Kanton Zug

Buch GVP 2012

Buch GVP 2012

Inhalt

1	**Gerichtspraxis**	3
1.1	Staats- und Verwaltungsrecht	3
1.1.1	Verfahrensrecht	3
1.1.2	Bau- und Planungsrecht	9
1.1.3	Steuerrecht	27
1.1.4	Sozialversicherung	37
1.1.5	Gemeinde- und Bürgerrecht	59
1.1.6	Ausländerrecht	73
1.1.7	Denkmalpflege	82
1.1.8	Vormundschaftsrecht	93
1.2	Zivilrecht	99
1.2.1	Obligationenrecht	99
1.2.2	Urheberrecht	106
1.3	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	109
1.3.1	Ordentliches Verfahren	109
1.4	Rechtspflege	115
1.4.1	Zivilrechtspflege	115
1.4.2	Internationales Zivilprozessrecht	137
1.4.3	Strafrechtspflege	144
1.4.4	Anwaltsrecht	147

1 Gerichtspraxis
1.1 Staats- und Verwaltungsrecht
1.1.1 Verfahrensrecht
§ 14 f. VRG, Art. 183 ff. ZPO, § 63 VRG
Regeste:

§ 14 f. VRG, Art. 183 ff. ZPO, § 63 VRG - Die Bestellung eines Gutachters ohne vorgängige Information und ohne vorgängige Mitwirkung der am Verfahren beteiligten Parteien verletzt deren rechtliches Gehör. Eine Heilung der Gehörsverletzung ist möglich, wenn der Beschwerdeinstanz die gleiche Überprüfungsbefugnis wie der Vorinstanz zusteht. In casu ist eine Heilung nicht möglich, da dem Verwaltungsgericht bei der Überprüfung von Entscheiden des Regierungsrates nur die Rechts- und keine Ermessenkontrolle zusteht.

Wir sind aktuell in einer Sitzung

Aus dem Sachverhalt:

Am 6. November 2010 reichte die X. AG beim Amt für Feuerschutz des Kantons Zug ein Gesuch um Zusatznutzung der Y. Halle zur Durchführung einer Fernsehproduktion ein. Mit Verfügung vom 19. Januar 2011 genehmigte das Amt für Feuerschutz das Gesuch unter Auflagen. Gegen diese Verfügung reichte die X. AG am 14. Februar 2011 beim Regierungsrat Beschwerde ein. Nach Einholung einer Vernehmlassung beim Amt für Feuerschutz, welche am 15. April 2011 erstattet wurde, lud die zuständige Direktion am 3. Mai 2011 auf den 9. Juni 2011 zu einer Augenscheinverhandlung. Gemäss der Aktennotiz zum Augenschein vom 9. Juni 2011 nahmen eine Vertretung der Direktion, Vertreter der X. AG, Vertreter des Amtes für Feuerschutz sowie ein von der Direktion als Gutachter beigezogener Fachexperte teil. Mit Schreiben vom 14. Juni 2011 stellte die Direktion dem Rechtsvertreter der X. AG die Aktennotiz des Augenscheins zu und informierte ihn darüber, welche Fragen man an den Gutachter gerichtet habe. Gleichzeitig wurde dem Rechtsvertreter Gelegenheit gegeben, Ergänzungsfragen zu stellen. Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 liess die X. AG beantragen, der in der Verfügung vom 14. Juni 2011 vorgeschlagene Gutachter Prof. Dr. Johannes Müller sei nicht als Sachverständiger zu benennen. Stattdessen sei Fritz Meier als Sachverständiger zu bestellen. Zudem stellte die X. AG Ergänzungsfragen. Am 4. Juli 2011 stellte die Direktion dem Experten die Ergänzungsfragen zu. Mit Eingabe vom 9. September 2011 liess die X. AG beantragen, das Gutachten vom 9. Juni 2011 und die vorläufige Stellungnahme zu den Zusatzfragen seien aus dem Recht zu weisen. Mit Beschluss vom 20. Dezember 2011 lehnte der Regierungsrat das Ausstandsbegehren gegen Prof. Dr. Johannes Müller und das Gesuch um Bestellung von Fritz Meier als Gutachter ab.

Gegen diesen Beschluss liess die X. AG am 18. Januar 2012 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Entscheid des Regierungsrates sei aufzuheben, das Gutachten vom 9. Juni 2011 und die vorläufige Stellungnahme zu den Zusatzfragen seien aus dem Recht zu weisen, Prof. Dr. Johannes Müller sei nicht als Sachverständiger zu benennen, als Sachverständiger sei Fritz Meier zu bestellen und der Regierungsrat sei anzuweisen, ihn mit der Erstellung eines neuen Gutachtens zur Zusatznutzung der Y. Halle zu beauftragen. Weiter sei der Regierungsrat anzuweisen, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Einreichung von Ergänzungsfragen zu geben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Amtes für Feuerschutz. Mit Vernehmlassung vom 19. März 2012 lässt der Regierungsrat die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin beantragen.

Aus den Erwägungen:

3. c) Gemäss den Bestimmungen von § 14 VRG in Verbindung mit den Art. 183 ff. ZPO sind in einem Rechtsmittelverfahren die am Verfahren beteiligten Parteien vor der Bestellung einer sachverständigen

Person als Gutachter über die von der verfahrensleitenden Behörde in Aussicht genommene Person zu informieren. Es ist den Parteien eine Frist anzusetzen, innert der sie sich zu der Person des vorgeschlagenen Gutachters und zu dem vorgesehenen Fragenkatalog äussern und Änderungs- und/oder Ergänzungsanträge stellen können. Eine vorgängige Beauftragung eines Gutachters widerspricht dem Wortlaut und dem Sinn der verfahrensrechtlichen Bestimmungen von VRG und ZPO. Die im VRG in Verbindung mit der ZPO vorgesehene Regelung geht deutlich weiter, als die in Art. 29 Abs. 2 BV vorgesehene Minimalgarantie, gemäss der es genügen würde, den Parteien nach der Erstellung des Gutachtens Gelegenheit zur Stellungnahme und zum Stellen von Ergänzungsfragen zu geben (BGE 119 Ia 262). Ein Gutachtensauftrag darf auch erst erteilt werden, wenn bei entsprechenden Anträgen in einem selbständigen Zwischenentscheid darüber befunden wurde, dass gegen den Gutachter keine Ausstandsgründe vorliegen. Andernfalls erleiden die beteiligten Parteien einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil. Es ist verfahrensrechtlich unsinnig, einen Gutachter zu bestellen, diesen mit der Erstellung des Gutachtens zu beauftragen, das Gutachten erstellen zu lassen und anschliessend erst die Parteien miteinzubeziehen, damit diese Ausstandsgründe geltend machen können.

d) Im vorliegenden Fall hat der Regierungsrat am 3. Mai 2011 auf den 9. Juni 2011 eine Augenscheinverhandlung angesetzt. Aus der Liste der Eingeladenen konnten die Parteien entnehmen, dass auch Prof. Johannes Müller zu dem Augenschein eingeladen war. Mit keinem Wort wurde aber erwähnt, dass vom Regierungsrat vorgesehen sei, Prof. Müller mit einem Gutachten zu beauftragen. Ebenfalls am 3. Mai 2011 schrieb der Regierungsrat an Prof. Müller, dass man von ihm eine fachlich fundierte Analyse zur Verfügung des Amtes für Feuerschutz und zur Verwaltungsbeschwerde wünsche. Die Parteien erhielten keine Kopie dieses Schreibens. Am 24. Mai 2011 stellte der Regierungsrat Prof. Müller den Auftrag über die Erstellung eines Gutachtens betreffend Zusatznutzung der Y. Halle zu. Auch von dieser Auftragserteilung hatten die Parteien keine Kenntnis. Am 9. Juni 2011 fand der Augenschein statt. Aus der Aktennotiz des Augenscheins ergibt sich, dass die Parteien darüber in Kenntnis gesetzt wurden, dass Prof. Müller als Gutachter amten werde. Hingegen wurden die Parteien nicht darüber informiert, dass Prof. Müller bereits als Gutachter beauftragt worden sei. Ebenfalls hatten die Parteien keine Kenntnis davon, dass das Gutachten schon am gleichen Tag erstattet wurde. Aus der Honorarrechnung von Prof. Müller ergibt sich, dass das Gutachten - dem Auftrag gemäss - eigentlich schon am 6. Juni 2011 fertig erstellt war und am 9. Juni 2011 nur noch minimal bereinigt wurde. Bis zum 5. September 2011 hatte die Beschwerdeführerin keine Kenntnis davon, dass der Regierungsrat den Gutachter bereits im Mai 2011 mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt hatte. Sie hatte keine Möglichkeit, sich vor der Auftragserteilung zu der Person des Gutachters zu äussern und allfällige Einwände und Ausstandsgründe geltend zu machen. Ebenfalls wurde ihr keine Möglichkeit geboten, sich vorgängig zu der Fragestellung zu äussern und Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen. Mit diesem Vorgehen hat der Regierungsrat gegen die Verfahrensbestimmungen von § 14 VRG und vor allem gegen die Regeln von Art. 183 ff. ZPO verstossen. Dieses Vorgehen beinhaltet eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs und es ist zu prüfen, ob diese Verletzung im vorliegenden Verfahren geheilt werden kann.

e) Kommt eine Rechtsmittelbehörde zum Ergebnis, dass die angefochtene Anordnung das rechtliche Gehör verletzt, so ist sie aufgrund der formellen Natur des Anspruchs verpflichtet, die entsprechende Anordnung in jedem Fall aufzuheben. Ungeachtet dessen geht die bundesgerichtliche Praxis davon aus, dass eine Heilung von Gehörsverletzungen möglich ist (Kölz/Bosshart/Röhl, Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 8 N 48 mit Verweis auf die Praxis des Bundesgerichts). Eine Heilung ist aber in jedem Fall nur möglich, wenn die unterlassene Gehörsgewährung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden kann, in dem der Rechtsmittelbehörde die gleiche Überprüfungsbefugnis wie der Vorinstanz zukommt. Dies ist im vorliegenden Fall nicht möglich, da das Verwaltungsgericht Entscheide des Regierungsrates nur auf Rechtsfehler überprüfen darf (§ 63 VRG), während beim Regierungsrat im Rechtsmittelverfahren alle Mängel des Verfahrens und des angefochtenen Entscheides gerügt werden können (§ 42 Abs. 1 VRG). Eine Heilung ist deshalb in diesem Verfahren ausgeschlossen. Zu beachten ist in diesem Verfahren noch die folgende Besonderheit: Die Heilung der Gehörsverletzung wird im Allgemeinen mit

verfahrensökonomischen Überlegungen gerechtfertigt. In der Rückweisung einer Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs wird vielfach nur ein formalistischer Leerlauf erblickt, der zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führt. Hier haben wir es nicht mit einer solchen Konstellation zu tun, denn die Beschwerdeführerin verlangt ausdrücklich, dass das Verfahren von Anfang an neu aufgerollt wird und dass insbesondere ein anderer Gutachter bestellt wird, weil sie davon ausgeht, dass gegen den vom Regierungsrat beauftragten Gutachter Ausstandsgründe bestehen. Wir haben es somit nicht mit einem formalistischen Leerlauf zu tun, wenn der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an den Regierungsrat zurückgewiesen wird.

(...)

5. Zusammenfassend wird festgestellt, dass der Regierungsrat mit der Auftragserteilung an den Gutachter ohne vorgängige Information und ohne vorgängige Mitwirkung der am Verfahren beteiligten Parteien das rechtliche Gehör in einer Weise verletzt hat, dass dies nicht ohne Aufhebung des angefochtenen Entscheides geheilt werden kann.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. Mai 2012 V 2012 / 10

§ 47 VRG
Regeste:

§ 47 VRG - Wird in einer Rechtsschrift die Feststellung des Sachverhalts nicht als unrichtig oder ungenügend beanstandet und werden keine Beweisanträge gestellt, so muss die Rechtsmittelinstanz nicht ergänzende Sachverhaltsabklärungen in die Wege leiten, es sei denn, sie sähe sich ohne solche Abklärungen ausserstande, die eingereichte Beschwerde im Hinblick auf die geltend gemachten Rechtsfehler und die Handhabung des Ermessens umfassend zu beurteilen.

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin wirft dem Regierungsrat weiter vor, er habe den Sachverhalt unrichtig und ungenügend festgestellt (§ 63 Abs. 2 VRG), indem er über die Schutzwürdigkeit trotz Bestreitung durch die Beschwerdeführerin entschieden und die Behauptungen der Direktion des Innern unkritisch, ohne Beweisverfahren und ohne Abklärungen von unabhängigen Experten übernommen habe. Alles sei ohne eigene Abklärungen unkritisch vom Amt für Denkmalpflege übernommen worden. Dies sei willkürlich und stelle eine ungenügende Sachverhaltsabklärung dar.

a) Gemäss § 39 VRG ist die Verwaltungsbeschwerde die förmliche, an eine Frist gebundene Anfechtung von Entscheiden unterer Verwaltungsbehörden bei der oberen Verwaltungsbehörde, wobei diese verpflichtet wird, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden. Mit der Verwaltungsbeschwerde können alle Mängel des Verfahrens und des angefochtenen Entscheides gerügt werden. Neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen und die Bezeichnung neuer Beweismittel sind zulässig (§ 42 Abs. 1 und 2 VRG). Ist auf eine Beschwerde einzutreten und erweist sich diese nicht als offensichtlich unbegründet, werden gemäss § 46 Abs. 1 VRG die Akten der Vorinstanz beigezogen. Die Vorinstanz und weitere am Verfahren Beteiligte erhalten Gelegenheit zur schriftlichen Vernehmlassung. Die Beschwerdeinstanz kann einen weiteren Schriftenwechsel anordnen. Sie kann die Beteiligten ferner zu einer mündlichen Verhandlung vorladen (§ 46 Abs. 2 und 3 VRG). Die Beschwerdeinstanz prüft die Beschwerde, ohne an die Anträge der Parteien gebunden zu sein, und kann den angefochtenen Entscheid zugunsten oder zu Ungunsten einer Partei ändern (§ 47 Abs. 1 VRG). Im Verfahren vor dem Regierungsrat als Verwaltungsbeschwerdeinstanz gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Dieser besagt, dass es Aufgabe der entscheidenden Behörde ist, die auf das Verwaltungsverhältnis anwendbaren Normen zu finden und anzuwenden. Zusammen mit der Untersuchungsmaxime ist dieser Grundsatz ein wichtiger Garant für die materielle Rechtmässigkeit des Verwaltungshandelns. Die Untersuchungsmaxime besagt, dass die entscheidende Behörde für die

Beschaffung des entscheidungsrelevanten Materials, d.h. für die Ermittlung des massgebenden Sachverhalts, verantwortlich ist. Im Beschwerdeverfahren wird die Untersuchungsmaxime aber durch die Behauptungslast und das Rügeprinzip relativiert. Obwohl sich Rügeprinzip, Rechtsanwendung von Amts wegen und Untersuchungsmaxime streng genommen gegenseitig ausschliessen, wird von einer Rechtsmittelinstanz nicht erwartet, dass sie bei der Überprüfung einer angefochtenen Verfügung nach allen erdenklichen Rechtsfehlern forscht. Eine von den Parteien nicht aufgeworfene Rechtsfrage ist von der Rechtsmittelbehörde nur zu prüfen, soweit hierzu aufgrund der Parteianträge oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichend Anlass besteht (vgl. hierzu Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 7 N 79 ff. und Vorbemerkungen zu den §§ 19 - 28, N 71 ff.). Werden Beweisanträge gestellt, so entscheidet die Rechtsmittelinstanz darüber, ob sie diesen Anträgen Folge leisten will oder nicht.

b) In ihrer Beschwerdeschrift vom 4. März 2010 liess die Beschwerdeführerin bestreiten, dass die Unterschutzstellung einen Einfluss auf die Frage des künftigen Betriebes des Restaurants Rötelberg habe. Mit der Unterschutzstellung könne der Betrieb des Restaurants nicht gesichert werden. Weiter rügte die Beschwerdeführerin, dass die Direktion des Innern die vom Parlament beschlossene Verschärfung der Unterschutzstellungskriterien nicht berücksichtigt habe. Weiter bestritt sie die Schutzwürdigkeit des Restaurants Rötelberg und machte geltend, dass dieses weder einen sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen noch heimatkundlichen Wert aufweise. Die Beschwerdeführerin stellt keine Beweisanträge und machte auch nicht geltend, der Sachverhalt sei ungenügend oder unrichtig festgestellt worden. Sie rügte lediglich die Beurteilung durch die Direktion des Innern. Der Direktion des Innern wurde auch nicht vorgeworfen, sie habe keinen unabhängigen Experten beigezogen. Ebenfalls wurde vom Regierungsrat nicht die Einholung einer Stellungnahme durch einen Sachverständigen verlangt. Hierzu ist Folgendes zu sagen: Wird in einer Rechtsschrift die Feststellung des Sachverhalts nicht als unrichtig oder ungenügend beanstandet und werden keine Beweisanträge gestellt, so muss die Rechtsmittelinstanz nicht ergänzende Sachverhaltsabklärungen in die Wege leiten, es sei denn, sie sähe sich ohne solche Abklärungen ausserstande, die eingereichte Beschwerde im Hinblick auf die geltend gemachten Rechtsfehler und die Handhabung des Ermessens umfassend zu beurteilen. Der Regierungsrat hat sich in seinem Beschluss ausführlich mit den Rügen der Beschwerdeführerin befasst, und hat sich nicht veranlasst gesehen, von sich aus weitere Beweisvorkehrungen in die Wege zu leiten. Ob die entsprechenden Ausführungen bezüglich der Voraussetzungen für eine Unterschutzstellung im Sinne von § 25 DMSG erfüllt sind, ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu überprüfen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2012 V 2010 / 178

§ 62 Abs. 1 lit. c, § 65 Abs. 1, § 66 Abs. 1 VRG, Art. 16d SVG und Art. 30 VZV
Regeste:

§ 62 Abs. 1 lit. c, § 65 Abs. 1, § 66 Abs. 1 VRG, Art. 16d SVG und Art. 30 VZV - Voraussetzungen für den Verzicht auf das Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses. Die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde fällt erst im Zeitpunkt der formellen Rechtskraft des instanzabschliessenden Entscheids dahin. Bei der Anordnung einer verkehrsmedizinischen Kontrolluntersuchung handelt es sich nicht um eine peremptorische Frist, sondern es geht lediglich um eine ab dem 70. Lebensjahr systematisch durchzuführende Routineuntersuchung. Nur offensichtliche, ernsthafte Bedenken über die Fahreignung können einen sofort zu vollziehenden vorsorglichen Entzug im Sinne von Art. 16d SVG und Art. 30 VZV rechtfertigen.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 1. Juni 2011 forderte das Strassenverkehrsamt des Kantons Zug X. auf, sich im Sinne von Art. 27 der Verkehrszulassungsverordnung innert drei Monaten der vorgeschriebenen periodischen verkehrsmedizinischen Untersuchung zu unterziehen und sich zu diesem Zweck mit dem beigelegten

amtlichen Formular an einen praktizierenden Arzt oder einen auf einer Liste des Strassenverkehrsamtes aufgeführten Vertrauensarzt im Kanton Zug zu wenden. Dagegen reichte X. am 28. Juni 2011 beim Strassenverkehrsamt Beschwerde ein, worauf ihm das Amt die Rechtslage mit Schreiben vom 6. Juli 2011 erläuterte. Am 17. Juli 2011 reichte X. gegen den «Brief» des Strassenverkehrsamtes vom 6. Juli 2011 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein. Mit Verfügung vom 9. September 2011 wies der Vorsitzende der verwaltungsrechtlichen Kammer das Gesuch von X. um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ab und setzte ihm eine Frist bis 23. September 2011 für die Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 800.– an, ansonsten das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abgeschrieben werde (vgl. dazu schon GVP 2011, S. 211 ff.).

Am 12. September 2011 verlangte das Strassenverkehrsamt von X. unter Bezugnahme auf die Aufforderung vom 1. Juni 2011, bis spätestens 23. September 2011 ein ärztliches Zeugnis einzureichen. Sonst würde der vorsorgliche und kostenpflichtige Entzug seines Führerausweises verfügt. Mit Verfügung vom 27. September 2011 entzog das Strassenverkehrsamt X. den Führerausweis aller Kategorien vorsorglich für unbestimmte Zeit und machte die allfällige Wiedererteilung des Führerausweises vom Einreichen eines die Fahreignung befürwortenden ärztlichen Zeugnisses abhängig. Es wurden X. die Verfahrenskosten von Fr. 300.– auferlegt und einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Mit Beschwerde an das Strassenverkehrsamt vom 6. Oktober 2011 beantragte X. die Aufhebung von dessen Verfügung vom 27. September 2011. Er verlangte, es sei festzustellen, dass beim Verwaltungsgericht seit dem 15. Juli 2011, d.h. seit über zwei Monaten eine Beschwerde wegen der Verweigerung der freien Arztwahl hängig sei und dass dieser bis zum Endentscheid zwingend aufschiebende Wirkung zukomme, weshalb nicht am 12. September 2011 eine letzte Mahnung hätte erlassen werden dürfen. Am 11. Oktober 2011 überwies das Strassenverkehrsamt die Eingabe von X. vom 6. Oktober 2011 gestützt auf § 7 VRG an das Verwaltungsgericht. Nachdem X. zwischenzeitlich dem Strassenverkehrsamt das vom Arzt Y. ausgefüllte Begutachtungsformular mit der Bestätigung seiner Fahreignung eingereicht hatte, verfügte das Strassenverkehrsamt am 13. Oktober 2011 die Wiedererteilung des Führerausweises an X. ohne Auflagen, unter Auferlegung der Verfahrenskosten von Fr. 200.–.

Aus den Erwägungen:

1. Während über die Beschwerden gegen das Schreiben des Strassenverkehrsamtes vom 6. Juli 2011 und den Entscheid des Kammervorsitzenden vom 9. September 2011 über die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege vor Verwaltungsgericht bereits rechtskräftig entschieden ist, ist noch über die vom Strassenverkehrsamt erlassene Verfügung betreffend den vorsorglichen Führerausweisentzug vom 27. September 2011 und die Verfügung betreffend Wiedererteilung vom 13. Oktober 2011 zu entscheiden. Das Beschwerdeverfahren gegen diese beiden später ergangenen Verfügungen wurde im Urteil vom 25. November 2011 in ein eigenes Verfahren verwiesen, wobei die Erfüllung der formellen Voraussetzungen für das Eintreten bereits bejaht worden ist. (...)

2. a) Wie das Gericht im Urteil vom 25. November 2011 bereits feststellte, hat das Strassenverkehrsamt die während der Rechtshängigkeit und damit ungeachtet des Devolutiveffekts der Verwaltungsgerichtsbeschwerde am 27. September 2011 verfügte Anordnung des vorsorglichen Führerausweisentzugs am 13. Oktober 2011 durch die Wiedererteilung des Führerausweises materiell bereits wieder aufgehoben. Es stellt sich deshalb die Frage nach dem allfälligen Wegfall des Streitobjektes bzw. als weitere Eintretensvoraussetzung die Frage nach dem Bestehen eines noch aktuellen Interesses an einer Beurteilung der Beschwerde. (...)

b) Gemäss § 62 Abs. 1 lit. c VRG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter anderem berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Die Beschwerdelegitimation setzt also grundsätzlich ein aktuelles Rechtsschutzinteresse voraus, und gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann von diesem Erfordernis nur unter einschränkenden Voraussetzungen abgesehen werden (vgl. BGE 135 I 79 E. 1.1 S. 81; 131 II 670 E. 1.2 S. 673 f.). Fehlt es

an einem aktuellen Interesse, bzw. ist tatsächlich nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass die gesetzlichen Legitimationsvoraussetzungen erfüllt sind, ergibt sich aus der in § 65 Abs. 1 VRG statuierten Begründungspflicht, dass es an der beschwerdeführenden Partei liegt, spezifisch darzulegen, warum bzw. inwiefern ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung der Beschwerde fortbesteht (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.1 S. 251, 353 E. 1 S. 356). Gemäss der Rechtsprechung kann auf das Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses dann verzichtet werden, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige gerichtliche, jedenfalls höchstrichterliche Prüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (so die bundesgerichtliche Rechtsprechung, vgl. BGE 131 II 670 E. 1.2). Diesfalls bestimmt sich der Klärungsbedarf aufgrund der individuellen, potentiell wiederholbaren Situation des Beschwerdeführers (BGE 127 I 164 E. 1a und E. 6a S. 183).

Vorliegend ist der Beschwerdeführer durch das Gericht am 13. Oktober 2011 aufgefordert worden, sein weiterbestehendes Rechtsschutzinteresse bis zum 27. Oktober 2011 zu begründen. Dies hat er u.a. insofern getan, als er in seiner Eingabe vom 26. Oktober 2011 beantragte, es sei die Verfügung des Strassenverkehrsamtes vom 13. Oktober 2011 bzw. die darin enthaltene Auferlegung der Verfügungskosten in Höhe von Fr. 200.– und ebenso die Verfügung vom 27. September 2011 unter Einschluss der Auferlegung der Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 300.– aufzuheben. Tatsächlich muss schon aufgrund der dem Beschwerdeführer in den beiden Verfügungen des Strassenverkehrsamtes auferlegten und von ihm bestrittenen Verfahrenskosten von Fr. 300.– (Verfügung vom 27. September 2011) und Fr. 200.– (Verfügung vom 13. Oktober 2011) seine Rechtsmittelbeschwer und damit seine Legitimation bejaht werden, womit sich weitere Ausführungen erübrigen.

3. a) In materieller Hinsicht ist festzustellen, dass das Strassenverkehrsamt formell unzulässigerweise am 27. September 2011, d.h. während des anhängigen Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht, den Führerausweis des Beschwerdeführers entzogen hat. Bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde handelt es sich nämlich um ein ordentliches Rechtsmittel, das von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hat (§ 66 Abs. 1 VRG), d.h. die Verwaltungsgerichtsbeschwerde hindert die Vollstreckbarkeit der Verfügung und schiebt deren Wirksamkeit insgesamt hinaus. Die betroffene Person soll gerade die Möglichkeit haben, vor der zwangsweisen Durchsetzung einer Verfügung deren Rechtmässigkeit überprüfen zu lassen (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 242 ff.). Die aufschiebende Wirkung fällt erst im Zeitpunkt der formellen Rechtskraft des instanzabschliessenden Entscheids dahin (vgl. Kölz/ Bosshart/ Röhl, Komm. zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 25 N 43). So tritt die aufschiebende Wirkung - unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs - beispielsweise auch ein, wenn eine Beschwerde wegen verpasster Beschwerdefrist oder Legitimation unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist (vgl. Hansjörg Seiler, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 55 N 54). Nur schon in Berücksichtigung der Tatsache, dass die Erhebung
eines Kostenvorschusses im Ermessen des Kammervorsitzenden liegt und ein solcher zudem jederzeit während des Verfahrens auferlegt oder aufgehoben werden kann, ist es auch ausgeschlossen, dass die aufschiebende Wirkung eines ordentlichen Rechtsmittels bzw. der Zeitpunkt ihres Beginns von der Bezahlung eines Kostenvorschusses abhängig wäre bzw. ihr Eintritt solange in der Schwebe bliebe. Dies auch deshalb, weil über die rechtzeitige Leistung eines Vorschusses oder über die an seine Stelle tretende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege allenfalls wiederum - wie im Falle des Beschwerdeführers - mit anfechtbarer Verfügung und auch noch in einem Rechtsmittelverfahren zu entscheiden sein kann.

Somit trat vorliegend mit der Beschwerdeerhebung die aufschiebende Wirkung kraft § 66 Abs. 1 VRG ein, sofern sie nicht von der Beschwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung oder später vom Gericht entzogen worden ist. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde erfolgte vorliegend zwar in der am 27. September 2011 ergangenen Verfügung über den vorsorglichen Führerausweisentzug, nicht aber im angefochtenen, als Verfügung zu qualifizierenden Schreiben des Strassenverkehrsamtes vom 6. Juli 2011. Das Strassenverkehrsamt hatte Kenntnis von der vom Beschwerdeführer erhobenen Verwaltungsgerichtsbeschwerde und von den Verfügungen über den Kostenvorschuss vom 19. Juli 2011

wie auch über die unentgeltliche Rechtspflege vom 9. September 2011. Im Zeitpunkt des verfügten vorsorglichen Ausweisentzugs war das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren noch hängig. Tatsächlich erhob der Beschwerdeführer auch rechtzeitig Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege.

b) Weiter ist in der Sache zu beachten, dass unabhängig von diesem Verfahren jeder Ausweisinhaber das Recht haben muss, bei Bedarf eine zeitlich zwar beschränkte, aber jedenfalls angemessene Erstreckung der vom Strassenverkehrsamt angesetzten Frist für die Einreichung der verkehrsmedizinischen Kontrolluntersuchung verlangen zu können, z. B. wegen Erkrankung oder längerer Auslandsabwesenheit. Es handelt sich bezüglich der Anordnung der verkehrsmedizinischen Kontrolluntersuchung nicht um eine gesetzliche,
peremptorische Frist, die wie ein Damoklesschwert drohend über dem Betroffenen schweben würde. So wird denn auch die Fahrfähigkeit nicht vom Gesetz automatisch ab dem Erreichen des 70. Lebensjahres abgesprochen, sondern es geht lediglich um eine ab dem 70. Lebensjahr systematisch durchzuführende Routineuntersuchung, ohne dass es exakt auf den Tag ihrer Durchführung ankommen könnte. Beim Beschwerdeführer fehlten im Zeitpunkt der Verfügung vom 27. September 2011 unbestrittenermassen offensichtliche, ernsthafte Bedenken betreffend seine Fahreignung, die einen sofort zu vollziehenden vorsorglichen Entzug im Sinne von Art. 16d SVG und Art. 30 VZV hätten rechtfertigen können. Mag es zum Beispiel gerechtfertigt sein, den Führerausweis eines Ausweisinhabers vorsorglich ohne aufschiebende Wirkung zu entziehen, wenn sich dieser auf die behördlichen Aufforderungen hin gar nicht melden würde, so ist es gesetzwidrig und unverhältnismässig, dies gegenüber einem Ausweisinhaber zu tun, der sich gegenüber der Behörde bezüglich der Modalitäten wehrt und den Rechtsweg beschreitet. Offensichtlich hängt davon für die Verkehrssicherheit nichts ab. Nicht durchkreuzt werden darf vom Strassenverkehrsamt insbesondere während eines vor der Rechtsmittelinstanz hängigen Verfahrens der vom Ausweisinhaber bereits nachgesuchte Rechtsschutz. Nachdem der Streitgegenstand der Durchführung der verkehrsmedizinischen Kontrolluntersuchung kraft des Devolutiveffektes beim Verwaltungsgericht lag, wäre es dem Strassenverkehrsamt offen gestanden, dem Gericht allenfalls die Entziehung der aufschiebenden Wirkung im Sinne von § 66 Abs. 2 VRG zu beantragen, wenn es Gründe dafür hätte namhaft machen können, was offensichtlich nicht der Fall war.

c) Gestützt darauf ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass die vom Strassenverkehrsamt ausgesprochene Verfügung vom 27. September 2011 in Verletzung des Devolutiveffekts ergangen und damit nichtig ist (vgl. BGE 130 V 144). Insbesondere ist dies hinsichtlich des vorliegend noch bestrittenen Kostenpunktes festzustellen. Dasselbe gilt auch bezüglich der Verfügung vom 13. Oktober 2011 betreffend die Wiedererteilung des Führerausweises. Demgemäss muss der Beschwerdeführer weder für die in der Verfügung vom 27. September 2011 verlegten Verfahrenskosten von Fr. 300.– noch für die ihm in der Verfügung vom 13. Oktober 2011 auferlegten Kosten von Fr. 200.– aufkommen. Dies führt insofern zur Gutheissung der Beschwerde.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Juli 2012 V 2011 149

Das Bundesgericht ist auf die von X. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil vom 31. August 2012 nicht eingetreten.

1.1.2 Bau- und Planungsrecht

§ 32c Abs. 2 PBG
Regeste:

§ 32c Abs. 2 PBG - Einigungsgespräche oder Einigungsverhandlungen sind nicht erforderlich, um von einer «Nichteinigung» als Voraussetzung für die Enteignung zu sprechen. Es genügt, wenn eine Partei der

anderen ein Angebot unterbreitet, welches von dieser nicht akzeptiert wird (Erw. 3). In casu sind auch die Voraussetzungen für eine «unechte Rückwirkung» der Gesetzesbestimmung erfüllt (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

Die X. AG ist Eigentümerin des nicht überbauten Grundstückes GS Nr. 1000 in der Gemeinde Y. Die Grundeigentümerin plant dieses Grundstück zu überbauen und hat am 20. September 2007 ein Baugesuch eingereicht. Der Gemeinderat Y. als Bewilligungsbehörde hat bisher die Baubewilligung nicht erteilt, weil es dem Baugrundstück an der erforderlichen Erschliessung fehlte. Das Baugrundstück liegt an der Privatstrasse «A-Strasse». Dem Baugrundstück GS Nr. 1000 fehlt ein entsprechendes Wegrecht zu Lasten des Grundstücks Nr. 1001, das im Miteigentum von B. und C. steht. Die Eigentümer der beiden betroffenen Grundstücke konnten sich bisher nicht vertraglich über die Einräumung einer entsprechenden Dienstbarkeit einigen. Am 1. Januar 2012 ist das teilrevidierte Planungs- und Baugesetz in Kraft getreten. Mit dieser Teilrevision wurde neu § 32c PBG ins PBG aufgenommen, gemäss dem Eigentümer von bestehenden privaten Erschliessungsanlagen verpflichtet werden können, die Mitbenutzung dieser Anlagen durch Dritte zu dulden. Der Gemeinderat Y. verfügte gestützt auf diese Bestimmung mit Beschluss vom 9. Januar 2012, dass die Eigentümer des Grundstücks Nr. 1001 verpflichtet würden, die Durchfahrt auf der A-Strasse zu Gunsten des Grundstücks Nr. 1000 gegen volle Entschädigung zu dulden. Gegen diesen Beschluss liessen B. und C. am 31. Januar 2012 beim Regierungsrat Beschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss aufzuheben, eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Beschluss vom 15. Mai 2012 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab. Er führte zur Begründung im Wesentlichen aus, den Beschwerdeführern seien mehrere Offerten mit einer genau bezifferten Entschädigung unterbreitet worden. Diese seien jedoch abgelehnt worden, ohne dass die Beschwerdeführer ihrerseits aktenkundige, konkrete Gegenofferten gemacht hätten.

Gegen diesen Regierungsratsbeschluss liessen B. und C. am 19. Juni 2012 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, in Gutheissung der Beschwerde sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und es sei eine Referentenaudienz anzuordnen; eventuell sei ein Augenschein durchzuführen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin bzw. der Vorinstanz. Zur Begründung wurde – kurz zusammengefasst – ausgeführt, nach dem Einreichen des Baugesuchs habe sich schon früh gezeigt, dass es dem Baugrundstück in rechtlicher Hinsicht an der Erschliessung mangle, da ihm die Fuss- und Fahrwegrechte zu Lasten mehrerer Grundstücke fehlten. Obwohl die mangelhafte Erschliessung der Beschwerdegegnerin schon Jahre vor Einreichung des Baugesuches bekannt gewesen sei, habe sie nie etwas unternommen, um Abhilfe zu schaffen. Von einer Gesprächsbereitschaft seitens der Beschwerdegegnerin habe keine Rede sein können.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. a) Am 1. Januar 2012 ist das teilrevidierte Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 bzw. 30. Juni 2011 (PBG, BGS 721.11) in Kraft getreten. Mit dieser Teilrevision ist auch § 32c PBG in Kraft getreten, wonach Eigentümer von bestehenden privaten Erschliessungsanlagen verpflichtet werden können, die Mitbenutzung dieser Anlagen durch Dritte zu dulden. Den Hintergrund dieser Norm bildet die Verpflichtung der Gemeinden, gemäss Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) bzw. § 32a Abs. 1 PBG für die zeitgerechte Erschliessung der Bauzonen besorgt zu sein. Aufgrund des neuen bzw. teilrevidierten PBG können die Gemeinden die Mitbenutzung von bestehenden Erschliessungsanlagen durch Private vorschreiben, wenn sich die Eigentümer über die Einräumung der für die Erschliessung erforderlichen Rechte nicht einigen können. Nach § 32c Abs. 1 PBG kann der Gemeinderat die Eigentümer von bestehenden privaten Erschliessungsanlagen verpflichten, die Mitbenutzung und den Ausbau durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden, sofern dies zumutbar ist und eine zweckmässige technische Lösung vorliegt. Wenn sich die Parteien nicht einigen können,

enteignet der Gemeinderat gemäss § 32c Abs. 2 PBG die erforderlichen Rechte. Auf Begehren der Beteiligten oder des Gemeinderates wird die Entschädigung von der Schätzungskommission festgesetzt. Diese entscheidet auch über strittige Unterhaltsregelungen (Abs. 3). Durch die Pflicht des Privaten, die Mitbenutzung seiner Erschliessungsanlagen durch Dritte zu dulden, wird sein Eigentum eingeschränkt, welches nach Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) garantiert ist. Die Einschränkung von Grundrechten durch Dritte ist möglich. Sie muss aber den Anforderungen von Art. 36 BV entsprechen, welche auch in § 32c PBG – und somit im kantonalen Recht –umschrieben sind.

b) Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV ist für die Einschränkung von Grundrechten eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Die Duldungspflicht ist in § 32c Abs. 1 PBG in einem formellen Gesetz geregelt, womit eine in jeder Hinsicht genügende gesetzliche Grundlage vorliegt. Das von Art. 36 Abs. 2 BV verlangte öffentliche Interesse ergibt sich daraus, dass das Gemeinwesen von Gesetzes wegen für die Erschliessung der Bauzonen verantwortlich ist (Art. 19 Abs. 2 RPG). Weiter schreibt Art. 36 Abs. 3 BV vor, dass die Einschränkungen von Grundrechten verhältnismässig sein müssen, d.h. die staatliche Massnahme muss geeignet sein, den verfolgten Zweck herbeizuführen. Sie muss auch erforderlich sein, d.h. sie hat zu unterbleiben, wenn eine mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung muss gegeben sein (Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich, 2008, 7. Auflage, Rz. 321 ff.). Im Übrigen muss die Einschränkung gemäss § 32c Abs. 1 PBG zumutbar sein und eine zweckmässige technische Lösung vorliegen.

c) Um die Verhältnismässigkeit einer Grundrechtsbeschränkung zu prüfen, werden wie eben erwähnt die Kriterien der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit herangezogen. Die vom Gemeinderat Y. angeordnete Duldungspflicht zu Lasten des GS Nr. 1001 ist zweifellos geeignet, die Erschliessung für das GS Nr. 1000 sicherzustellen. Dies wurde von den Beschwerdeführern denn auch nicht bestritten. Zu beachten ist weiter, dass die Erforderlichkeit einer Grundrechtsbeschränkung zu bejahen ist, wenn keine milderen Mittel vorhanden sind, die zum gleichen Erfolg führen würden. Der Eingriff darf aber in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen (Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 322). In casu ist die Erschliessung des GS Nr. 1000 nur über das Wegstück der Beschwerdeführer möglich. Bereits das ganze Quartier «A» wird über diese Strasse erschlossen (nahezu 30 Wohneinheiten). Eine andere sinnvolle Möglichkeit, als die Erschliessung über das GS Nr. 1001, ist nicht auszumachen. Bei der Zumutbarkeit geht es im Grunde genommen um eine Abwägung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Interesse. Eine Anordnung ist dann unverhältnismässig, wenn deren negative Wirkungen im konkreten Fall schwerer ins Gewicht fallen als das öffentliche Interesse daran, dass die Anordnung getroffen wird (Häfelin/Hal-ler/Keller, a.a.O., Rz. 323). Die Beschwerdeführer sehen negative Wirkungen vor allem im Mehrverkehr, welcher durch die Bebauung des GS Nr. 1000 zwangsläufig entstehen würde. Wie die Vorinstanz bereits richtigerweise festgestellt hat, wird sich dieser Mehrverkehr jedoch in Grenzen halten. Wegen der geplanten zwei neuen Wohneinheiten auf dem GS Nr. 1000 muss lediglich mit einem Mehrverkehr in der Grössenordnung von 5 - 7 % gerechnet werden, sodass die Anordnung der Duldungspflicht keinesfalls als unverhältnismässig zu bezeichnen ist. Das öffentliche Interesse an der Erschliessung des GS Nr. 1000 überwiegt hier deutlich. Zu beachten ist auch, dass sich das betroffene Strassenstück im Bereiche des Grundstückes der Beschwerdeführer nur zur Hälfte und nur auf einer Länge von 40 Metern in ihrem Eigentum befindet. Entsprechend ist der Kerngehalt der Eigentumsgarantie nach Art. 36 Abs. 4 BV nicht berührt, zumal die Beschwerdeführer gemäss dem angefochtenen Entscheid im Sinne von § 32c Abs. 1 PBG voll zu entschädigen sind. Die Verhältnismässigkeit der Eigentumsbeschränkung und damit auch die Zumutbarkeit der gemeindlichen Anordnung nach § 32c Abs. 1 PBG sind klar gegeben.

3. Gemäss § 32c Abs. 2 PBG kann der Gemeinderat die betroffenen Rechte nur enteignen, wenn sich die Parteien nicht einigen konnten. Da die Beschwerdeführer vorbringen, es sei gar nie zu entsprechenden Verhandlungen bzw. Einigungsgesprächen gekommen, ist nun zu prüfen, ob die Voraussetzung der Nicht-Einigung gemäss § 32c Abs. 2 PBG erfüllt ist oder nicht.

a) Festzuhalten ist zunächst, dass dem Wortlaut von § 32c Abs. 2 PBG («Können sich die Beteiligten nicht einigen, [. . .]») nicht entnommen werden kann, dass eigentliche Einigungsgespräche oder Einigungsverhandlungen zu führen sind. Es geht – dem klaren Wortlaut nach – lediglich um das Nicht-Zustandekommen einer Einigung, wofür Verhandlungsrunden, Gespräche etc. nicht zwingend notwendig sind. Vielmehr kommt eine Nicht-Einigung schon dann zustande, wenn eine Partei der anderen ein Angebot unterbreitet, dieses jedoch von der zweiten Partei nicht angenommen wird. In casu haben es die Beschwerdegegner jedoch nicht bei einem einzigen Angebot belassen, wie im Übrigen auch die Vorinstanz richtig festgestellt hat. Mit Angeboten vom 13. Oktober 2009 (Fr. 240.– pro m^2), vom 25. Mai 2010 (Fr. 240.– pro m^2) und vom 12. April 2011 (Fr. 148.50.- pro m^2) versuchten die Beschwerdegegner 1 mehrfach eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen. Die Beschwerdeführer indes lehnten sämtliche Angebote ab. Gegen die Ablehnung sämtlicher Offerten wäre nichts einzuwenden, wenn es sich bei diesen Angeboten um offensichtlich unangebrachte bzw. zu niedrige Angebote gehandelt hätte. Dies war jedoch eindeutig nicht der Fall, da die Angebote der X. AG vom 13. Oktober 2009 und vom 25. Mai 2010 mit einem Betrag von Fr. 240.– pro m^2 weit über dem Betrag lagen,der von einem neutralen Immobilien-Bewerter als Marktwert geschätzt wurde. Insofern hat die X. AG eindeutig akzeptable Offerten gemacht, welche die Beschwerdeführer jedoch nicht annehmen wollten. Es ist somit erstellt, dass eine Einigung nicht zustande gekommen ist, selbst wenn dies nicht zwischen den Parteien persönlich ausdiskutiert worden ist. Das Gesetz verlangt keine persönlichen Gespräche zwischen den Beteiligten, d.h. von einer «Nicht-Einigung» im Sinne von § 32c Abs. 2 PBG kann bereits gesprochen werden, wenn eine der beiden Parteien ein Angebot der anderen ausgeschlagen hat.

(...)

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwischen den Parteien diverse Einigungsversuche stattgefunden haben, die aber nicht zu einer Einigung geführt haben. Es spielt dabei keine Rolle, wen an dieser gescheiterten Einigung ein «Verschulden» trifft. Faktum ist, dass zwischen den Parteien keine Einigung im Sinne von § 32c Abs. 2 PBG zustande gekommen ist. Entsprechend ist auch diese Voraussetzung für die angefochtene Anordnung einer Duldungsverpflichtung durch den Gemeinderat erfüllt.

4. Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, Paragraph 32c PBG sei erst am 1. Januar 2012 in Kraft getreten, sodass die «Nicht-Einigung» in der Zeit nach dem Inkrafttreten des teilrevidierten PBG hätte stattfinden müssen. Es sei jedoch seit dem 1. Januar 2012 nie mehr miteinander gesprochen oder verhandelt worden. Auf die Einigungsbemühungen vor dem 1. Januar 2012 dürfe wegen des Rückwirkungsverbots nicht abgestellt werden, weswegen auch keine (Nicht-)Einigung vorliege. Zudem hätten sich die rechtlichen Umstände vollkommen geändert, weil mit dem Erschliessungsplan für den Kanton Zug ein gänzlich neues Rechtsinstrument geschaffen worden sei.

a) Wird neues Recht auf einen bereits bestehenden Sachverhalt angewendet, so spricht man von der sog. Rückwirkung. Dabei unterscheidet man zwischen der echten Rückwirkung und der unechten Rückwirkung. Von echter Rückwirkung spricht man, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Von unechter Rückwirkung wird einerseits gesprochen, wenn neues Recht auf zeitlich offene Dauersachverhalte angewendet wird. Andererseits umfasst die unechte Rückwirkung auch den Fall, dass das neue Recht nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten zur Anwendung gelangt, dabei aber in einzelnen Belangen auf Sachverhalte abstellt, die bereits vor Inkrafttreten vorgelegen haben (sog. Rückanknüpfung). Während die echte Rückwirkung grundsätzlich verboten ist, ist die unechte Rückwirkung grundsätzlich zulässig, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte oder der Vertrauensschutz gegenüberstehen (vgl. zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf/ 2010, Rz. 329 ff., mit weiteren Hinweisen; BGE 113 Ia 425 Erw. 6; BGE 114 Ib 24 Erw. 5c ff.).

b) Aufgrund von § 47 Abs. 2 VRG sind für das vorliegende Verfahren die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides des Regierungsrates massgebend, weswegen

allfällige spätere Einigungsversuche nicht relevant sind. Deswegen muss festgestellt werden, dass seit dem Inkrafttreten des teilrevidierten PBG am 1. Januar 2012 bis zum Beschwerdeentscheid des Regierungsrates am 15. Mai 2012 keine Einigungsversuche aktenkundig sind. Es stellt sich somit die Frage, ob die Beschwerdeführer aus der Tatsache, dass im genannten Zeitraum bzw. nach Inkrafttreten des teilrevidierten PBG keine Einigungsversuche stattgefunden haben, etwas zu ihren Gunsten ableiten können. Die Frage muss verneint werden. Richtig ist zwar, dass der Sachverhalt unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden ist, jedoch weiterhin andauert und somit noch nicht abgeschlossen ist (vgl. BGE 126 V 135, Erw. 4a). Das Andauern des Sachverhalts ergibt sich daraus, dass die Erschliessung des GS Nr. 1000 nach wie vor nicht erfolgt ist, die Gemeinde aufgrund von § 32a Abs. 1 PBG diese Erschliessung aber auch weiterhin von Gesetzes wegen gewährleisten muss. Wohlerworbene Rechte, welche einer unechten Rückwirkung entgegenstehen würden, sind vorliegend nicht vorhanden. Ferner ist auch eine Kollision mit dem Vertrauensschutz nicht ersichtlich, da die Beschwerdeführer z. B. keine Dispositionen im Vertrauen auf die Weitergeltung des bisherigen Rechts getroffen haben.

c) Es muss zudem auch festgehalten werden, dass sich de facto nichts an der Situation im Quartier «A» geändert hat. Nach wie vor geht es lediglich darum, die Erschliessung des GS Nr. 1000 über das Teilstück des GS Nr. 1001 zu ermöglichen und diesbezüglich eine Einigung bzw. einvernehmlich einen Entschädigungsbetrag zu finden. Es würde keinen Sinn ergeben und auch der Verfahrensökonomie widersprechen, wenn nun sämtliche Einigungsversuche und Angebote, welche vor dem 1. Januar 2012 gemacht worden sind, hinfällig werden würden und – rein pro forma – nochmals gemacht werden müssten. Im Übrigen kann den Ausführungen der Beschwerdeführer, wonach sich die rechtlichen Umstände aufgrund des neuen Instruments des Erschliessungsplans vollkommen geändert hätten, nicht gefolgt werden. Schliesslich geht es einzig um die genügende Erschliessung des GS Nr. 1000, welche sowohl vor als auch nach dem 1. Januar 2012 vernünftigerweise nur über das Teilstück des GS Nr. 1001 führen konnte bzw. kann. Insofern muss dieses Vorbringen der Beschwerdeführer als Schutzbehauptung bezeichnet werden. Da sich die Beschwerdeführer gemäss den vorangehenden Ausführungen nicht auf das Rückwirkungsverbot berufen können, ist die Anordnung der Duldungspflicht gemäss § 32c PBG auch in dieser Hinsicht zu Recht erfolgt. Der angefochtene Beschluss des Regierungsrates verletzt kein Recht, weshalb die Beschwerde als unbegründet abgewiesen werden muss

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. November 2012 V 2012 / 86

Art. 26 Abs. 2 BV und Art. 5 Abs. 2 RPG, § 56, Art. 60 Abs. 2 PBG, § 76 Abs. 2 VRG
Regeste:

Art. 26 Abs. 2 BV und Art. 5 Abs. 2 RPG, § 56, Art. 60 Abs. 2 PBG, § 76 Abs. 2 VRG. Materielle Enteignung. Die Zuteilung der umstrittenen Parzelle zur Landwirtschaftszone durch die Zonenplanung 94 der Stadt Zug, die nicht als Auszonung, sondern als Nichteinzonung zu qualifizieren ist, erfüllt die Voraussetzungen nicht, unter denen sie sich ausnahmsweise enteignungsähnlich auswirken könnte.

Aus dem Sachverhalt:

Die Schätzungskommission nach § 61 PBG stellte auf Begehren der Eigentümer mit Mehrheitsbeschluss vom 26. November 2009 u.a. fest, dass die Nichteinzonung des Grundstücks GS 1643 durch den Zonenplan 1995 der Gemeinde Zug eine materielle Enteignung bewirkte und sie sprach für das Grundstück im Halte von 19’795 m2 eine Entschädigung zu Gunsten der Gesuchsteller und zu Lasten der Gemeinde Zug im Umfang von CHF 780.00/m2 zu, total CHF 15’440’100.00. Gegen diesen Entscheid erhoben sowohl die Stadt Zug als auch die Eigentümer gestützt auf § 76 Ziff. 2 VRG beim Verwaltungsgericht Beschwerde. Während die Stadt beantragte, das Entschädigungsbegehren sei vollumfänglich abzuweisen, verlangten die Eigentümer, es sei gerichtlich festzustellen, dass auch eine Auszonung des Grundstücks GS 1643 vorliege, welche ebenfalls eine materielle Enteignung bewirke, und es sei in Abänderung des Entscheides der Schätzungs-kommission die Entschädigung zu ihren Gunsten auf CHF 980.-/ m2, total CHF 19’399’100.–, festzusetzen. Nachdem das Gericht im ersten Teil des Urteils

feststellte, dass es sich bei dem vom Verwaltungsgericht mit Urteil vom 8. Januar 1998 bestätigten Zonierungsentscheid der Gemeinde Zug hinsichtlich des Grundstücks Nr. 1643 um eine Nichteinzonung handelte, nicht um eine Auszonung, prüfte es den angefochtenen Entscheid weiter unter dem Aspekt der Frage, ob die durch den Zonenplan 1995 der Gemeinde Zug bewirkte Nichteinzonung des Grundstücks GS 1643 eine materielle Enteignung bewirkte oder nicht.

Aus den Erwägungen:

1. a) Eine materielle Enteignung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 BV und Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG; SR 700) liegt vor, wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls einzelne Personen so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde. In beiden Fällen ist die Möglichkeit einer künftigen besseren Nutzung der Sache indessen nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen. Unter besserer Nutzung eines Grundstücks ist in der Regel die Möglichkeit seiner Überbauung zu verstehen (BGE 131 II 728, 730; BGE 123 II 481, 487; BGE 121 II 417, 423; Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 5 N 35).

b) Nichteinzonungen sind nach der Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich ohne Entschädigungspflicht zu dulden, und zwar auch dann, wenn die betreffenden Grundstücke nach der früheren Bauordnung überbaubar waren (vgl. BGE 132 II 218 E. 2.2 S. 220 f.; 125 II 431 E. 3b S. 433; je mit Hinweisen). Sie treffen den Eigentümer gemäss der Rechtsprechung nur ausnahmsweise enteignungsähnlich, etwa dann, wenn er überbaubares oder grob erschlossenes Land besitzt, das von einem gewässerschutzrechtlichen generellen Kanalisationsprojekt (GKP) erfasst wird, und wenn er für die Erschliessung und Überbauung seines Landes schon erhebliche Kosten aufgewendet hat, wobei diese Voraussetzungen in der Regel kumulativ erfüllt sein müssen. Sodann können weitere besondere Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes so gewichtig sein, dass ein Grundstück unter Umständen hätte eingezont werden müssen. Ein Einzonungsgebot kann ferner zu bejahen sein, wenn sich das fragliche Grundstück im weitgehend überbauten Gebiet befindet. Aufgrund solcher Umstände lässt sich annehmen, der Eigentümer habe am massgebenden Stichtag mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer aus eigener Kraft realisierbaren Überbauung seines Landes rechnen dürfen (BGE 125 II 431 E. 3b und 4a S. 433 f. mit Hinweisen). Trifft dies nicht zu, kann nicht von einer enteignungsgleichen Wirkung der Nichteinzonung gesprochen werden. Der Eigentümer besitzt grundsätzlich keinen Anspruch auf Einweisung seines Landes in eine Bauzone, auch nicht, wenn er erschlossenes oder erschliessbares Land besitzt. Dies ergibt sich aus dem Vorrang der rechtlichen Gegebenheiten, auf die in erster Linie abzustellen ist (BGE 122 II 455 E. 4a S. 457 f. mit Hinweisen; vgl. auch BGE 131 II 151 E. 2.4.1 S. 158). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Gesamtwürdigung aller rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten vorzunehmen (BGE 125 II 431 E. 4a S. 434; BGE 122 II 455 E. 4c S. 458; vgl. auch BGE 131 II 151 E. 2.4.2 S. 158 f.).

Die Bundesgerichtspraxis unterscheidet somit drei Fallgruppen für eine Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung. Erstens bildet die Lage im weitgehend überbauten Gebiet im Sinne von Art. 15 lit. a RPG ein Kriterium dafür, ob eine Einzonung am Stichtag zu erwarten war. Zweitens geht es um Fragen der Baureife und Erschliessung. Drittens sind weitere besondere Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes zu beachten, die für eine Überbaubarkeit am Stichtag sprechen (vgl. insbesondere Enrico Riva, in: Kommentar RPG, Zürich 1999, Rz. 147 ff. zu Art. 5 RPG). Die in der genannten Formel enthaltenen Anforderungen stellen aber keine in sich geschlossenen Tatbestände dar. Dies gilt namentlich für das Kriterium des gewässerschutzkonformen GKP (BGE 122 II 455, E. 5b/bb S. 460). Im Einzelfall können die Erschliessungsverhältnisse eine Entschädigungspflicht gebieten; dies ist aber nicht zwingend. Ebenso wenig ist es ausgeschlossen, dass eine materielle Enteignung - z. B. wegen der Lage im weitgehend

überbauten Gebiet - zu bejahen ist, obwohl keine hinreichende Erschliessung vorliegt (a.a.O., E. 4c S. 458 f.; BGE 132 II 218, S. 222.). Methodisch kann zwar das Prüfungsprogramm der Kriterien anhand der Fallgruppen getrennt durchgeführt werden, doch ist stets die Gesamtsicht im Auge zu behalten; insofern sind die Tatbestände nicht in sich geschlossen. Vielmehr sind die einzelnen Faktoren zu gewichten (BGE 112 Ib 388 E. 3 S. 390; BGE 109 Ib 13 E. 2 S. 16). Wie der bundesgerichtlichen Formel zu entnehmen ist, verlangt die strenge Praxis allerdings im Ergebnis eine hohe Realisierungswahrscheinlichkeit der Überbaubarkeit (grundlegend BGE 91 I 329 E. 3 S. 339; BGE 131 II 151 E. 2.4.1 S. 158; vgl. auch BGE 113 Ib 318 E. 3c/aa S. 324; Urteil 1A.41/2002 vom 26. November 2002, E. 5, publ. in: ZBl 104/2003 S. 383).

c) Die Gesuchsteller haben das Grundstück Nr. 1643 im Halte von 19'789 m^2 (Lokalname: Bröchli) zum Preis von Fr. 9'116'740.- bzw. Fr. 460.–/m^2 am 26. November 1987 erworben, als Bauordnung und Zonenplan von 1982 seit rund fünf Jahren in Kraft waren.

2. Zum Vorliegen eines entschädigungspflichtigen Ausnahmefalles ist vorweg die Lage des Grundstücks der Gesuchsteller zu prüfen. Diesbezüglich muss festgestellt werden, dass der Begriff des weitgehend überbauten Landes nach Art. 15 lit. a RPG im Wesentlichen nur den geschlossenen Siedlungsbereich und eigentliche Baulücken innerhalb dieses Bereichs umfasst. Gleich verhält es sich mit dem weitgehend überbauten Gebiet im Sinne von Art. 36 Abs. 3 RPG (BGE 119 Ib 138; 118 Ib 344; 118 Ib 45; 116 Ia 337). Gestützt darauf gilt auch für das Grundstück Nr. 1643, was das Verwaltungsgericht bereits im Urteil vom 30. November 2004 für die benachbarten Grundstücke der EG Bröchli festgestellt hat, dass sich diese im weitgehend unüberbauten und bis heute landwirtschaftlich oder gartenbaulich genutzten Gebiet Gimenen/Bröchli/Tellenmatt befinden. Es gehört klar zum nicht weitgehend überbauten Gebiet, sondern zur weitgehend unversehrten Geländekammer Gimenen, und dies nicht etwa nur im Sinne einer Pufferfunktion. Es ist Teil eines markanten Trenngürtels zwischen dem angrenzenden, überbauten Siedlungsgebiet von Zug und dem Ortsteil Oberwil. Das ganze Gebiet bildet ein «homogenes Ganzes» und hat von der Fläche her eine landschaftsfunktionale und -prägende Funktion, welche das Bundesgericht ab 4 ha bejaht (BGE 132 II 218 ff., E. 4.2.2). Diese besteht hier insbesondere in der Auflockerung des sonst dichten Siedlungsgefüges im Sinne eines Trenngürtels, der Erhaltung eines wichtigen Erholungsbereichs und einer gefälligen Sicht auf die Geländekammer, und zwar ebenso sehr von oben als vom See her (die Gesuchsteller machen geltend, ihr GS 1643 erschiene aufgrund seiner flacheren Ausgestaltung vom See her gesehen ohnehin weitgehend nur «versteckt»). Aufgrund der seit je - und noch heute - bestehenden Bahnlinie kann auch keine Rede davon sein, dass die westlich der Bahnlinie bestehende Bebauung in einer ohnehin nur «schmalen» Bauzone (vgl. Verwaltungsgerichtsurteil vom 8. Januar 1998, E. 3) die Gegenseite bezüglich der Bebauung prägen könnte, wie es etwa im Falle einer Strasse zutreffen könnte (vgl. Entscheide 1A.200/1997 vom 11. November 1997, E.4, ZBl 1999, 33-40, und 1A.159/2001 vom 16. April 2002, E. 2.2, ZBl 2002, 658-662). Es konnte in diesem Sinne gar nie ein Siedlungszusammenhang im klassischen Sinne entstehen, wie ihn die Gesuchsteller gerne geltend machen wollen. Umgekehrt vermag der oberhalb von GS 1643 verlaufende, also seinerseits im GS 1644 liegende schmale Bröchliweg entgegen der Meinung der Gesuchsteller keine Zäsur zum Landwirtschaftsgebiet abzugeben. Das GS 1643 gehört offensichtlich zur markanten, insgesamt nicht zuletzt auch vom See her sinnvoll und wohltuend ins Auge stechenden Geländekammer Gimenen. Das Verwaltungsgericht hat denn auch im Urteil vom 8. Januar 1998 erkannt, dass die noch nicht überbaute Grünfläche im Gimenen als Ganzes planerisch zu erfassen ist, und dass die Abgrenzung durch die Bahnlinie eine Zäsur in der Landschaft darstellt. Als blosse Baulücke kann das GS 1643 von nicht unbedeutender Grösse also keinesfalls bezeichnet werden. Es wurde auch von keiner Seite behauptet, dass sich das Grundstück GBP Nr. 1643 im Sinne der Rechtsprechung in weitgehend überbautem Gebiet befinden würde (klar auch Enrico Riva, Gutachten über mögliche enteignende Auswirkungen [materielle Enteignung] der Revision der Ortsplanung Zug, Zonenplan 92, erstattet dem Stadtrat Zug am 14. September 1993, S. 82). Dies müsste selbst dann gelten, wenn mit dem Gutachter Alexander Ruch (Rechtsgutachten erstattet an X. vom 10. März 2008, S. 7) angenommen würde, die Streckenführung der Bahnlinie stelle einen zu korrigierenden «Planungsfehler» dar. Diesbezüglich erübrigen sich weitere Ausführungen.

3. Als nächstes ist zu prüfen, ob die Parzelle der Gesuchsteller im massgebenden Zeitpunkt überbaubar oder grob erschlossen war, ob sie von einem gewässerschutzrechtlichen generellen Kanalisationsprojekt (GKP) erfasst wurde, und ob die Gesuchsteller für die Erschliessung und Überbauung ihres Landes schon erhebliche Kosten aufgewendet hatten, wobei diese Voraussetzungen in der Regel kumulativ erfüllt sein müssen. Bezüglich der Möglichkeit der künftigen besseren Nutzung der Sache ist vorauszusetzen, dass im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen. Das setzt einerseits die entsprechenden rechtlichen Faktoren voraus - gestützt auf das im fraglichen Zeitpunkt geltende Planungs-, Bau- und Umweltschutzrecht -, anderseits die tatsächlichen Faktoren der faktischen Überbaubarkeit, d.h. die Eigentümer müssen die Überbaubarkeit aus eigenen Kräften herbeiführen können, das Grundstück muss zur Überbauung geeignet sein und die Überbauung muss den kantonalen und kommunalen Vorschriften entsprechen. Schliesslich muss auch die Überbauungsabsicht der Grundeigentümer gegen Aussen vor dem Nichteinzonungsentscheid erkennbar gemacht worden sein. Gegen die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Überbauung eines Grundstücks in naher Zukunft kann namentlich das Erfordernis einer Ausnahmebewilligung, einer Änderung in der Zonenplanung, eines Erschliessungs-, Überbauungs- oder Gestaltungsplans, einer Baulandumlegung oder weitgehender Erschliessungsarbeiten sprechen (BGE 131 I 72, 77, 113 Ib 133, 135 E. 4c). Demgemäss ist die Frage der Erschliessung und Bebaubarkeit des umstrittenen Grundstücks zu prüfen.

(...)

4. Massgeblicher Stichtag für die Frage, ob eine materielle Enteignung vorliegt, ist grundsätzlich das Inkrafttreten des neuen Zonenplans (BGE 122 II 326 E. 4b S. 329; BGE 119 Ib 229 E. 3a S. 233 mit Hinweisen), mithin im vorliegenden Fall - wie die Vorinstanz erkannte - der 28. Januar 1998 (Zustellung des nur mit einem ausserordentlichen Rechtsmittel weiterziehbaren verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 8. Januar 1998; der Gutachter Prof. Alexander Ruch, S. 3, geht indessen vom Zeitpunkt des regierungsrätlichen Genehmigungsentscheids, d.h. dem 4. Juli 1995, aus). Geht einem definitiven Eingriff eine provisorische Massnahme voraus, wie beispielsweise der Erlass einer Planungszone, ist zwar ebenfalls auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des definitiven Eingriffs abzustellen. Es geht darum, dass mit der provisorischen Massnahme nicht zum Nachteil des Betroffenen ein Ausschluss der Entschädigungspflicht begründet werden darf (BGE 132 II 218, E. 2.4). Wie Rouiller (ZBJV 1985, 1 ff., 18) und Riva (Hauptfragen der materiellen Enteignung, S. 188) überzeugend festhalten, muss für die Beurteilung der rechtlichen Umstände im Ergebnis aber auf die Lage im Zeitpunkt abgestellt werden, in dem die provisorische Massnahme in Kraft trat. Im vorliegenden Fall hat der Regierungsrat über das GS 1643 am 24. September 1990 eine Planungszone erlassen. Demgegenüber hängt entgegen der Auffassung der Gesuchsteller für die Bestimmung des Stichtages nichts von der in ihrem Fall bis zum 28. Januar 1998 vorgenommenen Besteuerung als Bauland ab, so wenig wie z. B. die Auffassung der Steuerbehörden über die fiskalische Erfassung von Parzellen die Planungsbehörden bei der Erfüllung der Planungspflicht bindet (vgl. BGE 119 Ib 138, 112 Ib 492). Entgegen dem Vorbringen der Stadt ist aber nicht nur zu beurteilen, ob die fragliche Parzelle am Stichtag hätte überbaut werden können, sondern ob damals anzunehmen war, eine Überbauung lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen, wobei mit der Schätzungskommission auch zu berücksichtigen ist, dass angesichts des üblichen fünfzehnjährigen Planungshorizontes einer Nutzungsplanung und der am 20. April 1982 in Kraft getretenen Bauordnung der Stadt Zug von 1981 im Zeitpunkt des Erlasses der Planungszone erst rund die Hälfte des Planungshorizontes verstrichen war. Zu ergänzen ist, dass sich die tatsächlichen Erschliessungsverhältnisse des GS 1643 auch bis zum 28. Januar 1998 nicht verbesserten, als der Zonenplan 1982 aber bereits 16 Jahre alt war und damit der Planungshorizont gemäss Art. 15 RPG abgelaufen war. Wie die Stadt zu Recht geltend macht, wurde mit der vom Regierungsrat für sämtliche von der Grünflächeninitiative betroffenen Gebiete, also nicht nur das GS 1643, verhängten Planungszone keineswegs «nur» bzw. einzig verhindert, dass auf dem GS 1643 irgendwelche Erschliessungsarbeiten in Angriff genommen oder weiter geführt wurden. Tatsächlich wurde auf GS 1643 mit Erschliessungsarbeiten gar nie begonnen.

5. a) Zunächst ist zu vergegenwärtigen, dass die oben erwähnten von der Rechtsprechung gebildeten drei Fallgruppen für eine ausnahmsweise sich enteignungsähnlich auswirkende Nichteinzonung allesamt Umstände bezeichnen, die möglicherweise eine Einzonung hätten gebieten können, so dass der Eigentümer am massgebenden Stichtag mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer aus eigener Kraft realisierbaren Überbauung rechnen durfte. Mit einer gleichsam anzunehmenden «Einzonungspflicht» meint das Bundesgericht hier aber keine nachträgliche Infragestellung der Planungsmassnahme, sondern es geht um Fallkonstellationen, in denen der Eigentümer angesichts besonderer Umstände mit einer Einzonung seines Grundstücks rechnen, dies aber aus übergeordneten Gründen unterbleiben durfte (vgl. hierzu Thomas Pfisterer, Entwicklung und Perspektiven der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur materiellen Enteignung, ZBl 1988, S. 489, und insbesondere Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 5 N 58). Gemäss einer der drei erwähnten Fallgruppen trifft dies wie erwähnt zu, wenn der Grundeigentümer überbaubares und groberschlossenes Land besitzt, das von einem gewässerschutzrechtlichen generellen Kanalisationsprojekt erfasst wird, und er für Erschliessung und Überbauung seines Landes schon erhebliche Kosten aufgewendet hat, wobei sich die Aufwendungen in der Regel hauptsächlich auf die Erschliessung des Grundstücks beziehen dürften. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Für die Beurteilung der genügenden Erschliessung darf nicht allein auf das betreffende Grundstück abgestellt werden, da selbst eine für sich allein betrachtet überbaubare Parzelle nicht baureif ist, wenn eine systematische Quartiererschliessung und notwendige Parzellarordnungsmassnahmen fehlen. Die getätigten Investitionen sind sowohl in ihrer absoluten Höhe als auch in ihrem Bezug zur Landfläche zu betrachten. Diesen Sachverhalt bzw. diese Voraussetzung umschreibt Pfisterer mit dem Bestehen von «Land mit konkretisierter Bauerwartung» (Pfisterer, a.a.O. S. 489).

b) Gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG (in der bis zum 31. März 1996 gültigen Fassung) ist Land erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nah heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist. Bauzonen werden durch das Gemeinwesen zeitgerecht erschlossen. Das kantonale Recht regelt die Beiträge der Grundeigentümer (Abs. 2). Das kantonale Recht kann vorsehen, dass die Grundeigentümer ihr Land nach den vom Gemeinwesen genehmigten Plänen selbst erschliessen (Art. 19 Abs. 3 RPG).

Das Baugesetz für den Kanton Zug vom 18. Mai 1967 (aBauG), das bis zum 31. Dezember 1999 in Kraft war, schrieb gemäss Änderung vom 28. Januar 1988 den Gemeinden unter anderem vor, dass die Bauordnung Vorschriften über die Erschliessung von Baugrundstücken, wie Anschluss an Wasser-, Gas- und Elektrizitätsleitungen, an die Kanalisation und an die Zufahrtsstrassen zu enthalten habe (§ 17 Abs. 1 Ziff. 3 BauG). In § 17 Abs. 1 Ziff. 7 BauG wurde weiter festgehalten, dass die gemeindlichen Bauordnungen Vorschriften über die Neuanlage, den Ausbau und den Unterhalt der Gemeindestrassen, der öffentlichen Strassen in privatem Eigentum, der Quartierstrassen und privater Zufahrtswege sowie über die Beitragspflicht Privater an die Kosten von öffentlichen Anlagen enthalten sollten. Weiter bestimmte § 25 BauG, dass innerhalb der einzelnen Zonen nach Bedürfnis für ganze Quartiere oder für einzelne Strassen, Wege und Plätze Baulinien- und Bebauungspläne erstellt werden konnten. Baulinienpläne bezweckten insbesondere die zweckmässige Gestaltung der Verkehrswege (§ 26 Abs. 1 aBauG). Der Einwohnerrat war berechtigt, beim Fehlen eines Baulinienplanes die Baubewilligung zu verweigern, war aber damit gleichzeitig verpflichtet, innerhalb eines Jahres einen solchen zu erarbeiten und der Gemeindeversammlung vorzulegen (§ 34 Abs. 1 aBauG). Gemeindestrassen durften nur auf Grund von Baulinien- oder Strassenplänen errichtet werden, die der - dem Referendum unterliegenden - Genehmigung der gemeindlichen Legislative (Einwohnergemeindeversammlung oder Grosser Gemeinderat) und des Regierungsrates bedurften (§ 40 aBauG). Gemäss § 65 Abs. 2 aBauG blieben die sich auf das Baugesetz vom 27. November 1923 und den Kantonsratsbeschluss vom 2. Februar 1950 beziehenden Ausführungserlasse in Kraft, soweit sie nicht mit den zwingenden Vorschriften des aBauG im Widerspruch standen.

Paragraph 37 der Bauordnung der Stadt Zug vom 30. Juni 1981 (in Kraft getreten am Tag nach der

Genehmigung durch den Regierungsrat vom 20. April 1982, aBO 82) hält fest, dass Bauten nur auf baureifen Grundstücken erstellt werden dürfen. Ein Grundstück gilt als baureif, wenn die Anlagen für Verkehr (genügende Zufahrt), die Wasser- und Energieversorgung sowie die Abwasserbeseitigung vorhanden sind oder gleichzeitig nach den Plänen der Stadt erstellt werden (lit. b). Gemäss § 38 aBO 82 ist die Erschliessung des Baulandes zu fördern. Der Stadtrat hat die erforderlichen Massnahmen zu treffen und die entsprechenden Erschliessungspläne bereitzustellen.

c) Unbestritten ist unter den Parteien, dass das GS 1643 der Gesuchsteller nicht grob erschlossen ist. Darf sich die Gemeinde auf die fehlende Erschliessung der Parzelle berufen, ist aber weiter zu prüfen, ob die Eigentümer die Erschliessung ihres Grundstücks am Stichtag in rechtlicher und tatsächlicher Sicht aus eigener Kraft hätten realisieren können (vgl. z. B. Urteil des Bundesgerichts 1A.263/2004, E. 6.2). Dabei ist eine Gesamtwürdigung aller rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten vorzunehmen (BGE 132 II 220 f. E. 2.2 und 2.3 mit Hinweisen), welche die künftige Nutzungsmöglichkeit beeinflussen können. Dazu gehören die eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Bauvorschriften, der Stand der kommunalen und kantonalen Planung, die Lage und Beschaffenheit des Grundstücks, die Erschliessungsverhältnisse und die bauliche Entwicklung in der Umgebung (BGE 131 I 76 f. E. 3.3; 122 II 458 E. 4c). Gegen die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Überbauung eines Grundstücks in naher Zukunft kann wie erwähnt namentlich das Erfordernis einer Ausnahmebewilligung, einer Änderung in der Zonenplanung, eines Erschliessungs-, Überbauungs- oder Gestaltungsplans, einer Baulandumlegung oder weitgehender Erschliessungsarbeiten sprechen (BGE 131 I 77 E. 3.3; 113 Ib 135 E. 4c; Enrico Riva, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990, S. 166 ff.). Allerdings schliesst nicht jedes zusätzliche Verfahren, welches das kantonale Recht vor der Erteilung einer Baubewilligung verlangt, die Ausrichtung einer Entschädigung aus: Es kommt vielmehr auf die konkreten Umstände und auf die effektive Tragweite dieses Erfordernisses nach kantonalem Recht an (BGE 131 II 151 E. 2.4 und 2.5 S. 157 ff.).

d) Als Ausgangspunkt gilt für das Verwaltungsgericht auch hier, was es in seinem Entscheid vom 30. November 2004 in Sachen Einfache Gesellschaft «Bröchli» (V 2002/ 141 und 145) festgestellt hat: Private Erschliessungen gemäss RPG sowie den kantonalen und gemeindlichen gesetzlichen Vorgaben haben nach den vom Gemeinwesen genehmigten Plänen zu erfolgen und weder der Stadtrat von Zug noch der Grosse Gemeinderat als Legislativorgan, die für die Genehmigung solcher Pläne zuständig gewesen wären, haben je über ein privates Erschliessungsprojekt im Gebiet der Gimenen, d.h. auch nicht der Gesuchsteller, beraten oder entschieden. Nur mit einer Gemeindestrasse hätte aber nicht nur das ganze Gimenen-Quartier und nicht nur die im Entscheid von 2004 beurteilten GS Nr. 1644 und 1645 erschlossen werden können, sondern nach Überzeugung des Verwaltungsgerichts auch das GS Nr. 1643 als der unterste - sowohl für sich allein wie auch im Zusammenhang mit dem gesamten Gimenengebiet - bedeutende Teil dieser Geländekammer. Für die Erstellung einer Gemeindestrasse hätte es der Zustimmung des Grossen Gemeinderates und des Regierungsrates, soweit ein Anschluss an die Artherstrasse als Kantonsstrasse nötig war, bedurft. Diese Strasse hätte nur aufgrund von Baulinien- und Strassenplänen erstellt werden dürfen. Das Gericht teilt die Auffassung der Schätzungskommission nicht, dass es hier anders als in dem am 27. August 2002 beurteilten Fall der weiter hangwärts gelegenen Parzellen im Bröchli mit den geltenden Richtplänen vereinbar gewesen wäre, das GS 1643 separat über eine Quartierstrasse von unten her zu erschliessen, womit ein Baulinien- bzw. Strassenplan nicht notwendig gewesen wäre.

Wie ebenfalls schon im Entscheid vom 30. November 2004 angesprochen wurde, fanden seitens der Gesuchsteller in den Jahren 1988 bis 1990 Abklärungen und Bemühungen bezüglich der Erschliessung ihres Grundstücks GS Nr. 1643 und auch Verhandlungen mit den SBB bezüglich einer Grundsatzvereinbarung für eine Unterführung und damit für eine Erschliessung ihres eigenen und der oberhalb liegenden Grundstücke aller Erben Gyr statt. Auch hielt das Verwaltungsgericht bereits fest, dass die Gesuchsteller gegenüber dem Bauamt der Stadt Zug im August 1991 aber bestätigt hatten, dass es weder ihre Absicht gewesen sei noch in ihren Möglichkeiten gelegen habe, das ganze Gebiet Bröchli/ Gimenen zu erschliessen.

Was die nachgewiesenen, wenigen Besprechungen zwischen einzelnen Mitgliedern des Stadtrates und Chefbeamten der Stadt einerseits und den Vertretern der Familie X. andererseits betrifft, so hat das Verwaltungsgericht auch bereits festgehalten, dass die Hinweise und allfälligen mündlichen Zusicherungen von Behördevertretern der Stadt Zug bezüglich der Erschliessungsplanung die endgültigen planerischen Entscheide der zuständigen Organe nicht präjudizieren konnten. So wenig wie den Eigentümern des Bröchli war es aber den Eigentümern der Tellenmatt möglich, ihre Grundstücke aus eigener Kraft einer Überbauung zuzuführen. Es fehlte insbesondere an der Koordination der geplanten Erschliessung mit der damit zusammenhängenden Anschlussplanung für die in der Kompetenz der Stadt und des Kantons liegenden Strassen, denn eine geeignete Erschliessung konnte hier nicht nur für einige wenige oder gar nur eine einzige Parzelle erfolgen. Juristisch wäre die von den Gesuchstellern in Aussicht genommene Erschliessung sehr schwierig gewesen. Es hätte vorerst vom Grossen Gemeinderat ein Baulinien- und ein Strassenplan bewilligt werden müssen. Ebenfalls hätte ein eisenbahnrechtliches Plangenehmigungsverfahren durchgeführt werden müssen, wobei ein solches von den Gesuchstellern später eingeleitet, von privaten Einsprechern und der Stadt erwartungsgemäss mit Einsprachen belegt und daraufhin wieder zurückgezogen worden ist. Auch technisch wäre die von den Gesuchstellern bevorzugte Erschliessung zwar möglich, aber sehr schwierig gewesen. Gemäss den Angaben der fachkundigen Zeugen - und ganz offensichtlich - wäre die Erschliessung mit einer SBB-Unterführung an dieser Lage technisch sehr anspruchsvoll gewesen und hätte dies z. B. gewaltige Stützmauern erfordert. Die Zeugenbefragungen haben schon im Verfahren der Beschwerden V 2002/141 und 145 insbesondere ergeben, dass der damalige Stadtingenieur V. - zweifellos der wichtigste Vertreter der Stadt im Verhältnis zu den Gesuchstellern - gar nie an eine Realisierbarkeit der von den Gesuchstellern favorisierten Erschliessungsvariante geglaubt hatte. Dies offenbar wegen der Unterführungsproblematik, wegen der Steilheit der Zufahrt und wegen der Felsverhältnisse, nach Überzeugung des Gerichts aber nicht - wie die Gesuchsteller in diesem Verfahren vorbringen - wegen der Unfähigkeit «seines» Stadtbauamtes zur eigenen Erstellung eines digitalen Geländemodells. Weiter hatte - immerhin - der damalige Planungsleiter der Gesuchsteller, wie ebenfalls schon im Verwaltungsgerichturteil vom 30. November 2004 festgehalten wurde, auf die Frage nach dem Detaillierungsgrad der zufahrtsmässigen Erschliessungsplanung erklärt, es habe sich nur um Vorstudien gehandelt. Für die eigentliche Planung, die viel komplexer gewesen wäre, wären nach seiner Worten viel grössere Aufwendungen z. B. in Form von geologischen Gutachten, Entwässerungsstudien usw. erforderlich gewesen.

Wie das Verwaltungsgericht schon 2004 erwog, hat sich die Stadt Zug aber tatsächlich wiederholt um die Erschliessung der Gimenen bemüht. Eine Vorlage für den Neubau einer geplanten, spangenförmig verlaufenden Gimenenstrasse von der höher gelegenen Zugerbergstrasse her bis zur Meisenbergstrasse mit Erstellung einer Brücke über den Bruibach ist erstmals am 22. September 1974 von den Stimmberechtigten abgelehnt worden. Ein reduziertes Projekt, welches nur noch den Bau einer Brücke vorgesehen hatte, ist in der Urnenabstimmung vom 13. März 1977 wieder abgelehnt worden. Entsprechend der Zonenzuweisung der Ortsplanung 1981 blieb zwar die Erschliessung des Gebietes Gimenen/ Bröchli/ Tellenmatt weiterhin vorgesehen. Die Stimmberechtigten haben aber am 26. November 1989 auch den Bau einer Brücke mit reduzierter Fahrbahnbreite über den Bruibach abgelehnt. Mit der dreimaligen Ablehnung der Vorlagen zur Erschliessung für das Gebiet Gimenen hat der Souverän klar gemacht, dass er eine Erschliessung des Gebietes nicht wünschte. Alle Grundeigentümer im Gebiet Gimenen/ Bröchli/ Tellenmatt verfügten zu keiner Zeit über einen rechtlich gesicherten und kapazitätsmässig ausreichenden Zugang zu einer öffentlichen Strasse und sie waren auch nicht in der Lage, ihr Land aus eigener Kraft zur Baureife zu bringen. Im Jahre 1990 bestand damit lediglich eine in fremdem Privateigentum stehende Erschliessung der nördlich gelegenen Klinik Meissenberg. Die Erschliessung als öffentliche Aufgabe obliegt aber grundsätzlich dem Gemeinwesen. Nur das Gemeinwesen als Planungsträger ist in der Lage, die Erschliessungsanlagen untereinander sowie auf die gegenwärtige Situation und die zukünftige Entwicklung des Baugebietes abzustimmen. Die vorschriftsgemässe Erschliessung und allenfalls nötige Landumlegungen bilden Voraussetzung für die Überbaubarkeit des Bodens. Hieraus ergibt sich, dass der Eigentümer eines am Rande des überbauten Gebietes gelegenen Grundstückes den Zeitablauf, der erforderlich ist, um die zur Sicherstellung der geordneten Besiedlung nötige Erschliessung und Parzellarordnung entsprechend den gesetzlichen

Anforderungen herbeizuführen, grundsätzlich in Kauf nehmen muss, ohne vom Gemeinwesen Entschädigung fordern zu können. Zwar ist dieses zur zeitgerechten Erschliessung der Bauzonen verpflichtet. Zeitgerecht heisst dabei, dass die auf den Bedarf von fünfzehn Jahren auszurichtenden Bauzonen innerhalb dieses Zeitraumes in angemessenen Etappen zu erschliessen sind, sofern sich die Entwicklung nicht ändert und entgegen der Erwartung der Bedarf geringer ist (BGE 109 Ib 24 f.). Das Gebiet Gimenen/ Bröchli/ Tellenmatt war in langjährigem Besitz der Landis & Gyr Holding AG. Dass bis zum Verkauf dieses Landes im Jahr 1987 an die Erben Gyr konkrete Überbauungsprojekte bestanden hätten, welche über eine allenfalls bestehende langfristige Überbauungsabsicht hinausgegangen wären, ist nicht aktenkundig und wird auch nicht geltend gemacht. Berücksichtigt man zudem den Umstand, dass der Planungshorizont von 15 Jahren seit 1982 bei Weitem noch nicht abgelaufen war und sich die Bevölkerung ohnehin nicht entsprechend der seinerzeitigen Bedarfsprognose entwickelt hatte, so war die Stadt Zug bis zur Umzonung dieses Gebietes im Jahr 1994 (und sicher im Jahre 1990) nicht verpflichtet, dieses effektiv noch nicht benötigte Bauland zu erschliessen. Dass das Gebiet Tellenmatt wie jenes des Bröchli zum massgebenden Zeitpunkt noch nicht erschlossen gewesen ist, ist also nicht etwa auf ein Versäumnis der Stadt zurückzuführen. Die Gesuchsteller können nicht geltend machen, ihre Grundstücke hätten schon vor der Nichteinzonung erschlossen sein müssen. Wenn aber bis zum massgeblichen Zeitpunkt noch gar keine Erschliessungspflicht bestanden hatte, so vermöchte auch eine - allerdings entgegen der Annahme der Schätzungskommission nicht nachgewiesene - fallweise largere Praxis der Einwohnergemeinde Zug, von ihren Plänen abweichende Erschliessungen zuzulassen, hieran nichts zu ändern. Zudem war inzwischen das Raumplanungsgesetz in Kraft getreten, das eine solche Praxis bezüglich Privaterschliessungen jedenfalls nicht mehr zuliess. Die schon im Urteil vom 8. Januar 1998 getroffene Feststellung des Verwaltungsgerichts betreffend den Zonenplan, dass strassenmässig im ganzen Gebiet weder eine Grob- noch eine Feinerschliessung verwirklicht gewesen ist, hat nach wie vor ihre Gültigkeit.

Ebenfalls hielt das Verwaltungsgericht im Entscheid von 2004 aber bereits fest, dass nach der Praxis des Bundesgerichts eine privatrechtliche Regelung dem Erfordernis der einwandfreien Erschliessung gemäss den von der Gemeinde festzusetzenden Plänen (§ 37 aBO 82) ohnehin nicht zu genügen vermöchte (BGE 109 Ib 26). Die Überlegung, es wäre einem Grundeigentümer möglich gewesen, seine einzelne Parzelle mit Hilfe privatrechtlicher Abmachungen wie der Einräumung von Durchleitungsrechten zu überbauen, geht jedenfalls insoweit fehl, als Einzelüberbauungen zu einer den Grundsätzen des eidgenössischen Raumplanungsrechts und kantonalen Bau- und Planungsrechts widersprechenden Streubauweise führen würden. Auch derjenige, der eine für sich allein möglicherweise überbaubare Parzelle besitzt, hat mit seinem Grundbesitz an einem sachgerecht begrenzten, auf die Nutzungsplanung abgestützten Erschliessungs- und Parzellarordnungsverfahren teilzunehmen, das eine bauordnungsgemässe Überbauung des gesamten Gebiets sicherstellt. Ein Grundeigentümer besitzt keinen Anspruch auf Einräumung privatrechtlicher Weg- und Durchleitungsrechte in einem Gebiet, das öffentlichrechtlich nicht baureif ist. Dementsprechend kommt es zufolge der gebotenen gebietsbezogenen Betrachtungsweise nicht entscheidend darauf an, dass ein Eigentümer sich für eine Zufahrt zu seinem Grundstück ein Fahr- und Wegrecht - oder z. B. ein Untertunnelungsrecht, soweit ein solches hier überhaupt bereits als gesichert gelten konnte - verschafft hat. Eine zweckmässige Verkehrserschliessung erfordert eine auf die geordnete Quartierüberbauung ausgerichtete Parzellarordnung und Erschliessung (BGE 119 Ib 135). Wenn auch vorliegend ein Parzellarordnungsverfahren nicht notwendig gewesen sein mag, so aber jedenfalls eine den Plänen der Stadt Zug entsprechende Erschliessung in Berücksichtigung sämtlicher öffentlicher wie privater Interessen in diesem städteplanerisch offensichtlich sehr anspruchsvollen und bedeutenden Gebiet, das schon von daher von Anfang an und erkennbar nur in einer gesamthaften Betrachtungsweise erfasst werden durfte und auch immer erfasst wurde. Dass schliesslich die Erschliessung des Grundstücks der Gesuchsteller technisch – wenn auch unter erschwerten Bedingungen – realisierbar gewesen sein könnte, kann auf Grund des Vorrangs der rechtlichen Gegebenheiten, auf die bei der Prüfung der Überbaubarkeit in erster Linie abzustellen ist (BGE 119 Ib 130), nicht ausschlaggebend sein.

Gestützt darauf kam das Verwaltungsgericht schon 2004 zum Schluss, dass die unmittelbar oben an das GS Nr. 1643 angrenzenden und teilweise ebenfalls zur «Tellenmatt» zu zählenden Grundstücke GBP Nrn.

1644 und 1645 bis heute, insbesondere aber zum massgebenden Zeitpunkt ihrer Zuweisung zur Landwirtschaftszone, nicht erschlossen – auch nicht groberschlossen – gewesen sind, indem es bereits an einer strassenmässigen Erschliessung mangelte. Die Erschliessung ist rechtlich auch keineswegs für die nahe Zukunft gesichert gewesen, weder über die Zugerbergstrasse, via Klinik Meissenberg noch von unten her durch eine erst noch zu verwirklichende Unterführung unter der Bahnlinie der SBB, wie sie - was bereits damals zu würdigen war - von den Gesuchstellern verfolgt wurde. Inwiefern Anlagen für die Wasser- und Energieversorgung sowie die Abwasserbeseitigung vorhanden oder möglich gewesen wären, was von der Stadt auch in diesem Verfahren wieder bestritten wird, muss unter diesen Umständen an sich nicht weiter geprüft werden. Dabei hat das Verwaltungsgericht immerhin schon angemerkt, dass die Stadt Zug über ein GKP vom 24. Mai 1972, revidiert im Februar 1984, verfügt habe und das Gebiet Gimenen/ Bröchli/ Tellenmatt von diesem GKP erfasst gewesen sei. Auch wenn es formell nicht rechtskräftig gewesen sein möge, so sei doch auf dessen tatsächliche Anwendung durch die Stadt Zug hinzuweisen und würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn sich die Stadt Zug auf ihre eigene Pflichtwidrigkeit berufen könnte, das GKP nicht dem Kanton zur Genehmigung vorgelegt zu haben. Zusätzlich hat das Verwaltungsgericht im Urteil vom 8. Januar 1998 festgestellt, dass die Bauzonen der Nutzungsplanung 82 nicht als überdimensioniert bezeichnet werden könnten. Es könnte sich daher allein deswegen auch nicht mit der Begründung, es sei von zu grossen Bauzonen ausgegangen worden, die Bundesrechtswidrigkeit des bestehenden GKP ergeben. An dieser - von Riva (Gutachten, S. 31) übrigens nicht geteilten - Auffassung kann bezüglich der Beurteilung des GKP auch im vorliegenden Fall festgehalten werden.

e) Ausgehend von dieser im Entscheid vom 30. November 2004 getroffenen Beurteilung für die unmittelbar angrenzenden Grundstücke, die teilweise ebenfalls Land in der Tellenmatt umfassen - so wie umgekehrt auch das Grundstück Nr. 1643 der Gesuchsteller den Lokalnamen «Bröchli» trägt (vgl. im Zugis, Geoinformationsportal des Kantons Zug, http://didbnt02.zg.ch/zugis2000/default.asp[1]) -, kann das Verwaltungsgericht den mit Mehrheitsbeschluss getroffenen Schlussfolgerungen der Schätzungskommission im vorliegenden Fall nicht folgen. So ist für das Gericht klar, dass auch das Grundstück GBP Nr. 1643, das gemäss Ersatzzonenplan 1975 in der Zone W2, gemäss dem Zonenplan 1982 in der Zone W 2 $\frac{1}{2}$ lag, zum massgebenden Zeitpunkt seiner Zuweisung zur Landwirtschaftszone nicht nur nicht einmal grob erschlossen war, indem es insbesondere bereits an einer strassenmässigen Erschliessung gemangelt hat. Sondern gleichzeitig war die Erschliessung auch rechtlich und tatsächlich nicht für die nahe Zukunft gesichert. Es ist dabei daran zu erinnern, dass Erschliessungsanlagen regelmässig öffentlich-rechtlicher Natur sind und der einzelne Grundeigentümer von Bundesrechts wegen kein Recht auf eigenmächtige Erschliessung oder Bevorschussung hat (Waldmann/Hänni, Art. 19 N 17, 66). Insoweit ist die Aussage des Gutachters Ruch (S. 9) zumindest zu ergänzen, der ohne Einschränkung von einem Recht der Grundeigentümer auf Privaterschliessung spricht. Richtig ist allerdings, dass die Grundeigentümer legitimiert sind, sich das Recht auf Selbsterschliessung und allenfalls sogar auf Bevorschussung als Partei in einem eigenen rechtlichen Verfahren zu erstreiten (vgl. zu diesem sog. Gestattungsverfahren Waldmann/Hänni, Art. 19 N 66 und damals für den Kanton Zug § 34 Abs. 3 aBauG: «Kommt der Baulinien- oder Bebauungsplan [innerhalb eines Jahres] nicht zustande, so ist das Baugesuch nach den bestehenden Vorschriften zu behandeln»).

6. (...)

7. Für eine materielle Enteignung ist wie erwähnt vorauszusetzen, dass sich am Stichtag bezogen auf die einzelne Parzelle eine künftige bessere Nutzung «sehr wahrscheinlich in naher Zukunft» verwirklichen lässt, und es ist eine begründete, realisierbare Erwartung, eine konkretisierte Nutzungsmöglichkeit erforderlich, was nach allen rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten zu beurteilen ist. Dabei ist neben den Erschliessungsverhältnissen u.a. nicht zuletzt auch die bauliche Entwicklung der Umgebung mit zu berücksichtigen (Thomas Pfisterer, a.a.O., Rz. 132). Gestützt darauf steht für das Gericht bezüglich der Parzelle Nr. 1643 der Gesuchsteller in Würdigung der Akten und der Aussagen der Parteien ohne weiteres fest, dass diese Voraussetzungen zum massgebenden Zeitpunkt - v.a. auch hinsichtlich einer

[1] http://didbnt02.zg.ch/zugis2000/default.asp

Erschliessung «aus eigener Kraft» - nicht erfüllt gewesen sind. Die Erschliessung von Parzelle Nr. 1643 hätte zweifellos eine präjudizierende Wirkung für die Erschliessung des gesamten Gimenengebiets bzw. für Tellenmatt, Bröchli und Gimenen gehabt. Schon von daher konnte nicht einfach eine Quartierstrasse oder sogar nur eine Zufahrt - zumal mittels eines sehr anspruchsvollen Tunnels - erstellt werden, wie auch vorgebracht worden ist. Es hätte eine Sammelstrasse, also eindeutig eine Gemeindestrasse gebraucht. Gemeindestrassen waren nur gestützt auf rechtskräftige Strassenbaulinien(pläne) zu bewilligen, die der Genehmigung der gemeindlichen Legislative und des Regierungsrates bedurften und die im hier zu beurteilenden Fall nie vorhanden oder konkret zu erwarten waren. Aber selbst für Quartierstrassen waren nach § 45 aBauG Baulinien- bzw. Bebauungspläne erforderlich. Zudem war gemäss der städtischen Bauordnung vom 30. Juni 1981 die Erschliessungsplanung Aufgabe der Stadt und konnte diese nicht von Privaten ausgeführt werden. Selbst für ein einfaches Baubewilligungsverfahren wäre zudem mit Einsprachen zu rechnen gewesen, z. B. der Unterlieger hinsichtlich des zu erwartenden Verkehrsaufkommens. Im eisenbahnrechtlichen Genehmigungsverfahren sind Einsprachen – erwartungsgemäss - ebenfalls erhoben worden, insbesondere aus dem Umfeld der Vertreter der Grünflächeninitiative, vor allem aber von der zweifellos legitimierten Stadt. Das Verfahren hätte Jahre dauern können und sein Ausgang wäre völlig offen gewesen. Auch dies beweist, dass ein solches Projekt der Gesuchsteller von Anfang nur im Gesamtzusammenhang der Erschliessung der Geländekammer Gimenen betrachtet werden konnte. Auch das erst nach der Annahme der Grünflächeninitiative und der Verhängung der Planungszone gemäss Art. 27 RPG, ohne jede Information der Stadt ausgelöste Plangenehmigungsverfahren wurde dann ja nicht fortgeführt. Für das Grundstück Nr. 1643 war die Voraussetzung von § 37 lit. b aBO 82 für den Eintritt der Baureife nie gegeben, dass «die Anlagen für den Verkehr (genügende Zufahrt), die Wasser- und Energieversorgung sowie die Abwasserbeseitigung vorhanden sind oder gleichzeitig nach den Plänen der Stadt erstellt werden». Hierfür waren zweifellos nicht bloss Richtpläne vorausgesetzt, wie die Schätzungskommission in ihrem Entscheid mutmasst, sondern konkrete Baulinien- oder Strassenpläne. Beschlüsse über Baulinien- bzw. Strassenpläne sind auch keine Polizeibewilligungen. Vielmehr sichern Baulinienpläne wie Strassenpläne im öffentlichen Interesse das Land für Bauten und Anlagen, d.h. als ein wichtiges nutzungsplanerisches Instrument der Verkehrs- und Erschliessungsplanung, weshalb ungeachtet der Erschliessungspflicht des Gemeinwesens auf den Erlass eines bestimmten, von privaten Interessen einer Bauherrschaft geleiteten Baulinien- bzw. Strassenplans kein Rechtsanspruch besteht. Das Gemeinwesen hat also auch beim Erlass von Baulinien- bzw. Strassenplänen vor allem den öffentlichen Interessen an einer mit dem übergeordneten Strassennetz koordinierten Erschliessung Rechnung zu tragen. Seitens der Gesuchsteller wurde nie formell um den Erlass eines Baulinien- bzw. Strassenplans ersucht, ebenso wenig bestand je ein ausführungsreifes Bauprojekt, weder bezüglich der Erschliessung noch einer Überbauung der Parzelle. Auch wurde nie ein vollständiges, formgültiges Baugesuch für die Erschliessung eingereicht, das Gegenstand eines Verfahrens geworden wäre. Damit entfällt aber auch eine Berufung der Gesuchsteller auf § 34 Abs. 3 aBauG, wonach ihr «Baugesuch» - allerdings für ein baureifes Grundstück - nach den bestehenden Vorschriften zu behandeln gewesen wäre, wenn der Baulinien- oder Bebauungsplan nicht zustande gekommen wäre. Auf die Frage, warum er nicht einmal nachgefragt oder einen beschwerdefähigen Entscheid auf die Baueingabe verlangt habe, erwiderte X. vor der Schätzungskommission, dass es der 22. Juni 1990 gewesen sei, kurz vor der Abstimmung vom 26. Juni 1990, «und damit gehe ich davon aus, dass es politisch gekracht hatte und nachher alles ganz anders war». Zudem sei es Rechtsanwalt Z. gewesen, der diese Pläne beim Bauamt eingereicht habe. Dieser habe von ihnen den klaren Auftrag «Baueingabe» gehabt. Gemäss Frau X. habe sie sich nachher mehrmals danach erkundigt, aber keine Antwort erhalten. Herr Z. habe «geraten, abzuwarten, die Stadt habe jetzt noch ein Problem». Sie seien einfach beschwichtigt worden. Festzustellen ist indessen, dass der Verzicht auf eine Erledigung der als so wichtig erachteten Eingabe umso unverständlicher ist, je sicherer sich die Gesuchsteller ihrer Sache hätten sein sollen oder wollen, auch aufgrund allfälliger Zusicherungen oder eines durch die Stadt erweckten Vertrauens. Nicht zuletzt ist noch einmal zu betonen, dass die Gesuchsteller nie rechtsgenüglich den Nachweis führen konnten, im Sinne der Stadt das ganze Gebiet Gimenen erschliessen zu können. Nicht nur wurde aber gegenüber der Stadt nie auf einen Entscheid gedrängt, sondern es wurde nicht einmal die vom Regierungsrat verhängte Planungszone angefochten.

8. a) Wie die Vorinstanz zu Recht feststellt, hätte aufgrund der Grösse der zu erschliessenden Fläche im Halte von 19'789 m^2 die Verkehrserschliessung für das GS 1643 entsprechend dimensioniert sein müssen, was zu erheblichen Erschliessungskosten geführt hätte. Diesbezüglich ist Folgendes festzustellen:

(...)

b) Die Schätzungskommission erwog im Sinne der Gesuchsteller, dass Erschliessungskosten von rund CHF 110/m^2 resultiert hätten und für die damalige Zeit sicher als überdurchschnittlich hoch einzustufen seien, dass sich auf der anderen Seite auch die Landpreise im Kanton Zug und insbesondere in der Stadt Zug steil nach oben entwickelt hätten, so dass nicht davon gesprochen werden könne, eine Erschliessung wäre für die Gesuchsteller ökonomisch sinnlos gewesen.

Von der Stadt wird der Erschliessungsaufwand auf gegen 10 Mio Fr. geschätzt, indem gemäss Aussagen von Herrn Y. von der Karl Steiner AG allein etwa Fr. 6.5 Mio für die Strassenunterführung unter der Bahnlinie hindurch aufzuwenden gewesen wären.

c) Mit der Stadt ist festzustellen, dass die in der «Baueingabe Erschliessung GBP 1643 Zug-Oberwil» vom 22. Juni 1990 enthaltene Erschliessungsvariante gegenüber denjenigen gemäss den Kostenschätzungen vom 22. März 1989 (Luchsinger Hermann Rotzetter) bzw. 14. April 1989 (Karl Steiner AG) deutlich grösser dimensioniert war - insbesondere wegen der «NEW LINK ROAD» - und einen rund 160 Meter langen Tunnel unter der Eisenbahnlinie hindurch vorsah, ohne dass bezüglich einer solchen aufwändigen Erschliessungsvariante eine verbindliche Kostenschätzung vorliegt. Die neue Erschliessungsvariante hätte bestimmt einiges, wenn nicht sogar ein Mehrfaches der ursprünglichen Minimalvariante gekostet. Die Auskunftsperson Y. hatte gegenüber der Schätzungskommissioin am 24. August 2009 wie erwähnt allein für die Strassenerschliessung unter der Eisenbahnlinie hindurch mit Kosten von rund CHF 6.5 Mio. gerechnet. Dies hätte Erschliessungskosten von rund CHF 328.-/m^2 entsprochen.

Doch selbst wenn mit der Schätzungskommission «nur» von einem Betrag von Fr. 110.–/ m^2 für die Erschliessung ausgegangen wird, handelt es sich dabei für eine private Erschliessung um einen sehr hohen Betrag im Vergleich zu dem von den Gesuchstellern am 26. November 1987 bezahlten Quadratmeter-Preis von Fr. 460.–/m^2. Der entsprechende Aufwand lag somit nicht einfach auf der Hand.

9. Wo eine rechtlich gesicherte, ausführungsreife Erschliessungsplanung fehlt, bedeutet die faktische Unterschlossenheit eines Grundstückes, dass einer baldigen Überbauung erhebliche rechtliche Hindernisse entgegenstehen und die Realisierungswahrscheinlichkeit - u.U. selbst für bereits teilerschlossenes - Land verneint werden muss (Riva, Hauptfragen, S. 168). Denn in Fällen, in denen zunächst Planungsmassnahmen, Parzellarordnungsverfahren oder Erschliessungsanordnungen des Gemeinwesens nötig sind, auf deren Ausführung kein Anspruch besteht, muss im allgemeinen insbesondere die Annahme verneint werden, ein Areal hätte in naher Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit überbaut werden können, wie auch der Gutachter Rudolf Stüdeli (S. 34) betont. Es wäre mit der demokratischen Grundordnung der Gemeinden nicht vereinbar, wenn man voraussetzen wollte, die Stimmbürger würden den entsprechenden Antrag annehmen (BGE 108 Ib 349; A. Kuttler, ZBl 88/1987, S. 196). Im konkreten Fall bedeutete nach der Beurteilung des Gutachters Enrico Riva (S. 38) das Fehlen einer Erschliessungsplanung, dass einer sofortigen Überbauung des zu prüfenden Gebietes rechtliche Hindernisse entgegengestanden wären, wobei sich eine gleichsam einzelfallweise Erschliessung verbot, weil bei einem derartigen Vorgehen die öffentlichen Interessen nicht hinreichend hätten berücksichtigt werden können und weil eine ungeordnete Erschliessung unter Umständen die Überbauung negativ präjudiziert hätte. Es wäre darum aus rechtlichen Gründen nicht möglich gewesen, das Land aus eigener Kraft innert kurzer Zeit zu überbauen. Dass das nie behandelte Bauermittlungsgesuch von mehreren Erschliessungsphasen für eine solche private Erschliessung ausging, belegt zudem, wie aufwändig sie gewesen wäre, und sicher fehlte es an der Realisierungswahrscheinlichkeit in «naher Zukunft». Der Gutachter Riva (S. 82 f.) kommt überzeugend zum Schluss, dass es den Eigentümern möglicherweise

gelungen wäre, das Hindernis der Bahnlinie zu überwinden, doch mache die Stadt zu Recht die fehlende Koordination des geplanten Baus mit der damit zwingend verbundenen Anschlussplanung für die in der Kompetenz der Gemeinde liegenden Strassen geltend. Es sei deshalb zweifelhaft, ob das gleichsam künstlich verselbständigte Plangenehmigungsverfahren in dieser Form überhaupt hätte zu Ende geführt werden können. Absolut zwingend wäre jedoch eine öffentliche Erschliessungsplanung im Sinne von Art. 19 RPG gewesen. Jede Erschliessung des Teilgebietes Tellenmatt hätte nämlich die Erschliessung der Gimenen insgesamt präjudiziert. Nicht umsonst wehrten sich die Gesuchsteller für ihre bewusst für die Öffentlichkeit unbedenklicher gehaltene eigene Version der Amtsblattveröffentlichung des Plangenehmigungsverfahrens. Die Grundeigentümer waren klar auf die Mitwirkung des Gemeinwesens angewiesen, ohne dass diese gewährt oder nachweisbar in Aussicht gestellt worden wäre. Angesichts der Lage des Grundstücks, seines Erschliessungsstandes, der planerischen Situation aller von den Erben Gyr übernommenen Grundstücke im Gebiet Gimenen und der bereits geschilderten weiteren Umstände musste den Eigentümern die Ungewissheit jedes Bauvorhabens für die Tellenmatt bewusst sein.

10. a) Von den durch die Gesuchsteller im Enteignungsverfahren geltend gemachten Erschliessungs- bzw. Planungskosten in der Höhe von rund CHF 227'000.- hat die Schätzungskommission solche im Gesamtbetrag von CHF 157'700.70 anerkannt. Sie rechnete die nach Mitte 1991 (Bericht Stadtplanung 1991) getätigten Aufwendungen nicht an, da sie nicht mehr als im Vertrauen auf eine Einzonung erfolgt seien. Vielmehr hätten sie ab diesem Zeitpunkt der Abwehr einer in Aussicht stehenden Änderung der Zonenplanung gedient. Selbst bei grosszügiger Betrachtung könnten somit umgerechnet auf die Fläche von 19'795 m^2 maximal ca. CHF 8/m^2 als direkt mit der Erschliessung zusammenhängende Kosten bezeichnet werden.

(...)

b) Gestützt darauf ist zu den Vorbringen der Parteien festzustellen, dass im Wesentlichen lediglich Projektierungskosten entstanden sind, nicht zuletzt auch Aufwand für Rechtsberatungs- und andere Beraterhonorare. Abzugrenzen sind selbstverständlich Planungskosten, soweit sie für die Erschliessung der unterhalb der Baulinie gelegen Grundstücke anfielen. Zu messen ist der allenfalls in gutem Glauben getätigte Aufwand insbesondere an der Grösse des zu erschliessenden bzw. zu überbauenden Grundstücks (19'795 m^2). Abgesehen davon, dass gemäss dem Bundesgericht (Urteil 1A.41/2002, E. 4, in: ZBl 104/2003 S. 383, zitiert auch von Rudolf Kappeler, Die bundesgerichtliche Entschädigungspraxis bei materieller Enteignung infolge Bauverbotszonen, Zürich/St. Gallen 2007, Rz. 319) die Frage, ob ein Gesuchsteller mit der Leistung eines Betrages von Fr. 12'600.- ausreichend hohe Eigeninvestitionen «für Erschliessung und Überbauung» getätigt habe, schon «nur dort eine Rolle [spielt], wo der Boden nicht im weitgehend überbauten, sondern [nur] vom GKP erfassten Gebiet liegt und überbaubar oder groberschlossen ist» und es sich bei derartigen «Aufwendungen» jeweils nicht um blosse Planungs- und Projektierungskosten, sondern um Investitionen handeln muss, die baulich in Erscheinung treten, insbesondere getätigte Erschliessungkosten (BGE 125 II 431 E. 5b S. 437) - was hier beides nicht zutrifft -, so ist Folgendes festzustellen: Gemäss dem erwähnten Entscheid BGE 125 II 431, 437, kann z. B. ein Erschliessungsbeitrag in der Höhe von rund 25% des Kaufpreises ohne weiteres als erheblich gelten, wobei es um einen Betrag von Fr. 277'105.- ging, den das Bundesgericht auch absolut betrachtet als erheblich bezeichnete. Vorliegend geht es aber um auch vom Gericht anzuerkennende Erschliessungs- und Planungskosten in der Höhe von weit weniger, nämlich von Fr. 157'000.- bei einer kurz vorher getätigten Investition in das 19'795 m^2 umfassende Land in der Höhe von 9.1 Mio Franken. Dies ergibt umgerechnet auf die Fläche von 19'795 m^2 Erschliessungs- bzw. blosse Planungskosten von Fr. 8.–/m^2 auf einen Erwerbspreis von Fr. 460.–/m^2, d.h. einen prozentualen Anteil von 1.7 %, der sicher nicht als erhebliche, sondern höchstens als sehr moderate Aufwendung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezeichnet werden kann. Erst recht resultierte ein zu vernachlässigender Aufwand, würde mit der Stadt lediglich auf Aufwendungen von Fr. 70'983.95 abgestellt. Würden sogar alle von den Gesuchstellern geltend gemachten Erschliessungs- und Planungskosten berücksichtigt, ergäbe sich ebenfalls lediglich ein moderater Aufwand in der Höhe von Fr. 14.–/m^2 bzw. 3 %. Entgegen der Ansicht der Schätzungskommission und in Übereinstimmung mit dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid ist aus der

Sicht des Gerichts der Kaufpreis durchaus als relative Vergleichsgrösse mit heranzuziehen, nachdem der Landerwerb erst kurz vorher erfolgt ist. Mit der Stadt kann weiter festgestellt werden, dass in einem Fall wie diesem, wo eine Erschliessung von der Lage her offensichtlich mit besonders hohem Aufwand verbunden wäre, der getätigte Aufwand auch mit dem mutmasslichen Erschliessungsaufwand zu vergleichen ist. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint ein Aufwand im Gesamtbetrag von CHF 157'700.70 als sehr moderat.

11. a) Zu prüfen bleibt, ob andere besondere Umstände ersichtlich sind, die beim Grundeigentümer eine Vertrauensposition geschaffen haben und damit eine Einzonung geboten hätten. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. v.a. BGE 132 II 218 ff.) kann der Vorgeschichte einer Nutzungsplanfestsetzung ein solches Gewicht zukommen, dass sich daraus die begründete Erwartung einer Einweisung von Land in eine Bauzone ergibt (BGE 125 II 431 E. 6 S. 438; BGE 119 Ib 397 E. 6e S. 410; BGE 118 Ia 151 E. 5a S. 159). Namentlich die Erschliessungsplanung oder durchgeführte Baulandumlegungen vermögen das Vertrauen zu wecken, davon erfasstes Land werde im neu zu erlassenden Zonenplan der Bauzone zugewiesen. Auch wenn keine konkreten Zusicherungen vorliegen, die nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Pflicht zur Einzonung begründen, kann sich eine solche aus den der Nutzungsplanung vorangehenden besonderen Umständen herleiten (BGE 118 Ia 151 E. 5a S. 159). Aber auch die Vorgeschichte und der Vertrauensschutz verleihen einem Grundeigentümer - gleich wie eine vollständige Erschliessung - keinen unbedingten Anspruch auf Zuteilung seiner Parzelle zu einer RPG- konformen Bauzone (BGE 119 Ib 124 E. 4c/aa S. 136 f.; Urteil 1P.580/1994, E. 7c/cc, publ. in: ZBl 97/1996 S. 272). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt, dass die Verwirklichung der Raumplanungsgrundsätze Vorrang vor der Beständigkeit eines altrechtlichen Plans hat (BGE 118 Ia 151 E. 5c S. 160). Wesentlich ist zunächst, ob die Vorgeschichte eine Abfolge von Ereignissen umfasst, die auf die Einzonung des Gebietes ausgerichtet war (BGE 115 Ia 358 E. 3f/dd S. 361). Die Berufung auf Vertrauensschutzinteressen setzt weiter voraus, dass keine Kollision zum Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts - hier einer RPG-konformen Nutzungsplanung - absehbar war (vgl. BGE 125 II 431 E. 6 S. 439; BGE 119 Ib 229 E. 3d S. 236). Nicht zu überprüfen ist aber im Rahmen eines Verfahrens wegen materieller Enteignung, ob der Hoheitsakt, auf den die Entschädigungsforderung zurückgeführt wird, rechtmässig ist (BGE 118 Ib 241 E. 3b S. 245 mit Hinweisen). Immerhin kann sich bei der Beurteilung der besonderen Umstände die Frage stellen, ob eine RPG-konforme Nutzungsplanung die Nichteinzonung verlangte. Lässt die Vorgeschichte, die auf eine Einzonung ausgerichtet war, bei allen Beteiligten die entsprechende Erwartung entstehen, so hätten die für die Einzonung sprechenden Gesichtspunkte bei der erforderlichen gesamthaften Interessenabwägung überwiegen müssen (vgl. BGE 115 Ia 350 E. 3f/dd S. 357). Diesfalls ist die Frage, ob am massgebenden Stichtag mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer Überbauung hätte gerechnet werden dürfen, zu bejahen. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand von Umständen, die eine Vertrauensposition geschaffen haben, aufgrund welcher der Eigentümer am massgebenden Stichtag mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer aus eigener Kraft realisierbaren Überbauung rechnen durfte.

(...)

l) Im vorliegenden Fall wurde nach Überzeugung des Gerichts kein schutzwürdiges Vertrauen enttäuscht. Die Situation könnte am ehesten noch mit der im Enteignungsfall BGE 132 II 218, 231, vergleichsweise referierten Sachlage von BGE 117 Ib 497 (E. 7c betreffend Ersatz nutzlos gewordener Planungskosten) verglichen werden, wo die Grundeigentümer im Walliseller Gebiet Hörnligraben in Kenntnis der ungelösten, übergeordneten Erschliessungsproblematik einen privaten Quartierplan aufgestellt hatten. Das Bundesgericht hielt dazu aber fest, sogar die Mitwirkung der Gemeinde am Quartierplanverfahren sei nicht kausal für die Planungsarbeiten gewesen; aus ihrer Zustimmung zum Planwerk - wobei eine Zustimmung im Falle der Gesuchsteller eindeutig fehlt und auch nicht in guten Treuen angenommen werden kann - könne daher keine Verpflichtung zum Ausbau des übergeordneten Strassennetzes abgeleitet werden. Konnten die Gesuchsteller im massgeblichen Zeitpunkt aufgrund der Vorgeschichte nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer Überbauung ihrer Parzelle rechnen, erübrigt sich auch, abschliessend zu prüfen, ob die Nichteinzonung im Falle der Gesuchsteller zur Umsetzung der

Raumplanungsgrundsätze geboten war.

12. Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Entgegen der vom Verwaltungsgericht am 8. Januar 1998 vertretenen Auffassung, aber in Bestätigung seiner im Urteil V 2002/ 141 und 145 vom 30. November 2004 getroffenen Beurteilung stellt das Gericht fest, dass die Zuteilung der hier umstrittenen Parzelle der Gesuchsteller zur Landwirtschaftszone durch die Zonenplanung 94 nicht als Auszonung, sondern als Nichteinzonung zu qualifizieren ist. Die Konsequenz daraus ist, dass die Nichteinzonung grundsätzlich entschädigungslos zu dulden ist, auch wenn das Grundstück Nr. 1643 nach dem Zonenplan 82 überbaubar war.

Die Voraussetzungen, unter denen sich die Nichteinzonung im Falle der Gesuchsteller ausnahmsweise enteignungsähnlich auswirken könnte, sind nicht erfüllt. Das Grundstück muss wohl - obwohl nicht rechtsgültig erlassen - als von einem generellen Kanalisationsprojekt erfasst gelten, ist aber sonst weder grob noch fein erschlossen. Es befindet sich auch nicht in weitgehend überbautem Gebiet, sondern ist Teil eines markanten Grüngürtels, der die Stadt Zug vom Ortsteil Oberwil trennt, abgegrenzt durch die prägnante und bis heute bestehende Siedlungsbegrenzungslinie der SBB-Linie Zug-Arth-Goldau. Zudem konnten die Gesuchsteller in der massgebenden Zeitspanne keinesfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft mit einer zukünftigen besseren Nutzung - und sei es aus eigener Kraft - rechnen. Ebensowenig hatten sie aber für die Erschliessung und Überbauung ihres Landes schon erhebliche Kosten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgewendet, wobei diese Voraussetzungen in der Regel kumulativ erfüllt sein müssten. Ebensowenig hätte es die Vorgeschichte der Zonenplanung 1995 aus Gründen des Vertrauensschutzes geboten, das Grundstück 1643 einzuzonen. Zwar ist einzuräumen, dass die Gesuchsteller durch die Kaufsofferte, die der Regierungsrat seinerzeit in seinem und im Namen der Stadt Zug bei der Landis & Gyr Holding AG eingereicht hat, in ihrer Auffassung bestärkt wurden, dass die Grundstücke – trotz der damals bereits vorhandenen Anzeichen bezüglich einer Änderung der raumplanungsrechtlichen Situation, zumal aufgrund des kantonalen Richtplans – möglicherweise weiterhin in der Bauzone verbleiben würden. Trotz des von der Stadt gezeigten Interesses an ihren Erschliessungsvorschlägen wurden ihre Eingaben betreffend Bauermittlung und Baugesuch nie formell behandelt, ohne dass sie darauf gedrängt hätten oder aus dem Verhalten der städtischen Behörden und Verwaltung ein Anspruch aus Vertrauensschutz entstanden wäre. Bereits im Jahr 1989 und damit schon bald nach dem Erwerb der Liegenschaft mehrten sich die Anzeichen dafür, dass eine Überbauung des Bröchli und der Tellenmatt unsicher werden würde. Nach der deutlichen Annahme der Grünflächeninitiative im Juni 1990 und nach dem Erlass der Planungszone durch den Regierungsrat am 24. September 1990 war die rechtliche und tatsächliche Situation so eindeutig, dass alle weiteren Bemühungen zur Überbauung auch der Tellenmatt eigentlich nur noch der Verbesserung der Position in den zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten mit der Stadt Zug dienten. Die vom Gericht vorgenommene, notwendige Gesamtwürdigung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse ergibt, dass die Nichteinzonung sich hier nicht enteignungsähnlich auswirkte. Dies führt in diesen Punkten zur Gutheissung der Beschwerde V 2010 / 19 der Stadt Zug und zur Abweisung der Beschwerde V 2010/24 der Gesuchsteller.

13. Abgewiesen werden muss auch der von der Schätzungskommission zu Lasten der Stadtgemeinde Zug bejahte Anspruch auf Ersatz nutzlos gewordener Planungskosten in der von ihr errechneten Höhe von Fr. 157’700.70. Denn eine solche sich auf den früheren Art. 4 aBV bzw. auf Art. 9 BV abstützende Entschädigung kann nur unter qualifizierten Voraussetzungen in Frage kommen, wie sie gegeben sind, wenn in wohlerworbene Rechte eingegriffen, von ausdrücklichen Zusicherungen des Gesetzgebers abgewichen oder zur gezielten Verhinderung eines bestimmten Vorhabens, das verwirklicht werden könnte, in nicht voraussehbarer Weise eine Rechtsänderung beschlossen wird (vgl. BGE 108 Ib 352, 358). Diese Voraussetzungen sind vorliegend offensichtlich nicht erfüllt.

14. Das Verwaltungsgericht hat sich infolge der Verneinung der geltend gemachten materiellen Enteignung nicht zu der von der Schätzungskommission festgelegten Entschädigungshöhe auszusprechen. Damit erübrigen sich Ausführungen über das Quantitativ einer Entschädigung.

15. Nicht umstritten sind unter den Parteien die von der Schätzungskommission gestützt auf § 24 Abs. 3 VRG erhobenen Verfahrenskosten von Fr. 48’000.- zu Lasten der Einwohnergemeinde Zug und der Betrag der gestützt auf § 28 Abs. 4 VRG der Einwohnergemeinde Zug auferlegten Parteikosten in dem von der Schätzungskommission moderierten Betrag von Fr. 13’393.40 (inkl. Fr. 946.– MwSt). Zur Tragweite von § 24 Abs. 3 und § 28 Abs. 4 VRG im Verfahren vor der Schätzungskommission wird auf die gerichtliche Beurteilung in Erwägung 12 im Urteil vom 30. November 2004 (V 2002 / 141 und 145) verwiesen, an der festzuhalten ist.

16. Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht trägt die unterliegende Partei die Verfahrenskosten (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). In beiden Verfahren unterliegen die Gesuchsteller, weshalb ihnen die Kosten der beiden Verfahren V 2010 / 19 und 24 in Anwendung von § 1 Abs. 2 und 3 der Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12) in der Höhe von insgesamt Fr. 20’000.– aufzuerlegen sind. Der Schätzungskommission können keine Kosten auferlegt werden (§ 24 Abs. 1 VRG). Auf die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Stadt Zug wird verzichtet, da diese nicht anwaltlich vertreten war.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. März 2012 V 2010 19, 24

Das Bundesgericht wies die von X. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil vom 16. Januar 2013 ab.

1.1.3 Steuerrecht

Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG, § 20 Abs. 1 lit. b StG, § 7 VV StG
Regeste:

Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG, § 20 Abs. 1 lit. b StG, § 7 VV StG - Leben zwei Personen in einer 5.5 Zimmer-Wohnung, so kommt ein Unternutzungsabzug ausnahmsweise in Betracht, wenn eines oder mehrere Zimmer praktisch leer stehen und weder als Lagerraum (z. B. für Möbel) noch als Besucherzimmer zur Verfügung stehen (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

Am 7. Dezember 2011 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug die Veranlagung für die Kantons- und Gemeindesteuern sowie die direkte Bundessteuer für X. und Y. für das Steuerjahr 2010. Sie setzte dabei das im Kanton Zug steuerbare Einkommen auf Fr. 170’900.- und das bei der direkten Bundessteuer satzbestimmende Einkommen auf Fr. 177’800.- fest. Gegen diese Veranlagung liessen X. und Y. Einsprache einreichen und beantragen, es sei beim Eigenmietwert ein Unternutzungsabzug von zwei Zimmern festzusetzen. Mit Entscheid vom 3. Juli 2012 wies die Rechtsmittelkommission der Steuerverwaltung die Einsprache ab. Gegen diesen Einspracheentscheid liessen X. und Y. am 10. August 2012 Rekurs einreichen und einen Unternutzungsabzug beantragen. Zur Begründung lassen sie ausführen, beim fraglichen Wohnobjekt handle es sich um ein Haus und nicht um eine Wohnung, wobei die 5.5 Zimmer grundsätzlich zur Geltendmachung des Unternutzungsabzuges berechtigen würden. Die Steuerpflichtigen hätten das Objekt im Herbst 19.. erworben. Sohn A. und B. würden bereits seit 10 Jahren nicht mehr in Zug wohnen, die Tochter C, welche bis Ende 2010 in Zug gemeldet gewesen sei, halte sich seit acht Jahren zu Studienzwecken im Ausland auf. Weiter lassen die Steuerpflichtigen ausführen, sie hätten in dem unternutzten Objekt weder ein Arbeitszimmer (Pensionierung) noch einen Bastelraum. Es werde weder untervermietet noch seien Lagerräume eingerichtet worden. Es werde auch nur ein Unternutzungsabzug für zwei und nicht für drei Zimmer geltend gemacht. Mit Vernehmlassung vom 6. September 2012 beantragt die Rechtsmittelkommission der Steuerverwaltung die Abweisung des Rekurses, soweit auf ihn einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG sind die Erträge aus unbeweglichem Vermögen steuerbar, insbesondere der Mietwert von Liegenschaften oder Liegenschaftsteilen, die dem Steuerpflichtigen aufgrund von Eigentum oder eines unentgeltlichen Nutzungsrechts, für den Eigengebrauch zur Verfügung stehen. Die Festsetzung des Eigenmietwerts erfolgt unter Berücksichtigung der ortsüblichen Verhältnisse und der tatsächlichen Nutzung der am Wohnsitz selbst bewohnten Liegenschaft (Art. 21 Abs. 2 DBG). Das kantonale Recht enthält in § 20 StG wörtlich identische Bestimmungen. In § 20 Abs. 2 Satz 2 StG erhält der Regierungsrat die Kompetenz zur näheren Regelung der Voraussetzungen für die Festsetzung des Eigenmietwerts, wobei der Eigenmietwert auf das zulässige Minimum festzusetzen ist. Paragraph 7 der Verordnung zum Steuergesetz vom 30. Januar 2001 (VV StG, BGS 632.11) enthält Regeln zum Unternutzungsabzug. Er bestimmt in Absatz 1, dass bei einer am Wohnsitz selbstbewohnten Liegenschaft oder einem Teil davon der Marktmietwert infolge dauernder Unternutzung reduziert wird. Voraussetzung ist einerseits ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Wohnungsgrösse und der die Wohnung nutzenden Person sowie andererseits das Bestehen einer effektiven Unternutzung. Der Anspruch auf Reduktion des Marktmietwerts setzt kumulativ voraus: a) Mindestgrösse der Wohnung: 5 Zimmer; b) Verzicht auf jegliche Nutzung der entsprechenden Zimmer (auch nicht als Lagerräume); c) Verminderung der bisherigen Wohnbedürfnisse (§ 7 Abs. 2 VV StG).

a) Das Bundesgericht hat sich in einem neueren Entscheid (Urteil vom 7. Juli 2009 2C_87/2009) sehr ausführlich mit Sinn und Zweck des Unternutzungsabzuges auseinandergesetzt und in Erw. 2.2 - 2.7 unter anderem Folgendes ausgeführt (der Entscheid wird im Folgenden in weiten Teilen wörtlich zitiert, ohne dass alle weiterführenden Hinweise des Bundesgerichts aufgeführt werden):

(...)

c) Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte, den Regelungszweck und die Gesetzessystematik der hier massgeblichen Bestimmung hat die Eidgenössische Steuerverwaltung am 7. Juli 1994 ein Rundschreiben verfasst, das im Einklang mit der Lehre wesentliche Richtlinien für die verfassungs- und gesetzesgerechte Auslegung von Art. 21 Abs. 2 DBG enthält:

– Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung geht hervor, dass der Abzug nur für das am Wohnsitz selbstgenutzte Eigentum in Frage kommt, nicht aber für Zweit- bzw. Ferienwohnungen. Gemeint ist also nicht die zeitliche, sondern die raummässige Unternutzung.

– Weiter geht es um eine Unternutzung, wie sie modellhaft dann eintritt, wenn die Kinder aus dem Eigenheim der alternden Eltern ausgezogen sind. Die Raumreserve beruht somit auf Gründen, auf welche die steuerpflichtige Person nicht direkt Einfluss hat. Das kann gegebenenfalls auch die tatsächliche Trennung oder der Tod des Ehepartners sein. Das Problem des im Alter überdimensionierten Wohnraums stellt sich insbesondere bei voll eigenfinanzierten Häusern, wenn der Eigenmietwert marktbedingt steigt, während die verfügbaren Geldmittel gleich bleiben oder sogar abnehmen.

– Der Unternutzungsabzug setzt weiter voraus, dass einzelne Räume tatsächlich und dauernd nicht benützt werden: Das Erfordernis einer effektiven Unternutzung steht im Einklang mit dem Prinzip, dass nur eine solche Nutzung zu Einkommen führen kann, welche auch in Wirklichkeit besteht. Es ist aber am Steuerpflichtigen nachzuweisen, dass eine Unternutzung vorliegt. Ein nur weniger intensiver Gebrauch berechtigt nicht zum Einschlag, z. B. wenn Räume - selbst nur gelegentlich - als Gäste- oder Arbeitszimmer bzw. Bastelraum verwendet werden; wie bei einem wenig benützten Ferienhaus oder einer Zeitwohnung ist in solchen Fällen der ungekürzte Mietwert steuerbar. Es wird aber nicht verlangt, dass die Räume leer wären. Als Erfahrungstatsache ist zu berücksichtigen, dass gutsituierte Pflichtige in der Regel höhere Erwartungen an den Wohnkomfort haben und deshalb mehr Raum beanspruchen als Personen in engen finanziellen Verhältnissen. Weiter ist zu beachten, dass sich der Wohnbedarf

nach einer Verkleinerung des Haushaltes oft ausdehnt; erfahrungsgemäss wird so viel Platz gebraucht, wie vorhanden ist.

d) Gegen den Unternutzungsabzug wird indessen aus bodenpolitischer Sicht grundsätzlich eingewendet, dass er nicht den haushälterischen Umgang mit Wohnraum fördert. In die gleiche Richtung wirkt sich der Umstand aus, dass das Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, SR 642.14) keine dem Art. 21 Abs. 2 DBG entsprechende Regelung enthält und nur wenige Kantone einen Unternutzungsabzug für die kantonalen Steuern kennen. Vorbehalte gelten je nachdem sogar für den bei den parlamentarischen Beratungen diskutierten Modellfall älterer Eigentümer: Haben sie ihr Eigenheim schon in jungen Jahren unter hoher Verschuldung gekauft und bis ins Alter amortisiert, so stehen sie oft nicht schlechter da als Pflichtige, die ihre Ersparnisse angelegt, die Zinserträge laufend versteuert und über all die Jahre einen - steuerlich nicht absetzbaren - Mietzins bezahlt haben. Aus all diesen Gründen würdigt die Lehre Art. 21 Abs. 2 DBG kritisch und empfiehlt eine (sehr) restriktive Handhabung.

3. Diese im Detail wiedergegebene Praxis des Bundesgerichts ist nun auf den vorliegenden Fall anzuwenden:

a) Gemäss den Angaben in der Steuererklärung haben die Rekurrenten das im Jahr 19.. erbaute Einfamilienhaus an der . . .strasse in K. im Herbst 19. . . für einen Kaufpreis von Fr. 1’250’000.- gekauft. Sie bezogen dieses zusammen mit ihren drei Kindern . . .. . Bis Ende 2010 hatten alle Kinder das Haus der Rekurrenten verlassen und sind nicht mehr in Zug wohnhaft. Die Tochter C., die bis Ende 2010 noch in Zug offiziell gemeldet war, hatte sich zu Ausbildungszwecken faktisch ebenfalls bereits seit acht Jahren im Ausland aufgehalten und besuchte die Eltern nur noch ferienhalber. Aus der Steuererklärung für das Jahr 2010 ergibt sich, dass die Rekurrentin Y. unter dem Titel «Berufsauslagen» einen Abzug von Fr. 4’000.- für ein Büro zuhause geltend machte, der ihr gemäss Veranlagungsentscheid vom 7. Dezember 2011 auch gewährt wurde. Weiter ergibt sich, dass die Rekurrenten im Jahr 2010 gemäss Steuererklärung über ein Einkommen (ohne Eigenmietwert) von Fr. 219’617.- und ein Reinvermögen von Fr. 1’028’187.- verfügten. Ebenfalls waren sie in der Lage, per 31. August 2010 eine Festhypothek im Betrag von Fr. 300’000.- zurückzuzahlen. Man darf daher bei der Beurteilung des vorliegenden Rekurses davon ausgehen, dass die Rekurrenten sich in guten finanziellen Verhältnissen befinden. Weiter zu beachten ist, dass der Eigenmietwert gegenüber dem nur etwa 10 % ausmacht. Wir haben es hier somit mit einem Modell-, aber keineswegs mit einem Härtefall im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu tun.

b) Nach der Gerichtspraxis wird eine Unternutzung in der Regel abgelehnt, wenn eine Person in normalen bis guten finanziellen Verhältnissen vier Zimmer bewohnt. Wenn zwei Personen ein «Normaleinfamilienhaus» mit vier bis sechs Zimmern oder eine entsprechende Eigentumswohnung bewohnen, so ist ein Unternutzungsabzug im Regelfall ebenfalls ausgeschlossen (vgl. hierzu Richner / Frei / Kaufmann / Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Auflage, Art. 21 N 101; Agner / Degeronimo / Neuhaus / Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Ergänzungsband, S. 91). Im vorliegenden Fall bewohnten die Rekurrenten bis Ende 2010 mit der damals offiziell noch in Zug gemeldeten Tochter eine 5.5-Zimmerwohnung. Auch wenn sich die Tochter mehrheitlich im Ausland aufhielt, wird nicht bestritten, dass sie zwischendurch zu Besuch in Zug weilte. Ein Zimmer stand zudem als Arbeitszimmer für die Berufstätigkeit der Rekurrentin zur Verfügung, was bei den Steuern mit einem Abzug von Fr. 4’000.- berücksichtigt wurde (Formular BA der Steuererklärung 2010). Angesichts dieser Umstände kann nicht von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen der Wohnungsgrösse und der die Wohnung nutzenden Personen im Sinne von § 7 Abs. 1 VV StG gesprochen werden.

c) Ob eine behauptete Unternutzung glaubhaft erscheint, ist durch eine objektive Würdigung der massgebenden Verhältnisse zu entscheiden. Als Erfahrungstatsache ist dabei zu berücksichtigen, dass der gut situierte Steuerpflichtige in der Regel höhere Ansprüche an den Wohnkomfort stellt und mehr Wohnraum beansprucht als ein Steuerpflichtiger in engeren finanziellen Verhältnissen. Zu beachten ist weiter, dass sich der Wohnbedarf der in einem Einfamilienhaus oder in einer Wohnung nach der

Verkleinerung des Haushalts verbleibenden Personen häufig auf die frei gewordenen Räume ausdehnt, was sich auch im Umstand zeigt, dass Mieter ihre Mietwohnungen mit vier oder mehr Zimmern regelmässig nicht aufgeben, auch wenn sich der Haushalt wegen Wegzugs der Kinder verkleinert hat (Peter Locher, Kommentar zum DBG, Art. 21, Rz 73). Für den vorliegenden Fall ergibt sich Folgendes: bis Ende 2010 waren mit der Wohnadresse . . .strasse in K. offiziell drei Personen gemeldet. Zudem wurde eines der fünf Zimmer noch als Arbeitszimmer benutzt, so dass die Voraussetzungen für einen Unternutzungsabzug offensichtlich nicht gegeben sind. Solange zwei Personen in einer 5.5 Zimmer-Wohnung wohnen, kommt ein Unternutzungsabzug nur ausnahmsweise in Betracht und zwar dann, wenn eines oder mehrere Zimmer praktisch leer stehen und weder als Lagerraum (z. B. für Möbel) noch als Besucherzimmer (auch nicht gelegentlich) zur Verfügung stehen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2012 A 2012 / 19

Art. 132 Abs. 1 StG; Art. 132 Abs. 1 DBG; §§ 10 und 21 VRG
Regeste:

Art. 132 Abs. 1 StG; Art. 132 Abs. 1 DBG; §§ 10 und 21 VRG - Wird ein eingeschrieben zugestellter Veranlagungsentscheid von den Steuerpflichtigen trotz einer Abholungseinladung durch die Post nicht abgeholt, beginnt die Rechtsmittelfrist am letzten Tag der siebentätigen Abholungsfrist zu laufen (Zustellfiktion). Ein trotz angeblich gewährter Fristerstreckung zugestellter Veranlagungsentscheid ist nicht nichtig, sondern anfechtbar.

Aus dem Sachverhalt:

Mit eingeschriebenem Brief vom 28. November 2011 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug gegenüber dem Ehepaar A. und B. die Veranlagung für die Kantonssteuer und die Direkte Bundessteuer 2010 nach Ermessen. Der Ermessensveranlagungsentscheid wurde in der Folge von den Steuerpflichtigen nicht abgeholt und deshalb am 5. Dezember 2011 von der Post wieder an die Steuerverwaltung zurückgesandt. Am 25. Januar 2012 reichten A. und B. die Steuererklärung 2010 ein, welche die kantonale Steuerverwaltung aufgrund der für die Veranlagung nach Ermessen vom 28. November 2011 geltenden Zustellfiktion als «Einsprache» behandelte. Mit Einspracheentscheid vom 8. Februar 2012 trat die Rechtsmittelkommission der Steuerverwaltung auf die Einsprache mit der Begründung nicht ein, sie sei zu spät erfolgt. Mit Schreiben vom 9. März 2012 erhoben A. und B. gegen diesen Einspracheentscheid Rekurs und beantragen sinngemäss die Aufhebung der Veranlagung nach Ermessen. Zur Begründung führten sie an, es sei wohl richtig, dass sie es anfangs Dezember 2011 verpasst hätten, den Einschreibebrief abzuholen. Dies habe damit zu tun, dass sie in dieser Zeit von C. nach D. umgezogen seien. Man habe erst mit Schreiben vom 8. Februar 2012 erfahren, dass man im November 2011 eingeschätzt worden sei. Es sei nie ihre Absicht gewesen, die Steuererklärung verspätet einzureichen. Weil sie anfangs November 2011 realisiert hätten, dass sie die Steuererklärung wegen des bevorstehenden Umzugs nicht hinkriegen würden, hätten sie telefonisch um eine Fristverlängerung zur Einreichung der Steuererklärung gebeten, welche ihnen auch gewährt worden sei. Im Computer-System der Steuerverwaltung sei dies vermerkt, wobei die Fristerstreckung angeblich nur bis Ende November 2011 gegolten haben solle. Ihrer Meinung nach sei die Fristerstreckung bis Ende Dezember 2011 bewilligt worden. So oder so habe aber zum Zeitpunkt der Einschätzung am 28. November 2011 eine Fristerstreckung bestanden. Man erachte daher die Einschätzung der Steuerbehörde zum damaligen Zeitpunkt als nicht korrekt. Mit Vernehmlassung vom 16. März 2012 beantragt die Rechtsmittelkommission der kantonalen Steuerverwaltung die Abweisung des Rekurses. Zur Begründung wird zusammengefasst angeführt, die Veranlagung nach Ermessen vom 28. November 2011 sei infolge Annahmeverweigerung am 5. Dezember 2011 wieder an die Steuerverwaltung zurückgeschickt worden. Der Einwand der Rekurrenten, welche sich darauf berufen würden, sie hätten es versäumt, die Verfügung abzuholen, sei unbehelflich, da in diesem Fall die Zustellungsfiktion greife. Im Weiteren sei anzufügen, dass die Rekurrenten gemäss eigenen Ausführungen im Rekursschreiben Mitte Dezember 2011 bei der Steuerverwaltung angerufen hätten. Somit hätten sie spätestens zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von der

erfolgten Veranlagung 2010 nach Ermessen gehabt und rechtzeitig Einsprache erheben können. Die vereinbarte Frist der telefonisch gewährten Fristerstreckung könne nicht zweifelsfrei eruiert werden. Schriftlich seien die Rekurrenten letztmals am 4. November 2011 zur Einreichung der Steuererklärung 2010 gemahnt worden, wobei eine Frist von 20 Tagen gewährt worden sei. Eine allfällig zum Zeitpunkt der Veranlagung am 28. November 2011 noch laufende, mündlich vereinbarte Frist vermöge ohnehin nichts an der rechtsgültigen Zustellung der Veranlagung 2010 nach Ermessen und der Nichteinhaltung der Einsprachefrist zu verändern.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. a) Gemäss § 132 Abs. 1 StG bzw. Art. 132 Abs. 1 DBG kann die steuerpflichtige Person gegen die Veranlagungsverfügung innert 30 Tagen schriftlich Einsprache bei der kantonalen Steuerverwaltung erheben. Im Verwaltungsrecht beginnen Fristen, die durch eine behördliche Mitteilung ausgelöst werden, normalerweise ab der Zustellung zu laufen, wobei der Tag der Eröffnung nicht mitgezählt wird (§ 10 Abs. 1 VRG). Nach § 21 Abs. 1 VRG lässt die Behörde ihre Entscheide durch die Post zustellen. Eine Postsendung gilt grundsätzlich in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem der Adressat sie tatsächlich in Empfang nimmt. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine behördliche Sendung nicht erst dann als zugestellt, wenn der an einem hängigen Verfahren beteiligte Adressat sie tatsächlich in Empfang genommen hat, sondern es genügt, dass sie in seinen Machtbereich gelangt und er sie demzufolge zur Kenntnis nehmen kann. Wird der Empfänger einer eingeschriebenen Briefpostsendung oder Gerichtsurkunde nicht angetroffen und wird daher gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen «Postdienstleistungen» der Post vom April 2009 (AGB Post) eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten (Ziff. 2.3.7 a AGB Post) oder in sein Postfach gelegt, so wird die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt betrachtet, in dem sie auf der Poststelle abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist von sieben Tagen (Ziff. 2.3.7 b AGB Post), so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt. Ein allfälliger zweiter Versand oder eine beispielsweise mit der Post vereinbarte (Ziff. 2.3.7 c AGB Post) spätere Entgegennahme der Sendung vermögen an diesem Ergebnis - unter Vorbehalt des verfassungsmässigen Rechts auf Vertrauensschutz - nichts zu ändern und sind rechtlich unbeachtlich (vgl. BGE 119 V 94, 127 I 31). Diese Zustellfiktion rechtfertigt sich, weil die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dafür zu sorgen haben, dass behördliche Akte sie erreichen können. Diese Pflicht entsteht mithin als prozessuale Pflicht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (vgl. GVP 2003, 333; BGE 123 III 492, 120 III 3, 119 V 94 Erw. 4b/aa). Damit soll verhindert werden, dass der Betroffene eine Zustellung durch Untätigkeit vereiteln kann (fingierte Zustellung).

b) Die siebentägige Abholungsfrist ist wie erwähnt als Grundsatz, von dem abweichende Abmachungen zulässig sind, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Post vorgesehen und damit allgemein bekannt. Sie ist nach der Rechtsprechung auf die Frage, wann eine Sendung als zugestellt gilt, anwendbar. Die Frist bis zum Eintreten der Zustellfiktion wird deshalb nicht verlängert, wenn ein Abholen nach den anwendbaren Bestimmungen der Post auch noch länger möglich ist, etwa in Folge eines Zurückbehaltungsauftrags (BGE 123 III 492 E. 1), d.h. die durch die Rechtsprechung entwickelte Siebentagefrist für die Auslösung der Zustellfiktion ist von der postalischen Abholfrist zu unterscheiden. Auch andere Abmachungen mit der Post können den Eintritt der Zustellfiktion nicht hinausschieben. Für die Festlegung des Zeitpunkts der Zustellfiktion ist aus Gründen der Rechtssicherheit eine klare, einfache und vor allem einheitliche Regelung notwendig. Aus diesem Grund tritt die Zustellfiktion immer sieben Tage nach dem erfolglosen Zustellungsversuch ein. Dies gilt sogar auch dann, wenn der letzte Tag der siebentägigen Frist auf einen Samstag oder einen anerkannten Feiertag fällt, d.h. aufgrund der Zustellfiktion beginnt an diesem Tag zugleich die Rechtsmittelfrist zu laufen. Der Zeitpunkt der Zustellfiktion ist immer erkennbar, da die sieben Tage mit dem erfolglosen Zustellversuch beginnen, dessen Datum auf der Abholungseinladung erscheint (BGE 127 I 31 E. 2). Im Gegensatz zur Berechnung

der Rechtsmittelfrist ist also bei der siebentägigen Abholfrist der Tag der versuchten Zustellung mitzuzählen. Der erste Tag der für die Zustellung des Entscheides massgebenden Abholfrist ist somit in der Regel der Tag nach der Postaufgabe (BGE 123 III 492 E. 1).

c) Die Rekurrenten machen vorliegend sinngemäss geltend, sie hätten es verpasst, den eingeschriebenen Brief abzuholen und hätten deshalb von der Veranlagung nach Ermessen vom 28. November 2011 erst am 8. Februar 2012 erfahren. Die am 25. Januar 2012 eingereichte Steuererklärung sei deshalb rechtzeitig erfolgt. Nach Angaben der Schweizerischen Post sind diese Ausführungen jedoch nicht zutreffend. Gemäss Auskunft der Post «Track & Trace» vom 7. Februar 2012 wurde nämlich die Veranlagung nach Ermessen den Rekurrenten am 3. Dezember 2011 zugestellt und infolge Weigerung der Annahme am 5. Dezember 2011 wieder an die Rekursgegnerin retourniert. Es erübrigt sich hinsichtlich des Sachverhaltes ein Beweisverfahren durchzuführen, da die divergierenden Angaben auf die Beurteilung der vorliegenden Rechtsfrage keinen Einfluss haben. Auch wenn man den Ausführungen der Rekurrenten folgen würde, ändert dies nichts am Umstand, dass sie es verpasst haben, gegen die Ermessensveranlagung rechtzeitig Einsprache zu erheben, wodurch diese in Rechtskraft erwachsen ist. Aufgrund der bereits erfolgten Mahnungen wussten die Rekurrenten, dass sie sich in einem Verfahren betreffend Kantons- und Direkte Bundessteuer 2010 befanden und diesbezüglich jederzeit mit einem Entscheid der Rekursgegnerin rechnen mussten. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hatten sie dementsprechend dafür zu sorgen, dass behördliche Akte sie erreichen konnten. Die Ermessensveranlagung vom 28. November 2011 wurde als eingeschriebene Postsendung versandt und am 29. November 2011 zur Abholung gemeldet. Somit begann in Anwendung der Zustellfiktion die Rechtsmittelfrist am 5. Dezember 2011 zu laufen und endete am 3. Januar 2012. Die Einreichung der Steuererklärung am 25. Januar 2012 erfolgte demnach klar nach Ablauf der dreissigtägigen Rechtsmittelfrist. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man den Angaben der Schweizerischen Post folgt. In diesem Fall begann die Rechtsmittelfrist sogar noch früher, nämlich bereits nach der Weigerung der Annahme der Postsendung, zu laufen, da sie bereits zu diesem Zeitpunkt in den Machtbereich der Rekurrenten hätte gelangen können.

d) Bezüglich ihrer verspäteten Eingabe machen die Rekurrenten geltend, es sei ihnen von der Steuerverwaltung telefonisch eine Fristverlängerung bis Ende Dezember 2011 gewährt worden. Im Computer-System der Steuerverwaltung sei dies vermerkt, wie Herr X. von der Steuerverwaltung telefonisch bestätigt habe. Die Rekursgegnerin bestreitet eine solche Fristerstreckung. Auch hier erübrigen sich weitere Abklärungen, ob und bis zu welchem Zeitpunkt die telefonische Fristverlängerung genau gewährt wurde, da dies auf den Ausgang dieses Verfahrens ebenfalls keinen Einfluss hat. Selbst wenn man annehmen würde, es sei telefonisch eine Frist bis Ende Dezember 2011 gewährt worden, ist die Ermessensveranlagung trotzdem nicht nichtig und durch die Nichtanfechtung in Rechtskraft erwachsen, da fehlerhafte Verwaltungsentscheide im Allgemeinen nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar sind. Sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig. Nur in seltenen Fällen gelten Verwaltungsverfügungen als nichtig. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (wie z. B. der Umstand, dass der Betroffene keine Gelegenheit hatte, am Verfahren teilzunehmen; das Fehlen der gesetzlich vorgeschriebenen Form der Eröffnung) sowie funktionelle oder sachliche Unzuständigkeit (vgl. hierzu Richner, Frei, Kaufmann, Meuter, Handkommentar zum DBG, Art. 116 N 52 ff.). Vorliegend liegt kein solcher Nichtigkeitsgrund vor, da die Steuerbehörde sowohl sachlich als auch funktionell zuständig war und die Rekurrenten, indem sie bereits mehrfach zur Einreichung einer Steuererklärung gemahnt wurden, sehr wohl Gelegenheit hatten, am Verfahren teilzunehmen. Wenn man also von einer fehlerhaften Verfügung ausginge, so wäre diese lediglich anfechtbar und durch die Nichtanfechtung in Rechtskraft erwachsen. Diese Nichtanfechtung ist auch einzig den Rekurrenten anzulasten (vgl. hierzu Ziff. 2 lit. c). Anzufügen bleibt, dass die Rekurrenten die rechtzeitige Einreichung der Steuererklärung auch bei einer allfällig erfolgten Fristverlängerung bis Ende Dezember 2011 durch die Eingabe am 25. Januar 2012 ohnehin klar verpasst hätten. Zudem wurden sie eigenen Angaben zufolge bereits Mitte Dezember mündlich über die erfolgte Zustellung der Veranlagung informiert.

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Rekurrenten die 30tägige Rechtsmittelfrist, mit der sie die

Ermessensveranlagung mittels Einsprache hätten anfechten müssen, deutlich versäumt haben, weshalb die Vorinstanz zu Recht nicht auf die verspätete Eingabe eingetreten ist. Der Rekurs muss daher vollumfänglich abgewiesen werden. Die Kosten des Rekursverfahrens werden in Anwendung von § 120 Abs. 1 StG bzw. Art. 144 Abs. 1 DBG den Rekurrenten auferlegt.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. Mai 2012 A 2012 6

§§ 137 Abs. 3 und 196 Abs. 1 StG
Regeste:

§§ 137 Abs. 3 und 196 Abs. 1 StG - Wertvermehrende Aufwendungen an Grundstücken können nur berücksichtigt werden, wenn die Grundstücke bzw. Grundstücksbestandteile im Zeitpunkt des Verkaufes noch vorhanden waren und damit Grundlage für die Kaufpreisgestaltung gebildet haben (Erw. 2 und 3). Dem Rückzug eines Rekurses wird nach Anzeige einer «reformatio in peius» durch die Rekursinstanz keine Folge gegeben, wenn Gründe zur Annahme bestehen, dass der angefochtene Einspracheentscheid unrichtig ist (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Kaufvertrag vom 22. Dezember 2010 verkaufte X. Y. dem Konsortium Z. AG das Grundstück GS Nr. 000 mit einer Fläche von 1'445 m^2 zu einem Kaufpreis von Fr. 1'314'950.-. Am 17. Juni 2011 reichte X.Y. bei der Einwohnergemeinde L. die Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer ein. Dabei machte er Erwerbs- und Anlagekosten von Fr. 346'026.- geltend, was aus seiner Sicht einen Grundstückgewinn von Fr. 968'924.- ergab. Am 5. bzw. 12. Juli 2011 setzte die Grundstückgewinnsteuerkommission L. den Grundstückgewinn auf Fr. 1'019'534.- fest. Bei den Anlagekosten akzeptierte sie unter anderem einen Erwerbspreis von Fr. 225'305.-, die anteilsmässigen Kosten für den Kauf einer Strassenparzelle im Jahr 1992 von Fr. 18'268.-, Handänderungsabgaben beim Erwerb von Fr. 1'350.- und wertvermehrende Aufwendungen von Fr. 50'493.-. Bei den wertvermehrenden Aufwendungen akzeptierte die Kommission pauschal 50 % der geltend gemachten Aufwendungen. Gegen diese Veranlagung liess X.Y. am 15. Juli 2011 Einsprache einreichen und beantragen, die mit Belegen nachgewiesenen wertvermehrenden Aufwendungen von total Fr. 100'986.- seien mit einem Anteil von 75 % als wertvermehrend zu qualifizieren. Mit Entscheid vom 29. September 2011 wies die Grundstückgewinnsteuerkommission die Einsprache ab. Gegen diesen Einspracheentscheid liess X.Y. am 28. Oktober 2011 Rekurs einreichen und beantragen, der Einspracheentscheid sei teilweise aufzuheben und es sei festzustellen, dass die geltend gemachten Aufwendungen im Umfang von 75% als wertvermehrende Aufwendungen anzuerkennen seien. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur erneuten Beurteilung zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz. Mit Vernehmlassung vom 31. Januar 2012 beantragte die Grundstückgewinnsteuerkommission die Abweisung des Rekurses und die Bestätigung ihres Entscheides unter entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung ihres Antrages führte die Kommission unter anderem aus, es sei unbestritten, dass es sich bei dem fraglichen Objekt um eine Altliegenschaft handle, deren Gebäude abgebrannt seien, bevor sie neu hätten genutzt werden können. Daher sei weder eine Besichtigung noch eine Schätzung möglich, sondern es sei auf die allgemeinen Bewertungsgrundsätze, insbesondere die Bewertungstabellen der Kantonalen Steuerverwaltung abzustellen, was auch der stetigen Praxis der Kommission und des Verwaltungsgerichts entspreche.

Am 1. Mai 2012 wurde der Rekurs im Rahmen einer ersten Lesung beraten. Weil das Gericht zum Schluss kam, dass die Veranlagung zum Nachteil des Rekurrenten abgeändert werden müsste, wurde diesem mit Schreiben vom 1. Mai 2012 Gelegenheit gegeben, zu den entsprechenden Erwägungen des Gerichts Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 19. Juni 2012 lässt der Rekurrent beantragen, das Verfahren sei zufolge Rückzugs als gegenstandslos abzuschreiben, eventualiter sei der Rekurs unter Kostenfolge zu Lasten des Rekurrenten abzuweisen und auf eine Abänderung der Veranlagung zum Nachteil des Rekurrenten sei zu verzichten.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss § 189 StG unterliegen der Grundstückgewinnsteuer die Gewinne, die aus der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens oder von Anteilen an solchen erzielt werden. Grundstückgewinn ist der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) übersteigt (§ 193 Abs. 1 StG). Massgebend für die Berechnung des Gewinns und der Besitzesdauer ist die letzte steuerpflichtige Handänderung, die überdies keinen Anspruch auf Steueraufschub gab (§ 193 Abs. 2 StG). Als Aufwendungen anrechenbar sind im Sinne von § 196 Abs. 1 lit. a StG Aufwendungen für Bauten, Umbauten, Meliorationen, Erschliessungskosten sowie Aufwendungen, die zu einer dauernden und wertvermehrenden Verbesserung des Grundstückes führen. Aufwendungen, die bei der Einkommenssteuer als Abzüge oder Aufwand zu berücksichtigen sind, gelten nicht als anrechenbar. Anrechenbar sind zudem nur die in der massgebenden Besitzesdauer gemachten Aufwendungen (§ 196 Abs. 4 StG). Dem Charakter der Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer entspricht der Grundsatz, dass jede Veräusserung einen eigenständigen Steuertatbestand darstellt (Prinzip der gesonderten Gewinnermittlung). Werden zu verschiedenen Zeiten erworbene Grundstücke oder Anteile von solchen zusammen veräussert, ist der Gewinn von jedem Grundstück und jedem Anteil gesondert zu ermitteln (§ 197 StG). Dies bedeutet, dass die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) jedem Grundstück durch entsprechende Aufteilung einzeln zuzurechnen sind.

b) Bei der Gewinnberechnung ist sodann das Prinzip der vergleichbaren Verhältnisse zu beachten. Der Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse verlangt, dass sich Erlös und Anlagewert in der Regel auf das umfänglich und inhaltlich gleiche Grundstück beziehen. Hat sich dessen tatsächliche oder rechtliche Beschaffenheit während der massgebenden Besitzesdauer geändert, so sind durch Zu- oder Abrechnungen vergleichbare Verhältnisse herzustellen (Reimann/Zuppinger/Schärer, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4.Bd., Bern 1966, § 164 N 5). Verletzt ist der Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse etwa dann, wenn Aufwendungen für Bauten den Anlagekosten zugerechnet werden, die am Tag der Handänderung, d.h. beim Eigentumsübergang, nicht mehr vorhanden sind (vgl. hierzu Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. April 1999, in: StE 2000, B 44.1 Nr. 7 Erw. 2a). Als Bezugspunkt für die Definition der vergleichbaren Verhältnisse gilt jener Zustand des Grundstücks, welcher die Grundlage für die Kaufpreisgestaltung beim Verkauf gebildet hat. Es kommt mit anderen Worten darauf an, was an liegenschaftlichen Werten verkauft und zum Gegenstand der vertraglichen Preisbildung gemacht wurde, sofern ein Kaufvertrag Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung ist. Lässt sich dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien nicht anderes entnehmen, so ist vermutungsweise davon auszugehen, der Kaufpreis erstrecke sich auf sämtliche dinglich übertragenen Werte und gebe den Verkehrswert all dieser Werte wieder. Haben beispielsweise die Vertragsparteien ein überbautes Grundstück veräussert, dann müssen auch die entsprechenden Anlagekosten für das überbaute Grundstück – im anrechenbaren Umfang – gewinnmindernd berücksichtigt werden. Ist jedoch – wirtschaftlich betrachtet – lediglich Bauland veräussert worden, wovon der Rechtsprechung gemäss auch bei einem mit Abbruchobjekten überbautem Land auszugehen ist, so dürfen nur die Anlagekosten für das Land berücksichtigt werden. Die Aufwendungen für ein Gebäude, das infolge Abbruch oder Brand nicht mehr vorhanden ist, gelten nicht als abzugsfähig (Verwaltungsgericht
Zürich, a.a.O., Erw. a). Allgemein können Aufwendungen für Bauten, die im Handänderungszeitpunkt nicht mehr vorhanden sind, nicht den Anlagekosten zugerechnet werden (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A., Zürich 2006, § 219 N 21 (Kausistik)). Zu beachten ist weiter, dass Aufwendungen für dauernde Verbesserungen des Grundstücks nur soweit anrechenbar sind, als sie nicht durch Versicherungsleistungen (z. B. Brandentschädigungen) und Beiträge von Bund, Kanton oder Gemeinde gedeckt werden (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 221 N 29).

c) Gemäss dem Kaufvertrag vom 26. Juni 2001 kaufte der Rekurrent von A.B. das Grundstück GS Nr. 000 (Zwei-Familienhaus, Lagergebäude, Scheune), Fläche 2’373 m^2, Assek. Nrn. 000, Gemeinde L. Übergang von Nutzen und Schaden wurde auf den Tag der öffentlichen Beurkundung, d.h. auf den 26. Juni 2001, festgelegt. Am 7. September 2010 wurde von dem Grundstück GS Nr. 000 insgesamt 1’445 m^2 abgetrennt und unter der Nummer GS Nr. 0000 als selbständiges Grundstück ins Grundbuch eingetragen. Mit

Kaufvertrag vom 22. Dezember 2010 verkaufte der Rekurrent das Grundstück GS Nr. 0000 (Acker, Wiese, Weide, Gartenanlage) an die Konsortium Z. AG. Der Rest der ehemaligen Parzelle GS 000, d.h. die restlichen 927 m^2, verblieb in seinem Eigentum. Die Eigentumsübertragung erfolgte ebenfalls am 22. Dezember 2010, d.h. die massgebende Besitzesdauer für die Beurteilung der vorliegenden Grundstückgewinnsteuersache beginnt am 26. Juni 2001 und endet am 22. Dezember 2010. Als Erlös im Sinne von § 194 StG gilt der Kaufpreis mit allen weiteren Leistungen der erwerbenden Person. Der Kaufpreis beträgt gemäss Ziff. II 1. des Kaufvertrages unbestrittenermassen Fr. 1'314'950.-. Von diesem Betrag ist als Verkaufserlös auszugehen.

3. Die Kommission akzeptiert Anlagekosten im Betrag von Fr. 295'416.-, während der Rekurrent die Anerkennung von Fr. 346'026.- verlangt.

a) Unbestritten ist der Erwerbspreis von Fr. 225'305.-. Dieser Betrag ergibt sich, wenn man den Kaufpreis von Fr. 370'000.-, den der Rekurrent am 26. Juni 2001 für die gesamte Fläche des alten Grundstücks GS Nr. 000 von 2'373 m^2 bezahlt hat, auf die jetzt verkaufte Fläche von 1'445 m^2 umrechnet. Zusätzlich hat die Kommission aus dem Kauf einer Strassenparzelle im Jahr 1992 einen Betrag von Fr. 18'268.- bei den Anlagekosten berücksichtigt. In seiner Beilage zur Steuererklärung hat der Rekurrent am 17. Juni 2011 diesbezüglich Folgendes aufgeführt: «Erwerb der zum Hof gehörenden Strassenparzelle gemäss Kaufvertrag von C. D. vom 08.04.1992, Kaufpreis CHF 30'000.-, davon Anteil für 1'445 m^2 Fr. 18'268.» Dieser Betrag hat aber keinen Bezug zu der vorliegend zu beurteilenden Grundstückgewinnsteuersache. Der Kauf dieser Strassenparzelle erfolgte gemäss Kaufvertrag bereits am 8. April 1992 und damit zeitlich weit ausserhalb der hier massgebenden Besitzesdauer. Die 737 m^2 grosse und ca. 120 Meter lange als Müllerstrasse bezeichnete Parzelle erschliesst neben dem Wohnhaus des Rekurrenten (Nr. 4) noch acht andere Liegenschaften (Liegenschaften Nr. 1 -10). Weder rechtlich noch örtlich besteht ein Bezug zu den Grundstücken GS Nrn. 000 und 0000 (das eine Grundstück ist mindestens 20 Meter, das andere mindestens 60 Meter von der Einmündung der Müllerstrasse in die Meierstrasse entfernt). Weder die alte noch die beiden neuen Parzellen haben irgendwelche Lasten oder Rechte an der bzw. gegenüber dieser Strassenparzelle. Mit dem hier grundstückgewinnsteuerrechtlich zu beurteilenden Kaufvertrag vom 22. Dezember 2010 hat der Kaufvertrag von 1992 nichts zu tun. Die entsprechenden Kosten dürfen nicht zum Abzug zugelassen werden.

b) Weiter hat die Kommission Aufwendungen für Bauten, Umbauten, Erschliessungen sowie andere wertvermehrende Verbesserungen im Betrag von Fr. 50'493.- zum Abzug zugelassen. Dabei hat die Kommission von dem insgesamt unter dem Titel Aufwendungen geltend gemachten Betrag von Fr. 100'986.- einen Anteil von 50 % als wertvermehrend anerkannt. Festzuhalten gilt es hier vorerst, dass als Gegenstand des Kaufvertrages vom 22. Dezember 2010 nur «Acker, Wiese, Weide und Gartenanlage» bezeichnet wurden, d.h. es wurden keine Gebäude verkauft. Die Erklärung ergibt sich aus der Tatsache, dass 2006 sowohl das Wohnhaus wie auch die Scheune durch einen Brandfall vollumfänglich zerstört wurden. Weil beim Handänderungsstichtag, d.h. beim Eigentumsübergang am 22. Dezember 2010, keine Bauten mehr übertragen werden konnten, können bei der Berechnung des Grundstückgewinns gestützt auf den Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse auch keine Aufwendungen für Bauten berücksichtigt werden. Wird nämlich – wirtschaftlich betrachtet – nur Bauland veräussert, so dürfen auch nur die wertvermehrenden Aufwendungen für Bauland berücksichtigt werden. Das Verwaltungsgericht hat zwar in einem Entscheid aus dem Jahr 2000 die Anrechnung von Anlagekosten eines abgebrochenen Gebäudes gestützt auf den Grundsatz, dass keine fiktiven Gewinne besteuert werden dürfen, zugelassen (Urteil vom 22. August 2000, in: GVP 2000, 44 ff.). Allerdings handelte es sich damals um eine völlig andere Konstellation, indem nämlich ein Gebäude kurz vor der Eigentumsübertragung vom Verkäufer im Einverständnis mit dem Käufer abgebrochen wurde.

c) (...)

d) (...)

Auf dem heutigen Grundstück GS Nr. 0000 standen bis zum 2. August 2006 ein Zwei-Familienhaus und eine Scheune. Der Rekurrent macht in diesem Verfahren wertvermehrende Aufwendungen geltend, die seinen eigenen Ausführungen zufolge ausschliesslich die als GS Nr. 0000 ausgeschiedene verkaufte Fläche von 1'445 m^2 betreffen würden. Gleichzeitig behauptet er, dass die Entschädigung der Gebäudeversicherung aus grundstückgewinnsteuerrechtlicher Optik nur auf das verbleibende Restgrundstück GS Nr. 000 zu beziehen sei, welches aber nachweislich zu keiner Zeit überbaut war. Die Grundstückgewinnsteuer ist aber eine reine Objektsteuer, d.h. Aufwendungen dürfen nur bei der Einschätzung des Grundstücks geltend gemacht werden, für welches sie effektiv auch erbracht wurden. Dass die Auszahlung der Entschädigungen der Gebäudeversicherung nur bei der Überbauung des GS Nr. 000 erfolgen würde, ergibt sich aus deren Schreiben vom 4. August 2006 nicht. Das Schreiben nimmt lediglich auf den Wiederaufbau als Bedingung für die Auszahlung der vollen Entschädigung Bezug. Selbst wenn im Schreiben der Gebäudeversicherung eine ausdrückliche Bedingung enthalten wäre, dass die volle Entschädigung nur bei der Überbauung des Grundstücks GS Nr. 000 durch den Rekurrenten selber ausgerichtet werde, so müsste diese Entschädigung bei der Berechnung des steuerbaren Gewinns berücksichtigt werden. Die Entschädigung für den Brandschaden ist eine Entschädigung für das Wohnhaus und die Scheune. Wenn der Rekurrent versucht, wertvermehrende Aufwendungen für das Haus und die Scheune geltend zu machen, so muss er sich im Gegenzug auch die Leistungen der Gebäudeversicherung für den entsprechenden Brandfall anrechnen lassen.

e) Betrachtet man die einzelnen Rechnungen, so ergibt sich mit Sicherheit, dass die Rechnungen der Firma M. Holzbau und diejenige der N. Metallbau AG durch die Versicherungsleistungen der Gebäudeversicherung gedeckt sind und nicht nochmals in Abzug gebracht werden können. Die Arbeiten, welche die Firma O. AG erbracht haben, sind mutmasslich nur in wenigen Positionen durch die Gebäudeversicherung entschädigt worden. Dies ergibt sich auch aus einer Aktennotiz eines Telefongesprächs der Grundstückgewinnsteuer-Kommission mit der Gebäudeversicherung vom 21. Juni 2011, aus der sich ergibt, dass es sich praktisch bei allen Positionen um Arbeiten handle, die nicht durch die Gebäudeversicherung versichert seien. Die Rechnung im Pauschalbetrag von Fr. 60'000.- betraf die folgenden ausgeführten Arbeiten: Abschranken und Sichern des Grundstücks, Erneuern des Hausplatzes und des Hauszuganges mit Verbundsteinen, Ausbessern der Kellerzugangstreppe und Podest mit Entwässerungsschacht und Erneuerung der Elektro-, Wasser- und Abwasserleitung, Abtragen des Scheunenvorplatzes mit Abtransport des Aushubmaterials, Erstellen der Chaussierung für einen neuen Vorplatz sowie Erstellen der Feinplanie als Fertigbelag auf Scheunenvorplatz. Für diese Arbeiten wurden pauschal Fr. 60'000.- in Rechnung gestellt, nämlich Fr. 31'500.- für das Wohnhaus und Fr. 29'500.- für die Scheune. Schon allein vom Wortlaut her kann es sich beim Erneuern des Hausplatzes und Hauszuganges und beim Ausbessern der Kellerzugangstreppe sowie beim Erneuern der Elektro-, Wasser- und Abwasserleitungen eigentlich nur um Unterhaltsarbeiten handeln. Die anderen Positionen hingegen sind zu einem wesentlichen Teil wertvermehrender Natur und dürften auch den Brand überstanden haben, d.h. sie bildeten auch beim Kauf des Grundstückes durch das Konsortium Z. AG noch einen Mehrwert. Wenn die Rechnung der O. AG zu 50 % als wertvermehrend akzeptiert wurde, d.h. Fr. 30'000.-, so muss dies insgesamt als angemessen angesehen werden, da sie auch Aufwendungen enthält, die durch das Brandereignis vom August 2006 zerstört wurden. Die Arbeiten, welche die anderen Firmen erledigt haben, wurden durch das Ereignis vom 2. August 2006 zerstört und können bei der Grundstückgewinnsteuer nicht berücksichtigt werden (vgl. hierzu nochmals Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 221 N 44).

4. a) Der Rekurrent hat an sich seinen Rekurs zurückziehen lassen, d.h. im Regelfall müsste nun das Gericht das Verfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abschreiben, womit der Einspracheentscheid der Grundstückgewinnsteuerkommission automatisch in Kraft treten würde. Bei den Rekursverfahren im Steuerrecht führt ein Rückzug des Rekurses nicht unter allen Umständen zur Abschreibung des Verfahrens durch das Verwaltungsgericht. Zu prüfen ist nun, unter welchen Umständen dem Rückzug des Rekurses keine Folge zu geben ist. Das Steuergesetz bestimmt in § 137 Abs. 2, dass das Verwaltungsgericht bei seinem Entscheid nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist. Es kann alle Steuerfaktoren neu festsetzen und – nach Anhören der steuerpflichtigen Person – die Veranlagung auch zu deren Nachteil abändern. In § 137 Abs. 3 StG ist ausdrücklich geregelt, dass einem Rückzug des

Rekurses keine Folge gegeben wird, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, dass der angefochtene Einspracheentscheid unrichtig war. Die Möglichkeit, einen Rekurs nach Ankündigung einer reformatio in peius zurückziehen, verträgt sich nicht mit der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, dass das Gericht alle Steuerfaktoren neu festsetzen und die Veranlagungen auch zum Nachteil des Steuerpflichtigen abändern kann. Das Recht zur Abänderung der Veranlagung wird nämlich obsolet, wenn einerseits die Anhörung gesetzlich vorgeschrieben wird und andererseits dem Steuerpflichtigen das freie Gestaltungsrecht eingeräumt wir, durch den Rückzug des Rekurses der «reformatio in peius» auszuweichen. Was mit der Formulierung in § 137 Abs. 3 StG, «wenn nach den Umständen anzunehmen ist, dass der angefochtene Einspracheentscheid unrichtig war» gemeint ist, ergibt sich nicht aus den Materialien zum Steuergesetz. Nach der Meinung des Gerichts darf gemäss diesem Wortlaut einem Rückzug keine Folge gegeben werden, wenn der Einspracheentscheid mit den anzuwendenden Rechtsgrundsätzen offensichtlich unvereinbar ist und sich eine Anpassung geradezu aufdrängt bzw. wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist.

b) Im vorliegenden Fall trifft diese offensichtliche Unrichtigkeit des Einspracheentscheides auf die Anerkennung eines Betrages von Fr. 18’268.- als anrechenbare Aufwendungen für den Kauf einer Strassenparzelle im Jahre 1992 zu. Dieser Betrag hat - wie oben erwähnt - keinen Bezug zu der vorliegend zu beurteilenden Grundstückgewinnsteuersache. Der Kauf dieser Strassenparzelle erfolgte gemäss Kaufvertrag bereits am 8. April 1992 und damit zeitlich weit ausserhalb der hier massgebenden Besitzesdauer. Eine Anerkennung dieses Betrages wäre ein klarer Verstoss gegen § 196 Abs. 4 StG und es ist nicht nachvollziehbar, unter welchem Titel die Kommission diesen Betrag hat anrechnen können. Weder rechtlich noch örtlich besteht ein Bezug zu den Grundstücken GS Nrn. 000 und 0000 (das eine Grundstück ist mindestens 20 Meter, das andere mindestens 60 Meter von der Einmündung der Müllerstrasse in die Meierstrasse entfernt). Weder die alte noch die beiden neuen Parzellen haben irgendwelche Lasten oder Rechte an der bzw. gegenüber dieser Strassenparzelle. Mit dem hier grundstückgewinnsteuerrechtlich zu beurteilenden Kaufvertrag vom 22. Dezember 2010 hat der Kaufvertrag von 1992 nichts zu tun. Die Anerkennung der entsprechenden Kosten ist mit den anwendbaren Rechtssätzen offensichtlich unvereinbar und die Korrektur ist von erheblicher Bedeutung. Dies führt dazu, dass der anteilige Betrag für diese Strassenparzelle von Fr. 18’268.- beim Grundstückgewinn aufzurechnen ist.

c) Die Anerkennung der übrigen Aufwandpositionen kann nach den Umständen nicht als offensichtlich falsch qualifiziert werden, so dass hier eine zusätzliche Aufrechnung unterbleiben kann. Dies führt im Ergebnis dazu, dass der Grundstückgewinn gemäss Veranlagung von Fr. 1’019’534.- um den Betrag von Fr. 18’268.- zu erhöhen ist, was einen Grundstückgewinn von Fr. 1’037’802.- ergibt. Auf diesem Betrag ist die Grundstückgewinnsteuer zu veranlagen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 2012 A 2011 / 18

1.1.4 Sozialversicherung

Art. 58 Abs. 1 ATSG
Regeste:

Art. 58 Abs. 1 ATSG: Örtliche Zuständigkeit. Zuständig ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person oder der Beschwerde führende Dritte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat. Mit dem Tod der versicherten Person fällt auch deren Wohnsitz dahin, so dass der Wohnsitz der Beschwerde führenden Drittperson massgebend ist.

Aus dem Sachverhalt:

G.H. bezieht seit mehreren Jahren Ergänzungsleistungen für seine Kinder J.H. und S.H., welche für ihre kürzlich verstorbene Mutter und IV-Rentnerin einen Anspruch auf eine Kinderrente begründe(te)n.

Aufgrund veränderter Wohnverhältnisse leitete die Ausgleichskasse Zug ein Revisionsverfahren ein und setzte mit Verfügung vom 16. November 2009 den Ergänzungsleistungsanspruch für J.H. und S.H. auf Fr. 1'277.– fest. Dagegen erhob G.H. Einsprache und beantragte die gesonderte Berechnung der Ergänzungsleistungen für J.H., weil dieser seit dem 1. November 2009 nicht mehr in der gemeinsamen Wohnung wohne. Mit Einspracheentscheid vom 26. Januar 2012 hob die Ausgleichskasse Zug die Verfügung vom 16. November 2009 auf und erliess einen neuen Entscheid in der Sache. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass aufgrund der erfolgten Abklärungen der Mietverhältnisse von J.H., rückwirkend ab November 2009 die gesonderte Berechnung der Ergänzungsleistungen für J.H. vorzunehmen sei. Die gesonderte Berechnung für J.H. führte dazu, dass auch der Ergänzungsleistungsanspruch für S.H. rückwirkend ab November 2009 neu berechnet wurde. Bei der Berechnung des Ergänzungsleistungsanspruchs rechnete die Ausgleichskasse Zug bei den anerkannten Ausgaben als Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf Fr. 9'780.– an.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 16. Februar 2012 beantragte G.H. sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 26. Januar 2012 und die Rückweisung an die Ausgleichskasse zwecks Neuberechnung des Ergänzungsleistungsanspruchs.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 56 Abs. 1 des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) kann gegen Einspracheentscheide eines Sozialversicherungsträgers Beschwerde erhoben werden. Das Verwaltungsgericht beurteilt als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung (Art. 57 ATSG in Verbindung mit § 77 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976, VRG, und § 12 des Einführungsgesetzes zu den Bundesgesetzen über die Alters- und Hinterlassenenversicherung und die Invalidenversicherung vom 28. Januar 1993).

2. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) sind die Bestimmungen des ATSG anwendbar, soweit das ELG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Eine solche Abweichung enthält das ELG nicht, so dass Art. 58 Abs. 1 ATSG anwendbar ist, wonach das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig ist, in dem die versicherte Person oder der Beschwerde führende Dritte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat. Der Wohnsitz der Beschwerde führenden Drittperson ist nur dann von Belang, wenn ein solcher der versicherten Person nicht besteht (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 58 Rz 12). Die Behörde, die sich als unzuständig erachtet, überweist die Beschwerde dem zuständigen Versicherungsgericht (Art. 58 Abs. 3 ATSG).

3. Die Exfrau des Beschwerdeführers war IV-Rentenbezügerin und wohnte seit 25. April 2007 bis zu ihrem Tod am 5. Dezember 2011 im Kanton Zug. Die Zuständigkeit der Ausgleichskasse des Kantons Zug für die EL-Berechnung und Auszahlung der Ergänzungsleistungen für die beiden Kinder richtete sich nach dem zivilrechtlichen Wohnsitz der Exfrau des Beschwerdeführers, d.h. des Elternteils, der die Rente bezieht. Die Ergänzungsleistungen für die beiden im Kanton Bern wohnhaften Kinder wurden – wie die Kinderrenten – von der Ausgleichskasse des Kantons Zug dem Vater, d.h. dem Beschwerdeführer ausbezahlt. Mit dem Tod der Mutter der beiden Kinder bzw. der Exfrau des Beschwerdeführers am 5. Dezember 2011 fiel der Wohnsitz der versicherten Person dahin, so dass in casu der Wohnsitz der Beschwerde führenden Drittperson gestützt auf die obigen Ausführungen massgebend ist.

Der Beschwerde führende Dritte erhob gegen den Einspracheentscheid der Ausgleichskasse Zug vom 26. Januar 2012 am 16. Februar 2012 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Beschwerdeführer Wohnsitz im Kanton Bern, so dass das Verwaltungsgericht des Kantons Bern über die vorliegende Streitigkeit zu befinden hat. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug ist aufgrund des Gesagten örtlich nicht zuständig.

4. Auf die vorliegende Beschwerde kann somit mangels örtlicher Zuständigkeit nicht eingetreten werden. Die Beschwerde ist dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, zu überweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Juni 2012 S 2012 28

Art. 59 ATSG
Regeste:

Art. 59 ATSG: Beschwerdelegitimation «pro Adressat» (Anwendungsfall der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 8C_606/2007). Dieser Unfallversicherer hat ein selbständiges, eigenes Rechtsschutzinteresse an der Einsprache- bzw. Beschwerdeerhebung, weil er damit rechnen muss, fortan für die Ausrichtung von Versicherungsleistungen hinsichtlich der noch bestehenden gesundheitlichen Beschwerden von der versicherten Person in Anspruch genommen zu werden.

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte S erlitt im Januar 1984 einen Suva-versicherten Ski-Unfall, bei welchem es zu einer Kontusion der rechten Schulter kam. Von diesem Zeitpunkt an litt sie an Schulterschmerzen rechts vor allem bei der Abduktion und bei kombinierten Bewegungen wie z. B. beim Anziehen eines Pullovers. Die Schmerzen liessen zwischenzeitlich aufgrund von Infiltrationen, welche vom Hausarzt gemacht wurden, nach. Am 19. Juni 1988 fand aber schliesslich doch ein operativer Eingriff statt, bei welchem man eine Läsion der Supraspinatussehne fand. Der Infraspinatus und die Subscapularissehne waren jedoch intakt. Am 27. Dezember 1996 erlitt die Versicherte bei einem neuerlichen Ski-Unfall wiederum eine Schulterkontusion rechts. Da die Versicherte vom 1. Januar 1996 bis zum 31. März 1997 bei der XY angestellt war, war dieser Unfall bei der Z versichert. Die Ärzte fanden diesmal eine Rotatorenmanschettenläsion in Form eines dorsalen Supraspinatusrisses. Weil die Schulterbeschwerden der – ehemals als kaufm. Angestellte und Reiseleiterin tätigen, mittlerweile aber arbeitslosen – Versicherten in der Folge zunahmen, erfolgte am 29. März 2011 eine Operation bei Dr. H. Mit Verfügung vom 21. September 2011 liess die Suva jedoch mitteilen, dass sie die Kostenübernahme ablehne, weil es durch den Unfall vom 27. Dezember 1996 zu einer richtunggebenden Verschlimmerung gekommen sei, weshalb die Z die Versicherungsleistungen zu erbringen habe. Mit Eingabe vom 4. Oktober 2011 erhob die Z dagegen form- und fristgerecht Einsprache und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Suva habe ihre Leistungspflicht für die Schulteroperation im März 2011 anzuerkennen. Diese Einsprache wies die Suva mit Einspracheentscheid vom 7. Dezember 2011 ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Suva-versicherten Unfall im Jahr 1984 und den gemeldeten Schulterbeschwerden im Jahr 2011 allerhöchstens als möglich erscheine, was sozialversicherungsrechtlich keine Leistungspflicht der Suva auslöse. Vielmehr sei mit dem Kreisarzt davon auszugehen, dass der Z-versicherte Unfall vom 27. Dezember 1996, welcher einen Sehnenriss zur Folge gehabt habe, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer richtunggebenden Verschlimmerung an der rechten Schulter geführt habe, womit für weitere Versicherungsleistungen die Z aufzukommen habe.

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 14. Dezember 2011 liess die Z beantragen, es sei der Einspracheentscheid der Suva aufzuheben und die Suva zu verpflichten, die Leistungen für die Schulteroperation rechts vom Jahre 2011 zu erbringen. Zudem seien die involvierten Sozialversicherer sowie die Versicherte beizuladen und es sei ein Gutachten betreffend Leistungspflicht anzuordnen.

C. In der Vernehmlassung vom 29. Februar 2012 liess die Beschwerdegegnerin beantragen, auf die Beschwerde vom 14. Dezember 2011 sei nicht einzutreten bzw. diese sei eventualiter abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

(...)

1.3 Die Suva beantragt zur Hauptsache ein Nichteintreten, fehle es doch der Z an ihrer Legitimation. Ihr Entscheid, für die Kosten der Schulteroperation vom 29. März 2011 nicht aufzukommen, habe für die Z weder direkt noch indirekt Auswirkungen. Die rechte Schulter der Versicherten sei unzählige Male kontusioniert worden. Rückblickend sei nicht mehr feststellbar, anlässlich welcher Ereignisse welcher Schaden gesetzt worden sei und welcher Versicherer (Z, Suva oder Krankenkasse W) jeweils hierfür zuständig gewesen sei bzw. wäre. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung (8C_606/2007 und 8C_857/2008) wolle verhindern, dass es zu widersprechenden Verfügungen von Versicherern kommen könne, von denen entweder der eine oder der andere zuständig sei und die sich einen Fall gegenseitig zuschieben wollten. Dieses Szenario würde vorliegend nur bestehen, wenn zweifelsfrei wäre, dass entweder die Suva oder die Z als Unfallversicherer leistungspflichtig seien. Das stehe jedoch keineswegs fest. Es sei denkbar, dass ein dritter unbekannter Unfallversicherer oder die Krankenkasse für den Eingriff vom 29. März 2011 aufzukommen habe. Dies schliesse eine Anfechtung «pro Adressat» durch die Z aus.

1.3.1 Die Legitimation zur Anfechtung einer Verfügung bzw. eines Einspracheentscheids durch Beschwerde an das kantonale Gericht richtet sich nach Art. 59 ATSG. Gemäss dieser Bestimmung ist zur Beschwerde legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung oder den Einspracheentscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Erlässt ein Versicherer eine Verfügung, welche die Leistungspflicht eines anderen Trägers berührt, so hat er auch ihm die Verfügung zu eröffnen. Dieser kann die gleichen Rechtsmittel ergreifen wie die versicherte Person (Art. 49 Abs. 4 ATSG).

Das Bundesgericht hat zudem in einem Urteil vom 27. August 2008 (8C_606/2007) entschieden, dass der durch die leistungsablehnende Verfügung berührte Unfallversicherer zur Anfechtung «pro Adressat» befugt ist. Dieser Unfallversicherer hat ein selbständiges, eigenes Rechtsschutzinteresse an der Einsprache- bzw. Beschwerdeerhebung, weil er damit rechnen muss, fortan für die Ausrichtung von Versicherungsleistungen hinsichtlich der noch bestehenden gesundheitlichen Beschwerden von der versicherten Person in Anspruch genommen zu werden. Betrifft diese Konstellation auch nur einen einzigen Versicherungszweig und damit nicht die durch Art. 49 Abs. 4 ATSG erfasste intersystemische Koordination, so ist sie im gleichen Sinne zu beurteilen. Dadurch wird auch das Gebot des einfachen und raschen Verfahrens (Art. 61 lit. a ATSG) besser gewahrt (vgl. 8C_606/2007, Erw. 9.2).

1.3.2 Die Suva stellte mit Verfügung bzw. Einspracheentscheid vom 7. Dezember 2011 fest, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Suva-versicherten Unfall im Jahr 1984 und den gemeldeten Schulterbeschwerden im Jahr 2011 allerhöchstens als möglich erscheine, was sozialversicherungsrechtlich keine Leistungspflicht der Suva auslöse. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Z-versicherte Unfall vom 27. Dezember 1996, welcher einen Sehnenriss zur Folge gehabt habe, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer richtunggebenden Verschlimmerung an der rechten Schulter geführt habe, womit für weitere Versicherungsleistungen die Z aufzukommen habe.

1.3.3 Würde der Z gegen die leistungsablehnende Verfügung bzw. den leistungsablehnenden Entscheid der Suva vom 7. Dezember 2011 kein Einsprache- bzw. Beschwerderecht zuerkannt, hätte sie nur das Recht, ihre Leistungspflicht ebenfalls zu verneinen, sollte sie in der Folge von der Versicherten in Anspruch genommen werden. Lässt die Versicherte – wie in casu – die Suva-Verfügung in Rechtskraft erwachsen und wendet sie sich an die Z, kann es unter Umständen zu widersprechenden Verfügungen kommen. Die Gefahr, dass die Versicherte von einem Versicherer zum anderen gewiesen wird, soll gemäss oben zitierter höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. Erw. 1.3.1 oben) vermieden werden. In jener Sache wurde der Suva das Einspracherecht «pro Adressat» gegen die Verfügung eines Unfallversicherers zuerkannt, der seine Leistungen mit der Begründung eingestellt hatte, es lägen keine Folgen des in seine Leistungszuständigkeit fallenden Unfalls mehr vor (status quo sine erreicht). In casu

sind entgegen der Beschwerdegegnerin keine Gründe ersichtlich, den vorliegenden Fall, in dem die Suva ihre Leistungspflicht mangels Rückfallskausalität negierte, anders zu behandeln.

Weil die Z nicht Leistungen im eigenen Namen, sondern zu Gunsten der Versicherten geltend macht, kommt Art. 78a UVG nicht zur Anwendung (BGE 127 V 176 Erw. 4d; erwähntes Urteil 8C_606/2007, Erw. 10).

1.3.4 Somit ist die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 59 ATSG in der Sache berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des fraglichen Entscheids. Sie ist mithin zur Beschwerdeerhebung legitimiert und die Beschwerdeschrift entspricht auch den formellen Anforderungen, so dass das Gericht auf die Beschwerde einzutreten und diese zu prüfen hat.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2012 S 2011 156

Art. 4 Abs. 1 IVG
Regeste:

Art. 4 Abs. 1 IVG: Ob bei somatoformen Schmerzstörungen ausnahmsweise auf Invalidität erkannt werden kann, ist anhand der vom Bundesgericht als hierfür massgebend erklärten Foerster-Kriterien zu beurteilen (Erw. 3.1). Wenn es um die Ergänzung einer von einer Fachperson gegebenen Stellungnahme zu einem feststehenden medizinischen Sachverhalt geht, kann das Gericht einen Fall an die Vorinstanz zurückweisen (Erw. 4.6.2).

Aus dem Sachverhalt:

Bei der 1969 geborenen Versicherten, A., traten im Jahr 2002 im Zusammenhang mit einer zahnärztlich behandelten Entzündung Schmerzen im Gesichtsbereich auf. Da 2004 weitere Beschwerden hinzukamen (Kopfschmerzen, Schmerzen im Bereich der oberen und unteren Extremitäten, Zittern der Hände etc.), musste A. eine im August 2004 begonnene Ausbildung zur Lehrerin im Mai 2005 wieder abbrechen. Ab Oktober 2006 konnte A. als Schulassistentin in einem Pensum von 32 % bis 50 % arbeiten, bis sie am 31. Januar 2008 die Stelle wegen ihrer Beschwerden kündigte. Schon knapp zwei Jahre vorher, im Mai 2006, hatte A. das Gesuch um Ausrichtung einer Invalidenrente gestellt, welches von der IV-Stelle des Kantons Zug am 29. September 2008 abschlägig beantworte wurde. Im Zuge des Rechtsmittelverfahrens wies das Verwaltungsgericht am 25. Juni 2010 die Sache zur Durchführung einer polydisziplinären Begutachtung an die IV-Stelle zurück. Im darauf erstellten polydisziplinären Gutachten vom 6. Oktober 2011 der Medizinischen Abklärungsstelle (MEDAS) Zentralschweiz kam der federführende Gutachter in Absprache mit seinen Kolleginnen und Kollegen zum Schluss, dass A. eine medizinisch-theoretische Restarbeitsfähigkeit von zirka 50 % aufweise. In der Folge holte die IV-Stelle Zug eine Stellungnahme bei Dr. M., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie beim Regionalärztlichen Dienst (RAD), ein. In Beurteilung des psychiatrischen Teilgutachtens des MEDAS-Arztes med. pract. H. schrieb Dr. M. am 6. Februar 2012, dass er die von H. formulierte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit nicht nachvollziehen könne. Sodann wies die IV-Stelle das Leistungsbegehren mit Verfügung vom 5. März 2012 erneut ab.

Mit Eingabe vom 5. April 2012 lässt A. dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht Zug einreichen und darin unter anderem die Aufhebung der Verfügung vom 5. März 2012 beantragen. Ferner sei ihr IV-Grad festzustellen und gestützt darauf ihr eine Invalidenrente zuzusprechen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Obwohl im Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Juni 2010 nicht ausdrücklich erwähnt, hat die Beschwerdegegnerin richtig erkannt, dass der begutachtende MEDAS-Psychiater, der sich zur Frage der Überwindbarkeit der Schmerzproblematik bei der Beschwerdeführerin zu äussern hatte, seine Beurteilung anhand der vom Bundesgericht als hierfür massgebend erklärten Foerster-Kriterien vorzunehmen hatte. Die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung lautet wie folgt: Das Vorliegen eines fachärztlich ausgewiesenen psychischen Leidens mit Krankheitswert – worunter anhaltende somatoforme Schmerzstörungen grundsätzlich fallen – ist aus rechtlicher Sicht wohl Voraussetzung, nicht aber hinreichende Basis für die Annahme einer invalidisierenden Einschränkung der Arbeitsfähigkeit (...). Namentlich vermag nach der Rechtsprechung eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche in der Regel keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG zu bewirken (...). Ein Abweichen von diesem Grundsatz fällt nur in jenen Fällen in Betracht, in denen die festgestellte somatoforme Schmerzstörung nach Einschätzung des Arztes eine derartige Schwere aufweist, dass der versicherten Person die Verwertung ihrer verbleibenden Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt bei objektiver Betrachtung – und unter Ausschluss von Einschränkungen der Leistungsfähigkeit, die auf aggravatorisches Verhalten zurückzuführen sind (...) – sozial-praktisch nicht mehr zumutbar oder dies für die Gesellschaft gar untragbar ist (...). Die – nur in Ausnahmefällen anzunehmende – Unzumutbarkeit einer willentlichen Schmerzüberwindung und eines Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess setzt jedenfalls das Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder aber das Vorhandensein anderer qualifizierter, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllter Kriterien voraus. So sprechen unter Umständen (1) chronische körperliche Begleiterkrankungen und mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission, (2) ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, (3) ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn; «Flucht in die Krankheit») oder schliesslich (4) unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person für die ausnahmsweise Unüberwindlichkeit der somatoformen Schmerzstörung (BGE 130 V 352, Erw. 2.2.3, mit weiteren Hinweisen).

(...)

4.4 Mit Blick auf die [hiervor angeführten] Erwägungen ist somit zu sagen, dass es der Beschwerdegegnerin nicht zum vornherein verwehrt war, in ihrer Verfügung vom 5. März 2012 auf die Stellungnahme des RAD-Arztes M. abzustellen. (...) Dem Bericht von M. kann allerdings nur Beweiskraft zukommen, wenn die übrigen vom Bundesgericht verlangten Anforderungen erfüllt sind. In formeller Hinsicht ist dabei festzuhalten, dass M. als Facharzt für Psychiatrie unbestrittenermassen über die erforderlichen fachlichen Qualifikationen verfügt hat, um einerseits Stellung zu einem von einem Psychiater erstellten Gutachten zu beziehen und sich andererseits eigenständig – gestützt auf die Foerster-Kriterien – zur (Un-)zumutbarkeit der Schmerzüberwindung der Beschwerdeführerin äussern zu können. Ferner steht in formeller Hinsicht fest, dass ihm die Krankheitsgeschichte der Beschwerdeführerin aus den ihm zur Verfügung gestellten Vorakten, darunter insbesondere dem MEDAS-Gutachten, bekannt war. Schliesslich war es, entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin, vorliegend auch nicht erforderlich, dass M. die Beschwerdeführerin selber untersuchte. (...)

4.5 Es bleibt nachfolgend somit zu klären, ob die Stellungnahme des RAD-Arztes auch inhaltlich nachvollzogen werden kann, das heisst, ob sie in der Beschreibung der medizinischen Situation und Zusammenhänge einleuchtet und seine Schlussfolgerungen begründet sind.

(...)

4.5.3 Würdigend gilt es festzuhalten, dass die Schlussfolgerung vom RAD-Arzt, wonach er die vom

MEDAS-Psychiater formulierte Arbeitsunfähigkeit von 50 % nicht nachvollziehen könne, auf einer eigenen, einlässlichen und einleuchtenden Auseinandersetzung mit den einzelnen Foerster-Kriterien beruht. Angesichts des ihm sich gesamthaft aus den Akten darbietenden Krankheitsbildes der Beschwerdeführerin verneint er gut nachvollziehbar einerseits die Erfüllung des Kriteriums der mitwirkenden psychisch ausgewiesenen Komorbidität, andererseits aber auch die ausreichende Erfüllung der übrigen vier Kriterien, deren Vorhandensein gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit einer gewissen Intensität und Konstanz bejaht werden müsste, um bei Fehlen einer psychisch ausgewiesenen Komorbidität auf ein invalidisierendes Leiden erkennen zu können (BGE 136 V 279, Erw. 3.2.1). Die Schlussfolgerung vom RAD-Arzt M. ist demnach als wohl begründet zu bezeichnen.

4.6 Nach dem Gesagten ist somit auch inhaltlich an der RAD-Stellungnahme vom 6. Februar 2012 nichts auszusetzen. Die Stellungnahme erfüllt damit insgesamt die allgemeinen beweisrechtlichen Anforderungen an einen ärztlichen Bericht, und es kann darauf abgestellt werden.

4.6.1 Die Beschwerdegegnerin kommt in ihrer Verfügung vom 5. März 2012 zum Ergebnis, da der RAD-Arzt M. das MEDAS-Gutachten H. in Bezug auf die dort attestierte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit nicht habe nachvollziehen können, habe dieser eine versicherungsmedizinische Einschränkung der Arbeitsfähigkeit durch die Fibromyalgie für nicht gegeben gehalten (...). Diese Interpretation der RAD-Stellungnahme ist indessen nicht korrekt. Eine Lektüre des Berichts von M. ergibt nämlich, dass dieser sich zur Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin gar nicht ausdrücklich geäussert hat. Insbesondere hat er nicht geschrieben, er halte die Beschwerdeführerin für 100 % arbeitsfähig. Zwar kritisiert er das MEDAS-Teilgutachten mit der Formulierung, es entstehe der Eindruck, die Einschätzung einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % sei aus einem sogenannten «Bauchgefühl» heraus erfolgt. Doch möchte er damit nicht ausschliessen, dass die Beschwerdeführerin mit dem bestehenden Schmerzsyndrom durchaus eine gewisse Einschränkung ihrer Leistungsfähigkeit besitze (...). Gerade aufgrund dieser letzten, relativierenden Formulierung würden sich ganz andere Schlüsse aufdrängen als derjenige, den die Beschwerdegegnerin gezogen hat. Angesichts der fehlenden Eindeutigkeit der Stellungnahme hätte die Beschwerdegegnerin (...) weitere Abklärungen beim RAD-Arzt über die Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin in die Wege leiten müssen. Indem sie dies unterliess und aus den Ausführungen des RAD-Psychiaters aktenwidrige Schlussfolgerungen zog, hat sie den Sachverhalt unvollständig festgestellt und den Untersuchungsgrundsatz verletzt.

4.6.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es dem kantonalen Gericht unter dem Aspekt der Verfahrensgarantien unbenommen, eine Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, wenn eine Ergänzung von gutachtlichen Ausführungen erforderlich ist (BGer 9C_646/2010 vom 23. Februar 2011, Erw. 4; BGE 137 V 210, Erw. 4.4.1.4). Da es vorliegend lediglich um die Ergänzung einer von einer Fachperson gegebenen Stellungnahme zu einem bereits feststehenden medizinischen Sachverhalt handelt, rechtfertigt es sich somit, die Sache erneut an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese hat bei ihrem RAD-Arzt M. eine zusätzliche Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin einzuholen, welche, um darauf abzustellen zu können, den allgemeinen beweisrechtlichen Anforderungen an einen ärztlichen Bericht genügen muss. Sollte der RAD-Arzt der Meinung sein, er könne alleine aufgrund der Akten keine fundierte Aussage zur Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin machen, so ist es ihm selbstredend unbenommen, selber eine Untersuchung durchzuführen (Art. 49 Abs. 2 IVV). Gestützt auf die Ausführungen ihres RAD-Arztes hat die Vorinstanz alsdann neu über das gestellte Leistungsbegehren der Beschwerdeführerin zu befinden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Juli 2012 S 2012 51

Art. 8 IVG
Regeste:

Die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung unterliegt den allgemeinen Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 8 IVG (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Eingliederungswirksamkeit). Die Abgabe eines Elektrorollstuhls bzw. eines mit einer elektrischen Schub- und Zughilfe ausgerüsteten Rollstuhls muss für die versicherte Person selbst eine Erleichterung darstellen. Eingliederungsziel der fraglichen Hilfsmittel ist nicht die Unterstützung der betreuenden Drittpersonen, sondern die Gewährung der Selbständigkeit der Fortbewegung des Behinderten selbst. Selbiges gilt bei der Hilfsmittelabgabe nach AHVG.

Aus dem Sachverhalt:

Der 1946 geborene Versicherte M. leidet seit Geburt an cerebralen Bewegungsstörungen und ist aktuell an den Rollstuhl gebunden. Am 17. November 2011 reichte er ein Gesuch um Kostengutsprache für die Anschaffung einer Rollstuhl-Anschiebe- und Bremshilfe Via Mobil V25 bei der IV-Stelle ein. Dies nachdem die am Rollstuhl befestigte Anschiebehilfe Via Mobil 10 kaputt gegangen war. Die in der Zwischenzeit aufgrund des Rentenalters des Versicherten zuständige Ausgleichskasse wies das Leistungsbegehren mit Verfügung vom 6. Januar 2012 ab. Zur Begründung führte sie aus, Elektrorollstühle oder Hilfsantriebe für Handrollstühle könnten im Grundsatz nur abgegeben werden, wenn sie von der versicherten Person selbst bedient werden könnten, mithin der selbständigen Fortbewegung dienten. Die angeforderte Schiebe- und Bremshilfe diene einzig der Unterstützung einer Hilfsperson und erlaube die selbständige Fortbewegung nicht. Die dagegen erhobene Einsprache von M. wies die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 23. Februar 2012 ab. Dagegen erhob M. am 12. März 2012 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des anspruchverneinenden Einspracheentscheids. Im Wesentlichen führte M. aus, dass vorliegend kein Neuantrag sondern eine Ersatzanschaffung im Raume stehe und berief sich auf die Besitzstandsgarantie. Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung der Beschwerde. Im Wesentlichen führte sie aus, es sei unerheblich, wenn in der Vergangenheit eine entsprechende Kostenzusage erteilt worden sei. Ob die Voraussetzungen für die damalige Kostengutsprache überhaupt gegeben gewesen seien, sei zumindest fraglich. Im Ergebnis würde dies jedoch nichts ändern, da der Anspruch auf Besitzstandsgarantie für Versicherte im AHV-Alter nur hinsichtlich der Hilfsmittel gegeben sei, für welche die massgebenden Voraussetzungen der IV weiterhin erfüllt seien. Dies sei vorliegend nicht der Fall, fehle es doch an der Selbständigkeit der Fortbewegung. Folglich hätte der Anspruch auch abgewiesen werden müssen, wäre das AHV-Alter noch nicht erreicht.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1 Der Bundesrat bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Bezügerinnen und Bezüger von Altersrenten oder Ergänzungsleistungen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz, die für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontakts oder für die Selbstsorge kostspieliger Geräte bedürfen, Anspruch auf Hilfsmittel haben (Art. 43^{quater} Abs. 1 AHVG). (. . .) In Art. 66ter der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) vom 31. Oktober 1947 wird die entsprechende Rechtsetzungsskompetenz dem Departement des Innern übertragen und festgestellt, dass Art. 14bis und 14ter der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) vom 17. Januar 1961 (Beschaffung und Vergütung der Hilfsmittel resp. Einschränkung der Austauschbefugnis) sinngemäss gelten. Für die Geltendmachung des Anspruchs verweist Art. 67 Abs. 1ter AHVV auf Art. 66 IVV. Der Anspruch wird in der Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung (HVA) vom 28. August 1978 weiter präzisiert. So hält Art. 4 HVA sinngemäss fest, wer bei Entstehen des Anspruchs auf eine Altersrente Hilfsmittel oder Ersatzleistungen nach den Artikeln 21 und 21bis des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959 erhalten habe, dem bleibe der Anspruch auf diese Leistungen in Art und Umfang bestehen, solange die massgebenden Voraussetzungen erfüllt seien und soweit die vorliegende Verordnung nichts anderes bestimme. (. . .) Im Anhang zur HVA findet sich die Hilfsmittelliste nach AHVG, welche unter Ziff. 9 bzw. 9.51 Rollstühle ohne motorischen Antrieb enthält. Demgegenüber hält der Anhang zur Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die

Invalidenversicherung (HVI) vom 29. November 1976 unter Ziff. 9.01 Rollstühle ohne motorischen Antrieb, unter Ziff. 9.02 Elektrorollstühle fest und statuiert, Anspruch hätten Versicherte, die einen gewöhnlichen Rollstuhl nicht bedienen und sich nur dank des elektronischen Antriebs selbständig fortbewegen könnten.

2.2 Dem Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (KHMI), gültig ab 1. Juli 2011, ist in Randziffer 9.02 zu entnehmen, dass Voraussetzung für die Abgabe eines Elektrorollstuhls ist, dass die versicherte Person sich nur dank des Elektrorollstuhls selbständig fortbewegen kann. Nach Randziffer 9.02.6 kann, wenn die Anspruchsvoraussetzungen für einen Elektrorollstuhl erfüllt sind, auf Wunsch des Versicherten auch ein batteriebetriebener Hilfsantrieb für einen gewöhnlichen Rollstuhl abgegeben werden. (. . .) Dem Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung (KSHA), gültig ab 1. Juli 2011, kann unter Randziffer 1003 ergänzend sinngemäss entnommen werden, dass Versicherten, denen bis zum Eintritt ins ordentliche AHV-Rentenalter bereits von der IV Hilfsmittel zugesprochen worden sind, der Anspruch in Art und Umfang erhalten bleibt, solange die Voraussetzungen der IV weiterhin erfüllt sind und soweit das vorliegende Kreisschreiben nichts anderes bestimmt. Wer Anspruch auf Besitzstandswahrung hat, hat auch Anspruch auf Reparatur bzw. teilweisen Ersatz, allfällige Betriebs- und Unterhalts- sowie Reisekosten. (. . .)

2.3 Im Entscheid vom 18. November 1987 hielt das damalige EVG im Wesentlichen fest, Elektrofahrstühle (gemeint sind Elektrorollstühle) könnten nur an Versicherte abgegeben werden, wenn diese sie bedienen und sich damit selbständig fortbewegen könnten. Mithin und im Sinne der Austauschbefugnis gingen auch batteriebetriebene Schubgeräte zum Anschub eines gewöhnlichen Rollstuhls nur dann zu Lasten der Invalidenversicherung, wenn diese sowohl vom Versicherten selbst wie auch von einer Hilfsperson bedient werden könnten (ZAK 1988 S. 180 ff.). Im Entscheid BGE 135 I 161 ff. rekapitulierte das Bundesgericht, dass elektrische Schub- und Zughilfen für gewöhnliche Rollstühle funktionell als Elektrorollstühle nach Ziff. 9.02 HVI-Anhang zu behandeln seien. Weiter wurde auf die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 IVG (Geeignetheit/Erforderlichkeit/Eingliederungswirksamkeit) verwiesen und festgestellt, der Anspruch auf einen Elektrorollstuhl bestehe nur, wenn dieser für die Fortbewegung, die Herstellung des Kontakts mit der Umwelt oder für die Selbstsorge notwendig sei. Die Selbständigkeit in der Fortbewegung mit einem elektromotorisch angetriebenen Rollstuhl sei Eingliederungsziel und folglich Voraussetzung für die Abgabe eines Elektrorollstuhls. An anderer Stelle wurde wiederum präzisiert, dass ein Schub- und Zuggerät nur dann zu Lasten der Invalidenversicherung gehe, wenn es nicht nur von einer Hilfsperson, sondern auch von der Versicherten selbst bedient werden könne (BGE 135 I 161 Erw. 4 und 4.1). Schliesslich hielt das höchste Gericht im Entscheid 9C_940/2010 vom 24. März 2011 noch einmal fest, dass auch die Schiebe- und Bremshilfen Viamobil funktionell als Elektrorollstühle zu betrachten seien. Weiter wurde ausgeführt, dass die Selbständigkeit in der Fortbewegung eine vom Verordnungsgeber im Rahmen seiner gesetzlich verankerten weiten Gestaltungsfreiheit eingefügte Voraussetzung sei und diese bundesrechtskonform sei. Sodann wurde festgestellt, dass der Versicherte in casu aufgrund seiner schweren Behinderung nicht in der Lage sei, sich dank des elektromotorischen Antriebs selbständig fortzubewegen. Auch könne er die Schiebe- und Bremshilfe nicht selbständig bedienen. Würdigend wurde schliesslich erkannt, ein Schub- und/oder Zuggerät gehe nur dann zu Lasten der Invalidenversicherung, wenn es nicht nur von einer Hilfsperson, sondern auch von der versicherten Person selbst bedient werden könne. Eine Ausnahme bestehe dann, wenn der versicherten Person ohne das beantragte Hilfsmittel der Aufenthalt bei der eigenen Familie verunmöglicht würde (Urteil vom 24. März 2011 [9C_940/2010] Erw. 3 und 4.1 und 4.2).

(...)

4.1 In Würdigung der vorliegenden Sachlage ist zunächst festzustellen, dass Elektrorollstühle sowie Anschiebehilfen für normale Rollstühle im Anhang zur HVA nicht verzeichnet sind. Das Entstehen eines originären Anspruchs erst im AHV-Alter erschiene folglich als zumindest fraglich. Unter Verweis auf die in Erwägung 2.1 wiedergegebenen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere auf HVI Anhang Ziff. 9.02, auf die in Erwägung 2.2 angesprochenen Kreisschreiben, insbesondere auf KHMI Rz. 9.02, resp. auf die in Erwägung 2.3 kurz umrissene höchstrichterliche Praxis ist überdies zu bedenken, dass der IV-rechtliche Anspruch auf einen Elektrorollstuhl resp. im Sinne der Austauschbefugnis auf eine Schiebehilfe für einen

normalen Rollstuhl grundsätzlich bedingt, dass das Gerät vom Behinderten selbst und nicht nur von seinen Betreuern bedient werden kann. Auch betont das Bundesgericht immer wieder, dass die Selbständigkeit in der Fortbewegung mit einem elektromotorisch angetriebenen Rollstuhl resp. mit einem durch eine Schiebehilfe angetriebenen gewöhnlichen Rollstuhl Eingliederungsziel und demzufolge unabdingbare Voraussetzung für die Abgabe eines entsprechenden Gerätes sei. (...) In casu ist unstreitig, dass der Beschwerdeführer weder einen Elektrorollstuhl noch eine Schiebe- und /oder Bremshilfe selbständig bedienen kann resp. dass er sich damit ohne Dritthilfe nie fortbewegen könnte. Gewähren der Elektrorollstuhl oder die batteriebetriebene Schiebehilfe die Fortbewegung ohne Dritthilfe nun aber nicht, führen sie also nicht dazu, dass der Versicherte nun vermehrt alltägliche Lebensbedürfnisse (...) ohne Fremdhilfe selbständig abdecken kann, lassen sie den Bedarf an Dritthilfe mithin nicht geringer werden bzw. gar entfallen, so verfehlen sie auch das obgenannte Eingliederungsziel der – mindestens erheblich vermehrten – Selbständigkeit in der Fortbewegung ganz klar. Damit gilt eine wichtige gesetzliche Anspruchsvoraussetzung für die Abgabe eines entsprechenden Hilfsmittels vorliegend als eindeutig nicht erfüllt. Ein Ausnahmefall im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis, wonach das Hilfsmittel – selbst wenn die behinderte Person dieses nicht bedienen kann – gewährt werden könne, wenn nur damit der Aufenthalt bei der eigenen Familie ermöglicht würde, wurde in casu weder behauptet, noch ergeben sich aus den Akten Hinweise darauf. (...)

4.2 Zum Aspekt der Besitzstandswahrung ist auf Art. 4 HVA sowie auf KSHA Rz. 1003 zu verweisen. Demzufolge bleibt ein Anspruch auf ein von der IV vor Erreichen des AHV-Alters gewährtes Hilfsmittel nur dann in Art und Umfang bestehen, solange die massgebenden Voraussetzungen erfüllt sind. Der Hinweis darauf, dass die massgebenden Voraussetzungen weiterhin erfüllt sein müssten, bedeutet, dass es dem Sozialversicherer nicht nur erlaubt, sonders vielmehr geboten ist, die massgebenden Voraussetzungen bei jeder Geltendmachung eines Anspruchs, sei es zulasten der IV oder nach Erreichen des Pensionsalters zulasten der AHV, wieder neu zu prüfen. Da die vom Verordnungsgeber statuierte und von der höchstrichterlichen Praxis als bundesrechtskonform bestätigte Voraussetzung der Selbständigkeit der Fortbewegung aktuell unbestrittenermassen nicht gegeben ist, kann der Beschwerdeführer auch unter dem Aspekt der Besitzstandswahrung keinen Anspruch auf das beantragte Hilfsmittel geltend machen. Dass die fragliche Voraussetzung in casu zu keiner Zeit erfüllt war mit der Konsequenz, dass das Via Mobil 10 im Jahre 2001 wohl zu Unrecht bewilligt wurde, vermag dem Beschwerdeführer schliesslich ebenfalls keinen Anspruch auf die nun geforderte Ersatzbeschaffung zu vermitteln. Jedenfalls gewährt ein früheres fehlerhaftes Verwaltungshandeln – auch unter dem Aspekt von Treu und Glauben bzw. dem Gutglaubensschutz (. . .) keinen Anspruch auf weitere fehlerhafte, dem Gesetz, der Verordnung und der Rechtsprechung zuwiderlaufende Verfügungen, zumal es keine Hinweise dafür gibt, dass die Beschwerdegegnerschaft an einer gesetzeswidrigen Praxis festhalten wolle. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Juni 2012 S 2012 44

§ 82 VRG, Art. 73 Abs. 1 BVG
Regeste:

§ 82 VRG, Art. 73 Abs. 1 BVG: Bei Streitigkeiten aus Art. 73 Abs. 1 BVG ist das Verwaltungsgericht sachlich dann nicht zuständig, wenn es sich bei der am Streit beteiligten Personalfürsorgeeinrichtung um einen patronalen Wohlfahrtsfonds handelt. Die Abgrenzung beurteilt sich im Einzelfall nicht nach Verlautbarungen in den Jahresrechnungen, Jahres- und Revisionsberichten oder in der Korrespondenz, sondern nach dem reglementarisch oder statutarisch umschriebenen Stiftungszweck und der stiftungsrechtlich vorgesehenen Finanzierung der Stiftungsaufgaben.

Aus dem Sachverhalt:

Die Personalvorsorgestiftung X. mit Sitz in Zürich, welche die Vorsorge der Arbeitnehmer des Z.-Verbandes bezweckt, reichte am 18. November 2011 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Klage gegen C.D. ein. Dieser gehörte von 1996 bis 2008 als Arbeitnehmervertreter dem vierköpfigen Stiftungsrat

der X. an. Im gleichen Zeitraum amtete er auch als Geschäftsführer des Z.-Verbandes. In ihrer Klage machte die Stiftung eine Geldforderung gegen C.D. geltend. Sie begründete diese im Wesentlichen damit, dass die von der Stiftung im Zeitraum 2002 bis 2007 geleisteten Zahlungen zu Gunsten des Vorsorgeguthabens des Beklagten ohne Rechtsgrund erfolgt seien. Dadurch sei der X. ein Schaden entstanden. Die Schäden würden auf die Geschäftsführungsmängel durch den Stiftungsrat der Klägerin zurückgehen, für welche der Beklagte in allererster Linie verantwortlich gewesen sei. C.D. beantragte Abweisung der Klage, soweit überhaupt darauf einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

1. Der Beklagte hat die Frage aufgeworfen, ob überhaupt das Verwaltungsgericht des Kantons Zug und nicht eher die Zivilgerichte für die vorliegende Klage zuständig seien. Dies mit der Begründung, die Klägerin sei eine rein patronale Fürsorge-Stiftung, welche ausschliesslich durch Zuwendungen der Stiftungsfirma finanziert werde. Die Klägerin habe auch in keinem Fall direkt die Risiken Alter, Tod oder Invalidität der Mitarbeiter versichert; diese erfolge einzig über die Pensionskassenlösung, welche der Z.-Verband bei der B. Versicherung abgeschlossen habe. Die Klägerin habe den Mitarbeitern einzig beim Aufbau von Altersguthaben geholfen.

1.1 Gemäss Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG, SR 831.40) bezeichnet jeder Kanton ein Gericht, das als letzte kantonale Instanz über Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet. Dieses Gericht entscheidet auch über Verantwortlichkeitsansprüche nach Artikel 52 BVG (vgl. Art. 73 Abs. 1 lit. c BVG). Nach § 82 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Klagen aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für deren Beurteilung das Bundesrecht eine einzige kantonale Gerichtsbehörde vorschreibt. Die kantonalen Berufsvorsorgegerichte sind hingegen nicht zuständig für Streitigkeiten mit sog. patronalen Wohlfahrtsstiftungen, welche reine Ermessensleistungen, das heisst keine rechtsverbindlichen Leistungen ausrichten und sich ohne Beiträge der Destinatäre finanzieren (vgl. auch Meyer Ulrich, Der Einfluss des BGG auf die Sozialrechtspflege, SZS 2007, S. 231 f.; Riemer Hans Michael, Die patronalen Wohlfahrtsfonds nach der 1. BVG-Revision, SZS 2007, S. 553 f.). Die Frage, ob eine Personalfürsorgestiftung ein patronaler Wohlfahrtsfonds oder eine Vorsorgeeinrichtung im Sinne von Art. 73 Abs. 1 BVG ist, beurteilt sich nicht nach den dazu von den Stiftungsorganen oder den Revisoren in den Jahresrechnungen, Jahres- und Revisionsberichten oder korrespondenzweise abgegebenen Verlautbarungen, sondern nach dem reglementarisch oder statutarisch umschriebenen Stiftungszweck und der stiftungsrechtlich vorgesehenen Finanzierung der Stiftungsaufgaben (BGer 9C_193/2008 vom 2. Juli 2008, Erw. 3.2).

1.2 Die für die Klärung der hier interessierenden Rechtsfrage massgeblichen Bestimmungen der Stiftungsurkunde der Klägerin vom 10. November 1992, mit Änderung vom 16. März 1993, lauten wie folgt:

«Art. 2 Zweck
Der Zweck der Stiftung besteht in der Vorsorge zugunsten der Arbeitnehmer des Z.-Verbandes sowie deren Hinterbliebenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod, sowie in der Unterstützung des Vorsorgenehmers oder seiner Hinterlassenen in Notlagen wie bei Krankheit, Unfall, Invalidität, Arbeitslosigkeit. (...)

Art. 3 Reglemente
Der Stiftungsrat kann über die Stiftungsorganisation und die Durchführung des Stiftungszweckes, insbesondere über Art und Umfang der Vorsorgeleistungen, ein oder mehrere Reglemente erlassen. Solche Reglemente können vom Stiftungsrat unter Wahrung der erworbenen Rechtsansprüche der Destinatäre geändert werden. (...)

Art. 4 Vermögen

Der Z.-Verband widmet der Stiftung ein Anfangskapital von Fr. 100’000.–.
Das Stiftungsvermögen wird geäufnet durch reglementarische Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge, freiwillige Zuwendungen von Arbeitgeber und Dritten sowie durch allfällige Überschüsse aus Versicherungsverträgen und durch die Erträgnisse des Stiftungsvermögens.

Aus dem Stiftungsvermögen dürfen ausser zu Vorsorgezwecken keine Leistungen entrichtet werden, zu denen der Z.-Verband rechtlich verpflichtet ist oder die sie als Entgelt für geleistete Dienste üblicherweise entrichtet (z. B. Familien- und Kinderzulagen, Gratifikationen usw.).

Das Stiftungsvermögen ist unter Beachtung von Art. 89bis Abs. 4 ZGB und aufsichtsbehördlichen Anlagevorschriften nach anerkannten Grundsätzen zu verwalten.
(...)

Art. 7 Kontrolle
Der Stiftungsrat beauftragt eine Kontrollstelle für die jährliche Prüfung der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögensanlage (Art. 89bis Abs. 6 ZGB in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 BVG).
(...)

Art. 8 Änderungen
(...)
Die Stiftung darf (...) der Personalvorsorge nicht entfremdet werden.

Art. 9 Liquidation und Fusion
(...)
Ein Rückfall von Stiftungsmitteln an den Z.-Verband oder dessen Rechtsnachfolger sowie eine andere Verwendung als zu Zwecken der Personalvorsorge sind ausgeschlossen.
(...)»

1.3 Zunächst ist festzuhalten, dass die Klägerin nicht bezweckt, Vorsorgeleistungen im Rahmen der obligatorischen Versicherung gemäss BVG zu erbringen (vgl. Art. 48 Abs. 1 BVG). Es handelt sich somit um eine so genannte nicht registrierte Stiftung (vgl. mit Riemer Hans Michael / Riemer-Kafka Gabriela: Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. A., Bern 2006, § 2, N. 30 f.). Die Klägerin und die Kontrollstelle der Klägerin bezeichnen diese Stiftung in verschiedenen Unterlagen zwar als patronale Vorsorgestiftung. Doch aus den hier auszugsweise wiedergegebenen Art. 2, 3, 4, 7, 8 und 9 der Stiftungsurkunde der Klägerin geht unmissverständlich hervor, dass der Stiftungszweck in der Vorsorge liegt, das Stiftungsvermögen durch reglementarische Arbeitnehmerbeiträge zumindest geäufnet werden könnte und das Stiftungsvermögen ausschliesslich zum Zwecke der Berufsvorsorge verwendet werden darf. Nach der Rechtsprechung ist das entscheidende Abgrenzungskriterium einer Versicherungseinrichtung von einem patronalen Wohlfahrtsfonds bei dieser Ausgangslage der Umstand, ob die Einrichtung den Destinatären Rechtsansprüche auf (Versicherungs-) Leistungen bei Eintritt versicherter Risiken gewährt oder ob sie bloss Leistungen ohne festen Plan nach Ermessen der Stiftungsverwaltung erbringt (vgl. BGE 117 V 214, Erw. 1b). Aus Art. 3 der Stiftungsurkunde der Klägerin geht hervor, dass für die Durchführung des Stiftungszweckes vorgesehen ist, Reglemente zu erlassen, in denen den Destinatären rechtsverbindliche Vorsorgeansprüche eingeräumt werden sollen. Ein derartiges Reglement hat die Klägerin indessen im hier interessierenden Zeitraum nicht erlassen. Das Bundesgericht hat in einem Fall aus dem Jahr 2008, in welchem, wie hier, das entsprechende Reglement noch nicht existiert, festgehalten, dass auch in dieser Situation Personalfürsorgestiftungen bereits das entscheidende Kriterium erfüllen würden, um sie als nicht registrierte Personalfürsorgestiftungen im Sinne von Art. 89bis Abs. 6 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) einzustufen (BGer 9C_193/2008 vom 2. Juli 2008, Erw. 3.2). Im gleichen Entscheid hielt das höchste Gericht fest, dass auch der Umstand, dass Finanzierungsbeiträge der Arbeitnehmer statutarisch vorgesehen seien, typisch für eine Personalfürsorgestiftung mit Versicherungscharakter sei. Der Stiftungsurkunde der Klägerin kann in

Artikel 4 entnommen werden, dass sie ebenfalls Finanzierungsbeiträge der Arbeitnehmer vorgesehen hat, was vorliegend somit auch gegen die Einstufung als patronale Wohlfahrtsstiftung spricht. Dazu kommen schliesslich die statutarischen Verweise auf die aufsichtsbehördlichen Anlagevorschriften sowie auf den im Gründungsjahr geltenden Art. 89bis Abs. 4 ZGB. Die Bestimmung lautete damals wie folgt: «Das Stiftungsvermögen darf in der Regel in dem den Beiträgen der Arbeitnehmer entsprechenden Verhältnis nicht in einer Forderung gegen den Arbeitgeber bestehen, es sei denn, sie werde sichergestellt» (vgl. BBl 1967 II 241, 465). Auch die beiden Verweise sprechen dafür, die Klägerin den zwingenden ZGB-Bestimmungen in Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 1 – 23 ZGB für nicht registrierte Personalvorsorgeeinrichtungen zu unterstellen, deren Sinn und Zweck es unter anderem ist, das Vorsorgevermögen und die Rechte der Versicherten auch im Verhältnis zur Stifterfirma zu schützen (vgl. BGer 9C_193/2008 vom 2. Juli 2008, Erw. 3.2). Dass die Klägerin und die Kontrollstelle der Klägerin die Stiftung in verschiedenen Unterlagen als patronale Vorsorgestiftung bezeichnen, ist bei diesem Ergebnis somit irrelevant.

1.4 Die Klägerin ist damit keine rein patronale, sondern eine nicht registrierte Personalvorsorgestiftung im Sinne von Art. 89bis Abs. 6 ZGB, deren Organe verantwortlichkeitsrechtlich nach Art. 52 BVG für Bestand und Erhalt des Stiftungsvermögens haften (Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 6 ZGB). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug ist daher für die vorliegende Klage sachlich zuständig (Art. 73 Abs. 1 lit. c BVG in Verbindung mit Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 6 und Ziff. 19 ZGB). Das Verwaltungsgericht ist zudem örtlich zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig, da der Beklagte, ehemaliger Stiftungsrat der Klägerin, im Kanton Zug wohnt (Art. 73 Abs. 3 BVG). Des Weiteren entspricht die am 18. November 2011 eingereichte Klage den formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. April 2012 S 2011 147

Art. 9 Abs. 2 UVV i.V.m. Art. 4 ATSG
Regeste:

Art. 9 Abs. 2 UVV i.V.m. Art. 4 ATSG: Mit Ausnahme der Ungewöhnlichkeit müssen auch bei den unfallähnlichen Körperschädigungen (Listenverletzung) alle Merkmale des Unfalls erfüllt sein. Die schädigende äussere Einwirkung kann auch in einer körpereigenen Bewegung bestehen, eine lediglich alltägliche Bewegung genügt dafür jedoch nicht. Gefordert ist ein sinnfälliges, plötzliches, sprich einmaliges Ereignis, wie beispielsweise eine heftige Bewegung. Verlangt ist mithin ein Geschehen, dem ein gesteigertes Schädigungspotential zukommt oder das Hinzutreten eines zur Unkontrollierbarkeit der Vornahme der alltäglichen Lebensverrichtung führenden Faktors. Auch wenn durch die Rechtsprechung gewissen Sportarten (z. B. Fussballspiel) ein gesteigertes Gefährdungspotential zuerkannt wird, heisst das nicht, dass jede im Zusammenhang mit einer solchen Sportart aufgetretene Listenverletzung auch automatisch als unfallähnliche Körperschädigung anzuerkennen ist (vgl. Erw. 5.2.1).

Aus dem Sachverhalt:

Der 1986 geborene Versicherte K. war bei der V. AG gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen versichert. Beim Snowboarden kam es zu einer Schulterluxation. Im Rahmen der detaillierteren Hergangsschilderung gab er an, sich an einem Baum festgehalten zu haben. Beim Loslassen habe er den Arm nach hinten gestreckt und sich dabei die Schulter ausgekugelt. In diesem Zusammenhang verwies er auch darauf, dieselbe Schulter vorgängig schon zweimal luxiert zu haben. Mit Verfügung vom 19. Oktober 2011 verneinte die V. AG ihre Leistungspflicht, da kein Unfall vorliege und es für eine unfallähnliche Körperschädigung an der Sinnfälligkeit mangle. Dagegen erhob der Versicherte am 16. November 2011 sowie die SUVA als Vorunfallversicherer am 4. November 2011 Einsprache. Beide wurden von der V. AG mit Entscheid vom 16. Januar 2012 abgewiesen. Zur Begründung führte sie aus, dass die Schulterluxation zwar eine Listenverletzung nach Art. 9 Abs. 2 UVV darstelle, beim Auslösefaktor fehle es allerdings an der erforderlichen Sinnfälligkeit, damit von einem unfallähnlichen Vorgang

gesprochen werden könne. Zwar könne der Auslösefaktor alltäglich und diskret sein, wesentlich sei, dass ein plötzliches Ereignis, wie beispielsweise eine heftige Bewegung, die Verletzung verursache. Dem Geschehen müsse praxisgemäss ein gewisses, gesteigertes Gefährdungspotential innewohnen, was vorliegend nicht erfüllt sei. Dagegen erhob die SUVA Verwaltungsgerichtsbeschwerde, da eine unfallähnliche Körperschädigung zu bejahen sei, wenn die Tätigkeit im Rahmen einer allgemein gesteigerten Gefahrenlage vorgenommen werde, wie dies etwa für viele sportliche Betätigungen zutreffe. So sei das Fussballspiel vom Bundesgericht als Geschehen mit einem gesteigerten Gefährdungspotential bezeichnet worden, da eine Vielzahl von nicht alltäglichen Bewegungen, die den Körper mannigfach belasten, ausgeführt würden. Das Snowboardfahren beinhalte unvermeidlich auch plötzliche, ruckartige und unkontrollierbare Bewegungen, mithin handle es sich um eine Sportart, welche ein gesteigertes Gefährdungspotential aufweise.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Erste Voraussetzung für die Leistungspflicht eines Unfallversicherers ist das Vorliegen eines Unfalls resp. einer unfallähnlichen Körperschädigung. Als Unfall gilt die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat (Art. 4 ATSG, vgl. auch: aArt. 9 Abs. 1 UVV). Artikel 9 Abs. 2 UVV enumeriert abschliessend die Körperschädigungen, die (....) auch ohne ungewöhnliche äussere Einwirkung Unfällen gleichgestellt werden (vgl. auch Art. 6 Abs. 2 UVG). Aufgezählt werden a) Knochenbrüche, b) Verrenkungen von Gelenken, c) Meniskusrisse, d) Muskelrisse, e) Muskelzerrungen, f) Sehnenrisse, g) Bandläsionen und h) Trommelfellverletzungen. Überdies regelt Art. 9 UVG die Leistungspflicht des Unfallversicherers bei Berufskrankheiten resp. den Berufskrankheiten gleichgestellten Krankheiten.

3.1.1 Die unfallähnlichen Körperschädigungen müssen sämtliche Unfallbegriffsmerkmale erfüllen mit Ausnahme der ungewöhnlichen äusseren Einwirkung. Besondere Bedeutung kommt der Voraussetzung eines äusseren Ereignisses – allenfalls im Körperinnern – zu. Hat ein solches nicht stattgefunden, und sei es auch nur als Auslöser eines Gesundheitsschadens, liegt eindeutig eine krankheits- oder degenerativ bedingte Gesundheitsschädigung vor. Seit Januar 1998 gelten Körperschädigungen, die von einer Erkrankung oder Degeneration herrühren, explizit als ausgeschlossen. Wie erwähnt ist die Auflistung in Art. 9 Abs. 2 UVV abschliessend, weshalb Erweiterungen durch Analogieschlüsse nicht zulässig sind. (...)

3.1.4 Aus der von den Parteien zitierten Judikatur ergibt sich das Folgende: Im Entscheid BGE 114 V 301 Erw. 3c hielt das damalige EVG im Wesentlichen fest, der auslösende Faktor einer Listenverletzung könne alltäglich und diskret sein. Wesentlich sei, dass ein plötzliches Ereignis, zum Beispiel eine heftige Bewegung die Verletzungszustände hervorrufe. Auch der zeitliche Faktor sei relevant. Fehle es an einem unmittelbaren Geschehen und sei die Läsion vielmehr wiederholten, im täglichen Leben erfolgten Mikrotraumata zuzuschreiben, die eine allmähliche Abnützung bewirkten, welche schliesslich zur Behandlungsbedürftigkeit führe, so sei von einer Krankheit auszugehen. Im Entscheid BGE 129 V 466 Erw. 4.3 enumerierte das höchste Gericht unter Berufung auf die SUVA verschiedene Sachverhalte, bei welchen ein äusserer Faktor zu verneinen sei. Dies galt für die – nach mehrfachen krankheitsbedingten Schulterluxationen – beim wiederholten, mit ausgestrecktem Arm erfolgten Herunternehmen eines 20 kg schweren Plastiksacks von einer Laderampe plötzlich einschiessenden Schulterschmerzen; für die beim Anheben eines Armes, um etwas zu zeigen, erfolgte Schulterluxation sowie für die beim Wegwerfen eines Pfirsichsteins in den Abfalleimer einschiessenden Schulterbeschwerden. Mit Urteil vom 26. Juli 2011 [8C_186/2011] äusserte das Bundesgericht – im Hinblick auf eine Knieverletzung bei einem unglücklichen Zusammenstoss während eines Zweikampfs –, das Fussballspiel sei rechtsprechungsgemäss ein Geschehen mit einem gesteigerten Gefährdungspotential, da eine Vielzahl von nicht alltäglichen Bewegungen (abruptes Beschleunigen oder Stoppen, seit- und rückwärts Laufen, Drehen, Strecken, Schiessen des Balls, Hochspringen beim Kopfball etc.) den gesamten Körper mannigfach belasteten.

Somit stelle es selbst für geübte Spieler eine nicht alltägliche Lebensverrichtung dar (vgl. Erw. 8.4 des zitierten Entscheids). Hinsichtlich der während des Carvens eingetretenen Innenbandverletzung am rechten Knie eines Skilehrers hielt das damalige EVG mit Entscheid vom 27. Oktober 2005 [U 223/05] fest, das beim Carven ausgeübte dynamische Skifahren stelle ein Geschehen mit einem gesteigerten Gefährdungspotential dar und sei auch für einen Skilehrer keine alltägliche Lebensverrichtung, zumal es geeignet sei, Änderungen der Körperlage auszulösen, die nach unfallmedizinischer Erfahrung häufig zu körpereigenen Traumen führten. Vorliegend sei der Schmerz beim Kurvendrehen aufgetreten. (...) Beim normalen Joggen komme es nicht zu plötzlichen, ruckartigen und unkontrollierten Bewegungen. Vielmehr zeichne sich dieses durch einen gleichmässigen Bewegungsablauf im Rahmen einer physiologisch normalen und psychologisch beherrschten Beanspruchung des Körpers aus (Urteil vom 23. Oktober 2008 [8C_118/2008] Erw. 3.3 mit Hinweisen auf U 100/03 Erw. 3.3 und U 258/04). Im Entscheid vom 22. Februar 2011 [8C_546/2010] Erw. 3.3 hielt das Bundesgericht schliesslich fest, der äussere Faktor als gesteigertes Schädigungspotential zufolge allgemein gesteigerter Gefahrenlage könne bei Pilates als Methode eines ganzheitlichen Körpertrainings für eine korrekte und gesunde Körperhaltung, basierend auf den Prinzipien «Kontrolle, Konzentration, bewusste Atmung, Zentrierung, Entspannung, Bewegungsfluss und Koordination» von vornherein verneint werden. In casu sei die Übung – seitliches Aufstützen auf der rechten Hand und dem rechten Fuss, Hochstemmen und Stabilisieren des Gewichts – denn auch unter normalen äusseren Bedingungen erfolgt. Die fragliche Übung stelle sodann eine Verrichtung dar, die üblicherweise im Rahmen einer physiologisch normalen und psychologisch beherrschten Beanspruchung des Körpers ausgeführt werde.

(...)

5.1 Zum Hergang des Ereignisses ist zunächst festzustellen, dass ein Sturz aufgrund der Angaben des Versicherten eindeutig auszuschliessen ist (...). Der Versicherte, mit Kollegen in Japan beim Snowboarden, war der Erste der Gruppe, weshalb er bei einem kleinen Baum anhielt, um auf die übrigen zu warten. Mit dem im 90○-Winkel waagrecht ausgestreckten rechten Arm hielt er sich an dem kleinen Baum, umgriff den Stamm mit der Hand. Als er, über die rechte Schulter nach hinten blickend, die Kollegen nahen sah, entschied er sich, seitlich nach links runter zu fahren. Er neigte sich leicht nach vorne und machte mit Oberkörper und Hüfte eine Körperdrehung nach links, um das Brett in diese Richtung zu bewegen. Dabei hielt er sich noch immer am Baum fest, liess diesen, nach seiner Ansicht, zu spät los. Sein Arm sei nämlich rechts nach hinten gezogen worden und deshalb ausgekugelt. (...)

5.2.1 Würdigend ist (...) daran zu erinnern, dass das Vorliegen einer Listenverletzung allein nicht ausreicht, um eine unfallähnliche Körperschädigung nach Art. 9 Abs. 2 UVV anzunehmen. Zwar kann das auslösende Moment alltäglich und diskret sein. Allerdings ist ein sinnfälliges, plötzliches, sprich einmaliges Ereignis, beispielsweise eine heftige Bewegung, gefordert. Verlangt ist mithin ein Geschehen, dem ein gewisses gesteigertes Gefährdungspotential innewohnt, oder das Hinzutreten eines zur Unkontrollierbarkeit der Vornahme der alltäglichen Lebensverrichtung führenden Faktors, d.h. eine plötzliche Störung des normalen Bewegungsablaufs. Zu bedenken ist weiter, dass das Bundesgericht zwar gewissen Sportarten per se ein gesteigertes Gefährdungspotential zuerkannte. Nach Ansicht des Gerichts besagt dies indes nicht, dass jede im Zusammenhang mit einer entsprechenden Sportart aufgetretene Listenverletzung auch automatisch als unfallähnliche Körperschädigung anzuerkennen ist. Vielmehr ist zu beachten, welche nicht alltäglichen Bewegungen bei der jeweiligen Sportart hinsichtlich Verletzung als besonders gefährdend erachtet werden, und es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Listenverletzung im Rahmen der Ausübung einer solchen Bewegung eintrat. Diesbezüglich hat das Bundesgericht in den in Erwägung 3.1.4 zitierten Entscheiden die beim Fussballspiel möglichen, besonders verletzungsgefährdenden Bewegungen exemplarisch aufgelistet und hinsichtlich Carven zumindest auf das – in der Regel in der Hocke, in schneller Fahrt und unter besonderer Belastung jeweils eines Innenskis erfolgende – dynamische Kurvendrehen verwiesen. E contrario darf daraus geschlossen werden, dass Listenverletzungen, die nachweislich nicht bei Verrichtung einer entsprechenden Bewegung auftraten, jedenfalls nicht ohne weiteres als unfallähnliche Körperschädigung anzuerkennen sind. Folglich reicht beispielsweise das Tragen von Carving-Skis nicht aus, um für eine mit Skiern an den Füssen

erstmals bemerkte Listenverletzung die Leistungspflicht des Unfallversicherers zu bejahen. Ob das Snowboardfahren seinerseits überhaupt als Sportart mit einem gesteigerten Gefährdungspotential zu qualifizieren ist resp. ob es demnach – wie die Beschwerdeführerin dies möchte – mit dem Carven gleichgesetzt werden darf, kann vor diesem Hintergrund schliesslich offen bleiben. Unter Verweis auf den in Erwägung 5.1 wiedergegebenen Ereignisablauf ist immerhin festzustellen, dass vorliegend keine besonders heftige, plötzliche oder brüske resp. intensive Bewegung, aber auch kein erhöhter Kraftaufwand dargestellt bzw. behauptet wurden. Weder das Halten oder Loslassen des kleinen Baumes noch das langsame Losfahren auf dem Snowboard enthalten ein besonderes Gefährdungspotential, schon gar nicht für Schulterverletzungen. Auch lässt sich in der Hergangsschilderung kein Hinweis auf einen äusseren Faktor erkennen, der zur Undurchführbarkeit der geplanten Verrichtung, des Losfahrens nach dem kurzen Halt, hätte führen können. Im Gegenteil darf festgestellt werden, dass der Bewegungsablauf durch keine äusseren Faktoren gestört wurde. Hielt sich der Versicherte solange am fraglichen Bäumchen fest, dass sein Arm nach hinten gedreht wurde, ist zum einen zu bedenken, dass es sich beim Halten und Loslassen um eine grundsätzlich willensgesteuerte Tätigkeit handelt – von abruptem Hängen am rechten Arm im Sinne des Beispiels unter Erwägung 4.2.2 kann jedenfalls nicht gesprochen werden –, die dem Versicherten nicht «unverhofft widerfahren» konnte. Zum andern stellt das Halten des ausgestreckten Arms nach hinten, gerade bei etwas nach vorn geneigter, somit leicht gebückter Haltung, keine mehr als physiologisch normale und psychologisch beherrschte Beanspruchung des Körpers dar. Die erwähnte Körperbewegung mit dem nach hinten gestreckten Arm ist sodann auch nicht typisch für das Snowboarden, könnte sich eine ähnliche Situation doch auch beim Radfahren oder gar beim Wandern einstellen. Dass es bei dieser blossen und alltäglichen Bewegung mit dem ausgestreckten Arm zu einer neuerlichen Luxation der bereits zweifach vorgeschädigten Schulter kam, kann somit nicht überwiegend wahrscheinlich einem sinnfälligen Ereignis zugerechnet werden, sondern ist wohl vielmehr im Zusammenhang mit der Vorschädigung bzw. einem degenerativen Geschehen zu sehen. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Juni 2012 S 2012 24

Art. 19 Abs. 1 FamZG
Regeste:

Art. 19 Abs. 1 FamZG: Für die Statusbestimmung als Erwerbstätiger oder Nichterwerbstätiger im Bereich des FamZG ist - trotz des grundsätzlichen Verweises auf die Bestimmungen des AHVG - nicht auf eine ganzjährige Betrachtungsweise abzustellen, da dies zu rechtsungleicher Gesetzesanwendung führen kann bzw. führt. Da das FamZG monatliche Leistungen vorsieht, ist auch die Statusbestimmung monatlich vorzunehmen.

Aus dem Sachverhalt:

Frau M., geboren 1966, und Erziehungsberechtigte zweier Kinder (Jahrgang 1993 und Jahrgang 2006), ging im Jahre 2011 lediglich in den Monaten Januar bis April einer Erwerbstätigkeit nach und erzielte dabei einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 1’200.–. In der restlichen Zeit ging sie keiner Erwerbstätigkeit mehr nach und vermochte auch kein Einkommen zu erzielen. Ab 1. Mai 2011 beantragte Frau M. bei der Familienausgleichskasse die Ausrichtung von Familienzulagen für Nichterwerbstätige. Die Familienausgleichskasse wies das Gesuch im September 2011 mit der Begründung ab, Frau M. gelte nicht als Nichterwerbstätige im Sinne des AHVG. Dagegen erhob die Gesuchstellerin Einsprache, welche am 1. Dezember 2011 im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen wurde, nach Art. 19 Abs. 1 FamZG gelte als Nichterwerbstätiger, wer bei der AHV als nichterwerbstätig erfasst sei. Demzufolge verweise das FamZG auf die Statusregeln des AHV-Rechts. Gemäss Art. 28bis Abs. 1 AHVV würden Personen, die nicht dauernd voll erwerbstätig seien, wie Nichterwerbstätige Beiträge leisten, wenn ihre Beiträge vom Erwerbseinkommen zusammen mit denen des Arbeitgebers in einem Kalenderjahr nicht mindestens die Hälfte des Mindestbeitrages von Fr. 475.– ausmachten. Als nicht dauernd gelte eine Erwerbstätigkeit, welche während weniger als neun Monaten im Kalenderjahr ausgeübt werde (Wegleitung über die Beiträge der Selbstständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen in der AHV, IV und

EO [WSN] Rz. 2035). Da Frau M. im Jahre 2011 nur von Januar bis April erwerbstätig gewesen sei, gelte sie als nicht dauernd voll erwerbstätig. Allerdings seien die aufgrund ihrer Lohnsumme von Fr. 4'800.– abgerechneten Sozialversicherungsbeiträge grösser als die Hälfte des Mindestbeitrages von Fr. 475.–. Da der Status nicht monatlich, sondern für das ganze Kalenderjahr erhoben werde, gelte sie mithin aus AHV-rechtlicher Sicht für das ganze Jahr 2011 als Erwerbstätige und nicht als Nichterwerbstätige. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 15. Dezember 2011 beantragte Frau M. die Aufhebung der Verfügung vom September 2011 sowie des Einspracheentscheids vom 1. Dezember 2011. Im Wesentlichen führte sie aus, dass für die Berechtigung zu Familienzulagen die Situation des betreffenden Monats massgebend sei und es könne nicht auf eine jährliche Betrachtungsweise abgestellt werden. Entsprechend müsse sie ab Mai 2011 als nichterwerbstätig gelten. Zum selben Ergebnis komme man, wenn man auf die umgekehrte zeitliche Abfolge abstelle. Wäre sie nämlich zu Beginn des Jahres nicht erwerbstätig gewesen, hätte sie ohne weiteres Familienzulagen ausgerichtet erhalten. Daran hätte auch die Erwerbstätigkeit in den letzten vier Monaten des Jahres nichts geändert. An der monatlichen Betrachtungsweise ändere auch der im Kanton Zug festgelegte Mindestverdienst nichts. Fakt sei, dass sie seit Mai 2011 kein Einkommen mehr realisiere. Die Ausgleichskasse stütze sich einzig auf die AHV-Bestimmungen und lasse die Regelungen des Familienzulagengesetzes ausser Acht. Im Zentrum stehe indes nicht der Status nach AHV-Recht, sondern der Anspruch auf Familienzulagen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.3 Zur Abgrenzung des Status als Erwerbstätige oder Nichterwerbstätige in zeitlicher Hinsicht äussert der Praxiskommentar von Kieser/Reichmuth, es sei problematisch dass die Statusfrage nach AHVG pro Kalenderjahr ermittelt werde, während die Familienzulage monatlich gewährt werde. Ob diese spezifische AHV-rechtliche Besonderheit der Jahreserfassung dazu führe, dass bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit im Laufe des Jahres nicht umgehend ein Anspruch auf Familienzulage wegen Nichterwerbstätigkeit entstehe, sei fraglich, denn die Erfassung einer solchen Person als nichterwerbstätige Person erfolge in der AHV nur deshalb nicht, weil hier die Statusfrage allenfalls erst im nächsten Jahr geklärt werde. Der gesetzgeberische Zweck und die Ausgestaltung der Familienzulagen als monatliche Leistung (vgl. Art. 5 FamZG) lege bei solchen Sachverhalten nahe, eine Änderung auch im Laufe des Kalenderjahres zuzulassen. Dabei müsse berücksichtigt werden, dass bei Aufnahme der Erwerbstätigkeit im Laufe des Kalenderjahres der Anspruch auf Familienzulagen für Erwerbstätige umgehend entstehe, auch wenn zuvor eine Nichterwerbstätigkeit bestanden habe. Ebenso werde die Familienzulage monatsweise gewährt, bis eine nichterwerbstätige Person die ordentliche Altersgrenze erreiche (Kieser/Reichmuth, Praxiskommentar FamZG, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 19 N. 37 f.).

3. (...) Getreu dem Wortlaut der Bestimmungen des AHVG bzw. der AHVV zur Statusbestimmung resp. nach den Regeln der Wegleitung zum FamZG würde die Beschwerdeführerin folglich für das ganze Jahr 2011 als erwerbstätig gelten mit der Konsequenz, dass ihr ab Wegfall des Arbeitsverhältnisses, konkret ab Mai 2011, trotz Stellenlosigkeit keine Familienzulagen als Nichterwerbstätige ausgerichtet werden könnten. Streitig ist, ob diese Betrachtungsweise, welche für die Festsetzung des Status vom Kalenderjahr ausgeht, hinsichtlich Anspruchsberechtigung auf die monatlichen Familienzulagen eins zu eins übernommen werden kann oder ob nicht vielmehr im Bereich des FamZG auch von einer monatlichen Betrachtungsweise ausgegangen werden muss.

4. Würdigend ist zunächst zu bedenken, dass die Statusbestimmung im AHV-Recht nicht leistungs-, sondern «nur» beitragsrelevant ist, folglich einzig für die Bestimmung der Grundlagen für den Bezug der Beiträge von Belang ist. Bei der Bestimmung des AHV-rechtlichen Status als Selbständigerwerbender, Unselbständigerwerbender oder Nichterwerbstätiger geht es somit allein um die Frage, ob die AHV-Beiträge aufgrund des erzielten Einkommens oder aber aufgrund des Vermögens zu erheben sind. Die Frage wird im Regelfall retrospektiv beurteilt, zumal Beitragsperiode – jedenfalls in den Fällen, in welchen die Abgrenzung als Nichterwerbstätiger nicht eindeutig ist – ohnehin das Kalenderjahr ist. Die AHV-

rechtliche Anspruchsberechtigung als solche wird von der Statusfrage nicht im Geringsten berührt. Anders verhält es sich – bei analoger Statusbestimmung auch in zeitlicher Hinsicht – im Bereich des Familienzulagengesetzes. Dabei ist zunächst zu beachten, dass Personen, die in einem Anstellungsverhältnis stehen und entsprechend von ihrem Arbeitgeber Lohn ausbezahlt erhalten, über diesen auch die nach Art. 5 FamZG monatlichen Familienzulagen ausgerichtet bekommen. Nichterwerbstätigen Personen wird die Familienzulage hingegen für jeden Monat direkt durch die Familienausgleichskasse ausbezahlt. Fällt ein Arbeitsverhältnis zu Beginn eines Kalenderjahres allerdings nach zwei, drei Monaten dahin mit der Konsequenz, dass die betroffene Person als nicht mehr arbeitnehmend gilt, würde sie - (...) nach der jährigen Betrachtungsweise für die Statusbestimmung - fürderhin allenfalls gleichwohl als erwerbstätig gelten. Konsequenz wäre somit, dass sie, weil weder arbeitnehmend noch nichterwerbstätig, für die restlichen Monate des fraglichen Jahres keinen Anspruch auf Familienzulagen mehr erheben könnte. Mithin wäre die Statusfrage jedenfalls bei nicht dauernd Erwerbstätigen sehr wohl leistungswirksam bzw. hätte einen Einfluss auf die Anspruchsberechtigung, dies obwohl der Gesetzgeber den Erhalt von Familienzulagen grundsätzlich nicht von einem Erwerbseinkommen abhängig machen wollte. Im Lichte der zitierten Lehrmeinung von Kieser/Reichmuth ist mit der Beschwerdeführerin folglich festzustellen, dass der Gesetzgeber dieses Ergebnis sicherlich nicht wollte. Die Differenzierung zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen sollte jedenfalls eher der Festlegung des jeweiligen Auszahlungsmodus dienen, als über Bestand oder Nichtbestand der Anspruchsberechtigung entscheiden. Auch wollte der Gesetzgeber sicherlich keine Regelung treffen, die zu willkürlichen, einzig durch zeitliche Faktoren bestimmten Ungleichbehandlungen führt. (...) Mit Kieser/Reichmuth ist alsdann festzustellen, dass man der Ausgestaltung der Familienzulagen als monatliche Leistung mit einer auf das Kalenderjahr bezogenen Qualifikation als Erwerbs- oder Nichterwerbstätiger eindeutig nicht gerecht wird. In diesem Zusammenhang darf daran erinnert werden, dass auch Anfang und Ende der Anspruchsberechtigung in der Regel nicht mit dem Kalenderjahr in Einklang stehen, sind sie doch von völlig anderen Faktoren abhängig. Vermag der Verweis auf die Statusbestimmung nach AHV-Recht für nicht voll Erwerbstätige durchaus Sinn machen, führt er im Falle nicht dauernd erwerbstätiger Personen hingegen zu ungewollten Ungleichbehandlungen. (...)

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich eine ganzjährige Betrachtungsweise für die Statusbestimmung als Erwerbstätiger oder Nichterwerbstätiger im Bereich des FamZG (...) trotz des grundsätzlichen Verweises von Art. 19 Abs. 1 FamZG auf die Bestimmungen des AHVG nicht als richtig erweist, da dies zu rechtsungleicher Gesetzesanwendung führen kann bzw. führt. Da das FamZG monatliche Leistungen vorsieht, ist auch die Statusbestimmung monatlich und nicht für das Kalenderjahr vorzunehmen, zumal es ja sicherlich nicht darum gehen soll, gewisse Stellenlose ohne Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung einfach von der Anspruchsberechtigung auszuschliessen. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin ab 1. Mai 2011 als Nichterwerbstätige zu betrachten ist und als solche – vorbehältlich der übrigen Voraussetzungen des FamZG – Anspruch auf Familienzulagen hat. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Januar 2012 S 2011 159

Art. 13 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 23 Abs. 3 AVIG
Regeste:

Art. 13 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 23 Abs. 3 AVIG: Die Beitragszeit gilt als erfüllt, wenn ein Versicherter innerhalb der Rahmenfrist während mindestens 12 Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Zwar wird verlangt, dass es sich dabei um eine beitragspflichtige Tätigkeit handeln muss, daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass jedes Erbringen einer beitragspflichtigen Tätigkeit in ausreichendem Masse auch die Erfüllung der Beitragspflicht bedeutet. Nebenverdienste sind, unabhängig der auf diesen Verdiensten lastenden Beitragspflicht, ALV-rechtlich nicht versichert, mithin weder beitragswirksam noch für die Bemessung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen.

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte V., Jahrgang 1964, bezog bis zum 28. Dezember 2009 Taggelder, danach galt der Taggeldanspruch als erschöpft. Während des gesamten Leistungsbezugs gab er an, einer Nebentätigkeit bei der S. AG als Verwaltungsrat nachzugehen, wofür er Fr. 500.– im Monat erziele. Die Tätigkeit bei der S. AG wurde während des ganzen Leistungsbezugs als Nebenbeschäftigung im Sinne von Gesetz und Praxis betrachtet. Am 1. April 2011 meldete sich der Versicherte erneut zum Bezug von Arbeitslosenentschädigungen an. Dabei gab er eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung vom 1. Juli 2010 bis zum 31. März 2011 an und verwies ebenfalls auf die Tätigkeit als Verwaltungsrat bei der S. AG, für welche er stundenweise tätig sei. Mit Verfügung vom 7. Juli 2011 lehnte die Arbeitslosenkasse die Anspruchsberechtigung des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2011 ab. Begründend führte sie aus, der Versicherte habe die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten nicht erfüllt. Die am 8. September 2011 dagegen erhobene Einsprache wies die Kasse mit Entscheid vom 31. Oktober 2011 ab. Zur Begründung wurde nun im Wesentlichen dargelegt, die während der früheren Periode der Arbeitslosigkeit deklarierte Nebenverdienst-Tätigkeit für die S. AG müsse auch vorliegend als Nebenverdienst-Tätigkeit angesehen werden und sei für die Beitragszeit unbeachtlich. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 7. Dezember 2011 beantragte V. die Aufhebung des Einspracheentscheids der Beschwerdegegnerin. Im Wesentlichen führte er aus, der Entscheid sei willkürlich, zumal seinen Argumenten kein rechtliches Gehör gewährt worden sei. Die Nebentätigkeit sei seines Erachtens an die Beitragszeit anzurechnen, würden dafür doch auch Beiträge an die Arbeitslosenversicherung entrichtet. Es gehe nicht an, dass Versicherungsbeiträge erhoben würden, die keinen Anspruch auf Gegenleistung begründen würden. Solche Beiträge würden folglich umsonst erhoben bzw. einbezahlt. Dies widerspreche jedem Sozial- und Leistungsgedanken, aber auch dem Volkswillen. Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 (...) Die Beitragszeit hat erfüllt, wer innerhalb der Rahmenfrist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor dem Tag, an welchem die versicherte Person erstmals sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt (Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 AVIG). (...) Als Beitragszeit zählt jeder volle Kalendermonat, in dem der Versicherte beitragspflichtig ist. Beitragszeiten, die nicht einen vollen Kalendermonat umfassen, werden zusammengezählt. Je 30 Kalendertage gelten als ein Beitragsmonat (Art. 11 Abs. 1 und 2 AVIV).

Nach Art. 23 Abs. 3 AVIG nicht versichert ist ein Nebenverdienst. Als solcher gilt jeder Verdienst, den ein Versicherter ausserhalb seiner normalen Arbeitszeit als Arbeitnehmer oder ausserhalb des ordentlichen Rahmens seiner selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt.

(...)

2.3 Im Entscheid BGE 125 V 475 hielt das Bundesgericht unter Verweis auf einen früheren Entscheid und die dortige Auslegung des in Art. 23 Abs. 1 AVIG verwendeten Begriffs «normalerweise» im Zusammenhang mit Überzeitentschädigung unter anderem fest, das AVIG wolle versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit garantieren. Eine Entschädigung für geleistete Überzeitarbeit widerspräche dem auch in anderen Bereichen des Gesetzes zum Ausdruck kommenden Grundgedanken der Arbeitslosenversicherung. Diese soll nur für eine normale, übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz bieten, dagegen keine Entschädigung für Erwerbseinbussen ausrichten, die aus dem Ausfall einer Überbeschäftigung stammten. Im Hinblick auf diese Ziele habe das EVG am 2. September 1996 im Rahmen der Ausscheidung des Nebenverdienstes eines Versicherten, der im fraglichen Zeitraum beim einen Arbeitgeber nahezu voll, beim andern ungefähr halbzeitig gearbeitet

habe, denn auch bestimmt, dass es richtig sei, den Verdienst ausser Acht zu lassen, der ausserhalb einer normalen, üblichen Arbeitszeit erzielt werde. Entsprechend habe denn auch Gerhards in seinem Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz im Band I, N. 54 zu Art. 23 ausgeführt, wenn ein Nebenverdienst ausserhalb der in Art. 23 Abs. 1 AVIG festgeschriebenen Normalität liege, habe er ausserordentlichen Charakter und zwar auch dann, wenn ein Versicherter durch eine Nebentätigkeit ein höheres Einkommen erziele als durch die eigentliche Haupttätigkeit. Es spiele folglich, so das Bundesgericht weiter, keine Rolle, in welchem Verhältnis der Nebenverdienst zu dem aus der Haupttätigkeit erzielten Lohn stehe. Quantitativ massgebend sei einzig, dass der Nebenerwerb über eine normale, übliche Arbeitnehmertätigkeit hinausgehe und demzufolge nicht versichert sei (BGE 125 V 475 Erw. 5 a und b, mit etlichen weiteren Hinweisen).

3.

3.1 Beim rechtlichen Gehör handelt es sich um eine der zentralen Verfahrensgarantien, die in Art. 29 Abs. 2 BV verfassungsrechtlich gewährleistet ist und für das Sozialversicherungsrecht in Art. 42 ATSG eine weitere rechtliche Grundlage hat. Dem Gehörsanspruch wird nicht genüge getan, wenn der Versicherungsträger die Stellungnahme der Partei nur «pro forma» zur Kenntnis nimmt und sich mit den Vorbringen inhaltlich überhaupt nicht auseinandersetzt, was etwa dann zu bejahen ist, wenn er die im Vorbescheidverfahren getätigten Ausführungen in der nachfolgenden Verfügung unverändert wiederholt. Vielmehr hat er die Gründe anzugeben, wieso er den allfälligen Einwänden der Partei nicht folgen, diese nicht berücksichtigen kann (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 42 N. 2 ff., insbesondere N. 5). Der Gehörsanspruch gewährt der Partei indes nicht den Entscheid bzw. die Begründung, die sie sich wünscht. Auch ist der Versicherer nicht verpflichtet, sich bei einer Vielzahl von im Wesentlichen gleichlautenden Argumenten mit jedem einzelnen Punkt auseinanderzusetzen, wie er auch Gemeinplätze oder aber «de lege ferenda»-Argumentationen nicht zu kommentieren braucht.

3.2. In casu kann der Beschwerdeführer mit seinem Vorwurf, seinen Argumenten sei das rechtliche Gehör nicht ausreichend gegeben worden, nicht gehört werden. Der Beschwerdeführer hat in der Einsprache deutlich gemacht, dass die Nebentätigkeit für die S. AG seines Erachtens für die Beitragszeit angerechnet werden müsse. Soweit das Gesetz resp. die Praxis dies nicht vorsähen, verlangte er gleichwohl eine andere Handhabung. Schliesslich rügte er sinngemäss, der in casu getroffene Entscheid widerspreche seinem Rechts- und Gerechtigkeitsempfinden bzw. dem Sozial- und Leistungsgedanken, schliesslich dem Volkswillen. (...) Soweit die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid im Wesentlichen darlegte, dass Nebentätigkeiten nach Gesetz und Praxis ALV-rechtlich nicht versichert seien resp. soweit sie begründete, wieso in casu für die Tätigkeit für die S. AG von einer – ergo nicht versicherten – Nebentätigkeit ausgegangen werden dürfe und dass dies folglich dazu führe, dass diese auch hinsichtlich Erfüllung der Beitragszeit nah Art. 13 AVIG nicht berücksichtigt werden dürfe, beantwortete sie jedenfalls den Kern der Einwendungen des Beschwerdeführers, so dass dem Gehörsanspruch grundsätzlich genüge getan wurde. Dass der Beschwerdeführer die Rechtslage – wonach für eine Tätigkeit zwar Beiträge abgeführt werden, diese als Nebentätigkeit ALV-rechtlich aber nicht versichert ist – als stossend erachtete bzw. erachtet, ist zwar verständlich, verpflichtete die Beschwerdegegnerin indes nicht zu besonderen Weiterungen, zumal es nicht ihre Aufgabe ist, die von einzelnen Bürgern als ungerecht empfundene Rechtslage – basierend auf einer klaren und unzweideutigen bundesgesetzlichen Bestimmung – in Schutz zu nehmen. (...) Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs kann vorliegend jedenfalls nicht gesprochen werden.

4. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist einzig die Frage nach der Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers bzw. nach dessen Erfüllung der Beitragszeit. (...) Streitig ist, ob die Tätigkeit als Verwaltungsrat der S. AG wirklich als Nebentätigkeit zu charakterisieren ist bzw. ob dies wirklich dazu führt, dass sie für die Berechnung der Beitragszeit nicht berücksichtigt wird.

(...)

5.1 Aus der in Erwägung 2.1 wiedergegebenen Gesetzes- und Verordnungslage und im Lichte der

zitierten Verwaltungs- und Gerichtspraxis ergibt sich vorab, dass die Beitragszeit als erfüllt gilt, wenn ein Versicherter innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit mindestens während 12 Monaten einer Tätigkeit nach ging. Zwar verlangt Art. 13 Abs. 1 AVIG, dass es sich dabei um eine beitragspflichtige Tätigkeit handeln muss. Daraus kann indes nicht geschlossen werden, dass jedes Erbringen einer beitragspflichtigen Tätigkeit in ausreichendem Masse auch die Erfüllung der Beitragspflicht bedeutet, statuiert doch Art. 23 Abs. 3 AVIG, dass Nebenverdienste, unabhängig der auf diesen Verdiensten lastenden Beitragspflicht, ALV-rechtlich nicht versichert, mithin weder beitragswirksam noch für die Bemessung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen sind (vgl. hierzu Kreisschreiben des seco über die Arbeitslosenentschädigung [KS ALE] vom Januar 2007 Rzn. C8 ff.). Als Nebenverdienst im Sinne des Gesetzes gilt sodann jeder Verdienst, der ausserhalb der normalen Arbeitszeit eines Arbeitnehmers erzielt wird. Für die Qualifikation als Haupttätigkeit entscheidend ist die Höhe des Beschäftigungsgrades, nicht aber die Höhe des Verdienstes. Folglich kann eine in geringerem Umfang betriebene Tätigkeit selbst dann als Nebentätigkeit qualifiziert werden, wenn der daraus erzielte Verdienst jenen aus der Haupttätigkeit übersteigt. Gemäss Bundesgericht ist Sinn und Zweck dieser Differenzierung zwischen versicherter Haupt- und nicht versicherter Nebentätigkeit, möglichst allen versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit zu garantieren. Dies bedeute aber auch, dass nur für eine normale, übliche Arbeitnehmertätigkeit Versicherungsschutz geboten werden könne, derweil der Verdienst, der ausserhalb der normalen, üblichen Arbeitszeit erzielt werde, ausser Acht zu lassen sei.

(...)

5.3 Würdigend ist zunächst daran zu erinnern, dass eine einmal als Nebentätigkeit qualifizierte Arbeit auch in einer Folgerahmenfrist – wenngleich es vorliegend nicht um eine eigentliche Folgerahmenfrist geht – als Nebentätigkeit gilt. Mit der Beschwerdegegnerin ist sodann festzustellen, dass der Beschwerdeführer die Tätigkeit für die S. AG offenbar immer im weitgehend gleichen Umfang betrieb, was sich denn auch in der über die Jahre unveränderten Vergütung niederschlug. Fakt ist alsdann, dass er vor der ersten Anmeldung zum Leistungsbezug einer Vollzeitstelle nachging, dass er sich stets zur Übernahme einer neuen Vollzeitstelle bereit erklärte, dass er nach Auslaufen der Arbeitslosentaggelder schliesslich wieder eine Vollzeitstelle antreten konnte und dass er sich auch im Rahmen seiner zweiten Anmeldung zum Leistungsbezug zur Annahme einer Vollzeitstelle bereit und in der Lage erklärte. Da er auch die Tätigkeit für die S. AG wie erwähnt unabhängig von der Beschäftigungslage stets in etwa im gleichen Umfang betrieb, indiziert all dies, dass es sich bei der genannten Zweittätigkeit stets – d.h. auch in den Zeiten, als der Beschwerdeführer keiner Haupttätigkeit nachgehen konnte – um eine Nebentätigkeit im Sinne von Art. 23 Abs. 3 AVIG gehandelt hat bzw. wohl noch immer um eine solche handelt. Im Lichte der in Erwägung 2 ff. skizzierten Rechtslage, wonach eine Tätigkeit, welche die normale, übliche Arbeitstätigkeit übersteigt, als nicht versichert und implizit auch nicht beitragswirksam gilt, kann die fragliche Tätigkeit vorliegend auch hinsichtlich der Erfüllung der Beitragspflicht nicht berücksichtigt werden. Kann die Tätigkeit für die S. AG aber nicht beachtet werden, so bleibt es bei einer Beitragszeit während der Rahmenfrist von lediglich neun Monaten, d.h. die Beitragszeit des Beschwerdeführers erweist sich als eindeutig nicht erfüllt, zumal ja für die fragliche Rahmenfrist für die Beitragszeit auch keine anderen Tätigkeiten zur Diskussion stehen.

Betrachtet der Beschwerdeführer insbesondere den Umstand, dass eine beitragspflichtige Tätigkeit allenfalls als Nebentätigkeit und folglich als nicht versichert zu qualifizieren ist, als ungerecht und erwartet er vom Sozialversicherer oder aber vom Versicherungsrichter, die entsprechenden Gesetze, die zu diesem subjektiv als ungerecht empfundenen Ergebnis führen, nicht anzuwenden, ist ihm entgegenzuhalten, dass es nicht in der Kompetenz des Sozialversicherers oder aber des Versicherungsrichters steht, rechtstaatlich und demokratisch korrekt zustande gekommene Gesetze einfach ausser Kraft zu setzen. Ob die beanstandete, allerdings gesetzes- und praxiskonforme Regelung dem Sozialgedanken oder gar dem Volkswillen zuwider laufe, kann offen bleiben. Hingegen kann bei einer rechtsgleichen Gesetzesanwendung mit Sicherheit nicht von Willkür, wie vom Beschwerdeführer behauptet, gesprochen werden.

5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers zu Recht verneinte, da dieser bei seiner Anmeldung im April 2011 die Beitragszeit nicht erfüllte. Würdigte die Beschwerdegegnerin, dass nur die Haupttätigkeit beitragswirksam berücksichtigt werden könne, während die Nebentätigkeit nicht versichert sei und deshalb für die Erfüllung der Beitragszeit nicht zu beachten sei, so verletzte sie kein Recht (...). Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Januar 2012 S 2011 151

Art. 26 Abs. 2 AVIV
Regeste:

Art. 26 Abs. 2 AVIV: Der Nachweis der Arbeitsbemühungen muss spätestens am fünften Tag des Folgemonats bzw. am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag eingereicht werden. Erfolgt dies per E-Mail, muss der Betroffene dafür besorgt sein, dass der Adressat seine E-Mail erhalten hat. Unterlässt er dies, nimmt er in Kauf, dass er die fragliche Frist verpassen könnte.

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte Z., Jahrgang 1956, meldete sich am 9. September 2011 beim RAV und am 29. September 2011 bei der Arbeitslosenversicherung zum Bezug von Arbeitslosengeldern an. Seine Arbeitsbemühungen teilte der Versicherte dem RAV jeweils mittels E-Mail mit. Der Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen für den Monat April 2012 ging beim RAV erst am 14. Mai 2012 und damit verspätet ein. Gestützt darauf stellte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) den Versicherten mit Verfügung vom 16. Mai 2012 für fünf Tage in der Anspruchsberechtigung ein. Die dagegen erhobene Einsprache wies das AWA mit Entscheid vom 9. August 2012 ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen dargelegt, gestützt auf Art. 17 Abs. 1 AVIG müsse ein Versicherter, der Versicherungsleistungen beanspruche, mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um die Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Gemäss Art. 26 Abs. 2 AVIV müsse der Nachweis der Arbeitsbemühungen für jede Kontrollperiode spätestens am fünften Tage des folgenden Monats oder am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag eingereicht werden. Vorliegend behaupte der Versicherte, eine entsprechende E-Mail am 6. Mai 2012 abgeschickt zu haben, welche aber nie angekommen sei. Der Versicherte mache geltend, erst am 14. Mai 2012 eine entsprechende Fehlermeldung seines Mail-Providers (hotmail) erhalten und daraufhin sofort reagiert zu haben. Der Versicherte trage die Verantwortung für die rechtzeitige Zustellung der Arbeitsbemühungen. Da er die Zustellung erst über eine Woche nach dem Versenden überprüft und festgestellt habe, dass die erste E-Mail nicht angekommen sei, habe er die erhöhte Sorgfaltspflicht, welche im Mailverkehr aufgrund der grösseren Anfälligkeit erwartet werden könne, nicht in genügendem Umfang wahrgenommen. Gegen diesen Entscheid erhob Z. Verwaltungsgerichtsbeschwerde und verlangte sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 9. August 2012. Zur Begründung legte er im Wesentlichen dar, er sei der erhöhten Sorgfaltspflicht im Mailverkehr gerecht geworden. Schliesslich habe der Mail-Provider die Fehlermeldung erst mehrere Tage nachdem das System die E-Mail nicht habe zusenden können übersandt und daraufhin habe er sofort reagiert.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.2 Nach Art. 26 Abs. 1 AVIV muss sich eine versicherte Person gezielt um Arbeit bemühen, in der Regel in Form einer ordentlichen Bewerbung. Sie muss den Nachweis der Arbeitsbemühungen für jede Kontrollperiode spätestens am fünften Tage des folgenden Monats oder am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag einreichen. Die Arbeitsbemühungen werden nicht mehr berücksichtigt, wenn diese Frist verstrichen ist und keine entschuldbaren Gründe vorgebracht werden können (Art. 26 Abs. 2 AVIV). Nach Abs. 3 der besagten Verordnungsbestimmung werden die Arbeitsbemühungen von der zuständigen

Amtsstelle monatlich überprüft.

(...)

4.2.3 Mit der Beschwerdegegnerin ist nämlich festzustellen, dass Versicherte, die ihrer Pflicht zum Beleg der Arbeitsbemühungen vermittels Mailverkehr nachleben wollen, einer erhöhten Sorgfaltspflicht unterliegen. Gerade das Wissen, dass der Verordnungsgeber diesbezüglich Fristen setzte und dass das Nichteinhalten der Fristen dazu führt, dass die zu spät gemeldeten Bemühungen nicht mehr berücksichtigt werden mit der Konsequenz, dass das Verhalten des Versicherten als Verfehlung behandelt und mit einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung sanktioniert wird, verlangt vom Betroffenen, dass er selbst überprüft, ob der Adressat sein Mail erhalten habe. Dies kann dadurch erfolgen, dass der Versicherte sein Mail so ausgestaltet, dass ihm der Erhalt und das Öffnen des Mails durch den Adressaten angezeigt wird, oder aber indem er ausdrücklich um eine Rückbestätigung ersucht. Unterlässt er dies, nimmt er in Kauf, dass er die fragliche Frist verpassen könnte. Damit wird er seiner erhöhten Sorgfaltspflicht zweifelsohne nicht gerecht. Dies gilt umso mehr, wenn er weiss bzw. wissen müsste, dass das System bei Zustellfehlern während mehrerer Tage den Versuch unternimmt, die Zustellung doch noch erfolgreich zu Ende zu führen und eine Notification, d.h. eine Fehlermeldung folglich vielleicht erst nach mehreren Tagen ergeht resp. wenn er – wie vorliegend – die ihm gesetzte Frist erst am zweitletzten oder am letzten Tag zu wahren gedenkt. Nach dem Gesagten ist auch dem Beschwerdeführer in casu eine Verletzung seiner Sorgfaltspflicht vorzuhalten und von einem entschuldbaren Grund für die verspätete Mitteilung der Arbeitsbemühungen kann nicht ausgegangen werden. Soweit die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer vor dem Hintergrund des obig dargelegten Sachverhalts eine Verletzung der Frist nach Art. 26 Abs. 2 AVIV vorhält, verletzt sie somit kein Recht.

5. Die Beschwerdegegnerin hat im vorliegenden Fall und gestützt auf den Einstellraster des seco eine Einstelldauer von fünf Tagen verfügt (...). Damit beurteilte sie das Verschulden als leicht und blieb im untersten Bereich des Rasters. Diese Qualifikation ist nicht zu beanstanden. Hinweise auf verschuldensmindernde Umstände – wie besonders zu beachtende Beweggründe des Versicherten, spezielle Begleitumstände, das Alter, die familiären Probleme, die misslichen finanziellen Verhältnisse oder irrige Annahmen zum Sachverhalt –, die bei der Festsetzung der Sanktion speziell zu beachten wären, ergeben sich aus den Akten keine. Sodann darf nicht vergessen werden, dass die Sanktionierung im untersten Bereich des Einstellrasters bereits impliziert, dass in casu von einem wirklich leichten Fall ausgegangen werden darf. Kriterien, welche vorliegend gar ein Unterschreiten des Einstellrahmens rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Die Einstellung für fünf Tage ist demnach recht- und verhältnismässig, d.h. nicht zu beanstanden.

6. Zusammenfassend ist noch einmal zu betonen, dass es dem Beschwerdeführer oblegen hätte, den Gang seines Mails, mit welchem er dem RAV die Arbeitsbemühungen per April 2012 mitteilen wollte, dergestalt zu überwachen, dass er rechtzeitig hätte erkennen können, ob dieses eintreffen würde oder nicht. Unterliess er dies, kam er seiner erhöhten Sorgfaltspflicht nicht nach und kann für die Verspätung keine entschuldbaren Gründe geltend machen. Ergo erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2012 S 2012 128

1.1.5 Gemeinde- und Bürgerrecht

Art. 8 BV
Regeste:

Art. 8 BV - Die Statutenbestimmung einer Korporationsgemeinde, welche die Vererbung des

Genossenrechts durch Personen, die nicht durch Geburt, Abstammung oder Adoption Korporationsbürger geworden sind, oder durch Personen, die durch einen Rechtsakt einen anderen Namen als den eines Korporationsgeschlechts erlangt haben, ausschliesst, verstösst gegen das durch die Verfassung garantierte Gebot der Rechtsgleichheit.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Schreiben vom 8. Mai 2006 ersuchten A. und B. C. die Korporation D. um Aufnahme in das Genossenrecht D. Mit Schreiben vom 24. März 2010 teilte der Verwaltungsrat der Korporation den beiden je separat mit, man sei zum Schluss gekommen, dass das erwähnte Bundesgerichtsurteil in Sachen Mächler nicht unbesehen auf die Korporation D. übertragen werden könne. Insbesondere sei es nach Ansicht des Verwaltungsrates nicht zwingend, dass das Genossenrecht in Zukunft auch an Personen vergeben werde, die nicht einen Namen der 36 statutarisch festgelegten Bürgergeschlechter tragen würden. Da sie die letztgenannte Voraussetzung nicht erfüllen würden und auch kein zwingender Anspruch für die Aufnahme ins Genossenrecht gegeben sei, lehne der Verwaltungsrat die Aufnahmegesuche ab. Am 9. bzw. 12. April 2010 erhoben A. und B. C. gegen diese Beschlüsse je selbständig Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat und beantragten deren Aufhebung mit Rückweisung zur Neubeurteilung an die Korporation D. sowie eventualiter die direkte Aufnahme ins Genossenrecht der Korporation, rückwirkend seit dem 8. Mai 2006. Mit Beschluss vom 10. Mai 2011 vereinigte der Regierungsrat die Beschwerdeverfahren, hiess die Verwaltungsbeschwerde gut und hob den Beschluss der Korporation D. auf. A. und B. C. wurde das Genossenrecht der Korporation rückwirkend auf den 8. Mai 2006 zuerkannt. Die Korporation wurde angewiesen, ihre Statuten im Sinne der Erwägungen und unter Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu revidieren und der Direktion des Innern zur Genehmigung einzureichen. Weiter wurde sie angewiesen, ihre Praxis betreffend Aufnahme neuer Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller bereits im Vorfeld der zu revidierenden Statuten derart anzupassen, dass im Innenverhältnis der Korporation die Genossinnen und Genossen gleich behandelt würden. Der Entscheid wurde damit begründet, dass die zurzeit geltenden Statuten bezüglich des Abstellens der Mitgliedschaft auf die Namensführung verfassungswidrig seien und deshalb angepasst werden müssten. Dabei sei einerseits zu beachten, dass die Namensführung zur Erteilung des Genossenrechts kein sachgerechtes Kriterium darstelle, sowie auch die Abstellung auf das Bürgerrecht nicht als sachgerecht angesehen werden könne.

B. Gegen diesen Entscheid erhob die Korporation D. am 14. Juni 2011 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte, der Entscheid sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass die Statuten der Beschwerdeführerin rechtskonform seien; eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und im Sinne der nachstehenden Begründung zufolge Verletzung des rechtlichen Gehörs zur Neubeurteilung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners. Zur Begründung wurde zusammengefasst ausgeführt, man halte daran fest, dass man das rechtliche Gehör von A. und B. C. nicht verletzt habe. Diese hätten gar nie um Akteneinsicht gebeten, obwohl sie gewusst hätten, dass umfangreiches Aktenmaterial mitsamt Rechtsgutachten existiert habe. Mit dem Brief vom 24. März 2010 habe man noch nicht förmlich entscheiden wollen. Auf die darin enthaltene Gesprächseinladung seien die Gebrüder C. jedoch nicht eingegangen, sondern hätten Beschwerde beim Regierungsrat erhoben. Dieses Vorgehen verdiene keinen Rechtsschutz. Weiter wird in der Beschwerde ausgeführt, die Korporation sei eine Gemeinde nach kantonalem Recht und könne sich damit auf die Gemeindeautonomie berufen, soweit ein Kanton einen Sachbereich nicht abschliessend ordne. Dies unterscheide die Korporationsgemeinde im Kanton Zug wesentlich von der Genossame Lachen, auf welche sich das vom Beschwerdegegner zitierte Bundesgerichtsurteil beziehe. Die Beschwerdeführerin sei als Korporationsgemeinde autonom in der Regelung, wer Anteilhaber des Korporationsgutes sei und wer als neuer Korporationsgenosse aufgenommen werden könne. Das kantonale Recht schränke die Autonomie der Beschwerdeführerin bezüglich des Stimmrechts nur insofern ein, als es festhalte, dass die Genossen das Schweizer Bürgerrecht und in der Schweiz Wohnsitz haben müssten. Die Aufhebung der Satzungen der Beschwerdeführerin würde somit, soweit sie die Regelung ihrer Mitgliedschaftsrechte und ihr Stimmrecht betreffe, in den Autonomiebereich der Beschwerdeführerin

eingreifen. Den höherrangigen Bestimmungen von § 73 KV und Art. 50 BV könne das regierungsrätliche Genehmigungsverfahren nicht entgegengehalten werden. Der Beschwerdegegner argumentiere auf der Linie des Entscheides Mächler, versäume es aber, auf die Unterschiede gegenüber dieser Konstellation einzugehen. Darin liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Begründungspflicht. Im vorliegenden Zusammenhang sei davon auszugehen, dass die Gebrüder C. Dritte und nicht Genossenbürger seien. Es stehe somit das Verhältnis zwischen Genossenbürgern und Dritten zur Diskussion, nicht aber dasjenige zwischen Bürgern innerhalb der Korporation. Die Definition des Dritten wiederum sei dem autonomen Bereich der Korporation D. zuzuordnen. Artikel 50 BV stehe somit Art. 8 BV entgegen, soweit man aus Art. 8 BV ableiten wolle, dass die Beschwerdeführerin die Weitergabe ihres Genossenrechts auch durch verheiratete Frauen, welche keinen althergebrachten Bürgernamen mehr tragen würden, ermöglichen müsse.

C. Mit Vernehmlassung vom 8. Juli 2011 beantragten A. und B. C. die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei; dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Mit Vernehmlassung vom 18. Juli 2011 beantragte die Direktion des Innern die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Gemäss Art. 8 Abs. 1 der Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101) sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Das Gebot rechtsgleicher Behandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV ist ein selbständiges verfassungsmässiges Recht. In allgemeiner Weise ist Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Jede Ungleichbehandlung ist durch sachliche Gründe zu rechtfertigen. Dies ist der Fall, soweit die massgebenden tatsächlichen Verhältnisse, die einer Regelung oder einem Entscheid zugrunde liegen, auch aus verfassungsrechtlicher Sicht verschieden sind. Die hierfür notwendige Wertung richtet sich nach der herrschenden Rechtsauffassung bzw. der herrschenden Wertanschauung. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Auf diese Weise soll Angehörigen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen ein spezifischer Schutz gewährt werden (BGE 126 II 377 E. 6a S. 392; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. 1999, S. 396 f., 414; Beatrice Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 668 ff., § 41 Rz. 23 ff.; Rainer J. Schweizer, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2002, N. 24 und 51 zu Art. 8 BV). Mitunter kann die Diskriminierung Folge einer gesetzlichen Regelung sein, die keine offensichtliche Benachteiligung von besonders geschützten Gruppen enthält. Es ist dann erst die praktische Anwendung, die zu einer unzulässigen Schlechterstellung führt (BGE 132 I 68, Erw. 4.1).

3. Gegenstand des Verfahrens ist die Abweisung des Gesuches der beiden Beschwerdegegner 1 und 2 zur Aufnahme ins Genossenrecht der Beschwerdeführerin vom 24. März 2010, welche damit begründet wurde, dass die Voraussetzungen für eine Aufnahme nicht gegeben seien, da sie zwar Nachkommen eines Korporationsmitgliedes seien, jedoch nicht den Namen eines der herkömmlichen 36 Zuger Korporations-Geschlechter tragen würden.

a) Gemäss § 2 der Statuten der Korporation D. sind Korporationsgenossen Bürgerinnen und Bürger der Gemeinde D., die infolge Geburt, Abstammung oder Adoption den Familiennamen eines der 36 Korporations-Geschlechter tragen. Personen, die durch Geburt, Abstammung oder durch Adoption Korporationsgenossen sind, behalten das Genossenrecht, auch wenn sie durch Heirat oder Namenswahl (Art. 30 und Art. 160 Abs. 2 ZGB) nicht mehr einem Korporationsgeschlecht angehören. Gemäss § 3^{bis} der Statuten ist eine Vererbung des Genossenrechtes durch Personen, die nicht durch Geburt, Abstammung

oder Adoption Korporationsbürger geworden sind oder durch Personen, die durch einen Rechtsakt einen anderen Namen als den eines Korporationsgeschlechtes erlangt haben, ausgeschlossen.

b) Aus der vorstehenden Regelung hat die Beschwerdeführerin abgeleitet, die Beschwerdegegner 1 und 2 hätten keinen Anspruch auf Mitgliedschaft in der Korporation, da sie nicht das Korporations-Geschlecht Z. ihrer Mutter tragen würden. Bei der Weitergabe des Bürgerrechts durch Vererbung macht die Korporation einen Unterschied zwischen Bürgerinnen und Bürgern, je nachdem welchen Namen sie tragen. Es ist aber unbestritten, dass die Abweisung der Aufnahmegesuche statutenkonform erfolgt ist. Streitpunkt ist vielmehr die Frage, ob die betreffenden Statutenbestimmungen als solche rechtmässig sind.

c) Zu dieser Praxis und ihrer Rechtmässigkeit hinsichtlich des Gebots rechtsgleicher Behandlung nach Art. 8 BV hat sich das Bundesgericht in BGE 132 I 68 ff. i.S. Genossame Lachen gegen Mächler sowie Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz vom 3. Februar 2006 ausführlich geäussert. So wird dort unter anderem festgehalten, dass eine solche Regelung eine indirekte Benachteiligung der verheirateten Genossenbürgerin bzw. ihrer Nachkommen darstelle und zu weiteren Ungleichbehandlungen führe, wovon der nicht verheiratete Genossenbürger bzw. dessen Nachkommen betroffen seien. Es gäbe durchaus andere und erst noch verfassungskonforme Kriterien für die Festlegung der Mitgliedschaft. Die Abstammung könne ein massgebendes Kriterium darstellen, diese könne jedoch durch die moderne Führung des Zivilstandsregisters unabhängig vom Bürgerrecht und vom Familiennamen festgestellt werden. Dem Wunsch, die Zahl der Mitglieder begrenzt zu halten, könne im Übrigen durch die Einführung neuer Kriterien Rechnung getragen werden. Abschliessend wurde noch einmal festgehalten, dass die bundesrechtlich nicht zwingende Verknüpfung der Mitgliedschaft mit dem Namens- und Bürgerrecht zu einer Diskriminierung führe und damit gegen das Gleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV verstosse. Auf der Basis dieses Bundesgerichtsentscheides ist somit festzuhalten, dass die Aufnahmeregelung der Beschwerdeführerin nicht mit der Verfassung vereinbar und daher grundsätzlich nicht rechtmässig ist.

d) Die Beschwerdeführerin macht hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebotes in ihren Rechtsschriften darauf aufmerksam, dass die Beschwerdegegner 1 und 2 Dritte und nicht Genossenbürger seien. Es stehe somit das Verhältnis zwischen Genossenbürgern und Dritten zur Diskussion, nicht aber dasjenige zwischen Bürgern innerhalb der Korporation. Sie leitet daraus ab, dass sich aus diesem Grund in Anwendung von Art. 37 Abs. 2 BV eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 8 BV rechtfertige, da Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln sei. Das Bundesgericht hat sich im oben erwähnten Urteil Mächler auch mit dieser Frage auseinandergesetzt und erklärt, Artikel 37 Abs. 2 BV gelange in diesem Fall nicht zur Anwendung, da dieser nur das Verhältnis von Nichtmitgliedern zur Genossame betreffe, während innerhalb der Genossame uneingeschränkt Art. 8 BV zu beachten sei. Ein Aufnahmegesuch wie dasjenige der Beschwerdegegner 1 und 2 wird vom Bundesgericht unter den Tatbestand der Ungleichbehandlung innerhalb der Genossame subsumiert, weshalb ausschliesslich Art. 8 BV anzuwenden ist und nicht Art. 37 Abs. 2 BV.

4. Nach der Praxis des Bundesgerichts lässt sich die Aufnahmeregelung der Beschwerdeführerin mit der geltenden Rechtsordnung nicht vereinbaren, da sie gegen das Gleichheitsgebot verstösst. Auf die in den Rechtsschriften in Verbindung mit Art. 37 Abs. 2 BV vieldiskutierte Frage, ob die Beschwerdegegner 1 und 2 Dritte seien, muss nicht weiter eingetreten werden, da diese Rechtsfrage bereits höchstrichterlich geklärt ist. Fraglich bleibt jedoch, ob diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall überhaupt angewendet werden kann. Die Beschwerdeführerin führt diesbezüglich nämlich aus, dass aufgrund der Gemeindeautonomie der Entscheid BGE 132 I 68 ff. nicht vorbehaltlos auf die Korporation D. übertragen werden könne. Sie hält fest, sie sei eine Gemeinde nach kantonalem Recht (§ 73 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 [KV, BGS 111.1]). Sie könne sich damit auf die Gemeindeautonomie berufen, soweit der Kanton einen Sachbereich nicht abschliessend ordne, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlasse und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräume (BGE 124 I 226 f. E. 2b). Dies unterscheide die Korporationsgemeinden im Kanton Zug wesentlich von der Genossame Lachen, auf welche sich das zitierte Bundesgerichtsurteil beziehe. Die Bundesverfassung von 1999 gewährleiste die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen

Rechts. In Art. 50 Abs. 2 BV werde überdies festgehalten, dass der Bund bei seinem Handeln die möglichen Auswirkungen auf die Gemeinden beachte. Die Beschwerdeführerin sei als Korporationsgemeinde autonom in der Regelung, wer Anteilhaber des Korporationsgutes sei und wer als neuer Korporationsgenosse aufgenommen werden könne (§ 136 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 [Gemeindegesetz, GG; BGS 171.1]). Das Stimmrecht sei im kantonalen Recht nur dergestalt geregelt, als § 138 GG festhalte, dass stimmberechtigt die gemäss § 27 der Kantonsverfassung und der Satzungen stimmfähigen Genossen seien, die in der Schweiz Wohnsitz hätten oder, wo Realnutzungsberechtigungen bestünden, die stimmfähigen Inhaber dieser Realrechte oder deren Bevollmächtigte. Das kantonale Recht schränke die Autonomie der Beschwerdeführerin bezüglich des Stimmrechts damit nur insofern ein, als es festhalte, dass die Genossen das Schweizer Bürgerrecht und in der Schweiz Wohnsitz haben müssten (§ 138 GG in Verbindung mit § 27 KV). In der weitergehenden, detaillierten Regelung des Stimmrechts sei die Korporation D. autonom (vgl. auch Markus Frigo: Die Bürger- und Korporationsgemeinden im Kanton Zug, Diss. Zürich 1971, Seite 18 f., wonach sich die Gemeindeautonomie auf «die Befugnis der Gemeinde, sich im Rahmen des kantonalen Rechts eine eigene Verfassung zu geben und darin organisatorische und Bestandesfragen selbständig zu regeln» beziehe). Diese Autonomie müsse der Bund aufgrund von Art. 50 Abs. 2 BV bei seinem Handeln beachten. Es könne somit festgehalten werden, dass die Aufhebung der Satzungen der Korporation D., soweit sie die Regelung ihrer Mitgliedschaftsrechte und ihr Stimmrecht betreffe, in ihren Autonomiebereich eingreife. Diese Autonomie sei aber von der Kantons- und der Bundesverfassung geschützt. Keinen Schutz dieser Autonomie geniesse die Genossame Lachen, weil sie keine Gemeinde im Sinne der kantonalen Gesetzgebung sei.

a) Das Ausmass der Autonomie der Beschwerdeführerin als Korporationsgemeinde ist die entscheidende Frage zur Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites. Würde diese im Sinne der Beschwerdeführerin ausgelegt, so läge es tatsächlich in ihrer Hand zu definieren, wer Dritter im Sinne von Art. 37 Abs. 2 BV ist, was eine differenzierte Auslegung von Art. 8 BV zulassen würde. Das Bundesgericht hat im wiederholt zitierten Entscheid BGE 132 I 68 ff. letztlich offen gelassen wie es sich verhielte, wenn die Genossame nach kantonalem Recht eine eigentliche Gemeinde wäre. Die Beschwerdeführerin legt in ihren Rechtsschriften ausführlich dar, dass sie als Gemeinde aufgrund der verfassungsmässig garantierten Autonomie ihre Regelung für die Mitgliedschaft selbst treffen darf und weist differenziert darauf hin, dass die getroffene Regelung mit dem kantonalen Recht vereinbar ist.

b) Die Argumentationsweise der Beschwerdeführerin lässt jedoch den entscheidenden Punkt ausser Acht. Eine Korporationsgemeinde stellt eine öffentlich-rechtliche Körperschaft dar. Als solche ist sie trotz gewährleisteter Autonomie in der Verrichtung ihrer Tätigkeiten und in der Festlegung ihrer Reglemente gemäss Art. 35 Abs. 2 BV in jedem Falle an die elementaren Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu deren Verwirklichung beizutragen, wenn sie staatliche Aufgaben wahrnimmt. Dass die Beschwerdeführerin öffentliche Aufgaben wahrnimmt, wurde bereits in BGE 117 1a 107 dargelegt, indem festgehalten wurde, dass die Korporationsgemeinden gemäss Verfassung des Kantons Zug eine der vier Gemeindearten darstellen würden. Die nähere Ausgestaltung erfolgt durch das Gemeindegesetz. Die Korporationsgemeinden leiteten damit ihren Bestand aus dem öffentlichen Recht ab. Auch die gegen ihre Entscheide gegebenen kantonalen Rechtsbehelfe sind diejenigen des öffentlichen Rechts. Die Korporation D. ist damit durch das kantonale Recht öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Dies allein reicht grundsätzlich für eine Bindung an die Grundrechte der Verfassung. Man könnte sich fragen, ob ein Kanton eine juristische Person öffentlich-rechtlich ausgestalten kann, wenn sie ausschliesslich private Aufgaben erfüllt. Wohl beschränkt sich die Tätigkeit der Beschwerdeführerin auf das Erhalten und Verwalten des Korporationsgutes. Indessen kann allein daraus noch nicht geschlossen werden, dass dies nicht im öffentlichen Interesse erfolge. Paragraph 73 Abs. 2 der Zuger Kantonsverfassung hält ausdrücklich fest, dass das Korporationsgut unter Vorbehalt von gemeinnützigen Zuwendungen in seinem Bestand als unteilbares Gut zu erhalten sei. Es darf somit nicht für private Zwecke verwendet werden. Geschichtlich handelt es sich beim Korporationsgut um Gemeindevermögen, das im Laufe des 19. Jahrhunderts verselbständigt und vom politischen Gemeindehaushalt abgetrennt worden ist. Die Korporation D. stellt somit eine Art verselbständigtes Gemeindevermögen dar. Die Verwaltung eines Vermögens kann aber,

wenn diese öffentlichen Interessen zu dienen hat, zu den öffentlichen Aufgaben gerechnet werden. Auch vom Zweck her lässt sich die Zuordnung zum öffentlichen Recht somit ohne weiteres rechtfertigen.

c) Zur Frage inwieweit die Beschwerdeführerin an die Grundrechte gebunden ist, haben sich mehrere Rechtsgutachten im Auftrag der Beschwerdeführerin ausführlich geäussert. Professor Dr. iur., LL.M, RA Tobias Jaag von der Universität Zürich und Dr. iur., LL. M., RA Markus Rüssli halten in ihrem Gutachten vom 28. August 2007 diesbezüglich fest, dass das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Genossame Lachen gegen Mächler vom 3. Februar 2006 (BGE 132 I 68 ff.) auch auf die Korporation D. Anwendung finde. Dass es sich bei dieser anders als bei der Genossame Lachen um eine Gemeinde handle, ändere daran nichts. Die zugerischen Korporationen leiteten ihren Bestand aus dem öffentlichen Recht ab, weshalb es sich um Körperschaften des kantonalen Rechts handle. Man sei zwar in der Ausgestaltung der Satzungen grundsätzlich frei, habe aber die Grundrechte zu beachten. Dies ergebe sich namentlich aus Art. 35 Abs. 2 BV. Die Erwägungen des Bundesgerichts in Sachen Genossame Lachen würden in gleicher Weise auch für die Korporation D. gelten, auch wenn das Bundesgericht die Frage, wie es sich verhielte, wenn die Genossame nach kantonalem Recht eine Gemeinde wäre, ausdrücklich offen gelassen habe. Im Unterschied zur Genossame Lachen handle es sich bei der Korporation D. zwar um eine Gemeinde. Für die Verleihung des Gemeindebürgerrechts sei jedoch nicht sie, sondern die Bürgergemeinde zuständig. Die Mitgliedschaftsregelung in den Korporationsstatuten stehe also nicht in einem besonders engen Zusammenhang zur Bürgerrechtsgesetzgebung des Bundes; sie sei nicht Vorstufe oder erste Stufe zum Kantons- und Schweizerbürgerrecht. Gleich wie im Fall der Genossame Lachen sei eine Überprüfung der Statutenbestimmungen durch das Bundesgericht gestützt auf Art. 190 (früher Art. 191) BV deshalb nicht ausgeschlossen. Dass es sich bei der Korporation D. anders als bei der Genossame Lachen um eine Gemeinde handle, ändere daran nichts. Professor Dr. iur. Paul Richli von der Universität Luzern teilt diese Rechtsauffassung und führt in seinem Gutachten zu dieser Frage aus, als öffentlich-rechtliche Körperschaft, welche eine öffentliche Aufgabe wahrnehme, sei die Korporation D. in ihrem gesamten Handeln an die Grundrechte gebunden. Die Mitgliedschaftskriterien müssten namentlich den Gleichbehandlungsgrundsatz wahren. Diese Ansicht teilt auch Dr. iur., Dr. h.c. Jörg Paul Müller von der Universität Bern, welcher mit Stellungnahme vom 3. Mai 2007 die Frage verneinte, ob die heute gültige Fassung der Statuten der Korporation D., namentlich § 2 ff., vor der Bundesverfassung standhalte, da das Urteil des Bundesgerichts betreffend Genossame Lachen im entscheidenden Punkt eindeutig sei.

d) In aller Kürze ist weiter festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin auch aus dem Umstand, dass die Zuger Kantonsverfassung, welche nach Vorgabe von Art. 51 Abs. 1 BV gewährleistet worden ist, den Korporationsgemeinden in Verbindung mit dem Zuger Gemeindegesetz Autonomie in der Festlegung ihrer Satzungen gewährt, nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Der Gewährleistungsbeschluss einer Kantonsverfassung hat lediglich deklaratorische Wirkung (vgl. hierzu Häfelin, Haller, Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, N 1024 ff.) und führt in keinem Fall zu einer Wegbedingung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Wenn die Kantonsverfassung in Verbindung mit dem Gemeindegesetz festlegt, dass die Korporationsgemeinde bestimmen kann, wer als neuer Korporationsgenosse aufgenommen werden kann, wenn also mit anderen Worten die Beschwerdeführerin autonom über ihre Satzungen bestimmen kann, so bedeutet dies in keiner Weise, dass sie als öffentlich-rechtliche Körperschaft dabei nicht an die elementaren Grundrechte wie in concreto die Rechtsgleichheit gebunden ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin stellt dies keinen Widerspruch dar. Wenn sie diesbezüglich weiter festhält, Grundrechte gälten nicht immer absolut und als Beispiel die allgemeine Wehrpflicht anführt, so ist dieser Einwand unbehelflich. Wohl gelten Grundrechte nur in ihrem Kerngehalt absolut und können unter Umständen eingeschränkt werden. Solche Einschränkungen müssen jedoch den Anforderungen von Art. 36 BV standhalten und somit sachlich begründet sein. Die vorliegend strittige Ungleichbehandlung wurde - wie vorstehend bereits dargelegt - vom Bundesgericht jedoch als sachlich nicht begründet beurteilt.

(...)

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz die Beschwerde gegen den

Nichtaufnahmebeschluss zu Recht gutgeheissen hat, da die Statuten der Beschwerdeführerin gemäss geltender Bundesgerichtspraxis einen Verstoss gegen das Gebot der Rechtsgleichheit von Art. 8 BV darstellen. Die Beschwerdeführerin ist nach den gesetzlichen Bestimmungen und auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine öffentlich-rechtliche Körperschaft und als solche trotz der in Art. 50 BV gewährleisteten Gemeindeautonomie an die Grundrechte gebunden, weshalb die verfassungswidrigen Statutenbestimmungen keine Anwendung finden und revidiert werden müssen. Somit dringt die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen nicht durch, weshalb die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist und der Beschluss der Vorinstanz zu bestätigen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Januar 2012 V 2011 / 82

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheit wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 22. Juni 2012 abgewiesen, soweit es darauf eintrat (2C_925/2011).

§ 5 Bürgerrechtsgesetz
Regeste:

§ 5 Bürgerrechtsgesetz: Bei selbständigen Einbürgerungsgesuchen von Minderjährigen und jungen Erwachsenen ohne eigenes regelmässiges Einkommen und ohne Vermögen, hat die Einbürgerungsbehörde zu prüfen, ob deren Eltern bzw. gesetzliche Vertreter das Kriterium der geordneten finanziellen Verhältnisse erfüllen (Erw. 4.2 d). Bei der Prüfung der übrigen Eignungskriterien ist ein altersgerechter Massstab anzulegen, so auch bei der Kenntnis der mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten (Erw. 5.1 und 5.2). – § 28 VRG: Zieht eine ursprünglich verfügende Behörde, die im Beschwerdeverfahren nach § 39 VRG vor dem Regierungsrat unterlegen ist, den Fall ans Verwaltungsgericht weiter, wird sie zu einer «Partei mit gegensätzlichen Interessen» im Sinne von § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG. Folgen für die Zusprache der Parteientschädigung (Erw. 7.2; Praxisänderung).

Aus dem Sachverhalt:

A.B. wurde am 17. November 1995 in Schwyz als mazedonische Staatsangehörige geboren. Seit dem 1. Juni 2000 wohnt sie in der Gemeinde X. im Kanton Zug. Am 29. Juni 2009 leiteten ihre Eltern für sie ein Einbürgerungsverfahren ein. Am 12. April 2010 lud der Bürgerrat der Bürgergemeinde X. die damals 14-jährige Gesuchstellerin und ihre Eltern zu einem Gespräch ein. Dabei empfahl der Bürgerrat A.B. die Rückstellung ihres Einbürgerungsgesuchs. In der Folge verlangten die Eltern den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung, worauf der Bürgerrat am 15. Dezember 2010 feststellte, dass A.B. die gesetzlichen Voraussetzungen von § 5 des kantonalen Bürgerrechtsgesetzes zur Zeit nicht erfülle, und ihr Einbürgerungsgesuch abwies. Dagegen liess A.B. beim Regierungsrat Beschwerde einreichen. Dieser hiess die Beschwerde gut und wies die Sache zur Neubeurteilung an den Bürgerrat zurück. Kosten wurden keine erhoben, und eine Parteientschädigung liess der Regierungsrat der obsiegenden Seite nicht ausrichten.

Gegen diesen Entscheid lässt der Bürgerrat der Bürgergemeinde X. (fortan: Beschwerdeführer) am 20. Oktober 2011 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und unter Kostenfolgen beantragen, der Entscheid des Regierungsrats sei aufzuheben. In der Folge beantragt der Regierungsrat (fortan: Beschwerdegegner 2) die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Auch die Gesuchstellerin (fortan: Beschwerdegegnerin 1) lässt u.a. die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers, auch für das vorinstanzliche Verfahren.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Vorliegend handelt es sich um das selbständige Einbürgerungsgesuch einer minderjährigen, in der Schweiz geborenen und seither ununterbrochen in der Schweiz wohnenden Person. Es ist zunächst die gesetzliche Regelung der Bürgerrechtserteilung durch behördlichen Beschluss für diesen Fall darzustellen.

3.1 Neben den im Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (BüG CH, SR 141.0) statuierten Mindestvorschriften (BGer 1D_5/2009 vom 25. August 2010, Erw. 3.2.) befinden sich die einschlägigen Vorschriften im Kanton Zug im Gesetz betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und des Kantonsbürgerrechts vom 3. September 1992 (BüG ZG, BGS 121.3). (...)

3.2 In Bezug auf die formelle Zulassung ist Art. 15 Abs. 1 BüG CH zu entnehmen, dass das Gesuch um Bewilligung nur der Ausländer stellen kann, der während insgesamt zwölf Jahren in der Schweiz gewohnt hat, wovon drei in den letzten fünf Jahren vor Einreichung des Gesuches. Weiter bestimmt Art. 15 Abs. 2 BüG CH, dass für die Frist von zwölf Jahren die Zeit, während welcher der Bewerber zwischen seinem vollendeten 10. und 20. Lebensjahr in der Schweiz gelebt hat, doppelt gerechnet wird (...) Laut Art. 34 Abs. 1 BüG CH können Unmündige das Gesuch um Einbürgerung nur durch ihren gesetzlichen Vertreter einreichen. Art. 34 Abs. 2 BüG CH statuiert, dass über 16 Jahre alte Bewerber zudem ihren eigenen Willen auf Erwerb des Schweizer Bürgerrechts schriftlich zu erklären haben. Gemäss § 10 Abs. 1 BüG ZG können Ausländer, die im Besitz der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung sind, das Gemeinderecht der Wohngemeinde erwerben, wenn sie mindestens fünf Jahre im Kanton Zug gewohnt haben, wovon die letzten drei Jahre ununterbrochen in der Einbürgerungsgemeinde. Paragraph 11 BüG ZG regelt unter der Überschrift «Wohnsitzerfordernisse für jugendliche Ausländer der zweiten Generation» in Absatz 1, dass jugendlichen, in der Schweiz geborenen und aufgewachsenen Ausländern, die das Einbürgerungsgesuch vor dem 22. Altersjahr stellen und nach § 5 geeignet sind, nach Erteilung der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung das Gemeindebürgerrecht der Wohngemeinde zu erteilen ist, wenn sie mindestens fünf Jahre im Kanton Zug gewohnt haben. (...) Aufgrund von § 8 BüG ZG können Unmündige nach zurückgelegtem 16. Altersjahr selbständig das Gesuch um Einbürgerung stellen, jüngere Bewerber und Bevormundete oder Entmündigte nur durch den gesetzlichen Vertreter.

3.3 Das Einbürgerungsverfahren im Kanton und in der Gemeinde wird durch das kantonale Recht geregelt (Art. 15a BüG CH). Paragraph 5 BüG ZG bestimmt in Absatz 1, dass das Gemeinde- und das Kantonsbürgerrecht nur Bewerbern erteilt werden darf, die auf Grund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung ist insbesondere zu prüfen, ob der Bewerber mit den schweizerischen, kantonalen, örtlichen Lebensgewohnheiten vertraut ist, die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten kennt und beachten will, genügend Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern besitzt sowie geordnete persönliche, familiäre und finanzielle Verhältnisse nachweisen kann.

3.4 In Einbürgerungsverfahren wird über den rechtlichen Status von Einzelpersonen entschieden. Das Einbürgerungsverfahren wird auf Gesuch des Bewerbers eingeleitet. In diesem Verfahren wird insbesondere abgeklärt, ob der Bewerber in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert ist und mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vertraut ist, d.h. es erfolgt eine einzelfallbezogene Prüfung. Das Verfahren endet mit der Erteilung des Bürgerrechts oder der Abweisung des Gesuchs, d.h. einer individuell-konkreten Anordnung, die alle Merkmale einer Verfügung erfüllt. Das Einbürgerungsverfahren ist kein Vorgang in einem rechtsfreien Raum: Auch wenn kein Anspruch auf Einbürgerung besteht, muss die zuständige Behörde die einschlägigen Verfahrensbestimmungen und den Anspruch der Bewerber auf möglichste Wahrung ihres Persönlichkeitsrechts beachten; sie darf weder willkürlich noch diskriminierend entscheiden. Sie muss ihr Ermessen – auch wenn es sehr weit ist – pflichtgemäss, nach Sinn und Zweck der Bürgerrechtsgesetzgebung ausüben. Es handelt sich materiell um einen Akt der Rechtsanwendung. Die Gesuchsteller haben im Einbürgerungsverfahren Parteistellung: Sie haben Anspruch auf einen Entscheid über ihr Gesuch, d.h. auf verfügungsmässige Erledigung des Einbürgerungsverfahrens. Als Partei eines Verwaltungsverfahrens haben sie Anspruch auf Gewährung

des rechtlichen Gehörs und auf eine Begründung, wenn ihr Gesuch abgewiesen wird (vgl. BGE 129 I 232, Erw. 3.3). (...)

(...)

4. Der Beschwerdeführer lässt sinngemäss vortragen, er verfüge bei der Entscheidfindung bei der Prüfung der Voraussetzung der geordneten persönlichen finanziellen Verhältnisse im Rahmen von § 5 BüG ZG über einen Ermessensspielraum. Er dürfe generell voraussetzen, dass die Beschwerdegegnerin 1 ihren Lebensunterhalt selbst bestreiten könne, ohne auf die Unterstützung Dritter angewiesen zu sein. Er verfüge über eine gefestigte und rechtsgleich angewandte Praxis, Gesuche von minderjährigen einbürgerungswilligen Personen erst dann zu behandeln, wenn diese mindestens eine Lehre abgeschlossen hätten.

4.1 Es ist richtig, dass der Beschwerdeführer über einen Ermessensspielraum bei seiner Entscheidfindung verfügt, so auch bei Einbürgerungsverfahren von jugendlichen Ausländern der zweiten Generation. Es stellt sich allerdings die Frage, ob er im vorliegenden Fall sein Ermessen missbraucht hat. (...)

4.2 a) Wie der Beschwerdegegner 2 richtig festgestellt hat, will der Bundesgesetzgeber die Einbürgerung Unmündiger privilegieren, indem er bei einem formellen Zulassungskriterium zum Verfahren – der Wohnsitzfrist des Gesuchstellers in der Schweiz – die Hürde für Jugendliche erheblich herabgesetzt hat. Aufgrund von Art. 15 Abs. 2 BüG CH i.V.m. Art. 15 Abs. 1 BüG CH kann ein in der Schweiz geborener Jugendlicher bereits nach dem vollendeten elften Lebensjahr ein Einbürgerungsgesuch stellen. Aus Art. 34 Abs. 1 und Abs. 2 BüG CH ergibt sich zudem, dass solche Jugendliche auch nur für sich alleine das Einbürgerungsverfahren durchlaufen können. Wie der Beschwerdegegner 2 zudem richtig angeführt hat, war diese Privilegierung Jugendlicher bei Erlass des eidgenössischen Bürgerrechtsgesetzes im Jahre 1951 bewusst angestrebt worden, da im Allgemeinen ein erhöhtes Interesse an einer Einbürgerung der hier aufwachsenden ausländischen Kinder besteht (vgl. BBl 1951 II 669, S. 695). Auch der Gesetzgeber im Kanton Zug wollte bei der Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes im Jahre 1991 die Einbürgerung von jugendlichen Ausländern der zweiten Generation gezielt erleichtern. Dies tat er einerseits über eine Verkürzung der Wohnsitzfristen in § 11 BüG ZG, indem bei diesen Jugendlichen lediglich an der ununterbrochenen Wohnsitzdauer von fünf Jahren im Kanton Zug angeknüpft wird und nicht, wie bei den Erwachsenen in § 10 BüG ZG, zusätzlich noch eine ununterbrochene Wohnsitzfrist von drei Jahren in der Einbürgerungsgemeinde gefordert wird, bevor sie zum Einbürgerungsverfahren in ihrer Wohngemeinde zugelassen werden. Ferner bekamen diese Jugendlichen gegenüber den Erwachsenen auch im Verfahren eine privilegierte Stellung, (...). Die Kompetenz zur Einbürgerung der in der Schweiz geborenen Jugendlichen wurde nämlich schon 1992 dem Bürgerrat übertragen, während die erwachsenen Ausländer und nicht in der Schweiz geborene Jugendliche weiterhin durch Beschluss der Bürgergemeindeversammlung eingebürgert wurden (vgl. mit § 16 Abs. 2 BüG ZG in der Fassung vom 3. September 1992, in: GS Zug 24 129, S. 133). Dem regierungsrätlichen Bericht und Antrag zu Händen des Kantonsrates aus dem Jahr 1991 ist denn auch zu entnehmen, dass die im Gesetz vorgesehenen Erleichterungen für jugendliche Ausländer der zweiten Generation eine der sechs wesentlichen Änderungen des totalrevidierten Bürgerrechtsgesetzes darstellen würde (vgl. Regierungsratsvorlage Nr. 7568, Totalrevision des kantonalen Bürgerrechtsgesetzes vom 19. November 1991, S. 8), ferner dass sich im Vernehmlassungsverfahren gezeigt habe, dass gerade die erleichterte Einbürgerung von jugendlichen Ausländern von vielen Seiten ausdrücklich befürwortet worden sei (ebda., S. 9) und dass mit dieser Erleichterung eine Empfehlung der Konferenz der Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen umgesetzt werde (ebda. S. 14). Während den parlamentarischen Debatten zum totalrevidierten Bürgerrechtsgesetz erfolgten mit Blick auf die Regelung in § 11 BüG ZG keine Stellungnahmen (KR-Protokolle vom 21. Mai 1992, Nr. 354, S. 584-589 und vom 3. September 1992, Nr. 427, S. 746 f.). Die erleichterte Einbürgerung von jugendlichen in der Schweiz geborenen Ausländern im Kanton Zug war beim damaligen Gesetzgeber offenbar unbestritten. Wie schon das eidgenössische Bürgerrechtsgesetz sieht auch das kantonale Gesetz seit seiner Totalrevision im Jahr 1992 die Möglichkeit vor, dass Minderjährige selbständig, also ohne ihre Eltern, ein Einbürgerungsverfahren durchlaufen können. Solange sie noch nicht 16 Jahre alt

sind, kann das verfahrenseinleitende Gesuch allerdings nur durch ihren gesetzlichen Vertreter gestellt werden (vgl. § 8 BüG ZG i.V.m. § 7 Abs. 1 BüG ZG). Weder im regierungsrätlichen Bericht und Antrag vom 19. November 1991 noch in den parlamentarischen Debatten wurde auf diese Regelung besonders eingegangen. Damit ist davon auszugehen, dass sie unbestritten und vom Gesetzgeber bewusst so gewollt war. Aufgrund der Regelung im Bürgerrechtsgesetz des Kantons Zug in Kombination mit derjenigen im eidgenössischen Bürgerrechtsgesetz kann also ein in der Schweiz geborener Ausländer, der seither in der Schweiz gelebt hat und ab seinem sechsten Lebensjahr ununterbrochen im Kanton Zug wohnt, schon nach seinem vollendeten elften Lebensjahr ein Einbürgerungsgesuch durch seinen gesetzlichen Vertreter stellen lassen und anschliessend selbständig ein Einbürgerungsverfahren durchlaufen.

b) Die Beschwerdegegnerin 1 erfüllte zum Zeitpunkt der Einreichung ihres Gesuchs als damals 13-Jährige unbestrittenermassen die obgenannten Voraussetzungen. Sie konnte demnach von den in den beiden anwendbaren Bürgerrechtsgesetzen bewusst gewollten Erleichterungen für in der Schweiz geborene und aufgewachsene ausländische Jugendliche profitieren. Entsprechend hatte auch der Bürgerrat der Gemeinde X. als für sie zuständige Einbürgerungsbehörde das Verfahren in Bezug auf das Gemeindebürgerrecht durchzuführen (§ 16 Abs. 1 BüG ZG), was er denn auch korrekterweise tat. Dabei hat er die Eignungskriterien anhand von § 5 BüG ZG geprüft, was ebenfalls nicht zu beanstanden ist.

c) Bei dieser Prüfung ist der Beschwerdeführer allerdings zum Schluss gekommen, dass die Beschwerdegegnerin 1 das Kriterium der geordneten finanziellen Verhältnisse nicht erfülle. (...) Er verfüge daher über eine gefestigte und rechtsgleich angewandte Praxis, Gesuche von minderjährigen einbürgerungswilligen Personen erst dann zu behandeln, wenn diese mindestens eine Lehre abgeschlossen hätten. Die Beschwerdegegner haben daraus gefolgert, dass der Beschwerdeführer damit faktisch die Einbürgerung unmündiger Einbürgerungswilliger verunmögliche. Der Beschwerdegegner 2 hat mit Blick auf Sinn und Zweck der vom Gesetz vorgesehenen erleichterten Einbürgerungsbedingungen für minderjährige Ausländer der zweiten Generation zudem festgehalten, dass diese Praxis auf eine nicht im Gesetz vorgesehene Voraussetzung gründe, womit der Beschwerdeführer das Legalitätsprinzip verletzt habe. Diesen Schlussfolgerungen ist beizupflichten, zumal diese Praxis nicht nur minderjährige Jugendliche, sondern auch junge Erwachsene trifft. Die meisten Jugendlichen haben ihren 18. Geburtstag schon länger hinter sich, wenn sie nach der dreijährigen Berufslehre ihre erste Stelle antreten und ihren eigenen Lebensunterhalt bestreiten können. Die Praxis des Beschwerdeführers zu Ende gedacht bedeutet ausserdem, dass Jugendliche, die eine vierjährige Lehre absolvieren, und solche, welche die Sekundarstufe II (Kantonsschule, Fachmittelschulen und Wirtschaftsmittelschulen) besuchen, erst in ihrem 19. oder 20. Lebensjahr Aussicht auf Behandlung ihres Einbürgerungsgesuchs in X. haben, vorausgesetzt sie treten nach ihrer Ausbildung sofort ins Berufsleben ein. Ferner könnten junge ausländische Erwachsene, welche die tertiäre Bildungsstufe in Anspruch nehmen (Besuch von Universität, ETH oder Fachhochschulen) überhaupt nicht von den erleichterten Einbürgerungsbedingungen gemäss § 11 BüG ZG profitieren, wenn sie in der Gemeinde X. wohnen, da sie bis zu ihrem vollendeten 22. Lebensjahr in den allermeisten Fällen noch über gar kein eigenes regelmässiges Einkommen verfügen. Die Praxis des Beschwerdeführers führt schliesslich auch dazu, dass ausländische Minderjährige der zweiten Generation in der Gemeinde X. umgekehrt dann gute Aussichten auf Behandlung ihres Einbürgerungsgesuchs haben, wenn sie selber vermögend sind oder als Ausnahmetalente etwa im sportlichen oder künstlerischen Bereich über eine eigene regelmässig Einkommensquelle verfügen, aber auch, wenn sie nach der obligatorischen Schulzeit auf eine Berufslehre verzichten und eine Arbeitsstelle antreten, für die keine besonderen Qualifikationen verlangt werden. Ferner müsste die erwähnte Praxis des Beschwerdeführers, konsequent umgesetzt, dazu führen, dass es keine Einbürgerungen mehr von unmündigen Kindern geben könnte, die gemäss § 7 Abs. 1 BüG ZG in das Einbürgerungsgesuch ihrer Eltern einbezogen worden sind. Denn auch diese sind auf die finanzielle Unterstützung ihrer Eltern angewiesen und würden damit die Voraussetzung der geordneten finanziellen Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 BüG ZG in der Interpretation des Beschwerdeführers nicht erfüllen. Dass dies alles nicht Absicht des Gesetzgebers war, als er die erleichterten Zulassungskriterien zum Einbürgerungsverfahren für jugendliche Ausländer der zweiten Generation ins Gesetz schrieb, steht nach

dem Gesagten (vgl. Erw. 4.2.a) ausser Zweifel. Die Praxis des Beschwerdeführers widerspricht damit eklatant Sinn und Zweck von § 11 Abs. 1 BüG ZG und erweist sich als unhaltbar. (...)

d) Es stellt sich die Frage nach einem geeignetem Kriterium zur Feststellung der geordneten finanziellen Verhältnisse bei Einbürgerungsgesuchen von Ausländern der zweiten Generation, die ihr Gesuch als Minderjährige oder junge Erwachsene stellen und die über kein eigenes Einkommen oder Vermögen verfügen. Der Beschwerdegegner 2 verweist in diesem Zusammenhang auf einen Entscheid des Bundesgerichts, der einen Fall aus dem Kanton Zürich betrifft. Massgebende Gesetzesgrundlage bei der Eignungsprüfung von einbürgerungswilligen, in der Schweiz geborenen jungen Ausländern ist in Zürich § 21 Abs. 2 des Gemeindegesetzes vom 6. Juni (GemeindeG, LS 131.1) i.V.m. § 21 Abs. 1 GemeindeG. Ein in der Schweiz geborener Ausländer wird demnach in das Gemeindebürgerrecht aufgenommen, wenn er neben anderen zu erfüllenden Voraussetzungen seine Familien zu erhalten vermag. Paragraph 5 der Bürgerrechtsverordnung vom 25. Oktober 1978 (BüV ZH, LS 141.11) verdeutlicht sodann, was unter der verlangten Fähigkeit der wirtschaftlichen Erhaltung zu verstehen ist. Sie besteht gemäss dieser Bestimmung, wenn die Lebenskosten und Unterhaltsverpflichtungen eines Bewerbers voraussichtlich in angemessenem Umfang durch Einkommen, Vermögen und Rechtsansprüche gegen Dritte abgedeckt sind. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall befand sich die Gesuchstellerin ebenfalls noch in Ausbildung und war finanziell von den Eltern abhängig. Diese bezogen aber Sozialhilfe, und das Bundesgericht hat festgestellt, dass die Gesuchstellerin somit faktisch auch Sozialhilfe beziehen würde, womit die Fähigkeit zur wirtschaftlichen Erhaltung nicht gegeben und die Gesuchstellerin somit zurecht nicht eingebürgert worden sei (BGer 1D_5/2009 vom 25. August 2010, Erw. 3.2 und 3.3). Insofern ist der Zürcher Fall mit dem hier Vorliegenden nicht zu vergleichen. Indessen führt das höchste Gericht in seinen Erörterungen ebenfalls aus, dass abgesehen von der durch ihn zu beurteilenden Konstellation Unterhaltsansprüche von Einbürgerungswilligen gegenüber ihren Eltern an sich als Rechtsansprüche gegen Dritte im Sinne von § 5 BüV ZH anzusehen seien, indem es ausführte: «Entscheidend ist in erster Linie der Umstand, dass nicht angenommen werden kann, dass mit § 21 GemeindeG und § 5 BüV der Unterhaltsanspruch von Kindern – sowohl nach Art. 276 wie Art. 277 ZGB – hätte vorbehalten werden sollen. Auch im Zusammenhang mit der ausländerrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung sind keine Anzeichen für eine derartige Auslegung ersichtlich» (BGer 1D_5/2009, Erw. 3.2). Somit war es nicht falsch, wenn der Beschwerdegegner 2 in seinem Entscheid auf das erwähnte Bundesgerichtsurteil abstellte. Da, wie festgestellt, es Sinn und Zweck von § 11 BüG ZG ist, minderjährige und erwachsene Jugendliche, die in der Schweiz auf die Welt gekommen und im Kanton Zug aufgewachsen sind, erleichtert einzubürgern, müssen die Behörden bei diesem Personenkreis auch das materiellrechtliche Eignungskriterium der geordneten finanziellen Verhältnisse in § 5 Abs. 2 BüG ZG jugendgerecht auslegen und entsprechend anwenden. Nach dem Gesagten ist es somit nicht zu beanstanden, wenn der Beschwerdegegner 2 feststellt, dass Sinn und Zweck von § 5 BüG ZG in diesem Punkt mit demjenigen von § 5 BüV ZH übereinstimmt. (...) Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist somit an dieser Stelle festzuhalten, dass an der vom Beschwerdegegner 2 vorgenommenen Auslegung von § 5 Abs. 2 BüG ZG im Hinblick auf Einbürgerungsgesuche von den in § 11 BüG ZG erfassten minderjährigen und erwachsenen jugendlichen Ausländern der zweiten Generation nichts zu beanstanden ist. Somit wird der Beschwerdeführer angehalten, bei ähnlich gelagerten Fällen seine bisherige Praxis nicht mehr weiter zu verfolgen. Bei den gestützt auf § 11 BüG ZG gestellten Einbürgerungsgesuchen von Minderjährigen und jungen Erwachsenen, die noch über kein eigenes regelmässiges Einkommen oder noch über kein eigenes Vermögen verfügen und die sich noch in der ordentlichen Erstausbildung befinden, hat die zuständige Einbürgerungsbehörde bei der Prüfung der Voraussetzung der geordneten finanziellen Verhältnisse darauf abzustellen, ob die Eltern bzw. gesetzlichen Vertreter der Gesuchsteller dieses Kriterium erfüllen. Ist dies zu bejahen, kann ihnen die Einbürgerung nicht mit der Begründung verweigert werden, sie würden nicht in geordneten finanziellen Verhältnissen leben. Auch eine Sistierung des Einbürgerungsgesuchs ist mit dieser Begründung in solchen Fällen nicht statthaft.

(...)

5. Der Beschwerdeführer stellt sich weiter auf den Standpunkt, der Beschwerdegegner 2 habe unerlaubt

in seine Autonomie eingegriffen, indem er in seinem Entscheid vom 20. September 2011 erwog, das Kriterium der Kenntnisse der mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichte sei bei jugendlichen Gesuchstellern weniger stark zu gewichten als bei Erwachsenen.

5.1 Es trifft zu, dass der Beschwerdeführer auch bei der Prüfung der in § 5 Abs. 2 BüG ZG enthaltenen Voraussetzung der Kenntnisse der mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten über einen Ermessensspielraum verfügt. Doch gilt hier das Gleiche, wie zuvor schon festgehalten, nämlich dass auch dieses Kriterium in den Einbürgerungsfällen gemäss § 11 BüG ZG entsprechend dem Sinn und Zweck des Gesetzes auszulegen und anzuwenden ist (Erw. 4.2 d). Dies bedeutet, dass die zuständige Behörde bei ihrer Prüfung insbesondere auf das Alter und den Ausbildungsstand des Einbürgerungskandidaten Rücksicht zu nehmen hat. Hat sie das nicht getan, wie von den Beschwerdegegnern behauptet, hätte sie unverhältnismässig gehandelt und damit eine Rechtsverletzung begangen (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) und damit das ihr eingeräumte Ermessen missbraucht. Diese Frage gilt es nachfolgend zu klären. Den Akten kann dazu Folgendes entnommen werden:

a) Dem am 1. Juli 2009 bei der Direktion des Innern eingegangenen Einbürgerungsgesuch der zu diesem Zeitpunkt 13-jährigen Beschwerdegegnerin 1 war auch ein ergänzender Fragebogen des Zivilstands- und Bürgerrechtsdienstes beigefügt, den die Beschwerdegegnerin 1 ebenfalls ausgefüllt hat. In Ziffer 4 wurde in diesem ergänzenden Fragebogen nach den politischen Interessen gefragt. Die Beschwerdegegnerin 1 gab dabei an, dass sie nicht an politischen Aktivitäten teilnehme und nicht in einer politischen Partei oder Gruppierung aktiv sei. Bei der Frage c) «Wie ist Ihre Einstellung zur schweizerischen Demokratie» antwortete sie: «Ich kenne mich nicht aus.» Aus dem Fragebogen geht weiter hervor, dass die Gesuchstellerin in jenem Zeitpunkt die erste Klasse im Oberstufenschulhaus der Gemeinde X. besuchte.

(...)

c) Dem Protokoll der Bürgerratssitzung vom 12. April 2010 kann entnommen werden, dass die Vertreter des Beschwerdeführers sich zuerst eine Viertelstunde alleine mit der Beschwerdegegnerin 1 – sie war damals inzwischen 14-jährig – unterhalten haben. Danach fand ein 25 Minuten dauerndes Gespräch mit den Eltern statt. Im ersten Teil berichtete die Beschwerdegegnerin 1 zunächst über ihre aktuelle Lebenssituation. Darauf erkundigten sich die Behördenvertreter danach, ob sie in der Schweiz weitere Verwandte habe. Anschliessend hielt ihr der Bürgerratspräsident vor, sie habe in ihrem Gesuch Personen als Referenzen angegeben, welche sie gar nicht kennen würden. Er erklärte weiter, dass es nicht gehe, falsche Angaben zu machen und es riskant sei, solche Angaben auf einem öffentlichen Papier zu machen. Darauf teilte ihr der Bürgerpräsident mit, dass die Integration und die Deutschkenntnisse kein Problem darstellen würden. Anders würde es sich mit der finanziellen Unabhängigkeit verhalten. Diese sei noch nicht gegeben. Er empfehle ihr, das Gesuch zurückzustellen, bis sie eine Ausbildung beendet habe und eine Anstellung vorhanden sei. Die mangelnden staatsbürgerlichen Kenntnisse wurden beim Gespräch mit der Beschwerdegegnerin 1 gemäss Protokoll nicht angesprochen. Dem Papier kann weiter entnommen werden, dass beim nachfolgenden Gespräch zwischen Vertretern des Beschwerdeführers und den Eltern der Beschwerdegegnerin 1 die fehlerhaften Referenzen und die finanzielle Abhängigkeit der Beschwerdegegnerin 1 thematisiert wurden. Die mangelnden Kenntnisse der Beschwerdegegnerin 1 im Bereich Politik und Staatskunde wurden bei diesem zweiten Gespräch nicht zur Sprache gebracht.

d) In einem an die Beschwerdegegnerin 1 gerichteten Schreiben vom 30. April 2010 erklärt der Beschwerdeführer, wieso er ihr empfehle, das Einbürgerungsgesuch bis zu einem Ausbildungs-/Lehrende zurückzustellen. (...) Die mangelnden staatsbürgerlichen Kenntnisse sind in diesem Brief kein Thema.

e) In der beschwerdefähigen Verfügung vom 15. Dezember 2010 wird der Beschwerdegegnerin 1 in den Erwägungen in Abschnitt N vorgehalten, sie sei noch nicht ausreichend in der Lage, die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichte und insbesondere die Tragweite einer innerhalb der Familie isoliert erfolgten Einbürgerung richtig einzuschätzen.

5.2 Führt man sich dieses Geschehen vor Augen, ist Folgendes festzuhalten: Die Beschwerdegegnerin 1 hat als damals 13-jährige Gesuchstellerin auf einem offensichtlich für erwachsene Gesuchsteller konzipierten Fragebogen auf die Frage nach ihrer Einstellung zur schweizerischen Demokratie mit entwaffnender Offenheit diejenige Antwort gegeben, welche höchstwahrscheinlich die meisten ihrer Altersgenossen, welche die Oberstufe im Kanton Zug besuchen, in derselben Situation auch geben würden, nämlich dass sie sich nicht auskenne. (...) Aus den Akten geht aber auch hervor, dass die Vertreter der Beschwerdeführer, fast ein Jahr nachdem die Beschwerdegegnerin 1 den Fragebogen ausgefüllt hat, sich nicht danach erkundigt haben, ob die nunmehr 14 Jahre alt gewordene Oberstufenschülerin inzwischen doch über staatsbürgerliche Kenntnisse bzw. Interessen verfügt. Der Beschwerdeführer hat in seinen Rechtschriften behaupten lassen, die Beschwerdegegnerin 1 würde staatsbürgerlichen Unterricht geniessen. Dies steht allerdings keineswegs fest, jedenfalls hat er die Behauptung durch nichts belegt. Doch wenn der Beschwerdeführer sich schon auf diesen Standpunkt stellt, erstaunt es umso mehr, dass er das Gespräch vom 12. April 2010 mit der Beschwerdegegnerin 1 nicht zum Anlass genommen hat, altersgerecht nachzuhaken und sich mit ihr über dieses Schulfach zu unterhalten. Aufgrund ihrer Antworten hätte er gewiss ein differenzierteres Bild über die vorhandenen staatspolitischen Kenntnisse und Interessen der Beschwerdegegnerin 1 gewonnen als vorliegend, (...). Hätte die Beschwerdegegnerin 1 anlässlich des Gesprächs gar geantwortet, dass staatsbürgerliche Themen in ihrer Schule noch gar nicht unterrichtet worden seien, dann hätte sich jedes weitere Nachfragen wohl erübrigt; denn es wäre stossend von einer 14-jährigen ausländischen Jugendlichen, die sich für die Schweizer Staatsbürgerschaft interessiert, aber erst in vier Jahren erstmals würde stimmen und wählen dürfen, mehr Wissen und Interesse an politischen Vorgängen zu verlangen als von einem Schweizer Altersgenossen, der die gleiche Schule besucht. Es ist somit alles in allem festzuhalten, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf die staatsbürgerlichen Kenntnisse der Beschwerdegegnerin 1 keine altersgerechten, das heisst unverhältnismässig strenge Massstäbe angelegt und somit sein Ermessen offenkundig nicht pflichtgemäss ausgeübt hat. (...)

5.3 Damit steht als Ergebnis fest, dass der Beschwerdegegner 2 insgesamt sein Ermessen nicht überschritten hat, beziehungsweise nicht übermässig in die Gemeindeautonomie der beschwerdeführenden Gemeinde eingegriffen hat, indem er am 20. September 2011 entschied, die Verfügung des Beschwerdeführers vom 15. Dezember 2010 sei wegen Ermessensmissbrauchs aufzuheben und der Beschwerdeführer habe das Einbürgerungsgesuch der Beschwerdegegnerin 1 weiter zu behandeln. Der Beschwerdegegner vermag vor Gericht mit keinem seiner Begehren durchzudringen, und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vollumfänglich abzuweisen.

(. . .)

6. Einem vollständig vor Verwaltungsgericht unterliegenden Gemeinwesen, wie vorliegend, sind die Gerichtskosten nur dann aufzuerlegen, wenn es am Verfahren wirtschaftlich interessiert ist oder zum Verfahren durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offenbare Rechtsverletzung Anlass gegeben hat (§ 24 Abs. 2 VRG i.V.m. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Ein wirtschaftliches Interesse am Verfahrensausgang seitens des Beschwerdeführers liegt hier nicht vor. Der für die Bürgergemeinde X. handelnde Beschwerdeführer war mit dem Entscheid der Vorinstanz nicht einverstanden, weil er darin einen unerlaubten Eingriff in sein Ermessen, bzw. seinen Autonomiebereich erblickte, und er hat dementsprechend das Verwaltungsgericht in einer Beschwerde gebeten, diesen Entscheid nochmals zu überprüfen. Damit hat der Beschwerdeführer das hier vorliegende verwaltungsgerichtliche Verfahren nicht durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offenbare Rechtsverletzung ausgelöst, womit ihm auch keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind.

7. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 1 verlangt die Ausrichtung einer Parteientschädigung zu Lasten der Bürgergemeinde X. Paragraph 28 Abs. 2 VRG bestimmt, dass im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen ist. Gemäss § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG geht die Parteientschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei, wenn Parteien mit gegensätzlichen Interessen

am Verfahren beteiligt sind; gemäss § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG geht sie zu Lasten des Gemeinwesens, wenn dessen Behörde als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung begangen hat. Es stellt sich die Frage, ob vorliegend Ziffer 1 oder Ziffer 2 dieser Bestimmung anwendbar ist.

7.1 Sinn und Zweck von § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG ist ein gewisser Schutz zu Gunsten der erstinstanzlich verfügenden Behörden. Diese sind in Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben verpflichtet, tagtäglich Entscheide zu fällen, Gesuche zu beantworten, Anfragen zu beantworten. Dabei können, wie überall, Fehler vorkommen. Die Bestimmung sieht nun vor, dass wenn solche Fehler erst nach Ergreifung eines Rechtsmittels von der übergeordneten Instanz korrigiert werden, das Gemeinwesen die Parteientschädigung der Gegenseite nur ausnahmsweise übernehmen muss, nämlich in Fällen, in denen der Fehlentscheid der Behörde auf qualifizierte Rechtsverletzungen zurückzuführen ist. Wäre es anders, bestünde eine gewisse Gefahr, dass die Behörden insbesondere in heiklen Fällen nicht mehr entscheiden oder schwierige Entscheide über Gebühr auf die lange Bank schieben würden. Die Schutzbestimmung dient letztlich dem reibungslosen Funktionieren der Verwaltung und ist damit auch im öffentlichen Interesse.

7.2 Vorliegend handelt es sich allerdings um einen Rechtsstreit zwischen einer Behörde und einem Privaten, der deshalb an das Verwaltungsgericht gelangt ist, weil die zuerst verfügende Behörde einen vorinstanzlichen Entscheid des Regierungsrats, in dem der private Rechtssuchende mit seinen Anträgen vollständig durchgedrungen ist, nicht akzeptieren wollte und zu einem Rechtsmittel gegriffen hat. In solchen Fällen handelt die ursprünglich verfügende Behörde indessen nicht mehr als Vorinstanz, denn der Regierungsrat hat die Streitsache ja neu beurteilt und einen Entscheid zu Gunsten des Privaten gefällt. Wenn indessen der Private durch die ein Rechtsmittel ergreifende Behörde gezwungen wird, sich vor einer weiteren Instanz für seine Sache einzusetzen, dann ist nicht einzusehen, warum in der Folge das ursprünglich verfügende Gemeinwesen noch vom Privileg gemäss § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG sollte profitieren können. Eine Behörde wird dann zu einer «Partei mit gegensätzlichen Interessen», wenn sie selber Beschwerde führt. In solchen Fällen stehen sich vor Verwaltungsgericht somit zwei Parteien mit gegensätzlichen Interessen gegenüber und es ist § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG anzuwenden. Im vorliegenden Fall hat die Bürgergemeinde X. gegen den Beschluss des Regierungsrates Beschwerde erhoben und gilt damit als «Partei mit gegensätzlichen Interessen», d.h. sie hat der Beschwerdegegnerin 1 nach Massgabe ihres Unterliegens eine Parteientschädigung auszurichten. Da sie vor Verwaltungsgericht vollständig unterliegt, hat sie somit die ganze Parteientschädigung auszurichten.

7.3 Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle noch die Auferlegung der Parteientschädigung für weitere Konstellationen aufgeführt. Hätte A.B. bei der gegebenen Ausgangslage im Verfahren vor Verwaltungsgericht verloren, dann müssten ihr aufgrund von § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG an sich die Parteikosten der Bürgergemeinde auferlegt werden, da diese ebenfalls anwaltlich vertreten ist. Gemäss langjähriger Praxis des Verwaltungsgerichts wird den obsiegenden Gemeinwesen indessen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen. Die Auferlegung der Parteikosten zu Lasten des Privaten würde sich gemäss dieser Praxis nur in Fällen rechtfertigen, in denen komplexe Rechtsfragen zu beantworten sind oder in denen auf beiden Seiten ein grosses wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Verfahrens besteht. Grund für diese Praxis ist die Tatsache, dass die Erhebung und Beantwortung von Rechtsmitteln zu den angestammten Aufgabenbereichen einer Gemeinde gehören. Zudem beschlagen Streitigkeiten im Bereich des öffentlichen Rechts in der Regel Rechtsgebiete, in denen ein Gemeinwesen gegenüber dem beteiligten Privaten einen Wissensvorsprung besitzt (vgl. hierzu Kölz / Bosshart / Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 17 N 19). Hätte der Regierungsrat den Entscheid des Bürgerrates der Gemeinde X. hingegen vollständig gestützt und wäre A.B. mit einer dagegen gerichteten Beschwerde vor Verwaltungsgericht vollständig durchgedrungen, dann käme § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG zur Anwendung. Die Parteien, die sich in dieser Situation vor Gericht gegenüberstehen würden, wären die Beschwerdeführerin und der Regierungsrat. In diesem Fall hätte der Regierungsrat die Parteikosten der obsiegenden Beschwerdeführerin zu übernehmen, aber nur, wenn er einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung begangen hätte.

(...)

7.5 Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 1 verlangt vor Verwaltungsgericht, dass dem Beschwerdeführer auch die der Beschwerdegegnerin 1 im vorinstanzlichen Verfahren entstandenen Kosten aufzuerlegen sind. Diesem Gesuch kann hier nicht entsprochen werden. Die Beschwerdegegnerin 1 tritt in diesem Verfahren nicht als Partei auf, die mit dem Entscheid der Vorinstanz nicht einverstanden ist, sondern sie hat ihn im Gegenteil akzeptiert und setzt sich nun zusammen mit der Vorinstanz gegen die dagegen gerichtete Beschwerde zur Wehr. Wäre die Beschwerdegegnerin 1 in der Frage der Parteientschädigung mit dem Entscheid der Vorinstanz nicht einverstanden gewesen, hätte sie den Entscheid vom 20. September 2011 in diesem Punkt innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgericht anfechten müssen. In dem nun ausschliesslich von der Bürgergemeinde X. angestossenen verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist dieses Begehren nun nicht mehr zu hören; denn das Institut der Anschlussbeschwerde ist dem Zuger Verwaltungsrechtspflegegesetz fremd. (...)

7.6 Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 1 zweifelt die Bestimmung in § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG in grundsätzlicher Weise an und stellt sich auf den Standpunkt, sie halte vor der Verfassung nicht stand. Diese Frage ist indessen vom Bundesgericht geklärt worden. Noch unter der Herrschaft der alten Bundesverfassung entschied es im Jahr 1978, dass wenn keine kantonale Vorschrift die Ausrichtung einer Parteientschädigung vorsieht, sich aus der damals in Kraft stehenden Bestimmung von Art. 4 aBV kein Anspruch des in einem Verwaltungsbeschwerdeverfahren obsiegenden Beschwerdeführers auf Zusprechung einer Parteientschädigung herleiten lasse. Es bestehe nur im Einzelfall ein Recht auf eine solche Entschädigung, wenn die Ablehnung des Entschädigungsbegehrens angesichts der ganz besonderen konkreten Umstände in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden zuwiderliefe (BGE 104 Ia 9, Erw. 1, vgl. auch mit Bernet Martin, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1986, S. 59 f.). Auch unter der Ägide der neuen Bundesverfassung hat das oberste Gericht an seiner Praxis ausdrücklich festgehalten und dabei hervorgestrichen, dass sie mit dem Rechtsgleichheitsgebots vereinbar sei (BGer 2P.147/2005 vom 31. August 2005, Erw. 2.2 und 2.3). Ist nun aber bereits das gänzliche Fehlen eines gesetzlichen Anspruchs auf Parteientschädigung in einem kantonalen Verwaltungsbeschwerdeverfahren mit der Verfassung vereinbar, so lassen sich erst recht nicht die Vorschriften von § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG und § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG als verfassungswidrig bezeichnen, welche ja gerade bestimmte Konstellationen vorsehen, in denen einem privaten Beschwerdeführer ein Anspruch auf Parteientschädigung vermittelt wird.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Februar 2012 V 2011 135

1.1.6 Ausländerrecht

Art. 29 Abs. 2 BV, § 12 VRG, Art. 42 Abs. 1 und 2, Art. 50 Abs. 1 und 2, Art. 51 Abs. 2, Art. 62 lit. a AuG
Regeste:

Art. 29 Abs. 2 BV, § 12 VRG, Art. 42 Abs. 1 und 2, Art. 50 Abs. 1 und 2, Art. 51 Abs. 2, Art. 62 lit. a AuG, In der antizipierten Beweiswürdigung kann keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt werden, wobei den Behörden ein weiter Ermessensspielraum zukommt. Es ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Ausländer sich in fremdenpolizeilichen Verfahren auf eine Ehe beruft, welche nur (noch) formell besteht oder aufrechterhalten wird, mit dem alleinigen Ziel, ihm eine Anwesenheitsberechtigung zu ermöglichen.

Aus dem Sachverhalt:

Der aus dem Kosovo stammende X. (geb. 1974) reiste 1990 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein und erhielt eine Aufenthaltsbewilligung. Am 2. September 1999 heiratete er die kurz zuvor eingereiste Landsfrau Z., die ihm am 14. Juli 1999 den gemeinsamen Sohn Y. geboren hatte. Ehefrau und Sohn kehrten mangels Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in den Kosovo zurück. Auch X. hatte sich

damals in der Heimat aufgehalten, weshalb seine Aufenthaltsbewilligung von den Luzerner Migrationsbehörden mit Verfügung vom 24. Januar 2002 als erloschen betrachtet und er rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesen wurde. Am 7. September 2004 liess er sich in der Heimat scheiden, nachdem er dort zum zweiten Mal Vater geworden war. Er stellte erfolglos ein Gesuch um Wiedereinreise in die Schweiz. Nach trotzdem erfolgter illegaler Einreise heiratete X. am 24. März 2005 W. (geb. 1983), welche das Schweizer Bürgerrecht besitzt. Gestützt auf diese Ehe erhielt er schliesslich eine bis zum 24. März 2006 gültige Aufenthaltsbewilligung, obwohl die Eheleute bloss ein von der Ehefrau gemietetes Zimmer in Cham als gemeinsame Wohnung angegeben hatten und am 20. Juni 2005 bei einer Befragung übereinstimmend erklärten, sie dürften erst zusammenleben, wenn sie nach muslimischem Brauch in Weiss geheiratet hätten. Eine solche Hochzeit fand aber - nach Angabe der Eheleute aus finanziellen Gründen - nie statt. Am 25. August 2006 gebar W. den Sohn V. Als dessen Vater gilt aufgrund der gesetzlichen Vermutung von Art. 255 ZGB X. Am 3. Oktober 2006 liess sich X. in seiner Heimat das alleinige Sorgerecht für den Sohn Y. übertragen. Dieser war von seiner Mutter im September 2006 zu den Eltern von X. nach H gebracht worden. Am 15. Februar 2007 erhielt Y. von den Zuger Migrationsbehörden eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seinem Vater, nachdem das Ehepaar X.W. auf den 1. Dezember 2006 eine Wohnung in Unterägeri gemietet hatte. Dort besuchte Y. ab März 2007 den Kindergarten. Am 22. Februar 2008 teilte X. der Schulbehörde Unterägeri mit, Y. werde künftig in H zur Schule gehen und dort von der Grossmutter betreut werden. Er selber sei dazu aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage. Daraufhin sahen sich die Zuger Migrationsbehörden veranlasst, die Eheleute im Juni 2008 erneut zu befragen. Trotz gewisser Widersprüche und Ungereimtheiten in der Befragung verlängerte das Migrationsamt des Kantons Zug am 9. April 2009 die Aufenthaltsbewilligungen von X. und seinem Sohn Y. W. war zu diesem Zeitpunkt allerdings von einem Dritten schwanger: Nachdem sie am 15. Mai 2009 noch die definitive Trennung von ihrem Mann gemeldet hatte, gebar sie am 19. Juli 2009 den Sohn U. Der Vater ist ihrer Ansicht nach T., mit welchem sie gemäss Befragung vom 22. September 2009 «seit ca. September/Oktober 2008» eine Beziehung führte. Auf Klage von X. hob das Amtsgericht Luzern Land am 22. September 2009 das Kindesverhältnis zwischen diesem und U. auf. Die Ehe X.W. wurde am 7. Dezember 2009 rechtskräftig geschieden. Für den - vermutungsweise - gemeinsamen Sohn V. erhielt X. ein gerichtsübliches Besuchsrecht zugesprochen. Einen Vaterschaftstest hatte er verweigert. X. ist psychisch krank. Mit Verfügung der Eidgenössischen Invalidenversicherung vom 10. Februar 2009 erhielt er rückwirkend auf den 1. Juni 2007 eine ganze Invalidenrente sowie - für Y. und V. - zwei Kinderrenten zugesprochen. Nachdem das Amt für Migration des Kantons Zug das rechtliche Gehör gewährt hatte, verlängerte es mit Verfügung vom 18. November 2010 die Aufenthaltsbewilligungen von X. und Y. nicht mehr und wies diese aus der Schweiz weg. Zur Begründung erwog es im Wesentlichen, X. könne sich für sein Aufenthaltsrecht nicht (mehr) auf die Ehe mit einer Schweizerin berufen. Ausserdem habe er sich zumindest die beiden letzten Verlängerungen der Aufenthaltsbewilligungen mittels Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen. Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat des Kantons Zug mit Beschluss vom 5. April 2011 ab. Am 5. Mai 2011 liessen X. und Y. Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben.

Aus den Erwägungen:

2. (...) Obschon von Anfang an seitens der Behörden Zweifel bestanden, ob es sich bei der Heirat nicht bloss um eine Zweckehe handle und entsprechende Abklärungen immer wieder vorgenommen wurden, wurde die Jahresaufenthaltsbewilligung von X. jährlich wieder erteilt, letztmals bis zum 24. März 2010. Sein im Jahr 1999 geborener Sohn Y., ebenfalls kosovarischer Staatsangehöriger, erhielt nach seiner Einreise am 15. Februar 2007 eine erste bis zum 24. März 2008 befristete Aufenthaltbewilligung mit dem Zweck «Aufenthalt beim Vater». Unbestritten ist, dass das Aufenthaltsrecht in der Schweiz des Sohnes Y., der in keinem zivilrechtlichen Kindesverhältnis zur geschiedenen zweiten (Schweizer) Frau seines Vaters steht, ein von der Aufenthaltsbewilligung seines leiblichen Vaters abgeleitetes Recht darstellt; es ist somit allein abhängig von dessen Bestand. Im Folgenden ist daher nur zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer X. ein Aufenthaltsrecht zusteht oder nicht.

3. (...) Im hier vorliegenden Verwaltungsverfahren stellt die Behörde gemäss § 12 VRG den Sachverhalt

von Amtes wegen fest. Das geltende Untersuchungsprinzip berechtigt (und verpflichtet) die Partei zur Mitwirkung im Beweisverfahren. Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht, Beweisanträge zu stellen und - als Korrelat - die Pflicht der Behörde zur Beweisabnahme. Beweise sind aber nur über jene Tatsachen abzunehmen, die für die Entscheidung erheblich sind. Gelangt eine Behörde bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, der Sachverhalt, den eine Partei beweisen will, sei nicht rechtserheblich oder der angebotene Beweis vermöge keine Abklärung herbeizuführen, kann auf ein beantragtes Beweismittel verzichtet werden. In der damit antizipierten Beweiswürdigung kann keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt werden (vgl. BGE 122 V 162). Die Behörden verfügen diesbezüglich über einen weiten Ermessensspielraum (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 8 N. 31 ff.). Die entscheidende Behörde muss sich zwar grundsätzlich mit den Parteivorbringen auseinandersetzen, sie muss dabei aber nicht jede einzelne tatsächliche Behauptung im Einzelnen widerlegen, sondern darf sich auf das Entscheidwesentliche beschränken (BGE 126 I 97 Erw. 2b S. 103 f.). Der Beschwerdegegner hat konkret in seinem Entscheid nachvollziehbar begründet, unter Bezug auf welche Akten und aus welchen Gründen er seine Schlüsse gezogen hat. Damit kann ihm offensichtlich kein mangelhaftes Vorgehen vorgeworfen werden. Ob er mit seiner Beurteilung der Beschwerdeangelegenheit in materieller Hinsicht eine Rechtsverletzung begangen hat, wird zu prüfen sein.

4. (...)

b) Gemäss Art. 42 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen in einer gemeinsamen Wohnung zusammenwohnen. In diesen Fällen wird den Ausländerinnen und Ausländern eine auf ein Jahr befristete Aufenthaltsbewilligung erteilt, welche an den Zweck «Verbleib beim Ehegatten» gebunden ist. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren haben die Ehegatten Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art. 42 Abs. AuG). Der Gesetzeswortlaut verlangt für die Anwesenheitsberechtigung eine gemeinsame Wohnung bzw. Hausgemeinschaft der Ehegatten (vgl. Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, a.a.O., AuG 42 N9). Gemäss der Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 (BBl 2002, S. 3753 f.) setzt die Gewährung des Aufenthaltsanspruches zudem eine tatsächlich gelebte eheliche Beziehung und einen entsprechenden Ehewillen voraus. Das Erfordernis des Zusammenwohnens besteht gemäss Art. 49 AuG ausnahmsweise nicht, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe (beispielsweise beruflicher Art) geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft trotzdem weiter besteht. Entscheidend bleibt aber der Ehewille (vgl. zum Ganzen: Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, a.a.O., AuG 49 N2 f.).

Gestützt auf Art. 50 Abs. 1 AuG besteht nach Auflösung der Ehe oder Familiengemein-schaft der Anspruch des Ehegatten auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 42 weiter, wenn a. die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht; oder b. wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen. Wichtige persönliche Gründe können namentlich vorliegen, wenn die Ehegattin oder der Ehegatte Opfer ehelicher Gewalt wurde und die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint (Art. 50 Abs. 2 AuG). Ein weiterer Aufenthalt kann sich allenfalls als erforderlich erweisen, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind, zu denen eine enge Beziehung besteht und die in der Schweiz gut integriert sind. Zu berücksichtigen sind jedoch stets die Umstände, die zur Auflösung der Gemeinschaft geführt haben. Es ist unerlässlich, die konkreten Umstände des Einzelfalles zu prüfen (BBl, 2002, S. 3754). Ziel dieser Regelung ist die Vermeidung von Härtefällen.

c) Gemäss Art. 51 Abs. 1 AuG erlöschen die Ansprüche nach Artikel 42, wenn: a. sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, namentlich um Vorschriften dieses Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zu umgehen; b. Widerrufsgründe nach Art. 63 vorliegen. Eine Schein-, Ausländerrechts- oder Umgehungsehe liegt nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn eine Ehe einzig und allein eingegangen wurde, um die

ausländerrechtlichen Bestimmungen zu umgehen und die Ehegatten von Anfang an keine echte eheliche Gemeinschaft zu führen beabsichtigten (Caroni, in: Caroni/Gächter/ Thurnherr, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 51 N9 mit Hinweisen). Das Vorliegen einer Scheinehe entzieht sich in der Regel dem direkten Beweis und muss daher durch Indizien erstellt werden. Feststellungen über das Bestehen solcher Indizien können äussere Begebenheiten, aber auch innere, psychische Vorgänge (Wille der Ehegatten) betreffen. Beispielsweise das Fehlen einer Haushaltsgemeinschaft ohne sachliche Begründung gilt als gewichtiges Indiz dafür, dass eine Ehe geschlossen wurde, allein um ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zu erhalten oder wenn vor der Heirat eine sehr kurze Bekanntschaftszeit bestand. Das Vorliegen einer Scheinehe darf aber nicht leichtfertig angenommen werden (vgl. Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, a.a.O., AuG 5d1 N2 mit Hinweisen). Doch auch wenn eine Ehe nicht bloss zum Schein eingegangen wurde, heisst das nicht zwingend, dass dem Ehepartner der Aufenthalt ungeachtet der weiteren Entwicklung gestattet werden muss. Zu prüfen ist, ob sich die Berufung auf die Ehe nicht als rechtsmissbräuchlich erweist. Nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt Rechtsmissbrauch vor, wenn der Ausländer sich in fremdenpolizeilichen Verfahren auf eine Ehe beruft, welche nur (noch) formell besteht oder aufrechterhalten wird, mit dem alleinigen Ziel, ihm eine Anwesenheitsberechtigung zu ermöglichen (Urteil 2C_799/2010 vom 20. Februar 2011, Erw. 2.1). Auch wenn eine Ehe aufgrund des Scheidungswillens des Schweizer Partners definitiv scheitert, sich der ausländische Partner noch um den Fortbestand der Ehe bemühte, kann sich eine Berufung auf die Ehe als rechtsmissbräuchlich ergeben, wenn nach den objektiven Umständen die Wiederaufnahme der Ehe als ausge-schlossen erscheint (vgl. Urteil 2D_30/2007 vom 17. Juli 2007, Erw. 3.2 und 3.3).

(...)

8. a) Der Staatsanwalt kam bei seinen Ermittlungen zum Schluss, dass der Tatbe-stand einer Scheinehe, als eine von Beginn an in Absicht der Umgehung ausländerrechtlicher Vorschriften eingegangene Ehe, aus strafrechtlicher Sicht nicht genügend erhärtet sei. Dieser Ansicht kann durchaus gefolgt werden, auch wenn immerhin der Entschluss zur Eheschliessung seitens W. zumindest als überstürzt bezeichnet werden kann (wie sie dies übrigens bei der Befragung vom 16. Juni 2008 dann auch selber eingestand), nachdem sie den damals noch in erster Ehe verheirateten Beschwerdeführer X. Ende Juli 2004 während weniger Tage kurz kennengelernt und dann im Oktober nochmals drei Wochen besuchte. Dass ihm seinerseits im Herbst 2004 ein Einreisevisum verweigert wurde, mag sicher seinen Entschluss zur erneuten Heirat kurz nach seiner ersten Scheidung beschleunigt haben. Dass die eilige Hochzeit nach der illegalen Einreise des Beschwerdeführers X. unter anderem auch ausländerrechtlich motiviert hätte sein können, könnte auch daraus geschlossen werden, dass sie die Ehe eingingen, obwohl sie sich die - nach eigener Aussage - für beide so grundlegend bedeutende weisse Hochzeit aus finanziellen Gründen nicht leisten konnten und ihnen deswegen ein gemeinsames Zusammenleben nach muslimischen Anschauungen nicht erlaubt gewesen sei, und dass sie überdies auch keine eheliche Wohnung bezogen. Es ist daher schlüssig, wenn der Regierungsrat unter diesen Umständen zumindest in der Zeit, als die Ehefrau in Cham bloss Zimmermieterin war, eine gelebte eheliche Gemeinschaft verneinte. Erst per 1. Dezember 2006 mietete das Ehepaar X.W. eine Wohnung in Unterägeri, wobei W. am 15. Februar 2007 beim AFM aussagte, sie seien erst am Einrichten. Notwendig wurde der Bezug einer eigenen Wohnung, da der Beschwerdeführer X. seinen aus erster Ehe stammenden Sohn Y. nachziehen wollte, was ihm Ende September 2006 verweigert wurde, da weder eine familientaugliche Wohnung vorhanden noch er das Sorgerecht für sein Kind hatte. Letzteres wurde ihm allerdings durch Gerichtsurteil vom 3. Oktober 2006 erteilt, da er vor dem kosovarischen Gericht geltend machte, obwohl er zugegebenermassen bisher seine Unterstützungspflichten für seinen Sohn in strafrechtlich relevanter Weise vernachlässigt habe, sei er nun zukünftig in der Lage, in der Schweiz für seinen Sohn zu sorgen. Wenn er heute beispielsweise wiederum behauptet, der Wechsel von Y. von der Schule in Unterägeri nach H im Februar 2008 sei wegen der Trennung von dessen leiblicher Mutter Z. erfolgt, von einer Trennung von seiner zweiten Ehefrau sei nicht die Rede gewesen, so ist eine solche Begründung im Zusammenhang mit den tatsächlichen Geschehnissen schlicht nicht nachvollziehbar. Die Schulbehörden konnten und durften diese Aussage nur so verstehen, dass sich die aktuelle Ehefrau wegen der Trennung vom Beschwerdeführer nicht mehr um

Y. kümmern würde. Ein anderes Verständnis ergibt keinen Sinn und ist gar nicht möglich, da die im Kosovo lebende Mutter keine Betreuungsaufgaben in Unterägeri hatte und insofern aus Sicht der Behörden nicht wegfallen konnte. Dass der Beschwerdeführer X. seinerseits unter allen Umständen an der Ehe festhalten wollte, ist durchaus begreiflich, doch ergeben die Fakten und die Aussagen von W. ein ganz anderes Bild. Es ist nämlich nicht einsichtig, weshalb sich die Ehefrau bei der Befragung beim AFM vom Juni 2008 zu solch schwerwiegenden Äusserungen hätte hinreissen lassen sollen, dass sie seit November 2007 versuche, von ihrem Ehemann Abstand zu nehmen, dass sie immer Gründe finde, um ihm auszuweichen und dass überdies der während der Ehe geborene Sohn V. nicht von ihm gezeugt worden sei. Dass sie sich solcherart nur ihren finanziellen Unterstützungspflichten habe entziehen wollen, wie dies der Beschwerdeführer X. darstellt, erscheint, gerade in Bezug auf die Vaterschaft von V., nicht plausibel. Handschriftlich gab W. dem AFM Ende Juli 2008 bekannt, dass sie sich von ihrem Ehemann getrennt habe, und sie bat gleichzeitig das Amt, ihren Aufenthaltsort nicht bekannt zu geben. Im Übrigen gab auch der Beschwerdeführer X. im Juni 2008 zu, dass er vornehmlich in H bei seinem Sohn lebe; er erklärte auch den Schulbehörden, dass er voraussichtlich im Herbst 2008 richtig nach H ziehen werde.

b) Tatsächlich muss eine vorübergehende Krise, die gar zu einer zeitweisen Trennung führt, nicht den Schluss nach sich ziehen, dass eine Ehe als Ganzes inhaltsleer und eine Berufung auf ihren Bestand als rechtsmissbräuchlich zu gelten hat. Wenn der Beschwerdeführer aber in diesem ausländerrechtlichen Verfahren vorbringt, noch im April 2009 hätten die Ehepartner an den Fortbestand geglaubt, wie sie dies beide gegenüber dem AFM bei der Befragung vom 9. April 2009 kundgetan hätten, steht dies in krassem Widerspruch zu seinen Aussagen, die er im Vaterschaftsanfechtungsprozess von U. machte. Damals sagte er bei der gerichtlichen Befragung explizit aus, dass er und seine Frau seit Mai 2008 getrennte Schlafzimmer und keinen Geschlechtsverkehr mehr hätten, dass sie nur noch eine Art Wohngemeinschaft bildeten. W. ihrerseits erklärte dazu, dass sie seit September/Oktober 2008 eine Beziehung mit dem leiblichen Vater von U. führe; sie sei seit ihrer Schwangerschaft «richtig» mit diesem Mann zusammen. Auch seine Erklärung, bis im Mai 2009, somit bis zum 6. Schwangerschaftsmonat, habe er gar nichts davon bemerkt, er habe bloss gedacht, seine Frau habe etwas zugenommen, sagt dies doch einiges über die Qualität einer Ehe aus. Unter diesen Umständen noch behaupten zu wollen, dass bis zu diesem Zeitpunkt eine intakte, jedenfalls zukunftsträchtige Ehe geführt worden sei, spricht für ein unübliches, seltsames Eheverständnis. In sämtlichen Befragungen kam darüber hinaus zum Ausdruck, dass die Eheleute X.W. weder je gemeinsame Freunde noch Freizeitaktivitäten pflegten und oft an Wochenenden getrennte Wege gingen; beispielsweise tauschten sie auch keine Geschenke aus. Auch wenn alle Faktoren je einzeln für sich betrachtet noch nichts über den guten (Fort-)Bestand einer Ehe aussagen, führen diese Indizien zusammen zur berechtigten Annahme, dass der Beschwerdeführer X. und W. überwiegend mehr eine Zweck- denn eine eheliche Lebensgemeinschaft bildeten. Wenn auch vielleicht der Wille für eine Lebensgemeinschaft zwischendurch wieder aufgeflackert haben sollte, muss doch in Übereinstimmung mit dem Beschwerdegegner festgestellt werden, dass die eigentlich gelebte eheliche Beziehung jedenfalls keine drei Jahre dauerte. In diesem Sinn ist es vorliegend auch nicht erheblich, dass die Staatsanwaltschaft den Tatbestand einer von einer Beginn an beabsichtigten Scheinehe als nicht erhärtet betrachtete. Der Beschwerdegegner hat mit seinen Schlüssen kein Recht verletzt, weshalb dem Beschwerdeführer 1 gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG kein Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zusteht.

(...)

10. Die Vorinstanz erwog, dass ein allfälliger Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung auch erloschen wäre, da der Beschwerdeführer falsche Angaben gemacht und wesentliche Tatsachen verschwiegen habe (vgl. Art. 51 Abs. 2 AuG i.V.m. Art. 62 lit. a AuG), was vom Beschwerdeführer X. vollumfänglich bestritten wird. Auch diese Behauptung hat der Beschwerdegegner zu Recht widerlegt. Auf die am 18. Juni 2008 gestellte Frage des AFM, ob der Beschwerdeführer seit seiner Einreise in die Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei, antwortete er mit einem klaren Nein, obwohl er bei der Garage J. AG am 1. September 2006 eine Stelle als Automonteur angenommen hatte. Auch wenn er diese Arbeit wegen seiner Erkrankung nicht lange ausführen konnte, konnte er aufgrund dieses

Arbeitsverhältnisses immerhin während zwei Jahren Leistungen von der Krankentaggeldversicherung sowie Kinderzulagen beziehen. Aus welchem Grund er solche Leistungen hätte erhalten sollen, wenn nicht aus dem Bestand eines Arbeitsverhältnisses, hätte selbst ihm einleuchten müssen und können. Dass er das blosse Beziehen von Geldleistungen nicht als Arbeit empfand, wie dies sein Rechtsvertreter darstellt, ist kein vernünftiger und einsichtiger Grund, um die Frage zu verneinen, ob seit der illegalen Einreise je ein Arbeitsverhältnis eingegangen worden sei, sondern ist ohne weiteres als Schutzbehauptung zu werten. Dass mit dem Verschweigen der Schwangerschaft von W. beim Gespräch vom 9. April 2009 den Behörden eine wichtige Tatsache verheimlicht wurde, ist so offenkundig, dass es an sich keiner weiteren Erläuterungen mehr bedürfte. Wenn der Beschwerdeführer behauptet, er seinerseits habe davon keine Kenntnis gehabt und daher nichts verschwiegen, erscheint dies nur dann glaubwürdig, wenn er über längere Zeit überhaupt keinen relevanten Kontakt mit seiner Ehefrau pflegte, die Ehe also wirklich nur noch auf dem Papier geführt wurde. Dies brachte er im Übrigen im Vaterschaftsprozess, wo seine Interessen offensichtlich diametral anders als in den ausländerrechtlichen Verfahren gelagert waren, auch so zum Ausdruck. Zumindest die Ehefrau wäre aber entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers 1 gestützt auf die gesetzlich statuierte Mitwirkungspflicht (Art. 90 AuG) verpflichtet gewesen, den Behörden von dieser Tatsache Kenntnis zu geben. Aus all den vielen Gesprächen, die im Laufe der Jahre zwischen dem AFM und beiden Ehepartnern geführt wurden, war Letzteren die Bedeutung der zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaft als Grundlage für die Beurteilung eines Aufenthaltsrechts klar bewusst. Die sinngemässe Aussage, eine Schwangerschaft sei in diesem Zusammenhang nicht von Relevanz, muss als blanke Ausrede bezeichnet werden.

11. Insgesamt müssen die Vorbringen des Beschwerdeführers X. in diesem Verfahren als reine Schutzbehauptungen angesehen werden, um seine Aufenthaltsbewilligung zu «retten». Wie der Beschwerdegegner zu Recht ausführt, weisen alle Indizien darauf hin, dass von einer gelebten, von gemeinsamem Ehewillen getragenen Gemeinschaft wenn überhaupt nur für kurze Zeit gesprochen werden kann. Die Akten zeigen klar, dass diesbezüglich ungünstige Aussagen von Ehefrau und Beschwerdeführer X. immer wieder dann beschönigend zurechtgebogen wurden, wenn die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Raum stand. In gleicher Art konnte der Beschwerdeführer so auch das Sorgerecht für Y. gerichtlich erwirken, was vielleicht nicht geschehen wäre, wenn er gegenüber dem kosovarischen Gericht seine persönliche Situation in gesundheitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht etwas präziser und realitätsnäher dargestellt hätte.

Auch unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit steht der Verweigerung der Aufenthalts-bewilligung nichts entgegen. Der Beschwerdeführer X. verbrachte seine Jugend bis zum 16. Altersjahr im Kosovo, lebte dann bis Ende Dezember 2000 in der Schweiz, verbrachte ein Jahr wiederum im Kosovo, worauf er im Dezember 2001 wieder einreiste, wurde mit Entscheid vom 10. Mai 2002 des Wirtschaftsdepartements des Kantons Luzern rechtskräftig ausgewiesen und reiste dann im Dezember 2004 erneut illegal in die Schweiz ein. Er verbrachte somit einen bedeutenden Teil seines Lebens im Kosovo, wo er nach eigenen Ausführungen ein Haus besitzt und wo er in den vergangenen Jahren auch regelmässig seine Ferien verbrachte. Er ist somit bestens vertraut mit seiner Heimat, so dass es ihm nicht allzu schwer fallen sollte, sich wieder einzugliedern, was ihm dank seiner IV-Rente auch in wirtschaftlicher Hinsicht einfacher gelingen sollte. Für den Beschwerdeführer Y., der ohnehin keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus eigenem Recht gelten machen kann, ist die Rückkehr aber auch zumutbar, lebt doch dort seine leibliche Mutter und sein jüngeres Geschwister und wird ihm so der zwar in diesen Verfahren nie angesprochene, aber jedenfalls ebenfalls wichtige Kontakt zu seiner Familie ermöglicht. Die Würdigung der Aussagen und Fakten ergibt somit, dass der Beschwerdegegner unter allen Titeln zu Recht die Ansprüche des Beschwerdeführers X. und daraus folgend des Beschwerdeführers Y. auf Erteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verneint hat. Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. September 2011 V 2011 / 66

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wies das

Schweizerische Bundesgericht mit Entscheid vom 22. Juni 2012 ab, soweit darauf einzutreten war.

Art. 9 BV, Art. 44, 47 Abs. 1 und Abs. 3 lit. b, Art. 56 Abs. 1 AuG
Regeste:

Art. 9 BV, Art. 44, 47 Abs. 1 und Abs. 3 lit. b, Art. 56 Abs. 1 AuG, - Der Anspruch auf Familiennachzug muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden. Verfassungsmässiger Grundsatz von Treu und Glauben und Aufklärungspflicht der Behörde. Kommt diese ihren Verpflichtungen nicht nach, hat sie für ihre Unterlassungen und ein Missverständnis einzustehen. Sie trägt auch die Beweislast für die Erfüllung ihrer Amtspflichten.

Aus dem Sachverhalt:

X., Staatsangehöriger der Schweiz, wohnhaft im Kanton Zug, heiratete 2008 in Kenia die kenianische Staatsangehörige Y., die eine Tochter Z. hat. Das Amt für Migration (AFM) erteilte Y. in der Folge eine Aufenthaltsbewilligung B mit dem Aufenthaltszweck «Familiennachzug mit Erwerbstätigkeit». Am 4. Juli 2009 reichten X. und Y. beim AFM ein «Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung» für Z. ein. Im Begleitschreiben schrieben sie von einem «Gesuch zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung infolge Familiennachzugs» und wiesen darauf hin, dass in der Beilage die Unterlagen zum Gesuch infolge Familiennachzugs der Stieftochter zu finden seien. Sie gaben an, sie möchten, dass Z. ihre Sommerferien bei ihnen verbringen könne. Am 7. September 2009 beginne ihre Schule in Kenia wieder und sie werde am 2. September 2009 wieder zurück nach Kenia reisen. In der Folge besuchte Z. ihre Mutter und ihren Stiefvater im August 2009 in der Schweiz und reiste danach wieder zurück nach Kenia.

Am 28. März 2011 reichten X. und Y. beim AFM ein «Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für Kinder unter 18 bzw. 21 Jahren» ein. Im Begleitschreiben führten sie aus, dass die (Stief-)Tochter Z. sie bereits im August 2009 besucht habe und nun nach vier Jahren per Ende Januar 2011 die Highschool abgeschlossen bzw. Mitte März 2011 die Resultate des Highschool-Abschlusses erhalten habe. Zum Zeitpunkt der Eheschliessung habe Z. die Highschool in Kenia bereits begonnen gehabt, weswegen sie sich damals entschlossen hätten, dass Z. die Schule in Kenia abschliessen und nachher zu ihnen in die Schweiz ziehen solle. Weiter beabsichtige X., Z. zu adoptieren. Mit Schreiben vom 3. Mai 2011 empfahl das AFM X. und Y. den Rückzug des Gesuches, weil gestützt auf die geltenden gesetzlichen Bestimmungen Kinder über zwölf Jahre innerhalb von zwölf Monaten nach Einreise der Eltern nachgezogen werden müssten. Diese Frist habe mit der Einreise von Y. 2008 begonnen und sei mittlerweile abgelaufen. Im Schreiben vom 9. Mai 2011 teilten X. und Y. mit, dass sie mit dem Rückzug des Gesuches nicht einverstanden seien und dass sie bereits im Juli 2009 fristgerecht ein Gesuch um Familiennachzug eingereicht und es in der Folge nie zurückgezogen hätten. Der Familiennachzug sei zum damaligen Zeitpunkt wegen des Besuchs der Internats-Mittelschule von Z. nicht möglich gewesen. Mit Verfügung vom 6. Juli 2011 wies das AFM das Gesuch von X. und Y. vom 28. März 2011 um Familiennachzug von Z. formell ab. Begründend führte es im Wesentlichen aus, X. und Y. hätten sich freiwillig gegen den Familiennachzug entschieden, indem sie Z. nicht innerhalb der gesetzlichen Nachzugsfrist von zwölf Monaten nachgezogen hätten und der Tochter dadurch vielmehr den Abschluss ihrer Schulausbildung in Kenia hätten ermöglichen wollen. Schwerwiegende Gründe, die einen Familiennachzug trotz der bereits abgelaufenen zwölfmonatigen Frist erlauben würden, lägen keine vor. Beim Gesuch vom 4. Juli 2009 habe es sich um ein Gesuch um die Bewilligung eines Ferienaufenthaltes und nicht um ein Familiennachzugsgesuch gehandelt. Die von X. und Y. dagegen erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat mit Beschluss vom 3. April 2012 ab. Am 10. Mai 2012 liessen X. und Y. Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben.

Aus den Erwägungen:

2. (...)

Ausländischen ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung kann eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (Art. 44 AuG). Der Anspruch auf Familiennachzug muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden (Art. 47 Abs. 1 AuG). Diese Frist beginnt bei Familienangehörigen von Ausländerinnen und Ausländern mit der Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses (Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG). Ein nachträglicher Familiennachzug wird nur bewilligt, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden (Art. 47 Abs. 4 AuG). (...)

3. (...)

Vorerst ist festzustellen, dass das beschwerdeführerische Gesuch um Familiennachzug am 4. Juli 2009 fristgerecht gemäss Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG erfolgt ist, da Y. die Aufenthaltsbewilligung per 5. Oktober 2008 erteilt wurde und die zwölfmonatige Frist mithin erst am 4. Oktober 2009 abgelaufen wäre.

4. a) Zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorinstanz nach der telefonischen Rückfrage und der Aktennotiz vom 16. Juli 2009 zu Recht davon ausgehen konnte, dass die Beschwerdeführer bloss irrtümlicherweise ein Gesuch um Familiennachzug gestellt hatten und dass das Gesuch vom 4. Juli 2009 somit nicht behandelt werden musste.

Diesbezüglich führte der Beschwerdegegner aus, dass auf den materiellen Inhalt des Gesuches abzustellen und dieses somit nur als Gesuch um einen Ferienaufenthalt zu behandeln sei. Er berief sich damit auf das Willensprinzip gemäss Art. 18 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR, SR 220), welches besage, dass eine falsche Bezeichnung nicht schade. Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden, ist in casu doch das Erklärungs- und nicht das Willensprinzip anwendbar. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre es überspitzt formalistisch, wenn man dieses Gesuch nur buchstabengetreu auslegen würde, ohne sich zu fragen, welcher Sinn ihm vernünftigerweise beizumessen sei (vgl. Urteil vom 3. September 2003, 1P.424/2003 Erw. 2.5; VPB 65.73 Erw. 3b/bb). Nach Treu und Glauben musste die Behörde das Gesuch um Familiennachzug also eindeutig auch als solches verstehen, selbst wenn die Beschwerdeführer im Gesuch auch noch einen Ferienaufenthalt erwähnten. Dies insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass es für die Bewilligung eines Ferienaufenthaltes gar keiner schriftlichen Verfügung bedurft hätte (§ 20 Abs. 2 VRG).

b) Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in unrichtige Zusicherungen, Auskünfte, Mitteilungen oder Empfehlungen einer Behörde, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war, der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen konnte, er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 II 627 Erw. 6.1; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juni 2008, 1C_242/2007 Erw. 3.3.1).

c) Bund, Kantone und Gemeinden sorgen für eine angemessene Information der Ausländerinnen und Ausländer über die Lebens- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz, insbesondere über ihre Rechte und Pflichten (Art. 56 Abs. 1 AuG). Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt. Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten (vgl. Tamara Nüssle, Tragweite der

Informationspflicht der Behörden gemäss Art. 56 AuG am Beispiel der Frist zum Familiennachzug, in: AJP 2010, S. 890).

c/aa) Kommt die zuständige Behörde ihren Verpflichtungen nicht nach, hat sie für ihre Unterlassungen einzustehen. Sie trägt auch die Beweislast für die Erfüllung ihrer Amtspflichten (vgl. BGE 121 V 28 Erw. 2). Vorliegend vermag die Vorinstanz die genügende Aufklärung der Beschwerdeführer nicht zu beweisen. Diese durften nach dem Telefongespräch vom 16. Juli 2009 davon ausgehen, dass der Familiennachzug auch später noch möglich sein würde, da sie ein frist- und formgerechtes Gesuch gestellt hatten und die Behörde ihnen – obwohl diesbezüglich eine Aufklärung geboten gewesen wäre – nichts Gegenteiliges mitgeteilt hat. Weil die in Art. 56 Abs. 1 AuG statuierte Informationspflicht ein Recht auf passive Informierung beinhaltet, sind die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Beschwerdeführer ohnehin tief anzusetzen (vgl. Tamara Nüssle, a.a.O, S. 893). Insofern ist im Weiteren darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz ihre gesetzliche Informationspflicht verkennt, wenn sie ausführt, es sei nicht ihre Aufgabe, Ausländerinnen und Ausländer auf mögliche Wege oder Hinderungsgründe für den Familiennachzug aufmerksam zu machen. Vielmehr hat die Behörde aufgrund der vorhergehenden Ausführungen ganz klar die Pflicht, Ausländerinnen und Ausländer auf etwaige Probleme hinzuweisen und sie diesbezüglich aufzuklären. Insbesondere hat sie dies dann zu tun, wenn – wie im vorliegenden Fall – offensichtlich ist, dass sich ein Gesuchsteller der Konsequenzen seines Handelns nicht bewusst ist. Letztlich hätte ein Rückzug des Gesuches vom 4. Juli 2009 auch nur erfolgen können, wenn das AFM die Beschwerdeführer ausreichend über dessen Konsequenzen, d.h. die Verwirkungsgefahr, aufgeklärt hätte. Dies ist mit der kurzen Aktennotiz vom 16. Juli 2009 aber in keiner Weise rechtsgenügend nachgewiesen.

c/bb) Konkret hätte das AFM die Beschwerdeführer darauf hinweisen müssen, dass der Familiennachzug grundsätzlich sofort stattfinden müsse und dass Z. somit nicht noch mehrere Jahre in Kenia zur Schule gehen könne. Nur durch eine derartige Aufklärung hätte das AFM seiner Informationspflicht nachkommen können. Es ist überwiegend wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführer Z. in diesem Fall sofort nachgezogen und nicht auf den weiteren Schulbesuch in Kenia bestanden hätten, denn einen Ausbildungsplatz hätten sie wohl auch in der Schweiz organisieren können. Die Annahme, die Beschwerdeführer hätten im Wissen der Unmöglichkeit eines späteren Nachzuges auf ihr Gesuch verzichtet, würde keinen Sinn ergeben. Eine solche Annahme wäre willkürlich und widerspräche gänzlich der objektiven Interessenlage der Beschwerdeführer.

d) Weiter ist anzunehmen, dass es sich bei der Aktennotiz vom 16. Juli 2009 um ein Missverständnis zwischen den Parteien gehandelt hat. Dieses Missverständnis hätte einschneidende Folgen für das Familienleben der Beschwerdeführer, weswegen schon deshalb nicht auf die Aktennotiz abgestellt werden kann. Darüber hinaus ist den Beschwerdeführern zuzustimmen, wenn sie sagen, dass dieser kurzen Aktennotiz kein Rückzug des Gesuches entnommen werden könne. Im ersten Satz «Missverständnis, es handelt sich nur um einen Ferienaufenthalt» liesse sich höchstens das Wort «nur» so auslegen, dass damit ein Rückzug gemeint sein könnte. Legt man jedoch den zweiten Satz «Sie besucht noch etwa 1 1/2 Jahre die Schule in Kenia» auf die gleiche Art und Weise aus, so deutet das Wort «noch» darauf hin, dass Z. danach in die Schweiz kommen solle. Folglich ist selbst diese kurze Aktennotiz in sich selbst widersprüchlich, sodass es willkürlich wäre, wenn man darauf abstellen würde. Im Übrigen ist sie auch aus rechtlicher Sicht ungenügend, da sie nicht von den Beschwerdeführern gegengelesen und bestätigt werden konnte. Wenn seitens des AFM nach dem Gesuch vom 4. Juli 2009 noch Klärungsbedarf bestand, so hätte die entsprechende Rückfrage unbedingt aktenförmig unter Mitteilung an die Gesuchstellerin erfolgen müssen. Nur auf diese Weise hätte die Behörde nachweisen können, dass sie das an sie gerichtete Gesuch gesetzeskonform erledigt hat. Mithin ist es auch in erster Linie die Behörde, die dafür verantwortlich ist, keine verfahrensmässige Unsicherheit entstehen zu lassen.

5. Der Beschwerdegegner begründet seinen ablehnenden Entscheid sinngemäss auch damit, dass die Beschwerdeführer aufgrund ihrer Passivität selbst nicht auf das Weiterbestehen des Gesuches vertraut hätten. So hätten sie erst nach fast zwei Jahren wieder ein Gesuch um Familiennachzug gestellt, ohne dabei auf das erste Gesuch vom 4. Juli 2009 zu verweisen. Zudem hätten sie auch sämtliche Dokumente

neu eingereicht, was die These des Beschwerdegegners bestätige.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, da die Beschwerdeführer nach ihrem Gesuch vom 4. Juli 2009 – mangels ablehnenden Entscheids bzw. genügender Aufklärung – davon ausgehen konnten, dass Z. die Schule in Kenia beenden und erst hernach in die Schweiz kommen könne. Es war daher nicht zu erwarten, dass sie sich in der Zwischenzeit nochmals beim AFM melden würden, da dazu für die Beschwerdeführer schlicht kein Anlass bestand. Auch aus der Tatsache, dass sie in ihrer zweiten Eingabe vom 28. März 2011 sämtliche Dokumente erneut einreichten und nicht auf das erste Gesuch verwiesen, kann der Beschwerdegegner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Beschwerdeführer reichten im zweiten Gesuch schliesslich nicht dieselben Dokumente wie beim ersten Gesuch ein; es handelte sich um neue, aktuelle Unterlagen. Weiter kann juristischen Laien nicht vorgeworfen werden, sie hätten nicht auf das erste Gesuch Bezug genommen, da sie mutmasslich einfach davon ausgingen, dass sie mit ihrem ersten Gesuch die Frist gewahrt haben und nun den Familiennachzug mit einem neuerlichen Gesuch definitiv geltend machen konnten. Letztlich liegt der Fehler bei der Behörde, denn sie hat das erste Gesuch weder behandelt noch formell korrekt abgeschrieben. Gerade weil es an der genannten Abschreibungsverfügung fehlte, kann den Beschwerdeführern hieraus kein Nachteil erwachsen. Nur wenn sie eine solche erhalten hätten, hätten sie sich überhaupt gegen das Handeln der Behörde zur Wehr setzen können.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführer am 4. Juli 2009 ein frist- und formgerechtes Gesuch um Familiennachzug gestellt haben, dieses vom AFM jedoch weder behandelt noch formell korrekt abgeschrieben worden ist. Ein Rückzug dieses Gesuches wurde vom Beschwerdegegner weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht, sodass den Beschwerdeführern daraus kein Schaden erwachsen darf. Da das AFM im Übrigen auch seiner Informationspflicht gemäss Art. 56 Abs. 1 AuG nicht nachgekommen ist, konnten die Beschwerdeführer nicht wissen, dass sie Z. sofort hätten nachziehen müssen. Mithin ist der Entscheid des Regierungsrates vom 3. April 2012 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung des damals fristgerecht gestellten Gesuches vom 4. Juli 2009 an das Amt für Migration zurückzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2012 V 2012 68

1.1.7 Denkmalpflege

Art. 19 DMSG
Regeste:

Art. 19 DMSG - Beim Restaurant Rötelberg handelt es sich um ein Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichen, kulturellen und heimatkundlichen Wert. Die Unterschutzstellung ist zweifellos geeignet, das schützenswerte Gebäude zu erhalten, und zwar bezüglich seines Standorts, seiner äusseren Erscheinung und seiner historischen Baustruktur.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Schreiben vom 13. April 2007 ersuchte die Erbengemeinschaft X.Y. das Amt für Denkmalpflege um Entlassung des Gebäudes Assek. Nr. 408a, Restaurant Rötelberg, Zug, aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler. Am 3. Oktober 2007 stellte die Direktion des Innern das Gebäude als Baudenkmal von lokaler Bedeutung unter kantonalen Schutz, wobei diese Verfügung mit Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2008 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben wurde. Mit neuer Verfügung vom 15. Februar 2010 stellte die Direktion des Innern das Gebäude Blasenbergstrasse 15, Zug, Assekkuranz Nr. 408a, GS Nr. 1718, als Baudenkmal von lokaler Bedeutung erneut unter Denkmalschutz, nachdem der Stadtrat von Zug der Unterschutzstellung am 9. Dezember 2009 zugestimmt hatte. Gegen diese Verfügung liess die Erbengemeinschaft X.Y. am 4. März 2010 beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung der Direktion des

Innern sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin aufzuheben. Mit Beschluss vom 19. Oktober 2010 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab.

B. Gegen diesen Beschluss liess die Erbengemeinschaft X.Y. am 22. November 2010 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Entscheid des Regierungsrates über die Unterschutzstellung des Restaurants Rötelberg sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner aufzuheben. Zur Begründung lässt die Erbengemeinschaft unter anderem ausführen, der Regierungsrat habe über die Schutzwürdigkeit trotz Bestreitung durch die Beschwerdeführerin entschieden und die Behauptung der Direktion des Innern ohne Beweisverfahren übernommen. Dies stelle eine ungenügende und unrichtige Feststellung des Sachverhalts gemäss § 63 Abs. 2 VRG dar. Der Regierungsrat spreche z. B. von Originalsubstanz, ohne dass je festgestellt worden sei, welche Bauteile damit gemeint seien. Der Regierungsrat habe dies unkritisch von der Direktion des Innern übernommen und vom Amtsbüro-Tisch aus beurteilt, obwohl keine Expertise vorgelegen habe. Offenbar habe er auch ohne Mitteilung an die Beschwerdeführerin Akten beigezogen. Ebenso wenig habe die Beschwerdeführerin Gelegenheit gehabt, zu den aufgelegten Akten der Direktion des Innern und zu deren Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Dies und die Tatsache, dass kein Beweisverfahren durchgeführt worden sei, stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, die zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen müsse. Unter Schutz gestellt würden der «Standort», «seine äussere Erscheinung» und die «historische Baustruktur». Nicht unter Schutz gestellt seien die inneren Bauteile. Zur Überbauung der Umgebung würden keine Einschränkungen verfügt. Die Fernwirkung des Gebäudes müsse gewährleistet sein. Im Gegensatz zur Verfügung der Direktion des Innern bestehe nun Klarheit darüber, dass das Innere nicht schutzwürdig sei, da sämtliche Innenräume umgebaut worden seien. Zudem sei die Überbauung der Umgebung nicht eingeschränkt. Weder vom Regierungsrat noch von der Direktion des Innern werde bezeichnet, was als «historische Baustruktur» betrachtet werde. Dies sei ein gravierender Mangel, weil somit auch kein Beweisverfahren eröffnet werden könne bzw. von Seiten der Beschwerdeführerin auch keine Beweisanträge gestellt werden könnten. Entsprechend sei der Entscheid auch nicht ausreichend begründet.

C. Mit Vernehmlassung vom 22. Dezember 2010 beantragt der Stadtrat von Zug die vollständige Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt der Stadtrat unter anderem aus, man habe im Unterschutzstellungsverfahren wiederholt darauf hingewiesen, dass das Restaurant Rötelberg als Denkmal von lokaler Bedeutung wegen seines hohen wissenschaftlichen, kulturellen und heimatkundlichen Wertes unter Schutz gestellt werden solle. Aufgrund seiner prominenten Lage entfalte das Gebäude seine Wirkung schon als von weit her sichtbares Baudenkmal in der Landschaft. Als traditioneller und geschichtsträchtiger Landgasthof habe das Gebäude überdies eine hohe identitätsstiftende Bedeutung. Da sich das Gebäude überdies in einem guten und gepflegten baulichen Zustand befinde, seien auch keine übermässigen Sanierungsmassnahmen zu erwarten. Im Wissen um die Schutzwürdigkeit habe der Stadtrat mit dem Erlass der Planungszone für das Gebiet Rötelberg mit der Zustimmung zur Unterschutzstellung das öffentliche Interesse am Erhalt des Rötelbergs dargelegt. Weiter habe der Stadtrat im Rahmen der Ortsplanungsrevision das Restaurant Rötelberg umgezont und einer Zone des öffentlichen Interesses zugeführt. Dieser Revision hätten die Stimmbürger im Herbst 2009 zugestimmt. Zudem seien am 29. Juni 2010 fast 1’200 Unterschriften für die Petition «zur Erhaltung der Perle Rötelberg für die Öffentlichkeit» beim Stadtrat eingereicht worden. Diese in äusserst kurzer Zeit gesammelten Unterschriften werte man als weiteren Beweis dafür, dass die Öffentlichkeit ein hohes Interesse am Erhalt des Rötelbergs habe. Demzufolge habe der Stadtrat mit Beschluss vom 7. Dezember 2010 der Beschwerdeführerin für einen Teil des entsprechenden Grundstücks einen entsprechenden Kaufantrag unterbreitet.

D. Mit Vernehmlassung vom 2. Februar 2011 lässt die Direktion des Innern für den Regierungsrat beantragen, die Beschwerde sei unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, der rechtserhebliche Sachverhalt sei von der Direktion des Innern im Unterschutzstellungsverfahren festgestellt worden. Dazu sei insbesondere ein Augenschein durchgeführt worden. Im Vorfeld zu diesem Augenschein seien diverse Recherchen zum Bauobjekt erstellt

worden (Alter, Baugeschichte, Qualifizierung des Gebäudes usw.). Die Ergebnisse seien der Beschwerdeführerin beim Augenschein präsentiert und im Augenscheinprotokoll ausführlich festgehalten worden. Auch im Entwurf für die Unterschutzstellungsverfügung sei der rechtserhebliche Sachverhalt ausführlich beschrieben worden. Die Beschwerdeführerin sei somit umfassend über den rechtserheblichen Sachverhalt informiert worden und habe Gelegenheit erhalten, sich sowohl zum Augenscheinprotokoll wie auch zum Entwurf der Unterschutzstellungsverfügung zu äussern. Im Unterschied zum Verfahren vor der Direktion des Innern handle es sich hier um ein Rechtsmittelverfahren. Dabei müsse der Regierungsrat den Sachverhalt nur erheben, soweit dieser von der Vorinstanz nicht vollständig abgeklärt worden sei. Eine Prüfung des Sachverhalts habe sich hier umso weniger aufgedrängt, als die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift vom 4. März 2010 bezüglich des Sachverhalts nichts einzuwenden gehabt habe. Dieser Einwand sei erstmals in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erfolgt. Es bleibe deshalb festzuhalten, dass der Sachverhalt richtig und vollständig festgestellt worden sei und kein Verfahrensfehler vorliege. Die Beschwerdeführerin habe auch nie eine unabhängige Expertise verlangt. Auch dieser Einwand sei erstmals in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben worden, so dass der Regierungsrat keinen Anlass gehabt habe, sich damit auseinanderzusetzen. Was die Zustellung der Vernehmlassung der Direktion des Innern vom 23. April 2010 betreffe, so sei diese am 11. Oktober 2010 zugestellt und am folgenden Tag in Empfang genommen worden. Die Beschwerdeführerin hätte somit vor dem Entscheid des Regierungsrates noch genügend Zeit gehabt, sich zur Stellungnahme zu äussern oder formell einen zweiten Schriftenwechsel zu verlangen. Im Übrigen habe die Direktion des Innern in dieser Vernehmlassung weitgehend auf die Unterschutzstellung verwiesen und keine neuen Tatsachen oder Beweismittel angefügt. Die Beschwerdeführerin hätte im Übrigen jederzeit Akteneinsicht verlangen können. Aus dem Umstand, dass sie das erst nach dem Entscheid des Regierungsrates getan und erst dann Dokumente gelesen habe, die ihr angeblich vorher nicht bekannt gewesen seien, könne sie nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. Mit Schreiben vom 2. September 2011 teilte das Gericht den Parteien mit, dass man beabsichtige, die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) mit der Erstellung eines Gerichtsgutachtens zu beauftragen. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zu der EKD als Gutachterin und zu den Fragen zu äussern bzw. Ergänzungsfragen zu stellen. Am 27. September 2011 wurde die EKD mit der Erstellung eines Gerichtsgutachtens beauftragt. Auf Wunsch der EKD wurde am 21. Dezember 2011 ein Augenschein durchgeführt. Am 25. April 2012 erstattete die EKD ihr Gutachten. Die Parteien erhielten in der Folge Gelegenheit, zum Gutachten Stellung zu nehmen.

Aus den Erwägungen:

5. Die Beschwerdeführerin lässt in der Beschwerdeschrift festhalten, Schutzobjekt sei das Restaurant Rötelberg. Unter Schutz gestellt werde der «Standort», «seine äussere Erscheinung» und die «historische Bausubstanz». Während Klarheit darüber herrsche, dass das Innere nicht schutzwürdig sei, werde weder von der Direktion des Innern noch vom Regierungsrat als Beschwerdeinstanz bezeichnet, was als «historische Baustruktur» bezeichnet werde. Dies sei ein gravierender Mangel, weil somit zu dieser Frage auch kein Beweisverfahren habe eröffnet bzw. entspreche Anträge hätten gestellt werden können.

a) Am 19. März 2009 wurde durch die Direktion des Innern ein Augenschein durchgeführt, in dessen Rahmen der kantonale Denkmalpfleger unter anderem erklärte, beim Gebäude handle es sich um ein mehrgeschossiges, giebelstämmiges Haus mit einem traufstämmigen Anbau und einer klassiszistischen Fassade. Die Grundstruktur des Gebäudes bestehe aus einem Sockelgeschoss mit Kellertüre, zwei Obergeschossen als Vollgeschoss und einem Dachgeschoss. Im Kellergeschoss erklärte er, dass sämtliche Oberflächen (Boden, Wände, Decken) neueren Datums seien. In der L-förmigen Wirtsstube erklärt Georg Frey, hier würden sich viel mehr alte Oberflächen und Bauelemente finden (Holzboden in Fischgräte Parkett, gestemmte Täfer decke, ungestrichene Holzwände, Sprossenfenster, alte Nussbaumtüren). Die Anfertigung des Einbaubuffets schätzt Georg Frey auf ca. Anfang des 19. Jahrhunderts. Es sei eines der ältesten Bauelemente des Hauses. Im Raum habe es zudem zwei alte Nussbaumtüren. Im 1. Obergeschoss erklärte Georg Frey, hier gebe es mit Ausnahme der Nussbaum-

und Nadelholztüren wenig historische Bauelemente. Zum Dachgeschoss führte Georg Frey aus, hier finde sich eine Mischung aus alten und neuen Bauteilen. Es seien vor allem die konstruktiven Bauteile sichtbar (Stützen, Balken, Türstürze). Die alten Bauteile seien mit Fastäfer verkleidet oder in der Küche mit Kacheln ergänzt worden. Die historische Substanz werde wieder verwendet oder mit neuen Bauteilen ergänzt.

b) In der Verfügung der Direktion des Innern vom 15. Februar 2010 ist festgehalten, dass im Innern einzelne Blockwandpartien, Stützen und Balken sowie die gestemmten Decken und Parkettböden der Restauranträume als alte Elemente erhalten seien. Im angefochtenen Beschluss übernimmt der Regierungsrat diese Feststellungen und führt ergänzend an, der Bau unter dem Kreuzfirst bestehe aus dem ursprünglichen, talseitig giebelständigen Bau und dem südlichen, talseitig traufständigen Anbau. Kreuzfirste würden sonst nur noch bei bäuerlichen Wohnhäusern mit angebautem Stall bestehen. Beim Rötelberg entspreche der Anbau von 1850 dem Stallteil, nur dass er der Nutzung entsprechend befenstert sei. Die Kombination von Kreuzfirst und Befensterung unter der Traufe sei charakteristisch für den Rötelberg und gebe dem Gebäude das typische Aussehen einer Gastwirtschaft.

c) Aus diesen Angaben wusste die Beschwerdeführerin, was von den Fachleuten als historische Baustruktur betrachtet wurde. Auch wenn es sich dabei nicht um eine sehr detaillierte Bestandesaufnahme handelte, so wusste die Beschwerdeführerin doch, welche Bestandteile im Hausinnern erhalten bleiben müssen. Weil auch die äussere Erscheinung unter Schutz gestellt wurde, wusste sie ebenfalls, dass das Gebäude als Ganzes in seinem Erscheinungsbild nicht geändert werden durfte. Der Vorwurf an den Regierungsrat, die Entscheide seien bezüglich Schutzumfangs nicht ausreichend begründet und könnten daher von den Betroffenen nicht nachvollzogen werden, ist unzutreffend.

6. Im Wesentlichen lässt die Beschwerdeführerin aber geltend machen, die Schutzwürdigkeit als Denkmal im Sinne von § 2 und § 25 DMSG sei nicht gegeben.

a) Unter dem Marginale «Begriff des Denkmals und des Kulturgutes» wird in § 2 DMSG geregelt, dass Denkmäler nach diesem Gesetz Siedlungsteile, Gebäudegruppen, gestaltete Freiräume, Verkehrsanlagen, Einzelbauten, archäologische Stätten und Funde sowie in einer engen Beziehung hierzu stehende bewegliche Objekte sind, die einen sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen. In § 25 DMSG sind die Voraussetzungen für die Unterschutzstellung wie folgt geregelt:

«Der Regierungsrat entscheidet über die Unterschutzstellung. Er beschliesst sie, wenn

a) das Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert ist;

b) das öffentliche Interesse an dessen Erhaltung allfällige entgegenstehende Privatinteressen überwiegt;

c) die Massnahme verhältnismässig ist;

d) die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten auch auf Dauer tragbar erscheinen.

(...)»

Aus den Materialien zum Denkmalschutzgesetz aus dem Jahr 1989 ist nicht zu entnehmen, was unter den unbestimmten Rechtsbegriffen «wissenschaftlicher, kultureller und heimatkundlicher Wert» zu verstehen ist. Auch die Revision vom 28. August 2008 brachte diesbezüglich keine Klärung. Die im § 25 Abs. 1 lit. a aufgeführten Rechtsbegriffe haben im Jahr 2008 insofern eine Veränderung bzw. Verschärfung erfahren, als jetzt ein Denkmal einen *sehr* hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert haben muss, damit es unter Denkmalschutz gestellt werden darf. Bei den Begriffen «sehr hoher wissenschaftlicher, kultureller der heimatkundlicher Wert» handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Von einem unbestimmten Rechtsbegriff spricht man, wenn eine gesetzliche Bestimmung die Voraussetzungen einer Rechtsfolge in offener, unbestimmter Weise umschreibt. Jede offen formulierte

Norm räumt einen gewissen Ermessensspielraum ein. Die Ausübung des Ermessens kann jedoch – wie oben erwähnt – im Verwaltungsgerichtsverfahren dann nicht überprüft werden, wenn Entscheide des Regierungsrates zu überprüfen sind. Auch bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt. Auch das Bundesgericht übt bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen Zurückhaltung und billigt den Verwaltungsbehörden einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, wenn der Entscheid besonderes Fachwissen oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt. Das Gericht spricht von «technischem Ermessen» bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, N 446a ff. mit Verweis auf BGE 135 II 384).

b) Zur Beantwortung der sich im vorliegenden Fall stellenden Fachfragen hat das Gericht die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) beauftragt, die am 25. April 2012 ihr Gutachten erstattet hat. Nach dem Studium der Akten und nach einem ausführlichen Augenschein kommt die Kommission unter anderem zu den Schlussfolgerungen, dass es sich beim Restaurant Rötelberg um ein aus der bäuerlichen Tradition hervorgegangenes Bauwerk handle, in dem seit mindestens 200 Jahren eine Gaststube betrieben werde und das in seiner äusseren Erscheinung - nach einer Erweiterung um 1850 - eine über 150-jährige Kontinuität aufweise. In dieser Ausprägung sei das Haus Rötelberg einmalig. Als einziges verbliebenes Haus des wohl 18. resp. 19. Jahrhunderts hoch über dem Stadtzentrum, am heutigen Übergang zum landwirtschaftlich geprägten Streusiedlungsgebiet, sei das Haus Rötelberg ein sehr wertvolles bauliches Zeugnis. Aussagen zur Entwicklung und Geschichte der Stadt und des Quartiers, der städtischen Gesellschaft sowie der Bau- und Handwerkskunst seien mit dem weitgehend erhaltenen Gebäude gesichert. Sekundäre Veränderungen am und im Haus und die jüngere Bebauung rund um den Rötelberg vermöchten die Bedeutung und Schutzwürdigkeit der Baute nicht wesentlich zu schmälern. Aus bautypologischer Sicht sowie für das Verständnis von Stadtgeschichte, Stadtstruktur und Siedlungsentwicklung sei der Bau in seiner bauzeitlichen Ausprägung einschliesslich der Gartenwirtschaft und der Bäume unverzichtbar. Der Beantwortung der Gutachterfragen vorangestellt sind ausführliche und detailliert begründete Vorbemerkungen über den geographischen und historischen Kontext und über die denkmalpflegerischen und baurechtlichen Voraussetzungen. Die Schlussfolgerungen der EKD stützen sich auf den detaillierten Augenschein, auf umfangreiche Fachliteratur, Schrift- und Bildquellen sowie auf die vom Gericht und den Parteien zur Verfügung gestellten Akten.

c) Die Frage des Gerichts nach der Schutzwürdigkeit des Gebäudes bezüglich seines Standorts, seiner äusseren Erscheinung und bezüglich seiner historischen Baustruktur beantwortete die EKD wie folgt:

«Der Standort des Restaurants Rötelberg ist bezüglich der Topographie und der Stadtentwicklung auf dem Gebiet der Gemeinde Zug einzigartig: Das von weit her sichtbare Haus Rötelberg ist präzis auf einem ausgeprägten Geländesporn situiert, von dem aus sich ein beeindruckendes Panorama mit Sicht auf den See und die Rigi bietet. Akzentuiert und gleichermassen zu einer einprägsamen Landmarke wird die Rötelberg-Situation durch zwei mächtige, seeseitig vorgelagerte Rosskastanienbäume. Auch der Sichtbezug zur östlich gelegenen St. Verena Kapelle, (...) ist für die Lage des Restaurants von Bedeutung. Bis weit in das 20. Jahrhundert hinein war dieser Standort von Wiesland umgeben und nahezu unberührt. Erst ab der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts erfolgte die intensive Bebauung des Hangs oberhalb des Stadtzentrums. Obwohl die Umgebung vom Rötelberg zunehmend baulich verdichtet wird, garantiert die Spornlage nach wie vor eine einmalige Situation und einen sehr hohen Standortwert.

Trotz der jüngeren baulichen Interventionen, die zur Hauptsache an der Nordfassade vorgenommen wurden, präsentiert sich das Gebäude noch so wie es bereits im Hintergrund von Karl Caspar Schells Postplatz-Projekt aus dem Jahr 1857 dargestellt wurde. Das Haus Rötelberg, dessen äussere Erscheinung eine über 150-jährige Kontinuität aufweist, ist noch heute das in der Mitte des 19. Jahrhunderts zu einem Kreuzfirstbau erweiterte bäuerliche Wohnhaus. Weder wurde in der Zwischenzeit die wohlproportionierte Volumetrie verändert, noch wurde das Gebäude durch bedeutende Aufbauten oder erhebliche Eingriffe in die prägende Fassadenstruktur massgeblich umgestaltet.

Die äussere Erscheinung eines Gebäudes kann entsprechend den denkmalpflegerischen Leitsätzen allerdings nicht auf einen bildlichen Eindruck reduziert und somit von der Baustruktur losgelöst werden: Sie ist gleichsam der Spiegel der Grundstruktur. Die Aussenwände stammen bis auf die neu aufgebaute Nordostecke aus den beiden frühesten Bauphasen; auch die Dachkonstruktion ist in einem aussagekräftigen Mass ein bauzeitliches Zeugnis. Die ursprünglichen Innenwände wurden zum Teil entfernt oder durch neue Konstruktionen ersetzt. Bemerkenswert ist der hohe Anteil an Innenausstattungselementen im Gaststubenbereich: so beispielsweise das Parkett (um 1850), die Wandvertäferung (um 1850), die schlichten Felderdecken (um 1850), aber auch die Türen einschliesslich Beschlägen sowohl aus der Zeit des 18. Jahrhunderts als auch aus der Umbauphase um 1850. Besonders wertvoll ist das reich ausgearbeitete Einbaubuffet (wohl 18. Jahrhundert). Trotz offensichtlicher Erneuerungen und Anpassungen im Haustechnik- und Installationsbereich ist bedeutende Bausubstanz noch weitgehend vorhanden und deren Schutzwürdigkeit als sehr hoch anzusetzen.»

d) Die Frage des Gerichts, ob es sich bei dem Gebäude um ein Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichem, kulturellem oder heimatkundlichem Wert handle, beantwortete die EKD wie folgt:

«Der sehr hohe wissenschaftliche und kulturelle Wert des Gebäudes Rötelberg manifestiert sich zum einen im Tatbestand der Translokation. Für die bäuerliche Hauslandschaft sind derartige Verschiebungen von Holzbauten für die Schweiz aber auch für Deutschland seit dem Mittelalter nachzuweisen. Auf dem Gebiet des Kantons Zug hat die Hausverschiebung, das Holzhaus als Fahrhabe, eine bedeutende, weit zurückreichende Tradition (...). Die Verschiebung respektive das Zerlegen und der Wiederaufbau an einem neuen Standort sind im Fall des Hauses Rötelberg mit der Bausubstanz überliefert und bezeugt. An der Bausubstanz kann damit ein für die Hauslandschaft des Kantons Zug charakteristisches Phänomen dokumentiert und weiter erforscht werden.

Zum anderen betrifft der sehr hohe wissenschaftliche und sehr hohe kulturelle Wert die Bautypologie: Der Kernbau des heutigen Restaurants Rötelberg ist ein bäuerliches Wohnhaus. Bäuerliche Wohnhäuser mit Steildach wurden nicht selten mit traufseitigen Anbauten erweitert. Die Thematik der Hausentwicklung in der Bauernhausarchitektur und die oft mit Erweiterungen einhergehenden Anpassungen an zeitgenössische ästhetische Vorlieben oder die Bestrebungen, den Ausdruck des Gebäudes zu nobilitieren, wurde von Furrer in seinem Standardwerk *Die Bauerhäuser der Kantone Schwyz und Zug* eingehend abgehandelt (Furrer 1994, 114f). Üblich und insofern typisch ist gemäss Furrer auch, dass es den Bauern freistand, in ihren Wohnhäusern eine Schenke zu betreiben. Im Unterschied zu Herbergen oder Wirtshäusern setzte der Verkauf von Speis und Trank, sofern diese aus der eigenen Produktion stammten, bei bäuerlichen Schenken keine obrigkeitliche Bewilligung voraus (...). Das Haus Rötelberg ist typologisch nicht der Gattung der Wirtshäuser zuzuordnen, sondern ist ein nachträglich erweitertes bäuerliches Wohnhaus, in dem seit mindestens 200 Jahren eine Schenke betrieben wird. Gerade diese typologische Ausbildung ist entscheidend für den sehr hohen wissenschaftlichen (bauhistorischen) und sehr hohen kulturellen Wert.

Die spezifische Bautypologie, aber auch der nachweislich geschichtsträchtige Hintergrund des Hauses Rötelberg belegen den sehr hohen heimatkundlichen Wert. Als bauliches Zeugnis erinnert es an die Stadtnähe des bäuerlichen Streusiedlungsgebietes. Der heimatkundliche Wert offenbart sich in der historisch bedeutsamen Gebäudesubstanz und in seiner augenfälligen Präsenz hoch über dem Stadtzentrum an exponierter Lage. Er manifestiert sich aber auch in den lokalen Archivalien und im heimatkundlichen Schrifttum und ist insofern vielschichtig im öffentlichen und heimatkundlichen Bewusstsein verankert.»

e) Auf die Frage, welche Gebäudeteile zur historisch schützenswerten Baustruktur gehören würden, führte die EKD aus, aus ihrer Sicht gelte jeder Teil der historischen Substanz als schützenswert, an der der sehr hohe historische und wissenschaftliche, kulturelle und heimatkundliche Wert dargelegt werden könne. Es handle sich dabei um die aus den Bauphasen bis ins 19. Jahrhundert noch vorhandene Tragstruktur, aber auch um die weiter oben aufgeführten Oberflächen und Ausstattungselemente an den Fassaden und im

Gebäudeinnern, wie insbesondere die Auszeichnungen der beiden Gaststuben mit Parkettböden, Wandtäfer und Felderdecken sowie das Einbaubuffet und die zugehörigen Türen.

f) Das Gutachten äussert sich auch zu den denkmalpflegerischen und baurechtlichen Voraussetzungen. Unter diesem Titel wird ausgeführt, dass die Stadt Zug gemäss dem Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) seit dem 1. Juni 2000 ein Ortsbild von nationaler Bedeutung sei. Derjenige Teil, in dem sich das Restaurant Rötelberg Assek. Nr. 408a befinde, sei im ISOS als «Umgebungsrichtung IV - Oberster Hangbereich, Wiesland mit Einzelhöfen und lockerem Obstbaubestand» ausgeschieden. Die Umgebungsrichtung IV sei der Aufnahmekategorie a zugeordnet und als unerlässlicher Teil des Ortsbildes qualifiziert worden. Das ISOS schreibe dieser Umgebungsrichtung eine besondere Bedeutung zu und setze für das Gebiet das Erhaltungsziel a, die höchste Wertung, fest, und fordere somit die Erhaltung der Beschaffenheit. Die für das Ortsbild wesentliche Vegetation und Altbauten müssten bewahrt und störende Veränderungen beseitigt werden. Das ISOS verweise explizit auf das Gasthaus Rötelberg, das als ehemaliger Bauernhof aus dem 18./19. Jahrhundert in aussichtsreicher Lage auf dem Hügelsporn bezeichnet werde.

7. Die Beschwerdeführerin kritisiert die Ergebnisse und die Schlussfolgerung der Gutachterin in verschiedener Hinsicht.

a) Vorerst wird beanstandet, dass sich die EKD nicht mit der Frage auseinander gesetzt habe, was unter einem Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichem, kulturellem oder heimatkundlichem Wert zu verstehen sei. In ihrem Gutachten äussert sich die EKD sehr wohl zum Denkmalbegriff und führt aus, dass ein «Gegenstand der Vergangenheit mit besonderem Zeugnischarakter durch das erkennende Betrachten der Gesellschaft zum Denkmal» werde. An dieser Definition orientiere sich die Kommission bei der Bewertung und Würdigung der Denkmaleigenschaft des Restaurants Rötelberg. Ganz wesentlich sei dabei die Materialität des Denkmals. Denkmäler seien bestimmt durch ihre überlieferte Materie, welche die Authentizität des Denkmals ausmache. Die Authentizität des Denkmals, d.h. die Existenz des Denkmals in seiner möglichst vollständig überlieferten Materie mit all ihren Zeitspuren, sei Voraussetzung dafür, dass heutige aber auch spätere Generationen seine Vielschichtigkeit erkennen und interpretieren können. Damit hat die EKD die Frage, was sie unter einem Denkmal verstehe, klar beantwortet. Auch zu der Frage, warum gerade das hier zur Diskussion stehende Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichem, kulturellem und heimatkundlichem Wert sei, hat sich die Kommission ausführlich geäussert (siehe oben).

b) Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin hat sich die EKD auch zu der Frage geäussert, welche Elemente unter Schutz stehen. Geschützt sind der Standort, die äussere Erscheinung und die historische Baustruktur des Gebäudes. Weiter führt die Kommission aus, sekundäre Veränderungen am und im Haus und die jüngere Bebauung rund um den Rötelberg vermöchten die Bedeutung und Schutzwürdigkeit der Baute nicht wesentlich zu schmälern. Aus bautypologischer Sicht sowie für das Verständnis von Stadtgeschichte, Stadtstruktur und Siedlungsentwicklung sei der Bau in seiner bauzeitlichen Ausprägung einschliesslich der Gartenwirtschaft und der Bäume unverzichtbar. Die Kommission führt weiter aus, man gebe auch zu bedenken, dass sowohl das ehemalige Trottengebäude und die Scheune zur Geschichte resp. zum Verständnis der Rötelberg-Anlage gehörten. Sie seien als historisch und baugeschichtlich bedeutende Elemente der unmittelbaren Umgebung zu werten und sollten erhalten werden. Allfällige Veränderungen hätten in enger Zusammenarbeit mit dem Amt für Denkmalpflege und Archäologie des Kantons Zug zu erfolgen. Dieser Schlussfolgerung kann sich das Gericht nicht anschliessen. Aus der angefochtenen Verfügung der Direktion des Innern ergibt sich unzweifelhaft, dass die Überbauung der Umgebung im Rahmen der Regelbauvorschriften möglich ist, vorausgesetzt, dass die Fernwirkung des Gebäudes nicht verloren geht. In diesem Zusammenhang ist auch auf die klaren Aussagen des kantonalen Denkmalpflegers beim Augenschein vom 21. Dezember 2011 hinzuweisen, der erklärte, dass der Umgebungsschutz auf § 29 DMSG beruhe. Diese Bestimmung besage, dass Bauten in der Umgebung eines geschützten Denkmals dessen Wert nicht wesentlich beeinträchtigen dürften. Er stellte fest, dass die geplanten Bauten östlich der Zugerbergstrasse das Restaurant Rötel nicht wesentlich beeinträchtigen würden. Wenn aber die Bäume auf der Westseite gefällt und ein Haus hingestellt würden, dann wäre dies

eine wesentliche Beeinträchtigung des Wertes.

c) Weiter lässt die Beschwerdeführerin feststellen, das einzigartige Panorama vom Gebiet Rötelberg sei unbestritten, gelte aber für das ganze Gebiet und nicht nur für das Restaurant Rötelberg. Der behauptete Sichtbezug zur östlich gelegenen St. Verena Kapelle bestehe nicht. Hierzu gilt es festzustellen, dass für den Rötelberg ein öffentlicher Sichtschutz im Sinne von § 27 der Bauordnung der Stadt Zug besteht, der im Anhang 2 der Bauordnung 2009 näher definiert ist. Dieser öffentlich-rechtliche Sichtschutz dokumentiert zusätzlich die Einzigartigkeit der Lage des Rötelbergs und damit auch des Restaurants. Im Anhang 2 wird festgelegt, dass eine unbeeinträchtigte Sicht «auf die Rigi, die Kirche St. Michael (Glockenturm, Dach und Kirchenschiff), die Kath. Kirche Cham, Guggi, Protestantische Kirche Zug» garantiert sei. Was den Sichtbezug zur ca. 400 Meter östlich gelegenen St. Verena Kapelle betrifft, so ist es richtig, dass dieser von der Gastwirtschaft aus nicht gegeben ist. Jedoch sind von der St. Verena Kapelle aus das Ober- und Dachgeschoss des Restaurants Rötelberg gut einsehbar. Allerdings handelt es sich bei der Frage nach der Einsehbarkeit des Restaurants Rötelberg von der St. Verena Kapelle aus nicht um die für die Unterschutzstellung entscheidende Frage.

d) Die Beschwerdeführerin lässt weiter ausführen, das Gutachten gehe darüber hinweg, dass im Estrich- und Kellergeschoss wesentliche bauliche Änderungen stattgefunden hätten. Das Dachgeschoss könne nicht als «bauzeitliches Zeugnis» bezeichnet werden, nur weil einzelne Holzbauteile (Fragmente) eingebaut worden seien. Die Innenausstattung im Gaststubenbereich sei zwar schön, aber nicht ausserordentlich. Die Kommission nehme keine Abwägung vor, obwohl am Augenschein auf die zum Teil sehr störenden, unpassenden baulichen Eingriffe an der Decke der Gaststube hingewiesen worden sei. Eine Überprüfung des Gutachtens werde ergeben, dass die Kommission nur Elemente aufführe, welche für eine mögliche Unterschutzstellung sprechen würden. Die EKD kommt gestützt auf die Fachliteratur, Schrift- und Bildquellen und die Erkenntnisse am Augenschein, von denen eine umfangreiche Fotodokumentation erstellt wurde, zum Schluss, dass der Kern des Hauses spätestens aus dem 18. Jahrhundert stamme. Es handle sich um einen zweistöckigen Ständerbau mit Kantholz-Wandfüllungen über quadratnahmen Grundriss. Der Kernbau sei mit einem Satteldach überdeckt und mit seiner Giebelfront nach Westen zum See hin ausgerichtet. An seinem heutigen Standort sei der kompakte Bau wohl um 1850 nach Süden erweitert worden. Seither präsentiere sich das über einem massiven Kellergeschoss aufgebaute Haus Rötelberg als verputzter Kreuzfirstbau mit Biberschwanzeindeckung, dessen westseitige Hauptfassade und Südseite eine regelmässige Einzelbefensterung aufweise. Die EKD weist ausdrücklich darauf hin, dass das Hauptgebäude seit Mitte des letzten Jahrhunderts mehrmals umgebaut worden sei (unter anderem 1969, 1976, 1999-2001). Die Kommission verschweigt auch nicht, dass es in der jüngeren Zeit zu wesentlichen baulichen Interventionen gekommen ist. Entscheidend ist aber, dass das Haus, welches von seiner äusseren Erscheinung eine 150-jährige Kontinuität aufweist, immer noch das in der Mitte des 19. Jahrhunderts zu einem Kreuzfirstbau erweiterte Wohnhaus ist. Die EKD stellt zu Recht fest, dass in der Zwischenzeit die wohlproportionierte Volumetrie nicht verändert wurde und dass es auch zu keinen Anbauten oder zu keinen erheblichen Eingriffen in die Fassadenstruktur gekommen sei.

e) Die Beschwerdeführerin stört sich auch daran, dass die EKD in ihrem Gutachten auf das ISOS verweise. In diesem Inventar seien Ortsbilder in ihrer Gesamtheit und nicht Einzelbauten erfasst. Zudem sei das ISOS nur bei der Erfüllung von Bundesaufgaben zu berücksichtigen. Hier gehe es um ein privates Bauobjekt und nicht um eine Bundesaufgabe, weshalb das ISOS nicht anwendbar sei. Aus dem ISOS könne daher nicht abgeleitet werden, dass das Gebäude schutzwürdig sei. Hierzu gilt es festzuhalten, dass die EKD nicht den Schluss gezogen hat, das Haus Rötelberg sei deshalb schutzwürdig, weil es im ISOS erwähnt werde. Die EKD weist in ihrem Gutachten - vor der eigentlichen Beantwortung der Gutachterfragen - auf die denkmalpflegerischen und baurechtlichen Voraussetzungen hin und stellt fest, dass die Stadt Zug gemäss ISOS ein Ortsbild von nationaler Bedeutung sei und dass der Gasthof Rötelberg in diesem Verzeichnis ausdrücklich erwähnt werde. Weitere Schlussfolgerungen zieht die EKD aus der Erwähnung im ISOS nicht. Auch wenn die Aufnahme eines Ortsbildes ins ISOS nicht ausreicht, um einzelne darin enthaltene Objekte unter Denkmalschutz zu stellen, so kann die Aufnahme aber ohne

Zweifel auch ein Hinweis für eine erhöhte Schutzwürdigkeit sein.

f) Die Beschwerdeführerin lässt auch ausführen, beim vorliegenden Gebäude handle es sich nicht um einen «historisch bedeutsamen Gebäudetyp» und die Translokation sei keine Begründung für die Unterschutzstellung. Es könne auch nicht von der Bausubstanz gesprochen werden, die als charakteristisch für die «Hauslandschaft des Kantons Zug» sei. Mit diesen Aussagen bestreitet die Beschwerdeführerin die Richtigkeit der Ausführungen des Gutachtens zu Frage 2 des Gerichtsgutachtens. Die entsprechenden Ausführungen der EKD stützen sich aber auf verschiedene zuverlässige Quellen, sind detailliert und nachvollziehbar begründet. Das Gericht sieht keine Veranlassung, die Richtigkeit dieser Feststellungen und Würdigungen der EKD in Zweifel zu ziehen. Was die Behauptung betrifft, die Fassade sei - soweit erkennbar - neueren Datums und die Tragstruktur im Mittelgeschoss sei weder untersucht noch dokumentiert worden, so ist auf die Ergebnisse und die Fotodokumentation des Augenscheins zu verweisen. Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die Pläne, welche im Zusammenhang mit den Umbauten und Renovationen eingereicht wurden und aus denen sich ergibt, dass an der Originalsubstanz des Gebäudes - abgesehen vom Erschliessungsbereich - zwar Änderungen vorgenommen wurden, dass sie aber in grossen Teilen nicht verändert wurde.

8. Zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Objekt unter Schutz gestellt werden kann, gehört auch, dass das öffentliche Interesse an dessen Erhaltung allfällige entgegenstehende Privatinteressen überwiegt (§ 25 Abs. 1 lit. b DSMG).

a) Eigentumsbeschränkungen zum Schutz von Baudenkmälern liegen grundsätzlich im öffentlichen Interesse. Wie weit dieses öffentliche Interesse reicht, insbesondere in welchem Ausmass ein Objekt denkmalpflegerischen Schutz verdient, ist im Einzelfall zu prüfen. Der Denkmalschutz erstreckt sich auch auf Objekte neuerer Zeit und auf Gebäude, welche für ihre Entstehungszeit charakteristisch sind. Eine Baute soll als Zeuge und Ausdruck einer historischen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technischen Situation erhalten bleiben (BGE vom 3. Februar 2012, 1C_300/2011, Erw. 5.1.2 mit Verweis auf BGE 126 I 219). Weil Denkmalschutzmassnahmen oftmals mit schwerwiegenden Eigentumseingriffen verbunden sind, dürfen sie nicht nur im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter, d.h. auf objektive und grundsätzliche Kriterien gestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung bejaht werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können (BGE 120 Ia 270 Erw. 4a).

b) Mit Beschluss vom 6. Dezember 2005 setzte der Stadtrat von Zug gestützt auf § 35 PBG die Planungszone Rötelberg fest, ohne dass dieser Beschluss veröffentlicht wurde (man einigte sich mit der Beschwerdeführerin darauf, für das Gebiet ein Studienverfahren mit anschliessender Festsetzung des Ergebnisses in einem Bebauungsplan durchzuführen). Weil die Beschwerdeführerin in der Folge für eines der betroffenen Grundstücke ein Baugesuch einreichte und gleichzeitig die Entlassung der Liegenschaft Rötelberg aus dem Inventar der schützenswerten Bauten beantragte, sah sich der Stadtrat im Frühjahr 2007 veranlasst, auf die Planungszone Rötelberg zurückzugreifen und diese vom 25. Mai bis zum 25. Juni 2007 öffentlich aufzulegen. Gegen diese Publikation reichte die Beschwerdeführerin beim Regierungsrat Beschwerde ein und beantragte, die Planungszone und die erlassenen «speziellen Vorschriften Rötelberg» seien aufzuheben. Mit Beschluss vom 8. Juli 2008 hiess der Regierungsrat die Beschwerde vom 12. Juni 2007 teilweise gut und stellte fest, dass in der Amtsblattpublikation zu Unrecht auf das Rechtsmittel der Einsprache hingewiesen worden sei. Im Übrigen wies der Regierungsrat die Beschwerde der Erbengemeinschaft ab, soweit er darauf eintrat bzw. soweit sie nicht infolge von Gegenstandslosigkeit abgeschrieben wurde. Eine gegen diesen Beschluss beim Verwaltungsgericht eingereichte Beschwerde wurde mit Entscheid vom 25. August 2009 abgewiesen. Am 9. Mai 2009 beschloss der Stadtrat von Zug im Hinblick auf die Ortsplanungsrevision ein Entwicklungskonzept. In diesem Konzept wurden sogenannte Perlen ausgeschieden. Als «Perlen» wurden repräsentative Orte für spezielle Nutzungen mit hohen Anforderungen an die städtebauliche und architektonische Gestaltung bezeichnet. Im Entwicklungskonzept wurde ausdrücklich festgehalten, dass deren Entwicklung einem hohen öffentlichen Interesse unterliege. Als Perlen wurden die Areale «Oeschwiese», Rötelberg, Zurlaubenhof, Salesianum

und Meisenberg bezeichnet. Wegen ihrer einmaligen Lage im Landschaftsraum und/oder wegen der bestehenden Bebauung von hoher Qualität wurden die «Perlen» Zonen mit speziellen Vorschriften oder Zonen des öffentlichen Interesses zugewiesen, und - wo erforderlich - mit einer Bebauungsplanpflicht überlagert.

c) Am 27. September 2009 stimmten die Stimmberechtigten der Stadt Zug der neuen Bauordnung und dem Zonenplan mit einem Ja-Stimmen-Anteil von 61 % zu. In den Abstimmungsvorlagen wurde bezüglich der Zweckbestimmung der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen «Rötelberg» ausgeführt, dass diese Zone für den Aussichtspunkt mit Bestockung, den Fussweg und das Restaurant mit Remise bestimmt sei. Auch wenn der Regierungsrat dieser Zonenzuweisung die Genehmigung nicht erteilt hat, so hat doch die Mehrheit der Stimmberechtigten der Zuweisung des Rötelbergs in eine Zone OeIB zugestimmt und damit das öffentliche Interesse manifestiert. Der Stadtrat von Zug hat der Unterschutzstellung des Rötelbergs mehrmals zugestimmt. Bereits an seiner Sitzung vom 11. September 2007 stimmte er der Unterschutzstellung zu. Auch mit einem ausführlich begründeten Beschluss vom 9. Dezember 2009 stimmte er der Unterschutzstellung zu und signalisierte damit als Vertreter der Stimmberechtigten der Stadt Zug erneut seinen Willen, das Gebäude unter Schutz zu stellen.

d) Weil der Regierungsrat der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen Rötelberg die Genehmigung verweigert hat, unterbreitete der Stadtrat dem Grossen Gemeinderat den Antrag, das Grundstück GS Nr. 1718 neu einer Bauzone mit speziellen Vorschriften zuzuweisen. Der Grosse Gemeinderat hat diesen Änderungen des Zonenplans und der Bauordnung am 26. Juni 2012 zugestimmt (zurzeit ist nur noch die Genehmigung durch den Regierungsrat ausstehend). Auch diese - allerdings weit nach dem angefochtenen Entscheid des Regierungsrates vorgenommene Gesetzesänderung - zeigt, welche Bedeutung man von Seiten des Stadtrates und des Grossen Gemeinderates und damit auch von Seiten der Bevölkerung dem Erhalt des Rötelbergs zumisst. Das hohe öffentliche Interesse am weitgehend ungeschmälerten Erhalt des Rötelbergs ist damit offenkundig und vermag die privaten Interessen der Beschwerdeführerin unzweifelhaft zu überwiegen.

9. Gemäss § 25 Abs. 1 lit. c DMSG muss die Massnahme auch verhältnismässig sein. Denkmalschutzmassnahmen müssen nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar sein. Ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit ist unter diesen Umständen dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Ob eine aus Gründen des Denkmalschutzes erfolgende Nutzungsbeschränkung das dem Eigentümer zumutbare Mass überschreitet, ist einzelfallweise aufgrund der gesamten Umstände zu beurteilen. Dabei sind Rentabilitätsüberlegungen umso geringer zu gewichten, je schutzwürdiger eine Baute ist (BGE vom 1. April 2011, 1C_55/2011, Erw. 7.1 mit Verweis auf BGE 126 I 219 Erw. 2c). Rein finanzielle Interessen können bei ausgewiesener Schutzwürdigkeit nicht ausschlaggebend sein.

a) Die Beschwerdeführerin führt diesbezüglich in der Beschwerdeschrift aus, die mit der Unterschutzstellung verbundenen Wertverminderungen des Gebäudes bzw. die Tragweite des Eingriffs in die Eigentumsfreiheit lasse sich erst beantworten, wenn die von der Denkmalpflege vorgesehenen Einschränkungen bekannt seien. Der Beschluss des Regierungsrates unterlasse es, die zu erhaltende Originalsubstanz genau zu bezeichnen. Die Fragen der notwendigen Kosten, die Behinderungen bei Umbauten wegen allfälliger Originalsubstanz, die zu erhalten wäre, oder ein Vergleich der Kosten zu einem Neubau würden sich erst beantworten lassen, wenn detailliert bekannt sei, was als schützenswerte Substanz gelte.

b) Die Unterschutzstellung des Hauses Rötelberg ist zweifellos geeignet, das schützenswerte Gebäude zu erhalten und zwar bezüglich seines Standorts, seiner äusseren Erscheinung und seiner historischen Baustruktur. Die verfügten Massnahmen gehen nicht weiter, als sie zur Erreichung des Erhalts von Standort und äusserer Erscheinung notwendig sind. Die im Inneren vorhandene Raumaufteilung erlaubt eine den heutigen Anforderungen genügende Nutzung als Restaurant. Sie könnte aber auch ohne

weiteres einer Wohnnutzung zugeführt werden. Aus dem Gebäude lässt sich trotz Unterschutzstellung die gleiche Rendite erzielen wie bisher. Dass allenfalls durch den Abbruch des Gebäudes und verschiedene Neubauten eine höhere Rendite erzielt werden könnte, kann bei nachgewiesener Schutzwürdigkeit keine Rolle spielen. Es gibt im vorliegenden Fall keine «milderen» Massnahmen, mit denen man den Schutz des Standortes und des äusseren Erscheinungsbildes erreichen könnte. Der Augenschein hat im Übrigen ergeben, dass sich das Gebäude in einem guten und gepflegten Zustand befindet. Der Regierungsrat hat daher zu Recht festgestellt, dass aus Sicht des Denkmalschutzes keine teuren Sanierungsmassnahmen notwendig sind. Die in der Beschwerdeschrift erwähnte Notwendigkeit einer Verlegung der Kühl- und Getränkedepots ins Gebäudeinnere hat keinen Zusammenhang mit der Unterschutzstellung. Auch die vom Pächter gewünschten Ausbauten für Büros und Aufenthaltsräume im Dachgeschoss stehen in keinem relevanten Zusammenhang mit der Unterschutzstellung. Insgesamt kann jedenfalls festgestellt werden, dass die angeordneten Massnahmen sich als verhältnismässig erweisen. Die weitere Nutzung der Liegenschaft wird nicht verunmöglicht, und durch die Unterschutzstellung wird auch nicht ausgeschlossen, dass im Gebäudeinneren gewisse bauliche Änderungen vorgenommen werden können. Die Frage der Originalsubstanz wurde bereits ausführlich diskutiert.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2012 V 2010 / 178

§ 5, 41 DMSG
Regeste:

§ 5, 41 DMSG. - Das kantonale Denkmalschutzgesetz vom 26. April 1990 bestimmt, dass die im kantonalen Richtplan 1987 aufgeführten regionalen Kulturobjekte sowie die aus den Ortsplanungen hervorgehenden gemeindlichen Kulturobjekte als schützenswerte Denkmäler im Sinne von § 5 gelten. Im Kantonalen Richtplan von 1987 sind sämtliche Bauten in der Altstadtzone von Zug, die vor 1902 erstellt wurden, als Kulturobjekte erfasst worden. Entsprechend befinden sie sich seit dem 1. Januar 1991 im Inventar der schützenswerten Denkmäler. Das kantonale Denkmalschutzgesetz geht einem kommunalen Bebauungsplan vor.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 16. September 2010 stellte der Regierungsrat ein Wohnhaus in der Stadt Zug als Baudenkmal von lokaler Bedeutung unter kantonalen Schutz. Gegen diesen Beschluss reichte die Einwohnergemeinde Zug am 6. Oktober 2010 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein. Zur Begründung führte der Stadtrat unter anderem aus, das Gebäude stehe in der Altstadtzone. Gleichzeitig sei es auch Teil eines Bebauungsplanes, der eine grössere Ausnützung und den Abbruch des Gebäudes explizit ermögliche. Bezüglich des Verweises auf das Altstadtreglement müsse festgehalten werden, dass sich das Gebäude gemäss Altstadtreglement in der Äusseren Altstadt befinde, in der die Vorschriften zur Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung von Altbauten nicht in gleichem Ausmass gelten würden wie in der Inneren Altstadt. In diesem Sinn seien in den letzten rund 30 Jahren in der Äusseren Altstadt im Einklang mit dem Altstadtreglement verschiedene zeitgemässe Um- und Wiederaufbauten realisiert worden. Zu beachten sei in rechtlicher Hinsicht, dass der nach wie vor gültige Bebauungsplan den Abbruch des strittigen Gebäudes gestatte. Bebauungspläne würden grundsätzlich im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen und in der Form eines Einzelfallgesetzes erlassen. Als lex specialis würden sie den allgemeinverbindlichen Gemeindereglementen vorgehen. Der Bebauungsplan sei auch jünger als das Altstadtreglement und gehe daher als «lex posterior» dem älteren Altstadtreglement vor. Der Eigentümer habe sich gestützt auf den Bebauungsplan darauf verlassen dürfen, dass das Gebäude abgerissen und gemäss den Bestimmungen des Bebauungsplans neu aufgebaut werden dürfe. Auch der Vertrauensschutz gebiete den Verzicht auf die Unterschutzstellung. Überdies stelle sich die Frage des Sonderopfers. Eine Unterschutzstellung des Gebäudes wäre in Anbetracht des baulichen Umfeldes unverhältnismässig und würde überdies den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung verletzen, weil die westlich und östlich angrenzenden Gebäude gestützt auf den Bebauungsplan durch Neubauten mit massiv grösseren Volumen hätten ersetzt werden können.

Aus den Erwägungen:

5. (...)

b) Die Frage, ob der Bebauungsplan dem Altstadtreglement vorgeht oder nicht, stellt sich im vorliegenden Fall nicht. Entscheidend ist, ob der Bebauungsplan dem Denkmalschutzgesetz vorgeht oder nicht. Ohne nähere Ausführungen kann hierzu festgehalten werden, dass ein kantonales Gesetz selbstredend einem kommunalen Bebauungsplan vorgeht. Das Baugrundstück liegt gemäss dem Zonenplan der Stadt Zug in der Altstadtzone, welche in diesem Bereich zusätzlich von der Ortsbildschutzzone überlagert wird. Weiter liegt das Grundstück auch im Perimeter eines Bebauungsplanes, welchen der Grosse Gemeinderat beschlossen hat. Aus den Materialien zu diesem Bebauungsplan ergibt sich, dass dieser einen bereits bestehenden Bebauungsplan ersetzen sollte, um eine bessere städtebauliche Überbauung eines anderen Gebäudes zu ermöglichen. Am 1. Januar 1991 ist aber das kantonale Denkmalschutzgesetz vom 26. April 1990 in Kraft getreten. Dieses bestimmt in § 41 DMSG, dass die im kantonalen Richtplan 1987 aufgeführten regionalen Kulturobjekte sowie die aus den Ortsplanungen hervorgehenden gemeindlichen Kulturobjekte als schützenswerte Denkmäler im Sinne von § 5 gelten werden. Im Kantonalen Richtplan von 1987 (vom Bundesrat genehmigt und in Kraft seit dem 21. Dezember 1988) sind sämtliche Bauten in der Altstadtzone von Zug, die vor 1902 erstellt wurden, als Kulturobjekte erfasst worden. Entsprechend befinden sie sich seit dem 1. Januar 1991 gemäss § 5 DMSG im Inventar der schützenswerten Denkmäler und sind somit Objekte, deren Schutz erwogen wird. Beabsichtigt der Eigentümer eines inventarisierten Objekts, irgendwelche Veränderungen am Objekt vorzunehmen, so hat er dies dem Bauamt der Standortgemeinde zuhanden des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie mitzuteilen. Die Feststellung des Stadtrates, dass das Objekt aufgrund der geltenden Rechtslage abgebrochen werden könnte, ist völlig unzutreffend. Seit dem 1. Januar 1991 waren entsprechende bauliche Vorkehren am Haus nicht mehr möglich, ohne dass die Direktion des Innern ihr Einverständnis gegeben hätte.

c) Unter diesen Umständen konnten gestützt auf den Bebauungsplan auch keinerlei Ansprüche aus Treu und Glauben entstehen. Der Stadtrat Zug wusste bzw. hätte seit 1991 wissen müssen, dass sich das Haus im Inventar der schützenswerten Denkmäler befand und dass für irgendwelche baulichen Vorkehren bzw. umso mehr für dessen Abbruch vorgängig Abklärungen beim Amt für Denkmalpflege und Archäologie bzw. bei der Direktion des Innern ein Verfahren um Entlassung aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler erforderlich sein würden. Die Tatsache, dass der heutige Eigentümer und Beschwerdeführer das Haus aus der Erbengemeinschaft bedingungslos zu einem Preis erworben hat, der auf den Grundlagen eines nach dem Bebauungsplan möglichen Neubaus geschätzt wurde, beinhaltet eine gewisse Fahrlässigkeit, denn ohne Entlassung aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler stand keineswegs fest, dass ein solcher Neubau jemals realisiert werden könnte. Ob die Voraussetzungen für die Feststellung eines Sonderopfers bzw. für die Bejahung einer materiellen Enteignung gegeben sind, kann nicht in diesem Verfahren entschieden werden. Es kann lediglich gesagt werden, dass der Beschwerdeführer im Vergleich zu seinen Nachbarn in der Ausübung seines Eigentumsrechts in erheblichem Mass eingeschränkt wird.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. März 2012 V 2010 156, 161

1.1.8 Vormundschaftsrecht

Art. 367 Abs. 3, 395 Abs. 1 und 2, 398 Abs. 1 und 2, 402 Abs. 1, 419 Abs. 1 und 2 ZGB
Regeste:

Art. 367 Abs. 3, 395 Abs. 1 und 2, 398 Abs. 1 und 2, 402 Abs. 1, 419 Abs. 1 und 2 ZGB. Kombinierte Beiratschaft auf eigenes Begehren. Umfang und Grenzen der notwendigen Inventarisierung und finanziellen Interessenwahrung («mündelsichere Anlagen») durch die Beirätin in Berücksichtigung

vorbestehender, nicht zuletzt im Rahmen der Familie und im Interesse einer Familienunternehmung getätigter Vermögensanlagen.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 17. September 2007 errichtete der Bürgerrat X. für A., eine Beiratschaft auf eigenes Begehren nach Art. 395 ZGB und ernannte V. als Beirätin mit der Aufgabe, die finanziellen sowie administrativen Angelegenheiten von A. zu regeln und ihr Vermögen zu verwalten. Mit Eingabe vom 22. April 2008 liessen zwei der drei Kinder von A. gegen die Beirätin ein Amtsenthebungsgesuch einreichen mit dem Antrag, V. sei unverzüglich ihres Amtes als Beirätin nach Art. 395 Abs. 1 und 2 ZGB zu entheben. Mit Beschluss vom 22. September 2009 wies der Bürgerrat X. das Amtsenthebungsgesuch ab. Mit Beschluss vom 31. Mai 2011 hiess der Regierungsrat die Beschwerde gut. Er hob den Beschluss des Bürgerrates X. auf, enthob V. ihres Amtes als Beirätin von A. und wies den Bürgerrat X. an, für V. eine neue Beirätin bzw. einen neuen Beirat zu ernennen (Ziff. 3). Nachdem das Verwaltungsgericht den Antrag auf aufschiebende Wirkung der von V. gegen den Regierungsratsbeschluss erhobenen Beschwerde abgewiesen hatte, ernannte der Bürgerrat X. mit Beschluss vom 16. August 2011 W. zum neuen Beirat. Die von V. gegen ihre Amtsenthebung als Beirätin erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht ab. In seinem Urteil hatte es sich u.a. zur Frage des konkreten Umfangs der finanziellen Interessenwahrung für die altersdemente Person durch die Beirätin (Beschwerdeführerin) zu äussern. Zuvor stellte das Gericht fest, dass sich die Beirätin von der Verbeirateten zusätzlich auch noch privat zur Interessenwahrung hatte mandatieren lassen, was einen erheblichen Interessenkonflikt im Sinne des Ausschliessungsgrundes von Art. 384 Ziff. 3 ZGB und zusammen mit der mangelnden Kontrolle der konkreten Umstände der Ausübung des privaten Mandates eine Gefährdung der Mündelinteressen bewirkte.

Aus den Erwägungen:

8. a) Grundlage für die Rechnungsführung und Vermögensverwaltung des Beirates bildet das von Bundesrechts wegen gemäss Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 367 Abs. 3 ZGB bei der Übernahme der Beiratschaft durch den Beirat und einen Vertreter der Vormundschaftsbehörde aufzunehmende Inventar über das zu verwaltende Vermögen (Art. 398 Abs. 1 ZGB; vgl. BSK ZGB I, Albert Guler, Art. 398 Rz. 3 f.). Ist der Bevormundete urteilsfähig, so wird er, soweit tunlich, zur Inventaraufnahme zugezogen (Abs. 2). Das Inventar hat alle Aktiven und Passiven der schutzbedürftigen Person zu enthalten, also gegebenenfalls auch Geschäftsvermögen oder Anteile daran, ebenso Anteile an Gemeinschaftsvermögen, z. B. an einer unverteilten Erbschaft, aber auch Rechte und Anwartschaften. Ein Verweis auf andere Inventare, wie z. B. ein Steuerinventar, genügt in der Regel nicht, da für diese andere Bewertungskriterien gelten (Albert Guler, a.a.O., N 7 f.). Drittpersonen müssen bei der Inventaraufnahme mitwirken, d.h. sie haben auf Befragen alle sachdienlichen Angaben über das Mündelvermögen i.w.S. zu tätigen, wobei die Sachverhaltsaufnahmen vom Vertreter der Vormundschaftsbehörde und dem Amtsträger gemeinsam vorzunehmen sind, z. B. Befragungen der bevormundeten Person oder von Bezugspersonen (Albert Guler, a.a.O. N. 15 f.). Nach Gesetz sind Kapitalanlagen, die nicht genügend Sicherheit bieten, durch sichere Anlagen zu ersetzen (Art. 402 Abs. 1 ZGB). Dabei soll die Umwandlung nicht zur Unzeit, sondern unter Wahrung der Interessen des Bevormundeten bzw. Verbeirateten unternommen werden. Die grundsätzliche Umwandlungspflicht setzt nicht in jedem Fall ein, in dem die sog. Mündelsicherheit der Anlage nicht gegeben ist. Denn es müssen die persönlichen Verhältnisse der bevormundeten Person mit berücksichtigt werden. So dürfen z. B. im Gegensatz zur erstmaligen Anlage von Vermögenswerten bestehende Aktien einer Familien-Aktiengesellschaft im Besitz der bevormundeten Person verbleiben, auch wenn damit der Grundsatz der Risikoverteilung nicht gewahrt ist. Auch ererbte oder erworbene Nutzniessungsrechte dürfen behalten werden. Als Umwandlung zur Unzeit kann auch die Missachtung persönlicher, affektiver oder emotionaler Gründe oder Interessen auf Seiten der bevormundeten Person gelten, bzw. ein nicht den Interessen der bevormundeten Person entsprechendes Vorgehen. Die Vormundschaftsbehörde kann dem Amtsträger auch entsprechende Weisungen erteilen (vgl. Albert Guler, Art. 402 N 3 f.; Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden VBK,

Empfehlungen für die Vermögensanlage im Rahmen von vormundschaftlichen Mandaten, ZVW 2001, 335). Tatsächlich sind «mündelsichere Anlagen» nicht gesetzlich definiert, meinen aber jedenfalls risikoarme, konservative Anlage in Nominalwerten, «wobei aber stets auf die konkreten wirtschaftlichen Gegebenheiten wie Höhe des Vermögens, absehbarer Bedarf und Anlagehorizont Rücksicht zu nehmen ist» (vgl. Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich, Anlage und Hinterlegung von Mündelvermögen, ZVW 2000, 62 mit Hinweisen). Zu würdigen ist die konkrete wirtschaftliche und persönliche Situation des Mündels und die beim Amtsantritt angetroffene Vermögensstruktur und Anlagestrategie. Umwandlungen von Anlagen der schutzbedürftigen Person sind also nur im Rahmen und nach Massgabe von Art. 402 Abs. 2 ZGB vorzunehmen, wobei eine umfassende Interessenabwägung unabdingbar ist (vgl. BGE 48 II 431 E. 2). Wie Kurt Affolter mahnt, sind Personsorge und Interessenwahrung immer auch in Bezug zu setzen zur Stellung des Mündels als «Teil einer sozialen Gemeinschaft». Die vormundschaftliche Betreuung unterscheidet sich damit insofern von anwaltlicher Tätigkeit, als die Betreuungsperson nicht unbesehen die Anliegen und Interessen der betreuten Person verfechten darf, sondern berechtigten Interessen Dritter soweit möglich Rechnung zu tragen hat. Er ist nicht einfach der verlängerte Arm des Mündels, sondern trägt selber gemäss Art. 409 Abs. 2 ZGB die Verantwortung für alle getroffenen Entscheide. Zu berücksichtigen sind demgemäss insbesondere Unterstützungsansprüche der Familie und der Schutz all jener Drittinteressen, die eine fürsorgerische Legitimation zur Anordnung einer vormundschaftlichen Massnahme abgeben; «es liegt im wohlverstandenen Interesse der betreuten Person, wenn sich die Betreuungsperson für ein sozialverträgliches Verhalten engagiert» (Kurt Affolter, Rechtsfragen aus dem Alltag der persönlichen Betreuung, AJP 1998, 647 ff., 649).

b) Weiter ist hier vor dem Hintergrund der zerstrittenen familiären Verhältnisse, die schliesslich den Anlass für die Anordnung der vormundschaftlichen Massnahme gegeben haben, unter Hinweis auf die jüngste Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts (GVP 2010, 161 f.) Folgendes festzustellen: Die vormundschaftlichen Organe haben aufgrund ihrer Amtspflichten und Verantwortlichkeit falls nötig allfälligen Rechtsansprüchen der betreuten Person nachzugehen, wenn beispielsweise begründeter Verdacht besteht, dass die betreute Person vor der Anordnung der Massnahme in bestimmten, genügend konkretisierten Geschäften oder Sachverhalten mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht (mehr) in der Lage gewesen sein könnte, ihre Interessen ausreichend zu wahren. Bekanntlich tritt die Urteilsunfähigkeit einer Person in der Regel nur schleichend ein und kann sie im Nachhinein kaum auf einen bestimmten Termin festgelegt werden. Sicher kann von den vormundschaftlichen Organen nicht verlangt werden, auf allgemeines Begehren – auch von Kindern – hin generell solchen Sachverhalten nachzuforschen. Dies liesse sich im Regelfall nicht mit dem vormundschaftsrechtlichen Auftrag und den persönlichkeitsrechtlichen Interessen der betreuten Person rechtfertigen. Vor allem muss dabei ein direkter Bezug zum jeweils aktuellen persönlichen und fürsorgerischen Interesse der betreuten Person vorausgesetzt werden. In diesem Rahmen haben die vormundschaftlichen Behörden und Amtsträger aufgrund ihrer gesetzlichen Aufgaben in der kombinierten Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft gemäss Art. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 2 ZGB, aber ebenso in der Verwaltungsbeiratschaft nach Art. 395 Abs. 2 ZGB das Recht und die Pflicht, für die verbeiständete Person alle tatsächlichen und rechtlichen Handlungen vorzunehmen, die die Erfüllung ihres Mandats mit sich bringt (GVP 2010, 169 f.). So muss sich auch der Verwaltungsbeirat u.a. um die materielle Existenz der ihm anvertrauten Person sorgen. Reichen die eigenen, unmittelbar verfügbaren Mittel (Renten, sonstige Einkünfte und allfällig vorhandenes Vermögen) nicht aus, muss er sich an unterhalts- und unterstützungspflichtige Verwandte bzw. an die Sozialhilfe wenden, und erst recht hat er allfällige rechtliche bzw. finanzielle Ansprüche auch aus der Vergangenheit für die von ihm vertretene Person geltend zu machen, soweit dies nicht bereits geschehen wäre. Dabei hat der Beirat die Interessen der verbeirateten Person zu verfolgen, nicht jene ihrer Angehöriger oder Dritter, und erst recht nicht subjektive Gerechtigkeitsvorstellungen. Die immer wegleitende Maxime des Mündelwohls verlangt die Vornahme aller durch das Schutzbedürfnis gebotenen Eingriffe, «untersagt aber Handlungen, die über das Notwendige hinausgehen» (Kurt Affolter). Die Massnahme hat mit den Worten Hegnauers als «Rettungsdampfer», nicht als «Kanonenboot» zu dienen (zitiert von Kurt Affolter, a.a.O: S. 650). Allfällige Ansprüche gegenüber Dritten hat der Beirat zwar nicht erst dann zu verfolgen, wenn die materielle Existenz der verbeirateten Person sonst geradezu gefährdet

wäre, doch müssen sämtliche in Erwägung gezogenen Massnahmen jeweils in ihrem Interesse liegen, wozu nicht zuletzt auch die Bewahrung des Familienfriedens oder beispielsweise der Erhalt einer Familienunternehmung gehört. Denn massgebend ist für das Mündelwohl in diesem Zusammenhang nicht zuletzt auch die sich aus Art. 272 ZGB zwischen Eltern und Kindern ergebende Rücksichtspflicht (Kurt Affolter, a.a.O. S. 652). Zumal in den in der Praxis nicht seltenen Fällen, in denen die Massnahme gerade dem Schutz der verbeirateten Person vor finanziellen Beanspruchungen und Bedrängnissen aus dem Kreis der Familie dienen sollte, erwiese es sich nachgerade als unverantwortlich, ohne Not vorbestehende Verträge oder Regelungen aus dem Kreis der Familie, die bereits früher bewusst und einvernehmlich getroffen wurden, in Frage stellen zu wollen. Unklare bzw. umstrittene erbrechtliche Ansprüche von Familienmitgliedern untereinander oder das subjektive Empfinden von Ungerechtigkeiten Einzelner haben den Beirat insofern nicht zu bekümmern. Der Verwaltungsbeirat hat wie der Vormund gemäss Art. 413 Abs. 1 ZGB das Vermögen der betreuten Person sorgfältig zu verwalten (vgl. BSK ZGB I, Ernst Langenegger, Art. 395 Rz. 15). Damit verweist der Gesetzgeber notwendigerweise auf einen Ermessensspielraum, und der Amtsträger ist gut beraten, entsprechende Schritte nur mit Zurückhaltung und v.a. im Einvernehmen mit der Vormundschaftsbehörde zu prüfen und in Erwägung zu ziehen.

c) Hinzu kommt unter verfahrensmässigen Gesichtspunkten, dass gerade in einem Fall wie diesem vorausgesetzt werden muss, dass die Prüfung und Anordnung prozessualer Schritte hinsichtlich früherer, im Rahmen der Familie getroffener vermögensrechtlicher Entscheide von weitreichender Tragweite nicht ohne Einbezug der Vormundschaftsbehörde und letztlich überhaupt nur auf Weisung derselben ergriffen werden. Tatsächlich können solche Weisungen betreffend die Umwandlung bzw. Sanierung von Vermögensanlagen und -ansprüchen gestützt auf Art. 420 Abs. 2 ZGB angefochten werden, nämlich von Beirat, verbeirateter Person und nicht zuletzt von Dritten, die Mündelinteressen geltend machen (Albert Guler, Art. 402 Rz 5). Ohne Zweifel wären hierzu also auch die Beschwerdegegner als Kinder legitimiert. (...)

Ausgangspunkt ist die gesetzliche Anordnung, dass sich der Beistand und jedenfalls auch der Verwaltungsbeirat - ihm kommt im Umfang seiner Aufgabe die nötige Vertreterstellung und damit die entsprechende Verantwortung zu (Yvo Biderbost, Art. 419 Rz 29) - grundsätzlich auf die Verwaltung und Fürsorge für die Erhaltung des Vermögens zu beschränken hat (Art. 419 Abs. 1 ZGB). Für Verfügungen, die darüber hinausgehen, bedarf er besonderer Ermächtigung, die ihm der Vertretene selbst oder, wenn dieser hiezu nicht fähig ist, die Vormundschaftsbehörde erteilt (Abs. 2). Fällt praxisgemäss unter die zustimmungsbedürftigen ausserordentlichen Verwaltungshandlungen z. B. eine Wohnungsliquidation mit allen Folgegeschäften und insbesondere der nicht unterhaltsbedingte Rückzug von Vermögenssubstanz (Yvo Biderbost, Art. 419 Rz 12), so muss dies umso mehr für so weitreichende geplante Aktionen gelten, wie sie hier die Beirätin ins Auge gefasst hat und auch schon aktiv betreibt. Zweifellos kann vorliegend aber auf die verbeiratete Person für eine Zustimmung aufgrund ihrer Demenz und extremen Vergesslichkeit nicht abgestellt werden, wobei es hierfür ohnehin aufgrund der wichtigen und folgenreichen Fragen jedenfalls gleichzeitig eines aktuellen (fach-)ärztlichen Arztzeugnisses zur Ermächtigungsfähigkeit bedürfte (Yvo Biderbost, Art. 419 Rz 21). Es steht somit die Behörde in der Pflicht, wobei sie selber die verbeiratete Person persönlich zu den konkreten Verwaltungshandlungen anzuhören hätte (was aufgrund der Akten in den wenigen, stets nur allgemein gehaltenen Gesprächen mit ihr nie geschehen ist). Unabhängig von bestehendem «freiem» Einkommen entfällt somit im Ergebnis bei einer kombinierten Beiratschaft die Möglichkeit zusätzlicher privater Mandatierung des Beirats im Kleid des Mitwirkungsbeirats für Aufgaben, die im Kern Fragen der dem Beirat von Gesetzes wegen zukommenden Vermögensverwaltung betreffen.

d) Gestützt darauf ist zum vorliegenden Fall festzustellen, dass das Vermögen von A, d.h. dessen Bestandteile und deren Höhe, beim Amtsantritt der Beirätin grundsätzlich bekannt war. Auch bezüglich der Steuerpflicht gab es - ungeachtet der weiteren, teuren geleisteten Beratungsleistungen - kaum unmittelbar offene Fragen. Ihre Vermögensverhältnisse sind nicht zuletzt das Ergebnis von erbrechtlichen und familienrechtlichen Verträgen, welche sie in der zum Teil weit zurückliegenden Vergangenheit selber, zudem mit anwaltlicher Unterstützung, mit ihren Kindern geschlossen hat, und zwar zu Zeitpunkten, in

denen ihre Urteils- und Hand-lungsfähigkeit als gegeben vorauszusetzen und jedenfalls nicht von den vormundschaftlichen Organen nachträglich in Frage zu stellen ist. Es ist offensichtlich, dass die Unternehmerwitwe dabei aus verständlichen Gründen auch immer dem weiteren Gedeihen des Familienunternehmens besondere Beachtung geschenkt, ja offensichtlich mitunter den Vorrang eingeräumt hat. Dabei mögen auch vielfältige familieninterne Diskussionen und vielleicht sogar abwechselnde Druckversuche der Kinder untereinander und gegenüber der Mutter erfolgt sein. Es mag auch sein und leuchtet aufgrund der ersichtlichen Umstände ohne weiteres ein, dass die Errichtung und die Ausgestaltung der AA. Stiftung von A. durchaus als Belastung empfunden worden ist, was der von der Beschwerdeführerin eingereichte, sehr persönliche Brief von C. an seine Mutter vom 27. Februar 2004 belegt, in dem dieser Bezug darauf nahm, dass sie sich offenbar Geldsorgen mache wegen der von ihnen am 8. September 2003 vor dem Notar in X. mitsamt Beistatuten unterzeichneten Familienstiftung. Er erläuterte darin seiner Mutter die im Interesse des Familienunternehmens und des Familienfriedens liegenden Hintergründe dazu noch einmal ausführlich und rang regelrecht um ihr Vertrauen. A. war damals aber urteils- und handlungsfähig und auch anwaltlich vertreten gewesen. Sie hat ihre eigenen Entscheide selber zu verantworten gehabt, und dies war - auch in der nachträglichen Betrachtung - ihr Recht und bleibt zu respektieren. Die unternehmenspolitischen und damit immer auch «familienpolitischen» Entscheide sind hier nicht zu kommentieren, so wenig als eventuellen späteren erbrechtlichen Auseinandersetzungen unter den Kindern von A. vorzugreifen wäre oder versucht werden sollte, gerechte(re) Verhältnisse zu schaffen. Die vormundschaftlichen Organe vermögen gar nicht alle Hintergründe bezüglich der Unternehmensnachfolge und der erbrechtlich relevanten Entscheide im Schosse dieser bedeutenden Unternehmerfamilie auszuleuchten, und diese gehen sie auch nichts an.

e) Ebensowenig erscheint dem Gericht als erstellt, dass die materielle Existenz und die bisherige gehobene Lebenshaltung von A. aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Liegenschaften in X. wie auch im Ausland, den bestehenden Renteneingängen und den durch die AA. Stiftung offensichtlich garantierten Leistungen in Frage gestellt ist, nicht zuletzt wegen der unveränderten Verhältnisse im Vergleich zur Zeit vor der Anordnung der Massnahme. A. ist offensichtlich aktuell nicht auf weitere unmittelbare Liquidität - gemäss der Beschwerdeführerin auf ein tägliches «Einkommen» von Fr. 2’400.– angewiesen, sondern vielmehr auf den Schutz vor Ansprüchen Dritter, gegen die sie sich im Falle der Liquidität ohne Hilfe nicht zu wehren vermöchte. Nachdem zudem nicht offensichtliche liquide Ansprüche der Verbeirateten infolge Untätigkeit der vormundschaftlichen Organe dahinzufallen drohen (vgl. GVP 2010, 171) - dies auch in Berücksichtigung des Anlagehorizonts für die hochbetagte schutzbedürftige Person - , erkennt das Verwaltungsgericht im Entscheid der Vorinstanz keine Rechtsverletzung, der im Ergebnis unterbindet, dass die Beirätin die von ihr in den Vordergrund gerückten Bemühungen um eine Aufarbeitung oder Sanierung der innerhalb der Familie von A. bestehenden finanziellen Regelungen weiter soll verfolgen können. Im Gegenteil besteht für solche Schritte angesichts der unveränderten, gesicherten finanziellen Verhältnissen von A. aus vormundschaftsrechtlicher Sicht keine Veranlassung, und keinesfalls darf die Vormundschaftsbehörde die Beschwerdeführerin, sei es als Beirätin, sei es als privat Mandatierte, hierbei gewähren lassen. Wäre die Erbteilung des verstorbenen Gatten aus familiären Gründen gar noch nicht erfolgt, hätten ebenfalls nicht die vormundschaftlichen Organe diesbezüglich Druck auszuüben, nachdem die verbeiratete Person sehr betagt ist und ihr angemessener Lebensunterhalt offensichtlich gewährleistet ist. Der Beirat von A.muss aufgrund des bekannten Sachverhalts entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin keinen direkten Zugriff auf alle ihr allenfalls zustehenden Vermögenswerte wie z. B. die von ihr angeführten Wertschriftenanlagen bei der AA. Stiftung haben, und sie muss sich auch nicht um deren «mündelsichere» Umschichtung kümmern, da es sich um vorbestehende und achtenswerte innerfamiliäre Vermögensdispositionen aus der Zeit der vollen Handlungsfähigkeit von A. handelt. Aus einer nicht optimalen Anlage dieser Werte würde weniger die betagte Verbeiratete geschädigt als dereinst ihre Erben, die ihre Rechte aber selber wahren können. Ebensowenig darf deshalb der vor Errichtung der Beiratschaft von A. offenbar mündlich getroffene Verzicht auf den Niessbrauch an XY.-Anteilen in Frage gestellt werden, wobei die Erklärung des Sohnes plausibel erscheint, dass sie diesen Verzicht mündlich zur Rettung des Unternehmens gemacht und vor der Errichtung der Beiratschaft nie in Frage gestellt hat, was zu respektieren ist. Erst recht soll aber nicht der abenteuerliche Versuch gestartet werden, mittels einer allgemeinen «Generalvollmacht», aber doch im Mantel des vormundschaftlichen Mandats, zu

Lebzeiten der hochbetagten schutzbedürftigen Person unter ihren drei Kindern eine erbrechtliche Gleichbehandlung zu bewirken (womöglich mittels grosszügiger, letztlich durch die Beirätin bestimmter bzw. zugelassener Schenkungen). Die vormundschaftlichen Organe müssten sich in Familienangelegenheiten einmischen und damit zwangsläufig Partei ergreifen. Ob die Verbeiratete ihre Kinder vor dem Eintritt ihrer nur noch beschränkten Urteils- und Handlungsfähigkeit gleich behandelt hat, kann heute nicht von den vormundschaftlichen Organen überprüft und geändert werden. Solche Fragen können allenfalls Gegenstand späterer erbrechtlicher Auseinandersetzungen unter den Kindern sein, falls dies überhaupt der Fall sein wird. Immerhin hat auch Tochter D. die entsprechenden Verträge und Massnahmen jeweils unterzeichnet und ihre eigenen Rechte selber wahren können. Und sie kann dies auch heute noch selbständig tun. Nur schon weil der wirkliche Wille der verbeirateten Person aufgrund ihrer fortgeschrittenen Demenz und grossen Vergesslichkeit aktuell auch gar nicht verlässlich festgestellt werden kann, ist es ausgeschlossen, dass ohne unmittelbare wirtschaftliche Notwendigkeit Prozesse im Namen der Verbeiraten angedroht oder angestrengt werden. Wenn es indessen notwendig wäre, dass gebundenes Vermögen der Verbeirateten für ihren angemessenen Unterhalt verfügbar gemacht werden müsste, wären Beirat und Vormundschaftsbehörde zweifellos legitimiert, entsprechende Ansprüche gegen alle Angehörigen geltend zu machen. Das Gericht hat keine Zweifel, dass die Kinder von A. ohne weiteres zu allen dazu nötigen Schritten Hand bieten würden. Entgegen der im Folgenden noch anzusprechenden Äusserungen der Beschwerdeführerin (E. 9) erkennt das Gericht keine Hinweise, wonach diese ihren menschlichen Pflichten gegenüber ihrer Mutter nicht nachkommen wollten.

f) Wenn A. die Anstrengungen der Beschwerdeführerin aufgrund gewisser schriftlich vorliegender Äusserungen zu befürworten scheint, dann tut sie dies offensichtlich aus dem verständlichen und achtenswerten Gefühl und Bedürfnis heraus, ihre Kinder gleich behandeln zu wollen. Und möglicherweise deshalb, weil sie von ihrer Tochter D. wie schon in der Vergangenheit um finanzielle Hilfe angegangen und vielleicht sogar unter Druck gesetzt wird, was sie selber aber mit ihrer Zustimmung zur Errichtung der AA. Stiftung und weiteren Entscheidungen in der Vergangenheit hatte unterbinden wollen. Umso mehr zeigt sich die äusserst zwiespältige Amtsführung der Beschwerdeführerin. Denn angesichts der in den Akten enthaltenen, sich immer wieder auch widersprechenden Äusserungen von A. und der eine andere Haltung der Mutter bezeugenden Aussagen der Beschwerdegegner und von ihr nahestehenden Betreuungspersonen ist anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin bewusst oder unbewusst aktiv die demenzkranke Verbeiratete in diesem Gefühl bestärkt, ihre Kinder früher nicht gleich behandelt zu haben und heute mangels grösserer Verfügbarkeit über ihr an sich zustehende Vermögensansprüche nicht gleich behandeln zu können. Dass sich A. regelmässig Sorgen um ihre finanzielle Situation mache, wird weitgehend darin begründet sein, und es muss für sie eine unerträgliche Belastung darstellen. Dass A. «objektiv gesehen» nicht freiwillig und ohne Druck ihrer Kinder «auf ihre Altersversorgung verzichtet» hätte, sind - soweit von einem solchen Verzicht gesprochen werden kann - persönliche Einschätzungen der Beschwerdeführerin, die zudem offensichtlich enger mit Tochter D. als mit den anderen beiden Kindern zusammen¬arbeitet. In ihrer Stellungnahme an den Bürgerrat vom 26. Oktober 2008 erklärte die Beschwerdeführerin selber, es bleibe im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob es noch Aufgabe eines Beirats sein könne, das Handeln der verbeirateten Person zu überpüfen, als diese noch handlungsfähig gewesen sei. Tatsächlich hat sie diesbezüglich aber von Anfang an - nicht zuletzt unter dem «Deckmantel» des privaten Mandates - eigenmächtig gehandelt und sogar bereits prozessuale Schritte und teure juristische Abklärungen im In- und Ausland veranlasst, anstatt sich mit der Vormundschaftsbehörde abzusprechen. Berücksichtigt man die zur vormundschaftlichen Massnahme führende Vorgeschichte und die aus den Handlungen der Beirätin rührende psychische Belastung für A., entspricht ein solches Verhalten keinesfalls einer pflichtgemässen Interessenwahrung bzw. dem Mündelwohl. Vielmehr wird damit die Gesundheit von A. und der ihr am Herzen liegende Familienfrieden gefährdet. Dies muss als schwere Pflichtverletzung qualifiziert werden. Im Gespräch vom 15. Oktober 2008 auf der Bürgerkanzlei mit der Beschwerdeführerin war übrigens gemäss Protokoll der Bürgerpräsident nur teilweise mit ihren Darlegungen einverstanden, indem er entgegnete, dass eine persönliche Beistandspflicht gegenüber der Verbeirateten bestehe, aber keine zur Hinterfragung des übrigen familiären und verwandtschaftlichen Hintergrundes. Diesbezüglich ist die sonst verständliche Äusserung der Beschwerdeführerin, bezüglich Art und Umfang der Vermögensverwaltung sei der Bürgerrat und sogar der Regierungsrat in seinem

Entscheid unbestimmt geblieben, zu relativieren. Aufgrund der Akten steht ohnehin fest, dass sie pflichtwidrig nie um Weisungen ersucht oder solche abgewartet hat und ohne solche sich vor allem auf ihre Generalvollmacht bzw. die Wünsche der Verbeirateten abstützte, im Ergebnis aber gegen deren Interessen handelte. Offensichtlich verursachte sie nicht zuletzt durch das auch für die Vormundschaftsbehörde undurchsichtige Doppelmandat die zusätzlichen, hohen Kosten für auswärtige Rechtsberater.

g) Anzufügen ist, dass die von der Beschwerdeführerin selber suggerierte Annahme einer Geschäftsunfähigkeit von A. bei der bereits Jahre zurückliegenden Errichtung der AA.-Stiftung nicht weniger als das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Vormundschaft gemäss Art. 369 oder 372 ZGB nahelegen müsste. Dies ist aber von keiner Seite ernsthaft geltend gemacht worden. Und nicht zuletzt würde eine solche Annahme erst recht der zusätzlichen privaten Mandatierung der Beschwerdeführerin (Generalvollmacht) wie auch der Ernsthaftigkeit und Zuverlässigkeit der angeblichen Wünsche der Verbeirateten die Grundlage entziehen. All dies abgesehen davon, dass wie bereits erwähnt zur Fähigkeit der Bestellung eines Vertreters auch die Fähigkeit zu dessen Überwachung gehört (vgl. ein weiteres Verwaltungsgerichtsurteil in GVP 2007, 129; Schnyder/ Murer, Art. 392 N 48, 393 N 42), die im konkreten Fall verneint werden muss.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2012 V 2011 92, 94

1.2 Zivilrecht

1.2.1 Obligationenrecht

Art. 417 OR
Regeste:

Art. 417 OR – Herabsetzung des Mäklerlohns. Bei der Beurteilung der Angemessenheit eines Mäklerlohns ist neben der Prozentvergütung auch ein vereinbarter Mehrerlös zu berücksichtigen (Erw. 6.5.2). Im vorliegenden Fall wurde der Mäklerlohn von 4,17 % als unverhältnismässig hoch betrachtet und auf das angemessene Mass von 3 % herabgesetzt (Erw. 6.5.3).

Aus dem Sachverhalt:

X.Y. beauftragte die Beklagte, ihr für ihre Eigentumswohnung in 8049 Zürich-Höngg einen Käufer zu vermitteln. Die Provision wurde in der Höhe von 3 % des beurkundeten Verkaufspreises vereinbart, wobei bei einem Verkaufspreis von über CHF 830’000.– der Mehrerlös hälftig geteilt werden sollte. In der Folge wurde die Wohnung für CHF 850’000.– verkauft. Die Beklagte stellte X.Y. Rechnung für die Provisionsforderung und zog vom Rechnungsbetrag die bereits vom Käufer erhaltene «Reservationszahlung» ab. X.Y. verlangt die Herabsetzung der Provisionsforderung und Rückerstattung des zu viel bezahlten Betrages.

Aus den Erwägungen:

(...)

6.5.2 Zu klären ist zunächst, ob der Mäklerlohn gemäss Art. 417 OR neben dem Prozentversprechen auch den Mehrerlös umfasst bzw. ob dieser herabsetzbar ist. Gemäss Schweiger (Der Mäklerlohn, Diss. Zürich 1986, S. 230 f.) fällt unter den Begriff Mäklerlohn nicht nur die erfolgsbedingte Provision (Prozentsatz oder Mehrerlös), sondern auch Aufwendungsersatz. Nach Gautschi (Berner Kommentar, Bern 1964, N 4a zu Art. 417 OR) sind nicht nur unverhältnismässig hohe Prozentvergütungen, sondern auch Pauschalvergütungen und Gewinnanteile, die sich der Mäkler ausbedungen hat, herabsetzbar.

Demgegenüber vertritt Streiff (Handkommentar zum Maklervertrag, Wetzikon/Zürich 2009, S. 95 f.) die Auffassung, dass nur das Basishonorar üblich sein soll, während Art. 417 OR nicht auf ein Supplementhonorar bzw. einen Bonus anwendbar sei. Die Auffassung von Streiff ist abzulehnen. Der Wortlaut von Art. 417 OR spricht nur von «Mäklerlohn», ohne zu unterscheiden, ob es sich dabei um ein Basishonorar oder ein Supplementhonorar handelt. Dasselbe gilt auch für die Verwendung dieses Begriffs in Art. 413 Abs. 1 OR, wobei zu beachten ist, dass die vom Gesetz in Art. 412-416 OR abwechselnd verwendeten Bezeichnungen «Vergütung», «Mäklerlohn» oder «Lohn» synonym sind (Ammann, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2011, N 1 zu Art. 413 OR). Der Grundgedanke von Art. 417 OR besteht weiter darin, übermässige rechtsgeschäftliche Bindungen des Auftraggebers als schwächere Partei des Mäklervertrages zu verhindern (BGE 117 II 286 E. 5b). Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn der gesamte Mäklerlohn herabsetzbar ist. Folglich ist bei der Frage der Herabsetzung der Provision von demjenigen Mäklerlohn auszugehen, den der Mäkler insgesamt, unter Einschluss allfällig zusätzlich versprochener Mehrerlöse, erhält.

Das Bundesgericht bezeichnete in jüngerer Zeit ein Mäklerhonorar von bis zu 3 % für die Vermittlung einer überbauten Liegenschaft im Raum Zürich wiederholt als üblich, wobei es im Einzelfall bei einem Kaufpreis von CHF 2,8 Mio. auch ein solches von 3,75 % als nicht übermässig hoch einstufte (BGE 4C.151/2005 E. 4.2.2 mit Hinweisen). Sodann wurde die Anwendung der Honorarempfehlung des Schweizerischen Verbands der Immobilienwirtschaft (SVIT), Sektion Zürich, Ausgabe 1983, nicht beanstandet, die für den Verkauf eines Mehrfamilien- oder Geschäftshauses bei einem Verkaufspreis von CHF 1-2 Mio. eine Provision von 2,5-3,5 % vorsah (BGE 112 II 460 E. 1 f.). In der Lehre werden im Liegenschaftshandel Provisionen von 1-2 %, ausnahmsweise von 3 % für überbaute Grundstücke und von 3-5 % für unbebaute Grundstücke als ortsüblich (Ammann, a.a.O., N 5 zu Art. 417 OR) bzw. für die Vermittlung von Stockwerkeigentum eine Provision von 3 % als handelsüblich bezeichnet (Streiff, a.a.O., S. 93 f., und S. 96).

6.5.3 Die Wohnung von C. S. wurde für CHF 850’000.– verkauft. Die Beklagte verlangte gemäss Rechnung vom 14. Juli 2011 eine Provision samt Mehrerlös (ohne Werbekosten) von CHF 35’500.– (3% auf CHF 850’000.– + CHF 10’000.–) zuzüglich Mehrwertsteuer. Der von ihr geforderte Mäklerlohn beträgt somit 4,17 % des Kaufpreises zzgl. Mehrwertsteuer. In Anbetracht der oben erwähnten Rechtsprechung ist der Mäklerlohn von 4,17 % unverhältnismässig hoch und auf das übliche Mass von 3 % herabzusetzen. Massgebend ist dabei insbesondere, dass die Beklagte als professionelle Liegenschaftsvermittlerin einerseits zwar ein berechtigtes Interesse an einer angemessenen Provision hat, zumal ihr Verdienst aufgrund des zufälligen Charakters der Mäkelei grundsätzlich unabhängig von den erbrachten Leistungen erfolgt. Zudem hat die Beklagte anerkanntermassen einen gewissen Aufwand betrieben und die Wohnung verschiedenen Interessenten gezeigt sowie auf den Kaufentschluss des späteren Käufers kausal eingewirkt, weshalb eine Unterschreitung der Provision von 3 % nicht angezeigt ist. Anderseits ist zu berücksichtigen, dass C. S. im Liegenschaftshandel unbestrittenermassen unerfahren gewesen ist und der Kontakt zur Beklagten nur deshalb zustande kam, weil ihr ehemaliger Mieter und Mitbewohner der zu verkaufenden Wohnung, J. W., damals für die Beklagte arbeitete. Unter diesen Umständen erscheint C. S. auch unter Berücksichtigung ihrer Invalidität als klar schwächere Partei des Mäklervertrages. Daher ist eine Herabsetzung des Mäklerlohns auf 3 % gerechtfertigt. (...)

Entscheid des Kantonsgerichts, Einzelrichter, vom 20. Dezember 2012 (EV 2012 22).

Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Berufung trat das Obergericht mit Urteil vom 22. Februar 2013 nicht ein.

Art. 162 HRegV und Art. 2 ZGB
Regeste:

Art. 162 HRegV und Art. 2 ZGB – Wer in derselben Streitsache mit demselben Rechtsbegehren und ähnlicher Begründung ein viertes Gesuch um Registersperre einreicht, verstösst gegen den Grundsatz

von Treu und Glauben.

Aus den Erwägungen:

(...)

5. Gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Art. 2 Abs. 2 ZGB verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch stehen zu elementaren ethischen Anforderungen. Eine allgemein anerkannte Definition des Rechtsmissbrauchs ist nicht möglich. Art. 2 Abs. 2 ZGB stellt eine Vorschrift für die Lösung von Einzelfällen dar. Die Norm dient als korrigierender «Notbehelf» für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde (Honsell, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2010, N 24 ff. zu Art. 2 ZGB).

Im vorliegenden Fall weist die Gesuchstellerin selber darauf hin, dass das Gesuch auf den ersten Blick rechtsmissbräuchlich erscheinen könnte, da es bereits das fünfte Gesuch in dieser Angelegenheit sei. In der Tat wurden in derselben Streitsache beim Kantonsgericht Zug bereits vier Verfahren eingeleitet, welche mittlerweile alle erledigt worden sind. Beim ersten Verfahren ging es um die Einberufung der Generalversammlung der Gesuchsgegnerin; bei den drei folgenden Verfahren wurde mit Bezug auf die an der Generalversammlung der Gesuchsgegnerin vom 29. Juli 2011 getätigten Wahlgeschäfte Registersperren verlangt. Das Rechtsbegehren des vorliegenden Gesuches ist identisch mit den Rechtsbegehren der Verfahren ES 2011 461, ES 2011 629 und ES 2011 810. Auch die Begründungen sind in allen Gesuchen ähnlich. Die vier Gesuche betreffend Registersperre wurden so terminiert, dass kurz nach Abweisung eines Gesuches beim Handelsregisteramt Zug erneut eine Registersperre verlangt wurde. Mit dieser Kaskade von Gesuchen ist es den Gesuchstellern bisher gelungen, eine rechtskräftige Erledigung der Streitsache zu verhindern, ohne dass gegen die vorangehenden Entscheide ein Rechtsmittel ergriffen worden ist. Dieses offensichtlich koordinierte Vorgehen der Gesuchsteller steht zwar dem Wortlaut von Art. 162 HRegV, welcher für den Einspruch Dritter keine absolute Zeitlimite kennt, nicht entgegen, wohl aber dem Willen des Gesetzgebers, welcher ein solches Vorgehen mit Bestimmtheit nicht zulassen wollte. Indem nun die Gesuchstellerin in derselben Streitsache mit demselben Rechtsbegehren und ähnlicher Begründung ein viertes Gesuch um Registersperre eingereicht hat, verstösst sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, da kein plausibler Grund ersichtlich ist, weshalb die Gesuchstellerin gegen die Beschlüsse vom 29. Juli 2011 nicht schon früher Einspruch erhoben hat. Die Gesuchstellerin macht nicht geltend, sie habe von den fraglichen Wahlgeschäften vom 29. Juli 2011 erst viel später Kenntnis erhalten. Das vorliegende Gesuch ist offensichtlich missbräuchlich, weshalb es keinen Rechtsschutz verdient. Das Gesuch ist daher abzuweisen.

Entscheid des Kantonsgerichts, Einzelrichter, vom 20. März 2012 (ES 2012 98)

Art. 731b OR
Regeste:

Art. 731b OR – Das Amt des gerichtlich ernannten Organs oder Sachwalters endet mit dem Ablauf der vorgegebenen Zeit; das Gericht kann aber die Amtsdauer verlängern.

Ein Aktionär, welcher die Einsetzung eines Liquidators beantragt hat, kann auch dessen Abberufung verlangen.

Voraussetzungen für die Abberufung eines Liquidators.

Aus den Erwägungen:

1. Vorerst ist zu prüfen, ob das Gesuch zufolge zeitlichen Ablaufs des Mandates der Liquidatorin der Gesuchsgegnerin gegenstandslos geworden ist, wie dies vom Gesuchsteller in seiner Eingabe vom 17. August 2012 behauptet wurde.

1.1 Mit Verfügung des Einzelrichters vom 16. Mai 2011 wurde die Gesuchsgegnerin aufgelöst und deren ordentliche Liquidation angeordnet. RA lic. iur. J.M. wurde als Liquidatorin eingesetzt mit dem Auftrag, die Liquidation der Gesuchsgegnerin und alle dafür notwendigen Handlungen auszuführen und in diesem Zusammenhang insbesondere auch allfällige Ersatzansprüche der Gesuchsgegnerin der Tochtergesellschaft gegenüber bzw. von dieser Dritten gegenüber abzuklären und allenfalls einzufordern sowie den Verkauf der Tochtergesellschaft sowie weiterer Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin vorzunehmen. Schliesslich wurde die Ernennung der Liquidatorin auf ein Jahr befristet. Unter Erwägung 14 führte der Einzelrichter in seinem Entscheid aus, entgegen der Ansicht des Nebenintervenienten werde es nämlich nicht darum gehen, die Tochtergesellschaft sowie die weiteren Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin auf dem schnellstmöglichsten, sondern auf dem bestmöglichsten Weg zu verwerten. Dafür sei eine Frist von einem Jahr besser geeignet als die vom Nebenintervenient vorgeschlagenen drei Monate.

1.2 Ernennt der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt er die Dauer, für welche die Ernennung gültig ist (Art. 731b Abs. 2 OR). Das Amt des gerichtlich ernannten Organs oder Sachwalters endet mit dem Ablauf der vorgegebenen Zeit; das Gericht kann die Amtsdauer aber verlängern (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, S. 1741, N 495).

1.3 Die Amtsdauer der Liquidatorin der Gesuchsgegnerin lief formell während der Dauer des vorliegenden Verfahrens, nämlich Mitte Mai 2012 ab. Dies war sowohl den Parteien als auch dem Einzelrichter bekannt. Ungeachtet dieser Tatsache wurde die Liquidatorin im vorliegenden Verfahren weiterhin von allen Verfahrensbeteiligten als rechtsgültige Vertreterin der Gesuchsgegnerin betrachtet. Der Einzelrichter hat dadurch konkludent die Amtsdauer der Liquidatorin der Gesuchsgegnerin bis auf Weiteres verlängert. Da jedoch der Gesuchsteller mit Eingabe vom 17. August 2012 den Einwand erhoben hat, die Amtsdauer der Liquidatorin sei abgelaufen, ist es angezeigt, die Amtsdauer der Liquidatorin bis zum rechtskräftigen Abschluss der Liquidation der Gesuchsgegnerin formell zu verlängern. Der Antrag des Gesuchstellers, das Gesuch sei zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, ist mithin abzuweisen.

2. Der Gesuchsteller beantragt, die Liquidatorin der Gesuchsgegnerin sei abzuberufen und ein neuer Liquidator oder eine neue Liquidatorin sei zu ernennen.

2.1 Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann die Gesellschaft vom Richter die Abberufung von Personen verlangen, die dieser eingesetzt hat (Art. 731b Abs. 3 OR). Es ist indessen nicht einzusehen, weshalb ein Aktionär, welcher die Einsetzung eines Liquidators beantragt hat, nicht auch dessen Abberufung verlangen kann (vgl. Art. 731b Abs. 1 OR und Art. 741 Abs. 2 OR; Böckli, a.a.O., S. 1741, N 495). Der Gesuchsteller ist somit aktivlegitimiert, einen Antrag auf Abberufung der Liquidatorin der Gesuchsgegnerin zu stellen.

2.2 Allgemein sind als wichtige Gründe für die Abberufung eines Liquidators Umstände zu betrachten, die nach objektiver Wertung darauf schliessen lassen, dass die Liquidation nicht ordentlich durchgeführt wird und deshalb Aktionärs- und Gesellschaftsinteressen gefährdet oder verletzt werden können. Über das Vorliegen von wichtigen Gründen entscheidet das Gericht nach Recht und Billigkeit (Stäubli, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2012, N 9 zu Art. 740/741 OR).

2.2.1 Im vorliegenden Fall macht der Gesuchsteller im Wesentlichen geltend, die von der Liquidatorin geplante Auktion verhindere die ordentliche Durchführung des Schiedsverfahrens und verunmögliche der E.T. Ltd. die Durchsetzung ihrer Ansprüche über EUR 12 Mio. Dies stehe nicht im Einklang mit den Anordnungen im Entscheid des Einzelrichters vom 16. Mai 2011, mit welchem die Liquidatorin beauftragt worden sei, insbesondere auch allfällige Ersatzansprüche der Gesuchsgegnerin der Tochtergesellschaft gegenüber bzw. von dieser Dritten gegenüber abzuklären und allenfalls einzufordern. Die Liquidatorin und

der Nebenintervenient würden versuchen, die Liquidation der Gesuchsgegnerin zu beschleunigen, um damit ein Verfahren der E.T. Ltd. gegen die E. S.A. zu verhindern. Dies sei mit der Verpflichtung der Liquidatorin zur bestmöglichsten Realisierung der Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin nicht vereinbar.

2.2.2 Mit Verfügung vom 16. Mai 2011 wurde die Liquidatorin vom Einzelrichter beauftragt, die Liquidation der Gesuchsgegnerin und alle dafür notwenigen Handlungen auszuführen und in diesem Zusammenhang insbesondere auch allfällige Ersatzansprüche der Gesuchsgegnerin der Tochtergesellschaft gegenüber bzw. von dieser Dritten gegenüber abzuklären und allenfalls einzufordern sowie den Verkauf der Tochtergesellschaft sowie weiterer Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin vorzunehmen. Unter Erwägung 14 und 15 der Verfügung vom 16. Mai 2011 wurde festgehalten, dass es nicht darum gehe, die Tochtergesellschaft sowie die weiteren Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin auf dem schnellstmöglichsten, sondern auf dem bestmöglichsten Weg zu verwerten. Die Art und Weise, wie die Liquidatorin im Einzelnen vorzugehen habe, sei indessen nicht festzulegen, sondern bleibe in deren Ermessen.

2.2.3 Im vorliegenden Fall hat die Liquidatorin eine Versteigerung der Aktien der Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin angeordnet und damit versucht, die zwischen dem Gesuchsteller und dem Nebenintervenienten bestehende Blockade zu lösen. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich eine zumindest vertretbare Möglichkeit und setzt keinen wichtigen Grund für eine Abberufung der Liquidatorin. Insbesondere kann bei einer objektiven Betrachtungsweise nicht der Schluss gezogen werden, die Liquidatorin sei nicht in der Lage, die Liquidation der Gesuchsgegnerin ohne Gefährdung der Aktionärsinteressen durchzuführen. Anderseits stellt aber eine Versteigerung, wie sie von der Liquidatorin angeordnet wurde, nicht zwingend den bestmöglichsten Lösungsansatz dar, weil im heutigen Zeitpunkt der wirkliche Wert der Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin nicht feststeht. Eine Versteigerung der Aktien in einer solchen Situation beinhaltet ein grosses spekulatives Element. Es ist daher angezeigt, den Ausgang des Prozesses zwischen der Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin und der E. S.A. abzuwarten. Nach rechtskräftiger Erledigung dieses Prozesses wird voraussichtlich definitiv feststehen, welchen Wert die Tochtergesellschaft hat. Dadurch wird eine gerechte Verteilung des Gesellschaftsvermögens zwischen den Aktionären ermöglicht. Der Befürchtung des Nebenintervenienten, bis zu diesem Zeitpunkt könnten zusätzliche Kosten auflaufen, ist entgegenzuhalten, dass die Darstellung des Gesuchstellers zumindest glaubhaft ist, dass diese Kosten vermutlich erheblich geringer sein werden als das mutmassliche Prozessergebnis. Der Nebenintervenient hat nämlich in seiner Duplik vom 6. August 2012 eingeräumt, dass die E. S.A. der Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin ein Vergleichsangebot von EUR 4.5 Mio. unterbreitet hat. Schliesslich wurde die Liquidatorin vom Einzelrichter u.a. beauftragt, Ersatzansprüche der Tochtergesellschaft gegenüber Dritten abzuklären und allenfalls einzufordern. Zudem erhielt die Liquidatorin den Auftrag, die Tochtergesellschaft nicht auf dem schnellstmöglichsten, sondern auf dem bestmöglichsten Weg zu veräussern. Unter dieser Prämisse ist es angezeigt, der Liquidatorin der Gesuchsgegnerin zu verbieten, vor rechtskräftiger Erledigung des Schiedsverfahrens eine Auktion der Aktien der E.T. Ltd. durchzuführen.

Entscheid des Kantonsgerichts, Einzelrichter, vom 26. September 2012 (ES 2012 179).

Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies das Obergericht mit Entscheid vom 4. Februar 2013 ab.

Art. 731b OR und Art. 131 Abs. 2 SchKG
Regeste:

Art. 731b OR – Ansprüche aus Art. 731b OR werden von einer Prozessstandschaft gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG nicht erfasst.

Die Organisationsklage nach Art. 731b OR dient nicht dazu, die Eigentumsverhältnisse zwischen den Aktionären zu klären. Die Bestimmungen von Art. 731b OR gelangt zur Anwendung, wenn bei einer

Gesellschaft organisatorische Mängel bestehen.

Aus den Erwägungen:

1. Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann gemäss Art. 731b Abs. 1 OR ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Der klagende Aktionär oder Gläubiger hat kein besonderes Rechtsschutzinteresse an der Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes nachzuweisen, so dass die Aktivlegitimation bei Nachweis der Aktionärs- bzw. Gläubigerstellung unabhängig davon gegeben ist, ob ein Zusammenhang zwischen den mit der Klage geltend gemachten Mängeln und den Interessen des Aktionärs oder Gläubigers bestehen (vgl. Watter/Pamer-Wieser, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. A., Basel 2012 N 12 zu Art. 731b OR).

2 Die Gesuchstellerin nimmt eine Prozessstandschaft an. Die Gesuchsgegnerin wendet fehlende Legitimation der Gesuchstellerin ein und beantragt Nichteintreten.

2.1 Mit der Prozessführungsbefugnis wird das Recht bezeichnet, als klagende oder beklagte Partei über einen streitigen Anspruch einen Prozess zu führen. Gewöhnlich deckt sie sich mit der Sachlegitimation. Diese ergibt sich aus dem materiellen Recht und umschreibt die Berechtigung am umstrittenen Anspruch (Aktivlegitimation) bzw. die Verpflichtung daraus (Passivlegitimation). In bestimmten Konstellationen entzieht das Gesetz aus Gründen des materiellen Rechts die Prozessführungsbefugnis dem Träger des streitigen Rechts und weist sie einem Dritten zu, der in besonderer Beziehung zum Streitgegenstand steht. Der Dritte führt den Prozess nicht als Stellvertreter, sondern anstelle des Berechtigten oder Verpflichteten in eigenem Namen und in eigenem Interesse als Partei. Seine Stellung wird als Prozessstandschaft bezeichnet. Diese ist nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen zulässig. Gewillkürte Prozessstandschaft ist dem schweizerischen Verfahrensrecht unbekannt. In den Fällen der Prozessstandschaft muss der Prozessstandschafter seine Prozessführungsbefugnis nachweisen, soll auf seine Klage eingetreten werden können. Fehlt einer Partei trotz bestehender Sachlegitimation aufgrund spezieller Gesetzesvorschrift diese Befugnis, darf auf die Klage nicht eingetreten werden (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 67 ff. zu Art. 59 ZPO, mit Hinweisen). Der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG ist nach h.M. Prozessstandschafter und macht als solcher den abgetretenen Anspruch im eigenen Namen geltend. Entsprechendes soll für einen Pfändungsgläubiger gelten, dem die gepfändete Forderung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG zur Einziehung überwiesen wurde (Oberhammer, Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, N 22 zu Art. 57 ZPO, mit Hinweisen).

2.2 Die Gesuchstellerin beruft sich auf eine Prozessstandschaft infolge Art. 131 Abs. 2 SchKG. In der Urkunde des Betreibungsamtes Zug vom 9. März 2009 betreffend «Bescheinigung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG» wurde festgehalten, für welche Forderungen die Gesuchstellerin gegenüber H.J. bzw. der Gesuchsgegnerin zur Geltendmachung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ermächtigt wurde. Für diese Forderungen besteht kraft gesetzlicher Vorschrift und Bescheinigung des Betreibungsamtes Zug eine Prozessstandschaft der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin gegenüber (vgl. zum Art. 131 Abs. 2 SchKG auch Staehelin/Bauer/Staehlin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, N 15 ff., insbes. auch N 20 zu Art. 131 SchKG). Ansprüche aus Art. 731b OR werden davon jedoch nicht erfasst. Daran ändert auch nichts, dass im Arrestbefehl des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 6. Februar 2008 bzw. im Arrestbefehl des Kantonsgerichts Zug, Einzelrichter, vom 30. März 2012 der Arrestgegenstand weiter definiert wurde. Dass die Gesuchstellerin selber Gläubigerin der Gesuchsgegnerin ist, wird nicht geltend gemacht.

2.3 Mithin ist auf das Gesuch nicht einzutreten bzw. das Gesuch ist abzuweisen.

3. Der Vollständigkeit halber ist noch Folgendes zu den geltend gemachten Organisationsmängeln auszuführen:

3.1 Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass die Organisationsklage nach Art. 731b OR nicht dazu dient, die Eigentumsverhältnisse zwischen den Aktionären zu klären. Dafür sind andere Rechtsbehelfe zu wählen. Die Gesuchstellerin weist nicht nach, solche bereits anhängig gemacht zu haben. Insoweit sich also die Gesuchstellerin auf die Nichtigkeit von Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüssen infolge fehlender Aktionärseigenschaft beruft, ist sie grundsätzlich nicht zu hören, und es ist nicht auf die diesbezüglichen Argumente der Parteien einzugehen. Gleiches gilt für den Vorwurf der Gesuchstellerin bezüglich des mangelhaft zusammengesetzten Aktionariats.

3.2 Die Gesuchstellerin bemängelt das Fehlen eines rechtmässig ernannten Verwaltungsratspräsidenten und einer Revisionsstelle und beantragt insbesondere die Einsetzung eines Sachwalters.

Die Bestimmung von Art. 731b OR gelangt zur Anwendung, wenn bei einer Gesellschaft organisatorische Mängel bestehen, was zum einen dann gegeben ist, wenn eines der gesetzlich vorgeschriebenen Organe gänzlich fehlt oder zum anderen, wenn eines dieser Organe die Voraussetzungen an seine rechtmässige Zusammensetzung nicht mehr erfüllt. Bei Fehlen bzw. nicht mehr korrekter Zusammensetzung eines in den Statuten einer Gesellschaft vorgesehenen Organs gelangt Art. 731b OR nicht zur Anwendung. Unter den Anwendungsbereich der nicht mehr rechtmässigen Zusammensetzung eines Organs zählen v.a. Fälle des Fehlens der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Mitglieder der Organe, z. B. des Verwaltungsratspräsidenten gemäss Art. 712 Abs. 1 OR bei mehreren Verwaltungsräten, wobei sich die Bestellung eines solchen erübrigt, wenn es sich um einen Einpersonenverwaltungsrat handelt (vgl. Watter/Pamer-Wieser, a.a.O., N 5 f. zu Art. 731b OR, mit Hinweisen; Berger/ Rüetschi/Zihler, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, in: REPRAX 2012, S. 7 ff.).

Das schweizerische Recht schreibt weder eine Unter- noch eine Obergrenze für die Anzahl der Verwaltungsratsmitglieder fest. Ausdrücklich zugelassen ist nach Art. 707 Abs. 1 OR der Einmannverwaltungsrat. Die Anzahl der Verwaltungsratsmitglieder ist in den Statuten festzulegen (vgl. Wernli/Rizzi, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, a.a.O., N 5 zu Art. 707 OR; BGE 4_457/2010, E. 2.2.2). Gemäss Art. 13 der Statuten der Gesuchsgegnerin besteht deren Verwaltungsrat aus einem bis fünf durch die Generalversammlung gewählten Mitglieder, wobei sich der Verwaltungsrat mit Ausnahme des Präsidenten, der von der Generalversammlung gewählt wird, selber konstituiert. Selbst wenn feststehen würde, dass die bemängelte Aktienübertragung nicht rechtmässig gewesen wäre, gälte es zu berücksichtigen, dass mit A.M. unbestrittenermassen ein rechtmässig ernanntes und handlungsfähiges Organ eingetragen ist. Ein Organisationsmangel mit Bezug auf das oberste Leitungsorgan der Gesuchsgegnerin liegt demzufolge nicht vor. Es wäre einzig H.Z. als Präsident des Verwaltungsrates zu löschen. Wie bereits erwähnt, bedarf es beim Einpersonenverwaltungsrat keiner Bestellung eines Präsidenten. Die beantragte Einsetzung eines Sachwalters wäre nicht nötig.

Gemäss Art. 730 Abs. 1 OR wählt die Generalversammlung zwingend die Revisionsstelle (vgl. Reutter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, a.a.O., N 3 zu Art. 730 OR; vgl. auch Art. 15 der Statuten der Gesuchsgegnerin). Mit der Zustimmung sämtlicher Aktionäre kann gemäss Art. 727a Abs. 2 OR auf die eingeschränkte Revision verzichtet werden, wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat. Selbst wenn feststehen würde, dass die besagte Aktienübertragung und damit auch der Verzicht auf die eingeschränkte Revision der Gesuchsgegnerin nicht rechtmässig gewesen wären, könnte dieser Organisationsmangel behoben werden, indem das Handelsregisteramt gerichtlich angewiesen würde, eine bestimmte Revisionsstelle einzutragen. Die beantragte Einsetzung eines Sachwalters wäre nicht die richtige Massnahme zur Behebung dieses Organisationsmangels, da auch in diesem Fall eine Revisionsstelle eingetragen werden müsste.

Entscheid des Kantonsgerichts, Einzelrichter, vom 28. August 2012

1.2.2 Urheberrecht

Art. 13 URG
Regeste:

Art. 13 URG – Wer Werkexemplare der Literatur und Kunst vermietet oder sonst wie gegen Entgelt zur Verfügung stellt, schuldet dem Urheber hierfür gemäss Art. 13 Abs. 1 URG eine Vergütung. Gemäss Abs. 3 können die Vergütungsansprüche jedoch nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften (Art. 40 ff. URG) geltend gemacht werden. Das Gesetz sieht zwingend die kollektive Verwertung dieser Ansprüche vor. Eine individuelle Geltendmachung durch die Urheber ist ausgeschlossen. Die Verwertungsgesellschaften sind also kraft ihrer gesetzlichen Monopolstellung aktivlegitimiert, sämtliche der den jeweiligen Urhebern zustehenden Vermietvergütungen gemäss Art. 13 Abs. 1 und 3 URG in eigenem Namen geltend zu machen, unbekümmert darum, ob ihnen die Urheber ihre Ansprüche abgetreten haben oder nicht.

Aus dem Sachverhalt:

1. Die SUISA, Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik (nachfolgend: Klägerin) mit Sitz in Zürich befasst sich als Verwertungsgesellschaft mit der Wahrung der Rechte der Urheber von nicht-theatralischen musikalischen Werken. Sie übt ihre Tätigkeit gemäss Art. 40 ff. URG mit Bewilligung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) vom 19. Juni 2008 aus. Mit vier weiteren Verwertungsgesellschaften, namentlich der ProLitteris (Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur und Kunst), der SSA (Société Suisse des Auteurs), der SUISSIMAGE (Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken) und der SWISSPERFORM (Schweizerische Gesellschaft für die verwandten Schutzrechte), hat sie den gemeinsamen Tarif 5 (nachfolgend: GT 5) betreffend das Vermieten von Werkexemplaren beschlossen, welchen die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) am 25. Oktober 1999 genehmigte. Inzwischen ist seine Geltung von der ESchK bis zum 31. Dezember 2014 rechtskräftig verlängert worden. Die vorgenannten Verwertungsgesellschaften haben zudem am 17. November 1995 eine Vereinbarung zur Durchführung des Inkassos der Vermietvergütungen getroffen. Darin haben sie die Klägerin mit dem für den Einzug der Vergütungen notwendigen und zweckmässigen Vorgehen, einschliesslich Betreibungen und Prozessführung, betraut und ihr zu diesem Zweck sämtliche bestehenden und künftigen Ansprüche auf tarifmässige Vergütungen zur Geltendmachung in eigenem Namen abgetreten. Die Klägerin nimmt in Bezug auf den GT 5 die Funktion als gemeinsame Zahlstelle wahr.

2. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt die X. GmbH (nachfolgend: Beklagte) mit Sitz in Zug den Handel, den Verkauf und die Vermietung von Ton- und Bildträgern und verwandten Produkten. Unter dem Namen «D.» betreibt die Beklagte eine Kette von Videotheken, in denen unter anderem urheberrechtlich geschützte Tonbildträger vermietet werden.

3. Mit Schreiben vom 9. Juni 2010 informierte die Y. GmbH die Klägerin, die «D.»-Filialen St. Gallen, Wil, Glattbrugg, Zürich-Wollishofen und Neuhausen per 1. Juni 2010 an die Beklagte verkauft zu haben. Aus diesem Grund schlug die Klägerin der Beklagten am 7. Juli 2010 eine vertragliche Regelung der Vermietvergütungen vor. Als die Beklagte weder den Vertrag unterzeichnete noch die zur Berechnung der Vergütungen notwendigen Angaben machte, wurde die Beklagte mit Schreiben vom 16. August 2010 nochmals gemahnt. Nachdem wiederum keine Reaktion der Beklagten erfolgte, stellte ihr die Klägerin mit Schreiben vom 14. September 2010 die Rechnungen für das 3. und 4. Quartal 2010 über je CHF 3’430.50 (inkl. 7,6 % MWST) zu. Da beide Rechnungen trotz Mahnungen vom 11. November 2010 und 16. Dezember 2010 unbezahlt blieben, trat die Klägerin die betreffenden Forderungen am 7. März 2011 an die Z. zum Inkasso ab. Die offenen Forderungen wurden durch Letztere in Betreibung gesetzt (Zahlungsbefehl Nr. 153’435 des Betreibungsamtes Zug vom 14. März 2011), worauf die Beklagte Rechtsvorschlag erhob. Am 14. April 2011 erfolgte die Rückzession dieser Forderung an die Klägerin.

4. Mit Klage vom 19. März 2012 verlangte die Klägerin beim Obergericht Zug die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung des in Betreibung gesetzten Betrags von CHF 6'861.– nebst Zins zu 5% seit 14. Oktober 2010 sowie die Beseitigung des Rechtsvorschlages.

5. Mit Präsidialverfügung vom 22. März 2012 wurde die Beklagte aufgefordert, innert 20 Tagen eine schriftliche Klageantwort einzureichen, die sinngemäss die Angaben und Beilagen gemäss Art. 221 ZPO enthalten muss. Die Beklagte liess die angesetzte Frist jedoch unbenutzt verstreichen. Daraufhin wurde sie nochmals aufgefordert, innert einer Nachfrist von 10 Tagen eine schriftliche Klageantwort einzureichen. Dieser Aufforderung ist die Beklagte wiederum nicht nachgekommen.

Aus den Erwägungen:

1. Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit der II. Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Zug ist gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. § 19 lit. a GOG und § 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Obergerichts (GO) gegeben.

2. Gemäss Art. 223 Abs. 1 ZPO setzt das Gericht der beklagten Partei bei versäumter Klageantwort eine kurze Nachfrist. Lässt sie diese - wie vorliegend - unbenutzt verstreichen, ist sie zum zweiten Mal säumig und daher mit der Klageantwort ausgeschlossen. Eine verspätete Eingabe ist aus den Akten zu weisen (Frei/Willisegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 223 N 11). Bei zweimaliger Säumnis darf das Verfahren nur in der Weise fortgesetzt werden, dass entweder ein Endentscheid ergeht oder direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen wird. Als Grundlage der Verfahrensfortsetzung dient die Klageschrift. Die darin vorgebrachten Tatsachenbehauptungen sind als unbestritten zu betrachten (Frei/Willisegger, a.a.O., Art. 223 N 12). Das Gericht kann diese Tatsachen seinem Entscheid zugrunde legen (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/ Genf 2010, Art. 223 N 5). Zweimalige Säumnis in der Antwort bedeutet jedoch nicht Anerkennung der klägerischen Behauptungen. Dies ergibt sich aus Art. 153 Abs. 2 ZPO, wonach eine Beweisabnahme über unbestritten gebliebene Behauptungen möglich bleibt (Frei/Willisegger, a.a.O., Art. 223 N 12). Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Hierzu muss die Klage soweit geklärt sein, dass darauf mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder sie durch Sachurteil erledigt werden kann. Vorliegend steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen. Der Klagegrund ist im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen hinreichend substantiiert und das Gericht hat an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine Zweifel (vgl. Frei/Willisegger, a.a.O., Art. 223 N 13).

3. Vorab stellt sich die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin, welche sich nach materiellem Recht bestimmt und von Amtes wegen zu prüfen ist (iura novit curia; vgl. BGE 136 III 365, S. 367 E. 2.1; 130 III 550, S. 551 E. 2).

3.1 Wer Werkexemplare der Literatur und Kunst vermietet oder sonst wie gegen Entgelt zur Verfügung stellt, schuldet dem Urheber hierfür gemäss Art. 13 Abs. 1 URG eine Vergütung. Gemäss Abs. 3 können die Vergütungsansprüche jedoch nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften (Art. 40 ff. URG) geltend gemacht werden. Das Gesetz sieht zwingend die kollektive Verwertung dieser Ansprüche vor. Eine individuelle Geltendmachung durch die Urheber ist ausgeschlossen. Die Verwertungsgesellschaften sind also kraft ihrer gesetzlichen Monopolstellung aktivlegitimiert, sämtliche der den jeweiligen Urhebern zustehenden Vermietvergütungen gemäss Art. 13 Abs. 1 und 3 URG in eigenem Namen geltend zu machen, unbekümmert darum, ob ihnen die Urheber ihre Ansprüche abgetreten haben oder nicht (BGE 124 III 489 E. 2a und 2b). Die Verwertungsgesellschaften unterliegen dabei der Tarifpflicht (Art. 46 Abs. 1 URG). Gemäss Art. 47 Abs. 1 ist ein gemeinsamer Tarif aufzustellen, wenn mehrere Verwertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich tätig sind. Die beteiligten Verwertungsgesellschaften haben zudem eine gemeinsame Zahlstelle zu nennen.

3.2 Mit dem vorliegend anwendbaren GT 5 kamen die Verwertungsgesellschaften dieser Verpflichtung nach. Indem die übrigen Verwertungsgesellschaften die in ihre Wahrnehmungsbereiche fallenden Ansprüche aus Art. 13 URG mit Vereinbarung zur Durchführung des Inkassos der Vermietvergütungen (GT 5) vom 17. November 1995 der Klägerin abgetreten haben, ist Letztere zur vorliegenden Klage unbestrittenermassen aktivlegitimiert (vgl. BGE 124 III 489). Sie kann mithin die vorliegenden Vermietvergütungen im eigenen Namen geltend machen.

4.1 Es ist im Weiteren unbestritten, dass die Beklagte unter dem Namen «D.» an verschiedenen Standorten urheberrechtlich geschützte Ton- und Tonbildträger zur Vermietung anbietet. Sie ist daher verpflichtet, der Klägerin hierfür eine entsprechende Vermietvergütung zu bezahlen (Art. 13 Abs. 1 URG). Die Vermietvergütung ist unabhängig davon geschuldet, ob die vorgesehene vertragliche Regelung, welche die Klägerin der Beklagten am 7. Juli 2010 offerierte, zustande gekommen ist oder nicht.

4.2 Die Höhe dieser Vergütung bestimmt sich nach dem Filmbestand der Beklagten. Da sie sich jedoch zur Anzahl der vermietenden DVD bzw. Werkexemplare nicht vernehmen liess, hat die Klägerin zu Recht auf die bei ihr vorhandenen Informationen zum Gesamtbestand der zur Vermietung angebotenen Werkexemplare der früheren Besitzerin und Verkäuferin, Y. GmbH, zurückgegriffen. Auch ist nicht zu beanstanden, dass die Klägerin der Beklagten die tarifliche Mindestentschädigung gemäss Ziff. 4.2 Abs. 2 des GT 5 in Rechnung stellt. Der GT 5 ist für die Gerichte gemäss Art. 59 Abs. 3 URG verbindlich. Der eingeklagte Betrag von CHF 6’861.– ist mithin ausgewiesen. Die Beklagte ist verpflichtet, diesen der Klägerin zu vergüten.

5. Nebst dem Forderungsbetrag macht die Klägerin Verzugszinsen in der gesetzlichen Höhe von 5 % seit 14. Oktober 2010 geltend (Art. 104 Abs. 1 OR). Voraussetzungen des Verzugs sind die Fälligkeit der Forderung und die Mahnung des Schuldners (Art. 102 Abs. 1 OR). Als Mahnung gilt die unmissverständliche Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die fällige Forderung innert bestimmter Frist oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu bezahlen (vgl. Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Zürich/Basel/Genf 2008, 9. A., § 26 N 2703). Durch die alleinige Rechnungsstellung wird dem Schuldner in der Regel nur die Höhe der Forderung mitgeteilt und die gelegentliche Begleichung der Forderung verlangt. Auch wenn die Klägerin auf ihren Rechnungen vom 14. September 2010 den Vermerk «zahlbar bis 14. Oktober 2010» anbrachte, ist nach zugerischer Praxis nicht von einer Mahnung auszugehen. Die Beklagte geriet somit erst mit dem Erhalt der Mahnung vom 11. November 2010 in Verzug. Der Verzugszins ist somit frühstes ab 12. November 2010 geschuldet.

6. Im Weiteren ist antragsgemäss festzuhalten, dass die Klägerin die Betreibung Nr. 153’435 des Betreibungsamtes Zug für den Betrag von CHF 6’861.– zuzüglich Zinsen fortsetzen kann (Art. 79 SchKG).

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Entscheidgebühr für das gerichtliche Verfahren der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr richtet sich dabei nach § 11 Abs. 1 KoV OG. Im Weiteren schuldet die Beklagte der Klägerin eine Parteientschädigung. Wird eine Partei - wie vorliegend - durch einen bei ihr selbst angestellten Anwalt vertreten, bemisst sich die Parteientschädigung jedoch nicht ohne Weiteres nach der Verordnung über den Anwaltstarif (AnwT), regelt doch diese nach einhelliger Ansicht ihrem Zwecke nach einzig die berufsmässige Parteivertretung durch einen freiberuflich, d.h. selbständig tätigen patentierten Rechtsanwalt (ZR 2007 Nr. 78, E. III/2/a, m.w.H.). Ihr wird allerdings eine Umtriebsentschädigung ex aequo et bono zugesprochen (vgl. Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/ Genf 2010, Art. 95 N 42), wobei der Anwaltstarif als Richtlinie herangezogen und den besonderen Gegebenheiten durch eine entsprechende Reduktion Rechnung getragen wird (vgl. GVP 1991/92, S. 211 f.). Es rechtfertigt sich im vorliegenden Fall, die nach dem Anwaltstarif berechnete Parteientschädigung (§ 3 Abs. 1 AnwT) um etwa einen Drittel zu reduzieren (vgl. auch Suter/von Holzen, a.a.O., Art. 95 N 42, m.w.H.). Der Klägerin ist mithin eine Parteientschädigung von CHF 1’000.– zuzusprechen.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 27. Juni 2012

1.3 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1.3.1 Ordentliches Verfahren

Art. 22 SchKG
Regeste:

Art. 22 SchKG – Wird eine aufgrund eines rechtzeitig erhobenen Rechtsvorschlags eingestellte Betreibung ohne vorgängigen Erlass einer entsprechenden Verfügung des Betreibungsamtes fortgesetzt, erweist sich dies als nichtig, falls der Schuldner nicht durch sein Verhalten für die Fortsetzung der Betreibung Anlass gegeben hat.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.3.1 Verstossen Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 SchKG).

2.3.2 In BGE 73 III 147 f. hielt das Bundesgericht fest, wenn feststehe, dass ein Zahlungsbefehl infolge Rechtsvorschlags nicht zum vollstreckbaren Titel geworden sei, aber versehentlich gleichwohl eine Fortsetzungshandlung stattfinde, so sei die Fortsetzung der Betreibung als nichtig zu betrachten und jederzeit als solche aufzuheben. Wenn jedoch das Betreibungsamt die Gültigkeit eines Rechtsvorschlags verneine und dies den Beteiligten, sei es auch nur in konkludenter Weise durch Fortsetzung der Betreibung, zur Kenntnis gebracht habe, so werde seine Verfügung rechtskräftig, falls der Schuldner nicht binnen der Frist von Art. 17 Abs. 2 SchKG Beschwerde führe. Ebenso verhalte es sich, wenn zwar der Rechtsvorschlag vom Betreibungsamt als gültig erachtet, dann aber ebenso eine Rückzugserklärung als verbindlich entgegengenommen worden sei. Habe der Gläubiger eine entsprechende Anzeige und der Schuldner eine eindeutige amtliche Mitteilung mindestens konkludent durch die Fortsetzung des Verfahrens erhalten, so müsse ihm, wenn er es dabei nicht bewenden lassen wolle, füglich die Beschwerdeführung binnen gesetzlicher Frist zugemutet werden. In BGE 85 III 16 f. zweifelte das Bundesgericht diese Rechtsprechung an und hielt fest: «Man kann sich ernstlich fragen, ob einem Schuldner, dessen rechtzeitig erklärter Rechtsvorschlag vom Betreibungsamt als ungültig zurückgewiesen wird, wirklich zugemutet werden dürfe, bei Gefahr der Unwirksamkeit des Rechtsvorschlags binnen der Frist von Art. 17 Abs. 2 SchKG Beschwerde zu führen, wenn ihm das Betreibungsamt seine Entscheidung nicht durch eine formelle Verfügung, sondern einfach dadurch zur Kenntnis bringt, dass es die Betreibung fortsetzt. Gegen eine solche Zumutung bestehen auf jeden Fall dann erhebliche Bedenken, wenn nicht gesagt werden kann, der Schuldner oder ein Dritter, für den einzustehen dem Schuldner zugemutet werden darf (wie etwa seine Ehefrau; vgl. BGE 73 III 145 ff.), habe durch eine missverständliche und vom Betreibungsamt auch tatsächlich missverstandene Erklärung oder auf andere Weise zur Fortsetzung der Betreibung Anlass gegeben. Es lässt sich die Ansicht vertreten, in solchen Fällen dürfe der Schuldner, der fristgemäss Rechtsvorschlag erhoben hat, nicht durch blosse Fortsetzung der Betreibung nochmals vor eine - ihm zudem nicht ausdrücklich angesetzte - Verwirkungsfrist gestellt werden, sondern unter derartigen Umständen seien die Fortsetzungshandlungen ohne Rücksicht darauf, ob die Beschwerdefrist eingehalten worden sei oder nicht, von Amtes wegen aufzuheben.» Auch wenn das Bundesgericht in diesem Entscheid darüber nicht abschliessend befunden hat, ist diesen Bedenken zuzustimmen. Wird demnach eine aufgrund eines rechtzeitig erhobenen Rechtsvorschlags eingestellte Betreibung ohne vorgängigen Erlass einer entsprechenden Verfügung des Betreibungsamtes fortgesetzt, erweist sich dies als nichtig, falls der Schuldner nicht durch sein Verhalten für die Fortsetzung der Betreibung Anlass gegeben hat.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 31. Oktober 2012

Art. 275 SchKG
Regeste:

Art. 275 SchKG – Arrestort. Für die Bestimmung des Arrestortes wird wie zur Festlegung des Pfändungsortes an die Belegenheit der Vermögensobjekte angeknüpft. Nicht in einem Wertpapier verurkundete Forderungen sind am Wohnsitz des Gläubigers (und Arrestschuldners) belegen. Wohnt der Inhaber nicht in der Schweiz, gilt eine solche Forderung als am schweizerischen Wohnsitz bzw. des Sitzes der Forderung des Drittschuldners belegen und ist dort zu verarrestieren. Eine nicht inkorporierte Forderung gegen eine ausländische Tochtergesellschaft gilt hingegen als im Ausland gelegen, unabhängig davon, dass diese Gesellschaft von der im Betreibungskreis domizilierten Muttergesellschaft umfassend beherrscht wird.

Aus den Erwägungen:

3.1 Gemäss Art. 275 SchKG wird der Arrest nach den in den Art. 91 -109 SchKG für die Pfändung geltenden Vorschriften vollzogen. Dies hat unter anderem zur Folge, dass einzig das Betreibungsamt des Ortes, wo die Arrestgegenstände liegen, zu deren Beschlagnahme befugt ist. Es steht dem Betreibungsamt zwar nicht zu, die Grundlagen eines Arrestbefehls nachzuprüfen; doch hat es anderseits auch nicht jeden ihm von der Arrestbehörde erteilten Arrestbefehl ohne weiteres zu vollziehen. Vielmehr hat es den Arrestvollzug abzulehnen, wenn dadurch gegen gesetzliche Vorschriften verstossen würde. Letzteres trifft unter anderem zu, wenn Vermögenswerte mit Arrest belegt werden sollten, die nicht im Amtskreis des mit dem Vollzug beauftragten Betreibungsamtes liegen. Wird dem Arrestbefehl in einem solchen Fall dennoch stattgegeben, kann der Arrestvollzug jederzeit von Amtes wegen aufgehoben werden (BGE 116 III 107 E. 5.a), da er nichtig ist (Cometta/Möckli, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, Art. 22 N 12, S. 163).

3.2 Für die Bestimmung des Arrestortes wird wie zur Festlegung des Pfändungsortes an die Belegenheit der Vermögensobjekte angeknüpft. Nicht inkorporierte Forderungen sind am Wohnsitz des Gläubigers (und Arrestschuldners) belegen. Wohnt der Inhaber nicht in der Schweiz, gilt die Forderung als am schweizerischen Wohnsitz bzw. des Sitzes der Forderung des Drittschuldners belegen und ist dort zu verarrestieren. Beruht die Forderung des im Ausland wohnhaften Arrestschuldners auf dem Geschäftsverkehr mit einer Zweigniederlassung, gilt sie als dort belegen. In BGE 107 III 147 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Anknüpfung an den Ort der Zweigniederlassung die Ausnahme ist. Es müssen Tatsachen gegeben sein, die einen überwiegenden Zusammenhang mit der Zweigniederlassung herzustellen vermögen. Diese Ausnahme vom Grundsatz der Lokalisierung der Forderung am Sitz des Drittschuldners rechtfertigt sich indessen nur dann, wenn die Zweigniederlassung ebenfalls ihren Sitz in der Schweiz hat. Eine Forderung, welche auf Beziehungen des im Ausland wohnhaften Schuldners mit einer ausländischen Niederlassung des in der Schweiz domizilierten Drittschuldners beruht, gilt demnach als an dessen schweizerischem Wohnsitz belegen (Hans Reiser, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 275 N 49 u. 55 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und insbes. auf BGE 128 III 473 E. 3.1 = Pra 91 Nr. 215).

3.3 Der Begriff der Zweigniederlassung ist gesetzlich nicht definiert. Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Praxis ist darunter ein kaufmännischer Betrieb zu verstehen, der zwar rechtlich Teil einer Hauptunternehmung ist, von der er abhängt, der aber in eigenen Räumlichkeiten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie jene ausübt und dabei über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Selbständigkeit verfügt. Rechtlich bleibt die Zweigniederlassung Bestandteil des Gesamtunternehmens. Durch diese rechtliche Abhängigkeit, durch das Fehlen eigener Rechtspersönlichkeit und damit auch der

Parteifähigkeit unterscheidet sich die Zweigniederlassung insbesondere von der Tochtergesellschaft (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, § 24 N 6 u. 12 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und inbes. BGE 120 III 11 ff.).

3.4 Vorliegend stellte das Betreibungsamt der A. AG eine an die Adresse der Beschwerdeführerin gerichtete Anzeige von der Pfändung oder Arrestierung einer Forderung der Arrestschuldnerin gegen die Beschwerdeführerin von CHF 6,2 Mio. zu, herrührend aus den Forderungen der B. Ltd gegen die A. AG und die Beschwerdeführerin aus dem Prepayment Agreement vom 30. März 2012. Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine am 23. September 2002 nach britischem Recht gegründete Aktiengesellschaft. Sie verfügt gemäss dem massgebenden britischen Recht über eigene Rechtspersönlichkeit und Parteifähigkeit (Art. 154 und 155 IPRG; Derek French/Stephen W. Mayson/Christopher L. Ryan, Company Law, 28. A., Oxford 2011, S. 5). Sie ist demnach rechtlich nicht Bestandteil der A. AG und damit nicht eine Zweigniederlassung derselben, sondern deren Tochtergesellschaft. Handelt es sich bei der Beschwerdeführerin mithin nicht um eine ausländische Zweigniederlassung der in Baar domizilierten A. AG, sind die nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderungen der Arrestschuldnerin gegen die Beschwerdeführerin nicht am Sitz der A. AG belegen. Damit fehlt es an einer in der Gemeinde Baar belegenen Forderung der Arrestschuldnerin gegen die Beschwerdeführerin. Demnach war das Betreibungsamt nicht zuständig, den vom Arrestrichter verfügten Arrest mit Bezug auf diese Forderung durch die Zustellung der vorerwähnten Anzeige an die A. AG zu vollziehen. Indem das Betreibungsamt trotz örtlicher Unzuständigkeit diesen Arrest vollzog, handelt es sich dabei um eine nichtige Verfügung. Die Nichtigkeit dieser Verfügung ist von der II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs von Amtes wegen festzustellen, ohne dass geprüft werden müsste, ob die Beschwerdeführerin als Drittschuldnerin zu einer Beschwerde gegen den Vollzug des Arrestbefehls legitimiert ist .

3.5 Die vom Arrestgläubiger gegen diese Schlussfolgerung vorgetragene Kritik ist unbegründet. Der Hinweis des Arrestgläubigers, wonach gemäss der Lehre zu Art. 5 Ziff. 5 LugÜ auch rechtlich selbständige Einheiten, die vom Stammhaus kontrolliert würden, als Niederlassung im Sinne von Art. 5 Ziff. 5 LugÜ gälten und damit ein Gerichtsstand bei der kontrollierenden Gesellschaft gegeben sei, ist für den vorliegenden Fall irrelevant. Im hier zu beurteilenden Fall geht es nicht um die Feststellung eines Gerichtsstandes im eurointernationalen Verhältnis. Vielmehr ist darüber zu befinden, ob das Betreibungsamt eine Forderung der Arrestschuldnerin gegen die Beschwerdeführerin verarrestieren kann. Zur Beurteilung, ob dies der Fall ist, kann dem Betreibungsamt nicht zugemutet werden, sich mit der Konzernstruktur eines Firmenkonglomerates auseinanderzusetzen. Insbesondere kann das Betreibungsamt nicht prüfen, ob eine ausländische Tochtergesellschaft derart stark von einer in seinem Betreibungskreis domizilierten Muttergesellschaft kontrolliert wird, so dass sie trotz rechtlicher Eigenständigkeit als Niederlassung der Muttergesellschaft gilt, mit der Konsequenz, dass das Amt zum Arrestvollzug zuständig ist. Derart komplexe Fragen können vom Betreibungsamt im Rahmen des Arrestvollzugs nicht gelöst werden. Andernfalls wäre das Betreibungsamt nicht in der Lage, seine Aufgabe innert nützlicher Frist wahrzunehmen. Das Betreibungsamt muss sich daher in einem solchen Fall zur Prüfung seiner Zuständigkeit auf rein formale Kriterien abstützen können. Es hat nur zu prüfen, ob es sich bei der Drittschuldnerin um eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt, die in seinem Betreibungskreis Sitz hat, oder ob die Forderung der Arrestschuldnerin auf Beziehungen mit einer ausländischen Zweigniederlassung einer in Baar domizilierten Drittschuldnerin beruht. Einzig dann hat das Amt den Arrest zu vollziehen. Andernfalls hat es unbesehen von der konkreten Konzernstruktur eines bestehenden Firmenkonglomerates den Arrestvollzug infolge fehlender örtlicher Zuständigkeit zu verweigern.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 6. Dezember 2012

Art. 278 SchKG
Regeste:

Art. 278 SchKG – Der Drittschuldner ist nur dann im Sinne von Art. 278 Abs. 1 SchKG durch den Arrest in seinen Rechten betroffen und zur Beschwerde legitimiert, wenn nebst der Anweisung, nicht mehr befreiend an den Schuldner leisten zu können, erschwerende Umstände dazukommen, die in wesentlichem Umfang in seine Rechtsposition eingreifen (E. 1.1 - 2.4). Das Nichteintreten auf die Beschwerde führt dazu, dass keine Nichtigkeitsprüfung stattfindet (E. 2.5)

Aus den Erwägungen:

1.1 Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann nach Art. 278 Abs. 1 SchKG innert zehn Tagen, nachdem er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Gericht Einsprache erheben. Das Gericht gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet ohne Verzug (Art. 278 Abs. 2 SchKG). Der Einsprachentscheid kann mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Vor der Rechtsmittelinstanz können neue Tatsachen geltend gemacht werden (Art. 278 Abs. 3 SchKG).

1.2 Gemäss Art. 320 ZPO kann mit der Beschwerde die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) geltend gemacht werden.

1.3 Im Beschwerdeverfahren können die Parteien neue Tatsachen geltend machen (Art. 278 Abs. 3 Satz 2 SchKG). Gemäss der Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991 (S. 173 f.) sind damit echte Noven, d.h. Tatsachen, die nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, gemeint. Das Bundesgericht hat in zwei Entscheiden vom 17. November 2005 (5P.296/2005 E. 4.2.1 und 5P.330/2005, E. 4.2.1) unter Hinweis auf die Botschaft und die Lehre festgehalten, das Obergericht des Kantons Bern habe Art. 278 Abs. 3 SchKG nicht willkürlich angewendet, indem es grundsätzlich lediglich echte, nicht aber unechte Noven zugelassen habe. Ein Teil der Lehre folgert daraus, dass im Beschwerdeverfahren nur echte Noven zulässig sind (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 51 N 74; Felix C. Meier-Dieterle, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, Basel, 2009, Art. 278 N 15; vgl. ferner Walter A. Stoffel, Das neue Arrestrecht, in: AJP 1996 S. 1411), während anderen Lehrmeinungen zufolge auch unechte Noven gehört werden können, jedoch nur falls sich daraus die Nichtigkeit des Arrestes ergibt oder sie entschuldbar nicht bereits im Einspracheverfahren vorgetragen worden sind (Hans Reiser, in: Staehelin/ Bauer/Staehelin [Hrsg.], Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 278 N 47 - 49; Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/99, Art. 278 N 28).

2.1 Gemäss der Vorinstanz fehlt es der Beschwerdeführerin an der Legitimation zur Einsprache gegen den Arrestbefehl, weshalb auf ihre Einsprache nicht eingetreten werden könne. Zur Begründung hielt der Arrestrichter fest, der gewöhnliche Drittschuldner, für den sich der Arrest dahingehend auswirke, dass er nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Gläubiger leisten könne und bei Nichtbeachtung dieser Pflicht eine Doppelzahlung riskiere, sei nicht in seinen Rechten betroffen. Dies treffe für die Beschwerdeführerin zu, welche nicht dargelegt habe, welche konkreten wirtschaftlichen oder faktischen Nachteile sie durch die Sperrung der verarrestierten Vermögenswerte erleide. Mangels Betroffenheit sei auf ihre Arresteinsprache daher nicht einzutreten.

2.2 Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz stütze sich sinngemäss auf ein Zitat im Basler Kommentar zum SchKG (Hans Reiser, a.a.O., Art. 278 N 24), wonach der gewöhnliche Drittschuldner wohl nicht in seinen Rechten betroffen gelten könne. Sie verschweige jedoch, dass namhafte Autoren anderer Meinung seien (gleiches Zitat) und dass der Dritte jedenfalls dann zur Einsprache legitimiert sei, wenn der Arrest stark in seinen Geschäftsbetrieb eingreife (Reiser, a.a.O., Art. 278 N 25 mit Hinweis auf BGE 96 III 109). Gegen den Arrestvollzug habe das Bundesgericht das Beschwerderecht sogar einer Bank zuerkannt, die Schuldnerin des Arrestschuldners gewesen sei (BGE 96 III 109). In einer viel ungemütlicheren Lage befinde sich im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin. Ihr sei angezeigt worden, dass sie rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt leisten könne. Gegenstand der Arrestlegung seien alles streitige Forderungen. Im Falle eines sich möglicherweise als

Inhaberaktionär ausweisenden Aktionärs wäre die Beschwerdeführerin als aus dem Wertpapier Verpflichtete gezwungen, Zahlungen zu leisten, wolle sie nicht schadenersatzpflichtig werden. Sie habe deshalb ein evidentes Interesse daran, dass die Nichtigkeit des Arrestes festgestellt bzw. der Arrest aufgehoben werde, zumal der Arrestbefehl sehr weit gefasst sei (sämtliche Rechte an den im Eigentum des Arrestschuldners stehenden 1'199 Namenaktien).

2.3 Hans Reiser (a.a.O., Art. 278 N 24), der dem gewöhnlichen Drittschuldner die Einsprachelegitimation abspricht, beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 26. November 2007 (BGer vom 26.11.2007, 5A_554 / 2007). In diesem Entscheid beanstandete das Bundesgericht im Rahmen der Beurteilung einer Verfassungsbeschwerde den Schluss der Vorinstanz nicht, dass die dortige Beschwerdeführerin als Drittschuldnerin nicht in ihren Rechten betroffen sei, weil sie nicht mehr mit befreiender Wirkung an ihren Gläubiger leisten dürfe und sie bei Nichtbeachtung dieser Pflicht eine Doppelzahlung riskiere. In dem von der hiesigen Beschwerdeführerin angerufenen BGE 96 III 109 kam das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 80 III 124 f. zum Ergebnis, dass der Drittschuldner zur Beschwerde gegen den Arrestvollzug legitimiert sei, falls dieser stark in seinen Geschäftsbetrieb eingreife. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist der Drittschuldner nach den zutreffenden Lehrmeinungen nur dann im Sinne von Art. 278 Abs. 1 SchKG durch den Arrest in seinen Rechten betroffen und zur Beschwerde legitimiert, wenn nebst der Anweisung, nicht mehr befreiend an den Schuldner leisten zu können, erschwerende Umstände dazukommen, die in wesentlichem Umfang in seine Rechtsposition eingreifen (Walder/Kull/ Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Bd. II, Zürich 1997/99, Art. 278 N 8, mit Hinweisen; ferner Felix C. Meier-Dieterle, a.a.O., Art. 278 N 2).

2.4 In der Arresteinsprache vom 13. April 2012 führte die Beschwerdeführerin ohne weitere Begründung aus, als angebliche Drittschuldnerin sei sie ohne weiteres zur Arresteinsprache legitimiert. Zu den Ausführungen der Beschwerdegegnerin in der Stellungnahme zur Arresteinsprache vom 27. April 2012, wonach die Beschwerdeführerin als gewöhnliche Drittschuldnerin nicht zur Arresteinsprache legitimiert sei, liess sich die Letztere nicht vernehmen, obwohl ihr die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt worden war. Soweit sich die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren erstmals auf eine besondere Betroffenheit beruft, da sie nicht bloss gewöhnliche Drittschuldnerin sei, handelt es sich dabei um ein unechtes Novum, das im Beschwerdeverfahren nach einem Teil der vorzitierten Lehre nicht gehört werden kann. Stellt man dagegen auf diejenige Lehrmeinungen ab, wonach im Beschwerdeverfahren eingeschränkt unechte Noven zulässig sind, kann die Beschwerdeführerin daraus ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Weder legt sie dar noch ist ersichtlich, dass sich aufgrund dieses unechten Novums die Nichtigkeit des Arrestes ergibt oder dieses unechte Novum entschuldbar nicht bereits im Einspracheverfahren hätte vorgetragen werden können. Kann die im Beschwerdeverfahren erstmals vorgetragene Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach sie von dem gegen den Arrestschuldner verfügten Arrest besonders betroffen sei, nicht gehört werden, ist sie gewöhnliche Drittschuldnerin. Demzufolge ist die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Arresteinsprache der Beschwerdeführerin eingetreten und mangels Betroffenheit fehlt es ihr auch an der Beschwerdelegitimation (Reiser, a.a.O., Art. 278 N 43).

2.5 Soweit die Beschwerdeführerin sich in der Beschwerde auf die Nichtigkeit des Arrestes beruft, weil dieser vom örtlich unzuständigen Arrestrichter erlassen worden sei, kann dies nicht gehört werden. Das Nichteintreten auf die Beschwerde führt dazu, dass keine Nichtigkeitsprüfung stattfindet (Anwaltsrevue 11 - 12/2011, S. 498).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 13. September 2012

Art. 194 Abs. 1 SchKG in Verbindung mit 174 Abs. 2 SchKG
Regeste:

Art. 194 Abs. 1 SchKG in Verbindung mit 174 Abs. 2 SchKG – Beim Weiterzug einer Konkurseröffnung

ohne vorgängige Betreibung sind im Rechtsmittelverfahren nur die in Art. 174 Abs. 2 SchKG genannten echten Noven zulässig. Insbesondere kann weder vorgebracht werden, eine neue Revisionsstelle bestätige, dass keine Überschuldung vorliege, noch nützt in diesem Stadium ein Rangrücktritt, der die Gesellschaft an sich berechtigten würde, von der Überschuldungsanzeige abzusehen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.1 Für den Weiterzug der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung verweist Art. 194 Abs. 1 SchKG auf Art. 174 SchKG, der den Weiterzug des konkursrichterlichen Entscheids über das Konkursbegehren in der ordentlichen Betreibung regelt. Nach Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Bei dieser Novenregelung handelt es sich um eine gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO gesetzlich geregelte Ausnahme zu dem nach Art. 326 Abs. 1 ZPO bestehenden Novenverbot im Beschwerdeverfahren (Volkart, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2011, Art. 326 N 1 ff.; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 326 N 3 ff.). Inhaltlich können diese so genannten unechten Noven uneingeschränkt alle für das Konkursbegehren prozessrelevanten Tatsachen und Beweismittel umfassen (Giroud, in: Staehelin/ Bauer/Staehelin [Hrsg.], a.a.O., Art. 174 N 19).

4.2 Art. 174 Abs. 2 SchKG bestimmt sodann, dass die Tilgung der Schuld (samt Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit) auch nach der Konkurseröffnung vorgebracht werden kann, sofern dies innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt (vgl. BGE 136 III 294 ff.; Diggelmann/Müller, in: Hunkeler [Hrsg.], Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, Basel 2009, Art. 174 N 18). Diese Bestimmung betrifft allerdings den Fall der «gewöhnlichen» Konkurseröffnung auf Betreibung eines Gläubigers. Es ist daher fraglich, ob diese Bestimmung im Fall der Überschuldungsanzeige gemäss Art. 192 SchKG analog gilt. Der wohl grössere Teil der Lehre hält Art. 174 SchKG für abschliessend und eine grosszügige Zulassung echter Noven für unzulässig (vgl. Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheids des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E SchKG, in: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 444; Brunner/Boller, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], a.a.O., Art. 192 N 24; Huber, in: Hunkeler [Hrsg.], a.a.O., Art. 192 N 33). Auch das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 30. Juli 2001 ausgeführt, dass Art. 174 Abs. 2 SchKG die nur beschränkt zulässigen echten Noven abschliessend nenne (vgl. 5P.182/2001 E. 5b). Der II. Appellationshof des Kantonsgerichts Freiburg hielt in einem Entscheid vom 25. April 2006 fest, dass Art. 194 Abs. 1 SchKG zwar ausdrücklich auf Art. 174 SchKG verweise, dass aber dessen Abs. 2 eine abschliessende Regelung enthalte (RFJ/FZR 2006, S. 190 ff.). Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich liess in einem Entscheid vom 15. Juli 2011 offen, ob Forderungsverzichte und Rangrücktritte während der Rechtsmittelfrist nachgebracht werden können, da im konkreten Fall selbst dann, wenn es entgegen der vorherrschenden Lehre und Praxis zulässig gewesen wäre, Rangrücktritte und Forderungsverzichte während der Beschwerdefrist überhaupt nachzubringen, diese wegen der aufgezeigten Unklarheit nicht berücksichtigt werden könnten (vgl. Geschäfts-Nr.: PS110058-O/U.doc). Demgegenüber hat der Cour de Justice de Genève in einem Entscheid vom 7. Mai 1997 die wohl herrschende Lehre und Rechtsprechung angezweifelt und sich gefragt, ob dies wirklich vom Gesetzgeber so gewollt war, die Frage aber im Ergebnis offen gelassen (vgl. BlSchK 1999, S. 193). Die gegenteilige Auffassung vertritt auch Magdalena Rutz, welche festhält, dass wie bei Konkurseröffnungen ohne vorgängige Betreibung auf Antrag des Gläubigers unechte und echte Noven bis zur zweitinstanzlichen Verhandlung zugelassen werden sollten (Weiterziehung des Konkursdekretes, in: Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, S. 353).

4.3 Die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug hat in einem Entscheid vom 1. Mai 2001 (JZ 2001/55.112) - indem sie im Gesetzesverweis (Art. 194 Abs. 1 SchKG) eine sinngemässe Anwendbarkeit

der Novenregelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG erblickte - sämtliche echte Noven bezüglich Sanierungsfähigkeit und Sanierungsaussichten sowie Wahrung der Gläubigerinteressen im Rechtsmittelverfahren als zulässig erachtet. In einem späteren Entscheid vom 7. April 2004 (JZ 2004 44) liess sie dann allerdings offen, ob an dieser Auffassung weiterhin festgehalten werden könne (vgl. JZ 2007 126 und JZ 2008 152). Auch die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts des Kantons Zug liess diese Frage in einem Entscheid vom 7. April 2011 offen (vgl. BZ 2011 19). Nachdem die herrschende Auffassung in der Literatur überzeugt und sich auch die Rechtsprechung - soweit ersichtlich - mehrheitlich dieser Meinung anschliesst, ist die alte Praxis der Justizkommission aufzugeben und sind im Rechtsmittelverfahren lediglich die in Art. 174 Abs. 2 SchKG genannten echten Noven zuzulassen. Insbesondere kann weder vorgebracht werden, eine neue Revisionsstelle bestätige, dass keine Überschuldung vorliege, noch nützt in diesem Stadium ein Rangrücktritt, der die Gesellschaft an sich berechtigten würde, von der Überschuldungsanzeige abzusehen (vgl. Brunner/Boller, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], a.a.O., Art. 193 N 24).

II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug, Urteil vom 9. November 2012

1.4 Rechtspflege

1.4.1 Zivilrechtspflege

Art. 223 Abs. 2 und Art. 229 ZPO
Regeste:

Art. 223 Abs. 2 und Art. 229 ZPO – Wird im Verfahren mit Dispositionsmaxime nach Ausbleiben der Klageantwort eine Hauptverhandlung durchgeführt, ist die Position der beklagten Partei durch Art. 229 Abs. 1 ZPO beschränkt. Unbeschränkt äussern kann sie sich nur noch zu den neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln der klagenden Partei.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beklagte reichte (auch binnen der ihm mit Verfügung vom 4. Mai 2011 angesetzten Nachfrist) keine Klageantwort ein. Da die Angelegenheit zu jenem Zeitpunkt noch nicht spruchreif war, wurden die Parteien auf den 1. Dezember 2011 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Art. 223 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte nahm an der Hauptverhandlung zur ganzen Klage Stellung und nicht nur zu jenen Vorbringen, welche die Klägerinnen neu vortragen liessen.

3.1 Nach Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie a) ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder b) bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Abs. 2). Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Abs. 3). Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung darüber, ob in Verfahren mit Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) nach Ausbleiben der Klageantwort an der Hauptverhandlung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können (vgl. Art. 229 Abs. 2 ZPO) oder ob die Position der beklagten Partei durch Art. 229 Abs. 1 ZPO beschränkt wird (Art. 223 ZPO). Die Lehre ist geteilter Meinung. Einerseits wird ausgeführt, dass der Beklagte trotz versäumter Klageantwort immer noch die klägerischen Ausführungen bestreiten und Einreden erheben könne, zumal in Art. 229 Abs. 2 ZPO der Fall der Säumnis nicht erwähnt werde (Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 411; Pahud, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/St. Gallen 2011, N 7 zu Art. 223 ZPO). Andererseits wird dafür gehalten, dass die Verteidigung der beklagten Partei durch Art. 229 Abs. 1

ZPO beschränkt werde. Dies ergebe sich als unmittelbare Folge der Antwortsäumnis und entspreche dem Zweck von Art. 223 ZPO (Frei/Willisegger, Basler Kommentar, Basel 2010, N 14 zu Art. 223 ZPO; Naegeli, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Basel 2010, N 12 zu Art. 223 ZPO).

3.2 Das Kantonsgericht schliesst sich aus den folgenden Gründen der Auffassung von Frei/Willisegger an: Auszugehen ist zunächst vom in der ZPO verankerten Grundsatz, dass sich jede Partei im Vorbereitungsstadium des Prozesses zweimal unbeschränkt äussern kann (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/St.Gallen 2010, N 8 zu Art. 229 ZPO). Zwar lassen der Wortlaut und die systematische Stellung von Art. 229 Abs. 2 ZPO darauf schliessen, dass an der Hauptverhandlung in jedem Fall zu Beginn neue Tatsachen und Beweismittel vorgetragen werden können, wenn weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden haben. Die Säumnisregel von Art. 223 ZPO steht dazu aber in einem Spannungsverhältnis, wenn die Angelegenheit nach versäumter Klageantwort nicht spruchreif ist und die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen werden. Sinn und Zweck von Art. 223 ZPO besteht nun darin, dass bei Spruchreife ohne Weiteres ein Säumnisentscheid ergeht, da die Vorbringen der klagenden Partei unbestritten gebliebenen sind. Zur Hauptverhandlung wird nur vorgeladen, wenn die Angelegenheit noch nicht spruchreif ist (Art. 223 Abs. 2 ZPO). In diesem Fall sind die Vorbringen der klagenden Partei unklar, widersprüchlich oder offensichtlich unvollständig oder aber es bestehen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer unbestritten gebliebenen Tatsachenbehauptung, so dass gemäss Art. 153 Abs. 2 ZPO darüber von Amtes wegen Beweis abgenommen werden kann (Pahud, a.a.O., N 6 zu Art. 223 ZPO). Unter diesen Umständen liegt es nahe, dass die klagende Partei an der Hauptverhandlung weitere Ausführungen in tatsächlicher Hinsicht vornimmt oder gegebenenfalls neue Beweismittel bezeichnet. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs muss sich die beklagte Partei äussern können, wobei sich der Gehörsanspruch nur auf die neuen Vorbringen und Beweismittel beziehen kann. Die bereits in der Klageschrift vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bleiben daher weiterhin unbestritten. Diese Auslegung wird auch durch die Entstehungsgeschichte von Art. 229 ZPO bestätigt. Dem Gesetzgeber ging es nicht darum, dass die beklagte, säumige Partei gestützt auf Art. 229 Abs. 2 ZPO prozessuale Versäumnisse nachholen kann. Streitpunkt im Gesetzgebungsprozess war vielmehr der Zeitpunkt der Einsetzung der Eventualmaxime (Konzentrationsgrundsatz) beim ordentlichen Gang des Verfahrens, wenn sich beide Parteien vernehmen lassen, Tatsachenbehauptungen vorbringen und den Standpunkt der Gegenseite bestreiten (vgl. zum Ganzen: Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], a.a.O., N 1 ff. zu Art. 229 ZPO mit Hinweisen; Pahud, a.a.O., N 1 f. zu Art. 229 ZPO). Eine Begünstigung der gemäss Art. 223 ZPO säumig gebliebenen beklagten Partei war demgegenüber nicht gewollt.

3.3 Demzufolge ist der Beklagte mit Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln ausgeschlossen, soweit er sich nicht auf Art. 229 Abs. 1 ZPO berufen kann. (...)

Entscheid des Kantonsgerichts vom 2. Februar 2012 (A3 2011 2)

Art. 257 Abs. 1 ZPO
Regeste:

Art. 257 Abs. 1 ZPO – Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist und – kumulativ – die Rechtslage klar ist. Wenn dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden kann, tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

6. Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (lit. a) und – kumulativ – die Rechtslage klar ist (lit. b).

6.1 Ein unbestrittener Sachverhalt liegt vor, wenn die beklagte Partei die Behauptungen der klagenden Partei gar nicht bzw. nicht genügend substanziiert bestreitet (Hofmann, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 10 zu Art. 257 ZPO) oder wenn sie diese anerkennt (Koslar, in: Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, N 6 zu Art. 257 ZPO).

Der Gesuchsgegner hat in seinen Rechtsschriften grundsätzlich die Tatsachenbehauptungen des Gesuchsgegners einzeln und umfassend bestritten.

Dem Gesuchsteller zufolge bestreitet der Gesuchsgegner aber nicht, ihm wichtige Auskünfte betreffend den Nachlass, insbesondere zur N. Stiftung und zur C.L. Ltd., vorzuenthalten. Der Gesuchsgegner behauptet, dass der Gesuchsteller alle relevanten Nachlassakten, die ihm zustehen würden, erhalten bzw. eingesehen habe. Die N. Stiftung selber gehöre nicht zum Nachlass und über deren Vermögenswerte sei der Gesuchsteller, soweit sie seine Erbenstellung betreffen würden, informiert worden. Auch mit Bezug auf die C.L. Ltd. habe der Gesuchsteller vollumfänglich über die relevanten Vermögensverhältnisse Auskunft erhalten, soweit nicht Datenschutzrechte Dritter vorgehen würden. Den Vorschlag, eine Revisionsstelle mit der Einsichtnahme in sämtliche Daten der C.L. Ltd. und der Berichterstattung an die Erben zu beauftragen, habe der Gesuchssteller ohne Begründung abgewiesen. Uneinigkeit besteht zwischen den Parteien somit über den Umfang der Informationspflicht. Diesbezüglich gelten die Behauptungen des Gesuchstellers als vom Gesuchsgegner rechtsgenügend widersprochen.

Mithin liegt kein unbestrittener Sachverhalt vor.

6.2 Auch wenn die Tatsachenvorbringen des Gesuchstellers bestritten sind, kann Rechtsschutz gewährt werden, wenn die bestrittenen Tatsachen sofort beweisbar bzw. die von der Gegenpartei vorgebrachten Einwendungen sofort entkräftbar sind. Dies setzt sofort verfügbare Beweismittel, d.h. Urkunden, voraus. Expertisen, Zeugeneinvernahmen sowie Parteibefragungen fallen dagegen grundsätzlich ausser Betracht. Nicht sofort bewiesen ist der Sachverhalt, wenn glaubhafte und vertretbare Einreden oder Einwendungen gemacht werden, die Zweifel an der Richtigkeit des Tatsachenvortrags des Gesuchstellers begründen und umfangreiche Abklärungen erfordern. Offenkundig haltlose (Schutz-)Behauptungen vermögen den schnellen Rechtsschutz genauso wenig aufzuhalten, wie die bewusste Verkomplizierung der Angelegenheit durch den Gesuchsgegner, um das Gericht zu verwirren und so den Anschein eines illiquiden Sachverhalts zu erwecken. Für bestrittene Tatsachen hat der Gesuchsteller nach den üblichen Beweislastregeln den vollen Beweis zu erbringen (vgl. Göksu, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 8 zu Art. 257 ZPO, mit Hinweisen; Koslar, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 257 ZPO; Sutter-Somm/ Lötscher, in: Sutter-Somm, Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 4 ff. zu Art. 257 ZPO, mit Hinweisen).

Der Gesuchsteller behauptet zusammenfassend, dass die N. Stiftung zum Nachlass gehören würde, weshalb ihm ein umfassender Informationsanspruch darüber zustehe. Dies wird vom Gesuchsgegner bestritten. Seine Behauptung hat der Gesuchsteller mit dem Hinweis auf die eingereichten Belege 2 und 38 zu seinem Gesuch nicht derart nachgewiesen, dass keine ernsthaften Zweifel mehr darüber bestehen oder die verbleibenden Zweifel als leicht erscheinen (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 18 N 38).

Mit Bezug auf einen Informationsanspruch zur C.L. Ltd. macht der Gesuchsteller geltend, es sei nicht auszuschliessen, dass diese Drittpersonen bei Steuervergehen behilflich gewesen sei, was eine potenzielle Haftung des Nachlasses und/oder der Erben zur Folge haben könne. Der Gesuchsgegner bestreitet dies ausführlich und hält fest, dass aus der Geschäftstätigkeit der C.L. Ltd. und ihrer Organe keinerlei Risiko für den Nachlass hergeleitet werden könne. Bezüglich der Policen Dritter bestehe seitens der Aktionäre – wozu der Erblasser zählte – keine Haftung. Somit bestehe auch kein Haftungsrisiko für den Nachlass. Im Übrigen habe die Revisionsstelle in ihren Revisionsstellenberichten nie ein Haftungsrisiko der C.L. Ltd. qualifiziert. Dass ein potenzielles Haftungsrisiko besteht, hat der

Gesuchsteller bei diesen Einwänden ebenfalls nicht rechtsgenügend nachgewiesen.

Mithin kann auch nicht davon gesprochen werden, dass die vom Gesuchsgegner bestrittenen Tatsachen vom Gesuchsteller sofort bewiesen oder entkräftet worden sind.

6.3 Weiter muss die Rechtslage klar sein. Das setzt voraus, dass über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen darf. Dies trifft zu, wenn sich aus dem Wortlaut des objektiven Rechts oder aus einer gefestigten Ansicht in Lehre und/oder Praxis eine eindeutige Antwort ergibt. Ist die Subsumtion dagegen nicht offenkundig, müssen ausgiebig juristische Recherchen angestellt werden, stellen sich heikle juristische Abgrenzungsfragen, verweist eine Norm auf richterliches Ermessen (z. B. bei Treu und Glauben oder wichtige Gründe) bzw. handelt es sich um Generalklauseln, besteht keine einschlägige Gerichtspraxis oder sind die Lehrmeinungen kontrovers, so liegt keine klare Rechtslage vor. Besteht eine Rechtsprechung des Bundesgerichts, so ist die Rechtslage klar, auch wenn sie von der Lehre kritisiert wird. Die Anwendung von ausländischem Recht schliesst den Rechtsschutz in klaren Fällen nicht grundsätzlich aus, wenn das Gericht es kennt und kein Gutachten erforderlich ist bzw. wenn dessen Abklärung dem Zweck der Gewährung des schnellen Rechtsschutzes nicht zuwiderläuft (vgl. Göksu, a.a.O., N 11 zu Art. 257 ZPO; Jent-Soerensen, in Oberhammer, Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, N 7 ff.).

Vorliegend berufen sich die Parteien auf BGE 90 II 365, BGE 127 III 396 und BGE 132 III 677, interpretieren diese Entscheide jedoch ganz unterschiedlich und leiten daraus andere Ansprüche ab. Bereits dies zeigt, dass die juristische Subsumtion nicht offenkundig ist und heikle juristische Abgrenzungsfragen bestehen, was dem klaren Rechtsschutz widerspricht.

Die N. Stiftung untersteht als liechtensteinische Stiftung grundsätzlich dem liechtensteinischem Recht. Unterschiedlicher Auffassung sind die Parteien darüber, wem die N. Stiftung «gehört» und insbesondere welches Recht auf Auskünfte der N. Stiftung anwendbar ist. Zwar richtet sich das Auskunftsrecht des Gesuchstellers nach BGE 132 III 648 ff. nach Schweizer Recht. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob und in welchem Umfang die N. Stiftung Dritten, d.h. auch den Erben eines Begünstigten, Auskunft zu erteilen hat und ob allenfalls doch ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Gesuchsgegners als Stiftungsrat der N. Stiftung besteht. Diese Fragen beurteilen sich nach liechtensteinischem Recht, welches nicht bekannt ist und auch nicht sofort und schnell durch zumutbaren Aufwand im Sinne des klaren Rechtsschutzes abgeklärt werden kann. Mithin wäre das vom Gesuchsgegner beantragte Gutachten einzuholen, was beim klaren Rechtsschutz nicht zulässig ist. Insoweit der Gesuchsteller geltend macht, er sei in die Rechtsstellung des Erblassers eingetreten, richtet sich sein Auskunftsrecht ebenfalls nach liechtensteinischem Recht, weil er nicht eine Erbschaftsklage führt, sondern nur die Klage, die seinem Rechtsvorgänger zustand (vgl. BGE 132 III 681 und 687).

Ob dem Gesuchsteller Auskunftsansprüche zu den Versicherungspolicen Dritter bei der C.L. Ltd. zustehen, ist zwischen den Parteien umstritten. Der Gesuchsteller beruft sich dafür auf BGE 90 II 365 und ein vertragliches Auskunftsrecht, während der Gesuchsgegner Datenschutzrecht und das Auskunftsrecht eines Aktionärs ins Feld führt. Auch dies zeigt, dass die Vorgaben gemäss Ziff. 6.3 Abs. 1 der Erwägungen nicht gegeben sind.

Mithin kann auch nicht davon gesprochen werden, dass die Rechtslage genügend klar ist, um den beantragten Rechtsschutz zu gewähren.

7. Gemäss Art. 257 Abs. 3 ZPO tritt das Gericht nicht auf das Gesuch ein, wenn dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden kann.

Kein materieller Entscheid kann ergehen, wenn das Gericht auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht eintreten kann, weil die Voraussetzungen für ein solches Verfahren fehlen, namentlich der Sachverhalt nicht liquid ist oder kein klares Recht vorliegt. Sobald die Gegenpartei glaubhafte Einwände vorbringen kann, darf das Gericht die Sache nicht materiell prüfen und muss einen

Nichteintretensentscheid fällen. Der richterliche Entscheid beschränkt sich in einem solchen Fall auf das (Nicht-)Vorliegen der Liquidität des Rechts oder der Sachlage (Sutter-Somm / Lötscher, a.a.O., N 31 zu Art. 257 ZPO).

Wie oben ausgeführt ist dies vorliegend gegeben, und es hat daher ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen. Bei dieser Sach- und Rechtslage müssen die weiteren Einwände des Gesuchsgegners nicht weiter überprüft werden.

Entscheid des Kantonsgerichts, Einzelrichter, vom 4. Juni 2012 (ES 2011 730)

Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO
Regeste:

Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO – Jedes gerichtliche Eingreifen setzt unter anderem ein schutzwürdiges Interesse der klagenden oder gesuchstellenden Partei voraus. Fehlt diese grundlegendste Prozessvoraussetzung, tritt das Gericht auf die Klage oder das Gesuch nicht ein. Dieses sog. Rechtsschutzinteresse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein. Bei Unterlassungsbegehren ist das Rechtsschutzinteresse gegeben, wenn die widerrechtliche Handlung, auf welche das Begehren gerichtet ist, unmittelbar droht, d.h. wenn das Verhalten des Gesuchsgegners die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt. Indiz für einen bevorstehenden Eingriff kann die Tatsache sein, dass analoge Eingriffe in der Vergangenheit stattgefunden haben (Wiederholungsgefahr) und eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hat oder zwecklos wäre. Eine Wiederholungsgefahr darf in der Regel schon dann angenommen werden, wenn der Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass er es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird. Als Prozessvoraussetzung muss das Rechtsschutzinteresse an der Unterlassungsklage im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch vorhanden sein. Fällt das anfänglich vorhandene Rechtsschutzinteresse während der Dauer des Prozesses weg, so insbesondere auch bei vollständiger Erfüllung des strittigen Anspruchs im Laufe des Verfahrens, wird das Gesuch gegenstandslos und es kann darauf nicht mehr eingetreten werden.

Aus dem Sachverhalt:

1. Die in den Vereinigten Staaten domizilierte X. International Inc. (nachfolgend: Gesuchstellerin 1) und die X. (Schweiz) AG in B. (nachfolgend: Gesuchstellerin 2) gehören zum X.-Konzern, der u.a. im Bereich Drucker und Druckerzubehör tätig ist. Er vertreibt namentlich auch als «Druckerpatronen» bezeichnete Tinten- und Tonerkartuschen. Die Gesuchstellerin 1 ist u.a. Inhaberin der seit dem 17. März 1992 eingetragenen schweizerischen Wort-Bildmarke Nr. YZ «X., fig.», die das Logo von X. u.a. für Druckertinte in Klasse 2 schützt. Die Gesuchstellerin 2 ist die schweizerische Ländergesellschaft der X.-Gruppe und zeichnet für das auf die Schweiz ausgerichtete Internet-Angebot von X. verantwortlich.

2. Die in A. domizilierte D. AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) betreibt eine Internetseite, auf der sie u.a. Druckertinte und Druckertoner bewirbt. Sie betreibt sodann unter einer anderen Internetadresse einen Online-Shop, auf dem sie namentlich Druckerpatronen bzw. -kartuschen zum Kauf anbietet. Ihr Angebot enthält einerseits Originalware und andererseits wiederbefüllte Druckerkartuschen bzw. -patronen, wobei hierfür gebrauchte Kartuschen von Herstellern verwendet werden, die mit Toner und Tinte gefüllt werden, welche nicht vom Originalhersteller stammen.

3. Mit Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 18. Juli 2012 wandten sich die Gesuchstellerinnen an den Einzelrichter am Obergericht des Kantons Zug und stellten das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus, die Gesuchsgegnerin vertreibe u.a. gebrauchte Originaltinten und -tonerkartuschen der Gesuchstellerinnen, die mit Tinte bzw. Toner unbekannter Dritthersteller wiederbefüllt worden seien. Diese Produkte bezeichne die Gesuchsgegnerin jeweils mit dem Markennamen des Originalherstellers (hier z. B. «X.») und dem unspezifischen Zusatz

«Swisstoner» (also «X. Swiss Toner»). Die Gesuchsgegnerin bewerbe und vertreibe solche wiederbefüllte Kartuschen so, dass sie als Originalware - mit Originaltinte und -toner - erschienen, was täuschend sei. Sie verwende dazu ausserdem das als Marke eingetragene X.-Logo und den Namen «X.», was markenrechtswidrig sei. Durch dieses Verhalten würden allfällige Qualitätsmängel auf die Gesuchstellerinnen zurückfallen und die Reputation des Brands «X.» und den Ruf der Gesuchstellerinnen irreparabel zu beschädigen drohen. Nichts garantiere, dass es sich bei der verwendeten Ersatztinte bzw. beim Ersatztoner nicht um minderwertige oder auch nur für den bestimmten Drucker ungeeignete Ware handle, wodurch die Druckqualität sinke, aber auch das Druckgerät selbst beschädigt werden könne, z. B. wenn die Partikelgrösse des Toners ungeeignet sei. Die Gefahr solcher Qualitätsmängel verschärfe sich noch, wenn Verschleissteile der Originalkartuschen nicht ausgewechselt würden, wenn also durch den Erstgebrauch abgenutzte Bestandteile der Kartuschen nicht ersetzt würden. Auch die Handhabung der Kartuschen könne beeinträchtigt sein, z. B. durch austretenden Toner bzw. austretende Tinte. Sobald solche Kartuschen nicht eindeutig als gebrauchte und mit Tinte oder Toner vom Dritten wiederbefüllte Kartuschen angepriesen und verkauft würden, würden Mängel notwendigerweise und zu Unrecht der Herstellerinnen zugeordnet. Die Frage laute vorliegend nicht, ob das Anbieten bzw. das Verkaufen von wiederbefüllten Markenkartuschen für sich genommen zulässig sei. Es gehe allein um die Art und Weise des Angebots und des Verkaufs solcher Kartuschen. Fehlzurechnungen zu Lasten der Gesuchstellerinnen müssten ausgeschlossen werden. Die Gesuchsgegnerin lege es aber geradezu auf Fehlzurechnungen an. Wenn sie auf ihrem Online-Shop wiederbefüllte X.-Druckerkartuschen unter der Überschrift «Angebote für X. Swiss Toner» anbiete, liege schon in der Verwendung des Kennzeichens «X. Swiss Toner» eine Täuschung des Publikums vor. Die Verwendung des Hauptbestandteils der Marke bzw. der Firma der Gesuchstellerinnen als Bestandteil der Produktbezeichnung enthalte die eindeutige - aber unzutreffende - Aussage, das betreffende Produkt stamme von X.. Der Zusatz «Swiss Toner» sei untauglich, diese Irreführung zu verhindern. Er kläre den Konsumenten nicht darüber auf, dass das Produkt kein Original mehr sei. Wenn dieser Zusatz überhaupt einen erkennbaren Aussagegehalt hätte, dann diesen, dass die betreffende Originaldruckerkartusche aus der Schweiz stammenden Toner enthalte oder für den schweizerischen Markt bestimmt sei. Der Aussagegehalt sei also «von X. hergestellter Swiss Toner». Ein Hinweis, dass es sich trotz der Verwendung der Bezeichnung «X.» nicht um Originalware handle, fehle damit. Klicke man dann auf der Übersichtsseite über «X. Swiss Toner» auf einen bestimmten Druckertyp zur Auswahl der passenden Kartuschen, so verstärke sich die Täuschung. Die Angebote für konkrete Kartuschen enthielten nämlich die von Lexmark für die Originalkartuschen verwendete Artikelnummer, z. B. «X. Swiss Toner 23B8172 / Kapazität 21’000 Seiten / Farbe schwarz». Auf dem unteren Abschnitt der Angebotsseite der Gesuchsgegnerin finde sich sodann ein Aufklappmenu zur Auswahl des konkreten Kartuschen-Typs. In diesem Menu fehle der Zusatz «Swiss Toner», womit die vollständige und korrekte Bezeichnung der Original-Druckerkartusche der Gesuchstellerinnen, einschliesslich der korrekten Artikelnummer erscheine. Die Gesuchsgegnerin biete wiederbefüllte Kartuschen nicht nur über das Internet, sondern auch telefonisch als Originalware an. Wiederbefüllte Kartuschen würden auf unrechtmässige Weise nicht nur beworben und angeboten, sondern auch tatsächlich verkauft und vertrieben, wie die durch eidesstattliche Versicherungen und Fotodokumentationen belegten Beispiele von E.F. und G.H. vom 13. Juli 2012 bzw. 1. März 2012 zeigten. Die Gesuchsgegnerin verhalte sich sodann auf die verschiedenen Abmahnungen ausweichend und halte an der Rechtmässigkeit ihres Vorgehens weitgehend fest.

4. Mit Eingabe vom 16. August 2012 nahm die Gesuchgegnerin zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung und beantragte, darauf nicht einzutreten. Sie machte im Wesentlichen geltend, dass den Gesuchstellerinnen das notwendige Rechtsschutzinteresse am Unterlassungsbegehren fehle; sie habe die vorliegend geforderte Unterlassung bereits auf erste Aufforderung hin anerkannt und faktisch umgesetzt. Bis zur ersten Aufforderung der Gesuchstellerin vom 25. Mai 2012 sei sich die Gesuchsgegnerin nicht bewusst gewesen, durch den Gebrauch von X.-Bezeichnungen für wiederbefüllte Druckerkartuschen in die Markenrechte der Gesuchstellerinnen einzugreifen. Vielmehr habe sie durch den entsprechenden Hinweis signalisieren wollen, dass es sich bei den entsprechenden Produkten um wiederbefüllte Kartuschen gehandelt habe, welche für X.-Drucker bestimmt bzw. mit diesen kompatibel seien. Den Eindruck, dass es sich hierbei um originale X.-Tinte oder originalen X.-Toner handle, habe die

Gesuchsgegnerin nie erwecken wollen. Entsprechend habe sie auch den Gebrauch des X.-Logos sowie der Bezeichnung «X. Swiss Toner» für nicht mit Originaltinte befüllte Druckerkartuschen nach Erhalt der Abmahnung Anfang Juni 2012 sofort eingestellt. Im Nachgang dazu habe sie auch nie irgendeinen Anlass geliefert, dass sie das beanstandete Verhalten wieder aufnehmen würde. Den Gesuchstellerinnen mangle es daher am für das vorliegende Unterlassungsbegehren erforderlichen Rechtsschutzinteresse. Sie habe den gestellten Unterlassungsanspruch der Gesuchstellerinnen nie bestritten. Entsprechend sei sie der Ansicht, dass eine strafrechtliche Sicherung der Unterlassung gemäss Art. 292 StGB nicht nötig sei. Da das Unterlassungsbegehren aber anerkannt sei, werde dessen Anordnung ins gerichtliche Ermessen gestellt. Dass die Anerkennung juristisch nicht so präzise abgefasst worden sei, wie sich das die Gesuchstellerinnen gewünscht hätten, liege darin begründet, dass die Gesuchsgegnerin nicht anwaltlich vertreten gewesen sei. Vor diesem Hintergrund wäre das vorliegende Verfahren nicht nötig gewesen und die Gesuchsgegnerin sei nicht bereit gewesen, das aggressive Vorgehen zu finanzieren, zumal sie die sehr bzw. zu weitgehende Unterlassungserklärung der Gesuchstellerin nicht habe unterzeichnen können und in diesem Umfang auch nicht habe unterzeichnen müssen. Dementsprechend seien auch im Falle des Eintretens auf das Gesuch die Prozesskosten als unnötige Kosten den Gesuchstellerinnen aufzuerlegen.

5. Mit Eingabe vom 27. August 2012 replizierten die Gesuchstellerinnen unaufgefordert und hielten an ihrem Rechtsbegehren grundsätzlich fest. Eventualiter, für den Fall, dass der Einzelrichter auf das Gesuch wider Erwarten nicht eintreten sollte, beantragten sie, dass die Kosten der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen seien und diese zu verpflichten sei, den Gesuchstellerinnen eine Prozessentschädigung von CHF 13’264.25 zu bezahlen. Die Gesuchsgegnerin äusserte sich - ebenfalls unaufgefordert - zu dieser Replik mit Eingabe vom 5. September 2012 und beantragte die Abweisung der Anträge der Gesuchstellerinnen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Gesuchstellerinnen halten in ihrer Replik zutreffend fest, dass die Gesuchsgegnerin sowohl die Sachverhaltsdarstellung als auch die rechtliche Qualifikation durch die Gesuchstellerinnen, soweit sie sich auf die ihr vorgeworfenen Handlungen beziehen, nicht bestreiten und damit anerkennen. Bestritten ist hingegen das Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerinnen.

2. Jedes gerichtliche Eingreifen setzt unter anderem ein schutzwürdiges Interesse der klagenden oder gesuchstellenden Partei voraus (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Fehlt diese grundlegendste Prozessvoraussetzung, tritt das Gericht auf die Klage oder das Gesuch nicht ein. Staatlicher Rechtsschutz soll nicht Selbstzweck sein. Dieses sog. Rechtsschutzinteresse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein (Züricher, in: Sutter-Somm/Leuenberger/Hasen-böhler [Hrsg.], Kommentar ZPO, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 59 N 12). Bei Unterlassungsbegehren ist das Rechtsschutzinteresse gegeben, wenn die widerrechtliche Handlung, auf welche das Begehren gerichtet ist, unmittelbar droht, d.h. wenn das Verhalten des Gesuchsgegners die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt (BGE 116 II 357 E. 2a mit Hinweisen). Indiz für einen bevorstehenden Eingriff kann die Tatsache sein, dass analoge Eingriffe in der Vergangenheit stattgefunden haben (Wiederholungsgefahr) und eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hat oder zwecklos wäre (BGE 90 II 51 E. 9). Eine Wiederholungsgefahr darf in der Regel schon dann angenommen werden, wenn der Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass er es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird (BGE 102 II 122 E. 1; David, in: Von Büren/David, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIW) Bd. I/2, S. 77). Als Prozessvoraussetzung muss das Rechtsschutzinteresse an der Unterlassungsklage im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch vorhanden sein (BGE 109 II 338 E. 3). Fällt das anfänglich vorhandene Rechtsschutzinteresse während der Dauer des Prozesses weg, so insbesondere auch bei vollständiger Erfüllung des strittigen Anspruchs im Laufe des Verfahrens, wird das Gesuch gegenstandslos und es kann darauf nicht mehr eingetreten werden (BGE 111 Ib 182 E. 2a; 109 II 165 E. 2). Eine förmliche Abstandserklärung des Verletzers, mit welcher sich dieser dazu verpflichtet, das beanstandete Verhalten zu unterlassen, genügt nur, wenn der Verletzer die Ansprüche des Klägers auch materiell anerkennt. Dabei hat die Erklärung vorbehaltlos zu erfolgen und der Parteiwillen hat aus dieser klar hervorzugehen

(BGE 124 III 72 E. 2a).

2.1 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, sich dem Unterlassungsbegehren der Gesuchstellerinnen bereits auf deren erste Aufforderung vom 25. Mai 2012 hin unterzogen und dieses faktisch umgesetzt zu haben, weshalb es von Anfang an einem Rechtsschutzinteresse für das vorliegende Massnahmegesuch gefehlt habe. Dem kann nicht beigepflichtet werden: In der Tat wurden am 4. Juni 2012 entgegen der Aussage der Gesuchsgegnerin in ihrem Schreiben an die Gesuchstellerinnen vom selben Datum auf ihrer Website weiterhin nicht original befüllte Kartuschen unter Verwendung der Wortbildmarke „X., fig." angeboten, wie aus act. 7/30 hervorgeht. Die Gesuchsgegnerin war aber offenbar namentlich auch nicht bereit, eine ausdrückliche und klare Zusicherung für ihr diesbezügliches künftiges Verhalten abzugeben, schwieg sie sich doch einfach zur entsprechenden Aufforderung der Gesuchstellerinnen aus (vgl. act. 1/24 S. 4 lit. f; act. 1/25 S. 1 zu lit. f). Wenn die Gesuchstellerinnen unter diesen Umständen auf eine verbindliche Unterlassungserklärung für die Zukunft durch die Gesuchsgegnerin beharrten, ist das nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Die gesuchsgegnerische Stellungnahme hiezu, „Was wir mit unserem Namen verantworten können, werden wir in Zukunft auch tun", mussten die Gesuchstellerinnen tatsächlich als Ausflucht interpretieren, so dass sie Anlass hatten, am künftigen rechtskonformen Verhalten der Gesuchsgegnerin zu zweifeln. Daran ändert nichts, dass die Gesuchsgegnerin damals nicht anwaltlich vertreten war und - wie sie geltend macht - an die Formulierung ihrer 'Unterlassungserklärung' keine "überhöhte Anforderungen" gestellt werden dürften und die von den Gesuchstellerinnen vorgelegte Erklärung ohnehin zu weitgehend und übervorteilend gewesen sei. Auch als juristische Laiin hätte sie unmissverständlich erklären können, auch künftig vom beanstandeten Verhalten Abstand zu nehmen, ohne sich den ihrer Ansicht nach zu weitgehenden Ansprüchen der Gesuchstellerinnen zu unterziehen. Demzufolge hatten die Gesuchstellerinnen durchaus Anlass, Zweifel daran zu hegen, ob die Gesuchsgegnerin ihr beanstandetes Verhalten künftig nicht doch wieder aufnehmen würde. Dementsprechend kann nicht gesagt werden, die Gesuchstellerinnen hätten kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse gehabt, als sie das vorliegende Massnahmeverfahren einleiteten.

2.2 Wie erwähnt, anerkennt die Gesuchsgegnerin den gerichtlich geltend gemachten Anspruch der Gesuchstellerinnen auf Unterlassung des ihr vorgeworfenen Verhaltens in ihrer Gesuchsantwort im vorliegenden Verfahren vollumfänglich und vorbehaltlos. Das zeigt sich nicht zuletzt auch darin, dass sie die Anordnung des Unterlassungsbegehrens ins richterliche Ermessen stellt (act. 6 Rz 6). Sie bestreitet die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens in keiner Weise, sondern macht geltend, sie sei sich bis zur ersten Abmahnung vom 25. Mai 2012 nicht bewusst gewesen, durch den Gebrauch von X.-Bezeichnungen für wiederbefüllte Druckerkartuschen in die Markenrechte der Gesuchstellerinnen einzugreifen. Sie habe dadurch auch nie den Eindruck erwecken wollen, es handle sich dabei um originale X.-Tinte oder um originalen X.-Toner; vielmehr habe sie lediglich darauf hinweisen wollen, dass es sich um Kartuschen handle, welche für X.-Drucker bestimmt bzw. mit diesen kompatibel seien. Wie es sich damit tatsächlich verhält, ist unerheblich. Die Ausführungen zeigen jedenfalls, dass die Gesuchsgegnerin die Widerrechtlichkeit ihres Vorgehens nicht bestreitet. Unter diesen Umständen kann aber nicht mehr von einer Wiederholungsgefahr gesprochen werden. Es sind denn auch sonst keine Anhaltspunkte ersichtlich, die für eine solche Gefahr sprächen. Daran ändert nichts, dass die Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin keine - explizite - Verpflichtungserklärung enthalte, das beanstandete Verhalten in Zukunft zu unterlassen, wie die Gesuchstellerinnen geltend machen. Immerhin erklärt diese in der Gesuchsantwort ausdrücklich, sie werde „den Status quo beibehalten", weil sie mit Sicherheit in kein neues Massnahmeverfahren verstrickt werden wolle. Ist aber das Rechtsschutzinteresse nachträglich dahingefallen, ist das Massnahmeverfahren als gegenstandslos abzuschreiben.

3. Nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO sind die Kosten nach richterlichem Ermessen zu verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht. Dabei ist etwa zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage hatte, ob die Klägerin überstürzt (z. B. ohne jede Mahnung und ohne jede vorgerichtliche Kontaktnahme) vorgegangen ist, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit geführt haben (Gasser/Rickli, ZPO, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art.107

N 2). Wie oben dargelegt, ist das Rechtsschutzinteresse erst im Laufe des Verfahrens aufgrund der Gesuchsantwort dahingefallen. Es rechtfertigt sich daher, die Prozesskosten der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. Die Entscheidgebühr richtet sich dabei nach § 12 Abs. 1 i.V.m. § 11 und § 5 Abs. 1 KoV OG und die Parteientschädigung nach § 3 i.V.m. § 6 und § 5 Abs. 1 Ziff. 2 AnwT. Auszugehen ist von einem Streitwert von über CHF 30'000.–. Die Entscheidgebühr ist - unter Berücksichtigung, dass das Massnahmebegehren nicht materiell beurteilt werden musste - auf CHF 1'000.– festzusetzen und die Parteientschädigung auf CHF 4'500.– (inkl. Auslagen). Zur eingereichten Rechnung der Rechtsvertreter der Gesuchstellerinnen über CHF 13'264.25 ist zu bemerken, dass diese einerseits den geleisteten Gerichtskostenvorschuss enthält, der den Gesuchstellerinnen bis auf die Entscheidgebühr ohnehin zurückerstattet und ihnen im Betrag dieser Entscheidgebühr ein Rückforderungsanspruch gegenüber der Gesuchsgegnerin eingeräumt wird. Soweit die Rechnung sodann auch die vor- bzw. ausserprozessualen Bemühungen beinhaltet, können diese nicht unter dem Titel der Parteientschädigung geltend gemacht werden. Auf der anderen Seite kann nicht gesagt werden, die unaufgefordert eingereichte Replik der Gesuchstellerinnen sei unnötig gewesen und daher nicht entschädigungsberechtigt.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 29. Oktober 2012

Art. 117 ZPO
Regeste:

Art. 117 ZPO – Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Soweit der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Elternteil mit einem oder mehreren unterhaltsberechtigten Kindern zusammenlebt und vom getrennt lebenden oder geschiedenen Elternteil Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen erhält, können ihm diese nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre nicht als Einkommen aufgerechnet werden. Auf der Einkommensseite sind die geleisteten Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen nicht aufzurechnen, während bedarfseitig eine angemessene Kürzung des Mietzinses vorzunehmen ist und die für die Kinder zu leistenden Krankenkassenprämien sowie die weiteren Zuschläge für die Kinder wegzulassen sind.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Soweit der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Elternteil mit einem oder mehreren unterhaltsberechtigten Kindern zusammenlebt und vom getrennt lebenden oder geschiedenen Elternteil Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen erhält, können ihm diese nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre nicht als Einkommen aufgerechnet werden. Die Unterhaltsbeiträge sind ausschliesslich für das Kind und nicht dazu bestimmt, die Lebenshaltungskosten des obhutsberechtigten Ehegatten zu decken. Das Kind ist diesfalls bei der Ermittlung der Bedürftigkeit auszuklammern: Auf der Einkommensseite sind die geleisteten Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen nicht aufzurechnen, während bedarfseitig eine angemessene Kürzung des Mietzinses vorzunehmen ist und die für die Kinder zu leistenden Krankenkassenprämien sowie die weiteren Zuschläge für die Kinder wegzulassen sind (Lukas Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 117 N 32; Frank Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/ Genf 2010, Art. 117 N 6; Viktor Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 117 N 10; BGE 115 Ia 325 ff. u. BGer 7B.35/2005 vom 24. März 2005). Der Umfang der Kürzungen ist dabei nach dem vorzitierten, in der amtlichen Sammlung publizierten Bundesgerichtsentscheid dem richterlichen Ermessen anheimgestellt.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 12. April 2012

Art. 119 ZPO, Art. 326 ZPO
Regeste:

Art. 119 ZPO, Art. 326 ZPO – Das Novenverbot im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 326 ZPO gilt auch im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege, unabhängig davon, dass in diesem Verfahren der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt (E. 2.4). Stellt die klagende Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hat die beklagte Partei im Hauptprozess auch im UP-Verfahren Parteistellung. Sie ist im UP-Verfahren anzuhören und ihr ist bei Obsiegen auch eine Parteientschädigung zuzusprechen (E. 3.3)

Aus den Erwägungen:

(...)

1.1 Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zu allfälligen Unterhaltspflichten (insbesondere zur Prozesskostenvorschusspflicht der Ehegatten). Die Bedürftigkeit ist zu verneinen, wenn der Gesuchsteller finanzielle Mittel auf Grundlage solcher Verpflichtungen erhältlich machen kann. Leben Ehegatten in einem gemeinsamen Haushalt ist deshalb ihr gemeinsames Einkommen, Vermögen und notwendiger Lebensunterhalt in einer Gesamtrechung zu bestimmen (Lukas Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 117 N 29; Viktor Rüegg, in Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 117 N 13).

(...)

2.4 Soweit der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren zur Bedürftigkeit neue Tatsachenbehauptungen aufstellt und neue Beweismittel einreicht, ist er damit nicht zu hören. Diese Vorbringen sind aufgrund des Novenverbots gemäss Art. 326 ZPO ausgeschlossen, unabhängig davon, dass im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt (BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.4 f.; BZ 2011 98; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7379; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 326 N 3 - 5; Karl Spühler, in: Spühler / Tenchio / Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 326 N 2 f.; Peter Volkart, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 326 N 4; Alexander Brunner, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, Art. 326 N 4; a.A. Lukas Huber, a.a.O., Art. 121 N 9).

(...)

3.1 Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

3.2 Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (BGE 137 III 470 ff. = BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 6).

3.3 Der anwaltlich vertretene Beschwerdegegner verlangt für das vorliegende Verfahren eine Entschädigung. Diesem Antrag ist aus folgenden Gründen zu entsprechen: Nach Art. 119 Abs. 3 Satz 2 ZPO ist die Gegenpartei des Hauptprozesses immer anzuhören, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen soll. Dies ist immer dann der Fall, wenn die klagende Partei ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt. Ausgenommen von einer Pflicht zur Anhörung bei einem Gesuch der klagenden Partei ist der eher unwahrscheinliche Fall, dass ausdrücklich keine Befreiung von der Kautionspflicht beantragt wird. Ansonsten kommt der Gegenpartei Parteistellung zu, weshalb sie zwingend anzuhören ist und ihr bei Obsiegen auch eine Parteientschädigung zu

entrichten ist (Lukas Huber, a.a.O., Art. 119 N 23; Viktor Rüegg, a.a.O., Art. 119 N 9).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 12. April 2012

Art. 147 ZPO, Art. 219 ZPO, Art. 223 ZPO
Regeste:

Art. 147 ZPO, Art. 219 ZPO, Art. 223 ZPO – Nachfristansetzung zur Einreichung einer Gesuchsantwort. Im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren, in welchem das Gericht bei versäumter Klageantwort der beklagten Partei eine kurze Nachfrist ansetzen muss, ist in dem im summarischen Verfahren durchzuführenden Rechtsöffnungsverfahren eine Nachfristansetzung nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Beantwortung des Rechtsöffnungsgesuchs nicht erforderlich. Vielmehr kann der Richter, sofern er in der Aufforderung zur Einreichung der Gesuchsantwort auf die Säumnisfolgen hingewiesen hat, androhungsgemäss ohne Vernehmlassung über das Rechtsöffnungsbegehren entscheiden.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin macht in der Beschwerde zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe Art. 219 i.V.m. Art. 223 Abs. 1 ZPO verletzt, indem sie ihr nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Einreichung einer Gesuchsantwort keine Nachfrist angesetzt und über das Rechtsöffnungsgesuch ohne ihre Stellungnahme entschieden habe. Sie beantragt daher die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur Nachfristansetzung und anschliessenden Neubeurteilung an die Vorinstanz.

(...)

3. Die Beschwerdeführerin wurde vom Rechtsöffnungsrichter am 15. Juli 2011 zur Einreichung einer Gesuchantwort innert sieben Tagen aufgefordert. Die Aufforderung wurde der Beschwerdeführerin mithin während den vom 15. bis 31. Juli 2011 dauernden Betreibungsferien zugestellt. Sie gilt damit am ersten Werktag nach den Betreibungsferien als zugestellt (Art. 31 i.V.m. Art. 56 SchKG; Thomas Bauer, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, Art. 56 N 7a u. N 54 f.). Die Vernehmlassungsfrist begann somit am 3. August 2011 zu laufen und endete am 9. August 2011. Innert dieser Frist hat die Beschwerdeführerin keine Gesuchsantwort eingereicht und hat damit die Frist nicht eingehalten (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 143 Abs. 1 ZPO).

4.1 Die in Art. 147 ZPO geregelte Säumnis und ihre verfahrensrechtlichen Folgen beziehen sich auf die gesetzlichen und richterlichen prozessualen Fristen der ZPO (Adrian Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 147 N 3). Nach dieser Bestimmung ist eine Partei säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgemäss vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint (Abs. 1). Das Verfahren wird ohne die versäumte Handlung weitergeführt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Abs. 2). Für das ordentliche Verfahren sieht Art. 223 Abs. 1 ZPO vor, dass das Gericht bei versäumter Klageantwort der beklagten Partei eine kurze Nachfrist ansetzt.

4.2 Fraglich ist, ob diese Bestimmung auch für das im summarischen Verfahren durchzuführenden Rechtsöffnungsverfahren anwendbar ist, nachdem im summarischen Verfahren die Folgen bei versäumter Gesuchsantwort nicht explizit geregelt sind und nach Art. 219 ZPO die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren gelten, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Das Bundesgericht hat sich - soweit ersichtlich - dazu noch nicht geäussert und in der Lehre werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Für eine analoge Anwendbarkeit von Art. 223 Abs. 1 ZPO auf das summarische Verfahren plädieren Stephan Mazan (in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 253 N 16), Eric Pahud (in:

Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 219 N 14 u. Art. 223 N 9) und Isaak Meier (Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/ Basel/Genf 2010, S. 413), während sich Sylvia Frei/Daniel Willisegger (in: Spühler/Tenchio/ Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 223 N 17), Martin Kaufmann (in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 253 N 19 - 21), Dominik Gasser/Rahel Müller/Tamara Pietsch-Kojan (Ein Jahr Schweizerische ZPO - ein Erfahrungsbericht, in: Anwaltsrevue 1/2012, S. 11) und Denis Tappy (in: Bohnet et al. [Hrsg.], Code de procédure civil, Basel 2011. Art. 223 N 27) gegen eine Nachfristansetzung gemäss Art. 223 ZPO aussprechen.

4.3 In der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung wird zu Art. 216 E-ZPO (Art. 219 ZPO) ausgeführt: «Der ordentliche Prozess ist das *Grundverfahren* des Entwurfs. Seine Regeln gelten daher nicht nur für die Streitigkeiten, die tatsächlich in diesem Verfahren abzuwickeln sind, sondern sinngemäss auch für alle anderen Prozessarten. Abweichungen können sich direkt aus dem Gesetz ergeben oder aber durch die Natur eines besonderen Verfahrens bedingt sein.» Die Regelung in Art. 219 ZPO, wonach die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren gelten, ist damit dahingehend zu interpretieren, dass die Regeln des ordentlichen Verfahrens einzig dann ergänzend zur Anwendung kommen, soweit sie den Charakter des jeweiligen Verfahrens respektieren. Eine automatische und unreflektierte Übernahme der Verfahrensbestimmungen des ordentlichen Verfahrens auf das summarische Verfahren ist damit abzulehnen. Vielmehr ist jeweils zu prüfen, ob diese Regeln mit dem Wesen des summarischen Verfahrens vereinbar sind (im selben Sinne: Ingrid Jent-Sørensen, in: Paul Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, Art. 248 N 2).

4.4 Das summarische Verfahren erlaubt ein schnelles richterliches Eingreifen, das nicht zwingend zu einer endgültigen Entscheidung über die materielle Rechtslage führen muss (Vorläufigkeit), in manchen Fällen jedoch genau gleich wie im ordentlichen und vereinfachten Verfahren führen kann (Endgültigkeit). Die Raschheit des Verfahrens zeigt sich insbesondere in verkürzten Fristen, teilweise auch in Beweisbeschränkungen (Beweismittel- und Beweismassbeschränkung; Stephan Mazan, a.a.O., Vor Art. 248 - 256 N 1). Das Einräumen einer Nachfrist verträgt sich - wie Martin Kaufmann (a.a.O., Art. 253 N 21) zutreffend festhält - mit dem Grundsatz der Prozessbeschleunigung im summarischen Verfahren nicht und steht auch in einem Spannungsverhältnis zu Art. 84 Abs. 2 SchKG, der dem Rechtsöffnungsrichter für seinen Entscheid eine Frist von fünf Tagen einräumt. Auch wenn es sich bei dieser Fristenregelung bloss um eine Ordnungsvorschrift handelt (Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/ Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, a.a.O., Art. 84 N 62), brachte der Gesetzgeber damit doch klar zum Ausdruck, dass Rechtsöffnungsgesuche möglichst rasch zu entscheiden sind. Damit ist aber nicht nur der Rechtsöffnungsrichter in der Pflicht, sondern auch die Parteien. Von der Einräumung langer Vernehmlassungsfristen ist daher abzusehen und dem Rechtsöffnungsbeklagten soll nicht ermöglicht werden, durch Säumnis die Frist zur Beantwortung des Rechtsöffnungsgesuchs zu verlängern, indem der Rechtsöffnungsrichter diesfalls zur Einräumung einer Nachfrist zu verpflichten ist. Daran ändert auch nichts, dass sich der Rechtsöffnungsbeklagte bei versäumter Gesuchsantwort im erstinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen lassen kann und im Beschwerdeverfahren aufgrund des Novenverbots gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO weitgehend von Einwendungen ausgeschlossen ist, es sei denn sie beziehen sich auf die von Amtes wegen vorzunehmende Überprüfung, ob ein definitiver bzw. provisorischer Rechtsöffnungstitel vorliegt (Daniel Staehelin, in: Bauer/Staehelin/Bauer [Hrsg.], a.a.O., Art. 81 N 2 u. Art. 82 N 86). Diese Regelung hat der Gesetzgeber bewusst getroffen, soll das Gericht im summarischen Verfahren doch möglichst schnell zu einem Entscheid kommen und darf dabei in Kauf nehmen, materiell nicht richtig zu entscheiden, weil es nicht alle denkbaren Beweismittel abgenommen hat (Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 348). Gerade im vorliegenden Fall, in welchem es um die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung geht, wiegt ein materiell unrichtiger Entscheid in aller Regel nicht übermässig schwer, geht es in diesem Verfahren doch im Wesentlichen darum, die Parteirollen im Hinblick auf ein späteres ordentliches Verfahren zu verteilen. So muss der Betreibende, dessen Rechtsöffnungsgesuch abgewiesen wurde, die sog. Anerkennungsklage gegen den Betriebenen erheben,

während bei einer Gutheissung des Rechtsöffnungsgesuchs der Betriebene innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung auf Aberkennung der Forderung klagen muss, um den Fortgang des Betreibungsverfahrens zu verhindern (Art. 83 Abs. 2 und 3 SchKG). Schliesslich stehen dem Rechtsöffnungsbeklagten nach einer fälschlicherweise erfolgten Gutheissung des Rechtsöffnungsgesuchs die Klagen nach Art. 85 - 86 SchKG als Korrektiv zu.

5.1 Nach dem Gesagten steht fest, dass der Einzelrichter am Kantonsgericht der Beschwerdeführerin nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Beantwortung des Rechtsöffnungsgesuchs zu Recht keine Nachfrist angesetzt hat. Nachdem der Rechtsöffnungsrichter die Beschwerdeführerin in der Aufforderung zur Einreichung der Gesuchsantwort vom 15. Juli 2011 darauf hingewiesen hat, dass das Verfahren ohne die versäumte Handlung fortgeführt wird, falls die Eingabe nicht fristgerecht eingereicht ist, hat er sie, wie von Art. 147 Abs. 3 ZPO verlangt, auf die Säumnisfolgen hingewiesen. Dementsprechend durfte er androhungsgemäss ohne Vernehmlassung der Beschwerdeführerin über das Rechtsöffnungsgesuch entscheiden. Schliesslich ist nicht zu beanstanden, dass der Rechtsöffnungsrichter dem Beschwerdegegner aufgrund der im Recht liegenden Akten in der Betreibung Nr. XX des Betreibungsamtes Zug provisorische Rechtsöffnung für CHF 293’000.– nebst Zins zu je 5 % auf CHF 150’000.– seit 1. Juli 2010 und auf CHF 140’000.– seit 21. Juni 2009 erteilte. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 2. Februar 2012

Eine am 8. März 2012 dagegen erhobene Beschwerde der Beschwerdeführerin wies das Bundesgericht mit Urteil Nr. 5A_209/2012 vom 28. Juni 2012 ab, soweit es darauf eintrat.

Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO
Regeste:

Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO – Die Beweisabnahme auf Antrag der Parteien schon vor Rechtshängigkeit eines Prozesses kann lediglich unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll die vorsorgliche Beweisführung unter anderem der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen. Erforderliche Voraussetzung ist das Glaubhaftmachen eines schutzwürdigen Interesses (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Interesse an der Beweisabnahme hängt dabei vom Interesse am damit zu beweisenden Anspruch ab. So ist die vorsorgliche Beweisführung gerade in denjenigen Fällen von grosser Bedeutung, in denen die Prozessaussichten bis anhin nur durch private Gutachten abgeklärt werden konnten. Da einem privaten Gutachten in einem allfälligen Prozess keine oder nur eine schwache Beweiskraft zukommt, ist ein solches zur Beurteilung der Prozessaussichten unter Umständen wenig geeignet. Wird das Gutachten hingegen im Verfahren nach Art. 158 ZPO eingeholt, liegt ein gerichtliches Gutachten vor, das für eine Klage, die Abwehr einer Klage oder für Vergleichsgespräche eine solidere Grundlage schafft als ein privates Gutachten. Auch die Kosten für eine solche Klärung der Prozessaussichten sind erheblich kleiner als der bisherige Ausweg über die Teilklage Es genügt, dass der Gesuchsteller einen praktischen Nutzen für seine rechtliche oder tatsächliche Situation glaubhaft macht. Ein solcher Nutzen liegt beispielsweise dann vor, wenn die vorsorgliche Beweisführung eine Unsicherheit beseitigt und eine Grundlage für weitere Dispositionen schafft.

Aus dem Sachverhalt:

1. A. B. (nachfolgend: Gesuchsteller) wurde am 24. August 2000 Opfer eines Auffahrunfalls, als er auf der aus der Ortschaft X. herausführenden Hauptstrasse auf der Höhe Y. vor einer temporären Verkehrsampel sein Fahrzeug abgebremst hatte. Nach seiner Darstellung hätten sein Fahrzeug wie auch dasjenige des Unfallverursachers einen Totalschaden erlitten. Er leide seither unter anderem an neuropsychologischen Funktionsstörungen und sei daher nachhaltig geschädigt.

2. Um seine Prozesschancen gegen die Motorfahrzeughaftpflichtversicherung des Unfallverursachers, die

U. AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin), abschätzen zu können, beantragte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 29. August 2011 beim Kantonsgericht Zug u.a. die vorsorgliche Abnahme eines gerichtlichen Gutachtens über die medizinischen Dauerfolgen seines erlittenen Unfalls. Mit Entscheid vom 26. Juni 2012 entsprach die Vorinstanz diesem Gesuch und beauftragte die unabhängige medizinische Gutachtenstelle (UMEG) in Zürich, bis zum 31. Oktober 2012 ein entsprechendes Gutachten zu erstellen (Dispositiv-Ziff. 1). Die Parteien wurden verpflichtet, der Gutachterin sämtliche Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, soweit diese für die Erstellung des Gutachtens notwendig sind (Dispositiv-Ziff. 2). Im Weiteren wurde die UMEG verpflichtet, den Parteien bzw. deren Rechtsvertreter zu gegebener Zeit bekanntzugeben, welche Teilgutachter das Gutachten erstellen werden, damit die Parteien rechtzeitig an allfälliges Ausstandsgesuch stellen können (Dispositiv-Ziff. 3).

3. Gegen diesen Entscheid reichte die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 7. Juli 2012 fristgerecht Berufung beim Obergericht des Kantons Zug ein mit den Hauptanträgen, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben sowie das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung abzuweisen. Gleichzeitig ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass an der vorsorglichen Beweisführung kein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO bestehe.

(...)

6. Am 3. August 2012 reichte der Gesuchsteller unaufgefordert eine korrigierte Berufungsantwort ein mit dem Hinweis, dass sich in derjenigen vom 18. Juli 2012 einige Rechtschreibefehler eingeschlichen hätten. Mit Schreiben vom 16. August 2012 verlangte sodann die Gesuchstellerin, die bereinigte Version der Berufungsantwort aus dem Recht zu weisen, woraufhin der Gesuchsteller mit Schreiben vom 29. August 2012 versicherte, dass er am Inhalt der Berufungsschrift nichts geändert habe.

Aus den Erwägungen:

1. Vorab ist zu bemerken, dass es einer Partei unbenommen sein muss, das Gericht auf grammatikalische, orthografische oder sinnstörende Fehler in ihrer Rechtsschrift, welche sie nachträglich feststellt, hinzuweisen und entsprechend zu korrigieren. Solange der Inhalt einer - fristgebundenen - Rechtsschrift weder verändert noch ergänzt wird, erscheint das grundsätzlich unproblematisch und damit zulässig. Es geht aber selbstverständlich nicht an - wie das der Gesuchsteller hier tut -, eine umfangreiche Rechtsschrift in einer neuen, korrigierten Fassung einzureichen, ohne die vorgenommenen Korrekturen im Einzelnen zu bezeichnen bzw. zu markieren und dem Gericht sowie der Gegenpartei damit zuzumuten, die Neufassung mit der ursprünglichen zu vergleichen und selbst zu prüfen, welche und ob einzig zulässige Korrekturen vorgenommen wurden. Die korrigierte Fassung der Berufungsantwort vom 18. Juli 2012 ist daher unbekümmert um den an sich löblichen Beweggrund des Gesuchstellers aus dem Recht zu weisen bzw. unbeachtlich, was dem Gesuchsteller indes nicht schadet.

2. Nach Art. 158 Abs. 2 ZPO sind auf die vorsorgliche Beweisführung die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anwendbar. Das bedeutet, dass entsprechende Entscheide wie Entscheide über vorsorgliche Massnahmen angefochten werden können. Gegen Entscheide über die vorsorgliche Beweisführung ist die Berufung zulässig, sofern in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert von mindestens CHF 10’000.– erreicht wird (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Aufgrund des generellen Verweises in Art. 158 Abs. 2 ZPO ist auch für die Bestimmung des Streitwerts an das Massnahmerecht anzuknüpfen. Der Streitwert für die vorsorgliche Beweisführung richtet sich daher nach dem Streitwertinteresse eines allfälligen Hauptprozesses (Schweizer, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, S. 24). Streitwertbestimmend ist mithin die avisierte Schadenersatzforderung des Gesuchstellers gegenüber der Gesuchsgegnerin, welche CHF 10’000.– unbestrittenermassen übersteigt.

2.1 Der angefochtene Entscheid schliesst das Verfahren vor Vorinstanz allerdings nicht ab. Erst mit der

Abnahme des Beweismittels wird das Verfahren abgeschlossen. Es stellt sich daher die Frage, ob es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Zwischenentscheid oder eine prozessleitende Verfügung handelt (vgl. Schweizer, a.a.O., S. 28). Dies ist insofern relevant, als prozessleitende Verfügungen nur mit Beschwerde angefochten werden können.

2.2 Das Gericht kann einen Zwischenentscheid treffen, wenn durch abweichende oberinstanz-liche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand erspart werden kann (Art. 237 Abs. 1 ZPO). Zwischenentscheide sind selbständig anzufechten; eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen (Art. 237 Abs. 2 ZPO). Klar ist, dass die obere kantonale Instanz durch einen (das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme ablehnenden) Entscheid sofort einen Endentscheid herbeiführen kann. Die Frage, ob ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand durch den Zwischenentscheid erspart bleibt, ist insbesondere dann zu bejahen, wenn sich durch einen anderslautenden Entscheid der Oberinstanz die Abklärung vieler offener Rechtsfragen oder eine umfangreiche Erhebung von Beweismitteln erübrigt (BGE 133 III 629, 633 E. 2.4.2). Dass vorliegend ein erheblicher Zeit- und Kostenaufwand vermieden werden kann, ist nicht zweifelhaft. Die Erstellung des medizinischen Gutachtens erfordert umfangreiche Untersuchungen und wird mit erheblichen Kosten von rund CHF 13’000.– veranschlagt. Es kann deshalb offen bleiben, ob bei Abnahme eines einzelnen Beweismittels in der Regel nicht von einem bedeutenden Zeit- oder Kostenaufwand gesprochen werden könne und deshalb mit Schweizer (a.a.O., S. 28) von einer prozessleitenden Verfügung auszugehen wäre, gegen die lediglich die Beschwerde zur Verfügung stünde. Zu berücksichtigen wäre jedenfalls, dass es wenig Sinn machen würde, die Berufung erst zuzulassen, nachdem das entsprechende Beweismittel vorsorglich abgenommen worden ist.

2.3 Beim hier angefochtenen Entscheid handelt es sich mithin um einen Zwischenentscheid im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung gegen den die Berufung zulässig ist. Diese ist denn auch form- und fristgerecht eingereicht worden (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. 311 ZPO).

3.1 Der Gesuchsteller macht in seiner Berufungsantwort in formeller Hinsicht geltend, die Gesuchsgegnerin werde in ihrer Rechtsposition durch den vorinstanzlichen Entscheid nicht beeinträchtigt, weshalb auf das angehobene Rechtsmittel nicht einzutreten sei. Da Letztere die Folgen der Beweislosigkeit nicht zu tragen habe, fehle ihr der Rechtsanspruch, den es durchzusetzen gälte, weshalb keine materielle Beschwer vorliege. Es gehe der Gesuchsgegnerin lediglich darum, den Gesuchsteller mit zwei sich widersprechenden Gutachten zurückzulassen, um ihn entweder zu einem Vergleich zu zwingen oder ihm einen Prozess aufzunötigen, für welchen er den Kostenvorschuss kaum bezahlen könne. Aus all diesen Gründen habe die Gesuchsgegnerin kein schutzwürdiges Interesse an der Berufung.

3.2 Dem kann nicht gefolgt werden. Die Partei, die ein Rechtsmittel einlegt, hat dann ein Rechtsschutzbedürfnis, dass die Entscheidung zu ihren Gunsten abgeändert wird, wenn sie durch diese benachteiligt ist. Jeder Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz setzt mithin eine Beschwer voraus. Es wird zwischen formeller und materieller Beschwer unterschieden, die in der Regel beide vorliegen müssen. Die formelle Beschwer ist gegeben, wenn der Partei nicht zugesprochen worden ist, was sie beantragt hat, die materielle Beschwer, wenn der angefochtene Entscheid für die Partei in seiner rechtlichen Wirkung nachteilig ist (BGE 120 II 5 E. 2a). Da die Gesuchsgegnerin im vorinstanzlichen Verfahren Partei war und zudem ihrem Antrag auf Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Beweiserhebung durch die Vorinstanz nicht entsprochen wurde, liegt die formelle Beschwer zweifelsohne vor. Der Gesuchsgegnerin kann jedoch auch die materielle Beschwer nicht abgesprochen werden, schliesslich könnte das Beweisergebnis des zu erstellenden Gutachtens in einem allfälligen Prozess gegen sie verwendet werden. Die Gesuchsgegnerin hat daher ein berechtigtes Interesse an der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

4. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

5. Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung

jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Nach der bundesrätlichen Botschaft wird mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 [nachfolgend kurz: Botschaft ZPO], 7315). Daneben wird aber auch eine Vereinfachungswirkung für den Hauptprozess postuliert (Staehlin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen - unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008, § 18 N 140). Mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, ist ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung jedoch noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Der Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (BGE 138 III 76 E. 2.4.2, S. 81 f. mit Hinweis auf Schweizer, a.a.O., S. 7; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 311; Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2010, Art. 158 N 4; Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 158 N 15; Killias/Kramer/Rohner, Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht?, in: Lorandi/ Staehelin [Hrsg.], Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, 2011, S. 941; in diesem Sinne auch Francesco Trezzini, in: Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC], 2011, S. 760; a.M. aber wohl Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leu-enberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/ Genf 2010, Art. 158 N 23, der auch im Anwendungsbereich von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO keine Glaubhaftmachung eines Hauptanspruches zu verlangen scheint). Lediglich für Tatsachen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden, denn sonst würde der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem die Gesuchstellerin ihren Anspruch beweisen kann, muss es genügen, dass sie das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substanziiert behauptet (BGE 138 III 76 E. 2.4.2, S. 81 f. mit Hinweis auf Schweizer, a.a.O., S. 7 f.). Einem Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme ist in der Regel stattzugeben, es sei denn, es liege gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ein offenbarer Rechtsmissbrauch vor, was in Anbetracht des aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Grundsatzes des Rechts auf Beweisführung (BGE 126 III 315 E. 4a) und der alleinigen Kostentragungspflicht des Gesuchstellers (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO) mit grosser Zurückhaltung zu prüfen ist und in casu höchstens unter dem Titel unnütze Rechtsausübung in Frage kommen könnte (Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen BS.2012.5 vom 5. April 2012 E. 2b).

5.1 Die Vorinstanz erachtet das schutzwürdige Interesse als gegeben. Sie erwägt, es sei aufgrund des erfolgten Auffahrunfalls nicht auszuschliessen, dass der Gesuchsteller gegenüber der Gesuchsgegnerin Schadenersatzansprüche geltend machen werde. Es sei daher naheliegend, vorab ein gerichtliches Gutachten erstellen zu lassen, damit der Gesuchsteller seine Prozesschancen beurteilen könne. Daran ändere nichts, dass bereits medizinische Gutachten erstellt worden seien, denn für die Beantwortung von medizinischen Fragen im Zivilprozess sei in der Regel ein gerichtliches Gutachten erforderlich. Dem Gesuchsteller sei es somit gelungen, bezüglich der Erstellung eines medizinischen Gutachtens ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft zu machen.

5.2 Die Gesuchsgegnerin rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem schutzwürdigen Interesse ausgegangen. Obwohl an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses keine hohen Anforderungen zu stellen seien, bestehe kein uneingeschränkter Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung zur Abklärung von Beweis- und Prozessaussichten. Ein schutzwürdiges Interesse sei einzig gegeben, wenn die vorsorgliche Beweisabnahme zur Abschätzung der Prozesschancen der anvisierten Klage geeignet und

vor allem notwendig sei. Kein genügendes Interesse an der vorsorglichen Massnahme bestehe, wenn die Klageerhebung aufgrund der Sachlage möglich und zumutbar sei (unter Hinweis auf Zürcher, a.a.O., Art. 158 N 12 sowie Urteil des Obergerichts Zürich LF110116 vom 20. Dezember 2011, E. 2.5). In casu sei für die Beurteilung der Prozesschancen ein weiteres Gutachten nicht notwendig, da der Gesuchsteller seine Prozesschancen und Risiken anhand der umfangreichen medizinischen Dokumentation, welche auch zwei polydisziplinäre Gutachten umfasse, selber einschätzen könne. Der von einem fachkundigen Rechtsanwalt vertretene Gesuchsteller könne gestützt auf die bisherige Aktenlage auf jeden Fall entscheiden, ob er einen Haftpflichtprozess als aussichtsreich erachte. Zwar bestünden hinsichtlich der Schlussfolgerungen der beiden Gutachten einige Differenzen, die aber auch durch ein weiteres Gutachten nicht beseitigt werden könnten. Im Übrigen entspreche die Einschätzung der Vorinstanz ohnehin einer falschen Rechtsanwendung, weil sich im Verfahren nach Art. 158 ZPO das schutzwürdige Interesse auf die Abnahme des Beweismittels und nicht auf den Hauptanspruch beziehen müsse.

5.3 Der Gesuchsteller hält dem im Wesentlichen entgegen, dass es einem Laien der Medizin, zu denen nun einmal auch Rechtsanwälte gehörten, nicht möglich sei, herauszufinden, welches der beiden sich widersprechenden polydisziplinäre Gutachten inhaltlich kohärent und beweistragend sei. Diese Unsicherheit vermöge nur ein weiteres Gutachten zu beseitigen. Sinn und Zweck der vorsorglichen Beweisführung sei es ja gerade, in einer Sachlage, wo verschiedene medizinische und divergierende Standpunkte vertreten würden, Klarheit zu schaffen. Um mithin seine Prozesschancen besser abschätzen zu können, habe der Gesuchsteller Anspruch auf ein vorprozessuales gerichtliches Gutachten. Dies gelte umso mehr, als ihm gestützt auf Art. 6 EMRK und 29 Abs. 2 BV ein Rechtsanspruch auf vorsorgliche Beweisführung zustehe.

5.4 Die angerufenen Art. 6 EMRK und 29 Abs. 2 BV verleihen einer Partei das Recht auf Beweisführung innerhalb eines hängigen Prozesses, nicht aber - wie es der Gesuchsteller behauptet - im vorprozessualen Verfahren. Lediglich unter bestimmten Voraussetzungen kann die Beweisabnahme auf Antrag der Parteien schon vor Rechtshängigkeit eines Prozesses erfolgen. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll die vorsorgliche Beweisführung - wie bereits erwähnt - unter anderem der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen (Botschaft ZPO, S. 7315). Erforderliche Voraussetzung ist das Glaubhaftmachen eines schutzwürdigen Interesses (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Wie die Gesuchsgegnerin richtig anerkennt, sind an das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses keine hohen Anforderungen zu stellen. Sie übersieht allerdings, dass das Interesse an der Beweisabnahme vom Interesse am damit zu beweisenden Anspruch abhängt (Schweizer, a.a.O., S. 7). So ist die vorsorgliche Beweisführung gerade in denjenigen Fällen von grosser Bedeutung, in denen die Prozessaussichten bis anhin nur durch private Gutachten abgeklärt werden konnten (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 18, mit Hinweis auf Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, Art. 222 N 1). Da einem privaten Gutachten in einem allfälligen Prozess keine oder nur eine schwache Beweiskraft zukommt, ist ein solches zur Beurteilung der Prozessaussichten unter Umständen wenig geeignet. Wird das Gutachten hingegen im Verfahren nach Art. 158 ZPO eingeholt, liegt ein gerichtliches Gutachten vor, das für eine Klage, die Abwehr einer Klage oder für Vergleichsgespräche eine solidere Grundlage schafft als ein privates Gutachten. Auch die Kosten für eine solche Klärung der Prozessaussichten sind erheblich kleiner als der bisherige Ausweg über die Teilklage (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 18, mit Hinweis auf Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., Art. 222 N 1). Es genügt, dass der Gesuchsteller einen praktischen Nutzen für seine rechtliche oder tatsächliche Situation glaubhaft macht. Ein solcher Nutzen liegt beispielsweise dann vor, wenn die vorsorgliche Beweisführung eine Unsicherheit beseitigt und eine Grundlage für weitere Dispositionen schafft (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 19). Wenn sich die Gesuchsgegnerin in diesem Zusammenhang auf den Entscheid des Zürcher Obergerichts LF110116 vom 20. Dezember 2011 beruft, übersieht sie, dass dieser sich mit der vorliegenden Sachlage nicht vergleichen lässt. In diesem Entscheid wurde die Erstellung eines vorsorglichen gerichtlichen Gutachtens abgelehnt, da der Gesuchsteller bereits im Besitze zahlreicher medizinischer Fachmeinungen gewesen war, die ihm erlaubten, die Prozessaussichten genügend abzuschätzen. Im vorliegenden Fall gelangen jedoch die polydisziplinären Gutachten unbestrittenermassen nicht zum selben Schluss. Daher lässt sich auch kein einheitliches Bild für die

Beurteilung der Prozesschancen ausmachen. Die dem Gesuchsteller vorliegende Grundlage ist mithin eine unsichere. Diesem Umstand kann letztlich nur durch ein gerichtliches Gutachten Rechnung getragen werden. Wenn also die Vorinstanz das schutzwürdige Interesse des Gesuchstellers an der vorsorglichen Beweisabnahme darin erblickt, dass für die Beantwortung medizinischer Fragen im Zivilprozess in der Regel ein gerichtliches Gutachten erforderlich sei, ist dies nicht zu beanstanden. So kann dem anbegehrten Gutachten das schutzwürdige Interesse zur Abschätzung der Prozesschancen nicht mit der Begründung abgesprochen werden, der Gesuchsteller könne seine Prozesschancen und Risiken anhand der umfangreichen medizinischen Dokumentation (Beilagen 6 - 20 zum Gesuch vom 29. August 2011), welche auch zwei polydisziplinäre Gutachten umfasse, selber einschätzen. Der Gesuchsteller darf beim Vorliegen sich widersprechender Privatgutachten nicht schlechter gestellt werden, als wenn keines in Auftrag gegeben worden wäre. Es kommt hinzu, dass sich mit Bezug auf das von der Gesuchsgegnerin in Auftrag gegebene Medas-Gutachten ernsthaft Fragen nach der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit stellen (vgl. die Ausführungen in act. 4, S. 31 ff.). Es muss dem Gesuchsteller also die Möglichkeit zugestanden werden, auf eigene Kosten eine gerichtliche Expertise erstellen zu lassen (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen BS.2012.5 vom 5. April 2012 E. 2d/aa). Wie der Gesuchsteller zutreffend ausführt, ist Sinn und Zweck einer vorsorglichen gerichtlichen Begutachtung, eine einheitliche Grundlage für die Bestimmung der Prozesschancen zu schaffen. Insofern ist der vorinstanzliche Entscheid nicht zu beanstanden.

5.5 Die Gesuchsgegnerin argumentiert ferner, ein nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO eingeholtes Gutachten sei im Hauptprozess frei zu würdigen, weshalb ihm keine präjudizierende Wirkung zukommen könne. Eine Verschiebung des Prozesses in das «pre-trial discovery» - Verfahren sei nicht Sinn und Zweck der vorsorglichen Massnahme. Mittels einer vorsorglichen Beweisabnahme könne wegen des einseitigen Vorbringens des Gesuchstellers kein Obergutachten mit präjudizierender Wirkung erstellt werden, hierzu sei er auf den Hauptprozess zu verweisen. Eine abschliessende Klärung bringe lediglich das Beweisverfahren im Hauptprozess. Das Institut der vorsorglichen Beweisabnahme solle nicht dafür hinhalten, einen allfälligen Hauptprozess zu präjudizieren, sondern diene primär der Beweissicherung. Im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme dürfe daher nicht umfassend geklärt werden, ob der behauptete materiell-rechtliche Anspruch des Gesuchstellers begründet sei oder nicht. Diese Frage müsse im Hauptverfahren geklärt werden. Genau darauf ziele jedoch der Gesuchsteller ab, indem er ausführe, dass er im Sinne «eines Obergutachtens Auskunft über seine somatischen Leiden» (Gesuch vom 29. August 2011, S. 14) erhalten müsse. Wenn aber bereits vor Prozessbeginn ein «Obergutachten» erstellt werde, sei im Hauptprozess wohl auch kein Raum für ein weiteres Gutachten. Dies sei aber gerade nicht Sinn und Zweck der vorsorglichen Beweisführung im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO. Dies verkenne im Übrigen auch die Vorinstanz, wenn sie dafür halte, dass für die Beantwortung von medizinischen Fragen im Zivilprozessrecht in der Regel ein gerichtliches Gutachten erforderlich sei.

5.6 Die Gesuchsgegnerin verkennt, dass das anbegehrte Gutachten dem Gesuchsteller lediglich die Einschätzung seiner Beweis- und Prozesschancen erleichtert und ihn nicht davon entbindet, in einem allfälligen Prozess substanziierte Behauptungen aufzustellen, zu denen die Gesuchsgegnerin sodann Stellung nehmen, Gegenbehauptungen anbringen und Gegenbeweismittel anerbieten kann. Im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme findet keine Beweiswürdigung statt. Es handelt sich auch entgegen der Insinuation der Gesuchsgegnerin nicht um ein «Obergutachten» im Sinne von Art. 188 Abs. 2 ZPO. Die vorsorgliche Beweisabnahme bezweckt hier nicht, einen Entscheid im Hauptprozess zu präjudizieren, sondern dient alleine der Abklärung der Prozessaussichten vor Rechtshängigkeit. Wie die Gesuchsgegnerin selbst zutreffend festhält, ist ein vorsorglich erstelltes Gutachten im Hauptprozess frei zu würdigen. Erfolgt die Beweisführung vor Einleitung des Prozesses, schliesst sie eine Beweisabnahme zum gleichen Thema im Hauptprozess nicht aus. Es muss den Parteien nämlich möglich sein, ohne Nachweis eines speziellen Interesses neue Beweisanträge oder eine Ergänzung der bereits erhobenen Beweise zu beantragen (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 46). Sie können aber auch unter Umständen die Wiederholung der Beweisführung verlangen (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., Art. 228 N 1). Die vorgetragenen Befürchtungen der Gesuchsgegnerin erweisen sich mithin als unbegründet.

6. Im Übrigen bemängelt die Gesuchsgegnerin, dass die Formulierung von Dispositiv-Ziff. 2 im angefochtenen Entscheid Art. 185 Abs. 3 ZPO widerspreche. Die Edition diene nicht zur Klärung des Sachverhalts, sondern zu dessen Beweis (Schweizer, a.a.O., S. 14 f.), weshalb Dispositiv-Ziff. 2 aufzuheben und zu korrigieren sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar müssen die zu edierenden Urkunden so genau bezeichnet werden, dass die Gesuchsgegnerin ohne Schwierigkeiten ermitteln kann, welche Urkunde sie zu edieren hat. Diese Voraussetzung verhindert, dass die vorprozessuale Edition zur unerlaubten Ausforschung des Sachverhalts dienen kann (Schweizer, a.a.O., S. 12 f.). Die Gesuchsgegnerin interpretiert jedoch Dispositiv-Ziff. 2. falsch, wenn sie meint, sie habe danach sämtliche Unterlagen mit Bezug auf den fraglichen Unfall und dessen Folgen herauszugeben. Darin wäre tatsächlich eine verpönte «fishing expedition» zu erblicken. Indes haben die Parteien der Gutachterin lediglich auf deren konkrete Aufforderung hin die relevanten Auskünfte zu erteilen und die klar bezeichneten Unterlagen herauszugeben. Es ist denn auch Sache der Gutachterin zu bestimmen, welche Auskünfte und Unterlagen sie zur Erstellung ihres Gutachtens benötigt. Weigert sich die Gesuchsgegnerin dabei zu kooperieren, bleibt dies weitgehend sanktionslos: Die unberechtigte Verletzung der Editionslast durch eine Partei kann nur durch Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung sanktioniert werden. Im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme findet aber keine Beweiswürdigung statt. Das Gericht entscheidet nicht über den Hauptanspruch und damit auch nicht darüber, ob der Beweis für den substanziiert behaupteten anspruchsbegründenden Sachverhalt erbracht wurde. Legt die herausgabebelastete Partei die fragliche Urkunde in einem späteren Prozess über den Hauptanspruch vor, so folgt aus der Weigerung, die Urkunde vorprozessual herauszugeben, nicht, dass das Gericht im Hauptprozess die Urkunde nicht mehr beachten dürfte. Sie wird allerdings dann trotz Obsiegens in einem späteren Hauptprozess gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO sämtliche Prozesskosten tragen müssen, wenn sie gerade wegen der Vorlage der Urkunde den Hauptprozess gewonnen hat (Schweizer, a.a.O. S. 13 f.).

7. Schliesslich rügt die Gesuchsgegnerin, dass die Verfahrensherrschaft unzulässigerweise an die Gutachterstelle abgegeben werde, wenn diese in Dispositiv-Ziff. 3 angewiesen werde, die Teilgutachter, welche sich am Gutachten beteiligen würden, den Parteien, statt dem Kantonsgericht mitzuteilen. Auch diese Rüge ist indes unbegründet. In Anbetracht dessen, dass das vorinstanzliche Verfahren erst mit der Abnahme der Beweismittel abgeschlossen wird (vgl. Ziff. 2.1 vorstehend), verbleibt die Verfahrensherrschaft klar bei der Vorinstanz. Indem diese die Gutachterstelle verpflichtet, den Parteien bzw. ihren Rechtsvertretern zu gegebener Zeit schriftlich bekannt zu geben, welche Teilgutachter das Gutachten erstellen werden, gibt sie die Verfahrensherrschaft keineswegs ab. Sinn dieser Regelung ist einzig, dass die Gutachterin direkt - also ohne Umweg über die Vorinstanz - den Parteien bekannt geben soll, welche Teilgutachter in Frage kommen. Dies ändert aber nichts daran, dass allfällige Ausstandgesuche an die Vorinstanz zu richten sind und Letztere auch darüber zu entscheiden hat.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 24. Oktober 2012

Art. 227 ZPO, Art. 317 ZPO
Regeste:

Art. 227 ZPO, Art. 317 ZPO – Eine Klageänderung im Berufungsverfahren ist nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht. Bei einer doppelseitigen Klage (actio duplex) ist die beklagte Partei ungeachtet ihrer Parteirolle im vorinstanzlichen Verfahren (auch) als Klägerin zu betrachten. Die Klägerin kann eine Klageänderung aber nur dann beantragen, wenn sie entweder Berufung oder Anschlussberufung erhoben hat.

Aus dem Sachverhalt:

Das Kantonsgericht Zug schied mit Urteil vom 8. Juni 2011 die Ehe der Parteien und verpflichtete den

Kläger, der Beklagten zur Abgeltung ihrer güterrechtlichen Ansprüche einen Betrag von CHF 41’777.– zu bezahlen. Gegen diese Pflicht zur Zahlung erhob der Kläger beim Obergericht Zug Berufung. Die Beklagte beantragte in der Berufungsantwort im Wesentlichen die Abweisung der Berufung und damit die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils; neu stellte sie zudem das Begehren, der Mietvertrag betreffend die Familienwohnung sei auf sie zu übertragen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Die Beklagte liess in der Berufungsantwort beantragen, «ergänzend» sei der Mietvertrag betreffend die Familienwohnung auf sie zu übertragen. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, die Zuweisung dieser Wohnung sei noch nicht definitiv geregelt. Nachdem sich ihr Gesundheitszustand im Verlauf des Sommers 2011 massiv verschlechtert habe und zur nachhaltigen Stabilisierung jedwede Veränderung im Lebensalltag zu vermeiden sei, erscheine es nunmehr geboten, diese existentielle Frage im laufenden Berufungsverfahren zu regeln. Im vorinstanzlichen Verfahren habe sich diese Notwendigkeit noch nicht gezeigt, da die Beklagte mit einer baldigen und letztlich einvernehmlichen Beendigung des Scheidungsverfahrens gerechnet habe.

4.1 Für das vorliegende Berufungsverfahren gilt – wie bereits in Erwägung 1 dargelegt – die Schweizerische Zivilprozessordnung, die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Die Anwendbarkeit des neuen Rechts ist in der Regel umfassend und das neue Recht gilt auch dann, wenn dies in Einzelfällen – namentlich mit Bezug auf die Zulässigkeit von Noven – für bestimmte Parteien unbefriedigend ist (vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 4 f zu Art. 405 ZPO.; Frei/Willisegger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 13 zu Art. 405 ZPO).

4.2 Gemäss Art. 317 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Abs. 1 lit. a und b). Eine Klageänderung ist nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Abs. 2 lit. a und b).

4.3 Die Scheidungsklage ist eine sog. «doppelseitige Klage» (actio duplex). Sie charakterisiert sich dadurch, dass die beklagte Partei hinsichtlich der Scheidungsfolgen eigene Rechtsbegehren stellen kann, ohne dafür Widerklage erheben zu müssen (Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 5 zu Art. 290 ZPO). Unter diesem Aspekt ist die Beklagte ungeachtet ihrer Parteirolle im vorinstanzlichen Verfahren (auch) als Klägerin zu betrachten. Mit ihrem Antrag, mit dem sie «ergänzend» die Zuweisung der ehelichen Wohnung gemäss Art. 121 Abs. 1 ZGB verlangt, erweitert sie ihr ursprüngliches Rechtsbegehren, was als Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO gilt (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 1 zu Art 227 ZPO). Im Rechtsmittelverfahren kann allerdings auch der Kläger eine Klageänderung nur dann beantragen, wenn er entweder Berufung (oder Anschlussberufung) erhoben hat. Wäre es anders, so könnte die (etwa im Rahmen der Berufungsantwort verlangte) Klageänderung zu einer (unzulässigen) reformatio in peius zuungunsten des Berufungsklägers führen. Es ist daher ausgeschlossen, dass der Kläger in der Berufungsantwort (oder in der Anschlussberufungsantwort) eine Klageänderung beantragt. Dies gilt nach dem neuen Recht auch für das Scheidungsverfahren, jedenfalls soweit dort die Dispositionsmaxime anwendbar ist. Auf der anderen Seite ist es dem Beklagten, selbst wenn er selbst Berufung oder Anschlussberufung erhoben hat, von vornherein verwehrt, eine Klageänderung vorzunehmen, da gar keine Klage von ihm vorliegt, welche geändert werden könnte (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 74 und 79 f. zu Art. 317 ZPO).

Hinsichtlich der von der Beklagten beantragten Übertragung des Mietvertrages für die eheliche Wohnung gilt die Dispositionsmaxime. Die Beklagte hat vorliegend keine Berufung oder Anschlussberufung erhoben, sondern den Antrag im Rahmen der Berufungsantwort gestellt. Ihr Begehren bzw. die damit verbundene Klageänderung erweisen sich daher als unzulässig, weshalb nicht darauf eingetreten werden kann. Abgesehen davon lässt die Beklagte zwar implizit vorbringen, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem Erlass des vorinstanzlichen Urteils wesentlich verändert hätten. Sie hat dies aber weder hinreichend nachgewiesen, noch hat sie in nachvollziehbarer Weise dargelegt, dass sie die (angeblich neuen) Tatsachen, auf die sie ihr Begehren stützt, trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor dem Kantonsgericht hätte vorbringen können (s. dazu Reetz/Hilber, a.a.O., N 86 zu Art. 317 ZPO). Mithin kann auch aus diesem Grund auf die beantragte Klageänderung nicht eingetreten werden.

Obergericht, I. Zivilabteilung, 1. Mai 2012

Art. 261 ZPO, Art. 55 Abs. 1 ZPO
Regeste:

Art. 261 ZPO, Art. 55 Abs. 1 ZPO - Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Als formelle Voraussetzungen gelten dabei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers. Als materielle Voraussetzungen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eine wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln (E. 3.1). Trotz Beweismassreduktion (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO) gilt im vorliegenden Massnahmeverfahren die Verhandlungsmaxime, weshalb es nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Parteien obliegt, dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es trifft sie mithin je eine subjektive Behauptungs- und Beweislast (E. 3.2 und 3.3).

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, die Begehren der Gesuchstellerin seien nicht genügend bestimmt, so dass sie nicht vollstreckbar seien und es der Gesuchstellerin daher im Grunde bereits an einem Rechtsschutzinteressen mangle (vgl. act. 7 Rz 39 f. und act. 14 Rz 2), ist darauf nicht näher einzugehen. Das Massnahmegesuch ist, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ohnehin abzuweisen. Immerhin erscheint es in der Tat höchst fraglich, ob die Rechtsbegehren im vorliegenden Fall genügend bestimmt sind bzw. ob diese durch den Richter so eingeschränkt werden könnten und dürften, dass sie dem Bestimmtheitsgebot entsprechen (BGE 107 II 82 ff. E. 2b; BGE 97 II 92 ff.; Urteil 4C.169/2004 E. 1.4). Namentlich Unterlassungsbegehren müssen nämlich auf das Verbot eines genau umschriebenen, tatsächlichen Verhaltens gerichtet sein. Als unzulässig gilt demgegenüber die Verwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe in Unterlassungsbegehren bzw. -befehlen. Die Formulierung des Verbots muss in jedem Falle so präzise sein, dass die verpflichtete Partei und die Vollstreckungs- oder Strafbehörden durch blosse tatsächliche Kontrolle ohne weiteres feststellen können, welche Handlungen gegen das Verbot verstossen. Es ist nicht deren Aufgabe, das Verhalten rechtlich zu qualifizieren (BGE 131 III 70 ff., E.3.3; BGE 84 II 450 ff. E.6; 4C.361/2005 E.3.3). Wenn die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin generell zu verbieten verlangt, die Zeichen «S.» und «L.» für Produkte der Klasse 11 und das Zeichen «S.» für die Klasse 9 gemäss Nizza-Klassifikation in der Schweiz zu gebrauchen, genügt das dem erwähnten Bestimmtheitsgebot wohl kaum. Dasselbe gilt auch für die Adressaten des verlangten Verbots, insoweit diese mit «verbundenen Unternehmen» bezeichnet werden.

3. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (a) ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist, und (b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender

Nachteil droht.

3.1 Der vorsorgliche Rechtsschutz ist provisorischer, umfassender oder beschränkter, richterlicher Schutz der Rechtsposition des Massnahmegesuchstellers zur Abwehr von Nachteilen, die diesem aus der Dauer des Verfahrens um definitiven Rechtsschutz entstehen können. Wie der definitive Rechtsschutz ist auch der Erlass vorsorglicher Massnahmen an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Als *formelle Voraussetzungen* gelten dabei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers, welches etwa dann fehlt, wenn ein Massnahmebegehren bereits beurteilt wurde (res iudicata) oder - wie eben erwähnt - nicht genügend bestimmt ist. Als *materielle Voraussetzungen* für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eines wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln. Diese beiden materiellen Voraussetzungen ergeben sich ausdrücklich aus Art. 261 Abs. 1 ZPO (vgl. zum Ganzen etwa Thomas Sprecher, in: Basler Kom-mentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Vor Art. 261-269 N 1 ff. u. Art. 261 N 10 ff.; Damian Schai, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Basel 2010, Rz. 33, Rz. 44 und Rz. 102 ff. mit zahlreichen Hinweisen; auch Stephen Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, in: ZSR 1997 II, S. 173 ff.; speziell zu den Voraussetzungen auch Daniel Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 63 ff.; ferner n. publ. Entscheide JZ 2008 96 E. 2.1; JZ 2010 83 E. 2.2).

3.2 Das Tatsachenfundament, auf welches die Parteien ihre Rechtsbegehren stützen, muss im Prozess grundsätzlich bewiesen werden. Da der vorsorgliche Rechtsschutz schnell gewährt werden soll, ist die Beweisstrenge im Massnahmeverfahren reduziert; das Gesetz verlangt gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO bloss das Glaubhaftmachen der tatsächlichen Grundlagen der vorgenannten Massnahmevoraussetzungen. Die Gesuchstellerin muss demnach im vorliegenden Massnahmeverfahren keinen vollen Beweis für ihre Behauptungen erbringen, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dartun. Dabei genügen aber nicht blosse Behauptungen, sondern sie hat dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhaltes sprechen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache aber immerhin schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Die Reduktion des Beweismasses gilt aber für beide Parteien gleichermassen. Auch die Gegenpartei hat m.a.W. ihre Einreden oder Einwendungen nur glaubhaft zu machen (zum Ganzen BGE 132 III 83 E.3.2 und 715 ff. E. 3.1; BGE 130 III 321 E.3.3; 103 II 287 E.2; JZ 2003 53.104; ausführlich Thomas Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 50 ff.). Die Rechtslage ist vom Gericht lediglich summarisch zu prüfen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010 N 11.193).

3.3 Trotz Beweismassreduktion gilt im vorliegenden Massnahmeverfahren die Verhandlungsmaxime, weshalb es nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Parteien obliegt, dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es trifft sie mithin je eine subjektive Behauptungs- und Beweislast. Die Gesuchstellerin muss das tatsächliche Fundament ihres Begehrens dabei schlüssig behaupten, d.h. jedenfalls so detailliert schildern, dass ihre Tatsachbehauptungen für den Richter nachvollziehbar sind und von diesem - soweit er sie als glaubhaft gemacht erachtet - unter eine bestimmte Norm subsumiert werden können. Folge dieser sog. Substanziierungslast ist, dass rechtserhebliche Sachverhaltselemente, die nicht, oder nicht genügend substanziiert behauptet werden, als nicht glaubhaft gemacht anzusehen sind (vgl. zum Ganzen Paul Oberhammer, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 55 N 12; Thomas Sutter-Somm/Gregor von Arx, in: Sutter-Somm u.a. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 55 N 20 ff.; je m.w.H.).

4. Der Verfügungsgrund, also das spezifische Rechtsschutzinteresse im Rahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes stellt im Einzelfall die Konkretisierung der Gefahr im Verzug dar. Der Verfügungsgrund ist aus prozessrechtlicher Sicht der Anlass zu beschleunigtem gerichtlichem Eingreifen, wobei sich die

Gefährdungssituation aus der zeitlichen Dauer von Prozessen ergibt, welche die Durchsetzung eines Rechtsanspruchs massgeblich erschweren oder illusorisch machen kann (Michael Leupold, Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 2000, S. 266).

4.1 Soweit die Gesuchstellerin in diesem Zusammenhang eine Marktverwirrung wegen des Auftritts der Gesuchsgegnerin auf einer Messe in Basel geltend macht, ist darauf nicht mehr einzutreten, da diese mittlerweile zu Ende ist. Die Gesuchstellerin hält denn auch ihr diesbezügliches Rechtsbegehren Ziff. 3 nicht mehr aufrecht. Soweit sie eine Marktverwirrung namentlich damit behauptet, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem am 1. September 2011 versandten Katalog sowie im Begleitschreiben dazu mit den Marken «L.» und «S.» werbe, genügt sie ihrer Substanziierungslast nicht. Zu Recht macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass der blosse Hinweis, dass eine Marktverwirrung drohe, nicht genügt, um einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil i.S. von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO darzutun. Als Marktverwirrung wird die Beeinflussung des Marktes durch rechtswidrige Praktiken im Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts verstanden. Verpönte Praktiken führen jedoch nicht immer zu einer derartigen Verwirrung des Marktes, dass ein besonderes Interesse an der Realvollstreckung anzunehmen ist. Vielmehr sind hier im Geltungsbereich der Verhandlungs-maxime substantielle Darlegungen nötig, in welcher Weise sich die vermeintliche Rechtsverletzung auf den Markt auswirkt, denn liberalisierte, offene Märkte, auf denen Wettbewerbsdruck herrscht, sind oft eher durch Chaos und rasch ändernde Verhältnisse denn durch Ordnung, Stabilität und Übersichtlichkeit gekennzeichnet (Michael Leupold, a.a.o., S. 271). Die Gesuchstellerin hat es aber versäumt, hier näher darzulegen, inwiefern eine relevante Verwirrung oder Verzerrung im Markt hervorgerufen werden soll. Wenn sie einfach ausführt, der Markt wisse nicht mehr, welchem Hersteller die Produkte, die mit «S.» oder «L.» gekennzeichnet seien, zuzuordnen seien, genügt das nicht. Sie behauptet denn auch ohne Substanziierung, der heutige Markt ordne die Produkte «S.» und «L.» der Gesuchstellerin zu. Eine Marktverwirrung durch den Auftritt der Gesuchsgegnerin unter Verwendung der Zeichen «S.» und «L.» ist sodann umso weniger ersichtlich, als diese Kennzeichen zum einen schwach sind und zum andern eine Vielzahl von Anbietern auf dem Schweizer Markt diese Bezeichnungen «L.» und «S.» für Beleuchtungsprodukte verwendet, was zu einem entsprechenden Verwässerungseffekt führt, wie die Gesuchsgegnerin glaubhaft und zutreffend darlegt. Die Gesuchstellerin begnügt sich aber auch mit der blossen Behauptung, dass der durch die Gesuchsgegnerin mit den inkriminierten Produkten erwirtschaftete Gewinn - und damit der Verlust der Gesuchstellerin - nur schwer eruierbar sei. Sie legt namentlich nicht dar, und es ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich, weshalb diese Schäden im Rahmen eines ordentlichen Prozesses nicht nachgewiesen oder zumindest gestützt auf Art. 42 OR abgeschätzt werden könnten (Michael Leupold, a.a.O., S. 270).

4.2 Mangelt es aber schon an der Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes, ist das Schicksal des vorliegenden Massnahmegesuches bereits entschieden. Dieses muss abgewiesen werden und die Gesuchstellerin ist auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 10. Januar 2012

1.4.2 Internationales Zivilprozessrecht

Art. 30a SchKG, Art. 108 SchKG, Art. 109 SchKG, Art. 16 Nr. 5 aLugÜ bzw. Art. 22 Nr. 5 LugÜ
Regeste:

Art. 30a SchKG, Art. 108 SchKG, Art. 109 SchKG, Art. 16 Nr. 5 aLugÜ bzw. Art. 22 Nr. 5 LugÜ – Örtliche Zuständigkeit für eine Widerspruchsklage. Die Widerspruchsklage eines Gläubigers gegen einen Drittansprecher nach Art. 108 Abs. 1 SchKG ist vollstreckungsrechtlicher Natur. Demgemäss ist eine Widerspruchsklage eines Gläubigers gegen einen in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens wohnhaften Drittansprecher gestützt auf Art. 16 Nr. 5 aLugÜ i.V.m. Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 30a SchKG am schweizerischen Betreibungsort zu erheben.

Aus den Erwägungen:

1. Im angefochtenen Entscheid kam die Vorinstanz zum Schluss, die Widerspruchsklage eines Gläubigers gegen einen im Ausland wohnhaften Drittansprecher sei im Anwendungsbereich des bis Ende 2010 gültigen und im vorliegenden Fall anwendbaren Lugano-Übereinkommens (aLugÜ) sowie des am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen, revidierten Lugano-Übereinkommens (LugÜ) nicht eine vollstreckungsrechtliche Klage. Demgemäss komme der ausschliessliche Gerichtsstand nach Art. 16 Nr. 5 aLugÜ und Art. 22 Nr. 5 LugÜ, wonach die Gerichte am Ort der Zwangsvollstreckung zur Behandlung von vollstreckungsrechtlichen Klagen zuständig seien, nicht zur Anwendung. Massgebend sei vielmehr der ordentliche Gerichtsstand nach Art. 2 aLugÜ und Art. 2 LugÜ. Dies habe zur Folge, dass der Gläubiger gegen einen in einem Vertragsstaat des Lugano Übereinkommens wohnhaften Drittansprecher an dessen Wohnsitz klagen müsse. Das Kantonsgericht sei daher zur Behandlung der Widerspruchsklage gegen die in Deutschland wohnhaften Beschwerdegegner örtlich nicht zuständig, weshalb darauf nicht eingetreten werden könne.

(...)

3.1 Nach Art. 108 Abs. 1 SchKG können Gläubiger und Schuldner gegen den Dritten auf Aberkennung seines Anspruchs klagen, wenn sich der Anspruch bezieht auf eine bewegliche Sache im Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Dritten (Ziffer 1), auf eine Forderung oder ein anderes Recht, sofern die Berechtigung des Dritten wahrscheinlicher ist als diejenige des Schuldners (Ziffer 2) oder ein Grundstück, sofern er sich aus dem Grundbuch ergibt (Ziffer 3). Klagen nach Art. 108 Abs. 1 SchKG sind beim Gericht des Betreibungsortes einzureichen, sofern der Beklagte Wohnsitz im Ausland hat (Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Vorbehalten sind nach Art. 30a SchKG jedoch die völkerrechtlichen Verträge und die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG).

3.2 Nach Art. 2 Abs. 1 des vorliegend anwendbaren aLugÜ (Art. 69 Abs. 4 und 6 LugÜ; Kurt Siehr, in: Anton K. Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 63 N 2 u. Art. 69 N 5 f.) sind vorbehaltlich der Vorschriften dieses Übereinkommens Personen, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen. Der ordentliche Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Beklagten kommt indes nicht zum Tragen bei Verfahren, welche die Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen zum Gegenstand haben. Diesfalls sind nach Art. 16 Nr. 5 aLugÜ ohne Rücksicht auf den Wohnsitz ausschliesslich die Gerichte des Vertragsstaats zuständig, in dessen Hoheitsgebiet die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll oder durchgeführt worden ist.

3.3 Damit ist zu prüfen, ob es sich bei der Widerspruchsklage des Gläubigers gegen den Drittansprecher nach Art. 108 Abs. 1 SchKG um eine vollstreckungsrechtliche Klage im Sinne von Art. 16 Nr. 5 aLugÜ handelt oder nicht. Nur falls dies zutrifft, ist das Kantonsgericht gestützt auf Art. 16 Nr. 5 aLugÜ i.V.m. Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 30a SchKG zur Behandlung der Klage der Beschwerdeführerin zuständig.

4.1.1 In BGE 107 III 118 E. 2 hielt das Bundesgericht Folgendes fest: Im Widerspruchsverfahren zwischen dem betreibenden Gläubiger und dem Dritten, der das Eigentum an einem gepfändeten oder mit Arrest belegten Gegenstand beansprucht, wird einzig darüber entschieden, ob der betreffende Gegenstand in der laufenden Betreibung zugunsten des Gläubigers verwertet werden dürfe oder ob er aus der Pfändung bzw. dem Arrestbeschlag zu entlassen sei. Dementsprechend bildet der Widerspruchsprozess lediglich ein Zwischenverfahren in einer bestimmten Betreibung, auf welche sich seine Rechtskraftwirkung beschränkt. Diese enge Verknüpfung mit dem Zwangsvollstreckungsverfahren hat zur Folge, dass zur Beurteilung einer Widerspruchsklage nur der schweizerische Richter zuständig sein kann. Eine Zwangsvollstreckung in inländisches Vermögen kann nur von den schweizerischen Behörden vollzogen werden. Es ist daher ausgeschlossen, dass der schweizerische Betreibungsbeamte von einem ausländischen Richter Weisungen darüber entgegenzunehmen hätte, ob ein in der Schweiz liegendes Vermögensstück, das von einem Dritten zu Eigentum beansprucht wird, in einer bestimmten Betreibung

zugunsten des betreibenden Gläubigers verwertet werden dürfe.

4.1.2 In einem späteren Entscheid vom 13. Mai 2002 (5C.315/2001 E. 3.a) bestätigte das Bundesgericht die Auffassung, dass das Widerspruchsverfahren der ausschliesslichen Kompetenz der schweizerischen Gerichtsbarkeit untersteht.

4.1.3 Während der erste Entscheid vor Inkrafttreten des aLugÜ erfolgte, kann dem zweiten Entscheid nicht entnommen werden, ob im fraglichen Fall das damals geltende aLugÜ anwendbar ist.

4.2.1 In der Lehre ist umstritten, ob die Widerspruchsklage des Gläubigers gegen den Drittansprecher vollstreckungsrechtlicher Natur ist. Für die Anwendbarkeit von Art. 16 Nr. 5 aLugÜ bzw. Art. 22 Nr. 5 LugÜ und damit für die Zuständigkeit des schweizerischen Richters gemäss Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG sind Adrian Staehelin (in: Staehelin/Bauer/Stahelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, Art. 109 N 16), Amonn/Walther (Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 4 N 55 f.), Spühler/Gehri (Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 4. A., Zürich 2008, S. 144), Brunner/Reutter (Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. A., Bern 2002, S. 113 f.), Isaak Meier (Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. A., Zürich 2005, S. 178) und Ivo Schwander (Gerichtszuständigkeiten im Lugano-Übereinkommen, in: Ivo Schwander [Hrsg.], Das Lugano-Übereinkommen, St. Gallen 1990, S. 93). Demgegenüber sprechen sich folgende Autoren für die Zuständigkeit des ausländischen Wohnsitzrichters gemäss Art. 2 aLugÜ bzw. Art. 2 LugÜ aus: Andreas Güngerich (in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, Art. 22 N 84 f.), Laurent Killias (in: Anton K. Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, a.a.O., Art. 22 Nr. 5 N 67 ff.), Matthias Staehelin (in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, a.a.O., Art. 30a N 16), Alexander R. Markus (in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 16 Nr. 5 N 37), Gerhard Walter (Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. A., Bern/Stuttgart/Wien 2007, S. 248), Daniel Staehelin (Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: AJP 1995, S. 277) und Walter A. Stoffel (Ausschliessliche Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommens und SchKG-Verfahren, insbesondere Rechtsöffnung, Widerspruchsklage und Arrest, in: Schwander/Stoffel [Hrsg.], Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 388 f.).

4.2.2 Zur Begründung der letztgenannten Ansicht wird geltend gemacht, nach schweizerischer Dogmatik sei die Widerspruchsklage eines Gläubigers gegen einen Drittansprecher lediglich eine betreibungsrechtliche Streitigkeit mit Reflexwirkung auf das materielle Recht. Im Anwendungsbereich könne dieser dogmatische Unterschied aber nicht davon befreien, einen Gerichtsstand nach Art. 2 ff. LugÜ anzugehen. Der Dritte, der einen bei ihm befindlichen Vermögenswert für eine Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellen müsse, verliere letztlich seine Berechtigung daran endgültig. Es sei daher sachgerecht, für solche Streitigkeiten einen Gerichtsstand im Sinne von Art. 2 ff. LugÜ zu fordern (Güngerich, a.a.O., Art. 22 N. 85).

4.3 Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Wegen des Territorialitätsprinzips ist bei körperlichen Gegenständen, die im Ausland liegen, der Pfändungsvollzug nicht möglich und wäre nichtig (André E. Lebrecht, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, a.a.O., Art. 89 N 24). Pfändbar sind damit nur Gegenstände, die sich trotz des ausländischen Wohnsitzes des Drittansprechers in der Schweiz befinden. Der vollstreckungsrechtliche Bezug ist damit gewahrt, unabhängig davon, ob man dem Umstand, dass es sich bei der Widerspruchsklage um eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht handelt, Bedeutung zumessen will. Es ist dem Drittansprecher, der an einer in der Schweiz gelegenen Sache Gewahrsam oder Mitgewahrsam hat, daher auch durchaus zuzumuten, sich am schweizerischen Betreibungsort des Schuldners auf die gegen ihn vom Gläubiger angehobene Widerspruchsklage einzulassen. Hinzu kommt, dass keineswegs sichergestellt ist, dass der Widerspruchsprozess am ausländischen Wohnsitz des

Drittansprechers durchgeführt werden kann, nachdem es sich bei der Widerspruchsklage um eine schweizerische Eigenart handelt, die den übrigen Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens nicht bekannt sein dürfte. Damit bestünde die Gefahr, dass im Betreibungsverfahren nicht geklärt werden kann, ob der gepfändete Gegenstand der Verwertung zugeführt werden kann oder nicht. Der Ablauf des schweizerischen Vollstreckungsverfahren würde damit in Frage gestellt, was ebenfalls dafür spricht, die Klage des in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens wohnhaften Drittansprechers gegen den Gläubiger als vollstreckungsrechtliche Klage im Sinne von Art. 16 Nr. 5 aLugÜ bzw. Art. 22 Nr. 5 LugÜ zu betrachten. Demgemäss muss auch die Klage des Gläubigers gegen den Drittansprecher mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens, dessen Forderung oder ein anderes Recht bestritten wird (Art. 108 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), vollstreckungsrechtlicher Natur sein. Diese Rechtsauffassung deckt sich im Übrigen mit derjenigen des Bundesgerichts in BGE 107 III 118 E. 2, welches den engen Konnex zwischen der Widerspruchsklage nach Art. 108 Abs. 1 SchKG und dem Zwangsvollstreckungsrecht betont hat.

5.1 Nach dem Gesagten steht fest, dass die Widerspruchsklagen des Gläubigers gegen den Drittansprecher nach Art. 108 Abs. 1 SchKG vollstreckungsrechtlicher Natur sind. Demgemäss ist das Kantonsgericht gestützt auf Art. 16 Nr. 5 aLugÜ i.V.m. Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 30a SchKG zur Behandlung der Widerspruchsklage der Beschwerdeführerin gegen die Beschwerdegegner zuständig. Der Einzelrichter hat damit zu Unrecht seine örtliche Zuständigkeit verneint. In Gutheissung von Beschwerdeantrag Ziffer 1 Abs. 2 ist die vorinstanzliche Verfügung vom 18. August 2011 aufzuheben und der Einzelrichter anzuweisen, auf die Widerspruchsklage der Beschwerdeführerin gegen die Beschwerdegegner einzutreten. Soweit die Beschwerdeführerin in Beschwerdeantrag Ziffer 1 Abs. 1 darüber hinaus beantragt, es seien die Drittansprachen der Beschwerdegegner an den Pfandgegenständen Nrn. 3, 4. sowie 6 - 11 abzuerkennen, ist darauf nicht einzutreten. Abgesehen davon, dass der Pfandgegenstand Nr. 9 seitens der Beschwerdegegner gar nicht zu Eigentum beansprucht wird, war dieses Thema nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung. Vielmehr wird der Einzelrichter darüber zu entscheiden haben, nachdem seine örtliche Zuständigkeit bejaht wurde.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 29. März 2012

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen der Beschwerdegegner 1 - 3 vom 15. Mai 2012 trat das Bundesgericht mit Urteil Nr. 5A_360/2012 vom 28. Januar 2013 nicht ein und wies deren Verfassungsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Art. 309 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 319 lit. a ZPO und Art. 327a ZPO
Regeste:

Art. 309 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 319 lit. a ZPO und Art. 327a ZPO – Gemäss Art. 335 Abs. 3 ZPO richten sich die Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung ausländischer Entscheide nach dem Kapitel «Vollstreckung von Entscheiden» der ZPO, soweit weder ein Staatsvertrag noch das IPRG etwas anderes bestimmen. Der Exequaturentscheid nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (revidiertes Lugano-Übereinkommen, kurz: LugÜ) unterliegt - als Entscheid des Vollstreckungsgerichts - gemäss Art. 309 lit. a i.V.m. Art. 319 lit. a und Art. 327a ZPO einzig der Beschwerde, wobei gewisse Besonderheiten gelten, da der Schuldner hier zum ersten Mal zu Wort kommt (Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 327a N 1 und N 5). So prüft die mit dem Rechtsbehelf nach Art. 43 LugÜ befasste Rechtsmittelinstanz die im Übereinkommen vorgesehenen Verweigerungsgründe mit voller Kognition, hat die Beschwerde - vorbehältlich der sichernden Massnahmen (namentlich des Arrests) - aufschiebende Wirkung und beträgt die Beschwerdefrist für den Schuldner 30 bzw. 60 Tage (Art. 327a ZPO). Sachlich und funktionell zuständig ist hier - entgegen der allgemeinen Zuständigkeitsordnung für Beschwerden - nicht die Beschwerdeinstanz des Obergerichts, sondern gemäss § 19 lit. e i.V.m. § 5 Abs. 2 der obergerichtlichen Geschäftsordnung (GO) die II. Zivilabteilung.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 335 Abs. 3 ZPO richten sich die Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung ausländischer Entscheide nach dem Kapitel «Vollstreckung von Entscheiden» der ZPO, soweit weder ein Staatsvertrag noch das IPRG etwas anderes bestimmen. Der Exequaturentscheid nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (revidiertes Lugano-Übereinkommen, kurz: LugÜ) unterliegt - als Entscheid des Vollstreckungsgerichts - gemäss Art. 309 lit. a i.V.m. Art. 319 lit. a und Art. 327a ZPO einzig der Beschwerde, wobei gewisse Besonderheiten gelten, da der Schuldner hier zum ersten Mal zu Wort kommt (Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 327a N 1 und N 5). So prüft die mit dem Rechtsbehelf nach Art. 43 LugÜ befasste Rechtsmittelinstanz die im Übereinkommen vorgesehenen Verweigerungsgründe mit voller Kognition, hat die Beschwerde - vorbehältlich der sichernden Massnahmen (namentlich des Arrests) - aufschiebende Wirkung und beträgt die Beschwerdefrist für den Schuldner 30 bzw. 60 Tage (Art. 327a ZPO). Sachlich und funktionell zuständig ist hier - entgegen der allgemeinen Zuständigkeitsordnung für Beschwerden - nicht die Beschwerdeinstanz des Obergerichts, sondern gemäss § 19 lit. e i.V.m. § 5 Abs. 2 der obergerichtlichen Geschäftsordnung (GO) die II. Zivilabteilung.

2. Die Beschwerdeführerin rügt, das Urteil vom 29. August 2011 sei nicht rechtskräftig und im Urteilsstaat nicht vollstreckbar. Der angefochtene Entscheid könne im Urteilsstaat nicht theoretisch und bedingungslos zur Vollstreckung gebracht werden. Sie habe am 28. Dezember 2011 von ihrem portugiesischen Rechtsvertreter ein Gutachten zur Frage erstellen lassen, ob das Urteil der 11. Zivilgerichtskammer von Lissabon vom 29. August 2011 im Ursprungsstaat Portugal vollstreckbar sei. Das Gutachten komme zum Ergebnis, dass die Beschwerdegegnerin gestützt auf das Urteil vom 29. August 2011 ein Vollstreckungsverfahren gegen die Beschwerdeführerin in Portugal lediglich einleiten könnte. Infolge der beiden hängigen Berufungen und der dadurch bewirkten fehlenden Rechtskraft bzw. Endgültigkeit des Urteils könne die Beschwerdegegnerin ein solches Vollstreckungsverfahren jedoch nicht zu Ende führen. So halte das Gutachten fest: «Solange das Urteil vom 29. August 2011 nicht rechtskräftig geworden ist (nicht endgültig ist), kann die [Name der Beschwerdegegnerin] durch das erwähnte Vollstreckungsverfahren jedoch keinerlei Geld, Gut oder Recht erhalten, es sei denn, sie leiste eine geeignete Kaution in gleicher Höhe.» Für den Fall, dass die Beschwerdegegnerin die Feststellungen im eingereichten Gutachten bestreiten sollte, beantrage sie die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens über die Frage der Vollstreckbarkeit des Urteils vom 29. August 2011 der 11. Zivilgerichtskammer von Lissabon. Die von Lehre und Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen für eine Vollstreckbarkeit im Urteilsstaat gemäss Art. 38 Abs. 1 LugÜ seien damit vorliegend nicht erfüllt. Sei das Urteil im Urteilsstaat aber nicht vollstreckbar, könne es auch nicht in der Schweiz für vollstreckbar erklärt werden. Entsprechend sei der angefochtene Entscheid aufzuheben (vgl. act. 1, S. 6 f.).

2.1 Gemäss Art. 38 Abs. 1 LugÜ werden die in einem durch das Übereinkommen gebundenen Staat ergangenen Entscheidungen, die in diesem Staat vollstreckbar sind, in einem anderen durch dieses Übereinkommen gebundenen Staat vollstreckt, wenn sie dort auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt worden sind. Die Partei, welche eine Vollstreckbarerklärung beantragt, hat eine Ausfertigung der Entscheidung vorzulegen, welche die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, sowie eine Bescheinigung nach Art. 54 LugÜ i.V.m. Anhang V LugÜ (vgl. Art. 53 LugÜ). Sobald die in Art. 53 LugÜ vorgesehenen Förmlichkeiten erfüllt sind, wird die Entscheidung unverzüglich für vollstreckbar erklärt, ohne dass eine Prüfung nach den Art. 34 und 35 LugÜ erfolgt (Art. 41 LugÜ).

2.2 Das mit dem Rechtsbehelf befasste Gericht darf die Vollstreckbarerklärung verweigern, wenn Anerkennungshindernisse im Sinne von Art. 34 oder 35 LugÜ vorliegen (vgl. Art. 45 Ziff. 1 LugÜ). Neben den Anerkennungshindernissen darf das mit dem Rechtsbehelf befasste Gericht auch die Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung prüfen, welche bereits das erstinstanzliche Gericht prüfen konnte. Insbesondere kann es prüfen, ob eine Entscheidung im Sinne von Art. 32 LugÜ vorliegt, die in

einem Vertragsstaat ergangen ist und in einem anderen vollstreckbar erklärt werden soll, im sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens liegt, im Urteilsstaat vollstreckbar und hinreichend bestimmt ist, und ob die erforderlichen Urkunden vorliegen. Wie im erstinstanzlichen Urteil ist demgegenüber die Rechtskraft des Entscheids im Urteilsstaat nicht eigentlich Prozessgegenstand (Hofmann/Kunz, in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, N 19 zu Art. 45 LugÜ; vgl. auch Plutschow, in: Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2011, N 7 zu Art. 45 LugÜ; Staehelin/Bopp, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen [LugÜ], 2. A., Bern 2011, N 2 ff. zu Art. 45 LugÜ).

3.1 Wie soeben in Erw. 2 dargelegt, setzt die Vollstreckbarerklärung voraus, dass die Entscheidung nach dem Recht des Urteilsstaates vollstreckbar ist. Die Vollstreckbarkeit ergibt sich ausschliesslich aus der offiziellen Bescheinigung gemäss Art. 54 LugÜ i.V.m. Anhang V
LugÜ (vgl. Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. A., Frankfurt am Main 2011, N 9 zu Art. 38 EuGVO). Eine solche Bescheinigung liegt vorliegend bei den Akten. Darin wird - unter Bezugnahme auf Art. 54 LugÜ - Folgendes festgehalten: «Die Entscheidung ist im Ursprungsstaat vollstreckbar (Art. 38 und 58 des Übereinkommens) gegen: Name: [Name der Beschwerdeführerin]». Sodann wird erwähnt, dass beide Parteien Berufung eingelegt hätten, denen durch den Beschluss vom 18. Oktober 2011, «lediglich mit Devolutiveffekt», stattgeben worden sei. Irgendwelche Einschränkungen bzw. Bedingungen zur Vollstreckung werden in dieser Bescheinigung nicht gemacht (vgl. Beschwerde-Beilage 4). Das zuständige Gericht in Portugal hat mithin im Wissen um die beiden Berufungen der Parteien eine bedingungslose Vollstreckbarkeitsbescheinigung ausgestellt. Dies genügt nach dem Gesagten, um das Kriterium, dass die Entscheidung nach dem Recht des Urteilsstaats vollstreckbar ist, zu erfüllen.

3.2 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist nicht erforderlich, dass der zu vollstreckende Entscheid im Urteilsstaat in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. Erw. 2.2 hiervor). Das in älteren Abkommen anzutreffende Erfordernis, dass die Entscheidung für die Instanz «endgültig» oder dass sie gar rechtskräftig sein muss, wurde bewusst nicht aufgestellt. Deshalb können auch vorläufig vollstreckbare Urteile oder Zahlungsanordnungen vollstreckt werden (Kropholler/von Hein, a.a.O., N 21 zu Art. 32 EuGVO; vgl. auch Hofmann/Kunz, in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], a.a.O., N 130 ff. zu Art. 38 LugÜ). Dementsprechend kann ein Entscheid auch ohne weiteres dann für vollstreckbar erklärt werden, wenn er noch nicht rechtskräftig ist. Im vorliegenden Fall liegt eine bedingungslose Erklärung nach Art. 54 LugÜ i.V.m. Anhang V LugÜ vor, welche die Vollstreckbarkeit des Urteils vom 29. August 2011 bescheinigt. Damit ist die Vollstreckbarkeit hinreichend belegt.

3.3 Daran vermag auch das von der Beschwerdeführerin ist Recht gelegte Gutachten nichts zu ändern. Im Gutachten wird ausgeführt, dass nach portugiesischem Recht ein Gläubiger, wenn er im Besitze der Bescheinigung des betreffenden Urteils sei und dem gegen dieses Urteil eingelegten Rechtsmittel kein Suspensiveffekt zuerkannt worden sei, das Vollstreckungsverfahren zur Durchsetzung der Zahlung seiner Forderung einleiten könne. Der Schuldner könne gegen die Vollstreckung Einspruch erheben. Werde dem Einspruch stattgegeben, erfolge keine Vollstreckung (der Einspruch schiebe in diesem Fall das Vollstreckungsverfahren auf, bis das endgültige Urteil gesprochen werde), werde ihm dagegen nicht stattgegeben, werde die Vollstreckung fortgeführt. Im letzteren Fall könnten alle beweglichen und unbeweglichen Vermögensgegenstände oder Rechte des Vollstreckungsschuldners bis zur Höhe der ausstehenden Schulden zuzüglich der voraussichtlichen Vollstreckungskosten gepfändet werden. Der Gläubiger könne jedoch keine Zahlung erhalten, bevor das Urteil endgültig geworden sei, es sei denn, er leiste eine Kaution. Das Gutachten kommt zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin, solange Rechtsmittel gegen das Urteil vom 29. August 2011 anhängig seien, zwar in Portugal ein Vollstreckungsverfahren einleiten, jedoch kein Geld und keine Güter erhalten könnte, es sei denn, sie leiste eine geeignete Kaution in der gleichen Höhe (vgl. Beschwerde-Beilage 5). Nach portugiesischem Recht ist es demnach - so das Gutachten - möglich, ein Urteil vorläufig zu vollstrecken, d.h. selbst dann, wenn ein ordentliches Rechtsmittel eingelegt wurde. Eine solche vorläufige Vollstreckbarkeit nach dem Recht des Urteilsstaates genügt, um seine Vollstreckung im Vollstreckungsstaat zu ermöglichen (vgl.

Kropholler/von Hein, a.a.O., N 10 zu Art. 38 EuGVO). Dementsprechend kann hier offen bleiben, ob das Urteil der 11. Zivilgerichtskammer von Lissabon vom 29. August 2011 endgültig oder bloss vorläufig vollstreckbar ist. Einer Vollstreckung in der Schweiz steht dies jedenfalls nicht entgegen.

3.4 Anzumerken bleibt schliesslich, dass das Prinzip, wonach eine Entscheidung im Vollstreckungsstaat nicht mehr Wirkungen entfalten soll als im Urteilsstaat, es an sich nahelegen würde, bloss vorläufig vollstreckbare Entscheidungen auch im Vollstreckungsstaat nur vorläufig vollstreckbar zu erklären, d.h. unter dem Vorbehalt, dass sie im Urteilsstaat nicht aufgehoben werden. Diesfalls wäre aber eine Art Nachverfahren erforderlich, in welchem dem Ausgang des Verfahrens im Urteilsstaat Rechnung getragen werden könnte. Eine solche Konstruktion verträgt sich aber mit den Verfahrensbestimmungen des LugÜ nicht. Abgesehen davon hält das Übereinkommen mit Art. 46 LugÜ (Aussetzung des Verfahrens) eine Lösung für noch nicht rechtskräftige Urteile bereit (vgl. Hofmann/Kunz, in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], a.a.O., N 136 zu Art. 38 LugÜ).

4. Eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin, das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung sei bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils auszusetzen.

4.1 Gemäss Art. 46 Abs. 1 LugÜ kann das mit dem Rechtsbehelf nach Art. 43 oder Art. 44 LugÜ befasste Gericht auf Antrag des Schuldners das Verfahren aussetzen, wenn gegen die Entscheidung im Ursprungsstaat ein ordentlicher Rechtsbehelf eingelegt worden ist. Das Gericht ist nicht verpflichtet, eine Sistierung anzuordnen, sondern verfügt, wie sich schon aus dem Wortlaut von Art. 46 Ziff. 1 LugÜ ergibt, über einen Ermessensspielraum. Eine Aussetzung (Sistierung) des Verfahrens kommt aufgrund der angestrebten Beschleunigung und des summarischen Charakters des Verfahrens nur ausnahmsweise in Betracht. Massgeblich ist primär die Prognose über die Erfolgsaussichten des ordentlichen Rechtsmittels im Urteilsstaat. Eine Sistierung sollte nur angeordnet werden, wenn ein hohes Risiko einer Aufhebung der Entscheidung besteht, d.h. wenn mit einer Aufhebung der Entscheidung im Urteilsstaat ernsthaft gerechnet werden muss bzw. die Entscheidung erkennbar fehlerhaft erscheint und ihre Aufhebung mindestens überwiegend wahrscheinlich ist. Es ist Aufgabe des Schuldners, in seinem Sistierungsantrag die Argumente, die er in seinem Rechtsmittel im Urteilsstaat vorgebracht hat, darzulegen. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte im Vollstreckungsstaat, die Eingaben des Schuldners im ausländischen Verfahren nach erfolgversprechenden Argumenten zu durchsuchen (Hofmann/Kunz, in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], a.a.O., N 56 ff. zu Art. 46 LugÜ; vgl. auch Kropholler/von Hein, a.a.O., N 5 zu Art. 46 EuGVO; Plutschow, in: Schnyder [Hrsg.], a.a.O., N 6 ff. zu Art. 46 LugÜ; Staehelin/Bopp, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], a.a.O., N 8 zu Art. 46 LugÜ).

4.2 Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Beschwerde keine Gründe dargelegt, weshalb mit einer Aufhebung der Entscheidung im Urteilsstaat ernsthaft zu rechnen ist bzw. weshalb diese Entscheidung fehlerhaft erscheint. Sie legt einzig dar, dass sie sich mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln gegen das Urteil vom 29. August 2011 zur Wehr setzen werde. Sollte sie im hängigen Berufungsverfahren unterliegen, werde sie diesen Entscheid mittels ordentlichem Rechtsmittel beim obersten Gerichtshof sowie gegebenenfalls beim Verfassungsgericht anfechten. Erst nach Erschöpfung all dieser Rechtsmittel liege ein rechtskräftiges und endgültiges Urteil im Urteilsstaat vor. Bis dahin wäre die Aussetzung bzw. Sistierung des Verfahrens auf Vollstreckbarerklärung aufrecht zu erhalten (vgl. act. 1, S. 8). Argumente zu den Erfolgsaussichten ihrer Berufung bzw. weitere Sachumstände, die für die Ermessensentscheidung in Betracht zu ziehen wären, hat sie keine vorgebracht. Es ist daher nicht möglich, eine Prognose über die Erfolgsaussichten des ordentlichen Rechtsmittels im Urteilsstaat zu stellen, und es kann auch nicht beurteilt werden, ob weitere relevante Gesichtspunkte gegen eine Fortführung des Verfahrens im Vollstreckungsstaat sprechen. Unter diesen Umständen kommt eine Aussetzung bzw. Sistierung des vorliegenden Verfahrens nicht in Betracht. Was die Sicherheitsleistung nach Art. 46 Ziff. 3 LugÜ anbelangt, wurde kein entsprechender Antrag gestellt. Selbst wenn aber eine solche von Amtes wegen in Betracht zu ziehen wäre, gäbe es vorliegend keine Möglichkeit abzuschätzen, wie die Erfolgsaussichten des im Erststaat eingelegten Rechtsmittels sind (vgl. Kropholler/von Hein, a.a.O., N 7 zu Art. 46 EuGVO).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 4. Juli 2012

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 24. Januar 2013 ab (5A_568/2012)

1.4.3 Strafrechtspflege

Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO, Art. 260 Abs. 1 StPO
Regeste:

Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO, Art. 260 Abs. 1 StPO – Voraussetzungen zur Durchführung erkennungsdienstlicher Massnahmen (Entnahme einer DNA-Probe, Erstellen eines DNA-Profils, erkennungsdienstliche Erfassung)

Aus den Erwägungen:

(...)

2.2 Gemäss Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO kann der beschuldigten Person zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Die Polizei kann bei Personen die nicht invasive Probenahme anordnen (Art. 255 Abs. 2 lit. a StPO). Nach Art. 260 Abs. 1 StPO werden bei der erkennungsdienstlichen Erfassung die Körpermerkmale einer Person festgestellt und Abdrücke von Körperteilen genommen. Die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Gerichte, in dringenden Fällen ihre Verfahrensleitung, können die erkennungsdienstliche Erfassung anordnen (Abs. 2). Die erkennungsdienstliche Erfassung wird in einem schriftlichen, kurz begründeten Befehl angeordnet. In dringenden Fällen kann sie mündlich angeordnet werden, ist aber nachträglich schriftlich zu bestätigen und zu begründen (Abs. 3). Weigert sich die betroffene Person, sich der Anordnung der Polizei zu unterziehen, so entscheidet die Staatsanwaltschaft (Abs. 4).

2.3 Identitätsfeststellungen durch Polizeiorgane und die Aufbewahrung entsprechender Daten berühren die Garantien von Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Der Eingriff ist jedoch leichter Natur, namentlich auch der Wangenschleimhautabstrich zwecks Erstellens eines DNA-Profils (BGE 136 I 87, E. 5.1; 128 II 259, E. 3.2 und 3.3, je mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_251/2008 vom 14. August 2008, E. 4). Die Durchführung erkennungsdienstlicher Massnahmen stellt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre einen bloss geringfügigen Grundrechtseingriff dar (Werlen, in: Niggli/Heer/ Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2011, Art. 260 N 5; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 260 N 5; Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 1100; BGE 128 II 259, E. 3.3). Trotzdem müssen solche Massnahmen den Voraussetzungen von Art. 36 BV, welche in Art. 197 StPO umgesetzt sind, genügen. Es muss somit ein hinreichender Tatverdacht vorliegen. Ausserdem dürfen die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat muss die Zwangsmassnahme rechtfertigen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können erkennungsdienstliche Massnahmen gerechtfertigt sein, um eine Täterschaft ausfindig zu machen sowie um Delikte präventiv zu vermeiden und so Rechte und Freiheiten Dritter zu schützen. Zudem besteht in einem Strafverfahren ein besonderes Interesse daran, Personenverwechslungen zu vermeiden und dadurch letztlich auch zu verhindern, dass allenfalls die falschen Personen verurteilt werden. Dieser Zweck bedingt, dass nicht nur solche Daten erhoben werden, die relativ leicht durch kosmetische Massnahmen verändert werden können, wie etwa die fotografisch erfassbare äussere Erscheinung des Gesichts, sondern auch Daten, welche die Identifikation mit hoher Zuverlässigkeit ermöglichen, so dass deren Erfassung als verhältnismässig zu betrachten ist (Urteil des Bundesgerichts 2C_257/2011 vom 25. Oktober 2011, E. 6.7.4, mit Verweis auf BGE 128 II 259).

2.4 Der Beschwerdeführer ist Beschuldigter in einer Strafuntersuchung wegen Drohung, somit eines

Vergehens. Die rechtliche Qualifikation der dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Handlung rechtfertigt somit die Erstellung eines DNA-Profils i.S. von Art. 255 Abs. 1 StPO. Dem Beschwerdeführer wird namentlich vorgeworfen, seiner mit ihm im gleichen Haushalt lebenden Freundin im Anschluss an einen Streit gedroht zu haben, «er steche sie ab». Es wird im Lauf der Untersuchung zu prüfen sein, ob sich dem Beschwerdeführer ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten nachweisen lässt. Insbesondere wird abzuklären sein, ob der Beschwerdeführer seiner Partnerin durch sein Verhalten in objektiver Hinsicht einen schweren Nachteil i.S. von Art. 180 Abs. 1 StGB in Aussicht gestellt hat und ob seine Partnerin durch dieses Verhalten in Angst und Schrecken versetzt worden ist. Soweit der Beschwerdeführer ausführt, seine Partnerin habe zu keinem Zeitpunkt Angst gehabt bzw. um ihr Leben gefürchtet und die Angelegenheit sei für sie erledigt, ist darauf hinzuweisen, dass seine Partnerin sich zum damaligen Zeitpunkt immerhin entschlossen hat, bei der Polizei wegen häuslicher Gewalt vorstellig zu werden und Strafanzeige zu erstatten. Insofern kann jedenfalls nicht zum vornherein ausgeschlossen werden, dass sie durch das Verhalten des Beschwerdeführers zum damaligen Zeitpunkt nicht in Angst und Schrecken versetzt worden wäre. Zum jetzigen Zeitpunkt sind jedenfalls Anhaltspunkte dafür gegeben und ein hinreichender Tatverdacht somit zu bejahen. Schliesslich erweist sich auch der Einwand des Beschwerdeführers, die erkennungsdienstliche Erfassung diene in keiner Weise, die ihm zur Last gelegt verbale Drohung zu bestätigen oder zu beweisen, als unbegründet. Gemäss Lehre und Rechtsprechung bedeutet die Einschränkung «zur Aufklärung von Verbrechen oder Vergehen» gemäss Art. 255 Abs. 1 StPO nicht, dass einem Verdächtigen nur eine DNA-Probe abgenommen werden darf, wenn vom Anlassdelikt eine DNA-haltige Spur vorliegt. Es geht vielmehr darum, dass bei Personen, die sich eines strafrechtlichen Delikts von einer gewissen Schwere schuldig gemacht haben, gegenüber dem Durchschnittsbürger eine leicht erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, sie könnten auch in Zukunft in ein Delikt verwickelt werden (Thomas Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, Art. 255 N 10). Entsprechendes gilt für die erkennungsdienstliche Erfassung (Hansjakob, a.a.O., Art. 260 N 6, mit Hinweis).

2.5 Die angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung sowie der angeordnete Wangenschleimhautabstrich erweisen sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch als verhältnismässig. Wie vorstehend ausgeführt, handelt es sich dabei nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur um leichte Eingriffe, welche etwa auch bei Wirtschaftsdelikten als verhältnismässig zu betrachten sind (BGE 128 II 258, E. 3.2). Damit stossen auch die Behauptungen des Beschwerdeführers, es seien keine Waffen im Spiel gewesen und er habe keine Gewalt ausgeübt, ins Leere.

2.6 Schliesslich sind sowohl die angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung als auch der angeordnete Wangenschleimhautabstrich zwecks DNA-Analyse bei der dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftat auch hinsichtlich des Grundsatzes der Proportionalität ohne Weiteres zulässig. Immerhin steht der Verdacht im Raum, der Beschwerdeführer habe seiner Partnerin durch seine Aussage im Anschluss an einen Streit, «er steche sie ab», einen schweren Nachteil in Aussicht gestellt. Angesichts dessen vermag die Bedeutung der in Frage stehenden Straftat die angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung sowie den angeordneten Wangenschleimhautabstrich zwecks DNA-Analyse sehr wohl zu rechtfertigen.

Obergericht, I. Beschwerdeabteilung, 20. Dezember 2012

Art. 9 Abs. 1 StPO, Art. 325 StPO
Regeste:

Art. 9 Abs. 1 StPO, Art. 325 StPO – Anklagegrundsatz. Eine Einziehung oder die Festsetzung einer Ersatzforderung hängt nicht davon ab, ob sie von der Staatsanwaltschaft beantragt oder begründet worden ist. Vielmehr sind diese Massnahmen als Teil des schweizerischen Sanktionensystems zwingend anzuordnen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 69 ff. StGB erfüllt sind und kein Ausnahmefall vorliegt. Zu beachten ist allerdings, dass den Betroffenen vorgängig das rechtliche Gehör einzuräumen ist.

Aus den Erwägungen:

(...)

II. (...)

1. Das Strafgericht sah in seinem Urteil vom 13. Juli 2011 davon ab, die Beschuldigten - wie von der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift beantragt - zur Bezahlung einer Ersatzforderung zu verpflichten (Urteilsspruch lit. A Ziff. 4 und lit. B Ziff. 4). Die Staatsanwaltschaft weist in der Berufungserklärung zutreffend darauf hin, dass demgegenüber der Antrag auf Festsetzung einer Ersatzforderung gegen die X. Inc. im Urteilsspruch nicht formell abgewiesen wurde. Das spielt indes keine Rolle, weil es sich hierbei um ein offenkundiges Versehen handelt. Denn aus den Erwägungen des angefochtenen Urteils geht ohne weiteres hervor, was die Vorinstanz hat aussprechen und anordnen wollen (vgl. SG GD 6/24 S. 33 f. E. IV). Für eine Rückweisung der Sache zur Ergänzung des Dispositivs besteht unter diesen Umständen kein Anlass.

2. Die Vorinstanz wies alle Anträge auf Festsetzung von Ersatzforderungen ab, weil die Staatsanwaltschaft diese einzig aus dem vorgeworfenen doppelten Bezug von Honoraren (Anklagesachverhalt Ziff. II C) begründet habe; von diesem Vorwurf seien die Beschuldigten freigesprochen worden, so dass insoweit eine Ersatzforderung ausser Betracht falle. Mit Bezug auf die Anklagesachverhalte Ziff. II B und D sei die Festsetzung einer Ersatzforderung weder beantragt, noch seien die entsprechenden Voraussetzungen dargelegt worden. Auf Grund des Anklageprinzips könne daher keine Ersatzforderung festgesetzt werden.

Die Staatsanwaltschaft wendet dagegen in ihrer Berufung ein, das Einziehungsverfahren unterliege nicht dem Anklageprinzip; deshalb hätte die Vorinstanz von Amtes wegen über die Festsetzung von Ersatzforderungen befinden müssen. Demgemäss beantragt die Staatsanwaltschaft im Hauptpunkt, es sei die X. Inc. zu verpflichten, dem Staat eine Ersatzforderung von CHF 80’000.00 zu bezahlen; eventualiter seien die Beschuldigten A. und B. zu einer Ersatzforderung von je CHF 40’000.00 zu verpflichten. Als strafrechtliche Anlasstat bezeichnet die Anklagebehörde nunmehr die im Anklagesachverhalt Ziff. II B geschilderte Kredit- bzw. Darlehensgewährung der Y. AG an die Z. AG vom 15. August 2003.

Die X. Inc. und die Beschuldigten beantragen, die Berufung der Staatsanwaltschaft sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Kantons Zug abzuweisen. Sie begründen ihren Standpunkt im Wesentlichen gleich wie die Vorinstanz.

3. Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK abgeleiteten Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe genügend konkretisiert sind (Art. 9 Abs. 1 StPO). Das Anklageprinzip bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte der angeschuldigten Person und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden, nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (BGE 133 IV 235 E. 6.3 S. 245 mit Hinweisen).

Die Schweizerische Strafprozessordnung legt in Art. 325 StPO den Inhalt der Anklageschrift fest. Die sich aus dem Anklageprinzip ergebenden Anforderungen sind in den Buchstaben f und g dieser Bestimmung ausformuliert: Die Anklageschrift bezeichnet möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung sowie die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen. Die in Art. 326 StPO aufgeführten «Weitere(n) Angaben und Anträge» gehören nicht mehr zur eigentlichen Anklage und unterliegen demgemäss auch nicht dem Anklageprinzip und dessen Bindungswirkung (Nathan Landshut, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2010, N. 2 zu Art. 326 StPO; Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2009, N. 6 zu Art. 9 StPO und N. 2 zu Art. 326 StPO). Daraus folgt unter anderem, dass eine Einziehung oder die Festsetzung einer Ersatzforderung entgegen der

Auffassung der Vorinstanz nicht davon abhängt, ob sie von der Staatsanwaltschaft beantragt und begründet worden ist. Vielmehr sind diese Massnahmen als Teil des schweizerischen Sanktionensystems (Dritter Titel des Strafgesetzbuches) zwingend anzuordnen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 69 ff. StGB erfüllt sind und kein Ausnahmefall vorliegt (Niklaus Schmid, in: Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, 2. Auflage, Band I, Zürich 2007, N. 79 zu Art. 69, N. 11 und 98 zu Art. 70 - 72; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, Strafrecht II, 8. Aufl., 2007, S. 201). Zu beachten ist allerdings, dass den Betroffenen vorgängig das rechtliche Gehör einzuräumen ist (vgl. hierzu E. 4).

4. Der in Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 3 Abs. 2 StPO verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst u.a. das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern (BGE 132 II 485 E. 3.2; 127 I 54 E. 2b mit Hinweis; Urteil 6B_1076/2010 vom 21. Juni 2011 E. 5.2).

4.1 Wie bereits erwähnt, bezeichnet die Staatsanwaltschaft in ihrer Berufung als strafrechtliche Anlasstat nunmehr die im Anklagesachverhalt Ziff. II B geschilderte Kredit- bzw. Darlehensgewährung der Y. AG an die Z. AG vom 15. August 2003. Hinsichtlich dieses Tatvorwurfs teilte die Vorinstanz den Parteien einen Monat vor der Hauptverhandlung mit, sie behalte sich vor, den Sachverhalt auch unter dem Aspekt der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB zu würdigen (SG GD 1/11), nachdem die Staatsanwaltschaft nur eine Tatbegehung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB angeklagt hatte. Vor diesem Hintergrund musste der X. Inc. und den Beschuldigten eigentlich klar sein, dass neu eine unrechtmässige Bereicherung der X. Inc. und damit verbunden eine Vermögenseinziehung bzw. Ersatzforderung in Frage stand, auch wenn letzteres von der Vorinstanz nicht ausdrücklich gesagt wurde. In Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft hätte deshalb die Vorinstanz ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs eine solche Massnahme von Amtes wegen anordnen können.

4.2 Aber selbst wenn man dieser Argumentation nicht folgen wollte, müsste die Sache nicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückgewiesen werden, wie die Staatsanwaltschaft subeventualiter beantragt. Zu berücksichtigen ist, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Verfahrensmängel im Rechtsmittelverfahren geheilt werden können, wenn die Rechtsmittelinstanz über dieselbe Kognition verfügt wie die erste Instanz und den Betroffenen daraus kein Nachteil erwächst. Ausgeschlossen ist die Heilung nur bei besonders schwerwiegenden Verletzungen der Parteirechte (BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f. mit Hinweis).

Gemäss Art. 398 Abs. 2 StPO kann das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil in allen angefochtenen Punkten umfassend überprüfen, so dass es insoweit über dieselbe Kognition wie die erste Instanz verfügt; eine Heilung von Verfahrensmängeln im Berufungsverfahren ist deshalb möglich. Im vorliegenden Fall wurde der X. Inc. und den Beschuldigten im Rahmen der Berufungsverhandlung Gelegenheit eingeräumt, zu den beantragten Ersatzforderungen Stellung zu nehmen, wovon sie auch Gebrauch machten. Damit wäre im Berufungsverfahren eine allfällige Gehörsverletzung geheilt worden. Festzuhalten bleibt denn auch, dass weder die X. Inc. noch die Beschuldigten eine Rückweisung verlangen, sollte die Berufung der Staatsanwaltschaft gutgeheissen werden. (...)

Obergericht, Strafabteilung, 20. Dezember 2012

1.4.4 Anwaltsrecht

Art. 12 lit. d BGFA
Regeste:

Art. 12 lit. d BGFA – Fassadenanschrift Anwaltskanzlei

Aus dem Sachverhalt:

Eine Zuger Anwaltskanzlei beabsichtigte am Bürogebäude, in dem sich ihre Kanzlei befindet, die Fassadenanschrift «XY Advokatur & Notariat» anzubringen. Das Bürogebäude liegt an einer stark befahrenen Verkehrskreuzung. Am Gebäude bestehen bereits Fassadenanschriften zweier weiterer Gewerbebetriebe. Die vorgesehene Beschriftung sollte eine Gesamtlänge von ca. 9.4 m und eine Höhe von 70 cm («XY») bzw. 32 cm («Advokatur & Notariat») aufweisen und mit weissen LED-Lichtern ausgeleuchtet werden. Die Fronten sollten blau (blaues Plexiglas) und die Seitenteile vorne 1/3 weiss opal und hinten 2/3 silbern leuchten.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 12 lit. d BGFA können Anwältinnen und Anwälte Werbung machen, solange diese objektiv bleibt und solange sie dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit entspricht.

1.1 Als Werbung ist jedes Verhalten zu verstehen, das planvoll darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, die Leistungen des Werbenden in Anspruch zu nehmen. Ob diese Merkmale erfüllt sind, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung; massgebend sind objektive Kriterien (Walter Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, N 113 zu Art. 12 BGFA; Walter Fellmann, Anwaltsrecht, Bern 2010, § 2 N 369). Unter Aussenwerbung versteht man jede Werbemassnahme, welche ausserhalb von Räumen oder Gebäuden erfolgt. Zu denken ist v.a. an Geschäfts- und Reklameschilder, Lichtreklamen, Plakate und Transportmittelwerbung (Schütz, Anwaltswerbung in der Schweiz - UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA?, Diss. Zürich 2010, S. 323). Die von der Beschwerdeführerin geplante Fassadenbeschriftung fällt unter diese Definition der Aussenwerbung. Es handelt sich um eine Fassadenbeschriftung an einer vielbefahrenen Verkehrskreuzung, die einer unbestimmten Anzahl Personen zur Kenntnis gebracht werden soll.

1.2 Nach Art. 12 lit. d BGFA muss die Anwaltswerbung objektiv bleiben. Das Bundesgericht hat offen gelassen, ob angesichts dieser Formulierung wie bis anhin in vielen kantonalen Erlassen die aufdringliche, marktschreierische Werbung verboten bleibt, oder ob damit lediglich geradezu unlautere bzw. täuschende Werbung untersagt ist (vgl. Entscheid Nr. 2A.98/2006, Erw. 4, vom 24. Juli 2006). Nach Fellmann bedeutet der Vorbehalt der Objektivität, dass der Anwalt an die Grundsätze des UWG gebunden ist. Anwaltswerbung dürfe daher nicht unlauter sein. Sie dürfe den Klienten nicht täuschen und habe den Grundsatz von Treu und Glauben zu respektieren (Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], a.a.O., N 115; Fellmann, Anwaltsrecht, a.a.O., § 2 N 372; Fellmann, Recht der Anwaltswerbung im Wandel, in: AJP 2/1998 S. 182). Bernhart weist darauf hin, dass bei Rechtsanwälten Werbung mit einer besonderen Aktivierungserzeugung oder Suggestivkraft nicht erlaubt sein solle. Weder in gestalterischer noch inhaltlicher Hinsicht sollten intensive Reize eingesetzt werden können. Ein wesentlicher Aspekt der Anwaltswerbung liege somit auf der formalen Sachlichkeit. Deshalb könnten auch Praxisschilder und Hinweistafeln hinsichtlich Gestaltung, Grösse und Anbringung als unzulässig qualifiziert werden (Die professionellen Standards des Rechtsanwalts, Ein Handbuch zum Anwaltsrecht, 2. A., Zürich 2011, S. 150).

1.3 Neben dem Erfordernis der Objektivität verlangt Art. 12 lit. d BGFA, dass die Anwaltswerbung «dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit entspricht». Dies ist immer dann der Fall, wenn die Werbung Informationen über Identität, Ausbildung, Qualifikation, Tätigkeitsgebiete und Spezialisierungen des Anwalts enthält. Was darüber hinaus noch vom Begriff des Informationsbedürfnisses umfasst wird, muss durch das Publikum bzw. den Nachfrager festgelegt werden. Da die vom Rechtsuchenden festzulegenden Kriterien subjektiv sind, können die Inhalte des Informationsbedürfnisses zahlreich und sehr unterschiedlich sein (Hauser, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Anwaltsrechts, Diss. Zürich/St. Gallen 2008, N 310; vgl. auch Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 1496 und FN 693). Werbung entspricht beispielsweise einem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit, wenn es um ein politisch und planerisch sehr aktuelles Thema handelt, an welchem breite Kreise der Bevölkerung grosses Interesse und auch Engagement zeigen (Projektierung von Anflugszonen; vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 5. Juli 2007) oder wenn

sich ein Anwalt anlässlich eines Informationsabends an eine bestimmte Gruppe von möglichen Klienten wendet, welche erschienen sind, um sich über ein besprochenes Problem und damit verbunden für allfällige Entschädigungsverfahren zu informieren (vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 6. Mai 2004, publiziert in ZR 104 [2005] Nr. 40).

1.4 Das BGFA enthält keine spezielle Bestimmung zur anwaltlichen Aussenwerbung. Aus der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA wird aber die Pflicht zur Führung einer Kanzlei abgeleitet. Die herrschende Lehre ist der Auffassung, dass es zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufausübung eines Anwalts gehört, auf seine Anwaltskanzlei mit einem Geschäftsschild hinzuweisen. Das Anbringen eines Kanzleischildes ist somit nicht nur zulässig, sondern berufsrechtlich geboten. Das BGFA lässt aber offen, welchen formellen Anforderungen solche Kanzleischilder genügen müssen. Zudem ist daraus nicht ersichtlich, ob auch andere Formen von Aussenwerbung zulässig sind. Diese Fragen bleiben der Auslegung von Art. 12 lit. d BGFA überlassen. Nach Schütz ist das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit bei allen Formen der anwaltlichen Aussenwerbung zu bejahen, unabhängig davon, ob Hinweise auf Plakaten, Banden oder Transportmitteln erfolgen. Eine höherer Schranke stelle hier das Objektivitätserfordernis von Art. 12 lit. d BGFA dar. Die Zulässigkeit des Kanzleischildes könne dabei sicher bejaht werden. Fraglich sei jedoch, ob ein solches beleuchtet werden dürfe und welchen weiteren gestalterischen und inhaltlichen Voraussetzungen dieses unterliege (vgl. Schütz, a.a.O., S. 324 f.).

2.1 Die Vorinstanz prüfte das Kriterium der Objektivität unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten und kam zum Schluss, dass kein Verstoss gegen das UWG vorliege.

2.1.1 Wie in Erw. 1.2 hiervor dargelegt, hat das Bundesgericht in seinem Entscheid aus dem Jahre 2006 offen gelassen, ob angesichts der Formulierung von Art. 12 lit. d BGFA wie bis anhin in vielen kantonalen Erlassen die aufdringliche, marktschreierische Werbung verboten bleibe oder lediglich unlautere bzw. täuschende Werbung untersagt sein solle. In seiner bisherigen Rechtsprechung zu den Schranken der Werbetätigkeit von Anwälten hat das Bundesgericht aber stets betont, das Publikum solle darauf vertrauen können, dass Rechtsanwälte, wenngleich Gewerbetreibende, sich in ihrer Berufsausübung nicht von Gewinnstreben beherrschen liessen, sondern in erster Linie ihrer Verantwortung als «Diener des Rechts» und «Mitarbeiter der Rechtspflege» wahrnehmen und in dieser Funktion die Rechtsuchenden bei der Verfolgung ihrer subjektiven Rechtsschutzinteressen beraten und unterstützen würden, sie gegebenenfalls aber auch davon abhalten sollten, aussichtslose Prozesse zu führen. Kommerzielle Werbemethoden dürften darum im Interesse des Schutzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und zur Erhaltung der Vertrauenswürdigkeit und der Unabhängigkeit der Anwaltschaft ausgeschlossen werden, während zurückhaltende und sachlich zutreffende Werbung dem Bedürfnis des Publikums nach Informationen entgegenkomme und dem Anwalt deshalb nicht grundsätzlich verwehrt werden könne (vgl. BGE 123 I 16 f.). An diesen Kriterien ist die vorgesehene Fassadenbeschriftung zu messen.

2.1.2 Die von der Beschwerdeführerin beabsichtigte Fassadenbeschriftung weist auf Firmenname und Tätigkeit der Anwaltskanzlei hin («XY Advokatur und Notariat»). Solche Texte für Kanzleibeschriftungen sind durchaus üblich, insbesondere auch der Zusatz «Notariat», kann doch im Kanton Zug die öffentliche Beurkundung auch durch freiberufliche Anwälte ausgeübt werden (vgl. § 7 des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen vom 3. Juni 1946, BGS 223.1). Der Text ist weder irreführend noch täuschend und enthält auch keine übermässig aggressiven Angaben, wie die Vorinstanz zutreffend festhält. Fraglich ist indes, ob die beabsichtigte Beschriftung hinsichtlich Gestaltung, Grösse und Anbringung noch als zulässig qualifiziert werden kann. Die vorgesehene Beschriftung hat eine Gesamtlänge von ca. 9.4 m und eine Höhe von 70 cm («XY») bzw. 32 cm («Advokatur und Notariat»). Zudem sollen die Fronten blau (blaues Plexiglas) und die Seitenteile vorne 1/3 opal und hinten 2/3 silber leuchten. Schliesslich stehen die Buchstaben 10 cm von der Fassade ab. Die Vorinstanz führte aus, auch wenn die beabsichtigte Firmenbeschriftung kleiner ausgestaltet und diskreter hätte platziert werden können, sei sie deswegen noch nicht unlauter, und auch der Umstand, dass die Firmenbeschilderung im Bereich des öffentlichen Verkehrsraums von einem unbestimmten Publikum als Blickfangwerbung wahrgenommen werde, stelle für sich genommen noch keinen Verstoss gegen das UWG dar. Dem ist

zwar grundsätzlich beizupflichten. Indes wird damit nur das Kriterium der Lauterkeit beleuchtet. Anwaltswerbung muss nach dem Gesetzestext aber insgesamt «objektiv» sein. Sie hat daher wie in Erw. 1.2 hiervor dargelegt auch dem Erfordernis der formalen Sachlichkeit zu genügen, d.h. bei der Anwaltswerbung dürfen weder in gestalterischer noch inhaltlicher Hinsicht intensive Reize eingesetzt werden. Die von der Beschwerdeführerin beabsichtigte Fassadenbeschriftung ist aussergewöhnlich gross, soll hell beleuchtet und im dritten Stock eines Gewerbe- und Dienstleistungsgebäudes an einer stark befahrenen Verkehrskreuzung angebracht werden. Eine solche Beschriftung ist nicht zurückhaltend und entspricht daher dem Erfordernis der formalen Sachlichkeit nicht.

2.1.3 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen: Ein Vergleich mit den beiden bereits bestehenden Schriftzügen am Gebäude hinkt von vornherein, weil es sich bei diesen Gesellschaften nicht um Anwaltskanzleien handelt. Die Beschriftung der Zürcher Anwaltskanzlei «A & B», auf welche die Beschwerdeführerin verweist, ist sodann deutlich kleiner und bezüglich Gestaltung und Anbringung zurückhaltender als die vorgesehene Fassadenbeschriftung der Beschwerdeführerin, und die Aussenbeschriftung der Kanzlei «C & Partner» in D. mag in Deutschland zulässig sein, entspricht aber hinsichtlich Ausmass und Grösse nicht den schweizerischen Gepflogenheiten. Aus der Bestätigung der E. AG geht ferner einzig hervor, dass «eine zusätzliche Beschriftung an dem derzeit vorhandenen Aufhänger (. . .) nicht möglich» sei. Dass eine andere - zurückhaltende - Kanzleibeschriftung als die Fassadenbeschriftung ausgeschlossen ist, lässt sich dieser Bestätigung nicht entnehmen. Im Übrigen kann es nicht darauf ankommen, ob eine Beschriftung durch eine Drittperson erlaubt wird oder nicht. Die Dimensionen der vorgesehenen Fassadenbeschriftung (9.4 m x 70 cm bzw. 32 cm) lassen auch einen Vergleich mit dem von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 26. April 2010 nicht zu, in dem es um eine Tafel auf einem Golfplatz (40 cm x 20 cm) und um eine Klebefolie auf der Rückseite eines Postautos (80 cm x 200 cm) ging. Nicht zu vergleichen mit der vorliegend zu beurteilenden Aussenwerbung ist auch die Werbung im NZZ Folio vom April 2012. Die anwaltliche Pressearbeit wird in der Rechtspraxis vorwiegend durch die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA und nicht durch Art. 12 lit. d BGFA beschränkt (vgl. Schütz, a.a.O., S. 343). Schliesslich steht dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin die Rückmeldung erhalten habe, Mandanten würden die Kanzlei nicht finden, entgegen, dass die modernen Navigationsgeräte den Weg auch ohne auffällige Beschriftungen weisen. Der vorgesehenen «Praxisbeschilderung» fehlt es mithin an der erforderlichen Zurückhaltung und formalen Sachlichkeit, weshalb sie das Kriterium der Objektivität im Sinne von Art. 12 lit. d BGFA nicht erfüllt.

2.2 Die Vorinstanz hielt sodann fest, die geplante Firmenbeschriftung widerspreche der Intention des Gesetzgebers, wonach Anwaltswerbung nur zugelassen sei, wenn sie dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit entspreche. Dem ist beizupflichten. Die Einschränkung der Anwaltswerbung durch das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit ist vor dem Hintergrund der vormaligen Werberestriktionen zu sehen. Werbeschranken wurden zur Hauptsache mit der Aufrechterhaltung der Würde des Anwaltsberufes bzw. des Ansehens des Berufsstandes begründet, weshalb eine Kommerzialisierung des Anwaltsberufs verhindert werden sollte. Ferner sollte das Vertrauen in den Anwalt sowie dessen Unabhängigkeit und Selbstverantwortlichkeit nicht beeinträchtigt werden. Schliesslich waren die entsprechenden Werbeschranken aus standesrechtlichen Gründen mit weitestgehendem Freihalten von Konkurrenz bzw. dem Aufrechterhalten eines faktischen Konkurrenzverbots begründet (vgl. Hauser, a.a.O., N 270 f.). Eine völlige Liberalisierung der Werbung, wie sie offenbar der Beschwerdeführerin vorschwebt, hat der Gesetzgeber nicht gewollt. Grundsätzlich besteht zwar ein Bedürfnis der Öffentlichkeit, dass Anwaltskanzleien beschriftet werden. Vorliegend handelt es sich indes nicht um eine gewöhnliche Kanzleibeschriftung, sondern angesichts der Grösse, Gestaltung und Anbringung um eine eigentliche Aussenwerbung. Ein Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit für eine solche Werbung ist nicht ersichtlich. Die vorgesehene Firmenbeschriftung ist von einer unbestimmten Vielzahl von Verkehrsteilnehmern (Autofahrer, Motorradfahrer, Velofahrer, Fussgänger) einsehbar. Die Gruppe derjenigen Verkehrsteilnehmer der Kreuzung, welche die Anwaltskanzlei der Beschwerdeführerin zum ersten Mal oder nach sehr langer Zeit wieder einmal aufsuchen, ist verschwindend klein. Die meisten Verkehrsteilnehmer der Kreuzung sind nicht auf eine Beschriftung des Gebäudes im Sinne einer

«Kanzleibeschriftung» angewiesen. Sie haben kein Bedürfnis an einer solchen Information. Damit fehlt es am erforderlichen Kriterium des Informationsbedürfnisses im Sinne von Art. 12 lit. d BGFA.

2.3 Zusammenfassend ist mithin die Feststellung der Vorinstanz, dass die beabsichtigte Firmenbeschriftung der Beschwerdeführerin gegen die Berufsregeln gemäss Art. 12 lit. d BGFA verstosse, nicht zu beanstanden.

II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug, Urteil vom 14. Juni 2012