das Bundesgericht hielt bereits in einem Entscheid vom 18. März 1992 wörtlich fest, die Begründungspflicht müsse ernst genommen werden. Wer eine Begründung gebe, habe im Bestreitungsfall ihre Richtigkeit darzutun. Warte er mehr als zwei Monate mit der Begründung zu, müsse er, um glaubhaft zu bleiben, auch diese Verzögerung begründen. Andernfalls laufe er Gefahr, dass seine Kündigung als missbräuchlich betrachtet werde (mp 1/93, S. 30). Daraus erhellt, dass bei einer unwahren Begründung starke Indizien dafür bestehen, die Kündigung sei vorgeschoben, um das unzulässige Motiv zu verbergen. Die Kündigung erweise sich diesfalls als rechtsmissbräuchlich und es wäre Sache des Vermieters, diesen Verdacht zu widerlegen (vgl. BGE 120 II 105).

Justizkommission, 4. Oktober 2006

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 65 SchKG. – Zustellung eines Zahlungsbefehls. Es liegt kein unzulässiger Interessenkonflikt vor, wenn der Zahlungsbefehl an eine Angestellte der betreibenden Gläubigerin in den Geschäftsräumlichkeiten der betriebenen Schuldnerin zugestellt wird, welche den Zahlungsbefehl an einen Vertreter der betriebenen Schuldnerin weiterleitet, der nicht im Dienste der betreibenden Gläubigerin steht.

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, K., ihr Geschäftsführer, habe erst am 18. Mai 2005 [recte: 2006] zufällig vom Betreibungsamt X. Kenntnis erhalten, dass eine Konkursandrohung eingegangen sei. Bis dahin sei ihr von einer Forderung der angeblichen Gläubigerin nichts bekannt gewesen, geschweige denn von einer Betreibung derselben. Sie (die Beschwerdeführerin) habe ihr Domizil bei der Z. AG gehabt. Ohne eine Rechnung zu stellen, habe diese die Betreibung gegen sie eingeleitet. Den Zahlungsbefehl habe die Z. AG gleich selber entgegengenommen. Sie habe somit in Doppelfunktion, d.h. in doppelter Vertretung gehandelt: einerseits für sich als angebliche Gläubigerin und andererseits für die Betriebene als angebliche Schuldnerin. Die Interessenkollision liege auf der Hand. Eine Weiterleitung einer Kopie des Zahlungsbefehls an K., selbst wenn sie erfolgt wäre, was bestritten werde, könne diesen Mangel nicht heilen. Vielmehr sei für das Betreibungsamt erkennbar gewesen, dass Gläubiger und Schuldner durch die gleiche Person handelten. Eine Weiterleitung an eine Adresse, die nicht mehr bestanden habe, was die Z. AG gewusst habe, ändere nichts daran, dass die Verfügung nicht eröffnet worden sei. Es stehe jedenfalls fest, dass der angebliche Brief nie an die Beschwerdeführerin gelangt sei. Die Betreibung sei demnach nichtig und daher aufzuheben.

b) Das Betreibungsamt wendet im Wesentlichen ein, im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls sei Z. im Handelsregister eingetragener Gesellschafter der betriebenen Gesellschaft gewesen. Dem Betreibungsbeamten sei bekannt gewesen, dass sich Z. täglich in den von der Zustellung betroffenen Räumlichkeiten an der ...strasse aufhalte, wo auch Frau A. als Sekretärin arbeite. Dort habe auch die Beschwerdeführerin in denselben Räumlichkeiten mit einer einzigen Bürotüre und offenen Räumlichkeiten ihre Büros gehabt. Die Zustellung des Zahlungsbefehls an Frau A. sei daher korrekt erfolgt.

2. a) Nach Art. 65 SchKG erfolgt die Zustellung von Betreibungsurkunden bei der Betreibung einer juristischen Person oder einer Gesellschaft an den Vertreter derselben. Als Vertreter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gilt gemäss Ziffer 2 dieser Bestimmung jedes Mitglied der Verwaltung, jeder Direktor oder Prokurist. Werden diese Personen in ihrem Geschäftslokal nicht angetroffen, so kann gemäss Art. 65 Abs. 2 SchKG die Zustellung im Sinne einer Ersatzzustellung auch an einen anderen Angestellten erfolgen. Wie das Bundesgericht in BGE 88 III 18 E. 2 ausgeführt hat, kommt für die Ersatzzustellung nur ein Angestellter in Betracht, der in den gleichen Räumlichkeiten wie der Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach nicht versäumen wird, die Betreibungsurkunde unverzüglich an den Vertreter weiterzuleiten, so dass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält. Kein Hindernis für die Gültigkeit der Zustellung der Betreibungsurkunde wäre nach Auffassung des Bundesgerichts die Tatsache, dass der Angestellte nicht im Dienste der Betriebenen, sondern einer anderen im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht (BGE 96 III 4 mit Hinweis auf BGE 88 III 18 E. 3).

b) Im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls, d.h. am 7. April 2005, waren Z. und die S. AG – gemäss Handelsregisterauszug – einzige Gesellschafter der Beschwerdeführerin und damit von Gesetzes wegen zur Vertretung berechtigt (vgl. Art. 811 OR). Einziger Verwaltungsrat der S. AG war K.. Die S. AG hatte ihr Domizil ebenfalls an der ...strasse in X. Da der Betreibungsbeamte weder Z. noch K. in den damaligen Geschäftsräumlichkeiten der Beschwerdeführerin an der ...strasse in X. auffinden konnte, übergab er den Zahlungsbefehl Frau A., welche sich in den gleichen Büroräumlichkeiten aufhielt. Wie Frau A. auf telefonische Anfrage des Vorsitzenden der Justizkommission erklärte, ist sie Angestellte der Z. AG. Sie habe das Mandat der Beschwerdeführerin im Auftrag ihrer Arbeitgeberin (Z. AG) betreut. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist aber der Umstand, dass ein Angestellter nicht im Dienste der betriebenen, sondern einer anderen im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, grundsätzlich kein Hindernis für die Gültigkeit der Zustellung eines Zahlungsbefehls (vgl. Erw. 2a hievor). Das Betreibungsamt durfte daher den Zahlungsbefehl an Frau A. zustellen. Daran vermag nichts zu ändern, dass Frau A. Angestellte der Z. AG, also der betreibenden Gläubigerin, ist. Wie aus den Akten hervor geht, hat sie den Zahlungsbefehl nicht an Z. (Gesellschafter der Schuldnerin und zugleich Verwaltungsrat der betreibenden Gläubigerin), sondern an K. weitergeleitet. Gegenüber dem Vorsitzenden der Justizkommission erklärte sie am 4. Juli 2006 auf telefonische Anfrage, sie denke, sie habe den Zahlungsbefehl damals an Herrn K. weitergesandt, was sie allerdings nicht mit Sicherheit sagen könne. Nachdem sie auf Wunsch des Vorsitzenden nachgeschaut hatte, ob allenfalls Unterlagen über die Weiterleitung dieses Zahlungsbefehls noch vorhanden seien,

teilte sie mit, dass am 8. April 2005 eine Postzustellung an K. vorgenommen worden sei. Sie nehme an, dass es sich dabei um den fraglichen Zahlungsbefehl handle. Die Sendung sei indes mit dem Vermerk «Nicht abgeholt» von der Post an den Absender (Z. AG) zurückgeleitet worden. Das Kuvert sei damals nicht geöffnet worden und befinde sich nach wie vor in verschlossenem Zustand. Aufforderungsgemäss sandte Frau A. in der Folge das verschlossene, an K. adressierte Kuvert dem Vorsitzenden der Justizkommission. Dieser öffnete das Kuvert am 5. Juli 2006 im Beisein der Obergerichtsschreiberin lic.iur. H. und konnte verifizieren, dass das Kuvert den Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes X. gegen die Beschwerdeführerin vom 7. April 2005 über CHF 10'139.15 nebst Zins zu 5 % seit 1.2.2005 enthielt. Damit ist aber erstellt, dass Frau A. den Zahlungsbefehl unverzüglich an K. weitergeleitet hatte. Aus dem Umstand, dass das Kuvert mit dem Vermerk «Nicht abgeholt» an den Absender, die Z. AG, zurückgesandt wurde, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zum einen war Frau A. – wie erwähnt – unbestrittenermassen mandatsweise für die Beschwerdeführerin tätig, weshalb sie davon ausgehen durfte, dass deren Vertreter sie rechtzeitig über eine allfällige Adressänderung informiert hätten. Zum anderen liegen keine Anhaltspunkte für die Behauptung der Beschwerdeführerin vor, Frau A. bzw. die Z. AG hätten gewusst, dass K. nicht mehr an der fraglichen Adresse gewohnt habe bzw. erreichbar gewesen sei. Vielmehr ist dem edierten Briefumschlag zu entnehmen, dass K. offenbar der Post einen Rückbehaltungsauftrag erteilt hatte (Vermerk «Wird abgeholt: 01.06.2005»). Wenn er dies Frau A. bzw. der Z. AG nicht mitgeteilt hat, ist dies ein internes Problem. Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass Z. im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls sowohl Verwaltungsrat der betreibenden Gläubigerin als auch Gesellschafter der betriebenen Beschwerdeführerin war. Ein (unzulässiger) Interessenkonflikt wäre nur dann entstanden, wenn der Zahlungsbefehl Z. übergeben worden wäre, womit die Zustellung aufgrund der bestehenden Interessenkollision nichtig gewesen wäre (vgl. dazu: Paul Angst, Basler Kommentar, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 10 zu Art. 65 mit Hinweisen; vgl. ferner JA 1991/25.139, JA 2003/14.105, JA 2005/33). Dies trifft vorliegend indes nicht zu. Im Übrigen ist es Sache der Beschwerdeführerin, zu gewährleisten, dass Zustellungen an sie vorgenommen werden können. Wenn sie – wie sie geltend macht – erst am 18. Mai 2005 [recte: 2006] vom Zahlungsbefehl Kenntnis erlangt haben will, ist dies unter den gegebenen Umständen nicht dem Betreibungsamt, sondern ihrer internen Organisation anzulasten.

Justizkommission als AB SchKG, 20. September 2006

(Das Bundesgericht hat eine Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid mit Urteil vom 10. Januar 2007 abgewiesen, Urteil 7B.186/2006)

Art. 80 SchKG. – Urkundenedition im Rechtsöffnungsverfahren. Im Rechtsöffnungsverfahren gelten Editionsbegehren grundsätzlich als unzulässig, namentlich wenn sie sich auf den Rechtsöffnungstitel beziehen. Die Edition einer Lohnabrechnung zum Beleg von Auszahlung und Höhe eines 13. Monatslohns, an welchem die Gesuchstellerin gemäss Anweisung im definitiven Rechtsöffnungstitel anteilmässig zu beteiligen ist, ist gestützt auf § 127 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise zulässig. Entscheidend ist, dass die Edition nur der Feststellung einzelner, im materiellen Entscheid klar bezeichneter Voraussetzungen der Vollstreckung dient.

Aus den Erwägungen:

3. a) Entscheide über provisorische Massnahmen, und somit auch Verfügungen über Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 172 ZGB, sind, soweit sie vollstreckbar und rechtskräftig sind, definitive Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 Abs. 1 SchKG (Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 10 zu Art. 80). Definitive Rechtsöffnung kann aber generell nur erteilt werden, wenn das Urteil die zu bezahlende oder sicherzustellende Summe beziffert, wobei sich Letztere auch aus dem Verweis auf andere Dokumente ergeben kann. Bei suspensiv bedingten Urteilen, bei denen die Höhe der Forderung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängt, kann definitive Rechtsöffnung erteilt werden, wenn Summe und Bedingungseintritt vom Gläubiger liquide – namentlich durch Urkunden – bewiesen werden (Staehelin, a.a.O., N 41 u. 44 zu Art. 80 SchKG m.w.H.; a.A. Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 190 ff., nach welchem in solchen Fällen nur die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann). Die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels liegt mithin beim Gläubiger. Zudem untersteht das Rechtsöffnungsverfahren in dem Sinn einer beschränkten Untersuchungsmaxime, als der Rechtsöffnungsrichter auch bei Abwesenheit oder Schweigen des Schuldners von Amtes wegen zu prüfen hat, ob ein gültiger Rechtsöffnungstitel vorliegt, weshalb nur die ausdrückliche Anerkennung der Schuld als Rückzug des Rechtsvorschlages betrachtet werden darf, nicht hingegen das blosses Schweigen des Schuldners (vgl. Staehelin, a.a.O., N 50 u. 55 zu Art. 84 SchKG; Stücheli, a.a.O., S. 110 ff.). Im Übrigen führt die beschränkte Untersuchungsmaxime indes nicht dazu, dass der Rechtsöffnungsrichter von sich aus Beweise über die Frage des Vorliegens eines Rechtsöffnungstitels zu erheben hätte. Vielmehr gilt im Rechtsöffnungsverfahren als summarischem Verfahren eine Beweismittelbeschränkung und es darf von Bundesrechts wegen kein ausgedehntes Beweisverfahren durchgeführt werden. Üblicherweise wird daher aufgrund der eingereichten Unterlagen entschieden und auf den Beizug weiterer Beweismittel verzichtet. Dieser ist zwar nicht ausgeschlossen. Als unzulässig gilt aber das Begehren auf Edition des Rechtsöffnungs-

titels beim Schuldner oder einem Dritten, wenn der Gläubiger diesen nicht selbst einreichen kann (vgl. Stücheli, a.a.O., S. 112; Staehelin, a.a.O. N 57 zu Art. 84 SchKG).

b) Die Beschwerdeführerin bestreitet in ihren Ausführungen zu Recht nicht, dass die Verfügung vom 26. Januar 2004 hinsichtlich der nicht genau bezifferten Forderung auf anteilmässige Auszahlung des 13. Monatslohns für sich genommen keinen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt. Über einen solchen hätte sie vorliegend nur dann verfügt, wenn sie zusätzlich die Auszahlung des 13. Monatslohns an den Beschwerdeführer und dessen Höhe durch Urkunden hätte beweisen können. Einen entsprechenden Urkundenbeweis hat sie indessen nicht geleistet, weshalb die Vorinstanz das Fehlen eines gültigen Rechtsöffnungstitels von Amtes wegen feststellen musste. In dieser Situation hat Letztere aber das Schweigen des Schuldners nach dem vorstehend Gesagten zu Recht nicht als Rückzug des Rechtsvorschlages angesehen, weshalb ihre Verfügung diesbezüglich nicht zu beanstanden ist. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich somit als unbegründet.

c) Anders sieht es dagegen hinsichtlich der weiteren Rüge der Beschwerdeführerin betreffend Edition der Lohnabrechnung für den 13. Monatslohn des Beschwerdegegners im Jahr 2005 aus. Zwar hat sich die Vorinstanz bei ihrer Ablehnung des entsprechenden Editionsbegehrens auf gewichtige Lehrmeinungen berufen, nach denen Editionsbegehren im Rechtsöffnungsverfahren unzulässig sind (namentlich Staehelin, a.a.O., N 57 zu Art. 84 SchKG m.H. auf die Praxis; Stücheli, a.a.O., S. 112). Die Beschwerdeführerin macht allerdings zu Recht geltend, dass sich ihr Editionsbegehren nicht auf den eigentlichen Rechtsöffnungstitel bezog, sondern auf einen Beleg betreffend Bestand und Höhe der Forderung, welcher sich gar nicht in ihrem Besitz befinden könne. In der Tat ist aber in den von der Vorinstanz zitierten Literaturstellen in erster Linie vom Rechtsöffnungstitel selbst die Rede, während die Praxis den Beizug resp. die Edition weiterer Belege in Ausnahmefällen schon zugelassen hat (vgl. AGVE 1999 53 ff.; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, N 2d zu Art. 318 m.w.H.). Von Bundesrechts wegen ist die Durchführung eines Beweisverfahrens im Rechtsöffnungsverfahren denn auch keineswegs verboten. Als unzulässig gilt grundsätzlich nur die Durchführung eines ausgedehnten Beweisverfahrens, namentlich wenn dieses nicht der blossen Feststellung vollstreckungsrechtlich relevanter Tatsachen dient, sondern im Ergebnis zu einer materiellen Ergänzung des Urteils, resp. zur Beurteilung von Fragen, deren Beantwortung dem Sachrichter obliegt, führen würde (vgl. BGE 67 III 118; ZR 1988, Nr. 62). Im Übrigen sind die Kantone bei der Ausgestaltung des summarischen Verfahrens für betreibungsrechtliche Streitigkeiten nach SchKG grundsätzlich frei (Urs Engler, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs,

SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 11 zu Art. 25 SchKG). Nach § 127 Abs. 2 ZPO ist der Richter auch im summarischen Verfahren zur Durchführung der dort vorgesehenen Beweismassnahmen berechtigt, zu welchen auch die Einholung von Urkunden zählt. Geht es um die blosser Feststellung einzelner, im materiellen Entscheid klar bezeichneter und daher nicht interpretationsbedürftiger Voraussetzungen der Vollstreckung durch einfache, gesetzlich vorgesehene Beweismassnahmen, ist deren Verweigerung daher im Rechtsöffnungsverfahren sachlich nicht zu rechtfertigen. Im vorliegenden Fall verpflichtete der Einzelrichter den Beschwerdegegner in Ziffer 5 der ins Recht gelegten Verfügung vom 26. Januar 2004, der Beschwerdeführerin jeweils 3/5 seines 13. Monatsgehältes innert 10 Tagen nach dessen Auszahlung an ihren Unterhalt zu bezahlen. Die Verpflichtung des Beschwerdegegners setzt demnach als einzige Bedingung die Auszahlung eines 13. Monatsgehältes voraus. Ihre Höhe entspricht dann einem gerichtlich festgesetzten Anteil am effektiv ausbezahlten Betrag. Weder Bedingung noch Höhe der Forderung sind damit interpretationsbedürftig. Vielmehr ist beides in der Verfügung selbst klar festgelegt, und kann, wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, durch Einholung der Lohnabrechnung 2005 ohne Weiteres festgestellt werden. Durch eine definitive Verweigerung des Editionsbegehrens würde die Beschwerdeführerin im Ergebnis in ein separates Verfahren gegen den Beschwerdegegner oder seinen Arbeitgeber auf Edition der fraglichen Lohnabrechnung nach Art. 170 Abs. 2 ZGB verwiesen, nach dessen erfolgreicher Durchführung sie allenfalls erneut eine Betreuung anheben und wiederum ein Rechtsöffnungsverfahren durchführen müsste. Da im separaten Verfahren nach Art. 170 Abs. 2 ZGB jedoch einzig die Frage der Editionsspflicht zu prüfen wäre, allfällige materiellrechtliche Einwendungen des Beschwerdegegners hinsichtlich seiner Zahlungspflicht dagegen nicht mehr zu klären wären, besteht für dessen Durchführung kein sachlicher Grund. Stattdessen ist die Edition in casu nach dem Gesagten, und auch aus prozessökonomischen Gründen, gestützt auf § 127 Abs. 2 i.V.m. § 161 ZPO direkt im Rechtsöffnungsverfahren zu verfügen.

Justizkommission, 1. Dezember 2006

Art. 174 Abs. 1, 192 und 194 Abs. 1 SchKG; Art. 725a und 729b Abs. 2 OR. – Wird das Gesuch um Konkurseröffnung wegen Überschuldung auf Begehren der Revisionsstelle vom Konkursrichter abgewiesen, ist die Revisionsstelle mangels Parteistellung bzw. mangels Rechtsschutzinteresses nicht zur Beschwerde legitimiert.

Aus den Erwägungen:

1. Es stellt sich vorab die Frage, ob die Revisionsstelle überhaupt zum Weiterzug des Entscheids des Konkursrichters legitimiert ist. Die Beschwerdeführerin äussert sich zu diesem Punkt in ihrer Beschwerde mit keinem Wort.

a) Nach Art. 194 Abs. 1 SchKG ist Art. 174 SchKG, der vom Weiterzug des Entscheids des Konkursgerichtes über das Konkursbegehren in ordentlicher Betreuung handelt, auch auf das Konkurseröffnungsverfahren ohne vorgängige Betreuung anwendbar. Demnach kann der Entscheid des Konkursrichters, mit welchem dieser den Konkurs auf Grund einer Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725a OR i.V.m. Art. 192 SchKG nicht eröffnet, grundsätzlich an das obere Gericht weitergezogen werden. Nach Art. 174 Abs. 1 SchKG sind dabei die Parteien zur Weiterziehung des Entscheids legitimiert. Der Gesetzeswortlaut beschränkt mithin den Kreis der Weiterziehungsberechtigten ausdrücklich auf die Parteien des erstinstanzlichen Verfahrens. Damit sind grundsätzlich der Schuldner sowie die Gläubiger, welche am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt waren, zum Weiterzug des Entscheids berechtigt (Roger Giroud, Basler Kommentar, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 14 zu Art. 174). Andere Beteiligte sind nicht legitimiert. Nach BGE 123 III 403 E. 3a liegt hier ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor.

b) Die Revisionsstelle, die eine Überschuldung der Gesellschaft anzeigt, ist nun aber nicht Partei in diesem Verfahren. Sie hat am Ausgang des Verfahrens kein eigenes Interesse. Dieses besteht einzig darin, durch Erfüllung ihrer gesetzlichen Anzeigepflicht eine mögliche Haftung zu vermeiden. Ihr fehlt somit ein Rechtsschutzinteresse, weshalb ihr auch keine Parteistellung zukommt. Grundsätzlich ist das Verfahren nach Art. 725a OR nämlich ein Einparteienverfahren, sofern nicht ein Gläubiger einen Antrag auf Konkursaufschub gestellt hat (Michael Krampf/Rolf Schuler, Überschuldungsanzeige und Insolvenzerklärung, in: AJP 2002 S. 1071 mit Hinweis auf einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 7.4.2000; a.M. Brunner, Basler Kommentar, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 22 zu Art. 192). Daran ändert nichts, dass im vorliegenden Fall die Revisionsstelle und der neue Verwaltungsrat der Gesellschaft unterschiedliche Auffassungen über die Frage des Bestehens einer Überschuldung vertreten. Mit der

Anzeige der Überschuldung beim Konkursrichter genügt die Revisionsstelle ihrer gesetzlichen Pflicht. Dabei handelt es sich um eine so genannte Ersatzvornahme, d.h. die Revisionsstelle ist zur Benachrichtigung des Konkursrichters nur verpflichtet, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt. Versäumt die Revisionsstelle die Anzeige trotz offensichtlicher Überschuldung, kann sie für den entstandenen Schaden verantwortlich gemacht werden. Die Revisionsstelle hat also lediglich die Pflicht, eine offensichtliche Überschuldung anzuzeigen, wenn der zuständige Verwaltungsrat dies versäumt. Mit der erfolgten Benachrichtigung des Konkursrichters hat sie dieser Pflicht aber Genüge getan. Es liegt fortan im Verantwortungsbereich des Konkursrichters, ob er den Konkurs eröffnet oder ihn allenfalls aufschiebt oder gar mangels Voraussetzungen, namentlich mangels Überschuldung der Gesellschaft im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR definitiv nicht eröffnet. Damit ist aber klar gestellt, dass der Revisionsstelle ab diesem Zeitpunkt kein eigenes Rechtsschutzinteresse mehr zukommt. Dieses ist aber Voraussetzung zur Ergreifung eines Rechtsmittels. Mangelt es mithin der Beschwerdeführerin an der Parteistellung bzw. an einem Rechtsschutzinteresse, kann auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden.

Justizkommission, 9. März 2006

Art. 285 ff. SchKG – Die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ist nicht schiedsfähig.

Aus dem Sachverhalt:

Nachdem der Nachlassrichter des im Kanton Zürich gelegenen Bezirks A. der X. AG vorerst die provisorische Nachlassstundung bewilligt und anschliessend den von der X. AG vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt hatte, reichte die X. AG in Nachlassliquidation (nachfolgend «Klägerin») beim Kantonsgericht Zug gegen die Y. AG mit Sitz in Zug (nachfolgend «Beklagte») eine Anfechtungsklage gemäss Art. 288 SchKG ein. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die Beklagte sei eine Lieferantin der X. AG gewesen. Diese habe unmittelbar vor der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung noch Zahlungen an die Beklagte geleistet, mit denen offene Rechnungen für die bis dahin erfolgten Lieferungen beglichen worden seien. Damit habe die X. AG die Beklagte begünstigt und ihre anderen Gläubiger entsprechend geschädigt.

In der Klageantwort bestritt die Beklagte die Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug. Zur Begründung dieser Einrede führte sie im Wesentlichen aus, die X. AG und die Y. International Ltd. mit Sitz in England [Mutterge-

sellschaft der Beklagten] sowie die Beklagte hätten bereits im Jahr 1986 einen Belieferungsvertrag abgeschlossen (nachfolgend «Beliieferungsvertrag»). Vertragliche Grundlage der Belieferung der X. AG durch die beiden Y.-Gesellschaften sei immer der Belieferungsvertrag gewesen. Gemäss Art. 12 dieses Vertrages sei für Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit diesem ausschliesslich ein Schiedsgericht in England zuständig. Dies führe zur Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts, zumal die Vereinbarung eines Schiedsgerichts auch bei Anfechtungsklagen gemäss Art. 288 SchKG zulässig und beachtlich sei. Mangels Zuständigkeit sei daher auf die Klage nicht einzutreten.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin stützt die vorliegende Klage auf Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung). Gemäss Art. 289 SchKG ist die Anfechtungsklage beim Richter am Wohnsitz des Beklagten einzureichen. Hat der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz, so kann die Klage beim Richter am Ort der Pfändung oder des Konkurses eingereicht werden. Diese Bestimmungen gelten nach Art. 331 Abs. 1 SchKG unbestrittenermassen auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung («Liquidationsvergleich»; vgl. Winkelmann und weitere Autoren, in: SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 3 zu Art. 331 SchKG). Strittig ist hingegen, ob Art. 289 SchKG im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar oder ob ein internationales Verhältnis zu beurteilen ist und dementsprechend die völkerrechtlichen Verträge und die Bestimmungen des IPRG zu beachten sind (Art. 30a SchKG).

2. Die Beklagte bringt in erster Linie vor, das vereinbarte Schiedsgericht habe Sitz in England. Obwohl ein internationaler Sachverhalt vorliege, fänden die Art. 176 ff. IPRG keine unmittelbare Anwendung, weil das Schiedsgericht keinen Sitz in der Schweiz habe. Anwendbar sei dagegen das am 10. Juni 1958 in New York abgeschlossene Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12; nachfolgend «NYÜ»), welches weder einen internationalen Sachverhalt noch unterschiedliche Nationalitäten der Parteien verlange. Es genüge, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz in einem anderen Land habe. Das NYÜ sei ein völkerrechtlicher Vertrag, dem die Schweiz und Grossbritannien angehörten und der Art. 289 SchKG vorgehe. Anders als das am 16. September 1988 in Lugano abgeschlossene Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11; nachfolgend «LugÜ») wirke das NYÜ erga omnes und sei auf alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten anwendbar.

Die Klägerin bestreitet demgegenüber, dass ein internationaler Sachverhalt vorliege. Der Rechtsstreit betreffe vielmehr einen vollkommen inländischen Sachverhalt ohne Auslandsberührung. Eingebettet in ein schweizerisches Nachlassverfahren habe die gegen die Beklagte eingeleitete paulianische An-

fechtungsklage ihre Rechtsgrundlage in den Regeln des schweizerischen Rechts. Beide Verfahrensparteien hätten ihren Sitz in der Schweiz, was bereits auch im Zeitpunkt des Abschlusses des Belieferungsvertrages so gewesen sei. Der Umstand, dass am Abschluss des genannten Rahmenvertrages neben den Verfahrensparteien eine Dritte mit ausländischem Sitz beteiligt gewesen sei, bewirke keine «Internationalisierung» des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts. Einerseits sei diese Dritte nicht Partei im vorliegenden Verfahren. Andererseits betreffe der vorliegende Rechtsstreit keine vertraglichen Ansprüche, sondern Anfechtungsansprüche, die ihre Grundlage im Schweizer Schuldbeitrags- und Konkursrecht hätten. Mithin liege ein reiner Binnensachverhalt vor, der nicht zu einer Kollision zwischen staatlichen Rechtsordnungen führe.

2.1 Laut dem Einleitungssatz von Art. 1 Abs. 1 IPRG sollen die Bestimmungen des IPRG nur im internationalen Verhältnis zur Anwendung kommen, d.h. sie sind nur für Sachverhalte anwendbar, die in ihrem Tatbestand ein über den schweizerischen Rechtsraum hinausreichendes Element aufweisen. Welcher Art und Intensität das Element sein muss, wird in Art. 1 IPRG nicht gesagt. Dies ist indessen weder nötig noch möglich, weil zum einen jede IPR-Norm – wenn auch mit unterschiedlicher Deutlichkeit – grundsätzlich selber Auskunft über Art und Intensität des geforderten Auslandselementes gibt und zum anderen bei der Abgrenzung zwischen Inlands- und Auslandssachverhalten nach Ort, Zeit und Gegenstand zu differenzieren ist. Deswegen müsste stets richtiger gefragt werden, ob eine Frage (nicht ein Sachverhalt) Auslandsberührung hat (Volken, Zürcher Kommentar, 2. A., Zürich 2004, N 17 zu Art. 1 IPRG; Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 5 f.).

2.2 Im vorliegenden Fall beruft sich die Beklagte auf Ziffer 12 des Belieferungsvertrages, den die Y. International Ltd. mit Sitz in England und die Beklagte sowie die X. AG im Jahr 1986 abgeschlossen haben. Ziffer 12 lit. b dieses Vertrages sieht vor, dass «any dispute among the parties touching the construction, meaning or effect of this Agreement, or the rights or liabilities of the parties hereunder, or any matter arising out of the same or connected herewith, shall, unless otherwise specifically provided herein, be referred to the arbitration in England...». Ziffer 15 des Belieferungsvertrages bestimmt sodann, dass «the construction, validity and performance of this Agreement shall be governed by English Law». Der vorliegende Sachverhalt hat mithin gleich mehrere relevante Bezüge zum Ausland, indem eine der Vertragsparteien in ihren Sitz in England hat und im Belieferungsvertrag vereinbart wird, dass Streitigkeiten aus dem Vertrag einem Schiedsgericht mit Sitz in England zu unterbreiten sind und englisches Recht anwendbar ist. Daher fragt sich, ob das Kantonsgericht Zug oder ein Schiedsgericht in England für die Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig und allenfalls schweizerisches oder englisches Recht anwendbar ist. Es handelt sich demnach offenkundig um ein internationales Verhältnis im Sinne von Art. 1 IPRG. Das IPRG ist im vorlie-

genden Fall allerdings gerade nicht anwendbar, weil die Beklagte ein Schiedsgericht mit Sitz in England als zuständig erachtet, die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG betreffend die internationale Schiedsgerichtsbarkeit jedoch nur für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz gelten (Art. 176 Abs. 1 IPRG); für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gilt das NYÜ (Art. 194 IPRG). Zu prüfen ist somit, ob völkerrechtliche Verträge, namentlich das LugÜ und das NYÜ, zu beachten sind.

2.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zählt die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG zu den konkursähnlichen Verfahren, welche vom Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen sind (BGE 131 III 227 E. 3.2 und 3.3, S. 231 ff. = Pra 2006 Nr. 57, S. 413 f.; s. auch hinten Erwägung 2.4.4). Dies gilt zweifellos auch mit Bezug auf den Liquidationsvergleich, weshalb das LugÜ im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist.

2.4 Gemäss Art. II Abs. 1 NYÜ erkennt jeder Vertragsstaat eine schriftliche Vereinbarung an, durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sei es vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen, einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen, sofern der Gegenstand des Streites auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann. Stellt die zuständige Behörde des Landes, in dem die Anerkennung oder Vollstreckung nachgesucht wird, fest, dass der Gegenstand des Streites nach dem Recht des Landes nicht auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann, darf die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches versagt werden (Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ). Wird ein Gericht eines Vertragsstaates wegen eines Streitgegenstandes angerufen, hinsichtlich dessen die Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen haben, so hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien sie auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist (Art. II Abs. 3 NYÜ). Im Geltungsbereich des NYÜ führt demnach der Umstand, dass eine Partei vor einem ordentlichen Gericht die Schiedseinrede erhebt, unter den Voraussetzungen von Art. II Abs. 3 NYÜ dazu, dass die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zur Beurteilung der Streitsache derogiert wird, und zwar unabhängig davon, ob das schiedsgerichtliche Verfahren bereits eingeleitet wurde oder nicht (BGE 124 III 83 E. 5b, S. 87, mit weiteren Hinweisen).

2.4.1 Nach Auffassung der Beklagten ist für die Beurteilung der vorliegenden Klage ein Schiedsgericht mit Sitz in England zuständig. Da ein ausländischer Schiedsspruch im Sinne des NYÜ immer dann vorliegt, wenn ein Schiedsgericht mit Sitz im Ausland einen Streit durch Schiedsentscheid entschieden hat (oder allenfalls noch zu entscheiden hat; Siehr, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 5 f. zu Art. 194 IPRG) und sowohl England wie auch die Schweiz zu den Vertragsstaaten des NYÜ gehören, ist dieses Übereinkommen vorliegend zu beachten. Dabei ist in erster Linie zu prüfen, ob der Ge-

genstand der vorliegenden Klage objektiv schiedsfähig ist, d.h. im Sinne von Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ auf schiedsrichterlichem Weg geregelt werden kann. Die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit ist allein nach der lex fori zu beurteilen. Demnach hat der schweizerische Richter, der im Geltungsbereich des NYÜ mit einem ausländischen Schiedsspruch bzw. der Zuständigkeit eines ausländischen Schiedsgerichts befasst ist, nach schweizerischer Rechtsauffassung zu prüfen, ob der Streitgegenstand schiedsfähig ist (Josi, Die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche in der Schweiz, Diss. Bern 2005, S. 90 f.; Volken, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 33 zu Art. 7 IPRG).

2.4.2 Nach Meinung der Beklagten ist die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG zu bejahen. Für die Frage der Schiedsfähigkeit sei auf Art. 177 IPRG abzustellen. Gemäss dieser Bestimmung seien alle vermögensrechtlichen Ansprüche schiedsfähig. Vermögensrechtlich sei ein Anspruch, wenn er für mindestens eine der Parteien ein in Geld bestimmbares Interesse darstelle bzw. sich auf der Aktiv- oder Passivseite wenigstens einer der Parteien niederschlage. Der gestützt auf Art. 288 SchKG geltend gemachte Anspruch schlage sich bei beiden Parteien in den Büchern nieder und sei daher ein vermögensrechtlicher Anspruch. Zudem sei dem berufenen Schiedsgericht in London, einem der führenden Schiedsgerichtsstandorte, zuzugestehen, dass es sich rechtmässig verhalten werde. Soweit Schweizer Recht zwingend angewendet sein wolle, habe auch ein Schiedsgericht die entsprechenden Regeln zu beachten. Eine antizipierte Misstrauenskundgebung gegen ein englisches Schiedsgericht wäre mit dem schweizerischen Verständnis der Schiedsgerichtsbarkeit, mit dem NYÜ und mit Art. 7 IPRG nicht vereinbar. Diese Überlegungen träfen gleichermassen für den prozessualen Ordre public zu. Es sei nicht ersichtlich, welche grundlegenden Verfahrensrechte der Klägerin entzogen wären, wenn sie ihr Anliegen vor einem Schiedsgericht vorzutragen hätte. Mit Blick auf den prozessualen Ordre public sei auch von Bedeutung, dass die paulianische Anfechtungsklage nach Schweizer Recht im ordentlichen Zivilverfahren vorzubringen sei, wobei sie in der Schweiz gemäss kantonalem Verfahrensrecht geltend zu machen sei und somit den unterschiedlichen kantonalen Zivilprozessordnungen zu folgen habe. Unter diesen Umständen frage es sich schon, wieso die Parteidisposition hinsichtlich der verfahrensmässigen Abwicklung – des Prozessrechtes also – eingeschränkt werden solle. Gründe dafür seien nicht ersichtlich. Insbesondere sei der Gerichtsstand von Art. 289 SchKG nicht zwingend und die Prorogation gestattet. Dementsprechend bestehe kein essentieller Grundsatz des Schweizer Rechts, der es den Parteien einer Pauliana verbiete, vom kantonal vorgegebenen Verfahren abzuweichen. Vor diesem Hintergrund werde der Streitgegenstand der paulianischen Anfechtungsklage in der Literatur überwiegend als schiedsfähig bezeichnet. Stehe fest, dass der Streitgegenstand objektiv schiedsfähig sei, bleibe kein Raum für eine Beschränkung aufgrund des Entstehungszeitpunktes der Forderung oder aufgrund ihrer Rechtsnatur (Art. II Abs. 3 NYÜ). Entscheidend sei vielmehr,

dass die vorliegende Anfechtungsklage zumindest verfahrensrechtlich als Zivilsache zu behandeln sei. Daran ändere auch die (umstrittene) Qualifikation der Anfechtungsklage als betriebsrechtliche Klage nichts, da auch im Rahmen einer solchen Klage materiell-rechtliche Fragen zu entscheiden seien und sich das Urteil auf die materielle Rechtslage auswirke. Würde zudem wie im vorliegenden Fall eine Geldzahlung verlangt, so liege ein Zivilurteil vor, gegen das Berufung an das Bundesgericht erhoben werden könne und das gleich wie jedes andere Zivilurteil vollstreckt werden müsse. Unter diesem Aspekt sei aber nicht zu verstehen, weshalb sich aus einer Einschränkung der Wirkung des Urteils ergeben solle, dass die Sache nicht von einem Schiedsgericht entschieden werden könne.

Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, Anfechtungsklagen seien keine Zivilsachen, sondern vollstreckungsrechtlicher Natur. Sie dienten nicht der Geltendmachung von materiellrechtlichen Ansprüchen. Ihre Funktion sei die Wiederherstellung der Exekutionsrechte von geschädigten Gläubigern. Gewährleistet sei die Durchsetzung dieser Ansprüche freilich nur dann, wenn das angerufene Gericht schweizerisches Recht anwende und das Urteil in der Schweiz vollstreckt werden könne. Die Gerichtsstandsnorm von Art. 289 SchKG solle sicherstellen, dass eine Anfechtungsklage immer bei einem Schweizer Gericht eingereicht werden könne. Wäre der in Art. 289 SchKG statuierte schweizerische Gerichtsstand derogierbar, so könnte der Zweck der Norm, nämlich der Einbezug der anfechtbar veräusserten Vermögenswerte in das schweizerische Konkursverfahren, vereitelt werden. Es würde die Gefahr heraufbeschworen, dass der Gläubiger dort, wo er sein Recht erhalten würde, keinen Gerichtsstand mehr habe, und dort wo er einen Gerichtsstand hätte, kein Recht finde. Bereits diese Überlegungen sprächen gegen die Zulässigkeit einer Schiedsvereinbarung vor Konkurseröffnung zugunsten eines ausländischen Schiedsgerichts. Eine vom Gemeinschuldner abgeschlossene Schiedsklausel über künftige Anfechtungsansprüche sei aus der Sicht des schweizerischen Insolvenzrechts mangels Schiedsfähigkeit nicht gültig.

2.4.3 Die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit ist – wie bereits erwähnt – allein nach der *lex fori* zu beurteilen (s. vorne Erwägung 2.4.1). Die Schwierigkeit liegt darin, dass eine einheitliche schweizerische Definition der objektiven Schiedsfähigkeit nicht existiert. Während gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein kann, ist nach Art. 5 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) jeder Anspruch schiedsfähig, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt, sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist. Ob vorliegend auf Art. 177 IPRG abzustellen ist oder alternativ auch Art. 5 KSG zur Anwendung kommt (Josi, a.a.O., S. 90 f.), kann indessen offen bleiben, da die Schiedsfähigkeit in jedem Fall durch den schweizerischen *Ordre public* beschränkt ist. Dieser ist namentlich auch im Bereich des Schuldbetriebs- und Konkurs-

rechts zu beachten, in welchem bestimmte Verfahren und Klagen derart eng mit der schuldbetreibungsrechtlichen Vollstreckung verbunden sind, dass sie dem staatlichen Richter vorbehalten sind und eine schiedsgerichtliche Entscheidung ausgeschlossen erscheint. Dazu gehören nach einhelliger Meinung Rechtsöffnung und Konkursöffnung, die Widerspruchsklage sowie der Arrest (Volken, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 20 zu Art. 177 IPRG; Briner, Basler Kommentar, Basel und Frankfurt am Main 1996, N 14 zu Art. 177 IPRG; Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel und Frankfurt am Main 1989, N 89; Walter/Bosch/Brönnimann, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, S. 59 f.). Die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG ist hingegen umstritten.

2.4.4 In einem neuesten Entscheid hat sich das Bundesgericht zur Anfechtungsklage wie folgt geäußert: «L'action révocatoire des art. 285 ss LP ne peut être ouverte que par le porteur d'un acte de défaut de biens provisoire ou définitif après saisie (art. 285 al. 2 ch. 1 LP), par l'administration de la faillite ou par un cessionnaire des droits de la masse (art. 285 al. 2 ch. 2 LP); elle tend à obliger le défendeur à tolérer la réalisation, au profit des créanciers demandeurs, des biens soustraits à l'exécution forcée par des actes révocables (...). Elle est fondée sur une obligation ex lege établie par le droit public de la poursuite pour dettes et de la faillite. Selon la jurisprudence, elle est ainsi par nature une action de droit des poursuites avec effet réflexe sur le droit matériel. L'obligation révocatoire et l'action qui arme cette obligation légale sont donc étroitement imbriquées dans la procédure d'exécution forcée, qui les conditionne entièrement. L'effet du jugement révocatoire est du reste limité à la poursuite en cours. Lorsqu'elle est exercée après la faillite, l'action révocatoire trouve donc son fondement dans la faillite, avec laquelle elle est en étroite connexité. Elle ne pourrait être intentée sans la faillite, dans la liquidation de laquelle elle est d'ailleurs insérée» (BGE 131 III 227 E. 3.3, S. 232 f., mit zahlreichen Hinweisen). Im Lichte dieser Erwägungen ist die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG zu verneinen. Sie ist eine vollstreckungsrechtliche Klage, die ihre Grundlage im öffentlichrechtlichen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht hat. Sie knüpft immer an ein vorbestehendes Betreibungs- oder Konkurs- bzw. Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung an und dient nach schweizerischer Auffassung dazu, der Vollstreckung entzogene Vermögenswerte dieser zuzuführen (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Sie beseitigt aber nicht etwa die zivilrechtlichen Wirkungen der angefochtenen Handlungen, sondern macht diese nur insoweit betreibungsrechtlich unbeachtlich, als die Gläubiger einen Verlust erlitten haben oder sehr wahrscheinlich noch erleiden werden. Ein Anfechtungsurteil hat denn auch ausschliesslich vollstreckungsrechtliche Wirkung, d.h. der Richter entscheidet einzig darüber, ob und inwieweit ein Vermögenswert den Gläubigern durch eine anfechtbare Handlung entzogen worden ist und deshalb wieder zur Vollstreckung herangezogen werden kann. Das Urteil im Anfechtungsprozess hat somit nie materiellrechtliche

Wirkungen. Es hat jedoch insofern Reflexwirkung auf das materielle Recht des beklagten Dritten, als dieser die Beschlagnahme und Verwertung dulden muss und dadurch faktisch und wertmässig sein Recht verliert. Wegen dieser Reflexwirkung ist ein letztinstanzliches Urteil (bei gegebenem Streitwert) berufungsfähig, was an der vollstreckungsrechtlichen Natur der Anfechtungsklage aber nichts ändert (Walther, Paulianische Ansprüche im internationalen Verhältnis – ausgewählte Probleme, in: Spühler [Hrsg.], Internationales Zivil- und Verfahrensrecht V, Zürich 2005, S. 90 ff. und 107, mit zahlreichen weiteren Hinweisen; A. Staehelin, SchKG III, a.a.O., N 8 ff. zu Art. 285 SchKG). Aufgrund dieser Nähe zur schuldbetreibungsrechtlichen Vollstreckung muss der Entscheid im Anfechtungsprozess dem staatlichen schweizerischen Richter vorbehalten bleiben (Engler, SchKG I, a.a.O., N 18 zu Art. 23 SchKG). Dies ergibt sich indirekt auch aus den allgemeinen Bestimmungen von Art. 25 ff. IPRG, wonach nur ausländische Entscheidungen in Zivilsachen anerkannt werden können. Da nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Anfechtungsklagen nicht darunter fallen, ist das Urteil eines ausländischen Gerichts über die paulianische Anfechtung nicht Objekt der Anerkennung im Sinne von Art. 25 ff. IPRG. Dies gilt auch im Anwendungsbereich bilateraler Abkommen, und zwar selbst dann, wenn der Anfechtungsbeklagte eine Geldschuld zu begleichen hat (BGE 129 III 683 E. 4 und 5, S. 686 ff.; a.M. D. Staehelin, SchKG III, a.a.O., der die Auffassung vertritt, dass ein Entscheid, mit dem der Anfechtungsbeklagte zur Zahlung einer Geldforderung verurteilt wird, «wohl als vollstreckbares Leistungsurteil mit voller materieller Rechtskraft qualifiziert werden» muss [N 24 und 27 zu Art. 289 SchKG]). Würde demgegenüber im Geltungsbereich des NYÜ die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage bejaht, hätte dies zur Folge, dass ein von einem ausländischen Schiedsgericht in einem Anfechtungsprozess erlassenes Urteil anerkannt werden müsste bzw. das angerufene schweizerische Gericht seine sachliche Zuständigkeit aufgrund einer entsprechenden Schiedsabrede von vornherein zu verneinen hätte. Damit würde eine Unterscheidung getroffen, die angesichts der vollstreckungsrechtlichen Natur der Anfechtungsklage nicht haltbar wäre. Abgesehen davon ist zumindest ungewiss, ob ein ausländisches (Schieds)gericht gemäss dem von ihm anzuwendenden ausländischen Recht überhaupt auf die Klage eintreten oder ob es die Prozessführungsbefugnis des Schweizer Liquidators anerkennen und zudem das schweizerische Anfechtungsrecht als Bestandteil des schweizerischen Konkursrechts anwenden würde. Bei einer entsprechenden Derogation bestünde daher die Gefahr, dass der Zweck von Art. 289 SchKG, nämlich der Einbezug der anfechtbaren Vermögenswerte in das schweizerische Zwangsvollstreckungsverfahren, vereitelt wird. Vom Gemeinschuldner vereinbarte Vertragsklauseln, durch welche Vermögenswerte dem Zugriff der Zwangsvollstreckungsorgane entzogen werden sollen, sind jedoch ungültig (D. Staehelin, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, in: AJP 2004, S. 380). Auch diese Überlegungen sprechen grundsätzlich gegen die Zulässigkeit ei-

ner Schiedsabrede zugunsten eines ausländischen Schiedsgerichts (vgl. Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 22. Dezember 2005 [Geschäfts-Nr. HG050253/Z04], E. 3.1, S. 7 f.; M. Staehelin, SchKG I, a.a.O., N 25 zu Art. 30a SchKG).

Anzumerken bleibt, dass zwar verschiedene Autoren die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG bejahen. Entweder versäumen sie es aber, diese Auffassung näher zu begründen (Berti, Basler Kommentar, a.a.O., N 7 zu Art. 171 IPRG; Peter, in: Dallèves/Foëx/Jeandin [Hrsg.], Commentaire romand, Poursuite et faillite, Basel/Genf/München 2005, N 19 zu Art. 289 SchKG; Schüpbach, Droit et action révocatoires, Basel und Frankfurt am Main 1997, N 104 zu Art. 289 SchKG; D. Staehelin, SchKG III, a.a.O., N 15 zu Art. 289 SchKG; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 14. Kap., N 32), oder sie stellen sich auf den Standpunkt, dass es sich bei der Anfechtungsklage in erster Linie um eine materiellrechtliche Klage handle (Brown-Berset/Lévy, Faillite et Arbitrage, in: Bulletin ASA 1998, S. 672 f.; Poudret/Besson, Droit comparé de l'arbitrage, Zürich/Basel/Genf 2002, N 360 ff.), was aus den dargelegten Gründen jedoch abzulehnen ist. Es erübrigt sich daher, weiter auf diese Lehrmeinungen einzugehen.

2.5 Ist die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG zu verneinen, ist die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator im Nachlass mit Vermögensabtretung auch nicht an eine entsprechende Schiedsklausel gebunden. Hinzu kommt Folgendes:

Die vorliegend umstrittene Schiedsabrede ist Teil des Belieferungsvertrages, den die Y. International Ltd. mit Sitz in England und die Beklagte sowie die X. AG im Jahr 1986 abgeschlossen haben. Die vertragliche Derogation der staatlichen Gerichte erfolgte demnach lange bevor der zuständige Nachlassrichter den von der X. AG vorgeschlagene Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bewilligte.

Gemäss Art. 204 Abs. 1 SchKG sind Rechtshandlungen, die der Schuldner nach Konkurseröffnung in Bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber ungültig. Daraus folgt, dass eine vom Gemeinschuldner eingegangene Schieds- oder Prorogationsabrede bezüglich eines Anfechtungsanspruches *nach* Konkurseröffnung ungültig ist; eine solche Vereinbarung könnte zu diesem Zeitpunkt nur von der Konkursverwaltung getroffen werden. Trifft der Gemeinschuldner eine solche Abrede *vor* der Konkurseröffnung, so verfügt er damit über einen Anspruch, der überhaupt erst durch die Eröffnung des Konkurses bzw. mit der Bestätigung des Nachlassvertrages entsteht (BGE 129 III 683 E. 3.2, S. 685). Zwar ist es grundsätzlich möglich, künftige Streitigkeiten einem Schiedsgericht zu unterstellen. Vorliegend steht der Anfechtungsanspruch jedoch nicht dem Schuldner, sondern der Gesamtheit der Gläubiger zu, wobei

das Anfechtungsrecht in erster Linie von der Konkursverwaltung bzw. vom Liquidator ausgeübt wird. Die Anfechtungsberechtigung ist sodann nicht Prozessvoraussetzung, sondern ein materiellrechtliches Erfordernis für die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches und somit der Aktivlegitimation als Erscheinungsform der Sachlegitimation gleichzusetzen (D. Staehelin, SchKG III, a.a.O., N 29 und 32 f. zu Art. 289 SchKG; Winkelmann und weitere Autoren, SchKG III, a.a.O., N 5 zu Art. 331 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 52 N 31 f.). Steht dem Gemeinschuldner das Anfechtungsrecht jedoch nie zu, so kann er auch nicht im Rahmen einer Schiedsklausel darüber verfügen. Auch daraus ist – entgegen der Auffassung der Beklagten – zu schliessen, dass die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator bei der Anhebung der Anfechtungsklage nicht an eine vom Gemeinschuldner mit einem Dritten abgeschlossene Schiedsklausel gebunden ist (vgl. Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 22. Dezember 2005 [Geschäfts-Nr. HG050253/Z04], E. 3.2, S. 8 f., u.a. unter Hinweis auf ZR 23/1924 Nr. 96, S. 164; s. zum Ganzen auch BGE 33 II 648 ff. und ZR 90/1991 Nr. 65, S. 216, sowie Poudret/Besson, die darauf hinweisen, dass die Bindung der Konkursverwaltung an eine Schiedsklausel die objektive Schiedsfähigkeit betrifft und bei rein vollstreckungsrechtlichen Klagen verneint wird oder zumindest umstritten ist [a.a.O., N 290 a.E.]).

2.6 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die in Ziffer 12 lit. b des Belieferungsvertrages vorgesehene Schiedsklausel im vorliegenden Fall unbeachtlich ist. Dementsprechend ist die von der Beklagten erhobene Einrede der Schiedsabrede abzuweisen, und es kann offen bleiben, ob der vorliegende Streit von der Schiedsabrede überhaupt erfasst würde.

Kantonsgericht, 16. August 2006

Art. 9 Abs. 2 VZG; Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG. – Ein Begehren um neue Schätzung durch Sachverständige wird gegenstandslos, wenn über die Grundpfandschuldnerin der Konkurs eröffnet wird (Erw. 1). Ergibt die neue Schätzung durch den Sachverständigen nur eine geringfügige Abweichung, kann von vornherein keine Aussage darüber gemacht werden, welche von beiden Schätzungen den höheren Anspruch auf Richtigkeit hat (Erw. 2). Kostenpflicht (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Es stellt sich zunächst die Frage, ob das vorliegende Verfahren nicht ge-

genstandslos geworden ist, nachdem über die Grundpfandschuldnerin der Konkurs eröffnet wurde.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht im Konkursverfahren (jedenfalls im summarischen) kein Anspruch auf Vornahme einer zweiten Schätzung gemäss Art. 9 Abs. 2 VZG (BGE 114 III 29). Im vorliegenden Fall steht zwar derzeit noch nicht fest, ob das Konkursverfahren überhaupt durchgeführt wird oder ob es allenfalls gemäss Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestellt werden muss. Dass auf den vorliegenden Konkurs – sollte er denn durchgeführt werden – das ordentliche Verfahren zur Anwendung gelangen könnte, ist höchst unwahrscheinlich. Würde aber der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt, wäre das vorliegende Verfahren gegenstandslos, nachdem eben eine Neuschätzung durch Sachverständige im Konkursverfahren nicht verlangt werden kann. Sollte es hingegen zu einer Konkurseinstellung kommen, käme Art. 230a Abs. 2 SchKG zum Zuge, wonach jeder Pfandgläubiger trotz Einstellung des Konkurses mangels Aktiven beim Konkursamt die Verwertung seines Pfandes verlangen kann, wofür das Amt eine Frist anzusetzen hat. Verlangt kein Gläubiger fristgemäss die Verwertung seines Pfandes, wird das Pfand gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung auf den Staat übertragen, soweit er dies nicht ablehnt. Lehnt der Kanton die Übertragung ab, so hat das Konkursamt, wie Art. 230a Abs. 4 SchKG weiter vorschreibt, das Grundpfand ohne weiteres zu verwerten. Auch bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven bestünde mithin kein Anspruch auf eine neue Schätzung durch Sachverständige. An die Stelle der betreibungsamtlichen Schätzung würde demnach einfach die Schätzung durch das Konkursamt treten, ohne dass eine Schätzung durch Sachverständige verlangt werden könnte. Auch diesfalls würde mithin das vorliegende Verfahren gegenstandslos. Die Pfandgläubiger von juristischen Personen sind somit weder auf das Wiederaufleben der Betreibungen nach Art. 230 Abs. 4 SchKG angewiesen, noch müssen sie erst eine Betreuung auf Pfandverwertung anheben. Die Gesellschaft muss für die Pfandverwertung auch nicht wieder ins Handelsregister eingetragen werden (Urs Lustenberger, Basler Kommentar zum SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 9 zu Art. 230a).

Aus dem Gesagten erhellt, dass das vorliegende Verfahren gegenstandslos geworden ist und dementsprechend am Protokoll abgeschrieben werden kann.

2. Auf die Begehren der S. AG wäre im Übrigen aber auch nicht einzutreten gewesen, wenn das vorliegende Verfahren nicht gegenstandslos geworden wäre:

Die S. AG hatte gegen die betreibungsamtliche Schätzung innert Frist keine Neuschätzung durch Sachverständige i.S. von Art. 9 Abs. 2 VZG verlangt. Damit hat sie die Schätzung des Betreibungsamtes X. mit einem Verkehrswert von CHF 245'000.– aber akzeptiert. Sie kann darauf nicht im

Rahmen einer Neuschätzung, die von einem anderen Beteiligten verlangt wurde, zurückkommen. Die neue Schätzung durch den Sachverständigen B. hat nun lediglich eine relative geringfügige Abweichung nach unten ergeben (CHF 12'000.-). Die Differenz beträgt lediglich 5 %. Das liegt aber ohne weiteres im Toleranzbereich einer Schätzung, so dass nicht auf die einzelnen Punkte eingegangen werden müsste, aus denen die Grundpfandschuldnerin einen weit höheren Schätzungspreis herleiten will. Die Schätzung des Wertes einer Sache ist naturgemäss eine Ermessensfrage. Das Resultat einer Verkehrswertschätzung kann deshalb auch nicht nach objektiven Kriterien als richtig oder falsch bewertet werden (BGE 127 III 328). Bei geringfügigen Unterschieden kann deshalb von vornherein keine Aussage darüber gemacht werden, welche von zwei Schätzungen den höheren Anspruch auf Richtigkeit hat. Eine Schätzung ist keine exakte wissenschaftliche Feststellung von Tatsachen.

3. Beim Entscheid der Aufsichtsbehörde über den massgeblichen Schätzwert des Grundstücks nach Neuschätzung durch Sachverständige (Art. 9 Abs. 2 VZG) handelt es sich um eine nicht besonders tarifizierte Verrichtung, für die eine Gebühr nach Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG zu erheben ist (BGE 131 III 136). Der Gesuchstellerin ist daher eine Spruchgebühr von CHF 150.- aufzuerlegen. Des Weiteren hat sie die Kosten für die Neuschätzung durch den Sachverständigen zu tragen.

Justizkommission als AB SchKG, 20. September 2006

VI. Strafrecht

Art. 157 StGB. – Der Handel mit Derivaten ist für die Beurteilung der Unerfahrenheit gemäss Art.157 StGB getrennt vom Handel mit traditionellen Finanzinstrumenten zu betrachten, das heisst es sind das Wissen und die Erfahrungen der Kunden in Bezug auf den Geschäftsbereich des Optionen- und Futureshandels massgebend.

Aus den Erwägungen:

6. Tatvorwurf des gewerbsmässigen Wuchers

6.1. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten in der Anklage gewerbsmässigen Wucher vor, da die verlangten Kommissionen zur erbrachten Leistung der X. AG in einem krassen Missverhältnis gestanden seien (GD 1, S. 46 ff.). Das Strafgericht erachtete demgegenüber den objektiven Straftatbestand des Wuchers mangels Unerfahrenheit der Geschädigten als nicht gegeben. Es führte im angefochtenen Urteil im Wesentlichen aus, die vier Geschädigten müssten zur Erfüllung des fraglichen Tatbestandsmerkmals nicht bloss im Optionshandel bzw. im Umgang mit derivativen Produkten unbedarft sein, sondern dürften allgemein im Bereich der Börsengeschäfte über keine praktischen Kenntnisse bzw. Erfahrungen verfügen. Dies sei nicht der Fall. Die Geschädigten hätten entweder über Erfahrungen im Kauf von Aktien (A. und B.) bzw. Obligationen und Festgelder (C.) verfügt oder seien über die Anlagetätigkeit und das damit verbundene Risiko informiert worden (D.).

(...)

6.2. Des Wuchers im Sinne des Art. 157 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich unter anderem schuldig, wer die Unerfahrenheit einer Person dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem andern für eine Leistung Vermögensvorteile gewähren oder versprechen lässt, die zur Leistung wirtschaftlich in einem offenbaren Missverhältnis stehen. Der qualifizierte Tatbestand (Art.157 Ziff. 2) kommt bei gewerbsmässigem Handeln zur Anwendung.

6.3. (...)

6.4. Vorliegend umstritten ist bereits die zentrale Frage nach dem Tatbestandsmerkmal der Unerfahrenheit der Geschädigten. Dieses setzt voraus, dass der Betroffene im entsprechenden Geschäftsbereich nicht nur über keine Spezialkenntnisse verfügt, sondern sich allgemein mit Geschäften des in Frage stehenden Typs nicht auskennt (Trechsel, Schweizerisches Strafbuch, Kurzkomentar, 2. Aufl. Zürich 1997, Art. 157 N. 3; Rehberg/

Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8. Aufl. Zürich Basel Genf 2003, S. 247 f). Keine Unerfahrenheit im Sinne des Straftatbestandes liegt daher bei Unkenntnis einer im Einzelfall bedeutsamen Tatsache, bei Unkenntnis über die Bedeutung des fraglichen Geschäfts bzw. des konkreten Vertragsgegenstandes oder einzelner Vertragspunkte vor (vgl. Philippe Weissenberger, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Basel 2003, Art. 157 N. 13, m.w.H.). Be ruht die Unkenntnis nicht auf geringer Lebenserfahrung – wie bei jugendlichen Personen – oder auf Geschäftsunkennntnis, sondern auf der Nachlässigkeit des Bewucherten, dann kann von Unerfahrenheit nicht gesprochen werden (Max Rottenberg, Der Wucher gemäss Art. 157 StGB, ZStrR 80 [1964], S. 267).

Die schweizerische Rechtsordnung anerkennt keine schrankenlose Vertragsfreiheit (vgl. Art. 20 und 21 OR). Der strafrechtliche Tatbestand des Wuchers bildet insofern das Gegenstück zur im Obligationenrecht geregelten Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR (vgl. BGE 82 IV 149; Weissenberger, a.a.O., Art. 157 N. 1; ZR 48 [1949] Nr. 92, S. 159). Unerfahrenheit im Sinne von Art. 21 OR bedeutet das Fehlen derjenigen Kenntnisse, die in concreto erforderlich sind, um den entsprechenden Vertrag richtig zu würdigen und das offenbare Missverhältnis der Austauschleistungen zu durchschauen (BGE 92 II 175 f.; ZR 98 [1999], Nr. 37, S. 153). Ein solcher Schutz drängt sich – sowohl in privatrechtlichen wie auf strafrechtlicher Hinsicht – auf, weil sich die einzelne Person wegen der fortschreitenden technischen und wirtschaftlichen Entwicklung zunehmend auf Spezialisten verlassen muss, ohne sich vom wahren Wert des Angebots selbst ein richtiges Bild machen zu können (vgl. mit Bezug auf Art. 21 OR anstelle anderer Autoren Koller, in: Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, § 7 N 52).

6.4.1. Die Geschädigten verfügten unbestrittenermassen zumindest über laienhafte Kenntnisse im Umgang mit traditionellen, bewährten Finanzinstrumenten, wie etwa Aktien und Obligationen. In casu haben sie sich jedoch auf Geschäfte im Bereich derivativer Finanzinstrumente eingelassen, d.h. auf Termingeschäfte (Futures) und/oder auf Geschäfte mit Optionen. Solche Finanzkontrakte, deren Wert von einem Basiswert – wie etwa auch Aktien und Obligationen oder Rohstoffe und Devisen – abgeleitet wird, werden auf parallelen standardisierten Märkten oder auf nicht standardisierten Märkten (OTC) gehandelt.

(...)

Die besondere Gefährlichkeit besteht mitunter darin, dass die genannten derivativen Geschäfte durch den hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkt zur Spekulation auf eine günstige, aber ungewisse Entwicklung des Marktpreises in der Zukunft verleiten. Dadurch unterscheiden sie sich von Kassageschäften, bei denen der Anleger wie gesagt sofort Barvermögen oder einen

Kreditbetrag einsetzen muss, wodurch ihm die Konsequenzen seines Tuns sofort vor Augen geführt wird.

Schon aus diesen allgemeinen Ausführungen zum absoluten Basiswissen erhellt, dass sich der durchschnittliche Anleger im Bereich der Derivate – entgegen der Auffassung der Verteidigung (GD 41, S. 6 f.) – in der Regel kaum oder gar nicht auskennt. Ungeachtet der Tatsache, dass Optionen und Futures im Börsenbereich gängige Finanzinstrumente darstellen, weist der Handel mit Derivaten gegenüber den traditionellen Geschäften eine wesentlich höhere Komplexität auf, die vom Durchschnittsanleger – zumindest in der Anfangsphase und ohne eingehendes Befassen mit der Materie – nicht selbst bewältigt werden kann. Es ergibt sich hier generell eine hohe Beratungs- und Aufklärungspflicht insbesondere auch bezüglich der Abzüge und Kommissionen, welche die Gewinnchancen je nach ihrer Höhe wesentlich einschränken können (vgl. Sara Cimarolli, Anlagebetrug, Spannungsverhältnis zwischen Anlegerschutz und freiem Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich, 2000, S. 150 ff. m.w.H.). Hinzu kommt als weitere Schwierigkeit, dass es beim amerikanischen Währungsoptionsgeschäft um eine Beteiligung an wirtschaftlichen Vorgängen geht, die sich im Wesentlichen im Ausland bzw. über im Ausland befindliche Broker und Börsen abwickeln. Der Handel mit Derivaten ist für die Beurteilung der Unerfahrenheit gemäss Art. 157 StGB daher im Sinne der zutreffenden Erwägungen der Staatsanwaltschaft getrennt vom Handel mit traditionellen Finanzinstrumenten zu betrachten, das heisst es sind das Wissen und die Erfahrungen der Kunden in Bezug auf den Geschäftsbereich des Optionen- und Futureshandels massgebend. Viele Personen kaufen z.B. Kassenobligationen ihrer Bank oder halten Aktien ihres Arbeitgebers oder von ihnen bekannten Unternehmen, ohne dass ernsthaft behauptet werden könnte, sie würden sich auch nur allgemein im Umgang mit traditionellen Finanzinstrumenten, geschweige denn mit dem Handel von Derivaten auskennen. Wie beispielsweise bei den Ärzten zwischen Allgemeinpraktikern und Spezialärzten differenziert werden muss, ist vorliegend zwischen den traditionellen Finanzinstrumenten und dem Handel mit Derivaten zu unterscheiden. Die Geschädigten hätten aufgrund des Gesagten wenigstens über gewisse Grundkenntnisse bezüglich derivativer Finanzinstrumente verfügen müssen, um nicht als unerfahren im Sinne des Straftatbestandes des Wuchers bezeichnet werden zu können. Der abweichenden Betrachtungsweise des Strafgerichtes kann demgegenüber nicht gefolgt werden. Vielmehr würde der Tatbestand des Wuchers faktisch ausser Kraft gesetzt, wenn in jedem Fall, in dem eine Person bereits einmal eine Aktie oder eine Obligation gekauft hat, davon ausgegangen würde, dass sie bezüglich derivativer Produkte nicht mehr als unerfahren im Sinne des Wuchertatbestandes zu qualifizieren wäre.

(...)

Zusammengefasst kann bei keinem der vier Geschädigten gesagt werden,

er habe bereits von Berufs wegen über Erfahrungen mit derivativen Finanzinstrumenten verfügt oder privat bereits früher solche Geschäfte getätigt und diesbezüglich über allgemeine Kenntnisse verfügt. Den Geschädigten fehlte es daher bereits am Grundlagenwissen im fraglichen Bereich, weshalb sie als unerfahren im Sinne von Art. 157 StGB zu betrachten sind.

Strafrechtliche Abteilung des Obergerichts, 15. Dezember 2005

V. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

§ 36 ZPO.- *Kostenvorschuss. Erfolgt die Zahlung des Kostenvorschusses über ein Bankkonto auf das Postkonto der Gerichtskasse, ist die Zahlung rechtzeitig erfolgt, wenn das Geld am letzten Tag der Frist zugunsten der Gerichtskasse bei der Post eingegangen ist. Keine Rolle spielt dagegen, wann der Betrag dem Postkonto der Gerichtskanzlei gutgeschrieben wurde.*

Aus den Erwägungen:

1. a) Am 16. März 2006 forderte die Justizkommission den Beschwerdeführer auf, für die voraussichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens innert zehn Tagen einen Vorschuss von CHF 400.- zu bezahlen. Diese Aufforderung enthielt folgenden Hinweis: «Die Zahlung kann in bar, mit Bankcheck oder durch Überweisung mit dem untenstehenden Einzahlungsschein an die Gerichtskasse Zug erfolgen. Wird die Post benützt, so ist spätestens am letzten Tag der Frist der Betrag einzuzahlen, die Sendung aufzugeben oder der Giroauftrag zu erteilen. Bei Benützung des Sammelauftragsdienstes (SAD) der Post muss als Fälligkeitsdatum auf dem Datenträger spätestens der letzte Tag der von der Justizkommission angesetzten Frist eingesetzt und der Datenträger innerhalb dieser Frist der schweizerischen Post übergeben werden. Bei Zahlungsauftrag an eine Bank haben Sie dafür zu sorgen, dass diese den Auftrag rechtzeitig ausführt.»

Nachdem der Beschwerdeführer diesen Vorschuss innert der angesetzten Frist nicht bezahlt hatte, wurde ihm am 30. März 2006 eine letzte Nachfrist von drei Tagen angesetzt, um das Versäumte nachzuholen, verbunden mit der Androhung, dass ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten und diese ohne weiteres am Protokoll abgeschrieben würde. Auch dieses Schreiben war mit dem oben erwähnten Hinweis versehen. Die per Einschreiben versandte Mahnung holte der Beschwerdeführer am 31. März 2006 ab. Damit lief die 3-tägige Nachfrist zur Zahlung des Kostenvorschusses am 3. April 2006 ab.

b) Mit Schreiben vom 24. Mai 2006 teilte die Justizkommission dem Beschwerdeführer mit, die Gutschrift auf dem Postcheckkonto der Gerichtskanzlei Zug sei am 4. April 2006 erfolgt. Damit erscheine die Zahlung als verspätet. Dem Beschwerdeführer wurde daher Gelegenheit eingeräumt, zu dieser Frage innert fünf Tagen Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 31. Mai 2006 hielt der Beschwerdeführer fest, er habe der Zuger Kantonalbank (nachfolgend: ZKB) den Zahlungsauftrag bereits am Donnerstag, 30. März 2006, erteilt. Wie der beiliegenden Bestätigung der Walchwiler Filiale

der ZKB entnommen werden könne, habe die ZKB den Zahlungsauftrag am 3. April 2006 verarbeitet. Da die Gutschrift des Kostenvorschusses auf dem Postcheckkonto der Gerichtskanzlei am 4. April 2006 erfolgt sei, sei anzunehmen, dass der elektronische Sammelauftrag über das Clearing-System am 3. April 2006 und damit noch innerhalb der Frist bei der Post zur Gutschrift auf dem Postcheckkonto der Gerichtskanzlei eingetroffen sei. Dass die Gutschrift seitens der Post erst am darauf folgenden Tag vorgenommen worden sei, entspreche dem normalen Ablauf bei der Post und könne ihm nicht angelastet werden. Angesichts dieser Umstände stelle er den Antrag, auf die Beschwerde einzutreten.

2. a) Auf telefonische Anfrage des Gerichtsschreibers vom 14. Juni 2006 erklärte der Leiter Zahlungsverkehr der ZKB, die Verarbeitung der Zahlungsaufträge erfolge bei der ZKB über die Swiss Interbank Clearing AG (nachfolgend: SIC). Erteile die ZKB der SIC einen Auftrag zur Überweisung eines Betrags an einen Inhaber eines Postkontos, erfolge die Belastung auf dem Konto der ZKB bei der SIC am gleichen Tag wie die Gutschrift auf dem Konto der Post bei der SIC. Handle es sich – wie bei der Gerichtskanzlei – bei einem Inhaber eines ESR-Postkontos nicht um eine Bank, schreibe die Post den Betrag dem Kunden zwei Tage nach der erfolgten Gutschrift auf ihrem Konto bei der SIC gut. Ferner erklärte er, es sei möglich, dass ein Auftrag, der spät bei der ZKB eintreffe, am gleichen Tag zwar noch verarbeitet werde, indes die Überweisung des Betrags vom Konto der ZKB bei der SIC auf dasjenige der Post bei der SIC erst am nächsten Tag erfolge. In den AGB habe die ZKB denn auch festgehalten, dass für eine termingerechte Überweisung drei Werktage erforderlich seien.

b) Eine erneute Nachforschung ergab, dass der Kostenvorschuss von CHF 400.– dem Postkonto der Gerichtskanzlei erst mit Valuta vom 6. April 2006 und nicht – wie im Schreiben der Justizkommission vom 24. Mai 2006 irrtümlich erwähnt – am 4. April 2006 gutgeschrieben wurde. An diesem Datum erfolgte vielmehr die Gutschrift auf das Konto der Post bei der SIC. Nichts anderes geht denn auch aus der vom Beschwerdeführer eingereichten Bestätigung der ZKB hervor, wonach der fragliche Betrag nach der am 3. April 2006 erfolgten Verarbeitung des Auftrags am 4. April 2006 dem Begünstigten (womit nur die Post gemeint sein kann) gutgeschrieben wurde. So kann die ZKB nur bestätigen, an welchem Tag der Betrag ihrem Konto bei der SIC belastet und dem Konto der Post bei der SIC gutgeschrieben wurde. Dagegen verfügt sie über keine Informationen über die internen Transaktionen zwischen der Post und ihren Kunden. Rechtzeitig wäre die Zahlung erfolgt, wenn sie am letzten Tag der Frist, d.h. am 3. April 2006, auf dem Konto der Post bei der SIC eingetroffen wäre. Nicht erheblich ist dagegen, wann der Betrag dem Postkonto der Gerichtskanzlei gutgeschrieben wurde. Wie bereits ausgeführt, erfolgte die Gutschrift auf dem Konto der Post bei der SIC erst am 4. April 2006. Die Zahlung ist damit verspätet.

c) Hat der Beschwerdeführer den Kostenvorschuss nicht fristgemäss bezahlt, kann auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden.

Justizkommission, 27. Juni 2006

§ 38 und 40 f. ZPO. - Kosten- und Entschädigungsfolgen. Reicht eine Partei Entschiede anderer kantonaler Gerichte, die ihren Standpunkt im Verfahren vor zugerischen Gerichten stützen, weil sie in vergleichbaren Fällen ergangen sind, verspätet in den hiesigen Prozess ein, kann sie deswegen nicht zur Zahlung von Gerichtskosten und einer Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden.

Aus den Erwägungen:

1. Zur Begründung des Kostenpruchs hielt das Kantonsgericht im Wesentlichen fest, der Beschwerdeführerin seien die Urteile des Waadtländer Einzelrichters bzw. des Waadtländer Kantonsgerichts seit Ende September 2004 bzw. seit Februar 2005 bekannt gewesen. In seiner Eingabe an die Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten vom 1. Juni 2005 habe der Beschwerdegegner bereits dargelegt, dass der «Agenturvertrag» seines Erachtens als Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR zu qualifizieren sei. Die Beschwerdeführerin hätte es daher in der Hand gehabt, die vorerwähnten Urteile spätestens an der Verhandlung vor der Schlichtungsstelle dem Beschwerdegegner zugänglich zu machen. Bei den beiden Urteilen handle es sich um Beweisstücke, die den Beschwerdegegner von der Einreichung der Klage beim Kantonsgericht hätten abhalten können. Indes sei die Beschwerdeführerin der Schlichtungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben und habe es im kantonsgerichtlichen Verfahren bis zur Eingabe vom 3. November 2005 versäumt, das ihr Zumutbare zur Abkürzung des Verfahrens beizutragen oder allenfalls die Anhebung der Klage ganz zu verhindern. Die Beschwerdeführerin habe somit das Verfahren mitverursacht, was bei den Kostenfolgen zu berücksichtigen sei. Zu Lasten des Beschwerdegegners falle andererseits in Betracht, dass er vollumfänglich unterliege. Unter diesen Umständen sei es angezeigt, die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner zu $\frac{3}{4}$ und der Beschwerdeführerin zu $\frac{1}{4}$ aufzuerlegen. Im Weiteren habe der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin eine entsprechend reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen.

2. a) Die Gerichtskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen (§ 38 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hat kein Teil ganz obsiegt, so sind sie in dem Verhältnis zu teilen, in welchem die Parteien unterlegen sind (§ 38 Abs. 2 ZPO). Jedoch dürfen dem Beklagten alle Kosten auferlegt werden, wenn

dem Kläger die genaue Bezeichnung der Grösse seiner Forderung nicht zugemutet werden kann (§ 38 Abs. 3 ZPO). Von einer Partei unnötigerweise verursachte Kosten sind ihr sogar ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses allein aufzuerlegen (§ 38 Abs. 4 ZPO). Wenn eine Partei durch das Urteil nicht wesentlich mehr erhält, als ihr von der Gegenpartei für den Fall gütlicher Beilegung des Streites angeboten wurde, so kann sie schliesslich zu allen Kosten verurteilt werden (§ 38 Abs. 5 ZPO). In den §§ 40 f. ZPO finden sich analoge Regelungen für die Verlegung der Parteientschädigung. Daraus erhellt, dass es sich bei der Bestimmung, wonach die unterliegende Partei kosten- und entschädigungspflichtig wird, bloss um einen Grundsatz handelt, von dem abgewichen werden darf. Dabei handelt es sich bei den im Gesetz erwähnten Ausnahmefällen nicht um eine abschliessende Aufzählung (vgl. JZ 2005/81). Für das späte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln kennt das Zivilprozessrecht eigene Sanktionen, welche einen Rückgriff auf Art. 2 ZGB entbehrllich machen. Insbesondere kann der sehr späte Zeitpunkt der massgeblichen Vorbringen durch eine Prozesspartei bei der Kostenverlegung berücksichtigt werden. Bei Fehlen einer entsprechenden ausdrücklichen Gesetzesbestimmung besteht diese Möglichkeit, wenn das kantonale Prozessrecht die Kostenverlegung nach Unterliegen und Ob-siegen nur «in der Regel» vorsieht und keine abschliessende Aufzählung der Ausnahmen enthält. Die aufgelaufenen Aufwendungen können auch unnötig verursachte Umtriebe darstellen, welche unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dem Verursacher aufzuerlegen sind (BGE 123 III 229).

b) Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin bereits seit Ende September 2004 bzw. seit Februar 2005 die oben erwähnten Urteile des Tribunal d'Arrondissement de la Broye et du Nord Vaudois bzw. des Kantonsgerichts Waadt gekannt hat. Gemäss ihrer eigenen Darstellung lag diesem Rechtsstreit ein mit dem im kantonsgerichtlichen Verfahren zur Diskussion stehenden Agenturvertrag weitestgehend identischer Vertrag zugrunde, bzw. wurde von ihr im Waadtland ein Prozess mit identischer Fragestellung geführt. Die Beschwerdeführerin hätte daher Anlass gehabt, die fraglichen Urteile, welche ihren Standpunkt stützten, dem Beschwerdegegner möglichst frühzeitig bekannt zu machen. Auf der anderen Seite kann nicht übersehen werden, dass die fraglichen Urteile für das Verfahren vor Kantonsgericht keine präjudizielle Wirkung entfalteteten. Das Kantonsgericht war an diese Urteile nicht gebunden. Rein rechtlich gesehen waren diese Urteile nicht prozessentscheidend. Die Rechtsfindung war und blieb trotz dieser Entscheide Aufgabe des Kantonsgerichts (*iura novit curia*), auch wenn dabei nicht verhehlt werden kann, dass die Urteile für die Entscheidung des Beschwerdegegners, die Klage zurückzuziehen, faktisch von Bedeutung gewesen sein dürften. Waren diese Urteile unter rechtlichen Gesichtspunkten für den Ausgang des Verfahrens nicht relevant, handelt es sich dabei auch nicht um Verteidigungsmittel der Beschwerdeführerin. Dies insbesondere auch deshalb, weil den Urteilen nach der unbestrittenen Darstellung der Beschwerdeführerin im Wesentli-

chen keine anderen Argumente zu entnehmen sind, als von ihr bereits in der Klageantwort vorgebracht wurden. Die Beschwerdeführerin war daher nicht verpflichtet, die für den Prozess vor Kantonsgericht nicht entscheidenden Urteile einzureichen. Dementsprechend kann ihr auch kein klarer Verstoß gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) angelastet werden. Ebenso wenig kann ihr daher vorgeworfen werden, sie habe die Entscheide im Prozess zu spät eingereicht und damit unnötige Kosten verursacht. Demnach rechtfertigt es sich entgegen der Auffassung des Kantonsgerichts nicht, vom Grundsatz abzuweichen, wonach der Beschwerdegegner als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen und die obsiegende Beschwerdeführerin angemessen zu entschädigen hat.

Justizkommission, 13. Juni 2006

§ 46 ff. ZPO. - Unentgeltliche Prozessführung. Voraussetzung für das Eintreten auf ein neues Gesuch ist, dass der Antragsteller wesentlich veränderte Verhältnisse seit der Abweisung des ersten Gesuches geltend machen kann.

Aus den Erwägungen:

5. Der ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung abweisende Entscheid entbehrt grundsätzlich der materiellen Rechtskraft. Das Gesuch kann in veränderter Form neu gestellt werden (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau, Frankfurt a. M., Salzburg 1998, N 7 zu § 129 ZPO). Voraussetzung für das Eintreten auf ein neues Gesuch ist indes, dass der Antragsteller wesentlich veränderte Verhältnisse seit der Abweisung des ersten Gesuches geltend machen kann. Andernfalls hätte es eine trölerisch prozessierende Partei in der Hand, durch Einreichung immer neuer Armenrechtsgesuche und Ergreifung aller möglichen Rechtsmittel gegen die Abweisung derselben einen Prozess endlos in die Länge zu ziehen. Insofern kommt dem das Begehren abweisenden Entscheid «eine gewisse Rechtskraft zu» (Ries, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984, Aarau 1990, S. 161 mit Hinweisen; ZR 58 Nr. 85). Der Gesuchsteller behauptet zwar, es hätten sich inzwischen «wesentliche Sachen geändert», weshalb er ein neues Gesuch einreiche. Er legt aber nicht ansatzweise dar, dass sich seine finanziellen Verhältnisse seit dem Entscheid vom 14. August 2006 wesentlich zu seinen Ungunsten verändert hätten. Der Gesuchsteller bezweckt mit seinem neuen Gesuch offensichtlich einzig, die im ersten Verfahren versäumten Prozesshandlungen nachholen zu können. Dies verdient keinen Rechtsschutz. Auf das Gesuch kann daher nicht eingetreten werden.

Vorsitzender der Zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichts,
19. September 2006

§ 46 ff. ZPO. – Unentgeltliche Prozessführung. Voraussetzung für das Eintreten auf ein neues Gesuch ist, dass der Antragsteller wesentlich veränderte Verhältnisse seit der Abweisung des ersten Gesuches geltend machen kann.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beklagte ist der Friedensrichterverhandlung unentschuldigt ferngeblieben, weshalb er gestützt auf § 96 Abs. 2 ZPO zur Hauptverhandlung vor Kantonsgericht zu Recht peremptorisch vorgeladen wurde, d.h. unter der Androhung, dass bei seinem unentschuldigtem Ausbleiben Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden angenommen würde (§ 96 Abs. 3 ZPO). Nach konstanter zugerischer Praxis ändert daran nichts, wenn ein Beklagter in seinen Rechtsschriften den Anspruch des Klägers bestritten hat, denn im Urteil, das gestützt auf ein Säumnisverfahren ergeht, ist nicht zu berücksichtigen, was die säumige Partei in einem früheren Stadium des Verfahrens – z.B. in den Rechtsschriften – noch rechtzeitig vorgebracht hat. Im Gegensatz zu Regelungen in anderen Zivilprozessordnungen entscheidet der Richter nach § 96 ZPO im Säumnisverfahren – sofern die Verhandlungsmaxime wie im vorliegenden Fall zur Anwendung kommt – nicht aufgrund aller vorhandenen Akten (GVP 1995/96, S. 94; ROG 1971/72, S. 66). Die Vorinstanz hat daher die vom Beklagten in seinen Rechtsschriften gegen den klägerischen Anspruch erhobenen Bestreitungen nicht beachtet. Dies wird vom Beklagten gerügt. Er hält die Bestimmung von § 96 ZPO für bundesrechtswidrig, weil sie einen Rechtsverlust bewirke. Kantonale Vorschriften sind bundesrechtswidrig und damit nichtig, welche an prozessuale Säumnis den Verlust des materiellen Rechts oder des Klagerechts knüpfen (ZR 99 Nr. 20 mit Hinweisen). Der Beklagte übersieht, dass die Säumnis nicht die Folge hat, dass auf eine Klageanerkennung geschlossen würde. Es wird lediglich davon ausgegangen, dass die vom Kläger vorgebrachten tatsächlichen Behauptungen nicht bestritten würden. Da in Prozessverfahren, die von der Verhandlungsmaxime beherrscht sind, die Parteien die Herrschaft über den dem Gericht zu unterbreitenden Prozessstoff haben, steht es in ihrem Belieben zu entscheiden, welche Tatsachen sie behaupten oder bestreiten wollen. Demgemäss können sie eine vorgebrachte Bestreitung wieder zurückziehen. Von dieser Fiktion wird ausgegangen, wenn ein peremptorisch zur Hauptverhandlung vorgeladener Beklagter der Verhandlung unentschuldigt fern bleibt. Der Richter hat diesfalls aufgrund der klägerischen Vorbringen die rechtliche Begründetheit der Klage zu prüfen. Die Bestimmung von § 96 ZPO ist somit nicht bundesrechtswidrig. Sie verletzt auch den in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV normierten Anspruch auf rechtliches Gehör nicht. Der Beklagte hätte Gelegenheit gehabt, seinen Standpunkt an der Hauptverhandlung vor Kantonsgericht vorzubringen, was er indes aus freien Stücken unterlassen hat. Die Vorinstanz hat daher zu Recht die vom Beklagten in seinen Rechtsschriften vorgebrachten

Einwendungen nicht berücksichtigt, weil sie davon ausgehen dürfte, diese seien zurückgezogen worden. Die Vorinstanz hat auch zu Recht auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichtet, denn ein Beweis darf nur über streitige Tatsachen abgenommen werden (§ 150 Abs. 1 ZPO). Soweit der Beklagte seine Bestreitungen im Rechtsmittelverfahren erneut vorbringt, kann er wegen des in § 205 Abs. 1 ZPO statuierten Novenverbots nicht gehört werden. Selbst wenn seine Einwendungen berücksichtigt werden könnten, wäre nichts gewonnen, da sie sich – wie auszuführen sein wird – ohnehin als unbegründet erwiesen.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 16. Mai 2006

§§ 57 Abs. 2, 67 und 208 Ziff. 10 ZPO; § 85 GOG. – Die Unverbindlichkeit eines vor Kantonsgericht abgeschlossenen Vergleichs wegen Willensmängeln ist auf dem Beschwerdeweg und nicht mit selbständiger Klage geltend zu machen (Praxisänderung; Erw. 1). Irrtum im konkreten Fall verneint (Erw. 2).

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer macht geltend, der vor Kantonsgericht Zug abgeschlossene Vergleich vom 21. Dezember 2005 sei unverbindlich, da er einem wesentlichen Irrtum unterlegen sei. Vorab ist zu prüfen, ob diese Rüge auf dem Beschwerdeweg geltend gemacht werden kann.

a) Ein gerichtlicher Vergleich ist nicht nur ein Institut des Prozessrechts, sondern auch ein Vertrag des Privatrechts und als solcher wegen Willensmangels gemäss Art. 23 ff. OR anfechtbar, wenn auch mit gewissen Einschränkungen, die sich aus seiner Natur ergeben (vgl. BGE 110 II 46, 105 II 277).

b) In der Lehre bestehen unterschiedliche Auffassungen, wie solche Willensmängel geltend zu machen sind, wobei diese aber teilweise in der unterschiedlichen Ausgestaltung des kantonalen Prozessrechts begründet sein dürften. Nach Becker ist es ganz allgemein eine Frage des Prozessrechts, ob die Anfechtung durch Rechtsmittel oder neue Klage zu erfolgen habe (Berliner Kommentar, 2. A., Bern 1941, N 38 zu Art. 24 OR). Guldener unterscheidet, ob die Beendigung des Prozesses im Falle des gerichtlichen Vergleichs durch Gerichtsurteil erfolgt oder ob der Vergleich als Parteihandlung die Beendigung des Prozesses bewirkt. Wenn die Beendigung des Prozesses durch ein Gerichtsurteil erfolge, so könne die Unverbindlichkeit des Vergleichs wegen Willensmängeln oder ähnlicher Gründe nur auf dem Rechtsmittelweg gegen das Urteil geltend gemacht werden. Ebenso, wenn der Vergleich

einem rechtskräftigen gerichtlichen Urteil gleichgestellt sei. Bewirke der Vergleich als Prozesshandlung die Beendigung des Prozesses, so könne seine Ungültigkeit gleich derjenigen eines andern Vertrages geltend gemacht werden (Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 398). Auch nach Vogel/Spühler ist zu unterscheiden, ob der Prozess durch Sachurteil (gerichtlicher Erledigungsentscheid) erledigt wird oder ob die Prozessbeendigung ipso iure eintritt. Werde der Prozess durch Sachurteil erledigt und der Willensmangel nach Erlass des Entscheides geltend gemacht, sei der Willensmangel mit den gegebenen Rechtsmitteln zu rügen. Trete die Prozessbeendigung ipso iure ein, so fehle es an einem Anfechtungsobjekt für ein Rechtsmittel. Die Unverbindlichkeit der prozessrechtlichen Erklärung müsse daher in einem neuen Prozess geltend gemacht werden, in welchem je nach Auffassung auf Feststellung der Unverbindlichkeit zu klagen oder der ursprünglich eingeklagte Anspruch erneut zu erheben sei (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 9. Kap. N 74). Demgegenüber vertritt beispielsweise Kummer die Auffassung, dass es von Bundesrechts wegen nahe liege, dass sich die Anfechtung wegen Willensmängeln ausschliesslich nach Art. 31 OR richte; jedenfalls lasse sich die Auffassung vertreten, die Anfechtung mit Rechtsmitteln widerspreche dem Bundesrecht (vgl. ZBJV 117/1981, S. 169 f.; Übersicht über die Lehrmeinungen: BGE 110 II 47 f.).

c) Das Bundesgericht hatte sich in zwei Entscheiden mit der Frage der Anfechtung von Prozessvergleichen im Kanton Zürich zu befassen. In diesem Zusammenhang führte es aus, dass bei einem Prozessvergleich, der zu einem Erledigungsentscheid mit materieller Rechtskraft führe (wie im Prozessrecht des Kantons Zürich), Besonderheiten bestünden. Dazu gehöre insbesondere, dass der Willensmangel grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen sei (BGE 105 II 277). In einem späteren Entscheid führte das Bundesgericht aus, wegleitend sei, dass die Kantone im Rahmen ihres Prozessrechtes keine Normen erlassen dürften, welche die Verwirklichung des Bundeszivilrechts verunmöglichten oder seinem Sinn und Geist widersprächen. Es lasse sich durchaus mit Art. 31 OR vereinbaren, die Unverbindlichkeit eines Vertrages im Prozess nur dann zu berücksichtigen, wenn sie in den prozessual vorgeschriebenen Fristen und Formen geltend gemacht werde. Derartige prozessuale Schranken verstiessen nicht gegen Bundesrecht, auch wenn im Ergebnis ein bundesrechtlicher Anspruch schutzlos bleibe. Dem entspreche, dass eine Partei hinsichtlich eines streitigen Vertrags wie auch eines Prozessvergleichs das Anfechtungsrecht gemäss Art. 31 OR verwirke, wenn sie einen entdeckten Willensmangel nicht prozessual frist- und formgerecht geltend mache; dem Postulat der Rechtsprechung, dass auf jeden Fall eine Anfechtung möglich sein müsse, sei damit Genüge getan. Es verstosse daher nicht gegen Bundesrecht und insbesondere nicht gegen Art. 31 OR, wenn die Vorinstanz aufgrund des zürcherischen Prozessrechtes eine nachträgliche Anfechtungsklage nicht zugelassen habe (vgl. BGE

110 II 48 f.).

d) Im Kanton Zug präsentiert sich die Rechtslage wie folgt:

aa) Wird vor Kantonsgericht ein Vergleich abgeschlossen, beendet nicht der Vergleich selbst den Prozess, sondern erst der Beschluss, mit welchem der Prozess «abgeschrieben» wird. Dies ergibt sich aus § 67 ZPO, wonach der Entscheid über das streitige Rechtsbegehren durch Urteil geschieht und alle anderen Erledigungen des Rechtsstreits – wie Vergleich, Klagerückzug, Klageanerkennung – durch Beschluss erfolgen. Ein Erledigungsbeschluss, der aufgrund eines Vergleichs erfolgt, erwächst gemäss § 85 Abs. 1 GOG wie ein Urteil in formelle Rechtskraft. Nach § 57 Abs. 2 ZPO werden solche Erledigungsbeschlüsse auch hinsichtlich der materiellen Rechtskraft Urteilen gleichgestellt. Die Bestimmung hält ausdrücklich fest, dass die nämliche (d.h. die materielle) Rechtskraft auch Erledigungsbeschlüssen zukommt, welche aufgrund eines Abstandes von der Klage, einer Klageanerkennung oder eines Vergleichs gefasst worden sind. Ein Prozessvergleich vor Kantonsgericht führt demnach – wie im Kanton Zürich – zu einem Erledigungsentscheid mit materieller Rechtskraft. Dies ist nach Bundesrecht durchaus zulässig. Das Wesen der materiellen Rechtskraft ist rein prozessual und besteht in der Bindung jedes künftigen Richters an das Urteil und im Ausschluss jeder neuen Verhandlung und Entscheidung über die bereits beurteilte Rechtsfolge (vgl. Vogel/Spühler, a.a.O., 8. Kap. N 70). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gibt das Bundesrecht lediglich vor, dass der künftige Richter an ein Urteil bzw. Dispositiv gebunden ist (vgl. BGE 121 III 476 f.). Ob auch ein Prozessvergleich zu einem materiell rechtskräftigen Entscheid führt, wird hingegen dem kantonalen Prozessrecht überlassen (vgl. BGE 110 II 49 f., 105 II 151). Da im Kanton Zug auch ein Prozessvergleich zu einem Erledigungsentscheid mit materieller Rechtskraft führt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Willensmangel grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen (vgl. BGE 105 II 277).

bb) Gemäss § 208 Ziff. 10 ZPO ist denn auch gegen Erledigungsbeschlüsse des Kantonsgerichts die Beschwerde an die Justizkommission zulässig. Jede Erledigung des Rechtsstreits, die sich nicht materiell über die Begründetheit des streitigen Rechtsbegehrens ausspricht, erfolgt in Form eines Beschlusses (§ 67 ZPO) und unterliegt der Beschwerde an die Justizkommission (vgl. Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 76 f.). Gegen einen Beschluss des Kantonsgerichts, mit welchem die Klage zufolge Vergleichs am Protokoll abgeschrieben wird, ist daher uneingeschränkt die Beschwerde zulässig. Mit der Beschwerde können denn auch – abgesehen von den hier nicht zur Diskussion stehenden § 208 Ziff. 2, 12 und 13 ZPO – alle Mängel des Verfahrens geltend gemacht werden (§ 213 ZPO). Ist die Beschwerde begründet, so hebt die Beschwerdeinstanz den angefochtenen Entscheid auf und fällt auf Grundlage der Akten

und der gemachten Erhebungen ohne mündliche Verhandlung an dessen Stelle einen neuen Entscheid (§ 214 ZPO). Erscheint die Sache aufgrund der vorliegenden Akten noch nicht spruchreif, kann die Justizkommission sie zur weiteren Abklärung und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückweisen (§ 214^{bis} ZPO). Die Justizkommission hat demnach umfassende Kognition. Sie kann auch – wenn erforderlich – zusätzliche Erhebungen treffen, insbesondere (zusätzliche) Beweismittel abnehmen, und aufgrund der gemachten Erhebungen einen neuen Entscheid treffen, oder aber die Sache zur weiteren Abklärung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückweisen. Auch insofern spricht nichts dagegen, dass die Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs wegen Willensmängeln auf dem Beschwerdeweg zu erfolgen hat. Wie erwähnt, ist es sodann mit dem Bundesrecht vereinbar, wenn – nach kantonalem Recht – das Anfechtungsrecht gemäss Art. 31 OR innert bestimmter prozessrechtlicher Fristen auszuüben ist (vgl. Erw. 1c hievor).

cc) Denkbar wäre auch – wenn nach Ablauf der Rechtsmittelfrist neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel entdeckt werden – eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 215 ff. ZPO. Ausgeschlossen ist aber eine selbständige Klage. Das Vorliegen eines Willensmangels ändert nichts daran, dass ein Erledigungsentscheid des Kantonsgerichts (vorbehältlich der Aufhebung des Entscheides im Rechtsmittelverfahren) in formelle und materielle Rechtskraft erwächst. Zudem würde es dem Grundsatz der Rechtssicherheit widersprechen, wenn über die Rechtsmittelfristen hinaus eine Anfechtung durch selbständige Klage während der Jahresfrist von Art. 31 OR möglich wäre (vgl. dazu Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, N 8 zu § 255 TG-ZPO; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 18 zu § 285 AG-ZPO).

dd) Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass an der bisherigen zugerischen Praxis, wonach die Ungültigkeit eines vor Kantonsgericht abgeschlossenen Vergleichs wegen Willensmängeln auf dem Klageweg festzustellen ist (vgl. GVP 1981/82, S. 143 ff.), nicht mehr festgehalten werden kann. Diese übersieht, dass Erledigungsbeschlüsse des Kantonsgerichts nicht nur hinsichtlich der Vollstreckbarkeit, sondern auch hinsichtlich der materiellen Rechtskraft Urteilen gleichgestellt sind. Daraus folgt, dass einer neuerlichen Klage über den gleichen Sachverhalt die – von Amtes wegen zu prüfende – res iudicata entgegenstehen würde (vgl. Vogel/Spühler, a.a.O., 7. Kap. N 80).

ee) Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.

2. a) Der Beschwerdeführer rügt, der Grundsatz des im Rahmen eines Vergleichs zu suchenden fairen Ausgleichs der verschiedenen Parteiinteressen finde im Ergebnis des durch den Kantonsgerichtsbeschluss vom 22. Dezember 2005 genehmigten Vergleichs, der per Saldo aller Ansprüche eine

Zahlung von CHF 10'000.- sowie die Wettschlagung der Parteikosten und die Halbierung der Gerichtskosten vorsehe, keine Beachtung. Das Ergebnis trage seinem Willen und seiner Absicht für den Vergleich in keiner Art und Weise Rechnung. Mit grossem Nachdruck des die Verhandlung leitenden Kantonsrichters auf angeblich überwiegende Nachteile bei einer Verweigerung des vorgeschlagenen Vergleichs sei er von der Verhandlungsleitung zu diesem Vergleichsergebnis gedrängt worden, ohne sich mit seinem rechtskundigen Verfahrensbegleiter über die vorgeschlagene Vergleichssumme in aller Ruhe nochmals beraten zu können. Im Zeitpunkt des Vergleichs sei er sich über dessen effektives Ergebnis nicht im Klaren gewesen, namentlich sei er dem wesentlichen Irrtum erlegen, es verblieben ihm für die Behebung des effektiven Schadens noch CHF 10'000.-, was angesichts der notwendig gewordenen Parteikosten (Fach- und Rechtsberatung) nicht der Fall sei. Er ersuche daher um Wiederaufnahme der Vergleichsverhandlungen. Dabei wäre er zu folgendem Vergleich bereit: «Wettschlagen der Parteikosten, Halbierung der Gerichtskosten, Anteil an Schadensbehebung CHF 20'000.-» (vgl. Beilage 1).

b) Gemäss Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Der Irrtum ist namentlich dann ein wesentlicher, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Das Besondere bei der Anfechtung eines Vergleichs besteht darin, dass die Anfechtung wegen eines Irrtums, der sich auf einen streitigen Punkt bezieht, ausgeschlossen ist (vgl. Becker, a.a.O. N 37 zu Art. 24 OR; von Thur/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, § 23 Anm. 50, mit zahlreichen Hinweisen). Das Wesen eines Vergleichs liegt nämlich darin, dass durch seinen Abschluss eine Ungewissheit über rechtliche oder tatsächliche Verhältnisse beseitigt werden soll. Es liegt in der Natur der Sache, dass sich später für eine Partei die Richtigkeit oder Unrichtigkeit ihrer Annahme herausstellen kann. Nach konstanter Rechtsprechung wird daher die Unverbindlichkeit eines Vergleichs wegen Irrtums abgelehnt, wenn sich der Irrtum auf einen Punkt bezieht, der den Parteien zweifelhaft und unsicher erschien und den sie deshalb durch Vergleich regeln wollten (vgl. GVP 1981/82, S. 144).

c) Gegenstand des Vergleichsgesprächs im kantonsgerichtlichen Verfahren waren die Forderungsklage des Beschwerdeführers und die darin aufgeführten Schadenspositionen. Über diese Positionen – insbesondere auch über die «Rechnung für rechtliche Begutachtung und Beratung» in Höhe von CHF 5'545.30 und die «Rechnung für Mithilfe zur Abfassung der Klage» in Höhe von CHF 650.-, mithin über die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Parteikosten für Fach- und Rechtsberatung (vgl. Beilage 1, S. 5, im Verfahren Nr. A2 2005 12) – wurde ein Vergleich in Höhe von CHF 10'000.- mit einer Saldoklausel abgeschlossen. Der Beschwerdeführer bestreitet

nicht, dass er dem gerichtlichen Vergleich zugestimmt hat. Wenn er nun geltend macht, er sei dem wesentlichen Irrtum erlegen, es verblieben ihm für die Behebung des effektiven Schadens noch CHF 10'000.-, was angesichts der notwendig gewordenen Parteikosten (Fach- und Rechtsberatung) nicht der Fall sei, liegt darin von vornherein kein wesentlicher Irrtum. Wie in Erw. 2b hievordargelegt, kann sich der Irrtum bei einem Vergleich nicht auf die durch den Vergleich zu beseitigende Ungewissheit beziehen. Da sich die Parteien im gerichtlichen Vergleich über sämtliche streitigen Punkte, insbesondere auch über die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Parteikosten, geeinigt haben, ist die Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums über diesen Punkt ausgeschlossen. Im Übrigen war der Beschwerdeführer im kantonsgerichtlichen Verfahren durch seinen Bruder, Dr. iur. X, vertreten. Der Bruder des Beschwerdeführers war denn auch an der Partei- und Zeugenbefragung vom 21. Dezember 2005 und an den im Anschluss daran geführten Vergleichsgesprächen anwesend. Der Beschwerdeführer verfügte demnach, wie er selber ausführt, über einen «rechtskundigen Verfahrensbegleiter». Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschwerdeführer «mit Nachdruck» vom zuständigen Referenten zum Abschluss des Vergleichs «gedrängt» worden ist, wie er behauptet. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass ein gerichtlicher Vergleich nicht auf Angemessenheit überprüft werden kann, wenn ein Verfahrensbeteiligter im Nachhinein den Eindruck hat, die Vergleichssumme sei zu tief ausgefallen. Durch den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs soll ein Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt werden (vgl. Walder, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 25 N 14). Dem würde es widersprechen, wenn der Vergleich - wie ein Urteil - nochmals überprüft werden könnte.

Justizkommission, 30. März 2006

§ 129 Ziff. 3 ZPO. – Kaufvertrag; Zahlungsverprechen. Voraussetzungen für den Erlass eines einstweiligen Zahlungsverbot (Erw. 2). Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch in casu nicht glaubhaft gemacht (Erw. 3 und 4a). Frage nicht abschliessend beurteilt, ob ein Abrufverbot an den Begünstigten mit einem Zahlungsverbot an den Garanten ergänzt bzw. ersetzt werden kann (Erw. 4b).

Aus den Erwägungen:

2. a) Die vorliegende Zahlungsgarantie stellt eine nicht akzessorische, abstrakte Zahlungsverpflichtung der X. AG gegenüber der begünstigten Beschwerdegegnerin dar. Die Garantin hat zu leisten, wenn die in der Garantie enthaltenen Bedingungen erfüllt sind. Die Zahlungspflicht ist von der Leistungspflicht des Schuldners aus dem Grundverhältnis unabhängig (vgl. Kleiner, Bankgarantie, 4. A., Zürich 1990, N 22.01 f.). Eine Auszahlung kann deshalb nur dann verhindert werden, wenn die Inanspruchnahme der Garantie offenkundig rechtsmissbräuchlich erfolgt, also Treu und Glauben widerspricht. Rechtsmissbrauch liegt immer dann vor, wenn der Begünstigte – bei objektiver Wertung des gesamten Sachverhaltes – unter keinem vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkt berechtigt sein kann, die Bankgarantie abzurufen (Dohm, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, N 241). Der Erlass eines einstweiligen Zahlungsverbot setzt voraus, dass der Garantieauftraggeber seinen Anspruch auf Nichtthonorierung der Garantie und den Verfügungsgrund – das Drohen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils – glaubhaft macht, wobei wegen der besonderen Natur der Garantieverpflichtung an die Glaubhaftmachung strenge Anforderungen zu stellen sind (Bühler, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997, S.150 ff.; Egger, Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Garantien, SZW 1/90, S.12 ff.; Kleiner, a.a.O., N 22.14).

b) Das vorliegend beantragte Zahlungsverbot kann sich prozessual unbestrittenermassen einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO stützen. Danach kann das Kantonsgerichtspräsidium auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, Verfügungen treffen, die dazu dienen, andere als auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtete fällige Rechtsansprüche zu schützen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, sind mithin einerseits der Anspruch, der durch eine vorsorgliche Massnahme geschützt werden soll, hier also der Anspruch auf Nichtthonorierung der Garantie, und andererseits der Verfügungsgrund, d.h. die Gefährdung dieses Anspruches bei nicht sofortigem Eingreifen des Richters glaubhaft zu machen. Richtig ist

auch, dass in der Regel vorab der Verfügungsgrund analog einer Prozessvoraussetzung zu prüfen ist, bevor auf die Beurteilung des materiellrechtlichen Anspruches einzutreten ist. Das ist allerdings nicht in allen Fällen rein durchführbar; der Verfügungsgrund lässt sich nicht immer vollkommen unabhängig und losgelöst vom materiellen Anspruch beurteilen (vgl. JZ 2003/53). Der Gesuchsteller hat als Verfügungsgrund die sich aus der zeitlichen Dauer eines ordentlichen Prozesses ergebende Gefährdungssituation glaubhaft zu machen, welche die Durchsetzung des Rechtsanspruchs massgeblich erschweren oder gar illusorisch machen kann (Michael Leupold, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 2000, S. 265). Die dabei bundesrechtlich vorgeschriebene Herabsetzung des Beweismasses (Glaubhaftmachung) hat zur Folge, dass der Beschwerdeführer keinen vollen Beweis für seine Behauptungen erbringen, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dartun muss. Umgekehrt hat aber auch die Beschwerdegegnerin keinen strikten Gegenbeweis zu führen, sondern kann sich ebenfalls mit der Glaubhaftmachung ihrer Einwendungen begnügen (BGE 103 II 287 ff. E. 2). Als Verfügungsgrund kommt nur der Nachteil in Frage, der aus der mit dem Hauptverfahren verbundenen Verzögerung der Rechtsdurchsetzung resultiert. Wird lediglich ein finanzieller Schaden geltend gemacht und gibt die Zahlungsfähigkeit des Gesuchsgegners nicht zu Zweifeln Anlass, so fehlt es in der Regel an einem entsprechenden Verfügungsgrund.

3. a) Die Vorinstanz hat das Gesuch bereits mangels Verfügungsgrundes abgewiesen. Sie hielt dafür, den Ausführungen des Beschwerdeführers könne nicht rechtsgenügend entnommen werden, inwiefern ihm im Sinne von § 129 Ziff. 3 ZPO ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil drohe. Aus seinen Darlegungen gehe insbesondere nicht hervor, dass und inwiefern ihm ein Schaden entstehen könne, der ihm mit Geld nicht ersetzt werden könne. Der Beschwerdeführer mache auch nicht geltend, die Solvenz der Beschwerdegegnerin sei zweifelhaft. Entsprechende Ausführungen zum Verfügungsgrund hätte es aber umso mehr bedurft, als die Auseinandersetzungen zwischen den Parteien bereits seit August 2005 andauerten.

b) Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich im Wesentlichen geltend, bereits aus dem Gesuch gehe eindeutig hervor, wie es die Beschwerdegegnerin mit dem Grundsatz von Treu und Glauben halte. Offensichtlich habe sie den Beschwerdeführer über den Tisch gezogen und diesem einen Schaden von über CHF 50'000.- zugefügt. Die Beschwerdegegnerin verhalte sich seit Beginn der Vertragsverhandlungen äusserst widersprüchlich, unredlich und hinterhältig. Deren Verwaltungsrat verleugne, dass Dr. F. der wirtschaftlich Berechtigte der Beschwerdegegnerin sei, weshalb die wahren Eigentumsverhältnisse offen zu legen seien. Der Beschwerdeführer laufe durch die dubiosen Machenschaften der Beschwerdegegnerin ernsthaft Gefahr, seinen

Anspruch auf Schadenersatz zu verlieren bzw. diesen nicht vollstrecken zu können. Dr. F. gelte als wirtschaftlich Berechtigter der Beschwerdegegnerin, deren Vermögen offensichtlich ausschliesslich aus der verkauften Terrassenwohnung und dem fraglichen Luftschutzkeller bestehe. Nachdem Terrassenwohnung und Luftschutzkeller verkauft seien, drohe der Abzug der entsprechenden Erlöse und damit die Aushöhlung der Gesellschaft, sodass sich der Beschwerdeführer mit seiner Forderung einer ausgehöhlten Mantelgesellschaft gegenüber sehen könnte. Nach dem bisherigen Geschäftsgebaren sei doch stark zu befürchten, dass die Beschwerdegegnerin alles daran setze, dass der Beschwerdeführer im Falle eines positiven Schadenersatzurteils mit leeren Händen da stehen werde. Wie dem Beschwerdeführer von Dr. F. klar gemacht worden sei, habe dieser kein Interesse mehr an dieser Firma. Nachdem das Gerichtspräsidium Zug insbesondere diesen Punkt als nicht rechtsgenügend beurteilt habe, obschon alle diese Details bereits vorgebracht worden seien, sei nun erstaunlicherweise herausgefunden worden, dass Dr. F. gar keinen Wohnsitz in der Schweiz habe und also auch keine Steuern bezahle bzw. bezahlt habe. Er habe weder das Schweizer Bürgerrecht noch sei er in der Schweiz wohnhaft, weshalb er auch die gesetzlichen Vorschriften betreffend Mitglieder des Verwaltungsrates umgehe, indem er B. treuhänderisch als Verwaltungsrat beauftragt habe. Mit diesen neuen Erkenntnissen dürfte wohl der letzte Zweifel ausgeräumt sein – so der Beschwerdeführer weiter –, dass er es nicht mit einem loyalen Vertragspartner zu tun habe und seine Gegenforderung im höchsten Masse gefährdet sei. Um nicht über eine Verantwortlichkeitsklage im Ausland (bleibe die Frage wo?) gegen F. vorgehen zu müssen, sei die Beschwerde gutzuheissen, um den Beschwerdeführer zu schützen.

c) Der Beschwerdeführer hat entgegen seinen Behauptungen in seinem Massnahmegesuch keine rechtsgenügenden Ausführungen zum Verfügungsgrund gemacht. Er hat sich bei genauem Hinsehen lediglich mit der Frage der Täuschung über den Kaufgegenstand im Rahmen der Vertragsverhandlungen und des Vertragsabschlusses befasst. Damit hat er zwar seinen Verfügungsanspruch aus seiner Sicht einlässlich begründet; insbesondere hat er damit darzulegen versucht, dass die Beschwerdegegnerin, wenn sie das Zahlungsverprechen der X. AG in Anspruch nimmt, rechtsmissbräuchlich handelt. Er ist nun aber offenbar der Auffassung, seine Darstellung, wonach ihn die Beschwerdegegnerin bzw. deren angeblicher Vertreter und wirtschaftlich Berechtigter, Dr. F., bei den Vertragsverhandlungen getäuscht habe, genüge, um seine Schadenersatzforderung auch als gefährdet erscheinen zu lassen. Dieser Auffassung kann offensichtlich nicht gefolgt werden. Den Ausführungen im Massnahmegesuch können nun mit dem besten Willen die in der Beschwerde aufgestellten Behauptungen und Schussfolgerungen nicht entnommen werden. In Tat und Wahrheit hat der Beschwerdeführer zur Nachteilsprognose überhaupt keine konkreten Ausführungen gemacht. Das versucht er nun in seiner Beschwerde nachzuholen. Was er hier nun vorträgt,

mag an sich geeignet sein, den Verfügungsgrund darzulegen. Indes handelt es sich dabei um unzulässige Noven, mit denen er im Beschwerdeverfahren nicht mehr gehört werden kann. Gemäss § 212 i.V.m. § 205 Abs. 1 ZPO sind nämlich neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel nur zulässig, wenn eine Partei wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht habe anrufen können. Als unzulässige Noven erweisen sich aber auch die vom Beschwerdeführer selbst als echte Noven angerufenen, nachträglich eingeholten Bestätigungen und Auskünfte. Es trifft zwar zu, dass diese Belege erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden bzw. angefordert worden sind. Das ändert indes nichts daran, dass es sich dabei gleichwohl um unzulässige Noven handelt, da sich der Beschwerdeführer bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt - wie die Beschwerdegegnerin mit Recht geltend macht - diese Unterlagen längst hätte beschaffen können und hierzu auch Anlass gehabt hätte. Können mithin die neuen Vorbringen und Beweismittel zum Verfügungsgrund samt und sonders im Beschwerdeverfahren nicht mehr gehört werden, ist die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden.

4. a) Im Übrigen wäre im vorliegenden Fall aber auch der Verfügungsanspruch nicht genügend glaubhaft gemacht. Wie erwähnt, muss bei einer Bankgarantie die Massnahme strikte auf rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme beschränkt bleiben und es darf als Rechtsmissbrauch wirklich nur schlechthin nicht mehr zu tolerierendes Verhalten betrachtet werden, was namentlich etwa bei einer betrügerischen Inanspruchnahme der Garantie der Fall ist (Kleiner, a.a.O., S. 203 ff. N 21.43 ff., S. 235 f. N 22.14). Davon kann jedoch unter Berücksichtigung der Beschwerdeantwort kaum die Rede sein. Die Frage muss indes nicht abschliessend beurteilt werden.

b) Schliesslich ist auch die Zuständigkeit des zugerischen Richters zum Erlass eines Auszahlungsverbot gegenüber der X. AG, Luzern, zumindest fraglich. Ob eine Massnahme gegenüber einer Partei, die ausserhalb des Prozesses steht, an sich zulässig ist, richtet sich nach dem anwendbaren Prozessrecht und hängt zudem davon ab, ob das Gericht des Hauptprozesses Jurisdiktion über die Bank hat (Kleiner, a.a.O., S. 228 N 22.05). Ist - wie hier - unter der Garantie ein Anspruch gegeben, dürfte diese aber aus dem Grund- oder Hauptschuldverhältnis heraus nicht abgerufen werden, kann es zudem nicht angehen, ein Abrufverbot an den Begünstigten (was im vorliegenden Fall wohl in erster Linie angezeigt gewesen wäre) schlicht und einfach mit einem Zahlungsverbot an den Garanten zu ergänzen bzw. zu ersetzen (Kleiner, a.a.O., S. 229 N 22.06). Auch diese Fragen brauchen hier nicht abschliessend entschieden zu werden.

Justizkommission, 27. Januar 2006

2. Strafrechtspflege

§§ 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 2, 15 Abs. 1, 20 Abs. 1, 27 und 29 StPO. – Herausgabepflicht Dritter; Akteneinsicht des Privatklägers in die edierten Unterlagen. Wer zur Edition aufgefordert wird, muss sich grundsätzlich in diesem Zeitpunkt auf sein allfälliges Verweigerungsrecht berufen und die Edition verweigern, allenfalls die Siegelung verlangen. Er kann damit nicht zuwarten, bis den Prozessbeteiligten Akteneinsicht gewährt wird, und sich erst in diesem Zeitpunkt dagegen zur Wehr setzen. Nur wenn das Strafverfahren nachträglich ausgedehnt wird und die edierten Akten eine weitergehende Verwendung finden, als in der Editionsverfügung dargelegt wurde bzw. werden konnte, namentlich etwa nachträglich neu hinzugekommenen Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht gewährt werden soll, wäre denkbar, dass der Editionsverpflichtete sich auch noch mit Beschwerde gegen die Akteneinsichtsverfügung auf sein Editionsverweigerungsrecht im Sinne von § 29 Abs. 3 StPO berufen könnte.

Aus den Erwägungen:

3. a) Das Recht auf Akteneinsicht ist als Grundlage des Äusserungs- und Antragsrechts eines Prozessbeteiligten elementarer Bestandteil des rechtlichen Gehörs (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 55 N 12 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Der Umfang dieses Anspruchs wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben. Wo sich dieser kantonale Rechtsschutz als ungenügend erweist, greifen die unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs Platz, die dem Bürger in allen Streitsachen ein bestimmtes Mindestmass an Verteidigungsrechten gewährleisten (vgl. BGE 118 Ia 18 f. mit Hinweisen). Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 3 EMRK verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher einen wichtigen und deshalb eigens aufgeführten Teilaspekt des allgemeineren Grundsatzes des fairen Verfahrens von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellt, ergibt sich für den Beschuldigten das grundsätzlich uneingeschränkte Recht, in alle für das Verfahren wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen. Das Akteneinsichtsrecht soll sicherstellen, dass der Angeklagte als Verfahrenspartei von den Entscheidungsgrundlagen Kenntnis nehmen und sich wirksam und sachbezogen verteidigen kann (BGE 129 I 85 E. 4.1 mit Hinweisen). Werden Verfahren gegen mehrere Beschuldigte in der gleichen Sache getrennt geführt, so hat jeder Anspruch auf Beizug und Einsicht in die Akten der Mitangeklagten (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 55 N 17b).

b) Die zugerische Strafprozessordnung regelt das Akteneinsichtsrecht unterschiedlich für den Beschuldigten bzw. die Verteidigung einerseits und für den Privatkläger andererseits.

aa) Gemäss § 32 Abs. 1 StPO gewährt der Untersuchungsrichter dem Angeeschuldigten oder seinem Verteidiger nach Aufnahme des Schlussverhörs, mithin nach Abschluss der Untersuchung, Einsicht in die Untersuchungsakten. Soweit der Untersuchungszweck nicht gefährdet erscheint, ist nach § 10^{quater} Abs. 1 StPO dem Verteidiger – und damit selbstredend auch dem Beschuldigten – eine Einsichtnahme schon in einem früheren Stadium der Untersuchung zu gewähren. Vom Umfang her ist das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten mithin nach zugerischem Strafprozessrecht uneingeschränkt. Lediglich im Hinblick auf den Zeitpunkt der Akteneinsicht steht den Strafuntersuchungsbehörden ein Ermessensspielraum offen, um der Kollusionsgefahr zu begegnen (§ 10^{quater} Abs. 1 StPO). Soweit also nicht übergeordnetes Bundesrecht etwas anderes stipuliert, wie das etwa für Beweismittel der Fall ist, die sich auf Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse beziehen (vgl. etwa Art. 68 PatG; Art. 15 UWG), besteht keine Einschränkung. Immerhin ist auch nach zugerischer Praxis anerkannt, dass grundsätzlich kein Einsichtsrecht in die Akten über die persönlichen Verhältnisse der Mitangeschuldigten besteht. Ebenso sollte das Einsichtsrecht wohl im übergeordneten Interesse des Beschuldigten selbst beschränkt werden können bei medizinischen Befunden oder psychiatrischen Gutachten, also zum Schutze seiner Persönlichkeit, namentlich wenn ihm die Kenntnis des Gutachtens zu schwerem Nachteil gereichen könnte. Denkbar wäre auch eine Einschränkung mit Bezug auf Akten, die mit Rücksicht auf die Landesverteidigung oder die öffentliche Sicherheit geheim zu halten sind (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 55 N 20). Sodann ergeben sich insofern gewisse Einschränkungen, als gemäss § 29 Abs. 4 StPO die Identität eines Zeugen zu dessen persönlichem Schutz ausnahmsweise geheim gehalten werden kann. Der verfassungsmässige Anspruch auf Akteneinsicht geht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hingegen weniger weit. Art. 29 Abs. 2 BV gewährt selbst in Bezug auf urteilserhebliche Aktenstücke kein uneingeschränktes Einsichtsrecht. Einschränkungen sind – immer unter dem Gesichtspunkt der Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 2 BV und nicht unter demjenigen der massgebenden Bestimmungen des kantonalen Verfahrensrechts – zulässig, soweit diese durch überwiegende öffentliche oder berechtigte Geheimhaltungsinteressen Dritter gerechtfertigt sind (Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. A., Bern 2005, N 394).

bb) Nach § 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 2 StPO ist der Privatkläger berechtigt, Akteneinsicht zu nehmen, soweit es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist und der Untersuchungszweck dadurch nicht gefährdet wird und keine anderen überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Als Privatkläger gilt dabei der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen, wobei der Strafantrag der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt ist (§ 11 Abs. 1 StPO). Das Akteneinsichtsrecht des Privatklägers ist – im Unterschied zu demjenigen des Beschuldigten – generell

auf das zur Wahrung seiner rechtlich geschützten Interessen Erforderliche beschränkt. Es erstreckt sich deshalb von vornherein nur auf diejenigen Unterlagen, die in einem direkten oder indirekten Bezug zur Straftat stehen, aufgrund derer der Privatkläger in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen erscheint (Niklaus Oberholzer, a.a.O., N 592). Im Übrigen kann das Recht auf Akteneinsicht auch aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitet werden, wie sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV bzw. Art. 29 BV ergibt (vgl. BGE 113 Ia 4 mit Hinweisen). Voraussetzung eines aus der Verfassung hergeleiteten Akteneinsichtsrechts ist die Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses, wobei zur Bejahung desselben eine Verfahrenseteiligung nicht notwendig ist (BGE 110 Ia 83 ff.; GVP 1989/90 S. 146). Im Untersuchungsverfahren ist es Sache des Untersuchungsrichters, dafür zu sorgen, dass die Parteien bzw. andere Berechtigte ihre Rechte ausüben können, andererseits aber keine Gelegenheit erhalten, diese zu missbrauchen und weiter in die Privatsphäre des Beschuldigten oder Dritter einzudringen, als es eine legitime Interessenwahrung erfordert. Der Untersuchungsrichter hat die gegensätzlichen Interessen abzuwägen und unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls inwieweit Akteneinsicht zu gewähren ist; der Untersuchungsrichter hat dies in einer Verfügung vorzunehmen, die von den Parteien bzw. Betroffenen auf dem Beschwerdeweg angefochten werden kann (vgl. zum Ganzen GVP 1985/86 S. 141 ff. mit Hinweisen).

4. a) Die Beschwerdeführerin macht Geschäftsgeheimnisse, Internas und die Gefahr einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit als Gründe für eine Ausnahme von der Akteneinsicht geltend und erwähnt dabei, die Editionsspflicht sei in den Editionsverfügungen vom 13. März und 8. April 2003 ausdrücklich mit dem Hinweis auf allenfalls strafrechtlich relevantes Verhalten von ihren ehemaligen «Mitgliedern» R. und S. im Zusammenhang mit dem Kontrollstellenbericht für das Jahr 2000 begründet worden. Aus der Akteneinsichtsverfügung vom 5. Januar 2006 gehe nicht hervor, wie die verschiedenen Verfahren (Unt.Nr. 2002/XXX, 2005/XXXX, 2005/XXXX und 2005/XXXX) mit dem Verfahren zusammenhängen würden, in welchem die Aktenedition verfügt worden sei und weshalb die Akten, welche im Rahmen des Verfahrens URA 2002/XXX ediert worden seien, Teil der Akten dieser neuen Verfahren sein sollten.

b) Gemäss Auskunft der zuständigen Untersuchungsrichterin wurde die Strafuntersuchung ursprünglich unter der Untersuchungsnummer 2002/XXX geführt. In der Folge wurde das Strafverfahren gegen die Angeeschuldigten R. und S. vom ursprünglichen abgetrennt und unter der neuen Unt.Nr. 2005/XXXX weitergeführt. Gegen die übrigen, bereits in der Editionsverfügungen der Untersuchungsrichterin vom 13. März und 8. April 2003 genannten Angeschuldigten wird die Strafuntersuchung nun unter den

Unt.Nr. 2006/XXX (T.) und 2005/XXXX (Stiftungsräte der U.) geführt. Aufgrund einer Strafanzeige der Stiftung X. wird sodann ein weiteres, mit den vorstehend genannten zusammenhängendes Verfahren unter der Unt.Nr. 2005/XXXX geführt. Die «Aktенführung» erfolgt für sämtliche dieser Verfahren derzeit noch immer unter der ursprünglichen Unt.Nr. 2002/XXX, mit Ausnahme der persönlichen und der neuen, nach Abtrennung der Verfahren erhobenen Akten, welche nunmehr unter den neuen Untersuchungsnummern akturiert werden (Aktentotiz vom 28. März 2006 [Prozessbeilage 6]).

c) Gemäss § 20 Abs. 1 StPO bedarf es zu Durchsuchungen sowie zur Beschlagnahme von Beweisstücken der Anordnung durch den Untersuchungsrichter, wobei Zweck und Ausdehnung der Massnahme genau zu bezeichnen sind. Nach konstanter Rechtsprechung der Justizkommission sind die Herausgabepflicht Dritter und die Verpflichtung zur Erteilung schriftlicher Auskünfte auch ohne ausdrückliche Regelung in der zugerischen StPO zulässig (z.B. GVP 1987/88, S. 152 f.; JS 1993/6 sowie GVP 1993/94, S. 197 ff.). Beiden Verpflichtungen liegt der Untersuchungsgrundsatz von § 15 Abs. 1 StPO zu Grunde und sie lassen sich aus der Zeugnispflicht gemäss § 27 StPO ableiten. Zudem ergeben sie sich als minus (nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit) aus der in § 20 StPO festgehaltenen allgemeinen Kompetenz zur Vornahme von Durchsuchung und Beschlagnahme bzw. – in Bezug auf die schriftliche Auskunft – aus § 23 Abs. 1 StPO in fine (GVP 1987/88, S. 152 f. und GVP 1993/94, S. 200; vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 70 N 3). Erforderlich ist lediglich, dass ein adäquater Zusammenhang zwischen den zu edierenden Unterlagen bzw. der schriftlichen Auskunft und der verfolgten Straftat besteht. Bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs sind sodann die von der Verfassung geschützten Freiheitsrechte zu beachten, woraus sich Grenzen für die Beschlagnahme von Beweismitteln im Gewahrsam Dritter ergeben (vgl. Hansjörg Rasch, Die Beschlagnahme von Beweismitteln im Gewahrsam Dritter im schweizerischen Strafprozess, Zürich 1975, S. 52 ff.). Personen, die das Zeugnis verweigern dürfen, können sich der Mitwirkung an der Abklärung des Sachverhaltes insoweit entschlagen, als ihnen – in Analogie zum Recht der Zeugnisverweigerung (§ 29 StPO) – ein Editionsverweigerungsrecht zusteht; sie müssen mit anderen Worten im gleichen Umfang, in dem sie die Aussage verweigern dürfen, Urkunden und andere Beweisgegenstände nicht herausgeben, dies nach dem Grundsatz: «Was der Mund nicht zu offenbaren braucht, muss auch die Hand nicht preisgeben» (vgl. Robert Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 256 f.; vgl. Niklaus Schmid, a.a.O., N 745; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 69 N 5 ff. und § 70 N 24).

d) Wer zur Edition aufgefordert wird, muss sich mithin grundsätzlich in diesem Zeitpunkt auf sein allfälliges Verweigerungsrecht berufen und die Edition verweigern, allenfalls die Siegelung verlangen. Er kann damit nicht zuwarten, bis den Prozessbeteiligten Akteneinsicht gewährt wird, und sich

erst in diesem Zeitpunkt dagegen zur Wehr setzen. Die Beschwerdeführerin hat sich denn auch bereits gegen die Editionsverfügung vom 13. März 2003 auf das Verweigerungsrecht im Sinne von § 29 Abs. 3 StPO berufen und deshalb eine Wiedererwägung der Editionsverfügung verlangt. Mit Verfügung vom 8. April 2003 hat die Untersuchungsrichterin in der Folge ein Editionsverweigerungsrecht der Beschwerdeführerin verworfen und deren Editionsspflicht bestätigt. Dagegen hat die Beschwerdeführerin keine Beschwerde geführt, sondern in ihrem Schreiben vom 15. April 2003, mit welchem sie ihrer Editionsspflicht nachkam, lediglich den Antrag gestellt, «dass der Privatklägerin gestützt auf § 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 2 StPO bis zum Abschluss der Untersuchung keine Einsicht in die von uns eingereichten Akten zu gewähren sei, da darin Internas und Geschäftsgeheimnisse von V. AG enthalten sind, die nicht für die Privatklägerin bestimmt sind». Mit Schreiben vom 14. Mai 2003 hat sie sodann darauf hingewiesen, dass sich in den eingereichten Unterlagen «V-interne Analysen und fachliches Know-how (wie z.B. ein Vorschlag für ein Management-Informationssystem oder Vorschläge für Bewertungs- und Bilanzierungsgrundsätze usw.), die nicht tel quel der Privatklägerin offen gelegt werden dürfen», befänden. Es ist mithin nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin diese Vorbringen nicht bereits mit Beschwerde gegen die Editionsverfügung hätte geltend machen können. Nur wenn das Strafverfahren nachträglich ausgedehnt wird und die edierten Akten eine weitergehende Verwendung finden, als in der Editionsverfügung dargelegt wurde bzw. werden konnte, namentlich etwa nachträglich neu hinzugekommenen Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht gewährt werden soll, wäre denkbar, dass der Editionsverpflichtete sich auch noch mit Beschwerde gegen die Akteneinsichtsverfügung auf sein Editionsverweigerungsrecht im Sinne von § 29 Abs. 3 StPO berufen könnte. Vorliegend wurden die Strafverfahren jedoch lediglich aus verfahrenstechnischen Gründen (für W. sollte das abgekürzte Verfahren durchgeführt werden) vom ursprünglichen abgetrennt und unter verschiedenen neuen Fallnummern weitergeführt. Wie bereits erwähnt, wurden in den Editionsverfügungen der Untersuchungsrichterin vom 13. März und 8. April 2003 neben den ehemaligen Mitarbeitern der V. auch alle anderen Angeschuldigten namentlich aufgeführt. Neu ist lediglich die Privatstrafklage der Stiftung X. gegen die Prokuristin der Y1. AG und der Y2., Z., hinzugekommen. Die Beschwerdeführerin macht nun aber nicht geltend, dass sich ihre Interessenlage mit Bezug auf diese Beteiligten in irgendeiner Weise anders präsentieren würde als hinsichtlich der übrigen Prozessbeteiligten. Nachdem es die Beschwerdeführerin aber damals unterliess, gegen die Editionsverfügung Beschwerde zu führen, um ihr Risiko einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit oder andere Geheimhaltungs- bzw. Schutzinteressen zur Geltung zu bringen, kann sie das heute nicht nachholen. Ihre Vorbringen erweisen sich als verspätet, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann.

Justizkommission, 26. Oktober 2006

§§ 11^{ter} Abs. 1 und 80 StPO. – Gegen die Ablehnung von beantragten Untersuchungshandlungen ist kein Rechtsmittel gegeben. Die Weigerung des Untersuchungsrichteramtes, eine verlangte Untersuchungshandlung vorzunehmen, gehört nicht zu den in § 80 StPO ausdrücklich genannten Beschwerdefällen. Eine grosszügige Auslegung der Generalklausel von § 80 Ziff. 1 StPO widerspricht aber klar § 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 1 StPO. Damit kann bereits nach Konsultation des zugerischen Verfahrensrechts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung erkannt werden.

Aus den Erwägungen:

3. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Abweisung einer von den Privatklägern beantragten Aktenergänzung (wozu auch eine allfällige Kontensperre zu zählen ist) in laufender Strafuntersuchung.

Auf die Beschwerde kann nicht eingetreten werden:

a) Gemäss § 11^{ter} Abs. 1 StPO ist der Privatkläger, soweit es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist, u.a. berechtigt, Untersuchungshandlungen vorzuschlagen (Ziff. 1) und Rechtsmittel gemäss § 70 ff. zu ergreifen (Ziff. 4). Schon die Wortwahl von Ziff. 1 zeigt, dass der Privatkläger keinen Anspruch darauf hat, Anträge zu stellen, die – wenn der Untersuchungsrichter ihnen nicht entsprechen will – in einem förmlichen Entscheid zu behandeln wären. Es steht ihm nur das Recht zu, Vorschläge für Untersuchungshandlungen einzubringen. Aus diesem Vorschlagsrecht kann der Privatkläger aber keinerlei weitere Rechte ableiten (GVP 2003 S. 227 ff.). Ob der Untersuchungsrichter den Vorschlägen des Privatklägers folgen will oder nicht, steht in seiner alleinigen Kompetenz. Schon von daher erscheint es ausgeschlossen, dass gegen seine Weigerung ein Rechtsmittel gegeben ist.

b) Eine Beschwerde lässt sich denn auch nicht auf § 80 StPO stützen, der in den Ziff. 1 - 13 die Fälle (mit Ausnahme der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde gemäss § 15 Abs. 1 Ziff. 2 GOG) abschliessend aufzählt, in denen die Beschwerde zulässig ist (GVP 1987/88, S. 156). Die Weigerung des Untersuchungsrichteramtes, eine verlangte Untersuchungshandlung vorzunehmen, gehört nicht zu den in § 80 StPO ausdrücklich genannten Beschwerdefällen. Sie kann aber auch nicht etwa als Rechtsverweigerung im Sinne von § 80 Ziff. 2 StPO qualifiziert werden. Unter der «Verweigerung der Rechtspflege» ist nach konstanter Praxis der Justizkommission 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, andern-

falls könnte mit der Rüge der Rechtsverweigerung die 10-tägige Beschwerdefrist von § 82 Abs. 1 StPO – die für Rechtsverweigerungsbeschwerden nicht gilt – illusorisch gemacht werden. Die zugerichte Rechtsverweigerungsbeschwerde ist nicht kassatorischer, sondern disziplinarischer Natur (ROG 1973/74, S. 74). Ebenso wenig kann gegen den in Frage stehenden Entscheid des Untersuchungsrichteramtes mit einer allgemeinen Aufsichtsbeschwerde gestützt auf § 15 Abs. 1 Ziff. 2 GOG angegangen werden. Die Aufsichtsbeschwerde hat nicht die Funktion eines Ersatzes für ein nicht existierendes prozessuales Rechtsmittel (BJM 1996, S. 326).

c) Aber selbst wenn man die Ablehnung einer beantragten, konkreten Untersuchungshandlung – entgegen dem Wortlaut von § 80 Ziff. 1 StPO – in weitherziger Auslegung unter die dort genannte Generalklausel der «Untersuchungshandlung» subsumieren wollte, erscheint die Beschwerde aus folgenden Überlegungen als unzulässig:

Vor der am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Teilrevision der Strafprozessordnung sah § 32 Abs. 2 aStPO vor, dass dem Beschuldigten nach Aufnahme des Schlussverhörs Gelegenheit zu Aktenergänzungsbegehren zu geben sei. Wollte der Untersuchungsrichter einem entsprechenden Begehren keine Folge geben, hatte er dieses in der Überweisungsverfügung in begründeter Form abzuweisen (§ 33 i.V.m. § 34 aStPO). Gegen die Überweisungsverfügung und damit auch gegen die Abweisung von Aktenergänzungsbegehren war nach § 36 aStPO die Beschwerde an die Justizkommission zulässig. Durch die erwähnte Gesetzesrevision vom 19. Dezember 2002 wurde nun die 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 insbesondere ausgeführt, Gegenstand der Beschwerde gegen die Überweisung seien in der Regel abgewiesene Aktenergänzungsbegehren. Bei der Überprüfung der Frage, ob der Untersuchungsrichter Aktenergänzungsbegehren zu Recht abgewiesen habe, sei die Justizkommission nach ihrer konstanten Praxis nicht verpflichtet, sich mit den einzelnen Beweisanträgen so eingehend zu befassen, wie sie es tun müsste, wenn sie darüber endgültig zu befinden hätte (GVP 1985/86, S. 148). Vielmehr müsse eine summarische Prüfung genügen, welche den erkennenden Richter nicht zu binden vermöge. Die abschliessende Beurteilung von abgenommenen Beweisen und gestellten Beweisanträgen mit allenfalls vorweggenommener Würdigung der Überzeugungskraft eines zusätzlich beantragten Beweismittels sei Sache des erkennenden Richters im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung. Es sei daher anzustreben, ihm eine rasche Beurteilung zu ermöglichen. Weiter wird ausgeführt, dies ändere nichts an der Pflicht des Untersuchungsrichters, «die für die Parteiverhandlung erforderlichen Beweismittel» zu sammeln

(§ 15 StPO), andernfalls ihn der erkennende Richter zu einer Ergänzung auffordern könne. Aus diesen Überlegungen heraus hielt das Obergericht in seinem Bericht an den Kantonsrat abschliessend fest, 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. Damit steht aber fest, dass mit der erwähnten Gesetzesänderung die Beschwerde gegen abgewiesene Aktenergänzungsbegehren nicht mehr zulässig ist. Wäre also vorliegend gegen die den Beweisantrag ablehnende Verfügung die Beschwerde zulässig, würde dies de facto eine Umgehung des genannten Revisionsgedankens bedeuten. Kann gegen die Überweisungsverfügung selbst bzw. gegen die damit allenfalls verbundene Abweisung von Aktenergänzungsbegehren keine Beschwerde mehr geführt werden, drängt es sich auf, eine solche Beschwerdemöglichkeit auch in laufender Untersuchung zu verneinen. Würde man anders entscheiden, hätte es der Beschuldigte in der Hand, frühzeitig Beweisanträge zu stellen und einen Entscheid des Untersuchungsrichters zu provozieren, um sich dadurch ein Beschwerderecht zu sichern, das ihm bei Abschluss der Untersuchung gerade nicht zusteht. Die vorliegende Beschwerde ist auch aus diesem Grunde unzulässig (JS 2004/86 mit Hinweis auf JS 2003/24, 39, 44, 69 und JS 2004/17, 43, 46).

4. Kann nach dem Gesagten auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, sind die Kosten grundsätzlich dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Das Untersuchungsrichteramt hat nun allerdings seine Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und die Beschwerde als zulässiges Rechtsmittel bezeichnet. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfen den Parteien gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 9 BV) aus einer unrichtigen behördlichen Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen (BGE 119 IV 334 mit Hinweis). Das bedeutet, dass ein Absehen von der Auferlegung von Kosten und die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführer in Betracht zu ziehen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.235/2002 vom 13. März 2003). Allerdings geniesst nach dieser Rechtsprechung nur Vertrauensschutz, wer die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht kennt und sie auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Bloss eine grobe prozessuale Unsorgfalt einer Partei oder ihres Vertreters soll aber dazu führen, eine falsche Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Nach bundesgerichtlicher Praxis liegt eine solche dann vor, wenn der Private oder sein Rechtsanwalt die Mängel der Belehrung schon allein durch die Konsultierung des massgeblichen Verfahrensrechts hätte erkennen können (BGE 124 I 255 mit Hinweis). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein erheblicher Fehler vorliege, ist sodann an die

Sorgfalt des Anwalts ein strengerer Massstab anzulegen als an jene eines rechtsunkundigen, nicht vertretenen Beschwerdeführers (Urteil 1A.235/202 vom 13. März 2003 mit Hinweis auf BGE 124 I 255, sinngemäss).

Im vorliegenden Fall hätte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer bereits nach Konsultation des zugerischen Verfahrensrechts erkennen können, dass eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung vorliegt. Wie ausgeführt, wird die Ablehnung von beantragten Untersuchungshandlungen in § 80 StPO nicht erwähnt. Diesen Fall unter die Generalklausel von § 80 Ziff. 1 zu subsumieren widerspricht sodann dessen Wortlaut und ist nur bei grosszügiger Auslegung allenfalls vertretbar. Einer solchen Auslegung widerspricht aber – wie ebenfalls bereits ausgeführt – klar § 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 1 StPO. Unter diesen Umständen muss es aber bei der Kostenauflege an die Beschwerdeführer sein Bewenden haben.

Justizkommission, 24. Mai 2006

§ 12 Abs. 1bis StPO; Art. 1 Abs. 2, Art. 3 und Art. 7 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz; §§ 4 und 56 DR. – Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) als erkennungsdienstliche Massnahme. Der WSA stellt einen – wenn auch nur geringfügigen – Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen dar und setzt deshalb neben einer gesetzlichen Grundlage und einem öffentlichen Interesse auch die Verhältnismässigkeit voraus. Steht mithin von vornherein unzweifelhaft fest, dass eine DNA-Analyse für die zulässigen Zwecke gemäss Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz nicht in Betracht kommt, erscheint die Probenahme als unverhältnismässig und es ist deshalb darauf zu verzichten.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 56 des Dienstreglements für die Zuger Polizei [DR; BGS 512.3] müssen Untersuchungsgefangene und Personen, die eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt werden, erkennungsdienstlich behandelt werden (Abs. 1). Die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen umfasst das Erstellen von Lichtbildern, die Abnahme von Finger- und Handflächen-Abdrücken, die Abnahme von Schriftproben, die Feststellung und Sicherung anderweitiger Spuren und Befunde am Körper und an den Kleidern, soweit dies nicht Sache des Arztes ist (Abs. 3). Unter erkennungsdienstlichen Massnahmen versteht man sämtliche Handlungen, welche den staatlichen Organen, namentlich der Polizei, dazu dienen, Personen zu identifizieren (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6.A., Basel/Genf/München 2005, § 72 N 16). Sie verfolgen das doppelte Ziel, einerseits aufgrund der erfassten Merkmale nicht aufgeklärte Straftaten be-

stimmten Personen zuzuordnen und andererseits bei künftigen Taten eine Wiedererkennung zu ermöglichen. Zur erkennungsdienstlichen Behandlung zählt heute auch die Probenahme von biologischem menschlichem Material zur allfälligen DNA-Analyse und Erstellung eines sog. DNA-Profiles, namentlich die Abnahme eines Wangenschleimhautabstriches (WSA), der als nicht invasiver Eingriff in die körperliche Integrität gilt und daher in die Kompetenz der Polizei fällt (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem und vermissten Personen vom 8. November 2000, BBl 2001, S. 33, 38). Die DNA-Analyse zu Identifizierungszwecken untersucht die Zusammensetzung bestimmter nicht-codierender Abschnitte der DNA. Die gesetzliche Grundlage für die Probenahme und Analyse sowie deren Verwendung findet sich heute gesamtschweizerisch und abschliessend im Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz). Nach dessen Art. 3 Abs. 1 lit. a kann zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens u.a. verdächtigen Personen eine Probe, zum Beispiel ein Wangenschleimhautabstrich, zum Zweck der DNA-Analyse genommen werden. Dieser Abstrich mittels eines Wattestäbchens von der Innenseite der Wange erfolgt in der Regel im Rahmen der erkennungsdienstlichen Behandlung durch die Polizei, bei der gleichzeitig Fingerabdrücke genommen und Fotografien erstellt werden. Sie darf aber nur beim Verdacht auf ein Verbrechen oder ein Vergehen zum erkennungsdienstlichen Standard gehören. Auf die Analyse dieser Probe soll allerdings nach Abs. 3 dieser Bestimmung verzichtet werden, solange noch nicht feststeht, dass die Voraussetzungen für die Aufnahme des DNA-Profiles in das Informationssystem (Art. 11) erfüllt sind. Da beim Entfallen des Tatverdachts - sei es durch Ausschluss des Verdachts durch den Vergleich mit tatrelevanten Spuren, sei es durch Beweis der Unschuld oder Freispruch wegen nicht ausreichendem Beweis - die Aufnahmebedingung in das Informationssystem nicht mehr erfüllt ist (Art. 11 Abs. 4 lit. d und e), wird die anordnende Behörde unter Umständen den WSA nicht sofort analysieren lassen, weil das DNA-Profil im Moment nicht für die Identifizierung oder Beweisführung notwendig ist. Für einen vorläufigen Verzicht auf die Analyse spricht auch, dass diese relativ teuer ist, und deshalb erst vorgenommen werden sollte, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für die nachfolgende Aufnahme im Informationssystem besteht (BBl 2001, S. 40 und 44). Die Behörde muss sich jedoch innert drei Monaten entscheiden, ob sie die Analyse vornehmen lassen will, weil sonst die Probe gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b DNA-Profil-Gesetz vernichtet werden muss. Die unterschiedlichen Verwendungszwecke der DNA-Analyse bzw. des Vergleichs von DNA-Profilen sind in Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz aufgeführt. Danach sollen im Rahmen der Strafverfolgung namentlich verdächtige Personen identifiziert und weitere Personen vom Tatverdacht entlastet werden, durch systematische Auswertung biologischen Materials Tatzusammenhänge und damit insbesondere organisiert operierende Täter-

gruppen sowie Serien- und Wiederholungstäter rascher erkannt, aber auch die Beweisführung im Strafverfahren unterstützt werden. Die Identifizierung mit DNA-Profilen ist eine unter verschiedenen Identifizierungsmethoden wie Fotos, Fingerabdrücke etc. Ordnet die Polizei die Probenahme an, so informiert sie gemäss Art. 7 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz 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. Entsprechend bestimmt das zugerische Recht in § 12 Abs. 1^{bis} StPO, dass im Rahmen der bundesrechtlichen Vorschriften die Polizeiorgane unter der Leitung des Polizeikommandos die erkennungsdienstliche Behandlung und die damit zusammenhängende Spurenauswertung zur erkennungsdienstlichen DNA-Erfassung durchführen. Verweigert die betroffene Person die durch die Polizei angeordnete Probenahme, so ist die Bestätigung der Anordnung durch die Strafuntersuchungsbehörde notwendig. Personendaten und DNA-Profile, die nicht in das DNA-Profil-Informationssystem des Bundes aufgenommen werden, sind umgehend nach einem Vergleich zu löschen. Auch das sich derzeit in Beratung befindende Zuger Polizeigesetz sieht in § 22 lit. f den Abstrich der Wangenschleimhaut als Mittel zu Erhebung erkennungsdienstlicher Unterlagen vor.

2. a) Die Anordnung eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) beim Beschwerdeführer stellt im vorliegenden Fall – soweit ersichtlich – eine erkennungsdienstliche Massnahme zu rein erkennungsdienstlichen Zwecken dar (vgl. zur Unterscheidung zwischen strafverfahrensrechtlichen Zwecken und rein erkennungsdienstlichen Zwecken: Niklaus Ruckstuhl, Strafprozessrecht, Vorlesungsskriptum WS 2005/2006 an der Universität Basel, S. 115). Es ist nämlich nicht erkennbar, inwiefern die Probenahme im vorliegenden Strafverfahren auch Beweiszwecken dienen könnte. Derartiges wird von der Vorinstanz auch nicht geltend gemacht.

b) Der Beschwerdeführer rügt sinngemäss, die Anordnung eines WSA durch die Polizei sei aus rein schikanösen Gründen erfolgt. Sein DNA-Profil werde für die gegen ihn angeordnete Strafuntersuchung nicht gebraucht, da keine Beweise erhoben werden müssten.

c) Wie bereits dargelegt, setzt die Anordnung des WSA gemäss § 12 Abs. 1^{bis} StPO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz lediglich voraus, dass der Beschwerdeführer eines Verbrechens oder eines Vergehens verdächtig ist. Im vorliegenden Fall wird der Beschwerdeführer unter anderem der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte im Sinne von Art. 285 StGB beschuldigt, da er angeblich bei der Personen- bzw. Fahrzeugkontrolle einen Polizeibeamten körperlich attackierte. Beim Tatbestand von Art. 285 StGB handelt es sich um ein Vergehen. Aufgrund des vorliegenden Polizeirapports ist aber der Verdacht gegen den Beschwerdeführer ohne weiteres gegeben. Die primäre Voraussetzung für die erkennungsdienstliche Massnahme des WSA

beim Beschwerdeführer ist damit zweifellos erfüllt. Während Art. 3 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz eine «Kann-Vorschrift» ist, scheint § 56 DR die erkennungsdienstliche Behandlung zwingend vorzuschreiben. Der WSA stellt aber einen – wenn auch nur geringfügigen – Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen dar und setzt deshalb neben einer gesetzlichen Grundlage und einem öffentlichen Interesse auch die Verhältnismässigkeit voraus. Entsprechend hält aber auch § 4 DR als allgemeinen Grundsatz für polizeiliches Handeln fest, dass polizeiliche Eingriffe nicht weiter gehen dürfen, als es der Zweck der Massnahmen und die Lage erfordern. Steht mithin von vornherein unzweifelhaft fest, dass eine DNA-Analyse für die zulässigen Zwecke gemäss Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz nicht in Betracht kommt, d.h. weder zur Aufklärung der in Frage stehenden noch weiterer (bereits verübt oder künftiger) Straftat(en) noch zur Unterstützung der Beweisführung im betreffenden Strafverfahren, erscheint die Probenahme als unverhältnismässig und es ist deshalb darauf zu verzichten. Vorliegend ist nicht ersichtlich, welchem Zweck die Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs dienen soll, zumal sich die Vorinstanz dazu nicht äussert. Zur Aufklärung des Deliktes der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte oder der anderen fraglichen Delikte (Verweigerung der Namensangabe, Störung des Polizeidienstes, Tierhaltung) wird bei den vorliegenden Gegebenheiten eine DNA-Analyse jedenfalls nicht benötigt, auch wenn sich der Beschwerdeführer gegenüber den Polizeibeamten renitent verhalten haben soll. Es wird aber auch nicht geltend gemacht, das DNA-Profil werde für einen anderen der genannten zulässigen Zwecke gebraucht. Unter diesen Umständen erscheint die angeordnete Massnahme weder erkennungsdienstlich angezeigt noch verhältnismässig. Damit sind die Voraussetzungen für die Anordnung eines Wangenschleimhautabstrichs zur erkennungsdienstlichen DNA-Erfassung nicht erfüllt.

Justizkommission, 24. Oktober 2006

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Organisation

Ausstandspflicht – Die Unabhängigkeit und die Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden entspricht einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. E. 1 – Die Befangenheit betrifft nur natürliche Personen, deshalb kann der Ausstand nur von den Mitgliedern eines Spruchkollegiums, nicht aber von der ganzen Behörde verlangt werden. E. 2 – Wie weit reichen die Mindestanforderungen an die Unbefangenheit von Behördemitgliedern? E. 5

A. Aus dem Sachverhalt

In einer Beschwerde gegen einen Entscheid des Raumplanungsamtes verlangte die Beschwerdeführerin den Ausstand der Baudirektion. Es wurde geltend gemacht, die Instruktion der Beschwerde dürfe nicht der Baudirektion übertragen werden, weil das Raumplanungsamt der Baudirektion angehöre.

B. Erwägungen

1. Der Zweck der Ausstandspflicht besteht darin, jede Befangenheit oder Interessenkollision sowie jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. Gemäss Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) sowie der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Streitsache von einem richtig besetzten, zuständigen, unabhängigen sowie unparteiischen Gericht beurteilt wird. Dieser Anspruch bezieht sich nur auf die Beurteilung von Streitsachen durch Gerichte – einschliesslich Verwaltungsgerichte.

Im Verwaltungsverfahren finden sich häufiger systembedingte Fälle von Vorbefassung als in Verfahren vor gerichtlichen Instanzen. Das bedeutet, die Vorbefassung ist aufgrund der Natur eines Rechtsinstitutes oder der Behördenorganisation unvermeidlich. Es fällt zudem im Gegensatz zu Gerichten besonders ins Gewicht, dass Regierungs- und Verwaltungsbehörden nicht einzig Rechtsprechungsfunktionen wahrnehmen (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss., Zürich 2002, S. 150 f.).

Indessen entspricht die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden heute einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. Andererseits können die Verwaltungsbehörden die an Gerichte gestellten Anforderungen betreffend einer institutionellen Unabhängigkeit nicht erfüllen (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 582). Unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in den Ausstand zu treten haben, bestimmt sich ausschliesslich nach dem kantonalen Organisations- und Verfahrensrecht. Zusätzlich haben die Privaten einen aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleiteten bundesrechtlichen Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, N 1668; Jörg Paul Müller, a.a.O., S. 582; BGE 127 I 196). Ist die Anrufung einer unabhängigen Gerichtsinstanz vom Gesetzgeber ausgeschlossen worden, so dass eine verwaltungsinterne Behörde letztinstanzlich entscheidet, gelangt zudem Art. 13 EMRK zur Anwendung (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 168).

2. Bei der Befangenheit handelt es sich um einen inneren Gemütszustand, der definitionsgemäss nur bei natürlichen Personen vorkommen kann. Demzufolge hat sich gemäss der Praxis ein Ausstandsbegehren immer gegen eine einzelne, natürliche Person zu richten und nicht gegen eine Gesamtbehörde (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 75 f.). In diesem Sinn kann nur der Ausstand einzelner Mitglieder eines Spruchkollegiums, nicht aber einer ganzen Behörde verlangt werden (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.87 vom 14. Juni 2002; BGE 105 Ib 301; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt am Main 1990, S. 302). Dementsprechend gilt auch im kantonalen Recht der Grundsatz, wonach nur der Ausstand einzelner Personen, nicht aber einer ganzen Behörde verlangt werden kann. Die Ausstandspflicht erfasst aber alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N 7 zu Art. 9 VRPG).

Die Unzulässigkeit von Ausstandsbegehren gegen Gesamtbehörden schliesst aber nicht aus, dass in seltenen Ausnahmesituationen sämtliche Einzelmitglieder einer Behörde befangen sein können. Ein formelles Ausstandsbegehren gegen eine Gesamtbehörde kann daher nicht ohne weiteres und ohne eingehende Prüfung zurückgewiesen werden. Es muss als Ausstandsbegehren gegen alle Einzelmitglieder der entsprechenden Behörde behandelt werden. Die Gutheissung eines solchen Begehrens führt zur Beschlussunfähigkeit der Behörde. Der Entscheid muss dann einer anderen Behörde übertragen werden (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 76 f.). Eine Gesamtbehörde hat jedoch nur bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände in den Ausstand zu treten (BGE 122 II 477).

3. Die an den Regierungsrat gerichteten Verwaltungsbeschwerden werden im Kanton Zug jeweils von der zuständigen Direktion – genau genommen vom Direktionssekretariat – instruiert. Jede Direktion steht unter der Leitung und Aufsicht eines Mitglieds des Regierungsrates als Direktionsvorsteher oder Direktionsvorsteherin (§ 3 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998 [Organisationsgesetz; BGS 153.1]). Obwohl die betreffende Direktion verpflichtet ist, dem Regierungsrat im Beschwerdeverfahren Antrag zu stellen, steht ihr selbst keine Spruchkompetenz zu, da über die Beschwerde letztlich der Regierungsrat im Kollegium entscheidet. Bei einer Direktion handelt es sich somit nicht um eine Gesamtbehörde mit Spruchkompetenz. Ein Behördenausstand einer Direktion ist unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Er setzt in der Regel voraus, dass der Direktionsvorsteher oder die Direktionsvorsteherin selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind.

4. Gemäss § 36 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz; BGS 154.21) sind Mitarbeitende des Kantons verpflichtet, in den Ausstand zu treten, wenn sie in einer Angelegenheit ein persönliches Interesse haben. Präzisierend verweist § 12 der Verordnung zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 12. Dezember 1949 (Personalverordnung; BGS 154.211) auf die Ausstandsregelungen von § 8 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BGS 162.1) und § 11 i.V.m. § 13 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrats und der Direktionen vom 25. April 1949 (GO RR; BGS 151.1). Danach hat eine beim Kanton angestellte Person dann in den Ausstand zu treten, wenn sie mit einer eigenen Sache oder mit Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater sie ist, befasst ist, oder wenn sie sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Geschäft hat. Zudem hat sie in den Ausstand zu treten, wenn sie mit einer am Geschäft interessierten Person in auf- oder absteigender Linie im zweiten Grad einschliesslich blutsverwandt ist oder mit ihr im Verwandtschaftsverhältnis eines Stiefvaters oder Stiefsohnes, Schwiegervaters oder Schwiegersohnes oder Schwagers steht.

5. Die aus Art. 29 Abs. 1 BV fliessenden Mindestanforderungen an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Behördenmitgliedern reichen nicht so weit wie die Garantie von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Im Zusammenhang mit diesen bundesrechtlichen Mindestanforderungen ist klar zu trennen, ob ein Behördenmitglied mit einer Angelegenheit i.e.S. vorbefasst ist, was bedeutet dass es tatsächlich am Vorentscheid mitgewirkt hat, oder ob es lediglich eine systembedingte oder institutionelle Nähe zum Entscheidungsträger aufweist, also der gleichen Verwaltungseinheit angehört oder dieser vorsteht (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 164).

a. Vorbefasst i.e.S. ist die Amtsperson, die in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion dieselbe Frage in der gleichen Angelegenheit tatsächlich beurteilt hat. Eine solche unzulässige Vorbefassung sollte grundsätzlich aufgrund von Art. 29 Abs. 1 BV in jedem Fall zu einer Ausstandspflicht führen (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 165).

b. Dagegen spricht man von der systembedingten oder institutionellen Nähe, welche eine mit der Instruktion oder dem Entscheid selber befassete Amtsperson zur Vorinstanz hat. Diesfalls kann die den Rechtsmittelentscheid instruierende Person derselben Verwaltungseinheit angehören wie die Person, die den angefochtenen Entscheid gefällt oder instruiert hat. Es fehlt an einer institutionellen Unabhängigkeit der am Entscheid mitwirkenden Personen. Befangenheit muss deswegen aber nicht vorliegen. Vielmehr besteht ein erhöhtes Risiko, dass der mit dem Vorentscheid befassete Amtsträger auf seinen mit der Instruktion des Beschwerdentscheides betrauten Amtskollegen einwirkt. Inwiefern eine solche systembedingte oder institutionelle Nähe zu einem Ausstand führen kann, ist den Kantonen überlassen, da sich aus Art. 29 Abs. 1 BV kein Anspruch auf eine minimale institutionelle Unabhängigkeit ableiten lässt. Es muss in diesen Fällen die Interessenabwägung stattfinden, ob die Unabhängigkeit und Unbefangenheit der entscheidenden Behörde höher zu gewichten ist, als die Besonderheit der verwaltungsinternen Rechtspflege mit ihrem spezifischen Sachverstand und der damit verbundenen vollen Ermessensausschöpfung (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 166 ff.).

6. Befangenheitsvorwürfe sind ernst zu nehmen. Die Beachtung der Ausstandsregeln gewährleistet nämlich nicht nur inhaltlich unabhängige Entscheidungen, sondern trägt auch wesentlich zu deren Glaubhaftigkeit und Akzeptanz bei. Befangenheit wird nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Behörde bzw. eines Behördenmitglieds oder eines Mitarbeitenden in der Verwaltung zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Der aus Art. 29 Abs. 1 BV abzuleitende Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit ist mithin immer dann verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung mindestens ein Anschein von Befangenheit besteht. Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen. Demnach genügt bei objektiver Betrachtung lediglich der Anschein der Befangenheit. Eine tatsächliche Befangenheit in der Sache ist nicht erforderlich (BGE 1P.711/2004 vom 17. März 2005).

Die Frage der Beweisführungslast wird im Verwaltungsverfahren insofern entschärft, dass grundsätzlich die Untersuchungsmaxime, wonach Ausstandsgründe somit von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, zur Anwendung kommt.

Es ist jedoch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege ein Ausstandsgrund nicht leichthin anzunehmen. Die Gutheissung eines Ausstandsbegehrens kann zu einer Verlängerung des Verfahrens führen, die mit dem Beschleunigungsgebot in Konflikt gerät (BGE 1P.115/2005 vom 3. März 2005). Die Ausstandspflicht steht auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf Beurteilung durch die ordentlichen, durch Rechtssatz bestimmten Verwaltungsrechtspflegeorgane. Ausstandsbestimmungen sind zwar streng auszulegen, eine überspitzte Handhabung solcher Vorschriften, welche die richterliche Tätigkeit oder die Verwaltungstätigkeit unverhältnismässig erschweren oder lahmlegen würde, entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck der Verfahrensordnung. Von der regelhaften Zuständigkeitsordnung soll nicht leichthin abgewichen werden (BGE 1P.711/2004 vom 17. März 2005).

7. Gemäss Schreiben vom 31. Mai 2006 verlangte die Beschwerdeführerin in ihrem Ausstandsbegehren nicht, die Baudirektion bzw. der Baudirektor sei in den Ausstand zu verfügen, sondern lediglich, dass die Baudirektion nicht mit der Instruktion der Beschwerde vom 27. April 2006 beauftragt werde. Obwohl die Beschwerdeführerin damit beim Baudirektor ausdrücklich keinen Ausstandsgrund geltend machte, befreit diese Tatsache die Beschwerdeinstanz – aufgrund der herrschenden Untersuchungsmaxime – nicht davon, beim Baudirektor von Amtes zu prüfen, ob ein bundesrechtlicher Ausstandsgrund nach Art. 29 Abs. 1 BV vorliegt.

8. Es liegen unbestrittenermassen weder der Ausstandsgrund der Verwandtschaft noch der Schwägerschaft vor. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern der Vorsteher der Baudirektion und seine Mitarbeitenden am Ausgang des Verfahrens ein persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse haben sollen. Ausstandsgründe des kantonalen Rechts gemäss § 8 VRG und § 11 i.V.m. § 13 GO RR sind nicht vorhanden. Sie werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht.

9. Im Weiteren ist nun zu prüfen, ob der Vorsteher der Baudirektion und seine Mitarbeitenden die nach Bundesrecht verlangte Distanz und Objektivität wahren können, um im Beschwerdeverfahren den Regierungsrat unabhängig und unbefangen zu instruieren. Vorab ist deswegen zuerst festzustellen, wie ein allfälliges Zusammenwirken der Baudirektion und des Amtes für Raumplanung im Vorfeld des Erlasses der Konzession vom 7. April 2006 zu qualifizieren ist.

a. Grundsätzlich handelt es sich beim Zusammenwirken der Baudirektion und dem ihr unterstehenden Amt für Raumplanung um gesetzlich vorgesehene Strukturen. Schliesslich ist dieses Zusammenwirken im Rahmen der Verwaltungstätigkeit oftmals systembedingt und durch die bestehende praxiserprobte Behördenorganisation unvermeidbar. Natürlich darf ein solches Zusammenwirken eine bestimmte Intensität nicht überschreiten, wobei an eine Intensitätsüberschreitung hohe Anforderungen zu stellen sind. Ansonsten

würde die Verwaltungstätigkeit in unnötiger Weise blockiert oder gar verunmöglicht. Eine unzulässige Überschreitung der Intensität im Zusammenwirken zwischen einer Direktion und einem ihr unterstehenden Amt kann beispielsweise dann vorliegen, wenn die Direktion im Aufgabenbereich des Amtes Entscheidungen trifft oder solche massgeblich beeinflusst. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 31. Mai 2006 reicht dafür eine eventuell erfolgte rechtliche Beratung des Amtes für Raumplanung durch die Baudirektion nicht aus. Eine Vorbefassung bzw. deren Anschein besteht bei der Baudirektion demzufolge mit gutem Grund nicht.

b. Des Weiteren argumentierte die Beschwerdeführerin, das Direktionssekretariat der Baudirektion sei schon im Jahre 2004 in Abklärungen des Grundbuchamtes betreffend Landanschwemmung an die Erbgemeinschaft ... involviert gewesen (vgl. Schreiben des Stv. Direktionssekretärs der Baudirektion/Rechtsanwalt lic. iur. X. vom 14. September 2004). Ob die Problematik der Landanschwemmung Zivilrecht oder Verwaltungsrecht beschlägt und eine Übertragung des Eigentums an die Erbgemeinschaft überhaupt Gegenstand eines Verwaltungsbeschwerdeverfahrens sein kann, wird an dieser Stelle offen gelassen. Dies deshalb, weil die Mitwirkung der Baudirektion bzw. ihr Schreiben vom 14. September 2004 – vorausgesetzt die besagte Landanschwemmung wäre im Verwaltungsrecht anzusiedeln – mangels Intensität keine unzulässige Vorbefassung erzeugen könnte. Zudem müsste bei der geltend gemachten unzulässigen Mitwirkung mindestens der Direktionssekretär der Baudirektion involviert gewesen sein, was aber vorliegend erwiesenermassen nicht der Fall war. Nur in dieser Konstellation besteht nämlich das erhöhte Risiko, dass ein vorbefasster Direktionssekretär auf die ihm hierarchisch unterstellten und mit der Beschwerdeinstruktion befassten Mitarbeitenden Einfluss nimmt. Infolge dieser systembedingten oder institutionellen Nähe ist kein Mitarbeitender mehr in der Lage ist, eine Beschwerde unabhängig und unbefangenen instruieren zu können.

c. Die eingehende Prüfung der Akten, welche aber im Ergebnis keine entsprechenden Anhaltspunkte zu Tage bringt, weist ebenfalls nicht auf eine Vorbefassung bzw. deren Anschein seitens des Baudirektors hin.

10. Zusammenfassend ergibt sich, dass im vorliegenden Fall einer Instruktion der Beschwerde vom 27. April 2006 durch die Baudirektion nichts entgegensteht und der Baudirektor bei der Beratung des Beschwerdeantrages im Regierungsrat nicht in den Ausstand treten muss. Dem Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin kann deshalb nicht entsprochen werden.

Regierungsrat, 11. Juli 2006

Ausstandspflicht - Zweck ist, jede Befangenheit oder Interessenkollision zu verhindern und jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. E. 1. Sie erfasst alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können. E. 2. Wann ist ein Behördemitglied in einer Angelegenheit vorbefasst? E. 5

A. Aus dem Sachverhalt

Bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses in der Direktion des Innern wirkten die Vorsteherin des Personalamts und der Direktionssekretär der Finanzdirektion mit. Es stellt sich die Frage, ob und wie weit sich diese Mitwirkung auf eine Ausstandspflicht auswirkt.

B. Erwägungen

1. Der Zweck der Ausstandspflicht besteht darin, jede Befangenheit oder Interessenkollision sowie jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. Gemäss Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) sowie der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Streitsache von einem richtig besetzten, zuständigen, unabhängigen sowie unparteiischen Gericht beurteilt wird. Dieser Anspruch bezieht sich nur auf die Beurteilung von Streitsachen durch Gerichte – einschliesslich Verwaltungsgerichte.

Im Verwaltungsverfahren finden sich häufiger systembedingte Fälle von Vorbefassung als in Verfahren vor gerichtlichen Instanzen. Das bedeutet, die Vorbefassung ist aufgrund der Natur eines Rechtsinstitutes oder der Behördenorganisation unvermeidlich. Es fällt zudem im Gegensatz zu Gerichten besonders ins Gewicht, dass Regierungs- und Verwaltungsbehörden nicht einzig Rechtsprechungsfunktionen wahrnehmen (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss., Zürich 2002, S. 150 f.).

Indessen entspricht die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden heute einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. Andererseits können die Verwaltungsbehörden die an Gerichte gestellten Anforderungen betreffend einer institutionellen Unabhängigkeit nicht erfüllen (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 582). Unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in den Ausstand zu treten haben, bestimmt sich ausschliesslich nach dem kantonalen Organisations- und

Verfahrensrecht. Zusätzlich haben die Privaten einen aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleiteten bundesrechtlichen Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, N 1668; Jörg Paul Müller, a.a.O., S. 582; BGE 127 I 196). Ist die Anrufung einer unabhängigen Gerichtsinstanz vom Gesetzgeber ausgeschlossen worden, so dass eine verwaltungsinterne Behörde letztinstanzlich entscheidet, gelangt zudem Art. 13 EMRK zur Anwendung (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 168).

2. Bei der Befangenheit handelt es sich um einen inneren Gemütszustand, der definitionsgemäss nur bei natürlichen Personen vorkommen kann. Demzufolge hat sich gemäss der Praxis ein Ausstandsbegehren immer gegen eine einzelne, natürliche Person zu richten und nicht gegen eine Gesamtbehörde (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 75 f.). In diesem Sinn kann nur der Ausstand einzelner Mitglieder eines Spruchkollegiums, nicht aber einer ganzen Behörde verlangt werden (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.87 vom 14. Juni 2002; BGE 105 Ib 301; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt am Main 1990, S. 302). Dementsprechend gilt auch im kantonalen Recht der Grundsatz, wonach nur der Ausstand einzelner Personen, nicht aber einer ganzen Behörde verlangt werden kann. Die Ausstandspflicht erfasst aber alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N 7 zu Art. 9 VRPG).

Die Unzulässigkeit von Ausstandsbegehren gegen Gesamtbehörden schliesst aber nicht aus, dass in seltenen Ausnahmesituationen sämtliche Einzelmitglieder einer Behörde befangen sein können. Ein formelles Ausstandsbegehren gegen eine Gesamtbehörde kann daher nicht ohne weiteres und ohne eingehende Prüfung zurückgewiesen werden. Es muss als Ausstandsbegehren gegen alle Einzelmitglieder der entsprechenden Behörde behandelt werden. Die Gutheissung eines solchen Begehrens führt zur Beschlussunfähigkeit der Behörde. Der Entscheid muss dann einer anderen Behörde übertragen werden (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 76 f.). Eine Gesamtbehörde hat jedoch nur bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände in den Ausstand zu treten (BGE 122 II 477).

3. Die an den Regierungsrat gerichteten Verwaltungsbeschwerden werden im Kanton Zug jeweils von der zuständigen Direktion – genau genommen vom Direktionssekretariat – instruiert. Jede Direktion steht unter der Leitung und Aufsicht eines Mitglieds des Regierungsrates als Direktionsvorsteher oder Direktionsvorsteherin (§ 3 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998 [Organisationsgesetz; BGS 153.1]). Obwohl die betreffende Direktion verpflichtet ist, dem Regierungsrat im Beschwerdeverfahren Antrag zu stellen, steht ihr selbst keine Spruchkompetenz zu, da über die Beschwerde letztlich der Regierungsrat im Kollegium ent-

scheidet. Bei einer Direktion handelt es sich somit nicht um eine Gesamtbehörde mit Spruchkompetenz. Ein Behördenausstand einer Direktion ist unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Er setzt in der Regel voraus, dass der Direktionsvorsteher oder die Direktionsvorsteherin selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind.

4. Gemäss § 36 des Personalgesetzes sind Mitarbeitende des Kantons verpflichtet, in den Ausstand zu treten, wenn sie in einer Angelegenheit ein persönliches Interesse haben. Präzisierend verweist § 12 der Personalverordnung auf die Ausstandsregelungen von § 8 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BGS 162.1) und § 11 i.V.m. § 13 GO RR. Danach hat eine beim Kanton angestellte Person dann in den Ausstand zu treten, wenn sie mit einer eigenen Sache oder mit Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater sie ist, befasst ist, oder wenn sie sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Geschäft hat. Zudem hat sie in den Ausstand zu treten, wenn sie mit einer am Geschäft interessierten Person in auf- oder absteigender Linie im zweiten Grad einschliesslich blutsverwandt ist oder mit ihr im Verwandtschaftsverhältnis eines Stiefvaters oder Stiefsohnes, Schwiegervaters oder Schwiegersohnes oder Schwagers steht.

5. Die aus Art. 29 Abs. 1 BV fliessenden Mindestanforderungen an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Behördenmitgliedern reichen nicht so weit wie die Garantie von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Im Zusammenhang mit diesen bundesrechtlichen Mindestanforderungen ist klar zu trennen, ob ein Behördenmitglied mit einer Angelegenheit i.e.S. vorbefasst ist, was bedeutet das es tatsächlich am Vorentscheid mitgewirkt hat, oder ob es lediglich eine systembedingte oder institutionelle Nähe zum Entscheidträger aufweist, also der gleichen Verwaltungseinheit angehört oder dieser vorsteht (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 164).

a. Vorbefasst i.e.S. ist die Amtsperson, die in einem früheren Verfahrensabschnitt in amtlicher Funktion dieselbe Frage in der gleichen Angelegenheit tatsächlich beurteilt hat. Eine solche unzulässige Vorbefassung sollte grundsätzlich aufgrund von Art. 29 Abs. 1 BV in jedem Fall zu einer Ausstandspflicht führen (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 165).

b. Dagegen spricht man von der systembedingten oder institutionellen Nähe, welche eine mit der Instruktion oder dem Entscheid selber befasste Amtsperson zur Vorinstanz hat. Diesfalls kann die den Rechtsmittelentscheid instruierende Person derselben Verwaltungseinheit angehören wie die Person, die den angefochtenen Entscheid gefällt oder instruiert hat. Es fehlt an einer institutionellen Unabhängigkeit der am Entscheid mitwirkenden Personen. Befangenheit muss deswegen aber nicht vorliegen. Vielmehr besteht ein erhöhtes Risiko, dass der mit dem Vorentscheid befasste Amtsträger auf seinen

mit der Instruktion des Beschwerdeentscheides betrauten Amtskollegen einwirkt. Inwiefern eine solche systembedingte oder institutionelle Nähe zu einem Ausstand führen kann, ist den Kantonen überlassen, da sich aus Art. 29 Abs. 1 BV kein Anspruch auf eine minimale institutionelle Unabhängigkeit ableiten lässt. Es muss in diesen Fällen die Interessenabwägung stattfinden, ob die Unabhängigkeit und Unbefangenheit der entscheidenden Behörde höher zu gewichten ist, als die Besonderheit der verwaltungsinternen Rechtspflege mit ihrem spezifischen Sachverstand und der damit verbundenen vollen Ermessensausschöpfung (Benjamin Schindler, a.a.O., S. 166 ff.).

6. Befangenheitsvorwürfe sind ernst zu nehmen. Die Beachtung der Ausstandsregeln gewährleistet nämlich nicht nur inhaltlich unabhängige Entscheidungen, sondern trägt auch wesentlich zu deren Glaubhaftigkeit und Akzeptanz bei. Befangenheit wird nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Behörde bzw. eines Behördenmitglieds oder eines Mitarbeitenden in der Verwaltung zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Der aus Art. 29 Abs. 1 BV abzuleitende Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit ist mithin immer dann verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung mindestens ein Anschein von Befangenheit besteht. Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen. Demnach genügt bei objektiver Betrachtung lediglich der Anschein der Befangenheit. Eine tatsächliche Befangenheit in der Sache ist nicht erforderlich (BGE 1P.711/2004 vom 17. März 2005).

Die Frage der Beweisführungslast wird im Verwaltungsverfahren insofern entschärft, dass grundsätzlich die Untersuchungsmaxime, wonach Ausstandsgründe somit von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, zur Anwendung kommt.

Es ist jedoch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege ein Ausstandsgrund nicht leichthin anzunehmen. Die Gutheissung eines Ausstandsbegehrens kann zu einer Verlängerung des Verfahrens führen, die mit dem Beschleunigungsgebot in Konflikt gerät (BGE 1P.115/2005 vom 3. März 2005). Die Ausstandspflicht steht auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf Beurteilung durch die ordentlichen, durch Rechtssatz bestimmten Verwaltungsrechtspflegeorgane. Ausstandsbestimmungen sind zwar streng auszulegen, eine überspitzte Handhabung solcher Vorschriften, welche die richterliche Tätigkeit oder die Verwaltungstätigkeit unverhältnismässig erschweren oder lahm legen würde, entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck der Verfahrensordnung. Von der regelhaften Zuständigkeitsordnung soll nicht leichthin abgewichen werden (BGE 1P.711/2004 vom 17. März 2005).

7. Vorliegend wurde der Ausstand der Direktion des Innern betreffend Instruktion des Ausstandsbegehrens gegen die Finanzdirektion und dem Entscheid darüber beantragt.

Gemäss der Praxis des Regierungsrates tritt ein Direktionsvorsteher oder eine Direktionsvorsteherin dann in den Ausstand, wenn ein Entscheid seiner/ihrer Direktion, an dem er/sie mitgewirkt hat, auf dem Verwaltungsbeschwerdeweg an den Regierungsrat gelangt. Im Hauptverfahren (Beschwerde vom 7. April 2006) wurde die Verfügung der Direktion des Innern vom 20. März 2006 angefochten. Das vorliegende Ausstandsbegehren steht im Zusammenhang mit diesem Hauptverfahren; beim Entscheid über das Ausstandsbegehren handelt es sich nämlich um einen Zwischenentscheid innerhalb des Hauptverfahrens. Eine Ausstandspflicht der Vorsteherin der Direktion des Innern im Hauptverfahren erstreckt sich deshalb automatisch auch auf alle anderen Verfahrensabschnitte und den damit verbundenen Zwischenentscheiden. Damit befindet sich die Vorsteherin der Direktion des Innern beim vorliegenden Ausstandsbegehren bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen von Amtes wegen im Ausstand. Auf den geltend gemachten Ausstand der Direktion des Innern bzw. der Direktionsvorsteherin wird mangels Rechtsschutzinteresse nicht eingetreten.

Der Vollständigkeit halber ist Folgendes zu erwähnen: Die Bestimmung in § 28 GO RR, wonach der Landammann darüber entscheidet, welcher Direktion eine Beschwerde zur Vorbereitung des Entscheides zuzuweisen ist, hat seit über 56 Jahren in der Praxis keine Bedeutung mehr. In der langjährigen und gefestigten Praxis des Regierungsrates werden alle an ihn gerichteten Beschwerden ausnahmslos vom Landschreiber auf die entsprechenden Direktionen verteilt. Der Landammann hat entgegen § 28 GO RR mit der Verteilung der Beschwerden auf die Direktionen nichts zu tun. Zudem gilt im Allgemeinen, dass bei angefochtenen Direktionsverfügungen grundsätzlich die Sicherheitsdirektion die Instruktion des Beschwerdeverfahrens vornimmt. Bei Verfügungen einer Direktion in Personalsachen werden Beschwerden gegen solche Verfügungen aber der Sachnähe wegen im Regelfall von der Finanzdirektion instruiert. Hingegen werden Ausstandsbegehren im Verwaltungsbeschwerdeverfahren normalerweise sowieso einzig durch die Sicherheitsdirektion instruiert. Eine Ausnahme besteht dann, wenn ein Ausstandsbegehren gegen die Sicherheitsdirektion selbst hängig ist. In diesem Fall wird das Ausstandsbegehren jeweils durch die Direktion instruiert, welcher der Stellvertreter der Sicherheitsdirektion vorsteht.

8. Ferner wurde der Ausstand der Finanzdirektion in Bezug auf die Instruktion der Beschwerde vom 7. April 2006 beantragt. Hierbei handelt es sich um einen sog. Behördenausstand. Somit sind die Voraussetzungen zu prüfen, welche für einen Behördenausstand gelten.

9. Es liegen weder der Ausstandsgrund der Verwandtschaft noch der Schwägerschaft vor. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern der Vorsteher der Finanzdirektion und seine Mitarbeitenden am Ausgang des Verfahrens ein persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse haben sollen. Ausstandsgründe des kantonalen Rechts gemäss § 8 VRG und § 11 i.V.m. § 13 GO RR sind nicht vorhanden. Sie werden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht.

10. Im Weiteren ist nun zu prüfen, ob der Vorsteher der Finanzdirektion und seine Mitarbeitenden die nach Bundesrecht verlangte Distanz und Objektivität wahren können, um im Beschwerdeverfahren den Regierungsrat unabhängig und unbefangen zu instruieren. Vorab ist deswegen zuerst festzustellen, wie das Verhalten der Leiterin des Personalamtes und des Direktionssekretärs der Finanzdirektion anlässlich der Besprechung vom 15. März 2006 und im Vorfeld dieser Besprechung zu qualifizieren ist.

a. Gemäss § 8 Abs. 1 Ziff. 4 der Verordnung über die Ämterzuteilung vom 9. Dezember 1998 (BGS 153.2) ist das Personalamt eines der untergeordneten Ämter der Finanzdirektion. § 3a Abs. 2 der Personalverordnung bestimmt, dass u.a. die Direktionen ihre personalrechtlichen Entscheide nach Rücksprache mit dem Personalamt treffen.

Es ist festzuhalten, dass die Leiterin des Personalamtes durch ihre personalrechtliche Beratung der Direktion des Innern und der Teilnahme an der Besprechung vom 15. März 2006 lediglich die ihr gesetzlich obliegende Pflicht wahrgenommen hat. Im Rahmen einer solchen Unterstützung ist es durchaus üblich und auch nötig, Auskünfte zu erteilen und Besprechungen durchzuführen. Diese gesetzlich vorgesehene Funktion des Personalamtes führt isoliert nicht zu einer Vorbefassung bzw. einem Ausstandsgrund bei der übergeordneten Finanzdirektion bzw. ihrem Vorsteher.

b. Grundsätzlich handelt es sich beim Zusammenwirken von Finanzdirektion und dem ihr unterstehenden Personalamt um gesetzlich vorgesehene Strukturen. Dennoch darf dieses Zusammenwirken eine bestimmte Intensität nicht überschreiten. Die Tatsache, dass der Direktionssekretär der Finanzdirektion an der Besprechung vom 15. März 2006 teilgenommen hat, ist unter diesem Aspekt und unter Berücksichtigung von Art. 29 Abs. 1 BV nicht unbedenklich, und zwar aus folgenden Überlegungen.

Nach § 3 Abs. 6 des Organisationsgesetzes obliegt die Leitung der Direktionssekretariate einem Direktionssekretär oder einer Direktionssekretärin. Diese erfüllen primär Stabs-, Planungs-, Koordinations- und Beratungsfunktionen. Hierarchisch unterstehen der Direktionssekretär oder die Direktionssekretärin dem Direktionsvorsteher oder der Direktionsvorsteherin. Zum Aufgabenbereich der Direktionssekretariate gehört u.a. auch die Beschwerdeinstruktion.

In einer E-Mail vom 8. März 2006 teilte die Leiterin des Personalamtes dem Direktionssekretär der Direktion des Innern mit, dass der Direktionssekretär der Finanzdirektion ebenfalls an der Besprechung mit dem Beschwerdeführer vom 15. März 2006 teilnehmen werde. Es muss somit mit gutem Grund davon ausgegangen werden, dass der Direktionssekretär der Finanzdirektion zur Unterstützung des Standpunktes des Personalamtes und der Direktion des Innern in der streitigen Abgangschädigungsproblematik teilgenommen hat. In Anbetracht des Umstandes, dass der Direktionssekretär der Finanzdirektion im heutigen Zeitpunkt für die Instruktion der Beschwerde vom 7. April 2006 zuständig ist (vgl. sein Kurzzeichen auf dem Eingangsstempel der Finanzdirektion auf der Beschwerdeschrift vom 7. April 2006 mit dem Vermerk «zur Erledigung») und bereits im Vorfeld dieser für ihn voraussehbaren Beschwerdeinstruktion an der Besprechung vom 15. März 2006 in derselben Angelegenheit teilgenommen hat, besteht mindestens der Anschein, dass er i. e. S. vorbefasst ist. Zumal er nach Aussage des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift vom 18. April 2006 aktiv am Erlass bzw. an der Vorbereitung der Verfügung vom 20. März 2006 mitgewirkt hat. Dieses Verhalten hat zwingend den Ausstand des Direktionssekretärs der Finanzdirektion zur Folge.

c. Es stellt sich nun die Frage, ob die Möglichkeit besteht, dass die Beschwerde vom 7. April 2006 von einem anderen Mitarbeitenden der Finanzdirektion unabhängig und unbefangen instruiert werden kann. In Würdigung der gesamten Tatsachen gewährleistet auch eine solche Instruktion nicht die vom Bundesrecht geforderten Minimalgarantien. Es besteht nämlich in dieser Konstellation das erhöhte Risiko, dass der vorbefasste Direktionssekretär der Finanzdirektion auf den ihm unterstellten Mitarbeitenden Einfluss nimmt und dadurch wiederum indirekt auf die Beschwerdeinstruktion einwirkt. Dies muss vor allem auch deshalb gelten, weil der Direktionssekretär dem Mitarbeitenden hierarchisch übergeordnet ist. Infolge dieser systembedingten oder institutionellen Nähe ist bei der Finanzdirektion kein Mitarbeitender mehr in der Lage, die Beschwerde vom 7. April 2006 unabhängig und unbefangen zu instruieren. Die Unabhängigkeit und Unbefangenheit der entscheidenden Behörde ist in diesem Fall somit höher zu gewichten, als der spezifische Sachverstand der Finanzdirektion in Personalbelangen.

Ebenfalls ausser Frage steht eine Instruktion der Beschwerde vom 7. April 2006 durch die Mitarbeitenden des Personalamtes, war doch die Leiterin des Personalamtes massgeblich an der Vorbereitung der Verfügung der Direktion des Innern vom 20. März 2006 beteiligt; sie ist damit eindeutig vorbefasst. Weil die Vorbefassung bei der Amtsleiterin selbst eingetreten ist, kann auch keine ihrer Mitarbeitenden - infolge der systembedingten oder institutionellen Nähe zu ihrer Person - die Instruktion der Beschwerde vom 7. April 2006 an die Hand nehmen.

11. Der Ausstand einer gesamten Direktion verlangt in der Regel, dass bei ihrem Vorsteher oder ihrer Vorsteherin ein Ausstandsgrund vorliegt. Obwohl der Direktionssekretär der Finanzdirektion vorbefasst ist und auch keine anderen Mitarbeitenden der Finanzdirektion sowie des Personalamtes die Beschwerde vom 7. April 2006 instruieren können, führt dies nicht zwingend zu einem Ausstandsgrund beim Vorsteher der Finanzdirektion. Bis zum heutigen Zeitpunkt hat sich der Finanzdirektor noch nicht materiell zu der in der Beschwerde vom 7. April 2006 thematisierten Streitfrage geäußert. Er verfügt somit über die nach Bundesrecht verlangte Distanz und Objektivität, um im Beschwerdeverfahren den Regierungsrat unabhängig und unbefangen zu instruieren. Die Tatsache, dass sämtliche Mitarbeitenden der Finanzdirektion und des Personalamtes bei der Instruktion der Beschwerde vom 7. April 2006 in den Ausstand treten müssen, macht es in diesem Ausnahmefall erforderlich, dass der Vorsteher der Finanzdirektion entweder einen juristischen Mitarbeiter einer anderen Direktion (die Direktion des Innern ausgeschlossen) oder einen externen Rechtsanwalt mit der Instruktion der besagten Beschwerde beauftragt.

Regierungsrat, 11. Juli 2006

II. Bau- und Planungsrecht

§ 29, PBG, §§ 53 und 54 BO Zug - Anforderungen an eine Arealbebauung bei der Aufstockung und beim Umbau von in Einzelbauweise erstellten Mehrfamilienhäusern.

Aus den Erwägungen:

4. ...

Die Beschwerdeführer sind der Meinung, dass vorliegend weder die Voraussetzungen für die Gewährung einer Arealbebauung noch für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss § 29 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) erfüllt seien. Eine Arealbebauung verlange Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung. Obwohl in § 29 PBG nicht erwähnt, müssten bei einer Arealbebauung nachbarschaftliche Interessen berücksichtigt werden, da sonst ein Arealbebauungsplan keinen Vorteil für die Umgebung bringen würde.

Vorab bedarf es der Klärung, welches Recht für den vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass die Beurteilung der vorliegenden Arealbebauung anhand von § 29 PBG erfolgen soll. Die Bauordnung der Stadt Zug vom 4. Dezember 1994 (BO Zug) ist aber noch nicht an das kantonale Recht angepasst worden. Bis zur Anpassung an dieses Gesetz bleiben deshalb die bisherigen Pläne und Bauvorschriften, namentlich die gemeindlichen Zonenpläne und Reglemente in Kraft (§ 71 Abs. 1 PBG). Gemäss § 53 BO Zug muss eine Arealbebauung gegenüber der Einzelbauweise der jeweiligen Zone entsprechend in der Regel folgenden erhöhten Anforderungen genügen: Sie muss eine besonders gute städtebauliche und architektonische Lösung bilden für eine städtebauliche Einheit mit Rücksicht auf das jeweilige Landschaftsbild und die jeweilige Quartierstruktur, sorgfältig gestaltete Grundrisse bezüglich Wohnkomfort und -hygiene bzw. Arbeitsplatzqualität aufweisen, über grössere, zusammenhängende Freiflächen mit standortgerechter, vielfältiger Bepflanzung und ansprechend gestalteten Spielplätzen, Pflanzarealen und Umgebungsgestaltung verfügen, direkte Fussgängerverbindungen sowohl arealintern als auch zum städtischen Fusswegnetz enthalten, zweckmässig mit einer kleinen Landbeanspruchung erschlossen sein, eine zweckmässige Anordnung und betriebliche Organisation der Autoabstellplätze und deren Zufahrten verfügen, wobei mindestens $\frac{3}{4}$ der Parkplätze in Sammelgaragen anzuordnen sind, ausreichende Abstellplätze für Velos, Mofas und Kinderwagen sowie allen Bewohnern zugängliche Gemeinschaftsräume aufweisen. Des Weiteren müssen die Energieversorgung und -verteilung umweltfreundlich und der Energieverbrauch muss sparsam sein. Des Weiteren müssen Arealbebauungen gemäss § 54 BO Zug eine städtebauliche Einheit bilden. In den Wohnzonen W1, W2a und W2b ist eine Mindestarealfäche von

2'000 m² erforderlich, in allen übrigen Zonen mindestens 3'000 m². Diese Mindestarealfläche kann auch ausgenützte Grundstücke und Grundstücksteile umfassen, wenn die zugehörigen Bauten Bestandteile der Arealbebauung sind und die erhöhten Anforderungen insgesamt erfüllt sind. Diese Vorschriften der Arealbebauung der BO Zug stimmen mit der Arealbebauungsbestimmung des PBG überein. Die BO Zug weicht lediglich in Bezug auf die Mindestflächen von den kantonalen Vorschriften ab. Während das PBG von einer Arealbebauungsfläche von mindestens 2'000 m² ausgeht, setzt die BO Zug ausser in den Wohnzonen W1, W2a und W2b eine Mindestfläche von 3'000 m² fest. Einzig diese Bestimmung steht mit dem kantonalen Recht in Widerspruch. Gemäss § 71 PBG bleiben jedoch die Arealbebauungsvorschriften der BO Zug bis zur nächsten Ortsplanungsrevision in Kraft, mithin auch die Mindestfläche von 2'000 m² in den Wohnzonen W1, W2a und W2b sowie 3'000 m² in den übrigen Zonen.

Ursprünglich stützten sich die Arealbebauungsvorschriften der BO Zug auf § 33 alte Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 29. März 1988 (aVBauG; GS 23 101). Danach konnte die Bewilligung einer Arealbebauung nach den Vorschriften der gemeindlichen Bauordnung in beschränktem Masse von den Bestimmungen für die Einzelbauweise abweichen. In jedem Fall wurde vorausgesetzt, dass die Arealbebauung gegenüber der Einzelbauweise Vorzüge aufweist und benachbarte Grundstücke nicht erheblich stärker belastet (§ 33 Abs. 2 aVBauG). Diese Bestimmung entspricht in der Stossrichtung weitgehend der heute geltenden Vorschrift von § 29 Abs. 2 PBG. Danach gelten für Arealbebauungen spezielle gemeindliche Bauvorschriften. Sie setzen voraus, dass eine Arealbebauung Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung erzielt. Diese Vorschrift entfaltet ihre Wirkung auch für die Arealbebauungen der Stadt Zug, da sie keine der BO Zug widersprechende Aussagen enthält.

Selbstverständlich müssen die Vorteile, welche eine Arealbebauung für die Umgebung zu erzielen hat, insbesondere auch die nachbarschaftlichen Interessen berücksichtigen. Es ginge also nicht an, dass die Bewilligungsbehörde von den vom Volk erlassenen und in der Bauordnung festgeschriebenen Vorschriften der Einzelbauweise im Rahmen einer Arealbebauung einzig zugunsten der Ausnutzungsoptimierung der Bauherrschaft abweichen würde, ohne dass auch in Bezug auf die Nachbarschaft, d.h. für die Umgebung, sowie in Bezug auf die Einpassung und Einordnung, d.h. für das Siedlungsbild, eine bessere Lösung erzielt werden könnte. Der Regierungsrat hat bereits in den Abstimmungsunterlagen zum Referendum gegen das PBG im Jahre 1999 festgestellt, dass bei einem Arealbebauungsplan nachbarschaftliche Interessen zu berücksichtigen seien, da er sonst keinen Vorteil für die Umgebung bringen würde (Abstimmungsunterlagen, S. 9). Es reicht also nicht aus, dass eine Arealbebauung im Vergleich zu einer möglichen Einzelbauweise für die Nachbarschaft lediglich das kleinere Übel darstellt. Eine Überbauung kann vielmehr

erst dann als Arealbebauung bewilligt werden, wenn sie für das Siedlungsbild, für die Nachbarschaft sowie für die bauliche Umgebung – objektiv betrachtet – Vorteile bringt. Insofern geht die heute geltende kantonale Regelung sogar noch weiter als der frühere § 33 Abs. 2 aVBauG. Während damals eine Arealbebauung nur gegenüber der Einzelbauweise Vorzüge aufweisen musste und benachbarte Grundstücke nicht erheblich stärker belasten durfte, ist die heutige Regelung strenger. Eine Arealbebauung muss nun sogar Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung erzielen.

Damit steht fest, dass die Arealbebauungsvorschriften der BO Zug für die Wohnzone W2b (§ 53 und § 54 Abs. 1, Abs. 2 lit. a sowie Abs. 3 BO Zug) mit den kantonalen Arealbebauungsvorschriften (§ 29 PBG) in Einklang stehen. Zur vorliegenden Beurteilung der in der Wohnzone W2b gelegenen Arealbebauung gelangt deshalb § 29 PBG vollständig zur Anwendung. Die geplante Überbauung ist nun nachfolgend daraufhin zu prüfen, ob sie für das Siedlungsbild sowie für die Umgebung Vorteile erzielt, und ob sie sich an § 53 f. BO Zug orientiert.

5. Die Beschwerdeführer rügen die Immissionen aufgrund des Mehrverkehrs der zusätzlich geplanten Wohnungseinheiten. Ihre Lichtverhältnisse sowie ihr Wohnstandard, namentlich die Besonnung sowie die Aussicht, würden erheblich verschlechtert. Durch die Aufstockung werde die Persönlichkeitssphäre der Beschwerdeführer im zweiten und dritten Obergeschoss erheblich verletzt. Die Erhöhung der Mehrfamilienhäuser werde ihren Bewohnern einen ungehinderten Einblick in die Wohnungen der Beschwerdeführer ermöglichen.

Bei der Strasse X handelt es sich um eine ältere Quartierstrasse, die niedrigere ältere und neuere grössere Mehrfamilienhäuser erschliesst. Auf der einen Strassenseite befindet sich die Liegenschaft ..., in der die Beschwerdeführer wohnen. Bei den Mehrfamilienhäusern ... handelt es sich um zusammengebaute, gegliederte und abgetreppte Gebäude, welche sich an den Hang schmiegen. Sie sollen im Rahmen einer Arealbebauung aufgestockt und vergrössert werden. Die geplante Überbauung ist nun daran zu messen, ob sie für das Siedlungsbild und für die Umgebung Vorteile zu erzielen vermag (§ 29 Abs. 2 PBG).

a) Das Bauvorhaben ist von der Stadtbildkommission und vom Stadtrat auf seine Qualitäten hin überprüft worden. Die Stadtbildkommission hat dem Stadtrat dessen Bewilligung empfohlen. Dabei kam die Kommission zum Schluss, dass die geplante Aufstockung mit regelmässig gestalteter Silhouette als Weiterführung und logische Verdichtung der bereits heute hohen architektonischen Qualität der Mehrfamilienhäuser ... zu bewilligen sei. Der Stadtrat hat diese Argumentation in seinem Entscheid übernommen. Er erkannte, dass das Siedlungsbild mit der Aufstockung der Mehrfamilienhäuser gewinnen werde. Die Beschwerdeführer rügen denn auch keineswegs die Einpas-

sung und Gestaltung der Aufstockung und Vergrößerung der Überbauung. Auch der Regierungsrat teilt die Meinung der Vorinstanz, dass die Aufstockung und Vergrößerung der Mehrfamilienhäuser ... für sich alleine betrachtet in einer architektonisch überzeugenden Qualität erfolgt. Zur Beurteilung der Vorteile, welche mit der Arealbebauung für das Siedlungsbild erzielt werden soll, gehört jedoch nicht nur die Aufstockung und Vergrößerung der Mehrfamilienhäuser, sondern auch deren Umgebung.

Weder die Stadtbildkommission noch der Stadtrat konnten die Umgebung jedoch bei der vorliegenden Arealbebauung beurteilen. Die Bauherrschaft hat es unterlassen, zusammen mit den Gesuchsunterlagen den Umgebungsgestaltungsplan einzureichen. An sich hätte der Stadtrat auf das Baugesuch infolge Unvollständigkeit der eingereichten Unterlagen gar nicht erst eintreten dürfen. Die Baugesuchsakten enthielten keine Angaben über die Gestaltung der Umgebung und der Fussgängerverbindungen (§ 27 Abs. 1 V PBG). Zu Unrecht ist er auf das Gesuch eingetreten und hat es materiell beurteilt. Er hat ausserdem die Arealbebauung für bewilligungsfähig befunden, obwohl das Gesuch keine Angaben zur Umgebungsgestaltung enthielt. Dieser Mangel konnte auch nicht geheilt werden, indem die Bauherrschaft zur Nachreichung des Umgebungsgestaltungsplans vor Baubeginn verpflichtet wurde. Dem Stadtrat fehlte bei der Beurteilung der Güte der Arealbebauung eine wesentliche Grundlage. Ob die Arealbebauung Vorteile für das Siedlungsbild erzielt, kann aufgrund des unvollständigen Baugesuchs nicht beurteilt werden.

Es stellt sich ausserdem die Frage, ob die geplante Verdichtung Vorteile für die Umgebung zu erzielen vermag.

b) Während die Beschwerdeführer die Beeinträchtigung ihrer Liegenschaft durch die geplante Aufstockung rügen, versuchte die Bauherrschaft am Augenschein aufzuzeigen, was möglich wäre, wenn parallel zur ... gebaut würde. Es würde sich vor der Liegenschaft der Beschwerdeführer ein Riegel bilden, wodurch die Beschwerdeführer nach Ansicht der Bauherrschaft massiver beeinträchtigt würden.

Diese Argumentation der Bauherrschaft sticht nicht. Es geht vorliegend nicht um die Frage, ob ein fiktives Einzelbauvorhaben die Beschwerdeführer stärker als die nun geplante Aufstockung und Vergrößerung der Mehrfamilienhäuser ... im Rahmen einer Arealbebauung beeinträchtigen würde. Die Bauherrschaft verkennt offenbar, dass die Liegenschaft GS Nr. ... bereits überbaut ist. Es kann sich also vorliegend nur die Frage stellen, ob mit der Verdichtung der bestehenden Mehrfamilienhäuser ... auf der bereits überbauten Liegenschaft GS Nr. ... im Rahmen einer Arealbebauung für die Umgebung, namentlich für die Beschwerdeführer, - objektiv betrachtet - Vorteile erzielt werden können.

aa) Die Beschwerdeführer rügen die zusätzlichen Verkehrsimmissionen, welche aufgrund der Verdichtung der Nachbarliegenschaft geschehen werden.

Sie übersehen dabei, dass die Mehrfamilienhäuser ... durch die Aufstockung und Vergrößerung im Vergleich zum heutigen Zustand lediglich vier zusätzliche Wohnungen aufweisen werden. Ausserdem wird eine bisherige Wohnung neu als Gemeinschaftsraum zur Verfügung stehen. Damit wird es mit der Verdichtung der Überbauung per Saldo also nur drei zusätzliche Wohnungen geben. Die Liegenschaft GS Nr. verfügt heute bereits über 20 Parkplätze. Es sollen nach dem Umbau keine zusätzlichen Parkierungsflächen geschaffen werden. Aus diesem Grund kann festgehalten werden, dass die zusätzlichen Verkehrsimmissionen, welche aufgrund dieser Erweiterung die Beschwerdeführer erdulden müssen, kaum wahrnehmbar sind.

bb) Die Beschwerdeführer sind ausserdem der Ansicht, dass mit der Erhöhung der Mehrfamilienhäuser deren Bewohner einen ungehinderten Einblick in ihre Wohnungen haben werden. Bereits heute können die Bewohner der aufzustockenden Mehrfamilienhäuser in die Wohnungen der Beschwerdeführer schauen. Gleichzeitig haben auch die Beschwerdeführer aus erhöhter Lage Einblick in die aufzustockenden Häuser. Diese Einsichtsmöglichkeit ist in einem städtischen Quartier üblich. Wenn sich einzelne Personen daran stossen, müssen sie sich mit entsprechenden Massnahmen, namentlich mit Vorhängen oder Jalousien schützen. Von einem Eingriff in die Privatsphäre kann also keine Rede sein.

cc) Die Beschwerdeführer vertreten überdies die Meinung, dass die Lichtverhältnisse sowie der Wohnstandard, namentlich die Besonnung sowie die Aussicht, durch die geplante Verdichtung erheblich verschlechtert würden.

Die Besonnungsverhältnisse beeinflussen einerseits den Wohnkomfort, der sich in einer Anzahl Stunden direkter Besonnung gewisser Wohnräume äussert. Andererseits bestimmen sie die Möglichkeiten passiver Nutzung der Sonnenenergie (Roman Sieber, Die bauliche Verdichtung aus rechtlicher Sicht, Diss. Freiburg 1996, S. 132).

Die Bauherrschaft hat bezüglich der Belichtung und Besonnung aufgrund der geplanten Aufstockung und Vergrößerung der Mehrfamilienhäuser ... ein Gutachten erstellt. Das Schattendiagramm zeigt die Besonnung am 21. Juni von 08.00 bis 18.00 Uhr, am 21. Dezember von 09.00 bis 15.00 Uhr sowie am 21. März und 23. September von 07.00 bis 17.00 Uhr auf. Die Beschwerdeführer machen nicht geltend, dass die Sonnenscheindauer durch die Aufstockung während des Tagesverlaufs beeinträchtigt werde. Aufgrund der ganztätigen Berufstätigkeit fast aller Beschwerdeführer stören sie sich vornehmlich an der Beeinträchtigung der Besonnung an den Abenden. Insbesondere im Sommer kann die Sonne auf den Balkonen bisweilen bis 21.20 Uhr genossen werden. Durch die Aufstockung wird die Sonnenscheindauer in den Abendstunden unbestrittenermassen eingeschränkt werden. Zur Beeinträchtigung der Besonnung in den Abendstunden äussert sich das Gutachten der Bauherrschaft jedoch nicht. Die Beschwerdeführer legten am Augenschein dar, dass sie von ei-

ner Verkürzung der abendlichen Sonnenscheindauer um bis zu 1 1/2 Stunden ausgehen. Diese Befürchtungen blieben von der Bauherrschaft unwidersprochen.

Der Augenschein zeigte auch, dass die Aufstockung der Mehrfamilienhäuser ... vornehmlich die Aussicht der unteren Geschosse der Liegenschaft ... beschneidet. Insbesondere bei der Wohnung im Erdgeschoss kann man derzeit und die ... noch erkennen. Mit der Aufstockung wird diese Weitsicht verloren gehen. Auch aus der Wohnung im ersten Obergeschoss wird man mit der Aufstockung den ... und den Horizont nicht mehr sehen können. Selbst die Aussicht der Wohnungen im zweiten Obergeschoss sowie im Attikageschoss wird beschnitten. Die Bauherrschaft hat auch bezüglich des Aussichtsverlustes ein Gutachten erstellen lassen. Dieses Gutachten beleuchtet jedoch nicht die Beeinträchtigung der Aussicht durch die gesamte geplante Aufstockung. Es betrachtet nur jenen Teil der Aufstockung, welcher durch die vom Stadtrat gewährte Ausnahmegewilligung erst möglich wird. Daraus resultiert eine Beeinträchtigung des Blickwinkels von 3.47°. Wird von der Liegenschaft ... aus jedoch die gesamte geplante Aufstockung betrachtet, wird in der Hauptwohnrichtung der Liegenschaft der Beschwerdeführer der Blickwinkel maximal um rund 35° eingeschränkt.

Daraus erhellt, dass die vorliegend als Arealbebauung geplante Aufstockung und Vergrösserung der Mehrfamilienhäuser ... weder für das Siedlungsbild noch für die Beschwerdeführer zu erkennbaren Vorteilen führen wird. Im Gegenteil. In Bezug auf die Belichtung und Besonnung, aber auch in Bezug auf die Aussicht wirkt sich die Überbauung für die Beschwerdeführer nachteilig aus.

6. Schliesslich ist zu überprüfen, ob sich die geplante Aufstockung und Vergrösserung an den Anforderungen an Arealbauungen gemäss § 53 f. BO Zug orientiert. Die Mindestarealfläche kann auch ausgenützte Grundstücke und Grundstücksteile umfassen, wenn die zugehörigen Bauten Bestandteile der Arealbebauung sind und die erhöhten Anforderungen gemäss § 53 *insgesamt* erfüllt sind (§ 54 BO Zug).

a) Arealbauungen müssen grössere, zusammenhängende Freiflächen mit standortgebundener, vielfältiger Bepflanzung und ansprechend gestalteten Spielplätzen, Pflanzarealen und Umgebungsgestaltung aufweisen (§ 53 lit. c BO Zug). Diese Vorschrift dient vor allem der Wohnqualität, indem Anforderungen an die Grösse, die Nutzung und die Bepflanzung der Freiflächen gestellt werden. Diese Flächen müssen zumindest zu einem gewissen Teil allen Bewohnern der Arealbebauung zur Verfügung stehen (Hans Hagmann, Kommentar zur Bauordnung der Stadt Zug, Zürich 1998, § 53 Rz 4).

Die Baugesuchsakten müssen u.a. Angaben über die Gestaltung der Umgebung und der Fussgängerverbindungen enthalten (§ 27 Abs. 1 V PBG). Die Angaben fehlten vorliegend gänzlich. Wie bereits dargelegt, konnten weder die

Stadtbildkommission noch der Stadtrat dieses Kriterium bei der Arealbebauung begutachten. Zur Beurteilung der Güte der Arealbebauung in Bezug auf die Umgebungsgestaltung fehlten der Vorinstanz die entscheidenden Grundlagen.

b) In einer Arealbebauung müssen die Autoabstellplätze und deren Zufahrten zweckmässig angeordnet und betrieblich organisiert werden. Mindestens dreiviertel der Parkplätze sind in Sammelgaragen anzuordnen (§ 53 lit. f BO Zug). Die Mehrfamilienhäuser ... weisen heute bereits 13 Parkplätze in der Tiefgarage und sieben im Freien auf. Insgesamt verfügt das Baugrundstück also bereits über 20 Parkplätze. Mit der Arealbebauung sollen weder neue zusätzliche Parkplätze gebaut noch die bestehenden verändert werden. Die BO Zug verlangt bei einer Arealbebauung, dass mindestens 75 % der Parkplätze in Sammelgaragen anzuordnen sind. Vorliegend müssten also von den 20 Parkplätzen mindestens 15 in der Tiefgarage angeordnet werden. Das Projekt weist jedoch aus, dass lediglich 65 % der Parkplätze in einer Sammelgarage und 35 % im Freien angeordnet sind. Daraus erhellt, dass die Arealbebauung auch diese Vorschrift nicht einhält.

Damit steht fest, dass die vorliegend geplante Aufstockung und Vergrößerung der bestehenden Überbauung weder Vorteile für das Siedlungsbild noch für die Umgebung erzielt (§ 29 Abs. 2 PBG), noch die erhöhten Anforderungen einer Arealbebauung insgesamt zu erfüllen vermag (§ 54 i.V.m. § 53 BO Zug). Zu Unrecht hat der Stadtrat den geplanten Umbau der Mehrfamilienhäuser ... als Arealbebauung bewilligt. Die Beschwerde ist in diesem Umfang begründet. Sie ist gutzuheissen.

Bei diesem Zwischenergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführer oder auf das Eventualbegehren der Bauherrschaft einzugehen.

Regierungsrat, 17. Januar 2006

§ 72 PBG - Tragweite der Bestandesgarantie

Aus den Erwägungen:

4. ...

Die bisherige Baute, welche als Ferienhaus genutzt wurde, weist eine Grundfläche von 48.8 m² (8.78 m x 5.56 m) mit einem Untergeschoss und einem Erdgeschoss auf. Das Gebäude soll in ein Wohnhaus umgebaut, erweitert und aufgestockt werden. Dabei wird die Gebäudelänge auf 11.98 m, die

Breite auf 7.86 m und die Gebäudegrundfläche um 30 m² anwachsen. Das bestehende Erdgeschoss wird teilweise abgebrochen und durch einen Wohn- und Küchenraum ergänzt. Über eine im ursprünglichen Gebäude liegende neue Treppe soll das Dachgeschoss erschlossen werden. Die First- und Dachrichtung des umgebauten Gebäudes wird um 90° gedreht. Das bisherige Gebäude wird lediglich noch als Anbau der neuen Baute wahrgenommen werden können.

Es ist unbestritten, dass die bisherige Baute den Strassenabstand von 4 m (§ 17 Gesetz über Strassen und Wege vom 30. Mai 1996, GSW, BGS 751.14) um 1.40 m und den Grenzabstand zum Grundstück der Beschwerdeführer von 5 m (Art. 46 BO Oberägeri) um 1.50 m unterschreitet. Ebenfalls unbestritten ist die Überschreitung der maximal zulässigen Erdgeschossfussbodenhöhe. Uneinigkeit herrscht lediglich darüber, ob die Erdgeschossfussbodenhöhe des bestehenden Ferienhauses das maximal zulässige Mass um 0.04 m, um 0.10 m oder um 0.20 m übersteigt. Damit die Bauherrschaft ihr geplantes Projekt realisieren kann, ist sie darauf angewiesen, dass der Weiterbestand des bestehenden Gebäudes von der Bestandgarantie geschützt wird.

Die Gemeindeversammlung vom 1. Dezember 2003 hat die Bauordnung der Gemeinde Oberägeri vom 4. Dezember 1994 (BO Oberägeri) an das Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) angepasst. Dabei hat sie ihre bisherige Vorschrift zur Bestandesgarantie (Art. 1 Abs. 2 BO Oberägeri) aufgehoben. Damit kommt in der Gemeinde Oberägeri die kantonale Bestandesgarantie gemäss § 72 PBG zur Anwendung. Danach dürfen Bauten und Anlagen, welche der Zone, nicht aber den Bauvorschriften entsprechen, unterhalten, erneuert und, soweit dadurch nicht stärker vom geltenden Recht abgewichen wird, auch umgebaut oder erweitert werden (§ 72 Abs. 2 PBG). Bei wesentlichen Änderungen, namentlich Abbruch und Wiederaufbau, Erweiterungen und Aufstockungen, ist die Bauordnung einzuhalten (Art. 1 Abs. 3 BO Oberägeri).

Es stellt sich nun vorliegend die Frage, ob der von der Bauherrschaft geplante Umbau noch als eine Erweiterung unter die kantonale Bestandesgarantie fällt oder ob sie als neubauähnliche Umgestaltung zu betrachten ist. Als Kriterien zur Abgrenzung des zulässigen Umbaus bzw. der zulässigen Erweiterung einer bestandesgeschützten Baute und einer neubauähnlichen Umgestaltung sind die innere Einteilung und Organisation sowie die Konstruktion der Baute, das Erweiterungsmass sowie die Umbau- und Erweiterungskosten massgebend. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich die Frage, ob noch von einem zulässigen Umbau bzw. Erweiterung oder bereits von einer neubauähnlichen Umgestaltung auszugehen ist, nicht anhand eines festen Massstabs beurteilen lässt, sondern von den Umständen des konkreten Einzelfalls abhängt (Konrad Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Diss. Zürich 2003, S. 100 ff.).

a) Für die Abgrenzung zulässiger Umbauten von neubauähnlichen Eingriffen ist von entscheidender Bedeutung, ob sich das Bestehende oder zumindest wesentliche Teile davon in der inneren Einteilung und in der Organisation oder Konstruktion des Gebäudes noch erkennen lassen.

Diese Voraussetzung ist vorliegend klarerweise nicht mehr erfüllt. Wesentliche Teile der bestehenden Bausubstanz werden durch eine neue ersetzt. Auf einer Länge von rund 7.20 m wird der First des bestehenden, 8.78 m langen Ferienhauses entfernt. Nur im nördlichen und östlichen Bereich bleiben die Aussenwände des bisherigen Baukörpers bestehen. Die Organisation im Innern des bestehenden Ferienhauses ändert wesentlich. Rund 50 % der Fläche des Erdgeschosses wird neu organisiert. U.a. entsteht ein Badezimmer, das den heutigen Ansprüchen zu entsprechen vermag. Des Weiteren wird eine neue Treppe das Dachgeschoss erschliessen. Vollständig neu werden der Ess- und Wohnraum sowie die Küche mit rund 46 m² Fläche. Im Grundriss des Erdgeschosses verbleiben einzig der Eingangsbereich mit dem Treppenabgang in das Untergeschoss (rund 5.50 m²) und das Schlafzimmer (15.2 m²) unverändert. Im Übrigen wird der Neubauteil ein Dachgeschoss aufweisen. Der First des erweiterten Gebäudes wird um 90° gedreht. Der bisherige Bau wird nach der Erweiterung nur noch als untergeordneter Anbau des neuen Wohnhauses in Erscheinung treten. Die Konstruktion des Gebäudes mit seinen Aussenmauern, den inneren Mauern und der Decken- und Dachkonstruktion bleibt mehrheitlich nicht erhalten und auch die innere Einteilung und Organisation wird grundlegend verändert.

b) Als weiteres Kriterium ist das Erweiterungsmass herbeizuziehen. Massgebend ist dabei die Flächenausdehnung bzw. das Bauvolumen der Erweiterung. Die Grenze des Zulässigen ist auf jeden Fall dort zu ziehen, wo die geplanten Neuerungen die Gestalt des ursprünglichen Gebäudes nicht mehr erkennen lassen, so dass es seine Identität verliert. Die Grundfläche des Erdgeschosses des bisherigen Ferienhauses beträgt 48.8 m². Die Bauherrschaft gibt in ihren Gesuchsunterlagen die Wohnfläche im Erd- und im Dachgeschoss mit 130 m² an. Das zweigeschossige Bauprojekt weist gegenüber dem bestandesgeschützten eingeschossigen Ferienhaus eine Mehrfläche von rund 80 m² auf. Der Umbau wird also nicht nur zu einer wesentlichen Vergrösserung des Gebäudekubus, sondern wegen der Neuerstellung eines Dachgeschosses auch zu einer erheblichen Erweiterung der bestehenden Nutzfläche führen.

c) Schliesslich ist zu beachten, ob der Umbau oder die Erweiterung des vorschriftswidrigen Gebäudes die Bauherrschaft nicht oder nur unwesentlich günstiger zu stehen kommt als die Erstellung eines Neubaus unter vorgängiger Beseitigung der bestehenden Baute. Am Augenschein zeigte sich, dass lediglich das Untergeschoss des Ferienhauses in massiver Bauweise ausgeführt worden ist. Das Erdgeschoss ist bereits ausgehöhlt. Es präsentiert sich als Holzständerbau verschalt mit dünnen Pavatexplatten. Das Dach und der First müssen bereits mit Stützen behelfsmässig abgestützt werden. Für alle Parteien ist

klar, dass das gesamte Ferienhaus mit Ausnahme des Untergeschosses mit dem Umbau erneuert werden muss. Bei diesem baulichen Zustand des Erdgeschosses ist für jedermann ersichtlich, dass die Erweiterung des vorschriftswidrigen Gebäudes die Bauherrschaft nur unwesentlich günstiger zu stehen kommt als die Erstellung eines Neubaus unter vorgängiger Beseitigung des bestehenden Ferienhauses.

Damit steht jedoch fest, dass ein derart weitreichender Umbau, welcher nur noch den äusseren Anschein der Kontinuität wecken soll, in § 72 Abs. 2 PBG keine Rechtsgrundlage mehr findet. Der Umbau muss als neubauähnliche Umgestaltung qualifiziert werden. Er hat sich deshalb im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BO Oberägeri an den geltenden Bauvorschriften zu orientieren. Bei diesem Ergebnis muss festgestellt werden, dass das vom Gemeinderat bewilligte Bauprojekt den Strassenabstand von 4 m um 1.40 m sowie den Grenzabstand zum Grundstück der Beschwerdeführerin von 5 m um 1.50 unterschreitet und gleichzeitig die maximal zulässige Erdgeschossfussbodenhöhe von 0.30 m über den höchsten Punkt des gewachsenen Terrains (§ 14 Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999, V PBG, BGS 721.111) um mindestens 8 cm überschreitet.

Regierungsrat, 21. März 2006

§ 39 PBG – unwesentliche oder wesentliche Änderung eines Bebauungsplanes in der Altstadt von Zug

Aus den Erwägungen:

4. ...

Die Beschwerdeführer machen in ihrer Eingabe verschiedene Gesetzesverstösse geltend. Der Haupteinwand lautet, dass das Vorhaben gegen den Bebauungsplan Nr. 4482 Grabenstrasse - St.-Oswalds-Gasse vom 13. März 1990 verstösse.

a) Das umstrittene Vorhaben der Stadt Zug sieht vor, dass der auf der Nordseite des Verwaltungsgebäudes St.-Oswalds-Gasse 20 gelegene WC-Anbau und das Tor abgebrochen und durch einen Liftturm mit WC-Räumen ersetzt wird. Der neue WC/Liftturm soll in einer Distanz von 55 cm vom Hauptgebäude erstellt und auf jedem Geschoss mit einer kleinen Passerelle mit dem Verwaltungsgebäude verbunden werden. Der Gebäudeabstand zwischen dem Verwaltungsgebäude und der Liegenschaft der Beschwerdeführer, welche im fraglichen Bereich direkt an der Grundstücksgrenze steht, beträgt heute 4.10 m.

Der bestehende WC-Anbau hat einen Grundriss von 2.2 m x 4.5 m und dieser erstreckt sich über drei Geschosse. In westlicher Richtung (Grabenstrasse) steht er direkt an der Grundstücksgrenze zur Liegenschaft der Beschwerdeführer. Der neue Anbau soll um ca. 1.50 m Richtung Osten bzw. St.-Oswalds-Gasse verschoben werden und er wird bedeutend grösser und höher als der alte Anbau. Der neue Anbau hat einen Grundriss von 2.10 m x 5.75 m und er erstreckt sich über 4.5 Geschosse. Der Gebäudeabstand zwischen dem neuen Anbau und dem Gebäude der Beschwerdeführer beträgt 1.45 m. Ausser dem neuen WC/Liffturm werden auch im Untergeschoss des Verwaltungsgebäudes Umbauten vorgenommen und es ist eine neue Treppe ab dem 3. Obergeschoss zum 4. Obergeschoss und zum Dachgeschoss vorgesehen. Das 4. Obergeschoss erhält zudem eine neue Raumeinteilung und an der West- und Ostseite des Daches sind je zwei neue Schlepplukarnen vorgesehen.

b) Der Bebauungsplan Nr. 4482 Grabenstrasse – St.-Oswalds-Gasse wurde vom Grosse Gemeinderat der Stadt Zug am 13. März 1990 beschlossen und vom Regierungsrat am 5. Oktober 1990 genehmigt. In der Legende des Bebauungsplanes werden die Ziele wie folgt angegeben: «Fördern: Der wirtschaftlichen Attraktivität, von Fussgängerverbindungen, des Radweges St.-Oswalds-Gasse; Erhalten: Von historisch wertvoller Bausubstanz, des Grünraumes an der St.-Oswalds-Gasse.» Im Bebauungsplan ist die Hauptbaulinie zur Grabenstrasse mit einem dicken roten Strich eingezeichnet, die bestehende Fassadenflucht wird mit einem dünnen schwarzen Strich angegeben. Die zu erhaltenden Bauten sind mit einer schwarzen Schräg-Schraffur gekennzeichnet. Mit einer anderen Schraffur (schräg gekreuzt), sind jene Bauten gekennzeichnet, wo das äussere Erscheinungsbild zu erhalten ist. Der Perimeter von möglichen Neubauten wird mit einer Punktschraffur angegeben sowie mit zusätzlichen Angaben über die maximale Firsthöhe und Traufhöhe, die Dachneigung sowie die Firstrichtung oder die maximale Geschosshöhe. Mit einer schrägen, punktierten Schraffur werden die Unterniveaubauten und mit einer anderen Schraffur die mögliche Untergeschosserweiterung unter das Niveau der Grabenstrasse gekennzeichnet. Mit weiteren Signaturen werden die Fussgängerbereiche, die Fussgängerverbindungen, die Grünflächen, die Bäume, der Radweg und die Anlieferung bezeichnet. Bezüglich der Nutzung bestimmt der Bebauungsplan, dass in den Erdgeschossen an der Grabenstrasse publikumsorientierte Nutzungen wie Läden, Restaurants und dergleichen vorzusehen sind. Der Wohnanteil an der St.-Oswalds-Gasse beträgt 50 %, davon ausgenommen sind öffentliche Bauten. Ferner enthält der Bebauungsplan noch folgende Bestimmungen: «Entlang der St.-Oswalds-Gasse ist eine einheitliche, den Gassencharakter betonende Abschlussmauer vorgesehen. Neubauten haben sich einwandfrei in das bestehende Ortsbild einzufügen. Soweit dieser Bebauungsplan keine abweichenden Bestimmungen enthält, gelten das Altstadtreglement und die Bauordnung. Der Stadtrat kann unwesentliche Änderungen vornehmen.»

c) Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass der Bebauungsplan Grabenstrasse - St.-Oswalds-Gasse detaillierte Angaben enthält, welche Bauten zu erhalten sind, wo nur das äussere Erscheinungsbild zu erhalten ist, Bauten also abgerissen und durch Neubauten mit gleichem Erscheinungsbild ersetzt werden können. Schliesslich wird im Bebauungsplan auch der Bereich von möglichen Neubauten genau bezeichnet mit Angaben über die maximal zulässige Firsthöhe und Traufhöhe sowie über die Firstrichtung oder die maximal zulässige Geschosszahl. In dem hier zur Diskussion stehenden Fall sieht die Situation so aus, dass gemäss der im Bebauungsplan verwendeten Schraffur das Verwaltungsgebäude St.-Oswalds-Gasse 20 und das Nachbargebäude St.-Oswalds-Gasse 18 der Beschwerdeführer zu erhalten sind. In dieser Frage sind sich die Parteien noch einig. Unterschiedliche Standpunkte vertreten sie jedoch in der Frage, welche baulichen Änderungen im bisher unüberbauten Bereich des Zwischenraumes zwischen den beiden Bauten zulässig sind. Der Hauptgrund für die unterschiedliche Auslegung des Bebauungsplanes liegt darin, dass die Schraffur, mit welcher die zu erhaltenden Bauten gekennzeichnet sind, nicht überall um die bestehenden Bauten herumgezogen wurde. Beim bereits erwähnten Zwischenraum zwischen den Bauten St.-Oswalds-Gasse 20 und 18 wurde die Schraffur in der Verlängerung der bestehenden Fassadenfluchten zur Grabenstrasse bzw. zur St.-Oswalds-Gasse durchgezogen. Der bestehende Anbau beim Verwaltungsgebäude St.-Oswalds-Gasse 20 wird von dieser Schraffur ebenfalls erfasst. Diese ist im fraglichen Bereich zurückversetzt und entspricht genau der Fassadenflucht des bestehenden Anbaus. Der Stadtrat zieht aus dem Umstand, dass die erwähnte Schraffur im Bebauungsplan auf der Nordseite des Verwaltungsgebäudes St.-Oswalds-Gasse 20 und auf der Südseite des Gebäudes St.-Oswalds-Gasse 18 nicht entlang den bestehenden Fassadenfluchten verläuft, sondern auch den erwähnten Zwischenraum zwischen den beiden Bauten einschliesst, die Schlussfolgerung, dass der bestehende Anbau am Verwaltungsgebäude St.-Oswalds-Gasse 20 abgebrochen werden kann und die beiden Bauten sogar zusammengebaut werden könnten.

Der vom Stadtrat vertretenen Auffassung kann aus mehreren Gründen nicht beigespflichtet werden. Erstens geht aus der Schraffur im Bebauungsplan klar hervor, dass der Anbau am Verwaltungsgebäude St.-Oswalds-Gasse als zu erhaltende Baute gilt und dieser damit nicht abgebrochen werden kann. Die vom Stadtrat erteilte Bewilligung für den Abbruch des Anbaus und die Erstellung eines neuen, wesentlich grösseren und höheren Anbaus an einem leicht versetzten Standort verstösst damit gegen den Bebauungsplan Grabenstrasse - St.-Oswalds-Gasse. Zweitens ist der vom Stadtrat erwähnte Zusammenbau der Gebäude St.-Oswalds-Gasse 20 und 18 nicht möglich, weil ein solches Vorhaben gegen den in § 29 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz, BGS 423.11) definierten Umgebungsschutz verstossen würde, nachdem die Liegenschaft St.-Oswalds-Gasse 16 und 18 mit Beschluss vom 17. August 1993 des Regie-

rungsrates unter kantonalen Schutz gestellt worden sind. Nachdem das städtische Vorhaben keinen Zusammenbau der Gebäude St.-Oswalds-Gasse 20 und 18 vorsieht, stellt sich die Frage, ob das städtische Vorhaben einer unwesentlichen Änderung des Bebauungsplanes gleichkommt, für welche gemäss der Legende im Bebauungsplan der Stadtrat zuständig ist. Das zur Diskussion stehende Vorhaben sprengt den Rahmen einer unwesentlichen Änderung. Dies, weil der Bebauungsplan von der Erhaltung des bestehenden Anbaus am Verwaltungsgebäude St.-Oswalds-Gasse 20 ausgeht und im Plan nichts darauf hindeutet, dass hier ein Neubau und schon gar nicht an einem anderen Standort und mit unbestimmter Grösse und Höhe zulässig wäre. Von den planerischen Festlegungen in einem Bebauungsplan darf in einem derart heiklen Gebiet, wozu die Altstadt mit den engen Raumverhältnissen zweifelsohne gehört, nicht nach Belieben abgewichen werden. Das zur Diskussion stehende Bauvorhaben zeigt, dass die nachbarlichen und auch die öffentlichen Interessen von solchen Änderungen bei einem Bebauungsplan erheblich betroffen sein können. Durch den Abbruch des bestehenden Anbaus am Verwaltungsgebäude und die Erstellung eines neuen, wesentlich grösseren und höheren Anbaus an einem neuen Standort verschlechtert sich die Situation für die Nachbarn erheblich, da diesen zusätzlich Licht und Sonne entzogen wird. Wie aus der Stellungnahme der Beschwerdeführer hervorgeht, wurde die Liegenschaft St.-Oswalds-Gasse 16 und 18 im Jahre 1992/93 umgebaut und umfassend renoviert. Bei der Gestaltung der Südfassade richtete sich die damalige Bauherrschaft nach dem bestehenden Anbau am Verwaltungsgebäude St.-Oswalds-Gasse 20 aus, indem bestehende Fenster im Bereich des Anbaus zugemauert und an einer anderen Stelle neue Mittelfenster eingebaut wurden, damit die Lichtverhältnisse an der Südfassade verbessert werden konnten. Diese Aufwendungen würden weitgehend zunichte gemacht, wenn der vorgesehene Anbau erstellt würde. Der Stadtrat versucht die Abweichung vom Bebauungsplan auch damit zu begründen, dass bei der Liegenschaft der Beschwerdeführer selbst ein Abbruch und Anbau auf der Nordseite des geschützten Hauses St.-Oswalds-Gasse 18 ausgeführt worden sei. Der Stadtrat habe am 20. Juli 1992 diese Abweichung vom Bebauungsplan (Verzicht auf die Querverbindung St.-Oswalds-Gasse/Grabenstrasse) bewilligt mit dem Hinweis, dass diese Änderung bei der nächsten Bebauungsplanänderung mitzuberechnen sei. Der Stadtrat bestätigt damit selber, dass schon damals eine Änderung des Bebauungsplanes notwendig gewesen wäre. Aus welchen Gründen auch immer wurde diese Änderung beim Bebauungsplan nie vorgenommen. Der Stadtrat kann aus diesem Versäumnis nichts ableiten. Jedenfalls liegt kein Grund vor, um erneut eine Abweichung vom Bebauungsplan zu bewilligen, ohne dass dieser geändert wird. Die Nachbarn müssen derartige gewichtige Abweichungen bei einem Bebauungsplan nicht einfach hinnehmen, sondern diese Änderungen müssten wenssichon im ordentlichen Verfahren gemäss § 39 des Planungs- und Baugesetzes (PBG, BGS 721.11) beschlossen werden, indem die nachbarlichen und die öffentlichen Interessen sorgfältig gegeneinander abgewogen werden. Eine solche Interessenabwägung wurde im

vorliegenden Fall nicht vorgenommen. Jedenfalls wird in der Stellungnahme der Vorinstanz nicht näher begründet, weshalb die öffentlichen Interessen die privaten Interessen der Beschwerdeführer überwiegen.

d) Als Zwischenergebnis steht damit fest, dass die von der Vorinstanz erteilte Baubewilligung gegen den Bebauungsplan Grabenstrasse - St.-Oswalds-Gasse verstösst. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung der vom Stadtrat Zug erteilten Baubewilligung.

Regierungsrat, 4. April 2006

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

Vorbemerkungen

Bezüglich Datenschutz und Informationssicherheit ist für die öffentliche Verwaltung das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000 (BGS 157.1; im Folgenden: DSG) die wichtigste Rechtsgrundlage.

Zu den Befugnissen des Datenschutzbeauftragten

Gemäss § 20 Abs. 2 DSG kann der Datenschutzbeauftragte (im Folgenden: 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 (§ 42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen; BGS 151.1) der Gemeinden richten. Anschliessend kann der DSB die Angelegenheit dem Regierungsrat zum Entscheid vorlegen (§ 20 Abs. 3 DSG).

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 bis anhin 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 vier Themen aus der DSB-Beratung gekürzt dargestellt. Viele weitere Beispiele und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis finden sich in den ausführlichen Tätigkeitsberichten des DSB. Die Ausgaben der Jahre 1999 - 2006 können kostenlos beim DSB bestellt werden und sind auch auf der Website des DSB: «www.datenschutz-zug.ch» zugänglich.

I. Gemeindliche Bestimmung zum Datenschutz?

Ausgangslage

Eine Zuger Gemeinde gibt sich eine neue Gemeindeordnung. Unter dem Titel «Datenschutz» ist aufgeführt:

«Die Gemeindeverwaltung sorgt für einen zweckmässigen Datenschutz nach Massgabe des Bundesrechts und des kantonalen Rechts. [...]»

Fragestellung

Es stellt sich die Frage, welche Kompetenzen der Gemeinde in diesem Bereich zustehen und welche Bedeutung die Verweisung auf das Bundesrecht beziehungsweise das kantonale Recht hat.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Bedeutung der Verweisung auf das Bundesrecht?

Sollte die Bestimmung sich auf das Eidg. Datenschutzgesetz beziehen, so ist festzuhalten, dass dieses nur bei Datenbearbeitungen durch die *Bundesverwaltung* beziehungsweise durch *Private* zur Anwendung kommt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b Bundesgesetz über den Datenschutz/Eidg. DSG, SR 235.1). Auf Datenbearbeitungen gemeindlicher Organe kommt das Eidg. DSG hingegen *nicht* zur Anwendung.

2. Datenschutzrechtliche Sonderbestimmungen in Bundesgesetzen

Nun gibt es jedoch zahlreiche datenschutzrechtliche Sonderbestimmungen in Bundesgesetzen, die allenfalls durch gemeindliche Organe *direkt* angewendet werden (etwa im Bereich AHV/IV, UVG etc.). Daher kann die vorstehende, allgemeine Formulierung der Verweisung auf das Bundesrecht in diesem Sinn *belassen* werden.

3. Zum «zweckmässigen» Datenschutz

Soweit das kantonale Datenschutzgesetz (DSG, BGS 157.1), besondere datenschutzrechtliche Bestimmungen anderer kantonalen Gesetze oder allenfalls des Bundesrechts zur Anwendung kommen, sind diese entsprechend umzusetzen. Für die Gemeinde besteht diesfalls *kein rechtlicher Spielraum*. Eine Beschränkung auf nur «Zweckmässiges» ist hier daher *unzulässig*. In Rechtsbereichen, in denen der Gemeinde *eigene* Rechtsetzungsbefugnisse zustehen, darf sie entsprechend auch eigene datenschutzrechtliche Bestimmungen erlassen. Dabei hat sie die bundesrechtlichen und die kantonalrechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten. Soweit (u.a.) das grundlegende Verhältnismässigkeitsprinzip eingehalten ist, erscheint die Bezugnahme auf einen «zweckmässigen» Datenschutz im Bereich eigener Rechtsetzungskompetenzen *zulässig*.

4. Exkurs: Welchen Sinn macht eine solche Bestimmung?

Soweit die Gemeinde kantonales oder eidgenössisches Recht anzuwenden hat, muss sie sich grundsätzlich zu Aspekten des Datenschutzes gar nicht weiter äussern.

Soweit ihr hingegen eigenständige Kompetenzen zustehen, sollte sie datenschutzrechtliche Fragestellungen in den entsprechenden gemeindlichen Spezialerlassen regeln.

Man kann sich somit ohne Weiteres vorstellen, die eingangs aufgeführte Bestimmung in der Gemeindeordnung *wegzulassen*. Auf der anderen Seite kann es aber sinnvoll sein, die Verwaltung daran zu erinnern, wie sie bezüglich des Datenschutzes vorzugehen hat.

Unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen hat die Gemeinde hier einen gewissen Spielraum. Pflegt sie einen eher strengen, «puritanischen» Gesetzesstil, wird sie auf eine solche Bestimmung verzichten. Zieht sie hingegen einen eher informativen, «erzieherischen» Gesetzesstil vor, kann sie grundsätzlich eine entsprechende Bestimmung aufführen.

Fazit

Hat die Gemeinde Bundesrecht oder kantonales Recht oder gegebenenfalls darauf gestütztes gemeindliches Ausführungsrecht anzuwenden, darf sie sich nicht auf einen bloss «zweckmässigen» Datenschutz beschränken. Vielmehr hat sie das entsprechende Recht – unter Einschluss des Datenschutzrechts – *umfassend gemäss den entsprechenden Vorgaben anzuwenden*.

In Bereichen, in denen der Gemeinde eine eigenständige Gesetzgebungskompetenz zusteht, kann sie sich – unter Beachtung der Vorgaben des übergeordneten kantonalen beziehungsweise Bundesrechts – auf einen «zweckmässigen» Datenschutz beschränken.

II. Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland

Ausgangslage

Eine Zuger Verwaltungsstelle beauftragte ein privates schweizerisches Unternehmen, Persönlichkeitstests beziehungsweise Assessments bei ihrem leitenden Verwaltungspersonal durchzuführen. Die Betroffenen hatten diverse Tests an ihrem PC am eigenen Arbeitsplatz zu absolvieren. Um diese Tests überhaupt durchführen zu können, mussten die Mitarbeitenden zwingend ihr Einverständnis geben, dass die Testauswertung in Deutschland vorgenommen werden darf. Zudem wurden sie dabei auch darüber informiert, dass – im Falle von Anständen – *deutsches Recht* zur Anwendung käme.

Fragestellung

Muss sich der Zuger Verwaltungsmitarbeitende gefallen lassen, dass seine Personendaten ins Ausland übermittlemt und dort bearbeitet werden? Ist eine Verweisung auf die Anwendbarkeit des deutschen Rechts zulässig?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Vorweg

Es wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die Durchführung der Tests in der vorgenommenen Ausgestaltung an und für sich rechtmässig ist, und es wird nicht geprüft, ob die Mitarbeitenden ihre Zustimmung zur Durchführung des Tests erteilen müssen oder ob der Arbeitgeber befugt ist, solche verpflichtend anzuordnen.

2. Rechtslage

a) Die Auslagerung des Assessments und die Datenbearbeitung im Rahmen der Evaluation der Tests an ein schweizerisches Privatunternehmen ist im Rahmen von § 6 des Zuger Datenschutzgesetzes (DSG, BGS 157.1) *grundsätzlich zulässig*. Die Daten dürfen dabei durch den Beauftragten nur in dem Rahmen bearbeitet werden, wie es auch der Auftraggeber selber tun darf.

b) Die Auslagerung von Datenbearbeitungen ins Ausland ist grundsätzlich ebenfalls denkbar. Dabei sind sinngemäss die Vorgaben von Art. 6 des Eidgenössischen Datenschutzgesetzes (Eidg. DSG, SR 235.1) einzuhalten.

Bezüglich der hier zur Diskussion stehenden Personendaten aus dem Assessment ist eine Datenbearbeitung im Ausland grundsätzlich möglich. Dabei hat der Auftraggeber – somit die kantonale Verwaltung – jedoch gegenüber dem beauftragten Unternehmen vertraglich abzusichern, dass sämtliche datenschutzrechtlichen Vorgaben eingehalten werden.

Exkurs:

Bezüglich Daten der kantonalen Verwaltung, die *den hoheitlichen* Bereich im engeren Sinne betreffen – zu denken wäre etwa an die Bereiche Polizei, Steuern, Schule etc. – wären hingegen die diesbezüglichen datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen viel strenger, so dass eine Auslagerung *solcher Daten ins Ausland kaum je in Frage kommen kann*.

c) Eine Datenbearbeitung in Deutschland ist grundsätzlich zulässig, da Deutschland über einen Datenschutz verfügt, der dem schweizerischen gleichwertig ist.

d) Die Verwaltungsstelle hat mit dem schweizerischen Unternehmen insbesondere die folgenden Aspekte *vertraglich* zu regeln:

- soweit die Datenbearbeitung in Deutschland vorgenommen werden soll, an welche Stelle in Deutschland die Daten genau übermittelt werden;

- dass der deutsche Datenbearbeiter die Daten nicht weitergeben darf, die Daten nicht für andere bzw. eigene Zwecke verwenden darf, die Daten nach Auftragserfüllung zurückzugeben bzw. vollständig zu vernichten hat und keine Kopien anfertigen darf;

- dass sämtliche Datenübertragungen, so sie via ungesicherte Netze - wie es das Internet eines ist - übertragen werden, ausschliesslich verschlüsselt erfolgen (§ 3 der Zuger Verordnung über die Nutzung von Internet und E-Mail, BGS 154.28).

e) Wichtig für die Mitarbeitenden, die von dieser Datenbearbeitung betroffen sind: für sie ist - etwa im Falle von Anständen - *ausschliesslich ihr Arbeitgeber* Ansprechperson, somit die Zuger Verwaltungsstelle. Im Weiteren ist dieses Rechtsverhältnis ausschliesslich dem Zuger Personalrecht beziehungsweise Datenschutzrecht unterworfen. Die Mitarbeitenden müssen sich somit weder an die beauftragte schweizerische Firma, noch etwa gar an den deutschen Datenbearbeiter halten, sollten sich aufgrund der vorliegenden Datenbearbeitung eine Persönlichkeitsverletzung oder ein Schaden einstellen.

Gleich verhält es sich, wenn sie die ihnen aufgrund des Zuger Datenschutzgesetzes zustehende Rechte wahrnehmen wollen, etwa Einsicht oder Berichtigung ihrer eigenen Daten (etc.).

Fazit

Die Auslagerung der Datenbearbeitung ist möglich, im vorliegenden Beispiel ist selbst auch eine Datenbearbeitung in Deutschland grundsätzlich zulässig.

Für die betroffenen Mitarbeitenden ist aber in dieser Sache ausschliesslich ihr Arbeitgeber, somit die Zuger Verwaltung, zuständig. Zur Anwendung kommt das Zuger Recht. Die Betroffenen haben sich somit in keinem Fall dem deutschen Recht zu unterwerfen; ihre diesbezügliche Zustimmung ist unbeachtlich.

III. Private Webcam erfasst öffentlichen gemeindlichen Raum

Ausgangslage

Ein Privater betreibt aus seiner Wohnung heraus eine Webcam, die auf eine öffentliche gemeindliche Strasse, einen öffentlichen Parkplatz und auf zwei Privathäuser gerichtet ist. Im Internet sind einzelne Personen, etwa Fussgänger, zu sehen, aber als solche nicht erkennbar. Hingegen ist sichtbar, ob die Parkplätze belegt sind, bei Liefer- und Lastwagen können Beschriftungen gelesen werden und es ist abends und nachts stets zu sehen, in welchen Wohnräumen der beiden Häuser Licht brennt. Es können somit ohne Weiteres Lebensgewohnheiten und weitere Informationen – etwa: längere Abwesenheiten – über die Hausbewohner weltweit abgerufen, ermittelt und auch aufgezeichnet werden.

Da Bewohner sich durch diese Webcam beobachtet und kontrolliert fühlen, wollten sie sich dagegen rechtlich zur Wehr setzen.

Fragestellung

Vorweg fragt es sich, wie Personen, die sich durch diese private Webcam in ihrer Privatsphäre gestört fühlen, vorzugehen haben. Welche rechtliche Relevanz kommt der Tatsache zu, dass die Webcam durch eine Privatperson aus einer privaten Wohnung heraus betrieben wird? Und welche Bedeutung hat es, wenn damit der öffentliche Raum – Strasse und Parkplätze – überwacht wird?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Zivilrechtliches Verfahren

Fühlt sich eine Privatperson durch Video- bzw. Webcam-Aufnahmen eines anderen Privaten in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt, so kann sie gegen letzteren gestützt auf Art. 28 ZGB auf dem *Zivilweg* vorgehen.

2. Zur Zuständigkeit des öffentlichen Gemeinwesens

Wird durch eine Privatperson der *öffentliche Raum* – hier: Strasse und öffentliche Parkplätze – überwacht, so hat das entsprechende Gemeinwesen zu prüfen, ob dadurch die Grundrechte derjenigen Personen verletzt werden, die sich im überwachten Bereich aufhalten.

Das Gemeinwesen hat die Pflicht, in seinem Hoheitsgebiet die verfassungsmässigen Rechte der Bürgerinnen und Bürger zu gewährleisten. Im vorliegenden Fall insbesondere aufgrund von Art. 13 BV, der die Privatsphäre in grundsätzlicher Weise schützt.

Für die Zuger Einwohnergemeinden ist in diesem Zusammenhang auch § 59 Abs. 1 Ziff. 3 des Gemeindegesetzes (BGS 171.1) zu beachten. Diese Bestimmung stellt eine Konkretisierung der allgemeinen Polizeiklausel dar. Demgemäss haben die Gemeinden somit die Befugnis beziehungsweise Verpflichtung, im öffentlichen Raum für Ruhe und Ordnung sowie die Einhaltung der Rechtsordnung zu sorgen.

Um den Sachverhalt noch etwas zu verdeutlichen, könnte man sich übrigens auch etwa folgendes Beispiel vorstellen: ein Privater überwacht von seiner Wohnung aus mit einer Webcam den öffentlichen Raum vor einem Polizeiposten, einem Spital oder einer Kirche, wobei die Personen *erkennbar* sind, die dort ein- und ausgehen.

Die Gemeinde kann Betroffene nun nicht einfach auf den Zivilweg verweisen und selber sich nicht weiter um die Sache zu kümmern, nur weil der Störer ein Privater ist. Vielmehr ist sie verpflichtet, zu prüfen, ob Personen, die sich im öffentlichen Raum bewegen, durch Private – durch das Betreiben einer Webcam – in ihrem Grundrecht auf Privatsphäre verletzt werden.

3. Überwachung des öffentlichen Raums durch eine Privatperson?

Webcams Privater, die den öffentlichen Raum erfassen, sind nur dann zulässig, wenn auf den übertragenen Aufnahmen keinerlei Personendaten übertragen werden. Konkret bedeutet dies: Personen dürfen somit weder erkennbar noch bestimmbar sein, ebenso wenig Fahrzeuge (etc.) und auch Lebensgewohnheiten von Personen dürfen nicht erkennbar sein.

Fazit

Sofern und soweit Handlungen einer Privatperson Auswirkungen auf den öffentlichen Raum zur Folge haben, muss das zuständige öffentliche Organ auf Anzeige hin prüfen, ob die Rechtsordnung im öffentlichen Raum verletzt ist.

Betreibt ein Privater eine Webcam, die auch Private erfasst, die sich im öffentlichen Raum bewegen (bzw. ihre Lebensgewohnheiten etc. darstellt), so ist davon auszugehen, dass dies grundsätzlich *stets unzulässig* ist.

Aufgrund der Intervention der Gemeinde hat der Private die entsprechende Webcam übrigens ausser Betrieb gesetzt.

Ergänzender Hinweis

Gestützt auf eine entsprechende Anfrage des Zuger Datenschutzbeauftragten vertrat auch der Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte die hier dargestellte Rechtsauffassung, wonach somit für die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung auf Gemeindegebiet – im Rahmen des kantonalen und gemeindlichen Rechts – vorweg die Gemeinde zuständig ist.

IV. Welchen Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit?

Ausgangslage

Es zeigt sich an gemeindlichen Schulen, dass Jugendliche im sozialen Bereich einer Unterstützung bedürfen, die nicht durch die Lehrpersonen erbracht werden kann. Deshalb werden vielerorts durch *Sozialdienste* besondere Angebote im schulischen Rahmen geschaffen.

Solche Schulsozialarbeitsstellen unterstützen die Schule bei der Umsetzung ihrer Integrations- und Präventionsaufgaben. Möglicherweise gefährdete Schülerinnen und Schüler sollen frühzeitig bemerkt und ihnen bei der Bewältigung ihrer Schwierigkeiten und Probleme durch die schulischen Sozialarbeiter unterstützend beigegeben werden.

Dem Datenschutzbeauftragten wurde ein Konzept über die Schulsozialarbeit an einer Gemeindeschule (im Folgenden: Konzept) zur datenschutzrechtlichen Beurteilung vorgelegt.

Fragestellung

Sowohl durch die Lehrperson, insbesondere aber durch die schulischen Sozialarbeiter werden über betroffene Schülerinnen und Schüler in der Regel eine Vielzahl von sehr sensiblen Daten bearbeitet. Es stellte sich die Frage, wie der Datenaustausch zwischen Lehrperson, Rektorat und schulischem Sozialarbeiter zu regeln ist.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Einleitung

Der Austausch von Schülerdaten zwischen der Schulleitung/Lehrerschaft und dem Schulsozialarbeiter stellt eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes des Kantons Zug (DSG, BGS 157.1) dar. Die Tätigkeit des Schulsozialarbeiters ist eine Massnahme der sozialen Hilfe. Die Zuweisung eines Jugendlichen zu einem Gespräch mit dem Schulsozialarbeiter kann eine administrative Massnahme sein. Sowohl im Sozialhilfeverfahren als auch im Administrativverfahren findet eine Beurteilung des Verhaltens eines Schülers statt. Die auszutauschenden Daten sind somit *besonders schützenswerte Personendaten* im Sinne von § 2 Bst. b des Datenschutzgesetzes. Diese können nur bearbeitet beziehungsweise ausgetauscht werden, wenn

- entweder eine formell-gesetzliche Grundlage dies vorsieht,
- oder wenn dies für die Erfüllung einer Aufgabe, die in einer formell-gesetzlichen Grundlage umschrieben ist, offensichtlich unentbehrlich ist,
- oder wenn eine ausdrückliche Zustimmung der betroffenen Person vorliegt.

2. Datenbekanntgabe Schulleitung/Lehrerschaft an Schulsozialarbeiter

a) Gemäss dem zu beurteilenden Konzept erfolgt die Beratung beim Schulsozialarbeiter auf Zuweisung durch die Erziehungsberechtigten, die Lehrpersonen, die schulische Heilpädagogik oder die Schulleitung oder auf freiwilliges Begehren des Schülers.

b) Die Zuweisung eines Jugendlichen durch Lehrerschaft oder Schulleitung ohne dessen vorgängige Zustimmung erfolgt im Rahmen des Disziplinarwesens. Die disziplinarischen Bestimmungen der Schulordnung sehen eine solche Disziplinar-massnahme – Zuweisung an den schulischen Sozialdienst – nicht ausdrücklich vor. Nach Meinung der Datenschutzstelle des Kantons Zug ist aber die Zuweisung an den Schulsozialarbeiter als Disziplinar-massnahme mit § 24 Abs. 1 und 2 des Schulgesetzes (SchulG, BGS 412.11) vereinbar, wonach erzieherisch sinnvolle Disziplinar-massnahmen angeordnet werden können. Die Lehrperson und der Schulsozialarbeiter nehmen also im Rahmen des Disziplinarwesens Aufgaben wahr, die in einem formellen Gesetz geregelt sind. Sie können ihre Aufgaben je in ihrem Verantwortungsbereich nur erfüllen, wenn die Daten dem Schulsozialarbeiter bekannt gegeben werden. Die Lehrerschaft/die Schulleitung muss diesem die Daten bekannt geben, damit die Disziplinar-massnahme vollzogen werden kann. Der Schulsozialarbeiter muss wissen, wer ihm aus welchem Grund zugewiesen wird. Die mit der Zuweisung verbundene Datenbekanntgabe ist somit für die Erfüllung der in einem formellen Gesetz vorgesehenen Aufgabe (Disziplinierung) unentbehrlich und demnach datenschutzrechtlich zulässig. Die Zulässigkeit gilt sowohl für die Zuweisung durch die Lehrperson als auch durch die Schulleitung, da gemäss den disziplinarischen Bestimmungen der Schulordnung beide Organe Disziplinar-massnahmen ausfallen können.

c) Eine Datenbekanntgabe durch die Lehrerschaft/Schulleitung an den Schulsozialarbeiter *ausserhalb des Disziplinarwesens* ist mangels gesetzlicher Grundlage nur *mit Zustimmung* des betroffenen Schülers möglich.

3. Datenbekanntgabe Schulsozialarbeiter an Schulleitung/Lehrerschaft

a) Der Schulsozialarbeiter untersteht gemäss dem zu beurteilenden Konzept der *Schweigepflicht*. Sofern die Komplexität des Falles eine Zusammenarbeit mit aussenstehenden Personen und Institutionen erfordert, arbeitet der Schulsozialarbeiter darauf hin, dass ihn der betroffene Schüler von der Schweigepflicht entbindet. Gemäss Konzept gilt generell: Eine Datenbekanntgabe durch den Schulsozialarbeiter ist selbst dann nur mit Zustimmung des betroffenen Schülers möglich, wenn der Schüler zur Teilnahme an Sitzungen des Schulsozialarbeiters *zugewiesen* worden ist. Zu beachten ist, dass Daten grundsätzlich auch nur mit Zustimmung des betroffenen Schülers an die zuweisende Stelle oder an Eltern bekannt gegeben werden dürfen (zu den Aus-

nahmen s. Bst. c).

Das Konzept selber stellt übrigens keine Grundlage dafür dar, dass der Schulsozialarbeiter Daten ohne Zustimmung des betroffenen Schülers an Dritte – dazu gehört auch die Schulleitung und die Lehrerschaft – bekannt geben darf. Soweit es also vorsieht, dass der Schulsozialarbeiter Personendaten nur mit Zustimmung des betroffenen Schülers bekannt geben darf, entspricht es dem DSGVO. Ergänzend festzuhalten ist dazu Folgendes:

- Die Zustimmung des betroffenen Schülers zur Datenbekanntgabe hat einzelfallweise und aus Beweisgründen grundsätzlich *schriftlich* zu erfolgen. Daraus lässt sich ableiten, dass der Schulsozialarbeiter den betroffenen Schüler über Sinn und Zweck der Datenbekanntgabe und über den Inhalt der bekannt zu gebenden Daten und über den Adressaten vorgängig orientiert.

- Die bekannt zu gebenden Daten dürfen nur für den dem Schüler bekannt gegebenen Zweck verwendet werden (Grundsatz der Zweckgebundenheit). Gleichzeitig darf nur das bekannt gegeben werden, was zur Erreichung des Zwecks erforderlich ist (Grundsatz der Verhältnismässigkeit).

- Der betroffene Schüler hat jederzeit das Recht, seine Zustimmung zur Datenbekanntgabe zu widerrufen.

- Sollte der Schüler noch nicht urteilsfähig sein, ist für eine weiter gefasste Datenbekanntgabe die Zustimmung des Erziehungsberechtigten (Eltern mit elterlicher Sorge, Vormund, PflegerInnen) erforderlich.

b) Das Konzept sieht vor, dass der Schulsozialarbeiter bei Selbst- oder Fremdgefährdung verpflichtet ist, die entsprechenden Massnahmen einzuleiten. Aus dieser Bestimmung folgt, dass eine Datenbekanntgabe durch den Schulsozialarbeiter ohne Zustimmung des betroffenen Schülers *nur* bei Fremd- oder Selbstgefährdung möglich ist. Weil das Konzept aber keine gesetzliche Grundlage für eine Datenbekanntgabe darstellt, muss sie sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen. Solche gesetzlichen Grundlagen sind etwa:

- § 34 Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch (EG ZGB, BGS 211.1) sieht vor, dass eine Pflicht zur Anzeige bei der zuständigen Vormundschaftsbehörde besteht, wenn das Kindeswohl gefährdet ist.

- § 6 Strafprozessordnung (StPO, BGS 321.1) sieht vor, dass Behördenmitglieder und Angestellte des Gemeinwesens verpflichtet sind, strafbare Handlungen, die von Amtes wegen verfolgt werden und die ihnen im Rahmen der Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt werden, der Polizei anzeigen müssen.

- Das Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) sieht für eine Person, die eine Straftat (vorliegend eine Amtsgeheimnisverletzung) begangen hat, die Straflosigkeit vor, wenn ein Rechtfertigungsgrund – Berufspflicht, Notwehr, Notstand – gemäss den Art. 32–34 StGB gegeben ist oder wenn die Bekanntgabe mit

schriftlicher Zustimmung der vorgesetzten Behörde erfolgte (Art. 320 Abs. 2 StGB).

c) Daten dürfen nur unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips bekannt gegeben werden. Daraus folgt insbesondere, dass der Schulsozialarbeiter der zuweisenden Lehrperson/Schulleitung im Rahmen einer Disziplinar-massnahme nur die Tatsache des Vollzugs bzw. Nichtvollzugs der Massnahme mitteilen darf. Darüber hinausgehende Informationen sind für die Erfüllung der Disziplinarordnung hingegen nicht notwendig. Erfolg oder Misserfolg der Beratungstätigkeit, Gründe des Fehlverhaltens etc. darf der Schulsozialarbeiter also nur mit vorgängiger Zustimmung des betroffenen Schülers der Lehrerschaft/Schulleitung bekannt geben.

Fazit

Die Schulleitung/Lehrerschaft darf dem Schulsozialarbeiter im Rahmen einer disziplinarisch begründeten Zuweisung die für die Durchführung der Massnahme notwendigen Auskünfte erteilen. Ausserhalb des Disziplinarwesens darf die Datenbekanntgabe nur mit Zustimmung des betroffenen Schülers erfolgen.

Der Schulsozialarbeiter seinerseits darf der Schulleitung/Lehrerschaft grundsätzlich nur mit ausdrücklicher und vorgängig erteilter Zustimmung des betroffenen Schülers Personendaten bekannt geben. Davon ausgenommen ist die Bekanntgabe des Vollzugs einer Disziplinar-massnahme.

Er kann bei Selbst- oder Fremdgefährdung auch ohne Zustimmung des betroffenen Schülers Daten an Dritte bekannt geben, wenn bestimmte gesetzliche Voraussetzungen erfüllt sind.

Ist eine Datenbekanntgabe möglich, hat sie sich auf das zu beschränken, was für die Erfüllung der Aufgabe notwendig ist. Zudem dürfen Daten nur für den Zweck verwendet werden, für den sie erhoben wurden.

