Kanton Zug

Buch GVP 2013

Buch GVP 2013

Inhalt

2	**Verwaltungspraxis**	3
2.1	Grundlagen, Organisation, Gemeinden	3
2.1.1	Personalrecht	3
2.1.2	Gemeinden	10
2.2	Strafrecht	12
2.2.1	Bau- und Planungsrecht	12
2.3	Schule, Kultur, Natur- und Heimatschutz, Kirche	12
2.3.1	Volksschule	12
2.3.2	Schulrecht	15
2.4	Raumplanung, Bauwesen, Gewässer, Energie, Verkehr	17
2.4.1	Bau- und Planungsrecht	17
2.4.2	Verfahrensrecht	27

2 Verwaltungspraxis

2.1 Grundlagen, Organisation, Gemeinden

2.1.1 Personalrecht

§§ 11 und 12 des Personalgesetzes
Regeste:

§§ 11 und 12 des Personalgesetzes – öffentliches Personalrecht; nichtige Kündigung. Prüfung von Amtes wegen, ob eine Kündigung nichtig sei (Erw. 3.1.). Es ist unerheblich, ob das Amt Y und/oder die Direktion X im Zeitpunkt des Aussprechens der Kündigung um die Krankheit der Beschwerdeführerin wussten. Ein Nichtwissen ändert nichts am Aussprechen der Kündigung während der Sperrfrist und den entsprechenden rechtlichen Folgen (Erw. 3.4.).

Aus dem Sachverhalt:

1.1. Frau T. arbeitete ab 1. Mai 2010 in einem unbefristeten Vollpensum als «jur. Sachbearbeiterin» bei der Direktion X, Amt Y. Eine juristische Ausbildung hatte Frau T. allerdings nicht.

1.2. Am 29. Dezember 2011 fand im Amt Y eine Besprechung statt, an welcher Frau T. (Mitarbeiterin Abteilung Z), Herr M. (Leiter-Stv. Abteilung Z) sowie Herr K. (Leiter Abteilung Z) teilnahmen. Folgende Punkte waren Thema dieser Besprechung: Informationsveranstaltung, Arbeit am 31. Oktober 2011, Arbeitszeiterfassung, Ferientag am 21. Dezember 2011, Verhalten bei Büro-Abwesenheiten, Arbeitsqualität sowie Beurkundungstätigkeit. Am 12. November 2012 und am 26. November 2012 fanden weitere Besprechungen statt, an welchen Frau P. (Amtsleiterin Amt Y), Frau T. sowie Herr K. teilnahmen. Thema dieser Besprechungen war die Arbeitsleistung von Frau T.

1.3. Am 16. Januar 2013 wurde Frau T. das rechtliche Gehör gewährt. Mit Schreiben vom 7. Februar 2013 nahm Frau T. noch schriftlich Stellung.

1.4. Mit Verfügung vom 26. Februar 2013 löste die Direktion X das Arbeitsverhältnis mit Frau T. per 31. Mai 2013 auf. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, im ersten Jahr der Anstellung habe Frau T. für ihre Leistungen einen guten Beurteilungswert erhalten. Seit Ende 2011 müssten ihre Leistungen als Fachspezialistin dauerhaft als ungenügend bewertet werden. Sie sei häufig krankheitsbedingt abwesend; die Mitteilungen über diese Abwesenheiten erfolgten oft sehr spät oder gar nicht.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

II.

1. Ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis endigt gemäss § 8 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG; BGS 154.21) durch schriftliche Kündigung seitens der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters oder seitens des Kantons. Der Kanton kann das Arbeitsverhältnis gemäss § 10 Abs. 1 PG unter Einhaltung der für den Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine kündigen. Vor der Kündigung ist dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren und die Kündigung ist zu begründen (§ 10 Abs. 3 PG). Bevor eine Kündigung ausgesprochen wird, ist die Angemessenheit weniger weitreichender Massnahmen zu erwägen wie Ermahnung, Verwarnung, Rüge, Verweis, Gehaltskürzungen, Aufschub oder Verweigerung der Treue- und Erfahrungszulage, Zuweisung anderer Arbeit, Versetzung an eine andere Stelle (Funktionsänderung) oder Androhung der Entlassung (§ 10 Abs. 4 PG). Eine Kündigung ist, wenn sie während bestimmter Sperrfristen ausgesprochen wird, nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung (§§ 11 und 12 PG). Die Kündigung ist gemäss § 13 PG missbräuchlich, wenn Verfahrensvorschriften verletzt

wurden oder wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt, insbesondere wenn sie ausgesprochen wird wegen einer persönlichen Eigenschaft oder wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, es sei denn, die Eigenschaft oder die Rechtsausübung beeinträchtige wesentlich die Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis oder die Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (Bst. a), oder wenn sie erfolgt, um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis und deren Geltendmachung nach Treu und Glauben zu erschweren oder zu verunmöglichen (Bst. b). Eine missbräuchliche Kündigung begründet Anspruch auf Entschädigung, die sich nach der Anzahl der zurückgelegten Dienstjahre bemisst (§ 14 Abs. 1 und 2 PG); ein Anspruch auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses kann aus einer missbräuchlichen Kündigung nicht abgeleitet werden und Beschwerden gegen eine solche Kündigung haben keine aufschiebende Wirkung (§ 14 Abs. 3 PG). Wird bei Beschwerden gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rechtsverletzung festgestellt, so sind mit dem Feststellungsentscheid gleichzeitig die gemäss diesem Gesetz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldeten finanziellen Leistungen zuzusprechen; unter Vorbehalt der Nichtigkeit ist die Aufhebung der das Arbeitsverhältnis beendigenden Verfügung ausgeschlossen (§ 70 Abs. 3 PG).

(. . .)

3.1. Obwohl sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Standpunkt stellt, die Kündigung sei nichtig, ist dies nachfolgend von Amtes wegen zu prüfen, denn der Regierungsrat überprüft die angefochtenen Verfügungen und Entscheide mit uneingeschränkter Kognition.

3.2. Die Kündigung seitens des Kantons ist unter Vorbehalt einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung aus wichtigen Gründen nichtig, wenn sie während der folgenden Sperrfrist ausgesprochen wird: während 30 Tagen im 1. Dienstjahr, während 90 Tagen im 2. bis 5. Dienstjahr und während 180 Tagen ab dem 6. Dienstjahr im Falle unverschuldeter ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall (§ 11 Bst. c PG). Die Kündigung, die während einer Sperrfrist erklärt wird, entfaltet keine Rechtswirkung (§ 12 Abs. 1 PG).

Bei der Formulierung dieses Tatbestandes orientierte sich der Gesetzgeber erklärtermassen am Zivilrecht, da der Beamtenstatus abgeschafft und das Arbeitsrecht des kantonalen Personals dem Obligationenrecht angeglichen werden sollte. Die Regelung des Kündigungsschutzes bei Krankheit und Unfall ist denn auch praktisch identisch mit Art. 336 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 OR: Der Kündigungsschutz ist demnach absolut und bedeutet, dass eine während einer Sperrfrist ausgesprochene Kündigung wirkungslos ist; die bzw. der Mitarbeitende verbleibt am Arbeitsplatz. Eine während einer Sperrfrist verfügte Kündigung wird nach Ablauf dieser Frist auch nicht ohne weiteres wirksam; vielmehr müsste nach Ablauf der Frist eine neue ordentliche Kündigung unter Einhaltung der Fristen und Termine erfolgen. Selbst bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zur Kündigung wird somit auf Personen mit erhöhtem Schutzbedürfnis Rücksicht genommen (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Februar 1994 zum Personalgesetz; Vorlage Nr. 130.4 – 8257, S. 25 und 52 f.). Die Sperrfrist bei Krankheit und Unfall wird damit begründet, dass die Arbeitsunfähigkeit der bzw. des Arbeitnehmenden bei vernünftiger Betrachtungsweise eine Neuanstellung wegen der Ungewissheit über Dauer und Mass der Arbeitsunfähigkeit als unwahrscheinlich erscheinen lasse (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 8 zu Art. 336c OR mit zahlreichen Hinweisen).

Ob die Kündigung in die Sperrfrist fällt und damit nichtig ist oder ob sie noch vorher wirksam wurde und nur die Kündigungsfrist unterbrochen wird, bestimmt sich nach dem Zugang der Kündigung beim Empfänger (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 336c OR).

(. . .)

3.3. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin diverse Arztzeugnisse abgegeben, welche für das Jahr 2013 eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund Krankheit für die Zeit vom 3. Januar bis 10. Januar 2013 und danach ab dem 17. Januar 2013 belegen. Offenbar fehlt lediglich für die Abwesenheit vom 5. März bis

8. März 2013 ein Arztzeugnis.

Gemäss dem hier massgebenden Arztzeugnis vom 4. März 2013 war die Beschwerdeführerin seit dem 25. Februar 2013 aufgrund einer ärztlichen Untersuchung vom 4. März 2013 für eine Woche total arbeitsunfähig infolge Krankheit; die Krankheit dauerte also bis zum 4. März 2013. Die Kündigung datiert vom 26. Februar 2013, wurde gleichentags versandt und von der Beschwerdeführerin am 1. März 2013 entgegen genommen. Damit war die Beschwerdeführerin bei Zugang der Kündigung krank.

Die Beschwerdeführerin hatte am 1. Mai 2010 ihre Arbeit aufgenommen, befand sich also im Zeitpunkt der Kündigung im dritten Dienstjahr. Damit dauerte die Sperrfrist 90 Tage.

Die Beschwerdeführerin war im Jahr 2011 unbestrittenermassen an insgesamt 66.5 Tagen krank, wobei sich die krankheitsbedingten Abwesenheiten im Jahr 2011 auf sämtliche zwölf Monate verteilten und es sich um zahlreiche und oft nur kurze Abwesenheiten handelte. Im Jahr 2012 war die Beschwerdeführerin an insgesamt 74 Arbeitstagen krankheitsbedingt abwesend, wiederum verteilt auf sämtliche zwölf Monate. Im Jahr 2013 war die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen an vier Arbeitstagen im Büro anwesend bzw. bis zum 25. Februar 2013 an 34 Arbeitstagen krank, mithin an vier Arbeitstagen im Büro. Damit waren die Absenzen in den Jahren 2011 und 2012 für die Berechnung der Sperrfrist je einzeln zu berücksichtigen. Im Jahr 2013 war die Beschwerdeführerin offensichtlich vom 3. bis zum 10. Januar 2013 und dann seit dem 17. Januar 2013 krank, weshalb für die Berechnung der Sperrfrist die Krankheitstage seit dem 17. Januar 2013 zu berücksichtigen sind. Der letzte Tag der 90 Tage dauernden Sperrfrist war damit der 26. April 2013.

Damit wurde die Kündigung während einer Sperrfrist ausgesprochen.

3.4. Die Beschwerdegegnerin hält einer allfälligen Nichtigkeit entgegen, entgegen einer entsprechenden Zusicherung sei die Beschwerdeführerin am 25. Februar 2013 nicht zur Arbeit erschienen. Erst mit dem Erhalt des Arztzeugnisses vom 4. März 2013 sei das Amt Y über deren erneute Krankheit und Abwesenheit seit dem 25. Februar 2013 in Kenntnis gesetzt worden. Im Zeitpunkt der Verfügung der Kündigung sei eine allfällige Krankheit dem Amt Y und der verfügenden Direktion X nicht bekannt gewesen.

Es ist unerheblich, ob die bzw. der Arbeitnehmende von seiner Krankheit weiss oder die bzw. der Arbeitgebende darüber informiert ist. Auch die unterlassene Information der bzw. des Arbeitgebenden über die Arbeitsverhinderung führt deshalb nicht zu einem Dahinfallen des zeitlichen Kündigungsschutzes, auch wenn die Unterlassung eine Verletzung der Treuepflicht darstellen und unter Umständen eine Schadenersatzpflicht begründen kann (Streiff/von Kaenel/ Rudolph, a.a.O., N 8 zu Art. 336c OR).

Damit ist klar, dass es unerheblich ist, ob das Amt Y und/oder die Direktion X im Zeitpunkt des Aussprechens der Kündigung um die Krankheit der Beschwerdeführerin wussten. Ein Nichtwissen ändert nichts am Aussprechen der Kündigung während der Sperrfrist und den entsprechenden rechtlichen Folgen.

3.5. Die Beschwerdeführerin stellt die Frage in den Raum, weshalb nach dem Dezember 2011 keine vertrauensärztliche Untersuchung mehr erfolgte, nachdem sie in den Jahren 2012 und 2013 so häufig krank gewesen sei.

Gemäss § 58bis Abs. 2 PG können bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall periodisch weitere Arztzeugnisse verlangt oder Untersuchungen durch die Kantonsärztin oder den Kantonsarzt oder durch Spezialistinnen oder Spezialisten angeordnet werden.

§ 58bis Abs. 2 PG ist eine Kann-Bestimmung. Die bzw. der Arbeitgebende hat also keine Verpflichtung, eine vertrauensärztliche Untersuchung anzuordnen. Der Verzicht auf eine vertrauensärztliche

Untersuchung hat allerdings zur Folge, dass grundsätzlich auf die von der Beschwerdeführerin abgegebenen Arztzeugnisse abzustellen ist (sog. «Anscheinsbeweis»), solange nicht begründete Zweifel an deren Richtigkeit geweckt wurden. Vorliegend besteht kein Anlass, die überreichten Arztzeugnisse anzuzweifeln, nachdem die Beschwerdegegnerin die Richtigkeit der Zeugnisse nie bestritten hat (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 12 zu Art. 324a/b OR).

3.6. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zu 100 % arbeitsunfähig war, so dass die Kündigung während der Sperrfrist gemäss § 11 Bst. c PG erfolgte. Die Kündigung erweist sich demzufolge grundsätzlich als nichtig, es sei denn, die in § 11 PG genannten Vorbehalte wären anwendbar. Eine fristlose Entlassung aus wichtigen Gründen, die auch während einer Sperrfrist zulässig wäre, hat die Beschwerdegegnerin nicht ausgesprochen. Im Weiteren ist nicht erkennbar und wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht, dass die Krankheit bzw. die Arbeitsunfähigkeit durch die Beschwerdeführerin selbst verschuldet worden wäre. Damit ist keiner der beiden Vorbehalte, die eine Kündigung trotz Sperrfrist zulassen würden, erfüllt und es bleibt bei der Nichtigkeit der Kündigung. Die Kündigung wurde somit während einer Sperrfrist ausgesprochen, ist deshalb nichtig und entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Dies bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin weiterhin bestand und erst nach Ablauf der Sperrfrist von 90 Tagen – d.h. ab dem 27. April 2013 – gekündigt werden konnte, wobei bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall gemäss § 58 PG bestehen bleibt. Die Beschwerde erweist sich damit insofern als begründet, als die Kündigung als nichtig zu betrachten ist. Eine Entschädigung infolge missbräuchlicher Kündigung ist aber nicht zuzusprechen, denn bei diesem Ausgang des Verfahrens kann und muss offen bleiben, ob die Kündigung auch rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 13 PG zu qualifizieren gewesen wäre.

Entscheid des Regierungsrates vom 9. Juli 2013

§§ 19 und 28 PG, § 21 Abs. 4 Arbeitszeitverordnung, § 31 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts, § 11 GO RR
Regeste:

§§ 19 und 28 PG, § 21 Abs. 4 Arbeitszeitverordnung, § 31 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes, § 11 GO RR – Mit der Genehmigung einer Vereinbarung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einem Amtsleiter hat der Regierungsrat materiell über die darin geregelten Punkte – im vorliegenden Fall den Ferienbezug – entschieden. Ergeben sich im Nachhinein Unklarheiten über den Inhalt der getroffenen Vereinbarung, so hat der Regierungsrat diese analog der Bestimmung über die Erläuterung von Verwaltungsgerichtsurteilen zu erläutern (vgl. Erw. B). Ein Regierungsratsmitglied, das sich vor Erlass eines Erläuterungsbeschlusses des Regierungsrates bereits gegenüber dem Amtsleiter zum Inhalt der getroffenen Regelung geäussert hat, gilt als vorbefasst. Das gegen dieses gestellte Ausstandsbegehren ist gutzuheissen (vgl. Erw. C). Der in Auflösungsvereinbarungen durchaus gebräuchliche Satz «Mit der Freistellung werden sämtliche Ferien- und Überstunden/-zeitansprüche vollumfänglich abgegolten» lässt im vorliegenden Fall bezüglich des Ferienbezuges keinerlei Raum für Interpretationen offen und erscheint völlig unzweideutig. Dies insbesondere vor dem Hintergrund des grundsätzlichen Entschädigungsverbots für nicht bezogene Ferien und der Treue- bzw. Interessenwahrungspflicht der Mitarbeitenden, aber auch wegen des Verhältnisses von Umfang des Ferienanspruchs zur Dauer der Freistellung des Amtsleiters im konkreten Fall (vgl. Erw. D).

Aus dem Sachverhalt:

Das Arbeitsverhältnis von XY, Leiter des Amtes A bei der Direktion B wurde mittels einer vom Regierungsrat am 3. April 2012 genehmigten Vereinbarung per 31. Dezember 2012 einvernehmlich aufgelöst. In Ziffer 2 der Vereinbarung wurde festgehalten, dass XY bei Anspruch auf Lohnzahlung bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses ab 1. Juli 2012 von seinen Arbeitsverpflichtungen freigestellt wird und

dass mit der Freistellung sämtliche Ferien- und Überstunden/-zeitansprüche vollumfänglich abgegolten werden. Ferner erklärten sich die Parteien in Ziffer 10 mit dem Vollzug vorstehender Vereinbarung als per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche auseinandergesetzt.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2012 an den Regierungsrat beantragte XY, es seien ihm die 15 Tage Ferien, die ihm bis Ende Juni 2012 zugestanden hätten und die er nicht habe beziehen können, auszuzahlen. Eine Kopie des Gesuches liess er der Direktion B zukommen. Die Direktion B teilte XY mit Schreiben vom 27. Dezember 2012 mit, dass keine Ferientage mehr ausbezahlt würden. Zur Begründung verwies sie auf Ziffer 2 der am 30. März bzw. 5. April 2012 getroffenen Vereinbarung.

Mit Schreiben vom 3. Januar 2013 gelangte XY wiederum an den Regierungsrat. Er beantragte darin, der Regierungsrat habe über das Gesuch um Auszahlung der bis 1. Juli 2012 nicht bezogenen 15 Ferientage einen formellen Entscheid in der Sache zu treffen. Bei der Behandlung dieses Gesuchs habe die Vorsteherin/der Vorsteher der Direktion B in den Ausstand zu treten. Zur Begründung der Gesuche führte er aus, dass er den damaligen Vorschlag der Direktion B dahingehend verstanden habe, dass alle Ansprüche, die zwischen dem Zeitpunkt der Freistellung und dem offiziellen Ende der Anstellung (31. Dezember 2012) entstehen könnten, mit der Freistellung abgegolten sein sollten. Damit sei aber auch gesagt, dass die gesetzlich zustehenden Ferien vor dem Freistellungsdatum nicht als abgegolten gelten könnten. Mit der Antwort vom 27. Dezember 2012 habe sich die Vorsteherin/der Vorsteher der Direktion B in dieser Sache so klar festgelegt, dass sie/er sich an der Entscheidfindung im Regierungsrat nicht mehr vorbehaltlos beteiligen könne.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

B. Der Regierungsrat entscheidet über individuelle Personalgeschäfte der Amtsleiterinnen und Amtsleiter (§ 2 Abs. 3 Bst. e der Delegationsverordnung vom 23. November 1999; BGS 153.3).

Die Frage des Ferienbezuges wurde zwischen der Direktion B und XY in Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung geregelt. Mit der Genehmigung dieser Vereinbarung im Beschluss vom 3. April 2012 hat der Regierungsrat in dieser Frage bereits materiell entschieden. Wie die Ausführungen von XY zu Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung zeigen, erscheint diese aber offenbar unklar, weshalb sie der Erläuterung bedarf. Da in der Zuger Verwaltungsrechtspflege nur die Erläuterung von Verwaltungsgerichtsurteilen ausdrücklich geregelt ist (§ 31 der Geschäftsordung des Verwaltungsgerichts vom 14. Januar 1977; BGS. 162.11), erfolgt die Erläuterung von Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung analog der vorgenannten Bestimmung.

C. Gemäss § 31 Abs. 1 der Geschäftsordung des Verwaltungsgerichts wird ein Urteil von der betreffenden Kammer auf Antrag oder von Amtes wegen erläutert, wenn es unklar ist oder Widersprüche enthält. In Analogie zu dieser Bestimmung ist für die Erläuterung von Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung demnach der Gesamtregierungsrat zuständig.

Der Ausstand von Regierungsratsmitgliedern ist in § 11 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (GO RR, BGS 151.1) geregelt. Danach hat ein Mitglied des Regierungsrates in den Ausstand zu treten in eigener Sache (Ziff. 1) oder wenn es mit einer am Geschäft interessierten Person in einem nahen Verwandtschaftsverhältnis steht (Ziff. 2). Zusätzlich haben die Privaten einen aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleiteten bundesrechtlichen Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Verwaltungsbehörde (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N 1668; BGE 127 I 196). Im Zusammenhang mit diesen bundesrechtlichen Mindestanforderungen betreffend Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Behördenmitgliedern ist klar zu trennen, ob ein Behördenmitglied mit einer Angelegenheit i.e.S. vorbefasst ist, was bedeutet, dass es tatsächlich am Vorentscheid mitgewirkt hat, oder ob es lediglich eine

systembedingte oder institutionelle Nähe zum Entscheidträger aufweist, also der gleichen Verwaltungseinheit angehört oder dieser vorsteht (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich 2002, S. 164).

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

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

Die Vorsteherin/der Vorsteher der Direktion B hat mit Schreiben vom 27. Dezember 2012 in der vorliegenden Frage einen Entscheid getroffen und Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung erläutert. Obwohl diese Erläuterung keine Gültigkeit hat, ist von einer Vorbefassung i.e.S. auszugehen, zumal kaum anzunehmen ist, dass sie/er in der Gesamtbehörde einen anderen Standpunkt einnehmen wird als sie/er ihn im Schreiben vom 27. Dezember 2012 vertreten hat. Dem Ausstandsbegehren von XY wird deshalb wegen Vorbefassung entsprochen.

D. Der Ferienbezug ist mit der oder dem Vorgesetzten rechtzeitig abzusprechen. Dabei ist auf die betrieblichen sowie auf die persönlichen Interessen angemessen Rücksicht zu nehmen. Bei Uneinigkeit entscheidet die übergeordnete Stelle. Für nicht bezogene Ferien wird keine Entschädigung ausgerichtet, ausgenommen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn die Ferien aus betrieblichen Gründen, wegen Krankheit oder Unfall nicht mehr vor Ablauf der Kündigungsfrist oder der Vertragsdauer bezogen werden können bzw. konnten (§ 21 Abs. 1 und 4 der Verordnung über die Arbeitszeit, BGS 154.214).

Zweck der Ferien ist die Erholung der Arbeitnehmenden. Die Ferien dürfen deshalb während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geld abgegolten werden, sondern sind tatsächlich zu beziehen. Auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gilt grundsätzlich das Abgeltungsverbot. Es ist indessen im Einzelfall in Berücksichtigung der konkreten Umstände einzuschränken. So sind die Ferien nach Lehre und Rechtsprechung in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. Dabei spielt eine Rolle, dass Arbeitnehmende in dieser Zeit die Möglichkeit haben müssen, nach einer neuen Stelle zu suchen (Art. 329 Abs. 3 OR). Diesem Anspruch der Arbeitnehmenden kommt Vorrang gegenüber dem Ferienbezug zu und insoweit wird das Abgeltungsverbot eingeschränkt. Bei einer Freistellung verzichten die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber in ihrem bzw. seinem eigenen Interesse auf die Arbeitsleistung der oder des Arbeitnehmenden. Die Aufhebung der Arbeitspflicht der oder des Arbeitnehmenden hat indessen nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge. Alle übrigen Pflichten der oder des Arbeitnehmenden bleiben deshalb bestehen, soweit sie nicht unmittelbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung zusammenhängen. Bei der oder dem Freigestellten steht somit im Vergleich zur oder zum fristlos

entlassenen Arbeitnehmenden die Treuepflicht im Vordergrund. Aus dieser Treuepflicht lässt sich ohne weiteres ein Gebot ableiten, der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber nunmehr nutzlos entstehende Kosten in zumutbarem Umfang zu mindern. Stehen der oder dem Arbeitnehmenden während der Freistellung freie Tage zur Verfügung, die sie bzw. er wie Ferientage nutzen kann, so sollen diese entsprechend verwendet werden, so dass sich dadurch der Anspruch der oder des Arbeitnehmenden gegenüber der Arbeitgeberin und dem Arbeitgeber vermindert und diesen weniger Kosten entstehen. Diese Treuepflicht hat die oder der Arbeitnehmende insoweit wahrzunehmen, als sie bzw. er die ihr resp. ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit bezieht, ohne dass eine ausdrückliche Weisung der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers nötig ist, wobei die Arbeitssuche aber Vorrang hat. In zeitlicher Hinsicht lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen machen. In der Lehre findet sich denn auch die allgemein gehaltene Formulierung, wonach die Abgeltung ausser Betracht fällt, wenn die Freistellungsdauer den Restanspruch deutlich überschreitet (vgl. BGE 128 III S. 280 ff.).

Der Ferienanspruch von XY für das Jahr 2012 umfasste insgesamt 30 Tage, die Dauer der Freistellung sechs Monate. Gestützt auf oben genannte Rechtsprechung, die Befugnis der Direktionsvorsteherin/des Direktionsvorstehers über den Bezug der Ferien zu bestimmen sowie der in § 28 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz, BGS 154.21) statuierten Interessenwahrungspflicht der Arbeitnehmenden ergibt sich, dass eine Abgeltung des Ferienanspruches von XY im Rahmen einer Kündigung und Freistellung durch die Arbeitgeberin bei diesem Verhältnis von Ferienanspruch zu Freistellungsdauer ausser Betracht fallen würde.

Nun wurde das Arbeitsverhältnis mit XY aber nicht durch Kündigung, sondern durch eine Aufhebungsvereinbarung vom 30. März resp. 5. April 2012 aufgelöst. Die Regelung von Ziffer 2 der Aufhebungsvereinbarung entspricht nicht nur dem für Aufhebungsvereinbarungen im Kanton Zug üblichen Inhalt, sondern auch der im juristischen Sprachgebrauch üblichen Formulierung von Vertragsklauseln und sollte demnach auch XY von seiner Ausbildung her vertraut sein. Der Satz «Mit der Freistellung werden sämtliche Ferien- und Überstunden/-zeitansprüche vollumfänglich abgegolten» lässt bezüglich des Ferienbezuges keinerlei Raum für Interpretationen offen und erscheint völlig unzweideutig. Demnach gelten sämtliche Ferienansprüche aus dem Arbeitsverhältnis als mittels Freistellung bezogen, da sowohl beim Ferienbezug wie auch bei der Freistellung Arbeitnehmende von der Pflicht der Arbeitsleistung bei gleichzeitigem Bezug des vollen Lohnes befreit sind. Hätte man – wie von XY geltend gemacht – damit nur die nach der Freistellung auflaufenden Ferienansprüche gemeint, so hätte man diese Einschränkung einerseits im Wortlaut verdeutlichen sollen, und hätte andererseits in Anbetracht der von der Direktionsvorsteherin/dem Direktionsvorsteher geforderten Abschlussarbeiten in der Vereinbarung sicherlich auch zu regeln gehabt, wie mit den Ferienansprüchen bis zur Freistellung zu verfahren ist bzw. wann er diese Ferien während der drei Monate bis zur Freistellung beziehen soll resp. die ausserordentliche Auszahlung des Ferienguthabens festhalten sollen. XY geht zudem bei seiner Argumentation fälschlicherweise davon aus, dass, sollte man seiner Auslegung der Vereinbarung nicht folgen, er mit der Unterzeichnung der Vereinbarung auf den Bezug der vor der Freistellung aufgelaufenen und in jenem Zeitpunkt noch nicht bezogenen Ferientage faktisch verzichtet hat. Dem ist aber nicht so. Mit der Unterzeichnung des Vertrages hat er sich lediglich einverstanden erklärt, dass die ihm noch zustehenden Ferientage als durch die Freistellung bezogen gelten. Auch die Zeit der Freistellung kann dem Erholungszweck dienen, sofern sie nicht für die Stellensuche verwendet werden muss. Bei einer sechsmonatigen Freistellung bleibt aber neben dem Bezug von 30 Tagen Ferien noch ausreichend Zeit, nämlich rund viereinhalb Monate, um sich um eine neue Stelle zu bemühen.

XY macht sinngemäss geltend, er habe sich beim Abschluss der Vereinbarung bezüglich der Abgeltung seiner Ferienansprüche in einem Irrtum (Art. 23 ff. OR) befunden. Angesichts des klaren und üblichen Wortlautes von Ziffer 2 der Vereinbarung, der Rechtslage bezüglich der geldmässigen Abgeltung von Ferienansprüchen bei einseitiger Kündigung und Freistellung durch die Arbeitgeberin bzw. den Arbeitgeber und der Tatsache, dass XY Jurist ist, widerspricht seine Berufung auf Irrtum Treu und Glauben und ist somit unstatthaft (Art. 25 Abs. 1 OR). Deshalb ist sein Gesuch um Auszahlung der zum Zeitpunkt der Freistellung (1. Juli 2012) noch nicht bezogenen 15 Ferientage abzuweisen.

Beschluss des Regierungsrats vom 5. März 2013

2.1.2 Gemeinden
§ 93 GOG und § 37 GG
Regeste:

§ 93 GOG Für einen Verzicht auf eine Strafanzeige gemäss § 93 Abs. 2 GOG braucht es neben der Zustimmung der vorgesetzten Stelle und der Tatsache, dass es sich um einen Übertretungstatbestand handelt, kumulativ auch die Voraussetzung, dass im Falle einer Verurteilung von Strafe Umgang zu nehmen oder abzusehen wäre. Sofern eine Person nach einem abschlägigen Entscheid in vollem Wissen um die Unrechtmässigkeit und somit vorsätzlich gegen Bestimmungen des PBG verstossen hat, kann nicht mehr von einem geringfügigen Verschulden, welches für eine Strafbefreiung notwendig ist, gesprochen werden. (Erw. 6).

§ 37 GG Nach gefestigter Praxis sind unter «Missstand» bzw. unter «Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben» im Sinne von § 37 GG die Verletzung von klarem materiellem Recht, die Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen zu verstehen. Der Regierungsrat des Kantons Zug übt bei der Anordnung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen gegen eine Gemeinde praxisgemäss eine gewisse Zurückhaltung aus und schreitet erst beim Vorliegen unhaltbarer Zustände ein, die schlicht nicht toleriert werden können (Erw. 7).

Aus dem Sachverhalt:

Im Jahr 1995 orientierte X. die Einwohnergemeinde Y. über die Sanierung und Umnutzung eines nicht für Wohnzwecke zugelassenen Gebäudes. Im darauf folgenden Rechtsmittelverfahren stellte das Verwaltungsgericht im Jahr 2000 fest, dass die Umnutzung rechtswidrig war und der Gemeinderat Y. die Wiederherstellung der Baute für die ursprüngliche Nutzung zu veranlassen habe. Im Jahr 2002 reichte X. ein Gesuch für die Umnutzung des Gebäudes ein. Dies wurde vom Verwaltungsgericht im Jahr 2005 wiederum abgelehnt. Des Weiteren wurde festgestellt, dass die im Jahr 2000 angeordnete Wiederherstellung der Baute für die ursprüngliche Nutzung nicht vorgenommen wurde und weiterhin eine nicht legale Wohnnutzung im Gebäude stattfinde. Der Gemeinderat Y. wurde angehalten, die gesetzmässige Nutzungsordnung durchzusetzen und nötigenfalls geeignete Massnahmen zu ergreifen. Das Bundesgericht bestätigte in der Folge diesen Entscheid. Daraufhin fand ein Rückbau der erfolgten Sanierungen statt. Mit Schreiben vom 7. März 2012 orientierte Z. den Gemeinderat Y. unter anderem darüber, dass nach seinen Abklärungen im vorerwähnten Gebäude von X. eine Wohnnutzung stattfinde. Mit Schreiben vom 20. September 2012 gelangte Z. mit einer Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat des Kantons Zug. Darin macht er geltend, dass der Gemeinderat Y. seine baupolizeilichen Pflichten nicht wahrnehme. Er beantragte, dass der Gemeinderat Y. anzuweisen sei, die Wohnnutzung im betreffenden Gebäude zu untersagen. Überdies sei von den kantonalen Behörden eine Strafanzeige gegen X. und den Gemeinderat Y. einzureichen.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

5. Es bleibt somit einzig noch die Frage zu prüfen, ob der Gemeinderat Y. gegen X. eine Strafanzeige hätte einreichen müssen. Gemäss der Anzeigepflicht von § 93 Abs. 1 GOG müssen alle kantonalen und gemeindlichen Behördemitglieder und Angestellten strafbare Handlungen, die von Amtes wegen verfolgt werden und die ihnen in Ausübung ihrer behördlichen, amtlichen oder beruflichen Tätigkeit bekannt werden, der Polizei oder Staatsanwaltschaft mit allen sachdienlichen Angaben anzeigen. Nach § 70 Abs. 1 PBG wird mit Busse bis Fr. 100’000.– bestraft, wer gegen das PBG und seinen Ausführungsbestimmungen zuwider handelt, insbesondere wer Bauten und Anlagen ohne Bauanzeige

oder ohne Bewilligung, bzw. unter Verletzung einer solchen erstellt. Im vorliegenden Fall sind offensichtlich Bestimmungen des PBG verletzt worden. So fand der Umbau und die Nutzungsänderung zu einer Wohnnutzung in Verletzung von § 44 ff. PBG ohne Bauanzeige und folglich auch ohne Bewilligung statt. Überdies ist unbestritten, dass gemäss den früheren Urteilen des Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts eine Wohnnutzung des (. . .) gemäss der geltenden Rechtslage gar nicht erst bewilligungsfähig ist. Dieser Sachverhalt fällt klarerweise unter die Anzeigepflicht gemäss § 93 Abs. 1 GOG.

6. Der Gemeinderat Y. hat unter Verweis auf das Verhältnismässigkeits- und Opportunitätsprinzip keine Strafanzeige gegen X. eingereicht. Auf eine Anzeige kann mit Zustimmung der vorgesetzten Stelle nur dann verzichtet werden, wenn es sich einerseits um eine Übertretung handelt und anderseits im Falle einer Verurteilung von Strafe Umgang zu nehmen oder abzusehen wäre (§ 93 Abs. 2 GOG). Bei § 70 PBG wird als Strafe eine Busse angedroht, womit es sich bei Widerhandlungen gegen das PBG um Übertretungen handelt. Somit gilt noch zu prüfen, ob im Falle einer Verurteilung von einer Strafe abgesehen würde. Bei fehlendem Strafbedürfnis können die Organe der Strafrechtspflege nach Art. 52 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung absehen. Ein fehlendes Strafbedürfnis liegt unter anderem vor, wenn im Sinne eines Bagatelldelikts kumulativ sowohl die Schuld wie auch die Tatfolgen gering sind. Die Schuld bemisst sich dabei nach Art. 47 StGB und bei der Beurteilung der Geringfügigkeit sind die Gesamtumstände, verglichen mit dem Regelfall des Deliktes, zu berücksichtigen. Da X. offenbar wiederholt, in vollem Wissen um die Unrechtmässigkeit und somit vorsätzlich gegen Bestimmungen des PBG verstossen hat, kann nicht mehr von einem geringfügigen Verschulden, welches für eine Strafbefreiung notwendig ist, gesprochen werden. Die erneuten Umbauten und rechtswidrige Wohnnutzung sind insofern auch stossend, als die Rechtswidrigkeit der Wohnnutzung im (. . .) bereits in mehreren Gerichtsurteilen festgehalten wurde und gegenüber X. von den Behörden diesbezüglich bereits einmal Rückbaumassnahmen angeordnet werden mussten. Die Handlungen erfolgten somit in bewusster Missachtung der Gerichtsurteile und der früheren Rückbauanordnungen durch die Behörden. Da X. die umgebauten Räume vermietet hat, wird sich folglich auch die Frage stellen, ob ein allenfalls erzielter Gewinn gestützt auf Art. 70 StGB einzuziehen ist. Unter diesen Umständen kann vorliegend entgegen der Auffassung des Gemeinderats Y. nicht wegen voraussichtlicher Strafbefreiung im Sinne von § 93 Abs. 2 GOG auf eine Strafanzeige verzichtet werden. Auch die Überlegung des Gemeinderats Y., wonach eine baldige Legalisierung des rechtswidrigen Zustandes in absehbarer Zeit möglich gewesen wäre, ändert nichts daran, dass die Handlungen von X. als Widerhandlungen gegen das PBG zu qualifizieren sind, bei denen gestützt auf die vorgängigen Erwägungen nicht auf eine Strafanzeige verzichtet werden kann.

7. In § 37 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden (Gemeindegesetz, GG; BGS 171.1) vom 4. September 1980 werden die Voraussetzungen für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten durch die Aufsichtsbehörde genannt: «Stellt die Aufsichtsbehörde einen Missstand in der Gemeindeverwaltung oder eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben fest, mahnt der Regierungsrat den Gemeinderat, Abhilfe zu schaffen.» Nach gefestigter Praxis und herrschender Auffassung ist unter «Missstand» bzw. unter «Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben» im Sinne von § 37 GG die Verletzung von klarem materiellem Recht, die Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen zu verstehen (vgl. RRB vom 20. Oktober 1998, in: GVP 97/98, S. 265 f.; RRB vom 8. September 1992, in: GVP 91/92, S. 260; RRB vom 5. November 1991, in: GVP 91/92, S. 275; Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 76). Klares Recht wird erst dann verletzt, wenn eine Rechtsanwendung schlechterdings unhaltbar bzw. direkt unvertretbar ist. Umgekehrt wird klares Recht nicht verletzt, wenn eine Rechtsauffassung diskutabel ist, also dann, wenn eine Rechtsnorm eine Interessenabwägung verlangt oder ein weitgehendes Ermessen einräumt. Bezüglich der Voraussetzungen, die für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten gegen eine Gemeinde erfüllt sein müssen, gilt es zudem weiter zu beachten, dass gemäss Praxis des Regierungsrats des Kantons Zug ein «Missstand» oder «eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben» erst bei unhaltbaren Zuständen vorliegt, die schlicht nicht toleriert werden können. Das Gesetz sieht für die Anordnung aufsichtsrechtlicher Massnahmen strenge Voraussetzungen vor. Es will derartige

Massnahmen bei jedwelchem Fehlverhalten ausschliessen und sieht diese nur bei qualifiziert fehlerhaftem Verhalten vor. Der Regierungsrat übt daher bei der Ergreifung eines aufsichtsrechtlichen Mittels praxisgemäss eine gewisse Zurückhaltung an den Tag.

8. Wie unter Ziffer 6 der Erwägungen dargelegt, ist der Gemeinderat im konkreten Fall seiner Anzeigepflicht gemäss § 93 Abs. 1 GOG nicht nachgekommen. Es wird allerdings auch festgehalten, dass § 93 Abs. 2 GOG der Behörde ein gewisses Ermessen einräumt. Es ist deshalb zumindest fraglich, ob der Gemeinderat im konkreten Fall klares Recht verletzt hat. Von einem Missstand im Sinne von § 37 GG und somit von unhaltbaren Zuständen, die aus rechtsstaatlichen Überlegungen schlicht nicht toleriert werden können, kann bei dieser Rechtslage jedenfalls nicht die Rede sein. Kommt hinzu, dass das Unterlassen der Anzeigeerstattung durch den Gemeinderat die Anzeige selbst nicht vereitelt hat. Vielmehr wird durch die Anzeige durch den Regierungsrat § 93 Abs. 1 GOG nachträglich genüge getan.

9. Mithin fehlt es an den Voraussetzungen, den Gemeinderat im Sinne von § 37 GG förmlich zu ermahnen. Er wird jedoch im Rahmen dieses Aufsichtsverfahrens darauf hingewiesen, sich zukünftig an die korrekte Anwendung der Anzeigepflicht nach § 93 Abs. 1 GOG zu halten. Aufgrund der ihm wegen der Anzeigepflicht zukommenden Garantenpflicht läuft er ansonsten auch Gefahr, sich durch die Unterlassung einer Strafanzeige der Begünstigung nach Art. 305 StGB schuldig zu machen.

10. Die Anzeigepflicht nach § 93 Abs. 1 GOG trifft auch den Regierungsrat. Er hat im Rahmen der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde und somit in Ausübung seiner behördlichen Tätigkeit von den Widerhandlungen gegen das PBG, welche nach § 70 PBG strafbar sind, erfahren. Der Regierungsrat stellt deshalb diesen Entscheid direkt der Staatsanwaltschaft im Sinne einer Strafanzeige gegen X. gemäss den vorstehenden Erwägungen zu.

Regierungsrat, Beschluss vom 19. Februar 2013

2.2 Strafrecht

2.2.1 Bau- und Planungsrecht

2.3 Schule, Kultur, Natur- und Heimatschutz, Kirche

2.3.1 Volksschule

§ 34 SchulG, Art. 301 ZGB und § 44 Abs. 2 EG ZGB
Regeste:

§ 34 SchulG, Art. 301 ZGB und § 44 Abs. 2 EG ZGB – Die Rektorin, der Rektor der gemeindlichen Schule kann eine Schülerin oder einen Schüler einer Sonderschule zuweisen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (Erw. 2). Sie oder er ist aber nicht berechtigt, gegen den Willen der Erziehungsberechtigten den Besuch des Internats einer Sonderschule anzuordnen. Diese Zuweisung ist ein Eingriff in die elterliche Obhut und nur im Rahmen einer Kindesschutzmassnahme möglich (Erw. 3). Allenfalls ist der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine entsprechende Gefährdungsmeldung zuzustellen (Erw. 5).

Aus dem Sachverhalt:

A. besucht in diesem Schuljahr (2013/2014) die 3. Primarklasse in F. Nachdem er im Kindergarten besonders gefördert wurde, absolvierte er die Kleinklasse für teilweise schulbereite Kinder. Seit seinem Eintritt in die 2. Primarklasse sind die Lernziele in mehreren Fächern angepasst. Der Rektor von F. (nachfolgend Vorinstanz) verfügte mit Entscheid vom 27. Mai 2013 für A. den Besuch der Sonderschule M. mit Aufenthalt im dazugehörigen Internat vom 1. August 2013 bis am 31. Juli 2015. Gegen diesen Entscheid reichten die Eltern von A. (nachfolgend Beschwerdeführerin und Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 6. Juni 2013 eine Verwaltungsbeschwerde bei der Direktion für Bildung und Kultur ein.

Aus den Erwägungen:

I.

(. . .)

II.

1. Die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer fechten mit ihrer Beschwerde die interne Sonderschulung (Internat) von A. in der Sonderschule M. ab dem kommenden Schuljahr (Schulbeginn: 19. August 2013) an. Dies bedeutet, dass die Vorinstanz neben dem Besuch der Sonderschule als Tagesschule auch den Aufenthalt im Internat der Sonderschule M. verfügt hat.

2. Es ist zunächst zu prüfen, ob bei A. die Voraussetzungen für den Besuch der Sonderschule M. als Tagesschule gegeben sind.

a) Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht ist gestützt auf Art. 19 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) gewährleistet. Die Kantone sorgen für einen ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offen steht (Art. 62 Abs. 2 BV). Sie sorgen ausserdem für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr (Art. 62 Abs. 3 BV). Im Kanton Zug sorgen die Gemeinden dafür, dass Kinder, die aus intellektuellen, sozialen, psychischen, physischen Gründen in den gemeindlichen Schulen nicht angemessen gefördert werden können, eine entsprechende Sonderschulung erhalten (§ 34 Abs. 1 SchulG). Nach § 34 Abs. 2 SchulG trifft der kantonale Schulpsychologe, allenfalls unter Beizug weiterer Fachpersonen, die notwendigen Abklärungen. Er bezieht alle Beteiligten, insbesondere den Rektor und die Erziehungsberechtigten in eine Gesamtbeurteilung mit ein und stellt der Direktion für Bildung und Kultur Antrag für eine Kostengutsprache. Die Direktion für Bildung und Kultur entscheidet über die Mitfinanzierung (§ 34 Abs. 3 SchulG). Der Rektor er Wohnsitzgemeinde des betreffenden Kindes entscheidet gestützt auf § 34 Abs. 4 SchulG über die Zuweisung in Kenntnis des Antrags des kantonalen Schulpsychologischen Dienstes und des Mitfinanzierungsentscheides der Direktion für Bildung und Kultur.

b) Die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer führen die Probleme von A. darauf zurück, dass er etwas faul sei und ausserdem an Bronchitis leide und deshalb regelmässig zum Arzt müsse. Sie gehen davon aus, dass keine Lernbehinderung vorliegt, welche eine Sonderschulung nach sich ziehe. Demgegenüber hält die Vorinstanz fest, die Voraussetzungen für eine Sonderschulung in der Sonderschule M. lägen bei A. vor. Die Möglichkeiten an der gemeindlichen Schule von F. für die Beschulung von A. seien ausgeschöpft.

c) Die Vorinstanz verfügte den Besuch der Sonderschule M. gestützt auf eine Abklärung der zuständigen Schulpsychologin vom 2. April 2013 sowie in Kenntnis des Mitfinanzierungsentscheids der Direktion für Bildung und Kultur. (. . .)

d) (. . .)

e) Die Abklärungen der zuständigen Schulpsychologin enthalten alle notwendigen Angaben, welche die Beurteilung erlauben, ob die Sonderschulung für A. in der Sonderschule M. nötig, zweck- und verhältnismässig ist. Die gesamten Abklärungen zeigen vollständig, klar und begründet auf, dass A. den Anforderungen in der Regelklasse nicht gewachsen ist, weil er an einer Lernbehinderung leidet. Seine Leistungen sind trotz zahlreicher zusätzlicher Unterstützungsangebote durch die gemeindliche Schule F. nach wie vor ungenügend. Nachdem A. bereits die Kleinklasse für teilweise schulbereite Kinder besucht hat und seine Lernziele angepasst wurden, ist eine Schulung in der gemeindliche Schule von F. nicht mehr möglich. Hinzukommt eine schwierige familiäre Situation mit unsicherer Betreuung und Zuwendung, welche sich ebenfalls auf den Schulerfolg auswirkt. Diese Abklärungen decken sich zudem mit den

Feststellungen der Klassenlehrperson und des Psychologen des Ambulanten Psychiatrischen Dienstes für Kinder und Jugendliche. Die Einwände der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers betreffend Faulheit bzw. gesundheitlicher Probleme von A. sind bei dieser Sachlage unbehilflich: A. kann aufgrund seiner Lernbehinderung keine besseren Leistungen erzielen. Damit ist erstellt, dass A. in der gemeindlichen Schule aus intellektuellen, sozialen und psychischen Gründen nicht ausreichend gefördert werden kann und einer Sonderschulung bedarf. Die Sonderschule M. ist für Schülerinnen und Schüler der Primarstufe mit einer schweren Verhaltens- und/oder Sprachbehinderung vorgesehen und damit im vorliegenden Fall für die weitere Schulung von A. geeignet.

f) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass bei A. die Voraussetzungen für den Besuch der Sonderschule M. als Tagesschule gegeben sind und die Zuweisung der Vorinstanz in Bezug auf diese Sonderschulung nicht zu beanstanden ist.

3. Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz berechtigt ist, gegen den Willen der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers, den Besuch des Internats in der Sonderschule M. anzuordnen.

a) Jedes bildungsfähige Kind ist gemäss § 5 Abs. 1 SchulG berechtigt, einen Jahreskurs des Kindergartens, sechs Jahreskurse der Primarstufe und drei Jahreskurse der Sekundarstufe I zu besuchen. Die Schulpflicht umfasst ein Jahr Kindergarten und neun Jahre der Primar- und Sekundarstufe I (§ 5 Abs. 2 SchulG). Art. 301 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) regelt den Inhalt der elterlichen Sorge im Allgemeinen. Die elterliche Sorge ist die gesetzliche Befugnis der Eltern, die für das unmündige Kind nötigen Entscheidungen zu treffen. Sie bildet die rechtliche Grundlage für die Erziehung und Vertretung des Kindes sowie die Verwaltung des Kindesvermögens durch die Eltern (Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. überarbeitete Auflage, Bern 1999, Rz. 25.02). Nach Art. 301 Abs. 3 ZGB darf das Kind ohne Einwilligung der Eltern die häusliche Gemeinschaft nicht verlassen; es darf ihnen auch nicht widerrechtlich entzogen werden.

b) Die Zuweisung eines Kindes in eine Sonderschule mit dessen Unterbringung in einem Internat wird nicht durch die allgemeine Schulpflicht nach § 5 Abs. 2 SchulG gedeckt. Es liegt vielmehr ein Eingriff in die elterliche Obhut vor (Art. 301 Abs. 3 ZGB). Die Zuweisung in die Sonderschule M. mit einem Aufenthalt im dazugehörigen Internat ist durch die Vorinstanz deshalb nur mit dem Einverständnis der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers möglich. Sind die Eltern, wie im vorliegenden Fall, mit dem Aufenthalt im Internat nicht einverstanden, kann diese Zuweisung als Eingriff in die elterliche Obhut nur als Kindesschutzmassnahme i.S. von Art. 307 ff. ZGB verfügt werden. Dafür ist jedoch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zuständig (EGV-SZ 2010 C8.2, S. 172f.; SH Amtsbericht 1998 S. 149; AGVE 1997 S. 458; SG GVP 1985 Nr. 77 S. 167).

c) Nachdem die Vorinstanz gegen den Willen der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers nicht berechtigt ist, A. dem Internat der Sonderschule M. zuzuweisen, ist die Beschwerde diesbezüglich gutzuheissen.

4. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist. A. hat ab dem Schuljahr 2013/14 (Schulbeginn: 19. August 2013) die Sonderschule M. als Tagesschule zu besuchen. Er wird jedoch nicht verpflichtet, im dazugehörigen Internat zu übernachten. Der tägliche Transport von A. von F. nach B. ist von der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdeführer in Zusammenarbeit mit der Sonderschule M. sicherzustellen. Diese Kosten gehen je zu Hälfte zu Lasten der Gemeinde F. und des Kantons Zug.

5. Jede Person, die eine Gefährdung des Kindeswohls wahrnimmt, insbesondere die Amtspersonen und diejenigen Personen die beruflich mit der Ausbildung, Betreuung oder der medizinischen oder psychologischen Behandlung von Kindern zu tun haben und im Rahmen ihrer Tätigkeit eine Gefährdung des Kindeswohls wahrnehmen, ist nach § 44 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB; BGS 211.1)

verpflichtet, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Anzeige zu erstatten. Nach Art. 302 Abs. 1 ZGB haben die Eltern das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen. Sie haben dem Kind insbesondere auch dem körperlich oder geistig gebrechlichen, eine angemessene, seinen Fähigkeiten und Neigungen soweit möglich entsprechende allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen (Abs. 3). Zu diesem Zweck sollen sie nach Art. 302 Abs. 3 ZGB in geeigneter Weise mit der Schule und, wenn es die Umstände erfordern, mit der öffentlichen und gemeinnützigen Jugendhilfe zusammenarbeiten. Auch das kantonale Recht verpflichtet die Eltern zur Zusammenarbeit mit der Schule und den Schuldiensten (§ 21 Abs. 3 Bst. a SchulG).

a) Die zuständige Schulpsychologin hält in ihrem Antrag vom 2. April 2013 fest, seit dem Eintritt von A. in den Kindergarten gebe es Hinweise auf Verwahrlosung. Es bestünden Zweifel über die tatsächliche Betreuungssituation zu Hause, z. B. darüber, ob tagsüber jemand zu Hause sei und ob A. regelmässig Mahlzeiten erhalte. Er sei oft alleine unterwegs, auch über Mittag. Im Winter trage er oft keine angemessene Kleidung. Dem Bericht von X. vom 25. Februar 2013 ist zu entnehmen, dass er sich vorwiegend für den älteren Bruder von A. engagiere. Verschiedene Faktoren im familiären Bereich führten zu einem ungünstigen Lernklima von allen Kindern und trügen wohl auch zum Verhalten von A. bei. Weiter führt er aus, aufgrund gewisser Erfahrungswerte gehe er davon aus, dass bei A. eine «Lernhinderung» bestehe. Deren Ursache seien fehlende und nicht kindgerechte familiäre Strukturen und ungünstige Aufwachsbedingungen. Der Klassenlehrer von A. informiert in seiner E-Mail vom 22. März 2013 die zuständige Schulpsychologin, den Rektor von F. und weitere Personen, er habe mit X. die Variante Gefährdungsmeldung diskutiert. Aus den Akten des SPD geht zudem hervor, dass die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer zahlreiche vereinbarte Termine oder Abmachungen nicht bzw. nicht vollständig eingehalten haben (Teilnahme an Gesprächen mit den Lehr- und Fachpersonen im Schulbereich, Anmeldung beim Ambulanten Psychiatrischen Dienst für Kinder und Jugendliche, Medikamentenabgabe).

b) Die zuständige Schulpsychologin kommt in Übereinstimmung mit den zuständigen Lehr- und Fachpersonen der gemeindlichen Schule F. zum Schluss, dass für eine angemessene Schulung von A. der Schulbesuch sowie der Aufenthalt im Internat der Sonderschule M. erforderlich ist. Nachdem die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer damit nicht einverstanden sind, wird der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Zug dieser Entscheid inkl. die Akten des SPD gestützt auf § 44 Abs. 2 EG ZGB als Gefährdungsmeldung zugestellt, damit sie prüfen kann, ob die Unterbringung von A. im Internat der Sonderschule M. bzw. andere Kindesschutzmassnahmen anzuordnen sind.

6. (. . .)

Entscheid der Direktion für Bildung und Kultur vom 10. Juli 2013

2.3.2 Schulrecht

§ 2 Abs. 1 Absenzenordnung für die Kantonsschule Zug
Regeste:

§ 2 Abs. 1 der Absenzenordnung für die Kantonsschule Zug – Die Schülerinnen und Schüler sind verpflichtet, die obligatorischen Fächer, die obligatorischen Schulanlässe ausserhalb des Stundenplans sowie die von ihnen gewählten Freifachkurse zu besuchen. Die Kantonsschule Zug unterstützt gemäss ihrem Sportreglement Spitzensportlerinnen und Spitzensportler, indem sie in Ausnahmefällen die Möglichkeit zu einer Teildispensation vom Sportunterricht gewährt. Schülerinnen und Schüler, welche die erforderlichen Voraussetzungen erfüllen, können ein Gesuch via ihre Sportlehrperson bei der Fachschaft Sport einreichen. Drei Voraussetzungen müssen dabei kumulativ erfüllt sein (Erw. 3). Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht verletzt, wenn die Kantonsschule Zug bei ihrem Entscheid um Teildispensation vom Sportunterricht bei allen Schülerinnen und Schülern auf dieselben klaren und transparenten Kriterien abstellt und somit alle Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller unabhängig von ihrer

Sportart gleich behandelt (Erw. 6).

Aus dem Sachverhalt:

X. besuchte im Schuljahr 2012/2013 die Maturaklasse 6x an der Kantonsschule Zug. Im August 2012 stellte er ein Gesuch um Teildispensation vom Sportunterricht für jeweils zwei Lektionen pro Woche. Das Gesuch wurde damit begründet, dass X. als Mitglied eines Junioren Elite A-Teams intensiv Eishockeysport betreibe. Damit verbunden seien vier Trainings pro Woche zuzüglich zwei Matches pro Woche à 60 Minuten mit je einem einstündigen Aufwärmprogramm. Um sich von den Wettkämpfen und Trainings gut erholen zu können und die schulischen Leistungen weiterhin erbringen zu können, beantragte X. eine Teildispensation vom Sportunterricht.

Mit Entscheid vom 10. September 2012 lehnte der Rektor Gymnasium Oberstufe das Gesuch um Teildispensation vom Sportunterricht ab. Gegen diesen Entscheid hat X. beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde erhoben. Er beantragte die Aufhebung des Entscheides vom 10. September 2012 und die Bewilligung seines Gesuches. In seiner Begründung führte er aus, dass es im Eishockey auf der Stufe Elite-Junioren keine Regional-Cards gebe. Diese seien nur den jüngeren Spielern vorbehalten. Frühestens ab Saison 2013/2014 sollten alle Elite A-Junioren eine Swiss Olympic Talents Card Regional erhalten. Ausserdem erscheine das Kriterium des Besitzes der Talentkarte für die Dispensation vom Turnunterricht nur dann sinnvoll, wenn bei allen Sportarten die gleichen Bedingungen zum Erhalt der Talentkarten erforderlich seien.

Aus den Erwägungen:

2. (. . .)

3. Gemäss § 2 Abs. 1 der Absenzenordnung für die Kantonsschule Zug vom 10. Juni 2010 (BGS 414.163) sind die Schülerinnen und Schüler verpflichtet, die obligatorischen Fächer, die obligatorischen Schulanlässe ausserhalb des Stundenplans sowie die von ihnen gewählten Freifachkurse zu besuchen. Zu dieser Verpflichtung gehört auch das pünktliche Erscheinen. Die Kantonsschule Zug unterstützt gemäss ihrem Sportreglement Spitzensportlerinnen und Spitzensportler, indem sie in Ausnahmefällen die Möglichkeit zu einer Teildispensation vom Sportunterricht gewährt. Schülerinnen und Schüler, welche die erforderlichen Voraussetzungen erfüllen, können ein Gesuch via ihre Sportlehrperson bei der Fachschaft Sport einreichen.
Folgende drei Voraussetzungen müssen dabei kumulativ erfüllt sein:

1. Die Schülerin oder der Schüler verfügt über eine Swiss Olympic Talents Card National. Wenn ein Athlet oder eine Athletin nur im Besitz einer regionalen Swiss Olympic Talents Card ist, muss dem Gesuch ein Athletenprofil (gemäss Vorlage auf www.ksz.ch) beigelegt sein.
2. Die wöchentliche Trainingsbelastung beträgt mindestens 10 Stunden.
3. Es muss der Nachweis von guten Wettkampfresultaten auf nationaler Ebene erbracht werden.
(. . .)

Bis zum heutigen Zeitpunkt verfügt X. weder über eine Swiss Olympic Talents Card National noch über eine Swiss Olympic Talents Card Regional. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob es einen Grund dafür gibt, ihn trotz der Nichterfüllung dieser Voraussetzung vom Sportunterricht zu dispensieren.

4. Von X. wird zunächst geltend gemacht, dass im Eishockey auf der Stufe Elite A-Junioren keine Swiss Olympic Talents Cards Regional existieren. (. . .)
Abklärungen bei Swiss Olympic haben ergeben, dass die Junioren Elite A dem erweiterten Kader der U19/U20 angehören können und so die Möglichkeit haben, als Talent Regional eingestuft zu sein. (. . .)
Sämtliche Spieler der Elite A-Junioren haben die Möglichkeit, in den Besitz einer solchen Talent Card zu kommen. (. . .)

5. (. . .)

6. Von X. wird weiter geltend gemacht, dass die Bedingungen zum Erhalt der Talentkarten nicht bei allen Sportarten gleich seien, weshalb dieses Kriterium für die Dispensation vom Sportunterricht nicht sinnvoll erscheine, zumal das Sportreglement keinerlei Unterscheidungskriterien bezüglich verschiedener Sportarten treffe. Die Entscheide gestützt auf dieses Reglement seien entsprechend willkürlich, da sie widersprüchlich seien und nicht den jeweils konkreten Sporttalenten zugutekommen würden. Dem Grundsatz der «Einzelfallgerechtigkeit» werde die Kantonsschule nicht gerecht, indem sie sich buchstabengetreu auf das Sportreglement abstützen würde.

a) Dazu ist festzustellen, dass das Sportreglement mit Hilfe von Fachkräften aus dem Bereich Sport zustande gekommen ist. Dieses Reglement legt klare und transparente Voraussetzungen fest, die zur Teildispensation vom Sportunterricht erfüllt sein müssen.

b) Es ist möglich, dass die Talentkarten nicht in allen Sportarten unter den gleichen Bedingungen vergeben werden. Die Kriterien zur Vergabe solcher Talentkarten werden indessen nicht von der Kantonsschule Zug festgelegt, sondern von Swiss Olympic. Von X. wird nicht ausgeführt, inwiefern die Vergabe der Talentkarten durch Swiss Olympic willkürlich erfolge bzw. worin die Ungleichbehandlung der verschiedenen Sportarten bestehe. Indem die Kantonsschule zur Beurteilung der Teildispensation vom Sportunterricht bei jedem Schüler, jeder Schülerin auf dieselben Kriterien abstellt, verletzt sie den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht.

Ist X. der Meinung, die Vergabe der Swiss Olympic Talents Card behandle nicht alle Sportarten gleich, so kann er das nicht gegen den Entscheid der Kantonsschule Zug vorbringen, sondern er hat sich diesbezüglich an die Stelle zu wenden, welche die Kriterien zur Vergabe dieser Karten festlegt.
Es ist den zuständigen Personen der Kantonsschule Zug nicht zuzumuten, in jedem Einzelfall für die entsprechende Sportart abzuklären und zu beurteilen, wie schwierig die Erlangung einer Talentkarte im Vergleich zu anderen Sportarten ist. Dies würde zu einem unverhältnismässigen Aufwand seitens der Kantonsschule führen. Hinzu kommt, dass die Vergabe der Talentkarten durch Swiss Olympic unter Berücksichtigung ganz bestimmter Kriterien erfolgt. Darauf ist X. in seiner Beschwerde nicht eingegangen.

c) Daraus ergibt sich, dass die Beschwerde auch gestützt auf die vorgebrachte Verletzung der Gleichbehandlung nicht gutgeheissen werden kann, da die Kantonsschule Zug bei ihrem Entscheid um Teildispensation vom Sportunterricht bei allen Schülerinnen und Schülern auf dieselben klaren und transparenten Kriterien abstellt und somit alle Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller unabhängig von ihrer Sportart gleich behandelt.

7. (. . .)

8. (. . .)

Regierungsrat, 15. Januar 2013

2.4 Raumplanung, Bauwesen, Gewässer, Energie, Verkehr

2.4.1 Bau- und Planungsrecht

§ 72 PBG, § 9 Abs. 1 + 2 BO Walchwil
Regeste:

§ 72 PBG, § 9 Abs. 1 + 2 BO Walchwil – Wann liegt ein Neubau, wann ein Umbau vor, welcher unter die Bestandesgarantie gemäss § 72 PBG fällt? Wann gilt eine Dachkonstruktion als Dachaufbaute, wann liegt eine besondere Dachform vor?

Aus den Erwägungen:

3. Die Parteien sind sich nicht einig, ob das umstrittene Bauprojekt unter die Bestandesgarantie gemäss § 72 PBG fällt oder nicht. Der Gemeinderat Walchwil betrachtet das Bauprojekt als Neubau. Der Gemeinderat begründet seinen Standpunkt damit, dass das bestehende Dachgeschoss abgebrochen und durch ein neues Mansardendach ersetzt werde. Zudem seien noch Erweiterungen im Dachgeschoss vorgesehen. Das Dachgeschoss werde nicht umgebaut, sondern neu gebaut. Die Konsequenz daraus sei, dass mit den zwei neuen Giebellukarnen und der bestehenden Lukarne an der Südwestfassade § 9 BO Walchwil nicht eingehalten werde. Der Beschwerdeführer führt demgegenüber aus, dass § 72 PBG nicht zur Anwendung gelange, weil das bestehende Gebäude des Beschwerdeführers gar nicht den Bauvorschriften widerspreche. Die Dächer über den beiden Balkonen auf der Südwestseite des Gebäudes seien im Zeitpunkt der Bewilligung gar nicht als Dachaufbauten, sondern als Quergiebel qualifiziert worden. Für Quergiebel würden die Beschränkungen für Dachaufbauten nicht gelten. Hätte die Baubehörde die Quergiebel als Lukarnen qualifiziert, so hätten diese Bauteile gar nicht bewilligt werden können. Im Übrigen kämen die Veränderungen im Dachgeschoss keinem Neubau gleich, sämtliche Lukarnen und auch die Dachfirste blieben erhalten, ersetzt werde nur die Dachhaut.

a) Die Bestandesgarantie wird aus der Eigentumsgarantie abgeleitet. Sie bedeutet, dass rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen in ihrem Bestand geschützt sind. Sie dürfen, auch wenn sie den geltenden Vorschriften nicht mehr entsprechen, weiter bestehen bleiben und unterhalten werden. Die Bestandesgarantie gemäss § 72 PBG geht weiter als jene gemäss der Eigentumsgarantie. Bei Bauten und Anlagen, die nicht mehr dem geltenden Recht entsprechen, unterscheidet sie zwischen den zonenfremd gewordenen Bauten und Anlagen und jenen, die nicht mehr den geltenden Bauvorschriften entsprechen. Für beide Fälle gelten unterschiedliche Regelungen. Im vorliegenden Fall stellt sich nur die Frage, ob das bestehende Gebäude des Beschwerdeführers den heute geltenden Bauvorschriften widerspricht. Für diesen Fall ist in § 72 Abs.2 PBG folgende Regelung vorgesehen: «Falls Bauten und Anlagen der Zone entsprechen, nicht aber den Bauvorschriften, dürfen sie unterhalten, erneuert und, soweit dadurch nicht stärker vom geltenden Recht abgewichen wird, auch umgebaut oder erweitert werden». Als nächster Schritt ist nun der Frage nachzugehen, ob das bestehende Gebäude den geltenden Bauvorschriften widerspricht.

b) Gemäss § 9 Abs. 1 und 2 BO Walchwil dürfen Giebellukarnen und andere Dachaufbauten zusammen 50 % der entsprechenden Fassadenlänge nicht überschreiten. Unter einer Dachaufbaute versteht man definitionsgemäss einen über die Grundform des Daches hinausragenden Bauteil. Dies kann eine Lukarne, eine Gaube, ein Ochsenauge usw. sein. Die Bestimmung von § 9 BO Walchwil ist eine spezielle Ästhetikvorschrift, die verhindern will, dass überdimensionierte Dachaufbauten erstellt werden können und das Dachgeschoss damit zu einem Vollgeschoss wird. Dachaufbauten durchstossen üblicherweise die Dachfläche, es ist aber auch denkbar, dass eine Dachaufbaute die Traufe durchbricht. Zu beachten ist schliesslich auch noch, dass es spezielle Dachkonstruktionen gibt wie den sogenannten Kreuzfirst, der eine besondere Dachform ist und nicht als Dachaufbaute gilt. Der Kreuzfirst setzt in der Regel auf der Höhe des Hauptfirstes an und verläuft horizontal im rechten Winkel zur Fassade. Der Kreuzfirst kann die ganze Breite des Gebäudes einnehmen oder nur einen Teil davon. Die Stirnfassade des Kreuzfirstes ist mindestens bündig mit der darunterliegenden Fassade des Hauptbaukörpers oder kragt vor (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 941 f.).

c) Ein Blick in die aufgelegten Planunterlagen zeigt, dass auf der Südwestseite des Gebäudes von einer Fassadenlänge von 17 m auszugehen ist. Die Dachkonstruktion in der Mitte des Daches hat die Form eines Kreuzfirstes, weil die Fassade dort ohne Unterbruch bis zum Dachfirst hinaufgezogen ist. Diese Baukonstruktion fällt damit nicht unter die Längenbeschränkung für Dachaufbauten. Anders sieht die Situation dagegen bei den beiden Quergiebeln aus, welche sich am Dachende befinden. Diese Dachaufbauten haben die Form einer Giebellukarne und diese Dachaufbauten fallen damit unter die Längenbeschränkung für Dachaufbauten gemäss § 9 BO Walchwil. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sind diese beiden «Quergiebel» nicht eine besondere Dachkonstruktion, auf die die

Vorschriften über Dachaufbauten nicht anwendbar sind. Als Kreuzfirst können diese Dachaufbauten sowieso nicht angesehen werden, weil sich der Frist der beiden Giebellukarnen deutlich unterhalb vom Hauptfirst befindet. Diese beiden Dachaufbauten haben gesamthaft eine Länge von 9 m und das zulässige Mass von 50 % der Fassadenlänge wird bei einer Fassadenlänge von 17 m damit überschritten. Die Folge davon ist, dass das bestehende Gebäude des Beschwerdeführers damit nicht den geltenden Bauvorschriften entspricht. Bezüglich der Anwendbarkeit von § 72 PBG bedeutet dies, dass das umstrittene Bauprojekt unter die Bestimmung von § 72 PBG fällt und nach dieser zu beurteilen ist.

d) Die gegenteiligen Ausführungen des Beschwerdeführers und des Gemeinderates Walchwil sind unbegründet. So wurde bereits ausgeführt, weshalb die bestehenden Dachaufbauten auf der Südwestseite des Gebäudes zu lang sind und diese damit nicht den geltenden Vorschriften entsprechen. Unbegründet ist aber auch der Hinweis des Gemeinderates, dass das Bauvorhaben ein Neubau und nicht ein Umbau sei. Bei der Beurteilung dieser Frage muss das Vorhaben als Ganzes betrachtet werden und es kann nicht nur auf die baulichen Veränderungen im Dachgeschoss abgestellt werden, wie das der Gemeinderat Walchwil getan hat. Schaut man das Bauvorhaben als Ganzes an, so handelt es sich nicht um einen Neubau, sondern um einen Umbau, verbunden mit einer Erweiterung des Gebäudevolumens.

4. Fällt das Bauvorhaben des Beschwerdeführers unter die Bestandesgarantie gemäss § 72 Abs. 2 PBG, so ist nun der Frage nachzugehen, ob das umstrittene Bauprojekt der Bestimmung von § 72 Abs. 2 PBG entspricht.

a) Nach der Bestimmung von § 72 Abs. 2 PBG dürfen zonenkonforme, aber baurechtswidrige Bauten und Anlagen unterhalten, erneuert und soweit dadurch nicht stärker vom geltenden Recht abgewichen wird, auch umgebaut oder erweitert werden.

b) Das Baugesuch des Beschwerdeführers sieht umfassende Änderungen im Dachgeschoss vor, indem das Giebeldach durch ein Mansardendach ersetzt werden soll. Änderungen sind auch bei Dachaufbauten auf der Südwestseite des Gebäudes vorgesehen. Die zwei Giebellukarnen, die sich je am Ende des Daches befinden, sollen durch Lukarnen in der Form eines Mansardendaches ersetzt werden. Im Erdgeschoss wird das Geschoss auf der Südwestseite um einen Wintergarten erweitert.

c) Mit den zuvor erwähnten Änderungen im Dachgeschoss und im Erdgeschoss wird das Gebäude volumenmässig erweitert. Nach der erwähnten Regelung von § 72 Abs. 2 PBG ist eine Erweiterung zulässig, soweit dadurch nicht stärker vom geltenden Recht abgewichen wird. Da die beiden Dachaufbauten auf der Südwestseite des Gebäudes umgestaltet und verbreitert werden und neu auch die Dachkonstruktion in der Mitte des Gebäudes zu den Dachaufbauten zu zählen ist, weicht das Bauprojekt stärker vom geltenden Recht ab als bisher. Die Dachkonstruktion in der Mitte des Gebäudes ist nach der Erweiterung des Erdgeschosses kein Kreuzfrist mehr, sondern eine Dachaufbaute, weil die Stirnfassade des früheren Kreufirstes nach der Erweiterung des Wintergartens im Erdgeschoss nicht mehr mit der darunterliegenden Fassade bündig ist. Die drei Dachaufbauten des umstrittenen Bauprojektes haben gesamthaft eine Länge von rund 13 m und dies bei einer Fassadenlänge von 17 m. Damit steht fest, dass das Bauprojekt stärker vom geltenden Recht abweicht als bisher, und es ist damit nicht bewilligungsfähig. Der Gemeinderat Walchwil hat somit das Baugesuch zu Recht abgelehnt.

Regierungsrat, 2. April 2013

Art. 22 Abs. 1 PRG, § 44 Abs. 1 PBG, § 19 PBG
Regeste:

Art. 22 Abs. 1 RPG, § 44 Abs. 1 PBG, § 19 PBG – Liegt eine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung vor, wenn ein Gebäude mit Wohnnutzung in eine Kindertagesstätte/Kindergarten mit Primarschulbetrieb umgenutzt wird? Gilt die neue Nutzung als Wohnnutzung?

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Baubewilligungspflicht für die Nutzungsänderung im Stöckli und im Bauernhaus (. . .) bejaht und die Eigentümerinnen/Eigentümer und Betreiberinnen/Betreiber des Lernortes (. . .) aufgefordert, für die bereits vorgenommenen Umnutzungen ein Baugesuch einzureichen. Konkret heisst dies, dass nach der Auffassung der Vorinstanz der Primarschulbetrieb im Bauernhaus und im Stöckli einer baurechtlichen Bewilligung bedarf. Letzteres gilt auch für die Umnutzung des Stöcklis in eine Kindertagesstätte/Kindergarten. Die Beschwerdeführenden vertreten den Standpunkt, dass die Umnutzungen nicht baubewilligungspflichtig sind, da für sie das Unterrichten von Primarschülerinnen / Primarschülern sowie der Betrieb einer Kindertagesstätte als Wohnnutzung gilt und diese Nutzung keine raumrelevanten Auswirkungen hat. Da die Frage der Baubewilligungspflicht umstritten ist, ist zunächst diese Frage zu klären.

a) Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Ergänzend zur bundesrechtlichen Regelung wird die Baubewilligungspflicht auch im kantonalen Recht umschrieben. Nach § 44 Abs. 1 PBG bedarf einer Baubewilligung der zuständigen Gemeindebehörde, wer Bauten und Anlagen erstellen, ändern oder anders nutzen will. Geringfügige Bauvorhaben, welche die nachbarlichen und die öffentlichen Interessen nicht erheblich berühren, sind der zuständigen Gemeindebehörde mit einer Bauanzeige zu melden (§ 44 Abs. 2 PBG). Aus dem Gesagten folgt, dass auch eine blosse Nutzungsänderung, welche raumrelevante Folgen hat, insbesondere erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt oder die Umgebung, baubewilligungspflichtig ist. Bei Nutzungsänderungen erstreckt sich die Bewilligungspflicht auf alle gesundheits- oder baupolizeilich bedeutsamen Zweckänderungen von Bauten und Anlagen, selbst wenn baulich nichts geändert wird. Die Bewilligungspflicht ist zu bejahen, wo ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit bzw. der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. An das Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn dürfen keine hohen Anforderungen gestellt werden. So genügen etwa bereits grössere Lärmimmissionen oder eine stärkere Belastung der Erschliessungsanlagen, dass eine vorgängige Kontrolle gerechtfertigt und damit die Bewilligungspflicht zu bejahen ist. Im Zweifelsfall hat sich die Behörde für die Baubewilligungspflicht zu entscheiden (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 267 f. und die dort zitierten Entscheide).

b) Im vorliegenden Fall haben die im Bauernhaus und im Stöckli vorgenommenen Nutzungsänderungen Auswirkungen auf die Umgebung. Der Betrieb einer Kindertagesstätte und einer Primarschule mit bis zu 14 Schülerinnen/Schülern erzeugt mehr Lärm als eine gewöhnliche Wohnnutzung. Zu erwähnen ist dabei zunächst einmal der Lärm von spielenden Kindern, wenn sich diese im Aussenbereich aufhalten oder wenn Lärm durch die geöffneten Fenster nach aussen dringt. Lärm kann auch durch das Bringen und Holen der Kinder mit Autos usw. entstehen. Eine andere Frage ist, ob der Betrieb einer Kindertagesstätte und einer Primarschule mit wenigen Schülerinnen/Schülern noch als Wohnnutzung gilt oder ob es sich bereits um eine gewerbliche Nutzung handelt, ob die geänderte Nutzung gegen die Wohnanteilsvorschriften oder gar gegen die bewilligte Arealbebauung verstösst, sind Fragen, die in einem Baubewilligungsverfahren zu klären sind, und zwar unabhängig davon, ob die vorgenommenen Nutzungsänderungen bewilligt werden können. Ein weiterer Aspekt, der für eine Baubewilligungspflicht spricht, ist, dass bei der Einrichtung von Kindertagesstätten neben den baurechtlichen Aspekten auch die Wohn- und Arbeitshygiene, der baulichen Sicherheit und dem Brandschutz besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist. Auch zur Klärung dieser Fragen ist es angebracht, wenn ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt wird. Eine Kindertagesstätte kommt dem Wohnen zwar sehr nahe, es gibt aber auch Unterschiede. In einer Kindertagesstätte wird in der Regel intensiver gewohnt, das heisst, es halten sich dort mehr Personen auf, dafür zu beschränkten Zeiten (abends, nachts und an den Wochenenden werden die Räume in der Regel nicht genutzt).

c) Als Zwischenergebnis steht damit fest, dass die vorgenommenen Nutzungsänderungen bewilligungspflichtig sind und damit ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist.

4. Aus der Stellungnahme des städtischen Baudepartementes vom 12. November 2012 geht hervor, dass die Beschwerdeführenden am 25. September 2012 ein Baugesuch für die Umnutzung des Stöcklis zum Primarschulbetrieb eingereicht haben. Dieses Gesuch wurde bisher nicht behandelt, weil einerseits das vorliegende Beschwerdeverfahren hängig war und andererseits die Vorinstanz verlangte, dass eine Dreiviertelmehrheit der Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealbebauung der Nutzungsänderung zustimmen muss. Wie aus den Beschwerdeakten hervorgeht, liegt diese Zustimmung nicht vor. Von den Beschwerdeführenden wird geltend gemacht, dass diese Zustimmung gar nicht erforderlich ist. Nach der Auffassung der Beschwerdeführenden gilt der Betrieb einer Kindertagesstätte und einer Primarschule mit wenigen Schülerinnen/Schülern als Wohnnutzung und nicht als gewerbliche Nutzung. Falls die Auffassung der Beschwerdeführenden richtig wäre, so stellt sich die Frage nach der Einhaltung der Wohnanteils-Vorschriften nicht, auch eine Zustimmung der übrigen Eigentümerinnen/Eigentümer der Arealbebauung wäre dann nicht erforderlich. Nachfolgend ist somit die Frage zu klären, ob es sich beim Betrieb einer Kindertagesstätte mit Primarschule für wenige Schülerinnen/Schüler um eine Wohnnutzung handelt.

a) Im Sachverhalt wurde bereits ausgeführt, dass sich der Lernort (. . .) in der Wohnzone 3 befindet, welche der Empfindlichkeitsstufe II zugewiesen ist (§ 36 Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009, BO Zug). In der Wohnzone 3 gilt ein Mindestwohnanteil von 90 % (§ 36 BO Zug), der in den in § 18 BO Zug genannten Fällen vom Stadtrat reduziert oder aufgehoben werden kann. Eine Definition der Wohnzone befindet sich im kantonalen Recht. Nach § 19 PBG sind die Wohnzonen für Wohnzwecke bestimmt. Nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe sind zulässig. Die Frage, ob eine Kindertagesstätte mit Primarschulunterricht für wenige Schülerinnen/Schüler noch als Wohnnutzung gilt, musste von den Rechtsmittelinstanzen im Kanton Zug bisher noch nicht entschieden werden. Aus anderen Kantonen liegen solche Entscheide vor. Im Kanton Zürich beispielsweise gibt es eine Rechtspraxis, wonach Kindertagesstätten in einer Wohnzone nicht als Wohnnutzung angesehen werden, aber je nach den jeweiligen Zonenvorschriften können diese trotzdem zonenkonform sein, sofern in einer Wohnzone auch andere Nutzungen wie nicht störende gewerbliche Nutzungen zulässig sind (vgl. Entscheid des Baurekursgerichtes des Kantons Zürich vom 26. März 2013, Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. November 2009). In einem neuen Urteil vom 15. März 2013 hat das Bundesgericht (1C_07/2012) ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich bestätigt, das eine Befreiung von der Mindestwohnanteilspflicht von 90 % in einer Wohnzone 3 in der Stadt Zürich für den Ersatzneubau einer Kindertagesstätte für 140 Plätze zugelassen hatte. In einem Urteil vom 18. November 2009 stellte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass die Umnutzung einer bisher zu Wohnzwecken dienenden Wohnung in eine Kindertagesstätte in einer Wohnzone 2 mit 90 % Wohnanteil zonenkonform sei und für die Unterschreitung des Wohnanteils wurde eine Ausnahme gewährt. In einem weiteren Urteil vom 6. September 2010 bestätigte das Bundesgericht (1C_148/2010) ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 26. Januar 2010, dass der Betrieb einer Kindertagesstätte mit 23 Plätzen in einer Wohnzone 3bis als zonenkonforme, zulässige Wohnnutzung zu betrachten sei. Das Verwaltungsgericht begründete die Wohnnutzung damit, dass die Kinder in der Kindertagesstätte einen halben oder ganzen Tag verbringen und dort essen, schlafen, spielen und teilweise den Kindergarten oder die Schule besuchen würden. Diese Tätigkeiten entsprächen vollumfänglich dem Charakter einer Wohnzone, weshalb der Betrieb der Kindertagesstätte als zonenkonforme zulässige Wohnnutzung zu betrachten sei.

b) Die zuvor erwähnten Gerichtsentscheide zeigen, dass in der Rechtsprechung Einigkeit herrscht, dass die Nutzung einer Liegenschaft als Kindertagesstätte mit der Wohnnutzung eng verwandt ist. Anstelle der Eltern erfolgt die Betreuung der Kinder durch Personal einer Kindertagesstätte. Die Nutzng einer Liegenschaft als Kindertagesstätte wird mit dem Zweck einer Wohnzone als vereinbar angesehen, sofern dies nicht aufgrund von speziellen Regelungen anders zu beurteilen ist. Die Differenz zwischen der Zürcher und Aargauer Rechtsprechung besteht darin, dass im Kanton Zürich eine Kindertagesstätte nicht als Wohnnutzung qualifiziert, aber mit dem Zweck einer Wohnzone vereinbare Nutzung angesehen wird. Im Kanton Aargau geht man noch einen Schritt weiter, dort gilt eine Kindertagesstätte als Wohnnutzung. Da das Bundesgericht im erwähnten Urteil die Aargauer Praxis bestätigt hat, kann der in § 19 PBG verwendete Begriff «Wohnzwecke» ohne Zwang ebenfalls dahingehend ausgelegt werden, dass darunter auch kleinere Kindertagesstätten mit oder ohne Primarschulbetrieb für 20 bis 30 Kinder fallen. Mit dieser

Auslegung wird der gesellschaftlichen Entwicklung Rechnung getragen, dass Elternteile oft einer Erwerbsarbeit nachgehen und deshalb die Kinder teilweise oder ganz ausser Haus betreut werden. Entscheidend ist zudem, dass die Kinder in einer Kindertagesstätte die gleichen Aktivitäten ausüben wie im Elternhaus. Sie essen und spielen dort, je nach Alter besuchen sie den Kindergarten oder die Schule.

c) Der Lernort (. . .) entspricht vollumfänglich den in Bst. b genannten Voraussetzungen und die Nutzung des Bauernhauses und des Stöcklis als Kindertagesstätte mit Primarschulunterricht ist damit als Wohnnutzung anzusehen. Damit ist auch die Einhaltung des vorgeschriebenen Wohnanteils von 100 % gemäss Bewilligung der Arealbebauung (. . .) und von 90 % gemäss § 36 BO Zug kein Problem. Gilt die Kindertagesstätte mit Primarschulbetrieb des Lernortes als Wohnnutzung, so wird auch das Konzept der Arealbebauung nicht geändert und es muss somit keine Zustimmung der übrigen Eigentümerinnen/Eigentümer der Arealbebauung im Sinne von § 29 Abs. 4 PBG eingeholt werden.

Regierungsrat, 18. Juni 2013

Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG, Art. 11 Abs. 2 USG, Art. 7 Abs. 1 LSV, § 21 PBG, § 36 BO Zug, § 20 Altstadtreglement Zug
Regeste:

Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG, Art. 11 Abs. 2 USG, Art. 7 Abs. 1 LSV, § 21 PBG, § 36 BO Zug, § 20 Altstadtreglement Zug – Umnutzung eines bestehenden Gebäudes in der Altstadtzone Zug für eine Gaststube mit Tapas-Werkstadt und Vinothek, Zonenkonformität des geplanten Restaurationsbetriebes in der Altstadtzone? Zulässigkeit der Lärmimmissionen des Restaurationsbetriebes in der Altstadtzone?

Aus den Erwägungen:

6. Die Beschwerdeführenden bringen zudem vor, das Bauvorhaben sei nicht zonenkonform. Nach § 20 Abs. 1 Altstadtreglement vom 11. Januar 1983 (AR) seien im Erdgeschoss «nach Möglichkeit Ladengeschäfte, öffentlich zugängliche Lokale oder nicht störende Kleingewerbe vorzusehen». Aus der genannten Bestimmung folge eindeutig, dass in der Kernzone A «Altstadtzone» (KA) nach den Bestimmungen des AR nur nicht störende Gewerbebetriebe zulässig seien. Unter diesen Umständen stelle sich die Frage, ob der geplante Restaurationsbetrieb im Sinne von § 20 Abs. 1 AR als nicht störendes Kleingewerbe gelten könne. Das müsse klar verneint werden. Ein Bar- und Restaurationsbetrieb mit Aussenbestuhlung stelle kein nicht störendes Kleingewerbe dar – erst recht nicht, nachdem gemäss neuem Betriebskonzept auch regelmässige abendliche «Events» durchgeführt werden sollten, für welche auch längere Öffnungszeiten als die verfügten Betriebszeiten der Aussensitzplätze bewilligt werden könnten. Ferner sei es seit Inkrafttreten des Rauchverbots gerichtsnotorisch, dass zahlreiche Gäste dem Rauchgenuss im Freien und meistens gruppenweise nachgehen würden. Die von der Vorinstanz verfügten Betriebszeiten für die Aussensitzplätze würden sich vor diesem Hintergrund als nicht geeignet erweisen, Lärmimmissionen auch nach 22.00 bzw. 23.00 Uhr zu verhindern. Ausserdem habe das Bundesgericht im Entscheid 1A.132/1999 für die Liegenschaft Ober Altstadt 18 bestätigt, dass Restaurationsbetriebe bzw. Barbetriebe nicht als nicht störende Gewerbebetriebe qualifiziert werden könnten. Im genannten Entscheid sei dem AR selbständige Bedeutung neben den bundesrechtlichen Umweltvorschriften beigemessen und der geplante Betrieb einer Bar trotz diverser betrieblicher Auflagen als mit § 20 Abs. 1 AR unvereinbar qualifiziert worden. Dazu werde auch auf das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 22. April 1999 in derselben Sache verwiesen. Zu betonen sei, dass die erwähnte Bar, welche Gegenstand der vorerwähnten Entscheide gebildet habe, im Gegensatz zum vorliegend zu beurteilenden Bauvorhaben keine Aussensitzplätze vorgesehen habe. Das Verwaltungsgericht habe die fehlende Zonenkonformität mit dem lärmigen Verhalten von Gästen begründet, welches erfahrungsgemäss auch ausserhalb des Betriebs auftrete und bei den beengten Verhältnissen im südlichen Teil der inneren Altstadt besonders störend in Erscheinung trete.

a) Gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG müssen Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Das Bauvorhaben muss mit anderen Worten zonenkonform sein (Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl. Bern 2008, S. 144). Das Baubewilligungsverfahren dient somit der Abklärung, ob Bauten und Anlagen der im Nutzungsplan ausgedrückten räumlichen Ordnungsvorstellung entsprechen (BGE 116 Ib 53). Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Zonenkonformität bilden die für den betreffenden Zonentyp geltenden Vorschriften (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 21 zu Art. 22 RPG).

Das Grundstück Ober Altstadt 18a (GS 1166) liegt gemäss Zonenplan der Stadt Zug in der Kernzone A (KA) Altstadtzone. Gemäss § 21 PBG schaffen oder erhalten die Kernzonen Stadt-, Orts- oder Quartierzentren. Sie dienen Dienstleistungs- und Gewerbebetrieben sowie dem Wohnen. Für die Kernzone A sieht § 36 der Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 (BO) einen Wohnanteil von mindestens 60 % vor und lässt mässig störende Betriebe zu. Des Weiteren verweist die Bauordnung für die Bauweise auf das Altstadtreglement der Stadt Zug vom 11. Januar 1983 (AR). Dieses geht als Spezialregelung grundsätzlich dort den Bestimmungen der Bauordnung vor, wo es andere oder weitergehende Bestimmungen enthält. Wo sich das Altstadtreglement nicht äussert, gelangen grundsätzlich die Vorschriften der Bauordnung zur Anwendung (Hans Hagmann, Kommentar zur Bauordnung der Stadt Zug, S. 113). Auch aus § 7 Abs. 2 AR ist dieser Vorrang erkennbar, wonach die Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 für die Altstadt lediglich dann gilt, soweit deren Bestimmungen sinngemäss angewendet werden können und dem Altstadtreglement nicht zuwiderlaufen.

Nach § 1 AR gilt für die im Zonenplan ausgeschiedene Altstadtzone das Altstadtreglement, umfassend die innere und äussere Altstadt sowie die Vorstadt. Als innere Altstadt gilt das Gebiet seeseits der Linie Graben-Kolinplatz-Grabenstrasse-Seelikon. Das Baugrundstück liegt in der inneren Altstadt und damit im Geltungsbereich des Altstadtreglements. Als Grundsatz gilt, dass die Altstadt in ihrem Gesamtbild, ihrer Massstäblichkeit und inneren Struktur sowie – wo immer möglich – in ihrer historischen Substanz zu erhalten ist. Die städtebauliche und architektonische Eigenart und Qualität ist zu bewahren oder wiederherzustellen. Zweckmässige Massnahmen, wie die Schaffung von Läden und Wohnraum (insbesondere für Wohnungen mit drei und mehr Zimmern) sowie die Unterbringung von Kleingewerbe, sollen eine Aufwertung und Belebung herbeiführen. In der inneren Altstadt, die eine in sich besonders geschlossene Einheit darstellt, gelten die Bestimmungen zur Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung in verstärktem Masse (§ 2 AR). Die zulässige Nutzungsart der Liegenschaften in der Altstadtzone wird durch § 20 AR bestimmt. Danach sind im Erdgeschoss nach Möglichkeit Ladengeschäfte, öffentlich zugängliche Lokale oder nicht störende Kleingewerbe vorzusehen (Abs. 1). Im Hinblick auf den Wohnanteil ist festzuhalten, dass die Vorschrift in § 20 Abs. 2 AR, mit welcher für die Altstadtzone ein geringerer Mindestwohnanteil als in der Bauordnung der Stadt Zug (§ 36 BO) festgesetzt wurde, mit dem Inkrafttreten der an der Urnenabstimmung vom 24. Juni 1990 angenommenen Volksinitiative für höhere Wohnanteile aufgehoben worden ist (vgl. RRB vom 28. Juni 1990; Hans Hagmann, a.a.O., S. 113).

Mit dem Inhalt der Nutzungsbestimmung von § 20 AR hat sich das Verwaltungsgericht des Kantons Zug unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze gemäss § 2 AR mit Urteil vom 22. April 1999 (V 1997/56) einlässlich auseinandergesetzt. Dabei war inhaltlich zu beurteilen, ob die Baubewilligung für den Einbau einer Bar im Wohn- und Geschäftshaus Ober Altstadt 18 zu Recht erteilt wurde. Das Verwaltungsgericht hielt im genannten Urteil Folgendes fest:

«Gemäss § 2 soll die Aufwertung und Belebung u.a. durch die «Unterbringung von Kleingewerbe» herbeigeführt werden. Nach den besonderen Bau- und Zonenvorschriften sind im Erdgeschoss nach Möglichkeit Ladengeschäfte, öffentlich zugängliche Lokale oder nicht störende Kleingewerbe vorzusehen. Diese Umschreibung der Nutzungsart umfasst gewiss auch Gaststätten. Die gewählte Formulierung erlaubt ein breites Spektrum von Nutzungsarten. Anderseits ist nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber «nicht störende» Kleingewerbe nennt. Der Begriff «nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe» war sowohl der Bauordnung 1981 eigen wie auch der gültigen Bauordnung 1994. Als nicht störend wird

jenes Gewerbe bezeichnet, das in Wohnzonen zugelassen ist. Ladengeschäfte sind ebenfalls nicht störend, insbesondere was die Ladenöffnungszeiten und die Einhaltung der Nacht- und Sonntagsruhe betrifft. Aufgrund der mittleren bis kleinen Gebäudegrundrisse in der inneren Altstadt ergeben sich in diesem Bereich der Altstadtzone ohnehin nur beschränkte Möglichkeiten hinsichtlich der Grösse von Ladengeschäften. Der Begriff «öffentlich zugängliche Lokale» ist im gleichen Sinne zu verstehen wie die Nutzung für Ladengeschäfte oder nicht störende Kleingewerbe. Eine Auslegung, welche Kleingewerbe nur zulassen wollte, wenn sie nicht stören, anderseits aber öffentlich zugängliche Lokale auch dann bewilligen wollte, wenn sie stören, wäre in sich widersprüchlich. Das gleiche gilt von der Auslegung nach dem Grundsatz gemäss § 2 AR. Die Schaffung von Läden und Wohnraum sowie die Unterbringung von Kleingewerbe sind nicht als gegensätzliche und konfliktträchtige Ziele zu verstehen, sondern sollen miteinander verträglich eine Aufwertung und Belebung herbeiführen. Anderseits verbietet das Altstadtreglement keineswegs Restaurants, Hotels oder Bars. Hinsichtlich der baulichen Gestaltung, der Nutzung und der Lärmbelastung ist die Altstadtzone aber durch starke Unterschiede gekennzeichnet. Das Reglement unterscheidet zwischen der äusseren und der inneren Altstadt, in welcher die Bestimmungen über Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung in verstärktem Masse gelten. Die Differenzierung ist aber auch im Gesamtbild, in der Massstäblichkeit und inneren Struktur angelegt, welche gemäss § 2 AR zu erhalten ist. Bei der Anwendung des Altstadtreglementes verbietet sich eine rein normativ-abstrakte Beurteilung über die Zonenkonformität einer Baute, sondern ist die gewachsene Struktur, welche zu erhalten und zu beleben ist, zu berücksichtigen. Diese Struktur beinhaltet grosse Unterschiede, beispielsweise hinsichtlich Geschosszahl, hinsichtlich Lärmbelastung und Eignung für die Wohnnutzung oder hinsichtlich der denkmalpflegerischen Schutzwürdigkeit. Diese Unterschiedlichkeit in der Massstäblichkeit und inneren Struktur verbietet auch, die Zulässigkeit eines Bauvorhabens ohne Berücksichtigung dieser Struktur aus dem Bestehen einer anderen Baute im Altstadtgebiet zu begründen.»

Aus den vorgenannten Zonenbestimmungen ergibt sich, dass nicht störende Ladengeschäfte, nicht störende öffentlich zugängliche Lokale und nicht störende Kleingewerbe in der Altstadtzone grundsätzlich zulässig sind. Soweit die Vorinstanz daher ausführt, dass die Bauordnung der Stadt Zug in der gesamten Kernzone A mässig störende Betriebe vorsehe, kann ihr demnach nicht gefolgt werden. Denn mit § 36 weitet die Bauordnung der Stadt Zug das Spektrum der zulässigen Nutzungsarten aus und läuft damit dem Altstadtreglement zuwider (§ 7 Abs. 2 AR i.V.m. § 73 BO). Weiter ist festzuhalten, dass das Altstadtreglement Restaurants, Hotels oder Bars nicht verbietet. Mit der Umschreibung der Nutzungsarten auf nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe ist deshalb noch keineswegs die Frage beantwortet, ob das hier umstrittene Bauvorhaben zonenkonform ist oder nicht. Vielmehr müssen aufgrund von § 2 AR die in der Altstadtzone vorhandenen Unterschiede hinsichtlich der baulichen Gestaltung, der Nutzung und der Lärmbelastung in die Beurteilung der Zonenkonformität miteinbezogen werden. Da aus diesem Grund das Altstadtreglement eine rein normativ-abstrakte Beurteilung über die Zonenkonformität einer Baute verbietet, ist vorab der Charakter respektive die gewachsene Struktur der inneren Altstadt im Bereich der Liegenschaft Ober Altstadt 18a zu ermitteln, die es insbesondere auch mit dem geplanten Projekt zu erhalten und beleben gilt.

b) Dem Regierungsrat sind die örtlichen Verhältnisse der inneren Altstadt bekannt. Zusätzlich wurde am 12. April 2013 in der vorliegenden Beschwerdesache ein Augenschein durchgeführt. Es konnte dabei festgestellt werden, dass die Gassen sowie die Nachbarschaft der inneren Altstadt eng gestaltet sind und sich auf der gesamten Länge der Ober Altstadt-Gasse diverse Geschäfte eingemietet haben. Bei diesen Erdgeschossnutzungen handelt es sich unter anderem um Geschenk- und Accessoireläden, Kleidergeschäfte, einen Coiffeursalon, eine Apotheke, eine Musikschule, eine Kinderkrippe und Kunstgalerien. Diese Nutzungsarten haben gemeinsam, dass sie einerseits auf die üblichen Ladenöffnungszeiten und anderseits auf das Gebäudeinnere beschränkt sind. Die Ober Altstadt-Gasse wird daher in der Regel nur kurzzeitig für das Aufsuchen und Verlassen der Wohnungen und Ladengeschäfte passiert und beansprucht. Die daraus resultierende Lärmkulisse ist für die Anwohner meist nur zu den Arbeitszeiten (07.00 bis 19.00 Uhr) wahrnehmbar. Abgesehen davon steht in der Ober Altstadt-Gasse die Wohnnutzung im Vordergrund. Dies zeigt sich nicht nur aufgrund der tatsächlichen

Verhältnisse, sondern ergibt sich auch aus den rechtlichen Vorgaben, wonach der Wohnanteil in der Kernzone A mindestens 60 % beträgt. Insgesamt ist damit ersichtlich, dass die Ober Altstadt hinsichtlich der bestehenden Nutzung und Lärmbelastung über eine einheitliche, homogen gewachsene Struktur verfügt, unabhängig davon, ob man sich im nördlichen oder im südlichen Teil der Gasse befindet.

c) Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, dass das Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 22. April 1999 (V 1997/56) zwischen dem mehr lärmbelasteten nördlichen Bereich und dem weniger belasteten südlichen Bereich der inneren Altstadt unterschieden habe. Das Vorhaben liege rund 50 m vom Restaurant Rathauskeller mit Gartenwirtschaft sowie rund 60 m vom Restaurant Fischmarkt, ebenfalls mit Gartenwirtschaft entfernt, mithin also im belebteren nördlichen Teil der Altstadt. Beide benachbarten Gaststätten würden die Gartenwirtschaft bis 24.00 Uhr betreiben können. Im Gegensatz zum südlichen Teil der Altstadt herrsche im nördlichen Teil unter anderem ausgehend von den Restaurants Rathauskeller und Fischmarkt, dem Hotel Aige Esdewebe, dem Weinrestaurant Felsenkeller sowie dem Barbetrieb an der Unter Altstadt 12 mehr Betrieb als im erwähnten, durch das Bundesgericht beurteilten Fall nahe der Liebfrauen-Kirche und dem Greth-Schell-Brunnen an der Ober Altstadt 18. Nebst Wohnnutzung komme in diesem Teil der Altstadt der Restauration grosses Gewicht zu. Entsprechend sei der nördliche Teil der Altstadt eher frequentiert als der südliche Teil. Die konkrete Umgebung spreche daher für die Zonenkonformität der geplanten Tapas-Bar mit Vinothek.

Es ist zutreffend, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zug im genannten Urteil vom 22. April 1999 erwogen hat, dass dem Gericht die örtlichen Verhältnisse in der Altstadtzone, insbesondere auch im mehr lärmbelasteten nördlichen Bereich der inneren Altstadt und im weniger belasteten südlichen Bereich bekannt seien. Daraus geht jedoch noch nicht hervor, welche Gebiete der inneren Altstadt dem lärmbelasteten nördlichen Bereich bzw. dem weniger belasteten südlichen Bereich im Sinne des Gerichts zuzuordnen sind. Die Vorinstanz weist die Liegenschaft Ober Altstadt 18a aufgrund von dessen Lage und räumlichen Distanz zum Fischmarkt dem belebteren (lärmbelasteteren) nördlichen Teil zu. Wie bereits ausgeführt wurde, ist die innere Altstadt hinsichtlich der baulichen Gestaltung, der Nutzung und der Lärmbelastung durch starke Unterschiede gekennzeichnet. Es muss daher für jedes Bauvorhaben innerhalb der Kernzone A die gewachsene Struktur der Umgebung ermittelt werden, welche zu erhalten und zu beleben ist (§ 2 AR). Eine fiktive Grenzziehung, welche den Perimeter der inneren Altstadt beispielsweise in der Mitte trennt und damit das Gebiet in einen südlichen und nördlichen Bereich unterteilt, ohne dass dafür sachliche Gründe vorliegen, ist deshalb abzulehnen. Wie bereits vorangehend aufgezeigt wurde, verfügt die Ober Altstadt über eine einheitliche innere Struktur, deren Rechnung zu tragen ist. Diese gilt es insbesondere zu erhalten und in diesem Rahmen auch zu beleben. Denn die baurechtlichen Gebote der Erhaltung und Wiederherstel-lung setzen der Verbesserung durch Aufwertung und Belebung zum vornherein Grenzen (vgl. § 2 AR; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 22. April 1999, E. 2a [V 1997/56]). Die von der Vorinstanz angefügten Restaurationsbetriebe befinden sich allesamt nicht in der Ober Altstadt und sind daher auch nicht geeignet, den ermittelten Charakter dieses Stadtteils entsprechend zu beeinflussen. So ist festzuhalten, dass der Barbetrieb an der Unter Altstadt 12 durch zwei Häuserzeilen von der Ober Altstadt-Gasse getrennt ist und dieser somit hinsichtlich Nutzung und Lärmbelastung nicht zugerechnet werden kann. Daran ändert insbesondere auch die Schwanengasse nichts, welche die Unter mit der Ober Altstadt verbindet. Das Restaurant Rathaus und das Restaurant Fischmarkt (beide mit Gartenwirtschaft) haben ihren Standort am Fischmarkt. Deren Haupteingänge als auch deren Aussensitzplätze sind zu diesem Platz hin ausgerichtet und liegen nicht innerhalb der Ober Altstadt-Gasse. Der Charakter des Fischmarktes unterscheidet sich somit aufgrund der vorhandenen Gaststätten mit Aussenbewirtschaftung und den damit einhergehenden Lärmbelastungen ebenfalls deutlich von den Verhältnissen in der Ober Altstadt. Dasselbe gilt für das Hotel Aige Esdewebe und das Weinrestaurant Felsenkeller. Diese liegen in der Nähe des Kolinplatzes und der stark befahrenen, lärmintensiven Neugasse bzw. Grabenstrasse. Sie sind zudem auf den Kolinplatz bzw. die Grabenstrasse ausgerichtet. Der Regierungsrat gelangt daher zur Auffassung, dass der bestehende Charakter der Ober Altstadt nicht mit der gewachsenen Struktur der Unter Altstadt, des Fischmarktes, des Kolinplatzes und der Grabenstrasse verglichen werden kann. Aus diesem Grund müssen auch bei der Beurteilung der Zonenkonformität diese Gebiete der Altstadt klar voneinander abgegrenzt werden. Würde man darauf

verzichten, hätte dies zur Folge, dass die vorhandenen Unterschiede in der Altstadtzone nicht mehr erhalten werden könnten und mit der Zeit vollständig verloren gingen. Dies ist mit den Grundsätzen des Altstadtreglements nicht vereinbar (vgl. § 2 AR).

In der Folge ist somit zu prüfen, ob mit dem geplanten Bauvorhaben die ermittelte innere Struktur der Ober Altstadt erhalten und belebt wird.

d) Die Gesuchstellerin plant den Umbau und die Umnutzung der Ankenwaage zu einer Tapaswerkstatt und Vinothek. Das Projekt umfasst ausserdem 20 Aussensitzplätze und eine 2.65 m lange Sitzbank, welche entlang der West- und Südfassade des Gebäudes bereitgestellt werden sollen. Die Vorinstanz hat die Betriebszeit für die Aussensitzplätze von Sonntag bis und mit Donnerstag auf 22.00 Uhr bzw. für den Freitag und Samstag auf 23.00 Uhr festgelegt. Ferner sind gemäss Betriebskonzept auch Events vorgesehen, im Sinne von Themenabende für Weinliebhaber und Degustationen mit Weinbauern sowie kleinere kulturelle Anlässe. Daraus ist ersichtlich, dass es sich vorliegend um einen Betrieb handelt, der sich weder auf die üblichen Ladenöffnungszeiten noch auf das Gebäudeinnere beschränkt. Die Besonderheit eines solchen Lokals liegt gerade darin, dass eine mit Lärmemissionen verbundene Tätigkeit schwergewichtig in der Ruhe- (19.00 bis 22.00 Uhr) und Nachtzeit (22.00 bis 07.00 Uhr) entfaltet wird. Die Aussensitzplätze laden zum Verweilen ein und verursachen damit auch ausserhalb der üblichen Arbeitszeit eine permanente Lärmkulisse, die mit derjenigen in der Ober Altstadt-Gasse, so wie sie heute besteht, nicht vergleichbar ist. Hinzu kommt, dass gemäss Betriebskonzept für die Parkierungsmöglichkeiten auf das nahe gelegene Casino-Parkhaus verwiesen wird. Die Besucher der Tapas-Bar – namentlich diejenigen, welche mit dem Auto anreisen – werden daher nicht notwendigerweise entlang der viel befahrenen Grabenstrasse und via Ankengasse, sondern auch über den Kolinplatz oder von Süden her über die Ober Altstadt-Gasse zur Ankenwaage gelangen. Diesen letztgenannten südlichen Zugang werden vorzugsweise auch diejenigen Automobilisten wählen, welche ihr Fahrzeug im ebenfalls nahe gelegenen Parkhaus Frauensteinmatt abstellen werden. Gerade bei den engen räumlichen Verhältnissen der Altstadt ist deshalb davon auszugehen, dass sich das lärmige Verhalten der Gäste im Aussenbereich der Ankenwaage sowie der dazugehörige Kundenverkehr besonders störend auf die umliegenden Liegenschaften auswirkt, die überwiegend zu Wohnzwecken genutzt werden. Mit dem hier umstrittenen gewerblichen Betrieb werden demnach die bestehenden Verhältnisse empfindlich gestört und die Wohnqualität erheblich beeinträchtigt. Angesichts dessen ist festzuhalten, dass mit der geplanten Nutzung, die weder an die üblichen Ladenöffnungszeiten gebunden ist noch im Gebäudeinneren stattfindet, der bestehende Charakter der Ober Altstadt hinsichtlich Nutzung und Lärmbelastung offensichtlich missachtet wird. Somit wird dem Grundsatz, die Ober Altstadt in ihrem Gesamtbild, ihrer Massstäblichkeit und inneren Struktur zu erhalten und in diesem Sinn zu beleben, nicht ausreichend Rechnung getragen. Das umstrittene Projekt widerspricht daher den einschlägigen Zonenbestimmungen des Altstadtreglements (§ 20 Abs. 1 i.V.m. § 2 AR) und ist deshalb am gewählten Standort nicht zonenkonform. An dieser Beurteilung ändert insbesondere auch der Hinweis der Vorinstanz auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen nichts. Wie vorangehend ausgeführt wurde, ist in der Altstadtzone eine rein normativ-abstrakte Beurteilung über die Zonenkonformität einer Baute nicht zulässig. Vielmehr verlangt die Auslegung des Altstadtreglements die differenzierte Berücksichtigung der gewachsenen Struktur in den einzelnen Stadtteilen. Der vorliegende Entscheid hat sich an dieser Vorgabe orientiert. Eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen liegt daher nicht vor. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des Stadtrates Zug vom 27. November 2012 aufzuheben.

7. (. . .)

8. Die Lärmemissionen einer neuen ortsfesten Anlage müssen nach den Anordnungen der Vollzugsbehörde im Rahmen der Vorsorge so weit begrenzt werden, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Zudem dürfen die von der Anlage allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte nicht überschreiten (Art. 11 Abs. 2 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 [USG; SR 814.01] und Art. 7 Abs. 1 LSV). Die Planungswerte quantifizieren ein Mass, bei

welchem höchstens geringfügige Störungen auftreten (BGE 123 II 325). Das Lärmgutachten vom 20. September 2012 hält fest, dass der Restaurant-Standort Ober Altstadt 18a mit Aussensitzplätzen in Richtung Ober Altstadt aus rein lärmtechnischer Sicht nicht optimal sei. Mit einem uneingeschränkten bzw. unkontrollierten Betrieb einer solchen Anlage sei die lärmrechtliche Anforderung «höchstens geringfügige Störungen» kaum einzuhalten. Gleichwohl sei ein Betrieb im Rahmen der lärmrechtlichen Anforderungen, unter Einbezug weitergehender Lärmschutzmassnahmen, möglich. Die Vorinstanz hat aus diesem Grunde und in Beachtung des lärmrechtlichen Vorsorgeprinzips unter anderem die Betriebszeiten der Aussensitzplätze von Sonntag bis und mit Donnerstag auf 22.00 Uhr und am Freitag und Samstag auf 23.00 Uhr festgelegt. Diese Unterscheidung wird damit begründet, dass auf die besonders lärmempfindliche Einschlafphase der Anwohnerschaft insbesondere unter der Woche Rücksicht zu nehmen sei. An Freitagen und Samstagen hingegen verschiebe sich die Einschlafphase eines Grossteils der Bevölkerung erfahrungsgemäss auf später. An diesen Abenden folge für einen grossen Teil der Anwohnerschaft ein arbeitsfreier Tag, was bei der Festlegung der Betriebszeiten berücksichtigt werden dürfe. Diese Ausführungen stützt die Vorinstanz wörtlich auf das Urteil Nr. VB.2010.00257 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2011.

Hierzu ist anzumerken, dass nach den Anhängen zur LSV die Nacht – je nach Lärmart – zwischen 19.00 Uhr (Anhang 6: Industrie- und Gewerbelärm) und 22.00 Uhr (Anhänge 3 und 4: Verkehrslärm) beginnt. Auch nach der cercle bruit-Richtlinie der Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute zur Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung durch den Betrieb öffentlicher Lokale vom 10. März 1999 beginnt die Nacht um 22.00 Uhr. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist jedenfalls die Nachtruhe der Bevölkerung in der Zeit zwischen 22.00 und 23.00 Uhr besonders schutzwürdig, handle es sich doch dabei um die besonders lärmempfindliche Einschlafphase (Bundesgerichtsentscheid vom 24. Juni 1997, URP 1997 495 ff., E. 6d; 1A.282/2000 vom 15. Mai 2001). In Bezug auf die Schutzwürdigkeit der Einschlafphase unterscheidet die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht zwischen dem Wochenende (Freitag und Samstag) und den restlichen Wochentagen. Dasselbe gilt für die LSV und die cercle bruit-Richtlinie. Hinzu kommt, dass für den Lärm von Restaurants und Gartenwirtschaften die LSV keine Grenzwerte enthält und daher auch keine Regelung über den Beginn der Nachtruhe vorsieht. Es ist deshalb nicht von vornherein unzulässig, hierfür die kommunalen Lärmschutzbestimmungen heranzuziehen, als Ausdruck der in einer Gemeinde vorherrschenden Meinung oder Gepflogenheiten hinsichtlich des Ruhebedürfnisses der örtlichen Bevölkerung (vgl. BGE 126 II 366, E. 4a und 5b; Bundesgerichtsentscheid 1A.282/2000 vom 15. Mai 2001; Wolf, a.a.O., N 13 zu Art. 25 USG). Die Stadt Zug verfügt über ein Lärmreglement, welches eine generelle Nachtruhe von 22.00 bis 07.00 Uhr statuiert. Somit ist auch unter diesem Aspekt nicht ersichtlich, aus welchen sachlichen Gründen sich die schutzwürdige Einschlafphase an Freitagen und Samstagen im Vergleich zu den restlichen Wochentagen um eine Stunde nach hinten verschieben sollte. Ein unbesehenes Abstellen auf das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2011 überzeugt jedenfalls nicht, ist doch die Ausgangslage im genannten Urteil nicht mit der vorliegenden identisch. Insbesondere hat die Vorinstanz den aus lärmtechnischer Sicht heiklen Standort der Ankenwaage sowie die örtlichen Gepflogenheiten, die sich aus dem Lärmreglement ergeben, nicht in ihre lärmrechtliche Beurteilung einfliessen lassen.

Regierungsrat, 26. November 2013

2.4.2 Verfahrensrecht

§ 61 Abs. 2 VRG (Sprungbeschwerde)
Regeste:

§ 61 Abs. 2 VRG – Die prozessökonomische Ziele verfolgende Sprungbeschwerde (Überweisung zur direkten Beurteilung ans Verwaltungsgericht) soll nur in Fällen erwogen werden, wo es nicht um Ermessens-, sondern ausschliesslich um Rechtsfragen geht oder wenn der Regierungsrat in einer bestimmten Angelegenheit schon früher in irgendeiner Form Stellung bezogen hat und sich deswegen nicht mehr vollständig unabhängig fühlt (Erw. 1.2).

Aus den Erwägungen:

1.1 Bei Zustimmung des Beschwerdeführers kann der Regierungsrat eine Verwaltungsstreitsache unter Verzicht auf einen Entscheid an das Verwaltungsgericht zur direkten Beurteilung überweisen (Sprungbeschwerde; vgl. § 61 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen [Verwaltungsrechtspflegegesetz] vom 1. April 1976; VRG, BGS 162.1).

1.2 Die Möglichkeit einer Sprungbeschwerde verfolgt prozessökonomische Ziele, doch soll sie primär dort eine Beschleunigung erreichen, wo ansonsten Verfahrensleerläufe absehbar sind (vgl. BGE 2C_659/2012, Erw. 3.3.2 mit Hinweisen; vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Basel Land vom 16.6.1999 i.S. Gemeinderat Reinach, Nr. 105, Erw. 3a). Die Sprungbeschwerde soll nur in Fällen erwogen werden, wo es nicht um Ermessens-, sondern ausschliesslich um Rechtsfragen geht oder wenn der Regierungsrat in einer bestimmten Angelegenheit schon früher in irgendeiner Form Stellung bezogen hat und sich deswegen nicht mehr vollständig unabhängig fühlt (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 22. März 2005 zur Motion der Kommission Parlamentsreform betreffend verwaltungsinterne Rechtsprechung [Vorlage Nr. 823.2 - Laufnummer 11685] mit Hinweis auf Rolf Meyer, Die Organisation der Verwaltungsrechtsprechung im Kanton Zug, 1984, S. 193).

(. . .)

3.1 Der Regierungsrat hat am 12. Juli 2011 die gegen den Entscheid der Z. vom 28. Juli 2010 (Erteilung der Baubewilligung) eingereichten Verwaltungsbeschwerden abgewiesen und sich bezüglich des im Kaufvertrag vom 10. Januar 1953 umschriebenen Näherbaurechts wie folgt geäussert (vgl. RRB vom 12. Juli 2011, Erw. 5):

«(. . .)

b) Die Bauherrschaft und Z. sind der Auffassung, dass die Zustimmung der Eigentümer des GS 1672 für einen Näherbau vorliegt. Sie berufen sich auf ein im Grundbuch eingetragenes Näherbaurecht zu Gunsten von GS 2681 und zu Lasten von GS 1672, das in einem Kaufvertrag vom 10. Januar 1953 begründet wurde. Das Näherbaurecht wurde im damals abgeschlossenen Kaufvertrag wie folgt umschrieben: «Der Verkäufer räumt der Käuferin das Recht ein, auf G.B.P.No. 2681 bei der östlichen Parzellengrenze bei der Überbauung nur einen Grenzabstand von 2 m einzuhalten, was im Grundbuch z. G. von G.B.P.No. 2681 und z. L. von G.B.P.No. 1672 als Näherbaurecht einzutragen ist.» Die Bauherrschaft und Z. erblicken in diesem Grundbucheintrag ein generelles Näherbaurecht von 2 m für sämtliche Bauten. Die Beschwerdeführenden fassen diese Dienstbarkeit dagegen als projektbezogen auf, indem sie auf den Plan hinweisen, der dem erwähnten Kaufvertrag beigelegt gewesen sei. In diesem Plan sei die entsprechende Überbauung eingezeichnet gewesen. Die damals geplante Überbauung sei nie realisiert worden. Vielmehr habe das 1957 erstellte Gebäude einen Grenzabstand von 4 m eingehalten.

c) Aus dem Grundbucheintrag sowie aus dem Wortlaut der im Jahre 1953 eingeräumten Dienstbarkeit geht nicht hervor, dass das Näherbaurecht nur für ein bestimmtes Bauprojekt gelten würde. Auf den dem Kaufvertrag vom 10. Januar 1953 beigelegten Plan kann bei der Auslegung des Näherbaurechtes nicht abgestellt werden, da im Kaufvertrag und insbesondere bei der Begründung des Näherbaurechtes dieser Plan mit keinem Wort erwähnt bzw. darauf verwiesen wird. Der Grundbucheintrag sowie der Wortlaut des im Kaufvertrag vom 10. Januar 1953 begründeten Näherbaurechtes deuten viel mehr darauf hin, dass ein generelles Näherbaurecht von 2 m gilt. Z. ist somit bei der Beurteilung des Bauprojektes zu Recht davon ausgegangen, dass für das Bauprojekt auf dem GS Nr. 2681 ein generelles Näherbaurecht vorliegt und damit das Projekt wie vorgesehen in einem reduzierten Abstand von 2 m zum Nachbargrundstück GS Nr. 1672 realisiert werden kann.

(. . .)»

3.2 Obwohl das Bauprojekt in der Zwischenzeit überarbeitet worden ist, stellen sich vorliegend u. a. dieselben Rechtsfragen wie im Verfahren im Jahre 2011 (bestrittenes generelles Näherbaurecht). (. . .) Zu dieser Frage hat der Regierungsrat bereits in seinem Entscheid vom 12. Juli 2011 Stellung bezogen. Die Beschwerde ist deshalb – zumal auch die Bauherrschaft damit einverstanden ist – unter Anwendung von § 61 Abs. 2 VRG zur direkten Beurteilung ans Verwaltungsgericht zu überweisen (vgl. Erw. 1.2).

4. Der Entscheid über den Antrag auf Überweisung zur direkten Beurteilung ans Verwaltungsgericht ist eine prozessleitende Anordnung. Soweit darüber nicht zusammen mit der Anordnung in der Hauptsache entschieden wird, handelt es sich dabei um einen Zwischenentscheid, der mit Beschwerde selbstständig anfechtbar ist, da er für die Betroffenen einen Nachteil zur Folge hat, der sich später voraussichtlich nicht mehr beheben lässt.

Entscheid des Regierungsrates vom 1. Oktober 2013